

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مدد الاعلام الأوحدي في فقه الاحكام الجعفری (ع)

تقريرات خارج الفقه الجعفری

للأستاذ السيد محمود المددی الموسوی

بتحرير الفقير مهدي بهرام بيكي



12	«كتاب الاجارة»
12	مقدمه: معاملات عرفی و شرعی
15	مناقشه فی کلام المشهور: عدم قبول العقلاء بما هم واحد لهم سلوك واحد فی کل زمان
16	توضیح:
16	العقلاء عند المشهور: عرف عام له سلوك واحد، فی طول الزمان
17	مناقشه: العقلاء عندنا، احترام سلوك عرف، عند سایر العقلاء
22	یک مثال واقعی: مالکیت اموال دزدیده شده توسط مؤمن وعدم احترام آن در نظر سایر اعراف
22	نکات احترام وعدم احترام سلوك عرفی در نزد دیگر اعراف:
23	نکته اول: عدم تعدی به حقوق دیگران
23	نکته دوم: عدم تنافی با کرامت انسانی
23	موقف الشارع عند هذه المعاملات:
24	اتخاذ الموقف من الشارع:
24	سکوته وعدمه وهو علی قسمین:
24	جعل هذه العناوین موضوعا للحکم الشرعی:
24	لم یجعل هذه العناوین موضوعا للحکم الشرعی:
25	اقوال الفقهاء فی القسم الثانی:
25	الطائفة الاولى: ان سکوته امضاء للعقد العقلانی ان کان فی عصر و المكان الشارع
25	الطائفة الثانية: سکوته امضاء مطلقا

- 26..... مناقشة:
- 28..... توضیح ذلك:
- 30..... نکته: وجه خروج هذا الردع مع الزام المكلف بالعمل به.
- 30..... علت عدم ابتناء الفقهاء بعدم التنافي مع التوجه بأن الردع شرعى والإلزام عقلائی.
- 32..... کتاب الاجارة:
- 32..... ...وهي تملك عمل أو منفعة بعوض،
- 33..... تعریف سید از اجاره و رابطه آن با حقیقت اجاره:
- 34..... انواع اجاره در خارج: اجارة الاعیان والأموال وإجارة الأشخاص والعمل.
- 36..... اما اجارة الأعیان والأموال:
- 36..... تعریف اول: تملك منفعة بعوض.
- 36..... انواع العقود: عقود تملكیه و عقود عهدیه یا اذنیه.
- 37..... انواع عقود تملكیه: عوضیه و مجانیة.
- 37..... عقد اذنیة:
- 39..... دو اشكال به تعریف مشهور در اجارة (تملك منفعة بعوض):
- 39..... اشكال اول: تملك جایگزینی بین دو ملك است آیا منفعت ملك می باشد؟
- 39..... جواب مشهور: منفعت ملك است.
- جواب بعضی از فقها: عدم عرفیت ملكیت بر منفعت و كفايت ولايت در تصرف در صحت عرفی تملك.
- 40.....
- 42..... اشكال دوم: این تعریف یعنی تملك امر معدوم كه غیر عرفی است.

- جواب از اين اشكال: مقصود از منفعت صلاحيت وقابليت است نه منفعت خارجي. 42
- التعريف الثاني للأجارة على العين ب«تسليط على العين للاتتفاع بعوض»: 43
- تعريف اجارة الاعمال ب«تمليك عمل بعوض»: 44
- حقيقة الاجارة عندنا: 44
- حقيقة ما بازاء الأجرة في إجارتي: 46
- في الإجارة على الاعيان: 47
- الاحتمال الأول: المنفعة وفيها معنيين: 47
- المعنى الاول: الصلاحية والقابلية. 47
- مناقشة: ان المالكية للصلاحية امر غير عرفي. 48
- المعنى الثاني: المنفعة الخارجية. 48
- مناقشة: هذا كذلك غير عرفي بنكتتين: 48
- الإحتمال الثاني: الإتنفاع وله ايضا معنيان المحتملان: 49
- المعنى المحتمل الاول: الاتتفاع المملوك للمستأجر الذي يكون في ذمة الموجر. 50
- المعنى المحتمل الثاني: الاتتفاع الخارجى المعدوم. 50
- المناقشة في الإحتمال الأول: ان تمليك عمل الغير المذمومة الى الغير غير عرفي. 50
- المناقشة في الإحتمال الثاني: تمليك الأمر المعدوم الى الغير غير عرفي خاصة فيما إذا كان المعدوم للغير. 51
- الاحتمال الثالث: السلطنة على العين للاتتفاع بها. 51
- مناقشة: ان الغرض الاصلى عند العرف فيها، الاتتفاع بها لا السلطنة التى تكون آلة وطريقا له. 51

- 52.....اما الإحتمال الرابع والمختار: حق الانتفاع
- 60.....ويمكن أن يقال إن حقيقة التسليط على عين للانتفاع بها بعوض
- 61.....نعم الإجارة المعاطية جائزة
- 62.....دلائل قائلين به لزوم معاطاة:
- 63.....مسألة يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة
- 66.....نعم للمشتري مع جهله بالإجارة خيار فسخ البيع
- 69.....ولو فسخ المستأجر الإجارة
- 73.....نعم لو اعتقد البائع والمشتري بقاء مدة الإجارة
- 78.....ثم بناء على ما هو الأقوى من رجوع المنفعة في الصورة السابقة إلى المشتري
- 81.....هذا إذا بيعت العين المستأجرة على غير المستأجر
- 83.....ويتفرع على ذلك أمور:
- 83.....ومنها بقاء ملكه للمنفعة في مدة تلك الإجارة
- 84.....ومنها إرث الزوجة من المنفعة في تلك المدة
- 84.....ومنها رجوع المشتري بالأجرة
- 85.....مسألة : لو وقع البيع والإجارة في زمان واحد
- 94.....مسألة لا تبطل الإجارة بموت المور ولا بموت المستأجر على الأقوى
- 103بخلاف ما إذا كان المور هو المتولي للوقف
- 111مسألة :

- إذا أجر الولي أو الوصي الصبي المولى عليه مدة تزيد على زمان بلوغه ورشد 113
- مسألة : إذا أجرت امرأة نفسها للخدمة مدة معينة 132
- مسألة : إذا أجر عبد أو أمتة للخدمة 136
- نعم يبقى الكلام في نفقته في بقية المدة 142
- الثاني أنه في كسبه 142
- الثالث أنه إن لم يمكن اكتسابه في غير زمان الخدمة 143
- مسألة إذا وجد المستأجر في العين المستأجرة عيباً سابقاً على العقد 144
- نعم لو كان العيب مثل خراب بيوت الدار 148
- ولو كان العيب مما لا تنقص معه المنفعة 149
- ...وكذا له الخيار إذا حدث فيها عيب بعد العقد وقبل القبض 150
- مسألة إذا وجد المورع عيباً سابقاً في الأجرة ولم يكن عالماً به كان له فسخ العقد 151
- مسألة : إذا أفلس المستأجر بالأجرة 153
- مسألة : إذا تبين غبن المؤجر أو المستأجر فله الخيار 158
- مسألة : ليس في الإجارة خيار المجلس ولا خيار الحيوان 160
- بل ولا خيار التأخير على الوجه المذكور في البيع 161
- ويجري فيها خيار الشرط حتى للأجنبي 162
- وخيار العيب والغبن كما ذكرنا 162
- بل يجري فيها سائر الخيارات كخيار الاشتراط 162

وتبعض الصفقة.....	163
وتعذر التسليم.....	164
والتفليس.....	164
والتدليس.....	164
والشركة.....	165
مسألة : إذا أجر عبدها أو داره مثلاً.....	169
مسألة : لو استأجر داراً مثلاً وتسلمها ومضت مدة الإجارة استقرت الأجرة عليه.....	176
نعم مع عدم تعيين الوقت.....	177
مسألة : إذا بذل الموجد العين المستأجرة للمستأجر ولم يتسلم.....	179
مسألة : إذا استأجره لقلع ضره ومضت المدة التي يمكن إيقاع ذلك فيها.....	180
...مع أننا لنسلم أن منافعه لا تضمن إلا بالاستيفاء.....	182
ولو استأجره لقلع ضره.....	186
مسألة : إذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر بطلت الإجارة.....	191
وأما إذا تلفت بعد استيفاء منفعتها في بعض المدة.....	191
مسألة : إذا حصل الفسخ في أثناء المدة بأحد أسبابه.....	195
مسألة : ظاهر كلمات العلماء.....	207
أن الأجرة من حين العقد مملوكة للموجد بتمامها.....	208
من حين البطلان.....	208

209 لأن يكون كاشفا عن عدم ملكيتها من الأول
210 وهو مشكل
210 وعلى هذا
211 ومن هذا يظهر
211 مسألة : إذا أجردابة كلية وودفع فردا منها
213 مسألة : إذا أجرده دارا فانهدمت
214 فإن كان قبل القبض أو بعد قبل أن يسكن فيها أصلا
214 ويحتمل تمامها في هذه الصورة أيضا
218 مسألة : إذا امتنع المجر من تسليم العين المستأجرة يجبر عليه
224 وكذا إن أخذها منه بعد التسليم بلا فصل أو في أثناء المدق
227 ومع الفسخ في الأثناء يرجع بما يقابل المتخلف من الأجرة
228 مسألة : إذا منعه ظالم عن الاتفاف بالعين قبل القبض
228 صور المسئلة:
228 في صورة الأولى: إذا كان المنع متوجها للموخر: له الفسخ أو الإبقاء والرجوع بالظالم
229 اقسام منع الظالم:
229 للظالم على العين يد: ضامن لليد عند العقلاء
229 ليس للظالم يد: ضامن للتفويت عند العقلاء
230 في الصورة الثانية إذا كان المنع متوجها للمستأجر: ليس له الفسخ والمتعين الرجوع الى الظالم

- 231 وإن كان منع الظالم أو غصبه بعد القبض
- 232 علة المحكم: كون التخيير الميث بالشرط الإرتكازى فى قبل القبض
- 232 ثمّ لو أعاد الظالم العين المستأجرة فى أثناء المدّة إلى المستأجر
- 232 توضيح الفرع:
- 233 مختارنا إذا كان المنع متوجها للموآر:
- 233 فى جواز الفسخ للمستأجر: يجوز له الفسخ
- 233 فى جواز الفسخ لما مضى والإبقاء لما بقى:
- 234 مختار السيد والمشهور: لا يجوز لأنّه موجب للبتّعض
- 234 ينبغى التنبية على امرين:
- المطلب الأولى: علت اختلاف قول المشهور فى هذه المسئلة ومسئلة أخرى: ادعاء الانحلال فيه وعدمه ههنا
- 234 عند العقلاء
- 235 الأمر الثانى: قول المختار: له الفسخ لما مضى والإبقاء لما بقى لإنحلالية العقد عندهم مطلقا
- 235 مسئلة : لو حدث للمستأجر عذر فى الاستيفاء
- 239 مسئلة : التلف السماوى للعين المستأجرة
- 243 وإتلاف المستأجر بمنزلة القبض
- 245 وإتلاف الموآر موجب للتخيير بين ضمانه والفسخ
- 248 وإتلاف الأآبى موجب لضمانه
- 249 والعذر العام بمنزلة التلف

251	مسألة إذا أجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج
253	بخلاف ما إذا لم يكن منافيا
255	مسألة : [في تسليم العمل]
259	إلا إذا كانت منفعة أيضا
261	ولا يجب على واحد منهما الابتداء بالتسليم
284	مسألة : إذا تبين بطلان الإجارة رجعت الأجرة إلى المستأجر
284	واستحق المؤجر أجرة المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعة
286	خصوصا مع علم المستأجر
287	وأما إذا كان عالما فيشكل ضمان المستأجر
288	جهات البحث في المسئلة:
288	الجهة الأولى: تقسيم الأشياء الى ماله المالية الشرعية وما لم يكن له المالية.
288	الإشكالان:
289	الإشكال الأول: أن المالية امر واقعي لا شرعي أو العرفي.
290	الجهة الثانية:
297	ومن هنا يظهر حال الأجرة أيضا
297	فإنها لو تلفت في يد المورض من عوضها
297	إلا إذا كان المستأجر عالما ببطلان الإجارة
298	نعم إذا كانت موجودة له أن يستردها هذا

298	وكذا في الإجارة على الأعمال.....
298	وأما إذا كان عالما فيكون هو المتبرع بعمله.....
299	وإذا كان المستأجر أيضا عالما.....
300	مسألة : يجوز إجارة المشاع.....
300	كما يجوز بيعه و صلحه وهبته.....
304	...ولكن لا يجوز تسليمه إلا بإذن الشريك إذا كان مشتركا.....
307	...نعم إذا كان المستأجر جاهلا بكونه مشتركا.....
311	ولو آجره نصف الدار مشاعا.....
316	مسألة : لا بأس باستئجار اثنين دارا على الإشاعة.....
316	ثم يفتسمان مساكنها بالتراضي أو بالقرعة.....
321	وكذا يجوز استئجار اثنين دابة للركوب على التناوب.....
323	وكذا يجوز إجارة اثنين نفسيهما على عمل معين على وجه الشركة.....
325	مسألة : لا يشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد على الأقوى.....

«کتاب الاجاره»

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

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

مقدمه: معاملات عرفی و شرعی.

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

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

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

فقهایی ما در بحث معاملات به معنای اعم، هر عنوانی را که در معاملات مطرح کرده اند به دو دسته شرعی و عرفی تقسیم می کنند مثل بیع شرعی و عرفی، طلاق شرعی و عرفی،

صحت و بطلان شرعی و عرفی. حتی ملک را هم به شرعی و عرفی تقسیم کرده اند. یا ولایت و سلطنت که همه را به شرعی و عرفی تقسیم کرده اند.

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

«عرفی» یعنی عقلائی. وقتی می گویند این «عقد»، عرفی است یعنی عندالعقلاء معتبر و صحیح می باشد. وقتی می گویند که این «حق» عرفی است یعنی این حق عندالعقلاء معتبر می باشد، وقتی می گویند «ولایت» عرفی است یعنی این ولایت عندالعقلاء ثابت است، وقتی می گویند «مال» عرفی یعنی این شیئی در نزد عقلاء مال است.

مهم عقلائی است چرا که در زبان آیات و روایاتی که در مورد معاملات می آید، مفهوم عقلائی آمده است. لذا منظور از «[احل الله البيع](#)» مراد بیع عقلائی است.^۱

اما مراد از شرع این است که یعنی شارع در بحث معاملات از اول تا آخر خودش دستگاهی دارد ولایتی جدای از ولایت عرفی دارد، حقی غیر از حق عرفی، دارد.

رابطه بین این امور شرعی و عرفی نوعاً عموم خصوص من وجه است مثل بیع که یک بیع شرعی داریم که در نزد شرع صحیح است و بیع عرفی یعنی در نزد عرف صحیح می باشد. گاهی بیعی در نزد یکی صحیح و در نزد دیگری فاسد است.

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

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

یا وصیت به تمام مال در نزد عرف صحیح است اما در نزد شرع بیش از یک سوم صحیح نمی باشد. یا اگر شخصی بیعی را انجام دهد به صورت ربوی این بیع عند العرف و عقلاء صحیح می باشد مثلاً کسی یک کسبه گندم مرغوب خود را به چهار کیلو غیر مرغوب یا مرغوب معاوضه کرد، این در نزد عرف صحیح است اما در نزد شارع باطل است. اما گاهی اوقات هم شرعی است و هم عرفی مثل این معاملاتی که در روز مره انجام می دهیم می رویم نون می خریم و

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

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

البته در اکثر اوقات با هم منطبق می باشند.

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

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

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

لذا دائماً دنبال اثبات شرعی آن بود اند.

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

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

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

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

این ذهنیت را قبول نداریم.

توضیح:

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

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

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

اگر شارع با مُملکِ حیاة مخالفت کرد، عندالشارع مملک نمی باشد که در این صورت ماهی مال انسان ماهیگیر است در نزد عقلاء اما در نزد شارع مال کسی نمی باشد.

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

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

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

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

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

^۲ ما با کدام از قسمت این ذهنیت موافقت نمی کنیم؟ با این قسمت که عقلاء به ما هم عقلاء سلوکی دارند؛ ما چنین واقعیتی عینی در خارج نداریم که عقلاء از اول تا آخر معاملات سلوکی را داشته باشند مثلاً عند العقلاء بدون در نظر گرفتن هر خصوصیت زمانی و مکانی، حیاة مملک است و احیاء مملک است، اتلاف سبب الضمان است، ید سبب الضمان است، غرور و تلف من اسباب الضمان است، عقد بما هو عقد عند جمیع العقلاء، از عقود لازم است. یعنی اینطور نمی باشد که در هر آداب و سنن و مذهبی و جغرافیایی تمام اعراف دارای سلوکی واحد می باشند – کما اینکه مشهور اینطور می گویند چرا که خواهیم گفت که اگر این را نگویند بعدها دچار اشکال خواهند شد.-

لذا این است که فقهای ما در اولین مرحله که در مقام فهم سیره عقلاء می باشند چرا که در نظر فقها خوشبختانه شارع خیلی مخالفت نکرده است یعنی همین که سیره مشخص شود

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

و شارع مخالفت هم نکرده باشد، این کفایت می کند برای شرعی شدن آن، اگر گفتیم اتلاف ضمان آور است می رویم ببینیم که شارع مخالفت کرده است یا خیر و اگر دیدیم که مخالفت نکرده است این می شود شرعی.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

البته در این مثال خاص مشهور هم این ازدواج مجوسی را درست می دانند اما مشهور بخاطر روایت لکل قوم نکاح و ما علی القاعده این ازدواج را درست می دانیم.

لذا یک عمل می تواند در یک عرفی عقلائی باشد، اما در عرف همان عمل و سلوک، دیگر عقلائی نباشد.

مثلا در یک عرفی اموال میت به زن می رسد و در یک عرف به پسر بزرگتر می رسد در اینجا در دو عرف دو عمل متفاوت در یک واقعه ی واحدی، عقلائی می باشد.

یا ازدواج موقت که منحصر به عرف شیعیان است این از مواردی است که عقلائی است و سایر اعراف به این ازدواج احترام می گذارند و زن و مرد در این ازدواج متزوجه می باشند نه خلیه^۱ و در اعراف دیگر با اینکه این عمل را خودشان انجام نمی دهند و در عرف خودشان باطل است اما در عرف شیعه این را امضاء می کنند.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

نکته اول: عدم تعدی به حقوق دیگران.

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

نکته دوم: عدم تنافی با کرامت انسانی.

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

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

۱ موقف الشارع عند هذه المعاملات:

بر می گردیم به شارع مقدس.

شارع مقدس که نبی اکرم 9 باشد و ائمه 9% مبین کلمات شارع مقدس می باشند، در مقابل این عناوین و معاملات سه موقف می تواند داشته باشد عقلاً:

اتخاذ الموقف من الشارع:

شارع موقف پیدا کرده است مثل اینکه البیعان الخيار ما لم یفترقا و یا صاحب الحيوان بالخيار الى ثلاثة ايام، نهی کرده است از وصیت زائد بر ثلث، یا نهی النبی عن البیع الغرر.

سکوت و عدمه و هو علی قسمین:

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

جعل هذه العناوين موضوعا للحکم الشرعی^۱:

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

لم يجعل هذه العناوين موضوعا للحکم الشرعی:

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

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

^۲ منظور جواز تکلیفی است که حلیت باشد.

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

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

اقوال الفقهاء في القسم الثاني:

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

الطائفة الاولى: ان سكوتهم امضاء للعقد العقلاني ان كان في عصر و المكان الشارع.

فقهاء در اینجا بعضی گفته اند که سکوت ظهور دارد که آنچه در بین عقلاء است، را امضاء کرده است البته به شرطی که در عصر و مکان شارع که عصر معصومین % و حجاز^۱ باشد، آن معامله تجسد خارجی داشته باشد یعنی در مرآی و منظر ایشان باشد مثل سر قفلی که در عصر شارع تجسم نداشته است که بعضی سعی کرده اند که به اجاره برگردانند.

دلیل اینها عرفی است که اگر کسی کاری انجام دهد که در حیطه طرف باشد و طرف سکوت کند، این ظهور در تأیید آن کار دارد مثلاً در مقابل استاد سوالی پرسیده شود و شما جوابی دهید در مقابل استاد اگر این جواب غلط باشد باید استاد تصحیح کند و اگر تصحیح نکرد این امضاء این جواب است.

الطائفة الثانية: سكوتهم امضاء مطلقا.

بعضی دیگر گفته اند که هر سکوتی از شارع در مقابل معاملات عقلانی، ظهور در امضاء آن عقد دارد و لو در عصر معصوم % تجسد نداشته باشد، مثل سر قفلی اگر

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

بر نگردانیم به عقودی که در عصر و مکان معصوم% تجسد داشته است، یا مثل بیع ازمانی یا بیمه که ذهن فقها را خیلی به خودش مشغول کرده است که حقیقت آن چیست.

نکته این قول این است که اگر شاری آمده است که اعتقاد دارد تا روز قیامت شارع است و شریعتی آورده اند که تا روز قیامت جاری و معتبر است کما اینکه در روایت هم داریم: «حلاله حلال الی یوم القيامة و حرامه حرام الی یوم القيامة»، یعنی اگر دینی ازلی و ابدی آورده باشد و در مقابل یک سیره و سلوک مقطعی که و لو ده هزار سال بعد بیاید، و لو به نحو کلی سکوت کرده باشد - نه به علم غیبش نه لازم نمی باشد که به علم غیبش تکیه کند چرا که به علم غیبش می داند که ده هزار سال بعد چیزی به عنوان بیمه می آید ولی لازم نمی باشد که بر آن تکیه کند-، و در مورد عقود بعد می تواند وظیفه ما را مشخص کند، در عین حال این کار را انجام ندهد مثلاً می توانست بگوید «لکل قوم یا زمان عقود» یا «حرم کل عقود یأتی فی المستقبل». لذا حال که سکوت کرده است و چیزی نفرموده است این ظهور دارد که این عقود عقلائی را امضاء کرده است.^۱

۲ مناقشة:

این فرمایش حتی بنا بر قبول مبنای اینها در عقلاء، قابل قبول نمی باشد.

فقها مرادشان از شرعی عند الشارع و عند الشریعة می باشد نه عند المشرعه و دائماً دنبال معاملات و عناوین شرعی هستند مثلاً وقتی می گویند این معامله صحیح است یعنی این معامله عند الشارع صحیح است و در معاملات شرعی برای اینها عند الشارع مهم است و وقتی می

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

گویند این معامله باطل است یعنی باطل عند الشارع است و برای اینها باطل عند الشارع مهم است ما با اینها موافقت نکردیم چرا که گفتیم این صحت و بطلان و این عناوین که فقها شرعی درستش می کنند، تا عرفی و به تبع ان عقلائی نشود هیچ اثری بر آن بار نمی شود حتی ما قبول هم بکنیم که معامله ای عند الشارع باطل است اما عند العقلاء صحیح است، آثار صحیح عند الشارع بر آن بار می شود یا اگر در نزد عقلاء باطل است و نزد شارع صحیح است آثار شرعی عقد باطل بر آن بار می شود.

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

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

و باطل در نزد شارع، برنج زید از راه بیع ربوی به دست او رسیده است. ما باید آثار بیع صحیح را بر آن بار کنیم.

توضیح ذلک:

ما رجوع به ادله می کنیم. یکی از آثار عقد صحیح، بنا بر آیه شریفه اوفوا بالعقود^۱ و جواب وفاء به عقد می باشد و فرض می کنیم که مفاد آن لزوم عقد است. در فقه مطرح شده است که این آیه که می گوید که وفاء به عقد واجب است این منظورش عقد صحیح است یا مطلقا؟ فقها گفته اند که وفای به عقد صحیح واجب است و آیه اطلاق ندارد که حتی باطل را هم بگیرد. چطور اطلاق ندارد با این که لفظ صحیح در آن نیامده است؟

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

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

در نزد فقها ما دو صحت داریم یکی شرعی و یکی عقلائی اما در نزد ما سه صحیح وجود دارد یکی عرفی و یکی عقلائی و یکی هم شرعی اما عرفی را هم برای عقلائی می خواستیم لذا عرفی بما هو عرفی به درد ما نمی خورد^۲ بلکه مهم برای ما شرعی و عقلائی می باشد لذا در نزد ما هم دو صحت است.

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

^۲ در جایی که عرفی داریم که در نزد سایر عقلاء مورد احترام قرار نگیرد در اینجا سه چیز داریم شرعی، عرفی و عقلائی اما به درد ما نمی خورد.

این مسئله مثل مسئله قبلی نمی باشد، که فقها اتفاق داشته باشند که منظور بیع صحیح مراد است بلکه فقها دو دسته شده اند^۱:

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

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

حالا که صحیح عند العقلاء شد حالا اگر صحیح عند العقلاء، باطل عند الشارع بود چه می شود؟ فقها گفته اند که اطلاق این آیه به قرینه منفصله ادله ای که می گوید این عقد عقلائی و بیع ربوی باطل است، تخصیص می خورد و این آیه در بیع ربوی حجت نمی باشد و بیع ربوی واجب الوفاء نمی باشد. یعنی آن قرائن منفصله به لسان عرفی می گوید که آن عقد صحیح عقلائی که گفتیم واجب الوفاء است، شامل اینجا نمی شود.

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

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

^۱ قول سوم و چهارم از احتمالات است اما قائلی ندارد.

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

لذا هیچ گونه دلالت التزامی بر تخصیص این آیه نداریم.

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

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

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

عقلائی.

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

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

دقت کنید اگر عند الشارع بیع ربوی باطل است و عند المسلمین هم باطل بود^۱، آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» در نزد ما شامل بیع ربوی نمی شود چرا که در نزد اینها خروجش تخصیصی بود و در نزد ما تخصیصی بود. چرا تخصیصی بود؟ چرا که وفاء به عقد صحیح عند العقلاء، به مفاد این آیه لازم است و اگر به برکت بطلان شرعی، در نزد مسلمین هم بیع ربوی باطل بود، عند العقلاء هم باطل می شد پس اصلا شامل این بیع نمی شد که برای خروجش نیاز به مخصص باشد. لذا فقها چون می گفته اند که بیع ربوی عند المسلمین باطل است و عند العقلاء صحیح است خروجش از آیه تخصیصی می شد. و این غلط است چرا که گفتیم وقتی عند المسلمین باطل باشد، عند العقلاء هم باطل است لذا خروجش تخصیصی می شد.

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

فرض کنید فقیهی دیده است عند المسلمین باطل است و عند العقلاء هم باطل است و نگاه به ادله کرده است دیده است که فقها بطلان را اشتباه فهمیده اند و آنچه که بوده حرمت بوده است نه بطلان، لذا فتوا به صحت می دهد و این فتوا باعث می شود که نسبت به مقلدین این شخص که مقلدین زیادی هم دارد عرف تشکیل می شود. در نتیجه نزد عقلاء

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

در بین مقلدین ایشان این بیع ربوی درست است - البته به شرط اینکه در بین عقلاء این کمیت و کیفیت مقلدین را عرف بدانند - و مورد احترام قرار می دهند. و این ثمره ی این اختلاف بین تخصص و تخصیص است.

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

کتاب الاجارة:

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

...و هي تملك عمل أو منفعة بعوض،

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

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

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

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

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

تعاریف سید از اجاره و رابطه آن با حقیقت اجاره:

مرحوم سید سه تعریف ارائه داده است:

یک: تملیک عمل بعوض.

دو: تملیک منفعة بعوض.

سه: التسلیط علی عین للانتفاع بها بعوض.

سه تعریف را در اینجا ذکر کرده است.

^۱ یعنی طالب الأجرة.

^۲ ۹۳/۱/۲۷.

ببینیم رابطه اینها با حقیقت اجاره چه می باشد؟

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

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

اجاره بر اعیان و اجاره بر اعمال.

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

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

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

که این قسم شد اجاره ی عمل.

خوب اینکه جناب سید سه تعریف داده است دو تعریف مربوط به یک قسم است و یک تعریف مربوط به قسم دیگری می باشد. جناب سید تعریفی که شامل هر دو قسم شود نداده است این هم از اموری است که لعل اشعار به این داشته باشد که اجاره اگر حقیقت واحدی بود می توانستیم تعریف واحدی ارائه دهیم نکند به عدد این اقسام دو نوع عقد می باشند اما فقها از یک تعبیر اجاره استفاده می کنند کما اینکه عرف هم برای هر دو یک تعبیر می کنند.

پس تعریف سید جامع دو قسم نبود بلکه تعریف اول ایشان، مربوط به قسم دوم که اجاره بر اعمال بود و تعریف دوم و سوم ایشان مال قسم اول که اجاره اعیان بود، می باشد. خیلی مهم است که ما در واقع حقیقت عقد اجاره را پیدا کنیم فقها اگر یک فرد اجاره را پیدا کردند که اسمش اجاره بود اما از حقیقت اجاره خارج بود دلیل صحتش دچار اشکال می شود.^۱

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

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

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

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

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

اما اجارة الأعیان و الأموال:

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

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

تعریف اول: تملیک منفعة بعوض.

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

انواع العقود: عقود تملیکیه و عقود عهديه یا إذنیه.

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

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

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

انواع عقود تملیکیة: عوضیة و مجانية.

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

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

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

عقد اِذنیة:

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

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

وقتیکه مالک شدم همینجوری مالک شده ام یا خیر معاوضه ای صورت گرفته است؟ معلوم است که به ارتکاز روشن است که در اجاره خانه به یک دینار مالک این دینار قطعاً می شوم.

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

این که مالک شده ام به چه چیزی مالک شدم؟ به عقد اجاره.

مع المعاوضه بود یا مجانا؟ مع المعاوضه.

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

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

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

مرحوم میرزای نائینی که ارتکازات معاملیشان قوی بوده است گفته است فرق بین بیع و عقود تملیکی با میراث در این است که ملکیت یک علقه و یک طناب اعتباری است که این طناب اعتباری یک سرش دور کمر مالک بسته می شود و یک سر آن دور کمر مملوک یعنی این عقد علقه ای است اعتباری بین مالک و مملوک. ایشان در بیع می گفتند که در واقع این علقه و طناب را از دور کمر مملوکها باز می کنند به دو کمر دو مملوک دیگر بسته می شود یعنی جابجایی بین مملوکها می باشد مثلاً من این کتاب را به یک دینار می فروشم، آن طناب را در یک آن از دور کتاب باز می کنم و در همان آن سر طناب دیگر را از دینار باز می کنم و در همان

آن سر طنابی که به کتاب بسته شده بود را به دینار می بندم و سر طناب دیگر را که به دینار بسته شده بود در همان آن به دور کمر کتاب می بندم. اما در میراث بالعکس است یعنی طناب که دور کتاب بسته شده است، باز نمی کنم بلکه از دور کمر مالک کتاب باز می کنند و به دور کمر وارث من می بندند. در میراث مالکین جا به جا می شوند اما در معاوضه، مملوکها جا به جا می شوند. البته در این مثال دقت زیادی شده است که می گفت در ارتکازات مالکها گاه جایگزین می شوند و گاه مملوکها جایگزین می شوند قصه ما هم همین طنابها می باشد که سر یک طناب واضح است که دور کمر یک دینار است اما سر طناب دیگر دور کمر چی بسته شده بود که از دور آن باز شد و به دور دینار بسته شد. مشهور فقها گفته اند که این منفعت است. گفتند که حقیقت آن منفعت است یعنی منفعت خانه را با یک دینار معاوضه کرده ام.

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

در این جا دو اشکال است:

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

باشد؟

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

جواب مشهور: منفعت ملک است.

مشهور فقها گفته اند که من مالک منفعت می باشم به این صورت که در سیره عقلاء وقتی عین را مالک نمی شوی، مالک منفعت آن هم می شوی مثلاً یک خانه و یا یک ماشین و

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

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

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

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

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

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

در اینجا هم خیلی غیر عرفی است که من مالک این کیف باشم الی یوم القيامة.

فقها این جواب و مثال را مبسوطا در اینجا بیان نکرده اند و در جای دیگر به مناسبت بیان کرده اند اما باید قبول کنند.

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

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

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

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

خارجی.

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

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

یعنی صلاحیتهای سالهای بعد را الان و فعلاً دارد^۱ و من این صلاحیت فعلی و موجود را تملیک می‌کنم لذا مانند مرحوم خوئی و مدرسه ایشان و من تبع صلاحیت و قابلیت شده‌اند. مرادشان از منفعت، منفعت خارجی و سکونت خارجی نمی‌باشد بلکه صلاحیت برای سکنی است منفعت اسب صلاحیته للركوب و منفعت عبا صلاحیته للبس و منفعت کتاب صلاحیته للقراءة می‌باشد.

ما همین صلاحیت را تملیک می‌کنیم به دیگران.

پس تعریف عبارت شد از تملیک الصلاحية والقابلية بعوض.

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

مشهور تعریف دیگری برای اجاره اعیان گفته‌اند: «تسليط على العين للانتفاع بعوض». تسليط یعنی اعطاء السلطنة که یک حق اعتباری است – نه سلطنت تکوینی - در قبال عوض و اجرتی که به ما می‌دهد ما این را اعطاء می‌کنیم که می‌شود اجاره البته سلطنتی محدود بر انتفاع نه هر تصرفی که می‌خواهد بکند. مالک و موجر سلطنتی مطلق و نامحدود دارد اما بخشی از سلطنت خودش را با دیگری معاوضه می‌کند که سلطنت بر انتفاع است نه سلطنت بر بیع و تخریب و وقف و

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

تعریف اجاره اعمال ب «تملیک عمل بعوض»:

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

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

حقیقة الاجارة عندنا:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

حقیقة ما بازاء الأجرة فی إجارته:

سوال این است که مستأجر در اجاره اعمال و در اجاره بر اعیان مالک چه می شود؟

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

یعنی او مالک یکسال نماز و روزه در ذمه^۲ من موجر می شود^۳.

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

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

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

^۲ عمل مالیت دارد و بر ذمه می آید.

^۳ یک بنده خدایی فوت شده بود و احتیاط می کرد که وصیت کرده بود چندین صد سال برای او نماز و روزه بخوانند و این بخاطر وسواسی او بود که نمازهای خودش را چندین بار در زمان حیاتش قضا کرده بود و الان هم گفته بود که شاید این اجیرها شرائط را رعایت نکنند نزدیک چهار برابر عمرش وصیت کرده بود. که با مقداری که در زمان حیاتش خوانده است حساب کرده ایم. وصیت کرده بود که ۲۴۰ سال برای او نماز و روزه قضا کرده اند که به احتساب سن بلوغش، زمان تکلیفش می شد ۶۰ سال.

فی الإجارة على الاعیان:

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

یک: منفعت العین.

دو: الانتفاع بالعین.

سه: السلطنة على العین للانتفاع بها.

چهار: حق الانتفاع بالعین.

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

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

١ الاحتمال الأول: المنفعة و فیها معنیین:

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

المعنى الاول: الصلاحية و القابلية.

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

مناقشة: ان المالكية للصاحية امر غير عرفی.

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

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

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

المعنى الثانى: المنفعة الخارجیة.

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

مناقشة: هذا کذلک غیر عرفی بنکتین:

این هم خلاف ارتکاز است به چند نکته:

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

۲- این مسکونیت متقوم به خانه ی تنها نمی باشد بلکه متقوم به ساکن است یعنی این وصف حین الانتفاع حاصل می شود یعنی اگر کسی آمد و در خانه ساکن شد این

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

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

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

پس این احتمال به دو معنایش نمی تواند مراد باشد.

الإحتمال الثانی: الإنتفاع و له ایضاً معنیان المحتملان:

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

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

این تملیک الانتفاع بالعین للغير دو احتمال در آن است:

المعنى المحتمل الاول: الانتفاع المملوك للمستأجر الذى يكون فى ذمة الموَجِر.

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

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

اگر این صورت باشد الان مملوک در ذمه من موجود است که وجود اعتباری دارد اما وقتی سال ۹۴ شد او مالک ذمه من است که برای استیفاء و اخذش نیاز به ذمه ندارد یعنی مستأجر خودش می تواند ما فی الذمه من را قبض کند و برود داخل خانه بنشیند و نمی خواهد که من او را ببرم و در خانه بنشانم. یعنی من فقط در وفاء به ما فی الذمه ی خودم کافی است که خانه را در اختیار او قرار دهم.

المعنى المحتمل الثانى: الانتفاع الخارجى المعدوم.

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

هر دو مبعده دارد:

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

مبعدهش این است که انسان ما فی الذمه اش را تملیک کند در معاملات رایج است اما عمل دیگری به ذمه خودش بگیرد و به دیگری تملیک کند این غیر عرفی است انتفاع عمل

مستأجر است و عمل موجر نمی باشد من عمل مستأجر را که در اختیار من هم نمی باشد، به ذمه بگیرم و به او تملیک کنم.

المناقشة في الإحتمال الثاني: تمليك الأمر المعدوم الى الغير غير عرفي خاصة فيما إذا كان المعدوم للغير.

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

الاحتمال الثالث: السلطنة على العين للانتفاع بها.

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

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

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

این احتمال سوم از احتمالات اول و دوم عرفی تر است منتها یک مشکله ای دارد که آن را غیر عرفی می کند. غرض اصلی در اجاره سلطنت بر عین نمی باشد بلکه انتفاع بر عین می

باشد آن سلطنت یک وسیله است برای انتفاع. در واقع آنچه که غرض اصلی است مورد ملکیت و معاوضه واقع نشده است بلکه غرض آلی و طریقی تملیک شده است که این غیر عرفی می باشد. تمام الغرض انتفاع به عین است نه سلطنت.

اما الإحتمال الرابع و المختار: حق الانتفاع.

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

می دانید حق که ما داریم دو قسم است:

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

تارة حقوقی است که قابلیت اسقاط را ندارند.

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

ملکیت حق است بین مالک و مملوک منتها یک حق است که شخص تصمیم گیریش نسبت به آن محدود است. رابطه مستحکمی است در بین عرف به عنوان مثال شما وقتی مالک این لیوان می شوید خودتان حق ندارید که ملکیت را الغاء کنید این ملکیت قابل الغاء نمی باشد بلکه می توانید بفروشید. حتی اعراض هم نمی توانید بکنید.^۲

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

^۲ چرا که اعراض مخرج از ملکیت نمی باشد بر فرض هم اگر باشد چرا که در اعراض اختلاف است که آیا مخرج است یا خیر؟ مرحوم خوئی می گوید مخرج نمی باشد بر خلاف مرحوم صدر. که ما تابع مرحوم خوئی می باشیم و اگر هم بخواهیم تابع مرحوم صدر شویم گفته ایم که اعراضی مخرج است که انشاء در آن باشد مثل هبه صرف اعراض خارجی کفایت نمی کند بلکه باید انشائی باشد. این در ارتکاز شماست که شما بگویید که مالکیت خودم را الغاء کنم باز عرف شما را مالک می داند.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ما حصل این است که در اجاره این حق الانتفاع را به نحوی که آثار ملک بار شود، منتقل می شود. حق الانتفاع نسبت به انتفاع، آلیت و طریقی نیست ندارند. اصلاً در عقد اجاره انتفاع مهم نمی باشد یکسان است که منتفع شود یا خیر بلکه مهم این است که حق الانتفاع داشته باشد. در نظر عرفی مهم داشتن این حق است که کسی نتواند من را جا به جا کند.

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

لذا در این احتمالات عرفی احتمال چهارم، اقرب است نسبت به احتمالات قبلی.

^۱ اما باز به نظر می‌رسد که این هم در ارتکاز رفقا غیر عرفی می‌باشد لذا باید دو احتمال دیگر را که در مسئله است، بیان کنیم که ببینیم باز در بین این شش احتمال کدام به ارتکاز نزدیک تر است.

احتمال پنجم: معوض ملکیت نمی‌باشد بلکه حق می‌باشد یعنی جناب مستأجر حق پیدا می‌کند در قبال اجرة در انتفاع از عین. یعنی مستأجر که خانه را به او یکساهل داده بودند من مور مالک اجرة می‌شوم اما او مالک خانه نمی‌شود بلکه فقط حق الانتفاع پیدا می‌کند اما از آنجائیکه که حق است در مقابل عوض، مستحکم شده و نمی‌تواند آن را اسقاط کرده یا رفع ید شود.

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

لذا اجاره می‌شود جعل حق الانتفاع نه تملیک حق الانتفاع.

نکته مبعده این احتمال این است که در دستگاه عرفی وقتی شیئی را تملیک می‌کند در ازاء آن چیزی در ملکش وارد می‌شود ولو این یک حق را پیدا کرده است اما یک مقدار با ارتکازات عرفی در باب ملک و اموال ناجور است چرا همیشه عرف جا به جا می‌کند یعنی چیز را که از ملک خودش خارج می‌کند یا اگر ذمه خودش را به دیگر واگذار می‌کند در قبالش مالک می‌شود که همان قضیه خلای است که گفته شد.

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

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

این ها برهان نمی باشد بلکه منبهای است نکنه که امری قوی تر از حق الانتفاع است. احتمال ششم: احتمالی است که ما قبل از این تابع احتمال ششم بودیم که بعدا منتقل شدیم به احتمال چهارم.

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

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

اما عرف برای آن واقعیت می بیند لذا در تشکیلات معاملی آنرا ارد کرده است مثلا معروف ساع من سبرة من یک سبره یا فرض کنید ده کیسه برنج دارم که می گویم یک کسیه از آن را به شما فروختم به هزار تومان کسی اشکال نکرده است که این معامله درست اس اما

فقهادر یک جای گیر کرده اند که مبیع دقیقاً چیست؟ من با یک مالک هزار تومان در دمه یا عالم عین شده ام اما مشتری مالک یک کسبه از ده کسبه شد، این یک کسبه چیست؟ اقوالی گفته اند اما قوی که طرفدار بیشتری دارد، فرد مردد است که یک کسبه از ده کسبه به نحو مردد است یعنی مانند فرد معین برای فرد مردد واقعیت می بیند لذا جماعتی از علماء که ما موافقت کردیم با آنها گفته اند که مبیع فرد مردد است، این فرد مردد چرا عرف روی آن معامله می کنند؟ چرا که به نگاه عرفی برای آن واقعیتی می بیند.

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

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

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

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

جواب: آن منفعت سکنای^۱ سال نود و چهار در وعاء خودش موجود است من الان مالکم مملوک من منفعت موجوده سال نود و چهار است که در وعاء خودش وجود دارد،

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

چون علقه ی بین من و آن منفعت علقه ی اعتباری است، لذا من مالک امر موجودی همست اما نه امر موجود در زمان حال بلکه در موجود در زمان مستقبل لذا من مالک امر موجود می باشم.

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

لذا این تملیک موجود است نه معدوم

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

من مالک میوه ای شده ام که فی علم الله یا موجود است یا معدوم است که اگر معدوم بود من مالک میوه معدوم شده ام و وجود و عدمش در این مبیع اثری ندارد و اگر پیش فروش

هم کنیم لذا اشکالی ندارد عرفا و این معاملات را عرفا انجام می دهند قطعا. این هم مثل بقیه چیزها است میوه را می خرد یا سود می کند یا ضرر. لذا عرفی است و اشکالی هم ندارد.^۱ و لو ریسک است. اصلا تجارة ریسک است ضمن اینکه در اینجا احتمال ضعیف نمی باشد و اگر هم ضعیف باشد، محتمل قوی است لذا خیلی هم ریسک نمی باشد.

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

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

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

سلطنت هم مشکل دارد چرا که بعدا خواهیم گفت که یا به معنای تملیک حق است یا اعطاء حق که این هر دو مشککش از این ناحیه است که غرض اصلی از اجاره اینها نمی باشد. این احتمالات را بیان کرده ایم چرا که در آینده به فروعی ب خورد خواهیم کرد که با بعضی از این احتمالات به مشکل بر خواهد خورد شاید علت عدول ما از این احتمال، عدم توجیه یکی از آن فروع با این احتمال باشد که اگر این را قبول کردیم بعد باید آن را توجیه کرد. بعد مرحوم سید می فرمایند:

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

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

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

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

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

بحث در اصاله اللزوم بود که بعضی فقها برای اثبات این قاعده به آیات و روایات و سیره و اجماع و امثال اینها استدلال کرده بودند که گفتیم که این دلایل پیش ما تمام نمی باشد و گفتیم که ما نیازی به این ادله نداریم و هر عقدی عند عرف لازم باشد ما با آن معامله لازم می کنیم و اگر نزد عرف جائز باشد ما معامله جائز می کنیم و لو این عرفها در ازمنه یا امکنه مختلف باشند.

بعد مرحوم سید فرمودند:

نعم الإجارة المعاطاتية جائزة

يجوز لكل منهما الفسخ ما لم تلزم بتصرفهما أو تصرف أحدهما فيما انتقل إليه...

يزدی، سید محمد کاظم طباطبائی، العروة الوثقی (للسید الیزدی)، ۲ جلد، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، بیروت - لبنان، دوم، ۱۴۰۹ هـ ق

سید: فرمود که اجاره عقد لازم باشد الا اینکه به صورت معاطاة باشد این جائز است که هر کدام از موجر و مستاجر می توانند فسخ کنند البته مادامی که در آنچه که به آنها منتقل شده است، تصرف نکنند اگر مستاجر در عین یا موجر در مبلغ تصرف نکرده باشند هر کدام از اینها می توانند فسخ کنند.

این بحث معاطاة که شیخ: مطرحش کردند و سید: که تقریباً همزمان با شیخ بود، این بحث، بحث جدی بود و کم رنگ باخت تا زمان ما و حتی زمان قبل ما یعنی این بحث معاطاة که کم کم به تاریخ فقه می پیوندد تا تاریخ فقه تا جایی که فرقی بین عقد بالصیغه و معاطاتی نمی باشد. شیخ: در مکاسب که این بحث را مطرح کردند می دانید که خود عقد از انشاءات است که این ایجاب و قبول را می گویند عقد می دانید که در بحث اصول و مکاسب گفته می شود که مقوم انشاء ابراز است یعنی ما در انشاء حتماً نیاز داریم به ابراز.

خوب عقد که ایجاب و قبول می باشد دو انشاء است که دو مبرز می خواهد این ایجاب و قبول اگر مبرزش صیغه باشد به این عقد می گویند عقد بالصیغه مثلاً می گویند که من این خانه را به فلان مقدار به فلان زمان به تو دادم اما اگر این ابراز ایجاب و قبول به فعل بود، این را عقد معاطاتی می گویند مثلاً می گوید که این خانه را اجاره می دهی؟ و می گوی که اجاره چند است؟ می گوید صد هزار تومان. تا اینجا عقدی هنوز منعقد نشده است و بعد یکی از دو طرف

فعلى انجام می می دهد مثلا موجر کلید خانه را می می دهد این اعطاء می شود ایجاب و قبول کلید می شود قبول ایجاب یا اینکه مستأجر پول را در بیاورد و به او بدهد این اعطاء پول ارتکازا ایجاب است و قبول پول، در ارتکاز قبول ایجاب است و تنها فرق این دو عقد معاطاتی و غیر معاطاتی در صیغه است.

دلایل قائلین به لزوم معاطاة:

ما در معاطات دلیلمان بر نفوذ و صحت اجاره یا سیره است یا دلیل لفظی که در سیره لا شک که لا فرق بین الانشاء به صیغه با انشاء بالفعل، بین اجاره بالصیغه و اجاره معاطاتی. اما اگر دلیل ما آیات مثل «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» و «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» که فقها گفته اند که در حقیقت این عقود و در معنای عرفی عقود، اجاره، تجارة عن تراض، صیغه نخواهیده است.

پس کسانی که می گویند عقد معاطاتی جایز است نه لازم چه در بیع و اجاره و سایر عقود اینها یک دلیل بیشتر ندارند اجماع است که کاشف از قول معصوم علیه السلام می باشد. آن مقدار که در مباحثات به کلمات فقها گذشته رجوع کرده ایم و چه آنچه که ناقلین مطرح کرده اند اتفاقی که کاشف قطعی از قول معصوم علیه السلام باشد، پیدا نکرده ایم. لذا در بین متأخرین این بحث آهسته آهسته با تاریخ فقه می پیوندد. حتی نقل از آقای خوئی است که اگر ترس از مردم نبود فتوا می دادم که نکاح معاطاتی را هم صحیح است. مثلا به زنی می گوید که زن من می شوی و او می آید پشت درب خانه مرد این می شود نکاح معاطاتی.

^۱ النساء، الجزء ۵، الصفحة: ۸۳، الآية: ۲۹

^۲ المائدة، الجزء ۶، الصفحة: ۱۰۶، الآية: ۱

نکاح معاطاتی رضایت به ازدواج است نه رضایت به عمل زناشویی یا به عبارت دیگر انشاء عملی بر رضایت بر ازدواج و این می شود فرق بین نکاح معاطاتی و زنا.

کسانی که عقد معاطاتی را قبول کرده اند، نکاح معاطاتی را قبول نکرده اند. کما اینکه ما قبول نکردیم و گفته ایم به سیره ثابت است که باید به صیغه باشد. چون دلیل ما بر معاطاة سیره است که در سیره نکاح بدون صیغه نمی شود.

العروة الوثقی (للسید الیزدی)؛ ج ۲، ص: ۵۸۱

۱ مسألة يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة

و لا تنفسخ الإجارة به فتنتقل إلى المشتري مسلوقة المنفعة مدة الإجارة...

مسئله این است که مثلاً کسی خانه اش را اجاره داده است و قبل از اتمام مقدرت اجاره خانه را می فروشد این اجاره درست است یا این بیع درست می باشد؟ بین این دو عقد تنافی است یا خیر؟

قوم قائل می باشند که اگر اسنان مالک یک شیئی شد مالک منافع آن شیئی تا ابد می باشد وقتی من شیئی خریدیم دو علقه بین من و شیء حاصل می شود یکی علقه بین من و شیء و دیگر علقه منافع این شیء الی الابد که این علقه و ملکیت همین الان است.

حقیقت اجاره عبارت است تملیک منفعة حالا این منفعت را که تملیک کنم می توانم
قطعه ای از این منفعت را تملیک کنم یا تمام این منافع را تملیک کنم که این تملیک در مقابل
عوض را می گویم اجاره.

بیع عبارت است از تملیک بعین بعوض. اگر این زمین را به دیگری تملیک کردم در مقابل
عوض این می شود بیع. در بیع منافع را من به او تملیک نمی ککنم بلکه عین را تملیک می کنم
اما در بین عرف این است که اگر منفعت آن عین مال کسی دیگری نمی باشد ، به تبع این
منافع منتقل می شود.

خوب اگر منافع مال خود من نبوده است طبیعتا منافع منتقل نمی شود

خوب با توجه به این مبانی برگردی که منافع یک سال را به دیگر تملیک کردم و بعد
خودم این عین را به دیگر تمبیک کردم هئب خریدار مالک عین می شود تمام منافع این عینبه
منتقل می شود اما منافی که مال من است به تبع منتقل می شود خوب منفعتی که مال من
نمی باشد که منفعت مستأجره باشد، منتقل نمی شود. لذا مشتری مالک آن منفعت نمی شود
و در ملک مستأجر باقی می ماند. این در سیره عقلاء وجود دارد.

این روی مبانی قم خیلی شسته رفته است و مشکلی هم ندارد.

عنایت شود این فرمایشان علی القاعده درتس و ما خیل یاز مبانی را قبول ننکردیم اما
طبق مبانی خودمانو

ما در حرفی که با اینها مخالفیم من در بیع عین را می خریم اما منفعت را نمی خریم و
علقه بین من و عین برقرار می شود و بین من و منافع علقه ای در کار نمی باشد. حال به ملکیت
ضمنیه یا مستقله. حال به تبع عین یا خیر مستقلا علقه ای ایجاد شود. زیاد در کلام فقها
مشخص نبوده است که کدام مقصود بوده است ولی به نظر می رسد که ضمنیه باشد چرا که
مستقله خیلی دور از ذهن می باشد که این مقدار را هم ما قبول ننکردیم.

یعنی در سیره عقلاء همینکه این عین منافی داشته باشد کفایت می کند و لازم نمی باشد که من منافع را هم تملیک کنم و طرف مالک شود. یعنی در سیره عقلا نیاز نمی باشد که منافع را هم منتقل کند بلکه همین که عین را &&&&

این یک فرق ما با مشهور

فرق دوم در حقیقت اجاره در نظر ما با مشهور است.

حقیقت اجاره واقعا صعب است یعنی واقعا ما اجاره داریم اما حقیقت آن شود فقها گفته اند که تملیک منفعة بعوض و این تعریف را نمی توان قبول کرد. فقها گفته اند که منافع را تملیک کنم بلا عوض بلکه باید با عوض باشد این خودش نشان می دهد که اگر هبه منفعت باطل باشد با عوض هم باطل است و نکته ای ندارد که بلا عوض باطل باشد اما با عوض درست باشد.

پس تملیک منفعت بعوض حقیقت اجاره نمی باشد. به نظر می رسد که عبارت باشد التوافق علی الانتفاع بعوض. من توافق می کنم که او منتفع شود به عوض یعنی او مالک حق الانتفاع می شود نه حق الانتفاع پیدا می کند در عاریه انتفاع است اما هیچ زمانی مالک نمی باشد و عوض در عاریه عوض الانتفاع است اما در اینجا مستأجر مالک انتفاع می شود. مالک خود انتفاع هم نمی شود بلکه مالک حق الانتفاع می شود.

اگر ما این معنارا گفتیم پس باید دید که بین بیع و اجاره تنافی است.

بیع عبارت است تملیک عین بعوض اما قبل از فروش این خانه حق الانتفاع ای انه را تملیک کردم به مستأخر می دانید از شئ بیع سلطنت ست اگر من خانه می فروشم از شئ این بیع این است که من سلطنت نسبت به این خانه پیدا می کنم. خوب من خریدم ولی من حق الانتفاع ندارم و سلطنت بر عین ندارم این منافاتی ندارد &&&& عقلا این حق را برای

مشتري قائل نمی باند کما اینه برای بایع هم قائل نبودند لذا حق الانتفاع به تمام منافع را دارد
الا منفعتی ک به مستأجر منتقل شده است.

لذا چه طبق مبنای قوم و ما اشکالی وجود ندارد.

۱ نعم للمشتري مع جهله بالإجارة خيار فسخ البيع

لأن نقص المنفعة عيب و لكن ليس كسائر العيوب مما يكون المشتري معه مخيرا بين الرد و الأرش فليس له أن لا يفسخ و يطالب بالأرش فإن العيب الموجب للأرش ما كان نقصا في الشيء في حد نفسه مثل العمى و العرج و كونه مقطوع اليد أو نحو ذلك لا مثل المقام الذي العين في حد نفسها لا عيب فيها و أما لو علم المشتري أنها مستأجرة و مع ذلك أقدم على الشراء فليس له الفسخ أيضا نعم لو اعتقد كون مدة الإجارة كذا مقدارا فبان أنها أزيد له الخيار أيضا...

می دانید که در امور ذاتی عین جناب مشتری مخیر است بین فسخ و اخذ ارش مثلا کتابی خریدیده است و بعد دیده است که هشت صفحه آن سفید ست این مشتری دو راه دارد برود پیش بایع و معامله را فسخ کند و راه دوم این است که بگوید که این کتاب ناقص است و من ما به التفاوت را می خواهم مثلا کتاب سالم ده تومان است و کتاب با این نقص پنج هزار است لذا می تواند پنج هزار تومان بگیرد.

در اینجا سید می فرمایند فقط می تواند فسخ کند و نمی تواند اخذ ارش کند.

ما حصل اینکه اگر نمی دانست اجاره داده است حق فسخ دارد یا می دانست اجاره است اما مدت را فکر می کرد کمتر است و بعد فهمید زیاد است باز حق فسخ دارد اما حق الارش ندارد.

دلیل بر این حق فسخ چه می باشد؟

سه وجه ذکر شده است:

وجه اول بعضی گفته اند خيار عيب می باشد .

وجه دوم: که منسوب است به آ شیخ عبد الکریم حائری خيار تخلف وصف یا خيار رويت است که عبارت است که ما مالی را بخیریم و هنگام رويت صفاتی داشته است که الان می بیند که آن صفات زمان رويت را نداشته است در زمان دیدن خانه نگفته بود که این خانه را اجاره داده است لذا وصف طلق بودن را ندارد.

وجه سوم: خيار تخلف شرط.

فرق خيار شرط با خيار تخلف شرط در این است که در خيار شرط حق الفسخ را برای خودش شرط می کند مثلاً من اتینت خانه را می فروشم و تا شش ماه حق دارم این معامله را فسخ کنم.

اما خيار تخلف شرط این است که من فعلی را شرط می کنم و طرف مقابل آن فعل را انجام نمی دهد مثلاً می گوید من این خانه را می فروشم به شرط اینکه برای پدر من در ماه رمضان ختم قرآنی بخوانی و مشتری این کار را انجام نمی دهد.

در ما نحن فیه خيار تخلف شرط گفته اند می باشد . به این صورت که در عمه معاملات یک شرط ارتکازی است که در این مبيع نقصانی نباشد حال این نقصان از هر نظر که در نظر

بگیری و لو نقصان در منفعت باشد. که در اصطلاح می گویند شرط صحة . یعنی التزام من مشروط به سلامت مبیع می باشد.

خوب ما ها این سومی می باشیم یعنی از کسانی می باشیم که می گوییم که خیار مشتری خیار تخلف شرط ارتکازی است. چرا به دو خیار قبلی بر نمی گردانیم؟ چرا که آن دو خیار را قائل نمی باشیم و آن دو را دائما بر می گردانیم به این شرط سوم که شرط ارتکازی صحت باشد یعنی قائلیم که در اینجا در اصل خیارش خیار تخلف شرط ارتکازی است و آن دو خیاری که گفته شده است، همین خیار تخلف شرط است. یعنی ما اصلا آن دو خیار گفته شده و دیگر خیارات را قائل نمی باشیم و فقط این دو خیار را قبول داریم، خیار شرط و خیار تخلف شرط و اگر هم قبول کنیم آن دو خیار مجلس و حیوانی که فقها گفته اند شرعی است.

نکته دوم این است که چرا نمی تواند بیاید و ارش بگیرد؟

این در بحث خیارات گفته شده است که ارش خلاف اصل است و در سیره حق اخذ ارش ندارد و فقط شارع تعبدا این حق را برای طرف متضرر قائل شده است و الا در سیره ما چیزی به نام ارش نداریم حال که تعبدی شد باید برویم سراغ دلیل که وقتی سراغ دلیل می رویم فقط می بینیم در امور ذاتی و عیب تکوینی است نه در امور غیر ذاتی لذا در این مورد که منفعت معیوب شده است، مورد روایت نمی باشد لذا ارش در اینجا ثابت نمی باشد. لذا مغبون نمی تواند بیاید و مطالبه مقدار اضافه ای که مغبون شده است را بکند یا بایع بگوید بیا و ما به التفاوت را بگیر بلکه فقط حق فسخ دارد.

به طور کلی تمام خیارات ۱۴ گانه به دو خیار بر می گردد که خیار شرط باشد و خیار تخلف شرط الا خیار حیوان و خیار مجلس که فقها قائلند که این دو خیار شرعی است یعنی شارع این دو خیار را برای بایع جعل کرده است.

پس در ما نحن فیه خیار، خیار تخلف شرط است و در عین حال ارش هم ندارد.

و لو فسخ المستأجر الإجارة

رجعت المنفعة في بقية المدة إلى البائع لا إلى المشتري

حال اگر شش ماه از اجاره باقی مانده است و مستأجر آمد اجاره را فسخ کرد در اینجا سید می فرماید که منفعة مال بايع است .

این بعدا می آید که اگر من این ساعت را به زید فروختم به ملک او داخل شده است و از ملک من خارج می شود و اگر فسخ شود دوباره به مال من بر می گردد. به نظر می آید که یکی از اسباب مملک فسخ می باشد. دقت کنید فسخ مملک نمی باشد . من این ساعت را از ساعت فروشی خریدم و بعد فروختم به زید و بعد از مدتی این معامله بفسخ شد بعد از فسخ صاحب این ساعت من می شوم دقت کنید این الان بعد از فسخ ملک ن است مملک آن چه می باشد؟ سبب ملکیت چه می باشد ؟ از ازل که من مملک نبودم و تا یک ساعت قبل ملک زید بود این سبب ملکیت چه می باشد؟ این فسخ عقد دوم را زائل می کند و همان شراء اول از ساعت فروش می شود مملک. و آن عقد دوم با فسخ پاک می شود و هر مالی به ملک خودش بر می گردد.

در ما نحن فيه مستأجر چه کرد؟ مستأجر آمد و اجاره را فسخ کرد و آن منفعت ششماهه را که به او منتقل شده بود فسخ کرد و به همان سبب سابق بر می گردد به صاحب قبلی که بايع بود. این فسخ عقد اجاره را باطل می کند و منفعت به ملک قبلی بر می گردد. یعنی موجر مالک منفعت یکساله بود که با اجاره به مستأجر داد که بعد از شش ماه استیفاء از آن منفعت مستأجر اجاره را فسخ کرد، این فسخ عقد اجاره را پاک کرد لذا همان سبب قبلی که باعث ملکیت خانه نسبت به موجر شده بود باز همان منفعت را به ملکیت موجر بر می گرداند.

^۱ مشهور هم موافقت کرده اند اما مرحوم آقای حکیم مناقشه ای کرده اند.

در مستمسک ج ۱۲ ص ۳۰ مخالفت کرده اند اگر چه در تعلیقه موافقت کرده اند شاید بخاطر این که تعلیقه نظر موخر ایشان است.

ایشان فرموده اند که این منفعت شش ماه به مشتری بر می گردد دلیل ایشان این است که منفعت در ملکیت تابع عین است. بلکه مالک عین می تواند این نفعت را به دیگری منتقل کند. خوب بایع آن زمان یکه مالک بود اجاره دارد و بعد از انتقال عین مستأجر اجاره را فسخ کرد و بعد این منفعت جای خودش می نشیند. چای او کجاست؟ جایی که عین باشد چرا که ملکیت آن تابع عین است لذا حال که عین منتقل شده است منفعت هم بعد از فسخ منتقل می شود.

گفته نشود که در زمان قبل از فسخ هم بعد از اینکه عین به مشتری منتقل شد، باید ما بقی اجاره را به مشتری بدهد. چرا که در زمان اجاره ملک بایع بود و بعد از انتقال فقط عین را انتقال داد عینی بدون منفعت. اما بعد از فسخ بر می گردد به عین که الان عین در دست مشتری است.

بر فرمایش مرحوم حکیم اشکال شده است به این صورت که ابتداءً به ملک مشتری بر می گردد یا بر می گردد به ملک بایع و به تبع عین به ملک مشتری بر می گردد. اگر مستقیماً بر گردد به ملک مشتری این خلاف حقیقت فسخ است چرا که حقیقت فسخ برگشت به معامله قبلی است و فرض این است که در زمان ملکیت بایع اجاره داده شد، پس باید به ملک بایع بر گردد.

اگر بگوئید که به تبع عین به بایع بر می گردد و بعد به مشتری بر می گردد این هم درست نمی باشد چرا که تبعیت یعنی در حین انتقال عین، باید تبعیت داشته باشد خوب وقتی عینی در کار نمی باشد دیگر تبعیت معنا ندارد.

این اشکال وارد نمی باشد.

مراد ایشان این است که وقتی من ساعت می خرم من مشتری مالک این ساعت می باشم مالک منفعت خانه ای که خریده است مال زید بما هو زید نمی باشد چرا که زید خانه خرید بلکه زید مالک منافع نمی باشد بلکه بما هو مالک مالک منفعت می باشد. ایشان می گویند که قبل از اینکه من این عین را مستأجر مالک منافع مالک عین بود که قبل از بیع زید بود بعد از انتقال بیع مالک این منفعت مالک العین است که مشتری باشد.

نظیر این را سهم امام داریم. مالک سهم امام، امام است نه بما هو فلان بن فلان لذا بعد از فوت امام منتقل می شود به امام بالفعل به ورثه منتقل نمی شود چرا که اموال ورثه اموالی است که ما ترکه المیت می باشد و امام که میت نمی شود بلکه فلان بن فلان میت شده است. لذا فقیه هیچ زمانی مالک سهم امام نمی باشد. فقط متولی بوده و ولایت تصرف در آن را دارد.

این منفعت منطبق بر مالک العین است و مالک العین در زمان سابق زید بود و الان مشتری است.

در ما نحن فیه این را عنایت کنید که مراد ایشان این بوده است این منفعت ملک مالک العین بود نه ملک زید که ای مالک عین در اول زید بود و الان عمرو است. لذا الان هم بر می گردد به مالک العین بما هو مالک العین.

اما مختار القوم:

مبنای قوم این بود که اگر کسی مالک عین باشد مالک منافع هم می باشد&&&&، حق با مرحوم آقای حکیم است یعنی اگر زید مالک منفعت است نه بخاطر این که زید است بلکه بخاطر این که مالک عین است لذا دوباره منفعت بر می گردد به ملکیت مالک العین که در آن زمان عمرو مالک عین شده است.

اما طبق مختار خودمان:

اما اگر مالکیت منفعت را منکر شدیم یعنی گفتیم که مشتری فقط مالک عین می شود نه مالک منفعت، و گفتیم حقیقت اجاره تملیک منفعت می باشد خوب بعد از فسخ هم ملک کسی دیگری نبود بلکه ذی حق است خوب الان کی ذی حق است؟ مالک العین خوب به او بر می گردد چرا که در سیره عقلاء اختیار منفعت به دست کسی است که مالک العین می باشد. یعنی فسخ باعث می شود که منفعت به قبش بر گردد که در ملک یا حق مالک العین بود خوب الان مالک العین دیگر زید نمی باشد بلکه مشتری است لذا به مشتری بر می گردد. لذا نتیجه این قول با قول قوم و مرحوم حکیم یکی است اما نه از باب ملکیت بلکه از باب ذی حق بودن مالک العین.

در سیره عقلاء شما مالک یک چیز می باشید یا دو چیز؟ یک چیز که آن هم عین می باشد. اما در همین عقلاء تمام تصرفات در این منفعت حتی تصرفات اعتباری از مالک العین نافذ است.

١ نعم لو اعتقد البائع و المشتري بقاء مدة الإجارة

و أن العين مسلوقة المنفعة إلى زمان كذا و تبين أن المدة منقضية
فهل منفعة تلك المدة للبائع حيث إنه كأنه^٢ شرط كونها مسلوقة المنفعة
إلى زمان كذا أو للمشتري لأنها تابعة للعين ما لم تُفرز^٣ بالنقل إلى
الغير أو بالاستثناء و المفروض عدمها وجهان و الأقوى الثاني ...

يعنى منفعت به مشتری بر می گردد.

نعم لو شرطاً كونها مسلوقة المنفعة إلى زمان كذا بعد اعتقاد بقاء
المدة كان لما ذكر وجه

لما ذكر یعنی منفعت مبر می گردد به بایع نه مشتری.

ما در دو فرع را متذكر می شویم:

فرع اول: اعتقاد داشته اند که شش ماه منفعت در اختیار مستأجر است اما شرط نکرده
اند که ببع به شرط سلب منافع می باشد.

^١ سه شنبه ١٢/٨/٩٤.

^٢ البائع.

^٣ جدا نشده است.

مشهور فقها گفته اند همان نظر سید را دارند که منافع به مشتری بر می گردد به جهت اینکه در اجاره اراز نشده بود و تشرط هم که نشده بود فقط اعتقاد آنها این بوده است و منفعت تابع عین است و عین مال مشتری بوده است لذا منتقل به مشتری هم می شود . &&&

مرحوم خوئی در این مسئله با مشهور مخالفت کرده است و گفته اند که منفعت شش ماه اول مال بایع است چرا که قبل از بیع ملک بایع بود این بایع وقتی می خواهد منفعت به ملکش منتقل شود انتقال که تابع قصد است نه قهری. خوب هیچ کدام قصد انتقال را به ملک خود نداشتند اینها فقط قصد انتقال عین مسلوبه المنفعة داشتند انتقال هم تابع قصد است. لذا چون قصد انتقال نداشتند در ملک بایع باقی می ماند.

در این مسئله چه باید گفت:

در نظر مشهور: اگر کسی مالک عین شد مالک منافع عین هم می باشد اگر مالک ای خانه هستم عین زمان بر نمی دارد مالک عین دیروز و فردا ندارد اما چون منفعت امر زمانی است منفعت این خانه در امروز و فردا و در صد سال بعد . مشهور قائلند که وقتی شخصی مالک عین می شود مالک منافع هم می شود ایم مسلک مشهور است درای مسل چه باید اختیار کرد ما قائلیم که باید نظر مشهور را قبول کرد نه نظر مرحوم خوئی.

ملکیت منفعت انتقالش به معاوضه نمی اشد عند العقلاء هر کسی که مالک عین است عقلاء ملکیت او را بر منفعت اعتبار می کنند من وقتی خانه را می خرم مصب معاوضه عین است نه منفعت آن را عقلاء اعتبار می کنند وقتی عقلا این مالک عین شد مالک منافع هم می شو در منفعت مانعی نمی باشد فقط می ماند اشکال مرحوم خوئی اشکال این اتسکه وقت یمن عین را منتقل کردم اما مسلوب المنفعة منتقل کردم اصلا فرض کنید من خانه ای را بدون منفعت منتقل کردم عقلاء اعتبار ملکیت می کنند یا خیر؟ خیر.

جواب این اشکال مربوط می شود به فرع دوم در فرع دوم که مطرح شود مشخص می شود که این اشکال وارد نمی باشد چرا که در آنجا خواهیم گفت که اگر صریحا هم شرط کند فایده ای ندارد.

مختار خودمان:

مبنای ما در منفعت این است که منفعت ملک مالک نمی باشد اصلا حتی گفتیم که اجاره تملیک منفعت باشد اشکال ندارد که تملیک منفعت باشد اگر ما مالک این عبا باشم و مالک این خانه می باشم من مالک دو چیز می باشم عین و منفعت خیر من مالک عین هستم و فقط حق الانتفاع دارم.

اگر من عین را فروختم، عین را فروختم و تملیک کردم و منفعت را تملیک نکردم و خوب منفعت مال مالک است و حق الانتفاع مال مالک است و فرض این است که مالک عین، مشتری است لذا حق الانتفاع مال مشتری است.

فرع دوم:

فرع دوم این است چون بایع و مشتری معتقد بودن که عین مسلوب المنفعة است مسلوب المنفعة را شرط کرده اند. بدون منفعت شش ماهه می فروشم به شما سید در اینجا فرموده اند که منفع شش ماه اول مربوط به بایع است چرا که در واقع مستأجری در کار نبوده است و می تواند از شش ماه منفعتش بایع استفاده کند و عین در ملک مشتری است.

مرحوم میرزا اشکال کرده اس که اگر صریحا شرط هم کند منفعت مال مشتری است نه بایع. چرا که این ظاهرش شرط است چرا که در واقع شرط این است که این عین منتقل شود با تمام منافی که دراد اما در اعتقاد اینها منافع شش ماهه در اختیار بایع نبوده است و این شرط در واقع توصیف است و شرط نمی باشد. مثلا من خانه را می فروشم که زمین آن وقفی است بعد از معامله فهمیده می شود که خانه وقفی نمی باشد معامله صحیح است و این

تخلف وصف است. اگر قصد می کنند که مسلوب المنفعة است چرا که اعتقاد دارند که منفعت شش ماهه در اختیار بایع نمی باشد. مثلاً می گوید این خانه را می فروشم که زمین آن سی صد متر است اگر مشخص شد که چهار صد متر است این معنایش این نمی باشد که صد متر را نفروخته ام خیر یعنی خانه فروخته ام با تمام زمین.

کلام میرزا: با کلام میرزا درست است که در حقیقت این شر نمی باشد بلکه وصف است یعنی این خانه را منفعت شش ماهه ندارد را می فروشم و در واقع دارد .

مطلب دیگر آیا می توانیم چنین شرطی را داشته باشیم مثلاً من می خواهم خانه ای را می فروشم اصلاً دست مستأجر نمی باشد می توانم شرط کنم ه به شرط سلب منفعت سکساله می فروشم

شرائطی که می توانم بکنم:

شرط می کن که این خانه را به شما می فروشم که شما رد سال اول حق الانتفاع ندارد به عنوان شرط نتیجه.

این شرط باطل است. &&&

صورت دوم شرط می کنم شما از اینخانه در سال اول استفاده نکنید به نحو شرط فعل.

این شرط شرط صحیحی اس شرط فعل است مثل اینکه زنی ازدواج کند و شرط که در سال اول من را لمس نکنی و نگاه نکنی حق را داری اما از این حق را استفاده نکن اما در شرط اول این حق را نداشت.

شرط سوم:

حق الانتفاع سال اول ما من باشد. به نحو شرط نتیجه از ان من بایع باشد. با صورت اول فرق می کند به عبارت دیگر یعنی حق الانتفاع را با من قبول کنی در آن واحد که می خواهی عین را قبول کنی هم مالک عین شوی و حق الانتفاع مال من باشد.

در اولی حق الانتفاع را از او می گیرد اما به خود هم انتقال نمی دهد یعنی هیچ کدام حق الانتفاع ندارند اما در اینجا شرط میکند که حق الانتفاع را انتقال بدهد در اولی به منزله الغاء است و در دومی انتقال است.

به نظر ما می آید که عقلاء باید درست باشد یعنی آن انتقال عین به او، آن انتقال حق الانتفاع به او باشد. به نظر ما می رسد موافق با ارتکاز عقلاء می باشد.

نتیجه این می شود که بایع حق الانتفاع دارد و مشتری حق الانتفاع ندارد.

صورت چهارم: من این خانه را می فروشم بدون منفعت یکساله. این شرط چهارم باید به یکی از سه صورت بابا برگردد اگر معنایش این ساقه حق الانتفاع نداشته باشی که درست نمی باشد اما اگر معنایش این باشد که حق الانتفاع نداشته باشی به نحو شرط فعل این درست است و اگر معنایش این باشد که مال من باشد این حق الانتفاع این هم درست به نظر می رسد.

اَتَمَّ بِنَاءٍ عَلَى مَا هُوَ الْأَقْوَى مِنْ رَجُوعِ الْمَنْفَعَةِ فِي الصُّورَةِ السَّابِقَةِ إِلَى الْمُشْتَرِي

فهل للبائع الخيار أو لا وجهان لا يخلو أولهما من قوة خصوصا إذا
أوجب ذلك له الغبن

یعنی خالی از وجه نمی باشد که حق فسخ داشته باشد خصوصا در جایی که مغبون شده
باشد.

مسئله این بود که به اعتقاد که مال مستأجر است به مشتری فروخته ایا بایع دحق فسخ
دارد یا خیر؟ ایشان می فرمایند که خالی از وجه نمی باشد که حق فسخ داشته باشد.

پس در مسئله دو فرع است صورت عدم غبن و غبن.

در صورت عدم غبن:

یعنی زیر قیمت سوقیه نفروخت و به قیمت بازار فروخت سید در اینجا می فرمایند که
خیار دارد و به مشهور هم نسبت داده شده ست.

وجه خیار: این خیار خیار شرط است یعنی یک شرط ارتکازی است که وقتی من این خانه
را به شما بفروشم و اگر این خانه منفعت داشته باشد که من حق فسخ دارم یعنی اگر منفعت
مال مشتری&&&

بر اساس این شرط ارتکاز الیت که گفته می شود که بیع حق فسخ دارد.

این را قبلا گفتیم که ما یک خیرا تخلف شرط داریم و یک خیرا شرط داریم .

خيار تخلف شرط در درون خودش دائما بايد يك خيار شرطی هم داشته باشد مثلا اين دفت رو کتاب را به کسی می فروشم به شرايکه او به من عباى خود را تملیک کند اگر عبا را به من تملیک نکرد من چه دارم: می گویند که اصطلاحا خيار تخلف شرط داری. ای خيار تخلف شرط از کجا ناشی می شود ؟ چرا خيار تخلف شرط دارم چرا که دائما برگشت خيار تخلف شرط به خيار شرط است یعنی یک شرط ارتكازی اس که اگر تملیک نکردی من حق فسخ داریم . پس این را دقت کنید که دائما خيارهای اچه در تخلف شرط و سایر خياها ما بر می گردانیم به خيار شرط. در ما نحن فیه اگر شرط ارتكازی باشد معنایش این است که اگر این عین مسلوب المنفعة نبود من خيار شرط داریم . آیا وقاعا این شرط ارتكازی در اینجا است یا خیر شرط ارتكازی در اینجا وجود ندارد؟

فرع دوم که مغبون شدم.

ما دو غبن داریم غبن نوعی و شخصی.

غبن نوعی یعنی بايع مالی را زیر قیمت سوقیه بفروشد یا مشتری شیئی را فوق قیمت سوقیه بخرد اگر معامله ای صورت می گیرد و ثمن معامله زیر قیمت سوقیه باشد می گوئیم که بايع مغبون است و بالعکس را می گوئیم که مشتری مغبون است. این غبن نوعیه است.

در اینجا زیر قیمت به خاطر منفعت شش ماه ۵ میلیون کم کردم و بعد معلوم شد که این منفعت منتقل شده است به مشتری و در واقع به ۵ میلیون زیر قیمت سوقیه فروختم در خيارات گفته شده است که مغبون خيار فسخ درادند قائلین به خيار غبن سه مسلک شده اند.

بعضی قائلند که این خيار به سیره عقلاء ثابت است .

بعضی گفته اند به حدیث لا ضرر ثابت است و عده ایت گفته اند که خیار غبن به یک شرط ارتکازی بر می گردد که ما از دسته سومی هستیم.

لذا در اینجا خیار شرط است که اگر من این معامله را زیر قیمت سوقیه معامله کرده باشم من حق الفسخ داشته باشم .

ما از کسانی هستیم که خیار غبن را با توجه جوامع فرق می گذاریم در بعضی جوامع خیار شرط است و در بعضی از جوامع شرط ارتکازی نمی باشد چرا که این یک خیار عرفی است نه شرعی.

اما غبن شخصی:

این است که این معامله به قیمت سوقیه انجام شده است اما اگر می دانستم که این منفعت مسلوب نمی باشد به اقیمت سوقیه نمی فروختم بلیکه فوق قیمت سوقیه می فروختم قیمت سوقیه، ۲۰ میلیون می باشد و اگر مسلوب المنفعة نبود به بالاتر می فروختم.

این شخص هم ۲۰ میلیون فروخته است. حالا اگر این بایع ما که غبن نوعی ندارد اما خیار غبن دارد یا خیر؟

به عبارت خیلی روشنتر است ما که غبن نوعی خیاری هستیم در غبن شخصی خیاری هستیم.

بعضی قائل شده اند و بعضی در خیار نوعی فقط قائل به خیار می باشند. ما ها از دسته دوم می باشیم . در غبن شخصی قائل به خیار غبن می باشیم ما خیار غبن را به شرط درتس کردیم در ما نحن فیه اگر بایع هم این شرط را کرده ابشتم که اگر این مسلوب المنفعة نبود بالاتر می دهم این شرط باید دو طرفه باشد این شرط از ناحیه مشتری چنین شرطی نمی باشد اگر در مورد خود بایع اثبات شود.

بعضی قائل به تفصیل شده اند: صورتی که بایع اعلام نمی کند پیش خود شرط می کند گفتن که اینجا خیار غبن ندارد. اما اگر این شرط را اعلام کرد، این شخص خیار غبن دارد. یعنی می گوید که اگر این را می فروشم بخاطر اینکه مسلوب المنفعة است اما اگر مسلوب المنفعة نبود بیشتر از ۲۰ تومان می دهم. گفته اند که معنایش این است که شرط کرده است که اگر مسلوب المنفعة باشد، من حق الفسخ دارم.

در اینجا هم ما می گوئیم که خیار غبن ندارد چرا که این به این معنا نیست که این شرطی است که مشتری قبول کرده است. حتی ما قائلیم در ناحیه بایع هم شرط نمی باشد و فقط داعی خود را نقل می کند.

لهذا اگر غبن بایع نوعی باشد، خیار دارد و اگر غبن شخصی باشد، خیار ندارد.

هذا تمام الكلام في الغبن النوعي و الشخصي.

...هذا إذا بيعت العين المستأجرة على غير المستأجر

أما لو بيعت عليه^۱ ففي انفساخ الإجارة وجهان أقواهما العدم...

یک وجه این است که عقد اجاره باقی است و وجه دیگر این است که عقد اجاره منفسخ می شود.

مشهور بین علماء این است که لا ینفسخ اما درمقابل مشهور به علامه نسبت داده شده است که در بعضی کتبش گفته است که عقد اجاره منفسخ می شود.

ما در مسئله تابع کدام قول شویم؟

^۱ای علی المستأجر.

دقت کنید در جواب این مسئله در بحث حقیقت اجاره دو نظریه بود آن بحث که در حقیقت اجاره گفتیم اینجا ثمره دارد که تفسیر و فهم ما از حقیقت اجاره چه باشد.

اما نظریه مشهور در حقیقت اجاره: تملیک المنفعة بعوض. اگر این را اختیار کردیم در این صورت مسلک مشهور درست می باشد به جهت اینکه منفعت یک ساله را به زید تملیک کردم و بعد خانه را بدون منفعة تملیک کردم به زید. نظیر اینکه شما نصف مشاع خانه را بفروشید به شخصی و بعد از مدتی نصف مشاع دیگر آن را به او بفروشید. این اشکالی ندارد. لذا هیچ نکته ی عرفی و عقلی بر انفساخ نمی باشد.

البته در نظر عرف این ارتکاز است که نباید دیگر اجاره را به بایع بدهد این را قبول داریم و این نشان دهنده این است که تفسیر مشهور از اجاره درست نمی باشد.

اما نظریه غیر مشهور: التوافق علی الانتفاع بالعين المملوك للغير بالعوض. یک تعاهدی بر این دارند. اگر اجاره را اینطور معنا کردیم و بحث ملکیت نمی باشد. اگر این معنای اجاره گفتیم با بیع موضوع اجاره از بین می رود چرا که دیگر انتفاع به مال غیر نمی باشد انتفاع به ملک خود می باشد. موید این دید عرفی، ارتکاز عرفی است که نمی تواند اجاره را به بایع بدهد لذا فهمیده می شود که باید انتفاع به ملک غیر باشد لذا عقد اجاره منفسخ می شود، و از زمان انفساخ دیگر اجرت نمی دهد و اگر اجرت یکسال را اول گرفته است باید ما بقی را برود و بگیرد. مثال عاریه مثال خوبی است که شما کتابی را به کسی عاریه می دهی و بعد شخصی که عاریه گرفته است، قصد خرید می کند بعد از خرید عقد عاریه از بین رفت و معنا ندارد که عاریه باشد چرا که عاریه در ملک غیر معنا دارد.

لذا خیلی از مغالطات به خاطر تعریف است مثلاً فهم و تفسیری اشتباه داریم و بعد بر اساس این تعریف جلو رفته و بعد به مغالطه می افتند. لذا این تفاسیر که وحی منزل که نمی

باشد لذا باید در هر صورت برگردیم دوباره به واقع و بعضی از اوقات به عرف ببینیم در جاهای مختلف این تعریف صادق است یا خیر؟

...و يتفرع على ذلك^۱ أمور:

منها اجتماع الثمن و الأجرة عليه حينئذ...

یعنی اگر عدم انفساخی نمی شدیم غیر اینها را می گفتیم.

یکی از آنها اجتماع ثمن و اجرة الاجارة در نزد بايع است. مثلا اجاره يك تومان و خانه بيست تومان است بايد به بايع بيست و يك تومان دهد. اما در صورت انفساخ بايد بيست تومان و اجاره تا زمان انفساخ را بدهد.

...و منها بقاء ملكه للمنفعة في مدة تلك الإجارة

لو فسخ البيع بأحد أسبابه بخلاف ما لو قيل بانفساخ الإجارة...

بعد از يك ماه اين عقد اجاره فسخ شد يا به حق خيار از ناحیه بايع يا مشتری يا تقايل شد. بنا بر عدم الانفساخ آن اجاره باقی است منفعت شش ماه بعد مال مستأجر است اما بنا بر انفساخ منفعت شش ماهه مال بايع است. یعنی بعد از فسخ عين بجميع منافعش به بايع بر می گردد.

^۱ای عدم الانفساخ.

...و منها إرث الزوجة من المنفعة في تلك المدة

لو مات الزوج المستأجر بعد شرائه لتلك العين و إن كانت مما لا تراث الزوجة منه بخلاف ما لو قيل بالانفساخ بمجرد البيع

خانه را اجاره داد یکساله بعد از اجاره مالک خانه را به مستأجر فروخت بعد از دو ماه جناب مستأجر فوت شد.

یکی از ورثه زن است اگر گفتیم که این عقد اجاره منفسخ می شود زن از این خانه چیزی ارث نمی برد چرا که فرض است که زن از زمین ارث نمی برد اما از منافع این زمین هم ارث نمی برد اما اگر عدم انفساخ باشد منفعت به زمین نمی باشد بلکه مستقلا از منافع است به خاطر اجاره لذا از منافع ارث می برد.

&&&&

...و منها رجوع المشتري بالأجرة

لو تلف العين بعد قبضها و قبل انقضاء مدة الإجارة ...

در بحثهای بعدی خواهد آمد که عین اگر در اثناء اجاره از بین رفت و تلف شد کشف می شود که عقد اجاره نسبت به ما باقی باطل بوده است.

بنا بر عدم انفساخ رجوع به مالک می کند و اجرة را می گیرد اما بنا بر انفساخ حق رجوع ندارد چرا که حین البيع رجوع کرده و اجرة را گرفته است - اگر اول عقد اجاره همه اجرة را داده بود - لذا دیگر اجرتی در کار نمی باشد که رجوع کند. چرا که حین البيع گرفته است.

مسألة ٢: لو وقع البيع و الإجارة في زمان واحد

كما لو باع العين مالکها على شخص و أجرها وکیلها على شخص آخر و اتفق وقوعهما في زمان واحد^١ فهل يصحان معا و يملکها المشتري مسلوقة المنفعة كما لو سبقت الإجارة أو يبطلان معا للتزاحم في ملكية المنفعة أو يبطلان معا بالنسبة إلى تملیک المنفعة فيصح البيع على أنها مسلوقة المنفعة تلك المدة فتبقى المنفعة على ملك البائع وجوه^٢ أقواها الأول لعدم التزاحم فإن البائع لا يملک المنفعة و إنما يملک العين و ملكية العين توجب ملكية المنفعة للتبعية و هي^٣ متأخرة عن الإجارة.

منظور از هم زمانی، یعنی زمان شروع و لو اتمام عقد که به قبول است تفاوت داشته باشد. ضمناً مراد از همزمانی همزمانی عرفی است.

سید سه وجه ذکر کرده اند:

^١ یا هم اجاره و هم بیع را وکلاء انجام دهند یا خیر بالعکس شود که اجاره را مالک انجام دهد و بیع را وکیل انجام دهد. مهم همزمانی است.

^٢ نفرمودند که اقوال بلکه فرمودند وجوه چرا که ظاهراً وجه دوم قائل ندارد.

^٣ ملکية المنفعة.

وجه اول: هر دو اجاره و بیع درست باشد یعنی منفعت به مستأجر منتقل شده باشد و عین مسلوبه المنفعة به مشتری برسد. که نظر سید بوده است و معلقین هم همه تقریباً موافقت کرده اند.

وجه دوم: هر دو باطل است یعنی عین و منفعت در ملک بایع باقی می ماند.

وجه سوم: بیع صحیح و عقد اجاره باطل است که در این صورت منفعت مال بایع و عین هم مسلوبه المنفعة به مشتری منتقل می شود.

وجه دوم قائل ندارد و وجه سوم هم مختار مرحوم خوئی است و یکی از معلقین هم توقف کرده اند.

وجه چهارم و سوال مویدی&&&&

این مسئله، مسئله ای است که ایشان وجه قول خودش را بیان کرده است.

گفته است ماجر چی را تملیک کرد؟ منفعت را. جناب بایع عین را تملیک کرد. در اینجا بیع با اجاره مقارن است و یکی بر دیگری متقدم نمی باشد آیا بایع منفعت عین را به مشتری تملیک کرد یا خیر؟ خیر. تملیک نکرد تملک مشتری نسبت به منفعت در کجاست؟ تبعی است در طول تملک عین است. پس در طول تملک عین منفعت را تملک می کند. تملیک عین در عرض تملیک منفعت بود. تملک منفعت در طول تملیک عین بود. وقتی که تملک منفعت در طول تملیک عین شد و تملیک عین هم در عرض تملیک منفعت است. لذا با هم تزاممی ندارند. چرا که تملک منفعت در طول تملیک عین است. لذا می شود تملک در طول تملیک منفعت لذا تزاممی در کار نمی باشد&&&& لذا نمی گذارد که نوبت به تملک منفعت برسد.

^۱ مناقشه:

نقد الو:

اصل این دلیل اشتباه که این مغالطه را زید مرتکب می شدند و فکر می کردند که اگر شیئی در عرض شیء دیگر بود و شیء اول شیء طولی دیگر داشت می گفتند که این شیء در طول شیء دوم که هم عرض شیء اول بود می باشد این درست نمی باشد چرا که طولیت تابع ملاک خودش است که یکی از ملاکها علیت است بله شیء اول و دوم با هم هم عرض می باشند چرا که بین این دو علیت و معلولیت نمی باشد اما شیئی که در طول شیء اول بود بخاطر این بود که شیء اول علت آن شیء طولی است اما شیء عرضی دوم که دیگر علت آن شیء طولی نمی باشد که بخواهد آن شیء در طول شیء عرضی دوم هم باشد.

مناقشه ی دوم:

این مطلب در اینجا نمی آید چرا که ملکیت باب اعتبار است و در اعتباریت که دیگر علیت و معلولیت معنایی ندارد.

&&&

اگر هم گفته شده است که طهارت دست در طول طهارت ماء است این تعبیر تسامحی است و معنا ندارد علیت بین این دو طهارت که امور اعتباری باشند، باشد.

رابطه طولی فقط در علیت و معلولیت می باشد و ولو علیت ناقصه. علت به معنای اوسع نه به معنای فلسفی آن. و طولیت در اینجا یعنی تا اعتبار اول نشود اعتبار دوم نمی آید و این معنا ندارد. امور وجودی می باشند که علیت بردار می بشاند و غیر امور وجودی علیت بر نمی دارند.

وجه صحت این وجه:

این دو تا اصلاً با هم منافاتی دارند موجد منفعت را تملیک کرد و بایع عین را تملیک کرد عرف کی این منفعت را به مالک عین اعتبار تملیک می کنند؟ جایی که منفعتی باشد وقتی منفعتی نباشد دیگر اعتبار ملکیت برای مشتری نمی کنند.

لذا اگر ما مبنای مشهور را در اجاره قبول می کردیم این وجه متعین بود. تنها مشکل آن در مبنا می باشد.

کما اینکه مشهور هم این وجه را گفته اند. نظر مرحوم خوئی منحصر به فرد است و هیچ یک از معلقین قبول نکرده اند.

اما احتمال دوم:

هر دو عقد باطل است.

این احتمال دوم خوشبختانه قائل ندارد چرا که وجهی ندارد. نهایتاً اجاره باطل باشد، بیع را چرا باطل می کند.

احتمال سوم:

وجه مرحوم خوئی که بیع درست باشد و اجاره باطل می باشد یعنی به لحاظ مورد اجاره هم بیع و هم اجاره باطل است و بر ملک مالک باقی می ماند. بیع تملیک عین کرده است و اجاره منفعت را تملیک کرده است و در مورد منفعت تعارض دارد مقتضای بیع تملیک منفعت یکساله برای مشتری و مقتضای اجاره تملیک منفعت برای مستأجر است. لذا ترجیحی طرفی ندارد لذا در آن مقدار بیع و اجاره باطل است و بر ملک بایع باقی می ماند.

مناقشه:

آقای خوئی قبول دارند که ملکیت منفعت به تبع ملکیت عین می باشد عقلاء زمانی اعتبار ملکیت برای منفعت می کنند که مالک کس دیگری نباشد و منفعتی داشته باشد. اما منفعتی را تملیک می کنند ما مملوک غیر نباشد.

اما نظر ما طبق مختار ما:

اجاره در نظر ما عبارت است که توافق به انتفاع از عین بعوض.

اگر اینطور باشد، این جا عقد اجاره باطل است بخاطر اینکه این عین ملک مشتری است وقتی ملک مشتری است نمی تواند انتفاع را به دیگری تملیک کند به عوض می شود فضولی .

چراکه به بیع منفعت مال مشتری شد. این احتمال سوم نمی باشد چرا که در آن احتمال منفعت مال مالک بود اما در نظر ما مال مشتری است.

لذا اگر مشتری اجازه بدهد، منفعت مال مستأجر می شود. لذا منوط به اجازه و امضاء مشتری است.

اگر گفتیم باطل است یعنی عقد اثری ندارد و تمام الاثر مال اجازه و امضاء است.

یعنی عقد اجاره، عقد بدون اثر می باشد. بعد از اجازه عقد از همان زمان عقد الان اثر می گذارد این از خصوصیات عالم اعتبار است که اجازه من در امروز باعث می شود عقد از دیروز، اثر می گذارد. اما در عالم تکوین اصلاً معنا ندارد چنین اثری.

به مناسبت توضیحی دهیم:

ما گفتیم که اجاره توافق بر انتفاع بعوض است. معوض چیست؟ و در ذمه است یا

خیر؟

سه احتمال این است: اذن، انتفاع، حق الانتفاع.

۱ اذن: یعنی مالک اذن می دهد که از منفعت این عین استفاده کند اما مجانا اذن نمی دهد بلکه در مقابل عوضی اذن می دهد.

انتفاع: این معوض خود این انتفاع است یعنی اذن مجانی است اما این اذن درمورد انتفاع مع العوض است نه انتفاع مجانی.

حق الانتفاع: مالک می گوید که که من این حق الانتفاع را به شما تملیک می کنم بعوض. فرق آن با عاریه است که در عاریه حق الانتفاع است اما مالک نمی باشد اما در اینجا مالک خود حق الانتفاع می باشد.

این احتمالات بعد از این است که تعریف اجاره را گرفتیم . توافق بر انتفاع بعوض است. اما در مورد اذن:

اذن یک انشاء است که عبارت است از انشاء الرضاء است.

می داندی در بین عقلاء ما دو جور اذن داریم مثلاً من در استفاده از فلان چیز به شما اذن می دهم این اذن خصوصیتش این است که می توانی هر لحظه از این اذن برگردیدی. اما گاهی این اذن ما بازاء دارد و عوضی می گیرد وقتی پای معاوضه می آید نیاز به قبول دارد. بعد از قبول اذن محقق می شود عوض هم محقق شد که در ذمه شخصی است که قبول کرده است. در سیره عقلاء گفته شده است که اگر در قبال اذن عوض گرفتید حال چه در خارج یا در ذمه حق رجوع ندارید و گفته شده است که اذن به عوض، حقیقتش ایقاع نمی باشد بلکه عقد است و عقد هم لازم است و نمی تواند یکی بر هم بزند.

این اذن دو مبعد دارد:

مبعد اول:

این است که من موجر اذن به زید را دادم اگر فردا زید مرد خانه را باید برگردانند من کی اذن داده بودم که ورثه را بنشینند در حالیکه بین عرف و عقلاء بعد از مردن مستأجر حق را با ورثه می دانند و برای موجر حق برگشت از اذن ندارد.

مناقشه:

شخصی موجر از همان اول اذن می دهد برای خودش و کسانی که با او زندگی می کنند و معمولاً هم می پرسند که چند نفرید؟

مبعد دوم:

بعد متعرض می شویم که در مورد حق الانتفاع هم است.

اگر معوض ما انتفاع باشد.

من اذن در انتفاع به عوض می دهد مبعده این است که اگر این منتفع نشد لازم نمی باشد که به من عوض را بدهد. مثلاً شخص نیامد کلید را تحویل بگیرد و اصلاً زندگی هم نکرد و آخر سال هم آمد این شخص باید اجاره بدهد یا خیر؟ در نظر عرف و عقلاء باید اجاره بدهد با اینکه اصلاً منتفع نشد. فرض این است که این عوض را داده است و من گرفته ام که انتفاع ببرد. و شخص منتفع نشده است.

مناقشه:

انتفاع به معنای استفاده کردن نمی باشد بلکه به معنای این است که اختیار خانه به ید اوست یعنی می تواند کلید را بگیرد یا بیه دیگری بگوید که بنشیند یا نشنید. یعنی یک نحو حق است و این حق را که پیدا نمی کند خودش مرحله ای انتفاع اس و مرحله ای از آن این است که برود بنشیند خوب انتفاع اول به محض اینکه قبول کرد حاصل می شود و لو از انتفاع دوم، استفاده نکند.

لذا اینها انتفاع را توسعه داده اند و گفته اند که همینکه اختیار انتفاع داشته باشد، این انتفاع است.

اگر مراد از معوض حق الانتفاع باشد. یعنی من این حق را به شما تملیک می کنم.
این وجه سوم.

مبعد این وجه:

این مبدء با اذن مشترک است و آن این اسکه وقتی ما خانه ای را اجاره می دهیم به زید. می رویم سراغ موجر من وقتی عبد از عملیه الاجاره کاری نداریم که چیزی از ملک من خارج شده است یا خیر؟ چیزی به ملک اضافه شد یا خیر؟ مشهور گفته اند که در اجاره چیزی از ملک تو خارج می شود و چیزی به ملک دیگری داخل شد و از ملک او هم چیزی خارج شد و به ملک شما داخل می شود.

در اینجا عوض داخل ملک من می شود. ما در آنجا که منفعت داخل مال مستأجر می شود این را اشکال کردیم که من فقط مال را دارم و منفعت مال من نمی باشد و در نظر عرف یک مملوک بیشتر نمی باشد. خصوصاً اینها یک چیزی را می گویند که خیلی غیر عرفی است. اینها می گویند منفعت این خانه و لو اینکه منفعت مال صد هزار سال بعد هم مال من می باشد مثلاً در مورد زمین می گویند که شما مالک این زمین هستید و منفعت هزار ساله دیگر آن هم مال من است الان.

ما معتقدیم که اصلاً مالک منفعت نبودی که از ملک تو خارج شوی فقط تو مالک سطح زمین هستی.

خوب در جایی که من ملک را اجاره می دهم آیا او الان او به من بدهکار است؟ خیر، در نظر عرف الان به تمام اجرت به من بدهکار نمی باشد بلکه به اندازه انتفاع، بدهکار می شود.

اگر گفتیم که معوض اذن یا حق الانتفاع شود همین الان من مالک تمام اجرت زمان اجاره هستم. لذا این با ارتکاز عرفی نمی سازد و این غیر عرفی است.

اگر از یک ماه بگذرد اجاره یک ماه را من بدهکار می شوم اما بعد از عقد، من بلافاصله به تمام اجرت یکساله بدهکار او نمی شوم. بلکه بعد از گذشت هر ماه به همان مقدار من بدهکار می شوم. خوب حق الانتفاع و اذن یک امر بسیط است و بلافاصله بعد از عقد او را تملیک او کرد و به او اذن داد لذا باید موجر مالک تمام آن اجرت شده باشد و مستأجر هم در ذمه به تمام اجرت بدهکار موجر شود. یعنی «حق» و «اذن» انحلالی نمی باشد بخلاف انتفاع که انحلالی است یعنی انتفاع تدریجی است.

لذا این ارتکاز که مهم هم می باشد، این حاکم است که «حق الانتفاع» و «اذن» معوض نمی باشد.

منفعت یعنی قابلیت برای انتفاع که در خانه می شود قابلیت در سکنی که در الان این خانه صلاحیت سکنی در صد سال آینده را دارد.

لذا انتفاع با این ارتکاز عرفی هم می سازد. که این انتفاع یک امر واقعی است. این انتفاع شامل در اختیار بودن مستأجر بودن و سکنی و ... می شود. مجموع این انتفاعات به من تملیک شد. اگر هم اختیار تدریجی نباشد اما اختیار یکی از انتفاعات است و همینکه بعضی از انتفاعات تدریجی بود کفایت می کند که معوض همین انتفاع باشد و با ارتکاز عرفی هم بسازد.

۳ مسألة لا تبطل الإجارة بموت المجر و لا بموت المستأجر على الأقوى

الاقوى که در مسئله ای می آید یعنی اینکه در مسئله قول مخالفی است که معتنا به است اما ما آن را قبول نداریم.

قول مخالف قول مشهور قدما بوده است که گفته اند که باطل می شود.

در مسئله چه باید گفت و باید ببینیم آیا می توان توجیهی برای کلام قدما پیدا کرد؟

عقد در نزد قدما دو صورت بوده است:

عقد جایز: که متعاقدين يکي یا هر دو بتوانند عقد را به هم بزنند.

عقد لازم: عقدی که يکي یا هر دو از متعاقدين نمی توانند به غیر تقایل عقد را به هم بزنند.

بعد متأخرين گفته اند که این چه عقدی است که می توان فسخش کنی و به هم بزنی؟
بعد مثالهایی که برای عقد جایز هبه و .. را مثال می زدند.

متأخري گفتند ما دو عقد داریم عقود اذنيه است که حقیقتش عقد نمی باشد بلکه اذن است.

عقود عهدي: عقودی که يک تعهد طرفینی دارد و این تعهد مترابط است که دو تعهد نمی باشد بدون ربط نمی باشد. مثل اینکه بگویند که من به تو فردا صد تومان می دهم و دیگری هم بگویند من هم فردا به تو فرشی می دهم. این لازم الالتزام نمی باشد اما اگر این تعهد در قبال تعهد دیگری باشد این لازم الاجراء است.

در عقود اذنيه گفته اند که اصلا عمل به اينها جايز نمی باشد چرا که در اصل عقد نبوده است.

مرحوم صدر گفته اند که درست است که در عصر شارع اذنيه بوده اند اما اگر بتوانیم مضاربه و مزارعه ای بسازیم که داخل در تعهد باشد که اذن در آن افتاده باشد و صرف اذن نباشد. در سیره عقلاء هم که عقود عهديه لازم می باشد و عقود اذنيه لازم نمی باشد چرا که اصلا عقد نمی باشد چه برسد به اینکه حال تعهد باشد یا خیر؟&&&

لذا کلام متأخرين خوب بوده است.

در هبه دو تفسیر شده است:

گفته اند عقدی است لازم است و این عقد در سیره عقلاء لازم است و شارع ردع کرده است و گفته است جايز است. عده ای علماء گفته اند که در سیره عقلاء هم لازم نمی باشد. این یک تفسیر است. اينها هبه را تملیک می دانند.

اما تفسیر ما از هبه چیز دیگر است و ما اصلا آن را داخل در عقود نمی دانیم. حقیقتش اعراض و تملک می باشد. شما در اموالتان یک طرفه نمی توانید کاری بکنید حتی در تملیک اینطور نمی باشد که من بگویم این مال شما باشد و شما بگوید باشه. این اعراض است. لذا در هبه قبول لازم است چرا که در تملک استیلاء لازم است. لذا اگر در هبه گفتم این ساعت مال شما و این ساعت را قبض نکنید و بگویید ممنون. این تملک نمی باشد و هبه محقق نمی شود. الا اینکه بگوید که فعلا دست شما باشد که این قبض شما می باشد.

در حقیقت تعهد معاوضه است. &&&

لذا علماء هیچ زمان فسخ را در مورد هبه بکار نمی بردند و اگر هم می گفتند غلط بوده است و می گویند حق رجوع دارند نه حق الفسخ دارد.

نمی دانیم که در عرف آن زمان &&&&

اگر عرف مسلمین یا مومنین در اثر فتوای فقها برای واهب این حق تملک را قائل شود ما هم قائل می شویم چرا که ما امضائی نمی باشیم و لو فقها یا فهمیدیم که شارع تأسیس نکرده است و اما در آن زمان باری واهب این حق را می دیدند اما اگر کم کم در اثر مناقشه این حق از بین می رود چرا که نمی دانیم که شارع مؤسس بوده است یا در عرف آن زمان بوده است و شارع فقط آن را بیان کرده است.

&&&

اگر در عرفی در غیر عرف مسلمین بوده است و به این خیار که در آن عرف نبوده است می توانم به عرف آنجا عمل کنم و من معصیت نکرده ام.

حتی اگر خود پیامبر تأسیس کرده است اگر الان در عرف آن تأسیس نباشد، دیگر حجت نمی باشد کار پیامبر فقط عرف سازی است اگر عرف را نساخت، لازم الاجراء نمی باشد.

&&&

تمام الحث در این است که اجاره از عقود اذنیه است یا عهدیه است این در سیره عقلاء این مفروق عنه است که در اجاره کسی نمی تواند آن را بهم بزند. حال آیا این عقد عقد اذنیه او عهدیه؟ این حقیقت برگشتش به تفسیر ما از اجاره است و اگر گفتیم که تملیک منفعة بعوض مشخص است که از عقود عهدیه است اما اگر گفتیم عبارت است از توافق علی الانتفاع بمال الغير بعوض.

در این صورت عقد عهدی است یا خیر؟

این هم مهم است که اختلاف بین قدما و متأخرین مشخص شود؟ چرا که این تعریف تملیک المنفعة &&&& آنقدر شبیه به عقود اذنیه است گفته اند العاریة کالاجارة و گفته اند کل ما يجوز فی العاریه يجوز فی الاجارة و کل ما لا يجوز فی العاریة لا يجوز فیہ الاجاره &&&
مقدمه:

در عناوین اعتباری مثل ملکیت و زوجیت و سلطنت و ... اگر دقت کنید اینها یک واقعیته داشتند و بعد برای اینها وضع شده اند.

یکی از اینها عقد است که حقیقت عقد گره می باشد که شما در عقدی یک ایجاب و یک قبول داریم مثلا در بیع مالک عین می گوید بعتک الكتاب بدینار این انشاء را ایجاب می گوئیم مشتری این تملیک کتاب به دینار را قبول می کند به این می گوئیم قبول. سوال می شود ه چه به چی گره می خورد؟ با بیع با مشتری ایجاب به قبول گره خورده است؟ عنای شود علماء در تحلیل این مسئله در حقیقت این بیع در واقع صرف یک دو انشاء متعاقب نمی باشد بلکه در این دو التزام است یکی ز ناحیه با بیع و یکی ز ناحیه مشتری و الالتزامات گره خورده است اصطلاحا به آن التزام عقدی گفته اد که این دو التزام است که در وقاع به هم گره خورده اس. این دو التزام چه می باشد و گره خورده به هم یعنی چه؟

گفته شده است وقتی گفته یم شود این کتاب را به تو تملیک کردم در ازاء دینار در ضمن این تملیک التزامی دارد که من التزام دارم که به این تملیک و ملکیت و ملتزم می شود و آثار این ملکیت تو بر کتاب را بار می کنم اما معلق بر التزام تو من ملتزم می شود یعنی اگر تو هم ملتزم بشوی که در ازاء این کتاب این عوض را به من تملیک کنی اگر ملتزم شدی این التزام من معلق بر توست تا او قبلت نمی گوی التزام او محقق می شود تا قبل نگوید من ملتزم نشده ام و تا

التزام او محقق می شود در اینجا دو التزام است که یکی بر دیگری معلق است. این گره بین دو التزام را عقد می گویند.

این را دقت کنید در تفسیر ما دز معاملات عقلاء و قواد و ضوابطی ه در معاملات عقلاء است کسی اقواعد و ضوابطه را وضع نکرد اس بلکه بر اساس سک سری ضرورتهای زندگی اجتماعی در واقع این ضوابط و قواعد شکل گرفته است. در بین عقلاء اگر سیب به عملی ملتزم و متعهد شد مثلا من فردا صبح ساعت هفت صبح در مدرسه باشم همینطور که من بر التزام خود سلطنت دارم بر عمل به این التزام هم سلطنت دارم. اما وقتی این التزام گره به التزام شخص دسگر بخورد اگر بخواهم التزام را بهم بزنم می خواهم التزام دیگری را هم بهم بزنم وقتی که الالتزام گره خورد دیگر از سلطنت من خارج می شود.

خوب حال اجاره از عقود اذنیه است یا عهده. اگر گفتیم اجاره تملیک المنفعة بعوض &&& الا یک مورد که انسان مالک می شود بدون اختیار خودش آنهم در میراث و ارث اس که وقتی پدر و فامیل انسان فوت کند ولد مالک مال پدر می شود و چاره ای ندارد. در این صورت می شود عهده.

اگر گفتی که حقیقت اجاره عبارت است التوافق علی الانتفاع به عوض. در انتفاع اذن خوابیده است اگر عوض مقابل اذن است این می شود از عقود عهده چر که من مالک ذمه او نمی توانم بشم و باید قبول کنید و اگر بخواخ مالک ذمه شما شوم من بر شما سلطنت دارم و سلطنت بر دیگری در بین عقلاء فقط در قصر است. اما اگر گفتیم که قید انتفاع است باشد که از الان مالک باشم حتما از عقود عهده است اما اگر من مالک عوض بشوم بعد الانتفاع و تدریجی یعنی بعد از یک ماه انتفاع مستأحر مالک اجرت یک ماه شوم. اگر اینطور باشد که من به تدریج مالک اجرت شوم این هم باعقد اذنی یم سازد و هم با عقد عهده. کی عهده می

شود؟ وقت می شود عهدهی جناب موجر ملتزم شده باشد بر عدم برگشت از لزدن معلق به التزام او بر پرداخت عوض. اما اگر من ملتزم به عدم برگشت از اذن نباشم این می شود اذنیه.

تمام بحث این اسکه این عوض که عوض انتفاع است اما آیا در ارتکاز عرف موجز و موذن این التزام معلق به التزام مستأجر را دارد یا خیر؟ اگر داشته باشد این می شود عقد. ما معتقدیم در عرف ما این التزام است یعنی عقلاء ای ارتکاز را دارند شاهد این استکه موجر نمی تواند به مستأجر بگوید که خانه را خالی کن. مستأجر هم نمی تواند خانه را خالی کند و بگوید که پول من را بده .

تنها مشکل این است که اذن تا زمانی بدرد می خورد که اذن دهنده زنده باشد و تا اذن دهنده از دنیا برود دیگر بدرد نمی خورد . مثال: این کتاب را به شما می فروشم و به او می گویم به شرطی که من در بیع خانه وکیل تو باشم من وکیل مشتری هستم و موکل و مشتری نمی تواند از اذنش تخلف کند؟ خیر چراکه شرط ضمن عقد کرده است. خوب حالا بمیرد خوب بعد از مردن من وکیل نمی باشم چرا که اذن اثرش مادامی استکه زنده است. این شبهه است که تا مردم اذن من از بین می رود؟ خوب فایده اش چیست؟ شاید اگر این فتوای فقهای قدیم درست باشد که قائل به بطلان دادند شاید نکته این بوده است که شاید در آن زمان ارتکاز این بوده است که ملتزم به اذن باشد که این اذن در زمان حیات اثر داشته است.

لذا در زمان ما این ارتکاز است که با موت یکی از طرفین باطل نمی شود لذا ارتکاز فقط التزام به این اذن باشد کفایت نمی کند چرا که اگر همین مقدار باشد، بعد از مردن از بین می رود در حالیکه این بطلان مخالف ارتکاز عرف است.

لذا این را اینطور &&

لذا نمی توانید تعریفی را شما به آن برسید که اشکالی بر آن وارد نباشد، و سرش این است که در درون خودش آثاری دارد که با هم متناقض است یعنی بعضی از آثار عقود تملیکیه را

دارد و بعضی هم از آثار عقود اذنیه را دارد. و این هم به خاطر تطاور تدریجی آن در طول زمان بوده است.

انعم في إجارة العين الموقوفة إذا أجز البطن السابق تبطل بموته بعد الانتقال إلى البطن اللاحق لأن الملكية محدودة

یعنی بعد از موت بطن سابق، که زمان انتقال به بطن لاحق است کشف می شود که زمان اجاره به مدت حیات بطن سابق بوده است و ما بقی مدت می شود فضولی.

و مثله ما لو كان المنفعة موصى بها للموثر ما دام حيا

جامع بین این دو مثال این است که اگر کسی به مقدار مدتی چیزی را اجاره داده است و بعد &&&

اول مثال وصیت را بررسی کنیم و بعد سراغ عین موقوفه است.

خوب در وصیت مشخص اسک ه منافع مادام حیات مال او باشد این تابع بحث قبلی اسک ه آیا می توانیم که ما م یتوانیم منفعت راعقلائا را تملیک کنیم یا خیر؟ اگر گفتیم که مستقلا تملیک بردار می باشد اجاره درست است و اگر گفتیم که مستقلا تملیک منفعه نباشد بلکه اذن بر انتفاع یا حق باشد باز اجاره نسبت به زمان حیاتش درست است اما دیگر حقیقت اجاره دیگر تملیک منفعة نمی باشد. اما نسبت به مدت باقی مانده بعد از موت موثر دیگر، میت موثر ولایتی بر این منفعت ندارد لذا می شود فضولی.

لذا در مورد وصیت فرمایش سید درست است.

اما در مورد عین موقوفه.

در حقیقت وقف بیش از اجاره اختلاف و ابهام است. اصلا عین موقوفه مالک دارد یا خیر؟ عده ای قائلند که موقوفه ملک کسی نمی باشد.

کسانی که قائل به ملکین شده اند مثلا در وقف خاص مثلا وقف ب راولاد کردم مالک که می باشد؟ موکول به جای خودش است اما ما مختار خودمان را می گوییم.

ما قائلیم که موقوفه مالک دارد و غیر عرفی است که اموال مالک نداشته باشد الا در معابد که در مورد مسلمین مسجد می شود که آن هم بخاطر این اس که محل عبادت است و این منافات دارد با ملکیت آن برای دیگری حتی ملک خدا هم نمی باشد و این در ارتکاز عرف است که خدا خیلی بالاتر است که ما بخواهیم در سلطنت او دخالت کرده و چیزی را به او تملیک کنیم. منظور از ملکیت ملکیت اعتباری است نه ملکیت حقیقی که همه متعلق به خداست. مقصود ملکیت اعتباری است.

لذا در مسجد قائلیم که ملک کسی نمی باشد.

لذا گفتیم که اگر زمینی مسجد شد در ملک کسی نمی باشد حتی ملک خدا.

لذا اکثر گفته اند که مسجد فک ملک است.

اما در بقیه موقوفات قائل ه مالک می باشیم.

اما در وقف خاص مشهور قالی شده اند این وقف مالک دارد و بطنا بعد بطن جاب به جایی باشد مثلا این خانه را که بر انولات وقف کرده سوزید که نسل اول است مال اوست و بعد از موت زید به نسل بعدی منتقل می شود.

ما با مشهور موافقت نکرده ایم گفتیم که مالک زید است اما نه بما هو زید بلکه به ما هو ولد یعنی شخص عنوانی مالک است. &&&

پس زید مالک منفعت شش ماه نمی باشد بلکه زید متولی می باشد یعنی زید بما هو ولد مالک است اما نسبت به این سهم امام مالک است بما هو امام نه بما هو هو نه مثل مالکیت او نسبت به اموال خودش.

عنوان ولد مالک است تا يوم القيامة.

لذا زید می شود متولی و ولایت دارد به مقداری ولایت دارد به این عنوان یعنی زید مالک این عین است بما هو ولد و مالک منفعت این عین هم می باشد تا ابد زید که معنون به این عنوان ولد است مالک نمی باشد متولی است و دایره ولایتش است تا زمانیکه این عنوان ولد بر او بار می باشد.

لذا نکته اش نمی باشد که زید مالک منفعت است بلکه عنوان مالک است تا ابد اما محدوده ولایت زید بما هو ولد محدود است که این محدودیت را ارتکاز عرفی برای او ساخته است یعنی ارتکاز می گوید مادامی متولی است که عنوان متولی بر این صادق باشد که عنوان متولی، ولد می باشد و بعد از موت دیگر ولد نمی باشد.

لذا فرمایش سید را قبول کردیم اما وجه قول سید را قبول نکردیم.

اما در مختار ما که مالکیت منفعت را قبول نکردیم یک خانه بیشتر نمی باشد که مالک آن عنوان است بطن اول می تواند این را اجاره دهد به مقدار زمان حیات خودش &&&& لذا اگر به بیش از مدت حیات خود اجاره دارد بیش از مقدار حیاة می شود فضولی.

۱ بخلاف ما إذا كان الموَجِر هو المتوَلَّى للوقف

و أجر لمصلحة البطون إلى مدة فإنها لا تبطل بموته و لا بموت
الوطن الموجود حال الإجارة

موت بطون اثری ندارد، چرا که نه موجر است و نه مستأجر اما به موت متولی باطل
نمی شود بخاطر این است که هر تصرفی که در دایره مصلحت موقوف علیهم باشد، نافذ
است و باقی است و اینطور نمی باشد که با موت متولی باطل شود.

فرض این است که متولی عین است و برای سالهای سال، مصلحت دارد.

متولی بعدی هم متولی است اما بعد از اجاره، عین به او تحویل داده می شود.

این توضیح متن سید بود که از متن سید فهمیده می شود که این عین مال بطن اول است
اما گاهی بطن اول اجاره می دهد و گاهی متولی اجاره می دهد.

اما در مختار ما این مال بطن اول نمی باشد برای عنوان ولد است.

اه یاوقات این عنوان که منطبق می شود مثلاً سهم امام ملک عنوان امام است الان امام
اول در قید حیات است ما در این اموال رجوع می کنیم به امام اول و بعد از شهادت امام اول
رجوع به امام دوم می کنیم. در حقیقت عنوان میت نشده است و ما به شخص دیگری رجوع
نکردیم بلکه عنوان منطبق بود بر یک شخص و الان منطبق بر شخص دیگری شده است لذا
مالک و عنوان تغییر پیدا نکرده است. مصداق اصلاً مالک نبود عنوان امام مالک نبود.

بعد از رحلت امام اول متولی امام دوم می شود اما مالک امام دوم نمی باشد همان عنوان امام مالک می باشد ولد هم اینطور است که ولد عنوان است و موت نمی پذیرد گاهی بر بطون اول و گاهی بر بطون دوم منطبق می باشد.

فرقی نمی کند که متولی کسی باشد که عنوان بر او منطبق باشد یا خیر. مثل سهم امام که متولی شخص امام است اما مالک عنوان امام است. البته در زمان حضور اما در عصر غیبت در نظر ما متولی مرجع تقلید مکلف است و متولی شخص واحدی نمی باشد اما مالک باز امام است لذا عنوان امام بر متولی صادق نمی باشد.

این در مبنای سید درست است که شخص را مالک می داند اما در نظر ما که عنوان مالک است، این درست نمی باشد.

اگر مالک قاصر می باشد یا قدرت بر تصرف ندارد مثل مسجد و عناوین و تمام اشخاص حقوقی که اینها نمی توانند خرید و فروش کنند یا شخص قدرت بر تصرف دارد اما به مصلحت اجتماع نمی باشد و برای اجتماع مفسده دارد. مثل انسانها سفیه که قدرت بر تصرف دارد اما به مصلحت اجتماع نمی باشد که معاملات سفیه امضاء شود لذا صغیر و سفیه و مجنون می شوند قاصر. در اصطلاح قسم دوم کسی که از طرف آنها تصرف می کند را ولی می گویند و در قسم اول می گویند متولی. می گوید ولی طفل و متولی این شرکت و مسجد. از نظر معنا هیچ فرقی ندارد اما در اصطلاح فرق می کند. گ

ما نحن فیه:

اگر ما گفتیم که خود بطن مالک می شود فرق می گذاری که موجر بطن باشد یا متولی.

ما که قائل به مالکیت بطن اول نمی باشیم دائماً متولی موجر می باشد چه متولی بطن باشد چه غیر بطن باشد باید به مصلحت عامه وقف باشد، این اجاره صحیح است دلیل این است که در سیره عقلاء دایره ولایت ولی و متولی مصلحت است و نکته دیگر این است که فقهاء بین

پدر که از اولیاء صغیر است با ولی فرق می گذارند در پدر گفته اند که باید تصرفش به مفسده صغیر نباشد اما در مورد ولی گفته اند که باید به مصلحت مولی علیه باشد . فرقی دید و نظر عقلاء است در نظر عقلاء &&&& وقتی واقف کسی هر متولی می کند، ظهور عرفی آن است که به او اجازه داده است که در جهاتی تصرف کند که به مصلحت وقف باشد.

۱ از اینجا سید واردمی شوند در اجاره عمل:

و کذا تبطل إذا أجر نفسه

للعمل بنفسه من خدمة أو غيرها^۲ فإنه إذا مات لا يبقى محل للإجارة و كذا إذا مات المستأجر الذي هو محل العمل من خدمة أو عمل آخر متعلق به أو بنفسه و لو جعل العمل في ذمته لا تبطل الإجارة بموته بل يستوفي من تركته^۳ و كذا بالنسبة إلى المستأجر إذا لم يكن محل للعمل بل كان مالكا له على الموجر^۴ كما إذا أجره للخدمة من غير تقييد بكونها له فإنه إذا مات تنتقل إلى وارثه فهم يملكون عليه ذلك العمل

دو نکته را مقدماتا باید ذکر کرد و بعد وارد تعلیقه مرحوم خوئی و میرزا شویم.

۱ سه شنبه ۱۰/۱/۹۴.

۲ ای غیر خدمه. مثلا اجیر شده است که راهی را درست کند که نفعا به مستأجر نمی رسد.

۳ چون الان قدرت بر خیاطت را ندارد لذا باید بدیش را که پول آن باشد را باید از ترکه خیاط بگیرد.

۴ بر علیه موجر .

ما یک بطلان داریم و یک انفساخ داریم مرحوم سید فقط بطلان فرمودند ظاهرش این اس مکه یا مراد انفساخ است یا اعم بطلان و انفساخ.

معنای بطلان این است که عقد از اول منعقد نشده است اما منفسخ یعنی عقد منعقد شده است اما بدون فسخ یکی از طرفین عمل خود به خود منفسخ شود.

بطلان این است که که من زید را روز شنبه اجیر کرده اند که چهارشنبه فلان عمل را برای من انجام دهد قبل از چهارشنبه می میرد کشف می شود که از عقد بیع از اول در روز شنبه باطل بوده است. یا اسبی را اجاره داده است و بعد فهمیده است که اسب او مرده بوده است لذا در اینجا ارکان عقد کامل نمی باشد لذا عقد باطل است.

انفساخ این است که درست است و بعد منفسخ می شود مثل اینکه شخصی را من اجیر می کنم که چهار ساعت در یک روز بیاید و برای من کار کند و سه چهار روز بعد از عقد فوت می کند. روز اول و دوم و سوم می توانست بیاید ولی نیامد و مرد در نظر سید و مشهور این عمل می شود منفسخ.

پس بیان سید هم شامل بطلان می شود و هم شامل انفساخ. در انفساخ مهم است که عقد منعقد شده باشد که در مورد دوم عقد صحیح بود و منعقد شده بود اما مورد اول ارکان عقد موجود نمی باشد چرا که هنوز چهارشنبه ای نرسیده است لذا ارکان عقد کامل نمی باشد. لذا کشف می شود که عقد صحیح نبوده است.

نکته دوم:

در اجاره اعمال دقت کنید گاهی وقتها ما یک عمل را به نحو کلی تملیک می کنیم مثل خیاطه این ثوب و تارة به نحو جزئی تملیک می کنیم یعنی حصه ای از عمل را تملیک می کنم مثل خیاطه فلانی. دقت کنید در هر دو مورد در مسلک مشهور جناب مستأجر مالک عمل

می شو در ذمه اجیر منتهی اگر خیاطه را مالک شد یک خیاطه کلی بر مالک شده است و اگر خیاطه زید را مالک شد آنچه در ذمه اجیر است خیاطه زید است.

سید می فرمایند وقتیما در اجاره عمل یک طوری است چونعمل می رود در ذمه اجیر می رود گاهها در ذمه اجیر است و بعد از موت اجیر کس دیگر قدرت تسلیم آن را دارد مثلا به ذمه گرفته است خیاطه را اعم از این که خودش این را خیاطه کند یا دیگری که در اینجا ترکه قدرت بر تسلیم را دارند عقد اجاره منفسخ نمی شود اما در جایی که امکان تسلیم آن نمی باشد مثلا در ذمه گرفته است خیاطتش را بنفسه که در اینجا دیگر امکان تسلیم برای وراث نمی باشد لذا در اینجا عقد اجاره منفسخ می شود . لذا سیره بر این است که قدرت بر تسلیم در انفساخ و عدم انفساخ و بطلان و عدم بطلان اجاره شرط است.

تعلیقه مرحوم میرزا:

اجاره اجیر کردن، اجیر تارة به صورت تقید است که عقد اجاره منفسخ می شود یا واجب&&&&.

تارة اجیر می کنم بر خیاطه عام اما شرط می کنم که دیگری ندوزد خودت باید بدوزی اینجا عقد باطل نمی شود بلکه من این اختیار را دارم که عقد را منفسخ کنم یا اجاره بدهم که ورثه به کس دیگری داده و خیاطه کنند.

مناقشه:

این فرمایش میرزا درست است اما وقتی شرط می کند، تعبیر شرط است اما ظهورش این اسکه که خیاطه بنفسه قید است در عالم ثبوت درست است اما در عالم اثبات ظهور در تقید دارد نه شرط.

تعلیقه مرحوم خوئی:

اگر ورثه یا خود شخص قدرت بر تسلیم ندارد یا از اول قدرت ندارد یا عجز در اثناء عارض شده است.

مثلا لباس را به زید می دهم و زمان لازم برای این خیاطه یک روز است و بعد از یک ساعت می میرد عمل باطل است اما اگر بعد از یک هفته می میرد این عقد منفسخ نمی شود و من مالک اجرة المثل در ذمه وراث هستم به خاطر اینکه من مالک عمل می باشم. باطل هم نمی باشم چرا که فرض این است که شخص بعد از قدرت بر خیاطت مرده است.

مناقشه:

به لحاظ اصل و فنی درست است چرا که من مالک عمل شده ام و عقد هم که باطل نشده است انما الکلام در ارتکاز است که ارتکاز عقلاء چه می باشد که ارتکاز عقلاء این است که عقل منفسخ می شود اما چیزی هم برای توجیه این ارتکاز نمی باشد الا اینکه در حقیقت اجاره تصرف کنیم&&

بله ایشان قائل می باشند که در ارتکاز عقلاء من مخیر به امضاء اجاره می باشم یا این که عقد را منفسخ کنم.

ا^۱و إذا آجر الدار و اشترط علی المستأجر سکنه بنفسه

لا تبطل بموته و یكون للموخر خيار الفسخ نعم إذا اعتبر سکنه علی وجه القیدیة تبطل بموته

ببینیم توجیه فقهی این دو فرض چیست و نقد دیگران وارد است یا خیر.

مقدمه: ما یک خیار اشتراط و تخلف شرط داریم که خیلی ها الین دو را اشتباه می کنند. خیار اشتراط این است که برای خودش جعل خیار بکند می گوید که این خانه را می فروشم و تا شش ماه حق فسخ دارم و یک خیار تخلف شرط داریم. من این خاه را به شما اجاره می دهم به شرط این که من شما را ببرم شما خیاطت کنید یا این خانه را به شما اجاره می دهم که قبل از ورود خانه را تعمیر کنید و حال مستأجر وارد خانه می وشد بدون تعمیر یا یک هفته می گذرد و خیاطت می کند در اینجا می توان ماجر اجاره را فسخ کند. در اینجا من برای خودم خیار شرط قرار ندادم.

خیار اول خیار شرط و خیار دوم خیار تخلف شرط می باشد.

این را دقت کنید که به لحاظ موردی مشکلی ندارد که این طور تقسیم کنی اما به لحاظ فقهی خیار تخلف شرط به خیار شرط بر می گردد در خیار تخلف شرط من خیار شرط ندارم بلکه موضوع تحقق شرط دیگری است شرط اول من این است که این خانه را تعمیر کن و شرط دوم این است که اگر این خانه را تعمیر نکردی من حق فسخ دارم در واقع این خایری که پیدا می کنم آن شرط دوم است و محقق این شرط دوم شرط اول است و آن اینکه اگر تعمیر نکنی&&&&

مثل نکاح که شرط می کنند که خانه را جارو بزی و لباسهای من را بشوری برای زن این واجب است و اگر تخلف کرد معصیت کرده است اما زوج خیار شرط ندارد چرا که شرط ارتکازی دوم نمی باشد.

&&&&حق همیشه شرط نتیجه است.&&&&

سید دو فرع گفته فرع اول: به شرط اینکه خودت ساکن شوی.&&&

اما فرع دوم که سکنی خود او را تملیک کرده است در ما نحن فهی سید فرموده است که بعد از ششماه که مرد سکنای خودش منفسخ می شود چرا که بعد از ششماه که فوت شد

می فهمیم که این خانه فقط سکنای زید را در این خانه به مدت شش ماه داشت اما این منفعت
اگر سکنای زد باشد شش ماه دوم را نداشت یک سکنای داریم و یک سکنای زید . سکنای قابلیت
را تا الی یوم القیامة را دارد اما سکنای زید را به مدت شش ماه قابلیت داشت و قتیکه گفت
یکه از الو باطل می شوین یاز اول این قابلیت را نداشت. و از اول باطل می شود مثل ما یملک
و ما لا یملک می ایشد. اگر این مورد سید باشد ای ندو اشکال باطل می شود اشکال اول که با
ظاهر کلام سید منافات دارد که فرموده است: تبطل بموته که ظاهرش به انفساخ است نه
بطلان. لذا مشخص می شود کلام دیگران هم درست نمی باشد لذا سید می بایست بگوید که
تبطل نه تبطل بموته.

اشکال دوم این که این توجیه درست نمی باش که زید قابلیت استیفاء را ندارد نه خانه
قابلیت سکنای زید را نداشت خانه قابلیت سکنی را داشت اما زید قابلیت استیفاء را ندارد.
مثلا منی که دو چرخه سواری هم بلد نیستم ماشین کرایه کنم من قدرت بر استیفاء ندارم نه
اینکه ماشین قابلیت ندارد در اینجا اجاره باطل نمی باشد.

مثلا شخصی خانه را به محکوم حبس ابد اجاره می دهد و می داند که که شخص نمی
تواند بیاید و استیفاء کند این اجاره درست است. و مرادش این باشد که غیر از تو سکنی نداشته
باشد نه اینکه خانه خالی نباشد که در این صورت اجاره باطل است خیر شرط یا قید این است
که خانه به غیر نرسد و لو خالی باشد مشکلی نیست.

لذا این است که اگر توجیهی که ذکر کردیم اگر درست باشد نتیجه اشت بطلان است
نه انفساخ و ظاهر کلام سید انفساخ است و ضمن اینکه این توجیه هم درست نمی باشد
چرا که خانه قابلیت سکنای زید را دارد زید است که قابلیت استیفاء را ندارد.

۱ مسأله ۴:

در مُلّاك قاصر ولی است که تصرف می کند که خود قاصر دو صورت دارند که عبارت باشد از آنهایی که قدرت تصرف ندارند مثل مسجد و مدرسه و بعضی دیگر که قدرت تصرف دارد مثل مجنون و صبی و ...

البته این مالک بودن امثال مسجد و مدرسه ملکیت عرفی است نه از اختراعات شارع قبل از شرع اسلام معبد و مکانهای عمومی بوده است که اموالی داشته است و اموال آن را عرف مال خود آن اماکن می دانسته اند.

سید در اینجا می خواهند در مورد صبی صحبت کند که از ملاک قصر است و نسبت به تصرفات اعتباری، ولایت ندارد و نمی تواند خرید و فروش و اجاره کند یا اجازه دهد.

ولی باید این کار را انجام دهد اگر می خواهد اموال صبی را اجاره دهد می خواهد زمین ذراعتی یا خانه را اجاره دهد تا کی می تواند اجاره دهد.

اول نظر فقها در مورد مدت محجوریت صبی:

فقها گفته اند که محجور است تا زمانی که بالغ و رشید شود لذا اگر صبی اول بالغ شد و اما سفیه در معامله است یعنی راحت سر او کلاه می رود فقیه می گوید ه این صبی زمانی از محجوریت خارج می شود که رشید هم شود لذا کماکان محجور است و ولایت او هنوز با ولی قبلی است.

و اگر اول رشد پیدا شد و بعد بلوغ حاصل شد قبل از بلوغ سر دیگران کلاه می گذارد و زیادی رشید است نه تنها کلاه سرش نمی رود بلکه به راحتی کلاه از سر دیگران بر می دارد این

رشید است مام ولایت ندارد چرا که بالغ نمی باشد بلکه باید به سن بلوغ برسد تا ولایت داشته باشد. این در نشر مهشور است. ما با مشهور مخالفتی داریم که این محجوریت تا زمان رشد است اگر رشید شد دیگر محجور نمی باشد بلکه می تواند تصرف کند و ولایت داشته باشد. مگر در یتیم که آیه شریفه است و ابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشد لأفعوا الیهم اموالهم یتیم کسی که پدر و جد پدری ندارد.

اما در غیر یتیم رشد کفایت می کند اما مشهور از یتیم به غیر یتیم تعدی کرده اند ما گفتیم که نمی توان به غیر یتیم تعدی کرد.

البته این بحث فقط بحث علمی است و در عمل نوعا رشد بعد از بلوغ است و اگر رشد حاصل شده باشد معمولا بلوغ هم حاصل شده است.

بله البته رشد نسبت به معاملات مختلف فرق می کند تارة می خواهد پفک بخرد که رشدش زودتر حاصل می شود تا خرید دوچرخه و کت و شلوار.

پس در نزد مشهور انتهای محجوریت آن، دو جزء دارد که بلوغ و رشد باشد بخلاف ما که انتهای محجوریت در نزد ما یک جزئی است که رشد باشد.

مرحوم سید از کسانی است که می گویند که نمی توان زائد بر زمان بلوغ و رشد اجاره داد. نسبت به تا زمان بلوغ و رشد اجاره صحیح است و نسبت به زائد از اول معامله باطل بوده است و فضولی.

بعد سید یک مورد را استثناء می کنند. و آن جایی است که یک مصلحت عمومی است و کسی مثلا این بچه بعد از ۵ سال از محجوریت در می آید و بعد بچه هم از گرسنگی در حال مردن است و کسی هم نمی باشد که ۱۰ سال کمتر اجاره کند در اینجا می توان اجاره دهد به بیش از مدت از محجوریت و بعد از رشد و بلوغ خود بچه هم نمی تواند تصرفی کند.

^۱ مانده است خواندن متن مسئله و شرح آن.

إذا أجر الولي أو الوصي الصبي المولى عليه مدة تزيد على زمان بلوغه و رشدہ

بطلت في المتيقن بلوغه فيه بمعنى أنها موقوفة على إجازته و صحت
واقعا و ظاهرا بالنسبة إلى المتيقن صغره و ظاهرا بالنسبة إلى
المحتمل فإذا بلغ له أن يفسخ على الأقوى أي لا يجيز خلافا لبعضهم
فحكم بلزومها عليه لوقوعها من أهلها في محلها في وقت لم يعلم لها
مناف و هو كما ترى نعم لو اقتضت المصلحة اللازمة المراعاة
إجارته مدة زائدة على زمان البلوغ بحيث يكون إجارته أقل من تلك
المدة خلاف مصلحته تكون لازمة ليس له فسخها بعد بلوغه و كذا
الكلام في إجارة أملاكه

مراد از ولی یعنی پدر یا جد پدری و وصی هم کسی که خود جد پدری او را وصی قرار داده
است.

ابتدای مسئله در مورد اجیر کردن خود مولى عليه است و در آخر مسئله در مورد اجاره
دادن اموالش صحبت می کند.

بطلت فی المتیقن بلوغه ... یعنی که بچه یقین دارد که قبل از ۱۴ سالگی قطعا صغیر است و غیر بالغ و بعد از ۱۵ سالگی بالغ است خوب از دوازده سالگی تا ۱۴ سالگی که عقد صحیح است و بعد از ۱۵ سالگی هم قطعا باطل است. اما در ۱۴ تا ۱۵ سالگی اگر واقعا صغیر بود مشخص می شود که عقد از اول تا ۱۵ سالگی صحیح بوده است واقعا و ظاهرا اما در صورتی که در چهارده سالگی بالغ شده بود، مشخص می شود که واقعا باطل بوده است و ما فکر می کردیم که صحیح است. &&&

ظاهرا اولی درست معنا ندارد و خوب بود نمی آمد چرا که صحت سه معنا دارد: واقعا که در واقعا صحیح باشد . صحیح توهمی که واقعا باطل است و من جهل مرکب داشتم به صحت و صحت ظاهری که من شک در صحت دارم و واقعا باطل است اما شارع تعبد به صحت کرده است. &&&&

کل شیء ظاهر حتی تعلم انه قدر &&&&

توهم یعنی واقعیت ندارد اما کسی اعتقاد دار دکه واقعیت دارد و موهوم هم این است که واقعیت ندارد و کسی که معتقد به وجودش نمی باشد.

و هو کما تری ... و یعنی این عین مدعا است یعنی صحت یعنی واقعا من اهله و فی محله و لذا صحت عین مدعا است. یعنی دلیل عین مدعا است و مصادره به مطلوب است و اگر هم بگویند که از واضحاست یعنی این دلیل نشد. یعنی دلیل با دعوا یکی است.

لذا مثلاً می بایست بگویند که در نظر عرف و عقلاء که این عقد مشکلی ندارد که اوفوا بالعقود این را می گیرد. مگر گفته شود که مقصود قائل هم عقد عقلائی است که ظاهرش این است که عقد شرعی مرادشان می باشد.

نعم...

سید یک مورد به استثناء می کند که می توان بچه را به مدت بیش از رشد و بلوغ اجاره داد و آنجائیکه مصلحت لزومیه داشته باشد مثل اینکه اگر بچه کار نکند و مزد نگیرد پولی نیست و نمی تواند حفظ جان کند و کسی هم نمی باشد که به مقدار بلوغ اجاره او را قبول کند.

در مورد اموال هم همه این حرفها می آید یعنی نمی توان به بیش از سن بلوغ اجاره دهد الا به مصلحت لزومیه.

دو نفر با سید مخالفند از متقدمین: مرحوم شیخ و از متأخری مرحوم خوئی مخالفت کرده است.

کلام مرحوم خوئی را بعد متعرض می شویم . مرحوم شیخ مخالفت می کند به این که اگر مصلحت باشد به بیش از مقدار بلوغ او اجاره می دهیم نیاز نمی باشد که مصلحت لزومیه باشد. مثلاً کسی آمده است که به سه برابر قیمت اجاره می کند قطعاً به مصلحت بچه است که این خانه را اجاره دهد چرا که در مسائل دنیوی آدم کم عقل کم گیر می آید و اگر الان ندهد معلوم نمی باشد ه کسی بیاید به این قیمت اجاره کند و فرض هم این اس که بچه با عدم این اجاره از گرسنگی نمی میرد و این اجاره برای او مصلحت لزومیه ندارد. شیخ فرموده است که این اجاره درست است بخلاف سید که مفاد کلامش بطلان این اجاره است چرا که مصلحت آن لزومیه نمی باشد.

^۱ مرحوم خوئی بر فرمایش سید تعلیقه زده اند که اگر مصلحت لزومیه داشت داخل می شود از موارد حسبه لذا ولایت آن به حاکم شرعی که فقیه جامع الشرائط است یا ولی با اذن حاکم شرع اجاره می دهد.

الان اگر حفظ جان زید موقوف بر این اس که من خانه زدی را جاره دهم خوب حاکم شرع باید اجازه دهد و من ولی نمی توان اجازه دهم که وقتی در مورد امور حسبیه است قدر متیقن حاکم شرع است و این شخص نسبت به قبل از بلوغ صغیر است و این شخص ولی اوست اما در بعد از بلوغ می شود کبیر که می شود از امور حسبیه که قدر متیقن آن حاکم شرع است که او می تواند اجازه دهد.

توضیح:

این حاکم شرع دو اصطلاح در آنکه خیلی با هم اشتباه می شود تارة منظور مجتهد عادل می باشد و تارة مراد آنرا از حاکم شرع مجتهد جامع الشرائط است یعنی مجتهدی که تمام شرائط تقلید را من جمله مردیت و حریت و حلال زادیت و ... را داشته باشد.

در بین متأخرین گاه معنای سومی را برای حاکم شرع قصد می کنند یعنی مجتهدی که بعضی شرائط را دارد یعنی مثلا در امور حسبیه نیاز نمی باشد که مرد باشد یا ضبط در حکم داشته باشد اما حداقل باید اجتهاد و عدالت داشته باشد عدالت که معصیت نمی کند و تجری هم نمی کند و مجتهد که ملکه استنباط برای او حاصل شود. لذا با توجه به مورد باید غیر از اجتهاد و عدالت دید که چه خصوصیتی باید داشته باشد.

مثلا در سرپرستی مثلان نیاز به مرد بودن نمی باشد و

لذا مرحوم خوئی فرموده اند که اگر مصلحت لزومیه باشد کفایت نمی کند و دیگر او ولی نمی باشد و ولایت با او حاکم شرع خواهد بود.

در دو مقام بحث می کنیم:

مقام اول: اجازه اموال.

منبیهی ذکر می کنیم که رد صاحب عروه است. صاحب عروه فرموده اند که اگر به مصلحت بچه باشد می توانم بفروشم اما نمی توان اجاره دهم این غیر عرفی است که صبی مالک منافع است مالک خانه. من می توانم تمام منفعت را با فروش عین، بفروشم و اما قسمتی از منافع را با اجاره بفروشم

این نیاز به نکته عقلائی می خواهد. در نزد عقلاء اجاره بر اموال دائر مدار مصلحت است و لو لزومیه نباشد.

پس با سید مخالفیم و با شیخ مخالفیم. &&&

۱

توضیح امور حسبه:

دقت کنید امور حسبه کجاست؟

امور حسبه یک تعریف کلی ارائه بدهیم بعد وارد بحث بشویم. گاه وقتی در مال دیگریم خواهی تصرفاتی را انجام دهی این تصرفات بر اساس قواعد شرعی عمومات یا اصول عملیه درست نمی باشد اما علم داریم ه شاعر مقدس به ترک این تصرف راضی نمی باشد و از طرفی دیگر شارع اینکه چه کسی حق تصرف دارد را مشخص نکرده اند.

لذا رجوع می کنی به قدر متیقن دو مبنا پیش آ «ده است در قدر متیقن.

یکی اینکه شارع برای این شخص جعل ولایت کرده است &&& مشهور قول اول هستند.

مرحوم خوئی می فرماین که اثبات نمی شود که این شخص ولایت دارد بلکه اگر تصرف کرد این تصرف را امضاء کرده است مثل بیع فضولی که امضاء بیع به معنای این نمی باش که با بیع فضول اجازه دارد از طرف شارع که مال را بفروشد &&&

امضاء تصرف اصطلاحاً ولایت نمی باشد اما می گویم اگر شما قرار دهایی که می خواهی ببندی من آن معاملات را امضاء می کنم نه این که شما ولایت دارید.

اجازه بعد از عقد است سوالی مطرح شده است که آیا می تواند اجازه قبل از عقد باشد مثلاً به این که اینطور بگوید که من تصرفات اعتباری این غاصب را بر اموال خودم اجازه می دهم بدون اینکه غاصب مأذون و وکیل شود. یعنی فقط اجازه داده است نه اینکه طرف بشود مأذون. این مقدار را ما صحیح می دهیم و می تواند اجازه قبل از وقوع بدهد بدون اینکه غاصب مأذون باشد.

پس امور حسبیه یعنی می دانیم که تصرفات بنا بر قواعد عملیه یا دلائل دیگر جایز نمی باشد در عین حال می دانیم که شارع هم از ترک این تصرف راضی نمی باشد.

دلیل ندارد لذا باید به قدر متیقن رجوع کرد که کمترین مقدار است که در بین این که شخص ولایت داشته باشد و یا اینکه امضاء شود ولایت دومی کمترین است.

سهم امام هم از باب حسبیه است لذا مرحوم خوئی فرمودند که نمی تواند تملیک کند بلکه می تواند به طلبه ها بدهد و اباحه تصرف بدهد در اموری که حضرت راضی است خرج کنند. درست است که گرفتن آن واجب نمی اما نگرفتن و اختیار آن را بدست مردم بسپارد این مفسده اش بیشتر می باشد.

مثال امور حسبیه : مثلاً مال موقوفه ایت است ما می خواهیم تصرف کنیم که باید باذن ولی باشد و فرض این است که ولی ندارد و هر قاصری که ولی نداشته باشد امام ولی اوست الامام ولی من لا ولی له. شخصی وارث ندارد دیه را باید به امام بدند و ارث را هم باید به او بدهند. خوب امام که الان دسترسی نمی باشد یک راهش این است که ما این را رها کنیم تا سالهای بگذرد و خراب شود و تصرف در آن زمین نمی توان کرد. یقین داریم که امام و شارع به ترک این

تصرف راضی نمی باشد. پس باید تصرفی شود چه کسی تصرف کند؟ قدر متیقن است که فقیه را تصرفاتش را امضاء می کند.

مثال دیگر: بچه ای را سر راه گذاشته است که این بچه ولی اش پدر است و جد او ست که الان ندارد یا دارد و ولیش عاصی است ولی او می شود امام و امام هم تعیی نکرده است دسترسی به امام هم نمی باشد باید گفت که بچه را رها کرد تا به علت مسائلی از دست برود. این را احتمال نمی دهم که این شارع راضی به این نحوه عمل باشد این بچه باید حفظ شود. این حفظ با کسیت؟ قدر متیقن گفته اند مجتهد جامع الشرائط است.

مرحوم خوئی در اینجا اینطور فرموده اند که این بچه است باید مال او را اجاره دهم بیشتر از موعد رشد و بلوغش و پدرش ولایت ندارد لذا می شود امور حسبه که بگوییم که بگذار که بچه بمیرد اما مال او را جاره ندهیم خیر اینطور نمی باشد باید فقیه اجاره دهد.

وارد شویم در امور حسبه:

مقدمه:

می دانی تصرف در امولا تصرف تکوینی و خارج: مثل اینکه کسی که می آید در این مدرسه که درس می خواند و از تخته و صندلی استفاده می کنیم که تکوینی می شود.

تصرفات اعتباری و انشائی» مثل هبه و بیع و اجاره ی مال می باشد یعنی انشاء اجاره و بیع می کنم بدون هر گونه تصرف تکوینی.

اینهایی که در آنها انشائی انجام می دهم می شود تصرفات اعتباریه.

ببینیم در نزد فقها تصرفات تکوینه را متصف می کنم به جواز و حرمت و تصرفات به اعتباری را به بطلان و فساد متصف می کنند. یعنی صحت و بطلان عند الشارع.

ببینیم این تصرفات کوینی و اعتباری رد کجا جایز است جواز به معنی الاعم جواز تکلیفی و صحیحی.

تارة ای مال مالک ندارد. تارة مالک دارد.

این مباحث که گفته می شود خیلی کلی است و قیود را ذکر نمی کنم چرا که قصد من ورود در جزئیات نمی باشد چون غرضم امور حسبیه است.

مثلا این ماهی رودخانه مالک ندارد این درخت جنگل و زمین بیابان مالک ندارد. یا مالک دارد.

تصرف در اموالی که مالک ندارد تصرفات تکوینی جایز است مگر عنوان حرام ثانوی عارض شود مثل دیگر موارد. اما تصرفات اعتباری باطل است.

البته مقصود ما زمانی است که مالک ندارد اما اگر تملک کرد دیگر جایز نمی باشد.

اما اموالی که مالک دارد:

فقها ملاک را به دو دسته تقسیم کرده اند اموال ملاک محترم و ملاک غیر محترم.

ملاک غیر محترم معنایش این است که تصرفات تکوینی شما در آن جایز است. شما می توانید در اموال ملاک غیر محترم تصرف تکوینی کنید.

تصرفات اعتباری جایز است یعنی با تملک بیع کنید ولایت بر تملک را دارید و بعد بفروشید ام بدون تملک نمی شود.

اما در ملاک محترم اینطور نمی شود تملک شرط دارد.

اموال محترمه چهار دسته اند: مسلمان، کافر ذمی، کافر مستعمل، کافر معاهد.

این چهار دسته اموالشان محترم است.

که تقریباً از عناوین معنا مشخص است معاهد یعنی با امام المسلمین یا حاکم المسلمین معاهد بسته است که اموالش محترم باشد.

بعضی گفته اند که حاکم باید معصوم باشد بعضی گفته اند که حاکمی که ادعای خلافت می کند و بعضی گفته اند هر حاکمی و لو اینکه ادعای خلافت نمی کند.

مرحوم خوئی کفار زمان ما را دائماً حربی می داند مستعمل و ذمی نبودنشان روشن است انما الکلام در معاهد است که نمی باشند و اگر معاهد هم باشد باید با امام یا من نصبه الامام عهد داشته باشد. معاهد بر احترام نفوس و اموال است.

کافر حربی غیر محترم است که تصرف در اموال اینها جایز است تکویناً. تصرفات اعتباری جایز نمی باشد الا بعد از تملک که تملک قصد می خواهد صرف استیلاء کفایت نمی کند. قصد تفصیلی نمی خواهد همینکه قصد می کند که برای خودش باشد این قصد ارتکازی است که کفایت می کند.

^۱ لذا وسائلی که دولت وارد می کنند از آنجا که تصورات اعتباری دول باطل است لذا می توانند از این وسائل استفاده کنند ولو هنوز وسائل مال کافر است.

تصرفات تکوینی در اموال محترم باید با اذن مالک یا من بحکم المالک که ولی مالک باشد باشد یا شارع مقدس اذن در تصرف داده باشد در فق امثله ای است که فقها گفته اند که شارع اذن در تصرف داده است مثل حق المارة که شارع نسبت به حق المارة اذن داده است ولو مالک راضی نمی باشد.

این را دقت کنید گفته اند که اگر شارع اذن بدهد کافی است اما اگر ما در مالی تصرف بکنیم که شارع اذن نداده باشد و مالک هم راضی نباشد این تصرف حرام است. با قول مشهور

در دو مسئله مخالفیم : این دو مسئله اتفاقا به ههم مرتبط می باشد اگر در یک مسئله اختلاف داشتیم مسئله دوم موضوعش می پرد.

مسئله اول:

تصرف در ملک غیر گفته اند حرام است که ما می گوئیم تصرف در مال غیر اگر عدوانی باشد حرام ست اما اگر غیر عدوانی باشد اشکال ندارد.

بله فقها گفته اند گاهی حرام است اما منجز نمی باشد اگر جاهل ملتفت باشد اما در صورت غفلت و جهل مرکب فعلی هم نمی باشد مثل اینکه کسی میوه دزدی می آورد برای شما که نمی دانید دزدی است و قاعده ید می گوید ملک صاحب خان است.

ما می گوئیم که تصرف در ملک غیر کردی اما اصلا حرام نمی باشد چرا که عدوانی نمی باشد.

در حکم وضعی هر دو می گوئیم که من ضامن می باشم چرا که من متلف می باشم اما بحث ما در حکم تکلیفی است که در نظر فقها منجز نمی باشد اما در نظر ما اصلا فعلی نمی باشد.

ضمان علم و جهل نمی خواهد منتها بعد از رجوع کسی که صاحب میوه است می تواند به من رجوع کرد من می توانم به صاحب خانه دزد رجوع کنم.

این مسئله را با مشهور مخالفت کردیم وقتی که در این مسئله را مخالفت نکنیم این مسئله دوم را هم مخالفت کرده ایم.

مسئله دوم:

یا باید مالک اذن بدهد یا شارع. این مسئله را هم با مشهور مخالفت کرده ایم گفته ایم که اگر مالک اذن ندهد و تصرف من عدوانی باشد، شارع هم نمی دهد اذن دهد چرا که اذن

او اذن در ظلم است و این قبیح است الا اینکه این اذن ظلم را بردارد مثل ا شارع اذن داد که مارة حق دارد که از میوه بخواند و لو مالک اذن ندهد اگر در نزد عرف به خاطر این اذن این حق را باری مالک نبینند دیگر تصرف مار بر میوه دیگر ظلم نمی باشد. اینجا مشکلی ندارد.

اما در نظر عرف وقتی شارع اذن دهد دیگر این ظلم نمی باشد. &&&

اما اگر شارع آمد و بگوید که شما می توانید اموال غیر مسلمان را سرقت کند یعنی از دایهر حکم مسلمین رفت بیرون گفت که امونلا یهودیان سرقت و تصرف بر شما حلال است صحبت این است که بعد از دزدن شارع ین عمل است ظلم است یا خیر؟ مشهور می گویند این ظلم نمی باشد چرا که مالک حقیقی اذن داده است کمی توانی بدون رضایت امولا یهودی را تصرف کنیم از کسانی هستیم که این ظلم است و اگر بگوییم که حلال است می گوییم با تعریفی که در ظلم کردیم این ظلمی است که حلال است. منتها یک پیش فرضی دارند که خداوند عالم ظلم نمی کند اذن از کسی که ظلم نمی کند محال است &&&

سرقت در حال جنگ این ظلم نمی باشد در صورتی که در مقام دفاع می باشیم یا سر اختلافی است به صورت قهری به جنگ منتهی شده است یا معتقدم من حق داریم این سرقت ظلم نمی باشد این الغاء احترام است هم شرعا و هم عقلا و هم عرفا.

اگر شارع اذن دهد در نزد فقه اذن در فعل قبیح بر خداوند قبیح است. لذا اذن دهد از آنجائیکه اذن از کسی که ظلم نمی کند محال است لذا که اذن داده است پس این اذن ظلم نمی باشد.

ملاک لا حرج و لا ضرر ضرر و حرج شخصی است &&&

ما فقط تصرف عدوانی را حرام می دانیم. مثال بانکها که ما چک را می بریم و پول می گیریم فقها گفته اند کاین تصرف شما در ملک غیر است اگر راضی نباشند این تصرف حرام است و وقتی حرام باشد اخلاص در نظام اجتماعی حاصل می شود و نیاز امور حسبه می شود و نیاز به

اذن شارع دارد که فقیه اذن می دهد ما گفتیم که اولاً قطعاً راضی هستند به این تصرف مالکین چرا که برای او اثری ندارد او پولش را هر وقت می خواهد از بانک می گیرد. اگر از پولهایی باشد که به زور به عنوان مالیات از آنها گرفته اند باز گناه من بنده خدا چیست؟

سلمنا که اگر راضی نباشند این تصرف من عدوانی نمی باشد. در نظر مرحوم خوئی و امثال ایشان خودکار داخل بانک که برای نوشتن است مجهول المالک است. &&& اولاً مجهول المالک نمی باشد و اگر هم باشد قطعاً راضی می باشد و اگر هم نباشد این تصرف من عدوانی نمی باشد. فقها گفته اند از باب امور حسبه این خودکار را من اذن می دهم و ما می گوئیم که اذن نیاز نمی باشد چرا که تصرف عدوانی نمی باشد. کی برای صاحب مغازه این حق را قائل می باشند برای مالک؟! مثل زمینهایی که در راه می افتد حتی اگر مکتوب هم بنویسد که این تصرف را راضی نمی باشم باز اثری ندارد چرا که عرف چنین حقی را برای او نمی دانند لذا عدوانی نمی باشد.

افقها قائلند که اگر ما بخواهیم در ملک غیر تصرف کنیم و رضایت طرف راندانیم نمی توانیم تصرف کنیم چرا که یا راضی است یا خیر اگر راضی باشد متجری و اگر راضی نباشد عاصی می باشیم.

پس یا باید یقین به رضایت داشته باشیم یا اگر یقین به رضایت نداریم در مواردی که ملاک آن در دسترس نیستند اذن از طرف ولی باشد که ولی امام زمان می باشد. در موارد خرید ارگانهای دولتی تمام معاملات آنها باطل است و لذا شما یقین دارید که مالک اینها و وسائل خریداری شده راضی است؟ خیر لذا باید امام زمان اذن بدهد که امام هم احتمال نمی دهیم که حضرت اذن نداده باشد اما احتمال دارد به صورت کلی برای نظام مختل نشود وی کاحتمال این اسکه اذن داده ات در ورتی که یک مجتهد اذن دهد که اگر مجتهد اذن دهد یقین به اذن

حضرت داریم چرا که اگر اذن عام داده باشد یا اذن خاص داده باشد این اذن در هر صورت محقق است و این احتمال نمی باشد که حضرت بفرمایند که من در صورتی اذن می دهم که مجتهد جامع الشرائط اذن نداده باشد و اگر اذن دهد من اذن نمی دهم.

لذا در صورت اذن فقیه جامع الشرائط یقین به اذن حضرت داریم. و اذن به اذن فقیه هم موافق اعتبار و حکمت است که این کار باعث شود که مردم در مسائل دینیشان ملتزم باشند. احتمال نمی دهیم اعلامیت شرط باشد چرا که تشخیص آن فی غایة صعوبت و تقریباً محال است چرا که لا یعلم الا هو. گاهی شخصی از علماء حضور ذهن ندارد یک مسئله ساده را هم باید مراجعه کند اما در عین حال اعلم باشد و بالعکس.

در این حالت که فقیه جامع الشرائط اذن دهد یقین داریم که ماذونیم یا به اذن عام یا خاص. و احتمال نمی دهیم که اصلاً اذن نداده باشد یا در صورتی اذن داده باشد که فقیه جامع الشرائط اذن نداده باشد و اگر اذن داده باشد من اذن نمی دهم.

بحث ما در تصرفات خارجی است. این نظر کسانی است که گفته اند در تصرفات خارجی باید به مجتهد جامع الشرائط رجوع شود که او اذن دهد. در مواردی که اذن ملاک را احراز نکردیم.

مجهول المالك دو شرط دارد که اولاً مالک داشته باشد و آن مال هم محترم باشد اگر دولت کشت و زرع کند این می شود مباحات.

امام، مالک مجهول المالك نمی باشد بلکه ولی مجهول المالك می باشد. البته این اذن زمانی نیاز است که رضایت احراز نشود اما اگر از قرینه ای یقین حاصل شود دیگر اذن نیاز نمی باشد. مثلاً می دانیم شخصی که بانک دولتی از او زمین گرفته است، چون پولش را گرفته است راضی است که در زمین هر کسی تصرف کند و لو معامله او باطل است.

مختار ما:

اگر تصرف در مال غیر عدوانی شد می شود حرام ما قائلیم که تصرف در مال غیر بغیر رضا حرام نمی باشد الا اینکه عدوانی باشد در همه این موارد بدون استیذان از امام اگر امام در دسترس باشد، اگر تصرف من عدوانی نباشد این نیاز به اذن ندارد. مثلاً پول بانک را می گیرم - و قائل به عدم مالکیت ارگان دولتی شدیم - و می برم یا به بانک می رویم و در زمین و اموالی که آن را با پول مردم خریده است، تصرف می کنم این عرفاً تعدی نمی باشد چرا که فرض این است که طرف چند برابر پول خودش را گرفته است، لذا تصرفات من حرام نمی باشد که من بخواهم با اذن از تصرف بدون اذن به با اذن تبدیل کنم. حتی اگر در زمان حضور عدوانی باشد در زمان غیبت عدوانی نمی باشد.

علت این است که در نظر عرف هرگاه حرمت روی یک عنوانی رود، می رود روی مورد قبیحه این عنوان تصرف حرام یعنی تصرفی که قبیح باشد. شاهدش هم این است که اگر پدری به بچه اش گفته است که اصلاً دروغ نگویند و این را تأکید و تکرار کرده است ام اوقتی دزد به خانه اش می آید و از فرزند می پرسد که پدرت پولهایش را کجا می گذارد، اینجا بچه هم می فهمد که کلام پدر این دروغ را شامل نمی شود چراکه می داند که دروغی که گفته است مواردی است که در نظر پدر قبیح است.

لذا در جایی که بچه ای در خانه در حال غرق شدن است ما گفتیم که تصرف در مال غیر حرام نمی باشد چراکه تصرف او دیگر عدوانی نمی باشد اما دیگران از باب تزاحم و مقدم کردن امر انقاذ این حلیت تصرف و عدم حرمت را قائل شده اند. و اگر عدوانی باشد اذن فقیه عدوان را بر نمی آورد.

تصرفات اعتباری: انشاء و عقد و ایقاعاتی است که نسبت به اشیاء انجام می دهیم.

این انشاء یا باید به مالک یا ولی مالک برگردد در اینجا رضا لازم نمی باشد بلکه اذن لازم است.

انشائی بر این دفتر نافذ است که از باذن مالک یا ولی مالک باشد. مسجد خودش مالک است اما از ملاک قاصر است. خود مسجد ملک کسی نمی باشد تصرفاتی که در مسجد میخواهند بکنند نباید خلاف اما اذن او دیگر لازم نمی باشد مثلاً می تواند وارد مسجد شود و مزاحم مصلین البته نباید باشد ولی اذن متولی لازم نمی باشد.

از این طرف فقها قائل می باشند که ملکیت یا شرعی است یا عری ولبایت یا شرعی است یا عرفی چس منظر از ولی و مالک مالک شرعی و ولی شرعی لازم است نه ولی عرفی و عقلائی.

در اموال فقهای ما یکسیر از اموالی است که این اموال مالک قاصر است از ایونظر ف وی آن مالک در دسترس نمی باشد برای مثلاً مثلاً این طفل اموال دراد این مسجد و موفوقه اموال دراد مجهول المالک هم اینطور می باشد تماماً موال در اختیار دولت مالک دارد ما به این مالکهای دسترسی نداریم یا به خاطر جهالت یا قصر. هر جایی که ولی نداشته باشد امام ولی است الامام ولی من لا ولی له ما میخواهیم تصرف کنیم در اموالی که یا مالک دسترسی نداریم یا مالکشان قاصر است. مثل مسجد. مجهول المالک مالکشان غُیْب است.

مجهول در اصطلاح فقهی یعنی کسی که نمی شناسی یا دسترسی نداری.

در فقه این را قبول کرده اند که تصرفات اعتباری بای مستند به مالک بیا ولی مالک باشد ما ماموال زیادی داریم که با مالک یا ولی مالک ه حضرت حجت است نداریم. مثل اموال طفل که ولی آن حضرت است. دسترسی نداریم به ایشان. از آن طرف هم می دانیم که تصرفات اعتباری تا استناد پیدا نکند باطل است و باید اذن دهد.

فقها گفته اند که حضرت حجت یا اصلاً ذذن نمی دهد بگذراند این مدرسه و بچه از بین رود و بانکها بایسد از بین برود و نظام معیشتی فرض این است که مختل می شود.

یا اینکه حضرت اذن داده است وقتی که احتمال ندهیم که اذن نداده باشد یقین داریم که حضرت نسبت به بخشی اذن داده است یا اذن داده است مطلقاً به تصرفات لازم یا به اذن فقیه در تصرفات لازمه اذن داده است که قدر متیقن آن مورد دوم می باشد چرا که می دانیم این تصرف با اذن فقیه مأذون است حال به اذن امام یا اذن خاص.

امام ولی سهم است &&&

در مواردی مصرف شود ه احراز رضای امام است معنا این نمی باشد که &&& من به کسی اذن می دهم که محرر رضای حضرت باشد و &&& فقیه بگوید که جایی که امام زمان راضی است مردم از تحیر در نمی آیند چرا که اگر کسی که محرر &&&

می گویند که هر جا که شما اطمینان دارید و احراز کردید رضایت حضرت را و این کمترین است و اگر بخواهد این را اذن ندهد زندگی شخصی مختل می شود

لذا هیچ زمان قید به رضایت نمی زنند و از طرف دیگر هر اذنی نمی تواند بدهد نهایتاً فقیه در صورت احتیاط می فرمایند که هر جا احراز رضایت کردید این هم البته در بعضی جاها مشکل را حل نمی کند مثلاً می خواهد نان بخرد و ماست بخرد می گوید که این که ضروری نمی باشد. آن زمان است که فقیه می گوید که این رادرجایی مصرف کنند که ظن به عدم رضا نداشته باشد و لو ظن به رضا نداشته باشند چرا که اگر فکر کنیم نوعاً ظن به رضا هم حاصل نمی شود. اصلاً از کجا ظن حاصل شده است که در طلبگی من رضای حضرت در آن است. لذا خیلی هم نمی توان دایره را تنگ کرد. &&

در تصرفات اعتباری رضا کفایت نمی کند بلکه اذن می خواهد در تصرفات اعتباری رضای مالک شرط نمی باشد بلکه اذن لازم است.

این را هم گفتیم ایشان می خواست بگویند که ادای دین رضا کافی است در صورت خرید گوشت معاوضیه بین گوشت و این پول نمی باشد اداء دین تصرف تکوینین نمی باشد تصرف اعتباری است رضا کافی نمی باشد و اذن لازم است. اگر شما پول کسی در پیش شما است و می دانید که طرف رضای کامل دارد به این تصرف. در اینجا نمی توانم اداء دین کنم اگر به داین دادم این اداء دین نمی باشد تا زمانی که مالک اذن دهد.

اگر ما بخواهیم واقع را در نظر بگیریم باز اختلال نظام حل نمی شود بگوییم که احراز واقعی رضای حضرت را بکنید. لذا باید در مرحله ای در مقام اثبات بمانیم بو دیگر به مقام ثبوت و واقع نرویم.

این فرمایش آقاییون است و علی القاعده هم می باشد.

لذا در سهم امام تملیکی نبودند چرا که به مرحله ای پایین تر هم نتیجه این تملیک حاصل می شود که به صورت که اباحه در تصرف دهند بدون تملیک البته باید قید به احراز رضای حضرت هم نزنند چرا که این احراز واقع هم موجب اختلال نظام می شود لذا باید بگویند که همینکه ظن به عدم رضا نداشتید می توانید تصرف کنید.

بیان ما همان بیانی اس که در معاملات گفتیم مالک وقتی که مجهول می شود یا ولی وقتی مجهول می شو ینطور نمی باشد که عرف و عقلاء دست به آسمان بمانند عقلاء یک سیره و سلوکی نداشته باشند حتما یک سلوکی دارند پولهای بازار فرض کردیم که مجهول المالک هستند یا این اطفال بدون سرپرست در مورد این ها سلوکی دارند. آن که عقلاء تصرفش را امضاء می کنند هر تصرف عقلائی و این ولایت را برای متصرف ببینند نافذ است بله فتوای فقیه تصرف تکوینی می کند مثلا اگر فقها فتوا داد که این تصرفات باید با اذن فقیه باشد و عرف مقلدین ایشان تاثیر تکوینی گذاشت و آن سلوک را ازین برد بله در این صورت دیگر عقلاء این تصرفات بدون اذن فقیه را امضاء نمی کند.

این مهم بوده است&&&

در مان حن فیه سید فتوا داد که در صورت مصلحت لزومی ولی می تواند تصرف کند و آقای خوئی فرمودند که تصرف جناب ولی و قیم باطل است خود ما به عنوان یک نفر سوم اگر این مقلد آقای خوئی بود این عقدش باطل و اگر مقلد سید بود این عقدش صحیح است. اگر کسی اجازه داده است اموالی مولی علیه را به بیش از سن بلوغ اجازه داده است این تابع مرجع تقلیدش است.

فقیه می داند ه فتوای ا و این اثر را دارد می بیند که اگر این فتوا را ندهد این صحیح است نمی تواند بگوید که اذن فقیه معتب راست معنایش این است که به دون فتوای من اذن معتبر است یک راه دارد نسبت به صحت عقد صبی فتوا ندهد احتیاط وجوبی دهد که فی الجمله موثر است چرا که دست عامی باز است که به غیر مرجع خودش مراجعه کند.

بله بحثی است که در موارد احتیاط می تواند دست عامی را ببندد که عامی رجوع نکند. سه دسته شده اند فقها؟

دسته اول: نمی تواند این کار را کند فقط می تواند فتوا بدهد و احتیاط نکند.

دسته دوم: می تواند احتیاط کند و در عین حال اجازه رجوع را ندهد.

دسته سوم: تفصیل در مسئله

زید مقلد من است فتوای من را حجت می داند و هر مسئله ای یک تقلید دارد می خواهد بداند که در این مسئله که من فتو نداده ام می تواند رجوع کند یا خیر؟ من باید بگویم که می تواند یا خیر. چون قول اهل خبره بنا بر فرض حجت است.

من در حلق لحنیه فتوا ندارم اما در اینکه می تواند عامی و مقلد من به دیگری رجوع کند فتوا دارم. آیا این فتوای من در رجوع برای عامی حجت است یا خیر؟

در اینجا سیره گفتیم که در یک صورت می تواند بگوید که فتوای دیگری حجت نمی باشد در جایی که می داند که مستند غیر غلط است مثلاً برای جواز حلق لَحیه استناد کرده است به اطلاق مقامی و من می دانم که در حلقه لَحیه ما اطلاق مقامی نداریم. به نفس گفتن من فتوای او دیگر حجت نمی شود. او نمی تواند مستند او غیر فتوای من باشد اما مجوز من در این فتوا تخطئه مستند اوست. ما تفصیلی شدیم بین جایی که می داند مستند او چیست و باطل است با جایی که مستند را نمی داند یا علم به بطلان آن ندارد. در مقام فتوا می گوید لا يجوز الرجوع في هذه المسئلة الى غيري.

لذا در نظر ما بسته به سلوک عرفی دارد بلکه فقیه می تواند تصرف تکوینی کند. اگر فقیهی که فتوا داده است بلزوم اذن و من نظرم عدم احتیاج اذن است. اگر از آن مرجع کسی بیاید و بگوید که اذن لازم است یا خیر من باید بگویم که باید اذن بگیری چرا که از من تقلید نمی کند و از دیگری تقلید می کن که اذن را لازم می داند و عقلاء عقد او را در صورت اذن امضاء می کنند. بلکه اگر من فتوای خودم را بر او حجت بدانم یعنی در عبادات از من سوال کرده باشد نه در معاملات، می توانم نظر خودم را بگویم. اما این در صورتی است که از معاملات سوال کرده است لذا باید به فتوای مرجع او حکم کنم بر او و به او جواب دهم. در معاملات فتوای من بر او حجت نمی باشد اما در عبادات برای او می تواند حجت باشد.

بله در معاملات هم می توانم به او تنبیه بدهم که اگر از من تقلید کنی دیگر نیاز به اذن نمی باشد.

مسألة ٥: إذا آجرت امرأة نفسها للخدمة مدة معينة

فتزوجت قبل انقضائها لم تبطل الإجارة و إن كانت الخدمة منافية لاستمتاع الزوج

یعنی مثلاً هر زمانی که شوهر نیاز دارد، و می گوید که بیرون نرو ولی او بیرون می رود این باطل نمی شود و حرف شوهر واجب نیست عمل شود و ضمن این که واجب است به عقد الاجارة عمل شود.

در مورد شوهر حکم تکلیفی است و در مورد اجاره حکم وضعی است که بطلان و صحت می باشد.

نمی تواند بجای سر کار جای دیگر برود اما اگر سر و کار رفت مشکلی ندارد.

تمام الكلام دليل این فتواست. به عباردیگر می گوئیم که عقد اجاره صحیح است یعنی باید به این عقد عمل کند و نتیجه آن این است که اطاعت شوهر لبامز نمی باشد شرعاً نیم تواند که ه. وفاء واجب اشد و اطاعت شوهر هم واجب اشد. گمرحوم حکمی:

یک وجهی برای انی تفوا فرمونه اند: وقتی ادله شرعیه را ملاحظه می کنی اگر سببی مقدم بر سبب دیگر باشد این مقدمیت اثر می گذارد مثلاً من اجیر شدم امروز برای شما و یک هفته بعد اهم اجیر می شوم بر دیگری می فرمایند اجاره امروز لازم است/

مثال دیگر: م نذر می کنم که روز جمعه روزه بگیرم و بعد نذر می کنم روز جمعه بروم عیاد مریض به سفر. فرقی بنی دو نذر نم باشد الا در زمان که می گویند نذر اول منعقد می شود.

در شریعت بعد از استقراء در شریعت بین اسباب می فهمیم که مقدم بر موخر، رجحان دارد.

استقراء دلیل عجیب و غریب است الا اینکه گفته شود که این استقراء اطمینان پیدا می شود که باید در اینجا به عقدی که سبب مقدم دارد عمل کند.

در نظائر اجماع در این موارد را داریم.

یعنی توسط اصول و علی القاعده تمامش کنیم .

لذا نظائر می شود علی القاعده.

وجه مرحوم خوئی:

زمانی که عقد اجاره بست خانم سلطنتت بر خود داشت و عقد اجاره بست و بعد از ازدواج خانومی ازدواج کرده است که قبلا اجاره بسته است مثل خانه است که خانه ای را سی ساله اجاره بدهیم و بعد بفروشم در اینجا ملک منتقل می شود اما مسلوب المنفعة سی سال. در اینجا هم منتقل به مرد می شود اما مسلوب المنفعة.

این فرمایش ایشان هم مشکل است که تمثیل برای تقریب به ذهن خوب است اما اگر دلیل است این در مورد اموال است . که منافع و مال مال من است که یک بخش را به اجاره منتقل می کنم و یک بخش را به بیع. اما اینجا را نمی گیرد لذا کلام و فتوای ایشان می شود فتوایی بدون دلیل.

اما در اینجا شارع گفته است که خروج زن به دو اذن شوهر لازم نمی باشد و تمکین واجب است خوب تمکین واجب است و فرموده است خروج زن بدون اذن حرام است این در خروج دو معصیت کرده است یکی خروج بدون اذن و یکی عدم تمکین . ترک واجب و

ارتکاب حرام. خوب برای این مسئله که دو کار خلاف و حرام و ترک واجب می خواهد بکند توجیهتان چیست؟

لذا این دلیلش روشن نشد.

فرض این است که شوهر در هنگام عقد نکاح غافل از اجاره بوده است یا جاهل مرکب بوده است یعنی معتقد به عدم اجاره بوده است یا خیر جاهل بوده است لذا شرط ضمن عقد این اجاره نشده است ک بر شوهر عمل به آن لازم باشد.

اگر تزامم هم می گوئید است چرا حق زوج بر دیگری که صاحب اجاره است، مقدم شود؟

این وجه روشنی برایش ذکر نکرده اند.

مقدمه:

ما هم این فتوا را قبول کردیم.

در بحث معاملات یکک قاعده کلی است که ما قبول داریم که اهر کجا موقای به معامله ای مستلزم مخالف با قانون یا شریعت باشد آن عقد عنند العقلاء باطل است مثلا فرض کنید که گفتیم ه سرعت مجاز صد کیلومتر است اگر رانندها ی را اجیر کنیم که ما را با سرعت ۱۵۰ کیلومتر برود در اینجا این عقد باطل است چرا که مخلف با قانون است مثلا در شریعت گفته شده است که مکث حائض در مسجد حرام است عقد اجاره بر نکس مسجد این زن باطل است.

در ما نحن فیه چرا این حرف را نمی زنیم چرا که وفای به عقد ترک تمکین و خروج بدون اذن را در بر دارد.

ما ها قائلیم که تمکین زوجه واجب نمی باشد و قائلیم که خروج بلا اذن حرام نمی باشد
اگر قائل به حرمت فی نفسه شویم

چرا که دلیل وجوب تمکین و حرمت خروج اطلاق ندارد - خروج که قطعاً اطلاق ندارد
چرا که فی حد نفسه این دلیل مشکل ندارد- و اگر داشت ما قائل به انفساخ اجاره می شدیم .
اما اطلاق این دو دلیل در تمکین و خروج نداریم.

والا قائل به تقدم حق زوج می شدیم. چرا که در این صورت این عقد اجاره منافی با حکم
شرعی و تشریع است. شارع می تواند بگوید که شخص نباید به عقد اجاره عمل کند اگر
مخالف با حق تمتع است. اما مجیر که نمی تواند بگوید.

اگر عقد اجاره بسته بودیم که با سرعت ۱۵۰ به تهران برسد بعد از این عقد اجاره چند
ماه بعد قانون می شود که سرعت بالای صد ممنوع است. این عقد اجاره باطل می شود.

یعنی اصلاً این ادله وجوب تمکین ناظر به جایی که این عقد مزاحم با دیگری باشد نمی
باشد نه از باب تزاحم ما مقدم کرده ایم خیر اصلاً در مقام بیان نمی باشد چرا که تزاحم از
عناوین ثانویه است هیچ زمانی ادله اولیه ناظر به عناوین ثانویه نمی باشد. لذا ادله اوفوا
بالعقود و تجارة عن تراض این را نمی گیرد لذا امضاء شارع اثبات نمی شود لذا مرجع می شود
برائت از وجوب تمکین و حرمت خروج.

مرحوم خوئی می فرمایند که عقدی صحیح است که عند العقلاء صحیح باشد خوب این
عقد نزد عقلاء باطل است. یعنی صحت عقلائی ندارد و اوفوا بالعقود این را نمی گیرد. یعنی ما
امضائی شدیم. تجارة عن تراض و اوفوا بالعقود عقدی را می گیرد عقلاء صحیح باشد و عقدی
که مزاحم با قانون باشد، عقلاء صحیح نمی باشد.

در نزد عقلاء هم نمی شود که امر مخالف شرع را قانونی کرد چرا که در نزد عقلاء این طور می شود که می شود هر کار غیر شرعی را شرعی کرد به قانونی کردن آن لذا این اعمال دیگر قانونی نمی شود.

البته اگر بالعکس شود یعنی عقد نکاح مقدم باشد در اینجا اطلاق دارد چرا که عنوان ثانویه نمی باشد بلکه عنوان طاری است و ضمن این که اگر اینجا اطلاق نداشته باشد، دیگر این ادله می شوند لغو چرا که هر زنی می رود و بعد از عقد نکاح برای اینکه خروج بر او حرام نباشد، یک عقد اجاره می بندد.

مسألة ۶: إذا أجر عبده أو أمته للخدمة

ثُمَّ أَعْتَقَهُ لَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ بِالْعِتْقِ وَ لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَى مَوْلَاهُ بِعَوَضٍ
تِلْكَ الْخِدْمَةُ فِي بَقِيَّةِ الْمَدَّةِ لِأَنَّهُ كَانَ مَالِكًا لِمَنَافِعِهِ أَبَدًا وَ قَدْ اسْتَوْفَاهَا
بِالنِّسْبَةِ إِلَى تِلْكَ الْمَدَّةِ فَدَعَا أَنَّهُ فُوتَ عَلَى الْعَبْدِ مَا كَانَ لَهُ حَالُ
حَرِيَّتِهِ كَمَا تَرَى

در اینجا دو بحث است:

مسئله اول: این عقد اجاره باطل است یا منفسخ می شود بعد از اعتقاق یا خیر درست است؟

مسئله دوم: اگر درست است زندگی خودش از کجا تأمین شود چرا که کارهایی که انجام می دهد مجانی است اگر مولا اول پولش را گرفته باشد و اگر نگرفته است تمام پولها مال مولا است.

این مسئله مورد ابتلاء ما نمی باشد و خیلی دور به نظر می رسد که دوباره این مسئله به این نزدیکی ها حاصل شود حداقل به عمر ما نمی رسد اما نکاتی دارد که بخاطر این نکات آن را بحث می کنیم.

نکته:

در نظر فقهاء عبد با دیگر اموال انسان فرق نمی کند یعنی درملیکت تفاوتی نمی باشد بلکه گوسفند را می تواند بخورد یا خفه کند اما عبد را نمی تواند اینکار ها را بکند اما واقعا مال و ملک می باشد.

در بحث اجاره، اجاره را دو قسم کرده اند: اجاره اموال که منفعت عین را برای مدتی معاوضه یا تملیک می کنم اما در اجاره اعیان من منفعت را تملیک نمی کنم بلکه عملی در ذمه را بر او تملیک می کنم اگر ن یکسال نماز و روزه اجیر شدن جناب مستأجر مالک یک سال نماز و روزه در ذمه من می شود مالک منفعتی از من نمی شود. در عبید و اماء عین اعیان است یعنی اجاره اعیان است نه اجاره بر اموال یعنی طرق مقابل که مستأجر است مالک منافع عبد می شود نه مالک عملی در ذمه مولا یا عبد این عبد وزانش دقیقا وزان ماشین و اسب است.

لذا اجاره امه و عبد اجاره اموال است نه اجاره اعیان.

اینها قائلند که شما در ملکیت هم مالک عین می باشید و هم مالک منافع الی یوم القیامة یا حداقل مالک منافع می باشم مادامی که موجود است. این زمانی که عبدش بود منافع عبد را مالک بود الان که آزاد شد چرا عقد اجاره بهم بخورد چرا که منافع موجود است و زمان اجاره هم ملک من بود.

ان قلت: که این شخص تفویت کرد منافع را برای عبد.

&&&&

با قبول مبنا که من دو مملوک دارم که خانه و منافع باشد نه مبنای خودمان که فقط عین ملک من است خانه که مرکب از سطح و بناء است که سطح زمین باشد و بناء هم ساختمان است که در عقلاء من را مالک این دو می دانند اما منافع را ملک من بدانند. البته با قبول این که تملیک مشروط به ملکیت آن شیئی که تملیک می کند، نمی باشد می شود مالک نباشد در عین حال می تواند تملیک کند.

اما با قبول مبنا مشهور این بیان سید درست است یا خیر؟ دلیل سید درست است یا خیر؟

الناس مسلطون علی اموالهم که یکی از اموال منفع عبد بود این نحوه استدلال، استدلال در عالم اعتبار به تشبیه به عالم تکوین و وجود است. به این که شما تصدیق داریم که الف موجود است و ب هم موجود است و معلول الف. باید قبول کنید که ب هم موجود است. این استدلال را سید دارد: به این که شما قبول دارید که عبد مملوک مالک است و منافع را هم مال اوست. می تواند منافع را تملیک کند.

سوال این است که آیا ولایت بر تملیک این منافع را در زمان حریت دارد یا خیر؟ این ولایت بر تملیک یک امر اعتباری است که یا شارع به من داده یا عقلاء یا هر دو، این ولایت را داریم. ما روایتی نداریم که شارع این ولایت را داده است آیا عقلاء برای من ولایتی قائل می باشند که شارع امضاء کند؟

ما الان چنین نظام عبود مولای باشد، نداریم لذا ارتکاز آن زمان را نمی دانیم این نشان دهنده آن است که در آن زمان آثاری از این نظام بوده است و ارتکاز بوده است. اگر دیدیم که فقهاء از قدما گفته اند می فهمیم که آن ارتکاز بوده است. اما در زمان ما هذا بله اگر انسان بر غیر مسلمان استیلاء تام پیدا کند می شود مالک.

الان می رویم سراغ این بحث که آیا فرمایش مرحوم خوئی درست است یا خیر؟ در نظام عقلائی الان که این امر نمی باشد&&&

ایشان قائلند که کفار نفوس و اموال این ها محترم نمی باشد وقتی خود نفس محترم نمی باشد به طریق اولی می توانی تملک کنیم و این غیر عرفی است که کشتن او درست باشد و تملیک آن جایز نباشد.

فرق بین عقلاء و عاقلین این است که عاقلین کسانی هستند که به قوه عاقله آن را دریافت می کنیم اما عقلائی یعنی آ»چه که عقلاء به قوه عاقله بخاطر زندگی در شرائط خاصی آن را ادراک می کرده است.

البته طبق نظر و مبنای مشهور از عقلاء می توان از فتوای فقهای از قدما به این ارتکاز دست پیدا کنیم البته اگر احتمال ندهیم که این فتوایشان منشأش غیر ارتکاز است مثل این جمع و تفریق و تشبیهی که به عالم حقیقت و تکوین است، این حکم را داده اند.

لذا نمی توانیم حکم کنیم چرا که ارتکاز روشنی ندارم و این اختلاف فقها در ادامه مبحث در حکم که طبق تمام فروض مسئله ، فتوا است نشان دهنده این است که برای آنها هم ارتکاز روشنی نبوده است و بعید به نظر می رسد که عقلاء چنین اجازه ای می داده اند و در عین حال حکم نفقه عبد را مشخص نکرده باشند.

^۱ اما بنا را بر صحت می گذاریم حالا که بنا را بر صحت گذاشتیم نفقه این دوره ای که اجیر است به عهده چه کسی است ؟ ایشان پنج قول ذکر می کنند. این اقوال را از روی خواهیم خواند اما بئی است که تضیح تفسی راست دو مسئله است که سید نگفته اند این دو مسئله را بگوییم؟

مسئله اول:

این عقد که درست است، آیا شرعا واجب است که وفاء کند به آن معامله یا خیر؟ معنای صحت عقد وجوب وفاء نمی باشد مثلاً گفته اند که اگر با غیر مسلمانی بیع کردی و پولش را گرفتی اما واجب نیست که تحویل دهی و وجوب وفاء نمی باشد. یعنی وفاء به عقد لازم نمی باشد. در عین حال صحیح است یعنی نقل و انتقال صورت گرفته است. وجوب وفاء اوفوا بالعقود است و یکی هم بیان دیگر و ناشی می شود از احترام مال و این مالش محترم نمی باشد یعنی تصرف من در مال او بدون اذن مشکلی ندارد و اگر تلف کردم ضمانی ندارد. اگر تسلیم نکردم معصیتی نکرده ام. وجوب وفاء یک تکلیف است یعنی مال اوست این ماشین اما وجوب وفاء ندارم اگر مسئله شرعی بلد باشد بلا فاصله به مسلمانی می فروشد در این صورت واجب است که من مال او را تحویل دهم.

وجوب وفاء یعنی وجوب تسلیم مبیع یعنی وجوب رفع ید.

الاسلام یحقن به الدماء و الاموال که این حاکم بر اوفوا بالعقود می باشد لذا همینکه محترم نباشد این آیه شریفه شامل مال او نمی شود.

خوب این عقد درست است آیا بر عبد وفاء به این عقد واجب است یا خیر؟ اوفوا بالعقود این را نمی گیرد چرا که ناظر به متعاقدين است و این شخص نه موجر و نه مستأجر نمی باشد؟ متعاقین مولا است و مستأجر که مولایی دیگر است. خوب وفاء واجب است یا خیر؟

بله این واجب است عمل کردنش از باب تسلیم مال است به غیر. در اجاره عبد اجاره عین است نه اجاره بر اموال وقتی اجاره ی عین شد معنایش یان است که منافع این عبد ملک مستأجر است بر من تسلیم مال به غیر واجب است کار کردن تسلیم مال و منفعت است. منتها دلیل وجوب مسلم لا یحل مال المرء مسلم که تسلیم نکردن &&& است. یعنی عبد

الان زنده است و کار کردن منفعت اوست قبلا مولای قبل این را تملیک مولای جدید و مستأجر کرده بود. خوب در اینجا بر عبد لازم است که منفعت خودش را به مولای جدید و مستأجر تسلیم کند. مثل اینکه بکر خانه خود را به زید اجاره دهد و بعد به خالد بفروشد. بر خالد واجب است که خانه را در اختیار زید قرار دهد. لا حرج و لا ضرر چرا که دیگری متضرر می شود این وجوب را از گردن معتق بر نمی دارد.

لذا درست است که این منفعت را مولا تملیک کرده است اما با این حال چون منفعت مستأجر در دست معتق است باید تسلیم مستأجر کند که این تسلیم منفعت یعنی کار کردن است.

وفاء به عقد یعنی تسلیم.

نکته دوم: اگر نتوانست تسلیم کند. مثلا اگر کار کند که نمی تواند برای خود غذایی تهیه کند و از سرما هم می میرد چرا که درآمدی ندارد و همه مال متسأجر است و اگر برود دنبال درآمد نمی تواند مال را تسلیم کند. در اینجا که حیف خود را موقوف بر ترک کار می بیند. اگر رفت دنبال کار و بعدش متول شد و در تمام این مدت اجاره نتوانست کار کند بعد از ده سال که متول شد آیا ضامن می باشد یا خیر؟ در اینجا ظاهرش این است که ضامن نمی باشد در باب بضمان دلیل نداریم سیره عقلائی است در سیره عقلائی که حفظش متوقف بر ترک کار است. مثل اینکه در خانه باز بود و گوسفند غیر بر خانه آمد لذا ید من عدوانی نبوده است و من قدرت تسلیم به غیر ندارم و از گرسنگی مرد و به هر دلیل تلف شد که مستند به من نباشد، در اینجا من ضامن نمی باشم.

در اینجا هم ضامن نمی باشد چرا که قدرت بر تسلیم ندارد. یعنی در ضمن این مسئله مشخص شد که نظر ما این است که تسلیم هم واجب نمی باشد چرا که تراحم می شود بین وجوب تسلیم و حفظ نفس که حفظ نفس مقدم می شود.

الا اینکه قبل از مدت اجاره متمول شود که در اینجا باید برود سراغ کار.

نعم يبقى الكلام في نفقته في بقية المدة

یعنی بقیه مدتی که آزاد شده است.

إن لم يكن شرط كونها على المستأجر و في المسألة وجوه أحدها كونها على المولى لأنه حيث استوفى بالإجارة منافعه فكأنه باق على ملكه

یعنی عند العقلاء ملک مولاست و بر مالک نفقه ملک واجب است. و شارع هم واجب کرده است زمانی که در مرآی و منظر شارع انجام می شده است و شارع ه مسکوت می کرده است لذا این سکوت امضاء شارع است اما در زمان شارع کی این مبتلاء به بوده است. اصلا نمی دانیم اتفاق افتاده است یا خیر؟ و اگر هم اتفاق افتاده است معلوم نمی باشد که در مرآی و منظر شارع بوده است.

الثاني أنه في كسبه

إن أمكن له الاكتساب لنفسه في غير زمان الخدمة و إن لم يمكن فمن بيت المال و إن لم يكن فعلى المسلمين كفاية

یکی از وظائف امام المسلمین این است که قوت و غذا و مسکن کسانی که نمی تواند کار کند را تأمین کند و شامل کسی هم می شود که وقت برای کار کردن ندارد. یعنی مقدار وقت باقی مانده یا کافی نیست برای کار یا اگر می شود کار کرد درآمد آن مکفی نمی باشد.

این وجه وجه عجیب است که خودش اولی از مسلمین است خود برود کار کند برای خودش نه اینکه کار کند و بعد &&&

بیت المال اموالی بوده است که از زکات و غیر زکات و مجهول المالک و غنائم که تحت اختیار امام المسلمین بوده است.

الثالث أنه إن لم يمكن اكتسابه في غير زمان الخدمة

ففي كسبه و إن كان منافيا للخدمة

خودش مقدم می شود بر صاحب کار.

الرابع أنه من كسبه و يتعلق مقدار ما يفوت منه من الخدمة بذمته

الخامس أنه من بيت المال من الأول و لا يبعد قوة الوجه الأول

یعنی نیاز به کار کردن نمی باشد و هیچ یک از وجوه قبلی نیاز نمی باشد یعنی از همان اول بر عهده خودش است.

ظاهر بیت المال این است که برای تأمین رفاه و زندگی مردم است نه برای حفظ حیات.

٧١ مسألة إذا وجد المستأجر في العين المستأجرة عيبا سابقا

على العقد

و كان جاهلا به فإن كان مما تنقص به المنفعة فلا إشكال في ثبوت الخيار له بين الفسخ و الإبقاء و الظاهر عدم جواز مطالبته الأرش فله الفسخ أو الرضا بها مجانا ...

مسئله این استکه شخصی مستأجر در عین عیبی رامی بیند که این عیب قبل از عقد بوده است این سه صورت دارد:

صورت اول:

اینکه در صورت استفاده در انتفاء ما اثر می گذارد مثلا ماشینی را اجاره کرده استکه از اول ۷۰ تا بیشتر نمی رفته است که انتفاع ما تقلیل می یابد. خوب در این صورت می تواند فسخ کند یا خیر؟ سوال دوم این استکه آیا می تواند فسخ نکند و ما زاد را بگیرد. مثلا این ماشین اجاره اش کمتر است لذا ما به التفاوت را بدهد.

اما سوال اول:

آیا حق فسخ دارد یا خیر؟ در این صورت یک صور را باید خارج کنیم در جایی که در اتجاره مغبون دشه است در اینجا شکی نمی باشد که خيار غبن را دارد. خيار غبن در همه معوضات و معاملات می باشد.

اما مغبون نشده باشد یک ماشین خیلی ارزان به او اجاره داده است و دید که عیب دارد و بیش از ۷۰ تا نمی رود در این صورت آیا حق فسخ دارد یا خیر؟ همه گفتند که حق فسخ دارد بر چه اساسی این حق فسخ دراد این برگشت به تخلف شرط درد یعنی در هنگام اجاره شرط ارتکازی بوده است که در صورت سلامت این را اجاره کند . این درست است اما قبلا گفتیم که همه خیارها به خیار شرط بر می گردد خوب این بدرد نمی خورد که من بر مبناء سلامت اجاره کردم بلکه باید شرط باشد، که اگر سلامت نبود، من حق فسخ داشتم باشم. لذا دیگر ای خیار مبناء سلامت اجاره می کنم دیگر فایده ای ندارد.

خوب اگر فایده ای ندارد خوب چرا شرط می کنند؟ این بخاطر این است که تکلیف آورد می شود آن مشروط. خوب بگویید

خوب بگوییم این خیار تخلف شرط است نه خیار شرط چرا که اگر می تواند فسخ کند به خاطر این است که به شرط عمل نکرده است؟ می گوییم که اگر عمل نکند و این شرط ارتکازی نباشد نمی تواند فسخ کند. لذا باز موثر این شرط ارتکازی است. &&&

سوال دوم:

آیا می تواند مطالبه ارش کند یکجائی است که مغبون شده است که در اینجا می تواند مطالبه ارش کند.

مغبون نشده است ما به التفاوت مال جایی نمی باشد که مغبون نشده باشد. فرض کنید که خیلی ارزان داده است اما ما به التفاوت معیت و به سالم در بازار یک به دو است خوب نصف قیمت دادی درست که مغبون نشده ام اما باز باید ما به التفاوت را که نصف مبلغ است به من برگردانی.

حقیقت &&&

اگر حکنسی را هراز تومان می دهد صد هراز تومان مالک چیزی به من بدهکار نمی شود اما حق فسخ در اام این که حق دار یعنی چه به من پول بدهد و ما به التفاوت را به من بدهد این گداها مگر چه می کنند پول می گیرند تکدی که به عنوانه حرام نمی باشد. مشخص است که مطالبه حرام نمی باشد معنای حق مطالبه یعنی چه پس؟ مثل اینکه مشتری بعد از فروش می تواند بگوید که مبلغ را به من برگردان این جایز است و مشکلی ندارد پس مراد حق المطالبه جواز نمی باشد و این معنایش این هم نیم باشد که ذمه او مشغول است.

تا من گفتم که بده ذمه اش بدهکار شود این هم نمی باشد. معنایش بدهکاری او عند المطالبه نمی باشد.

لذا معنای حق المطالبه چیست؟

مرادشان این است یعنی بعد از مطالبه بر طرف مقابل پرداخت واجب است یعنی گدا که حق المطالبه ندارد یعنی بر شخص مطالب واجب نمی باشد اداء اما در جایی که حق المطالبه است بر طرف مطالبه پرداخت مطالب واجب است و من می توانم او را ملزم کنم لذا تقاص نمی توانم بکنم. تقاص مالی جایی است که ذمه من مشغول باشد. ارتکاز این ها از حق المطالبه این بوده است که اگر طرف مطالبه کرد بر من واجب می شود پرداخت آن.

لذا در خیار غبن گفتیم که آیا می تواند مطالبه ما به التفاوت را از ورثه بعد از موت او بکند یا خیر؟ نمی تواند برود سراغ ورثه مثل اینکه من نذر می کنم که صد میلیون به شما بدهم فرقی این است که در حق المطالبه می توانی شرعا الزام کنی اما در اینجا الزام شرعا جایز نمی باشد. در حق المطالبه هم تکلیف &&& می خواهد و جواز الزام را هم می خواهد.

نذر و کفارات فقط تکلیف است و اشتغال ذمه نمی باشد.

خوب اینا که گفته اند که حق المطالبه دارد دلیل اینها چه یم باشد؟ سیره عقلاء یعنی بعد از اینکه مطالبه کرد ما به التفاوت را عند العقلاء ملزم است که به من اداء کند و من می توانم بر اداء الزامش کنم. آیا این دلیل درست است یا خیر؟

اشکال اول:

از اینها سوال می کنیم که در سیره عقلاء ثابت است در جایی است که مغبون شده است یا خیر در جایی است که مغبون نشده است؟ آیا در جاییکه مغبون نشده است چنین سیره ای داریم؟! نهایت این سیره اگر ثابت باشد این در جایی است که من مغبون شده باشم مثلاً من ۱۰۰ هزار اجاره کرده و قیمت واقعی ۵۰ تومان باشد اما در اینجا ۵۰ تومان کلاً خریده است و قیمت سالم آن را داده است. ما عدم را وجدان می کنیم یا حد اقل عدم الوجدان است که نتیجه یکی است.

لذا دلیل شما اخص است مال جایی است که مغبون شده باشد.

اشکال دوم:

شما دستگاه شرعی هستید. این وجوب را شارع کجا امضاء کرده است؟ باید در منظر شارع باشد که با سکوت خود امضاء کند. کجا در منظر شارع بوده است. فرضاً که در سیره عقلاء در صورت عدم غبن باشد خوب امضاء شارع از کجا می آید. && الا اینکه شرط ارتکازی باشد و اوفوا بالعقود این را بگیرد که شرط ارتکاز نمی باشد.

این در مبنای آقایان تمام نمی باشد.

اما در مبنای ما ظلم در نظر عقلاء حرام است. &&& اگر این ملزم باشد یک و او هم حق الزام داشته باشد، ای مصداق ظلم می شود و این حق در بین عقلاء می باشد. && ما یک راه داریم و قائل بشویم که مصداق ظلم است و این می شود حرام.

انعم لو كان العيب مثل خراب بعض بيوت الدار

فالظاهر تقسيط الأجرة لأنه يكون حينئذ من قبيل تبعض الصفقة

فرض دوم این است که منفعت مقصوده فوت نشده است بلکه کم شده است سید در اینجا می فرمایند که باید تقسيط شود این اجرة يعنى باید مقدار اجرت این خانه خراب را به او بدهد نه اجرت خانه سالم. اینکه باید تقسيط شود این طور می شود که معامله بر خانه سالم بوده است و در واقع معامله بر این خانه معيب بوده است و در مقدار خراب شده اصلا معامله ای صورت نگرفته است و معامله باطل است. و حق فسخ هم بخاطر این است که مثل شرط حق فسخ است.

مناقشه:

کلی کلام سید درست است اما مثالش درست نمی باشد این خانه خراب مثل کیسه &&& معيب است یا مثل ماشینی که در مثال قبلی مثال زدیم مثل اینکه دو اسب را اجاره دهد و یک اسب مريض است و اصلا نمی توان استفاده کرد که این مثال تبعض صفقه است بخلاف بحث خانه

و لو كان العيب مما لا تنقص معه المنفعة

كما إذا تبين كون الدابة مقطوع الاذن أو الذنب فربما يستشكل في ثبوت الخيار معه لكن الأقوى ثبوته إذا كان مما يختلف به الرغبات و تتفاوت به الأجرة ...

مثال این فرع این است که شخص ماشینی می خرد و تمام مشخصاتی که می خواسته داشته است اما مثلاً خصوصیتی دارد که منفعت آن کم نشده است مثلاً رنگ خیل بدی دارد.

در اینجا سید می فرماید که می تواند حق فسخ دارد اگر در قیمتش موثر است یعنی به قیمت از او نخرد. این در صورتی است که مغبون نباشد و خيار به خاطر فسخ نباشد و این خيار شرط ارتكازی است که من حق فسخ داشته باشم چرا که شرط در هر معامله این است که شيء اجاره شده متعارف باشد نه غیر متعارف. دیگران به خيار تخلف شرط برگردانند ما به خيار شرط برگردانیم.

سوال باقری&&&

چرا که م همیشه اقدام می کنم بر یک معاله عرفی و متعارف که در این معالهل متعارف حق افتاده است اگر من بگویم من کاری به معامله متعارف ندارم و شخصاً به متعارف ندار معنایش این اسکه من حق فسخ و دارم چرا که من شرط نکردم. لذا فقها گفته اند این خیلی مهم است جمله ای در مکاست است که خیلی دچار گیر شده اند گفته است مگر اینکه اسقاط خيار کند خوب هنوز بیعی صورت نگرفته است که حقی نمی باشد و به بیع که حق موجود نمی شود. خوب چه چیزی را اسقاط می کند با اسقاط تمام خيارات. خوب عقدی صورت نگرفته است و در حین عقد دارید صحبت می کنید و عقدی هنوز منعقد نشده است و من

حقی قبل از عقد نداریم که اسقاط کنم بعد از عقد هم که حق ایجاد نمی شود. گفتیم دو کلمه گفتیم این اسقاط برگشت به این است که آن یعنی معامله یم کنم بدون آن شروط ارتکازی است. یعنی من با تو معامله می کنیم بدون شرط. &&

در خارج هم اینطور است که بعضی از رنگها و خصوصیات به گونه ای است که در رغبت و قیمت تأثیر دارد.

۱...و کذا له الخيار إذا حدث فيها عيب بعد العقد و قبل

القبض

**بل بعد القبض أيضا و إن كان استوفى بعض المنفعة و مضى بعض
المدة**

این در جایی بود که عیب بعد از عقد حادث می شود بخلاف قبلی که حدوث عیب قبل از عقد بود در اینجا هم فسخ دارد چرا که باز بر میگردد که شرط ارتکازی که من عقد می بندم بر شیء که بتوانم استفاده متعارف را ببرم.

فرض این است که این عیب ربطی به مستأجر ندارد.

هذا إذا كانت العين شخصية و أما إذا كانت كلية و كان الفرد
المقبوض معيبا فليس له فسخ العقد بل له مطالبة البدل نعم لو تعذر
البدل كان له الخيار في أصل العقد

&&&

٨ مسألة إذا وجد الموجد عيبا سابقا في الأجرة و لم يكن عالما به كان له فسخ العقد

و له الرضا به و هل له مطالبة الأرش معه لا يبعد ذلك بل ربما
يدعى عدم الخلاف فيه لكن هذا إذا لم تكن الأجرة منفعة عين و إلا
فلا أرش فيه مثل ما مر في المسألة السابقة من كون العين المستأجر
معيبا هذا إذا كانت الأجرة عينا شخصية و أما إذا كانت كلية فله
مطالبة البدل لا فسخ أصل العقد إلا مع تعذر البدل على حذو ما مر
في المسألة السابقة

سابقا يعنى سابق بر عقد.

تا الان در مورد عين مستأجره و مبيع بود و الان در مورد اجرة است كه تارة عين است
كه يا عين شخصى است اين صد هزار تومان يا كلى است كه صد هزار تومان و تارة منفعت
است. اگر اجرت معيوب شد اگر كلى بود كلى هيچ زمان معيوب نمى باشد بلكه ديگر فرد اجرت

نمی باشد لذا فرد عوض می شود و اگر عین شخصی باشد در اینجا می فرمایند که وقتی معیوب باشد در اینجا من حق فسخ داریم بر اساس شرط ارتکازی اما اگر معیوب بودم حق مطالبه ازش دارم یاخیر؟ یعنی باید ما به التفاوت را به من دهد. سید می فرمایند که این حق را دارد یعنی معیوب ۵۰ تومان است و سالم ۱۰۰ تومان. مشهور گفته اند که حق فسخ دارد بدون حق مطالبه.

کسانی که اختلاف در این حق المطالبه دارند نزاعشان در چیست؟

&&& بعضی گفته اند که این حق عقلائی است و بعضی گفته اند حق شرعی است و حق شرعی ها بعضی گفته اند که در این حق الفسخ در خصوص بین آن هم در مورد عیب گفتند. بعضی گفته اند که عرفا الغاء خصوصیت می شود هیچ فرقی بین بیع و غیر بیع نمی باشد.

اما کسانی که گفت اند حق عقلائی هستند دلیل امضاء مختص به بیع است و بعضی گفته اند لذا در مورد غیر بیع دلیل امضاء نداریم.

دسته ای گفته اند که چون حق عقلائی است و در مورد بیع امضاء کرده است فهم عرفی می فهمد که این سیره را امضاء کرده است.

خوب اینها که برهانی نمی باشد و دلیل ندارد یا باید یکی را قبول کنید یا بگویید نمی دانیم عقلائی می باشد یا خیر؟ نمی دانیم الغاء خصوصیت می شود یا خیر؟

&&&

ما ها از کسانی هستیم که می گوئیم فقیه نمی تواند به هیچ یک از اصول عملیه رجوع کند بلکه باید به دلیل اصل عملیه رجوع کند «هم در جایی که باید یقین کند که مکلف یقین و شک دارد. &&&

افتاء کارا فقیه است. اگر در حدیث رفع فتوا ندهد و خودش سیگار بشکد حتی شمولش نسبت به عامی زمانی استه اول عامی رجوع کند و &&&

آیا حق مطالبه ارش داریم یا خیر؟

ما ها از کسانی هستیم که حق عقلائی می دانیم و همین که از شارع ردی به ما نرسیده باشد، کافی می باشد.

اما عیبی که ر منفعت می باشد مشهور فقها می گویند که حق فسخ دراد اما در مطالبه چون تعبدی شده اند و تعبد در اعیان است و امضائی هم که باشند باز امضاء در اعیان می باشد. لذا حق المطالبه ندارد. اما ما که عقلائی می باشیم و عقلائی نمی باشد که بین عین و منفعت فرق گذاشته شود و امضاء هم که نمی خواهیم همین که ردی نرسیده باشد، این کفایت می کند. لازم نمی باشد که اثبات شود که در زمان شارع بوده است چرا که این در جایی لازم است که ما امضائی شویم. اما در جایی که امضائی نمی باشیم عدم ردع کفایت می کند و لازم نمی باشد که کاشف از رضایت معصوم باشد. و عقلائی بودنش هم در این زمان کفایت می کند و لازم نمی باشد که بگوییم که عقلائی بوده است.

مسألة ۹: إذا أفلس المستأجر بالأجرة

كان للموَجِر الخيار بين الفسخ و استرداد العين و بين الضرب مع
الغرماء نظير ما أفلس المشتري بالثمن حيث إن للبائع الخيار إذا وجد
عين ماله

مفلس یعنی کسی که اصلاً مالی ندارد یا اگر مالی دارد دیون او مساوی مال یا بیش از مالش است.

این یک معنا از مفلس اما فقہیا کسی که مال ندارد مفلس نمی گویند چرا که مفلس احکامی دارد که شامل کسی که مالی ندارد نمی شود

در مفلس غرماء یعنی طلبکارهای در جایی که برابر است یا دیون او بیش از مال است رجوع می کنند به قاضی بعد قاضی حکم می کند به افلاس یعنی به ممنوعین و محجوریت از تصرف در اموالش. یکی از موارد حجر افلاس است. کسی که حکم علیه بالافلاس را می گویند مفلس. پس بعد از حکم می شود محجور. قبل از آن محجور نمی باشد. مثل سفیه نمی باشد که برای سفیه بودن نیاز به حکم قاضی ندارد.

گفته شده است که مفلس از فلس گرفته شده است یعنی یک فلس هم ندارد.

اینکه می فرمایند: «افلس بالاجره» یعنی در اداء اجرة حاکم حکم کرده است به افلاس او. اگر مشتری آمده خانه ما را خرید بعد مفلس شد در اینجا بایع می تواند که بیع را فسخ کند و خانه را بگیرد یا اینکه بگوید من هم مثل سایر غرماء هر چه بغرماء می دهی به من هم بده.

توضیح مسئله:

در اینجا بحثی شده است اینکه می تواند فسخ ند و مال را بگیرد شخص محجور است اینکه می گوئیم محجور است امولا این شخص مفلس اموالش بلوکه شده است و قاضی این اموال را بسته است وقتی انی خانه را اجاره دام به این خانه مال من موجد است منفعت خانه مال مستأجر است قاضی چه کار کرده است تمام اموال این را محجور و بلوکه کرده است این که من حق دارم فسخ کنم این خلاف قاعده و اصل است چرا که یکی از اموال این محجور منفعت این خانه است که خارج شده است از اختیار محجور و به تبع من مالک.

لذا نیاز به دلیل دیگر داریم.

امکان دارد این به هن برسد که یک شرط ارتکازی است که اگر به من اجرة را ندهی و لو به واسطه محجورت این باعث این می شود که حق فسخ داشته باشم.

این حرف اینجا درست نمی باشد چرا که در ما نحن فیه موجد که منفعتی که ملک مستأجر است می خواهد فسخ کند و برگرداند در حالی که قاضی روی این منفعت دست گذاشته است بنا براین من می خواهم برگردانم به مال خودم آن محجور. این شرط ارتکازی فایده ای ندارد مثل این که این دفتر را می فروشم و بایع متوجه می شود که مبعون شده است اما مشتری دفتر را به دیگری فروخته است این شرط ارتکازی معنایش این نمی باشد که می توانم فسخ کنم و دفتر را از او بگیرم فسخ می کنم اما من نمی توانم از مشتری دوم بگیرم.

یعنی تمام تصرفات اعتباری محجور باید تحت نظر حاکم باشد.

لذا به مشکل برخورد کرده اند این حق فسخ از کجا آمده است؟ و شرط ارتکازی نمی تواند مجوز این فسخ باشد.

اگر یک نفر محجور شد و اعراض از مال خودش کرد کسی می تواند آن مالی که را که اعراض کرده تملک کند؟ خیر نمی تواند تملک کند دیگر اعراض او اثری ندارد.

این مقدار که این اختیار را قاضی دارد که این شخص را از تصرف در این منفعت مال خودش منع کند را دارد. &&&

دو راه برای تصحیح مانده است:

راه اول: که مال مشهور است. گفته اند که در روایت داریم که اگر کسی مالی را فروخت بعد آن شخص مفلس شد بایع می تواند در صورت وجود عین برود عین را برگرداند و فسخ کند و این را فقهاء تعبدی شده اند و الغاء خصوصیت کرده اند که مال را به هو مبیع این اثر را نمی بینند بما هو معوض این اثر را می دانند و حکم را برای مال بما هو معوض می فهمند خوب در

روایت متاع است و متاع در اجاره منفعت عین است که موجود ست می رود فسخ می کند به اعتبار عین و منفعت عین را بر می گرداند.

بهترین روایت که به لسان روشن است که شامل اجاره شود:

وسائل الشیعة ؛ ج ۱۸ ؛ ص ۴۱۵

۲۳۹۵۵-۲-۱ و بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ الْعَبَّاسِ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَرْكُبُهُ الدَّيْنُ فَيُوجَدُ مَتَاعٌ رَجُلٍ عِنْدَهُ بَعِيْنُهُ قَالَ لَا يُحَاصُّهُ الْغُرَمَاءُ.^۲

فقها این حکم امام را خلاف قاعده دیده اند چرا که یکی از اموال محجور شده همین گوسفند فروخته شده است لذا بایع نمی تواند برود و گوسفند را بیاورید و تمام غرماء در این گوسفند شریک و ذو حق می شوند بعد از حکم قاضی به افلاس. لذا بایع با دیگران فرقی ندارد و نمی تواند تصرف کند اما امام فرمودند که می تواند برود و مال خودش را بیاورد.

فقهاء از این روایت الغاء خصوصیت کرده اند گفته اند اجاره هم ملحق می شود به بیع. بعضی از از فقها اشکال کرده اند که الغاء خصوصیت عرفی نمی باشد و متاع شامل منفعت نمی شود.

این یک وجهی است که فقهاء گفته اند.

این روشن نمی شود که این فرمایش امام تعبد باشد. یعنی آیا عرفیا فرقی می گذارند بین غریمی که مالش موجود است و می تواند فسخ کند و بین نه نفر دیگر لذا اصلا نمی توان گفت که قاضی این حق و ولایت را دارد که بایع را حشرش کند لذا این روایت علی القاعده می شود

۱ (۲) - التهذيب ۶- ۱۹۳ - ۴۲۰، والاستبصار ۳- ۸- ۱۹.

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

و خلاف قاعده نمی باشد. یعنی اینکه امام فرمودند متقضای قاعده و ارتکاز عرفی است یعنی در ارتکاز خودمان فرق می بینیم بین غریمی که مالش موجود است و بین کسی که مالش موجود نمی باشد و بخواهیم بگوییم که این شخص هم مثل غرماء دیگر در این مال شریک است.

این روایت بهترین روایت بود که هیچ عنوانی نداشت نه بیع داشت و نه شراء اما متاع دارد که به منفعت متاع نمی گویند اما در غیر این عبارت دیگر نسبت به روایات دیگر که عنوان بیع یا شراء آمده بود بهتر بود.

ضمن اینکه در روایت است که متاعش را نزد او یافت این بر منفعت تطبیق نمی شود.

^۱ راه دوم:

حقیقت اجاره تملیک منفعت نمی باشد لذا عین می شود مملوک جناب موجر است اما او حق الانتفاع نسبت به عین دارد بر اساس شرط ارتکازی فسخ می کنم اگر بخواهم تشبیه کنم دقیقا مثل عاریه اس تاجاره با عوض تس ون عاریه بدون عوض است اگر کسی که مال عاریه پیش اوست را محجور کردند مشخص است که می تواند شخص برود مالی را که عاریه داده بود برگرداند.

لذا اصلا منفعت مال مفلس نمی باشد روایت می شود علی القاعده.

مسألة ١٠: إذا تبين غبن المؤجر أو المستأجر فله الخيار

إذا لم يكن عالماً به حال العقد إلا إذا اشترطاً سقوطه في ضمن العقد عن بطلان الإجارة و يوجب الرجوع بالعوض و إن كان تلف العين عليه.

غبن موجر مثل اینکه ارزان اجاره داده است و غبن مستأجر یعنی اینکه گران اجاره کرده است.

اینجا سه فرض دارد:

مغبون حق فسخ دارد مطلقاً.

مغبون در صورت عالم به غبن نبوده است .

مغبون حق فسخ دارد در صورتی که اسقاط خيار غبن نکرده باشد.

صورت اول: که مطلقاً حق فسخ دارد.

بین فقها دلی این حق چیست؟

به چه دلیلی می گوئیم که مغبون حق فسخ دارد که به ادله ای استدلال کرده اند که عمده سه دلیل است :

قاعده لا ضرر: اگر شارع مقدس این عقد را امضاء کند بدون حق فسخ آن مغبون متضرر می شود چون به مقتضای روایت شریف می فهمیم که حق فسخ جعل کرده است.

دلیل دوم سیره عقلاء حفظاً لنظام معیشتی این حق را برای مغبون قائل می باشند. در معرض تحقق بوده است غبن و خيار و ... لذا سکوت کرده اند و می شود امضاء.

وجه سوم: گفته اند این ناشی می شود از شرط ارتکازی ضمن عقد چوت عقلاء این عقدی را که ضمنش شرط باشد امضاء کرده اند معلوم است که این حق را پذیرفته اند اما در ضمن این شرط ارتکازی. در وجه دوم شرط ارتکازی اثری ندارد و لو نباشد اثر دارد.

آثاری ذکر شده است برای هر کدام.

ما سومی می باشیم. یعنی این حق بر اساس شرط ارتکازی ثابت می باشد.

اما فرع دوم: اگر عالم باشد به غبن دیگر خیار غبن ندارد.

اما آن سه وجه چه گفته اند. در صورت شرط ارتکازی مشخص است که چنین شرط ارتکازی نمی باشد که اگر من عالم هم باشم هم حق الفسخ داشته باشم.

اما بنا بر سیره: سیره عند العلم دیگر این حق را قائل نمی باشند یعنی عقلاء قائل به سلطنت هر کسی بر اموال خودش است و چطور می تواند اموال خود را مجانی بدهد در این صورت هم این حق دارد که با علم به غبن این کار را انجام دهد، و حقی ندارد.

اما در صورتی که دلیل ما قاعده لا ضرر باشد این حق است.

فرع سوم:

این است که شرط سقوط یا اسقاط کرده باشند یعنی به نفس این شرط آن را ساقط می کنم. این حق سقوط شرط نتیجه است یعنی می فروشم بدون آن شرط ارتکازی اگر این را نمی گفت ظهورش در آن شرط ارتکازی بود.

این علی القاعده است و درست است.

مسألة ۱۱: ليس في الإجارة خيار المجلس و لا خيار

الحيوان...^۲

اگر در اجاره عین مستأجره یا اجرة حیوان باشد ایشان می فرمایند نه خيار مجلس و نه خيار حیوان در عقد اجاره نمی باشد.

در خيار حیوان فقط کسی خيار حیوان، کسی که حیوان به او منتقل می شود حق فسخ دارد.

علت:

چرا که در بین فقهاء این دو خيار شرعی و تعبدی است یعنی شارع وضع ککرده است و خيار عرفی و عقلائی نمی باشد و شارع هم فقط در مور بيع جعل کرده است و در مورد سایر عقود جعل نکرده است.

ما اگر بخواهیم خيار حیوان را تطبیق کنیم باید جایی باشد که حیوان منتقل شود لذا باید اجرة حیوان باشد اما اگر عین مستأجره حیوان باشد، دیگر حیوان منتقل نشده است بلکه منفعت آن منتقل نشده است.

پس بنا براین خيار مجلس و خيار حیوان در اجاره نمی آید.

آیا خيار مجلس و خيار حیوان تعبدی است یا خيار شرعی نمی باشد بلکه امضاء یک خيار عقلائی می باشد.

^۱ سه شنبه ۱۳۹۴/۱۲/۱۱.

^۲ ...بلو لا خيار التأخير علما لوجه المذكور في البيع ويجري فيها خيار الشرط تحتل لأجنبي خيار العيب والغبن كما ذكرنا بليجري فيها سائر ال
خيارات كخيار الاشتراط وتبعضا صفقة وتعذر التسليم والتقليس والتدليس والشركة وما يفسد ليو مهو خيار شرط رد العوض نظير شرط رد الث
منفيا لبيع

این یک بحث فقهی است که اگر عقلائی شد شامل اجاره هم می شود وب عید است که عرف بین بیع و اجاره فرق بگذارند.

اب و لا خيار التأخير على الوجه المذكور في البيع...^۲

دقت کنید در بیع اگر دو نفر معامله کند آن بایع مبیع را در زمان مقرر یا مشتری ثمن را در زمان مقرر به طرف مقابل ندهد حق فسخ دارد که ما گفتیم که این در واقع خيار شرط است که مشهور تعبیر می کنند به خيار تخلف شرط.

اما یک خيار داریم به نام خيار تأخير که شرعی و تعبدی است به این صورت که اگر نقد خرید کرد و تعارف خارجی نمی باشد و چیزی نگفته است این مبیع را خریده است و نزد بایع است و رفته است که پول بیاورد اگر سه روز گذشت و نیامد، می تواند فسخ کند این سه روز هم سه نهار است نه سه تا بیست و چهار ساعت. لیالی داخل نمی باشد مثلاً ساعت ۲۳ عقد بسته شد و غروب روز سوم می تواند عقد را فسخ کند و لازم نمی باشد تا ساعت ۲۳ صبر کند. لذا گفته می شود این سه روز به نحو الايام البيض است یعنی نهار شمرده می شود و لیالی داخل نمی باشد. این خيار را می گویند خيار تأخير و این یک خيار تعبدی است این خيار مال جایی است که اجل نداشته باشد نه ذکر و نه ارتکاز و این هم مختص به بیع است.

خوب حالا این خانه را اجاره کرده و تا سه روز اجرت را نیاورد من خيار تأخير ندارد الا اینکه خيار تخلف داشته باشم. &&

^۱مسألة ۱۱: ليس في الإجارة خيار للمجلس ولا خيار الحيوان...

^۲...ويجزيها خيار الشرط حتلا لأجنبيو خيار العيب والغبن كما ذكرنا بليجزيها سائر الخيارات كخيار الاشتراط وتبعض الصفقة وتعذر التسليم والتفليس والتدليس والشركة وما يفسد ليوهمو خيار شرط رد العوض نظير شرط رد الثمن في البيع

و يجري فيها خيار الشرط حتى للأجنبي

خيار شرط يعنى شرط الخيار يعنى من حق فسخ داشته باشم كه مقدار هم دست خودشان مى باشد اين خيار فسخ را مى تواند براى يك نفر از موجر و مستأجر و يا براى هر دو نفر يا براى اجنبى بدون خودشان يا با يكي از آنها يا با همه آنها قرار دهند.

نکته این است که یک شرطی است عقلائی و عرفی و چنین حقی را قائل می باشند و می گویند که شارع این را امضاء کرده است. همه این حقوق بر می گردد به سلطنت.

و خيار العيب و الغين كما ذكرنا

خیار غبن ثابت است و خیار غبن هم ثابت است چون که عقلائی می باشند و اینها هم خیار شرط می باشند و خیار مجزای نمی باشند و اینها خیار شرط به نحو ارتکازی می باشد.

١٠ بل يجري فيها سائر الخيارات كخيار الاشتراط

خیار اشتراط یعنی شرط یک فعل یا یک وصف مثلاً این خانه اجاره می کند به شرط اینکه زمین آن ملکی باشد یا به شرط خیاطه یا قرائت قرآن یا به شرط اینکه طبقه دیگر را اجاره ندهد.

خیار نتیجه در حقیقت شرط نمی باشد چرا که

اگر آ» وصف تخلف پیدا کرد و اگر آن شرط تخلف پیدا کرد یعنی آن شیء آن صفت را نداشت یا آن فعل را مشروط علیه انجام نداد.

این خیار به خیار تخلف شرط معروف دشه است این را قبلا توضیح داده ایم که ما در واقع خیار تخلف شرط نداریم و این هم بر می گردد به خیار شرط یعنی بعد از شرط یک شرط ارتکازی که من حق فسخ داشته باشم در صورت تخلف شرط یا وصف. ما از کسانی هستیم که همه خیارات را حتی شرعی را به خیار شرط برگردانده ایم. و این شرط خیار فقط با شرط فسخ می شود که حقیقت اسقاط خیار&&&

ما به نحو جهل مرکب، یقین داریم که خیار غبن در بین عقلاء نمی باشد وقتی معامله کند و مغبون شود باز خیار غبن دارد چرا که این شخص معامله عرفی را می خواهد انجام دهد و در نزد عرف این خیار غبن موجود می باشد.

و تبعض الصفقة

این صفقه در بحث اجاره یکی از این سه چیز است: اجرت عمل و منفعت است یا ما تملیک می کنیم عمل را یا تملیک منفعت می کنیم تبعض صفقه این است منفعت را کاملا تملیک کنم در ناحیه اجرت یعنی اجرت را بخشی از آ» را بدهد. اما تبعض در عمل دقت کنید در تبع در عمل عمل دائما در ذمه است یعنی من وقتی که بگیرم می شود که ختم قرا» انجام دهم یا یکسان یا یکماه روزه بگیرم در اینا بتبعض رد صفقه معنایش این است که ع ملی که ملک او ست تماما تسلیم نکنم مثلا بیست روز روزه بگیرم یا بیست جزء قرآن بخوانم. شخص می تواند اجاره را فسخ می کند و اجرة المسمى را می دهد و بقیه را می دهد یا خیر.

در نزد ما به خیار شرط بر می گردد شرط ارتکازی است که اگر منفعه یا عمل یا اجرة را ندهی فسخ می کنم.

و تعذر التسليم

یا تعذر در تسلیم عمل یا اجرة یا منفعت است این تعذر تارة از اول است یا در اثناء است یعنی از اول نیم تواند عمل یا اجرة یا منفعت را تسلیم کند یا در اثناء است که بعد از چندماه گذشت تعذر حاصل شد.

در ارتکاز است که اگر از اول تعذر باشد عمل باطل است و اگر در اثناء باشد عرف می گوید که حق فسخ دارد و به نسبة اجرة المسمى را بدهد و می تواند امضاء کند. با این که تعذر دارد. مثل اینکه کارگری را اجیر کرده اید و بعد از چند ساعت تعذر عرفی حاصل می شود - نه تعذر عقلی که کاشف از بطلان اجاره به مقدار تعذر از اول می باشد-.

و التفليس

کسی که مفلس است و حاکم حکم کرده است به افلاس. یعنی بعد از شش ماه مستأجر مفلس شد. اینجا حق فسخ دارد. این هم برگشت به شرط ارتکازی دارد. اینجا تعذر شرعی است نه تعذر عرفی

و التدليس

فرق بین غش و تدلیس. در غش عیب را اخفاء می کنیم این غش در معامله است. تدلیس اظهار کمال نداشته است. مثلاً به این سیب عطری میزنیم که بوی خوبی می دهد. یا این که صفتی را دارد اما نه به مقداری که مجیر اظهار کرده است. این هم تدلیس است. تدلیس با گفتن هم می شود و نیاز به انجام عمل نمی باشد یعنی توصیف هم می تواند محقق غش یا تدلیس است.

در اینجا خيار تدلیس است و خيار غش در معامله است. بر می گردد به یک شرط ارتکازی که کسی که غش شده است و تدلیس شده است می تواند عقد را فسخ کند البته خيار تدلیس در نکاح خيار شرعی است چرا که در نظر مردم نکاح معامله و داد و ستد نمی باشد. اما در غیر نکاح خيار تدلیس خيار عقلائی و عرفی است. ما هم در نکاح شرعی می دانیم اما در طول تشریع شارع عرفی شده است.

سید بعضی از این خيارات را به شرط ارتکازی بر می گرداند و بعضی را هم به قاعده لا ضرر و لا حرج این خيارها را ثابت می دانند. این لا حرج لا ضرر در خيار مجلس یا حیوان را نمی گیرد. اما ما گفتیم که اگر خيار ارتکازی نباشد، با لا ضرر و لا حرج نمی توان حق فسخ را اثبات کند و نهایتاً انفساخ را اثبات کنند نه فسخ را.

&&& سوال باقری و الناس مسلطون علی اموالهم

أو الشركة

شركة یعنی این که عین مستأجره یا اجرة مال شراکتی باشد و بعد از اجاره مشخص شود، در اینجا طرف مقابل که فهمیده است اگر اختیار فسخ را داشته باشد می گویند خيار فسخ. شهید ثانی می فرمایند که به این خيار تبعض سفقہ هم می گویند.

&&

مثال دیگر جایی که شركة بعد از اجارة اتفاق می افتد مثلاً من به یک کسیه برنج اجاره می دهد که برنج بعداً مخلوط می شود

یک مخلوط داریم و یک ممزوج ممزوج یعنی یکی می شوند و متمایز نمی باشد اما مخلوط متمایز است اما قابل تعیین نمی باشد مثل برنج با برنج دیگر مخلوط می شود این متمایز است فی علم الله اما قابل تعیین نمی باشد.

مشخص نمی باشد که کدام کیسه مال من است یا کدام از دانه های برنج مال من است و در این صورت که دانه های برنج روی دانه های برنج دیگر ریخته شود، در اینجا اشاعه و شرکت قهریه می باشد. اما در جایی که کیسه ها با هم مشتبه شد، در اینجا دیگر اشاعه قهریه و شرکت قهریه نمی باشد.

پس شرکت یا قبل از عقد است و چه بعد از عقد است چه به نحو اشاعه باشد یا خیر به نحو اشاعه نباشد، مثلاً کیسه من را بین کیسه های دیگر قرار داد. در اینجا خیار ست.

دلیل خیار شرکت: بر می گردد به شرط ارتکازی امری نسبی و عرفی است مثلاً در آن دو کیسه برنج اگر هر دو یک محصول و یک برنج می باشند یک نوع مال یک زمین و یک محصول می باشد اما محصول را چند کیسه می کنند. در اینجا ما قائلیم که شرط ارتکازی نمی باشد و خیار فسخ ندارد. اما اگر مخلوط شده است کیسه ها با هم و فی علم الله مشخص می باشد در اینجا شرط ارتکازی را قبول نکردیم در اینجا تراضی است یعنی هر دو راضی می شوند به هر ترتیبی که راضی شدند به قرعه یا روی هم بریزند و بعد تقسیم کنند یا به هر ترتیب دیگر مثلاً بگویند کیسه دیگر هم به من بفروش تا هر دو مال من شود. اما اگر تراضی نشد شاید هر دو رها کردند گفتند که فعلاً بگذار اینجا باشد بعد یکی از اینها می تواند رجوع کند به قاضی اگر رجوع نکنند قاضی نمی تواند مداخل کند بعد از اینکه قاضی حکم کرد به تراضی و اینها تراضی نکردند خودش حکم می کند و یک کیسه را به یکی و کیسه دیگر را به دیگری می دهد.

در اینجا حکم قاضی واقع را عوض می کند و واقعا هر کدام ملک همانی می شود که قاضی به او داد و لو قبل از این و فی علم الله، مال این شخص نبوده است.

و ما یفسد لیومه

اصل این خیار در بیع است که به شخصی چیزی را فروختیم و ثمن را می دهد و اما نمی آید که مبیع را ببرد که اگر رهایش کنیم این مبیع از بین می رود فقها گفته اند که می تواند بیع را به هم زده و فسخ کند و مبیع را ببرد. روایت داریم. باید تا شروع زمان فساد صبر کند که این زمان فساد فرق می کند مثل «یخ» که سریع آب می شود یا میوه ها در فساد با هم فرق می کند بعضی زود و بعضی دیر خراب می شوند.

فقهای ما در این روایت گفته اند که این حقی است شرعی بعض و مشهور فقها گفته اند که این خیار عقلایی است و شارع امضاء کرده است که در این صورت در ابواب معاملات می آید و اختصاص به بیع ندارد در اجاره هم می آید اگر اجرة را ما یفسد لیومه قرار داده است یعنی خانه را اجاره داده است به جعبه انار و موجرنیامده است که انار را بردارد در اینجا مستأجر مخیر بین فسخ است.

این مسئله مربوط به بیع است. ما قائلیم در اینجا از ناحیه عقلاء جعل خیاری شده است عقلاء در عین حالی که سلطنت مال مالک است اما اینطور نمی باشد که در تضييع این اموال هر گونه سلطنتی داشته باشد و این حق را داشته باشد مثلا ماشین را بخواهد بیاندازد وسط دره این طور نمی باشد این آزادی به نحو مطلق باشد لذا در ارتکازات و لو اموال به افراد اضافه می شود و لکن یک نحو حفظ در آن شرط است. لذا این حق را برای غیر مالک قائل شده اند. آیا این حقوقی را که حفظا للنظام عقلاء قرار می دهند قابل اسقاط می باشد یا خیر؟

خيارات را به شرط بر می گردانديم به شرط اما در جايي که حقوقی که برای مصلحت عموم جعل کرده اند ظاهراً اسقاط نمی پذیرد و قابل اسقاط نمی باشد.

روشن نمی باشد که در چه مواردی را عقلاء اجازه تضییع مال را نمی دهند مثلاً در آتش زدن بسته پول اجازه نمی دهند یا در تضییع یک بشکه آب اجازه می دهند اما در باز گذاشتن شیر آب به من اجازه نمی دهند با اینکه پول آن را می دهیم.

البته اجازه ندادن تضییع مال با این که حفظ مال واجب باشد فرق می کند ممکن است که تضییع مال جایز نباشد اما در عین حال حفظ مال واجب نباشد.

در بین عقلاء در مواردی که یک نحو ارتباط به دیگران دارد را اجازه تضییع مال را نمی دهند مثل آتش زدن پول یا باز گذاشتن شیر آب اما در مواردی هم اجازه می دهند مثل ریختن بشکه آب و در بعضی از موارد مشکوک است مثل آتش زدن ماشین.

در مواردی که اجازه تضییع نمی دهند در نزد عرف حرمت تکلیفی دارد اما حرمت وضعی که ضمانت باشد را ندارد یعنی من ضامن نسبت به اموال خود نمی باشم.

اما محدوده ی آن مشخص نمی باشد که کجا اجازه تضییع می دهند یا نمی دهند.

این خیار ظاهراً به خیار شرط بر نمی گردد و عقلاء این خیار را قائلند این حق عقلائی می باشد

شروط عقلائی دو نوع است یکی اینکه می توان اسقاطش کرد و یکی هم که اسقاط بردار می باشد. عقلائی آنهایی می باشند که قابل اسقاط نمی باشد.

یعنی عقلاء در اینجا حفظاً للأموال این شرط را قرار می دهند که اگر قابل اسقاط باشد بود و نبودش فایده ای ندارد.

و خيار شرط رد العوض نظير شرط رد الثمن في البيع

خيار شرط العوض يعني &&&

مسألة ١٢ : إذا أجر عبداً همتلاً

ثمّ باعهمنا المستأجر لمتبطلا لإجارة، فيكون للمشتري منفعة العبد مثلاً، من جهة الإجارة قبلاً نقضاء مدتها، لا من جهة تبعية العين.

ولو فسخت الإجارة رجعت للبائع.

ولو مات بعد القبض رجعت للمشتري المستأجر على البائع، بما يقابل بقية المدة من الأجرة، وإن كانت تلف العين عليه. والله العالم.

این مسئله، تکرار مسئله ای که است که در قبل گفته شده بود که در مسئله (١) بحث آن آمده بود.

١ فصل ٣ [في أحكام الأجرة]

يملك المستأجر المنفعة في إجارة الأعيان و العمل في الإجارة على الأعمال بنفس العقد من غير توقف على شيء كما هو مقتضى سببية العقود كما أن الموجر يملك الأجرة ملكية متزلزلة به كذلك

&&&

یک عقودی هستند به نا معقود معاوضه ای یا عقود بالمعاوضه که در این عقود دو شیء داری که این دو شیء جابه جا می شود یک شیء جای شیء دیر و شیء دیر جای این شیء قرار می گیرد در ملکیت مثال در مبیع ثمن مثن داریم ما یک معوض داریم و یک عوض داریم در عقود معوض. در هر عقدی اگر مال بما هو مقصود باشد می شود معوض و اگر بما هو مال مقصود باشد می شود عوض. به فرش می گویند معوض و به پول می گویند عوض چرا که فرش بما هو فرش مقصود است اما فروشند دینار بما هو دینار برای او ارزش ندارد بلکه بما هو مال ارزش دارد.

در اجاره اجار بر اعیان منفعت عین می شود معوض و اجرة می شود عوض. لذا اگر خانه اش به گوسفند اجاره داد فقها اصطالحا به منفعت می گویند معوض و به گوسفند می گویند عوض. اما در تسمیه می گویند عوضین یا احد العوضین نه احد المعوضین. اما مقصود از عوضین عوض و معوض می باشد. می شود هر دو عوض یا معوض شوند مثلا منفعت خانه را به منفعت دکان اجاره می دهیم. مرحوم خوئی می گوید که این از حقیقت اجاره خارج است. ماها قائلیم که حقیقت اجاره تملیک منفعت بعوض باشد می شود اجاره ایجاب را هر که بخواند می شود مجیر و کسی که قبول می کند می شود مستأجر.

مرحوم خوئی می گویند که عقد اجاره عرفا نمی باشد و عرف به این اجاره نمی گویند و ما می گوئیم می گویند در موارد ثمره ای دارد مثل البیعان بالخیار ما لم یفترقا که مفاد خیار مجلس باشد.

اگر فرش را به گوسفند دادم ایشان می فرمایند که این بیع نی باشد لذا خیار مجلس ندارد و لزوم آن را از اوفوا بالعقود می فهمیم. فرض این است که هر دو گوسفند و فرش بما هو گوسفند و فرش عوض می کنند.

لذا ایشان قائلند که ما عقودی داریم که عرفا اسمی ندارد و مستقل می باشد و عقد معاوضی می باشد و آیه نازل نشده است که هر عقدی باید اسمی داشته باشد.

در اجاره اجرة می شود عوض و منفعت می شود معوض. در نزد ما اصلا روشن نمی باشد که عقد معاوضی است یا خیر؟

چون عقدی است که در هر زمانی کسی در آن تغییری داده است لذا پاره از احکام آن به معاوضه می خورد و پاره از احکام آن غیر معاوضی است خلاصه عقد عجیبی است.

مثلا مالک تمام اجرت بعد از عقد اجاره نمی باشد مثلا بعد از عقد اجاره اجرت یکسال را در ذمه بدهکار نمی باشم. این با معاوضه بودن نمی سازد. در معاوضه بعد از عقد ذمه شخص مدیون است. &&&

در اجاره بر اشخاص عوض اجرة فی الذمه است و معوض عمل فی الذمه است.

این احکام این عوضین را می خواهیم بگوییم .

مرحوم سید در ابتدا قبل از ورود به احکام سه حکم را برای عوضین ذکر می کنند.

حکم اول: به مجرد عقد طرفین مالک عوضین می شوند مثلا این خانه را اجاره داده ام به شما در سال ۹۶ که در اختیار شما باشد ایشانمی گویند به مجرد این عقد من موجر مالک اجرة در ذمه مستأجر می شود و مستأجر مالک منفعت این خانه در سال ۹۶ می شود. به مجرد عقد این حاصل می شود و هیچ تسلیم و تسلیم نیاز نمی باشد.

سببیت القعود به سیره عقلاء ثابت می شود و هیچ دلیل شرعی نمی باشد و شارع مقدس با سکوت خود در قبال این سیره در همه معاوضات امضاء کرده است.

این سیره را ما قبول کرده ایم و لکن نپذیرفتیم که این عقد معاوضی است یا خیر؟ به نظر می رسد عقدی میان معاوضه و اذنی است.

اگر امضائی نشدیم دلیل ما می شود سیره و عدم ردع شارع از این سیره.

این حکم اول.

در این حکم اول یک فرقی بین موجر و مستأجر گذاشت هاست گفته است در اجاره اعیان مستأجر مالک منفعت عین می شود موجر مالک اجرة می شود منتها ملکیت موجر نسبت به اجرة متزلزل است موقوف بر این است که عقد منفسخ نشود این ملکیت بعد از فسخ، منفسخ می شود نه این که منکشف می شود که از اول باطل بوده.

کارگری اجیر یم شو دکه روز جمعه بیاید کار کند در خانه شما روز پنج شنبه قدرت از عمل را به خاطر مرض از دست می دهد اینجا عمل باطل است و بطلان یعنی می فهمیم ماین عقد از روز شنبه باطل بود و ظاهرش عقد صحیح بود.

اما یکبار اجیر کردیم ه بیاید کار کند روز جمعه اما نیامد سر کار می توانست بیاید اما نیامد در نظر سید عقد اجاره منفسخ می شود ملکیت موجر و اجیر بر اجرة منفسخ می شود. مراد سید از تزلزل انفساخ است نه بطلان بطلان تزلزل نمی باشد بلکه توهّم صحت است.

مرحوم خوئی اشکال کرده اند بر سید که در این مالکیت متزلزل فرقی بین اجیر و مستأجر نمی باشد و ما هم با فرمایش خوئی موافقیم.

مرحوم سید وجهی ذکر نکرده اند و مشخص نمی باشد که وجه این فرق چیست اما ما وجهی نمی بینیم که فرقی باشد بین این ملکیت بین اجیر و مستأجر.

این انفساخ نکته ای است که دلیل بر این می باشد که معاوضه این نمی باشد در معاوضه ای انفساخ نمی باشد. لذا مرحوم خوئی گفته اند که باید برود و به اجیر پول را بدهد و عوض عمل را بگیرد از اجیر. مشهور گفته اند که منفسخ می شود و این انفساخ دلیل بر این است که معاوضه ای نمی باشد و مرحوم خوئی طبق قاعده عمل کرده اند و گفته اند که عقد معاوضی نمی باشد لذا انفساخ معنا ندارد اما مشهور در عین حالی که معاوضی بودند اما در

اینجا دقت نکرده اند که انفساخ معنا ندارد در اجاره لذا این نشان می دهد که در ارتکاز مشهور این اذنی است یعنی عهد کرده است که در قبال عمل پول بگیرد و اذن استفاده از عمل خود را در قبال اجرت می دهد و وقتی عملی نبامد دیگر اجرت هم نمی خواهم لذا دیگر اجرت رانیا از نمی باشد که به من بدهی نه اینکه باید اجرت را بدهد و اجیر بدل عمل را بدهد که عمل از قیمیات باشد و باید اجرة المثل را باید بدهد. البته مرحوم خویی گفته اند که می تواند فسخ کند اما اگر فسخ نکند باید برود سراغ اجرة و بدل عمل را بگیرد.

فسخ با انفساخ فرق می کند. انفساخ در معاوضه معنا ندارد اما فسخ چرا و مشکلی ندارد.

**۱ و لكن لا يستحق المؤجر مطالبة الأجرة إلا بتسليم العين أو العمل
كما لا يستحق المستأجر مطالبتهما إلا بتسليم الأجرة كما هو مقتضى
المعاوضة**

مطلب دومی که سید فرمودند این است که بعد از عقد اجاره و تملک بر عوض و معوض طرفین حق مطالبه دارند یعنی می تواند شخص را الزام بکند طرف مقابل. سید می فرمایند که حق مطالبه زمانی است که آنچه از طرف او می بایست به طرف مقابل برسد من تسلیم کنم و بعد مطالبه کنم .

مثلا موجر منفعت را تحویل دهد و مطالبه اجرت کند. اما قبل از تسلیم حق مطالبه پیدا نمی کند و حق الامتناع را دارند.
این مطلب دوم سید است.

مستند این قول چیست؟ مستند این قول حقی است که بیه سیره عقلاء ثابت است و شارع مقدس به سکوت و عدم ردعش امضاء کرده است که حق التقاص باشد. این حق التقاص موردی دراد یکی از امور آن این است که اگر شسخت به ما مدیون باشد و قدرت دای دین را دارد اما دین را اداء نمی کند ما نتاین حق را دار که به اندازه طلبمان از مال او اداء کنیم مثلا ده هزار تومان طلب دارم و می توانم شیئی که ده هزار تومان ارزش دارد از او برداریم و تملک کنیم.

یکی از مورد تقاص این است که بر مالی از او مستولی شده و به او بگوییم که طلب من را باید بدهی تا مال را به تو بدهم. مثلا عبایش صد هزار تومان است و آن را برداریم ولی تملک نکنیم و بگوییم که وقتی به تو پس می دهم که طلب من را بدهی.

اگر او در مال ماتصرف می کند و می توانی تقاص کنی و در مال او تصرف کن این کفشها که عوض می شود از صغریات تقاص است کسی اشتباهی عبای ما را برده است ما می توانیم از عبای جا مانده او استفاده کنیم. و تفاضل قیمی هم اثر ندارد.

البته این اصطلاح فقهی بدون اذن و عدوانی است اما عرفی عدوانی نمی باشد.

یکی از موارد حق التقاص ما نحن فیه است که اگر دو طلب باشد که در دست بدهکار باشد، در اینجا هر دو حق تقاص دارند که مال دیگری را نگه دارم.

اگر هر دو قبول کردند که هم زمان رد و بدل شود که هیچ و الا نوبت به حکم می رسد.

در تسلیم عمل بحث است که آیا به اتمام عمل است یا به تسلیم متعلق عمل است مثلا اجیر شدیم برای خیاطت بعد از تسلیم لباس، تسلیم عمل است یا خیر بعد از اتمام خیاطت؟ که بحث آن می آید.

حق المطالبة جایی است که حق التقاص برای طرف مقابل نباشد.

مقتضای معاوضه یعنی هر کسی مالک، مال در دست دیگری می شود. &&& از اینجا تا سر مسئله یک دوباره گوش داده شود.

و تستقر ملكية الأجرة باستيفاء المنفعة أو العمل أو ما بحكمه

بحکم استیفاء مثل اینکه خانه را گرفته است مستأجر اما در خانه را بسته است یا به کارگر وقتی آمده گفته بنشینیم و چای بخوریم.

فأصل الملكية للطرفين موقوف على تمامية العقد

&&&

و جواز المطالبة موقوف على التسليم و استقرار ملكية الأجرة موقوف على استيفاء المنفعة أو إتمام العمل أو ما بحكمهما

به حکم اتمام عمل، ابراء است.

فلو حصل مانع عن الاستيفاء أو عن العمل تنفسخ الإجارة كما سيأتي

تفصيلة

العروة الوثقى (للسيد اليزدي)؛ ج ۲، ص: ۵۸۸

مسألة ١ : لو استأجر داراً مثلاً و تسلمها و مضت مدة الإجارة استقرت الأجرة عليه

سواء سكنها أو لم يسكنها باختياره و كذا إذا استأجر دابة للركوب أو
لحمل المتاع إلى مكان كذا و مضى زمان يمكن له ذلك و جب عليه
الأجرة و استقرت و إن لم يركب أو لم يحمل بشرط أن يكون مقدراً
بالزمان المتصل بالعقد و أما إذا عينا وقتاً فبعد مضي ذلك الوقت هذا
إذا كانت الإجارة واقعة على عين معينة شخصية

این اسب و ماشین مشخص را اجاره کرده است.

في وقت معين و إما إن وقعت على كلي و عَيْن في فرد و تسلمه
فالأقوى أنه كذلك مع تعيين الوقت و انقضائه

چرا که این هم در واقع تسلیم منفعت است یک بحثی در فقه مطرح شده است که وقتی
کلی معامله می شود و می گوئیم یک کیلو گوشت به من بده وقتی گفتم من مالک این گوشت
شدم و قصاب مالک ده هزار تومان در ذمه من مشتری شدم. جناب قصاب مالک یک ده
هزاری در ذمه من است و وقتی پولی به او دادم ذمه من بریء شد در اینجا چه عملیه ای انجام
شده است و ذمه من بریء شد.

در عرفی آن شکی نمی باشد در تفسیر آن اختلاف است.

این یک عقد جدید است و عقد معاوضه است من آن ده هزار در ذمه خودم را با ده هزار در دست من است معاوضه می کنیم در یک آن که در ذمه است به این پول منتقل و بعد به قصاب منتقل می شود و آن معاوضه با این پول آن محو و برائت ذمه است چرا که هیچ کسی مالک ذمه خود نمی شود.

تفسیر دوم که ما تابع تفسیر دوم می باشیم. این است که که عرفیا امر تکوینی است عرفیا در فرد کلی اداء خود کلی است یعنی اداء فرد کلی اداء خود کلی است و در ضمن این فرد این کلی را اداء کردم و معاوضه ای هم صورت نمی گیرد. &&&

وقتی که خانه را کلی اجاره می دهم وقتی ماشین مشخص را می دهم یعنی تسلیم خود کلی.

انعم مع عدم تعیین الوقت

فالظاهر عدم استقرار الأجرة المسماة و بقاء الإجارة و إن كان ضامنا لأجرة المثل لتلك المدة من جهة تفويته المنفعة على المؤجر.

استدراک سید این است که مالی را به نحو کلی یا شخصی و معین اجاره داد اما وقتی را معین نکرده است که چه روزی می خواهد برود تهران. اگر سه روز در دستش بود و به تهران نرفت در اینجا اجرت مستقر نمی شود چرا که نه استيفاء المنفعة است و نه در حکم استيفاء. اما این چند روزی که اسب را نگاه داشته و نرفته و مالک هم اذن در نگه داشتن به او نداده است، ضامن است و باید اجرة المثل را بدهد. یعنی اجرة المثل کارهای متعارفی که با اسب انجام می شود را به او بدهد.

در اتلاف یعنی خودش منفعت را استفاده می کند اما در تفویت خودش استیفاء منفعت نکرده است اما نگذاشته است که صاحب مال هم استیفاء منفعت کند.

این کلام سید است در این استدراک.

وجه کلام سید:

تعیین وقت تارة به ید موجر است و تارة به ید مستأجر است.

اگر تعیین به ید موجر باشد و ماشین را تحویل بدهد، این تحویل به معنای تعیین وقت است مثلاً در شب چهارشنبه تحویل داده است یعنی فردا که چهارشنبه مستقر شده و تمام مال را تحویل دهد.

تارة تعیین وقت به ید مستأجر می باشد وقتی موجر تحویل به مستأجر می دهد معنایش این است که هر وقت خواستی برو مشخص است که اجاره باقی است اما نسبت به اجرة المثل ضامن نمی باشد موجب ضمان ید است که اگر ید او عدوانی یعنی بدون اذن باشد این ید موجب ضمان است نه اینکه موضوع آ» تفویت باشد و فرض این است که تعیین را به ید مستأجر گذاشته است و ید او عدوانی نمی باشد.

تارة تعیین به ید مستأجر است و معنایش این است که در اول زمان با آن برو و اگر نمی خواهی فردا بری و به این زودی بری باید ماشین را برگردانی در این صورت اجرة المثل دارد در فردا که نگه داشته است و نرفته است ید او مأذون نمی باشد لذا ضامن است.

این ید عدوانی اسم رهن است. در اصطلاح فقها یدی که در ناحیه مالک اذن و رضا ندارد مثل اینکه ما می رویم در مغازه و کتاب می خریم و فی علم الله این کتاب مال کتابفروش نمی باشد چرا که کتاب فروش از سفیه خریده است و معامله باطل است اما این شخص کتابفروش نفهمیده است که سفیه است. و علم به سفاهت نداشته است. این ید من و کتاب فروش بر این کتاب ید عدوانی است چرا که مالک همان سفیه است و سفیه راضی نمی باشد.

رضایت او شرط است و لو بیع او معتبر نمی باشد. و لو من را در عرف ظالم و متعدی نمی دانند.

لذا در یک شق از این سه شق ضامن اجرة المثل می باشد.

هذا تمام الكلام في هذه المسئلة.

۱

مسألة ۲: إذا بذل الموجر العين المستأجرة للمستأجر و لم يتسلم

حتى انقضت المدة استقرت عليه الأجرة و كذا إذا استأجره ليخيط له ثوبا معيناً مثلاً في وقت معين و امتنع من دفع الثوب إليه حتى مضى ذلك الوقت فإنه يجب عليه دفع الأجرة سواء اشتغل في ذلك الوقت مع امتناع المستأجر من دفع الثوب إليه بشغل آخر لنفسه أو لغيره أو جلس فارغاً

این دو فرع را در این مسئله می فرمایند.

در فرع تسلیم ما سیره عقلائی خاصی نداریم و مراد از تسلیم یعنی تخلیه یعنی مانعی از استیلاء نباشد. یعنی به سیره عقلاء اثبات است که تسلیم به فراغ و تخلیه مانع از استیلاء است که این شخص انجام داده است.

در فرع دوم این تفویت به جناب موجر نمی باشد مستند به جناب مستأجر است این اتلاف یا تفویت مستند به مستأجر است نه موجر لذا وجهی برای ضمان موجر نمی باشد لذا در ازای این عمل مستحق اجرة است.

ما حصل اینکه دلیل اینها سیره است و دلیل خاص شرعی ما نداریم.

مسألة ۳: إذا استأجره لقلع ضرسه و مضت المدة التي يمكن إيقاع ذلك فيها

و كان الموجر باذلاً نفسه استقرت الأجرة

&&&

سواء كان الموجر حراً أو عبداً بإذن مولاه

کسی که می خواهد بنائی یا خیاطی کند دو وجه دارد: تارة حر است و تارة عبد است و اذن مولا را هم گرفته است.

سید می فرمایند: که این مستأجر باید اجرت بدهد.

و احتمال الفرق بينهما بالاستقرار في الثاني دون الأول لأن منافع الحر لا تضمن إلا بالاستيفاء، لا وجه له لأن منفعه بعد العقد عليها صارت مالا للمستحق فإذا بذلها و لم يقبل كان تلفها منه

سید می فرمایند: درست است که خیاطة او مالیت ندارد بعد از &&&

این فرمایش سید را قبول کریم و وجهش این است که در بستین عقد اجراه بنا بر عریف مشهور و فقه مستأجر مالک آ» عمل می شود در ذمه موجر خوب وقتی موجر می آید در محل اما محل عمل را جناب مستأجر تسلیم نمی کند آن فی الذمه تفویت می شود این تفویت مستند به خودش است و وجهی بر ضمان موجر نیست.

در سیره عقلاء وقتی که تفویت مستند بشد به صاحب مال طرف دیگر ضامن نمی باشد. این هم دلیلش سیره عقلائی است در سیر عقلائی باید تفویت مستند به او باشد تا ضامن باشد. بله عمل تفویت شد چه ربطی به اجیر دارد؟!

در نظر عقلائی تفویت را استیفاء می بینند.

هذا تمام الکلام در این دو فرع که بعد ایشان داخل فرع مهم دیگر می شود که آیا منافع حر کسور را ضامن هستیم.

در قدیم بناء را حبس می کردند. در زمان ما فروعاتی پیدا کرده است که خیلی فرق کرده است مثلاً با ماشین زده است تصادف کرده است و ششماه داخل خانه است یا دو سال زمین گیرش کرده است آیا ضامن است؟ مسئله دیگر قیمتهایی عجیب و غریبی است.

مثلاً یک جراح را با ماشین می زند که در روز چند عمل جراحی انجام می دهد که هر کدام چند میلیون می باشد آیا ضامن این منافع این جراح است یا خیر؟

۱...مع أنا لا نسلم أن منافعه لا تضمن إلا بالاستيفاء

بل تضمن بالتفويت أيضا إذا صدق ذلك كما إذا حبسه^۲ و كان كسوبا
فإنه يصدق في العرف أنه فوت عليه كذا مقدارا هذا

سید می فرمایند نه تنها اتلاف سبب ضمان است و ت فویت هم سبب ضمان است
یعنی من کاری کنم که اگر کارش مال من نبود، او مالی بدست می آورد این تفویت است.
شاهدش این است که اگر ما مثلاً بنائی را زندانی کنیم که نتواند به کار برود در سیره عقلاء
باید به آن شخص مزد آن روزش را بدهم.

در اینجا تفویت است نه اتلاف چرا که اگر او را زندانی نمی کردم می رفت و کار می کرد و
۵۰ تومان بدست می آورد و من مانع این کسب او شده ام. این مال جایی است که اتلافی
صورت نگرفته است یعنی عقدی با کسی یا با این شخص مفوت نبسته است که آن مال او
اتلاف شود.

این را سید فرموده اند. این کلام سید مورد نقد و ان قلت شده است:

مرحوم خوئی در ج ۳۰ موسوعه ص ۲۱۹ اشکال کرده اند:

ایشان نقض بر ایشان وارد کرده اند فرض کنید یک نفر رفته است شکار می خواهد آهو
را شکار کند وقت صید من نگذارم برود سراغ آهو یا آهو را فراری دهم آیا باید در اینجا قیمت
این آهو را به او بدهم فرض این است که اگر من کاری نمی کردم، آن شخص آهو را می گرفت

۱ سه شنبه ۹۵/۱/۳۱.

۲ حر.

و صید می کرد. آیا در سیره عقلاء من ضامن قیمت آهو می باشم؟! تفویت هم کرده ام. در ارتکاز این استکه ضامن این قیمت آهو نمی باشد.

یا مثلا مثالی را بزنیم که نگذاریم شخصی سوار تاکسی شود یا ماشین شخصی نگذارد تاکسی مسافر سوار کند تاکسی نمی تواند کرایه مسافر را از شخصی بگیرد. لذا ایشان می فرماند که تلف تحدید است که ضمان آورد است نه تفویت.

بر مرحوم خوئی از ناحیه بعض المتأخریت اشکال شده است:

گفته اند که ما دو ملکیت اعتباریه داریم و که یک عقله بین المالك و المملوك و ملکیت ذاتیه هم داریم.

ملکیت اعتباریه مثل علقه بین من و ساعت و مال من می باشد. ملکیت ذاتیه این استکه مثلا بین انسان و کلیه او یا بین انسان و اعضاء بدن او که مالیت دارد اگر کسی انگشت کسی را برید باید قیمت آن انگشت را بدهد یا نه؟ می گویند که باید قیمت آن عضو را بدهد یا نه؟ بله می گیرند و به او می دهند با اینکه بین این شخص و کلیه ملکیت اعتباریه نمی باشد و ملکیت ذاتیه است.

من جمله از ملکیت ذاتیه، عمل انسان است اما مالکیت اعتباریه ندارد اما در عین حال باید اگر این کار را تفویت کرد باید قیمت و اجرت آن را بدهد. اگر اجبارش کردم و عقدی بستم باید تمام اجرت را بدهم. یعنی در اینجا اتلاف در اینجا اتلاف مال اعتباری نبوده است که شما می گفتید ضامن است، در اینجا ضامن است در سیره عقلاء. اتلافی که اینها می گفتند که ضامن است در ملک اعتباریه می گفتند نه ذاتی در حالیکه در سیره عقلاء در ملکیت ذاتیه هم ضامن می دانند.

و عمل حرکسوب مال ذاتی اوست و باید ضامن باشد بخلاف صیاد جلوی کار او را نگرفته ام بلکه جلوی شکار این صید را از او گرفتم نه کار او را لذا من اتلاف مال ذاتی او را نکردم. لذا ضامن نم باشد.

جواب اشکال به مرحوم خوئی:

این را دقت کنید اینکه بگوییم ملکیت ذاتی و مال ذاتی داریم و عناوین را درست کنیم این فایده ای ندارد و آیه ای نازل نشده است که اتلاف مال ضمان آور است و بعد بخواهیم این را مال کنیم تا ضمان را بیاوریم.

ما گفتیم مال و عمل محترم است و تکلیفا محترم است یعنی تصرف در این مال بدون اذن حرام است و وضعاً محترم است یعنی اگر تلف کند ضامن است. &&& اگر عمل کسی را &&

معنای عمل محترم است معنایش این نمی باشد که اگر عملی را تلف کنم ضامن می باشم &&& معنایش این است که اگر من طلب عملی کنم و آن الغاء احترام نکند من ضامن می باشم&&&

در شخص کسوب منافع او مال ذاتی نمی باشد بلکه صلاحیت و قابلیت شخص است اگر کسی را حبس کردیم و نگذاشتیم به کارش برسد این ضامن است انما الکلام باید نقض مرحوم خوئی را باید جواب دهیم.

چه فرقی است که در کسوب این طور است اما در صید ماهی من ضامن نمی باشم.

ارتکاز این است که در اینجا ضامن نمی باشد منتها فرقی شاید این باشد در کسوب با کسب خود تحصیل ما لم یکند اما در صید و شکار در واقع آن ملکیتی که حاصل می شود نتیجه این صید نمی باشد اگر خود صید هم بیاید خانه طرف و او تملک کند، مالکش می شود لذا صید و عمل تأثیری در ملکیت ندارد و منشأ این ملکیت نمی باشد و این صید از مقدمات تملک

است نه این که منشأ تملک باشد. خود عمل در ملکیت دخیل نمی باشد مثلاً آهو در خانه ما آمد و در بسته شد و من به او نگاه کردم و قصد تملک کردم این می شود مال من. آن چه در واقع دخالت دارد استیلاء و قصد است فعلی نمی باشد که من انجام دهم مثل بنائی و نجاری. یا در مثال تاکسی هم این طور است که نگذارم که مسافر سوار شود در اینجا من تاکسی را حبس نکردم در اینجا هم من ضامن نمی باشم. لذا حبس موجب تفویت و ضمان آور است بخلاف جائی که حبسی در کار نباشد لذا صیاد هم اگر صید منبع در آمدش است اگر حبس کند باز ضامن است اما اگر می آورد و می خورد این را اگر حبس کند ضامن نمی باشد.

پس تفویت فی الجملة ضمان آور است و لکن نیاز به تحدید دارد.

⁂⁂⁂¹

اتلاف تلف مال دیگری است و تفویت یعنی اینکه اگر ما مانع نمی شدیم شخصی صاحب مالی می شد یعنی ما مانع کسب مال دیگری شده ایم.

مثلاً تفویت به این صورت که نگذارم درب مغازه اش را باز کند یا او را حبس کنم که به مغازه نرود در اینجا تفویت است و اتلاف هم نمی باشد ولی ما قائلیم که این تفویتی است که در نظر عرف این شخص ضامن است اما اگر من درب مغازه بایستیم و مردم از ترس من وارد مغازه این شخص نشود، این هم تفویت است اما در نظر ما و ارتکاز ما این است که عرف این را موجب ضمان نمی داند.

بعضی از امثله را ما متوجه نمی شویم که نکته فرق بین این موارد تفویت چه می باشد که هر دو تفویت است اما در یکی ارتکاز بر ضمان است و در یکی ارتکاز بر ضمان نمی باشد. ما از کسانی هستی که این قراردادها و قواعد عقلائی را بر اساس نظام اجتماعی بر اساس رفاه و امنیت

این ها به تدریج شکل گرفته اند و کسی آنها را ننوشته است و اتفاقی هم نبوده است اما در جوامع الانی ما این قواعد بسیار پیچیده شده است. بعضی از قواعد قدیم الان بسیاری از زندگی ها را مختل می کند در زمان قدیم درآمدها تقریباً یکسان بوده است اما الان این درآمدها خیلی تفاوت کرده است. یکی در یک روز چند میلیون درآمد دارد اما یکی چند ده هزار روزانه درآمد دارد. در قدیم منشأ و ملاک دائماً کار بوده است اما الان خیلی تخصص ملاک می باشد و الان متخصصها خیلپهانشان در ایام تحصیل هم زحمت آنچنانی نکشیده اند چرا که مثلاً استعداد خوبی داشته است و الان هم زحمت زیادی نمی کشد اما در آمد زیادی دارد. اگر بخواهند تدارک کنند درآمد این شخص متخصص را زندگی مختل می شود بخلاف قدیم اگر ضامن درآمد شخص بودند زندگی مختل نمی شد چرا که درآمد ها نوعاً یکسان بوده است.

فقها قبول کرده اند که شارع در بحث ضمان سکوت کرده است. و اگر قرار باشد به طور کلی بگوییم که حبس حرکسوب ضمان آور است این هم نمی شود چرا که حبس متخصص ضمان یکروزش چند میلیون است و حبس کارگر چند ده هزار تومان می باشد.

و لو استأجره لقلع ضرره

فزال الألم بعد العقد لم تثبت الأجرة لانفساخ الإجارة حينئذ

سید فرمودند که عقد اجاره در اینجا منفسخ شده است لذا اجرتی در کار نمی باشد.

بعضی گفته اند که مراد از انفساخ بطلان است نه انفساخ. یعنی کشف می شود که عقد اجاره از اول باطل بوده است بخاطر اینکه محل موجود نمی باشد چرا که اور اجیر کرده است برای دندانانی که درد دارد و این شخص دندانانی که درد کند ندارد. مثلاً کسی اجیر کرده

است که بیاید و برای او خیاطه کند و بعد منکشف شود که پارچه دزدیده شده است و متأخرین هم قائل به بطلان شده اند.

وجه بطلان:

وجه اول از مرحوم حکیم:

این شخص را اجیر کرده است بر کشیدن دندان که در آن ساعتی که اجیر شده است دندان او درد نمی کند و کشیدن این دندان می شود حرام و اجیر بر کار حرام باطل است. ایشان می گوید که این عمل یک نحو اضرار بر نفس است.

مشخص و منکشف می شود از اول اجیر شده است بر عمل محرم.

متمسک ج ۱۲ ص ۴۹.

مناقشه:

مرحوم خوئی: چه کسی گفته است که دندان کشیدن سالم حرام است اصلاً می خواهم دندان سالم را بکشم این محرم نمی باشد.

بله در یک صورت محرم است بعضی در مسئله ضرر بر خود هیچ کدام هم دلیل ندارد و استذواقی است. بعضی گفته اند که اضرار معتد به محرم است و بعضی مثل مرحوم خوئی گفته اند که جنایت حرام است. و لو ضرر بلیغ باشد ولی چون جنایت نمی باشد، حرام می باشد. جنایت یک مفهوم عرفی است ولی به حد هلاکت نمی رسد.

مرحوم حکیم برای اینکه اجاره بر عمل حرام اجاره باطل است، دلیلی دارند: ایشان می گویند که اخذ اجرة بر علم حرام، اکل مال به باطل می شود. لذا اجاره می شود باطل.

مناقشه:

در بحث بیع مطرح شده است گفتیم که مراد از باطل از آیه شریفه باطل عرفی است یعنی از طرق و راههایی که در نظر عرف باطل است مال استیلاء نکنیم مثل سرقت و رشوه و اختلاس و ... و این کشیدن دندان باطل نمی باشد که اکل مال در قبال آن اکل مال به باطل باشد.

^۱ وجه دوم برای بطلان اجاره:

این وجه دوم در واقع جزئی از کلام مرحوم حکیم است گفت اند که کشیدن دندان سالم از محرمات است و ما اگر شخصی را اجیر کنیم بر فعل حرام آن عقد اجاره باطل است. کشیدن امروز از محرمات است لذا عقد اجاره باطل است.

جوابش از جوابی که مرحوم حکیم دادیم روشن می شود که کشیدن دندان سالم از محرمات نمی باشد ما دایمی که ضرر بلیغ نداشته باشد.

بله ما گفتیم که عقد اجاره بر عمل حرام شرعی یا عرفی و عقلایی باطل است اما این مورد از موارد حرمت نمی باشد. یعنی کبرویا درست است اما اشکال صغروی است.

فرق این جواب با جواب مرحوم حکیم این است که این مطلب را مرحوم حکیم مقدمه برای اکل حرام قرار داده است ولی در اینجا این بیان مقدمه ای برای اکل مال به باطل می باشد.

وجه سوم بر بطلان:

مرحوم صدر بیان کرده اند. ایشان در حاشیه منهاج ذیل همین مسئله بیان کرده اند منهاج ج ۲ ص ۱۱۷. که اصلش منهاج مال مرحوم حکیم است و بعضی تعلیقه زده اند و بعضی تعلیقه را درج کرده اند و مرحوم صدر تعلیقه زده اند نه اینکه درج کرده اند. مرحوم

خوئی فروع و فتاوی را تغییر داده اند لذا فرق می کند اما مرحوم صدر بیان مال مرحوم حکیم است و مرحوم صدر فقط تعلیقه زده اند.

ایشان فرموده اند که عدم القدرت است ما لدر ما نحن فیه وقتی که اجیر شویم بر عملی که قدرت نداریم این عقد اجاره باطل است یا منفسخ می شود ؟ باطل می شود مثلا کسی خیاطی بلد نمی باشد و می رویم پیش کسی که تا به الان قبا ندیده است و سوزن دست نگرفته است اما بخطر مشکلان زندگی قبول کرده است که قبا بدوزد. این شخص اجاره اش باطل است.

حتی لازم نمی باشد در هنگام عقد قدرت نداشته باشد مثلا خیاطی را برای شنبه اجیر کرد و شخص خیاط سخته می زند در روز شنبه لذا کشف می شود که عقد اجاره از اول باطل بوده است.

انفساخ مال زمانی است که در روز شنبه نیاید بر خیاطی اما در اینجا قدرت ندارم در ما نحن فیه اجیر شده است در واقع برای معالجه دندان و رفع الم و مرض و این شخص در روز معین اصلا بیماری نداشته است و توهم وجود درد و بیماری بوده است لذا از اول عقد باطل بوده است.

این فرمایش ایشان را قبول کرده ایم که در این مورد قدرت بر عمل نمی باشد. بحث در این است که عملی را که قدرت نداریم آیا بطلان این عقد اجاره بطلان عقلی است یا بطلانش بطلان عقلائی است. ما دو بطلا نداریم عقل یو عقلائی مثلا فرض کنید که من می گویم که اسبی که دارم به شما فروخته ام و انکشف که اسب من مرده است چرا که بیع معاوضه است و قوام معاوضه به وجود عوض و معوض است و معوضی در کار نمی باشد. اما تارة می گویم که اسبم را می فروشم اما مشخصا اسب را نمی داند این بیع باطل است اما عقلا باطل نمی باشد چرا که اسب موجود است ما عقلا باطل است.

سوال این اس که وقتی باری عمل اجیر می شویم مثلا اجیر برای خیاطه می شوم و اصلا خیاطه بلد نمی باشم این عقد عقلائا باطل است یا عقلا؟ ما قائلیم که عقلائا باطل است مثل مثال اسب نمی باشد من قدرت بر تسلیم ندارم اما عمل در ذمه من است مشکلی ندارد که عقلاء بگویند که بدل آن را بده که اجرة المثل باشد.

ما در اجاره کلا عقلائی می باشیم و تناقضی پیش نمی آید که باطل عقلی شود و تنها محذورش این است که عقلاء آن را امضاء نمی کنند، لذا می شود باطل عقلائی بخلاف بیع که در همان مورد اجاره می شود بطلان عقلی. در عقد اجاره یعنی به ذمه گرفتن عمل که صورت گرفته است و تنها محذور این است که من قدرت تسلیم ما فی الذمه را ندارم.

چرا که در بیع لازم می آید که در عین حالی که بیع است بیع نمی باشد. چرا که لازم می آید که این انشاء در عین حالی که بیع است، بیع نباشد.

با این بیان مرحوم صدر مشخص شد که با بیان مرحوم خوئی نمی توان موافقت کرد. ایشان می فرمایند که اگر امتناع کرد از کشیدن دندان چون سالم است، باید اجره المسمی را بدهد. چرا که امتناع به معنای استیفاء است.

ایشان قائل هستند که کشیدن دندان سالم مباح است. چرا که ضرر معتد بهی در آن نمی باشد.

چرا که قدرت بر این رفع الم ندارد که معنای واقعی کشیدن دندان است، بله این را قبول داریم که اجرت رفت و آمد اگر به امر او بوده است، باید هزینه ایاب و ذهاب را به او بدهد.

اگر در عرف یک شرط ارتکازی و ضمن عقدی باشد که اگر من وقت گذاشتم و درست نشد باید آن اجرة را بدهد. این دیگر اجرة المسمی نمی باشد و نه بخاطر اینکه عقد صحیح است خیر این معادل اجرة المسمی می باشد و به خاطر شرط ارتکازی ضمن عقد بوده است نه صحت عقد.

در زمان ما این شرط ارتکازی عقلائی نمی باشد و ظاهراً اصلاً عقد اجاره نمی باشد شاهدش این است که اگر این دکتر به مطب نیامد سر وقت نیامد مرجعی نمی باشد که بتوان شکایت او را کرد و قابل پیگیری باشد قانوناً.

حال اگر اجاره نمی باشد چیست؟ نمی دانیم دقیقاً چیست.

بله اگر نوبت به من داد و کسی دیگر را جلوی من انداخت این شرط ارتکازی است و قانوناً قابل پیگیری است.

مسألة ۴: إذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر بطلت الإجارة

و كذا إذا تلفت عقيب قبضها بلا فصل

وجه بطلان:

در نظر اقایان بطلان عقلی است نه اعتباری و عرفی. تعریف اجاره حقیقت اجاره الاعیان تملیک منفعة العين بعوض لازمه آن وجود المنفعة است بعد از عقد فهمیدیم که این اسب منفعت موجوده نداشته است.

و أما إذا تلفت بعد استيفاء منفعتها في بعض المدة

فتبطل بالنسبة إلى بقية المدة

مثلا اجاره ده روزه داده بود و بعد از پنج روز اسب مرد در این صورت مشخص می شود که از اول اجاره برای پنج روزه صحیح بوده اس تو نسبت به ما باقی باطل بود است چرا که منفعت ما باقی را نداشته است.

فيرجع من الأجرة بما قابل المتخلف من المدة إن نصفاً فنصف و إن ثلثاً فثلث مع تساوي الأجزاء بحسب الأوقات

این به شرط این است که اجاره آن عین در تمام مدت به یک صورت است.

و مع التفاوت تلاحظ النسبة

اما اگر در غیر جمعه اجاره روزها مساوی است و جمعه که مشتری بیشتر است، اجاره اش بیشتر است مثلاً در روز عادی یک دینار اجاره است و جمعه دو دینار است مثلاً من پنج روزی که استفاده نکرده ام یکی از روزهایش جمعه است باید شش دینار به او بدهم.

گاهی اوقات ما وقتی که اجاره می نیم به حسب ایام متفاوت اس مثلاً اجرت یک اتقا در تابستان نسبت به زمستان گرانتر است اگر شش ماهه اجاره کردی و که سه ماه در تابستان و سه ماه در زمستان است تابستان می شود صد دینار و زمستان می شود پنجاه دینار. سه ماه تابستان را استفاده کرده او اتاق خراب شده است صد دینار را می دهد و پنج دینار در دستش باقی می ماند.

اما گاهی اوقات اینطور است ه می گوئیم که معدل گیری کنیم در تابستان روزی دو دینار است و زمستان یک دینار است و می گوید که هر روز یک و نیم دینار حساب کنیم.

در این صورت در صورت گذشت تابستان و خراب شدن عین یا تلف شدن آن دیگر فرمایش سید درست نمی باشد. گفته نشود که در اینجا فرمایش اول سید درست است یعنی این از مواردی است که اجرة هر روز تفاوت ندارد. خیر اینطور نمی باشد چرا که سید در جایی فرمودند که قیمت سوقیه یکسان است اما در اینجا قیمت سوقیه متفاوت است اما توافق بر معدل گیری انجام شده است و اجرة هر روز یکسان شده است.

یکی دلیل فرمایش ید و یکی اشکال محروم خوئی بر کلام سید.

دلیل سید:

ایشامی فمراند که در نظر عرف این یک قعد بیشتر نبوده است عرف در مرور زمان این را انحلال می می داند به ننحوی که اگر در وسط وقت مانعی ایجاد شده است عرف می گید که نسبت به سه ماه اول درست بوده است بخالف سه ماه دوم مثل اینکه یک نفر می آید و دو ماشین را اجاره می کند یک ماشین مال خودش است و یکی ماشین دیگری است این عقد یک عقد بیشتر نمی باشد که دو ماشین را به صد دینار اجاره داده است که یک عقد است اما نسبت به ماشین خودش عقد صحیح است و نسبت به ماشین خودش فضولی است چرا که در نظر عرف دو عقد است.

اینجا هم اینطور است که اگر تا جمکران ماشین را اجاره کردم تا جمکران بروم و در وسط راه ماشین از کار افتاد عقلاء و عرف می گوید که تا وسط راه را باید اجرتش را بدهد چرا که در نظر عرف این اجاره نسبت به مسافت انحلالی است.

مرحوم خوئی تا اینجا با سید موافق است اما اضافه ای دارد که از آنجائیکه سید آن اضافه را نگفت هاست آن را قبول نداشته است.

آن اضافه این است که حال که نسبت به ماه دوم باطل بود مستأجر مخیر است به اینکه نسبت به ماه دوم فسخ کنند از باب تبغض صفقه و می گوید تمام اجرت دو ماه را به

من پس بده و اجرة المثل ماه اول را به او می دهد و کار دوم این اس تکه فسخ نکند وقتی فسخ نکرد اجرة المسمى ما ه اول را می دهد و اجرة المسمى ماه دوم را به مستأجر بر می گرداند. این اضافه مرحوم خوئی که ظاهرا سید قبول نکرده اند.

اشکال بر مرحوم خوئی «مدرک خيار تبغض صفقه چیست؟ ارتکاز عرفی است در هنگام خرید می گوئیم که اگر این عقد متبعض شد من خيار فسخ دارد حتی در رعضی از موارد این خيار تبغض صفقه نمی باشد مثل اینکه از یک مغازه ده قلم جنس می خرید و می فهمید که در بعضی از اقلام تبعض صفقه صورت گرفته است اینطور نمی باشد که تمام ده قلم را فسخ کنید و عقلاء این را اجازه نمی دهند.

بله آن جنس تبعضی را بر گرداند. چرا که اینجا عرفا چند مبيع می بیند.

لذا تنها مدرک آ «شرط ارتکازی حق الفسخ است. در ببيع معوض ما کالا است که اغراضی از خرید آن می باشد &&& وقتی کالا را بر گرداندم کالا را م گیرم و پول را می گردانم اما در اجاره باید این خيار تبعض صفقه باید به شرط ارتکازی باید باشد و این شرط ارتکازی ثابت نمی باشد به نکاتی:

نکته اول: اجرة این سه ماه استفاده شده را ضامن است در هر دو صورت فسخ و عدم فسخ حال یکبار در صورت عدم فسخ بنا بر ضمان عقدی و در صورت فسخ به ضمان غرامتی.

نکته دوم: در اجاره نوعا بر اساس اجرة المثل اجاره می کند و این جرة &&&

لذا با این نکات دیگر این شرط ارتکازی خيار ثابت نمی باشد. &&&

لذا فرمایش مرحوم خوئی درست نمی باشد و حق با مشهور و سید است.

بلکه تبعض در منفعت را قبول کرده اند اما تبعض در عمود زمان را قبول نکرده اند. مثلا خانه ای اجاره کرده است و بعد دیده است که دو اتاق آن خراب است اینجا خيار تبعض

صفقه را دارد بخلاف جايي كه اتاقها درست است و بعد از گذشت مدت زمان نصف عقد، كلا خانه و اتاق خراب شود، در اينجا خيار تبعض صفقه نمي باشد.

مسألة ۵: إذا حصل الفسخ في أثناء المدة بأحد أسبابه

تثبت الأجرة المسماة بالنسبة إلى ما مضى و يرجع منها بالنسبة إلى ما بقي كما ذكرنا في البطلان في المشهور

يكي از مسائلي بوده است كه فقهای را به خود مشغول كرداست. قاعده ای بين فقها است كه فرق گذاشته اند به ين بيع و اجاره گفت اند در بيع فسخ از اول است اما در اجاره فسخ العقد من حنيه است.

اگر من خانه راخريدم و مشتري بعد از يكسال فسخ كرد از اول فسخ مي شود في البيع فسخ العقد من اصله. اما در اجاره گفته اند فسخ العقد من حين الفسخ.

اثرش چه مي باشد؟

&&&&

بع عبارت ثالث من وقتی فسخ مي كنم من اين عقد را نسبت به شش ماه فسخ مي كنم يا نسبت به يكسال. اگر از اصل باشد از يكسال مي باشد و اگر من حينه باشد نسبت به شش ماه باقيمانده است.

پس اين فسخ در اجاره از كجا است؟

در بیع می آید فسخ کما اینکه نسبت به کل مبیع فسخ شد نسبت به بعض مبیع هم فسخ ممکن است شما می روین یک کیسه برنج می خرید و می توانید بیاید که نسبت به نصف فسخ می کنید و نصف اجرة المسمى را بر می گردانند. اگر این حق فسخ را ذکر کند می تواند نسبت به بعض قرار دهد اما اگر ذکر نکند و فقط بگوید که من حق فسخ قرار می دهم نسبت به کل می شود الا اینکه قرینه ای در کار باشد.

ثمره در اجرتی است که یم خواهیم به مووَجَر بدهیم. تارة اجرة امثل و اجرة اسمی دو تا می باشد مثلاً این خانه را به ۶۰۰ دینار می دهم و اجرة المثل ۳۰۰ دینار است.

اما تارة در یکسال اجرة المثل و المسمى یکی است اما در تبعض فرق می کند اجرة المسمى و اجرة المثل یکسال است ۱۰۰۰ دینار است و اجرة المثل شش ماه می شود ۳۰۰ چرا که در شش ماه اول مشتری ندارد.

ظاهر کلام مروم صید این است که در این مسئله احتیاط کرده است چرا که اول گفته است «علی المشهور» و بعد فرموده اند «یحتمل قریباً» لذا از کلام سید نمی توان فهمید احتیاط کرده است یا خیر فتوا داده اند

اما فقهای ما دو دسته شده اند:

بعضی فتوا به اجرة المثلی شده اند و بعضی اجرة المسمایی شده اند.

لذا تعلیقه های بر کلام سید دو تا می باشد.

بعضی شهرة را به اجرة المسمى نسبت داده اند و بعضی به اجرة المثل.

لذا مشخص نمی شود که قول مشهور کدام است.

این از مواردی است که امتیازی دارد که ارتکاز مشهور تأثیر دارد در فهم ارتکاز عرف و

عقلاء.

لذا این که گفته شده است که فسخ در بیع فسخ است از اصلش و در اجاره فسخش از حین الفسخ این قسمت دوم اختلافی است اما اینطور معروف شده است.

اگر من اصله باشد باید اجرة المثل را بدهم و اگر من حینه شویم باید اجرة المسمى را بدهم نسبت به گذشته.

وجوه کسانی که من حینه شده اند یعنی در حقیقت ما بقی را فسخ می کنیم و نسبت به گذشته باقی می ماند:

لذا اجرة المسمای گذشته را می دهیم بحث نسبت به مابقی است.

وجه عن بعض منقول از مرحوم حکیم: چرا که معاوضه بین منفعت و اجرة شد و منفعت گذشته که معدوم شد و عرفی نمی باشد که معدوم را فسخ کنیم. لذا فسخ معنا ندارد.

مستمسک ج ۱۲ ص ۵۱.

مناقشه:

چرا که در فسخ عقد فسخ می شود عوضین لازم نمی باشد که موجود باشد. لذا بعد از فسخ اگر عوضین موجود باشند بر می گردد و اگر معدوم باشد اگر بدلی باشد بدل و اگر قیمی باشد قیمت است. منفعت دائما قیمی است.

اجرة المسمایی ها می گویند که من مدت باقیمانده را فسخ می کنم اما نسبت به گذشته که فسخ نمی کنم مثلا دو کتاب خریدید و یکی معیوب در آمد من در مورد یک کتاب معامله را فسخ می کنیم نه کل مال.

اجرة المثلى ها می گویند که کل اجاره از اول فسخ شده است و منفعت به تمامه به مجیر بر می گردد و اجرة به مستأجر و باید بدل منفعت را بدهم که چون بدلش نمی باشد باید اجرة المثل بدهم.

&&&

سید توقف رکنه است و مشهور&&& اجرة المسمای هستند

مرحوم خوئی&&& هم اجرة المثلى می باشند.

این قول منسوب به مشهور که نسبت به ما بقی فسخ می کنم وجوهی ذکر شد است که وجه اول را خواندیم که مرحوم حکیم نقد بودند.

شخصی خانه اش را فروخت چون الان پول نیاز داشت یکساله فروخت و گفت تا یکسال حق فسخ دارم و مشتری قبل از یکسال می فروشد به دیگری معامله درست است و می تواند فسخ کند&&&

وجه دوم :

وجه مرحوم کحکیم است ایشان فرموده است که ما اگر برویم یک اشیائی که متماثل است بخریم مثلا در مغازه ای پارچه ای یا کیسه برنج را قیمت می کنم و ده کیسه یم گیرد این عرفیا این ده بیع است یعنی عرف منحل می بیند یا یک بیع؟ بعد از معیوب بودن یکی معامله کل فسخ است یا در این مورد معیوب؟ در مورد این معیوب فسخ است و در نظر عرف بایع این حق را ندارد که بگوید که همه را باید فسخ کنی.

ایشان می فرمایند ما نحن فيه زمان به منزله اجناس متشابه است یعنی من وقتی خانه را اجاره می کنم یکساله مثلا دوازده تا یک ماه است یا ۵۲ یکهفته است یا ۳۶۶ تا اجاره یک روزه است لذا نسبت به ما بقی فسخ است مستمسک ج ۱۲ ص ۵۲&&&

اشکال اول:

این فرمایش شما اگر درست باشد معنای شجواز است یعنی می توانم بیایم یک قل را پس بدهم نه این که بر من متعین است که آن یک قلم را پس دهم لذا مخیر بین فسخ جمیع است و یا فسخ یک قلم. اما اجرة المسمای ها می گویند که باید فقط ما بقی را فسخ کنید و کل را نمی توانی فسخ کنی.

جواب اشکال:

مرحوم حکیمی گفت هاست انحلالی است عرفا اما نگفته است که ما نستب ه مجموع حق فسخ داریم و ظاهر عرف این است که من فقط در مورد معیوب حق فسخ دارم نه نسبت به تمام. بله در مورد اجناسی که با هم کامل می شوند مثل کفش خریدیم یا شش لیوان خریدم که یکی معیوب است در اینجا مجموع اینها یک معامله دارد در اینجا نسبت به تمامی می توانم فسخ کنم اما مرحوم حکیم بحثش اینجا نمی باشد و تصریح می کنند اجناس متماثله یعنی با هم کامل نمی شوند و جفت نیستند.

این در جایی است که شرط ارتکازی بر فسخ باشد نه معاوضه و الا اگر شرط ارتکازی بر معاوضه باشد نمی تواند فسخ کند.

بله ما قبول داریم که در بعضی اعراف یا در مورد بعضی از اجناس این شرط ارتکازی است.

اشکال دوم:

اشکال بر اینشان در تطبیق است که زمان مثل اشیاء متماثله است چرا که زمان با اجناس از نظر طول روز و مکان آن روز فرق می کند این طور نمی باشد ه اگر شش ماه اجاره شود قیمت این اجاره به نصف قیمت کل می باشد. این اشکال را ما قبول کردیم. یعنی در نظر عرف این اجاره ۳۶۶ اجاره روز یا ۱۲ اجاره یک ماهه یا ۵۲ اجاره یک هفته نمی باشد. چرا که فرض

این است که متعارف اجاره یک ساله باشد لذا در اجاره دو ساله دو اجاره یک ساله می بینند. اما در غیر دو سال این را به تعدد روز یا هفته یا ماه منحل نمی کنند.

اشکال دوم ما فقط در این است که این اجاره مثال اجزاء متمایله نمی باشد اما نه این که می خواهیم نتیجه بگیریم که حال که اجزاء متمایله نمی باشد، عرف آن را منحل نمی بیند به عبارت دیگر اگر در آینده اثبات شود که عرف منحل نمی بیند نکته اش عدم تماثل بین روزها یا هفته ها یا ماههای سال در اجاره در عقد اجاره نمی باشد.

^۱ وجه سوم که عمده ترین وجه است و آن اینکه فسخ عبارت است ابطان العقد من حين الفسخ است نه فسخ العقد من اصله. ما نسبت به ما مضی که نی توانیم فسخ کنیم و معنا نداریم که مضی را عوض کنیم.

اگر در ذهن شریفان باشد قبلا از مرحوم تبریزی نقل شده اس که فسخ در بیع حل العقد من اصله و در نزد فقهای فسخ الاجاره &&& ما حل العقد من حینه است. &&& می فرمودند که ما فرق را در این دو نفهمیدیم در نزد ایشان حقیقت فسخ من اصله است.

می خواهیم ببینیم که حقیقت الفسخ کدام است حل العقد من حینه او من اصله. و آیا این که مشهور شده است که در فسخ بین بیع و اجاره فرق می گذارند درست است یا خیر؟

ابتدائاً بحث کنیم در مورد حقیقت فسخ : عقد عبارت است از مجموع دو انشاء یعنی مجموع ایجاب و قبول را عقد می گویند. می دانید که ما در خارج چیزی به نام مجموعه نارای در واقع ایجابی و قبولی داریم اسم این مجموعه عقد است و در واقع سه شیء نداریم مثلاً می گوئیم مجموعه این انسانها که ۵ نفر هستند ما در اینجا ۶ چیز نداریم یکی تک تک این افراد و یکی هم مجموعه اینها. ما در خارج سه شیء نداریم یکی ایجاب و یکی قبول و یکی مجموعه

این دو این در حد نامگذاری است اسم این مجموته که امر ذهنی است می گوئیم عقد لذا این استکه مثل کلمه دو و سه که معنا دار می باشند و مفهوم ار می باشند مصداق مفهوم دو چیست؟ برای اینکه مثال روشن شود مثلا رجلان که لفظی است که معنا و مفهوم دارند که زید و عمرو می شوند مصداق رجلان ایجاب و قبول می شوند مصداق مفهوم عقد.

موثر ایجاب است که یا امر حقیقی&&& یا تکوینی است این اتصاف ایجاب به تملیک یا موثریت متوقف بر قبول است و شرط تاثیرش قبول است مثل یک آتش و یک قطعه چوب که نمی سوزد تا مجاور آتش قرار گیرد اما موثر آتش است اما مشروط به مجاورت است نه اینکه مجاورت و آتش با هم سوزاننده می باشند وزوان قبول وزان مجاورت است. در ما نحن فیه ایجاب که امر اعتباری یا تکوینی است &&& خوب بعد از این که عقد تمام م شود اثر آن که علقه ملکیت بین این من ساعت ایجاد شا باقی می مانند .

می رویم سرلغ فسخ این را دقت کنید فرض کنید که زید ساعت یا کتاب خودش را عمرو می فروشد . بعد از یک ماه این عقد را دوو تایی یا یکی از اینها فسخ می کنند علماء در ارتکاز خودشان فهمیده اند که بعد از یک ماه که گذشت مثلاً نیت کتاب را به یک هزار توام بهعمرو فروخت بعد از یک ماه عمرو به همان هزاری که موجود است به زید بفروشد و زید هم قبول کرد و کتاب دوباره ملک زید شد و هزار هم دوباره ملک عمرو است. سوال این استکه ارتکاز عرفی ما این را با فسخ یکی می بیند یا خیر؟ اگر فسخ کند باز همین کار می شود. ارتکاز ما می گوید فرق است بین این دو. در اولی معامله ای صورت گرفت و در دومی معامله فسخ شد. وجدان این دو را متفاوت می بیند.

در اینجا فقهاء دیده اند دو تاست سوال این که فرق بین این دو چیست؟

در اینجا است که فقهاء به این فکر رفته اند که در بیع تملیک من حینه است و در فسخ

تملیک من اصله البیع&&&

بعد دیده اند فایده ای ندارد چرا که بعد از فسخ مالک کتاب زید شد و مالک هزار توان عمرو شد سوال این است ملکیت هر کدام بر کتاب و هزارتومانی ملکیت جدید است یا استمرار ملکیت قبلی است. در بیع روشن است که ملکیت جدیدی است. اما در فسخ چطور؟ در اذهان عرف ملکیت جدیدی ای نمی باشد. این استمرار همان ملکیت است اما شبیه به اعاده معدوم است که در وعائی معدوم شد و دوباره برگشت.

مثال تکوینی مثلا این دیوار که نوری روی آن است این نور یک ساعت قبل است و استمرار پیدا کرده است اما بعد از خامشو کردن و روشن کردن نور این دیوار نور دوم است.

مثال دیگر روی دیوار پرده کشیدم روی دیوار نور نمی باشد و بعد پرده با بال دادیم این نور روی دیوار بعد از پرده همان نور است. منزله بیع به منزله روشن و خاموش کردن لامپ است. و منزله فسخ به منزله پرده کشیدن و بالا بردن پرده است. در نظر عرف ملکیت من زید بر این کتاب این استمرار ملکیت من است در فسخ. این ارتکازات می خواهیم حقیقت فسخ را روشن کنیم. لذا حقیقت فسخ حل عقد سابق است یعنی گرده را دوباره باز کردیم و می شود نخ مستمر.

گفتیم که حقیقت فسخ در نظر عرف نظیر اعاده معدوم است اگر در فلسفه قائل شدیم اعاده معدوم محال است یعنی شیء موجودی معدوم شود و دوباره موجود شود کما علیه فلاسفه جماعتی از متکلمین می گویند محال نمی باشد. اما در امور اعتباری قطعا اعاده معدوم ممکن است ما ها گفتیم حقیقت فسخ اعتبار بقاء ملکیت سابق است اما از الان این اعتبار می کنند این که من حینه است یعنی آ «عقدی که جلو نیامد با عقد بیع از الان اعتبار می کنم از همان زمان بیع.

ما دو ارتکاز روشن داریم بیع غیر فسخ است و دیگر در فسخ این ملکیت او را ملکیت جدیدی نمی بینند. پس در ما نحن فیهی عقدی واقع شد محققا فسخ عبارت است از اینکه این عقد را کأن لم یکن حسا می کنند و آن ملکیت سابق را اعتبار می کنند. فسخ یعنی اعتبار به عقد سابق کأن لم یکن روی دوم سکه ابقاء حالت سابقه است که این بقاء آن ملکیت است. فسخ حقیقتش این است من دو فرق بین عقد و عقد آخر.

اما در نظر عقلاء که فسخ در میان عوض و معوض عرفی است فسخ در ابعاض هم عرفی است. &&& لذا امری در ذهن عقلاء وفقهاء بوده است که فرق بین فسخ و اقاله چه می باشد؟

می دانید اقاله در جایی است که مسبوق به حق فسخ نمی باشد بلکه باید طرف مقابل قبول کند که من فسخ کنم. گفته اند فرقیشان این است که اقاله در ابعاض صحیح است بخلاف فسخ که نسبت به کل است و نسبت به بعض نمی باشد در آ «جا گفتیم که این فرقی بین اقاله و فسخ نمی باشد مربوط است به حقی که در اول عقد جعل کرده است مثلا اگر اول عقد حق فسخ نسبت به کل قرار دادم نسبت به جزء حق فسخ ندارم اما اگر از اول حق فسخ بر جزء قرر دادم این حق فسخ در ابعاض دارم.

لذا این حق فسخ در بین عقلاء در کل و ابعاض است. خوب نتیجه این است که حل العقد و کأن لم یکن است در نظر عقلاء فسخ هم نسبت به کل و ابعاض با توجه به نحوه عقد.

در بیع حق فسخ در کل مبیع و ثمن ظهور دارد. مثلا خانه ای می خرم و حق فسخ قرار می دهم ظهورش در فسخ کل خانه است نه مقداری از آن. در بحث اجاره وقتی حق فسخ برای خود جعل می کند این در نظر عرفی ظهور در مابقی ظهور دارد.

در این صورت می شود شش ماه اول درست است و نسبت به شش ماه دوم عقد کأن لم یکن است اما اگر من مغبون شدم این حق فسخ من در تمام متعلق است. همه را فسخ می کنم و اجره و عین بر می گردد و اجره المثل را می دهیم.

من می توانم عقد را فسخ کنم نسبت به کل و ابعاض اما ظهورش در اجاره در جعل خیار فسخ ابعاضی است و در خیار غبن ظهور در کل است چرا که اگر در مورد شش ماه فسخ باشد شش ماه سرم کلاه رفته است و همین نکته هم باعث این استظهار می شود و این هم بر گشتش به شرط ارتکازی است که شرط ارتکازی را گفتیم که در خیار فسخ تبعضی است و خیار غبن کلی است. یعنی در ارتکاز عقلاء شرط به این صورت است. &&&

^۱مختار ما این است که حقیقت فسخ یکی است حل العقد من اصله چه دربیع و چه در اجاره و چه در سایر عقود. اما عقد دائما متعلقی دارد تارة حل می کنیم نسبت به همه متعلق و تارة نسبت به بعض متعلق. در بیع که کتابی را که می فروشم فسخ حل العقد فسخ به تمام متعلق است. اما تارة حل است نسبت به بعض. مثلا من یک کسبه برنج خریدم و بعد دیدم زیاد است و بعد می گویم به بایع که این عقد را نسبت به نصف این کیسه فسخ کن. این را گفتیم که هیچ مشکلی ندارد.

اینکه بعضی گفته اند که وزان عقد به متعلق وزان تکلیف به متعلق است این درست نمی باشد مثلا اگر مولا ما را تکلیف کرد به نماز مثلا دو جزء است جزء اول تکبیر و جزء دوم تسلیم اگر مول اراده کرد که تکلیف را نسبت به یک جزء بردارد و بگوید که تکلیف به تکبیر نداری. گفته شده است که خداوند هم نمی داند باید تکلیفش به نماز را بردارد و بعد تکلیفی جدیدی بگذارد نسبت به نماز یک جزئی. اما مستقیما نمی داند با حفظ تکلیف اولی، تکلیف به یک جزء بردارد در واجبات ارتباطی هیچ مولایی حتی خداوند نمی تواند تکلیف نسبت به

بعض بردارد بلکه باید رفع ید به تکلیف اول کند و آن را نسخ کند و تکلیف جدید بیاورد نسبت به تکلیفی که یک جزء دارد. اما در عقد اینطور نمی باشد که باید عقد نسبت به کل را فسخ کنم و عقد جدید ببندم به بعض. این عقلائی است و این تکوینی نمی باشد امور واقعی مثل امور تکوینی و وجودی نمی باشد. در نماز طلب انشائی مولا نسبت به جزء طلبی است تحلیلی در اصل طلبی نمی باشد و طلب به کل تعلق گرفته است. شارع نسبت به تکبیر و تسلیم از اول طلبی نداشته است و طلب به مجموع این دو که تکلیف باشد و نماز تعلق گرفته است. &&& در عالم واقع گاهی نمی باشد که بخواهم باز کنم &&&

فسخ از افراد ایقاع است نه عقد مثل رجوع و عقد و وصیت و طلاق.

خوب در بیع وقتی گفت این فرش را به شما می فروشم و یک ماه برای خودم حق فسخ قرا می دهم ظهورش در حق فسخ العقد است در تمام المتعلق است. اما یکی کتاب و فرش را به شما می فروشم و برای خودم تا یک ماه حق فسخ قرار می دهم ظهور عرفی این است که برای خودم هم به لحاظ تمام المتعلق و هم به بعض المتعلق حق فسخ قرار می دهم. تارة عرفی تحلیلی نمی باشد انحلالی نمی باشد مثلاً من پنج قلم خریدیم و در یکی از این پنج قلم مغبون شدم. من در اینجا حق فسخ را دارم من نسبت به کل حق فسخ دارم یا نسبت به یک قلم؟ نسب به مغبون حق فسخ دارم چرا که عرف عقد من را انحلالی می بیند و عقد را به هر یکی از این اقلام منحل به یک عقد می کند. و تارة قرینه است مثلاً می خواهد از این مدرسه برود و می خواهد تمام وسائل را بفروشد نه جزء جزء اگر من عقد را فسخ کردم ظهورش در فسخ تمام است. یا سوپری می خواهد تغییر شغل بدهد و تمام را می خواهد بفروشد و بعد خریدار در یکی مغبون شود حق فسخ کل را دارد.

&&&&

پس گفتیم فسخ یعنی حل العقد من اصله. اما تفاوت در متعلق است نه این فسخ.

در اجاره هم فسخ یعنی حل العقد است من اصله اما عقد اجاره من هم مثل دیگر عقود است می توانم به تمام المتعلق که تمام المنفعة باشد، حل بکنم و می توانم به بعض المتعلق که منفعت باشد. وقتی من گفتم که تا شش ماه حق فسخ دارم یعنی حق حل العقد من اصله دارم نسبت به ما بقی. چرا که فهم عرفی این است که نسبت به عمود زمانی انحلالیت عقد و اجاره می دانند. بله اگر مغبون شده باشد می تواند حل العقد نسبت به تمام باشد البته اگر هم نسبت به بعض شود، می تواند&&&

عقد تبعض بر نمی دارد و متعلق است که تبعض بر می دارد چرا که ایجاب و قبول تبعض بر نمی دارد.

و یحتمل قریباً أن يرجع تمام المسمى و يكون للموَجِر أجره المثل بالنسبة إلى ما مضى لأن المفروض أنه يفسخ العقد الواقع أولاً و مقتضى الفسخ عود كل عوض إلى مالکة

بل یحتمل أن يكون الأمر كذلك في صورة البطلان أيضاً لكنه بعيد.

می فرمایند که اگر خانه را اجاره کردیم و خانه خراب شد سید فرمودند که نسبت به ششماه اجرة المسمى را می دهم و ما بقی را اجرة المسمایش را پس می گیرم.

بعضی گفته اند که این احتمال است که بتواند تمام اجرة المسمى را پس بگیرد و نسبت به شش ماه اول اجرة المثل بدهد.

&&&& له اگر گفتیم ه حق فسخ دارد &&&& مثل مرحوم خوئی که از باب تبعض صفقه عقد را فسخ می کند و اجرة المثل شش ماه اول را می دهد. &&&

مسئله بعدی:

تلف چند قسم دارد: به گونه ای است که استفاده از کل امکان نداشته باشد&&&&منتها من مستأجر از باب تبعض صفقه می توانم عقد را فسخ کنم.

&&& اینجا هم گفته اند که نسبت به ششم اه گذشته اجرة امسمی را بدهم اما می توانم فسخ کنم از بابا تبعض صفقه اما نسبت استفاده به استفاده گذشته اجرة آمل را باید بدهم. منتهای کلام سید ناظر به قسم اول است نه قسم دوم.

در مسئله چهار همین بحث این را بحث کردیم و گفتیم که اگر بعض تلف شد مشخص می شود که عقد اجاره نسبت به بعض تلف شده از اول منعقد نشده است و خیار تبعض صفقه را قبول کردیم&&& در یکجائی قبول نکردیم خیار تبعض صفقه در جایی که اجاره به عمود زمان منحل می شود باید&&&

وجهش نسبت به عمود زمان یک شرط ارتکمازی نمی ابشد که نسبت بهعموند زمان حق فسخ داشته باشد نسبت بهعمود زمان چرا که نوعا اجرة المثل با مسمی یکی است و این غلبه باعث شده است که ارتکازی شکل نگیرد که اگر در اثناء از بین برود باید اجرة&&& را بدهد خلاف مرحوم خوئی که در هر دو که چه تلف بعض المنفعة باشد یا تلف به نسبت به عمود زمان باشد ایشان تبعض صفقه ای شده اند.&&&

مسألة ۷: ظاهر کلمات العلماء

این مسئله، مسئله مفصلی است که شرح ندارد و شرحش در متن مسئله آمده است.

أن الأجرة من حين العقد مملوكة للموَجِر بتمامها

و بالتلف قبل القبض أو بعده أو في أثناء المدة ترجع إلى المستأجر
كلا

در قبل یا بعد القبض.

أو بعضا

تلف در اثناء.

من حين البطلان

كما هو الحال عندهم في تلف المبيع قبل القبض

مثل اینکه من عباى خود را به شما فروختم و قبل از قبض که این بعد از عقد مال
مشتري است و مالک ثمن شدم قبل از قبض به مشتری در دست من سوخت قبل از سوختن
ملک مشتری بود اما از ملک مشتری خارج نمی شود بکله عقد بيع باطل می شود و خسارت از
جیب من می رود.

لا أن يكون كاشفا عن عدم ملكيتها من الأول

این عقد از زمانی که تلف شد باطل می شود و اجاره هم گفته اند اینطور است سید می خواهد بگوید که بین بیع و اجاره فرق است در بیع من حین العقد است اما در اجاره من حین العقد است لا من حین التلف.

ما حصل این شده که فقهاء بین اجاره و بیع فرقی نگذاشته اند که اگر عین تلف شد قبل از قبض من حین التلف عقد باطل است اما سید می فرمایند در اجاره من حین العقد باطل است.

ایشان می فرمایند که در بین عوضین عین و ثمن است اینجا بعد از عقد نقل و انتقال صورت می گیرد اما اگر قبل از قبض تلف شود خسارت بر بایع وارد می شود و من حین تلف فسخ می شود. مشهور هیچ دلیل خاصی هم ندارند.

اما در اجاره عوضین است منفعت و اجرة اتس وقتی من این اسبت را اجاره دادم باری شما برای یک هفته آینده قبل از قبض شما این کشف می کند که این اسب این چنین منفعتی را نداشته است لذا از اول عقد باطل است.

مثل اینکه ما یک انسان ساده لوحی را گیر بیاوریم و بگوییم که اسب ما پرنده است و شخص هم اجاره کند برای پرواز این عقد باطل است چرا که اصلا نمی پرد این عقد اجاره از اول باطل است و اصلا منعقد نمی شود.

و هو مشكل

لأن مع التلف ينكشف عدم كون الموجر مالكا للمنفعة إلى تمام المدة فلم ينتقل ما يقابل المتخلف

يعنى اجرة

من الأول إليه و فرق واضح بين تلف المبيع قبل القبض و تلف العين هنا لأن المبيع حين بيعه كان مالا موجودا قوبل بالعوض و أما المنفعة في المقام فلم تكن موجودة حين العقد و لا في علم الله إلا بمقدار بقاء العين

فرض اين است كه به محض تحقق عقد تلف می شود.

و على هذا

فإذا تصرف في الأجرة يكون تصرفه بالنسبة إلى ما يقابل المتخلف فضوليا

ما تصرف اعتباری در پول دو وصرت داریم:

مثلا هديه می دهيم اين پول.

یکدفعه می رویم گوشت می خریم بعد از خرید پول را به فروشنده می دهیم این پول را که در می آوریم این ثمن نمی باشد اما بعد از دادن این کلی را اداء می کنم و تصرف من بعد از تحویل می شود اعتباری چرا که قبل از دادن مال من بود و بعد از دادن ملک او می شود این می شود تصرف اعتباری. یا با پول اداء دین کنم. این تصرفات اعتباری فضولی است اگر مالک پول امضاء کرد به شخص تملیک می شود و الا شخص مالک نمی شود.

و من هذا يظهر

أن وجه البطلان في صورة التلف كلا أو بعضا انكشاف عدم الملكية للمعوض.

این بیع باطل است&&& د از اصل چرا که شرط عقلی معاوضه وجود عوضین است و اینجا یکی موجود نمی باشد که منفعت باشد.

با این بیان سید موافق می باشیم اگر در اثناء تلف شد یعنی از اول این عقد نسبت به ما بقی باطل بوده است.

١ مسألة ٨: إذا أجر دابة كلية و دفع فردا منها

فتلف لا تنفسخ الإجارة بل ينفسخ الوفاء فعليه أن يدفع فردا آخر

دقت کنید تا اینجا ما الشمننا شدیم با بطلان و فسخ و انفساخ.

بطلان یعنی توهّم منعقد شدن اجاره بود و عقدی منعقد نشده بود مثلاً اسبی را می فروشد و مشخص می شود که قبل از اجاره مرده بوده است این عقد اصلاً منعقد نشده بود.

انفساخ مثل اینکه خانه ای را اجاره می دهد این خانه در اثناء خراب می شود در اینجا کسانی که قائل اند عقد اجاره نسبت به ما بقی منفسخ می شود چرا که بعضی این را از موارد بطلان می دانند و بعضی از موارد فسخ و بعضی از موارد انفساخ. یا مثل اینکه ما پارچه ای را می بریم که برای ما بدوزد و بعد از یک هفته از زمان عقد جناب موّجر که خیاط باشد می میرد یا مستأجر می میرد یا پارچه را می دزدند این مثال انفساخ است اتفاقی.

مثال فسخ این که ما پارچه ای را می دهیم به خیاط که بدوزد که بعد این پارچه را بد می دوزد یا مستأجر می فهمد که مغبون شده است در اینجا حق فسخ دارد.

اما در ما نحن فیه اسب کلی را اجاره می دهد و بعد یک اسبی را می دهد که این اسب تلف می شود که سید می فرمایند که عقد اجاره باطل نمی شود چرا که این اسب متعلق اجاره نبود و معنا ندارد که بگوییم که منفعت موجود نمی باشد که باطل باشد.

منفسخ نمی شود چرا که اسباب انفساخ اینجا نمی باشد جایی که قدرت بر انجام عمل است و یکی عمل نمی کند یا موضوعش بقاء منتفی می شود. مثلاً مستأجر یا موّجر می میرد یا پارچه دزدیده شود.

فسخ نمی شود چرا که باید برگردد به شرط ارتکازی و در اینجا شرط ارتکازی نمی باشد بلکه اگر اصلاً اسبی نباشد می توان گفت که باطل است یا حق فسخ دارد.

کلی در ذمه مثل این است که بگوید که اسبی را به تو با این مشخصات اجاره می دهم و فرد مردد مثل این است که بگوید یکی از این اسبها را که می بینی به تو می دهم. این مثال سید نمی باشد و مثال قبلی مسئله ما نحن فیه است.

در کلی در ذمه اگر اسب بمیرد یعنی منکشف می شود که این مورد اجاره نبوده است.

زمانی که من فردی از کلی را می دهم ذمه من بری شده و مستأجر مالک آن فرد می شود چه اتفاقی این وسط می افتد.

بعضی گفته اند معاوضه می کند ماجر کلی در ذمه خودش را با این فرد. &&& لذا مرحوم تبریزی فرموده اند که این معاوضه و اینکه ذمه بری می شود و مالک فرد می شود این عقد معاطاتی بین مالک ذمه و مالک فرد می باشد.

ما این را قبول نکردیم &&& لذا تا به دست او می رسد آن تحقق اداء آن ملکیت او هم است در واقع کأنه ما فی الذمه او را در آورده به او داده ام و هیچ معاوضه ای صورت نگرفته است و این اداء ما فی الذمه است. مثل اینکه یک کتابی را به من هدیه کرده اس و بعد می خواهد پس بگیرد و وقتی من به او بر می گردانم این تملک نمی باشد اما خصوصیتی است که تا به او پس نمی دهم آن ملکیت قبلی بر می گردد. این مثال نظیر آن اداء ما فی الذمه است. در هبه نه تملیک است و نه تملک به خاطر جواز رجوع در هبه &&&

۱

مسألة ۹: إذا أجره دارا فانهدمت

فإن خرجت عن الانتفاع بالمرّة بطلت

یعنی در اینجا کشف می کند که از اول باطل بوده است چرا که در عقود معاوضه ای وجود عوضین شرط و مقوم عقد می باشد و در اینجا اجاره یعنی تملیک منفعة بعوض و در اینجا منفعتی در کار نبوده است.

فإن كان قبل القبض أو بعده قبل أن يسكن فيها أصلا

رجعت الأجرة بتمامها و إلا فبالنسبة-

که اجرة المسمى باشد. و الا یعنی سه ما گذشت و بعد از سماه ا خانه منهدم شد در اینجا به النسبة می ابشد که یکچهارم اجرة المسمى را بر می دارد و ما بقى را باید برگرداند. چرا بالنسبة چرا که عقد اجاره نسبت به ما بقى باطل بوده است چرا که منفعتی نسبت به ما بقى نبوده است.

و يحتمل تمامها في هذه الصورة أيضا

و يضمن أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى لكنه بعيد

این احتمال را قبلا ذکر کردی که اگر سه ما گذشت و منفعت از بین رفت باید تمام اجرة را باید برگرداند و اجرة المثل سه ما را بدهد یعنی کشف می شود که عقد نسبت به همه باطل بوده است و فقط استیقاء کردم باید اجرة المثل را بدهم یک قاعده کلی است که اگر کسی استیقاء کنند ملتفت شد به مال دیگر و ایم ال دیگری الغاء احترام نشده باشد ما در انتفاع یا ید بر این مال ضامن می باشیم و باید اجرة المثل را بدهیم.

الغاء احترام یا توسط شارع یا عقلاء یا مالک می باشد الغاء احترام مثل اینکه گفته است که از اموال کافر هر چه مقدار می خواهی منتفع شو طبق فتوای فقهای ماست.

الغاء احترام عقلاء مثل اینکه فرض کنید شخصی الان مریض است و در حال موت است و می خواهید برسانید به بیمارستان و اگر نبرید تلف میشود و ماشین دیگری را بر می دارید و

به بیمارستان می برید و در اینجا الغاء احترام می شود و مالک ماشین نمی تواند بگوید که اجرة المثل را بدهید.

صورت سوم الغاء احترام توسط مالک است یعنی مالک گفته است که اگر خواستید بروید مسافرت با ماشین ما بروید سفر در اینجا دیگر لازم نمی باشد اجرة را بدهی در اینجا عقلاء الغاء احترام نمی کنند اما اعتبار ضمان نمی کنند.

الغاء احترام در حد متعارف است و الا اگر رفت میهمانی و بیش از مقدار متعارف خورد در اینجا ضامن است.

در ما نحن فيه گفته اند بعد از انهدام خانه سه مال ه گذشت و منهدم شد عقد اجاره کلا باطل است چرا که منفعت یکساله نداشت و منفعت سه ماه داشت که عقد بر آن تعلق نگرفته بود و استيفاء هم کرده بود که در این استيفاء الغاء احترام نشده بود لذا باید اجرة المثل را بدهد.

مناقشه:

این درست نمی باشد چرا که عقد اجاره در نزد عقلاء منحل می شود به ماهها یعنی عقد اجاره بر ۱۲ ماه بوده است و نسبت به سه ماه درست است و نسبت به ما بقى باطل و لذا اجرة المسمای سه ماه حساب می شود.

**و إن أمكن الانتفاع بها مع ذلك كان للمستأجر الخيار بين الإبقاء و
الفسخ و**

در این فرض که خانه منهدم شده است می تواند باز منتفع شود در اینجا می تواند عقد اجاره را باقی گذارد یا فسخ کند. این بر می گردد به شرط ارتکازی که در صورت سلامت منفعت از اول تا آخر یعنی اگر در سلامت ایشان خللی ایجاد شود در این صورت من حق فسخ دارم.

إذا فسخ كان حكم الأجرة ما ذكرنا

يعنى اجرة المسمای ما بقى را می تواند بردارد.

و يقوى هنا رجوع تمام المسمى مطلقا و دفع أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى لأن هذا هو مقتضى فسخ العقد كما مر سابقا و

به این صورت که تمام اجرة المسمى را بدهد و اجرة المثل را بدهد.

اگر شرط ارتكازى در فسخ در باقى باشد آن متعين مى شود و اگر فسخ در كل باشد آن متعين مى باشد چرا که خيار يعنى حق فسخى که به طور ارتكازى در ضمن عقد وضع مى شود. اگر هم هر دو باشد مخير بين هر دو است. اگر نسبت به كل بود همين کلام سيد مى شود. اما ما قائلیم که شرط ارتكازى در زماننا هذا نسبت به ما بقى شرط خيار داریم.

وجه قوت به خاطر این است که فسخ حل العقد من اصله مى باشد لذا اجرة المثل مى باشد ما هم قائل من اصله مى باشیم اما تفاوت در متعلق است. &&

در زماننا هذا تحولات سريع است و فرصت برای تجربه اجتماعى نمى باشد چه ارتكازى صورت گیرد لذا بايد قانون وارد شود. &&&

إن انهدم بعض بيوتها بقيت الإجارة بالنسبة إلى البقية و كان للمستأجر خيار تبعض الصفقة

&&&&

و لو بادر الموجر إلى تعمیرها بحيث لم يفت الانتفاع أصلاً ليس للمستأجر الفسخ حينئذ على الأقوى

این قسمت تنها قسمتی است که قبلاً نگفته بودند. این خانه ای است که یک اتاق خراب شده است و سید گفته است خیار تبعض صفقه دارد اما در صورتیکه مالک سریع آن خرابی را تدارک می کند به صورتی که خللی در رانتفاع مستأجر پیش نمی آید مثلاً خانه ای ییلاقی به طرف اجاره داده ایم که تابستانها بیاید و در زمستان سقف پایی می آید و می گوید مالک که من زمستان که کسی در خانه نمی باشد، درست می کنم در اینجا سید می فرماند که خیار تبعض صفقه ندارد. بلکه در صورتیکه خانه وسائلی داشته باشد که کسی نباید بیاد در اینجا خیار فسخ دارد.

چون حق فسخ شرط ارتکازی است و شرط ارتکازی در جایی است که نقص و عیبی که مخالف با انتفاء باشد و در این صورت دیگر مخالف انتفاء نمی باشد.

خلافاً للثانین

خلافاً للشهید الثانی و المحقق الثانی&&&

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 شاره 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 ملکی منزلزله. 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 الموجر من تسليم العين المستأجرة يجبر عليه

و إن لم يمكن إجباره للمستأجر فسخ الإجارة و الرجوع بالأجرة و له 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 حلا اجبارش صوری دارد مثلا تهدیدیش می کند یا به زور کلیدش را می گیرد یا زا خانه 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 هم ماز این سیره ردی نکرده است یعنی این حق الاجبار ردی نکرده است پس بنابراین می گوییم این حق برای یجبنا مستأجر عقائاً 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:

تعلیقه اول:

این که در سیره حق اجبار است و اینکه شارع قطعاً این را امضاء کرده است این را از کجا می گویید چرا که هم 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 می باشد 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 می آمد و تلفن می زدند و می آمد و یکی هم که خود ماشین را بدهند.

الان کرایه خود ماشین بدون راننده کم می باشد.

لذا اینکه سیره های 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 نمی باشد که امام بخواهد سکوت کرده باشد لذا امضاء اثبات نمی شود.

اما این مشكله بر مشهور ست و آن مشهور شامل حال ما نمی شود چون ماها تمام سیره را منحصر به دو قسم کرده ایم:

در قسم الورد باب حجیت است مثلا &&&

در قسم دوم سیره در باب معاملات است &&&

در باب حجیت ما عدم ردی می باشیم و امضاء لازم نمی باشد ولی مشهور امضائی می باشند.

البته ما سابقا امضائی بودیم و بعد عدول کردیم و عدم وصول ردع کفایت می کند. 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 اصلا 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 ردی باشد و به من نرسیده باشد و خدا شخص را عقاب کند عقلا این عقاب قبیح است. چرا که فعل خداوند متصف به حسن و قبح عقلی است نه عقلائی است.

تعلیق دوم که مهم است:

اصلا 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 حق 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 عقلائاً 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 عقلاء 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 بیامرز حدیث رفع را که می گوید ک برو اجبارش کن و برائت شرعیه را جاری می کنیم شبهه هم شبهه حکمیه است.

اصلاً شارع چنین حقی ندارد و جعل نکرده است و اصلاً 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 برائت شرعیه برای امتنان بر ملت است و این اجبار خلاف امتنان است لذا جاری نمی شود.

جواب اینمکه در بحث برائت شرعیه ما امتنانی شدیم اما دلیل لفظی نداریم بلکه دلیل لبی و به منتسبت 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 عرفاً 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 اطلاق 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 مثلاً 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 خیار از قدیم محل بحث فقهاء بوده که در بین متأخرین به دو تا بر می گردد خیار 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 حق 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 عقلاً ثابت است.

ما از دسته دوم می باشیم ما قائلیم تمام موارد حق الفسخ بر می گردد به شرط. حال این شرط یا مطلقاً 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. اوقتی در اجاره منفعت مال مستأجر شد ید موجد 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 موجد اجرة المثل را مطالبه کند که گاهی بیشتر از اجرة المسمی است.

طرق نظر مشهور جناب مستأجر مالک &&& تلف تحت الید از اسباب ضمان است در نزد عقلاء وقتی منافع تحت ید موجد که ید عوانی تلف شود ضمان می آید. 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 كذا 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 گوییم 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 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 در 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 کلاً 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 المسمى را ضامن است. البته اجرة المثل نسبت به یکسال را حساب کند.

این را در فرع قبلی هم می گوئیم.

سید اجرة المسمای است که در بعد خواهد آمد.

و مع الفسخ في الأثناء يرجع بما يقابل المتخلف من الأجرة

«من» بيان «ما يقابل» است.

و يحتمل قويا رجوع تمام الأجرة و دفع أجرة المثل لما مضى كما
مر نظيره سابقا لأن مقتضى فسخ العقد عود تمام كل من العوضين
إلى مالكما 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 بالعين قبل القبض

تخير بين الفسخ و الرجوع بالأجرة و بين الرجوع على الظالم بعوض ما فات و يحتمل قويا تعين الثاني...

فرع اول اين استكه ظالمى مانع تسليم عين شود كه سيد مى فرمايند مخير بين فسخ و بين ابقاء و رجوع به ظالم و گرفتن بدل اجرة المسمى است.

صور المسئلة:

اين فرع در ذيل خودش دو صورت دارد:

اين منع متوجه موجر است مثلا ظالم به موجر مى گويد اگر خانه را تسليم كردى كذا و كذا خواهم كرد و جناب موجر جرأت نمى كند خانه را تسليم كند.

صورت دوم اين است كه منع ظالم متوجه مستأجر است مثلا جناب موجر مى گويد بيا كديد خانه را تحويل بگير و ظالم به مستأجر مى گويد كه اگر خانه را تحويل گرفتى كذا و كذا مثلا بچه ات را به قتل مى رسانم.

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

در صورت اول كه منع ظالم متوجه موجر است. اين فرمايش مرحوم سيد 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 ماجر 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 ماجر دو قسم است:

للظالم على العين يد: ضامن لليد عند العقلاء.

قسم اول منع ظالم به این صورت است که ظالم بر خانه يد پیدا می کند از باب قاعده يد ظالم ضامن مستأجر است که قاعده يد این سات ه اگر کسی بر مالی استیلاء کرد و آ» مال تحت يد او تلف شد ضامن است و دليل آن هم سیره عقلاء است يد بر خانه يد بر منفعت هم است عرفا . لذا منفعت تحت يد ظالم تلف شد لذا ظالم اجرة شش ماه خانه را به مستأجر ظالم است.

ليس للظالم يد: ضامن للتفويت عند العقلاء.

قسم دوم: که تهدید می کند اما يد بر خانه و منفعت پیدا نمی کند در این صورت قاعده يد موجب ضمان نمی باشد چرا که يدی نمی باشد در اینجا در سیره عقلاء می گویند از باب تفويت ضامن است که ظالم تفويت کرد. فرق بین اتلاف و تفويت این است که در اتلاف مال موجود است و آن را می خوریم تفويت 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 تفويت می کنید سم پای درخت می ریزید که این درخت دیگر میوه ندهد. اتلاف دائما نسبت به مال موجود است.

در ما نحن فيه مورد تفویت است کما اینکه اطلاق 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 ظاهرا 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 ضمير منعه سه احتمال است به موجر يا مستأجر يا احدهما برگردد. اما به مستأجر بر می گردد به دو قرينه:

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

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

پس در اين مسئله با سيد موافق نمی باشيم چرا که ايشان ناظر به صورت دوم بودند که مستأجر فقط حق رجوع به ظالم و وگرفتن اجرة المثل را دارد و حق فسخ ندارد و بايد اجرة المثل را بگيرد چرا که منفعت از قيميات می باشد نه از مثليات.

وجه احتمال، شبهه ايشان در ارتكاز است که ارتكاز بر تخيير بين فسخ و رجوع می باشد يا خير.

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 اين است که بعد از قبض ظالم منع کرده باشد. در اين صورت سيد فرمودند که حق فسخ ندارد مستأجر.

اين فرمايش را ما قبول داريم حتی در فرع اول گفتيم که متعين همين است.

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

حق فسخ ندارد چرا که فسخ و شرط ارتكازي در صورت عدم قبض است و اين شخص قبض کرده است و حق رجوع دارد يا ازباب قاعده يد در صورت استيلاء بر مال يا از باب قاعده تفويت در صورت عدم يد.

ثمَّ 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 التبعية 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 تبعية العقد مشترك بينهما.

توضيح الفرع:

ابتداء توضيح دهيم اين فرع را: فرع اول دو صورت داشت در يك صورت منع متوجه موجر بود و يك صورت متوجه مستأجر بود. در فرع اول سيد فرمودند كه مستأجر مخير است بين اينكه فسخ كند و يا اينكه ابقاء کرده و رجوع به ظالم كند.

ما در صورت اول قبل التسليم که منع متوجه موجر باشد گفتيم مستأجر مخير بين فسخ و ابقاء است.

فرع سوم را در صورت اول که منع متوجه موجر بود، پياده می کنيم چرا که در صورت دوم با سيد موافق نبوديم.

مختارنا إذا كان المنع متوجها للموَجِر:

در صورت اول گفتيم که جناب مستأجر مخير بين فسخ و ابقاء است و در صورت ابقاء به ظالم برای اجرة المثل رجوع می کند.

بعد از گذشت شش ماه ظالم منعش را از عين برداشت. و موجر کليد را تحويل دارد و در اين شش ماه مستأجر فسخ نکرده بود.

في جواز الفسخ للمستأجر: يجوز له الفسخ.

در اینجا دو سوال است:

سوال اول: حق فسخ دارد؟ سيد می فرمايند که اين حق را دارد چرا که شش ماه اول را به من تسليم نکرده است که بعد از فسخ تمام اجرة المسمای یک سال را از او می گیرد بر اساس شرط ارتكازی است که اين شرط ارتكازی اين است که حق فسخ دارد چه قبل از تسليم و چه بعد از تسليم اين حق است.

في 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 برگردان 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 ماضی 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 قسخ 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 الأولی: علت اختلاف قول المشهور فی 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 حتما این در ذهن ایشان بوده است.

الأمر الثاني: قول المختار: له الفسخ لما مضى و الإبقاء 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 فيه فرق می کند ما نحن فيه این فسخ در اثناء واقع شده است نه در اول عقد.

مسألة ١٢: 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 آ «ده 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 فرماید 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 از عین منتفع شود.

سید می فرماید 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 اصلاً 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 : اجاره 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 قابلیت لمسکونیه. د راین 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 فرماید 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 ا محشین 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 بلکه 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 للعين 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 مستأجره 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 شود 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

خیاطة 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 خیاطة 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 خیاطة 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 دو خت 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 خیاطة 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 الفسخ دارد یا

می تواند اجاره را ابقاء کند و بدل عمل را که اجرة المثل است را بگیرد و اجرة المسمى 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 المسمى 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 ید 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. &&&

فنیاً چطور تمامش کنیم این ریشه در این دارد که حقیقت اجاره تملیک منفعت نمی
باشد چرا که اگر تملیک نفعت بود آن فرمایش مرحوم خوئی مرتکز می شد در ارتکاز این عقد

اجاره منفسخ می شود و نه اجرة المسمای 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 اصلا 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 ماشینی را به مستأجر اجاره دادیم و در همان اول مستأجر ماشین را آتش زد این اتلاف 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 تماما به اجیر بدهد یا خانه یا ماشینی 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 مناهای& ظاهرا 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 اصلا 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 مثلا 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 ظاهرا عقد لازم می شود. آیا در اینجا عقد از جانب مستأجر و مالک جایز است یا جوازش بر این است که تدارک کند؟ ظاهرا باید مستأجر تدارک کند و هزینه و فرصت شغلی را برای او فراهم کند. حتی در عمل جراحی مثلا 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 مثلا 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 عرفا. 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 اِتلاف به منزله قبض است در اجاره اعیان و باید تمام اجرة المسمى 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 المسمى 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 بلکه 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 المسمى 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 اِتلاف الموجه موجب للتخیر بین ضمانه و الفسخ

ایشان فرمودند اگر عین مستأجره و محل عمل تلف شود توسط موجه 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 موجه پارچه را به عمرو داد و عمرو که موجه 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 قیمیات 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 فرمایند 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

المسمى را بگیرد و اجرة المثل همه را بدهد یا نسبت به ما بقى عقد را فسخ کند. نسبت به شش ماه اول باید مستأجر اجرة المسمى را بدهد و ما بقى 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 المسمى را به موجر داده تماما 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 على القاعدة 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 مثلا من یک میلیون تومان نیاز دارم که اگر به دست من نیاید صد میلیون ضرر می کنم و مدیون هم اتفاقا 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 مثلا یک پارچه می خریم صد تومان و اگر پارچه را بفروشیم صد تومان می خریم و بعد از عبا شدن دیگر هب این قیمت نمی خرنند در اینجا چه باید کرد ظاهرا 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.

گاهی 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 رامرحوم 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 رجلا 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 ذلک 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 طبیب 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. &&& مثلاً کسی است که رانندگی بلد نبود که ماشینی را اجیر کند که رانندگی کند یا طبیبی را اجیر کند که این دندان را الم 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. مثلاً شخص کوری است و عینکی را اجاره کند مطالعه کند که این شخص اصلاً 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 مثلاً کسی

می خواهد پز بدهد و کتاب را وا 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 مثلا اجیر برای قرائت قرآن شدم و اصلا قرآن خواندن بلد نمی باشم یا اجاره بر تعمیر امری می شود که اصلا 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 آجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج

فیما ینافی حق الاستمتاع وقفت علی إجازة الزوج

مثلا زن اجیر شده است که این اجاره در معرض تضییع حق زوج است مثلا 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 صیبه 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 وقاء به «تضییع یک حق دیگری باشد عقلاء آن را امضاء نمی کنند و کسانی که امضاء را شرط می دانند در شامل عقودی 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 تزاحم عقدی را مقدم می کنند که مقدم بود. لذا اگر شخصی قبل از ازدواج اجیر شد که یکسال پرستار باشد و بعدا 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 اتفاقا 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 تضییع حق دیگران است که شوهر با امضاء حق خود را 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 سرکار است در معرض مطالبه نمی باشد در اینجا عقد صحیح است.

و إذا 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 منافی 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 اجمالاً این است که دائر مدار عرف است اگر عرف حقی را برای شوهر قائل بود می گوئیم این حق است و اگر عرفاً 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 کبری کلی منافات داشته است. &&&& یعنی فقهاء قائل بودند که شارع حقی غیر از حق عرفی برای شوهر جعل کرده است در حالی که این ثابت نمی باشد.

مسألة ١٥ : [في تسليم العمل]

قد ذكر سابقا أن كلا من الموجر و المستأجر يملك ما انتقل إليه بالإجارة بنفس العقد و لكن 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 برگرداند 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 تسليم المنفعة بتسليم العين

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 میشد 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 آنی که این خانه را اجاره می دهیم 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 خصوصیات است که دارد لذا حقیقت شناوری دارد و حقیقت آ» را نمی توان مشخص کرد.

و تسلیم الاجرة بإقباضها

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 القاعده 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 مبيع 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 اصلا 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 ارتکازا یا شرطا این باشد که در خانه تحویل دهند در این صورت حفظ مال عرفا 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 مَنفَعَةٌ 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. چراکه 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 يجب على واحد منهما الابتداء بالتسليم...

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 دهم 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.

فقها که 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 بیای 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 مثلا 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 شئی 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 الانبياء 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 حسبه 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 براساس 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 تفافوق 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 فرمایند که 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 اعتدیتم 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 قسم اجبار است.

پس چند کار می تواند بکند: اجبار، عدم تسليم عین، فسخ، تقاص.

هذا کله اذا لم یشرط کان هو المتبع.

اگر خانه را اجاره کرد و گفت که من اجرت را سه ماه بعد می دهم در اینجا تسليم عین لازم است و تسليم 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 موجد 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 تسليم و منعفت و اجرت بود از هذا وارد می شود به تسليم 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 نفرمودند 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 را در وسط کوچه یا بیابان حفر کرد عمل تسلیم شده است.

اما صورت سوم:

عمل محل 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 خیاطة 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 و صفت 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 مخیطیة 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 خیاطة و دیگر ایجاد وصف مخیطیة هر دو یکی است.

این قول نا معقول است بر ذات وصف اجیر شده است بی معنا است و بر ایجاد شده است برمی 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 توشضیح می دهم:

فقه‌های ما چون در دستگاه معملاتی دو دستگاهی شده اند دستگاه عقلائی و شرعی تسلیم عقلائی و شرعی یا بگوئید عرفی و شرعی. و فقیهان دائما 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 ابشد؟ 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 گوئیم 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 عبای 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 فبإتمامه 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 و

لا 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 الموجد فهل يكفي إتمامه في التسليم فبمجرد الإتمام يستحق المطالبة أو لا إلا بعد تسليم مورد العمل فقبل أن يسلم الثوب مثلا لا يستحق مطالبة الأجرة قولان أقواهما الأول لأن المستأجر عليه نفس العمل و المفروض أنه قد حصل- لا الصفة الحادثة في الثوب مثلا و هي المخرطة 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 متساجر نمی باشد بخلاف صورت اول که ملک مستاجر 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 مستاجر 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 مخیطية 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 مثلا بعد تمام الخياطة في يد الموجد
بلا ضمان يستحق أجره العمل بخلافه على 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 عرفا تعدی حساب می شود و بعد این پارچه بسوزد. این تلف است نه اتلاف عرفا 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.

فنیاً کلام مرحوم خوئی درست است اگر چه عرفیاً 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 موجد بدهد چرا که عملی را انجام نداده است این قول سید.

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

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 پارچه است با این وصف و 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 ماجر 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
فبعید و إن 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 ارتكازى 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 ١٦: إذا تبين بطلان الإجارة رجعت الأجرة إلى

المستأجر

و استحق المؤجر أجرة المثل بمقدار ما استوفاه

المستأجر من المنفعة

أو فاتت تحت يده إذا كان 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.

تارة الغاء احترام عقلائی است مثلاً 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 عقلاً محترم نمی باشد بلکه 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 اختیارات 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 یکسال 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.

خصوصاً مع علم المستأجر

چون در این صورت شبهه غرور است که خواهد آمد.

^۱ این مسئله ۱۶ چهار فرع اصلی داشت که که یک فرع آن خوانده شد و رسیدیم به فرع

دوم:

۱ و أما إذا كان عالما فيشكل ضمان المستأجر

خصوصا إذا كان جاهلا^۲ لأنه^۳ 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 أجره بلا عوض و دعوى أن إقدامه و إذنه في الاستيفاء
إنما هو بعنوان الإجارة و المفروض عدم تحققها فإذنه مقيد بما لم
يتحقق مدفوعة بأنه إن كان المراد كونه مقيدا بالتحقق شرعا فممنوع
إذ مع فرض العلم بعدم الصحة شرعا لا يعقل قصد تحققه إلا على

۱ از اینجا فرع دوم شروع می شود.

۲ ای جاهلا ببطلان العقد.

۳ بیان مشکل بودن ضمان مستأجر.

وجه التشريع المعلوم عدمه و إن 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 في 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 اشکال 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 يبذل 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 پردازند 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 كرده است يعني بر مسلمان جايز است كه خمر مسلمان ديگر را منهدم كند و ضامن هم نمي باشد و نهي كرده 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 نمی تواند مالک خمر باشد، ما هم می گوییم که مالک نمی 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؟
&&&^۱مجموعا 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.

^۱ چهارشنبه ۹۵/۰۹/۱۷.

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 .

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 ببخشند 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 آهوپی 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.

^۲بحث 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 اجرة عقد انجام می شود.

صورت اول:

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

^۲ سه شنبه ۹۵/۰۹/۲۳.

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 اجرة است چرا که الغاء 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 دائما معاملات مطابق اغراض شخصی است و کاری ندارند که از نظر عقلائی و عرفی باطل باشد یا خیر.

کلا 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 اصلا 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 غوض 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 استیفاء الغاء خصوصیت می کند.

خوب اگر به عنوان اجاره باطل باشد&&&

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 چر اگر 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

متممشی شود، انشاء معامله می باشد اما بعضی بعد از اجاره تصحیح می شود و به بیع و اجاره تبدیل می شوند اما بعضی در حد انشاء معامله 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 الموجر يضمن عوضها

در صورتی که مستأجر جاهل ببطلان بود.

إلا إذا كان المستأجر عالما ببطلان الإجارة

و مع ذلك دفعها إليه

چرا که با علم مستأجر ببطلان الاجارة، 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.

وكذا في الإجارة على الأعمال

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

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 و لا 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 عالما

فليس له مطالبة الأجرة مع تلفها و لو مع عدم العمل من المؤجر.

مثلا 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.

مسأله ۱۷: 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 دهیم مثلاً ثلث یا ربع خانه را اجاره دهیم که مستأجر مالک ثلث و ربع منفعت 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

نصفِ 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 دقیقا مرادشان کدام است ظاهرا 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 مثلا می گویند آجرتک نصف او ربع ... داری. یا آجرتک نصف ارضی؟ که معنا این است ملکیت 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 مجموعا. 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

^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.

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 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 دائما وقتی فرد را می گفتند نه کسر را مثلا 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 مثلا 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 لكن لا يجوز تسليمه إلا بإذن الشريك إذا كان

مشتراكا

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 یجوز والا یحرم و لا یجوز. 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 شرعا 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 معاملاتی 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 جاهلاً بكونه مشتركاً

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 خيار خيار شرکت است.

و ذلك كما إذا آجره نصف^۲ داره فتبين أن نصفها للغير و لم يجر ذلك

الغير فإن له خيار الشركة بل و خيار التبعض

ابتداءاً ترسيم كنيم مسئله را:

^۱ سه شنبه ۹۵/۱۰/۰۷.

^۲ نسخه استاد «نصف» را ندارد.

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 ماجر 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 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 خيار شرکت نمی باشد اما تبعض صفقه است. خيار شرکت فقط در یک مال است.

معنای مباین:

بعضی تعریف را مباین قرار داده اند گفته اند خيار 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 خيار 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 ارتکازی برگردانده اند که خيار شرط یعنی برای خودش جعل خيار کرده است یعنی در این معامله مبنا

بر این شرط ارتكازى معامله كرده ست كه در این مال شريك با كسى نباشم یا در خيار غبن و عیب من مغبون نباشم و كالا عیب نداشته باشد كه اگر یكى از اینها باشد من خيار داشته باشم.

در مسئله خيار سه نظر است:

قضى ها سعی می كرده اند كه به سیره تمسك كنند مثلا در خيار غبن گفته اند كه عقلاء برای مغبون خيار جعل كرده اند.

نجفى ها به خيار تخلف شرط ارتكازى بر می گردانند.

بعضى هم &&& به دلیل تعبدى سعی می كردند كه برگردانند مثل در خيار غبن به ادله لا ضرر تمسك می كنند به این صورت كه لزوم این عقد بر &&& مغبون حكم ضررى

نظریه اخیری در بین متأخرین منسوخ شده است عده ای عقلائی و عده شرط ارتكازى شده اند كه این از موارد مشكله ای است كه این عقلاء جعل این حق كرده اند یا خیر خيار شرط ارتكازى است كه عقلاء امضاء كرده اند &&&.

ثمره دارد در فوریت خيار كه آیا فورى می باشد یا خیر؟ اگر دلیل سیره باشد باید رفت سراغ سیره بینیم كه فوریت است یا خیر اما در شرط ارتكازى متعاقدين، این بسته به این شرط دارد.

ما ها شرط ارتكازى هستیم چون عق مبنای علی عدم الشرکه است لذا معنایش جعل خيار در صورت شركت است.

سیره را قبول نكردیم چرا كه عقلاء برای اموال سلطنتى قرار داده اند نسبت به مالك لذا می توانیم خيار های مختلفى &&

۱ و لو آجره نصف الدار مشاعا

و كان المستأجر معتقدا أن تمام الدار له فيكون شريكا 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 اختیارات 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 باش 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 حق برای این شخص نمی باشد.

جمله معترضه در مورد جمله ای که ظاهرا 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 می‌کنم 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 می‌داند که اولاً این حجیت جعل شده باشد و ثانیاً این جعل واصل شده باشد حق هم به وزن 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. می‌گویند 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 می‌کنم این شرط ارتکازی است یا یخر؟ اگر من شک کردم استصحاب می‌کنم بقای آن ملکیت را. یعنی چه؟ یعنی بعد از این که مستأجر فسخ کرد شک می‌کنم ملکیت بر آن نصف منفعت باقی است یا خیر؟ استصحاب می‌گوید 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 شک 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 شکم 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 عقلانی خودش حاشیه دار است گاهی مثلا شما سوال می کنید که آیا خبر ثقه حجت است می گوید بله و می گوی خبر غیر ثقه حجت است می گوید خیر می پرسیم خبر دو غیر ثقه چطور 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 درحاشیه 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 ماجر 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 بکنم از نظر عقلائی وظیفه من مشخص است اما شرعا باید به برکت استصحاب باید مستأجر احتیاط کند. اما نسبت به ماجر 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 خصوصاً 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 شبهه غرور هم می باشد اگر عالم باشد به بطلان دیگر مغرور نشده است اما در صورت جهل این شبهه 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 فعلاً 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 دائما 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 امناء 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 مثلا 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 &&& مثلا دو نفر در سر عبا اختلاف کرده اند و هیچ کدام ترجیحی ندارد مثلا 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 حتما مرجحات غیر اختیاری اثر می گذارد اما اگر با قرعه مشخص شد دیگر مرجحات 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. مثلا 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 تعبدا قرعه ظاهرا 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 تخاصم کشیده شود و برای رفع تخاصم 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 تراضی برمی گردد و تارة محقق موضوع است و تارة موضوع ترخیص شارع است.

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

۱ و کذا يجوز استیجار اثنين دابة للركوب على التناوب

ثمَّ يتفقان على قرار بينهما بالتعيين بفرسخ فرسخ أو غير ذلك و إذا 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 ایه شریفه این را می گیرد تا گرفت می شود امضاء اما اینها به صحت عقد دقت نکرده بودند که دو صحت است: عقلائیه و عرفیه اگر ما بخواهیم به آیه تمسک کنیم مراد صحت عقلائیه است نه صحت عرفیه&&. ما ها امضائیه 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 هرکدام عرف خمر گفت اخذ می کنیم.

و کذا يجوز استیجار اثنين دابة مثلا لا على 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 مثلاً می گوید: این فرش را به تو می فروشم اما نمی تواند بگوید که می فروشم از فردا یعنی فردا ملک تو باشد. اما عقودی است که می تواند اثرش منفصل باشد مثل اجاره مثلاً 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 عقلائیه است. یعنی این دو قسم عقود در عرف و عقلاء می باشد مثلاً 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 انفصالا 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 وضعیا نه از زمان بعد از عقد که زمان اجازه باشد. مثلا 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 مثلا 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 متسأجر مالک عمل در ذمه عامل و اجیر مالک اجرة می شود در ذمه مستأجر.

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

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

مربوط به خودش است برای چند نفر یک ذمه اعتبار نمی کنند پس جناب مستأجر مالک عمل در ذمه اجیرها می شود. وقتی مستأجر 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^۱ 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.

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.

^۱ کما اینکه ذمه عمرو هم مشغول است به اینکه این کار را با زید انجام دهد.

یا اگر عباى ندوخته که مثلى است و این را با پول مشترک معاوضه کردیم و غاصبى آن را تلف کرد در ذمه شخص غاصب یک مثلى به صورت مشاع مى باشد. اما اگر عباى قىمى را تلف کرد به هر کدام پنجاه هزار تومان بدهکار است و لذا ذمه در قىمىات اشاعه بر نمى دارد و در مثلىات و اعیان که به ذمه مى آید ذمه اشاعه بر مى دارد. && از مسئله قرض به بکر دوباره بازبینى شود

مسألة ۱۹: لا يشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد على الأقوى

فيجوز أن يؤجره داره شهرا متأخرا عن العقد بشهر أو سنة سواء كانت
مستأجرة في ذلك الشهر الفاصل أو لا...

این فرع اول است: مرحوم سید مى فرمایند که مى شود که خانه را اجاره داد و با فاصله از زمان عقد باشد که این فاصله مى خواهد به ماه باشد یا سال باشد و فرق نمى کند که در این زمانى که فاصله شده است به کسى اجاره داده باشد یا خیر در ملک خود مالک باشد. توضیحى 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 مى 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 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 اوفوا 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

^۱ سیره ای که دلیل امضائش روایت است، این سیره نیاز ندارد نزدیک به زمان معصوم A 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 A 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 A نبوده است، روایت اطلاق 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 A شود و امکان دارد نشود.

بالعقود آن را نمی گیرد. لذا سراغ اصل عملی می رویم که اصالۃ 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. اصالۃ الصحة مال شبهات موضوعیه است و اصالۃ 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.

ودعوى 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 و لو آجره داره شهرها و أطلق 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، یکسالی 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 انشائات 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 بگوید 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 بگوید 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.

١ فصل ٤: 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 اماره بر ملکیت است.

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

این «ید» در اینجا به معنای دست عرفی نمی باشد چرا که خانه و ماشین در دست این شخص نمی باشد بلکه او در دست خانه است بلکه به معنای استیلاء است.

مالی که در دست دیگر است و تحت استیلاء شخص است سه حالت دارد:

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

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

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

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

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

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

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 عبا ی 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 قصّرين 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 برگردانیم 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 عرف عام کالحجر فی جنب الانسان می باشد.

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

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

لذا شارع را کنار می گذاریم.

چرا که معاملات از موضوعات است. چرا که خداوند عالم مولایی مثل همه موالی است و فرقی این است که مولویت ذاتی دارد مثل دیگری موالی در طول جعل نمی باشد. پس ما که می 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 موالی عرفیه اگر مولا از زید طلب کرد باید اطاعت کند اگر گفت من اعتبار می کنم مالکیت فلان را بر فلان شیء آیا آن عبد هم باید اعتبار کند؟ خیر. اگر بعد گفت تصرف تو نباید بدون اذن مالک باشد باز نباید در این مالی که مولا اعتبار مالکیت کرده است برای خالد، تصرف کند اما این اعتبار مولا اثری ندارد چرا که اگر اعتبار هم نکرده بود، و مولا امر می کرد که بدون اذن خالد در این مال تصرف نکن، باید تصرف نمی کرد. حتی اگر بالعکس هم اعتبار کرده بود باز اثری ندارد باز اگر مولا امر کند به تصرف به اذن او، باید اطاعت کند. لذا اعتبار شارع اگر بدون تکلیفی باشد، اثری ندارد. البته اثر تشریعی ندارد اگر اثر تکوینی داشت، که آثار آن بار می شود. حتی اگر هیچ اعتباری نکرده باشد اما درعین حال گفته باشد که در تصرف در این مال از خالدی که اصلا ملکیتی در این مال ندارد، اذن بگیر، عبد باید اطاعت کند.

اگر اعتبار کند و طلب نکند اصلا اثری ندارد. مثلا 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 ... &&& اصلا اثری ندارد اما این روال تشریعی است که اول اعتبار نجاست بکنند و بعد برای اشیاء نجس طلب و منعی داشته باشد اصلا 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 طبعا انسان نمی خورد و تنفر دارد این را نمی خورد لذا اصلا 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 مثلا نهی از تصرف بیش از یک سوم کرده است و واقعا 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 بداند یا خیر.

یک شخص می تواند عضوی از چندین عرف خاص است مثلا 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 اسیتلاء و صاحب الید عند العقلاء مأذون باشد که

عقلاء مستقيماً 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. نوعاً ضمان عقلائی است پاره ای از اعراف هم ضمانتهای خودشان را دارند. بلکه ممکن است که عقلاً و عرفاً ضامن نباشیم در عین حال شرعاً 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 فرقی با تعدی: تفریط کوتاهی در نگهداری مال است مثل اینکه ماشین را اجاره کرده است و متعارف است که در این منطقه و شهر ماشین را می برند پارکینگ یا دزد می برد یا این ماشین متعارف نمی باشد که بیرون بگذارد یا متعارف این است که در را قفل کنند و در را قفل نکرد این تفریط است.

تعدی این است که در آن دایره ای که گرفته استفاده نکند مثلاً 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.

مثلاً 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 دیگر 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 الف 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 فرش 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 فرش را در وسط خیابان نسبت به راه رفتن غیر محترم می باشد و اگر چاقو بردارید و پاره کنید محترم است.

^۱وجه عدم ضمان: ضمن یک حکیم است عرفی و عقلائی وقتی م یگوییم ضامن نیم باشد یعنی عرفاً و عقلاناً ضامن نمی باشد.

ما از کسانی بودیم که اگر بخواهیم بگوییم ضامن نمی باشد یعنی محترم نمی باشد یعنی باید عند العقلاء الغاء احترام شده باشد در نزد عقلاء این الغاء احترام عقلائی مسبوق است به الغاء احترام خود مالک اگر مالک الغاء احترام کرد و عقلاناً 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 می 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 ه 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 بیايد این معرض عنه را تلف کند عقلاء این شخص را ضامن می دانند. بلکه 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 ابشد در اینجا سه قول است:

قول اول اینکه این شخص ضامن می ابشد 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 ابشد 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 کرده است 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 ابشد 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.

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 مثلاً 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 مثلاً 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 مثلاً 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 اصلاً معنا ندارد که خلاف مقتضای عقد باشد بلکه دائماً مقتضای عقد است یعنی مثلاً 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.

دائما 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 مثلا 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 مثلا 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 اصلا 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.

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 اثار 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 فيه 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 موجر 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 فيه 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 ذوالید نسبت به تلف تحت الید باشد که عبارت باشد که هر مالی که در تحت ید ذوالیدی که مالک نمی باشد، تلف شود یا خسارتی بر آن وارد شود و مالک یا عقلاء الغاء احترام نکرده باشند ذوالید 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&&& 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 می‌گوید که اگر به شرطت عمل نکنی خانه را به تو تحویل نمی‌دهم یا از تو شکایت می‌کنم در محاکم عرفی.^۱

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

وجوب عقلائی اگر شارع ردع نکند، وجوب شرعی را اثبات نمی‌کند.

و الظاهر عدم الفرق في عدم الضمان مع عدم الأمري^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 ضامن نمی‌باشد. سید می‌فرمایند 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 است قبل از که خانه تحویل دهد، خسارت یا تلفی صورت می‌گیرد در هر دو صورت ضامن نمی‌باشد.

^۱ البته محاکم عرفی تارة به انسانها ظلم می‌کنند در اینجا جایز نمی‌باشد رجوع کند الا اینکه مشروط علیه به طرف ظلم کرده باشد مثلاً بدهکار است و بدهی را نمی‌دهد در حالیکه می‌تواند بدهد و اگر به محاکم رجوع کنند بجای طلبش که مثلاً هزار تومان است نه هزار تومان می‌گیرد و ما زاد را برای خودش بر میدارد در اینجا هم می‌تواند به محاکم رجوع کند.

^۲ ای الافراط او التعدی.

سید این مورد را تفکیک نکرده است:

یک صورت این استکه 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 استکه خانه را که اجاره می کنند مثلا 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 عرفا 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 عقلائا 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 عقلاء چه در شبهات موضوعیه و حکمیه برائی ندارند که احکام عقلائی موضوع احکام شرعی می باشد یعنی ممکن است در جائی که عقلائا احتیاط است برائت شرعی باشد و اگر شبهه موضوعیه است مثلا 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.

ثُمَّ هَذَا إِذَا كَانَتِ الْإِجَارَةُ صَحِيحَةً

و أما إذا كانت باطلة ففي ضمانها وجهان أقواهما العدم خصوصا إذا كان الموجر عالما 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.

مثلا 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 بعدا 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. بلکه در ازدواج اگر باطل باشد در آن خلاف شرع صورت می گیرد. اما مثلا ماشینی را می خرید که مبلغ را بعدا بدهی یا یک مقداری را اول بدهی

و ما بقى را بعدا بدهى يا مى گويد كه قيمت را بعدا مى گوييم اين معامله در نظر فقهاء باطل است، خوب باطل باشد و در زمان تحويل ما بقى پول يا زمان تعيين قيمت قطعى، تازه معامله منعقد مى شود اما درست است كه قبل از اين عقد باطل است اما اين مهم نمى باشد، مهم اين است كه در اين معامله مرتكب معصيت نشويم خوب دراينجا فرض اين است كه مالك، راضى از تصرف است و لو معامله باطل باشد. در زمان تحويل يا تعيين قيمت انشاء معاطاتى است و از همان معامله صحيح مى شود. همينكه پول را مى دهد و طرف هم قبول مى كند اين انشاء معاطاتى است. &&& بحث عدم رضايت ورثه.

اوجوه عدم ضمان المستأجر فى صورة بطلان الاجارة:

برای عدم ضمان مستأجر وجوهی را ذکر کرده اند:

الوجه الأول: أن الضمان يحتاج الى مقتضى و ليس ههنا.

ضمان مقتضى مى خواهد و مقتضای اصل عقلائی، عدم ضمان است نمى شود كه دو نفر نشسته اند و يکى به ديگرى ضامن شود بدون هيچ اقتضائى. يعنى در سيره عمومى عقلائی كه ضمان دائما سبب و مقتضى را مى خواهد. الان بحث ادله اجتهادى است و به مقام اصل عملى نرسيديم.

مناقشه: أن نفس اليد مقتضى للضمان عرفا و عقلا.

اين وجه تمام نمى باشد چون مى تواند كسى ادعا كند كه نفس يد بر مال غير سبب الضمان است سبب به معنای مقتضى ضمان است لذا اگر كسى يدى بر مال غيرى داشت و اين مال تلف شد سيره عقلائی است كه اين يد موجب ضمان است. يعنى اين يد كه اينها قائل

به عدم مقتضی بود، را ما مقتضی می دانیم در سیره عقلاء. کأن از این ید غفلت کرده اند که و فکر کرده اند که این ید مقتضی شرعی ضمان است نه اصلی عقلائی و عرفی.

الوجه الثانی: کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده.

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

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

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

مناقشه: أن هذه القاعدة یجری فی مصب العقد و العین لیس 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 متهمه 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 بلکه 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 جاییکه 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:

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 رد

اختیار او قرار گرفته می شود آیا بابت این عین هم پولی می خواهد ؟ خیر این را می گوئیم مجانی یا الغاء احترام. لذا اگر تلف شود یا خسارتی وارد شود ضامن نمی باشم.

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 فروخته 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 گوئیم اگر اختلاف زیاد نباشد، می گوئیم که عرفاً و عقلاً این شخص الغاء احترام کرده است اما اگر اختلاف زیاد باشد این جای شبهه دارد.

مسألة ١ : [لا يضمن العين التي للمستأجر بيد الموجر

بتلفها أو نقصها إلا بالتعدي أو التفريط أو اشتراط

ضمانها]

در قبل مسئله اجاره بر اعيان 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 موجر 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 المؤجر الذي آجر نفسه لعمل فيها كالثوب
آجر 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 موجر 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 فرق 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

۲۴۳۴- 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 رُبَّمَا زَادَ الطَّعَامُ قَالَ فَقَالَ يَدَّعِي 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 کشتیبان و ناخدای کشتی می باشد. این روایت می گوید که شرط ضمان درست است. این روایت در مورد اجاره بر اعمال است نه اجاره بر اعیان لذا بین اجاره بر اعمال و اعیان فرق گذاشته اند. ما علی القاعدة گفتیم که شرط درست است اما اگر گفتیم که علی القاعدة شرط درست نمی باشد، این روایت دال بر صحت شرط می باشد؟

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.

در این روایت سند و دلالتا مناقشه شده است:

سندا:

در روایت **مُوسَى بْنِ بَكْرِ الْوَاسِطِيِّ**

مرحوم شیخ گفته است که این «موسی بن بکر الواسطی» از واقفین است و توثیق ندارد. کسانی که گفته اند که این شخص توثیق دارد ابن بی عمیر و صفوان و بزنی از این شخص روایت کرده اند کسانی که گفته اند که مشایخ این سه نفر از ثقات می باشند این روایت می شود موثق و کسانی که قبول نکرده اند این روایت معتبر نمی شود.

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

کسانی که این شهادت قبول نکرده اند گفته اند که این کلام شیخ به قرینه یک کلام حدسی است در باب توثیقات خبر حدسی اعتبار ندارد. دلیل این که این شهادت حدسی و اجتهادی است این است که لا یروون و لا یرسلون الا عن ثقه از کجا شیخ فهمیده است که ارسال اینها هم از ثقه است خوب اینها که راوی را نقل نکرده است به این قرینه گفته شده است که حدس است و قرینه دیگر این است که شیخ کثیرما مشایخ این افراد را نقل می کند اما در کتاب رجال 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 دلالتا:

این دلالتش انصافش این است که این دلالت نمی باشد این کلام امام می فرمایند: « **عَلَيْهِ النُّقْصَانُ 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 &&&

۳ و لو تلفت أو أتلها المؤجر أو الأجنبي قبل العمل

أو في الأثناء بطلت الإجارة و رجعت الأجرة بتمامها أو بعضها إلى المستأجر بل لو أتلها 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.

^۱ ای المستأجر.

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

^۳ سه شنبه ۹۵/۱۱/۲۶.

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 المجرر موجب للتخيير بين 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 است که 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 خیاطه 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 المسئله:

بعضی از بزرگان مثل مرحوم خوئی اینها در مسئله تفصیل داده اند و آن تفصیل این است که این پارچه را که خیاط می گیرد بدوزد مثلاً گفته است یک هفته دیگر بیا ببر. اما کل خیاطه 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.

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.^۲

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

ایشان فرموده اند: در جاییکه قبل از انقضاء 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

^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.

^۲ 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.

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 مخیر بین 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.^۱

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 مثلاً مستأجر رفته پیش خیاط و خیاط روی رفاقت به او مثلاً پنجاه درصد تخفیف داده است و اجرة المسمى را

^۱ در اینجا ید شخص موجر، امانی است لذا ضامن عین نمی باشد بلکه ضامن عمل می باشد لذا این ضامن بر عمل - نه عین - باید امانی بودن قابل جمع می باشد. اما باید به خاطر عقدی که خوانده است، به موجب عقد عمل را تحویل دهد.

کمتر از اجرة المثل گرفته است. خوب با توجه به این بیان مرحوم آقای خوئی در اینجا موجر 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 منافع 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 انفساخی 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 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

^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 باطل نبود. ما می‌گوییم که عقد اجاره منفسخ است نه باطل. این تفسیر ما از ارتکاز عرف می‌باشد.

^۱ در اینجا ما نسبت به عقد اجاره قائلیم که منفسخ می‌شود من حین تلف اما آیا مستأجر ضامن اجرة می‌باشد یا خیر؟ &&
این دو فرض دارد:

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

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

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

عبارت سید که فرمودند که به تمامه یا بعضیه بر می‌گردد، 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 ورجعت الأجرة بتمامها أو بعضها إلى المستأجر» اینکه بعضش بر میگردد ظاهرش این است که در اثناء عمل، محل عمل تلف می‌شود و مقداری را به عنوان مزد بر می‌دارد و ما بقی را بر می‌گرداند.

این یک احتمال در مسئله است که مراد سید باشد. خوب در این صورت اجاره منفسخ می‌شود چرا سید فرمودند که «بطلت الإجارة» و فرمودند که انفسخت؟ می‌گوییم 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 المسمى 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 المسمى 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 مضمن است و اگر به کسی امر شد و الغاء احترام نشد فرد آمر ضامن این اجرة المثل این عمل می باشد. &&&

مناقشه:

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

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

این شخص نه اجرة المسمى را مستحق است چرا که یا عقد اجاره منفسخ می شود یا باطل می باشد. اما اگر منفسخ شد از حین تلف نسبت به تمام عمل منفسخ می شود به ارتکاز

چرا که این پارچه به درد مستأجر نمی خورد. اگر چه می توانست نسبت به بعض هم منفسخ شود اما ارتکاز مخالف این است.

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

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

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

بحث ما در اینجا است که عمل محل دارد و تحت ید اجیر می باشد در اینجا ما قائلیم که تسلیم به تسلیم محل است اما اگر محل نداشته باشد مثل نماز و روزه استیجاری و یا اگر محل دارد تحت استیلاء او نباشد مثلاً در خانه مستأجر چاه بکند در اینجا تسلیم به اتیان عمل است نه به تسلیم محل.

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

⁁&&&

²بحث 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 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 خیاطة هم است یا خیر؟

¹ سه شنبه ۹۵/۱۲/۰۳.

² چهارشنبه ۹۵/۱۲/۰۴.

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 غذاهای فلان ، سرطان زا است. 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 زا است 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 مثلا شما می روید یک کامپیوتر و وسیله ای می خرید تا درب جعبه را باز می کنید قیمت نزول پیدا می کند و لو اصلا استفاده نکنید ده درصد مثلا 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 مثلا وسیله ای را خریدید و اصلا 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 مثلا 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 راتفویت کرد گفتیم که درسیره عقلاء مطلق تفویت 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 مخالفت 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 عروه 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 &&&

۱ نعم لو كانت الإجارة واقعة على منفعة المؤجر

بأن يملك منفعته الخياطي في يوم كذا يكون إتلافه^۲ لمتعلق العمل بمنزلة استيفائه لأنه بإتلافه إياه فوت على نفسه المنفعة ففرق بين أن يكون العمل في ذمته^۳ أو يكون منفعته الكذائية للمستأجر^۴ ففي الصورة الأولى التلف قبل العمل موجب للبطلان و رجوع^۵ الأجرة إلى المستأجر و إن 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:

صورت چهارم جايي است که خود مالک محل عمل را از بين ببرد در اينجا آیا مالک ضامن است يا خير؟

سید دو فرض را فرمودند:

۱ چهارشنبه ۹۵/۱۲/۱۸.

۲ ای المالک 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.

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.

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

^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.

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

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

حالا تطبیق در ما نحن فیه:

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

اما در فرض دوم که اجیر منفعت خیاطة خودش را تملیک کرد در اینجا سید می گوید که تمام اجرة را باید به اجیر بدهد.

این در ما نحن فیه و فرمایش سید.

اما بررسی مسئله:

در فرض اول:

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

حتی اگر فرصت شغلی را از بین برده باشد باز ضامن نمی باشد چرا که در این جوامع امروزی که گفته شده است فرصت شغلی را متلف، ضامن است از باب تفویت عمل نمی باشد بلکه از باب فرصت شغلی است و الان متعارف در خارج خیاط فرصت شغلی ندارد.

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

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

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

در فرض دوم که منفعت را تملیک کرده است:

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

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

هذا تمام الكلام في 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 تفریط بکند، ضامن می باشد. مثلاً پراید دست دومی را اجاره کرده است که قیمی است نه مثلی بخلاف ماشین صفر که مثلی است. اگر این پراید را آتش زد مستأجر ضامن است و ضامن قیمت آن است.

قیمت چه روزی را باید داد؟ ما سه روز داریم يوم الضمان و يوم التلف و یکی هم يوم الأداء. این سه روز تارة با هم در یک زمان و تارة در دو زمان و تارة در سه زمان است.

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

اقوال در مسئله شش تاست:

قول اول يوم الضمان مرحوم تبریزی و خوئی.

بعضی يوم التلف می باشند که مشهور می باشند.

بعضی گفته اند يوم الاداء مرحوم سید است.

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

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

بعضی گفته اند اعلى القيم من يوم الضمان الى يوم الاداء.

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.

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 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 فرشی 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 فرشی 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 افرار کند عند مطالبه البایع.

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

الجهة الثانية:

تعریف مثلی و قیمی و تفاوت بین این دو:

دقت کنید فرض کنید ما ید عدوانی می گذاریم بر مال کسی دیگر یعنی مال دیگری را تحت استیلاء خود قرار دادیم و مال او را غصب کردیم. عدوانی یعنی یدی که امانی نباشد. الان که ید عدوانی گذاشت ذمه این غاصب که زید باشد و گوسفند عمرو را غصب کرده است مشغول

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

قول اول:

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

قول دوم:

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

قول سوم:

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

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

اول نقد قول اول و دوم:

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

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

قول سوم: که قول مشهور است که در قیمیات منتقل به بدل می شود که قیمت باشد. یعنی غاصب ضامن قیمت و مغضوب منه مالک قیمت مالش می شود. البته قیمت یوم التلف. اما اگر خودکاری را غاصب تلف کرد که در همه جا پیدا می شود در اینجا قائلند که مثل آن به ذمه می آید یعنی ذمه مشغول به مثل مال مغضوب منه می شود بخلاف فرض قبلی.

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

نکته اول:

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

نکته دوم:

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

گوسفند تلف شده باشد یا بهتر از گوسفند تلف شده باشد، مالک می تواند مطالبه قیمت را بکند.

ضمنا همه يوم الأدائی ها قول دومی هستند و يوم 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 مثلاً دفتری که استفاده نشده است مثلی است چرا که در بازار مثل آن است.

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

۱@ اشیاء به دو قسم تقسیم می شوند: یا مثل دارند مثل یک کیلو برنج طارم یا کیسه گندم اما پاره از اشیاء مثل ندارد مثل قالی دست باف و مثل گوسفند و مثل سایر حیوانات و ماشین و لباس مستعمل اینها قیمی می باشند. ملاک عرف است که برای آن مثل ببیند یا مثل نبیند. مثلاً 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 مثلاً نو باشد.

الجهة الثالثة: ضمان المثلی.

مشهور بین علماء ما این است که اگر کسی ضامن مال مثلی شود مثلاً 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 مثلاً 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 براءة ذمه می باشد. این در مثلثیات 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 مشکی 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 مشکی است که من مالک آن نمی باشم. از زید طلب می کنیم کتاب تلف شده را و زید کتاب مشکی را می آورد. سوال این است که چگونه می شود من مالک کتاب مشکی شدم با اینکه من اصلاً مالک کتاب مشکی 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 مشکی 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.

نکته:

این مقدار را علماء گفته اند که ذمه ما به مثل تالف ضامن می شود مثلا 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 مثلا 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 يوم الأداء را باید بدهد که این نظر مشهور شود که قیمت يوم 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 مثلا یک نفر این کتاب را دارد و گران می دهد حتی گران تر از قیمت سوقیه مثلا 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 مثلا 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 فرضا قیمی است چرا که دستباف است تلف کرد باید صد تومان بدهد. یعنی باید قیمت سوقیه را بدهد.

الجهة الرابعة في القيميات:

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 یوم التلف است در ذمه متلف.

قول چهارم: مالک قیمت یوم الاداء 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 اصلا 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 مثلا 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 نوعا یا قیمت تغییر نمی کند و اگر تغییر پیدا کرد نوعا گران می شود. لذا در این صورت نوعا 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 بعدا 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 بحثش 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 صحیحه ابی ولاد است و دسته ای می گفتند که اگر این صحیحه 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 صحیحه 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 آ»د به آ»جا 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 بغدا 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 ازایش 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 دائما استرجاع می کرد. این ا بی ولاد هم به آن شخص پولی می دهد و او را راضی می کند. بعد در سالی که 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. ظاهرا 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- ۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي وَلَّادٍ الْحَنَاطِ قَالَ: اكْتَرَيْتُ بَغْلًا إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ ذَاهِبًا وَ جَائِيًا بِكَذَا وَ كَذَا وَ خَرَجْتُ فِي طَلَبِ غَرِيمٍ لِي فَلَمَّا صِرْتُ قُرْبَ قَنْطَرَةِ الْكُوفَةِ- خُبِرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى النَّيْلِ- فَتَوَجَّهْتُ نَحْوَ النَّيْلِ- فَلَمَّا أَتَيْتُ النَّيْلَ- خُبِرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى بَغْدَادَ- فَاتَّبَعْتُهُ وَ ظَفِرْتُ بِهِ وَ فَرَّغْتُ مِمَّا بَيْنِي وَ بَيْنَهُ وَ رَجَعْنَا إِلَى الْكُوفَةِ-

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

وَ كَانَ ذَهَابِي وَ مَجِيئِي خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَأَخْبَرْتُ صَاحِبَ الْبَغْلِ بِغُذْرِي وَ أَرَدْتُ أَنْ أَتَحَلَّلَ مِنْهُ مِمَّا صَنَعْتُ وَ أَرْضِيَهُ فَبَدَّلْتُ لَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ فَتَرَضِينَا بِأَبِي حَنِيفَةَ فَأَخْبَرْتُهُ بِالْقِصَّةِ وَ أَخْبَرَهُ 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 اكْتَرَاهُ إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ فَخَالَفَ وَ رَكِبَهُ إِلَى النَّيْلِ وَ إِلَى بَغْدَادَ- فَضَمِنَ قِيَمَةَ الْبَغْلِ وَ سَقَطَ الْكِرَاءُ فَلَمَّا رَدَّ الْبَغْلَ سَلِيمًا وَ قَبَضْتَهُ لَمْ يَلْزِمُهُ الْكِرَاءُ قَالَ فَخَرَجْنَا مِنْ عِنْدِهِ وَ جَعَلَ صَاحِبُ الْبَغْلِ يَسْتَرْجِعُ فَرَحِمْتُهُ مِمَّا أَقْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ فَأَعْطَيْتُهُ شَيْئًا وَ تَحَلَّلْتُ مِنْهُ وَ حَجَجْتُ تِلْكَ السَّنَةَ فَأَخْبَرْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع بِمَا أَقْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ^١- فَقَالَ فِي مِثْلِ هَذَا الْقَضَاءِ وَ شَبِهِهِ تَحْبِيسُ السَّمَاءِ 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 عَافَيْتُهُ بِدَرَاهِمٍ فَلِي عَلَيْهِ عَافُهُ فَقَالَ لَا لِأَنَّكَ غَاصِبٌ^٢ وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛

ص ١٢٠

قَالَ فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ لَوْ عَطَبَ الْبَغْلُ وَ نَفَقَ أَلَيْسَ كَانَ يَلْزَمُنِي قَالَ نَعَمْ قِيَمَةُ بَغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتَهُ^٣ قُلْتُ فَإِنْ أَصَابَ الْبَغْلَ كَسْرٌ أَوْ دَبْرٌ أَوْ عَمْرٌ 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 فَحَلَفْتَ عَلَى الْقِيَمَةِ لَزِمَهُ ذَلِكَ أَوْ يَأْتِيَ صَاحِبُ الْبَغْلِ بِشُهُودٍ يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيَمَةَ الْبَغْلِ حِينَ اكْتَرَى كَذَا وَ كَذَا فَيَلْزِمُكَ فَقُلْتُ إِنِّي كُنْتُ

١ (١)- لا يخفى أن أبا حنيفة استدلل هنا باصالة البراءة والاستصحاب ونحوهما، "منه قده".

٢ شيخ حر عاملي، 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".

أَعْطَيْتُهُ دَرَاهِمَ وَ رَضِيَ بِهَا وَ حَلَّلَنِي فَقَالَ إِنَّمَا رَضِيَ بِهَا وَ حَلَّلَكَ حِينَ قَضَى عَلَيْهِ أَبُو حَنِيفَةَ بِالْجَوْرِ وَ الظُّلْمَ وَ لَكِنْ ارْجِعْ إِلَيْهِ فَأَخْبِرْهُ بِمَا أَفْنَيْتُكَ بِهِ فَإِنْ جَعَلَكَ فِي حِلٍّ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْكَ بَعْدَ ذَلِكَ الْحَدِيثُ.^۱

اما آنجا روایت که شاهد مثال آقایان است:

وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۲۰

قَالَ فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ لَوْ عَطَبَ الْبُغْلُ وَ نَفَقَ أَلَيْسَ كَانَ يَلْزُمُنِي قَالَ نَعَمْ قِيمَةُ بُغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتَهُ^۲

«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.

^۱ شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

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

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.

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 قیمة 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 يلزمک يوم المخالفة.

قلت:

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 يلزمک وضعی باشد یعنی اشتغال ذمه باشد یعنی يشتغل ذمک يوم المخالفة بالقيمة اگر مراد از يلزمک 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 يوم 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 عقلائیه 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 عقلائیه 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 حجیت است.

&&&

خود مرحوم خوئی هم حجیت 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 دقائقی را بتوانند منتقل کنند اینطور نمی باشد و اگر مقداری جواب سوالات 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.

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

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

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

وجه این قول خیلی روشن شد. می گویند که وقتی گوسفند را غصب کرد چیزی به ذمه نیامد و فقط یک تکلیف به گردن او آمده است و آن رد گوسفند به زید می باشد. (اینکه می گوئیم رد واجب است این تسامحی است یعنی نگه نداشتن و &&& مثل اینکه می گوئیم نماز نخواندن حرام است در حالیکه نماز نخواندن حرام نمی باشد بلکه نماز خواندن واجب است معصیت عبارت است از ترک واجب یا ارتکاب حرام)

در یوم التلف که گوسفند موجود نمی باشد، تالف ذمه او مشغول می شود به یکی از سه امر یا به عبارت دیگر زید مالک یکی از سه امر می باشد:

خود و شخص گوسفند حال قبلا در عالم عین بود اما الان به ذمه رفته است.
مالک شخص گوسفند نمی باشد بلکه مالک مثل گوسفند می باشد که شبیه گوسفند آن شخص گوسفندی است که تلف شده است و مو نمی زند از لحاظ صفات.

مثل اینکه در مقابل آینه می ایستد که آنچه در آینه است شما نمی باشید اما مثل شماست و اصلا خصوصیات مو نمی زند. 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 می توان مثل را اعتبار کرد.

احتمال سوم:

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

مناقشه:

مغالطه ای کرده اند که گفته اند که چه واجب است؟ قیمت پس در ذمه هم قیمت است این پس درست نمی باشد این اعتبارات عقلائی. &&&

اگر من یکی از ابدال را تسلیم کنم عرفا و عقلا تسلیم ما فی الذمه است اصلا ما فی الذمه امر اعتباری است و چیزی نمی باشد که به شخص بدهم و من دائما بدل را می دهم اما در نظر عقلاء اعطاء بدل و ما ينطبق عليه اعطاء ما فی الذمه است. اما اگر تلف شده، قیمی باشد بدلش می شود قیمت. لذا اشتغال ذمه به مثل است و قابل اعطاء نمی باشد چرا که وجود اعتباری دارد لذا باید بدلش را اداء کنم و بدل قیمیات قیمت است.

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

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

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

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

ببینیم قائلین دلیلشان چیست؟

سه دلیل در مجموع بیان کرده اند:

دلیل اول از سید در حاشیه مکاسب.

دلیل دوم وجه مرحوم خوئی و

دلیل سوم قول خودمان.

اما دلیل سید یزدی:

ایشان گفته اند که وقتی این شخص غاصب این گوسفند را غصب می کند گوسفند را
واجب است اداء کند. به چه دلیل؟ به دلیل روایت «علی الید ما اخذت». این گوسفند در
خانه غاصب است تا می رسیم به وسط ما ه 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 بدش را بدهد، که می شود قیمت گوسفند در يوم 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 عقلا 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 شرعا 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 قبلا 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 مثلا یک کسیه 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.

^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.

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 طابقا نعلا بالنعل شبیه باشد که همان مثل می شود.

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

اعیان قید زمان بر نمی ددرد مثلا من گوسفند را تلف کردم 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 اخروی متضرر نمی شود.

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

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

ببینیم 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 گوئیم 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 شرعا 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 افرار ذمه این فعل حرامی است نه اینکه اداء واجب باشد؟ کدام است؟ مثلا شما شرب خمر و نماز که شرب خمر حرام است که می گوئیم که اجتناب از شرب خمر واجب است و عرفیا می گوئیم اما در واقع اجتناب واجب نمی باشد بلکه شرب خمر حرام است. در صلاة می گویند که نماز خواند واجب است و یم گوئیم ترک صلاة حرام است عرفیا مشکلی ندارد اما واقعا ترک صلاة حرام نمی باشد ولکن انجام صلاة واجب شد.

خوب سوال این است که وقتی مالک گوسفند شدیم &&& عقلاء بر من واجب است اداء و افرار ذمه واجب است یا عدم افرار 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 بگویند 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 بخرو 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 سابقاً که تابع مرحوم خوئی بودیم در شرح عروه که می گفتیم که شخص به ذمه می آید و بعد گفتیم که مثل به ذمه می آید یعنی تابع ایشان در شرح مکاسب شدیم و اما در عهده با ایشان مخالفت کردیم.

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

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

ما گفتیم که وجوبی نداریم و بحث حرمت عدم افراغ می باشد، اما باز فرقی ندارد چون اثر هر دو یکی است، اما چون وجوب افراغ ذمه با ذهن ما مأنوس تر است، از وجوب افراغ ذمه استفاده می کنیم. ما مکلف به افراغ ذمه می باشیم و اگر مطالبه کرد بر ما حرام است عدم افراغ ذمه. غاصب مکلف به چه می باشد؟

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

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

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

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

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

ما در فقه موارد زیادی داریم که تعیین تارة به ید بایع و تارة مشتری است و در فقه امثله زیادی دارد سوال این که در ما نحن فیه، تعیین به ید چه کسی می باشد؟

ما قائلیم بر اساس ارتکاز، تعیین به ید مالک است. لذا هر چه را مطالبه کرد، غاصب مکلف به اداء آن است.

۱معنای 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:

اینکه به زید بگوییم 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 عقلائیة 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 افاق 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 تبأ این تفاوت که اعراض در اموال خارجی اس و ابراء در اموال ذمی اس ت. مثلاً این دفتر مال من است من از این دفتر اعراض کردم و گفتم 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 &&& اصلاً 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 ظاهرا 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 اصلا 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 اصلا 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 ایقاع 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 مثلا 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 عرفا می شود اداء ما فی الذمه بدون اینکه معاوضه ای صورت بگیرد. بلکه 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 عباء 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 شریفان باشد وجود فرضی دارد نه وجود تخیلی. وجود تخیلی یعنی گوسفندی تخیل می شود اما در وجود فرضی تخیلی نمی باشد می گویم 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 لامتناع 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 عقلاً و عرفاً 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 الكلام 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، وجوئه 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 با وضو خواندید یا خیر؟ قاعده اشتغال نمی آید بلکه قاعده فراغ می گوید که نماز درست است. یا نماز بدون سوره خواندید و شک می کنید که نماز شما درست است یا خیر؟ شارع ترخیص داده است.

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

هذا تمام الكلام في الوجه الاول.

وجه دوم: استصحاب.

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

مناقشه:

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

وجه سوم: قاعده لا ضرر

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

این قاعده در ما نحن فيه دو تقریب دارد:

تقریب اول:

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 لاجوب 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 مورد حق ى 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 نمیباشد 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 لاضرر در باب تمام مکلفین آمده است نه فقط مالک.

نگویید 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 صاحب 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 زیاد 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 نهایتا 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.

مثلا 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 ابه این آیه شریفه استناد کرده اند اما ما اینگونه استفاده ها را قبول نکردیم.

۱مسألة ۳: إذا أُلِفَ الثوب بعد الخياطة

ضمن قيمته مخيطا و استحق الأجرة المسماة

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

الاحتمالات فی المسئلة:

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

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

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

الدلائل:

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

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

چرا ضامن پیراهن است؟

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

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

اما دليل استحقاق مطالبه الأجرة المسمى: لان العقد موجب لاستحقاقه و التسليم موجب حق المطالبة و هو سَلَمَه باتمام العمل.

در سابق گفتیم به مجرد عقد اجیر مالک اجرة المسمى می شود در ذمه مالک و مستأجر اما حق المطالبة ندارد کی حق المطالبة پیدا می کند زمانی که تسلیم کند در نزد سید و مرحوم خوئی تسلیم عمل به اتمام است. همین که عمل را تمام کرد تسلیم کرد و حق المطالبة دارد همین که تمام کرد حق المطالبة دارد و وقتی آتش زد ضامن قیمت عین می شود. این احتمال اول که مختار مرحوم سید و مرحوم خوئی است.

مناقشتین:

بر فرمایش این دو بزرگوار دو اشکال وارد است:

الاولی: سیشار الیها فی الاحتمال الرابع.

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

الثانية: ان التسليم عندنا بتسليم العين او بدله لا اتمامه.

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

الاحتمال الثانی: نفس الاحتمال السابق لكن المطالبة بتسليم العين لا اتمامه.

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

مناقشة: سیاتی فی الاحتمال الرابع.

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

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

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

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

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

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

اما نسبت به استحقاق اجرة: گفته اند مستحق اجرة نمی باشد به خاطر این که عمل را تسلیم نکرده است و تسلیم عمل به محل است. نه اجرة المسمى و نه اجرة المثل. مثل اینکه کسی را اجیر کردید که اتاق را رنگ کند این شخص تمام دیگر اتاقها را رنگ می کند اما اتاق را رنگ نمی کند، این شخص مستحق اجرة است؟! خیر.

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

مناقشة: هذا الارتكاز صحيح لا في المثل الجارى و مع ذلك ان الاجير سلمه اليه فمستحق للاجرة المسمى.

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

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

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

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

الاحتمال الرابع: ان الاجير ضامن المخيط و المستاجر مخير بين الامضاء و الفسخ فله مطالبة الاجرة المسمى فى الاول فقط.

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

مناقشة: ان الامر بالعمل مضمن عند العقلاء حتى فى صورة الفسخ.

درست است که عمل را تسلیم نکرده است اما عمل را به امر مستأجر انجام داده است مثلاً اینجا کسی به شخصی امر کند که بیا و ماشین من را بشوی در اینجا باید آمر اجرة المسمى

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

^۲ چهارشنبه ۹۶/۰۶/۱۵.

را بدهد در اینجا هم عملی را انجام داده است به امر مستأجر و در سیره عقلاء امر به عمل مضمّن است. الا در سه جا مضمّن نمی باشد:

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

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

مورد سوم است و آن جایی است که آمر مجانا امر به عمل کند مثلاً گفت است که لله این ماشین را تعمیر کن در اینجا اگر عامل به قصد اجرت هم انجام دهد مستحق اجرت نمی باشد چرا که آمر عمل را مجانی از او خواسته بود. چرا که آن چه را که آمر خواسته بود، عمل مجانی بود و عامل انجام نداده بود چرا که عملی که عامل انجام داده بود عمل غیر مجانی بود. اشکالی که به احتمال اول و دوم وارد بود و گفتیم در احتمال چهارم می گوئیم این بوده است که احتمال اول و دوم، حق فسخ را نادیده گرفته بودند که از ناحیه شرط ارتکازی می آید که شرط ارتکازی این است &&& که اگر عمل را اجیر انجام ندهد، مستأجر حق فسخ داشته باشد.

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

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

احتمال پنجم که مختار خودمان هم است این است که مستأجر مخیر بین امضاء و فسخ است و در صورت امضاء اجیر ضامن پیراهن است و قیمت آن به محض این که قیمت را داد

مطالبه اجرة المسمى می کند و در صورت فسخ اجیر ضامن قیمت پیراهن است و حق مطالبه اجرة المثل را دارد که می تواند از اجرة المسمى کمتر یا بیشتر باشد. چرا عقد فسخ شده است و عقدی در کار نمی باشد.

لذا با فرمایش مرحوم سید موافق نمی باشیم.

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

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

مثلا قیمت پارچه صد هزار تومان بود و الان پنجاه هزار تومان می خرند. خوب اجیر کدام را ضامن است؟ مستأجر ضامن اجرة المسمى و مثل است یا خیر؟

در جایی که قیمت ها مساوی است اجیر باید صد هزار تومان بدهد اما آیا مستأجر ضامن اجرة المثل و المسمى را باید بدهد؟ بر اساس ارتکاز نباید بدهد چرا که درست است که باید

اجیر صد هزار تومان بدهد چرا که قیمت همان پارچه است اما عرفا این دیگر تسلیم محل حساب نمی شود لذا درست است که این عمل به امر مستأجر انجام داده است اما عرفا تسلیم محل عمل نکرده است و امر زمانی مضمن است که تسلیم محل عمل کند.

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

اشکال:

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

جواب:

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

۱ و کذا لو حمل متاعا إلى مكان معين ثم تلف مضمونا

أو أتلّفه فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان...

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

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

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

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

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

لا أن يكون المالك مخيرا بين تضمينه غير مخيط بلا أجر أو مخيطا مع الأجرة.

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

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

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

علت اول:

در باب اجاره بر اعمال تارة غرض مستأجر خود عمل است و تارة غرض مستأجر نتیجه عمل است مثلا ما کسی را اجیر می کنیم برای خیاطت وقتی که اجیر بر خیاطت شد غرض مستأجر از این اجارة نفس خیاطت است یا نتیجه خیاطت؟ نتیجه خیاطت که پیراهن باشد. اما تارة غرض خود عمل است نه نتیجه عمل مثل اینکه کسی را اجیر می کنیم که یک ختم قرآن برای فلان فامیل مرحوممان بخواند. خوب در اینجا غرض در قرائت قرآن است یا نتیجه قرائت که تنعم میت از این قرآن است؟ خود عمل غرض مستأجر است در اینجا - و لو مشخص شود که فایده اخروی برای میت نداشته است و اصلا از این قرائت قرآن اصلا بهره ای نبرده است - بعد از انجام عمل مستأجر باید اجرة را بدهد. اثر در اینجا پیدا می شود اگر پارچه را دوخت و پیراهن را تحویل نداد عقلا عمل را به من تحویل نداده است لذا اگر خیاط عملی هم انجام نداد و با کرامت پارچه را به پیراهن تبدیل کرد در اینجا اگر پیراهن را تحویل داد و لو عملی انجام نداده است، باز مستحق اجرة المسمى است اما در جایی که غرض خود عمل

است اگر ثوابی هم به میت نرسید و نتیجه مرتب نشد اما عمل انجام شد، اجیر مستحق اجرة می باشد چرا که غرض نتیجه نمی باشد بلکه خود عمل است.

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

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

فرق دوم:

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

در عبارت سید این بود: «**تضمینه غیر مخیط بلا أجره**» این عبارت سید نارسا است دست او نیست که هر طور بخواهد تضمین کند تضمین می کند غیر مخیط یعنی عقد اجاره را فسخ می کند و بعد تسلیم پارچه را بخواهد، و بعد قیمت آن را بگیرد و اجرة هم به او ندهد چرا که عمل را به او تسلیم نکرد و بعد فرموده بودند: «**أو مخیطا مع**

الأجرة «تضمین مخیط یعنی اجاره را ابقاء می کند و قیمت پیراهن را می گیرد و این به منزله تسلیم عمل است و اجرة المسمى را به او می دهد.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

او بدهم یا قیمت مکانی که می خواهم اداء کنم باید بدهم. فرض این است که این عباء قیمی است.

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

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

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

نکته:

بحث ما در قیمیات است نه در مثلیات در مثلیات دیگر این حرفها پیش نمی آید من ماشین صفر زید را تلف کردم من هرزمان بخواهم اداء کنم یک ماشین صفر به او می دهم.

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

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

اول برویم سراغ مکان و بعد سراغ زمان.

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

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

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

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

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

احتمال دوم: مکان التلفی می باشند.

اینها در غیر مکان حرفشان چه است؟ مشهور قائل اند که وقتی شخصی مالی را غصب می کند چه چیزی به عهده می آید چیزی به ذمه نمی آید و رد المال الی مالک بر عهده می آید تا روز تلف و بعد از تلف قیمت به ذمه می آید. تا قبل از تهران بر عهده زید رد المال الی المالک بر عهده بود و در تهران تلف شد بر ذمه زید قیمت ماشین در تهران بود که قیمت آن یازده میلیون بود که یازده میلیون به مالک بدهکار می شود. قیمت در ذمه اصلا رشد نمی کند. هزار تومان در ذمه دائما هزار تومان است عرفا. اینها معتقدند که تا روز قیامت این یازده میلیون یازده میلیون است یک قران کم و زیاد نمی شود. دلیل اینها سیره عقلاء است. همه دنبال سیره عقلاء رفته اند و بعد علی الید ما اخذت حتی تودی را با توجه به مختار خودشان معنا کردند چرا که این روایت ظرفیت توجیهات مختلفی را دارد.

احتمال سوم که احتمال ما است در روز تلف در قیمیات مثل مال به ذمه می آید نه قیمت یعنی ماشین در عهده من است وقتی به زمان اداء رسیدیم چون مثل ممکن نمی باشد باید بدیش را بدهم خوب بدل این ماشین قیمت ماشین است در مشهد یا قیمت ماشین است در اهواز یا قیمت ماشین در تهران؟ کدام بدل آن مثل است؟ ما هم گفتیم قیمت مکان التلف چرا که خصوصیت مکان به ذمه می آید مالک، مالک مالک ماشینی است که در تهران است

در نظر عرف مکان به ذمه می آید لذا باید در مشهد یازده میلیون بدهم پس نظرمان با احتمال دوم فرق دارد اما نتیجتاً یکی شدیم. لذا در مکان، مکان التلفی شدیم.

انم الکلام در زمان است من گوسفندی را غصب کردم و بعد از یکسال این گوسفند را تلف کردم و بعد از دو سال می خواهم قیمت آن را بدهم.

گوسفند یک خصوصیتی دارد که بعد از یکسال بزرگ می شود و یک افزایش قیمت بخاطر بزرگی دارد. در حالی که بحث ما ارتفاع قیمت به لحاظ زمان است فقط لذا مثال فرش می زنیم.

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

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

کسانی که در زمان، زمان الادائی شدند در مکان، مکان الادائی نشدند. در اینجا مختار خود ما همین است. سوالی است که باید جواب داد که چه فرق است بین زمان و مکان که خصوصیت مکان در عین اخذ می شود و ما ضامن آن مال در آن مکان تلف می شویم اما خصوصیت زمان اخذ نمی شود لذا این شخص ضامن این مال می شود در یوم الاداء؟ چرا خصوصیت مکانی را در مال تالف اخذ می کنیم بخلاف خصوصیت زمانی؟ جواب داده اند که

ما نمی دانیم علت را اما ارتکاز عرف این است. ما گفتیم شاید علت این باشد که مکان در اذهان عرف مورد التفات واقع می شود و توجه می کند که در کدام شهر و کشور و استان هستیم اما خصوصیت زمان از ذهن عرف غائب می شود دائماً در برخوردها سوال از محل زندگی را سوال می کنند شما اهل کدام شهر یا کشور می باشید اما در زمان هیچ زمان سوال نمی شود و مغفول عنه است لذا تنها چیزی که در نظر ما ارزش ندارد، زمان است که مصداق آن عمر ماست که ارزشی برای آن قائل نمی باشیم.

&&& سوال باقری.

&&&

مسألة ۴: إذا أفسد الأجير للخيطة

أو القصارة أو التفصيل الثوب ضمن

و كذا الحجام إذا جنى في حجامته أو الختّان في ختانه و كذا الكحال و البيطار^۲ و كل من آجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده يكون ضامناً إذا تجاوز عن الحد المأذون فيه و إن كان بغير قصده

^۱ سه شنبه ۱۸/۰۷/۹۶.

^۲ دام پزشک.

لعموم^۱ من أتلف^۲ و للصحيح عن أبي عبد الله ع: في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده فقال ع كل عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن^۳

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

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

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

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

^۱ شمول.

^۲ من اتلف مال الغير فهو له ضامن این دو فرد دارد که مال را از بین ببریم مثلا مال دیگری را کلا بخوریم یا اینکه وصفی از آن را از بین ببریم نه این که کلا از ببریم این من اتلف اصطیاد از روایات است نه این که خودش روایت باشد کما اینکه مقعد اجماع است.

^۳ وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص: ۱۴۷

سوال فاضل رضانی ،،،

بل ظاهر المشهور ضمانه

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

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

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

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

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

در قدیم بقال سرکوچه و کشاورز هم ختنه می کردند و اینها فقط عامل بودند نه این که تشخیص هم بدهد اما در زمان ما کار تشخیص هم با دکتر است.

پس محل بحث در جایی است که هیچ کوتاهی در این عمل صورت نگرفته است.

این محل بحث.

اقوال در مسئله:

مجموعاً اقوال در مسئله چهار قول است:

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

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

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

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

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

وجه قول اول:

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

مستند قاعده «من اتلف» می باشد

مناقشه:

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

پس اتلاف مطلقاً سبب الضمان نمی باشد.

اگر تمسک کرده اند به اطلاق روایت در صحیح بود: «کل عامل ...» که اطلاق داشت. حتی می گیرد در جایی که افساد مربوط به خصوصیتی در شیء بوده است. اگر به این اطلاق بخواهیم تمسک کنیم این روایت اگر نگوییم انصراف دارد اطلاق ندارد فهم عرفی این است که اگر تعدی کند از مقدار ماذون چرا که در روایت «افسد» آمده است و این عبارت ظهور در تعدی دارد. این روایت در مورد یک ارتکاز آمده است و بیش از مقدار ارتکاز اطلاق ندارد. لذا وجهی برای قول به ضمان که مشهور است به نظر نمی رسد چرا که یا قاعده اتلاف است یا روایت غیر اینکه در مورد ارتکاز واقع شده است ضمن این که در روایت آمده است که فافسد که ظاهر آن در تعدی است.

^۱ وقتی به معلقین عروه مراجعه می کنیم دیده می شود که اکثر معلقین موافق با سید می باشند و توقف کرده اند این نشان دهنده غموض این مسئله می باشد.

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

بیان ایشان:

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

اما چرا بچه را ضامن است؟ هیچ وقت خون مسلم هدر نمی رود لذا اگر مسلمانی به قتل رسید و قاتل پیدا نشد از بیت المال باید دیه را به ورثه مقتول بدهند در ما نحن فیه بچه مسلمان است به هر حال قتلی و موتی صورت گرفته است و فاعل این قتل این شخص ختان بوده است و ختنه او منشا این موت و قتل شده است و اگر ختنه نمی شد نمی مرد لذا چون خون مسلمان هدر نمی باشد بر شخص ختان لازم است که پول دم را و دیه را بدهد.

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

مناقشه:

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

فرق مشخص نمی باشد مشخص است که یک ابهامی دارد.

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

بله در ارتکاز ایشان چیزی بوده است که در مورد این ارتکاز بعداً بیشتر توضیح خواهیم داد.

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

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

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

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

وجه این قول: دو بیان دارند:

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

مناقشه:

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

این توضیحی است که در مغرور گفته شده است .

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

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

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

بیان دوم:

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

مناقشه:

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

ان قلت:

این اشکال موید نظر مرحوم خوئی است.

قلت:

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

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

خوب نکته مهم این است که این چطور اذن در تلف است؟ در جایی که ختنه سبب الموت است و شخص اذن در ختنه دهد این غیر صریح دال بر اذن در اتلاف جان است. در ارتکاز ما این است که ختان ضامن نمی باشد لذا مشخص می شود در امثال این ختنه اذن در ختنه اذن در اتلاف است.

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

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

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

مسأله ۵: الطیب المباشر للعلاج

إذا أفسد ضامن

و إن كان حاذقا...

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

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

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

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

کلام در وجه این ضمان است:

وجه اول:

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

اشکال شده است که این قاعده اما و اما است:

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

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

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

الغاء خصوصیت و اولویت غیر عرفی است.

این وجه اول ظاهراً تمام نمی باشد.

وجه دوم:

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

مناقشه:

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

وجه سوم:

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

مناقشه:

بحث ما عام است در مسلمان و غیر مسلمان (فقهاء که قائلند که اموال غیر مسلمان محترم نمی باشد منافات با ضمان ندارد مثلاً شما فرض کنید این طعام مال غیر مسلمان است این دو صورت دارد یکبار تلف می کنید و ولو به خوردن یک دفعه تملک می کنید و بعد می خورید ماهی که ما از دریا می گیریم یکبار تملک نمی کنیم می گیریم و می خوریم اینجا ماهی ملک ما نمی باشد بلکه ماهی مباح را می خوریم یکبار اول تملک کردیم و بعد خوردیم اینجا مال خود را خوردیم در بحث کفار اینطور است که اگر مال کفار را خوردیم مال کفار را خوردی و ضامنی و او مالک ما فی الذمه من می باشد اما این که مالش محترم نمی باشد یعنی لازم نمی باشد که ذمه خود را فارق کنید مثلاً پول آن را به او بدهی. هیچ جا مالی قهراً داخل در ملکیت انسان نمی شود الا در ارث. بخلاف جایی که قصد تملک کرد مالک شده و دیگر ضمان معنا ندارد.)

ثانیا روایات که می گوید خون مسلمان هدر نمی باشد معنایش این نمی باشد که ضامن باشد بلکه هدر نمی باشد و لو به این که بیت المال آن را جبران کند مسلمان در قتل خطائی باید بیت المال ضامن است و باید بدهد در طبیب طبیب ضامن است یا بیت المال. ثالثا روایات فقط در مورد جان است و خسارت جانی و مال را در بر نمی گیرد. وجه چهارم: روایتی است که وارد شده است.

صحیحہ سکونی:

وسائل الشیعة ؛ ج ۲۹ ؛ ص ۲۶۰

۳۵۵۸۲- ۱- ۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّنَ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ.^۲

گفته اند که روایت خوبی است هم سنداً و دلالتاً.

مناقشه:

بر این روایت سنداً و دلالتاً اشکال شده است.

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

ایم

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

^۱ (۶) - الکافی ۷ - ۳۶۴ - ۱.

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

دلایلی:

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

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

ثانیا:

یک اشکال فقهی بوده است مبنائی.

مقدمه: ما در سیره عقلائیه مثل ضمان و ملکیت عرفی هستیم مثلاً در عرفی طبیب را ضامن بدانند و در عرفی نبینند یا احیاء ارض را در عرفی مملک ببینند بخلاف عرف دیگر ملاک این است که سایر اعراف در دایره آن عرف بپذیرند که نوعاً در مورد ضمان و ملکیت می پذیرند. اگر گفتی که طبیب در عرف الف ضامن می باشد و در عرف ب ضامن نمی باشد. می گوئیم در عرف الف طبیب عقلاً ضامن می باشد و در عرف ب عقلاً ضامن نمی باشد.

اما این روایت اگر در عرف زمان حضرت طبیب را ضامن می دیدند از حضرت اگر سوال می شد می فرمودند ضامن است و اگر در آن عرف ضامن نمی دیدند و قرار بود موقف حضرت امضائی بود می فرمود ضامن نمی باشد. بلکه شارع می توانست در مورد خاص تاسیس کند و ضامن بدانند و وقتی این احتمال آمد روایت مجمل است این که اما فرمودند که ضامن است

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

از باب امضائیت بوده است یا خیر اما در مقام امضاء نمی‌آید بلکه در مقام تاسیس است اعتبار ضمان کرده است برای طبیب معالج این را دیگر ما نیم‌توانیم بفهمیم. اگر احتمال بدهیم می‌خواسته است که این حکم را می‌خواسته است برای سایر اعراف جعل کند در این صورت نسبت به این عرف می‌شود امضاء و برای دیگر اعراف می‌شود تاسیس.

بله سیره عقلائیه در پشتش حکمتی است حتی اگر ذهنیت این باشد خود این ذهنیت باعث می‌شود موافق با مصلحت باشد و لو صورت دیگر آن بهتر باشد همیشه در ذهن فقهاء این بوده است که دیگران تاسیس کرده است در حالیکه خود به خود به دست آمده است. خوب نهایتاً با این بیان امضاء بوده است اما نه امضاء برای همه زمانها. بلکه فقهاء می‌توانند عرف را عوض کنند یعنی اگر فقهاء فتوا به عدم ضمان می‌دادند عرف هم عدم ضمان می‌شود فقهاء را می‌توان تخطئه کرد اما عرف را نمی‌توان تخطئه کرد. بلکه فقیه می‌تواند فتوا دهد تا عرف را عوض کند.

پس این روایت دلالتش نا تمام است.

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

اما مشکل سندی:

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

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

^۱ در این روایت دو نفر است نوفلی و سکونی.

بین علماء ما اختلاف است بعضی این دو نفر را قبول کرده‌اند و بعضی قبول نکرده‌اند.

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

نکته اول:

خبر موثوق الصدور حجت است یا خیر ثقه؟ مشهور متاخرین قائل به حجیت خبر ثقه می باشند چرا که مراد از موثوق الصدور یعنی خبری که ما اطمینان پیدا می کنیم که از امام صادر شده است و گفته شده است که حجج برای غیر قاطع و مطمئن حجت است. در نظر مشهور مطلق اطمینان حجت است چه نوعی باشد چه شخصی.

بله ما به خبر موثوق الصدور عمل می کنیم اما آن اطمینان حجت نمی باشد کما اینکه ما قطع را حجت نمی دانیم فقط عمل می کنیم.

اینها جهات بحث را تفکیک نکرده بودند که دیگر اطمینان است که حجت است نه خبر.

نکته دوم:

توثیق دو نوع است: توثیق خاص که شخص را به طور خاص توثیق کرده باشند . توثیق عام یعنی در تحت یک عنوان عام توثیق کرده باشیم و نظر به شخص خاصی نداریم مثلاً من روی عنه ابی عمیر فهو موثوق. یا اینکه می گویند آنهایی که در این کتاب آورده ام ثقات است قبل از نوشتن کتاب می شود این کلام توثیق عام است اما بعد از نوشتن کتاب این کلام که اشاره به رجال در این کتاب است ثقه هستند این توثیق خاص است مثل این که بگوید که زید و بکر و ... ثقه.

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

ذی المقدمه:

سکونی:

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

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

مستبصرا ثقة فی دینه متحرجا عن الکذب غیر متهم فیما یروی و اما اذا کان مخالفا للاعتقاد فی الاصل المذهب و روی مع ذلک عن الائمة علیهم السلام اعتقاد ما به ائمه با اهل سنت به ائمه متفاوت است و در نظر ایشان ائمه علیهم السلام از عالمان و زهاد و صالحین بوده است. نظر فیما یرویه فان کان هناك من الطرق الموثوق بهم ما یخالفه و جب اطراح خبره و ان کان ،،، و جب العمل به و ان لم یکن هناك من الفرقة المحقة خبر یوافق ذلک و لا یخالفه و لا یعرف قول فيه و جب ایضا العمل به. این صورت مثل صورت موافق است. لما روی عن الصادق انه قال اذا نزلت لکم حادثه لا یجدونه حکمها فیما یرونها فانظروا الی ما یرووه عن علی علیه السلام می دانید امیرالمومنین در نظر شیعه خصوصیتی ندارد حال به جای ایشان از امام صادق روایت کرده باشند این الغاء خصوصیت می شود و احتمال فرق نمی باشد. حال اگر این مخالف از امام باقر نقل کرد باز مسموع است فاعملوا به. این بیان مرحوم شیخ تا اینجا. بعد مرحوم شیخ می فرمایند: و لاجل ما قلنا عملت الطائفة یعنی فقهای شیعه بما رواه حفص بن غیاث و غیاث بن کلوب و نوح بن دراج و السکونی که همه از مخالفین می باشند. و غیرهم من العامة عن ائمتنا علیهم السلام فیما لم ینکروه و لم یکن عندهم خلافه. عده ج ۱ ص ۳۷۹ از کتاب قاموس عبارت عده را نقل کردم قاموس ج ۲ ص ۲۱

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

اولا:

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

ثانیا:

اما کلام محقق و کسانی که ادعا کرده اند که اصحاب به روایت سکونی عمل می کردند خوب قبول کردیم که اصحاب به روایت سکونی عمل می کردند خوب ثم ماذا؟ خوب عمل آنها به چه درد ما می خورد؟! از عمل اصحاب استفاده می شود که اصحاب سکونی معتبر است؟! شاید در نظر اینها قرائنی بوده است که اطمینان به صدور پیدا کرده اند و اطمینان نوعی هم باشد بر مطمئن حجت است و اگر شما بگویید که از عمل اصحاب برای من اطمینان به وثاقت حاصل می شود خوب اشکالی ندارد در این صورت عمل می کنید اما معنایش حجیت اطمینان می باشد. اگر چه برای ما اطمینان هم پیدا نمی شود. توثیق غیر اعتقاد است حتی اگر عمل اینها دلالت بر اعتقاد اینها به وثاقت باشد، باز فایده ای ندارد چرا که اعتقاد این ها دیگر

شهادت نمی باشد. و چون سبب این اطمینان نیامده است برای ما فایده ای ندارد در جایی سبب اطمینان حجت است که این سبب بیاید.

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

ثالثاً:

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

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

رابعاً:

گفته اند تعارض است بین توثیق مرحوم شیخ و کلام صدوق صدوق گفته است ما لا افقی بما ینفرد به السکونی میراث مجوس در کتاب من لا یحضر در ذیل روایت که این کلام

صدوق ظهور در تضعیف است اگر کلام شیخ ظهور در وثاقت داشته باشد. و این تعارض بین این دو کلام است.

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

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

اشکال دوم:

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

این عبارت جناب قمی در تفسیر.

اما عبارت ابن قولویه در مقدمه کتاب کامل الزیارة لقد علمنا ،،، بجمیع ما روی عنهم ،،و لا فی غیره لکن ما وقع لنا من جهة الثقات من اصحابنا رحمه الله برحمته و لا اخرجت فيه حدیثا روی عن الشذاذ من الرجال ،،، عن المذكورین غیر المعروفین بالروایة المشهورین بالحديث و العلم. یعنی تما آنچه که من نقل کردیه ام از مشهورین و معروفین و افراد شناخته شده و قابل اعتماد بوده اند.

^۱ سه شنبه ۹۶/۰۸/۰۲.

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

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

لذا لازم نمی باشد در یک باب همه روایات ثقه باشد.

مناقشه:

فرمایش مرحوم تبریزی خلاف ظاهر این عبارت ابن قولویه است لا اخرجت فیه حدیثا روی عن الشذاذ من الرجال ،،،، عن المذكورین غیر المعروفین بالروایة المشهورین بالحديث و العلم. ظاهرش این است که تمام رجال این کتاب معتبر است.

بعد مرحوم خوئی در اواخر حیات شریفشان عدول کردند و گفته اند که فقط رجالی که ابن قولویه بلا واسطه نقل می کند ثقه می باشند و به عبارت دیگر ابن قولویه مشایخ خود در این کتاب را توثیق می کند اما مشایخ مع الواسطه را این عبارت نمی گیرد.

وجه عدول:

خود ایشان این وجه را ذکر کرده اند و در یک کاغذ کوچک نوشتند و پخش کردند که در آخر معجم در چاپ تهران ظاهرا آمده است: چرا که این چاپ بعد از وفات ایشان می باشد » بعد ملاحظة ،، و تفتیش اسنادها ،،،، من الروایات لعلها ترووا عن النصف لا تنطبق علیها الاوصاف التي ذكرها قدس سره في المقدمة ،،، و في الكتاب الشيء الكثير من الروایات المرسله

والمرفوعة و المقطوعة (مرفوعة و مقطوعة از انقسامات مرسله است که به اعتبارات مختلفه نامشان فرق می کند) و التي تنتهي الى غير المعصوم عليه السلام و التي وقع في اسنادها من هو من غير اصحابنا كما انه يشتمل ،،، الاناس المهملين لا ذکر لهم في کتاب الرجال اصلا و جماعة مشهورين بالضعف كالحسن بن علی بن ابی عثمان،،،، فصولنا لكلامه قدس سره بالاخبار لا واقع له لم يكن بد من حمل العبارة على خلاف ظاهرها بارادة مشايخه خاصة « من فکر می کنم از سه چهارم و چهارم پنجم بیشتر باشد خیلی بیشتر از نصف است. »

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

لذا نمی توان گفت که واقعا از این توثیق فهمیده می شود حتی توثیق مشایخ.

بنا براین وثاقت نوفلی مثل وثاقت سکونی ثابت نمی باشد روایاتی که یکی از این دو می باشد این روایات غیر معتبر می باشند.

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

‘‘‘^۱

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

ما ها گفتیم علاوه بر ضمان مسئولیتی است در مثال سنگ مسئول است که آن سنگ و آجر را اصلاح کند اگر چه گاهی اوقات اصلاح آن آجر و سنگ از قیمت آن سنگ و آجر بیشتر است. این مسئولیت را ما قبول کردیم نه تنها عقلاً ملزم است که آن سنگ را درست کند شرعاً هم باید این کار را انجام دهد در مورد طبیب هم اینطور است که اگر خطائی کرد باید جبران کند و مسئول است.

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

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

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

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

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

نتیجه اینکه ما در طبیب قائل به ضمان نشدیم چرا که اگر بخواهیم در طبیب قائل به ضمان در صورت خطاء که یک امر طبیعی در مورد انسان است، شویم عملا درمان مختل می شود اما مسئولیت را پذیرفتیم اما اینکه مسئولیتش به چه حدی است به ید قاضی است که تحدید می کند مسئولیت به چه اندازه ای است و از این طرف هم اگر مسئولیت نباشد این هم باز باعث می شود که امر مداوا مختل شود چرا که دیگر به طور عادی و به لحاظ روانی طبیب احتیاط نمی کنند.

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

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

ما ها قائلیم در مسئولیت نمی‌توان تحدید کرد چرا که اگر تحدید شود دیگر عادلانه نمی‌باشد بلکه باید نوع جرم موقعیت دو طرف و شرائط دیگر سنجیده شود و مقدار آن مشخص شود که در بعضی اوقات چه بسا بیش از مقدار دیه و ضمان شود.

پس ما مسئولیت را پذیرفتیم و ضمان را قبول نکردیم.

تنبیه:

این تنبیه این است که خسارتی که بر مریض بعد از معالجه وارد می‌شود سه صورت دارد:

صورت اول:

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

صورت دوم:

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

صورت سوم:

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

هذا تمام الكلام في هذا الفرع وهذه المسئلة.

و أما إذا لم يكن مباشرا بل كان أمرا ففي ضمانه

إشكال

إلا أن يكون سببا و كان أقوى من المباشر

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

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

دلیل قائلین به ضمان:

وجه اول:

خبر سکونی بود که در این خبر بود:

وسائل الشیعة ؛ ج ۲۹ ؛ ص ۲۶۰

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

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

مناقشه:

۱ (۶) - الکافی ۷ - ۳۶۴ - ۱ .

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

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

وجه دوم:

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

سوال باقری.،،،،

مناقشه:

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

بحث در مورد ضمان است نه خطاء بله هر کس مسئول خطاء خودش است اما خسارت مستند به او نمی باشد که ضامن باشد. ،،،،،

مثلا من نان دیگری را که غصب کردم و بنده استیلاء دارم و به شما تعارف می کنم و شما می خورید این کار آمر غرور بوده است و کار آکل خطاء بوده است در اینجا اتلاف مستند به آمر است یا خطاء؟ خطاء مستند است اما اتلاف مستند به آکل است لذا مالک نان می تواند

سراغ آکل و آکل به محض اینکه پول نان را دارد و خسارت مالی کرد این خسارت مالی مستند به آمر است و می تواند به او رجوع کند.

“““

طبيب عين باب غرور است.

وجه سوم:

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

مناقشه:

این وجه هم درست نمی باشد چون قاعده غرور در خصوص عامد و عالم است لذا اگر کسی مثلاً آمد داخل اتاق گفتیم این نان را میل بفرمایید و فکر کردن این نان مال من است و خطاء گفتیم این نان را میل بفرمایید آن شخص آکل ضامن است ولی من ضامن نمی باشم و آکل نمی تواند به من رجوع کند در این موارد عرفاً مباشر اقوی دیده می شود.

وجه چهارم:

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

مناقشه:

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

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

كان يقول إن دواءك كذا و كذا بل الأقوى فيه عدم الضمان ...

امر به آن دواء نکرد گفت مرض شما این است هو دواء این درد شما هم این است. در اینجا سید می فرمایند که توقف بیشتر است و بعد ترقی می کند و فتوا به عدم ضمان می دهد. کان این تفصیل سید در این فرع و فرع قبلی در استناد است. در فرع قبلی شک داشت که مستند به طبیب می شود یا خیر در اینجا سید نظرش این است که استناد به طبیب ندارد. مناقشه:

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

و إن قال الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني

فلا ينبغي الإشكال في عدم ضمانه فلا وجه لما عن بعضهم من التأمل فيه و كذا لو قال لو كنتُ مريضاً بمثل هذا المرض لشربتُ الدواء الفلاني

در فرع دوم به بعد این ها یکی است نحوه سیاق فقط فرق می کند و از نظر حکم و استناد فرق نمی کند و فقط فرق بین این است که در مقام معالجه است یا خیر. اگر در مقام معالجه باشد این الفاظ بازی با الفاظ است امر بکند یا این جملاتی اخباری را بگوید فرقی نمی کند. پس مهم این است که در مقام معالجه باشد یا خیر.

پس اگر در مقام معالجه باشد فرقی بین فروع نمی باشد. ما قائل به ضمان نبوده و قائل به مسئولیت می باشیم. اما اگر در مقام معالجه نباشد دیگر مسئولیتی هم ندارد. کلا کسی خطائی را مرتکب شود و دیگری متضرر شود مسئول است البته اگر خطاء در تخصص او باشد و اگر اصلاً تخصصی نداشته باشد در موارد ضمان، ضامن است.

۱ مسأله ۶: إِذَا تَبَرَّأَ الطَّبِيبُ مِنَ الضَّمَانِ

و قبل المريض أو وليه

و لم يقصر في الاجتهاد و الاحتياط برأ على الأقوى.

سید می فرمایند در صورتی که طبیب برائت بگیرد از مریض یا ولی مریض و اینها هم ابراء کنند و طبیب هم تقصیر در اجتهاد و احتیاط نداشته باشد، بری می شود. با این فرمایش سید کسی مخالفت نکرده است ظاهراً کما اینکه مفاد روایت سکونی هم همین بود الا مرحوم آغا ضیاء که در اینجا توقف کرده اند.

۳۵۵۸۲-۱-۲ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ

عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع

۱ چهارشنبه ۱۰/۰۸/۹۶.

۲ (۶) - الکافی ۷-۳۶۴-۱.

مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ^۱.

تمام الکلام در توجیه این عدم ضمان به ابراء مریض یا ولی مریض با فرض این که طبیب خطاء کرده است و خسارتی بر جان یا بدن مریض وارد شده است، می باشد.

اگر بعد از خسارت و بعد از ضمان ابراء می کرد واضح بود می دانید که یکی از عناوین معاملی ابراء است که اگر کسی به ما بدهکار باشد و من او را ابراء کنم ذمه اش پاک می شود همانطور که می توانم مال را ببخشم می توانم ما فی الذمه را ابراء کنم. وزان ابراء وزان هبه در اموال است. اما این مال جایی است که ذمه اش مشغول است اما بحث ما در جایی است که هنوز ذمه مشغول نشده است.

فرقی نیست بین این که خود طبیب درخواست ابراء کند یا خود مریض و ولی بدون درخواست طبیب خودشان ابراء کنند این عقلائی است و اگر منشا ابراء روایت باشد الغاء خصوصیت می شود.

وجوه سقوط الضمان عند تبرء الطبيب:

سه وجه برای توجیه ذکر شده است:

الوجه الاول: حقيقة هذا الامر الابراء و الاسقاط.

وجه اول این است که گفته شده است که حقیقت این امر، اسقاط و ابراء است و انسان می تواند ما فی الذمه را ابراء کند در این صورت که مریض قبول می کند یعنی اسقطت و ابرئت

^۱ وسائل الشیعة؛ ج ۲۹؛ ص ۲۶۰، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

ذمتک نظیر اسقاط خیارات در عقود مثلاً هنگام عقد می نویسند با اسقاط کافه خیارات. من ماشین را به شما می فروشم با اسقاط خیار غبن. در اینجا هم من اسقاط می کنم آن ضمان را.

مناقشتان:

دو اشکال بر این وجه است:

المناقشة الاولى: هذا اسقاط ما لم يجب و هو امر محال.

این اسقاط ما لم يجب است چیزی را که من هنوز مالک آن نشدم اسقاط می کنم و اسقاط ما لم يجب ممکن نمی باشد. این محذور عقلی است. این اشکال در خیار هم است.

جواب المرحوم الخوئی: نتعبد به للرواية.

مرحوم خوئی می فرمایند روایت می گوید درست است لذا تعبد می کنیم این اسقاط مشکلی ندارد روایت سکونی گفت که اگر مریض ابراء کند و اسقاط کند درست است.

المناقشة فی جواب المرحوم الخوئی: الرواية لا تقدر علی رفع المانع العقلي.

چون کسی که اشکال می کند اشکال عقلی دارد و اشکال عقلی را با روایت نمی توان حلش کند می گوید که اسقاط ما لم يوجد و لم يجب محال لذا امکان ابراء نیست و محال است. پس بنا براین وقتی این محذور عقلی شد دیگر روایت آن را ممکن نمی کند ضمن اینکه این روایت منافاتی با این استحاله عقلی ندارد چرا که روایت اصل مطلب را اثبات می کند اما ناظر به تفسیر و تحلیل نمی باشد.

المناقشة الثانية: ان هذا التبرء شرط الفعل و الفرض ان بعد العمل لا اسقاط.

این اسقاط شرط فعل است خود اسقاط فعل است دقت کنید در عقود هر چه را شرط می کنیم تارة شرط نتیجه است و تارة شرط فعل است که در شرط نتیجه به تحقق عقل نتیجه حاصل می شود مثلاً می گویم این کتاب را می فروشم به شرط اینکه این انگشتر ملک من شود

تا گفتم قبول کردم ملکیت من بر انگشتر محقق شود. اما اگر کتاب را فروختم و شرط ملکیت نمی کنم بلکه شرط تملیک می کنم به شرط این که شما این را به تملیک من در آوری بعد از گفتن قبلت ملکیت حاصل نمی شود و شما باید تملیک کنید.

در اینجا که اسقاط شده اسقاط شرط فعل است و باید بعد از عقد اسقاط کند و فرض این است که بحث این است که بعد از عقد اسقاطی صورت نمی گیرد و نیاز نمی باشد بگوید اسقطت بلکه به مجرد قبول در عقد دیگر ضامن نمی باشد.

جوابنا لهذه المناقشة: ان هذا الفعل و هو الاسقاط من الافعال الذی يمكن ان يكون شرط النتيجة.

فعل به دو گونه است بعضی نمی توانند شرط نتیجه باشند و بعضی می توانند. مثلاً خیاطت به نحو شرط نتیجه نمی تواند باشد مثلاً کتاب را می فروشم به شرط خیاطت شما باید بعد از عقد خیاطت کنید اما بعضی افعال به شرط نتیجه واقع می شود مثلاً این کتاب را می فروشم به شرط تملیک تا می گوئید قبلت به نفس یک قبلت هم انشاء تملیک محقق است و هم انشاء قبول است.

دیگر لازم نمی باشد بگوییم وهبت یا ملکک عبائی به عبارت دیگر بعضی از افعال است که به نفس قبول آن فعل محقق می شود تا گفتید قبلت تملیک انشاء شد دیگر احتیاج نمی باشد بعد از قبلت انشاء کنید اسقاط از قبیل تملیک است نه خیاطت می گوید من معالجه می کنم به شرط اسقاط تا مریض یا ولی گفت قبلت اسقاط محقق شد.

پس اشکال اول را نتوانستیم جواب دهیم که اشکال عقلی بود.

مشهور بین علمای ما قبول کردند اسقاط ما لم يجب عقلا ممکن نمی باشد. بلکه یک توجیه دیگری برای خیار غبن و ... ذکر کرده اند.

البحث حول مسألة الإبراء في ضمن مسألتين:

در اینجا سه مسئله است:

اولا: این که اسقاط ما لم يجب ممکن است یا خیر؟

ثانیا: در بحث اسقاط خيار این اسقاط ما لم يجب است یا خیر؟ و این مثال تبرء طبیب مصداق اسقاط ما لم يجب می باشد یا خیر؟

المسئلة الاولى: فی استحالة اسقاط ما لم يجب.

اسقاط ما لم يجب استحاله اش در خودش افتاده است شیئی که ثابت نشده و وجود ندارد اسقاطش کنیم این نمی شود.

المسئلة الثانية: هل اسقاط الخيار و تبرء الطبيب من مصاديق اسقاط ما لم يجب؟ اسقاط الخيار نعم و التبرء لا.

مسئله دوم این است که آیا اسقاط خيار و تبرء طبیب از مریض اسقاط ما لم يجب است یا خیر؟

مثالش مثل این است که می گوید که این کتاب را به تو می فروشم به شرط اسقاط خيار عیب و شما می گوید قبلت آیا می توان با این قبلت این خيار عیب را ساقط کرد یا خیر؟ ما قائلیم که می شود واقعا خيار عیب و غبن را اسقاط کرد و سایر خيارات را به مجرد عقد اسقاط کرد.

توضیح:

در فلسفه بین حکماء معروف است که تعاقب دو آن محال است عقلا مثلا مثالی بزنیم شما وقتی دستتان را به دیوار می چسبانید این اتصال دست به دیوار در آن صورت می گیرد نه در تکه ای از زمان بعد دستتان را بر می دارید انفصال هم در آن صورت می گیرد آیا ممکن است

آن اتصال به آن انفصال چسبیده باشد و زمانی بین این دو آن نباشد؟ در فلسفه گفته اند این محال است که دو آن به هم بچسبد. در اینجا حتما بین آن اتصال و انفصال قطعه ای از زمان فاصله می شود و لو قطعه ای بسیار اندک زمانی اما این فاصله زمانی را به صفر نمی توانید برسانید. مثال دیگر شیئی در یک آن حادث شود و در یک آن دیگر معدوم شود در فلسفه گفته شده است که محال است که آن وجود به آن انعدام متصل شود در علم جدید اثبات شده است که بعضی از ذرات هستند که عمر بسیار کوتاهی دارند و در یک صد میلیونیم ثانیه معدوم می شوند اما باز زمان حدوث با زمان انعدام یکی نمی باشد. در فلسفه تعاقب دو آن محال است ما قائلیم در امور حقیقی و تکوینی محال است اما در امور اعتباری اشکالی ندارد و اتصالات آنات محذوری ندارد^۱ به عبارت دیگر در همان آن ملکیت، ملکیت زائل شود بدون این که بین آن ملکیت و آن زوال ملکیت فاصله باشد دو آن متعاقب همیشه یک آن می باشند مثلا ملکیت من بر قلم در یک آن حادث می شود و در همان آن ملکیت زائل شود این محذوری ندارد. یعنی در یک آن ملکیت و انعدام را اعتبار کردیم. بلکه اعتبار زمان می خواهد اما اعتباری زمان نمی خواهد. در جایی که من جنس معیوب را به زید می فروشم آن انعقاد و تحقق عقد، آن اتمام عقد است و آن تحقق خیار عیب آن اتمام عقد است در یک آن هم عقد محقق می شود و هم حق الخیار محقق می شود که حق الخیار امر اعتباری است در یک آن هم عقد و هم خیار العیب محقق می شود. حالا اگر من اینطور گفتم که این را می فروشم با اسقاط خیار عیب تا گفت: «قبلت» در یک آن عقد محقق می شود و در همان آن، خیار العیب محقق می شود و در همان آن، اسقاط خیار العیب محقق می شود در این صورت این دیگر اسقاط ما لم یجب نمی باشد. اما وزانش وزان اسقاط ما لم یجب می باشد این خصوصیت امور اعتباری است.

^۱ اینکه در امور اعتباری تعاقب آنات ممکن است به خاطر این است که این امور حقیقی ندارند و صرف یک اعتبار است و انسان هم می تواند در یک آن امور متعددی را اعتبار کند.

پس در اختیارات حقیقتاً اسقاط است البته در اختیاراتی که به مجرد عقد محقق می شوند. اما در ما نحن فیه این تطبیق نمی شود چرا که آن عقد بر معالجه و آن قبلت و تحقق عقد، آن تحقق ضمان نمی باشد بلکه آن تحقق ضمان، آن تحقق خسارت است لذا اسقاط به مجرد گفتن قبلت و تحقق عقد، اسقاط ما لم یجب است.

لذا ما این محذور اسقاط ما لم یجب در اختیارات را حل کردیم اما تطبیق در ما نحن فیه نمی شود.

لذا اسقاط خیار شبیه اسقاط ما لم یجب می باشد اما اسقاط ما لم یجب نمی باشد. لذا توجیهاتی که خواهیم گفت در اسقاط خیار، اصلاً نیاز نمی باشد.

،،،، در مسئولیت هم این بیان می آید یعنی با تبرء به مجرد گفتن قبلت هم عقد محقق می شود و هم مسئولیت حادث شده و هم این مسئولیت منعدم و اسقاط می شود.

ما ها اسقاط الخیاری هستیم و مشهور سقوط الخیاری هستند و عده ای عدم السقوطی شدند. یعنی من واقعاً خیار غبن و مجلس را اسقاطش می کنم. اما این توجیه اول در اختیارات خوب است اما در ما نحن فیه تطبیق نمی شود و نمی آید.

الوجه الثانی: هذا شرط سقوط الضمان كما فی الخيار.

وجه دوم این است که گفته شده است که این تبرع مانند شرط سقوط الخیار ضمن العقد است همانطور که متعارف است که من این معامله را انجام می دهم به شرط سقوط خیار غبن یا عیب یا عدم خیار غبن و عیب در اینجا هم می گوید که عمل می کنم به شرط عدم ضمان. در اینجا شرط عدم ضمان مثل شرط عدم خیار معقول است و مشکلی ندارد این وجه دومی که گفته شده است.

مناقشه:

این وجه دوم نا تمام است.

فی الخيارات التي تكون شرطاً ارتكازية: الخيار يرجع الى شرط ارتكازى بخلاف الضمان لا يرجع الى شرط ارتكازى بل لقاعدة الاتلاف.

شرط عدم الخيار در ضمن عقد صحيح است اما شرط عدم الضمان نمی تواند به شرط عدم خيار برگردد این ها از دو باب است ببینیم در شرط عدم الخيار که در عقود صحيح است حقیقت این شرط چیست که در باب معالجه نمی آید.

در باب خيارات در مسلک مشهور دو خيار بیشتر ندارم یک خياری که به شرط الخيار بر می گردد و یک خياری که شارع آن خيار را جعل کرده است در همه خيارات دو خيار را شارع جعل کرده است خيار المجلس و خيار الحيوان. اما سایر خيارات خيار عيب و خيار غبن که در غالب مثال خيار غبن را بگوئیم. در خيار غبن به خيار شرط بر می گردد یعنی این مال را می فروشم به شما به شرط اینکه اگر مغبون شدم شرط فسخ دارم مشتری این کالا را می خرد که اگر مغبون شد حق فسخ دارد. این خيار شرط خيار شرط ارتكازى است.

خوب در خيار شرط این شرط عدم الخيار چه می کند؟ وقتی من شرط می کنم که خيار غبنی در بین نباشد نه برای تو و نه برای من. یعنی چه؟ در صورت شرط یعنی معامله می کنم مبنیاً بر حق الفسخ و در صورت شرط عدم الخيار یعنی معامله می کنم بدون این که مبنی باشد بر خيار. من دون وجود خيار. این در خيارات شرطی است و عقد هم تابع شروطی است که در عقد قرار داده می شود.

سوال این است که در طبابت که وقتی من طبیب اجیر می شوم و اگر خسارتی وارد شد این ضمان من بر اساس شرط ارتكازى است؟! خیر این مبنی بر قاعده اتلاف است یعنی چون من تلف کردم ضامن می باشم. در اینجا مراد از ضمان اعم از ضمان و مسئولیت می باشد.

فی الخيارات الشرعية عند المشهور: عدم اطلاق الدليل فی موضع شرط السقوط.

اما در خيارات شرعيه مثل خيار مجلس و حيوان.

این خيار را گفته اند شارع برای متعاقدين تشريع کرده است و در خيار حيوان برای مشتری جعل کرده است در خيار مجلس گفته اند البيعان بالخيار ما لم يتفرقا. خوب در جايي که بدون خيار مجلس عقد کنیم در اینجا می گوییم که خيار مجلس نیست چرا که خيار مجلس خيار شرعی است و دليل خيار مجلس اطلاق ندارد که اینجا را هم که عدم خيار، شرط شده باشد را بگیرد وقتی اطلاق نداشت اخذ به قدر متيقن می کنیم که آن هم جايي است که سقوط خيار مجلس شرط نشده باشد. به عبارت دیگر موضوع خيار مجلس مال جايي است که عدم الخيار، شرط نشده باشد. چرا که روايت از این جهت در مقام بيان نمی باشد و ناظر به داشتن خيار است و ناظر به انقسامات بَيع نمی باشد اما در مثال معالجه که شارع این ضمان را قرار نداده است که بگوییم دليلش اطلاق ندارد که صورت تبرء را هم بگیرد خير بلکه یک قاعده عقلائی است که قاعده اتلاف باشد.

پس این دو بيانی که در شرط عدم الخيار است این دو بيان در شرط عدم ضمان جوابگو نمی باشد.

لذا این وجه دوم هم نا تمام است.

نکته: الخيارات عندنا يرجع الى واحد و هو خيار الشرط.

ما ها خيار مجلس و خيار حيوان را به خيار شرط برگردانديم لذا تقسيم خيار به خيار شرط و شرعی را قبول نکردیم و این دو خيار را هم به خيار شرط برگردانديم.

الوجه الثالث: قبول التبرء من المريض او وليه اذن في التلف و الغاء الاحترام.

وجه سوم که ذکر شده است گفته شده است که وقتی که جناب طبیب تبرء می جوید و ولی مریض یا مریض قبول می کند، در این صورت اینها با قبول خودشان اذن در اتلاف را می دهند می گوید اشکال ندارد تو اقدام کن بر عمل ولو بر اساس لغزش عمل تو منجر به خسارت یا تلف شود. وقتی اذن در خسارت و اتلاف داد در این صورت عقلاء دیگر تضمین نمی کنند نظیر در اتلاف مال مثلا کسی می گوید این لیوان من را بشکن یا انگشتر مرا در دریا بیانداز در این صورت متلف دیگر ضامن نمی باشد عقلائا و شارع هم تضمین نکرده است و حتی روایت داشتیم که ابراء کرده است.

ان قلت: ليس للشخص ولاية في نفسه.

در مال شخص ولایت در اذن داریم اما در جان و خسارت جانی بر خودش این ولایت را نداریم که بگوییم که من را بکش یا دست من را زخمی کن.

قلت: هذه الولاية ثابتة عقلا في مورد الطبابة.

گفتیم در سیره عقلاء باب معالجه متفاوت است می تواند در باب معالجه اذن دهد و الغاء احترام کند و این اذن و الغاء احترام را عقلاء می پذیرند چرا که اگر این اذن نافذ نباشد امر معالجه و طبابت که خیلی مهم است مختل خواهد شد چرا که هزینه عمل مثلا چهار میلیون است و اگر بخواهد ضامن باشد در صورت خطاء که امر طبیعی است، باید دویست میلیون به عنوان دیه بدهد لذا این کار را نمی کند و امر طبابت مختل می شود.

لذا این ولایت را برای ولی و مریض را در باب معالجه عقلاء قائلند.

این وجه را ما قبول کردیم. علت توقف آغا ضیاء در اینجا این بوده است که ایشان در این که مریض و اولیاء آیا ولایتی دارند بر اذن توقف کرده بودند.

ينبغي التنبيه الى الامرين:

الامر الاول: من ولي المريض؟ ما كان وليا عرفا.

ولى مريض چه كسى است؟ گفته اند كه كسى كه شارع براى او اين ولايت را جعل کرده است كه اب و جد پدرى باشد و بعد نوبت مى رسد به حاكم شرع كه عبارت باشد از مجتهد كه شرائط تقليد را داشته باشد و لو مرجع نباشد.

ما ها قبول نكرديم گفتيم كه هر كسى كه عند العرف و به تبع عند العقلاء ولى حساب شود اگر در نزد عرف مادر يا خواهر يا برادر ولى بود آن هم ولى مى باشد عرفا و عقلا لذا اگر او اذن داد ديگر طبيب ضامن نمى باشد خواه آن ولى، ولى عند المشهور باشد يا خير.

الامر الثانى: عدم الضمان و المسئوليت فى صورة عدم التقصير.

مرحوم سيد يك قيدى در مسئله زد گفت اذا تبرء الطبيب و قبل المريض او وليه و لم يقصر فى الاجتهاد و الاحتياط ضامن نمى باشد. معنايش اين است كه در صورت اذن ولى و مريض و در صورت تقصير ضامن مى باشد.

حق با مرحوم سيد است. گفتيم انسان كى ولايت بر خودش دارد در اين كه اذن بدهد در اتلاف نفس و عضو در باب معالجه و طبابت اما نه مطلقا بلكه فى الجملة يعنى جايى كه مى تواند اذن دهد در نفس و جان در صورتى كه تقصيرى از جانب طبيب نباشد اين بخاطر اين است عقلاء چنين ولايتى را براى او در اين صورت قائل نمى باشند. ما همين مطالب را در مورد مسئوليت مى گوييم.

فرمايش مرحوم سيد را در اين مسئله كاملا قبول كرديم.

مسألة ۷: إذا عثر الحمال

فسقط ما كان على رأسه أو ظهره مثلاً ضمن لقاعدة

الإتلاف.^۲

قاعده اتلاف می گوید که اگر تلف مال غیر، مستند به شخصی باشد این ضامن است لازم نمی باشد عالماً یا عامداً باشد مثلاً در خواب مال کسی را تلف کند در اینجا شخص تالف نائم، ضامن است.

اقوال العلماء فی هذه المسئلة:

علمای ما در این مسئله که مرحوم سید قائل به ضمان شده است سه موقف گرفته اند:

القول الاول: الضمان لقاعدة الإتلاف.

دسته اول قائل به ضمان شده اند به خاطر قاعده اتلاف.

القول الثاني: عدم الضمان لعدم استناد الإتلاف الى الحمال.

دسته ای دیگر قائل به عدم ضمان شده اند وجهش این است که در صورت لغزیدن تلف مستند به شخص نمی باشد و ملحق به تلف سماوی می شود.

^۱ سه شنبه ۹۶/۰۹/۰۷.

^۲ دقت کنید در قاعده اتلاف ارتکاز بر این است که یک حرام را مرتکب شده است و یک عقاب دارد و آن اتلاف است لذا در جایی که بدون اذن تصرف در مال غیر می کند و آن ما را هم اتلاف می کند دو حرمت و معصیت انجام نداده است یکی تصرف در مال غیر عدواناً و دیگری اتلاف. بلکه در جایی که این تصرف موجب اتلاف نشود در اینجا مرتکب معصیت تصرف در مال غیر عدواناً شده است.

القول الثالث: توقف فی هذه المسئلة الناشی من التردید فی الاستناد.

دسته سوم: توقف کرده اند نه فتوا به ضمان و نه فتوا داده اند به عدم ضمان به خاطر این که استناد و عدم استناد در نظر اینها مشخص نبوده است.

موضوع البحث: لم یکن التالف مقصرا و لم تکن التلف مستندا الی غیر.

قبل از ورود به بحث در مورد محل بحث نکته ای گفته شود: محل بحث مال جایی است که در صورت اتفاق این تلف محقق شده باشد دو صورت از محل بحث خارج است: تقصیر داشته باشد مثلا تند برود یا از جای شلوغ برود یا زمین یخ زده است و در این زمین کالا را حمل کند در اینجا قطعاً ضامن است.

صورت دوم این است که این لغزش مستند به غیر است مثل این که یکبار طوفانی بلند شد و باد این را پرتاب کرد یا کسی دوید و در هنگام دویدن به او تنه زد و او لغزش پیدا کرد. در این صورت اینجا از محل بحث خارج است و ضامن نمی باشد چرا که تلف مستند به او نمی باشد بلکه مستند به طوفان یا دیگری است.

محل بحث مال جایی است که شخص تقصیری ندارد و اتفاق افتاد و لغزید و محمول به زمین افتاد. لذا لغزش مستند به خودش و غیر نمی باشد در اینجا آیا ضامن است یا خیر.

عنایت کنید در این صورتی که محل بحث ما است اگر دقت شود نزاع بین علمای ما یک نزاع صغروی است و آن استناد است آیا تلف مستند به حمال می شود یا خیر. بعضی گفته اند مستند می شود پس ضامن است و بعضی گفته اند که مستند نمی شود پس ضامن نمی باشد و بعضی هم به خاطر عدم وضوح استناد توقف کرده اند.

بعضی از علماء گفته اند که ما روایت داریم که شخص ضامن است.

دلیل بعض العلماء علی الضمان: الرواية.

این روایتی است که مرحوم صدوق و شیخ به سند معتبر و صحیح نقل کرده اند:

۲۴۳۵۰-۱۱-۱ و عَنْهُ عَنْ ابْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع

فِي رَجُلٍ حَمَلَ مَتَاعًا عَلَى رَأْسِهِ فَأَصَابَ إِنْسَانًا فَمَاتَ أَوْ انْكَسَرَ مِنْهُ شَيْءٌ فَهُوَ ضَامِنٌ.^۲

وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ أَبِي نَصْرٍ مِثْلَهُ.^۳

انکسر منه یعنی از متاع.

اشکال: الضمير يرجع الى «الانسان» لا المتاع.

اشکال شده است که ضمیر «منه» به انسان بر می گردد نه به متاع یعنی انسان در اثر تصادف بمیرد یا دست و پایش بشکند. می دانید که اگر تصادف کنیم و لو خطاء ما ضامنیم. البته اگر خطاء محض باشد مورد ضمان او را باید عاقله پرداخت کنند به عبارت دیگر دیه بر ذمه خود تالف است اما عاقله باید این دیه و ما فی الذمه را پرداخت کند.

۱ (۱) - التهذيب ۷- ۲۲۲- ۹۷۳، وأورده في الحديث ۱ من الباب ۱۰ من أبواب موجبات الضمان.

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

۳ (۲) - الفقيه ۳- ۲۵۸- ۳۹۳۲.

۴ وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۵۲، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

ان قلت:

در روایت آمده «حمل متاعا» در حالیکه در تصادف حمل متاع خصوصیت ندارد.

قلت:

سائل گاه نکاتی را ذکر می کنند که اصلا به مسئله ربطی ندارد مثلا می گوید که شخصی در سر ظهر با کسی برخورد کرد خوب سر ظهر که ربطی به مسئله ندارد و مهم برخورد است ضمن این که انسانها معمولا بیش از مقدار حاجت صحبت می کنند.

امکان هم دارد که سائل نظر داشته باشد به این که بگوید که اصابة منشاش حمل متاع بوده است لذا چون خوب دید نداشته است برخورد کرده است.

این اشکال را مرحوم صاحب جواهر هم فرموده است.

تعليقة: لا دلالة للآية و ان يرجع الضمير الى «متاع».

دقت کنید ما می گوئیم حتی اگر ضمیر را به متاع برگردانیم باز در اینجا به این روایت نمی توان استناد کرد به جهت این که تمام نزاع ما در این مسئله در این است که آیا این تلف مستند به حمال است یا خیر. امام فرمودند که این حمال - بنا بر این که ضمیر منه به متاع برگردد - ضامن است دو احتمال در کلام امام است:

الاحتمالات في كلام الامام:

الاحتمال اول: رای الاستناد الى الحمال لنکته.

یک احتمال این است که امام تشخیص داده اند اگر حمال لغزشی داشته باشد تلف مستند به او است.

الاحتمال الثانی: هذه قضية خارجية.

احتمال دوم: امام A در این مسئله خارجیه از مورد سوال به دست آورده است که این تلف مستند به حمال بوده است چون احتمالش نمی باشد که تلف مستند نباشد و امام A بفرمایند که ضامن است چرا که نزاع ما در حکم شرعی نمی باشد بلکه در تشخیص موضوع حکم شرعی است. و فرض این است که امام A در تشخیص موضوع هم دچار خطاء نمی شود. بعضی از فقهاء تفصیل داده اند که اگر امام A در باب حکم، کلامی گفت قول او حجت است اما در باب موضوعات حدسی قول او حجت نمی باشد. اما در موضوعات حسی کلام اینها حجت است از باب قول ثقه.

ما در موضوعات هم کلمات معصومین% را قبول کردیم علتش هم این بوده است که این در ارتکاز مومنین بوده است که در کلمات ائمه% در احکام و موضوعات فرقی نمی باشد و این ارتکاز باعث قطع می شود همان نکته ای که باعث شده است کلمات ایشان در احکام پذیرفته شود در موضوعات هم است.

لذا روایت مجمل می شود.

کسانی که قائل به عدم حجیت در موضوعات شده اند دلیلشان عدم الدلیل بوده است ارتکاز را نقل نکرده اند و شاید اگر ذکر می کردند آن را قبول نمی کردند.

ضمن اینکه در مباحث مالی خبر واحد را قبول نمی کنیم.

مختارنا: الاستناد غیر معلوم.

اما در اینجا آیا مستند به حمال است یا خیر؟

ما نه استناد و نه عدم استناد را وجدان نکردیم. خوب اگر کسی استناد یا عدم استناد را وجدان نمی کند فقیه نمی تواند به یک طرف فتوا دهد اینجا از مواردی است که فقیه بما هو

فقیه کبراها تشخیص می دهد اما تطبیقات کبری را نمی داند در اینجا هم اینطور است که تطبیق را نمی داند.

إن رای الفقیه أن الاستناد غیر معلوم عند العرف ایضا: المتعین المصالحة او التحاکم.

خیلی وقتها فقیه وقتی برای خودش واضح نباشد و اختلاف فقهاء را هم که می بیند برای فقیه امکان دارد که این علم پیدا شود که استنادش در نزد عرف مشخص نمی باشد بخلاف بعضی جاها علم داریم که عرف موقفی دارد و ما آن موقف را نمی دانیم اما در اینجا اگر فقیه علم پیدا کرد که عرف استناد را نمی داند اینجا آیا ضامن است یا خیر؟ در مواردی که عرف موقفی ندارد عقلاء یک موقفی دارند که باید این دو با هم مصالحه کنند یا اگر مصالحه نکردند تن به حکم حکمی دهند. در اینجا که وظیفه آنها تصالح یا حکم است این را قبول کردیم که اگر طرف دیگر اقدام به مصالحه کرد یا باید طرف دیگر بپذیرد یا به پیش حکم بروند. این وظیفه عقلائی و عرفی است. یعنی عرفی است که دیگر اعراف آن را امضاء می کنند. استناد و عدم استناد باید عرفی باشد.

البته باب حمل با باب معالجه فرق می کند در بحث معالجه خطاء خیلی زیادتر و متعارف تر است لذا اگر بخواهد قائل به ضمان شویم این موجب اختلال می شود لذا قائل به عدم ضمان و مسئولیت می شویم بخلاف حمل که ضریب خطاء خیلی کمتر است.

١مسألة ٨: إذا قال للخياط مثلا إن كان هذا يكفيني قميصا

فاقطعه

فقطعه فلم يكف

ضمن في وجه و مثله لو قال هل يكفي قميصا فقال نعم فقال اقطعه

فلم يكفه...^٢

توضيح المسئلة:

متن را می خواهم توضیح دهیم و کاری به شرح نداریم:

الفرع الاول:

سید می فرمایند که اگر کسی برود پیش خیاط و می گوید که اگر کفایت می کند برای من بدوز و بعد خیاط بررسی می کند و می برد و بعد می بیند که کفایت نمی کند.

این فرع اول. سید می فرمایند که علی وجه ضامن است.

١ چهارشنبه ٩٦/٠٩/٠٨.

٢... و ربما يفرق بينهما فيحكم بالضمان في الأول دون الثاني بدعوى عدم الإذن في الأول دون الثاني و فيه أن في الأول أيضا الإذن حاصل و ربما يقال بعدم الضمان فيهما للإذن فيهما و فيه أنه مقيد بالكفاية إلا أن يقال إنه مقيد باعتقاد الكفاية و هو حاصل و الأولى الفرق بين الموارد و الأشخاص بحسب صدق الغرور و عدمه أو تقيد الإذن و عدمه و الأحوط مراعاة الاحتياط

الفرع الثانی:

پارچه را پیش خیاط می برد و می گوید که بین اندازه من است یا خیر و خیاط اندازه می گیرد و می گوید که اندازه است و می توان برای شما مثلاً پیراهنی دوخت بعد از اینکه خیاط خبر می دهد که این پارچه کفایت می کند و مشتری می گوید که این پارچه را برای من بدوز و بعد از برش معلوم می شود که این مقدار پارچه کفایت نمی کند و خیاط اشتباه کرده است، سید می فرمایند که این هم مثل فرع اول است و علی وجه ضامن است.

و بعد شروع می کند به شمارش اقوال در مسئله و می فرمایند:

یک قول این است که در هر دو فرع خیاط ضامن است

یک قول این است که در هیچ یک از دو فرع ضامن نمی باشد چون به جهت اینکه دوخت به امر مشتری بوده است.

یک قول این است که در فرع اول ضامن است و در فرع دوم ضامن نمی باشد چرا که در فرع اول اذن به برش نداده بود و گفته بود که اگر کفایت می کند بدوز اما در فرع دوم گفته بود که بدوز اقطعه.

سید می فرمایند که ما چه بگوییم؟ ضامن است یا خیر؟ سید کبرای کلی را می گوید و ظاهراً تطبیقش برای سید روشن نمی باشد. می گوید که اگر به اذن او باشد ضامن نمی باشد و اگر بدون اذن باشد ضامن می باشد و اگر غروری در کار باشد ضامن است و اگر غروری در کار نباشد ضامن نمی باشد اگر ما باشیم و متن مسئله چهار قول شد و سه قول که گفته شد و یکی هم قول سید که منوط کرد به غرور و اذن. اگر به تعلیقه مراجعه کنیم در تعلیقه موقف چهارمی هم داریم که فقهای ما در مسئله توقف کرده اند و متوقف بر غرور و اذن هم نکرده اند.

پس اقوال در مسئله پنج قول می شود.

حالا متن را ادامه دهیم تا شرح در مسئله.

۱...و ربما يفرق بينهما فيحكم بالضمان في الأول دون

الثاني

بدعوى عدم الإذن في الأول دون الثاني و فيه أن في الأول أيضا الإذن حاصل و ربما يقال بعدم الضمان فيهما للإذن فيهما و فيه أنه مقيد بالكفاية إلا أن يقال إنه مقيد باعتقاد الكفاية و هو حاصل و الأولى الفرق بين الموارد و الأشخاص بحسب صدق الغرور و عدمه أو تقيد الإذن و عدمه و الأحوط مراعاة الاحتياط.

البحث حول المسئلة فى امور:

این مسئله به هم ریخته است لذا باید در جهات و اموری بحث کرد:

الامر الاول: ما الفرق بين الفرع الاول و الثانى: لا فرق.

امر اول این است که ببینیم آیا فرع اول و دوم در حکم یکی هستند یا خیر؟ حال آن حکم چیست کاری نداریم.

۱ مسأله ۸: إذا قال للخياط مثلا إن كان هذا يكفيني قميصا فاقطعه فقطعه فلم يكف ضمن في وجه و مثله لو قال هل يكفي قميصا فقال نعم فقال اقطعه فلم يكفه...

در فرع اول پارچه را به خیاط داد و گفت اگر کفایت می کند برای من بدوز و اگذار کرد به خیاط که اگر کفایت می کند ببرد و در فرع دوم گفت که آیا کفایت می کند و خیاط گفت بله و گفت ببرد. در اولی اذن معلق بود بر کفایت و در دومی معلق نبود و گفت ببر. آیا در دومی هم اذن او معلق بر کفایت است یا فقط در اولی مقید و معلق به کفایت بود؟

به نظر من فرقی بین فرع اول و دوم نمی باشد فرع دوم هم معلق است چون وقتی سوال می کند که کافی است یا خیر و می گوید: بله و بعد می گوید ببر. یک شرط ارتکازی است که اگر کفایت می کند بدوز. شاهد بر این مطلب این بود که اگر خیاط در فرع دوم فهمید که کفایت نمی کند یا شک داشت که کفایت می کند یا خیر، نمی توانست ببرد. لذا به نظر می رسد عرفیا فرقی بین فرع دوم و اول نمی باشد فقط در اولی تصریح کرده است که اگر کفایت می کند ببر و در فرع دوم سوال کرده است و بعد از سوال گفته ببر.

در اینجا دقت کنید که خیاط گفته بله کفایت می کند این بله عن خطاء بوده است نه از کذب در صورت کذب خیاط ضامن است.

پس در امر اول این بود که چه ما قائل به ضمان یا عدم ضمان شویم یا توقفی شویم، بین فرع اول و دوم در حکم فرقی نمی باشد باید هر چه را گفتیم در دو فرع بگوییم و نباید با هم تفاوت داشته باشند.

الامر الثانی: لا معنی المحصل من الضمان.

امر دوم این است که این مسئله ضمان را که در ما نحن فیه گفته اند این ضمان معنای محصلی در ما نحن فیه ندارد دقت بشود ضمان معنایش اشتغال ذمه است فرض کنید در فرع اول خیاط پارچه را برید و بعد معلوم شد کفایت نمی کند می گوییم ضامن است؟ ضامن

چه می باشد؟ این پارچه بریده شده می تواند قیمتش با پارچه سالم نبریده شده، یکی باشد یا کمتر. دقت کنید یک خطاء هایی است که خسارت وارد نمی کند در اینجا یا قیمت دو پارچه با هم تفاوتی پیدا نکرده است یا قیمت پارچه بریده شده کمتر است معنای ضمان این است که اگر اختلاف قیمت سه تومان است بیا پارچه و سه هزار تومان را بگیر؟! خیر اگر تنزلی پیدا نشود که ضمان نمی خواهد و اگر تنزل پیدا کرده باید مقدار تنزل پیدا کرده را ضامن باشد نه قیمت پارچه را لذا ضمان معنا ندارد. شاهد هم این که مالک پارچه چه کسی است؟ مستاجر خوب اگر بگوییم خیاط ضامن است مستاجر هم مالک پارچه و هم مالک ما فی الذمه ی اجیر است. این نمی شود.

در اینجا قائل به مسئولیت می شویم به این صورت که مالک می تواند بدل را بگیرد یا اختلاف قیمت را بگیرد که اگر بدل را خیاط بگیرد گفته شده است که معاوضه قهرا صورت می گیرد یعنی قهرا پارچه بریده شده داخل در ملک خیاط می شود.

در صورت این که قیمت پارچه دوخته شده کمتر شده باشد اگر مقدار کمتر شده به اندازه ای باشد که اگر هم خطائی صورت نمی گرفت و پارچه کافی بود و خیاط آن را می دوخت قیمت پارچه دوخته شده سالم هم همین مقدار بود و همین مقدار کم می شد مطالبه ما به التفاوت روشن نمی باشد مثلاً اگر درست می دوخت و اشتباهی نمی کرد قیمت پارچه دوخته شده پنج هزار و قیمت پارچه پانزده هزار تومان بوده است و الان هم که خیاط خطاء کرده است قیمت این پارچه ناقص و کوتاه باز پنج هزار تومان است در اینجا ضمان ما به التفاوت پارچه دوخته شده و ندوخته شده روشن نمی باشد چرا که در عرف دیگر این خسارت و اختلاف قیمت مستند به خیاط و اجیر نمی باشد بلکه مستند به اصل بریدن است نه اندازه ای که این شخص بریده است اما اگر قیمت پارچه ناقص کمتر از قیمت پارچه دوخته شده صحیحه می باشد مثلاً قیمت پارچه دوخته شده صحیحاً پنج هزار تومان است و قیمت پارچه دوخته شده ناقص سه هزار تومان است اینجا می تواند دو هزار تومان را مطالبه کند به عنوان مسئولیت.

البته اگر به اندازه ای دوخته است که به درد کسی نمی خورد این به منزله تلف پارچه است و قیمت پارچه یا مثل پارچه را ضامن است.

الا اینکه گفته شود که در اینجا عرف و عقلاء موقفی نداشته باشد که باید مصالحه کنند یا تحاکم شود.

این مورد با مورد طبیب فرق می کند چرا که در طبیب خطاء مستند به او بود بخلاف اینجا که خطاء مستند به بریدن است نه نقصی که در پارچه ایجاد شده است و ضمن اینکه اذن در اینجا مشروط بود بخلاف طبیب که اذن مشروط نبود.

از روایت: «من تطیب او تبیطر...» نمی توان به اینجا الغاء خصوصیت کرد و به این مورد تسری داد چرا که در اینجا خسارتی وارد نشده است فرضاً.

الامر الثالث: أن ههنا ليس موضع الغرور.

سید گفته اند که اگر قاعده غرور باشد ضامن است. قاعده غرور در اینجا نمی آید قاعده غرور مال جایی است که شخصی مال دیگری را تلف کند و در این اتلاف مغرور دیگری واقع شود و مغرور در این صورت است که تالف جاهل و غار عالم باشد مثلاً شخصی نانی را تعارف می کند و آکل فکر می کند که نان مال خود تعارف کننده است و می خورد که در اینجا غار نسبت به مغرور ضامن است مثلاً عمرو به زید تعارف می کند این نان را بخور که مال من است و عمرو هم که غار است عالم بود که این نان مال خودش نمی باشد اینجا غرور می آید البته در صورتی که مالک نان از مغرور مطالبه نان را بکند. خوب در اینجا غرور نمی باشد چرا که در اینجا مال دیگری را تلف نکرده است بلکه مال آمر و مالک را تلف کرده است و غار هم که عالم نبوده است که این خسارت را وارد می کند و کفایت نمی کند اگر چه مجهول مغرور بوده است.

الامر الرابع: مختارنا أن المتعين المسئوليت لا الضمان و هو بمطالبة البدل.

ما در هر دو فرع قائل به مسئولیت می باشیم و مالک می تواند او را ملزم کند به بدل که یا قیمت است یا مثل. در صورت اعطاء بدل معاوضه قهری صورت می گیرد و پارچه برش خورده ملک خیاط می شود.

^۱مسئله ۹ در مورد مولایی است که مولا عبدش را اجاره داده است و عبد در عمل فساد ایجاد می کند که صوری دارد که سید در این مسئله مطرح می کند:

مسألة ۹: إذا أجر عبده لعمل فافسد

ففي كون الضمان عليه أو على العبد يتبع به بعد عتقه

أو في كسبه إذا كان من غير تفريط و في ذمته يتبع به بعد العتق إذا كان بتفريط أو في كسبه مطلقا وجوه و أقوال أقواها الأخير للنص الصحيح ...^۲

توضيح المسئلة:

می دانید که عبد مثل دیگر اموال مولا است و خود عبد نمی تواند خودش را اجاره دهد بلکه مولای او می تواند او را هم مثل دیگر اموالش اجاره دهد مثلا عبدش را برای خیاطه اجاره داد و بعد عبد پارچه را فاسد کرد در اینجا چه کسی ضامن است؟ عبد؟ مولا؟ و اگر عبد

^۱ سه شنبه ۱۴/۰۹/۹۶.

^۲ ...هذا في غير الجنایة على نفس أو طرف و إلا فيتعلق برقبته و للمولى فداؤه بأقل الأمرين من الأرض و القيمة

ضامن است بعد از عتق باید پول پارچه بدهد یا در همین الان که عبد است باید در حین کسب و کار بدهد در صورتی که تقصیری نداشته باشد. البته باید کاری کند که منافات با حق مولا نداشته باشد مثلاً در زمانی که مولا کاری ندارد مشغول قرائت قرآن یا کار دیگری شود. همه اینها در جایی است که عبد تفریطی نکرده باشد اما اگر عن تفریط باشد قیمت به ذمه اش می آید و بعد از عتق باید بدهد. یا اینکه بگوییم وقتی تلفی وارد کرد ضامن در ذمه عبد است و باید از کسبش بدهد مطلقاً چه تفریط باشد چه تفریطی نباشد بلکه باید عبد در زمانی که می تواند کار انجام دهد و خسارت را تدارک کند مثلاً در روز جمعه مولا به او کاری نمی گوید و تعطیل است باید برود و کسب بکند و خسارت را بدهد یا برود برای مستأجر به مقداری که خسارت وارد کرده است کار کند.

سید می فرمایند که در مسئله اقوالی است که اقوی احتمالات اخیر است که مطلقاً فی کسبه باید جبران کند.

پس اصل مسئله این است که مولایی عبد خودش را اجاره داده است و عبد خسارتی وارد کرده است فتوای سید این است که عبد بدهکار است و باید مشغول کار شود و بدهی را ادا کند.

دلیل السید: الروایة.

مستند سید نص و روایت است که عبارت باشد از صحیح ابی بصیر:

۲۴۲۶۵-۳-۱ و بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْعَبَّاسِ عَنِ النَّضْرِ عَنْ

عَاصِمٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع

فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ مَمْلُوكًا فَيَسْتَهْلِكُ مَالًا كَثِيرًا فَقَالَ لَيْسَ عَلَيَّ مَوْلَاهُ شَيْءٌ وَ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوهُ وَلَكِنَّهُ يُسْتَسْعَى وَ إِنْ عَجَزَ عَنْهُ فَلَيْسَ عَلَيَّ مَوْلَاهُ شَيْءٌ وَ لَا عَلَيَّ الْعَبْدِ شَيْءٌ.^١

این روایت دلالت و سندش خوب است.

این روایت می گوید که مولا ضامن نیست و عبد ضامن است عمل می کند و اگر عاجز بود چیزی بر عبد نمی باشد سند و دلالتش خوب است.

مناقشة: للرواية معارض.

مشکله این روایت معارض است. معارضش روایت زراره و ابوبصیر است که به سند معتبر رسیده اند:

٣٥٥٤٨ - ١ - ٢ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ ابْنِ

مُسْكَانَ عَنْ زُرَّارَةَ وَ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ:

قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع فِي رَجُلٍ كَانَ لَهُ غُلَامٌ فَاسْتَأْجَرَهُ مِنْهُ صَائِغٌ أَوْ غَيْرُهُ قَالَ إِنْ كَانَ

ضَيْعَ شَيْئًا أَوْ أَبَقَ مِنْهُ فَمَوَالِيهِ ضَامِنُونَ.^٣

^١ وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ١١٤ ، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

^٢ (٧) - الكافي ٥ - ٣٠٢ - ١ ، أورده في الحديث ٢ من الباب ١١ من أبواب أحكام الاجارة.

^٣ وسائل الشيعة ؛ ج ٢٩ ؛ ص ٢٤٥ ، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

صائع یعنی طلا ساز.

این روایت می گوید که اگر عبد ضایع کرد مولا ضامن است و روایت قبلی می گفت که عبد ضامن است اگر عاجز بود کسی ضامن نمی باشد.

الجمع العرفی بین الروایتین: الضمان فی الروایة المعارض ای علی المولی تسلمیه الی المستاجر لا الضمان بمعنی اشتغال الذمه.

مرحوم سید و کسانی که این روایت را قبول نکردند این روایت را توجیه کردند گفته اند که این روایت که گفته است مولا ضامن است یعنی باید در اوقات بیکاری عبد را در اختیار مستاجر قرار دهد تا برای آنها کار کند و خسارت را جبران کند.

مناقشة فی الجمع العرفی بامرین:

این جمع عرفی درست نمی باشد به دو نکته:

الامر الاول: تعبير عن المسؤولية بالضمان غیر عرفی.

از مسئولیت تعبير به ضمان کردن خلاف ظاهر است ظاهر ضمان اشتغال ذمه است.

الامر الثانی: ظاهر الروایة اباق العبد من المولی ایضا فلا معنی لتسليمه.

ثانیا در خود روایت قرینه ای است دقت کنید در روایت آمده است ابق یعنی فرار کرد و فرار کرد با این معنایی که شما می کنید درست نمی باشد ظاهر ابق یعنی نه در اختیار مولاست و نه در اختیار مالکین لذا در اختیار مولا نمی باشد که باید مولا او را تحویل دهد ظاهر ابق مطلق است جایی را که از مولا هم فرار کرده باشد می گیرد.. لذا ضمان در اینجا به معنای خود ضمان است لذا این دو روایت با هم تعارض می کنند و تساقط می کنند رجوع می کنیم به قاعده.

و اما مقتضی القاعدة: ان كان سيرة عرفیه فهی و الا المرجع الاصول العملیه و هو الاحتیاط.

مقتضای قاعده چه می باشد؟ ما ها از کسانی هستیم که اگر یک سیره عرفیه قائم شده باشد آن سیره در شریعت متبع است چون این مسئله و سیره در باب حجت نمی باشد چرا که مورد ضمان غیر حجت است. اگر سیره بود که مولا ضامن است می گوئیم مولا ضامن است. شاید در سیره عبد ضامن است شاید هیچ کدام ضامن است و نمی دانیم چه سیره ای بوده است و شاید سیره متفاوت بوده است در عرفی عبد ضامن و در عرفی مولا ضامن باشد. اما الان که عصر عبید و مولا منقضی شده است نمی توانیم بفهمیم سیره بر چه چیزی بوده است. قاعده اطلاق خودش به سیره ثابت است و اطلاقی ندارد چون روایت نمی باشد که اطلاق گیری کرد لذا نمی توان از آن استفاده کرد.

در نظر و مبنای ما حتی اگر روایت هم معارض نداشت اگر موجب سیره شده بود که متبع می بود و اگر سیره نشده بود باز به روایت عمل نمی شد. لذا در اینجا ما به نظر سید نمی توانیم عمل کنیم.

در اینجا اگر مسئله مبتلا به بود و سیره را نفهمیدیم باید به اصول عملیه رجوع می کردیم. در اینجا چون مسئله مالی است و باید احتیاط کرد باید مولا احتیاط کند و خسارت را جبران کند و اگر مولا نداد عبد هم باید برود و سعی کند. و مستاجر باید در هنگام اخذ خسارت از مولا و عبد با تراضی اخذ کند.

١... هذا في غير الجناية على نفس أو طرف

و إلا فيتعلق برقبته و للمولى فداؤه بأقل الأمرين من الأرش و القيمة.

سید می فرمایند این در مورد خسارت مالی است اما اگر خسارت وارده از عبد جانی یا بدنی باشد آن خسارت به گردن مولى می باشد و مولا در مقام ديه می تواند اقل الامرین را بدهد. اگر ديه یک میلیون و عبد نیم میلیون است می تواند عبد را بدهد و اگر ديه یک میلیون و عبد دو میلیون است می تواند یک میلیون را بدهد.

این فرمایش سید.

لا بد من التنبيه الى نکتين:

در شرح فرمایش سید به دو نکته باید توجه کند:

النکة الاولى: قول السيد فى مورد الجناية او القتل الخطيئین.

نکته اول: این است که این فرمایش سید متعلق به جنایت خطائی است و الا اگر عمدی باشد نوبت به قصاص می رسد در جنایتهای عمدی بر نفس یا اعضاء دائما برای او حق القصاص قائل می باشند فقط طرف می تواند بگوید که حق خودم را استیفاء نمی کنم در مقابل پول که این پول می تواند به اندازه ديه یا کمتر یا بیشتر از ديه باشد. مثلاً می بیند که قاتل و جانی متمول است لذا چند برابر ديه از او مطالبه می کند در مقابل قصاص.

١ مسألة ٩: إذا أجر عبده لعمل فأفسد ففي كون الضمان عليه أو على العبد يتبع به بعد عتقه أو في كسبه إذا كان من غير تفريط وفي ذمته يتبع به بعد العتق إذا كان بتفريط أو في كسبه مطلقاً وجوه وأقوال أقواها الأخير للنص الصحيح ...

النکته الثانية: لا يمكن الاستناد بالرواية لامكان امضائه^A عرف زمانه لا الحكم في جميع الازمنة.

نکته دوم این است که ما ها چون عرفی هستیم اگر فرض کردیم در روایات آمده است دیه بر مولا است فرض کنید در روایت معتبری این امر آمده باشد یک قاعده کلی داریم که اگر روایتی در معاملات وارد شد و مطابق عرف زمان و مکان امام^A و صدور این کلام بود ما نمی توانیم از این روایت استفاده کنیم این حکم امام^A حکم شرعی است برای همه ازمنه و امکانه لعل این کلام امام^A امضاء سیره آن زمان باشد لذا نمی توانیم اطلاق گیری کنیم و به عرف دیگری که چنین سیره ای ندارد، تسری بدهیم مثلاً از امام^A سوال شده است حق طلاق با کی است؟ امام^A در مقام جواب فرمودند لمن اخذ بالساق یعنی با شوهر است چرا که این اخذ بالساق کنایه از همسر و شوهر است و اتفاقاً در همان زمان این حق برای یک نفر بود که شوهر باشد فقهاء از این روایت استفاده کرده اند که شارع مقدس برای شوهر این حق الطلاق را قرار داده است اما ما گفتیم این احتمال است که حق را برای شوهر قرار داده است یا این که شیوه ای را اتخاذ نکرده است و سیره عرفیه آن زمان را امضاء کرده است.

لذا اگر روایتی هم داشته باشیم و مطابق با سیره یا عرف باشد نمی توانیم استفاده کنیم این جعلی بوده است. حتی اگر سیره آن زمان را نتوانستیم احراز کنیم روایت می شود مجمل. البته باید توجه داشت که روایت در اینجا در مورد امور مالی است که اگر از امور هامه به حساب آید یعنی مبلغ آن معتنی به باشد، نمی توان به روایت عمل کنیم.

مسألة ۱۰: إذا آجر دابة لحمل متاع

فعثرت و تلف أو نقص

لا ضمان على صاحبها...^۲

کلام مرحوم سید مطلق است که گاهی اوقات صاحب اسب یا قاطر با اسب و قاطر است و گاها فقط قاطر و اسب را به طرف می دهد و خود مالک همراه اسب و قاطر نمی باشد در اینجا اگر لغزید صاحب دابه ضامن نمی باشد.

علت عدم الضمان: عدم استناد التلف الى المستأجر و كون الرواية التي يدعى تدل على الضمان ضعيفة و غير دالة.

چرا که تلف مستند به او نمی باشد بنا بر این می گوئیم که ضامن نمی باشد سبب الضمان محقق نشده است در اینجا تلف متاع مستند به صاحب نمی باشد ولی روایتی داری که ظاهر آن این است که صاحب مرکب ضامن است:

روایت سکونی:

۲۴۳۴۸ - ۹ - ۳ و عَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةِ

عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي زِيَادٍ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ ع قَالَ:

^۱ سه شنبه ۹۶/۰۹/۲۱.

^۲ ... إلا إذا كان هو السبب بنخس أو ضرب.

^۳ (۵) - التهذيب ۷ - ۲۲۲ - ۹۷۱.

إِذَا اسْتَبْرَكَ الْبَعِيرُ بِحِمْلِهِ فَقَدْ ضَمِنَ صَاحِبُهُ^{٢٠١}

استبراک یعنی به سینه زمین خوردن است و به سینه زمین خوردن خصوصیتی ندارد به جای اینکه با سینه به زمین بیاید با پهلوی و شکم به زمین بیاید و به لحاظ عرفی الغاء خصوصیت می شود و ظاهر این روایت است که اگر خسارتی وارد شود صاحب ضامن می باشد. این روایت بر خلاف قاعده است چرا که تلف مستند به صاحب نمی باشد.

مناقشة فی الرواية:

به این روایت نمی توان استناد کرد به دو جهت:

سندا: وثاقة السكونی لیس بثابتة.

چرا که اولاً روایت سندش ضعیف است در روایت سکونی است که وثاقت آن ثابت نمی باشد.

دلالتا: ظاهر استبراک افراط المستأجر او تكون الرواية مجملة.

دوم این که در این روایت کلمه استبرک یعنی با سینه زمین بیاید ظاهراً کنایه از این است که صاحب شتر بیش از اندازه بار بزند و با سینه به زمین بیاید اگر مراد این باشد معلوم است که ضامن است چرا که تلف مستند به اوست این حیوان دویست کیلو بار می تواند ببرد این چهار صد کیلو بار می زند در اینجا تلف مستند به صاحب حیوان است و بعید نمی باشد مراد این باشد یا ظهور در این دارد البته نه به صورت جزئی اگر ظهور نداشته باشد حداقل اجمال دارد.

^١ (٦) - أورد الشيخ هذه الأحاديث في هذا المقام. فتامل " منه قده".

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

پس این روایت علی خلاف قاعده نمی باشد و علی القاعده است و ضمن این که روایت سند هم ندارد.

و در امور هامة هم خبر واحد هم حجت نمی باشد. اما نوبت به این اشکال نمی رسد و این اشکال علی تقدیر تسلیم روایت است.

۱...إلا إذا كان هو السبب بنخس أو ضرب.

صاحب دابه در جایی ضامن است در جایی که او سبب باشد مثلاً به حیوان سیخ زد یا شلاق زد که در این صورت او سبب است و تلف مستند به اوست و ضامن است و این هم مستفاد از قاعده اتلاف است.

مسألة ۱۱ : إذا استأجر سفينة أو دابة لحمل متاع

فنقص أو سرق

لم يضمن صاحبها...^۲

اگر یک کشتی اجاره کرد یا حیوانی را برای حمل متاعی اجاره کرد در اثناء مسیر این حیوان یا کشتی، متاع سرقت شد یا متاع کم شد مثلاً در بین راه خورجین سوارخ شد و به مقصد که رسیدند دیدند که گندمها کم شده است یا به هر جهت دیگری اگر نقصان یا تلفی بر مال وارد

^۱ مسألة ۱۰ : إذا أجرة دابة لحمل متاع فعثر و تلف أو نقص لا ضمان على صاحبها ...

^۲ ... نعم لو اشترط عليه الضمان صح لعموم دليل الشرط و للنص.

شد آیا می توان گفت صاحب سفینه و دابه ضامن نمی باشد؟ ایشان می فرمایند ضامن نمی باشد.

در مسئله قبلی تلف یا نقصان به خاطر لغزش حیوان بود اما در اینجا دیگر لغزشی در کار نمی باشد. در اینجا هم فرق نمی کند که مالک همراه سفینه و حیوان باشد یا خیر.

علت عدم الضمان: عدم استناد الاتلاف الی صاحبها و یده لیس بالید العدوانية.

در ما نحن فيه سبب ضمان تلف تحت ید و یکی اتلاف است در صورت سرقت که صاحب اتلاف نکرده است بلکه سارق اتلاف کرده است و اگر سرقت شد نوعاً مالک همراه سفینه است و مرسوم نبوده است که کشتی را بدون مالک اجاره کنند بلکه مالک کشتی را جابه جا می کرده است در اینجا تلف تحت ید است اما تلف تحت ید زمانی سبب الضمان است که ید ید عدوانی باشد و در اینجا ید او ید امانی است.

۱... نعم لو اشترط علیه الضمان صح

لعموم دلیل الشرط و للنص.

بله اگر شرط ضمان کرد گفت در اینجا اگر نقصانی وارد شد و یا سرقت شد تو ضامن باشی در اینجا این شرط صحیح است. یا حتی گفت اگر این تلف به تلف آسمانی بود تو ضامن هستی. مراد از این شرط، شرط نتیجه است یعنی در قبال این تلف ذمه صاحب سفینه مشغول شود به بدل آن شیء تالف.

مسألة ۱: إذا استأجر سفينة أو دابة لحمل متاع فنقص أو سرق لم يضمن صاحبها ...

چرا که دلیل شرط و مقتضای نص این است که صحیح است.

این بحث تکراری است لذا چکیده آن را می گوئیم:

اولا مرحوم سید بر ضمان دلیلش چه می باشد؟ دو دلیل ذکر کرده است:

دلیل شرط و نص.

و اما دلیل الشرط: رواية «المؤمنون عند شروطهم».

مراد از دلیل شرط این است: «المؤمنون عند شروطهم»^۱. سید از این کلام استفاده می

کند هر شرطی شود صحیح است و نافذ الا ما خرج بالدلیل. در اینجا هم شرط ضمان کرده است.

مناقشة: هذا الدليل مخدوش لان الشرط الضمان شرط النتيجة و دليل الشرط مفاده شرط الفعل.

این دلیل تمام است یا خیر؟

این دلیل نا تمام است. دقت کنید همانطور که اشاره کردیم چون بحث شرط ضمان قبلا بحث شده است دلائلی که برای صحت این شرط آورده اند را نمی خواهیم متعرض شویم که همه را هم جواب دادیم، فقط دو دلیلی که سید بیان کرده اند را متعرض می شویم.

۱ ۲۷۰۸۱-۴- وَ عَنْهُ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَنْصُورٍ بُرْزَجٍ عَنْ عَبْدِ صَالِحٍ ع قَالَ: قُلْتُ لَهُ إِنَّ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَلَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ فِي التَّرْوِيجِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَتِفَ يَصْنَعُ فَقَالَ بئسَ مَا صَنَعَ وَمَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَقَعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلْيَفِ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص قَالَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ. (وسائل الشيعة : ج ۲۱ ؛ ص ۲۷۶، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق. التهذيب ۷- ۳۷۱- ۱۵۰۳، والاستبصار ۳- ۲۳۲- ۸۳۵).

چرا این دلیل تمام نمی باشد؟ دقت کنید شرط بر دو قسم است شرط فعل و شرط نتیجه. شرط فعل این است که شرط می شود یکی از متعاقبین یا هر دو از متعاقبین یک کاری را انجام دهد مثلا این عبا را می فروشم به شرط این که برای پدرم یک ختم قرآن بخوانی. اما در شرط نتیجه فعلی در کار نمی باشد بلکه یک امر اعتباری با این شرط باید حاصل شود مثلا من این عقد را انجام می دهم به شرط این که قلم ملک من بشود یا فلان عبت حر باشد که به محض تحقق عقد ملکیت و حریت حاصل می شود بدون این که نیاز به تملیک دیگر یا اعتاقی بعد از عقد باشد. این را می گویند شرط نتیجه

علمای ما در «المومنون عند شروطهم» دو دسته شده اند: بعضی گفته اند فقط شرط فعل را می گیرد و بعضی گفته اند هر دو را می گیرد. سید قائل می باشند که هر دو را می گیرد ما ها قائلیم که اصلا شرط نتیجه را نمی گیرد چرا؟ معنای «المومنون عند شروطهم» عبارت است از اینکه مومن از شرط خودش جدا نمی شود بین مومن و شرط فاصله نمی باشد کنایه از این است که از شرط تخلف نمی کند و بر مومن وفاء به شرط واجب است. وجوب به چی تعلق می گیرد؟ دائما وجوب به فعل ارادی تعلق می گیرد و در شرط نتیجه فعلی در کار نمی باشد بلکه حصول نتیجه است لذا «المومنون عند شروطهم» با اینگونه شروط کاری ندارد.

پس «المومنون عند شروطهم» شرط نتیجه را نمی گیرد سید می خواست بگوید که در ما نحن فیه شرط ضمان کرده است و به مقتضای «المومنون عند شروطهم» این شخص ضامن

است و شرط صحیح است در حالیکه شرط ضمان شرط نتیجه است. لذا برای صحت شرط ضمان به «المؤمنون عند شروطهم» نمی توان تمسک کرد.^۱

درست است که ما عقلائی هستیم اما ما قائلیم در باب امارات اگر شخص عالم باشد مثلاً من می دانم زید عادل است اماره هم می گوید زید عادل است این اماره حجت برای من است.

دائماً روایت به اندازه سیره اطلاق پیدا می کند اما «المؤمنون عند شروطهم» شرط نتیجه را نمی گیرد. ،،،

و اما النص: خبر موسی بن بکر.

سید دو دلیل آورد. دلیل دوم سید نص بود خبر موسی بن بکر عن ابی الحسن علیه السلام:

وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ

مُوسَى بْنِ بَكْرِ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ ع قَالَ:

^۱ اگر بخواهد به نحو شرط فعل ضمان را شرط کند می گوید که این سفینه را از تو اجاره می کنم به شرط این که اگر خسارتی بر مال من وارد شد تو تدارک کنی و به مقدار تلف شده به من تملیک کنی که این از بحث ما خارج است.

^۲ (۱) - الکافی ۵- ۲۴۴- ۴، و آورده عن السرائر فی الحدیث ۱ من الباب ۲۷ من هذه الأبواب.

سَأَلَتْهُ عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ سَفِينَةً مِنْ مَلَّاحٍ فَحَمَلَهَا طَعَاماً وَ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ نَقْصَ الطَّعَامُ
 فَعَلَيْهِ قَالَ جَائِزٌ قُلْتُ إِنَّهُ رَبَّمَا زَادَ الطَّعَامُ قَالَ فَقَالَ يَدَّعِي الْمَلَّاحُ أَنَّهُ زَادَ فِيهِ شَيْئاً؟ قُلْتُ لَا. قَالَ
 هُوَ لِصَاحِبِ الطَّعَامِ الزِّيَادَةُ وَ عَلَيْهِ النُّقْصَانُ إِذَا كَانَ قَدْ اشْتَرَطَ ذَلِكَ.^۱

این روایتی است که سید اشاره به آن داشته اند.

مناقشة:

این روایت سنداً و دلالتاً تمام نمی باشد:

سنداً: موسی بن بکر نیست بثقة.

مشکل سندی این روایت این است که موسی بن بکر وثاقت ندارد و وجوه وثاقت او را قبول نکردیم.

دلالتاً: کلام الامام^۴ مجمل اَیْکُونُ فِی مَقَامِ بَيَانِ شَرْطِ الْفِعْلِ اَوِ النَّتِیْجَةِ؟ لَا نَعْلَمُ.

مشکل دلالتی آن هم این است که امام فرمودند که نقصان بر او است احتمال دارد که مراد این است که او باید تدارک کند کان شرطی که کرده است شرط فعل است و این خارج از فرض است و محل بحث ما شرط نتیجه است. یعنی امام در اینجا شرط ضمان را شرط فعل گرفته است و این اشکالی ندارد اما بحث ما شرط ضمان به شرط نتیجه است. ضمان یعنی اشتغال ذمه در حالی که اگر به نحو شرط فعل باشد می فرمودند و فعلیه التدارک یا شرط

^۱ وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۵۰، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

تدارک کرده باشد دیگر نمی گفت که شرط ضمان کند. لذا این روایت می شود مجمل نفهمیدیم که شرط نتیجه است یا ضمان.

^۱ در اینجا که شرط کرده است که ضامن باشی بین علمای ما اختلاف است که آیا این شرط درست است یا خیر باطل است؟ بعضی گفته اند این شرط درست است و بعضی گفته اند که این شرط باطل است و بعضی تفصیل داده اند بین اجاره اعیان و اجاره بر اعمال.

در اجاره بر اعیان مثل اینکه ماشین را اجاره داد و شرط کرد که اگر خسارتی وارد شد بر مال تو ضامن می باشی و مشهور گفته اند که این شرط باطل است و اثری ندارد. اما در اجاره بر اعمال گفت که اگر بر این پارچه خسارتی وارد شد تو ضامن هستی در اینجا مشهور بر عکس شده اند که در اجاره بر اعمال گفته اند که شرط درست است. مشهور تفصیلی شده اند قبلا این بیان آمده بود و تفصیلا بحث شد.

این اقوال در مسئله.

مختارنا: جواز هذا الشرط.

در اینجا ما مختار خودمان را بیان می کنیم:

گفتیم این شرط در اجاره بر اعمال و اعیان درست است تقریبی باید بکنیم که اشکالات وارده رفع شود.

ابتداءً ید امانی و عدوانی را توضیح دهیم ید یعنی استیلاء. گفته شده است که ید انسان بر مال یا امانی است یا عدوانی. ید امانی مقتضای آن و خصوصیت آن این است که اگر مال تحت ید من تلف شود من ضامن نمی باشم بخلاف ید عدوانی که اگر مال تلف شود تحت ید من ضامن می باشم. دائما در ید، مسئله مسئله تلف است نه اتلاف.

ما برای ید امانی می توانیم امثله ای را ذکر کنیم. مثلا اگر کسی مالی را به عنوان عاریه یا ودیعه قرار داد این ید شخص امانی است. اگر کسی ماشین را اجاره داد و به مستاجر تحویل داد ید مستاجر نسبت به مال مستاجر امانی است. یدهایی که امانی نباشد در اصطلاح می شود ید عدوانی این در قالب مثال است اما حقیقت ید امانی و عدوانی چه می باشد که مال اگر تحت ید عدوانی تلف شود ضامن است اما تحت ید امانی ضامن نمی باشد.

گفته شده است در سیره عقلاء اگر مالی تحت ید کسی تلف شود ضامن است الا در ید امانی از این مشخص می شود که ید عدوانی در مقابل ید امانی است لذا باید ید امانی تعریف شود. ید عدوانی این نمی باشد که حتما ید ظلمانی باشد خیر می تواند تعدی و ظلمی در کار نباشد در عین حال ید عدوانی باشد مثلا شما از کسی عبا می خرید و واقعا هم خرید و تعدی و ظلمی نکردید و واقعا خریدید اما عبا در اصل دزدی بوده است این ید شما ید امانی نمی باشد. لذا اگر حقیقت ید امانی را تعریف کنیم هم ید امانی مشخص می شود و هم ید عدوانی مشخص می شود. در اذهان علمای ما ید عدوانی هر یدی است که امانی نباشد.

حقیقة الید الامانیة: الید المستعلیة علی المال الذی لیس له احترام عند العقلاء.

هر مالی که تحت ید کسی قرار می گیرد و این مال الغاء احترام شده باشد آن ید آن شخص بر آن مال می شود ید امانی. الغاء احترام شده باشد یعنی چه؟ یعنی در مقابل خسارت و تلف الغاء احترام شود وقتی که الغاء احترام شد این ید را اصطلاحا ید امانی می گویند که در سیره عقلاء چنین یدی ضامن نمی باشد. چه کسی الغاء احترام کرده باشد؟ عقلاء باید الغاء احترام کرده باشند از این مال تحت ید یک شخص اگر قلاء الغاء احترام کردند این ید را می گویند ید امانی اصلا معنای الغاء احترام این اسکه خسارت و تلفی که ی که بر مال وارد می شود در آن ضمانتی نمی باشد.

چگونه عقلاء الغاء احترام می کنند؟ به انحائی الغاء احترام می کنند یکی این که خود مالک الغاء احترام کند. خود و دیعه و عاریه دادن الغاء احترام است از طرف جناب مالک و عقلاء در طول الغاء احترام مالک، الغاء احترام می کنند.

گاهی وقتها این الغاء احترام از جانب رئیس یک عرف است مثلا الغاء احترام از جانب شارع که در نزد عرف هم الغاء احترام شده و به تبع در نزد عقلاء هم الغاء احترام می شود گاهی اوقات عقلاء مستقلا الغاء احترام می کنند مثلا موبایلی در وسط کوچه افتاده است و شما برای جلوگیری از تلف و پیدا کردن مالک آن بر می دارید این ید شما امانی است نه مالک الغاء احترام کرده است و نه عقلاء حتی اگر عرف و مالک الغاء احترام نکنند عقلاء الغاء احترام می کنند پس ید امانی یعنی استیلاء بر مالی که الغاء احترام شود نزد عقلاء.

حقیقة الید العدوانیة: الید التی لیست بامانیة.

ید عدوانی هم در مقابل ید امانی است یعنی یدی که امانی نباشد آن ید عدوانی است. حال ما وقتی ماشین یا خانه یا کشتی را به کسی اجاره می دهیم یا کسی را اجیر می کنیم که مال و متاع ما را جابه جا کند یا این پارچه را برای ما بدوزد، آنچه در ارتکاز است این است که باید مال را به نحو الغاء احترام و به صورت امانی به دیگری بدهد. وقتی این شرط ارتکازی در عقد اجاره بود اما حالا این عقد اجاره را بسته است اما با شرط ضمان. حال که ضمان را شرط می کند می گوید که من این خانه را به تو اجاره می دهم اما نه با الغاء احترام بلکه بدون الغاء احترام این ید در اصطلاح فقهی می شود ید عدوانی که هر مالی تحت ید تلف شود ضامن است چرا که الغاء احترام مالک پشت سرش نمی باشد. لازم نمی باشد که تضمین کند و ایجاد احترام کند بلکه فقط باید الغاء احترام نکند.

عقلاء در زندگی مالکین دخالت نمی کنند خود را نخود هر آشی نمی کنند الا در مواردی که موجب اختلال نظام شود مثل عدم امضاء معاملات غریبی چرا که در این صورت می بیند

که اگر بخواهد امضاء کند نزاعات معاملی به حدی زیاد می شود که اختلال نظام حاصل می شود. در این صورت دخالت کرده و این معاملات را امضاء نمی کند. ناس واقعا مسلط بر اموالشان می باشند اما تا جایی که برای دیگران و جامعه ایجاد اشکال نکند. اما در مواردی که امضاء اعمال و افعال مالکین موجب اخلال نظام نشود امضاء می کند و زمانی که مالک الغاء احترام نکرد عقلاء هم اینجا الغاء احترام نمی کنند.

کلا مشهور قائلند در تلف سماوی ید، ید عدوانی است.

در ید عدوانی باید اتلافی در کار نباشد و الا دیگر نوبت به قاعده اتلاف می رسد نه قاعده تلف تحت ید.

شاهد بر این ارتکاز هم این است که دائما با الغاء احترام اموال خودشان را در اختیار دیگران قرار می دهند.

هذا تمام الكلام در مسئله ۱۱.

مسألة ۱۲ : إذا حمل الدابة المستأجرة

أزيد من المشترك أو المقدار المتعارف مع الإطلاق

ضمن تلفها أو عوارها...^۱

اگر کسی شتری را اجاره کرد برای حمل متاع و طرف هم شرط کرده بود که بیش از دویست کیلو بار نزنند و یا شرط نکرد که منصرف به متعارف می شود و فرضا متعارف هم این

^۱... والظاهر ثبوت أجرة المثل لا المسمى مع عدم التلف لأن العقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقييد ثبت عليه المسماة وأجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة

است که بر شتر دویست کیلو بیشتر بار نمی کنند و این شخص به جای دویست کیلو سی صد کیلو بار کرد و این شتر مرد یا معیوب شد این جا ضامن است.

دلیل الضمان: قاعدة الاتلاف.

در اینجا دیگر قاعده تلف تحت ید نمی باشد بلکه نوبت قاعده اتلاف است چرا که این عیب و فوت مستند به این شخص است.

در زماننا هذا ماشینی را کرایه می کند و به صورت متعارف پنج نفر سوار می شوند و این شخص نه نفر را سوار کرد سه نفر جلو و شش نفر را در عقب سوار کرد این ماشین اگر معیوب شود این شخص ضامن است در صورتی که مستند به این شخص باشد.

عوار یا عوار یعنی عیب.

دقت کنید در قاعده اتلاف اصلا ید معیار نمی باشد کسی در حال حرکت است و سنگی بر شیشه ماشین طرف می زند در اینجا آیا ید او امانی بوده است یا عدوانی بوده است یا اصلا ید نداشته است؟ اصلا ید نداشته است شیشه که می شکند ضامن است. اما در قاعده تلف تحت ید باید ید عدوانی باشد دقت کنید این شتری که اجاره کرده بود برای این که دویست کیلو بیشتر بار نزد و سیصد کیلو بار زد و این شتر هم فرضا تلف نشد و معیوب هم نشد و اتفاقا شتر را با بار دزدیدند خوب آیا جناب مستاجر ضامن شتر است یا خیر؟ اینجا می شود تلف که باید دید که ید او عدوانی است یا ید امانی؟ قبلا گفتیم که ید او می شود ید عدوانی چون الغاء احترام به اندازه ای بود که بخواهد به مفاد عقد عمل کند ولی این شخص به مفاد عمل نکرد و ید او شد عدوانی.

ان قلت:

نسبت به حفظش ید او امانی است اما نسبت به این مقدار بار کردن ید او عدوانی است.

قلت:

در نزد عرف این تفصیل را نمی دهند. مشکلی در تفصیل نمی باشد مسئله این است که در ارتکاز عرف چه می باشد؟ وجدان ما می گوید که تفصیل نمی دهند.

گفته نشود موید عدم تفصیل این است که از آنجائیکه عقلاء می بینند که اگر تفصیل بدهند اجاره تعطیل می شود چرا که دیگر مالکین اقدام بر اجاره دادن نمی کنند چون می بینند که در این صورت دیگر تسلطی بر مال خویش نخواهند داشت چرا که مستأجر وقتی می بیند که اگر بیش از متعارف بار بزند اما اتفاقی نیافتد ضامن نمی باشد طرف مواظبت می کند که اتفاقی نیفتد و بیش از مقدار شرط شده بار می زند.

جواب این که همین که معصیت می کنند و اگر تلفی ایجاد شود ضامن است و اگر هم تلفی صورت نگیرد مسئول باشد این باعث عدم دور زدن و ضمانت اجرایی عمل به مفاد اجاره و عدم تخطی از شرط است.

۱... ۲ و الظاهر ثبوت أجره المثل^۳ لا المسمى مع عدم

التلف

لأن العقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقييد ثبت عليه المسماة و أجره المثل بالنسبة إلى الزيادة.

۱ سه شنبه ۹۶/۰۹/۲۸.

۲ مسأله ۱۲: إذا حمل الدابة المستأجرة أزيد من المشترك أو المقدار المتعارف مع الإطلاق ضمن تلفها أو عوارها ...

۳ اجرة المثل مجموع مورد اجاره و زیادی که در مثال ما مورد اجاره صد کیلو و اضافه ۵۰ کیلو است لذا باید اجرة المثل ۱۵۰ کیلو را بدهد که فرضاً ۱۲۰ دینار بود.

اشاره به فرع کنیم و بعد متن و بعد هم شرح مسئله:

توضیح الفرع:

فرع این است که اگر بیش از مقدار متعارف بار زد مثلاً مقدار متعارف صد کیلو است و این فرد صد و پنجاه کیلو بار زد اما در عین حال مشکلی برای حیوان ایجاد نشد حال در اینجا چه اجرتی باید با مالک دابة بدهد؟ اجرة المسمى؟ اجرة المثل مقداری که بار زده است؟ اجرة المسمى به اضافه اجرة المثل اضافه؟ سه احتمال است. مثلاً اجرة المسمى صد کیلو، ۱۰۰ دینار بود و اجرة المثل ۱۵۰ کیلو، ۱۲۰ دینار بود. اجرت المسمى و اجرت المثل ۵۰ کیلو را بدهد که مثلاً ۵۰ دینار بوده است یعنی بنا بر احتمال سوم باید ۱۵۰ دینار بدهد. بنا بر احتمال دوم اجرة المثل ۱۵۰ کیلو فرضاً ۱۲۰ دینار است و بنا بر احتمال اول که فقط باید اجرة المسمى را بدهد باید ۱۰۰ دینار بدهد.

کلام السيد: فی صورة التقيد اجرة مسمى المجموع و فی الشرط

مجموع اجرة المسمى و اجرة مثل الزيادة.

خوب سید تفصیل می دهد می گوید اینکه اجیر شده است تارة بر اساس تقیید است یعنی مقید است به این که از مقدار متعارف بیشتر بار نزنند و تارة بر اساس شرط است یعنی این را به تو می دهم مشروط بر اینکه از متعارف بیشتر بار نزنی.

تقیید یعنی چه؟ معنای تقیید این است که من اجاره می دهم برای حمل صد کیلو نه بیشتر به شرط اینکه بیش از صد کیلو نشود به نحوی که اگر بیش از صد کیلو بار زنند به مورد اجاره عمل نشده است. سید می گوید اگر به نحو تقیید باشد باید اجرة المثل ۱۵۰ کیلو را بدهد که در مثال ما ۱۲۰ دینار است اما اگر به نحو شرط باشد باید ۱۵۰ دینار را بدهد هم اجرة المسمى ۱۰۰ کیلو را بدهد و هم اجرة المثل ۵۰ کیلو که ۵۰ دینار را بدهد.

نوعاً این طور است که وقتی مقدار بیشتر شود اجرة پایین می آید. خانه ای که برای ده سال اجاره کنید اجرت آن از خانه ای که برای یکسال اجاره کرده اید کمتر است در اینجا هم که اجاره کرده است برای صد کیلو اجرت صد دینار است اما از ابتداء برای صد و پنجاه اگر کرایه می شد صد و بیست دینار است.

خوب احتمال اول که خیلی دور از ذهن است می ماند دو احتمال دوم و سوم.

این کلام سید در متن است.

اما شرح المسئلة:

مقدمة: التهافت للسيد في هذه المسئلة و مسئلة ٦ التي ستجىء انشاء الله.

قبل از این که وارد شرح شویم یک نکته را یاد آوری می کنم و آن نکته تهافت است سید همین مسئلة را در فصل بعدی در مسئلة شش دارد که در آنجا فتوای دیگری داده است گفته است اگر در صورت تقیید باشد باید دو اجرت را بدهد یکی اجرت المسمى و یکی اجرة المثل اجرة المسمى را باید بدهد چرا؟ این در فقه مسلم است که وقتی یک شیئی را اجاره کردیم ضامن اجرة هستیم چه از آن شیء استفاده کنیم یا خیر. خوب این اجاره کرده بود برای حمل ۱۰۰ کیلو که استفاده نکرد پس ۱۰۰ دینار بابت اجرت المسمایی که به عقد ضامن شد را باید بدهد. اما می رویم سراغ ۱۵۰ کیلو که استیفاء کرد باید اجرت آن را بدهد منفعت حمل ۱۵۰ کیلو ملک مستأجر نبود و فقط منفعت ۱۰۰ کیلو ملک مستأجر بود که استیفاء نکرد به قاعده اتلاف یا تلف ضامن است که بحث آن در آینده می آید.

در مسئلة شش فصل آینده می گوید که باید ۲۲۰ دینار بدهد با اینکه در اینجا گفته است ۱۲۰ دینار بر ذمه اش است. این مسئلة عویصه ای است مثلاً خانه ای را برای سکونت اجاره کرده است اما در آن فروشندگی می کند و تخلف امر رایجی است در اینجا باید چه کنیم

این مسئله را موکول می کنیم به بحث مسئله ۶ چرا که اقوال و اختلاف زیاد است و باید به تفصیل بیان شود که اگر ما به مورد اجاره عمل نکردیم و منفعتی را استیفاء کردیم که مورد اجاره نبود حکم مسئله چه می باشد.

اشتراک سید در اینجا با مسئله ۶ فصل بعد در این است که باید اجرة المثل مجموع را بدهد اما اختلاف این است که در اینجا نیاز نمی باشد اجرة المسمى را بدهد در مسئله ۶ فصل آینده می گوید که باید اجرة المسمى را هم بدهد.

اما شرح المتن: فی صورة الشرط یضمن المجموع.

از این مقدمه مشخص شد که نصف شرح موکول به آینده شد و صورت شرط را در اینجا و صورت تقیید را در مسئله ۶ فصل آینده بحث می کنیم.

صورت شرط این است که این را اجاره داده است و گفته است این را اجاره می دهم برای حمل بار و شرط کرده است که بیش از صد کیلو بار نزنند و این ۱۵۰ کیلو بار زد.

می دانید در باب شرط، تخلف شرط عقد را فاسد نمی کند شما می گوید که این خانه را اجاره می دهم به شرط این که موسیقی گوش ندهی این موسیقی گوش داد اجاره درست است و سکونت او حلال است فقط اینجا دو معصیت انجام داده است معصیت استماع به موسیقی و معصیت تخلف از شرط. وفاء به شرط واجب است و در صورت تخلف ترک واجب کرده است.

خوب این را دقت کنید در ما نحن فیه تطبیق می کنیم.

این اجاره داده بود برای حمل گندم و شرط بود که بیش از صد کیلو بار نزنند و این ۱۵۰ کیلو بار زد عقد اجاره درست است به عقد اجاره ضامن اجرة المسمى شد و صد دینار را ضامن است. می آییم سراغ پنجاه کیلو در اینجا این شخص نسبت به منفعت ۵۰ کیلوی زیادی الغاء

احترام نکرده بود و ماذون نبود باید اجرة المثل ۵۰ کیلو را بدهد که ۵۰ دینار فرضا است لذا باید ۱۵۰ دینار بدهد.

ان قلت:

گفته شده است که سید عبارتش درست است اما ناقص است به جهت اینکه مگر شرط نکرده بود که بیش از صد کیلو نزد و این به شرط وفاء نکرد می دانید در شرط فعل اگر مشروط علیه تخلف کرد طرف مقابل حق فسخ دارد خوب طرف مقابل که موجر است عقد را فسخ می کند اجرة المثل ۱۵۰ کیلو را از این می گیرد در مثال اجرة ۱۵۰ کیلو به ضرر موجر بود چرا که ۱۲۰ دینار بود لذا فسخ نکرد. اما بعضی اوقات بالعکس است مثلاً اجرة المثل ۱۵۰ کیلو چون فشار زیاد می آید و در معرض تلف است اجرت بالا می رود در اینجا اگر فسخ می کرد می رفت سراغ اجرة المثل ۱۵۰ کیلو که ۲۰۰ دینار بود. بخلاف این جا که مجموع اجرة المسمى و اجرة المثل ۱۵۰ دینار بود. ۵۰ دینار به ضرر موجر می شود.

در حالی که سید نفرمود که حق فسخ دارد. گاهی اوقات اگر فسخ کند به نفع موجر است لذا می بایست این را بگوید.

قلت:

جواب دادند که کلام سید ناقص نمی باشد چرا که در این جا مراد سید حصه بوده است و لفظ شرط را بکار برده است یعنی این را اجاره می دهد برای حصه که این حصه صد کیلو است نه به نحو شرط فعل که آن بار بیش از صد کیلو نباشد.

در اینجا مستاجر هم مورد اجاره را استیفاء کرده است و منفعتی را استیفاء کرده است که مورد اجاره نمی باشد. مثلاً یکبار شما اجاره می دهی برای حمل کیسه و شرط نمی کنی که غیر کیسه را بار نزن و نسبت به شیء دیگر ساکت است این اجاره به نحو حصه است اما در صورتی که شرط کنی و ساکت نباشی و بگویی که غیر کیسه هم بار نزن.

مناقشه:

این مورد اجاره نسبت به زائد یا لابلشرط است یا به شرط لا اگر لا بشرط باشد بر می گردد به کلام سید که بر حمل ۱۰۰ کیلو اجاره داده است به شرط فعل اینکه بیش از ۱۰۰ کیلو بارش نکند. و اگر به شرط لا باشد می شود تقیید.

سید می فرمود که متعلق اجاره یا حمل گندم است یا صد کیلو است که اگر صد کیلو باشد یعنی به شرط لا است که این می شود تقیید و اگر شرط نکرده باشد یعنی لا بشرط باشد یعنی برای حمل گندم اجاره داده است اما شرط کرده است که بیش از ۱۰۰ کیلو بار نزد.

یعنی این شخص فکر می کرده است که اجاره سه قسم است حصه و تقیید و شرط در حالیکه اجاره دو قسم بیشتر نمی باشد شرط و تقیید و حقیقت حصه همان تقیید است.

پس این اشکال بر سید وارد است که حق فسخ را متعرض نشده است و این فرضی هم که متعرض شدیم و گفتیم که گاهی اوقات فسخ به نفع سید است و تصویری کردیم به خاطر این بود که کسی نگوید که شاید سید دیده است که دائما در صورت فسخ کمتری برد یا صورت فسخ و غیر فسخ مثل هم است. در عین حال باز این حق فسخ بود و باید متعرض می شد.

/%

۱ مسأله ۱۳: إذا اکتري دابة

فسار عليها زیادة عن المشترط ضمن

اگر کسی مرکبی را برای رفتن به جایی کرایه کرد بعد از رفتن به مقصد به جای دیگر رفتیم و بعد به مقصد برگشتیم و به مبدأ برگشتیم در اینجا شخص ضامن چه می باشد؟

و الظاهر ثبوت الأجرة المسماة

بالنسبة إلى المقدار المشترط و أجرة المثل بالنسبة إلى الزائد

می فرمایند که ببینیم که اجرة المسمى چقدر بوده است را باید بدهد که مثلا ۱۰۰ دینار است و اجرة المثل رفتن به شهر بعد از مقصد و برگشت به آن را باید بدهد که مثلا ۵۰ دینار می باشد.

،،،،، ما دائما اجرة المثل زائد را می دهیم و اجرة المسمى را هم به مقتضای عقد می دهیم این مسئله با مسئله قبلی که به مقصد نرفت اصلا و به جای دیگر رفتن در اینجا منفعت اجاره را استیفاء کرد و زائد بر آن هم استیفاء کرده است . که باید ببینیم که اجرة المثل مسیر رفت و برگشت زائد چه مقدار است علاوه بر اجرة المسمى باید بدهیم. در اینجا فرض سید این بوده است که مورد اجاره بر اساس تقیید است.

پس تخلف دو صورت است که یکبار تغییر می دهد مورد اجاره را و یکبار اضافه بر اجاره انجام می دهد که در اینجا زائد بر مورد اجاره استیفاء کرده است.

گاهی اوقات زیاده به مغایرت می انجامد و گاهی به مغایرت نمی انجامد در مسئله قبل اگر بر صد کیلو اجاره م یداد و شما ۱۵۰ کیلو می دادید شما منفعت اجاره را استیفاء نکردید و منفعت دیگر استیفاء کرده ید که منفعت ۱۵۰ کیلو باشد اما در اینجا منفعت اجاره را استیفاء کردید و علاوه بر آن هم استیفاء کردید.

در ضمان این فرق اثر دارد اجرة المسمى در اینجا در ای حال ثابت است در مسئله قبلی اختلاف است که باید اجرة المسمى را باید بدهد یا خیر.

وجه سید:

اجرة المسمى بنا بر مورد اجاره ضامن است و اجرة المثل را ضامن است به خاطر قاعده اتلاف که استیفاء منفعت به معنای اتلاف است و قاعده اتلاف مطلق است. اختلافی با مشهور داری که مشهور می گوید که مالک عین مالک منفعت هم می باشد ما ها مالکیت بر منفعت را منکریم و من که مالک خانه هستم من مالک عین هستم و مالک منفعت می باشم اما می توانم منافع مال خودم را استیفاء کنم و غیر به اذن من می تواند از منافع ملک من استفاده می کند اما ما قائلیم که قاعده اتلاف اختصاص به املاک ندارد شامل منافع ملک من هم می شود. به عبارت دیگر من در مقام استیفاء این دار می توانم پول مطالبه کنم مثلاً منزل من در این خیابان است من نمی توانم از دیگری بخاطر استیفاء پول بگیرم اما اگر جاده یا خیابان یا کوچه ای مملوک کسی باشد این حق را عقلاً دارد که در قبال استیفاء مال پول دریافت کند می دانید که بعضی از خیابانها و کوچه ها اختصاصی است و من مالک پولی در ذمه شخص عبور کننده می شود همه اینها بر اساس سلطنت ناس بر اموال خود است ،،، اصلاً صحیحه ای ولاد هم این است که شتری را برای نیل کرایه کرده بود و بیشتر استیفاء کرد که امام فرمودند باید پول زیاده را بدهد.

این که زیاده مغیر است این عرف است عرف ۱۵۰ کیلورا به ۱۰۰ کیلو و ۵۰ کیلو تقسیم نمی کند اما عرفی است که رفته است به مقصد و از مقصد تجاوز کرده است.
در بحث بار ظاهرا که کمیت تغییر پیدا کند مغیر است.

۱۴ مسألة يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل

أن يضربها إذا وقفت على المتعارف

أو يكبحها باللجام أو نحو ذلك على المتعارف...

اگر حیوانی را کرایه کرد و توقف کرد می توان حیوان را زد البته به متعارف می تواند بزند.
چه به لحاظ کمیت و به لحاظ شدت مثلا اگر به دو ضربه راه رفت سه ضربه نزد اگر به آرامی بزنند راه می رود نمی تواند تازیانه شدید را بزند بنا بر این که این متعارف باشد.

یکبح یعنی کشیدن کشیدن لجام هم اثر توقفی دارد و هم اثر تحریکی یا اینکه سیخی بزنند یا چوب بزنند این اگر متعارف باشد مانعی ندارد.

ایذاء حیوان حرام نمی باشد و الا حیوان در هنگام بار بردن اذیت می شود بلکه تعذیب حرام است مثلا به حیوان گرسنگی یا تشنگی بدهند یا وسط گرما یا سرما نگه دارند یا آن را آتش بزنند.

همه اینها را سید می فرمایند جایز است دلیل اینها این است که وقتی اجاره می دهد و چیزی نمی گوید و شرطی نمی کند یعنی اجاره می دهد بر انتفاع متعارف و این امور هم در حمل بار متعارف است. در اجاره متعارف اذن بر این امور هست وقتی مالک اذن داد اینگونه تصرفات می شود مباح.

این به نحو شرط ارتکازی نمی باشد چرا که شرط غیر جزء است و این حمل متعارف جزء منفعت است.

متعلق اجاره منفعت بر متعارف و این منفعت متعارف هم متوقف بر ضرب متعارف است تملیک انتفاع متعارف متضمن اذن در ضرب است . ای نخودش اذن در ضرب است همین اجاره دادن به نحو متعارف اذن در ضرب می باشد.

خودش متضمن این می باشد بیان این او تملیک کرده است انتفاع متعارف را و تسلیط کرده است بر انتفاع متعارف و انتفاع متعارف موقوف بر ضرب اس و این تملیک متضمن اذن بر ضرب است. این فرع اول در مسئله ۱۴.

...إلا مع منع المالك من ذلك...

اگر اذن نداد این ضرب می شود تصرف در ملک غیر بدون اذن و مالک این اسب و این مصداق تصرف عدوانی است طبق مختار ما.

حال اگر اجاره داد و فردا گفت حق ضرب نداریم این منع اثری دارد یا خیر. دیروز اجاره بر متعارف دارد که متضمن اذن در ضرب است امروز منع کرد از ضرب می تواند بعد از این منع حیوان را بزند. ای منعش اثر ندارد چرا؟ ما اذن دو قسم داریم:

یک اذن مستقل و یک اذن ضمنی در اذن مستقل مثلاً کسی می گوید که اجازه می دهیم ک در فرش بیشینم و بعد از نشستن گفت که من بشسمان شدن و بلند شود در اینجا باید شخص بلند شود و می توانم هر زمان برگردم .

یک اذن ضمن عقد داریم ضمن عقد بر اجاره اذن بر ضرب داده بود در عقد اجاره اذن در ضرب داده بود و دلیلش سیره عقلاء است در سیره عقلاء مالک وقتی اذن در تصرف می دهد هر زمانی که می خواهد از اذن خود برگردد اما اگر اذنش در ضمن عقد بود نمی تواند از اذن

خود برگردد لذا اگر می خواهد کسی از اذنش برگردد باید در ضمن عقد این اذن را بگیرد مثلاً بگوید در قبال این مصالحه شاخه نبات به هزار تومان به شرط اذن از کتابخانه شما در اینجا اگر از اذن بر استیفاء از کتابخانه برگردد اثری ندارد.

أو كونه معها

و كان المتعارف سوقه هو...

اگر مالک همراه باشد و متعارف در این صورت این است که مالک سوق می دهد در این صورت تصرف او در حیوان جایز نمی باشد چرا که عقد اجاره متضمن اذن بر ضرب و سیخک زدن و امثال این نمی باشد

و لو تعدی عن المتعارف

أو مع منعه ضمن نقصها أو تلفها...

حال اگر از متعارف تعدی کرد مثلاً با میلگرد زد و استخوانش شکست یا حیوان تلف شد یا ضرب متعارف انجام داد اما ماذون نبود مالک اذن در ضرب نداده بود و در اثر ضرب متعارف دابه تلف شد یا ناقص شد سید می فرمایند که ضامن است.

چرا ضامن است؟

قاعده اتلاف قاعده اتلاف می گوید که اگر مالی یا وصف مالی را تلف کنیم ضامن نمی باشیم بنابراین تلف این حیوان و نقص مستند به متلف است.

...أما في صورة الجواز

ففي ضمانه مع عدم التعدي إشكال بل الأقوى العدم لأنه مأذون فيه.

سید می فرمایند که ضامن نمی باشد چرا که اذن در تصرف دارد و اذن در ضرب عقلاً
الغاء احترام است و قاعده اتلاف مال اموال محترم است.

هذا تمام الكلام في المسئلة ١٤.

مسألة ١٥ : إذا استوجر لحفظ متاع فسرَق لم يضمن

إلا مع التقصير في الحفظ

و لو لغلبة النوم عليه

اینکه می گویند که ضامن نمی باشد چرا که ید او ید امانی است و در تلف تحت ید اگر
ید امانی باشد ضامن نمی باشد اما اینکه یکی از مثالهای تقصیر غلبه نوم است . مرحوم خوئی
فرمودند که نوم دو فرد دارد که یکبار خیلی خوابش می گیرد و می رود و می خوابد اما یک بار
به خاطر غلبه نوم نمی رود بخوابد بلکه خوابش می برد در اینجا دیگر تقصیر ندارد و ضامن
نمی باشد. پس تقصیر در صورت این است که خودش رفت و خوابید اما در صورتیکه خودش
خوابش برد در اینجا دیگر مقصر و در نتیجه ضامن نمی باشد. پس غلبه نوم هم با تقصیر و
هم عدم تقصیر می سازد.

اشكال بر كلام مرحوم خوئی:

اولا:

صورت اول که می رود خودش می خوابد از کلام سید بیرون است و به این غلبه نوم نمی گویند می توانست با راه رفتن و آب به صورت زدن بیدار بماند غلبه نوم در جایی اسک ه اراده انسان مقهور شود

ثانیا:

اگر بدون اختیار خوابش برد دیگر مقصر نمی باشد چرا که دیگر اراده ای ندارد. این فرمایش هم ظاهرا تمام نمی باشد در غلبه نوم می تواند عن تقصیر و قصور باشد عن تقصیر مثل این که شب را زود نخوابیده است آنجا مقصر است کسی که می خواهد شب نگهبان باشد باید روز قبلش را خوب بخوابد که بتواند خوب نگهبانی دهد اما یکبار استراحتهای لازم را کرده است اما یک آن بدون اینکه اراده ای داشته باشد خوابش ببرد. یا مثل اینکه شب گذشته به خاطر حادثه غیر مترقبه ای خوابش نبرد یا خیر زود هم خوابید اما خوابش نبرد در اینجا هم مقصر نمی باشد ظاهرا.

اینها علی القاعده بود اما ما روایتی داریم که از این روایت فهمیده می شود که این اجیر ضامن است ما کسی را اجیر کردیم که از این محصول زمین و اموال مواظبت کند و سرقت شد:

موثقه اسحاق بن عمار:

وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۴۰

۲۴۳۱۶-۳-۱ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كُلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيًّا ع كَانَ يَقُولُ لَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِ الْحَمَامِ فِيمَا ذَهَبَ مِنَ الثِّيَابِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَ الْجُعْلَ عَلَى الْحَمَامِ وَلَمْ يَأْخُذْ عَلَى الثِّيَابِ.^۲

در قدیم کمد نبود و لباسهای خود را روی سکو در می آوردند و می رفته اند.

از مفهوم این روایت این فهمیده می شود که اگر اجرة بر نگهبانی می گرفت ضامن بود چرا که قید را احترازی آورده است که کسی اخذ اجرة نکرده ضامن نمی باشد مفهوم وصف یا حد این است که اگر اخذ اجرة کرد این ضامن است.

این استدلالی است که شده است به این روایت.

خود اسحاق بن عمار فساد مذهب دارد لذا تعبیر به موثقه شده است. یا فطحی مذهب یا واقفی بوده است.

گفته شد که ظاهرا خدشه شده در این فساد مذهب اخیرا لذا می شود معتبره یعنی روایتی که در آن خدشه ای اس تاما پذیرفته نشده است.

مناقشه:

اولا:

مفهوم این می شود موجب جزئی نه کلیه. در روایت آمده است که اجرت نگرفته است پس ضامن نمی باشد آیا مفهوم آن این است که اگر اجرة گرفته بود ضامن بود یا در بعضی اوقات ضامن است مثل الماء اذا بلغ قدر کر لا ینجسه شیء مفهوم آن این است که اگر به قدر کر نرسیده باشد ینجسه کلی شیء خیر ینجسه شیء لذا در این جا مفهوم این است که در

۱ (۵) - التهذيب ۶- ۳۱۴- ۸۶۹، وأورده في الحديث ۲ من الباب ۳۰ من أبواب كيفية الحكم.

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

صورت گرفتن اجرة بعضی اوقات ضامن است که قدر متیقن آن صورت تقصیر ضامن است و در صورت عدم تقصیر ضامن نمی باشد.

ثانیا:

سلمنا که مفهوم مطلق است در هر صورت در صورت گرفتن اجرت ضامن است گفته شده است که ما روایاتی داریم شخص اجیر و موتمن ضامن نمی باشد این قید می زند این مفهوم مطلق را مثل صحیحہ حلبی که در مورد اجیر علی الحفظ وارد شده است :

وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۷۹

۲۴۱۹۷- ۲- ۱ و رواه الصَّوْقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَادٍ مِثْلَهُ وَ زَادَ وَقَالَ: فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَأَقْعَدَهُ عَلَى مَتَاعِهِ فَسَرَقَهُ قَالَ هُوَ مُؤْتَمَنٌ.^۲

ثالثا:

صاحب وسائل ،،،، این دو روایت رابطه یشان عموم و خصوص من وجه و تعارض می کنند و تساقط و نوبت به عام فوقانی می باشد که روایت می گوید که شخص امین ضامن نمی باشد. لا علی الامین الا الیمین،،،،،

ان قلت:

این روایت می گوید که اجیر شده است برای نگهبانی اگر به وظیفه عمل کند کفایت می کند اما اگر بر حفظ اجیر شده باشد اگر حفظ نشد ضامن است.

قلت:

۱ (۵) - الفقیه ۳- ۳۰۴- ۴۰۸۸ و التهذیب ۷- ۱۸۴- ۸۱۱، و آورده فی الحدیث ۲ من الباب ۲۹ من أبواب الاجارة.

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

خیر ظاهر این است که برای نگهبانی اجیر شده است.

لذا موثق دلیل بر ضمان نمی باشد.

أو مع اشتراط الضمان

در این فرض تقصیر نکرده است بلکه شرط ضمان کرده است.

سابقاً گفتیم که وقتی مالی در اختیار دیگری قرار می دهیم ید امانی می شود حتی بدون شرط به شرط ارتکازی ید او امانی است اما با شرط ضمان دیگری ید او امانی نمی باشد که تفصیل آن را قبلاً گفتیم.

و هل يستحق الأجرة مع السرقة

الظاهر لا لعدم حصول العمل المستأجر عليه إلا أن يكون متعلق
الإجارة الجلوس عنده و كان الغرض هو الحفظ لا أن يكون هو
المستأجر عليه.

سید می فرمایند که حالا اگر ضامن نباشد و گفتیم که نیست آیا مستحق اجرة می باشد
یا خیر؟

سید می فرمایند که اگر اجیر بر حفظ شده است متسحق اجرت نمی باشد چون حفظ
نشده است اما اگر اجیر بر محافظت شده است در اینجا مستحق اجرت می باشد. محافظت
یعنی حضور داشتن و بودن. مثلاً دزدها آمدند و او را زندانی کردند و وسائل را بردند.

^۱ شرط ضمان در صورت تقصیر اثری ندارد چرا که در صورت تقصیر اگر شرط هم نکند باز ضامن است پس مراد در صورت عدم تقصیر است. خوب گفته شده است که شرط ضمان شرط باطلی است چرا که هم خلاف شرع است که خدا گفته است ضامن نمی باشد و هم خلاف ،،، گفتیم این خلاف امانت نمی باشد شرط ضمان به دو نحو شرط فعل و شرط نتیجه است. کلام مرحوم سید ناظر به شرط نتیجه است که نمی شود،،، اما به نحو شرط فعل باشد یعنی اگر این مال سرقت شد آن را تدارک کند که هیچ زمانی مشکل ساز نمی باشد الا اینکه خود فعل محرم باشد مثلاً شرط کند که نماز نخوانی یا روزه نگیری یا شرب خمر کنی. این شرط باطل است اما در صورتی ترک واجب یا فعل حرام نباشد مشکلی ندارد مثلاً در نکاح زن شرط کند که به من دست نزنی یا نگاه نکنی اما بخلاف اینکه بگوید حق نگاه یا لمس نداشته باشی. به طور کلی اگر شرط امر مباحی کرد این مباح می شود بعد از عقد واجب اما اگر شرط حرام بود در اینجا وفاء به عقد،،، واجب نمی باشد و لکن اگر عمل به شرط نشد طرف می تواند که عقد را فسخ کند و اگر شخص به شرط عمل کرد و معصیت کرد دیگر مشروط له دیگر حق فسخ ندارد. اما اگر به نحو شرط نتیجه باشد ،،،، این خلاف امانت است یا جایز می باشد؟ جایز می باشد عقد اجاره در آن یک شرط ارتکازی است و آن این که مورد مال اجاره در اختیار اجیر قرار دهد با الغاء احترام یعنی به نحو امانی به نحوی که اگر مال تلف شد ضامن باشد وقتی شرط ضمان می کند یعنی منبیا بر آن شرط ارتکازی عقد اجاره را منعقد نمی کنم یعنی فرش و طلا و جواهر را در اختیار تو قرار می دهم اما اگر تلف شد تو ضامن می باشی. پس معنای شرط ضمان یعنی بر اساس آن شرط ارتکازی انجام نشده است. ،،،،

این شرط ضمان شرطی است از مستاجر نه از اجیر. حال اگر بالعکس باشد و شرط عدم ضمان را اجیر شرط کند معنای این شرط این می باشد که عند التقصیر هم ضامن نباشم یعنی

اگر کوتاهی کردم و تقصیر کردم باز ضامن نمی باشم مستاجر قبول می کند معنای قبول این می باشد که الغاء احترام می کند در صورت تقصیر از این مال مردم هم بر مال خود سلطنت دارند و می توانند الغاء احترام کنند لذا الغاء احترام در صورت و ظرف تقصیر مشکلی ندارد. معنای قبول این شرط عدم قبول محافظت نمی باشد بلکه بر محافظت اینطوری که نحوه ای از محافظت است اجیر شده است بودن این شخص در اینجا یک نحوه محافظت است. دقت کنید که اجازه تقصیر نمی دهی و باید به نحو متعارف محافظت کنی و اما اگر تقصیر کردی اشکال ندارد در این صورت اگر از شب تا صبح بخوابد و اصلا به آنجا نرود این جایز نمی باشد اما وقتی رفت ،،، نتیجه این است که اگر محافظتش کمتر از متعارف بود دیگر مستحق اجرت نمی باشد.

این فرع دوم و شرط ضمان اما فرع بعدی که بحث استحقاق اجرت است.

اول می فرمایند که اجیر بر حفظ شده است و دیگر حفظ نشده است در اینجا حفظ نشده است لذا مستحق اجرت نمی باشد.

بعد تفصیل می دهند به یانک ه اگر اجیر بر حفظ شده باشد مستحق نمی باشد و اما اگر اجیر برای محافظت شده است مستحق می باشد.

مثل اینکه یکبار طرف اجیر می شود برای نماز خواندن در اینجا مستحق است و لو ذمه او فارغ نشده باشد اما اگر اجیر شد بر فراغ ذمه در اینجا باید فراغ ذمه حاصل شود و اگر نشود فایده ای ندارد و مستحق اجرت نمی باشد. ،،،،

این فرمایش و تفصیل سید درتس است و عادتاً این است که اگر برای متاعی اجیر می شویم برای محافظت و حراست اجیر می شویم نه حفظ و نوعاً قرینه است چرا که نوعاً چه کسانی اجیر می گیرند کسانی که اموال گرانبهائی داشته باشند و نوعاً افراد فقیر اجیر می شوند و رغبت دارند و تا مضطر نشوند سراغ این شغل نمی روند قبلاً عده ای بودند به عنوان مقنی و

چاه کن که هم چاه سرویس می زدند و هم خالی می کردند و پایین ترین سطح شغل از حیث اجتماعی بود در اصفهان یکسری افراد بودند به نام کودکش که کودکش نبودند بلکه هم تخلیه چاه بودند و از حیث اجتماعی خیلی پایین بود و زمانی که کاری نداشتند و امر دائر مدار دزدی و این شغل بود این شغل را انتخاب می کردند لذا اکثرا مضطر به این کار می آمدند و این کار را می کردند و شخص فقیر است و اصلا پولی ندارد که بخواهد ضامن این اموال بشود معمولا هم اقلامی که برای محافظت آن ها اجیر شده اند اشیاء گرانبها است یا فرش است یا طلا و جواهر است و اگر ضامن بخواهند باشند این ضامن بودن این ها لغو است و اگر این پول ضمانت این اموال را داشت دیگر اجیر نمی شود. محافظت یعنی امری که در محافظت متعارف است مثلا در خانه شب راه برود اما دزد ها حرفه ای هستند و سرمالک هم کلاه می گذارند و دروین هم نمی تواند بگیرد در اینجا باید اجرة را تماما و کمالا بدهند. بله اگر شخصی را اجیر کرد برای محافظت از این شیء بسیار گرانبها در طول یکماهی که نیست. اتفاقا در شب اول دزد آ»د و تابلو را برد در اینجا دیگر نیاز نمی باشد که اجرة یکماه را بدهد و باید اجرت یکروز را بدهد چرا که عقد اجاره منفسخ شد و دیگر موضوعی برای محافظت نمی باشد فقط بحث این است که این کشف می کند که از اول عقد اجاره باطل است یا خیر بعد منفسخ می شود؟ ما انفساخی هستیم. فرق بطلان و انفساخ چیست؟ بعضی از امور در اختیار انسان نمی باشد مثلا اجیر بعد از یک روز سخته کرد و مرد در اینجا عقد اجاره منفسخ می شود یا باطل است از اول. موت این گونه است که از اول معدوم دیده می شود،،،، لذا باطل می شود. اما اگر شخص نمرد اما به قتل رسید خوب از آلان به بعد به عقد اجاره منفسخ می شود یا کشف از بطلان می شود در جایی که اختیار است می گوئیم عقد اجاره منفسخ می شود.،،،،

مسألة ١٦ : صاحب الحمام لا يضمن الثياب

إلا إذا أودع و فرط أو تعدى و حينئذ يشكّل

صحة اشتراط الضمان أيضا لأنه أمين محض فإنه إنما أخذ الأجرة على الحمام و لم يأخذ على الثياب نعم لو استوجر مع ذلك للحفظ أيضا ضمن مع التعدي أو التفريط و مع اشتراط الضمان أيضا لأنه حينئذ يأخذ الأجرة على الثياب أيضا فلا يكون أمينا محضا.

در قدیم متعارف بود که وقتی حمام می رفتند لباسهای را در سر حمام می گذاشتند و سید می فرمایند که اگر لباسها به سرقت رفت ضامن نمی باشد الا اینکه به عاریه به صاحب حمام بدهد و تفريط کند یعنی کم کاری کند یعنی غایب شود یا تعدی کند مثلا درب حمام را باز بگذارد،،، در این صورت ضامن می باشد. سید در باب اجاره گفته بود که در صورتی که شخص را اجیر کرد و به شخص گفت در صورت عدم تعدی ضامنی گفت ضامن می باشد آیا در اینجا هم اگر با او شرط کرد که اگر تعدی و تفريط هم نکردی ضامن باشی ضامن می باشد؟ سید می فرمایند که این شرط را نمی تواند بکند می گوید که چرا که این شخص دیگر اجیر نمی باشد و این شخص امین است و شخص ودیعه گیرنده امین است و حقیقت ودیعه امانت است و اگر بخواهد ضامن باشد دیگر از حقیقت امانت خارج می شود.

امین محض یعنی اجیر نمی باشد و بلا اجرة امین است و اجرتی که دریافت می کند برای آب حمام است و برای اخذ ثبات اجرتی دریافت نکرده است.

سید می فرمایند بله اگر دو عقد اجاره ببندد یکی برای حمام و یکی برای حفظ ثیاب یا یکی عقد ببندد که هم شامل حفظ و حمام شود در این صورت در صورت تعدی و شرط ضمان ضامن می باشد چرا که امین محض نمی باشد.

این فرمایش مرحوم سید در مسئله ۱۶. اما شرح مسئله.

مرحوم سید در این مسئله سه فرع مطرح کرده است این سه فرع را جدا می کنیم:

فرع اول:

می رود حمام و آن اجرتی که می دهد برای استحمام است اما برای لباس نه اجیر می شود و نه ودیعه می گذارد پیش صاحب حمام. این صورت اول.

خوب در این فرع اگر لباس تلف شود ضامن نمی باشد چرا؟ به جهت اینکه نه اجیر بر حفظ شده است و نه ودیعه حتی اگر تقصیر کند مثلاً حمام را ترک کند و سارق آمد لباس را سرقت کرد حتی ترک حمام اگر متعارف نباشد در اینجا ضامن نمی باشد کما اینکه در روستاها اینطور بوده است که قراری بین شخصی که به حمام رفته و حمامی نمی باشد. حتی از این بالاتر اگر دید که سارق آمد و لباسها را برداشت و چیزی را نگفت باز ضامن نمی باشد در فقه است که انسان نسبت به مال مردم ضامن نمی باشد مثلاً شخصی می بیند که کسی در حال جیب زنی یا سرقت ماشین دیگری است نیاز به جلوگیری نمی باشد بله از حیث امر به معروف و نهی از منکر بر او واجب است که اقدام کند قوی یا عملی بنا بر اختلافی که است اما ضامن نمی باشد.

اینجا با کلام سید موافقیم و ضامن نمی باشد.

اما فرع دوم:

فرع دوم این است که شخص به عنوان امانت و ودیعه لباسهایش را پیش حامی گذاشته اما اجیر نشده است مثل اینکه شما دفتری را پیش کسی می گذارید تا حفظ کند و آن شخص هم قبول می کند در این صورت اگر تفریط یا تعدی کند ید او عدوانی می شود و از ید امانی خارج می شود و تلف تحت ید از اسباب ضمان است عند العقلاء. به مجرد تفریط یا تعدی ید او می شود عدوانی.

در همین فرع دوم سید مسئله ای را مطرح کرده است و آن اینکه شخص گفته است که این لباس من امانت پیش شما باشد یعنی شخص فقط امین باشد و اجیر نشده باشد و اجرتی در مقابل این حفظ هم دریافت نکرده است و بعد مالک مال امانی شرط کند که اگر تلف شد و لو بدون تفریط و تعدی ضامن باشی و حامی هم قبول کرد در اینجا در صورت تلف ضامن است یا خیر؟ سید در اینجا توقف کرده است.

کسانی که گفته اند ضامن نمی باشد یا توقف در مسئله کرده اند سه اشکال در ضمان داشته اند:

اشکال اول:

گفته اند این عقد، عقد ودیعه است و این شخص امین است در ودیعه شرط ضمان با حقیقت ودیعه و امین بودن نمی سازد وقتی نسازد این شرط خلاف مقتضای خود عقد است مثل اینکه من این لباس را به تو می فروشم بلا ثمن خوب آیا این بیع درست است یا باطل؟ این باطل است.

چون حقیقت بیع تملیک المثلن بعوض است و اینجا ثمن و عوضی در کار نمی باشد.

مناقشه:

این اشکال، اشکال سیالی در فقه است و بدرد بخور است. در این استدلال یک مغالطه ای صورت گرفته است که این مغالطه خیلی سیال است این که گفت می شود خلاف عقد یا

خلاف مقتضای عقد است یعنی بر این توافق اسم آن عقد صدق نمی کند بلکه درست است اما آیا آثار عقد را دارد یا خیر؟ مثلاً می گوید این خانه را شش ماه بلا اجرة به شما اجاره می دهم. این توافق نمی تواند اجاره باشد چرا که تعریف و توافق ما بر این است که این اجاره را اسم بگذاریم برای تملیک منفعت بعوض و مشخص می باشد که این تملیک بعوض نمی باشد لذا اجاره نمی باشد چرا که بنا بر معنای عرفی یا توافقی اصطلاحی اجاره این نمی باشد.

اما بحث در این است که اگر من اینطور قراردادی بستم این قرار دادن نافذ است این شخص مالک عین در بیع و مالک منفعت در اجاره می شود یا خیر؟ بلکه می گوئیم مالک منفعت و عین می شود و لو اسم آنها اجاره و بیع نمی باشد. لذا این معامله باطل نمی باشد بلکه اجاره و بیع باطل است. اجاره و بیع باطل است یعنی چه؟ یعنی این عقد بیع و اجاره نمی باشد.

الا اینکه در ارتکاز اینها این بوده است که مراد این ها از بطلان اجاره و بیع یعنی این اجاره و بیع نمی باشد. دقت کنید برای نافذ بودن معاملات و عقود لازم نمی باشد اسم داشته باشد. شرط عقلاء در امضاء کردن عقود، اسم داشتن عقود نمی باشد بلکه هر عقودی که شرائط کلی عقد را داشته باشد امضاء می کنند و فقهاء که امضائی شده اند و این اوفوا بالعقود امضاء اینها است این مورد را می گیرد چرا که اینها عقد می باشد اما بیع و اجاره و عقود اسم دار نمی باشد.

عقلاء حق ندارند که دخالت کنند و بگویند در صورت تملیک باید از این صیاغت خاص استفاده کنی مثلاً اگر می خواهی مجاناً تملیک کنی نمی توانی بگویی: «بعثتک مجاناً» باید بگویی «وهبتک هذا الدار» عقلاء می دانند که حقیقت این «بعثتک مجاناً» یعنی «ملکتک مجاناً» است. این حق را عقلاء ندارند لذا این کار را نمی کنند. عقلاء و عرف وقتی عقدی مفاسد نوعیه و اجتماعی نداشته باشد آن را امضاء می کنند و داعی ندارد که آن را امضاء نکنند. شما در

نزد عرف این سلطنت را دارید که مال خود را مجانا به دیگری ببخشید و عقلاء این سلطنت را از شما سلب نمی کنند و لو تحت یکی از عقود متعارفه و با مسمی نباشد.

در ما نحن فیه می گوید پیش تو امانت گذاشتم اگر سرقت شد ضامنی و صاحب حمام قبول کرد و سرقت شد خوب در اینجا ضامن است و لو این عقد ودیعه نمی باشد منتهی اثرش این است که اگر کوتاهی کند معصیت کرده است و ضامن هم است بخلاف جایی که ودیعه نداده است که فرع اول بود در آنجا ضامن نمی باشد و در صورت تعدی و تفریط معصیت هم نکرده است.

^۱مرحوم خوئی بر اشکال اول سید یزدی که مخالفت با حقیقت ودیعه است اشکال کرده اند و گفته اند که این که شرط ضمان کند با مقتضای عقد نمی سازد اما می تواند شرط تدارک کند که اگر خسارتی وارد شد بر تو لازم باشد که تدارک کند مثل اینکه در نکاح شرط کند که استمتاع نکنی نه اینکه حق استمتاع را نداشته باشی یا در بیع شرط کنم که این عباء را به تو می فروشم به شرط اینکه از این عبا استفاده نکنی این مشکل ندارد بخلاف جایی که شرط نتیجه کنی که حق استفاده نداشته باشی بله این مخالف مقتضای عقد است. شرط فهل هیچ زمانی خلاف مقتضای عقد نمی باشد.

مناقشه:

اگر مراد مرحوم خوئی اشکال بر سید باشد این اشکال وارد نمی باشد به خاطر این که ظاهر کلام سید به نحو شرط نتیجه است و اما اگر ایشان می خواهند راهی بگذارند بله کلام ایشان درست است اما نیاز نمی باشد که به نحو شرط نتیجه نباشد حتی اگر به نحو شرط نتیجه باشد هم درست است اما به نحو عقد دیگری و ضامن هم است.

اشکال دوم:

اشکال دوم این است که شخصی که مال در نزد او ودیعه است محسن است و ما علی المحسنین من سبیل بر محسن ضمانی و عده ای،، نمی باشد و این شرط خلاف کتاب می باشد.

مناقشه:

این اشکال وارد نمی باشد اینکه محسن ضامن نمی باشد معنایش چیست و به عبارت دیگر محسن کیست؟ مواردی است از احسان که عقلاء الغاء احترام می کند از مال مالک مثلا خانه ای آتش گفته است و ما اگر بخواهیم این آتش را خاموش کنیم باید به داخل خانه برویم و اگر رفتن داخل خانه متوقف باشد بر خسارتی که به مراتب کمتر از آتش سوزی است مثلا درب را باید بشکند در اینجا مالکی هم در کار نمی باشد یا حاضر نمی باشد یا غافل است خوب در اینجا ضامن این درب شکسته نمی باشد چرا که محسن است. چرا محسن ضامن می باشد؟ می گویند عقلاء برای مصالح اجتماعی برای مال مالک در موارد احسان، الغاء احترام کردند و حتی عدم اذن مالک باید به امضاء عقلاء برسد لذا ضامن نمی باشد و معنا ندارد که الغاء احترام کنند و بعد ضامن هم باشد.

حالا اگر خود مالک در اینجا حاضر است این خواست درب را بشکند و برود داخل و بگوید من راضی نمی باشم و اگر فرد درب را شکست و آتش را خاموش کرد در اینجا ضامن می باشد. چرا که عقلاء در جایی الغاء احترام می کنند که مالک در دسترس نباشد اما در صورت وجود مالک به مقتضای سلطنت بر مال می تواند که اذن ندهد لذا در صورت نبود اذن الغاء احترام در حضور مالک نمی کنند. حتی اگر مالک در دسترس می باشد و خبر ندارد و لکن متلف می تواند او را خبر کنند بدون اذن او عقلاء الغاء احترام نمی کنند.

در ما نحن فيه فرض این است که مالک الغاء احترام نکرده است لذا عقلاء هم الغاء احترام نمی کنند و لذا محسن نمی باشد.

ضمن اینکه قاعده احسان مال جایی است که محسن متلف است در اینجا سارق متلف است. لذا این از موارد قاعده احسان نمی باشد.

اشکال سوم:

گفته اند که ودیعه از عقود جایزه است و شرط ضمن عقد در عقود جایزه اثری ندارد و در عقود لازمه شرط ضمن عقد اثر دارد.

به مناسبت وارد می شویم در شروط ضمن عقد جایزه. به چه دلیلی بعضی از فقهاء می گویند که شرط ضمن عقود جایزه اثر ندارد؟

مقدمه در توضیح ودیعه:

دو عقد امانی داریم: «عاریه» و «ودیعه». در عاریه استفاده می کند و حفظ می کند و منتفع می شود به خلاف ودیعه. در عاریه اختلاف است که از عقود است یا خیر. ما در عاریه می گوئیم عقد نمی باشد که اذن در انتفاع می دهد و نیاز به قبول هم ندارد لذا اگر شخصی که به عاریه گرفته است قبول نکند و مالک بر اذن باقی باشد می تواند منتفع شود بخلاف ودیعه که عقد است و نیاز به قبول دارد اما هر دو از عقود جایزه است و ودیعه گیرنده هر لحظه می تواند بگوید که بیا مالت را ببر.

اما شرط ضمن عقد جایزه.

ابتداء در مورد عقود جایزه صحبت کنیم.

در عقود جایزه مثل ودیعه گفته ایم که تا یک طرف، عقد را فسخ نکرده است وفای به عقد لازم است و دعی باید از مال حفاظت کند الا اینکه عقد را بر هم بزند یعنی به مالک بگوید

که من التزام عقدی را قبول نمی کنم اما تا بقاء عقد باید ودعی مال را حفظ کند نمی تواند بدون فسخ عقد دست از حفظ مال بردارد.

اما شروط ضمن عقد جایز که دو دسته است به نحو شرط نتیجه و فعل.

آیا شرط نتیجه درست است یا خیر؟ گفتیم معنای شرط نتیجه این است که برای تحقق آن نیاز به عقد دوباره نمی باشد یعنی به نفس ایجاب و قبول عقد اول، آن شرط محقق شود مثلاً می گوید که کتاب را به تو می فروشم به شرط اینکه عبا تو مال من شود. تا،،،،،

اما اگر شرط فعل کرد به او گفت این فرش را پیش تو ودیعه می گذارم گفت قبول می کنم به شرط اینکه یک ختم قرآن برای پدرم بخوانی در اینجا وفاء به شرط فعل واجب می باشد یا خیر؟ بعضی گفته اند که این وفاء به شرط در عقود جایزه لازم نمی باشد کما اینکه در ظاهر کلام مرحوم خوئی در منهاج این است که وفاء به عقد جایز، لازم نمی باشد چه برسد به شرط ضمن عقد. از این توضیحی که دادیم مشخص شد تا عقد فسخ نشده است وفاء به عقد لازم است الا اینکه عقد را بر هم بزنند در این صورت شرط ضمن عقد، سالبه به انتفاء موضوع است. لذا وفاء به شرط هم ما دمی که عقد باقی است واجب است و اگر عقد به هم بخورد دیگر عقدی و شرط ضمن عقدی در کار نمی باشد که اثر داشته باشد دلیل ما سیره است. المومنین عند شروطهم هم دلیل ماست. پس یک سیره ممضاة به سکوت از ردع داریم و دیگر هم این روایت می باشد.

لذا مادامی که عقد باقی است وفاء به شرط لازم است.

لذا این اشکال سوم هم وارد نمی باشد.

اما فرع سوم:

فرع سوم این است جناب مشتری و ارباب رجوع صاحب حمام را اجیر می کند برای حفظ لباس یا به نحو یک عقد به حمام و حفظ یا دو عقد. وقتی اجیر شد دید او امانی است ضامن

نمی باشد الا در دو صورت کوتاهی کرده باشد یا شرط ضمان کرده باشد در این صورت در صورت تلف در تحت ید او ضامن است.

فصل ۵: في الاجارة الثانية...^۲

برای این فصل سید عنوانی ذکر نکردند اما چون در مورد اجاره ثانیه است شاید عنوان برای این بحث این خوب باشد في الاجارة الثانية.

این اجاره دوم در قبال اجاره اول است مثلاً زید ملکی دارد و به عمرو اجاره می دهد و عمرو این خانه را به بکر اجاره می دهد این اجاره را اجاره دوم می گوئیم و بکر به خالد اجاره می دهد این اجاره را هم اجاره دوم می گویند این اجاره دوم در مقابل اجاره اول است اجاره اول یعنی اجاره ای که موجر مالک عین است و مراد از اجاره دوم اجاره ای است که موجر مالک عین نمی باشد. لذا اگر کسی منفعت را به ارث ببرد در اینجا چون مالک عین نمی باشد و آن را اجاره دهد این می شود اجاره دوم اما در صورتی که عین را به ارث ببرد در این صورت اگر اجاره داد این اجاره می شود اجاره اول.

۱ سه شنبه ۱۳۹۶/۱۰/۱۹.

۲ فصل ۵: في الاجارة الثانية.

يكفي في صحة الإجارة كون الموجر مالكا للمنفعة أو وكيلا عن المالك لها أو وليا عليه وإن كانت العين للغير كما إذا كانت مملوكة بالوصية أو بالصلح أو بالإجارة فيجوز للمستأجر أن يؤجرها من المؤجر أو من غيره لكن في جواز تسليمه العين إلى المستأجر الثاني بدون إذن المؤجر إشكال فلو استأجر دابة للركوب أو لحمل المتاع مدة معينة فأجرها في تلك المدة أو في بعضها من آخر يجوز ولكن لا يسلمها إليه بل يكون هو معها وإن ركبها ذلك الآخر أو حملها متاعه فجواز الإجارة لا يلزم تسليم العين بيده فإن سلمها بدون إذن المالك ضمن هذا إذا كانت الإجارة الأولى مطلقة و أما إذا كانت مقيدة كأن استأجر الدابة لركوبه نفسه فلا يجوز إجارتها من آخر كما أنه إذا اشترط الموجر عدم إجارتها من غيره أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه كذلك أيضا أي لا يجوز إجارتها من الغير نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه و لم يشترط كونها لنفسه جاز أيضا إجارتها من الغير بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير ثم لو خالف و أجر في هذه الصور ففي الصورة الأولى و هي ما إذا استأجر الدابة لركوبه نفسه بطلت لعدم كونه مالكا إلا ركوبه نفسه فيكون المستأجر الثاني ضامنا لأجرة المثل للمالك أن استوفى المنفعة و في الصورة الثانية و الثالثة في بطلان الإجارة و عدمه وجهان مبنيان على أن التصرف المخالف للشرط باطل لكونه مفوتا لحق الشرط أو لا بل حرام و موجب للخيار و كذا في الصورة الرابعة إذا لم يستوف هو بل سلمها إلى ذلك الغير.

عبارت سید را بخوانیم تا وارد بحث شویم. کلا موارد این بحث بسیار و مفید و سیال است و در جاهای دیگر فقه می توان از آن استفاده کرد.

١...يكفي في صحة الإجارة كون الموجد مالكا للمنفعة

أو وكيلا عن المالك لها أو وليا عليه... ٢

“““

وقتی می خواهد تصرف اعتباری در فرش شود باید ولی تصرف کند.

در اینجا سید فقط نظر دارد به اجاره بر اعیان.

١ فصل ٥: في الإجارة الثانية.

....

٢ فصل ٥: في الإجارة الثانية.

... و إن كانت العين للغير كما إذا كانت مملوكة بالوصية أو بالصلح أو بالإجارة فيجوز للمستأجر أن يؤجرها من المؤجر أو من غيره لكن في جواز تسليمه العين إلى المستأجر الثاني بدون إذن المؤجر إشكال فلو استأجر دابة للركوب أو لحمل المتاع مدة معينة فأجرها في تلك المدة أو في بعضها من آخر يجوز و لكن لا يسلمها إليه بل يكون هو معها و إن ركبها ذلك الآخر أو حملها متاعه فجواز الإجارة لا يلزم تسليم العين بيده فإن سلمها بدون إذن المالك ضمن هذا إذا كانت الإجارة الأولى مطلقة و أما إذا كانت مقيدة كأن استأجر الدابة لركوبه نفسه فلا يجوز إيجارها من آخر كما أنه إذا اشترط الموجد عدم إيجارها من غيره أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه كذلك أيضا أي لا يجوز إيجارها من الغير نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه و لم يشترط كونها لنفسه جاز أيضا إيجارها من الغير بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير ثم لو خالف و أجر في هذه الصور ففي الصورة الأولى و هي ما إذا استأجر الدابة لركوبه نفسه بطلت لعدم كونه مالكا إلا ركوبه نفسه فيكون المستأجر الثاني ضامنا لأجرة المثل للمالك أن استوفى المنفعة و في الصورة الثانية و الثالثة في بطلان الإجارة و عدمه وجهان مبنيان على أن التصرف المخالف للشرط باطل لكونه مفوتا لحق الشرط أو لا بل حرام و موجب للخيار و كذا في الصورة الرابعة إذا لم يستوف هو بل سلمها إلى ذلك الغير.

١...و إن كانت العين للغير

كما إذا كانت^٢ مملوكة بالوصية أو بالصلح^٣ أو بالإجارة فيجوز للمستأجر أن يؤجرها من المؤجر^٤ أو من غيره...^٥

ما حصل كلام سيد در اين چند خط اين بود كه معيار صحت اجاره اين است كه موجر مالك منفعت باشد اما مالك بودن نسبت به ذو منفعت كه عين باشد در صحت اجاره شرط نمى باشد. فرق نمى كند به ارث يا به وصيت يا صلح يا به اجاره مالك شويم هيچ فرقى نمى كند وقتى كه مى خواهيم اين منفعت كه عينش مال ما نيست را اجاره دهيم مى توانيم به مالك عين و يا به اجنبى اجاره دهيم ما مخيريم.

اين كلام سيد.

١ فصل ٥: فى الاجارة الثانية.

يكفى فى صحة الإجارة كون الموجر مالكا للمنفعة أو وكىلا عن المالك لها أو وليا عليه

٢ منفعت نه عين.

٣ ما مى توانيم منافع يك خانه را به صلح به ديگرى تملك كنيم.

٤ مى تواند به خود موجر يا غير موجر اجاره دهد.

٥ فصل ٥: فى الاجارة الثانية..... لكن فى جواز تسليمه العين إلى المستأجر الثانى بدون إذن المؤجر إشكال فلو استأجر دابة للركوب أو لحمل المتاع مدة معينة فأجرها فى تلك المدة أو فى بعضها من آخر يجوز و لكن لا يسلمها إليه بل يكون هو معها و إن ركبها ذلك الآخر أو حملها متاعه فجواز الإجارة لا يلزم تسليم العين بيده فإن سلمها بدون إذن المالك ضمن هذا إذا كانت الإجارة الأولى مطلقة و أما إذا كانت مقيدة كأن استأجر الدابة لركوبه نفسه فلا يجوز إجارتها من آخر كما أنه إذا اشترط الموجر عدم إجارتها من غيره أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه كذلك أيضا أى لا يجوز إجارتها من الغير نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه و لم يشترط كونها لنفسه جاز أيضا إجارتها من الغير بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير ثم لو خالف و أجر فى هذه الصور فى الصورة الأولى و هي ما إذا استأجر الدابة لركوبه نفسه بطلت لعدم كونه مالكا إلا ركوبه نفسه فيكون المستأجر الثانى ضامنا لأجرة المثل للمالك أن استوفى المنفعة و فى الصورة الثانية و الثالثة فى بطلان الإجارة و عدمه وجهان مبنيان على أن التصرف المخالف للشرط باطل لكونه مفوتا لحق الشرط أو لا بل حرام و موجب للخيار و كذا فى الصورة الرابعة إذا لم يستوف هو بل سلمها إلى ذلك الغير.

ابتداءً توضیحی دهیم و بعد دلیل سید و بعد نقد دلیل.

دقت کنید اجاره گفتیم بر دو قسم است اجاره بر اعیان و اجاره بر اعمال که کلام سید ناظر به اجاره بر اعیان است.

در اجاره سه تعریف داشتیم:

یکی گفتیم تملیک المنفعة بعوض که از فقهاء بود.

تعریف دوم عبارت بود از تسلیط العین للانتفاع بها بعوض این تعریف هم از فقهاء بود.

تعریف سوم التوافق علی الانتفاع بالعین بعوض این تعریف حقوقدانها می باشد.

فارق این سه تعریف و مباحث این تعریف،،، گذشت.

اگر دقت کنید در تعریف اول مستاجر مالک منفعت است در تعریف دوم مستاجر مالک سلطنت است و در تعریف سوم مالک انتفاع می باشد. حال ما هر یک از این سه تعریف را گفتمیم فرقی نمی کند خوب اگر جناب مستاجر بخواهد مملوک خود را به دیگری تملیک کند بنا بر تعریف اول منفعت و بنا بر تعریف دوم سلطنت و بنا بر تعریف سوم می خواهد انتفاع را تملیک کند جناب سید نظر دارد بر تعریف اول که تعریف مشهور است لذا طبق این تعریف بحث می کنیم.

در تملیک شرط است که انسان مالک باشد فرض کردیم که مستاجر یا بالصلح یا بالوصیت یا بالارث و یا بالاجاره مالک منفعت است وقتی مالک بود می خواهد منفعت را تملیک کند آیا لازم است که مالک ذو المنفعت هم باشد؟ خیر. چرا؟ چرا که می خواهیم منفعت را تملیک کنیم و در این صورت ملکیت بر منفعت نیاز است و فرض کردیم که به یکی از اسباب مملکه مالک منفعت می باشد. تا اینجا فهمیدیم که جناب مستاجر مالک منفعت است.

خوب از کجا می‌گوییم این صحیح است؟ ما می‌رویم سراغ ادله صحت. مثل او فوا بالعقود که هر عقدی که صحیح عند العقلاء باشد را می‌گیرد. و این که سید فرمود که لا فرق که بین اینکه به موجر اجاره دهد یا به غیر موجر به خاطر این است که فرقی نمی‌باشد که منفعت را به مالک عین اجاره دهیم یا به غیر مالک. این بیان کلام سید. و دلیل کلام سید.

تا این مقدار فرمایش شسته رفته است اما اشکالی در این استدلالات است و آن اینکه با امور اعتباری معامله امور تکوینی می‌کنند مثلاً می‌گوییم علت شیء باید واجد شیء باشد فاقد نمی‌تواند معطی باشد لذا می‌گوییم که مالک منفعت است لذا می‌تواند ملک خود را تملیک کند این بیان در امور اعتباری درست نمی‌باشد اگر می‌خواهیم ببینیم این اجاره صحیح است یعنی صحیح عند العقلاء یعنی سیره عقلاء بر صحت است این نیاز است و به عبارت دیگر اصلاً این استدلال به شرط محمول است وقتی می‌گویید صحیح است یعنی صحیح عند العقلاء یعنی صحیح به سیره عقلاء،،،، اگر می‌خواهد مخالفت کند باید بگوید در سیره عقلاء صحیح نمی‌باشد اما طرف مقابل قبول می‌کند که در نظر عقلاء صحیح است نوعاً اما اینکه مالک منفعت است این فرق نمی‌کند بلکه باید ولایت بر تملیک را داشته باشد و لازم نمی‌باشد که مالک مورد اجاره هم باشد اگر خاطرتان باشد گفتیم که وقتی مالک عین می‌شود مالک منفعت نمی‌شود اما در عین حال می‌تواند منفعت را تملیک کند و بالعکس می‌تواند مالک باشد و ولایت بر تملیک نداشته باشد. لذا مراد از صحت صحت عند العقلاء که باید ببینیم که این سلطنت و ولایت در نزد عقلاء است یا خیر که فی الجملة است و فقط باید ببینیم که دایره ولایت و سلطنت است.

ایشان فرمودند ملاک صحت اجاره ملکیت بر منفعت می‌باشد بعد وارد فرع بعدی می‌

شود.

حالا که گفتیم مالک منعفت است و اجاره درست است آیا می تواند به مستاجر دوم تسلیم کند یا باید از مالک عین اذن بگیرد و انتفاع از منعفت متوقف بر تسلیم نمی باشد. مثلا

“

صحت اجاره متوقف بر اجازه بر مالک عین نمی باشد اما تسلیم آیا متوقف بر اذن است یا خیر؟

که سید می گویند که اذن لازم است و اگر اجازه داد می تواند تسلیم کند به مستاجر دوم. اگر اذن نداد مستاجر مخیر است بین فسخ عقد اجاره یا ابقاء کند. می گوید که حالا که مالک اذن نداد خودت از منفعت استفاده کن. متن سید خوانده شود:

۱...لكن في جواز تسليمه العين إلى المستأجر الثاني

بدون إذن المؤجر إشكال^۲

فلو استأجر دابة للركوب أو لحمل المتاع مدة معينة فأجرها في تلك المدة أو في بعضها من آخر يجوز و لكن لا يسلمها إليه بل يكون هو معها و إن ركبها ذلك الآخر أو حملها متاعه فجواز الإجارة لا يلزم

۱ فصل ۵: في الإجارة الثانية.

يكفي في صحة الإجارة كون المؤجر مالكا للمنفعة أو وكیلا عن المالك لها أو وليا عليه و إن كانت العين للغير كما إذا كانت مملوكة بالوصية أو بالصلح أو بالإجارة فيجوز للمستأجر أن يؤجرها من المؤجر أو من غيره

۲ تا اینجا ظهور کلام سید در توقف است اما وارد مثال که می شود فتوا به عدم جواز می دهد.

تسليم العين بيده فإن سلمها بدون إذن المالك ضمن. هذا إذا كانت
الإجارة الأولى مطلقة...^١

فى الاستيذان فى تسليم العين فى الاجاره الثانية اذا كانت الاجارة مطلقة:

اينكه گفتيم اجاره دوم صحيح است اين در صورتى است كه اجاره اول مطلقه باشد
يعنى براى سكونت اجاره دهد نه براى حصه اى از سكونت مثل سكونت خود مستأجر اما
اگر براى سكونت خود مستأجر اجاره دهد در اینجا ديگر مستأجر به غير نمى تواند اجاره دهد.

البحث فيها على مقتضى القاعدة:

^٢مختارنا مختار المشهور: و هو جواز التسليم من دون استيذان.

مشهور علمای ما گفته اند كه استيذان در تسليم نیاز نمى باشد در دوره اول اجاره در
مسئله توقف كرديم و گفتيم كه ارتكاز روشنى براى ما نيست كه اذن لازم است يا خير. بعد از
آن گفتيم كه هر جا كه اجاره ثانيه صحيح باشد استيذان در تسليم نیاز نمى باشد يعنى تابع

^١ فصل ٥: فى الاجارة الثانية.

.... و أما إذا كانت مقيدة كأن استأجر الدابة لركوبه نفسه فلا يجوز إيجارتهما من آخر كما أنه إذا اشترط المودع عدم إيجارتهما من غيره أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه كذلك أيضا أي لا يجوز إيجارتهما من الغير نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه و لم يشترط كونها لنفسه جاز أيضا إيجارتهما من الغير بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير ثم لو خالف و أجر في هذه الصور ففي الصورة الأولى و هي ما إذا استأجر الدابة لركوبه نفسه بطلت لعدم كونه مالكا إلا ركوبه نفسه فيكون المستأجر الثاني ضامنا لأجرة المثل للمالك أن استوفى المنفعة و في الصورة الثانية و الثالثة في بطلان الإجارة و عدمه وجهان مبنيان على أن التصرف المخالف للشرط باطل لكونه مفوتا لحق الشرط أو لا بل حرام و موجب للخيار و كذا في الصورة الرابعة إذا لم يستوف هو بل سلمها إلى ذلك الغير.

^٢ چهارشنبه ٩٦/١٠/٢٠.

مشهور شدیم به عبارت دیگر می‌گوییم استیذان نیاز نمی‌باشد چرا که فرض این است که اجاره ثانیه درست است.

**دلیل القائلین بلزوم الاستیذان من المالك: انحلال الاجارة الى الاجارة و الاستیمان و المستأجر الثانی
لم یکن امینا.**

دلیل کسانی که می‌گویند استیذان نیاز است.

در واقع اجاره تبدیل می‌شود به دو عقد یکی عقد اجاره که منفعت عین را به طرف مقابل تملیک می‌کند و یکی عقد استیمان است که عبارت باشد از اینکه مستاجر را امین قرار داده و مال را به او امانت می‌دهد مثلاً مالک خانه را به زید اجاره داد و ضمناً در عقدی دیگر زید را امین قرار داد و خانه را در اختیار او قرار داد امانتاً و زید خانه را به عمرو اجاره داد خوب مالک زید را امین قرار داده بود و عمرو را که امین قرار نداده بود لذا در اینجا برای استیمان نیاز به اذن دیگر است.

این وجهی است در کلام سید که در تسلیم، استیذان را شرط می‌دانسته‌اند. شاید دلیل سید این است.

مناقشة:

اولاً: الاجارة عند العقلاء لا یحل الى عقدی و شاهدها جواز الزام المستأجر المالك بتسليم العین إن منع.

این از اصل درست نمی‌باشد چرا که عقد اجاره منحل نمی‌شود به اجاره و استیمان شاهد این است که اگر مالک اجاره داد و تسلیم نکرد مستاجر می‌تواند به قوه قهریه عین را از او بگیرد

ثانیا: علی فرض الانحلال أن المالك اذن للمستأجر الاول فی الاستیمان بما هو مستأجر لا بما هو شخص فلانی و المستأجر الثانی ایضا مستأجر.

سلمنا که عقد منحل می شود و استیمان هم است این مالک، که خانه را به زید می دهد و او را امین قرار می دهد به ما هو زید خانه را در اختیار او قرار داده و او را امین قرار می دهد یا به ما هو مستأجر؟ اگر به ما هو زید باشد این درست است استیذان نیاز است اما اگر به ما هو مستأجر و مالک للمنفعه باشد دیگر فرق نمی کند که مالک منفعت زید باشد که مستأجر اول است یا عمرو باشد که مستأجر دوم است که مالک منفعت است.

لذا در ارتکاز علمای می باشد که هدایایی که روسای جمهور می دهند این را باید به بیت المال برگردانند چرا که این هدایا را که به این شخص داده اند بما هو رئیس جمهور است نه این که بما هو آقای فلانی است لذا حق استفاده شخصی می کردند اصطلاحاً می گفتند سوء استفاده. در عقد استیمان هم این است که وقتی این مال را به استیمان در اختیار او قرار می دهد از این حیث است که مالک المنفعت است نه از باب اینکه آقای فلانی فرزند فلانی است و فرض این است که الان عمرو مالک منفعت است. خادم مدرسه یا مسئول خریدهای اداره را بما هو خادم و مسئول انجام می دهد نه از باب این که چون آقای فلانی است.

لذا در باب معاملات خیلی مهم است که خیلی از جاها عنوان حقوقی مورد توجه است نه عنوان حقیقی. اگر در معاملات به شخص تخفیف داد نه اینکه چون شخص فلانی است نه بلکه از باب اینکه مسئول یا متولی فلان ارگان است لذا تخفیف به همان ارگان تعلق می گیرد لذا مسئول خرید و خادم مدرسه نمی تواند ما به التفاوت قیمت اصلی و تخفیف را برای خود بردارد.

لذا این وجه نا تمام است.

دلیل المرحوم الخوئی و المشهور فی جواز التسليم من دون اذن: هذا من قبيل وصول المنفعة الى وراث المستأجر الذی لا يحتاج الى اذن.

اما کسانی که مثل مرحوم خوئی و مشهور گفتند که نیاز به اذن نمی باشد اینها از یک مثالی استفاده کرده اند برای اثبات دعوایشان که ظاهر آن مثال مورد اختلاف است مثال این است که اگر شخصی مالی را اجاره کرد خوب بعد از اجاره مُرد یکساله اجاره کرد اما بعد از یک ماه مرد خوب منافع این مال ملک چه کسی است؟ ملک ورثه. خوب آیا ورثه باید از صاحب مال اجازه بگیرند؟ خیر. در اینجا می تواند در باقی مانده یکسال از منفعت استفاده کنند بدون اینکه اذن بگیرند حتی اگر مالک هم راضی نباشد باز فایده ای ندارد. خوب این مسئله هم خیلی مبتلاء به است. اکثر مستاجرها در اثناء سال می میرند و خیلی بعید است که سر سال بمیرد خوب در این صورت اموال میت را بیرون می ریزند؟!!

فرقی نمی باشد بین اینکه منفعت به ارث برسد یا به اجاره ثانیه برسد و باید نکته ای برای فرق ذکر کنید که عقلایی باشد. بله اگر ارتکازی در مورد ارث باشد و در مورد اجاره نباشد می توان در این مورد ارث بگوییم که استیذان لازم نمی باشد و در اجاره لازم باشد.

مناقشة: هذا الشاهد المويد الذی استشهدوا به محل كلام أيضا.

این مثال موید این استیذان می باشد. دقت کنید ارث دو قسم است وارثی که خودشان از این منفعت منتفع می شدند و ولو مستأجر نمی مرد. خوب در اینجا استیذان نیاز نمی باشد چرا که برای خود و عائله خود منفعت را تملیک کرده است و از اول اذن داده است برای استفاده خود و عائله.

اما صورتی از ارث است که خود وارث در قبل از موت منتفع نمی شد مثلا مغازه ای را پدر خریده است و از اول مالک به این شخص اجاره داده و اذن داده است اما الان می میرد. اگر قائل می گوید که در این مثال دوم اذن نمی خواهد این خودش محل نزاع است و مثل اجاره

ثانیه می شود و اینکه اگر زید اجاره کرد برای کاسبی و مُرد عقد اجاره فسخ می شود یا خیر می دهند به وارث؟ این اول کلام است. شاید اصلاً این شخص به پدر این شخص مغازه را می دهد اما حاضر نمی باشد به ده برابر قیمت اجاره قبلی به این شخص اجاره دهد. لذا این نمی تواند شاهد باشد.

بله سلمنا قبول کنیم در مغازه اینطور است و منافع به وارث مستاجر میت می رسد و فسخ نمی شود خوب این قرینه ای در اینجا است که موت انسان را خبر نمی کند هیچ تضمینی نمی باشد برای موت، موت نه بچه و نه پیرمرد و نه سالم و نه مریض می شناسد امکان دارد که یکساعت دیگر زنده نباشد این قرینه می شود وقتی به عنوان امانت می گذارد امانت می گذارد برای این و وارثین این شخص -مگر اینکه کسی به دست خودش خودکشی کند- این قرینه می شود که عرف اذن می دهد در انتفاع خودش و وارثین خودش اما در ما نحن فیه اجاره است و مورد ارث نمی باشد.

دلیلنا علی جواز التسليم من دون اذن: التنافی بین جواز الاجاره من غير و عدم جواز التسليم عند العقلاء.

ما قائلیم اذن نیاز نمی باشد.

گفتیم اگر این اجاره صحیح باشد ولایت بر انتقال و ایجاب عرفی تنافی دارد بر عدم ولایت بر تسلیم این در دستگاه عقلایی ناسازگاری است بگویند که می توانی تملیک کنی اما نمی توانی تسلیم کنی. لذا همین که ولایت بر اجاره ثانیه را بدهند اما ولایت بر تسلیم را به او ندهند و به مالک عین بدهند. اگر خاطرتان باشد قبلاً گفتیم تسلیم منفعت به تسلیم محل و عین است عقلاء بگویند که ولایت بر تملیک داری اما ولایت بر تسلیم نداری. اینطور نمی باشد. لذا قائل شدیم هر جا عرفاً و عقلاء اجاره ثانیه درست باشد ولایت بر تسلیم هم دارد احتیاج به اذن نمی باشد عقلاً تنافی است که ولایت بر اجاره باشد و ولایت بر تسلیم نباشد.

اما اینکه کجا ولایت بر اجاره ثانیه است و کجا نمی باشد در ادامه این مسئله می آید.

پس بنابراین عقد اجاره ثانیه درست باشد اذن نیاز نمی باشد بله در زمان ما مستأجر حق ندارد که به دیگری اجاره دهد. در اینجا فرض این است اجاره ثانیه درست است و سید فرموده اند که اگر شرط نکرده است به دیگری اجاره ندهد در اینجا اجاره صحیح است.

بحث ما الان در اینجا این است که اجاره دوم صحیح است اما آیا تسلیم عین به مستاجر دوم نیاز به استیذان دوم دارد یا خیر. لذا مختار ما این است که هر کجا عقد اجاره صحیح باشد ولایت بر تسلیم هم دارد یعنی عقلاء این دو ولایت را به هم می دهند نمی شود که یکی را قائل باشند و یکی را قائل نباشد نکته ای باشد برای تفکیک.

هذا تمام الكلام في مقتضى القاعدة في بحثنا هذا.

البحث فيها على مقتضى الروایات:

اما به مقتضای روایات باید چه گفت؟

جواز بمقتضى هذه الرواية: و هي رواية علي بن جعفر عليهما السلام.

روایتی است که بعضی از فقهاء از آن استفاده کرده اند که استیذان نیاز نیست و به عبارت دیگر ولایت بر تسلیم را دارد.

این روایت صحیح علی بن جعفر است:

٢٤٢٧١ - ١ - ١ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ الْعَمْرِكِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ

عَنْ أَخِيهِ أَبِي الْحَسَنِ قَالَ:

سَأَلَتْهُ عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً فَأَعْطَاهَا غَيْرَهُ فَنَفَقَتْ، مَا عَلَيْهِ؟ قَالَ إِنْ كَانَ شَرْطَ أَنْ لَا

يُرْكَبَهَا غَيْرَهُ فَهُوَ ضَامِنٌ لَهَا وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ.

وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى^١ وَرَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ^٢

دلالت این حدیث چطور است؟

امام فرمودند که اگر شرط نکرده بود ضامن نمی شود فرق نمی کند که مجانا داده باشد یا با پول داده باشد فرض سوال این است که مجانا داده است عرفا مجانی نکته ای ندارد و حکم مجانی و غیر مجانی یکی است.

مناقشة: هذه القضية قضية خارجية فيمكن أن تكون جاريا على مجرى عرف ذلك العصر.

یک اشکالی این دلالتش دارد و منحصر به این روایت نمی باشد و در بسیاری از روایات است و آن اشکال این می باشد امام که فرمودند که اگر شرط نکرده بود ضامن نمی باشد این که یک قضیه حقیقیه نمی باشد بلکه یک قضیه خارجی می باشد و ممکن است که در عرف آن زمان اینطور بوده است که اگر شرط نمی کردند ضامن نبودند اما چه ربطی دارد به جامعه ای که ارتکاز عوض شده باشد.

^١ (٦) - التهذيب ٧ - ٢١٥ - ٩٤٢.

^٢ (١) - مسائل علي بن جعفر - ١٩٦ - ٤١٤.

^٣ وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ١١٨ ، شيخ حر عاملی ، محمد بن حسن ، وسائل الشيعة - قم ، چاپ: اول ، ١٤٠٩ ق.

مثلا شخصی از مرجع تقلیدش می پرسد که من طلبه هستم می خواهم با دوچرخه اینطرف و آن طرف بروم اشکالی دارد؟ می فرمایند که جایز نمی باشد. این حکم ایشان همیشگی و همه جایی نمی باشد این شخص شرائط این زمان را در نظر گرفته است.

در بحث معاملات هم اینطور است که بر اساس یک موقعیت اجتماعی این جواب داده می شود و اینطور نمی باشد که خصوصیتی نمی باشد که شامل همه ازمه و امکنه شود و اینطور هم نمی باشد که مجیب توضیح دهد.

لذا احتمال می دهیم که این قضیه متعلق به آن زمان بوده است لذا روایت می شود مجمل. ما هم خواهیم گفت که نظامهای اجتماعی خیلی فرق پیدا کرده است نه اینکه احکام الهی عوض می شود بلکه موضوع عوض می شود.

ضمن اینکه این خبر، خبر واحد است و خبر واحد در امور هامة حجت نمی باشد.

هذا تمام الكلام در این فرع.

،،،^۱

...و أما إذا كانت مقيدة...

مرحوم سید مقید و مشروط را به یک معنا به کار می برد در مقبید یک قید ضمیمه می شود و در مشروط شرطی ضمیمه می شود مثلا یکبار می گوید که خانه را اجاره یم دهم باری سکونت خودت می شود مقید و یکبار می گوید که خانه را اجاره می دهم به شرط اینکه خودت در خانه سکونت کنی که چون مفاد و ،،،، یا کلمه شرط گفته شود ای چیز یکه همان مضمون

را برشسامنی اما اگر به صورت قید استفاده کند که این خانه را به تو اجاره می دهم که خودت استفاده کنیم اما به نحو مشروط که کلمه شرط در آن نیامده باشد ،،،،

كَأَنَّ اسْتَأْجَرَ الدَّابَّةَ لِرُكُوبِهِ نَفْسَهُ فَلَا يَجُوزُ إِجَارَتُهَا مِنْ آخِرِ كَمَا أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَطَ الْمَوْجِرُ عَدَمَ إِجَارَتِهَا مِنْ غَيْرِهِ أَوْ اشْتَرَطَ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ لِنَفْسِهِ لِنَفْسِهِ كَذَلِكَ أَيْضًا أَيُّ لَا يَجُوزُ إِجَارَتُهَا مِنْ الْغَيْرِ...

گاهی اوقات استیفاء بنفسه و لنفسه یکی باشد مثلا خانه را اجاره می کند که در خانه بنشیند یا کالای خودش را بار می زند و خودش هم حیوان را می برد. اما گاهی اوقات بنفسه است و لنفسه نمی باشد متاع دیگری را بار می زند اما خودش این حیوان را می برد و گاهی لنفسه بغيره است مثل اینکه بار خودش را بار زده است اما دیگر ماشین یا حیوان را می برد و گاهی اقوات بغير و لغيره است مثلا کالای دیگری را با ماشین یا حیوانی می برد که دیگری می برد.

نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه و لم يشترط كونها لنفسه جاز أيضا إيجارتها من الغير بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير

این مسئله را سید در چهار صورت گفت و ما صورت به صورت حکم را می گوئیم سپس سید در ادامه می گوید که در کدام صور اجاره درست است و در کدام باطل است؟ در بعضی موارد سید می گوید که اجاره دوم صحیح و در بعضی صور می گوید که اجاره دوم باطل است و در بعضی صور سید توقف می کند.

ثُمَّ لو خالف و آجر في هذه الصور ففي الصورة الأولى و هي ما إذا استأجر الدابة لركوبه نفسه بطلت لعدم كونه مالكا إلا ركوبه نفسه فيكون المستأجر الثاني ضامنا لأجرة المثل للمالك أن استوفى المنفعة

در اینجا سید نسبت به مستأجر اول ساکت است که آیا ضامن اجرة المسمى می باشد یا خیر؟ در منافع متضاده بحثی است که ،،،سید می گوید هم باید اجاره خانه و هم اجاره کارگاه را بدهد.

و في الصورة الثانية و الثالثة في بطلان الإجارة و عدمه وجهان مبنيان على أن التصرف المخالف للشرط باطل لكونه مفوتا لحق الشرط أو لا بل حرام و موجب للخيار و كذا في الصورة الرابعة إذا لم يستوف هو بل سلمها إلى ذلك الغير.

ابتداءً شروع کنیم به همین ترتیب در مسئله را صورت به صورت بررسی کنیم:

صورت اول که این صورت این بود که استیجار داده بود لركوبه لنفسه.

دقت کنید در عقد اجاره در نظر آقایان تملیک منفعه بعوض است مثلاً خانه منفعت آن سکنی است این منفعت را تملیک می کند به عوض این می شود اجاره می تواند طبیعی سکنی را تملیک کند یا حصه ای را تملیک کند که سکنای خودش را تملیک کند در اینجا سکنای خودش را تملیک کرده است و طبیعی سکنی را تملیک نکرده است.

می رویم سراغ اجاره دوم که گاهی وقتها اجاره دوم برای طبیعی سکونت است و گاهی اوقات برای حصه ای از سکوت است و آن حصه تارة همین حصه ای است که مالک است و تارة حصه ای است که مالک نمی باشد. در اجاره اول سکنای خودش را تملیک کرد که

تملیک زید است زید در مرتبه دوم می تواند طبیعی سکنی را اجاره دهد اعم از اجاره مستاجر دوم یا دیگری و تارة برای سکونت خود مستاجر دوم اجاره می دهد و تارة برای سکونت خود زید اجاره می دهد.

فرض اول که طبیعی را اجاره داد یعنی مستاجر به مستاجر دوم زید به عمرو مالک خانه را به زید برای سکونت خودش اجاره داد و زید به عمرو به اجاره داد به صورت طبیعی سکونت این اجاره نسبت به حصه خودش که سکونت خودش باشد صحیح است اما نسبت به سکونت دیگری که سکونت عمرو باشد باطل است مثلاً من مالک یک ماشین می باشم اما دو ماشین را به شما اجاره می دهم که نسبت به ماشین خودم عقد صحیح و نسبت به ماشین دیگری این عقد اجاره باطل است.

در فرض اول مالک اول به زید حصه را تملیک کرد و زید به عمرو طبیعی سکونت را تملیک کرد.

نسبت به حصه عمرو باطل است یعنی فضولی است.

این یک عقد اجاره است که عرفاً تملیک دو حصه است که منحل به دو اجاره می شود. این فرض اول.

اما فرض دوم:

فرض دوم این بود که زید و مستاجر دوم به عمرو اجاره داد برای سکونت خود عمرو این عقد واضح است که باطل است چرا که زید مالک سکونت عمرو نمی باشد.

فرض سوم:

مستاجر اول و زید به مستاجر دوم و عمرو برای سکونت مستاجر اول که زید باشد اجاره داد این عقد صحیح است این مشکلی ندارد که در اجاره که اجاره برای استیفاء منفعت توسط

دیگری باشد. سکونت زید در این خانه مملوک عمرو است اما آن منفعت عبارت است از سکونت زید. در ما نحن فیه می توانم سکونت زید که مال من مستاجر دوم که عمرو باشم را دوباره به خود زید تملیک کنم چرا که این منفعت که سکونت زید باشد مال من مستاجر دوم است. در بیع نیاز به ولایت داریم من نمی توانم این خانه را برای زید بخرم چون داخل در ملک زید می شود و باید ماذون یا وکیل یا ولی زید باشم اما در اجاره اینطور نمی باشد می توانی این خانه را برای سکونت زید اجاره کنیم بدون این که از طرف زید ماذون یا ولی یا وکیل باشی. بعد من می توانم این منفعت سکونت زید را به زید اجاره دهم یا از این مملوک خودم استفاده نکنم یا اجازه استیفاء به زید دهم یا تملیک به او کنم.

،،،،سوال دوستان

این خیلی مهم است که باید بین ایجاب و قبول تطابق باشد مثلاً کسی می خواهد پولی به طرف بدهد به او قرض می دهد و بعد از طرف او دین او را می دهد این درست نمی باشد چرا که شخص به عنوان هبه قبول کرده است و شما به عنوان قرض داده اید ایجاب قرضی بوده و قبول هبه ای بوده است حتی تطابق در شرط هم باید باشد.

سید صورت اول را گفت عقد اجاره باطل است چرا که مستاجر اول آن منفعت را به مستاجر دوم تملیک می کند، مالک نمی باشد در حالیکه فرع اول سه فرض داشت در فرض اول حصه ای صحیح و حصه ای باطل و در فرض دوم باطل و در فرض سوم صحیح است. فرمایش سید در یک صورت درست بود و در دو صورت دیگر فرمایش سید نا تمام است. گفته نشود که صورت سوم لغو است چرا که اگر اولاً کار لغو در معاملات مشکلی ندارد و ضمن این که اصلاً لغو نمی باشد چرا که گاهی آن مستاجر اول فرزند یا از بستگان مستاجر دوم است.

۱ صورت دوم که برای طبیعی سکونت اجاره داده است:

سید فرمود که اجاره ثانیه چهار صورت دارد:

صورت اول این بود که حصه ای از منفعت را تملیک می کرد که عبارت بود از سکونت خود مستاجر اول که زید بود و زید هم می خواهد به عمرو اجاره دهد. در اینجا ما به سه قسم تقسیم کردیم و صور را گفتیم.

اما صورت دوم:

در اینجا طبیعی را به او تملیک کرد نه حصه ای از آن را^۲ گفت که این خانه را برای سکونت یکساله به تو اجاره می دهیم – نگفت برای سکونت خودت اجاره می دهم - به شرط فعل این که این خانه را به شخص دیگری اجاره ندهی بعد از اینکه زید این خانه را اجاره کرد به عمرو اجاره داد که در اینجا دو سوال پیش می آید:

سوال اول: این اجاره دوم باطل است یا خیر؟

سوال دوم: این اجاره دوم جایز است یا حرام؟

این دو سوال را ایشان مطرح کرده است. خوب دقت کنید پس مسئله این است که در مقام اجاره، طبیعی را به زید اجاره داده است اما شرط کرده است که به کس دیگر اجاره ندهی جناب زید هم این شرط را قبول کرد و اجاره کرد و به عمرو اجاره داد. آیا این اجاره دوم صحیح است یا باطل؟ این اجاره دوم حرام است یا جایز؟

اما سوال اول که این اجاره آیا صحیح است یا خیر؟

۱ چهارشنبه ۹۶/۱۰/۲۷.

۲ البته اگر حصه را اجاره دهد و این شرط را کند این بحثهای آینده ای که می خواهیم بکنیم در آن هم می آید اما غیر از مشکل شرط مشکلات دیگری هم دارد که در بحث قبل گفته شد لذا به خاطر اینکه غیر شرط مشکله ی دیگری نداشته باشد بحث حصه را مطرح نکردیم.

فقهاء سه موقف گرفته اند:

موقف و قول اول:

این اجاره دوم صحیح است و فقط معصیت کرده است که به سوال دوم ربط دارد این حرمت و عدم حرمتش.

این قول می گوید که اجاره صحیح است.

قائلین این قول از معاریف مرحوم آقای خوئی و صدر است.

موقف و قول دوم:

اجاره دوم باطل است از قائلین به این قول مرحوم میرزای نائینی و حکیم و مرحوم تبریزی استاد ما می باشد.

موقف سوم:

کسانی که در این مسئله توقف کرده اند و فتوا نداده اند نه فتوا به صحت داده اند و نه فتوا به بطلان داده اند مثل مرحوم سید ماتن که از کسانی است که در مسئله توقف کرده اند. گفته است که «و فی الثانیة وجهان».

موقف سوم که توقفی هستند دلیل نمی خواهند.

اما دلیل قول اول که گفته اند عقد اجاره صحیح است.

مرحوم آقای خوئی بیانی دارد بیان ایشان را می گوییم و وارد بحثش می شویم: ایشان گفت است که یک قاعده کلی به شما بگویم که شرط از دو صورت خارج نمی باشد دائما یک معلق داریم و یک معلق علیه ما در شرط التزام عقدی را یا معلق می کنیم بر حصول امری یا معلق

می‌کنیم بر یک التزامی علی سبیل منع خلو یعنی می‌توانیم التزام را معلق کنیم در یک عقد بر یک شیء و در نفس همان عقد التزام عقدی را معلق کنیم بر یک التزام.^۱

در قسم اول که التزام عقدی را معلق می‌کند بر یک امر و شیئی این می‌تواند به نحو شرط فعل باشد و می‌تواند به نحو شرط نتیجه باشد.

مثال برای آنجائیکه التزام عقدی خود را معلق می‌کند برای امری به نحو شرط فعل مثل اینکه بگوید که التزام عقدی من معلق بر خیاطت ثوب است معنای این تعلیق التزام بر خیاطت چیست؟ معنایش جعل حق خیار در صورت عدم خیاطه است یعنی در صورت عدم خیاطه او حق فسخ دارد. این صورت اول از قسم اول که التزام خود را معلق کرده است بر حصول امری به نحو شرط فعل.

مثال صورت دوم که التزام عقدی خود را معلق کرده است بر امری به نحو شرط نتیجه مثل اینکه می‌گوید این کتاب را به تو می‌فروشم به شرط این که قلم مال من شود معنایش این است که التزام بیعی خودم را معلق می‌کنم بر یک انشاء که تملیک قلم باشد. در نظر ایشان التزام بیعی اش را معلق کرده است بر انشاء تملیک این قلم که خودش فعل است که به نفس قبلت در عقد بیع کتاب حاصل می‌شود و نیاز به فعل و انشاء دیگر ندارد.

قسم دوم که التزام عقدی را معلق می‌کند بر یک التزام می‌گوید من این کتاب را به تو می‌فروشم به شرط اینکه تو ملتزم شوی به خیاطت تا قبلت گفت شرط محقق شد وقتی که التزام

^۱ در جایی که التزام عقدی را معلق بر التزام می‌کند اولاً این دائماً به صورت شرط فعل است اصلاً به صورت شرط نتیجه معنا ندارد و ضمن اینکه در جایی که این التزام عقدی معلق بر امر خارجی و غیر التزام می‌شود در آنجا هم التزام است اما التزام عقدی بر آن معلق نشده است خوب در تعلیق بر التزام به محض گفتن قبلت این التزام در ابتدای عقد است و این شرط محقق شده است و شرط عقد محقق شده است و تخلفی در شرط نمی‌باشد که عقد صحیح نباشد یا حق فسخ داشته باشد. اما اگر به این التزام عمل نکند فقط معصیت کرده است اما در تعلیق بر امر خارجی این در ابتدای عقد موجود نمی‌باشد و باید در ادامه بعد از عقد انجام دهد و وقتی انجام ندهد به شرط عمل نکرده است و حق خیار دارد و معصیت هم کرده است درست است که در ابتدای عقد التزام به این شرط در اینجا هم است اما معلق بر این التزام نشده بود بلکه بر متعلق التزام که فعل باشد معلق شده بود. (برداشت از کلام استاد بک اشا اس مد ۹۷/۰۱/۲۳)

به خیاطت محقق شد برای او شرعا واجب است به التزام به خیاطت عمل کند. در ضمن اگر دقت کنید عقد یک شرط دومی هم دارد که از قسم اول است و آن اینکه التزام عقدی را مشروط کرده است بر خود خیاطت نتیجه این می شود که خیاطت به مقتضای شرط دوم بر مشتری واجب است و به مقتضای شرط دوم اگر خیاطت نکرد بایع حق فسخ دارد.

خوب پس بنابراین ایشان می گوید که هر شرطی بر می گردد به تعلیق التزام عقدی بر یک شیئی یا به تعلیق التزام عقدی بر التزامی علی سبیل منع خلو. شرط نتیجه در قسم اول داخل می شود. یعنی التزام عقدی معلق بر تملیک این مال به من است یعنی تملیک مال به خود انشاء قبول یعنی تملیک فعلی یعنی تملیک انشائی یعنی تملیک را انشاء بکنی به همین قبولت خوب نتیجه اش این است که در قسم اول خیاطت لازم نمی باشد که معنایش این است که اگر خیاطت نباشد فقط حق فسخ دارد بخلاف قسم دوم که التزام باشد به خیاطت این در اینجا خیاطت واجب است و اگر انجام نداد این شخص معصیت کرده است متعلق التزام همیشه فعل است.

مرحوم خوئی فرمودند که حقیقت شرط عقود از این دو حال خارج نمی شود.

حالا مرحوم خوئی می فرمایند در ما نحن فیه: موجد عدم ایجار را شرط کرده بود که این عدم ایجار از قسم دوم بود یعنی طبیعی سکونت این خانه را به تو اجاره می دهم به شرط اینکه تو ملتزم شوی که به دیگری اجاره ندهی یعنی اجاره خود را ملتزم کرده بود به التزام عدم اجاره به دیگری. اگر اجاره داد خلاف التزام عمل کرده است و کار حرامی انجام داده است اما عقد اجاره برای چه باطل باشد؟! مثل اینکه شما در بیعی ملتزم به عملی شوید آن عمل لازم است اما چرا عقد بیع باطل باشد?!!

در اینجا شرط خیار قرار نمی دهد بلکه می خواهد کاری کند که اقدام بر اجاره نکند و کی اقدام نمی کند و نسبت به اجاره دوم ممنوع التصرف شود؟ جایی که شرعا یا قانونا و عقلا نتواند به شرط عمل نکند و در صورت دوم این ممنوعیت است.^۱

مناقشه:

اولا تسلیم کنیم تمام مطالب ایشان را در مقدمه توضیح ایشان در شرط و ارجاع شرط به این دو قسم. خوب التزام خود را متوقف کرده به التزام او که ملتزم بشو که اجاره به دیگری ندهیم این کافی است که عقلاء در طول این التزام برای او ولایت قائل نشوند. اینها گاهی با این عقود، معامله امور تکوینی کرده اند التزام که واقعیت و امور تکوینی را عوض نمی کند اینطور نمی باشد که اگر من ملتزم شدم که ننشینم و ننشستم این نشستن دیگر اسمش نشستن نباشد یا اگر ملتزم شدم که شیشه را نشکنم اگر سنگ بزنم دیگر شیشه نمی شکند؟! امور تکوینی التزام در آن تأثیری ندارد. این مغالطه رایجی است که با این امور، معامله امور تکوینی و واقعی می کنیم. بسیار خوب فرمایش شما درست است به تمامه. خوب این عقد اجاره به این صورت است که عقد اجاره را معلق کردم به التزام او به عدم اجاره خوب ما می گوییم که اشکال فنی ندارد که عقلاء در طول التزام برای مستاجر اول برای اجاره دوم ولایتی قائل نباشد دیگر این نتیجه شما که قائل به صحت شدید نمی سازد. این مبانی و کلام شما هم با صحت و هم با بطلان می سازد اگر گفتیم که عقلاء در طول التزام ولایتی قائل نمی باشد می شود باطل و اگر بگوییم که ولایت برای تصرفات اعتباری قائل می باشند این اجاره می شود صحیح یعنی می گوییم صرف تعلیق التزام بر التزام نمی توان نتیجه آن صحت عقد شود. می تواند باطل هم باشد.

^۱ دقت کنید این مسئله با بیانی که قبلا داشتیم فرق می کند در بیان قبلی گفتیم که اگر وفاء به عقدی شرعا یا قانون حرام باشد خود عقد باطل است اما در اینجا عدم الوفاء به عقد شرعا حرام است و فرق می کند.

این اولاً.

اما ثانیاً:

ما نه انحصار ایشان را قبول کردیم و نه تفسیر ایشان در انحائی از شرط. مثلاً در شرط
خیار ایشان می فرمایند التزام عقدی را معلق کرده است بر عمل خیاطت ما ها اینطور نمی
گوییم بلکه می گوییم که در شرط خیار جعل کرده است حق خیار را برای خودش و این هم
قبول کرده است نه اینکه التزام عقدی را معلق کرده است بر التزام به خیاطت گفته است به
شرطی به تو می فروشم که در صورت عدم عمل به شرط حق فسخ داشته باشیم.

پس تفسیر ایشان را از شرط نپذیرفتیم کما اینکه در ما نحن فیه که شرط می کند که نباید
اجاره دهی اینجا می تواند به شکل دیگری باشد نه اینکه التزامش را معلق کند بر التزام دیگری.
یعنی این که ایشان شروط را برگردانند به این دو قسم قبول نکردیم هم به لحاظ حصرش هم
به لحاظ تفسیر داخلیم مثلاً ایشان گفته اند که وقتی که التزام عقدیش را معلق بر خیاطت
می کند حقیقتش جعل حق فسخ در ظرف عدم خیاطت است ما می گوییم از همان اول شرط
می کند و حق فسخ را برای خود جعل می کند در ظرف عدم خیاطت. اما اینکه التزام عقدی
مبتنی بر خیاطت است اصلاً معنایی ندارد.

بنابراین ما نه حصر ایشان را پذیرفتیم و نه پاره از توضیحاتی که دادند که با ارتکازات ما
از معاملات و شرط نمی خواند.

لذا این فرمایش را نمی توان ملتزم شد. قسم دوم را قبول داریم اما اینکه ما نحن فیه از
این قبیل باشد قبول نداریم.

قول منکرین:

اینها گفته اند که در اینجا که موجد شرط می کند که به تو طبیعی سکونت را اجاره می
دهم به شرط این که به دیگری اجاره ندهی، حقیقت این که به دیگری اجاره ندهی این است

که مالک بر مال و منافع خودش سلطنت دارد وقتی به شرط عدم ایجار اجاره می دهد معنایش این است که وقتی به تو این خانه را اجاره می دهم بخشی از سلطنت را به تو واگذار می کنم نه همه سلطنت خودم را بر این مال و منفعت یعنی تو نسبت به تملیک به غیر دیگر سلطنت نداری و مسلوب السلطنه هستی یعنی من اینها را منهای سلطنت بر اجاره به غیر بر تو تملیک کرده ام مثل بیع مال مسلوب المنفعة یعنی مالی را مسلوب المنفعة می فروشیم لذا نتیجه این می شود که این اجاره دوم می شود باطل چرا که سلطنت بر این ایجار و تملیک منفعت را نداشتم این هم وجه مرحوم میرزا و حکیم.

۱مختار ما:

عقد اجاره دوم باطل است یعنی تابع مرحوم حکیم شدیم.

چرا باطل است؟ قاعده ای است که الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم. این را به عنوان یک روایت نبوی ذکر شده است اما قاعده ای است عقلائی که اساس این قاعده اساس دستگاه معاملات ما است انسان بر خودش و رفتار خودش سلطنت دارد انسان بر اموال خودش سلطنت دارد و مراد از این سلطنت سلطنت تکوینی نمی باشد که می توانم دستم را تکان دهم یا اموالم را از بین ببرم و حتی اموال دیگری را هم می توانم از بین ببرم لذا به این صورت تکوینی سلطنت ندارد و ... خیر مراد تصرفات اعتباری است یعنی تصرفات اعتباری را به هر طوری که می توانم، جایز انجام دهم الا اینکه مزاحم با حق دیگری باشد.

خوب در ما نحن فیه:

گفتم حقیقت اجاره در نظر فقه «تملیک منفعة بعوض» است در نظر فقهاء این است که منفعت این عین ملک من است من می توانم در این منفعت هر طور که می خواهم تصرف

کنم که یکی از این تصرفات اعتباری، تملیک به غیر است، یکی از تصرفات اعتباری تملیک منفعت است به غیر به دون سلطنت یعنی می گویم منفعت این خانه را به تو تملیک می کنم منهای سلطنتی که مالک بر منفعت دارد یعنی قبل از اینکه که ملک مستأجر شود بدون سلطنت به او منتقل می کنم این از اختیارات مالک است که موجر اول باشد. این از شئون سلطنت مالک بر مال خودش است عند العقلاء مالک ما موجر است و مال منفعت است که بر آن سلطنت دارد می تواند با سلطنت و ولایت بدون آن منفعت را تملیک کند در واقع در اینجا منفعت را بدون سلطنت منتقل می کند خوب در ما نحن فیه اگر مالک و موجر این منفعت را به دون سلطنت به مستأجر اول منتقل کند و مستأجر اول به دیگر اجاره داد و منفعت را منتقل کرد این انتقال را عقلاء امضاء نمی کنند چرا که سلطنت نداشت بر تصرف اعتباری و مالک این منفعت را بدون سلطنت و ولایت بر تملیک به مستأجر اول که موجر دوم باشد منتقل کرد.

ان قلت:

این شخص طبیعی سکونت را منتقل کرد یعنی به تمام سلطنت منتقل کرد فقط شرط کرد که به دیگری اجاره ندهد لذا مسلوب السلطنت نبود چون طبیعی را منتقل کرد.

قلت:

این در واقع برگشتش به تقیید و تملیک حصه است نه صرف یک شرط فعل باشد^۱ فقط یعنی در نزد عقلاء این شرط را می گذارند که از اجاره به دیگری جلوگیری کنند نه اینکه

^۱ اشکال نشود که این نحو اجاره با سلطنت شخص بر مال خود نمی سازد چرا که به بیان شما این شخص نمی تواند خانه خود را به نحو شرط فعل اینکه به اجاره ثانیه ندهد معامله کرده و اجاره دهد این اشکال وارد نمی باشد الان بحث ما در ظهور این کلام اوست که می گوئیم ظهور در تقیید دارد اما اگر اینطور بگوید که من طبیعی سکونت این خانه را به تو تملیک می کنم و شرط می کنم که از این سلطنتی که بر اجاره به دیگری دارد استفاده نکنی این به نحو شرط فعل است که اگر این مستأجر خانه خود را به کسی اجاره داد این شخص معصیت کرده در عین حال اجاره او صحیح است ولی معصیت کرده است و موجر هم حق فسخ دارد. یعنی در اینجا طبیعی را به تملیک کرده است لذا سلطنت تملیک را هم به او تملیک کرده است اما از او خواسته است از این سلطنت استفاده نکند که معنای این شرط فعل است که موجب بطلان اجاره دوم نمی

صرف یک وجوب عمل به شرطی برای او بیاید عقلاء که همه مسلمان نمی باشند که وجوب به وفاء و معصیت داشته باشند. پس حقیقت این اشتراط بر می گردد به تقیید یعنی تملیک منفعت بلا سلطنت. از این بیان یک نکته ای فهمیده شد و آن این که خیلی وقتها که شخصی ازدواج می کند زن بر مرد شرط می کند که تو با کس دیگری ازدواج نباید داشته باشی. یا شرط می کند که با تو ازدواج می کنم که من را طلاق ندهی اگر بعد از عقد نکاح مرد ازدواج کرد یا زن را طلاق داد آیا این ازدواج دوم و طلاق دوم درست است یا خیر؟ مشخص می شد که ازدواج دوم و طلاق درست است. چرا که این زن شرط کرده بود و در اینجا پای منفعتی در کار نمی باشد که بخواهد به مرد انتقال پیدا کند بلکه یک التزامی از ناحیه مرد است که می شود شرط ضمن عقد. فقط ملتزم می شوم که ازدواج نکنم یا طلاق ندهم. لذا در اینجا فرق است بین بیع و اجاره با عقد و نکاح.

پس در ما نحن فیه فقط شرط فعلی کرده بود یعنی به شرط اینکه با کسی دیگری ازدواج نکنی. در اینجا پای مال در بین نمی باشد که این شرط از شئون سلطنت بر مال باشد و زن این سلطنت را از مرد سلب کرده باشد.^۱ بله در اینجا وفای به این شرط لازم است و واجب اما اگر تخلف کرد عقد دوم و طلاق درست است. اما زوجه می تواند او را ملزم کند به عمل کردن. بله اگر حکومت بخواهد این مشکل را حل کند و آن تفکیک بین شرع و قانون است یعنی

باشد بخلاف ما نحن فیه که اصلاً سلطنت تملیک به دیگری را به تملیک نکرده است لذا اجاره دوم باطل است مثل اجاره خانه غیر به دیگری. (ج ب ک اص اس مد ۹۷/۰۱/۱۸)

^۱ دقت کنید درست است که بضع زن که مرد از آن انتفاع می برد منفعت زن است اما ازدواج یک معامله و معاوضه نمی باشد لذا اگر مرد به شرط عمل نکرد فقط کار حرامی انجام داده است اما ازدواج دوم او درست است گفته نشود که در قبال استفاده و انتفاع از بضع زن نفقه پرداخت می کند و این یک معاوضه است چراکه نفقه از مقومات عقد نکاح نمی باشد بلکه یک حکم تکلیفی است لذا اگر مرد نفقه را نداد عقد نکاح درست است و فقط مرد معصیت کرده است. از مقومات عقد یعنی آنچه که اگر نباشد عقد باطل است مثل اینکه در عقد ازدواج شرط کند که به شرطی با تو ازدواج می کنم که تو از من منتفع نشوی به نحو شرط نتیجه ولی به نحو شرط فعل مشکلی ندارد چراکه شرط فعل سلطنت را از مرد نمی گیرد بلکه از مرد می خواهد که از این حق خود استفاده نکند (ج ب ک اص اس مد ۹۷/۰۱/۱۸).

حکومت بگوید که ما ازدواج دوم را ثبت نمی کنیم و شرائط و مزایایی که به مرد و زن متأهل می دهیم به این زن و مرد نمی دهند اما از نظر شرعی مشکلی ندارد.

البته در اینجا حق فسخ ندارد چرا که نکاح فسخ بر نمی دارد و فایده این شرط این است که حرمت تکلیفی عمل نکردن به این شرط را دارد و این که قبل از ازدواج زن اول می تواند او را ملزم کند به عدم ازدواج. بلکه اگر معنای این شرط این باشد که اگر ازدواج کردی باید من را طلاق دهی در اینجا می تواند مرد را ملزم به طلاق کند.

پس تا اینجا روشن شد که این اجاره دوم باطل است.

برگردیم به سوال دوم. سوال اول در صحت و بطلان بود که گفتیم باطل است. سوال دوم در حرمت و حلیت این عقد دوم است.

در جواب از سوال اول دو مسلک و سه موقف داشتیم.

بنا بر مسلک اول که اجاره صحیح است مشخص است که عقد اجاره حرام است چرا که باید به شرط خودش عمل کند. دائماً التزامات ضمن عقدی واجب الوفاء است چرا که مصداق شرط است و روایت گفته است المومنون عند شروطهم^۱ که مومن از شرط خودش جدا نمی شود که کنایه از این است که عمل به آن واجب است.

بنا بر قول به بطلان اجاره دوم که مختار ماست این اجاره دوم^۲ حلال است یا حرام؟^۳ خوب آیا این اجاره دوم که باطل است آیا این انشاء اجاره و ایجار محرم است یا خیر؟ گفت آجرتک بکذا و او گفت قبلت نفس این ایجار حرام است یا خیر؟ تارة می گوئیم که معنای آن

^۱ این روایت فقط دال بر لزوم تکلیفی است نه وضعی لذا در هر عقد مشروطی عدم عمل به شرط معصیت است. (ق ک اص اس مد ۹۷/۰ ۱/۱۸)

^۲ مراد از اجاره دوم انشاء الاجاره است.

^۳ دقت کنید بطلان اجاره یک امر است و وقوع و وجودش در خارج یک امر است این همه عقود باطل واقع می شد لذا بطلان به معنای عدم وقوع نمی باشد.

شرط این بوده است که اجاره صحیح ندهی خوب در اینجا اجاره او صحیح نمی باشد لذا حرام نمی باشد اما اگر شرط این بوده است که ایجار فاسد و صحیح را ایجاد نکند در اینجا این ایجار حرام است.

اما اگر مطلق بگوید مثل این اجاره های متعارفه در اینجا گفتیم ظهورش در اعم است یعنی مشروط، اقدام بر اجاره است چه انشاء اجاره باطل باشد چه صحیح باشد که می شود ایجار بر اجاره یعنی می خواهد تسبیب بر تسلط دیگران نکند لذا این ایجار فاسد دوم می شود حرام.^۱

بیانی که ما داشتیم که عقود باطله متعلق تکلیف قرار نمی گیرند،،،،

صورت ثالثه: اجاره داده است به شرط استیفاء منفعت بنفسه لنفسه.

اجاره داده است طبیعی منفعت را اما دو شرط کرده است یکی این که استیفاء منفعت با خود مستاجر باشد و شرط دیگر اینکه این منفعت را برای خودش استفاده کند در خانه مصداق ندارد چرا که استیفاء بنفسه از لنفسه جدا نمی شود و هر دو عین هم است اما در ماشین معنا دارد که استیفاء منفعت بنفسه از لنفسه جدا می شود گفته است که ماشین را به تو می دهم به شرط اینکه منفعت را خودت استیفاء کنی یعنی خودت رانندگی کنی و شرط دوم این است که منفعت را هم برای خودت باشد یعنی بار خودت را با این ماشین حمل کن.

آیا این اجاره دوم با وجود این دو شرط در اجاره اول، صحیح است یا خیر؟

آیا این اجاره دوم حلال است یا حرام؟

^۱ اشکال نشود که این شخص می خواهد که انتقال صورت نگیرد نه اینکه انشاء نکند خیر این اشکال وارد نمی باشد چرا که قصد این شخص تسبیب بر اجاره است چرا که درست است که اگر این اجاره باطل باشد قانوناً منتقل نمی شود اما تکویناً منتقل می شود و مستأجر دوم تصرف در این خانه می کند و این موجر اول هم نمی خواهد که این تصرف انجام شود شاهدش هم این است که مردم در خارج خیلی از عقود باطله را انجام می دهند مثلاً در بازاری که می دانند که اجناس دزدی است خرید و فروش می کنند و صف می کشند چرا که قیمتها خیلی ارزان است با اینکه می دانند که این جنس دزدی و معامله باطل است.

هر چه در حلال و حرام در صورت دوم گفتیم در اینجا هم می آید چرا که همان جوابی را که در صورت دوم گفتیم در اینجا می گوئیم .

خوب این اجاره دوم صحیح است یا خیر؟

سید توقف کرده اند گفته اند مثل مسئله دوم است که در آنجا سید توقف کرده اند.

مرحوم حکیم گفته اند که این عقد هم مثل صورت دوم باطل است.

مرحوم آقای خوئی در اینجا قائل به بطلان شده است یعنی تفصیل داده است بین

صورت دوم و سوم در صورت دوم صحیحی شدند اما در صورت سوم بطلانی شدند.

مختار ما: ما قائل به صحتیم.

^۱ ببینیم ادله قائلین به بطلان اجاره دوم مثل مرحوم حکیم چه می باشد؟

وجوه بطلان عمده سه وجه است:

وجه اول: اگر اجاره به نفر دوم دهد آیا استیفاء منفعت مستاجر دوم حرام است یا حلال؟ حرام است چرا که تصرفی در مال غیر است بدون اذن مالک چه خود مستاجر اول رانندگی کند و بار مستاجر دوم حمل کند یا خیر مستاجر دوم هم رانندگی کند. شرط در صحت اجاره این چه می باشد؟ مباح بودن منفعت است و منفعت در اینجا محرم است و هر کجا منفعت حرام شد عقد اجاره باطل است مستمسک ج ۱۲ ص ۹۱.

این وجه اول.

مناقشه:

اصلاحی در استدلال ایشان کنیم ابتداء و بعد نقد کنیم.

ایشان می فرمایند که شرط صحت، حلیت منفعت است و باحرمت منفعت اجاره باطل است این تعبیر ایشان تسامح دارد منفعت که حلال و حرام نمی شود بلکه انتفاع حلال و حرام می شود لذا شرط صحت عقد اجاره انتفاع حلال است. مثلاً اگر کسی مغازه ای دارد که فقط به درد فروش یا ساختن خمر می خورد در این صورت اجاره مغازه حرام است ایشان هم این را قصد کرده است و فقط تسامح در تعبیر کرده است.

خوب حال ببینیم کلام ایشان با این تصحیح درست است یا خیر؟ شرط صحت حلیت انتفاع نمی باشد بلکه شرط صحت حلیت وفاء به عقد است اما اگر انتفاع به عقدی حرام است عقد صحیح است فقط تکلیف این است که از این عین منتفع نشود مثلاً دستگاه ساخت خمر می گیرد در اینجا اجاره صحیح است و موجد باید این دستگاه را در اختیار مستاجر قرار دهد اما مستاجر نباید منتفع شود اشکال نشود که این معامله لغو است چرا که لغو نمی باشد می تواند قصد او این است که این دستگاه را اجاره کند تا دیگری از این دستگاه خمر نسازد یا شخصی در شهری که اصلاً قصد زندگی ندارد خانه اجاره می کند یا شخصی که در زندان است تا ابد در شهر خانه ای را اجاره می دهد و اجاره می کند. از این معامله کردن کیف می کند. حلیت انتفاع شرط نمی باشد بلکه وفاء به عقد نباید محرم باشد مثل اینکه شخصی را اجیر کرده است که زید را ظلماً کتک بزند در اینجا عقد اجاره باطل است. یا زنی را اجاره کرده است برای عمل منافی عفت در اینجا اجاره باطل است. هر جا عمل و وفاء به عقد ممنوع باشد عقلاً و عقلاً و عرفاً و شرعاً این عقد باطل است و این را با انتفاع اشتباه کرده اند و گفته اند انتفاع باید حلال باشد.

در بحث معامله غرض عقلاً شرط نمی باشد مقتضای سلطنت این است که با مال خود هر طور می تواند عمل کند می تواند مالی را که ۱۰۰ میلیون تومان است به ۱۰۰۰ تومان بفروشد. اینکه اسوء حالا از هبه نمی باشد.

ضمن اینکه معامله سفهی درست است و آنکه مشکل دارد معامله با سفیه است. ما نمی دانیم که نکته اینکه حرمت انتفاع موجب بطلان باشد در نظر ایشان چه می باشد.

وجه دوم از مرحوم خوئی:

ایشان قاعده ای دارد که در این امور اشتراط به تقیید بر می گردد اگر در یادتان باشد در صورت اول تقیید می کرد می گفت این خانه را برای منفعت خودت اجاره می دهم مرحوم خوئی می فرمایند که اگر شرط کرد بنفسه و لنفسه این برگشت به تقیید است یعنی یک حصه ای از منفعت را به او تملیک کرده است و آن حصه ای است که مال را خودش استیفاء کند و به دیگری اجاره ندهد در این صورت اجاره می شود باطل چرا که در این صورت منفعت حمل بار دیگری و منفعتی که دیگری استیفاء کند را مالک نمی باشد خوب انسان نمی تواند مال دیگری را اجاره دهد.

این وجه مرحوم خوئی موسوعه ج ۳۰ ص ۲۷۲.

مناقشه:

اشکال اول:

اینکه شما می گوید که اشتراط به تقیید بر می گردد این اشکال اثباتی است یعنی اگر صیاحت این باشد این ظهورش در تقیید است و بحث ما بحث ثبوتی است یعنی تصریح کرده است که به صورت شرط اجاره داده ام یعنی طبیعی را به تو تملیک می کنم به این دو شرط لنفسه و بنفسه. یعنی مراد ما جایی است که شرط کرده باشد. خوب در اینجا آیا اجاره دوم درست است یا خیر؟

اشکال دوم:

سلمنا به صورت تقیید باشد شما قبول کردید که اگر نفس این حصه را اجاره دهد عقد اجاره درست است و خود شما هم قبول کردید و ما یک صورت را هم قبول کردیم اگر به صورت ،،، پس بنابراین یا طبیعی را تملیک می کند که نسبت به حصه خودش که مالک است درست است یا حصه خودش را تملیک می کند که این هم درست است.

وجه سوم:

از مرحوم خوئی است که خیلی پیچیده مطرح کرده است ظاهراً تازه ،،،، چکیده این که اگر این عقد درست باشد وفاء به عقد حرام است و هر جا وفاء به عقد حرام باشد عقد باطل است و وجه حرمت وفاء به عقد حرام است چون مخالفت با شرط ضمن عقد است و وفاء به شرط واجب است و مخالفت آن مقتضی معصیت است.

مناقشه:

بله این درست است. نتیجه اش در کجا باطل است؟ در جایی که بدون این شرط تملیک کند بگوید که این ماشین را به تو تملیک می کنم به شرط اینکه استیفاء به توسط خودم باشد و بار خودم را حمل کنم. و لازم نمی باشد که برای مستاجر دوم منفعتی داشته باشد و ضمن اینکه اثر هم دارد مثلاً این ماشین را از بچه اش اجاره کرده است و این واجب النفقه است این را از نفقه واجبه حساب می کند و شاید بچه رانندگی خوبی نداشته باشد بعد از اجاره اجازه نمی دهد سوار ماشین شود. اثرش این است که اگر خواست این ماشین را بردارد و رانندگی کند و بار خودش را حمل کند باید از مستأجر دوم اجازه کند.

جمع بندی:

صورت سوم این است که اگر با آن شرط اجاره دهد درست است و اگر بدون شرط اجاره دهد باطل است. البته لازم نمی باشد به صورت شرط باشد بلکه مقیداً باشد که در این صورت نتیجه اش با صورت شرط یکی است.

اشکال نکنید این با تملیک منفعت نمی سازد چرا که رکوبی به او نرسید. می گوئیم که رکوب را مالک شد اما نمی تواند استیفاء کند تملیک با توانستن استفاده دو تاست.

^۱ صورت چهارم:

در صورت چهارم طبیعی منفعت را تملیک کرده است اما شرطی کرده است که استیفاء باید توسط خودش باشد می گوید که این ماشین را برای حمل بار به تو اجاره می دهم اما نگفته برای حمل بار خودت یا غیر یا خودت پشت فرمان باشی یا دیگری به نحو قید فقط شرط کرده است که استیفاء منفعت باید با خودت باشد آیا در این صورت اگر اجاره به دیگری داد درست است یا خیر؟

سید می فرمایند که اجاره دوم به دو صورت است:

صورت اول: مستاجر اول ماشین را تسلیم مستاجر دوم نمی کند و خودش بار او را حمل می کند. که می گوید این فرض درس است.

صورت دوم: وانت را به دومی اجاره می دهد و به دومی هم تسلیم می کند در اینجا سید احتیاط کرده است نه فتوا به صحت و نه فتوا به بطلان داده است.

اولا تحقیق در مسئله و بعد کلام سید.

تحقیق فی المسئله:

صورت مسئله این بود که مالک ماشین را اجاره داده بود و شرط کرده بود که استیفاء منفعت باید به توسط خودت باشد یعنی برای منفعت خودش اجاره نداده بود و طبیعی حمل بار را اجاره داده بود اما شرط کرده بود که استیفاء با خودش باشد. می تواند بار دیگری را ببرد اما باید خودش این کار را کند یعنی بار دیگری را ببرد.

تحقیق این است که مستاجر اول که اجاره می دهد سه فرض دارد:

صروت اول:

شرط می کند که استیفاء منفعت باید با من باشد.

زید مستاجر اول به عمرو مستاجر دوم اجاره می دهد به شرط این که رانندگی ماشین با زید باشد که این درست است چرا که مالک منفعت است مخالفت با شرط هم نمی باشد.

صورت دوم:

مستاجر دوم شرط می کند که به شرط این که استیفاء منفعت با من باشد. وقتی که می گوید توسط خود من باشد معنایش این است که در مقام وفای به عقد باید ماشین را در اختیار عمرو بگذارد. در این صورت عقد اجاره درست است. چرا؟ در باب عقود گفتیم که اگر یک شرطی فاسد بود فساد شرط موجب فساد عقد نمی شود خیلی وقتها می توانیم شرائط فاسدی در عقد داشته باشیم مثلاً این لباس را می فروشد به شرط اینکه شرب خمر کند معلوم است که وفای به شرط واجب نمی باشد اما عقد باطل نمی باشد. در اینجا هم فرض این است که اینکه رانندگی با من مستاجر دوم باشد این به نحو شرط است نه تقیید. نهایت این است که این عقد درست است و بر زید تسلیم و وفاء به شرط واجب نمی باشد و عمرو خیار تخلف شرط و حق فسخ دارد.

در اینجا شبهه ای است و آن اینکه که در ما نحن فیه جناب مستاجر اول دو شرط دارد یک شرط مربوط عقد اول و یک شرط مربوط به عقد دوم یکی به اجاره اول که علیه مستاجر بود که باید خودت استیفاء کنی و شرط دوم که آن هم علیه مستاجر اول است به عقد اجاره دوم این بود که باید مستاجر دوم استیفاء کند خوب مستأجر اول به یکی از اینها می تواند عمل کند. چرا اینها گفته اند شرط دوم فاسد است و شرط اول فاسد نمی باشد؟ چرا بالعکس نگفته اند؟ چرا نگفتند هر دو شرط فاسد باشد که ترجیح بلا مرجح پیش نیاید؟ علت این چیست؟

در سیره عقلاء این است که وفای به یک شرط و عقد اگر مخالف باشد با امری یعنی یک فعل ممنوعی را بخواهی انجام دهی یا با التزام سابق منافات داشته باشد دیگر ولایت را برای شرط و عقد دوم قائل می باشند همیشه التزام سابق بر التزام لاحق در دو التزام مخالف، مقدم است.

مثلاً شخصی را اجاره می کنند برای حج امسال و بعد می رود اجاره دوم برای حج هم می کند و این قدرت بر هر دو ندارد چرا که هر مکلفی در یک سال یک حج می تواند انجام دهد نمی تواند در روز عرفه دو وقوف داشته باشد نمی تواند دو بیتوته را داشته باشد. عقلاء کدام را مقدم می کنند؟ عقلاء عقد اولی را مقدم می کنند فقهاء خیلی ذهنشان را خیلی مشغول این مطلب کرده اند و خیلی دلائل فلسفی آورده اند در حالیکه این دلیل فلسفی ندارد بلکه در عقد التزام است در نزد عقلاء وقتی التزامی را بستی هر التزام بعدش دیگر مورد امضاء عقلاء نمی باشد اگر این نباشد اختلال نظام پیش می آید چرا که دیگر ما اطمینان نداریم التزامات انجام شود نوبت می گیری نمی دانی نوبت تو انجام می شود یا خیر. یا در مورد حج نیایی هم اینطور است. یعنی دیگر اطمینانی به تحقق عقود ندارید.

شرط، التزام است وقتی التزام دوم را - که منافای التزام اول است - بست، عقلاء دیگر این التزام دوم را امضاء نمی کنند.

ما سه التزام در فقه داریم: ابتدائی، ضمنی و عقدی.

من ملتزم می شوم که فردا به شما هزار دینار دهم. این التزام ابتدائی است.

برویم سراغ عقلاء:

گفته اند عند العقلاء شخص را ملزم به التزامات ابتدائی نمی کنند بخلاف التزامات ضمنیه و عقدیه.

اما به لحاظ شرعی:

ببینیم که عمل به این التزامات شرعا کجاها واجب است؟ گفته اند که وفاء به التزام ابتدائی واجب نمی باشد. چرا؟ دلیلی بر وجوب نداریم و اصل برائت جاری می شود. المومنون عند شروطهم شامل این التزامات ابتدائی نمی شود گفته شده است که شرط به معنای عرفی خودش شامل التزامات ابتدائی نمی شود و فقط شامل التزامات ضمنیه می شود و یا لااقل مشکوک است. و اوفوا بالعقود هم این را نمی گیرد در معنای عرفی عقد شامل این نمی شود. اما التزام ضمنی: عمل به التزامات ضمنی شرعا واجب است به خاطر «المومنون عند شروطهم». خوب کدام التزامات ضمنی عمل به آن شرعا واجب است؟ فقهاء گفته اند آن التزامات ضمنی که عقلا عمل به آنها واجب است.

التزام عقدی: عمل به التزامات عقدی هم شرعا واجب است به مقتضای «اوفوا بالعقود» این را واجب می کند و دلیل آن است. بعد در «اوفوا بالعقود» گفته اند وفاء به التزامات عقدی واجب است. کدام التزامات عقدی؟ آن التزام عقدی که عقلا وفاء به آن واجب باشد. بحثش موکول به محل خودش است.

خوب در ما نحن فيه التزام در عقد اول ضمنی بود که وفاء به آن شرعا و عقلا واجب است.

التزام دوم هم التزام ضمنی است عقلا وفاء به واجب نمی باشد. لذا شرعا هم التزام به آن واجب نمی باشد. لذا اینکه گفتیم عقلا التزام دومی را امضاء نمی کنند و می گویند التزام اولی درست است، شرعا هم وفاء به التزام دوم واجب نمی باشد.

بله اگر عقلاء وفاء به شرط دوم را می گفتند که درست است و اولی غلط است المومنون عند شروطهم عقد اول را نمی گرفت و عقد دومی را می گرفت.

«المومنون عند شروطهم» شامل عقود و التزامات ابتدائی نمی شود. و فقط شامل التزامات ضمنی می شود. «اوفوا بالعقود» التزامات عقدی را واجب می کند. عقلا التزامات

عقدی واجب است و در نزد شارع هم عدم عمل به آن مصداق ظلم است لذا فقهاء قائلند که اگر مثلاً عبا را به تو فروختم و به تو تحویل ندادم ترک واجب کرده ام ما ها قائلیم کار حرام انجام دادم و استیلاء بر ملک غیر پیدا کردم و این مصداق ظلم است.

«اوفاو بالعقود» را کنار گذاشتیم و گفتیم عقد در این آیه شریفه به معنای این عقد ما نحن فیه نمی باشد. رفتیم سراغ «المومنون عند شروطهم» که گفتیم شرائط ضمن عقدی واجب است و این را می گیرد و شرط کردم یک قرائت قرآن انجام دهم و اگر قرائت قرآن نکردم ترک واجب کردم و وفاء به شرط واجب است اما اگر ابتداء ملتزم شدم که برای شما کاری انجام دهم شرعاً واجب نمی باشد.

پس عنایت کنید ما سه التزام داریم: ابتدائی، ضمنی و عقدی. ما ها قائلیم التزام ابتدائی و عقدی واجب نمی باشد اما مخالفت از التزام عقدی حرام است بلکه وجوبش عقلی است و التزام ضمنی واجب است شرعاً.

صورت سوم:

خوب با توجه به این دو صورتی که گفتیم صورت سوم هم مشخص می شود. صورت سوم به صورت مطلق بوده است و شرطی نمی گذارد خوب در اینجا اگر شرط ارتکازی باشد که استیفاء به ید مستاجر اول یا دوم باشد به صورت اول یا دوم بر می گردد و اگر شرط ارتکازی نباشد می شود صورت سوم که معلوم است که عقدش درست است که استیفاء را توسط خودش انجام می دهد که در اینجا که تسلیم به مستاجر دوم نکرد مستأجر دوم حق فسخ دارد.

اما کلام سید:

کلام سید این بود که اگر تسلیم نکرد این عقد صحیح است و اگر تسلیم کرد احتیاط کرده است سید اما ما ها گفتیم این عقد درست است.

وجه تردد سید:

دقت کنید سید گفته است که اگر بعداً ماشین را تسلیم کرد گفته است صحت عقد اجاره اول و دوم مورد تردید است و احتیاط کرده است. توجیه بیان سید این است که وقتی مالک در اجاره اول ماشین را اجاره می دهد و شرط می کند که خودت استیفاء کن کأن شرط کرده است اجاره ای ندهد که متعقب به تسلیم باشد. اگر یادتان باشد در صورتی که مالک در اجاره اول شرط کرده بود که به شخص دوم اجاره ندهد و این شخص اجاره می داد سید توقف کرده بود. در واقع این عقد که شرط کرده است استیفاء به خودش باشد بر می گردد به اجاره ای که شرط این است که اجاره ندهد به دومی. یعنی شرطش این است که اجاره ای که متعقب به تسلیم باشد ندهد. پس کلام سید توجیه فنی دارد که روی مبنای خود سید درست است چرا که سید در شرط عدم اجاره احتیاط کرد در اینجا هم می گوید که برگشتش به شرط عدم اجاره است مفهوم عرفی و التزامی اینکه استیفاء به ید خودت باشد این است که اجاره ای به دیگری که متعقب به تسلیم باشد ندهد. در آنجا مطلق عدم اجاره را شرط کرده بود و در اینجا عدم حصه ای از اجاره را شرط کرده است و در نکته توقف سید فرق نمی کند که مطلق عدم اجاره را شرط کند یا عدم حصه ای از اجاره را. لذا این وجهی است که جناب سید در مسئله توقف کرده است.

این صورت هم که زید شرط کند که استیفاء به ید عمرو باشد این هم به صورت دوم بر میگردد چرا که این شرط بر علیه زید است و زمانی می گویند که زید شرط کرده باشد که شرط بر له زید باشد.

در صورتی که عقد دوم صحیح باشد مالک عین حق فسخ اجاره اول را دارد.

^۱ سید در اجاره ثانیه وارد فروعاتی می شود:

مسألة ١: يجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة

و ما بمعناها أن يؤجر العين المستأجرة بأقل مما
استأجر

و بالمساوي له مطلقا أي شيء كانت...

این مقتضای قاعده است و به سیره عقلاء سلطنت بر مال خویش دارد و فرض این است که به اجاره اول مالک منفعت می شود لذا می تواند مال خودش را به هر قیمتی بفروشد. لذا اینکه کاسبهای سوال می کنند که چه مقدار می توانیم روی مالمون بکشیم و بفروشیم؟ جواب این است که هر مقداری که می خواهد به مقتضای همان قاعده عقلائی.

بل بأكثر منه أيضا إذا أحدث فيها حدثا

سید می فرمایند که در صورتی که در خانه تغییری ایجاد کند مثلا نقاشی کند خانه را یا شیر آلات را عوض کرده است و لازم نمی باشد که افزایش قیمت به اندازه ای که هزینه کرده است باشد این مشکلی ندارد و لو به تغییری که می دهد در قیمت خانه تغییری ایجاد نمی شود.

این هم علی القاعده است و آن هم همان سلطنت بر مال است که به سیره عقلاء ثابت است.

ما یک روایاتی داریم که می گوید به اکثر نمی توان اجاره داد لذا این فروع را بیان می کند که روایات را بعدا وارد خواهیم شد.

أو كانت الأجرة من غير جنس الأجرة السابقة

حتی می تواند جنس اجرت را تغییر دهد مثلاً به هزار دینار مستاجر اول اجاره کرده است و در اجاره دوم به فرش اجاره می دهد می گوید که خانه را در قبال این فرش اجاره می دهم که این فرش هم قیمتش بیش از هزار دینار است.

چرا؟ در فرع آینده ما روایات داریم که اگر مثلاً خانه را اجاره داد به قیمت بیشتر نمی تواند اجاره دهد روایتی که می گوید به بیشتر نمی توان اجاره داد انصراف دارد به صورتی که جنس دو اجرت یکی است اما در جایی که جنس دو اجرة تفاوت داشته باشد این روایات این را نمی گیرد.

مرحوم خوئی: می فرمایند که در جایی که یکی نقد و یکی عروض یعنی کالا است درست می باشد اما اگر هر دو نقد باشد اما از دو جنس مثلاً خانه را ۱۰۰۰ دینار عراق اجاره کرده است و بعد به مستاجر دوم به ۱۰۰ دلار اجاره داده است. شاید ۱۰۰ دلار به اندازه ۳۰۰۰ دینار می باشد. چرا که دینار را می خواهند به دلار بسنجند ممحض در مالیت است عین خصوصیتی ندارد بخلاف فرش که می گویند قیمت و ارزشش بیش از ۱۰۰۰ دینار است اما در مورد دینار و دلار نمی گویند قیمت دلار بیش از دینار است می گویند که دلار بیش از دینار است.

مناقشه:

اشکال نقضی:

اگر کسی خانه را اجاره کند به یک تن برنج یا به صد کیلو برنج یکساله و بعد اجاره دارد به دویست کیلو برنج اما قیمت دویست کیلو با آن صد کیلو یکی است مثلاً به صد کیلو برنج ایرانی اجاره داد و او به دویست کیلو برنج خارجی اجاره داد در اینجا باید معامله باطل باشد چون خودش در نظر گرفته می شود نه قیمتش. در اینجا هذا اکثر و اقل گفته می شود چون

گفته نشود که این ربا ست چرا که رباء در صورتی است که یک معامله باشد و در اینجا دو معامله است و لو به خود مالک اجاره دهد. این دو معامله است.

دو جواب داریم:

جواب اول:

به مناسبت حکم و موضوع فهم عرفی از زیاده و اکثریت که در روایت آمده است ارزش و مالیت است نه زیاده به معنای وزن و کمیت.

جواب دوم:

سلمان مراد از زیاد به لحاظ کمیت است این باب معاملات است و در باب معاملات الغاء خصوصیت یک امر عرفی است بخلاف عبادات که الغاء خصوصیت امری غیر عرفی است. اما این مثال ما نحن فیه الغاء خصوصیت می شود از آن. الان شخصی که خانه را اجاره داده است به فرشی که دو هزار دینار است ،،،، بله در میان علمای خودمان داشتیم که خیلی تعبدی بودند لذا وقتی به بحث پول رسیدند گفته اند در پول ،،،، تا حتی اگر به عنوان بیع انجام دهند اشکالی ندارد چرا که شارع قرض ربوی را حرام کرده است و ما از حکمت شریعت خبری نداریم لذا الغاء خصوصیت به بیع نمی کنند کسانی که گفته اند که بیع به اکثر جایز نمی باشد گفته

اند که از هم روایتی که می گوید قرض ربوی حرام است الغاء خصوصیت می کنیم به بیع نسیه
“““

مرحوم تبریزی اشکال داشتند که بیع پول به پول اشکال دارد،،،

اینجا معلوم می شو مایزی بین ثمن و مثنی نمی باش چنن من هزار توتام به دو هزار
تومان فروختم،،،

ما اشکال کردیم که اگر،، اشکال اساسی این است فهم عرفی است از قرض ربوی که از
همین قبیل است بیع نقود به نسیه. بلکه در مورد صد دل،،، آیا می توان از حرمت قرض این
نحوه موارد را استظهار کند.

در نظر مردم ارز خارجی چیزی بین پول و کالا است. مرحوم خوئی می تواند بگوید که در
نظر عرف باز دلار بیشتر از تومان است نه اینکه قیمت دلار از قیمت تومان بیشتر است.
این فرمایش مرحوم خوئی را قبول نکردیم تا اینجا تمام فرمایشات سید علی القاعده بود.

ابل مع عدم الشرطین^۲ ایضا فیما عدا البیت

و الدار و الدکان و الأجیر و أما فیها فإشکال فلا یتربک الاحتیاط بترک
إجارتها بالأکثر...

حال اگر بخواهد به بیشتر اجاره دهد و این دو شرط را نداشته باشد یعنی تغییری ایجاد
نکرده باشد و اختلاف جنس نداشته باشند در غیر چهار مورد مشکلی ندارد اما در مورد بیت
و دار و دکان و اجیر سید توقف کرده اند و به بیشتر اجاره ندهد. بیت یعنی اتاق گاهی اوقات

^۱ چهارشنبه ۹۶/۱۱/۱۸.

^۲ احداث حدث و من غیر جنسین.

یک اتاق را اجاره می دهیم به شخص. دار یعنی خانه. اجیر جایی است که شخص را اجاره می دهیم می دانید عبد به منزل اعیان است همانطور که ماشین و خانه یتان را می توانید اجاره دهید عبد خود را هم می توانید اجاره دهید.

در اجاره اجیر اجاره بر اعیان است نه اجاره بر افعال. اجیر که ما می گوئیم در اجاره اجیر به شخصی می گوئیم که اجیر شده است برای خیاطی مثلا. این اجاره بر عمل است اما گاهی اوقات منافع خودش را تملیک می کند چیزی دیگر در ذمه او عملی مملوک مستاجر نمی باشد بلکه منافع زید مال مستاجر است مثلا می تواند تنظیف کند یا خیاطت کند یا روزه بگیرد. چون بحث ما در اجاره بر اعیان است مراد از اجیر اجیری است که از این قسم است. عبد دائما از قسم اجاره بر اعیان است و در حر می تواند دو جور باشد. که از قصد و صیانت فهمیده می شود که به کدام نحو اجاره واقع شده است.

در ما عدا الاربعه که به اکثر جایز است این علی القاعده است که انسان در معامله ،،و، معاوضه انسان سلطنت بر مال و منفعت خویش دارد و می تواند مجانا تملیک کند یا غیر مجانی و در غیر مجانی هم می تواند به اکثر یا اقل تملیک کند. و در نزد ما همینکه عقلائی باشد کفایت می کند و نیاز به امضاء شارع نمی باشد.

انما الاکلام در این چهارتا است که سید توقف کرده است در این چهارتا خیلی محل اختلاف بوده ست از قدیم هآیا می وانیم به اکثر بدون آ» دو شرط اجاره دهیم یعنی کاری در عین انجام ندادیم و به همان جنسی که در اجاره اول معامله کردیم می باشد.

برای روشن شدن اختلافات ابتداء کلام صاحب حدائق را می خوانیم:

لا خلاف بين الأصحاب في جواز إجارة الأرض و غيرها من الأعيان المستأجرة بأقل مما استأجرها به و بالمساوى و ان لم يحدث فيها شيئا، و كذا بأكثر مما استأجرها به إذا كان قد أحدث فيها عملا.

و انما الخلاف فيما لو استأجرها بالأكثر و لم يحدث فيها شيئا، فقليل:

بالتحريم، و قيل: بالجواز على كراهة، و بالأول قال الشيخان، و هو ظاهر المرتضى و اختيار سلار و ابن الجنيد، و به قال الصدوق في المقنع و أبو الصلاح و ابن البراج في المذهب، و هو ظاهر العلامة في الإرشاد، و الظاهر أنه المشهور بين المتقدمين، و بالثاني قال: ابن إدريس و العلامة في المختلف و المحقق، و نقله العلامة في المختلف عن والده و اليه ذهب سلار في موضع آخر و ابن البراج في الكامل، و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين و منشأ الخلاف اختلاف الاخبار في المسئلة المذكورة، و لا بأس بنقلها أولا ثم الكلام فيها بما وفق الله عز و جل لفهمه منها.^١

غرض اين بود كه گفته شود كه هر دو طرف قائلين معتنا بهى دارند.

پس در مسأله دو شهرت است يكي متقدمين تا علامه و يكي هم از علامه تا متاخرين.

اما برويم سراغ روايات:

^١ الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة؛ ج ٢١، ص: ٢٩٢، بحراني، آل عصفور، يوسف بن احمد بن ابراهيم، الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ٢٥ جلد، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤٠٥ هـ.ق.

ما چهار عنوان داشتیم بیت و دار و اجیر و دکان این چهار عنوان در یک روایت نیامده است و در روایات متعدد آمده است.

اما اول بیت و اجیر در یک روایت آمده است .

روایت اول روایتی است که در چهار کتاب اربعه آمده است که سندش صحیح است:

وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۲۵

۲۴۲۸۱- ۲- ۱ و ۲۴۲۸۲- ۳- ۲ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ خَالِدِ بْنِ جَرِيرٍ عَنْ أَبِي الرَّبِيعِ الشَّامِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ:

سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَتَقَبَّلُ الْأَرْضَ مِنَ الدَّهَاقِينَ ثُمَّ يُؤَاجِرُهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا تَقَبَّلَهَا بِهِ وَ يَقُومُ فِيهَا بِحِطِّ السُّلْطَانِ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ إِنَّ الْأَرْضَ لَيْسَتْ مِثْلَ الْأَجِيرِ وَ لَا مِثْلَ الْبَيْتِ إِنَّ فَضْلَ الْأَجِيرِ وَ الْبَيْتِ حَرَامٌ.^۳

يتقبل من الدهاقين دو احتمال است و مضاربه و اجاره. مضاربه این است که اجرت را درصدی از سود قرار می دهد که اگر سودی حاصل نشد چیزی به او نمی رسد.

خوب کالصريح است که زیاده حرام است چرا که امام فرمودند ان فضل الاجير و البيت حرام.

اما در اجاره اجرت معین است و می گوید به صد من گندم مثلا و می تواند از محصول همان زمین باشد یا محصول زمین دیگری.

ببینیم که این روایت دلالتش تمام است یا خیر؟

۱ (۱) - الكافي ۵- ۲۷۱- ۱.

۲ (۲) - الكافي ۵- ۲۷۱- ۱.

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

اول بحث سندی:

به لحاظ سندی گفتیم که اصحاب کتب اربعه هر سه نفر کلینی و صدوق و جناب شیخ نقل کرده اند اما سند در هر سه به ابو الربیع شامی منتهی می شود یعنی طریقی ندارد که در آن ابو ربیع شامی نباشد اسمش خلید بن اوفی است آیا این ثقة است یا خیر؟ توثیق دارد یا خیر؟ توثیق خاصی برای این شخص نداریم در کتب رجالی توثیق ندارد منتهی وجوهی ذکر کرده اند برای وثاقت ابو الربیع شامی که به بعضی از این وجوه اشاره می کنیم:

یکی از وجوه این است که طریقی مرحوم خوئی است که در اسناد تفسیر علی بن ابراهیم قمی آمده است ،،، گفتیم که اصل نسبتش به علی بن ابراهیم قمی مشخص نمی باش که نوشته او بوده است یا نوشته دیگری بوده است و اگر نوشته خودش بوده است چه مقدار مضبوط بوده است یا خیر،،، خوب علی بن ابراهیم قمی از ثقات است اما این تفسیر بایدینا همان تفسیر است یا خیر این مشخص نمی باشد و متواتر نمی باشد.

یکی اینکه مرحوم تبریزی قائل است ابو الربیع شامی از معاریف است و روایات متعددی نقل کرده است و قدحی هم بر او وارد نمی باشد و عدم ورود قدح نشان دهند حسن ظاهر اس و حسن ظاهر اماره بر عدالت است لذا نتیجه می گیریم که این شخص اماره بر عدالت را داشته است لذا قطع پیدا می کنیم که حسن ظاهر داشته است و از حسن ظاهر پی می بریم به عدالت و از حسن ظاهر پی می بریم به وثاقت.

این مبنای ایشان است که اگر کسی از معاریف باشد و قدحی نباشد این دلالت بر وثاقت می کند.

این فرمایش ایشان است .

این فرمایش را قبول نکردیم.

با دو مقدمه فرمایش ایشان مخالفیم.

اینکه عدم ورود قدح دلالت قطعی بر حسن ظاهر نمی باشد این شخص می تواند روایاتی داشته باشد اما معاشرتی با مردم نداشته باشد که چیزی از او دیده شود و قدحی بر او وارد شود مثلا شخصی در کلاس استادی سالها می آید و از او سوال می کنی که عدالت داری؟ می گوید که نمی دانم چرا که در حسن ظاهر معاشرت می خواهد کسی در درسش معصیت الهی را انجام نمی دهد. مثلا می گوید که ما با میرزای نائینی هم مباحثه بودیم این را فقط با معاشرت می توان فهمید که دروغ می گوید یا صادق است.

در طول زندگی کردن و معاشرت است که التزام طرف مشخص می شود. حتی اگر چهل سال فقط هم مباحثه باشید باز حسن ظاهر مشخص نمی شود. حسن ظاهری که در اینجا می خواهیم با حسن ظاهری که در نماز جماعت می خواهیم فرق می کند.

لذا عدم ورود قدح دلالت قطعی که سهل است و دلالت ظنی هم بر حسن ظاهر ندارد. اینطور نبوده است که به صرف نقل حدیث اصحاب رجال راوی را توثیق نمی کردند شاهدش هم این است که کسانی که روایات بسیاری نقل کرده اند را توثیق نکرده اند مثل ابراهیم بن هاشم که جناب شیخ توثیق نکرده است با اینکه بیش از ۷۵۰۰ روایت دارد و تالی تلوه هم در نقل حدیث ندارد اما کلینی که به مراتب مثل ابراهیم بن هاشم معروف نبود یا نواب اول و دوم از نواب اربعه را توثیق کرده اند و دوتای بعدی را توثیق نکرده اند با اینکه هر چهارتا در طریق روایت آمده اند. این نشان می دهد که خیلی ملتزم بوده اند و دقت می کرده اند در توثیق.

این نشان می دهد که ضابطه ای بوده است و لو این ضابطه در نزد متاخرین مشخص نمی باشد و احتمال می دهیم که توثیقات به دست آنها رسیده است و اینها نقل وثاقت کرده اند اما آن توثیقات به دست ما نرسیده است.

لذا اگر کسی از معاریف بود نشان دهنده عدم قدحی قطعی آن نمی باشد.

حتی اگر دلالت قطعی بر عدم قدح باشد دلالت بر حسن ظاهر نمی کند.

^۱ پس روایت اول که در مورد بیت و اجیر است سندش تمام نمی باشد.

گفتیم که حسن ظاهر نهایتاً دال بر تجنب از کذب است اما اینکه ضبط متعارف دارد این دیگر دال نمی باشد حتی اصل عقلایی هم بر این که ضبط هر شخص متعارف است را قبول نکردیم.

روایت دوم: روایت ابراهیم بن میمون

وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۲۶

۲۴۲۸۴- ۵-۲ و عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْمُونٍ أَنَّ إِبْرَاهِيمَ بْنَ الْمُثَنَّى سَأَلَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع وَهُوَ يَسْمَعُ عَنِ الْأَرْضِ يَسْتَأْجِرُهَا الرَّجُلُ ثُمَّ يُؤَاجِرُهَا بِأَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ قَالَ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ إِنَّ الْأَرْضَ لَيْسَتْ بِمَنْزِلَةِ الْأَجِيرِ وَ الْبَيْتِ إِنَّ فَضْلَ الْبَيْتِ حَرَامٌ وَ فَضْلُ الْأَجِيرِ حَرَامٌ.^۳

این روایت مثل روایت قبلی دلالتش خوب است و ظاهرش این است که اجاره به اضافه باطل است.

مناقشه:

در سند روایت سهل بن زیاد است که هم مدح دارد و هم قدح دارد که در نزد ما وثاقت او ثابت نمی باشد .

^۱ سه شنبه ۹۶/۱۱/۲۴.

^۲ (۱) - الکافی ۵- ۲۷۲- ۵.

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

ما دو روایت داشتیم که هیچ کدام سنداً تمام نمی باشد.

مرحوم خوئی:

ایشان فرمودند که ما در مورد دار روایت معتبر داریم و عنوان دار بر بیت صدق می کند چرا که اگر ما خانه ای داشته باشیم که فقط یک اتاق داشته باشد به این بیت دار صدق می کند. پس بنابراین خانه یک اتاقه واقعاً خانه است پس عنوان دارد عنوانی است هر بیت هم اطلاق می شود لذا به روایاتی که در مورد دار وارد شده است نسبت به بیت هم می توان استدلال کرد.

و اما نسبت به خصوص اجیر روایتی داریم که معتبر است و اما در آن روایت دیگر عنوان بیت نیامده است.

مناقشه:

اولاً:

فرض کنید که خانه ای باشد که یک اتاق داشته باشد به آن اتاق دار نمی گویند به آن اتاق بیت می گویند بر آن مجموعه ای که مشتمل بر اتاق است بیت گفته می شود اما بر آن بیت اطلاق دار نمی شود. این در صورتی است که خانه ای یک اتاق داشته باشد اما اگر مراد ایشان این باشد که خانه ای باشد که فقط یک اتاق باشد نه خانه ای که مشتمل بر یک اتاق باشد. عبارت مرحوم خوئی این است:

““

خوب معلوم است که به یک اتاق وسط بیابان دیگر دار گفته نمی شود

ثانیاً:

یک خانه ای داریم که یک اتاق داشته باشد بر آن هم اطلاق دار شود اما اگر خانه ای باشد که چند اتاق داشته باشد دیگر بر تک تک آنها دار اطلاق نمی شود خوب در روایت دارد که فضل حرام است اینجا را دیگر شامل نمی شود.

الغاء خصوصیت در جایی است که حکم خلاف ارتکاز نباشد سلطنت بر مال امر بسیار مرکوزی است و این که نتوانی به مقدار بیشتر اجاره دهی این خلاف این قاعده مرکوز می باشد لذا نمی توان از یک اتاق به دار چند اتاقه الغاء خصوصیت کرد. ،،،

خوب نسبت به بیت نمی توان حکم به حرمت اضافه را داد.

اما نسبت به اجیر دو روایتی که خوانده شد معتبر نبود اما نسبت به اجیر روایت معتبر داریم:

وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۲۵

۲۴۲۸۳- ۴- ۱ وَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي الْمَعْرَاءِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ^۲ الْأَرْضَ ثُمَّ يُؤَاجِرُهَا بِأَكْثَرَ مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا قَالَ لَا بَأْسَ إِنَّ هَذَا لَيْسَ كَالْحَاثُوتِ وَلَا الْأَجِيرِ إِنَّ فَضْلَ الْحَاثُوتِ وَالْأَجِيرِ حَرَامٌ.^۳

حاثوت یعنی دکان.

پس تا اینجا نسبت به اجیر دلیل داشتیم اما نسبت به بیت دلیلی نداشتیم.

این روایت سنذا و دلالتا تمام است.

اما دو مورد دیگر که یکی دکان باشد.

۱ (۵) - الکافی ۵- ۲۷۲- ۳.

۲ (۶) - فی الکافی و التهذیب- یستاجر.

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

دکان دلایش همین روایت قبلی است. معتبره ابی المغراء.

اما نسبت به دار:

درمورد دار روایات معتبره و متعدده ای داریم:

یکی از آن روایات صحیح حلبی است:

۲۴۲۹۴ - ۴ - ۱ وَ بِالْإِسْنَادِ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع

فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الدَّارَ ثُمَّ يُؤَاجِرُهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا بِهِ قَالَ لَا يَصْلَحُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ

يُحَدِّثَ فِيهَا شَيْئًا.^۲

الا اینکه در آن دار تغییری انجام دهد.

گفته اند لا یصلح ذلک ظهورش در بطلان است.

به این روایت تمسک کرده اند که فضل اجرت در دار باطل و حرام است.

مناقشه:

این روایت سندش خوب است و تمام کلام در مورد دلالت است که آیا لا یصلح ذلک در مورد بطلان ظهور دارد یا خیر؟ ظاهرش به نظر می رسد که ظهوری در بطلان و حرمت ندارد می بینید که در مورد مستحبات هم این را بکار برید این تسامحی بکار ندارد مثلاً بگوید که صلاح نیست که انسان نافله را ترک کند یا صلاح نیست که انسان شکم خودش را از غذا پر

^۱ (۱) - الکافی ۵- ۲۷۳- ۸، و التهذیب ۷- ۲۰۴- ۸۹۹.

^۲ وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۳۰، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

کند می بینید که این تعبیر تسامحی نمی باشد. بنا بر فرض این که ما از استظهار خودمان مطمئن می شویم استظهار آن زمان آنها یکی بوده است یعنی ما اطمینان داریم به عدم نقل یا اگر مشهوری شدیم و شک کردیم رجوع به اصالة عدم نقل می کنیم.

فرض کنید که ما تتبع کردیم که لا یصلح با کراهت و استحباب نساخت آیا می توان به دست آورد که این تعبیر ظاهر در حرمت و بطلان است؟؟!!

مثلا ما کلمه انسان را تتبع می کنیم و می بینیم که در مورد انسانهای قد بالای یک متر بکار برده اند می توان نتیجه گرفت که این لفظ وضع شده است برای انسان با قد بالای یک متر در ما نحن فیه اگر موارد استعمال را دیدید نمی توان نتیجه بگیرید که در مورد استحباب و کراهت عنایی است.

لذا حرمت را نمی توان استفاده کرد

۱ نهایتا با کراهت می سازد. چرا که اینجا لا یصلح می سازد با حرمت و کراهت و بطلان لذا قدر متیقن ندارد نه حرمت و نه کراهت و نه بطلان را اثبات نمی کند بلکه اگر امر دائر مدار کراهت و حرمت بود کراهت قدر متیقن می باشد.

روایت دوم صحیح دیگر حلبی است:

۲۴۲۹۳-۳-۲ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ

حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع

۱ چهارشنبه ۹۶/۱۱/۲۵.

۲ (۷) - الکافی ۵- ۲۷۲- ۴، و التهذیب ۷- ۲۰۹- ۹۱۹.

قال: لَوْ أَنَّ رَجُلًا اسْتَأْجَرَ دَارًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ فَسَكَنَ ثَلَاثِيهَا وَآجَرَ ثَلَاثِيهَا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ لَمْ

يَكُنْ بِهِ بَأْسٌ وَلَا يُؤَاجَرُهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا بِهِ إِلَّا أَنْ يُحْدِثَ فِيهَا شَيْئًا.^۱

مبلغ همان مبلغ است و در اصل عین کم شده است. مشخص می شود که مراد این است که به مبلغی بیش از اجرتی که اجاره کرده است اجاره ندهد فرق نمی کند چه مقداری از عین را در اجاره دوم اجاره می دهد.

حتی اگر هر خمسی را به ده درهم اجاره دهد به مقتضای این روایت مشکلی ندارد.

لذا اگر روایت مطلقى داشته باشیم که اضافه نگیرد آن روایت به این روایت قید می خورد و معنا می شود زیاده اسمی. فهم عرفی از این روایات این است که این چهار پنجتایی که استثناء شده است و گفته شده است که نمی توان به زیاده اجاره دارد اینها حکم واحدی دارند لذا در موارد دیگر هم می گوئیم مراد از اضافه ای که نهی شده است اضافه اسمی است.

مناقشه:

روایت سنداً مشکلی ندارد و انما الکلام در دلالت است. گفتیم آن قدر روایات ناهیه کراهتی در ابواب مختلف غیر این باب داریم و روایات آمره مستحبی داریم که نمی توان از این روایات ناهیه، حرمت یا بطلان را استظهار کرد این نهی هم با حرمت و هم با کراهت و هم با بطلان می سازد. یعنی آنقدر از نهی در مواردی که کراهت آن از مسلمات فقه است و از امر در اموری که استحباب آنها از مسلمات فقه است استفاده شده است که دیگر نمی توان به صرف نهی، حرمت و به صرف امر، وجوب را فهمید. لذا ما وجوبها و حرمتها را به مناسبت حکم و موضوع می فهمیم که اگر امر شد حتماً وجوب است مثلاً می گوید: «انقذ الغریق»

^۱ وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۲۹ ، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

ظهور در وجوب دارد انقاذ غریق با استحباب نمی سازد. در اصول گفتیم که این امر و نهی یا در کلام شارع است یا در کلام مبلغ است اگر در کلام شارع باشد ظهورش در وجوب است و اطاعت و امتثال آنها واجب است. یا در کلام مبلغ آمده است این دیگر ظهور در حرمت و وجوب ندارد کما اینکه کثیرما مجتهد در مقام بیان حکم شرعی از امر و نهی استفاده می کند قبل از نماز وضو بگیرد دستت را بشوی اول نماز استعاذه کن و تسبیحات را سه بار بگو در عین حال حرمت و وجوبی در کار نمی باشد. و یکی هم به خاطر کثرت استعمال در کراهت و استحباب دیگر ارشاد به حرمت و وجوب ندارد. در مجموع باید قرینه ای در کار باشد مثلاً در روایت عقوبتی آمده است بعد از نهی یا امر کرده است و انجام آن را از نشانه های ایمان قرار داده است. لذا اگر قرینه ای نباشد کلام می شود مجمل.

در مفهوم شرط هم گفتیم که اینطور نمی باشد که هر شرطی مفهوم داشته باشد حتماً باید اشعاری به تحدید داشته باشد تا ما از آن مفهومی بگیریم. لذا این روایت هم که به صورت شرط آمده است این تحدید از آن استظهار نمی شود لذا عرفاً مفهوم ندارد. ضمن اینکه در اینجا هم چون کلام بعدی امام تفسیر آن مفهوم است و امام مفهوم را گفته اند مفهوم بیش از نهی ظهور پیدا نمی کند چرا که ما بعد از لم یکن به باس عرفاً تکرار و تصریح به مفهوم است و در نهی هم گفتیم که حرمت را نمی رساند.

روایت دیگر موثق اسحاق بن عمار است:

۲۴۲۹۲- ۲- ۱ و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ

كَلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَ أَنْ أَبَاهُ

كَانَ يَقُولُ لَا بَأْسَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الرَّجُلُ الدَّارَ أَوْ الْأَرْضَ أَوْ السَّفِينَةَ ثُمَّ يُؤَاجِرَهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا

اسْتَأْجَرَهَا بِهِ إِذَا أَصْلَحَ فِيهَا شَيْئًا.^۱

در این روایت از مفهوم «اذا اصلح فيها شيئا» که مفهومی این می شود که «فیه باس اذا لم يصلح فيها شيئا» استفاده کرده اند.

مناقشه:

در روایت قرینه ای ذکر شده است که مشخص می شود که مراد از «بأس» منع نمی باشد بلکه فیه کراهه و حضاضه است قرینه ذکر «ارض» است امام A در روایت معتبر تصریح کردند که اجاره ارض باکثر اشکال ندارد آنکه اشکال دارد اجاره حانوت و اجیر است در جمع عرفی استفاده می شود فیه منع و بأس یعنی کراهت دارد. جمع عرفی عدم تعارض و حمل فیه بأس فیه منع و کراهت باشد.

مرحوم خوئی جواب داده اند که یک قرینه ای عرفی است که کلام اگر ظهوری داشته باشد و در کلام فردی باشد که با ظهور نمی سازد از ظهور به مقدار آن مورد رفع ید می کنیم مثلاً گفته اند اغتسل للجمعة و الجنابة به قرینه غسل جمعه که مستحب است و با ظهور در وجوب نمی سازد می گوئیم ظهور در وجوب ندارد یا می گوئیم نسبت به غسل جمعه این ظهور در وجوب در جمعه، حجت نمی باشد.

مناقشه:

ظاهراً کلام ایشان در ما نحن فیه تطبیق نمی شود.

^۱ وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۲۹ ، شیخ حر عاملی ، محمد بن حسن ، وسائل الشیعة - قم ، چاپ: اول ، ۱۴۰۹ ق.

مثلاً امام^۸ گفته است: «اغتسل للجمعة و الجنابة»^۱ گفته اند طلب انشائی دو حصه دارد طلب وجوبی و طلب ندبی. در اینجا هیئت امر در طلب ندبی یا وجوبی یا جامع بین ندبی و وجوبی بکار گرفته شده است. مشهور می خواسته اند به قرینه ذکر جمعه که علم داشتند که مستحب است بگویند که در طلب ندبی استعمال شده است اشکال مرحوم خوئی این بوده است گفته اند که در اینجا امر دائر مدار این است که در طلب وجوبی،، یا جامع طلب وجوبی و ندبی بکار برده شده باشد ایشان حمل کردند بر جامع یعنی طبیعی طلب.

در ما نحن فیه تطبیق نمی شود در منطوق لا باس و در مفهوم فیه باس آمده است در این باس سه احتمال است باس وضعی که بطلان باشد و باس تکلیفی که حرمت باشد و باس تنزیهی که کراهت باشد سه احتمال است به قرینه ارض آنها می گفتند از باس تحریمی و وضعی رفع ید می کنیم و حمل می کنیم بر تنزیهی در اینجا ما جامع نداریم بین نهی تحریمی و تنزیهی جامع داریم اما بین این دو و بطلان جامع نداریم اینجا اینطور نمی باشد که جامع داشته باشیم اما در اغتسل ما جامع داشتیم که طبیعی طلب و انشاء بود. پس بنابراین فرمایش ایشان هم تمام نمی باشد.

در اینجا ما با مشهور هم صدا شدیم و گفتیم که دال بر حرمت نمی باشد اما در ادامه که دال بر کراهت باشد موافق نمی باشیم چرا که قائلیم بر کراهت و بطلان هم دال نمی باشد چون قدر متیقنی در کلام نمی باشد.

^۲ پس از عناوین اربعه که یکی بیت و دار و دکان و اجیر بود از میان این چهارتا تنها در دو مورد دلیل ما بر حرمت خوب بود. دلیل ما بر حرمت در این دو چه بود؟ معتبره ابی المغراء

^۱ دقت کنید این صرف مثال است و الا غسل جنابة هم واجب نمی باشد بلکه مستحب است گفته نشود که از باب وجوب مقدمه واجب است چرا که اگر واجب هم باشد واجب عقلی است یعنی وجود مقدمه واجب عقلی است به عقل نظری که در آن عقابی نمی باشد در وجوب عقلی به عقل عملی است که عقاب است کما اینکه اگر بگویید واجب غیر شرعی است باز در واجب غیر شرعی هم استحقاق عقوبتی نمی باشد. (ق ک اص اس مد دق ۸، ۹۷/۰۱/۲۶)

بود که در آن آمده بود که فضل اجیر و حانوت حرام است در آنجا آمده بود أن فضل الحانوت و الاجیر حرام. اما در مورد بیت دو روایت ابی الربیع شامی و عبد الله بن میمون را داشتیم. روایت ابی الربیع شامی به این شخص ضعیف بود و روایت عبد الله میمون ضعیف بود به سهل بن زیاد در مورد بیت فقط این دو روایت را داشتیم. ماند دار. در دار روایت معتبره داشتیم مشکل در روایت دار دلالت بر بطلان بود در موثقه اسحاق بن عمار گفتیم اصل دلالتش بر حرمت اشکال دارد که گفتیم بیش از کراهت فهمیده نمی شود. لذا ما یک روایت معتبر داشتیم که آن هم موردش دکان و اجیر بود. لذا تا اینجا هیچ روایتی که دال بر حرمت در بیت و دار کند نداشتیم لذا فقط ماند دکان و اجیر که در دکان و اجیر این دلالت خوب بود چرا که در روایت آمده بود: «ان فضل الحانوت و الاجیر حرام» اما بعید نمی باشد که این حرام در اینجا را حمل کنیم بر کراهت. چرا که عده ای از علماء ما ادعا کرده اند که اطلاق حرام بر امر مکروه زیاد است و ما خودمان تتبع نکردیم اما بر تتبع ایشان اعتماد می کنیم. گفته نشود که در استعمال کراهت در مورد حرام چنین تتبعی شده بود و ما قبول نکردیم که به معنای حرمت باشد چرا که در آنجا هم همین کلام اینجا را قبول می کنیم الا اینکه در آنجا دلیل عدم قبول ما این بود که این کراهت را امام به خودش و امام دیگر نسبت داده بود که امام کراهت داشت یا من کراهت دارم.

ضمن اینکه در نظر ما در معاملات خبر واحد حجت نمی باشد.

ضمن اینکه ما در معاملات عقلایی شدیم و گفتیم که معاملات به منزله موضوع است و نهی شارع فایده ای ندارد الا اینکه اثر گذار باشد در اینجا اگر فقیهی فتوا دهد که فضل دکان و اجیر باطل است ما قائلیم که در عرف مقلدین این عمل باطل می باشد. گفته نشود که خیلی از مقلدین و مسلمانان امر باطل و حرامی را انجام می دهند. این اشکال وارد نمی باشد چرا که تخلف از قانون و امور عقلایی قانون را از قانونیت و امر عقلایی را از عقلانیت و عرفیت خارج

نمی‌کند. مهم این است که عرف مسلمین این عمل را باطل می‌دانند یا خیر عمل و ترک آنها اثر ندارد در عرفیت آن مهم این است باطل و صحیح می‌دانند.

پس بنابراین احتمال می‌دهیم که حرمت در اینجا به معنای کراهت باشد.

مسئله دوم این است که این امور از امور هامة است و در سیره عقلاء در امور هامة به خبر واحد عمل نمی‌کنند. تعداد خبرهای در این باب باید به اندازه ای باشد که مفید اطمینان نوعی شود که به حد استفاضه برسد اگر اینطور باشد متبع است اما ما قائلیم نسبت به بیت مستفیض نمی‌باشد یعنی مفید اطمینان نوعی نمی‌باشد. نگویید که در روایات دیگر بیت هم تکرار شده است باز این روایت مستفیض نمی‌شود این تفکیک در حجیت غیر استفاضه است یک بار یک خبر می‌گویید: «زید گفت: عمرو و خالد ثقه» و راوی دوم گفت: «زید گفت: علی و خالد ثقه» و راوی سوم گفت: «زید گفت: بکر و خالد ثقه» در اینجا نسبت به وثاقت خالد ما استفاضه نداریم چرا که زید یکی از اینها را بیشتر نمی‌تواند بگوید. نقل قول زید یکی از اینها بوده است لذا استفاضه نمی‌سازد. شاید زید هیچ کدام را نگفته است. در اینجا یک خبر به سه ناقل نرسیده است. در تواتر اجمالی می‌دانیم که یکی از این خبرها صادق است. در ما نحن فیه به قول زید سه قول نسبت داده شده است پس در اینجا یک نقل به سه ناقل به ما نرسیده است.

نکته سوم این است که احتمال دارد که این یک قضیه خارجی بوده است ممکن است که راهی در آن زمان رواج پیدا کرده است و امام برای نهی از آن امر رایج این نهی را کرده اند اجاره به اکثر راه خوبی برای فرار از رباء است کما اینکه در بیع بوده است مثلاً می‌خواست که رباء بدهد لذا می‌گفته است که این فرش تو را هزار دینار می‌خرم و به دو هزار دینار نسیه یکساله می‌دهم. مغازه زید را به هزار دینار اجاره می‌کند و بعد یکساله به زید اجاره می‌دهد به دو هزار دینار لذا به خاطر نهی از این کار این روایت رسیده است شاید ناظر به این نحو

معاملات بوده است بعضی از فقهاء گفته اند این حیل رباء علی القاعدة اینها باطل است و بعضی گفته اند که تعبدا بعضی از این حیل رباء باطل است. چرا که از چنین شخصی واقعا قصد اجاره متمشی نمی شود الا این که به نفر سومی که غیر مستأجر اول باشد متمشی می شود. واقعا من قصد اجاره دادن ندارم بلکه قصد سود از این هزار دینار به دو هزار دینار می باشد و ربح از ثمن اجاره و مبیع است. خیلی روشن نمی باشد که قصد ما تملک باشد واقعا. بله خارجا صوريا انشاء و قبول انجام می شود اما بحث در مورد قصد است که ظاهرا متمشی نمی شود یا خیلی راحت انجام نمی شود.

گفته نشود که یک نکته هم این می تواند باشد که در آن زمان اجاره به زیاده عرفا باطل بوده است چرا که عرفی به نظر نمی رسد که بین این چهار مورد با موارد دیگر عرف فرق بگذارد با این که موارد دیگر غیر این چهار مورد از نظر تداول در اجاره وجود داشته است ولی این حکم را نداشته است.

۱... بل الأحوط إلحاق الرحي و السفينة بها أيضا في ذلك...

کلمه آسیاب در فارسی دو معنا ندارد یکی به وسیله ای که گندم را آرد می کنند و یکی ساختمانی است که آسیاب در آن قرار می گیرد. در عربی هم اینطور است در مورد رحي و سفینه دو روایت داریم:

روایتی ،،،

۲۴۲۸۰- ۱- ۱- مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِنِّي لَأَكْرَهُ
أَنْ أَسْتَأْجِرَ الرَّحَى وَحَدَّهَا ثُمَّ أُؤَاجِرَهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرْتُهَا إِلَّا أَنْ أُحْدِثَ فِيهَا حَدَثًا أَوْ أَغْرَمَ فِيهَا غُرْمًا.^۲

امام می فرمایند که من کراهت داریم که آسیابی را اجاره کنم و به بیش از مقدار اجاره آن
را اجاره دهم الا اینکه در آن رحى چیزی را انجام دهم یا خسارتی را در مورد آن متحمل شوم.
این روایت اول.

مناقشه:

این روایت سندش خوب است و هر سه شیخ این را نقل کرده اند و انما الاكلام در دلالت
است گفتیم که هر وقت کراهت به شخص یا خود امام نسبت داده می شود نه تنها حرمت
فهمیده نمی شود بلکه کراهت شرعی هم فهمیده نمی شود و بیشتر کراهت نفسی فهمیده می
شود شاید به خاطر این است که محل حاجت مردم و کار مردم با آن انجام می شود دوست
ندارم سودی در آن بگیرم.

نقاشی یا تنظیف احداث حدث نمی باشد بلکه ضرر است احداث حدث مثل تعمیر کند
یا اتاق اضافه کند یا سقف آن را قیرگونی کند مثلاً.

در ذیل روایت غرم آمده است ولو در بقیه روایات نیامده بود در دو روایت که آمده می
شود وزان احداث حدث.

این روایت اول در مورد رحى که دلالت نداشت.

روایت دوم موثقه سماعه عن ابی بصیر است:

۱ (۶) - الفقيه ۳- ۲۳۵- ۳۸۶۴.

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

وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ١٣٠

٢٤٢٩٥- ٥- ١ و عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِنِّي لَا أُكْرَهُ أَنْ أَسْتَأْجِرَ رَحَى وَحَدَّهَا ثُمَّ أُؤَاجِرَهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرْتُهَا بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَدَّثَ فِيهَا حَدَثًا أَوْ يُعْزَمَ فِيهَا غَرَامَةٌ.^٢

مناقشه:

تمام اشکالی که در روایت قبل گفتیم در اینجا می آید.

لذا تا اینجا روایات دال بر عدم جواز اجاره به اکثر در رحی نبود.

و اما السفینه :

در سفینه یک روایت بیشتر نداریم که روایت اسحاق بن عمار است که قبلا داشتیم:

وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ١٢٩

٢٤٢٩٢- ٢- ٢ و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ

كَلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ ع

١ (٢) - الكافي ٥- ٢٧٣- ٩.

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

٣ (٦) - التهذيب ٧- ٢٢٣- ٩٧٩.

أَنْ أَبَاهُ كَانَ يَقُولُ لَا بَأْسَ أَنْ يَسْتَأْجَرَ الرَّجُلُ الدَّارَ أَوْ الْأَرْضَ أَوْ السَّفِينَةَ ثُمَّ يُؤَاجِرُهَا بِأَكْثَرِ

مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا بِهِ إِذَا أَصْلَحَ فِيهَا شَيْئًا.^١

مفهوم روایت این است که به اکثر اگر اجاره دارد را فيه باس که دال بر عدم جواز است اما به قرینه روایت دیگر می گوئیم که مراد کراهت است که آن روایت ابو المغراء است که در زمین زیاده مشکل ندارد این روایت را حمل کردیم بر کراهت.

وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ١٢٥

٢٤٢٨٣ - ٤ - ٢ و عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنْ

أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع

فِي الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ^٢ الْأَرْضَ ثُمَّ يُؤَاجِرُهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا قَالَ لَا بَأْسَ إِنَّ هَذَا لَيْسَ

كَالْحَانُوتِ وَلَا الْأَجِيرُ إِنَّ فَضْلَ الْحَانُوتِ وَالْأَجِيرِ حَرَامٌ.^٣

^١ شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

^٢ (٥) - الكافي ٥ - ٢٧٢ - ٣.

^٣ (٦) - في الكافي والتهذيب - يستاجر.

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

با توجه به اینکه این روایت دال بر کراهت می باشد و اصلاً دال بر حرمت نمی باشد دیگر نوبت به اشکالات بعدی نمی رسد که این خبر واحد در امور هامة است و ضمن اینکه قضیه خارجیة ممکن است باشد.

“““

و الأقوى جواز ذلك مع عدم الشرطين في الأرض على كراهة

یعنی در زمین مکروه است بدون شرطین که بدون احداث حدث و به همجنس.

و إن كان الأحوط الترك فيها أيضا بل الأحوط الترك في مطلق
الأعيان إلا مع إحداث حدث فيها هذا...

““““

مثل اینکه منزل را تعمیر کرده باشد یا قیرگونی را عوض کرده باشد یا نقاشی اساسی کند یا صدق بکند که احداث حدث کند.

این را عنایت کنید ما نسبت به آن احتیاط وجهش روشن است چرا که ممکن است مثالهایی که گفته شده است مثال باشد و مطلقاً حرام باشد،،،، فقط در مورد ارض باید بحث کنیم در مورد ارض سه طائفة روایت داریم:،،،،

^۱،،،، طائفة اول روایتی است که می گوید اجاره به اکثر جایز است چه اجاره باشد چه مزارعه باشد.

طائفة دوم می گوید که اجاره به اکثر جایز نمی باشد و اجاره به اکثر باطل است چه اجاره باشد چه مزارعه باشد.

طائفه سوم روایاتی که تفصیل می دهد بین مزارعه و اجاره تفصیل می دهد که مزارعه به اکثر جایز می باشد بخلاف اجاره.

مزارعه اجاره نمی باشد ولی خیلی به اجاره نزدیک است.

اما روایات طائفه اولی:

روایت اول: خبر ابو الربیع شامی:

وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۲۵

۲۴۲۸۱- ۲- ۱ و ۲۴۲۸۲- ۳- ۲ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ خَالِدِ بْنِ جَرِيرٍ عَنْ أَبِي الرَّبِيعِ الشَّامِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ الرَّجُلِ يَتَقَبَّلُ الْأَرْضَ مِنَ الدَّهَاقِينَ ثُمَّ يُؤَاجِرُهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا تَقَبَّلَهَا بِهِ وَ يَقُومُ فِيهَا بِحِطِّ السُّلْطَانِ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ إِنَّ الْأَرْضَ لَيْسَتْ مِثْلَ الْأَجِيرِ وَ لَا مِثْلَ الْبَيْتِ إِنَّ فَضْلَ الْأَجِيرِ وَ الْبَيْتِ حَرَامٌ.^۳

مناقشه:

این روایت ضعیف است چرا که ابو الربیع شامی توثیق ندارد. این روایت مطلق است گفت شده است که اجاره در لسان روایات اعم از اجاره و مزارعه است. اما برای ما محرز نشده است که به معنای مزارعه باشد.

روایت دوم موثق ابی المغراء:

۱ (۱) - الکافی ۵- ۲۷۱- ۱.

۲ (۲) - الکافی ۵- ۲۷۱- ۱.

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

وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ١٢٥

٢٤٢٨٣- ٤- ١ و عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي الْمَعْرَاءِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يُوَاغِرُ^٢ الْأَرْضَ ثُمَّ يُوَاغِرُهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا قَالَ لَا بَأْسَ إِنَّ هَذَا لَيْسَ كَالْحَاثُوتِ وَلَا الْأَجِيرِ إِنَّ فَضْلَ الْحَاثُوتِ وَالْأَجِيرِ حَرَامٌ.^٣

این روایت به وضوح دلالت دارد که اجاره زمین به اکثر جایز است.^٤

اما روایات طائفه ثانیه: که روایات دال بر بطلان به اکثر است:

روایت اول: روایت فضل هاشمی:

وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ١٢٧

٢٤٢٨٧- ٣- ٥ و عَنْهُ عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضْلِ الْهَاشِمِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ اسْتَأْجَرَ مِنَ السُّلْطَانِ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ بِدَرَاهِمَ مُسَمَّاةٍ أَوْ بِطَعَامٍ مُسَمًّى ثُمَّ أَجَرَهَا وَ شَرَطَ لِمَنْ يَزَرُهَا أَنْ يُقَاسِمَهُ النِّصْفَ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ وَ لَهُ فِي الْأَرْضِ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ أَوْ يَصْلُحُ لَهُ ذَلِكَ قَالَ نَعَمْ إِذَا حَفَرَ لَهُمْ نَهْرًا أَوْ عَمِلَ لَهُمْ شَيْئًا يُعِينُهُمْ بِذَلِكَ فَلَهُ ذَلِكَ قَالَ وَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ بِدَرَاهِمَ مُسَمَّاةٍ أَوْ بِطَعَامٍ مَعْلُومٍ فَيُؤَاغِرُهَا

١ (٥) - الكافي ٥- ٢٧٢- ٣.

٢ (٦) - في الكافي و التهذيب- يستاجر.

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

٤ اشکال نشود که شاید استدلال اینجا به «یواجرها» ئی که در روایت آمده است نباشد که گفته اند این یواجر اعم از مزارعه و اجاره است که بعد اشکال کنیم اینکه یواجرها اعم باشد و شامل مزارعه هم بشود را ما احرار نکردیم. بلکه اینجا نظر دارند به ذیل روایت که گفته اند ان فضل الاجیر و الحانوت حرام که این فضل اعم است هم شامل فضل در اجاره و هم شامل فضل در مزارعه می شود. این کلام درست نمی باشد چرا که در اجیر و حانوت مزارعه معنا ندارد. (ق ک اص اس مد ٩٧/٠ ١/٢٦).

٥ (٤) - الكافي ٥- ٢٧٢- ٢.

٦ (٥) - الكافي ٥- ٢٧٢- ٢.

قِطْعَةً قِطْعَةً أَوْ جَرِيباً جَرِيباً بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ فَيَكُونُ لَهُ فَضْلٌ فِيمَا اسْتَأْجَرَ مِنَ السُّلْطَانِ وَلَا يُنْفِقُ شَيْئاً أَوْ يُؤَاجِرُ تِلْكَ الْأَرْضَ قِطْعاً عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُمُ الْبَذْرَ وَ النَّفَقَةَ^١ فَيَكُونُ لَهُ فِي ذَلِكَ فَضْلٌ عَلَى إِجَارَتِهِ وَ لَهُ ثُرْبَةُ الْأَرْضِ أَوْ لَيْسَتْ لَهُ فَقَالَ لَهُ إِذَا اسْتَأْجَرْتَ أَرْضاً فَأَنْفَقْتَ فِيهَا شَيْئاً^٢ أَوْ رَمَمْتَ^٣ فِيهَا فَلَا بَأْسَ بِمَا ذَكَرْتَ.

وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى^٣ وَ كَذَا الَّذِي قَبْلَهُ

وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ مُرْسِلاً وَ افْتَصَرَ عَلَى الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ وَ زَادَ وَ لَا بَأْسَ أَنْ يَسْتَكْرِى الرَّجُلُ أَرْضاً بِمِائَةِ دِينَارٍ فَيُكْرِى بِغُضَّهَا بِخَمْسَةِ وَ تِسْعِينَ دِينَاراً وَ يَعْمُرَ بَقِيَّتَهَا^٤.

زمینهایی که مسلمانها بعد از قدرت پیدا کرد و اراضی از ممالک غیر مسلمان به تحت قدرت خود در آورند از این اراضی انقساماتی دارد بعضی به قهر و غلبه بود و بعضی به صلح بود بر این اراضی مالیاتی را می بستند به این مالیات می گفتند خراج یا اراضی خراج که قبلاً رد اختیار غیر مسلمین بود و الان در اختیار مسلمین بود خراج به دو قسم بود تارة بر اساس پول بود و تارة بر اساس طعام بود تارة بر اساس غله ای بود مثلاً صد من گندم که یا محصول بود یا غیر محصول که به این مسمی می گفتند که یعنی معین و نام برده شده است و تارة به صورت محصول بود که سی درصد که به این مقاسمه می گفتند و اما خراج را که بدون مقاسمه ذکر می کنند شامل مقاسمه می شود و اگر با مقاسمه ذکر شود شامل مسمی می شود ،،،،

^١ نفقه کشت و برداشت.

^٢ ترمیم کردی

^٣ (١) - التهذيب ٧- ٢٠٣- ٨٩٦.

^٤ (٢) - الفقيه ٣- ٢٤٨- ٣٩٠٢.

^٥ شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

این روایت ضعیف است عبد الله بن محمد بن عیسی که برادر از احمد بن محمد بن عیسی از اجلاء و مشایخ قمیین است اما برادرش که عبد الله باشد وثاقتش ثابت نمی باشد.

طعام در لغت به معنای حبوبات بوده است.

هر جریب یک هکتار است.

امام می فرمایند: **قَالَ نَعَمْ إِذَا حَفَرَ لَهُمْ نَهْرًا أَوْ عَمِلَ لَهُمْ شَيْئًا يُعِينُهُمْ بِذَلِكَ فَلَهُ ذَلِكَ**

که به مفهوم حد دلالت می کند که اگر چیزی حفر نکند جایز نمی باشد در اینجا قرار داد مزارعه بود اما در ادامه سوال از اجاره است.

مزارعه زمین را که واگذار می کند اجرت زمین بر اساس محصول است و آن محصول هم باید درصدی است این فرقی با اجاره است. اما در اجاره اجرت محصول نمی باشد و ثانیاً معین است. اما اگر اجرت معین از محصول باشد بعضی گفته اند اجاره فاسده است و بعضی گفته اند مزارعه است.

لَهُ تُزْبَةُ الْأَرْضِ أَوْ لَيْسَتْ ،،،

إِذَا اسْتَأْجَرْتَ أَرْضًا فَأَنْفَقْتَ فِيهَا شَيْئًا أَوْ رَمَمْتَ^۱ فِيهَا فَلَا بَأْسَ بِمَا ذَكَرْتَ مفهوم این کلام این است که اگر انفاق نکرده باشی یا ترمیم نکرده باشی جایز نمی باشد به اکثر اجاره یا مزارعه بدهی.

طائفه سوم از روایات که تفصیل داده است بین اجاره و مزارعه گفته است در اجاره فضل جایز نمی باشد در مزارعه فضل جایز می باشد:

روایت اول: صحیح حلبی:

^۱ ترمیم کردی

٢٤٢٨٥- ١- ١- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ^٢ عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ عَنِ الْحَلْبِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَتَقَبَّلُ الْأَرْضَ بِالثَّلَاثِ أَوْ الرَّبْعِ فَأَقْبَلُهَا بِالنِّصْفِ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ قُلْتُ فَأَتَقَبَّلُهَا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَأَقْبَلُهَا بِأَلْفَيْنِ قَالَ لَا يَجُوزُ قُلْتُ لِمَ قَالَ لِأَنَّ هَذَا مَضْمُونٌ وَ ذَلِكَ غَيْرُ مَضْمُونٍ^٣.

مضمون یعنی قطعی است اما در مزارعه مضمون نمی باشد چرا که ممکن است محصول کم باشد یا اصلاً محصول ندهد.

« أَتَقَبَّلُ الْأَرْضَ بِالثَّلَاثِ أَوْ الرَّبْعِ فَأَقْبَلُهَا بِالنِّصْفِ » مزارعه است و « فَأَتَقَبَّلُهَا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَأَقْبَلُهَا بِأَلْفَيْنِ » این هم اجاره است.

وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ مِثْلَهُ^٦.

روایت دوم: موثقه اسحاق بن عمار:

در همان باب حدیث دوم.

١ (٥) - الکافی ٥ - ٢٧٢ - ٦.

٢ (٦) - فی المصدر - عن أحمد بن محمد.

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

٤ (١) - "عن علي بن الحكم" ليس في التهذيب.

٥ (٢) - التهذيب ٧ - ٢٠٤ - ٨٩٧، والاستبصار ٣ - ١٣٠ - ٤٦٦.

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

روایت دوم موثقه ابی بصیر:

در همان باب حدیث ۶.

خوب طائفه اول می گفت فضل و زیاده جایز است و طائفه دوم می گفت که فضل جایز نمی باشد بین طائفه اول و دوم با قطع نظر از سند تعارض است و بین طائفه دوم و سوم تعارض است چرا که طائفه دوم می گفت فضل جایز نمی باشد و طائفه سوم می گفت در مزارعه فضل جایز است . بین طائفه اول و سوم هم تعارض است طائفه اول می گفت که فضل در اجاره جایز است اما طائفه سوم می گفت که در اجاره فضل جایز نمی باشد.

۱ در مقام جمع بین این روایات چه کنیم؟

در این جا یک تنافی بین طائفه اولی و ثالته است در طائفه اول می گوید اجاره به زاید جایز است و طائفه سوم می گوید جایز نمی باشد در جمع بین این دو طائفه دو وجه ذکر شده است که در یک وجه طائفه اول و در وجه دیگر طائفه سوم مقدم شده است اما وجهی که طائفه اول مقدم شده است و گفته است اجاره به زاید مجاز است که وجه مرحوم خوئی است به قرینه طائفه اول طائفه سوم را حمل بر کراهت می کند.^۲

دقت کنید فعلا طائفه اول و ثالته را کار داریم

مناقشه:

این جمع اگر خلاف صریح نباشد خلاف ظاهر می باشد روایات طائفه سوم یکی صحیحه حلبی بود که در آن آمده بود که امام A فرمودند: «لا یجوز» به زائد با کراهت نمی سازد کالصریح در عدم جواز می باشد نه در مفضولیت و مرجوحیت و کراهت و قرینه دوم نفس

۱ چهارشنبه ۹۶/۱۲/۱۶.

۲ شرح عروة ج ۳۰ ص ۲۸۸.

تفصیل است تفصیل داده اند بین اجاره و مزارعه تناسب با یک تکلیف دارد نه تناسب با کراهت امام^۸ تفصیل دهند که یکی کراهت دارد و یکی مکروه نمی باشد یعنی تفصیل و تحقیق شقوق کنند برای یک امر مکروه این عرفی نمی باشد.

لا يجوز اگر صریح در حرمت نباشد ظاهر در حرمت دارد.

بعضی تفصیل بالعکس دادند طائفه اول را حمل کردند بر مزارعه و طائفه سوم هم که می گوید اجاره جایز نمی باشد و طائفه اول می گوید مزارعه جایز است.

مناقشه:

این خلاف ظاهر است چرا که این وجه جمع می گوید که اجاره اعم از مزارعه و اجاره است این هم اگر درست باشد و بگوییم به معنای مزارعه است باز این بیان و وجه درست نمی باشد چرا که در روایت ابی المغراء داشتیم که ان هذه ليس كالحنوت والاجير خوب در حانوت و اجیر که مزارعه معنا ندارد و فقط اجاره داده می شوند این اعیان. خوب دیگر تشبیه معنا ندارد اگر اجاره به معنای مزارعه باشد لذا این تشبیه کالصریح در اجاره است.

نتیجه می شود طائفه اولی با ثالثه معارضه می کند وقتی معارضه کردند رجوع می شود به عام فوقانی یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود که بالملازمه دلالت می کند بر صحت هر عقدی که در نزد عقلاء درست باشد صحیح است از این اوفوا بالعقود همه احکام تکلیفی و وضعی فهمیده می شود فرض کردیم متعلق اوفوا بالعقود عقد صحیح عند العقلاء است و این عقد در نزد عقلاء هم صحیح است چرا که یک امر ارتکازی است که ما بر اموال خودمان مسلطیم

““

اگر به عموم رجوع نکردیم به سیره رجوع می کنیم که اگر عقدی در نزد عقلاء صحیح باشد آثار شرعی عقد صحیح بر آن بار می شود. اینها به منزله موضوعات می باشند و موضوعات به معنای عرفی یعنی عقد صحیح عند العقلاء.

این نسبت به تعارض طائفه اولی و ثالته.

اما نسبت به طائفه اولی و ثانیه:

این دو جواب دارد یکی وجهی که در تعارض بین دو طائفه اول و ثالته گفتیم که تساقط و رجوع به عام فوقانی بود و یکی دیگر این که طائفه ثانیه سند ندارد.

اما نسبت به طائفه دوم و سوم که ثانیه می گفت مزارعه باطل است و ثالته می گفت مزارعه صحیح است که دو جوابی که در تعارض طائفه دوم و اول گفتیم در اینجا هم می گوئیم.

طائفه دوم هم استفاضه ندارد چرا که هم دوتا است که به مناسبت این خبر مفید اطمینان نوعی نمی باشد و یک عامل مضعف کیفی هم دارد که تعارض است.

محصل اینکه به زیاده اجاره و مزارعه اشکالی ندارد. حال کراهت دارد یا خیر؟ کراهت هم ثابت نمی باشد.

این روایات را در زمین قبول نکردیم چون تعارض و تساقط کردند اما در مورد حانوت و اجیر روایت ابی المغراء از حجیت ساقط نمی شود یعنی قائل به تفکیک در حجیت می باشیم.

...و كذا لا يجوز أن يؤجر بعض أحد الأربعة المذكورة بأزيد من

الأجرة كما إذا استأجر داراً بعشرة دنائير و سكن بعضها و أجر

البعض الآخر بأزيد من العشرة فإنه لا يجوز بدون إحداث حدث

بیت و دار و دکان و اجیر،،، در اینجا نمی تواند بعض را به بیشتر اجاره دهد مثلاً خانه را به هزار دینار اجیر کرده است بعض آن را به هزار و صد دینار نمی تواند اجاره دهد با اینکه یم تواند به هزار دینار اجار دهد.

و أما لو أجر بأقل من العشرة فلا إشكال

مثلاً نصف خانه را به نهصد دینار اجاره دهد اشکالی ندارد با اینکه نصف را در اصل به پانصد دینار اجاره کرده است اما چون از اجرة المسمى کل کمتر است مشکلی ندارد.

و الأقوی الجواز بالعشرة أيضا و إن كان الأحوط تركه.

وجه این فتوا چه می باشد؟ در روایت دارد به اکثر از اجرة که ظاهر در اجرة المسمى است نه اجرت نسبی ضمن اینکه ما روایت داریم اجاره به مساوی جایز است در صحیح حلبی:

وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۲۹

۲۴۲۹۳- ۳- ۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: لَوْ أَنَّ رَجُلًا اسْتَأْجَرَ دَارًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ فَسَكَنَ ثَلَاثِيهَا وَ آجَرَ ثَلَاثِيهَا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ لَمْ يَكُنْ بِهِ بَأْسٌ وَ لَا يُؤَاجِرُهَا بِأَكْثَرَ مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا بِهِ إِلَّا أَنْ يُحْدِثَ فِيهَا شَيْئاً.^۲

“““

این بعض اجزائی بود اما بعض ازمانی هم اینطور است مثلاً یکساله به هزار دینار گرفته است و می تواند به یک ماه به هزار دینار اجاره دهد.

با اینکه خود روایت داریم بعض الاجزاء را به مساوی اجاره دهد اما باز سید احتیاط مستحب کرده است که به مساوی ندهد؟ شاید سید احتمال می دهد و شبیه این را داشته اند که این از روایاتی است که مشهور از آن اعراض کرده اند.

۱ (۷) - الکافی ۵- ۲۷۲- ۴، و التهذیب ۷- ۲۰۹- ۹۱۹.

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

۱ مسأله ۲: إذا تقبل عملا من غير اشتراط المباشرة

و لا مع الانصراف إليها

يجوز أن يوكله إلى عبده أو صانعه أو أجنبي

ما اجیر شدیم برای زید لباسی را بدوزیم شرط نکرده است این پیراهن را خودت بدوز و ظاهر این که این را اجیر گرفته معنایش این نمی باشد که خودت باید بدوزی می تواند به غیر بدهد که آن را بدوزد.

توضیح این فرع:

عنایت کنید راجره بر اعمال نظر مشهور این سات ه که عمل به ذمه می آید وقتی من تاجیر می شویم برای قرائت قرا» یا نما ز روزی و ح ج آ» عمل به ذمه من می آید خوب دقت کنید عمل یک اضافه ای به فال بدارلد و ضافه ای به مفعول دارد مثلا خیاطه زید الثوب مفعول یعنی ما وقع علیه لافعل که در مثال ما ثوب است . به عبارت روشنتر هیچ فعلی نیست که فاعل نداشته باشد فعل بدون فاعل نمی شود در مقام اجاره کع علم بهدمه ایجر می آدی تارة این عمل مضافا الی فاعل به ذمه می آید مثلا من زیر را اجیر میک ن براخیاطت ثوب اما حصه ای از خیاطت و آخیاطتی که اضافه شده است به فاعل خیاطه زید الثوب پس من زید را دو جور می توانم اجیر کنم اجیر بر خیاطه بدون اینکه تحصیص به فاعل و اضافه به فاعل شده باشد برای خیاطت اما خیاطت کی؟ در متعلق اجاره اخذ نشد ه است. اما یکبار در متعلق اجاره اخذ می شود زید راجیر می کنم بر خیاطه زید الثوب خیاطت اضافه به فاعل می شود کما اینکه تارة خیاطت اضافه به مفعول خاص می شود تارة واجیر می کنم باری خیاطت

این ثوب و تارچه برای خیاطت ثوب نه برای ثوب خاصی پس مهم عملی ست که بر ذمه می آید اگر عملی در ذمه آمد باید فرعی از آن عمل راد رخارج ایجحد کند خوب اگر اجیر شده بود باری خیاطت هذا الثوب اما نه خیاطته لهذا الثوب برای طبیعی خیاطت که می تواند خیاطت عمرو یا زید ویا بکر شد اما اگر اجیر شد برای خیاطته لهذا الثوب چه عملی به ذمه آمد؟ خیاطت به ذمه نیامد حصه ای از خیاطت به ذمه آمد و ان حصه خیاطته لهذا الثوب خیاطت خودش داد به پسر یا عبدش خیاطت کند که بهتر از زید هم می دوزد این به به خیاطت عمل نکرده است لذا در قبال خیاطتی که عبد یا پسرش کرده است مستحق هیچ اجرتی نمی باشد. پس این را همیشه دقت کنید وقتی که شخص اجیر می شود بر یک عمل ببینید بر طبیعی عمل اجیر شده است یا بر حصه ای از عمل اگر بر طبیعی اجیر شده باشد فردی از طبیعی را ارائه دهد کفایت می کند اما اگر بر حصه اجیر شده است فردی از حصه ار باید بدهد و فردی از طبیعی در صورتی که فرد حصه نباشد فایده ای ندارد این قاعده کلی که باید دقت شود که عمل به ذمه آمده طبیعی است یا حصه.

حالا ما وقتی رفتیم یخچال تعمیر می خواهد و پارچه خیاط می خواهد ظهور در این دارد به همان رویه ای اینجا تعمیر می شود انجام می شود گاها همیشه خودش می دوزد یا بعضی اوقات به دیگری می داده است به همان رویه آن خیاطی عمل شود یعنی در این کیفیت را ظاهر در نظر می گیرد. گفتیم این واقعا روشن نمی باشد لذا اگر تا الان رویه ای داشته است و از امروز تصمیم گرفته ست که به شاگردش بدهد این را می تواند بدهد به شاگرد البته اگر حد مطلوب خیاطی را داشته باشد اما به خیاط دیگری بدهد در شاگرد لازم نمی باشد اما در خیاط دیگری نمی تواند این کار کند. این را گفتیم بعید نمی باشد البته خیلی هم روشن نمی باشد که می تواند به شاگردش بدهد. در مورد شاگرد گفتیم ظاهرا می تواند اما در خیاط دیگر نیم تواند بدهد اما ضابطه کلی این است که ببینم عمل به ذمه آمده طبیعی است یا حصه. اگر حصه بود نمی تواند از آن تخطی کند و در طبیعی مشکلی ندارد.

این را که به دیگری می دهد می تواند به نحو اجاره ثانیه باشد یا از باب اینکه شاگردش است تبرعا این کار را انجام دهد یا تبرعا انجام دهد. لذا چون خیلی روشن نمی باشد و گفتیم به ظاهر به شاگرد می توان بدهد اما اگر کسی بگوید که روشن نمی باشد و ظاهر نمی باشد باید مصالحه کرده یا به کسی دیگری که می گوید جایز است رجوع کنند.

پس قاعده این است که ببینیم که عمل به ذمه آمده طبیعی است یا حصه. در باب قرار داده ها خود عمل حکم مال را دارد و به ذمه می آید اما در تکالیف است که عمل به عهده می آید و مال به ذمه می آید. مثلا خواندن نماز و روزه گرفتن به عهده ماست. می گوئیم ذمه فلانی مشغول به فلان مال است.

و لكن الأحوط عدم تسليم متعلق العمل كالثوب و نحوه إلى غيره من دون إذن المالك و إلا ضمن.

سید می فرمایند که در صورتی به دیگری اجاره داد در صورت تسلیم عمل باید اذن بگیرد. اگر می خواهد پارچه را به دیگری بدهد باید اذن بگیرد چون مال غیر است و می خواهد تصرف کند و طیب نفس لازم است.

خوب تارة بر حصه اجیر شده است خوب در این صورت نمی تواند در اختیار غیر قرار دهد و اگر تلف شد تحت ید غیر مستأجر ضامن است.

اما اگر بر طبیعی اجیر شده است یعنی برای ایجاد خیاطت در این ثوب اجیر شده است در اینجا اذن لازم است؟ یک قاعده ای است که تصرف در ملک غیر اذن نیاز دارد لذا اگر

بخواهد به دیگری واگذار کند خودش تصرف در ملک غیر است^۱ الا این که نفس ایجار بر طبیعی در خودش اذن افتاده است وقتی اجیر کرده است بر طبیعی خیاطت تصرف هر کسی که می خواهد در این فعل خیاطت کند و صلاحیت خیاطت را داده است خودش اذن است عقلا و عرفاً وقتی اذن در تصرف بود احتیاج به استیذان نمی باشد لذا با فرمایش سید موافق نمی باشیم.

علاوه بر این روایتی داریم که از آن استفاده می شود می تواند به دیگری واگذار کند بدون این که شخص و دیگری ضامن باشد.

صحیح محمد بن حسن الصفار:

فقیه یعنی ظاهراً حضرت امام حسن عسگری است.

وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۴۶

۲۴۳۳۴-۱۸-۲ و بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى الْفَقِيهِ ع فِي رَجُلٍ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى الْقَصَّارِ لِيُقَصِّرَهُ فَدَفَعَهُ الْقَصَّارُ إِلَى قَصَّارٍ غَيْرِهِ لِيُقَصِّرَهُ فَضَاعَ الثَّوْبُ هَلْ يَجِبُ عَلَى الْقَصَّارِ أَنْ يَرُدَّهُ إِذَا دَفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ وَ إِنْ كَانَ الْقَصَّارُ مَأْمُونًا فَوَقَعَ ع هُوَ ضَامِنٌ لَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثِقَةً مَأْمُونًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ.^۳

قصار یعنی کوبیدن و فشار آوردن چون قدیم لباسها کلفت و بلندتر بود و با چوب آن را می شستند. لذا از آن باب شاید گفته اند قصار.

ضاع یعنی گم شد.

^۱ گفته نشود که این جا که سید گفته است که اجاره صحیح است اما برای تسلیم باید اذن بگیرد و اگر اذن نگرفت حرام است این تصرف این می شود از موارد عقدی که وفاء به آن حرام است این از آن موارد نمی باشد چرا که عقدی را می گویند که وفاء به آن حرام است که فرد وفاء حلال نداشته باشد در اینجا این شخص می تواند با اذن به اجاره عمل کند. (ب ک اش اس مد ۹۷/۰۱/۳۰).

^۲ (۶) - التهذيب ۷-۲۲۲-۹۷۴.

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

وَإِنْ كَانَ الْقَصَّارُ مَأْمُونًا ظَاهِرًا مَرَادُ قَصَّارٍ دُومِيٍّ اسْت.

طبیعی یعنی به لحاظ فاعل قید ندارد یعنی هر فاعلی باشد این عمل درست است اما نسبت به امین بودن شرط همیشه است یعنی فاعل همیشه باید امین باشد. این عدم ضمان علی القاعده است و ایجار بر طبیعی عرفاً اذن در تصرف است هم مستأجر اول به واگذار کردن و هم مستأجر دوم در عمل کردن در صورتی که این جایز نباشد هم مستأجر اول و هم مستأجر دوم ضامن می باشد. ،،،

این روایت درست است در امور هامة است اما چون موافق با سیره و قاعده است لذا به آن عمل می شود در جایی به آن عمل نمی شود که مخالف قاعده و سیره باشد.

و ما می گوئیم در زمان ما هم عرف این است و احتیاط سید احتیاط واجب است یکی بحث جواز اجاره است و یکی این که آیا اذن لازم است یا خیر. فتوای اول در مورد جواز اجاره است لذا ربطی به جواز تسلیم ندارد لذا احتیاط مساوق بر فتوا نمی باشد لذا احتیاط واجب است.

تا اینجا سخن از ایکال و واگذار کردن است نه اجاره ثانیه. اما الان می رویم سراغ استیجار:

...فيجوز له استيجار غيره لذلك العمل بمساوى الأجرة التي قررها
في إجارته أو أكثر.

وقتی مستاجر اول مستاجر دوم را اجیر کرد نسب به اجرت سه صورت دارد:

به مساوی یعنی صد دینار.

یا اکثر است مثل اینکه خودش اجیر شده است به صد دینار و دیگری را اجیر می کند به

۱۲۰ دینار.

تفصیلش بعداً می آید و بحث این است که این اجاره درست است به مقتضای اوفوا بالعقود و تجارة عن تراض. و اگر کسی مثل ما عرفی شد که می گوید چون در عرف مشکلی ندارد.

۱...و في جواز استيجار الغير بأقل من الأجرة إشكال

إلا أن يحدث حدثاً أو يأتي ببعض فلو أجر نفسه لخياطة ثوب بدرهم يشكل استيجار غيره لها بأقل منه إلا أن يفصله أو يخيّط شيئاً منه و لو قليلاً بل يكفي أن يشتري الخيط أو الإبرة في جواز الأقل و كذا لو أجر نفسه لعمل صلاة سنة أو صوم شهر بعشر دراهم مثلاً في صورة عدم اعتبار المباشرة يشكل استيجار غيره بتسعة مثلاً إلا أن يأتي بصلاة واحدة أو صوم يوم واحد مثلاً.

اما اگر به اقل اجاره داد مثلاً خودش اجیر شده است به ده دینار و دیگری را اجیر کرده است به هشت دینار.

سید در اینجا احتیاط واجب کرده اند. اگر دقت کنید در اجاره بر اعیان به زیادی اجاره دادن سود می کردیم اما در اینجا به کمتر اجاره دادن سود می کنیم.

کلام سید این شد که در اجاره بر اعمال در جایی که می توانیم دیگری را اجیر کنیم اگر اجیر کردیم به کمتر از اجرة المسمای اولی، صحت این اجاره دوم محل اشکال است الا اینکه کاری انجام داده باشیم یا بعض مقدماتی از آن را انجام دهیم در اینجا دیگر مشکلی نمی باشد.

چرا سید احتیاط کرده است و جماعتی از علماء ما فتوا به بطلان داده اند؟ به خاطر روایاتی است که در باب آمده است:

روایت اول صحیح محمد بن مسلم:

وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۳۲

۲۴۲۹۹- ۱- ۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا ع أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَتَقَبَّلُ بِالْعَمَلِ فَلَا يَعْمَلُ فِيهِ وَ يَدْفَعُهُ إِلَى آخَرَ فَيَرْبَحُ فِيهِ قَالَ لَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ عَمِلَ فِيهِ شَيْئاً.^۲

روایت دوم که صحیح محمد بن مسلم می باشد:

این ابی حمزه ثمالی است که از ثقات است:

وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۳۳

۲۴۳۰۲- ۴- ۳- وَ عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَتَقَبَّلُ الْعَمَلَ فَلَا يَعْمَلُ فِيهِ وَ يَدْفَعُهُ إِلَى آخَرَ يَرْبَحُ فِيهِ قَالَ لَا.^۴

روایت دیگر صحیح محمد بن مسلم است:

۱ (۳) - الكافي ۵- ۲۷۳- ۱.

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

۳ (۲) - التهذيب ۷- ۲۱۰- ۹۲۳.

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

وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ١٣٣

٢٤٣٠٣-٥-١ و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا
ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ الْخَيَّاطِ يَتَقَبَّلُ الْعَمَلَ فَيَقْطَعُهُ وَ يُعْطِيهِ مَنْ يَخِيطُهُ وَ يَسْتَفْضِلُ قَالَ لَا بَأْسَ قَدْ عَمِلَ
فِيهِ.^٢

روایت مُجَمَّع که توثیق ندارد:

وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ١٣٣

٢٤٣٠٤-٦-٣ وَ عَنْهُ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ أَبِي مُحَمَّدٍ الْخَيَّاطِ عَنْ مُجَمِّعٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَتَقَبَّلُ
النِّيبَ أَخِيطُهَا ثُمَّ أُعْطِيهَا الْغُلْمَانَ بِالثُّلُثَيْنِ فَقَالَ أَلَيْسَ تَعْمَلُ فِيهَا فَقُلْتُ أَقْطَعُهَا وَ أَشْتَرِي لَهَا الْخُيُوطَ قَالَ
لَا بَأْسَ.^٤

غلمان یعنی تازه کارها که طبیعتاً کمتر می گیرند.

روایت علی الصائغ:

وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ١٣٤

^١ (٣)- التهذيب ٧- ٢١٠- ٩٢٤.

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

^٣ (٤)- التهذيب ٧- ٢١١- ٩٢٤.

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

۲۴۳۰۵-۷-۱ وَ عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ عَلِيٍّ الصَّائِغِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَتَقْبَلُ الْعَمَلَ ثُمَّ أَقْبَلُهُ مِنْ غُلَمَانٍ يَعْمَلُونَ مَعِيَ بِالثَّلَاثِينَ فَقَالَ لَا يَصْلُحُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ تُعَالِجَ مَعَهُمْ فِيهِ قَالَ قُلْتُ: فَإِنِّي أَذِيبُهُ^۲ لَهُمْ فَقَالَ^۳ ذَاكَ عَمَلٌ فَلَا بَأْسَ.

وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ الصَّائِغِ^۴.

علی الصائغ توثیق ندارد. الصائغ یعنی طلا ساز.

این روایات باب که ظاهر این روایات این است که جایز نمی باشد و بعید نمی باشد که ظاهرش این است که به صورت عدم احداث شیء به اقل، اجاره دوم باطل است.

دو نکته در اینجا است:

این که امام فرمودند که احداث شیئی شود ظاهرش این است که آن عمل مالیت داشته باشد که سودی که می برد در مقابل آن باشد. ولو از نظر ارزش کمتر از مقداری باشد که مالیت عمل است. ،،،، پس اینکه مرحوم خوئی در تعلیقه فرمودند برود مقدمه عمل را انجام دهد باید از پول خودش باشد نه اجیر این درست نمی باشد چرا که می تواند پول نخ و سوزن را از اجیر دوم بگیرد اما خود این عمل خرید نخ و سوزن مالیت داشته باشد. لذا اگر برای تنظیف خانه اجیر شده بود و بخواهد در اجاره دوم ربح گیرش بیاید برود یک متر مربع اتاق را جارو بزند در اینجا هم نمی تواند ربح بگیرد چرا که جارو زدن یک متر مربع مالیت ندارد. بله اگر یک اتاق می شد شاید مالیت داشت. یک اعمالی است که فی حد نفسه مالیت دارد اما وقتی جزئی

^۱ (۱) - التهذيب ۷ - ۲۱۱ - ۹۲۷.

^۲ (۲) - في الفقيه - ادنيه.

^۳ (۳) - في الفقيه - قال (هامش المخطوط).

^۴ (۴) - الفقيه ۳ - ۲۵۱ - ۳۹۱۱.

^۵ شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

از عمل قرار می گیرد مالیت ندارد یکبار اجیر می شود برای جارو زدن یک اتاق این مالیت دارد اما اگر همین یک اتاق جزئی از تنظیف یک خوابگاهی شود که مثلاً صد اتاق دارد در اینجا مالیت ندارد.

نکته دوم اینکه اما اگر عملی انجام داد که از مورد اجاره اجنبی است مثلاً اجیر شده بود پارچه را بدوزد اما بردارد پارچه را رنگ بزند نه از مقدمات اجاره و نه از متعلق اجاره است در اینجا نمی تواند اضافه و ربح را در مقابل این عمل انجام دهد.

این یک نکته که باید آن عمل مالیت داشته باشد. و نکته دوم که آن عمل متعلق عمل یا از مقدمات عمل باشد.

ظاهر روایات این است که اجاره دوم درست نباشد.

احتمال دارد که فقط حکم و تحریم وضعی است.

ظاهر روایات عدم جواز است ولی سید احتیاط کرده است.

وجه احتیاط:

ما دو روایت داشتیم در حقی ظاهر آن روایات این بود که اجاره به اکثر مشکلی ندارد که یکی موثق و یکی صحیح بود:

وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۲۴

۲۴۲۸۰- ۱-۱ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِنِّي لَأُكْرَهُ
أَنْ أَسْتَأْجِرَ الرَّحَى وَحَدَّهَا ثُمَّ أُوْاجِرَهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرْتُهَا إِلَّا أَنْ أُحْدِثَ فِيهَا حَدَثًا أَوْ أُغْرِمَ فِيهَا غُرْمًا.^۲

وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۳۰

۲۴۲۹۵- ۵-۳ وَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي
بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِنِّي لَأُكْرَهُ أَنْ أَسْتَأْجِرَ رَحَى وَحَدَّهَا ثُمَّ أُوْاجِرَهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرْتُهَا بِهِ
إِلَّا أَنْ يُحْدِثَ فِيهَا حَدَثًا أَوْ يُغْرِمَ فِيهَا غَرَامَةً.^۴

در آنها آمده است انی لا کره ظهور اکره در این است که این شرعا صحیح است ولی من
کراهت دارم در خصوص آسیاب این انی لا کره وارد شده بود در فهم عرفی فرقی بین اجاره بر
اعمال و اعیان نمی باشد اگر روایاتی داریم که دال بر کراهت شرعی دارد نهایتا عرف از آن روایت
الغاء خصوصیت می کند خصوصیتی در اجاره بر اعیان نمی بیند اولاً و ثانیاً خصوصیتی در
مورد رحى و آسیاب نمی بیند وقتی می خواهیم جمع عرفی کنیم بین آن روایات و روایات مانعه
جمع عرفی به حمل روایات ناهیه بر کراهت است. و احتمال این جمع عرفی باعث شده است
در مسئله احتیاط کند و فتوا ندهد. یعنی این جمع عرفی برایشان روشن نبوده اما این شبهه را
دارد. اما در آن روایات دو خصوصیت است که در نظر عرف این دو خصوصیت ملغاء است
یکی خصوصیت اجاره بر اعیان و دیگر خصوصیت رحى و آسیاب است. الا روایاتی که نتوان
حمل بر کراهت کرد مثلاً روایاتی که گفته بود که فضل حرام است. شاهد این که بین اجاره بر

۱ (۶) - الفقيه ۳ - ۲۳۵ - ۳۸۶۴.

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

۳ (۲) - الكافي ۵ - ۲۷۳ - ۹.

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

اعیان و اعمال در نظر عرف فرقی نمی باشد این است که برای هر دو یک اسم وضع کرده اند که اجاره باشد.

مختار ما این است که جایز است و این جمع را قبول کردیم و این کراهت امام هم به خاطر این است که یک نحو دلالتی در این کار است و می دانید که دلالتی شغل شریفی نمی باشد. با توجه به روایات رحی که دال بر جواز بود و حتی دال بر کراهت شرعی نمی کرد و به مناسبت حکم و موضوع و با توجه به اینکه این روایات ناهیه فقط در کلمات یکی دو امام آمده است می فهمیم که این روایات دال بر حرمت و بطلان نمی باشد.

مسألة ۳: إذا استوجر لعمل في ذمته لا بشرط المباشرة

يجوز تبرع الغير عنه

و تفرغ ذمته بذلك و يستحق الأجرة المسمأة...^۲

گفتیم اجاره بر دو قسم است اجاره بر اعمال و بر اعیان و در اجاره بر اعمال عمل بر ذمه اجیر می آید و مستاجر مالک عمل می شود در ذمه اجیر مثلاً زید برای خیاطت پارچه اجیر عمرو می شود که خیاطت بر ذمه زید می آید و عمرو مالک خیاطة است بر ذمه زید.

خوب ما دو جور خیاطت داریم یکی خیاطت بالمباشرة که اینطور است که زید خودش پارچه را بدوزد و اجاره بالتسبیب این است که زید دیگری را اجیر کند یا از دیگری بخواهد که

^۱ سه شنبه ۱۴/۰۱/۹۷.

^۲ مسألة ۳: ... نعم لو أتى بذلك العمل المعين غيره لا بقصد التبرع عنه لا يستحق الأجرة المسمأة و تنفسخ الإجارة حينئذ لفوات المحل نظير ما مر سابقاً من الإجارة على قلع السن فزال ألمه أو لخيطة ثوب فسرق أو حرق.

این پارچه را بدوزد و می تواند اجیر کند برای جامع این دو خیاطت یعنی اجیر می شود که این پارچه را بدوزد.

پس سه جور می تواند او را اجیر کند: بالمباشرة و بالتسبیب و جامع بین این دو که هر سه جور درست است.

مسئله ای که سید مطرح کرده است این قسم سوم است زید را اجیر کرد برای جامع بالخیاطة یعنی جامع بین بالمباشرة و بالتسبیب. خوب زید اجیر شد و زید خودش ندوخت و تسبیب هم نکرد یعنی به کسی نداد و از کسی نخواست و شخص ثالثی پیدا شد و خودش تبرع کرد یعنی برای افراف ذمه زید اقدام به خیاطت این پارچه کرد. خود زید هیچ کدام از خیاطت بالتسبیب و بالمباشرة نداشت خود بکر اقدام کرد به خیاطت بدون اینکه زید از او بخواهد. اینجا دو سوال است:

سوال اول که آیا ذمه زید به خیاطت بکر فارغ می شود؟

سوال دوم: اگر گفتیم ذمه اش به خیاطت فارغ می شود سوال می شود آیا مستحق اجرة المسمى است یا خیر؟

آیا اجیر مستحق اجرة المسمى که فرضاً یک دینار بود است یا خیر؟

پس کلام در دو جهت واقع می شود:

جهت اول فراغ ذمه زید است.

جهت دوم استحقاق زید نسبت به اجرة المسمى است.

الجهة الاولى:

آیا ذمه زید به خیاطت متبرع و ثالث فارغ می شود یا خیر؟ اگر گفتیم فارغ می شود در مقابل این قول دو قول قرار دارد:

قول اول که می گوید هنوز ذمه مشغول است و ذمه زید فارغ نمی شود.

قول دوم ذمه زید فارغ می شود اما نه به خیاطت متبرع بلکه به انفساخ عقد الاجاره.

از جهت تکلیفی هم خوب است بحث شود که جوابش این است که وقتی اذن به خیاطت به مباشرة یا بالتسبیب داد در آن اذن به تبرع هم است.

مراد ما از تبرع این نیست که مجانی باشد فقط خیر مراد این است که علاوه بر اینکه مجانی است مستند به زید نمی باشد لذا فرض این است که شخص ثالث که بکر باشد بدون اذن این کار را برای افراغ زید انجام می دهد که در اینجا نهایتاً کارش حرام هم باشد باز از نظر وضعی بحث می شود که افراغ ذمه حاصل می شود یا خیر؟

خوب آیا فارغ ذمه است یا خیر؟

مشخص است که فارغ ذمه است چرا که در سیره عقلاء این است اگر مال کسی را به مالک رد کردیم مالک حق امتناع ندارد من مال زید را عیناً یا دیناً و ذمناً به او دهم مالک اگر قبول نکرد و عباء تلف شد کسی ضامن نمی باشد مثل اینکه بکر پارچه مستاجر را بدهد. در افراغ ذمه هم این است مثلاً عمرو مالک صد دینار در ذمه زید است و بکر صد دینار را به عمرو می دهد به عنوان افراغ ذمه زید در اینجا ذمه زید فارغ می شود و عمرو حق امتناع ندارد.

پس این در باب اموال می باشد که چه در عین باشد یا ذمه باشد فارغ می شود.

خوب فرق نمی کند که ما فی الذمه جنس و پول باشد یا عمل باشد خوب در اینجا خیاطت به ذمه زید است که بکر خیاطت می کند و تسلیم ما فی الذمه شده است و ذمه او فارغ شده است حال با تحویل یا بدون تحویل به مالک علی اختلاف. تا الان مالک عمل بود در ذمه زید با خیاطت بکر ذمه زید فارغ می شود.

خوب دلیل ما سیره است که اگر امضائی شدیم خوب از منهج امضاء را می فهمیم و اگر امضائی نشدیم که همین سیره کفایت می کند.

بله کسانی که نیاز به امضاء در زمان شارع دارند - نه در طول زمان بعد از شریعت تا روز قیامت - نمی توانند به این قولی که ما در امضاء گفتیم عمل کنند چراکه در زمان شارع معلوم نمی باشد که این امر متداول شده بوده است بخلاف ما که گفتیم منهج، سیره غیر متجسده را امضاء می کند. الا اینکه گفته شود که در آن زمان افراغ دین بوده است و ما اطمینان داریم که در نزد عرف فرقی بین این دو نمی باشد.

ما در اینجا گفتیم ذمه فارغ شده است اگر می گفتیم فارغ نشده است قائل به قول دوم می شدیم یعنی می گفتیم فارغ می شود به انفساخ.

ذیل این مسئله مرحوم خوئی^۱ فرموده اند ذمه فارغ می شود به این بیان متعلق عمل ما فی الذمه تسلیم شده است ما می گفتیم متعلق اجاره خیاطت اعم از بالتسبیب و مباشرة می باشد ایشان گفته اند که متعلق اجاره خیاطت ثوب است که جامع بین خیاطت خودش و دیگری است که خیاطت خودش دو فرد دارد که خیاطت بالمباشرة و بالتبرع می باشد.

ان قلت: خیاطت دیگری که تحت اراده و اختیار ما نمی باشد و دائماً گفتیم باید متعلق عقد اجاره مقدور باشد لذا اگر ما حجری است هزار کیلو و زید توانش ده کیلو است اجیرش کنیم که این سنگ هزار کیلویی را حمل کند این عقد اجاره باطل است چرا که اصلاً مقدور او نمی باشد.

خیاطت دیگری یعنی بدون امر و اذن من انجام شود.

قلت:

^۱ شرح العروه ج ۳۰ ص ۲۹۶.

اجاره جامع بین مقدور و غیر مقدور درست است مثلاً دو سنگ در این مکان است یکی ده کیلو وزنش است و یکی هزار کیلو می گوید که تو را اجاره می کنیم برای حمل یکی از این دو سنگ خوب این عقد اجاره درست است اجیرش نکرده است برای جابه جایی سنگ ده کیلویی یا هزار کیلویی بلکه بر جامع این دو اجیر کرده است که فقط یکی مقدور است.

این توجیه مرحوم خوئی است.

مناقشة: بر فرمایش ایشان دو اشکال است.

اشکال اول:

این فرض خارج از فرض سید است که جامع بین خیاطت خودش و خیاطت دیگری است آنکه نظر سید است خیاطت خودش اعم از مباشر و تسبیب است.

اشکال دوم:

اصلاً ببینیم این نحو اجاره درست است بگوییم که تو را اجیر می کنم بر جامع خیاطت خودت یا خیاطت عمرو اینکه ایشان می فرمایند که جامع بین مقدور و غیر مقدور را می توان اجیر کرد این درست است اما آیا عرفاً در اینجا هم امضاء می کنند یا خیر؟ یعنی ثالثی بدون درخواست زید خیاطت کند.

به نظر می رسد که این نوع اجاره عرفی و عقلایی نمی باشد یعنی چون عرفی نمی باشد عقلایی هم نمی باشد یعنی در یک حصه که خیاطت خودش باشد درست باشد کان عقلاء این سلطنت را نمی بینند که عمل دیگر را به ذمه بگیریم و لو در کنار ذمه خودم باشد مثل اینکه تو را اجیر می کنم برای خیاطت عمرو بدون اینکه امر کنی و اذن دهی آیا این تعهد عقدی درست است من الان اجیر کردم زید را بر خیاطت عمرو یعنی خیاطت عمرو به ذمه زید آمد این عرفی نمی باشد. سرش این است که ما در باب اعمال نمی توانیم اعمال دیگر را به ذمه

بیاوریم این الزام آور نمی باشد. در خیاطت بالتسبیب نگویید که اعمال دیگری را به ذمه گرفتنی خیر عمل من تسبیب است که فعل من است.

اما اینکه خیاطت دیگری به ذمه بایید این عرفی نمی باشد در تسبیب هم اینطور است اگر در تسبیب هم تسبیب به ذمه نیاید و خیاطت به ذمه آید این هم عرفی نمی باشد وقتی انفرادا نشود بالانضمام هم نمی شود.

پس ما یکی خیاطت بالمباشرة داریم و یکی خیاطت بالتسبیب و یکی هم التسبیب الی الخیاطة است آنچه عرفی است اول و سومی است. اما خیاطت دیگری بر ذمه بیاید چه بالتسبیب چه بالتبرع این عرفی نمی باشد چرا که عمل دیگری در اختیار من نمی باشد. لذا فرمایش مرحوم آقای خوئی را نمی توان ملتزم شد.

بله در رباطی که فعل او به ید من است می تواند خیاطت بالرباط به ذمه من بیاید اما این هم عرفی است چرا که فعل و به کار انداختن رباط به دست ماست.

پس من اجیر شدم بر جامع بین خیاطت بالمباشرة و التسبیب بالخیاطة خوب وقتی بکر عمل خیاطت را انجام داد ذمه زید فارغ می شود و نیاز به قبول مستأجر نمی باشد.

خوب وقتی ما عمل و ما فی الذمه را تسلیم کردیم ذمه فارغ می شود و مالک هم باید قبول کند و اگر هم قبول نکند باز ذمه فارغ شده است.

مغالطه مرحوم خوئی این بوده است که این را از قبیل اجاره بر حمل دو سنگ گرفته اند در حالی که این اجاره از قبیل دو سنگ نمی باشد.

***^۱ پس مسئله این بود که جناب مستأجر شخصی را اجیر کرده است بر عملی و در آن شرط مباشرت نمی باشد شخص ثالثی می آید تبرعا و برای فراغ ذمه اجیر ثوب را خیاطت می

کند گفتیم دو مسئله است که مسئله اول این است که آیا ذمه اجیر به خیاطت این متبرع فارغ می شود و مسئله دوم این است که آیا جناب اجیر مستحق اجرة المسمى است یا خیر؟ دیروز از جهت اولی فارغ شدیم امروز می خواهیم دوباره به صورت اعمق مسئله را بیان کنیم و بحث کنیم.

دقت کنید که گفتیم اجیر کرده است برای خیاطت و شرط مباشرت هم در آن نکرده است بدو سه احتمال در ما فی الذمه اجیر است:

احتمال اول جامع بین خیاطت بالمباشرة و خیاطت بالتسبیب به ذمه اجیر آمده است یعنی خیاطی که جامع بین خیاطت بالمباشرة و خیاطت بالتسبیب است این متعلق عقد اجاره باشد.

احتمال دوم این است که متعلق عقد اجاره جامع بین خیاطت بالمباشرة و التسبیب الی خیاطت است نه الخیاطة بالتسبیب. التسبیب فعل اجیر است و خیاطت فعل متبرع است. احتمال سوم این است که متعلق عقد اجاره جامع بین این سه به ذمه باشد یعنی بین خیاطت بالمباشرة و خیاطت بالتسبیب و التسبیب الی الخیاطة.

از این سه احتمال باید از احتمال سوم که جامع بین سه چیز باشد رفع ید کنیم چرا که التسبیب الی الخیاطة و الخیاطة بالتسبیب ملازم در وجود می باشند هر جا تسبیب الی الخیاطة باشد خیاطت بالتسبیب هم است و هر جا خیاطة بالتسبیب باشد التسبیب الی الخیاطة هم است لذا این احتمال غیر عرفی است چرا که این دو همیشه با هم ملازم است. پس می ماند دو احتمال جامع بین خیاطت بالمباشرة و الخیاطة بالتسبیب و یک احتمال هم جامع بین خیاطت بالمباشرة و التسبیب بالخیاطة.

در اینجا دو اشکال مطرح می شود یکی بر احتمال اول و یکی بر دو احتمال.

اشکال اول:

اشکال بر احتمال اول این است که خیاطه بالتسبیب که در اختیار اجیر نمی باشد و این غیر عرفی است که فعل غیر به ذمه اجیر بیاید و آن چه که فعل اجیر است التسبیب الی خیاطه است نه خیاطه بالتسبیب.

این اشکال را می توان جواب داد درست است که خیاطه بالتسبیب فعل اجیر نمی باشد اما چون به خاطر تسبیبی که به خیاطت دارد یک استنادی به اجیر دارد لذا می توان به اجیر مستند کرد لذا این احتمال مشکلی ندارد یعنی اجیر رفته به دیگری گفته است که این پارچه را بدوزد لذا این اشکال مشکلی ندارد و فرض این است که اگر این شخص نمی خواسته است، دیگری این کار را انجام نمی داده است و این فرض عرفی است.

سوال می شود در این صورت متعلق عقد اجاره احتمال اول است یا احتمال دوم؟ یعنی می خواهیم اگر این عقد اجاره واقع شود به کدام صورت است؟ عملی که به ذمه اجیر آمد و متعلق اجاره شد خیاطه بالتسبیب است یا التسبیب الی خیاطه؟

انصاف این است که هر کدام را نگاه می کنیم ترجیح مشکل است هر کدام یک وجه عرفی دارد از یک جهت خیاطت بالتسبیب عرفی تر است چرا که مقصود خیاطت است اما در عین حال غیر عرفی است چرا که خیاطت با یک تسامحی مستند به اجیر می شود و از جهت دیگر دومی عرفی تر است چرا که تسبیب فعل مباحثی است اما غیر عرفی است چرا که آنچه مهم است و در نظر می آید خیاطت است نه تسبیب. لذا مشخص نمی باشد در جایی که عقد اجاره به صورت جامع بسته می شود جزء دوم، خیاطت بالتسبیب است یا التسبیب الی خیاطه؟ هر دو درست است اما آنچه که در نزد عرف و در خارج صورت می گیرد کدام است. این مشکل است شاید در نزد عرف هم مشخص نمی باشد.

این را به صورت جزمی نمی توان گفت. هر دو یک عرفیت و یک غیر عرفیت دارد.

فعلا به تبرع نرسیدیم.

اشکال دوم:

برای روشن شدن اشکال دوم یک مقدمه ای ذکر کنیم.

گفته شده است در باب اداء وقتی ما می خواهیم ما فی الذمه را اداء کنیم ما فی الذمه علی الدوام کلی است ما وقتی می آییم ما فی الذمه را اداء کنیم فردی از افراد کلی را اداء می کنیم در نظر عرف اداء فرد، اداء کلی است. من به شما هزار تومان بدهکارم یک اسکناس هزاری به شما می دهم این اسکناس هزاری ملک شما بود؟ نه کلی هزار تومان ملک شما بود. در این جا تفاسیر متعدد است که چطور این هزار تومانی که به شما می دهم ذمه من پاک می شود با اینکه هزار تومان ملک من است ملک شما نمی باشد ملک شما یک هزاری کلی بوده است وقتی من آن را به شما اداء نکردم چرا ذمه من فارغ می شود؟ دو بیان معروف در اینجا است:

بیان اول تعویض است. بعضی گفته اند که شما مالک هزار تومان کلی در ذمه من هستید و من مالک یک اسکناس هزار تومانی می باشم. می آیم با شما معاوضه می کنم این هزار تومان ملک خودم را با هزار تومان کلی در ذمه ام تا معاوضه کردم تا من مالک شدم آن ملکیت بر ذمه خودم، آن سقوط است چون در سیره عقلاء ذمه ی شخص هیچ وقت مملوک خود شخص نمی شود تا معاوضه صورت می گیرد من مالک می شوم و تا مالک می شوم آن ذمه محو و پاک می شود می شود. این نظریه تعویض یا معاوضه است.

نظریه دوم این است که معاوضه ای صورت نمی گیرد وقتی این هزار تومان ملک خودم را تملیک کردم این هزار تومان فردی است از ما فی الذمه و آن هزار تومان کلی که در ذمه من است عرف تملیک این هزار تومان را تسلیم ما فی الذمه می بیند. خود ما تابع این نظر می باشیم پس همیشه در افراغ ذمه شخص مدیون فردی از افراد ما فی الذمه را اداء می کند و ذمه هم پاک می شد.

قبل از ورود در تبیین اشکال یک امر دیگر را هم ذکر کنیم: ما چهار خیاطت داریم الخیاطة بالمباشرة که فعل اجیر است، الخیاطة بالتسبیب فعل غیر است که اجیر از او خواسته است و الخیاطة بالتبرع خیاطت غیر به نیت افراغ ذمه اجیر است و دیگری الخیاطة به غیر تبرع است به این صورت که غیر دید لباسی در اینجاست گفت که من که رفیقش هستم چرا برود و به دیگری پول بدهد به قصد تبرع از طرف خیاط به خاطر این که پول خیاطی ندهد این پارچه را خیاطی کرد نه به قصد افراغ ذمه اجیر. این خیاطیت بلا تبرع است.

خوب در ما نحن فیه اشکالش در اینجا این است که در خارج چه صورت گرفته است؟ در ما نحن فیه بعد از عقد اجاره شخص ثالث خیاطت بالتبرع را ایجاد کرد. خوب در ذمه اجیر چه بود؟ یا خیاطت بالمباشرة بود یا خیاطت بالتسبیب بود یا التسبیب الی الخیاطة بود الخیاطت بالتبرع کدام فرد است؟ هیچ کدام نه خیاطت بالمباشرة است و نه خیاطت بالتسبیب است و نه التسبیب الی الخیاطت است خوب وقتی فرد این سه نمی باشد چطور این فعل من که فرد هیچ یک از این سه نمی باشد افراغ ذمه اجیر می کند؟ این شخص متبرع که فرد را تسلیم نکرد معنا ندارد که آن ذمه به اداء این شخص فارغ شود. خوب وقتی این اشکال وارد شد احتمال مرحوم آقای خوئی زنده می شود آقای خوئی چه گفته بودند؟ آقای خوئی گفته بودند آن که بر ذمه آمده است هیچ یک از احتمال اول و دوم نمی باشد احتمال اول جامع بین خیاطة بالمباشرة و خیاطت بالتسبیب بود و احتمال دوم جامع بین خیاطة بالمباشرة و التسبیب الی الخیاطة بود مرحوم خوئی احتمال سوم را پذیرفته بودند جامع بین خیاطت بالمباشرة و خیاطت بالغیر وقتی آن شخص ثالث آمد تبرع کرد این می شود فرد خیاطت بالغیر در نتیجه ذمه می شود فارغ. لذا با این اشکال کلام مرحوم خوئی زنده می شود. پس بنابراین این احتمال اول و دوم می رود دنبال کارشان. می ماند فرض مرحوم خوئی که متعلق اجاره می شود جامع بین خیاطت بالمباشرة و خیاطت بالغیر.

بر مرحوم خوئی نقض شده است که خوب اگر غیری آمد خیاطت کرد بلا تبرع شما گفتیم جامع بین خیاطت بالمباشره و خیاطت بالغیر است باید در اینجا ذمه اجیر فارغ شود با اینکه خود شما هم قائل به فراغ ذمه اجیر نمی باشید. بلا تبرع این بود که برای افراغ ذمه اجیر این کار را نکرد بلکه به خاطر این که اجیر رفیقش است به خاطر اینکه پول خیاط ندهد. خوب شما مرحوم خوئی هم قائلید که در اینجا ذمه اجیر فارغ نمی شود. فرض این است که زمانی ذمه اجیر با فعل غیر فارغ می شود که غیر به نیت افراغ ذمه زید این کار را انجام دهد. لذا اجیر دیگر مستحق اجرة نمی باشد و ذمه او فارغ نمی شود. لذا عقد منفسخ شد دیگر مستحق اجرة نمی باشد مثل اینکه دیگری پارچه مستاجر را آتش می زند وقتی آتش زد عقد اجاره منفسخ می شود و دیگر مستحق اجرة نمی باشد لذا کلام مرحوم خوئی نقض کردند به مثال خیاطت بلا تبرع با اینکه ایشان باید قائل شوند که ذمه فارغ می شود چرا که از افراد خیاطت بالغیر است.

آقای خوئی می تواند از این اشکال نقضی فرار کند و این اشکال قابل حل است.

بگویند که متعلق اجاره جامع بین خیاطت بالمباشرة و خیاطة بالتبرع و الخیاطت بالتسبیب است چرا که خیاطة غیر سه فرد داشت خیاطت بالتسبیب، الخیاطة بالتبرع و الخیاطت بلا تبرع یعنی ایشان بگویند متعلق اجاره سه حصه دارد الخیاطة بالمباشرة و الخیاطة بالتسبیب و الخیاطة بالتبرع. الخیاطة بلا تبرع دیگر متعلق اجاره نمی باشد یعنی متعلق اجاره جامع بین این سه خیاطت است. لذا این اشکال نقضی بر این کلام وارد نمی باشد.

برگردیم به اشکال خودمان که اگر غیر آمد خیاطت کرد در اینجا چطور ذمه او به خیاطت فارغ می شود؟ برای جواب از اشکال دوم دو جواب می توان داد:

جواب اول:

جواب مرحوم خوئی را قبول کنیم چون متعلق اجاره جامع بین سه خیاطت است خیاطت بالمباشرة و خیاطت بالتسبیب و خیاطة بالتبرع و یکی از افراد اجاره ایجاد شد.

یا جواب دیگر را بدهیم بگوییم درست است که این شخص اجیر شده بود برای جامع بین خیاطة بالمباشرة و خیاطة بالتسبیب در نظر عرف این خیاطة بالتبرع حکما فرد خیاطة بالتسبیب است. یا اگر گفتیم متعلق اجاره جامع بین المباشرة و التسبیب الی الخیاطة است بگوییم در نظر عرف خیاطة بالتبرع فرد خیاطت بالمباشرة می باشد و بر اساس این تسامح این عقد درست است و می دانید که تسامحات عرفی در باب معاملات حجت است.

پس ما دو جواب را می توانیم بدهیم جواب مرحوم خوئی که متعلق اجاره جامع بین خیاطة بالمباشرة و خیاطة بالتسبیب و خیاطة بالتبرع است و یا اینکه جواب خودمان را بدهیم و بگوییم متعلق اجاره جامع بین الخیاطة بالمباشرة و الخیاطة بالتسبیب یا التسبیب الی الخیاطة است و عرف این خیاطة بالتبرع را فرد خیاطة بالمباشرة یا خیاطة بالتسبیب می بیند و لو دقیقا فرد نمی باشد اما عرفیا فرد است.

***کدام جواب ارجح است؟ جواب دوم چرا که خیاطت بالتبرع را به عنوان متعلق اجاره در نظر گرفتن غیر عرفی است چرا که فعل غیر است و هیچ گونه استناد به اجیر ندارد غیر بدون اطلاع اجیر این کار را انجام داده است. نکته مهم این است که فعل غیر فرد نمی باشد اما در نظر عرف این را فرد یکی از این دو می بیند یا خیاطت بالمباشرة یا خیاطت بالتسبیب چون هم خصوصیتی از مباشرت فرض این است که این غیر خودش را جای اجیر گذاشته است لذا عرفا فرد خیاطت بالمباشرة است. و هم خصوصیتی از خیاطت بالتسبیب در آن است لذا می گوییم که به فعل غیر ذمه اجیر فارغ می شود.

چرا گفتیم فرد یکی از این دو خیاطت بالمباشرة و یا خیاطة بالتسبیب می باشد چرا که اگر فرد دوم متعلق اجاره، التسبیب الی الخیاطة باشد عرفا خیاطت، تسبیب نمی باشد و اگر

خیاطت بالتسبیب باشد می تواند عرفیا خیاطت بالتسبیب می باشد. که اگر گفتید که فرد الخیاطة بالتسبیب است و نه فرد خیاطت بالمباشرة در این صورت متعلق اجاره جامع بین خیاطت بالمباشرة و خیاطة بالتسبیب است.

در ارتکاز عرف این است که این عقد منفسخ نمی شود یا حداقل مشکوک است. بعد سوال می کنیم که اگر منفسخ می شود مستحق اجرة المسمى است یا خیر؟ وجدانا مستحق است برای کمک اجیر و برای افراغ ذمه او آمده است انجام داده است لذا منفسخ نمی شود. چرا که اگر منفسخ شود دیگر مستحق اجرة المسمى نمی باشد.

پس بهترین جواب این است که این خیاطة بالتبرع فرد است برای خیاطة بالمباشرة یا خیاطة بالتسبیب.

دقت کنید کلام امروز ما غیر دیروز نبود بلکه کلام دیروز ناقص بود و الا الان هم کلام خوئی را قبول نکردیم. ضمن اینکه کلام مرحوم خوئی خلاف فرض سید است البته ایشان می توانند بگویند که فرض سید از عالم واقع غلط بوده است وقتی متعلق اجاره بلا شرط است اینی است که ما می گوئیم. لذا بحث دیروز را کامل کردیم.

الجهة الثانية: این بود که آیا مستحق اجرة المسمى است یا خیر؟

این را قبلا گفتیم که شخص به مجرد عقد می شود مستحق اجرة المسمى اما زمانی مستحق مطالبه است که تسلیم عمل کند که حال یا به تسلیم محل است یا به اتمام عمل و در نزد عقلاء و عرف فعل تبرعی مصداق تسلیم عمل است لذا مستحق مطالبه اجرة المسمى هم می شود.

عمده جهت اول بود و جهت دوم بحثی نداشت.

اما یک فرضی را هنوز نگفتیم و آن اینکه شخص اجنبی بلا تبرع این کار را انجام داده است.

۱... 'نعم لو أتى بذلك العمل المعين غيره لا يقصد

التبرع عنه

لا يستحق الأجرة المسمأة... ۳

حال اگر شخص لباس را دوخت نه به نیت تبرع و افرار ذمه اجير يا به خاطر اينکه غافل از اين بود که ديگری اجير شده است يا خير می خواست که مستأجر سراغ ديگری نرود.

دو سوال قبلی پیش می آید.

سوال اول: آیا ذمه اجير فارغ می شود يا خير؟

سوال دوم: آیا مستحق اجرة المسمى است يا خير؟

سوال دوم را اول ايشان جواب می دهد ايشان می فرمايند که مستحق اجرة المسمى نمی باشد چرا که اداء دين از عناوين قصديه است در سيره عقلاء يعنى کي اين فعل ما اداء حساب می شود؟ زمانی که قصد اداء دين کرده باشم لذا اگر زيد روز عيد پيش من آمد و من به قصد عیدی به او دادم اين اداء دين نمی باشد اما اگر در روز عيد به زيد به نیت اداء دادم اين اداء دين می باشد و لو شخص نفهمد که به قصد اداء دين دادم و فکر کند به عنوان عیدی داده ام چرا که در اداء دين قبول شخص لازم نمی باشد لذا اگر برای مطالبه دين آمد می گویم که آن روز آن مبلغ به قصد اداء دين دادم و در اینجا از مواردی است که قول من مسموع است چرا

۱ سه شنبه ۹۷/۰۱/۲۱.

۲ مسألة ۳: إذا استوجر لعمل في ذمته لا بشرط المباشرة يجوز تبرع الغير عنه و تفرغ ذمته بذلك و يستحق الأجرة المسمأة

۳ مسألة ۳: ... و تنفسخ الإجارة حينئذ لفوات المحل نظير ما مر سابقا من الإجارة على قلع السن فزال ألمه أو لخياطة ثوب فسرق أو حرق.

که قصد لا يعلم من قبله لذا اگر تکذیب کند که شما به نیت عیدی دادید نه به قصد اداء دین قول من مسموع است.

در ما نحن فيه فرض کردیم به ذمه اجیر خیاطت آمده است خودش که اداء نکرد چرا که ندوخت و غیر هم قصد اداء نداشت لذا اداء نشده است ما فی الذمه لذا مستحق اجرة المسمى نمی باشد.

خوب دقت کنید این تعبیر سید تسامحی دارد در مبنای ما ما قائلیم به مجرد العقد مستحق اجرة المسمى می شود نه به وفاء عقد اما به وفاء مستحق مطالبه می شود در ما نحن فيه مستحق مطالبه اجرة المسمى نمی باشد چرا که وفاء نکرده است. بله کسی که قائل است که به وفاء به عقد مستحق اجرة المسمى می شود این را می تواند بگوید اما ما کما علیه المشهور می گوئیم که به مجرد عقد مستحق اجرة المسمى باشد اما چون به عقد وفاء نکرده است مستحق مطالبه نمی باشد و فعل ثالث اداء محسوب نمی شود لذا نمی تواند از مالک یا مستاجر مطالبه اجرة المسمى می کند. فرصت شغلی اجیر که فوت می شود ربطی به غیر دارد و ربطی به مستاجر ندارد نهایتاً ربطی به غیر بلا تبرع دارد.

۱...و تنفسخ الإجارة حينئذ

لفوات المحل نظير ما مر سابقا من الإجارة على قلع السن فزال ألمه أو لخياطة ثوب فسرق أو حرق.

۱مسألة ۳: إذا استوجر لعمل في ذمته لا بشرط المباشرة يجوز تبرع الغير عنه و تفرغ ذمته بذلك و يستحق الأجرة المسماة نعم لو أتى بذلك العمل المعين غيره لا بقصد التبرع عنه لا يستحق الأجرة المسماة ...

برویم سراغ مسئله بعدی که حال که فرد دوم غیر متبرع دوخت آیا ذمه اجیر فارغ می شود یا خیر؟ که اگر خیر ذمه اش فارغ نشد معنایش این است که ذمه مستأجر هم مشغول به اجرة المسمى است.

مشهور و سید فرموده اند که همین که دیگری دوخت عقد اجاره منفسخ می شود یک فسخ داریم و یک انفساخ و یک بطلان که گاهی جا به جا می شود بطلان یعنی عدم الانعقاد عقد است و فسخ اختیاری است و من له العقد را عقد را فسخ و اتمام می کند و انفساخ بدون اینکه اراده ای در کار باشد عقد خود به خود منفسخ و تمام می شود.

سید و مشهور فرموده اند نسبت به اشتغال ذمه اجیر به عمل، عقد اجاره منفسخ می شود و تا منفسخ می شود دو ذمه پاک می شود ذمه اجیر از عمل و ذمه مستأجر از اجرة المسمى پاک می شود.

متن را بخوانیم و دوباره وارد شرح شویم.

۱... و تنفسخ الإجارة حينئذ لفوات المحل نظير ما مر سابقا من الإجارة على قلع السن فزال ألمه

أو لخياطة ثوب فسرق أو حرق

خوب محل فوت شده است و پارچه دوخته را نمی توان دوباره دوخت سید و مشهور گفته اند عقد اجاره منفسخ می شود و به محض انفساخ ذمه اجیر از عمل و ذمه مستأجر از اجرة المسمى پاک می شود.

مرحوم خوئی با مشهور مخالفت کرده است و تفصیلی داده اند.

دلیل مشهور را بگوییم و بعد وارد دلیل مرحوم خوئی شویم.

مسألة ۳: إذا استوجر لعمل في ذمته لا بشرط المباشرة يجوز تبرع الغير عنه و تفرغ ذمته بذلك و يستحق الأجرة المسماة نعم لو أتى بذلك العمل المعين غيره لا يقصد التبرع عنه لا يستحق الأجرة المسماة ...

دلیل مشهور سیره عقلاء است در نزد عقلاء این عقد منفسخ می شود خوب وقتی گفتیم عند العقلاء این عقد منفسخ می شود لذا اوفوا بالعقود عقدی را می گیرد که عقلائا موجود است لذا دلیلی بر بقاء عقد شرعا نمی باشد.

اما تفصیل مرحوم آقای خوئی:

ایشان گفته اند اینجا که شخص اجیر می شود بر عملی بعد محل عمل فوت می شود و از بین می رود فرمودند این دو صورت دارد حالا این دو صورت را در مثال خودمان پیاده می کنیم: شخص را اجیر کرده بود بر خیاطت دیگری آمد قبل از خیاطت اجیر پارچه را دوخت. مورد اول این است که آن اجیر زمان کافی برای عمل را داشته است مثلاً گفته است این پارچه را بدوز و یک هفته هم فرصت داشته است و بنا بوده در یک هفته بدوزد و بعد از سه روز نفر دومی پارچه را دوخت از عقد سه روز گذشت و مدت لازم برای دوخت یک روز بوده است و لازم هم نبود در این یک روز بدوزد یک هفته فرصت داشته است. پس در این مدت که ندوخته است زمان کافی برای خیاطت بوده است در اینجا می گویند که عقد اجاره باقی است چرا که وقت برای تحویل محل داشت خوب نفر دوم دوخت و مالک می گوید که بدوز و محل را تحویل بده اما اجیر قدرت بر خیاطت ندارد. مالک دو راه دارد که بدل را بگیرد که در باب اعمال دائماً اجرة المثل است مثلاً اجرة المثل ده دینار است که وقتی این ده دینار را داد این دادن بدل در نزد عقلاء اداء ما فی الذمه است و وقتی اداء ما فی الذمه کرد به مالک و مستاجر می گوید اجرة المسمى را بده که مثلاً پنج دینار است. ما اگر عملی یا کاری را نسبت به کسی در ذمه داشته باشیم که نمی توانیم به آن شخص عمل را بدهیم بر ما واجب است بدل را به او بدهیم. و کار دومی که مالک می تواند انجام دهد می گوید که حالا که قدرت بر تسلیم نداری من عقد را فسخ می کنم که در این صورت محل عمل را به او می دهد فرض این است که پارچه را دوخته است و عملی هم واقع نشده است لذا اجرتی نمی گیرد.

این در صورتی است که اجیر فرصت برای خیاطت و عمل داشته است اما در صورتی که فرصت برای عمل نداشته است و شخص دوم آمد پارچه را دوخت.

مثلا این اجیر شده است که لباس را در مدت یک هفته بدوزد همان ساعت اول ثالث آمده پارچه را دوخت اصلا فرصت نداشت که پارچه را بدوزد در این صورت مرحوم آقای خوئی این عقد اجاره باطل است نه منفسخ می شود یعنی باز با مشهور یکی نشده است کشف می کند که این شخص اجیر از همان اول قدرت بر خیاطت ثوب را نداشته است و توهم قدرت را داشته است.

این فرمایش مرحوم خوئی.

بطلان یعنی عقد از اول محقق نشده است اما در انفساخ عقد محقق شده است و الان متوقف می شود یعنی مثلا در بطلان بیع، مبیع از اول ملک مشتری نبوده است اما در انفساخ در ملک مشتری واقع می شود و بعد دوباره به ملک بایع بر می گردد.

این بیان ایشان را ظاهرا از معاریف کسی قبول نکرده است چرا با توجه به اینکه از حیث صناعیت درست است کسی قبول نکرده است؟ نکته مشهور این بوده است که با ارتکاز نمی سازد.

نکته سیره چیست؟ مرحوم خوئی قائل بود که در آنجائی که فسخ نمی کند و بدل می گیرد در واقع این بدل گرفتن در جایی اسکه اجرة المثل از اجرة المسمى بیشتر است و الا اگر اجرة المثل کمتر یا مساوی باشد این شخص مطالبه اجرة المثل نمی کند خوب این غیر عرفی و غیر عقلایی است که اجیر پول اضافی بدهد بدون اینکه تقصیر و کوتاهی داشته باشد مالک به اجیر پنج دینار می دهد و ده دینار می گیرد این پنج دیناری که به مالک می رسد وجهی ندارد این اضافه ای که مالک می گیرد هیچگونه مبرر عقلایی ندارد بدون اینکه اجیر تقصیری داشته

باشد و دیگری آمده سرخود این پارچه را دوخته است لذا با مشهور موافقیم و قائل به انفساخ هستیم.

هذا تمام الكلام في المسئلة الثالثة.

مسألة ٤: الأجير الخاص^١

مرحوم سید در مسئله چهار متعرض احکام اجیر خاص چه به لحاظ وضعی و چه به لحاظ تکلیفی می شوند ابتداء مراد از اجیر خاص بعد متن مسئله را توضیح دهم و بعد وارد در خواندن متن مسئله.

١ چهارشنبه ۱۳۹۷/۰۱/۲۲.

مسألة ٤: الأجير الخاص و هو من آجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدة معينة أو على وجه تكون منفعته الخاصة كالخياطة مثلا له أو آجر نفسه لعمل مباشرة مدة معينة أو كان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدة أو كليهما على وجه الشرطية لا القيدية لا يجوز له أن يعمل في تلك المدة لنفسه أو لغيره بالإجارة أو الجعالة أو التبرع عملا ينافي حق المستأجر إلا مع إذنه و مثل تعيين المدة تعيين أول زمان العمل بحيث لا يتواني فيه إلى الفراغ نعم لا بأس بغير المنافي كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل فإنه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار و مثل إجراء عقد أو إيقاع أو تعليم أو تعلم في أثناء الخياطة و نحوها لانصراف المنافع عن مثلهما هذا و لو خالف و أتى بعمل مناف لحق المستأجر فإن كانت الإجارة على الوجه الأول بأن يكون جميع منافعه للمستأجر و عمل لنفسه في تمام المدة أو بعضها فللمستأجر أن يفسخ و يسترجع تمام الأجرة المسماة أو بعضها أو يبقئها و يطالب عوض الفأنت من المنفعة بعضا أو كلا و كذا أن عمل للغير تبرعا و لا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرع له بالعوض سواء كان جاهلا بالحال أو عالما لأن المؤجر هو الذي أتلف المنفعة عليه دون ذلك الغير و إن كان ذلك الغير أمرا له بالعمل إلا إذا فرض على وجه يتحقق معه صدق الغرور و إلا فالمفروض أن المباشر للإتلاف هو الموجر و إن كان عمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة فللمستأجر أن يجيز ذلك و يكون له الأجرة المسماة في تلك الإجارة أو الجعالة كما أن له الفسخ و الرجوع إلى الأجرة المسماة و له الإبقاء و مطالبة عوض المقدار الذي فات فيتخير بين الأمور الثلاثة و إن كانت الإجارة على الوجه الثاني و هو كون منفعته الخاصة للمستأجر فحاله كالوجه الأول إلا إذا كان العمل للغير على وجه الإجارة أو الجعالة و لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه كأن تكون الإجارة واقعة على منفعة الخياطي فأجر نفسه للغير للكتابة أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة فإنه ليس للمستأجر إجازة ذلك لأن المفروض أنه ما مالك لمنفعة الخياطي فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة فيكون مخيرا بين الأمرين من الفسخ و استرجاع الأجرة المسماة و الإبقاء و مطالبة عوض الفأنت و إن كانت على الوجه الثالث فكالثاني- إلا أنه لا فرق فيه في عدم صحة الإجارة بين ما إذا كانت الإجارة أو الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر عليه أو على غيره إذ ليست منفعة الخياطة مثلا مملوكة للمستأجر حتى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها بل يملك عمل الخياطة في ذمة المؤجر و إن كانت على الوجه الرابع و هو كون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا القيدية ففيه وجهان يمكن أن يقال بصحة العمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة من غير حاجة إلى الإجازة و إن لم يكن جائزا من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل غاية ما يكون أن للمستأجر خيار تخلف الشرط و يمكن أن يقال بالحاجة إلى الإجازة لأن الإجارة أو الجعالة منافية لحق الشرط فتكون باطلة بدون الإجازة.

اجیر را به اجیر خاص و عام تقسیم می کنند اجیر خاص در مقابل اجیر عام است. به اجیر خاص اجیر منفرد هم می گویند و به اجیر عام اجیر مشترک هم گفته می شود در اجیر خاص عمل خاص یا منفعت خاص به عهده اجیر می آید منفعت خاصی یا عمل خاصی بر ذمه اجیر می آید.

توضیح مطلب: ما گفتیم اجاره بر دو قسم است اجاره بر اعیان و اجاره بر اعمال در اجاره بر اعیان در نظر مشهور این است که مالک عین، منافعی از عین را به مستاجر تملیک می کند زید منفعت یکساله خانه را که سکنی باشد به مستاجر تملیک می کند در اجاره بر اعمال اجیر عملی را بر ذمه به مالک تملیک می کند مثلاً خیاطت پارچه را در ذمه خودش به مستاجر و مالک تملیک می کند.

در اجاره بر اعمال افراد را به دو صورت اجیر می کنند: یکی به صورت تملیک منفعت و یکی به صورت تملیک عمل زید می خواهد اجیر شود برای خیاطت این ثوب دو صورت می تواند عقد اجاره ببندد:

یکی این که منفعت خیاطت خودش را تملیک کند به مستاجر در این صورت دقت کنید ذمه اجیر مشغول نمی شود بلکه مستاجر ما که مال ثوب است می شود مالک منفعت. کدام منفعت؟ منفعت خیاطی که زید دارد. چطور در خانه منفعت خانه را تملیک می کردند به مستاجر در اینجا اجیر منفعت خودش را تملیک می کند به مستاجر و مالک. دائماً صاحب منفعت منفعت را تملیک می کنند در اجاره بر اعیان مالک منفعت مالک عین است و در اجاره بر اعمال و افراد مالک منفعت اجیر می باشد. در تملیک منفعت لازم نمی باشد که مالک منفعت باشد بلکه کافی است که یک سلطنت و اولویی در تصرف داشته باشد. مثلاً اجیر عمل را تملیک می کند در ذمه با اینکه مالک عمل نمی باشد چرا که هیچ کسی مالک ذمه و عمل خودش نمی باشد.

ذمه زید در اینجا که منفعت را تملیک می کند دیگر مشغول نمی باشد. در اجاره بر اعمال به مالک منفعت و عمل اجیر گفته اند چرا که نوعاً عمل را تملیک می کند. طرف مقابل مالک منفعت زید می شود نه مالک شیئی در ذمه زید. منفعت عبارت است از صلاحیت بر خیاطت که همین الان بالفعل وجود دارد. بر عهده زید و اجیر می آید تسلیم منفعت. این قسم اول در اجاره اعمال.

قسم دوم این است که منفعت خود را تملیک نمی کند بلکه عمل خود را تملیک می کند خیاطت این ثوب را تملیک می کند به مستاجر و مستاجر مالک عمل زید در ذمه اجیر و زید می شود.

تملیک منفعت به این معنا نمی باشد که شخص مستاجر خیاط شود بلکه بر عهده خیاط و اجیر است که هر پارچه ای به او داد باید بدوزد.

در انسانهای حر بیشتر مورد دوم است و عبد که از اموال است اما می تواند اجیر بر عمل شود که در صورت اجیر شدن بیشتر به صورت اجاره اول است.

پس دقت کنید اجیر خاص اجیری است که یا عمل خاصی یا منفعت خاصی را تملیک می کند بخلاف اجیر عام منفعت عام یا عمل عامی را تملیک می کند.

در اجیر خاص مرحوم سید چهار قسم ذکر کرده است اینها در مقام توضیح متن است از خارج گفته می شود و در متن تطبیق می شود.

قسم اول:

جناب اجیر منافع متعددی دارد که تمام منافع خودش را در روز معینی به مستاجر تملیک می کند. می گوید تمام منافع خودم را در روز شنبه به تو تملیک می کنم مثلاً خیاطت و حجامت و نظافت و رانندگی و آشپزی و بنائی هم بلد است. روز شنبه که شد جناب مستاجر هر کدام از منافع یا تمام منافع خودش را استیفاء می کند.

قسم دوم:

یک منفعت خود را در یک زمان معین به مستاجر تملیک می کند فرق نمی کند منافع زیادی هم داشته باشد یا خیر فقط همان یک منفعت را داشته باشد مثلاً می گوید خیاطت در روز شنبه را به تو تملیک می کنم مستاجر می تواند در روز شنبه منفعت خیاطت را در مورد هر پارچه از او استیفاء کند.

قسم سوم:

قسم اول و دوم تملیک المنفعة بود و قسم سوم تملیک العمل است می گوید این عمل خاص را در روز شنبه برای من انجام بده می گوید عمل خیاطت در روز شنبه یا خیاطت این ثوب در روز شنبه را به تو تملیک می کنم یا بر من تملیک کن.

قسم چهارم:

همین سه صورت است با این تفاوت که در سه صورت بالا زمان قید بود اما زمان را به صورت شرط اخذ می کند مثلاً می گوید منفعت خیاطت یا عمل خیاطت را به تو تملیک کردم به شرط اینکه این عمل را در روز جمعه به من تسلیم کنی نه منفعت روز جمعه بلکه طبیعی منفعت و عمل را تملیک کرده است اما شرط می کند که آن منفعت یا عمل را در روز شنبه به من تسلیم کن. در اصل شش صورت است اما سید این صورت چهارم را یک صورت حساب کرده است.

این توضیح متن است نه شرح متن.

فرق بین شرط و قید این است که اگر در غیر زمان گفته شده در قید کار کند اصلاً به متعلق اجاره عمل نکرده است اما در شرط به متعلق اجاره عمل کرده است و فقط به شرط وفاء نکرده است.

مرحوم سيد می گوید در این چهار صورت اجیر عملی که منافی با حق مستاجر است را نمی تواند انجام دهد مثلا روز شنبه اجیر شده است شب شنبه می تواند برای خودش کار کند به شرط اینکه به کار مستاجر در روز شنبه ضربه نزد و از توان او کاسته نشود.

۱...و هو من أجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدة معينة

أو على وجه تكون منفعته الخاصة كالخياطة مثلا له أو أجر نفسه لعمل مباشرة^۲ مدة معينة أو كان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدة أو كليهما على وجه الشرطية لا القيدية لا يجوز له أن يعمل في تلك المدة لنفسه أو لغيره بالإجارة أو الجعالة أو التبرع عملا ينافي حق المستأجر...^۳

۱مسألة ۴: الأجير الخاص ...

۲ چون عمل که تمليك شد حتما مباشری می شود.

۳مسألة ۴: ... إلا مع إذنه و مثل تعیین المدة تعیین أول زمان العمل بحيث لا يتوانى فيه إلى الفراغ نعم لا بأس بغير المنافي كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل فإنه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار و مثل إجراء عقد أو إيقاع أو تعليم أو تعلم في أثناء الخياطة و نحوها لانصراف المنافع عن مثلها هذا و لو خالف و أتى بعمل مناف لحق المستأجر فإن كانت الإجارة على الوجه الأول بأن يكون جميع منافعه للمستأجر و عمل لنفسه في تمام المدة أو بعضها فللمستأجر أن يفسخ و يسترجع تمام الأجرة المسماة أو بعضها أو يبقيا و يطالب عوض الفأنت من المنفعة بعضا أو كلا و كذا أن عمل للغير تبرعا و لا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرع له بالعوض سواء كان جاهلا بالحال أو عالما لأن المؤجر هو الذي أتلّف المنفعة عليه دون ذلك الغير و إن كان ذلك الغير أمرا له بالعمل إلا إذا فرض على وجه يتحقق معه صدق الغرور و إلا فالمفروض أن المباشر للإتلاف هو الموجر و إن كان عمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة فللمستأجر أن يجيز ذلك و يكون له الأجرة المسماة في تلك الإجارة أو الجعالة كما أن له الفسخ و الرجوع إلى الأجرة المسماة و له الإبقاء و مطالبة عوض المقدار الذي فات فيتخير بين الأمور الثلاثة و إن كانت الإجارة على الوجه الثاني و هو كون منفعته الخاصة للمستأجر فحاله كالوجه الأول إلا إذا كان العمل للغير على وجه الإجارة أو الجعالة و لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه كأن تكون الإجارة واقعة على منفعة الخياطي فأجر نفسه للغير للكتابة أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة فإنه ليس للمستأجر إجازة ذلك لأن المفروض أنه ما مالك لمنفعة الخياطي فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة فيكون مخيرا بين الأمرين من الفسخ و استرجاع الأجرة المسماة و

در اینجا این عمل حرام است چرا که مصداق ظلم و تضییع حق است.

١...إلا مع إذنه و مثل تعیین المدة تعیین أول زمان

العمل

بحیث لا یتوانی فیہ إلى الفراغ نعم لا بأس بغير المنافی كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل فإنه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار و مثل إجراء عقد أو إيقاع أو تعلیم أو تعلم في أثناء الخياطة و نحوها لانصراف المنافع عن مثلها هذا...^٢

الإبقاء و مطالبة عوض الفائت و إن كانت على الوجه الثالث فكالثاني- إلا أنه لا فرق فيه في عدم صحة الإجازة بين ما إذا كانت الإجازة أو الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر عليه أو على غيره إذ ليست منفعة الخياطة مثلا مملوكة للمستأجر حتى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها بل يملك عمل الخياطة في ذمة المؤجر و إن كانت على الوجه الرابع و هو كون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا القيدية ففيه وجهان يمكن أن يقال بصحة العمل للغير بعنوان الإجازة أو الجعالة من غير حاجة إلى الإجازة و إن لم يكن جائزا من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل غاية ما يكون أن للمستأجر خيار تخلف الشرط و يمكن أن يقال بالحاجة إلى الإجازة لأن الإجازة أو الجعالة منافية لحق الشرط فتكون باطلة بدون الإجازة.

١مسألة ٤: الأجير الخاص و هو من آجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدة معينة أو على وجه تكون منفعته الخاصة كالخياطة مثلا له أو آجر نفسه لعمل مباشرة مدة معينة أو كان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدة أو كليهما على وجه الشرطية لا القيدية لا يجوز له أن يعمل في تلك المدة لنفسه أو لغيره بالإجازة أو الجعالة أو التبرع عملا ينافي حق المستأجر ...

٢مسألة ٤: ...و لو خالف و أتى بعمل مناف لحق المستأجر فإن كانت الإجازة على الوجه الأول بأن يكون جميع منافعه للمستأجر و عمل لنفسه في تمام المدة أو بعضها فللمستأجر أن يفسخ و يسترجع تمام الأجرة المسماة أو بعضها أو يبقئها و يطالب عوض الفائت من المنفعة بعضا أو كلا و كذا أن عمل للغير تبرعا و لا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرع له بالعوض سواء كان جاهلا بالحال أو عالما لأن المؤجر هو الذي أتلّف المنفعة عليه دون ذلك الغير و إن كان ذلك الغير أمرا له بالعمل إلا إذا فرض على وجه يتحقق معه صدق الغرور و إلا فالمفروض أن المباشرة للإتلاف هو الموجر و إن كان عمل للغير بعنوان الإجازة أو الجعالة فللمستأجر أن يجيز ذلك و يكون له الأجرة المسماة في تلك الإجازة أو الجعالة كما أن له الفسخ و الرجوع إلى الأجرة المسماة و له الإبقاء و مطالبة عوض المقدار الذي فات فيتخير بين الأمور الثلاثة و إن كانت الإجازة على الوجه الثاني و هو كون منفعته الخاصة للمستأجر فحاله كالوجه الأول إلا إذا كان العمل للغير على وجه الإجازة أو الجعالة و لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه كأن تكون الإجازة واقعة على منفعة الخياطي فأجر نفسه للغير للكتابة أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة فإنه ليس للمستأجر إجازة ذلك لأن المفروض أنه ما مالك لمنفعة الخياطي فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة فيكون مخيرا بين الأمرين من الفسخ و استرجاع الأجرة المسماة و الإبقاء و مطالبة عوض الفائت و إن كانت على الوجه الثالث فكالثاني- إلا أنه لا فرق فيه في عدم صحة الإجازة بين ما إذا كانت الإجازة أو الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر

يعنى در جايي جميع منافع را تملك کرده است آن منافع از اين نحو منافع مثل اجراء العقد و منصرف است.

١... 'و لو خالف و أتى بعمل مناف لحق المستأجر

فإن كانت الإجارة على الوجه الأول بأن يكون جميع منافعه للمستأجر و عمل لنفسه في تمام المدة أو بعضها فللمستأجر أن يفسخ و يسترجع تمام الأجرة المسماة أو بعضها أو يبقئها و يطالب عوض الفائت من المنفعة بعضا أو كلا...^٣

عليه أو على غيره إذ ليست منفعة الخياطة مثلا مملوكة للمستأجر حتى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها بل يملك عمل الخياطة في ذمة المؤجر و إن كانت على الوجه الرابع و هو كون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا القيدية ففيه وجهان يمكن أن يقال بصحة العمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة من غير حاجة إلى الإجازة و إن لم يكن جائزا من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل غاية ما يكون أن للمستأجر خيار تخلف الشرط و يمكن أن يقال بالحاجة إلى الإجازة لأن الإجارة أو الجعالة منافية لحق الشرط فتكون باطلة بدون الإجازة.

١ سه شنبه ١٣٨٨/٠١/٩٧.

٢مسألة ٤: الأجير الخاص و هو من آجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدة معينة أو على وجه تكون منفعته الخاصة كالخياطة مثلا له أو آجر نفسه لعمل مباشرة مدة معينة أو كان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدة أو كليهما على وجه الشرطية لا القيدية لا يجوز له أن يعمل في تلك المدة لنفسه أو لغيره بالإجارة أو الجعالة أو التبرع عملا ينافي حق المستأجر إلا مع إذنه و مثل تعيين المدة تعيين أول زمان العمل بحيث لا يتوانى فيه إلى الفراغ نعم لا بأس بغير المنافي كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل فإنه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار و مثل إجراء عقد أو إيقاع أو تعليم أو تعلم في أثناء الخياطة و نحوها لانصراف المنافع عن مثلها هذا...

٣مسألة ٤: ...و كذا أن عمل للغير تبرعا و لا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرع له بالعوض سواء كان جاهلا بالحال أو عالما لأن المؤجر هو الذي أثلّف المنفعة عليه دون ذلك الغير و إن كان ذلك الغير آمرا له بالعمل إلا إذا فرض على وجه يتحقق معه صدق الغرور و إلا فالمفروض أن المباشر للإتلاف هو الموجر و إن كان عمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة فللمستأجر أن يجيز ذلك و يكون له الأجرة المسماة في تلك الإجارة أو الجعالة كما أن له الفسخ و الرجوع إلى الأجرة المسماة و له الإبقاء و مطالبة عوض المقدار الذي فات فيتخير بين الأمور الثلاثة و إن كانت الإجارة على الوجه الثاني و هو كون منفعته الخاصة للمستأجر فحاله كالوجه الأول إلا إذا كان العمل للغير على وجه الإجارة أو الجعالة و لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه كأن تكون الإجارة واقعة على منفعة الخياطي فأجر نفسه للغير للكتابة أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة فإنه ليس للمستأجر إجازة ذلك لأن المفروض أنه ما مالك لمنفعة الخياطي فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة فيكون مخيرا بين الأمرين من الفسخ و استرجاع الأجرة المسماة و الإبقاء و مطالبة عوض الفائت و إن كانت على الوجه الثالث فكالثاني- إلا أنه لا فرق فيه في عدم صحة الإجازة بين ما إذا كانت الإجارة أو الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر عليه أو على غيره إذ ليست منفعة الخياطة مثلا مملوكة للمستأجر حتى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها بل يملك عمل الخياطة في ذمة المؤجر

اما به لحاظ وضعی:

صورت اول:

که منفعت را به تمامه در زمان معین مثلا روز جمعه تملیک به غیر کرد گفت تمامی منافع من در روز جمعه مال توسست در قبال یک عوض این اجیر خاص و عقد اجاره است. حال روز جمعه که می شود در تمام یا بعضی از وقت روز جمعه به جای اینکه برای زید کر کند برای دیگری کار می کند می خواهیم ببینیم به لحاظ حکم وضعی حکمش چیست؟ مرحوم سید می فرمایند که ما در این صورت سه فرض داریم:

فرض اول:

در تمام وقت یا پاره ای از وقت برای خودش کار کند مثلا برای خودش خیاطت کند یا مشغول درس خواندن یا تدریس شود یا خیر اصلا بیکار نشست و مشغول دیدن تلویزیون شد.

فرض دوم:

برای غیر کار کند اما تبرعا روز جمعه در تمام یا پاره از آن روز مثلا برای عمرو مجانا و تبرعا کار می کند.

فرض سوم:

برای غیر مع العوض کار می کند یا به عقد اجاره یا جعاله در تمام یا پاره ای از وقت.

سید می گوید که در فرض اول که برای خودش کار کند جناب زید مستأجر دو کار می تواند

بکند:

و إن كانت على الوجه الرابع و هو كون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا القيدية ففيه وجهان يمكن أن يقال بصحة العمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة من غير حاجة إلى الإجازة و إن لم يكن جائزا من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل غاية ما يكون أن للمستأجر خيار تخلف الشرط و يمكن أن يقال بالحاجة إلى الإجازة لأن الإجارة أو الجعالة منافية لحق الشرط فتكون باطلة بدون الإجازة.

کار اول اینکه این عقد اجاره را ابقاء کند و به اجیر بگوید این منفعت من را در روز جمعه یا بخشی از منفعت من را تلف کردی عوض را باید بدهی که اجرة المثل است.

کار دوم این که فسخ می کند سید می گوید که اگر تمام وقت برای خودش کار کرده بود اجرة المسمی به او تعلق نمی گیرد لذا تمام اجرة المسمی را که به اجیر داده بود پس می گیرد اما اگر بعضی را برای خودش کار کرده بود به همان مقدار اجرة المسمی به او تعلق می گیرد و بقیه را پس می گیرد. چرا که وقتی فسخ می کند عقد اجاره را در نصفش فسخ می کند یعنی در فسخ از زمانی که فسخ می کند عقد باطل می شود.

پس سید می فرمایند که مخیر بین فسخ و ابقاء است.

دلیل سید چه می باشد؟

سید دو شق قائل شد یک شق فسخ و یک شق هم ابقاء می کند . در مورد فسخ گفت اگر تمام مدت برای خودش کار کرده است جناب مستأجر می تواند عقد را کلاً فسخ کند و کل اجرة المسمی را از او پس می گیرد اما اگر نصف زمان برا یخودش و نصف زمان برا مستأجر مستأجر می تواند در همان نصف که برای او کار نکرده است پس می گیرد که اجرة المسمی نصف را که نصف اجرة المسمی می شود.

فسخ معنایش چیست؟ باید برگردد دای»ا به جعل حق الخيار برای خودش تصریحاً یا ارتکازاً در اینجا یک شرط ارتکازی است که اگر منفعت را تماماً یا بعضاً به من تملیک نکردی من حق فسخ دارم که بر اساس این شرط ارتکازی است که این حق فسخ را دارد دائماً فسخ بر میگردد به تخلف از شرط تصریحی یا ارتکازی.

این در مورد حق فسخ جناب مستأجر.

اما شق دوم که ابقاء باشد ابقاء می دانید که عقد اجاره از عقود لازمه است بعد از عقد اجاره فرض کردیم جناب مسأجر مالک منفعت زید اجیر شد اجیر هم مالک اجرة المسمی در

ذمه مستأجر که زید است شد بنابر این عقدی است لازم و در سیره عقلاء اینطور نمی باشد که اگر کسی منفعت را تحویل نداد عقد منفسخ شود بنابر این ابقاء می کند و لذا می گوید که اجرة المسمای شما چه مقدار بود بفرما این اجرة المسمى بعد می گوید منفعت من را بده و این شخص نمی تواند منفعت را تحویل دهد چرا که منفعت او بود در روز جمعه و روز جمعه منقضی شده است که در سیره عقلاء وقتی نمی تواند اجرة المسمى را بدهد بدل آن را می دهد که بدل آن اجرة المثل است که مثلاً اجرة المسمى ده دینار بوده است و اجرة المثل دوازده دینار است. در نزد عرف بدل عمل و منفعت اجرة المثل است لذا نمی تواند بگوید که بدل آن در روز شنبه بیا کار کن. این دیگر بدل نمی باشد بلکه یک معاوضه و عقد جدید نمی باشد.

مرحوم آقای خوئی بر سید اشکال گرفته است در کجا؟ در صورت فسخ. سید در صورت فسخ فرمود که اگر تمام منفعت ترا تفویت کرد است جناب مسأجر تمام العقد را فسخ می کند و تمام اجرة المسمى را بر می گرداند و اما اگر نصف منفعت را تفویت کرده بود سید فرمود که مستأجر می تواند به لحاظ تفویت شده عقد را فسخ کند یعنی در نصف عقد فسخ کند و نصف اجرة المسمى را بر می گرداند این شق دوم را مرحوم خوئی اشکال کرده است و گفته است عقد اجاره یک شیء واحد است نمی شود که نصف آن را فسخ و نصف را ابقاء کند. مثلاً ۲ کیلو شکر می خرید و می بینید که سر شما کلاه رفته است می گوید نمی کیلو شکر چیزی نمی باشد در نیم کیلو ابقاء می کند و در ما بقی فسخ می کند این نمی شود یا باید کل معامله را باید فسخ کند یا کل را ابقاء کند. نمی تواند مقداری را فسخ و مقداری را ابقاء کند. در نظر مرحوم خوئی وقتی فسخ در تمام کرد در اینجا می گوید که حال که نصف روز برای من کار کردی این هم اجرة المثل نصف. این مورد اختلاف مرحوم خوئی و سید می باشد.

آیا فرمایش مرحوم خوئی به کلیتش درست است یا خیر این که عقد حقیقت واحده است این آیا درست است یا خیر؟

به لحاظ عقلی هیچ محذوری در آن نمی باشد اگر کسی بیايد معامله را در نصف فسخ کند یعنی وقتی من تمليک کردم این دو کیلو کشر را در قبال یک عوض وقتی تملي کرکردم این تمليک من متضمن تمليک این دو کیلو هم است آن نمی کیلو هم تمليک شد حالا در مقام تمليک می خواهم از تمليک سه چهارم برگردم و ما بقي را ابقاء کنم این عالم اعتبار است و هیچ محذوری در آن نمی باشد آن ملیکتهای و اموری که در اثر این تمليک واقعی ایجاد می شود اعتباری است لذا محذوری در ابقاء و فسخ بعض نمی باشد. اما اینکه گفتیم ثبوتاً معقول است به معنای وقوعش را نمی توان نتیجه گرفت. مثلاً می گوییم امکان دارد که شیطان در عالم موجود باشد می گوییم بله اما نمی توان گفت که حال که امکان دارد پس موجود است. ما قائلیم در دو مورد حق الخيار بعضی می باشد.

مورد اول:

در جایی که در نظر عرف عقد اجاره انحلالی است فقط در ابراز یک ایجاب و قبول داشتیم مثلاً شما پانزده قلم جنس می خرید در واقع یک عقد بیشتر نداشتید که مجموع اقلام را به پنجاه هزار تومان خرید کردیم اما به لحاظ عرف به عدد اقلام شما عقد بیع کردید. این ها هر کدام در نظر عرف یک عقد بیع است لذا اگر شما رفتید خانه این پانزده قلم که خرید یک قلم آن فاسد است آیا می توانید همه را فسخ کنید؟ خیر فقط می توانید معامله را نسبت به شیر فسخ کنید.

یا دیدید که این عقلامی که حساب کرده است در هم مغبون شدید شما می توانید در سه قلم فسخ کنید و ما بقي را فسخ کنید چون مابقی کلاه کمتری سرتان رفته است مبلغشان کم است.

پس مورد اول جایی است که عرفاً انحلالی است.

مورد دوم: جایی است که از ابتداء شرط کند می گوید این مقدار برنج یا گندم را می خرم هر قدر را نخواستم می آیم و فسخ می کنم در اینجا این حق فسخ نسبت به ابعاض می باشد پس ثبوتاً معقول است و در دو مورد این حق فسخ نسبت به ابعاض می باشد.

در باب اجاره منافی،،، که ما نحن فیه است اگر مراد مرحوم خوئی این است که شرط ارتکازی فسخ تمام است می گوئیم این را ما وجدان نمی کنیم و می گوئیم شرط ارتکازی حق الفسخ است مطلقاً نه فسخ کل. اگر شک کردیم که شرط ارتکازی چه می باشد در اینجا در جایی که حق فسخ مشخص نمی باشد سیره بر لزوم است یا نسبت به بعض ثابت نمی باشد که این حق باشد باز حق فسخ نسبت به بعض ندارد.

در جایی که انحلالی نباشد عرفاً و شرط ارتکازی بر فسخ بعض هم نباشد در اینجا حق فسخ بعض ندارد.

مثلاً خانه را خریدید و دیدید که مقداری از خانه معیوب است در اینجا نمی توانی بعض را فسخ کنی چرا که اجاره و بیع خانه انحلالی نمی باشد و شرط ارتکازی هم حق الخيار نسبت به کل است نه نسبت به بعض.

در باب فسخ لازم نمی باشد عین موجود باشد مثلاً برنج را خریدم و خوردم و بعد از دو سال تازه امروز فهمیدم این برنج را با ما گران حساب کرده است و به بائع می گوید که باید عقد را فسخ کنی و بعد بائع فسخ می کند و ثمن المثل این برنج را به بائع می دهد.

در بحث غبن ما گفتیم که در نظر عرف این طور است که دو کار می تواند بکند:

یکی اینکه می تواند معامله را فسخ کند.

یکی اینکه ما به التفاوت را بگیرد خلافاً للمشهور که گفته اند ما به التفاوت را نمی تواند بگیرد.

اشکال مرحوم خوئی این بوده است که این ارتکاز را ایشان در مورد این دو مورد نداشته اند و لو این عدم ارتکاز به خاطر تحلیل ایشان بوده است که عقد اجاره حقیقت واحده ای است.

فرض دوم:

جناب اجیر برای غیر کار می کند اما به نحو تبرع و مجانی اینجا مجانی برای غیر کار می کند فرق نمی کند که غیر از او خواسته باشد یا خودش برای غیر رفته است و برای او کار کرده است. در اینجا سید می فرمایند که در اینجا هم آن دو صورت است:

تارة مستأجر عقد را فسخ می کند و اجرة المسمى را از او به نسبت کاری که نکرده است از او پس می گیرد

و تارة عقد را ابقاء می کند و طلب منفعت کرده و بدل او را که اجرة المثل است از او می گیرد و نمی تواند سراغ متبرع له برود ولو غیر از اجیر خواسته است که این کار را کند چرا که تفویت مستند به اجیر است و لو غیر اجیر را تشویق کرده باشد که کار برای مستأجر انجام ندهد. سید گفته است بله در یکجا می تواند به متبرع له رجوع کند جایی که متبرع له او را فریب داده باشد مثلاً غیر گفته باشد که مستأجر به من گفته است که اگر بخواهی تو امروز برای من کار کنی اشکال ندارد که سر کار بروی.

اما مسئله بخوانیم:

تبرعا دو معنا دارد: یکی انجام دادن عمل از طرف غیر مثلاً از طرف خودش دین دیگری را پرداخت کرد

و یکی هم به معنای مجانی که در اینجا این معنای دوم مراد است.

١... و كذا أن عمل للغير تبرعا

و لا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرع له بالعوض سواء كان^٢ جاهلا بالحال أو عالما لأن المؤجر^٣ هو الذي أتلف المنفعة عليه دون ذلك الغير و إن كان ذلك الغير آمرا له بالعمل إلا إذا فرض على وجه يتحقق معه صدق الغرور و إلا فالمفروض أن المباشر للإتلاف هو الموجر...^٤

١مسألة٤: الأجير الخاص و هو من أجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدة معينة أو على وجه تكون منفعته الخاصة بالخياطة مثلا له أو أجر نفسه لعمل مباشرة مدة معينة أو كان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدة أو كليهما على وجه الشرطية لا القيدية لا يجوز له أن يعمل في تلك المدة لنفسه أو لغيره بالإجارة أو الجعالة أو التبرع عملا ينافي حق المستأجر إلا مع إذنه و مثل تعيين المدة تعيين أول زمان العمل بحيث لا يتوانى فيه إلى الفراغ نعم لا بأس بغير المنافي كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل فإنه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار و مثل إجراء عقد أو إيقاع أو تعليم أو تعلم في أثناء الخياطة و نحوها لانصراف المنافع عن مثلها هذا و لو خالف و أتى بعمل مناف لحق المستأجر فإن كانت الإجارة على الوجه الأول بأن يكون جميع منافعه للمستأجر و عمل لنفسه في تمام المدة أو بعضها للمستأجر أن يفسخ و يسترجع تمام الأجرة المسماة أو بعضها أو يبقيا و يطالب عوض الفأث من المنفعة بعضا أو كلا ...

٢ الغير المتبرع له.

٣ موجر در باب اعمال يعنى اجير بخلاف باب اعيان كه موجر مالك عين است.

٤مسألة٤: ... و إن كان عمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة للمستأجر أن يجيز ذلك و يكون له الأجرة المسماة في تلك الإجارة أو الجعالة كما أن له الفسخ و الرجوع إلى الأجرة المسماة و له الإبقاء و مطالبة عوض المقدار الذي فات فيتخير بين الأمور الثلاثة و إن كانت الإجارة على الوجه الثاني و هو كون منفعته الخاصة للمستأجر فحاله كالوجه الأول إلا إذا كان العمل للغير على وجه الإجارة أو الجعالة و لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه كأن تكون الإجارة واقعة على منفعة الخياطي فأجر نفسه للغير للكتابة أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة فإنه ليس للمستأجر إجازة ذلك لأن المفروض أنه ما مالك لمنفعة الخياطي فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة فيكون مخيرا بين الأمرين من الفسخ و استرجاع الأجرة المسماة و الإبقاء و مطالبة عوض الفأث و إن كانت على الوجه الثالث فكالثاني- إلا أنه لا فرق فيه في عدم صحة الإجازة بين ما إذا كانت الإجارة أو الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر عليه أو على غيره إذ ليست منفعة الخياطة مثلا مملوكة للمستأجر حتى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها بل يملك عمل الخياطة في ذمة المؤجر و إن كانت على الوجه الرابع و هو كون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا القيدية ففيه وجهان يمكن أن يقال بصحة العمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة من غير حاجة إلى الإجازة و إن لم يكن جائزا من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل غاية ما يكون أن للمستأجر خيار تخلف الشرط و يمكن أن يقال بالحاجة إلى الإجازة لأن الإجارة أو الجعالة منافية لحق الشرط فتكون باطلة بدون الإجازة.

اینکه فرموده است جناب مستأجر حق فسخ دارد به خاطر این است که یک شرط ارتکازی است که اگر منفعت را تسلیم نکردی من حق فسخ دارم و وقتی فسخ می کند اجرة المسمی را پس می گیرد و اگر نداده به او تحویل نمی دهد

اما صورت دوم که صورت ابقاء است گفتیم عقد اجاره عقد لازم است یعنی از عقود نمی باشد که باید منفسخ شود و نکته ای برای انفساخ ندارد منفعتی من مالک بودن و اجیر آن منفعت را تفویت کرده است یک قاعده عقلائی اس که شارع مقدس پذیرفته است که کسی که منفعت را تفویت کند ضامن است و اجیر تلف کرد و ضامن است .

اما اینکه نمی توانم به غیر متبرع له رجوع کنم این دو صورت دارد:

یکبار آن غیر خبر ندارد که این شخص برای او کاری کرده است یا می داند کاری کرده است اما نمی دانسته است که اجیر شده یا می داند اجیر شده است ،،،،،

اما یکبار غیر امر کرده است. یک آمر و یک مباشر داریم می دانید که اگر او امر نمی کرد این شخص هم کار نمی کرد و به سر کار خودش می رفت آمر غیر متبرع له است که مباشر اجیر است و در نظر عرف باید کدام اقوای در تفویت باشد که در اینجا عرف اجیر و مباشر را اقوی می داند چرا که آمر فقط از او خواسته است و اجیر می توانسته قبول نکند. اما قبول کرد و مشغول کار برای دیگری شد.

بله اگر اکراه کند اکراهی که متناسب با او در اینجا مکره به کسر ضامن است.

اما اگر فرض سید را برویم که غرور باشد به او گفت جناب مستأجر گفت که مرخص در این هستی که بیایی برای من خیاطت کنی و اجیر جاهل از این امر بوده است که این اذن را مستأجر را نداده است در اینجا یک غار و یک مغرور داریم در بحث غرور گفته ایم که مالک نمی تواند هیچگاه به غار رجوع کند بلکه به مغرور رجوع می کند و مغرور به غار رجوع می کند این را توضیح می دهیم.

مثلا یک نانی است که به دیگری می دهم و می گویم میل کنید مال من است و آکل نمی دانسته است که این نان ملک این شخص تعارف کننده نمی باشد بلکه مالک زید است در اینجا زید ضرری به او رسیده است در اینجا ضامن کیست؟ مغرور و آکل یا غار و تعارف کنند؟ در اینجا بحث این است که تلف نان عرفا مستند به مغرور است یا غار؟ ماها می گویم مستند به مباشر است در اینجا می توانست جلوی شکمش را نگه دارد و نان را نخورد وقت مستنب همغرور شد مباشر و مغرور مالک رجوع به مباشر و مغرور می کند و مباشر عوض و بدل را به مالک می دهد مثل باشد یا قیمت. وقتی می دهد مباشر خسارت می بیند در واقع پول نان از دست او می رود این خسارات مستند به غار است اینجا است که مغرور رجوع می کند به غار و پول نان را که از جیبش رفته بود از او می گیرد.

پس در غرور مالک رجوع می کند به مباشر و مغرور و مباشر و مغرور که بدل می دهد خسارت می بینند قبل از دادن بدل خسارتی ندیده است بعد از دادن پول و خسارت دیدن رجوع می کند به غار این در قاعده ی غرور است. یعنی طلب اولاً مستند به مغرور است نه غار و ثانیاً مغرور به مالک خسارت می دهد خسارت خودش مستند به غار است و می تواند از او مطالبه کند اما خسارتی که به مالک وارد شده است به غار مستند نمی باشد بلکه مستند به مغرور است لذا اگر مغرور پول بیشتری به مالک داد دیگر در آن مقدار بیشتر نمی تواند به غار رجوع کند چرا که خسارت بیشتر مستند به غار نمی باشد. اما اگر کمتر به مالک داد دیگر نمی تواند به قیمت اصلی که بیشتر از مقداری است که به مالک داده است می باشد به غار رجوع کند و مطالبه کند چرا که در مقدار بیشتر خسارت ندیده است لذا به مثل رجوع می کند اگر مثل را به مالک داده است و اگر بیشتر داد به مالک باز به مثل رجوع می کند چون خسارت بیشتر مستند به غار نمی باشد و اگر کمتر داد به مقدار کمتر به غار مراجعه می کند چرا که به آن مقدار مغرور شده است و خسارت دیده است.

درنظر عرف این شخص مغرور و مباشر در تفویت مال مالک اقوی است تا شخص غار.

پس ضامن کسی است که در تفویض اقوی است عرفا و خسارت به او مستند است.

برای روشن شدن اینکه مباشر اقوی است مثالی بزنیم. مثلا شما از بازار ماست می خرید و می خورید و بعد مشخص می شود که غصبی است مالک ماست می تواند به دو نفر رجوع کند مسلما هم می تواند به آکل و هم فروشنده رجوع کند. باینکه فروشنده ماست هم نخورده است این در صورتی است که عین تلف شده است اما اگر ماست هست مالک فقط به خریدار رجوع می کند.

در ما نحن فیه وزان فروشند وزان مغرور است. لذا معلوم می شود که با ارتکاز می سازد که می تواند به مغرور رجوع کند.

البته این مثال دلالت نمی کند که در اینجا هم مالک می تواند به مغرور و غار رجوع کند چرا که در این مثال هم فروشنده و هم خریدار ید بر مال داشته اند در مثال نان فقط مغرور ید داشته است.

گفته نشود که در مثال ماست مثال مع الفارق است چرا که در اینجا تعارف کننده نان عالم است بخلاف فروشنده که جاهل است.

می گوئیم که اولاً اگر فروشنده هم عالم باشد باز مالک ماست می تواند به فروشنده و هم آکل و خریدار رجوع کند و ثانیاً ما مثال جهل را برای فروشنده زدیم تا فروشنده هم مغرور شود.

در مثال اجیر و ما نحن فیه: با کلام سید موافق نمی باشیم بلکه می گوئیم در اجرة المثل رجوع می کند به اجیر و اجیر در همان اجرة المثل رجوع می کند به غار که غیر متبرع له باشد.

١... أو إن كان عمل للغير بعنوان الإجارة

أو الجعالة فللمستأجر أن يجيز ذلك^٣ و يكون له الأجرة المسماة في تلك الإجارة أو الجعالة كما أن له الفسخ و الرجوع إلى الأجرة المسماة و له الإبقاء و مطالبة عوض المقدار الذي فات فيتخير بين الأمور الثلاثة...^٤

١ سه شنبه ٩٧/٠٢/٠٤.

مسألة ٤: الأجير الخاص و هو من أجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدة معينة أو على وجه تكون منفعته الخاصة كالخياطة مثلا له أو أجر نفسه لعمل مباشرة مدة معينة أو كان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدة أو كليهما على وجه الشرطية لا القيدية لا يجوز له أن يعمل في تلك المدة لنفسه أو لغيره بالإجارة أو الجعالة أو التبرع عملا ينافي حق المستأجر إلا مع إذنه و مثل تعيين المدة تعيين أول زمان العمل بحيث لا يتوانى فيه إلى الفراغ نعم لا بأس بغير المنافي كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل فإنه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار و مثل إجراء عقد أو إيقاع أو تعليم أو تعلم في أثناء الخياطة و نحوها لانصراف المنافع عن مثلها هذا و لو خالف و أتى بعمل مناف لحق المستأجر فإن كانت الإجارة على الوجه الأول بأن يكون جميع منافعه للمستأجر و عمل لنفسه في تمام المدة أو بعضها فللمستأجر أن يفسخ و يسترجع تمام الأجرة المسماة أو بعضها أو يبقئها و يطالب عوض الفائت من المنفعة بعضا أو كلا و كذا أن عمل للغير تبرعا و لا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرع له بالعوض سواء كان جاهلا بالحال أو عالما لأن المؤجر هو الذي أتلف المنفعة عليه دون ذلك الغير و إن كان ذلك الغير أمرا له بالعمل إلا إذا فرض على وجه يتحقق معه صدق الغرور و إلا فالمفروض أن المباشر للإتلاف هو الموجر

٣ الإجارة الثانية أو الجعالة.

مسألة ٤: الأجير الخاص و هو من أجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدة معينة أو على وجه تكون منفعته الخاصة كالخياطة مثلا له أو أجر نفسه لعمل مباشرة مدة معينة أو كان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدة أو كليهما على وجه الشرطية لا القيدية لا يجوز له أن يعمل في تلك المدة لنفسه أو لغيره بالإجارة أو الجعالة أو التبرع عملا ينافي حق المستأجر إلا مع إذنه و مثل تعيين المدة تعيين أول زمان العمل بحيث لا يتوانى فيه إلى الفراغ نعم لا بأس بغير المنافي كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل فإنه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار و مثل إجراء عقد أو إيقاع أو تعليم أو تعلم في أثناء الخياطة و نحوها لانصراف المنافع عن مثلها هذا و لو خالف و أتى بعمل مناف لحق المستأجر فإن كانت الإجارة على الوجه الأول بأن يكون جميع منافعه للمستأجر و عمل لنفسه في تمام المدة أو بعضها فللمستأجر أن يفسخ و يسترجع تمام الأجرة المسماة أو بعضها أو يبقئها و يطالب عوض الفائت من المنفعة بعضا أو كلا و كذا أن عمل للغير تبرعا و لا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرع له بالعوض سواء كان جاهلا بالحال أو عالما لأن المؤجر هو الذي أتلف المنفعة عليه دون ذلك الغير و إن كان ذلك الغير أمرا له بالعمل إلا إذا فرض على وجه يتحقق معه صدق الغرور و إلا فالمفروض أن المباشر للإتلاف هو الموجر و إن كان عمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة فللمستأجر أن يجيز ذلك و يكون له الأجرة المسماة في تلك الإجارة أو الجعالة كما أن له الفسخ و الرجوع إلى الأجرة المسماة و له الإبقاء و مطالبة عوض المقدار الذي فات فيتخير بين الأمور الثلاثة و إن كانت الإجارة على الوجه الثاني و هو كون منفعته الخاصة للمستأجر فحاله كالوجه الأول إلا إذا كان العمل للغير على وجه الإجارة أو الجعالة و لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه كأن تكون الإجارة واقعة على منفعة الخياطي

در اینجا سید وارد فرض سوم می شود که این فرض عبارت است از اینکه جناب اجیر ما در روز جمعه به جای این که منافع را در اختیار زد بگذارد اجیر بر کس دگسری شد یا عملی را به عنوا جعاله برای دگیری انجام داد آیا جناب مساجر زید در مقابل اجیر چه می تواند بکند سید می فرمایند که سه کار می تواند بکند:

کار اول: فسخ کند بگوید که منافع را به من تسلیم نکردی من فسخ می کنم بر اساس شرط ارتکازی که اگر منافع را تسلیم نکرد فسخ کند (این خیار خیلی معروف شده است به خیار تخلف شرط است این خیار شرط است چون موضوع را تخلف شرط گرفته اند در حالی که موضوع تخلف شرط نمی باشد بلکه خیار شرط است جعل کرد هاست خیار در ظرف تخلف از وفاء به عقد ببینید من الان کتابی را به شما می فروشم به شرط اینکه خیاطت انجام دهی بعد شا خیاطت انجام نمی دهیم من حق فسخ داریم این حق قسم من از کجا ناشی شده است اینها می گفتند که خیار تخلف شرط است ،،،، اما ،،،)

این کار اول.

کار دوم این است که این عقد را بتقاء میکند منفعت خودش را برای من با عمل برای دیگری اتلاف کرد لذا ضامن است باید اجرة المثل منفعت خودش را به من بدهد. بعد خود مستاجر باید اجرة المسمى را بدهد.

فأجر نفسه للغير للكتابة أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة فإنه ليس للمستأجر إجازة ذلك لأن المفروض أنه ما مالك لمنفعة الخياطي فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة فيكون مخيرا بين الأمرين من الفسخ و استرجاع الأجرة المسماة و الإبقاء و مطالبة عوض الفائت و إن كانت على الوجه الثالث فكالثاني- إلا أنه لا فرق فيه في عدم صحة الإجازة بين ما إذا كانت الإجازة أو الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر عليه أو على غيره إذ ليست منفعة الخياطة مثلا مملوكة للمستأجر حتى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها بل يملك عمل الخياطة في ذمة المؤجر و إن كانت على الوجه الرابع و هو كون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا القيدية ففيه وجهان يمكن أن يقال بصحة العمل للغير بعنوان الإجازة أو الجعالة من غير حاجة إلى الإجازة و إن لم يكن جائزا من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل غاية ما يكون أن للمستأجر خيار تخلف الشرط و يمكن أن يقال بالحاجة إلى الإجازة لأن الإجازة أو الجعالة منافية لحق الشرط فتكون باطلة بدون الإجازة.

کار سوم: عقد را ابقاء کند و اجرة المسمى را ب اجیر دهد اما جعاله یا اجاره دوم را که فضولی است، امضاء می کند و اجرة المسمای عملی را که اجیر به جعاله یا اجاره انجام داده بود از اجیر می گیرد. خوب وقتی ما عقد فضولی را امضاء کردیم آن ثمن به ملک من امضاء کننده و مالک می آید من که اجاره یا جعاله را بر عقد دوم که فضولی بود چون آن عقد دوم بر منفعتی بسته شد که ملک من بود و بدون اذن من این عقد بسته شده است لذا می شود فضولی است لذا اگر امضاء کردم ثمن آن به ملک من می آید.

هر ضرری که خارج از ذات عقد است این را عقلاء ضامن نمی دانند مثلاً اگر کتاب را به من می داد من مجبور نبودم الان ده برابر قیمت آن زمان کتاب بخرم الان نمی گویند که شما که از عقد تخلف کردی و به من ضرر زدی این را باید جبران کنیم. این امور امور اتفاقی می باشند اتفاقی شده است که این کتاب قیمتش بالا رفته است. در این صورت عقلاء این ضرر را مستند به آن شخص که تخلف کرده است نمی دانند.

این مطالبی که گفته شد تقریباً نکاتش و دلیلش با خودش است و نکته ای نیاز نمی خواهد گفت اما برویم سراغ کلام مرحوم خوئی. مرحوم خوئی که در مقام شرح کلام سید که بر آمده اند در اجاره ثانیه کلامی دارند: گفته اند دو جور تصور می شود:

یکی اینکه اجیر به آن ثالث بگوید من منفعت خیاطم مرا به تو تملیک کرده ام این یک صورت . منفعت متقوم به شخص است و در ذمه نمی آید.

یک صورت این است که عمل خیاطة را به ذمه بگیرد بگوید که من اجیر شدم و این عمل را به ذمه می گیرم. عمل یک کلی متقوم به ذمه است.

این را قبلاً توضیح دادیم که در اجاره افراد دو جور فرض می شد یکبار منفعت را تملیک می کند و یکبار عمل را به ذمه می گیرد. در قسم اول اشتغال ذمه نمی باشد بخلاف قسم دوم که اشتغال ذمه است.

ایشان می گوید که مراد سید صورت اول است که منفعت الخیاطة را تملیک کند این صورت اول چرا که در صورت دوم اگر عمل خیاطت را به ذمه بگیرد این ها منافاتی ندارد که منفعتش مال کسی باشد و عمل در ذمه مال کس دیگر باشد و منفعت زید را که به عمرو نداده است. اگر قسم دوم باشد دیگر عقد فضولی در کار نمی باشد.

این یک کلام مرحوم خوئی.

قبل از اینکه وارد مطلب دوم شویم این کلام اول را نقد کنیم:

این کلام ایشان را موافق نمی باشیم مرحوم سید جعاله را بر اجاره عطف گرفته است آنیکه در جعاله متعارف است^۱ من خاط ثوبی یوم الجمعة فله دینار در آنجا نه منفعتی تملیک می شود و نه ذمه ای مشغول می شود به نحو جمله شرطیه می گوید که اگر عمل را انجام دهی فلان مقدار به تو می دهم دیگر نه منفعت تملیک می شود و نه عمل به ذمه می آید اما متعارف این است که عمل خارجی را برای او انجام می دهد که در نزد عرف به منزله تملیک عمل است. اصلاً مفاد عقد تملیک و عملی نمی باشد خوب از قرینه عطف جعاله چه استفاده می شود؟ مرحوم سید هر دو قسم در نظرشان است. پس این مطلب مرحوم خوئی درست نمی باشد. در اینجا جعاله فضولی است مثل اینکه اگر کسی به زید بگوید که اگر کتاب عمرو را به من تملیک کنی این مقدار به تو می دهم این می شود عقد فضولی. در اینجا عامل فضول است چرا که عمل خارجی را برای دیگری انجام می دهد که در نزد عقلاء به منزله تملیک به دیگری است. ظاهر کلام سید هر دو فرض را می گیرد.

^۲کلام دوم مرحوم خوئی:،،،،

^۱ یعنی در جعاله متعارف عملی تکوینی را از عامل می خواهند اما غیر متعارف این است که عمل اعتباری را به عنوان متعلق جعاله قرار می دهند مثلاً می گوید من ملک کنی کتاباً فله عشرة دنانیر. این جعاله غیر متعارف است. (ت ق ک اص اس مد ۹۷/۰۲/۰۴)

۱...و إن كانت الإجارة على الوجه الثاني

و هو كون منفعته الخاصة للمستأجر فحاله كالوجه الأول إلا إذا كان العمل للغير على وجه الإجارة أو الجعالة و لم يكن من نوع العمل^۲ المستأجر عليه كأن تكون الإجارة واقعة على منفعة الخياطي فأجر نفسه للغير للكتابة أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة فإنه ليس للمستأجر إجازة ذلك لأن المفروض أنه ما مالك لمنفعة الخياطي فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة فيكون مخيرا بين الأمرين من الفسخ و استرجاع الأجرة المسماة و الإبقاء و مطالبة عوض الفائت...

سید وارد وجه دوم می شوند که وجه دوم این بود که منفعت خاصی از خود را تملیک کرد به مالک در عین حال رفت برای دیگری کار انجام داد حال یا به اجاره یا جعاله. سید می فرمایند این دو صورت دار:

یک صورت این است که در اجاره می گوئیم و در جعاله مشخص می شود.

در اجاره اول منفعت خیاطت را تملیک کرده بود در اجاره دوم تارة اجیر می شود برای خیاطت و صورت دوم این است که برای عملی غیر خیاطت اجیر شد مثلاً کتابت.

۱ سه شنبه ۱۱/۰۲/۹۷.

۲ کاش می گفتند من نوع منفعة چرا که فرض اول و دوم سید این بود که منفعت خود را تملیک به مستأجر می کند.

سید می گویند اگر اجیر شد برای خیاطت مخیر بین سه امر است مثل امر اول مخیر است که اجاره را فسخ کند و اجرة المسمى را بگیرد. دیگر اینکه ابقاء کند و اجرة المثل منفعت تفویت شده را بدهد. ابقاء اجاره دوم اجرة المسمى اجاره اول را می دهد و اجرت المسمى عقد دوم را می گیرد.

در فرض دوم که اجیر شده است بر کتاب سید می گوید که اجاره دوم باطل است و قابل تصحیح نمی باشد. لذا دو صورت می ماند یکی فسخ پس گرفتن اجرة المسمى اگر به اجیر داده است و یکی هم ابقاء و گرفتن اجرة المثل منفعت تفویت شده و دادن اجرة المسمى به اجیر. این خود مسئله بود.

اینجا سید دو کلام دارد:

وجه اینها در غیر یک مورد مثل کلام اول است .

کلام دوم در جایی است که عمل و منفعتی که ملک مستأجر است با عملی که باری دیگری اجیر انجام می دهد مغایر است. در اینجا سید کلامش با کلام جهت اول فرق می کند. خوب در کلام اول تمام مطالبی که در وجه اول گفته شد می آید.

اما در فرض دوم که خیار فسخ دارد این روشن است چرا که شرط ارتکازی است.

“““

اما اینکه عقد دوم باطل است علت چیست؟ منفعت خیاطت يوم الجمعة مال مستأجر اول است به مستأجر دوم کتابت را تملیک کرده است فرقی نمی کند چه منفعت کتابت یا عمل کتابت را تملیک کند این عقد را سید گفته اند باطل است. چرا عند العقلاء باطل است؟ چرا که اجیر قدرت وفاء به عقد اول و دوم را با هم ندارد نی تواند تمام روز جمعه هم مشغول کتابت و هم مشغول خیاطت باشد. این معقول نمی باشد که عقلاء هر دو ارا مضاء نمی کنند

وب گوید که تو مکلف به خیاطت و کتابت هستی. خوب در اینجا یا هر دو را باید امضاء نکنند یا یکی را امضاء نکنند. خوب در عقد اول وقتی عقد بست مزاحمی نداشت لذا امضاء می کنند. وقتی امضاء کردند عقد اول در زمان اول عقد دوم را دیگر امضاء نمی کنند یک قاعده کلی هر گاه وفاء به عقد مستلزم امر ممنوعی باشد آن عقد را امضاء نمی کنند امضاء عقد دوم مستلزم امر ممنوعی که عدم وفاء به عقد اول باشد است. تا اینجا کسی به کلام سید اشکال نکرده است.

اما قسمت دوم مورد کلام است که اگر مستاجر اول قبل یا بعد از کتابت امضاء کرد که سید می گویند اثری ندارد و قابل تصحیح نمی باشد. و سید نفرمودند که اینجا ،،،، کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده. لذا در عقد دوم که کتابت باشد ضمان آور است اما در صحیح باشد اجرة المسمى باید بدهد و در فاسد باید اجرة المثل بدهد این را سید نفرمودند اما از اینکه می گویند که عقد باطل است مشخص می شود که مستاجر دوم باید اجرة المثل کتابت را به اجیر بدهد. عقد فاسد یعنی عقدی که اثری ندارد مستاجر مالک منفعت و عمل اجیر نمی شود و اجیر مالک اجرة المسمى کتابت نمی شود لذا اجرة المثل به ذمه مستاجر می آید.

چرا سید می فرمایند به امضاء تصحیح نی شود.

می گوید که این عقد نسبت به مستاجر اول اجنبی است چرا که مستاجر اول مالک منفعت کتابت نبود و فرض این است که منفعت خیاطت را تسلیم نکرده است و رفته مشغول کتابت شده است لذا مستاجر اول نسبت به منفعت کتابت اجنبی است مثل اینکه من کتابت زید را فروختم و عمرو اجازه دهد این اثری ندارد.

اینجا تمام بحث در این است که چرا عقلاء امضاء نمی کنند معامله دوم را ؟ چون بر خلاف حق مستاجر اول است چرا که باید منفعت را عند المطالبة تسلیم مستاجر اول کند این

منافات دارد با حق مستاجر اول امضاء نمی کنند اما اگر اجازه داد که برود و برای دیگری کار کند این اجرة المسمى دیگر ربطی،،،،

وقتی از حق خود تنزل می کند می گوید برو برای دیگری کتابت کن در اینجا نه تنها اجرة المسمى
،،،،

در اینجا اجیر دو اجرة به دستش می آید یکی اجرة المسمى خیاطت که از مستاجر اول می گیرد و اجرة المسمای کتابت که از مستاجر دوم می گیرد.

می تواند اذن دهد مشروط بر اینکه ضامن اجرة المثل منفعت خیاطت باشی لذا می تواند برود خیاطت کند و ضامن اجرة المثل خیاطت می شود.

حتی می تواند اذن دهد بر مبلغی بیش از اجرة المثل خیاطت یا هر چیز دیگری که بیش از اجرة المسمى یا اجرة المثل باشد.

صورت سوم این است که به تو اذن می دهم به شرط اینکه تملیک کند اجرة المسمای کتابت را. وقتی عقد اجاره دوم بسته شد عقد اجاره دوم باطل بود چون احتیاج به اجازه داشت گفت به این شرط در کتابت به تو اجازه می دهم که اجرة المسمای کتابت را تملیک کنی خوب قبل از اجازه این اجرة المسمى ملک اجیر نشده بود با قبول اجیر در یک آن مالک ذمه مستاجر دوم می شود و در همان آن به ملک مستاجر اول می آید. این در صورتی است که به صورت شرط نتیجه باشد گفته نشود که باید گفته شود که به شرط اینکه به ملک من اجرة المسمى در بیاید. خیر در شرط نتیجه هم تملیک می خواهد اما تملیکی به نفس قبلت در اجاره دوم حاصل می شود اما شرط فعل هم تملیک می خواهد اما به نحو تملیک ابتدائی نه شرط ضمن عقد که در شرط نتیجه بود که بعضی عقد ابتدائی را اشکال کرده اند.

لذا ما قائلیم که اگر در ابتداء اذن دهد مشکلی ندارد انما الکلام اگر خیاطت کرد آیا بعد از عمل هم می تواند امضاء کند؟ این را تردید کردیم و به نظر می رسد که در نزد عقلاء عقد اجاره دوم قابل امضاء نمی باشد در اینصورت اجاره دوم باطل است و باید مستاجر دوم به اجیر اجرت المثل کتابت را بدهد و مستاجر اول اگر فسخ کرد اجاره اول را که اجرة المسمى را پس می گیرد و یا بقاء می کند و اجرة المسمى خیاطت را به اجیر می دهد و بدل منفعت را که در اینجا اجرت المثل منفعت تفویت شده است، می گیرد.

۱...و إن كانت على الوجه الثالث فکالثاني

- إلا أنه لا فرق فيه في عدم صحة الإجازة بين ما إذا كانت الإجازة أو الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر عليه أو على غيره إذ ليست منفعة الخياطة مثلاً مملوكة للمستأجر حتى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها بل يملك عمل الخياطة في ذمة المؤجر...

قسم سوم: شخص اجیر می شد بر یک عملی مثلاً بر عمل خاصی اجیر می شد اما آن اجیر عمل در ذمه را تملیک می کرد به مستاجر نه اینکه منفعت را تملیک کند مثلاً اجیر می شد برای خیاطت در روز جمعه یعنی خیاطت خودش در روز جمعه را به مستأجر تملیک می کرد. مرحوم سید می فرمایند که این هم مثل صورت دوم فقط می تواند فسخ کند یا ابقاء کند اما اجاره عقد دوم رانمی تواند بدهد.

لذا اگر اجیر در اجاره دوم برای منفعت خیاطت اجیر شود منفعت ملک مستأجر اول نمی باشد بلکه عمل فی الذمه اجیر را مالک است و اگر عمل خود را در ذمه به مستأجر دوم تملیک کند کلی می تواند متکثر شود در ما فی الذمه مثلا در یک لیوان خارجی دو لیتر جای نمی شود اما در لیوان ما فی الذمه بینهایت لیتر جای می گیرد خصوصیت ما فی الذمه این است که با بی نهایت قابل جمع است.

فتوای اول سید این است که اجاره دوم باطل است و فتوای دوم سید با اجازه مستأجر اول قابل امضاء نمی باشد.

اینکه گفته اند عقد اجاره دوم باطل است چرا که گفتیم قاعده عقلائی این است که اگر عقدی وفاء به آن ممنوع یا مستلزم ممنوع باشد عقلا امضاء نمی کنند در اینجا هم امضاء عقد دوم مستلزم عدم وفاء به عقد اول است و این هم ممنوع است لذا عقد دوم امضاء نمی شود.

اما نسبت به عدم قابلیت امضاء:

“،،، یا از اول صبح که میفهمد اجیر شده است فسخ می کند این عقد اجاره اول را لذا از الان عقد اجاره دوم صحیح است چرا که مانع آن تراحم با حق دیگری است و عقد اول را فسخ کرد و یا می تواند شرط کند به شرطی اجازه می دهم که اجرة المسمای آن عقد برای من باشد...،،،

لذا همان مطالبی که در مسئله قبلی گفتیم در اینجا هم می گوئیم.

“،،

من در ذمه می توانم به صد نفر برنج بفروشم بخلاف برنج خارجی که به بیش از یک نفر نمی توانم بفروشم.

«،،کلی ما فی الذمه امر موهومی است و واقعیتی ندارد.

ذمه امر اعتباری است و کلی هم امر اعتباری است و عند العقلاء وقتی من مالک ذمه شما شوم عند العقلاء شما باید عند المطالبه من ما فی الذمه خود را اداء کنید که اداء فرد اداء ما فی الذمه و کلی است.

...و إن كانت على الوجه الرابع و هو كون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا القيدية ففيه وجهان يمكن أن يقال بصحة العمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة من غير حاجة إلى الإجازة و إن لم يكن جائزا من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل غاية ما يكون أن للمستأجر خيار تخلف الشرط و يمكن أن يقال بالحاجة إلى الإجازة لأن الإجارة أو الجعالة منافية لحق الشرط فتكون باطلة بدون الإجازة.

وجه چهارم عمل خیاطت را تملیک می کند اما دو شرط دارد یکی اینکه به مباشرت را انجام دهد و شرط دوم این است که این خیاطت بالمباشرة را در روز جمعه انجام دهد. اجیر قبول می کند و بعد می رود به مستاجر دوم اجیر می شود برای خیاطت بالمباشرة در روز جمعه به نحو شرط.

اینکه سید فرمودند: « كون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا القيدية» این علی سبیل منع الخلو است حال یا هر دو به نحو شرط است یا یکی از اینها به نحو شرط و دیگری به نحو قید است اما حداقل باید یکی از آنها به نحو شرط باشد.

آیا این جاره دوم صحیح است یا باطل است؟

بعضی فرمودند که اجاره دوم صحیح است چرا که فقط اجیر با شرط مخالفت کرده است مثل اینکه زن شرط کرده است که مرد ازدواج دوم را انجام ندهد در اینجا مرد ازدواج دوم کند مشهور گفته اند عقد دوم باطل نمی باشد و عقد اول هم صحیح است فقط حق فسخ دارد مستاجر اول به عنوان تخلف از شرط. در سه وجه قبلی به نحو قید بود اما در اینجا به نحو شرط است.

بعضی گفته اند این عقد دوم باطل است چرا که قدرت بر وفاء شرط و عقد دوم را ندارد چون اگر بخواهد به آن شرط عمل کند دیگر قدرت بر وفاء ندارد.

تا اینجا دو قول در مسئله است و سید توقف کرده اند نه فتوا به صحت عقد دوم داده است و نه فتوا به بطلان داده است. اما این دو قول در مسئله است.

پس در مسئله دو وجه شد یکی این که عقد بدون اجازه باطل باشد و یکی اینکه بدون اجازه صحیح باشد.

این فرمایش مرحوم سید.

ان قلت:

سابقاً گفتیم فهم عرفی این است که این صورت به قید بر میگردد لذا صورت چهارم می شود صورت سوم

قلت:

گفتیم که ظاهرش این است که به قید بر می گردد اما نه اینکه شرطیت ممکن نمی باشد خیر ممکن است و فرض این است که شخص تصریح می کند که به نحو شرط باشد.

خوب تحقیق در مسئله:

این عقد اجاره دوم صحیح است یا باطل است؟

لا اشكال كه اين عقد دوم باطل است چرا كه گفتيم كه وفاء به عقدى كه مستلزم امر ممنوع باشد در اينجا وفاء به عقد دوم مستلزم امر ممنوع كه تخلف شرط باشد مى باشد كه در نزد عقلاء وفاء به شرط لازم است. لذا اگر مستاجر اول اجازه نداد و اين عقد باطل است و مستحق اجرة المسمى در عقد دوم نمى باشد و مستحق اجرة المثل است.

اما اگر اجازه داد آيا عقد دوم صحيح است؟

در ما نحن فيه بگوئيم عقلاء تصحيح كنند به نحو ترتبى به اين صورت كه تخلف از شرط دو سنخ حرام و حلال دارد كه صورت تخلف حلال اين است كه از مستاجر اول اجازه بگيرد و اگر اجازه نگيرد حرام است اين تخلف از شرط. حالا رفت از او اجازه گرفت بگوئيم اين عقد صحيح است به نحو ترتب يعنى عقد صحيح باشد على تقدير تخلف يعين عقد اول كه صحيح است و عقد دوم صحيح است ترتب يعنى على تقدير تخلف از شرط فرق نمى كند تخلفش به صورت حرام يا حلال باشد. عقلاء على تقدير تخلف از شرط اولى امضاء مى كنند. در آن نکته عقلايى صحت مطلق بود كه در نزد عقلاء نداشت اما در صحت ترتيبيه وقتى بايد عمل كند كه از شرط تخلف کرده باشد به خلاف صحت مطلقى در صورت ،،،،

پس اين را دقت كنيد كه عقلاء به نحو ترتيبى امضاء كنند نه به نحو مطلق بگويند نه مطلقا مى گويند باطل است و نه مى گويند صحيح است مطلقا بلكه مى گويند كه اگر از اولى تخلف كردى بايد به دومى عمل كنى و صحيح است. چون مى خواستيم اينجا مطرح كنيم در صور قبلى مجمل گذاشتيم.

پس عقلاء عقد دوم را بنا بر يك تقدير كه تخلف از شرط ابشده حراما يا حالا تصحيح و امضاء مى كنند به خلاف عدم تخلف كه امضاء نمى كنيم.

بعضى مثل مرحوم خوئى گفته اند ترتب در معاملات حرام است احتمالا اين كلام ايشان در بحثهاى قبلى متعرض شديم و ديگر متعرض نمى شويم.

ما گفتیم ممکن است اما عرفی و عقلائی نمی باشد یعنی عقلاء وقتی با عقدی برخورد می کنند یا امضاء می کنند مطلقاً یا امضاء نمی کنند مطلقاً اماممکن است اما با نظام عقلائی نمی سازد و وقتی عقلائی و عرفی نشد این عقد باطل است.

بعد از قول به بطلان اگر عاقد اول اجازه داد معلوم است که عقد درست می شود چرا که این عدم امضاء به خاطر مخالفت و منافات با حق شرطی بود که مستاجر اول داشت خوب وقتی اجازه داد این مانع بر طرف می شود لذا ما وجه دوم سید را قبول کردیم که علی تقدیر عدم اجازه باطل و علی تقدیر اجازه صحیح است لا اثر،،،،

^۱ بحث ما در مورد اجاره ثانیه بود به این معنی که مستاجر عین یا عمل اجاره کرده را به دیگری واگذار کند.

رسیدیم به مسئله ۵:

مسألة ۵: إذا أجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة

و لو مع تعيين المدة أو من غير تعيين المدة

و لو مع اعتبار المباشرة جاز عمله للغير و لو على وجه الإجارة قبل الإتيان بالمستأجر عليه لعدم منافاته له من حيث إمكان تحصيله لا بالمباشرة^۲ أو بعد العمل للغير^۳ لأن المفروض عدم تعيين

^۱ سه شنبه ۹۷/۰۷/۰۳.

^۲ إن استأجر من غير المباشرة.

^۳ إن استأجر مباشرة من غير تعيين المدة.

المباشرة^۱ أو عدم تعيين المدة^۲ و دعوى أن إطلاق العقد من حيث الزمان يقتضي وجوب التعجيل ممنوعة مع أن لنا أن نفرض الكلام فيما لو كانت قرينة على عدم إرادة التعجيل.

اگر شخصی اجیر برای عملی شد می تواند اجیر برای عمل دیگری شود در صورتی که با عمل اولی منافاتی نداشته باشد. مثلاً اجیر شده است که روز جمعه این لباس را خیاطت کند اما نه مباشرتاً همین شخص می تواند در روز جمعه اجیر برای خیاطت دیگری شود به این صورت که لباس اولی را به شاگرد می دهد خیاطت کند.

مثلاً شخصی مباشرتاً اجیر شده است برای خیاطت اما روزی معین نشده است حال اجیر می شود که روز جمعه برای دیگری خیاطت کند خوب این دو اجاره با هم منافاتی ندارد چرا که می تواند در روز جمعه خیاطت دوم را انجام دهد و خیاطت اول را قبل از روز جمعه یا بعد از آن انجام دهد.

خوب وجه جوازش روشن است اگر سیره ای باشیم خوب سیره حاکم به صحت است و اگر شرعی باشیم اوفوا بالعقود این را می گیرد.

قرینه بر عدم تعجيل مثل اینکه در تابستان عباى زمستانى آورده است که دوخت شود.

^۱ در صورت اول.

^۲ در صورت دوم.

کلام المرحوم الحکیم ذیل المسئلة: التهافت بین کلامه هذا و کلامه السابق.

مرحوم حکیم در ذیل این مسئله نکته ای را متعرض شده است: ایشان گفته اند این مسئله با مسئله در فصل قبل تهافت دارد. دقت کنید اینجا گفته است: «دعوى أن إطلاق العقد من حيث الزمان يقتضي وجوب التعجيل ممنوعة» در مسئله ۵ در فصل اول گفته اند: «نعم يلزم تعيين الزمان الواقع فيه هذا العمل كأن يقول الى يوم الجمعة مثلا و إن اطلق، اقتضى التعجيل على الوجه العرفي» خوب در آن مسئله اطلاق را مقتضای تعجيل دانست بخلاف این مسئله که گفتند که دعوی اطلاق العقد اقتضای تعجيل دارد، ممنوع است.

مرحوم حکیم می فرمایند که این دو کلام با هم تهافت دارد.

جواب المرحوم الخوئی: المراد فی السابق التعجيل العرفی و الآن اول زمان يمكن له العمل.

مرحوم آقای خوئی جواب دادند که بین دو عبارت تهافتی نمی باشد. در عبارت سابق گفت ان اطلق اقتضى التعجيل على وجه العرفی که تعجيل عرفی سه روز و یک هفته دیگر است اما نه اینکه تا روز قیامت وقت داری اما اینجا که تعجيل گفته است تعجيل حقیقی است یعنی در اولین زمان امکان. این دو با هم تنافی ندارد. آنجا هم تصریح کرده بود که التعجيل على الوجه العرفی. لذا این دو با هم تنافی ندارد.

این فرمایش مرحوم خوئی ظاهراً درست است یعنی تعجیل آنجا یعنی مقداری که می تواند عرفاً تاخیر بیاندازد اما تعجیل در اینجا تعجیل عقلی نمی باشد اما مراد این است که اولین فرصتی که می تواند خیاطت کند باید مشغول شود.

ما هم قبول داریم که تعجیل عرفی است یعنی دائماً در اعمال همیشه تعارفی در کار است که البته نسبت به اعمال فرق می کند. مثلاً تعجیل عرفی در یخچال با تعجیل در خیاطت فرق می کند یا همان تعجیل در موتور کولر در تابستان با زمستان فرق می کند.

مسئله بعد، مسئله ای فنی است و اسمش است «ضمان المنافع المتضادة» که اختلاف اقوال در آن زیاد است.

مسألة ۶: ...^۱

تاره این تضاد در اجاره بر اعیان و منفعت است و تارة در عمل.

اجاره بر اعیان:

مثلاً کسی ماشین کسی را اجاره می کند که جمعه به تهران برود و برگردد اما مستاجر به جای تهران، به اصفهان می رود اجرة تا تهران تعیین شده است که صد هزار تومان است و اجرت المثل تا اصفهان دویست هزار تومان است اما مالک، ماشین را برای سفر به اصفهان اجاره نداده است و مستاجر تخلف کرد و به اصفهان رفت. این دو منفعت را متضاد می گوید چرا که از یک ماشین نمی توان در دو مسیر در نفس یک زمان استفاده کرد. سوال این است

^۱ مسئله ۶: لو استأجر دابة لحمل متاع معين شخصي أو كلي على وجه التقييد فحملها غير ذلك المتاع أو استعملها في الركوب لزمه الأجرة المسماة وأجرة المثل لحمل المتاع الآخر أو للركوب وكذا لو استأجر عبداً للخیاطة فاستعمله في الكتابة بل وكذا لو استأجر حراً لعمل معين في زمان معين وحمله على غير ذلك العمل مع تعمده وغفلة ذلك الحر واعتقاده أنه العمل المستأجر عليه ودعوى أن ليس للدابة في زمان واحد منفعتان متضادتان وكذا ليس للعبد في زمان واحد إلا إحدى المنفعتين من الكتابة أو الخیاطة فكيف يستحق أجرتين مدفوعة بأن المستأجر بتفويته على نفسه واستعماله في غير ما يستحق كأنه حصل له منفعة أخرى.

که در اینجا الان که ماشین را برگرداند چه اجرتی را باید به مالک ماشین بدهد؟ در مسئله اقوال و احتمالاتی است.

مختار سید این است که باید دو اجرة بدهد سیصد تومان باید بدهد صد تومان اجرة المسمى بود و دویست تومان اجرة المثل است. اجرة المسمى را به عقد ضامن شد می دانید عقد موجب ضمان اجرة المسمى است. خودش منفعت را تفویت کرد و به تهران نرفت تفویت المنفعة در نزد عقلاء به منزله استیفاء است.

خوب اجرة المثل اصفهان را باید بدهد چرا که منافی را استیفاء کرد که ماذون نبود به مقتضای قاعده اتلاف من اتلف مال الغير فهو ضامن. منفعت اصفهان را استیفاء کرد باید دویست تومان دیگر هم بدهد که می شود سیصد تومان.

مثال بر اجاره اعمال:

شخصی کسی را اجیر کرد گفت روز جمعه بیا برای من خیاطت کن بعد روز جمعه برای خیاطت آمد بنده خدا یادش رفته بود که اجیر برای خیاطت شده است و مستأجر کاغذی را جلوی او گذاشت و گفت که کتابت کن و این شخص کتابت کرد و بعد مشخص شد که اجیر برای خیاطت شده بود. اجرة کتابت و خیاطت هر کدام صد تومان است. سید می گوید که به اجیر باید دویست تومان بدهد صد تومان بابت خیاطت که به واسطه ارجاع به کتابت تفویت کرد و صد تومان هم بابت کتابت الامر مضمن. اگر کسی امر کند شخصی را برای عملی و اجیر قصد مجانیت ندارد لازم نیست قصد عوض داشته باشد همین که قصد مجانیت نداشته باشد کفایت می کند که در سیره عقلاء حکم کنند که باید به عامل اجرة المثل آن عمل را بدهد. البته مستاجر متوجه بود اگر مستاجر متوجه نبود هم باز با مبنای سید باید اجرة هر دو را بدهد.

این را می گویند ضمان منافع متضاده چرا که منفعت خیاطت و کتابت متضاد است چرا که در زمان واحد نمی تواند منفعت خیاطت و کتابت اجیر را استیفاء کرد. هر دو اجرة را ضامن است یکی به عقد و دیگری را امر مضمن.

اگر دقت کرده باشید این مسئله از مسائل مشکله است لذا جماعتی احتیاطی شده اند چرا که مسئله برای آنها روشن نشده است. خصوصاً اینکه ابهام زیادی است در سیره عقلاء که سیره عقلاء به کدام حکم می کند. می دانید که ضمان به سیره عقلاء ثابت است. سیره عقلاء حکم به دو اجرة می کند یا یک اجرة؟ اگر یک اجرة کدام اجرة؟ اجرة المسمى یا اجرة المثل یا اعلی؟

...لو استأجر دابة^۱ لحمل متاع معین شخصی

أو كلي على وجه التقيد فحملها غير ذلك المتاع أو استعملها في الركوب لزمه الأجرة المسماة و أجره المثل لحمل المتاع الآخر أو للركوب و كذا^۲ لو استأجر عبدا للخياطة فاستعمله في الكتابة بل و كذا^۳ لو استأجر حرا لعمل معین في زمان معین و حمله على غير ذلك العمل مع تعمده و غفلة ذلك الحر و اعتقاده أنه العمل المستأجر عليه و دعوى أن ليس للدابة في زمان واحد منفعتان متضادتان و

^۱ این مثال اول برای اجاره اعیان است.

^۲ این مثال هم برای اجاره بر اعیان است چرا که عبد از اعمال است.

^۳ این مثال برای اجاره بر اعمال است.

كذا ليس للعبد في زمان واحد إلا إحدى المنفعتين من الكتابة أو
الخيطة فكيف يستحق أجرتين مدفوعة بأن المستأجر بتفويته على
نفسه و استعماله في غير ما يستحق كأنه حصل له منفعة أخرى.

مثال دابه مثال اجاره بر اعيان است و اين دابه را بر صد كيلو برنج معين اجاره کرده بود
اما با آن صد كيلو گندم حمل کرد و از لحاظ وزنی با هم یکی می باشند اما اين منفعت متضاد
است چرا که در آن واحد نمی توان هر دو منفعت را از او استيفاء کند. کلي على وجه التقييد
يعنى صد كيلو گندم که در مقابل على وجه شرط است که در شرط متعلق اجاره برنج نمی باشد
مطلق می باشد اما شرط کرده است که متعهد شود که آن حمل برنج باشد اما در صورت تقيد
متعلق اجاره حمل برنج است.

«دعوى أن ليس للدابة في زمان واحد منفعتان متضادتان» اگر کسی بگوید که وقتی دو
منفعت متضاد را نمی توان از آن استيفاء کرد چرا باید دو اجرة به او داد؟ مثل اینکه شخصی
ماشینی را غصب کرده است آیا باید به مالک تمام منافع و مسافرتهاي که میتواند با این
ماشین کند بدهد؟!!

سید می فرمایند: منفعت برنج را به تفویت ضامن است و منفعت گندم را به اتلاف
ضامن است.

^۱ در مثالهای زده شده مبلغ اجرة المثل از اجرة المسمى بیشتر بود می تواند بالعکس باشد
مثلا به جای اینکه برود به تهران به کاشان رود که اجرة المثل کاشان ۵۰ تومان است.

مستأجر کدام اجرة را باید بدهد. مرحوم ماتن گفتند هر دو اجرة باید داده شود هم اجرة المسمى و هم اجرة المثل منفعت مستوفی، فرق نمی کند که هر دو یکی باشد یا با هم فرق کند مرحوم خوئی هم با سید موافقند.

الإحتمالات في المسئلة:

گفته شده است احتمالات در این مسئله پنج احتمال می باشد:

احتمال اول این است که اجرة المسمى را باید مستأجر بدهد. اعم از این که اجرة المسمى مساوی با اجرة المثل باشد یا متفاوت باشد.

احتمال دوم فقط اجرة المثل را بدهیم و چیزی از اجرة المسمى را ندهیم مثلاً در ما نحن فيه فقط اجرة المثل اصفهان را که دویست تومان است، بدهیم.

احتمال سوم لزوم هر دو اجرة یعنی هم اجرة المثل و هم اجرة المسمى که نظر مرحوم سید و خوئی است.

احتمال چهارم ببینیم کدام یک اعلی است اجرة المسمى اعلی است یا اجرة المثل؟ هر کدام اعلی بود آن را باید بدهد و اگر مساوی است یک اجرة را می دهیم. در مثال ما باید اجرة المثل را بدهیم اکثر کسانی که با سید مخالفت کرده اند این تعلیقه را زده اند و اعلی القیمی شدند.

احتمال پنجم این است که اکثر را بدهیم اما نه اکثر بین این دو اجرة را بلکه اکثر اجرة در منافع این عین و لو مستوفی نباشد.

مثلاً به جای تهران به اصفهان رفتم. یک اجرة المسمى تهران است که صد تومان است و به اصفهان رفتم که اجرة المثل آن دویست تومان است و می توانستم به شیراز هم بروم و

برگردم که امر متعارفی است و اجرة المثل آن چهارصد تومان است که باید این چهارصد تومان را بدهم.

این احتمال، قول آشیخ عبد الکریم حائری است.

احتمال اول ممکن است که قائلی نداشته باشد اما احتمالی است قوی. به کسی نسبت داده نشده است و هیچ یک از معلقین آن را نگفته اند پس احتمالات پنج تاست و اقوال در مسئله چهارتاست.

این احتمالات در مسئله که یک به یک بررسی کنیم.

الإحتمال الأول: تعین الأجرة المسماة فقط.

احتمال اول اجرة المسمى ولو اقل باشد و اصلا اجرة المثل را نمی دهیم لذا در مثال ما صد تومان می دهیم.

وجه هذا الاحتمال: عدم قابلية إنطباق الجامع المملوك بعد تعین المنفعة بالتطبيق.

برای روشن شدن این مطلب لازم است مقدمه ای ذکر شود:

مقدمة: فی المملوك عند المنافع المتضادة قبل التعین المنفعة و بعدها.

مقدمه این است که اگر انسان شیئی را مالک شود همانطور که مالک شیء شد مالک تمام منافع آن شیء هم می شود مثلا اگر من عبائی خریدم هم مالک عبا و هم مالک منافع عبا می شوم. اگر خانه ای خریدم هم مالک خانه و هم مالک منافع خانه می شوم. وقتی می رسمیم به منافع متضاد مثلا یک منفعت این خانه این است که مسکونی باشد و یک منفعت دیگر آن هم این است که تولیدی باشد این دو منفعت متضاد است و خانه نمی تواند هم محل عمل و هم محل سکونت باشد. مراد کار تولیدی است که دیگر قابلیت سکونت ندارد.

نسبت به منافع متضاد چطور مالک می شوم؟ فقهاء گفته اند من مالک جامع بین آن منافع متضاد می شوم که این جامع قابل انطباق بر هر یک از افراد می باشد. مگر این که آن منفعت متعین شود وقتی متعین شد بعد از تعین بالتطبیق دیگر این جامع قابلیت انطباق بر سایرین را ندارد.

دو مثال بزنیم:

مثال اول:

فرض کنید مالک ده کیسه برنج مشابه هم می باشم که یکی را به زید می فروشم. زید مالک هیچ یک از این افراد نمی باشد مالک جامع یا فردی از افراد این برنج می باشد لذا مالک می تواند هر کیسه ای را که می خواهد تحویل دهد. الان زید مالک این کلی است که قابل انطباق بر تک تک این افراد است اگر مالک آمد آن ملک را در کیسه سه متعین کرد گفت این کیسه سه مال شماست آن کلی قابل انطباق فقط بر یکی است که کیسه سه باشد و بقیه کیسه ها ملک مالک است.

مثال دوم:

فرض کنید شخصی به نحو مشاع قطعه زمینی دارد که نصف آن را فروخت که مالک آن نصف، مشتری است و نصف دیگر ملک بایع است هم نصف مالک و هم نصف مشتری بر هر یک از دو نصف قابل انطباق است اما بعد از اینکه مالک گفت که نصف سمت چپ مال تو دیگر نصف مالک بر نصف سمت چپ قابل انطباق نمی باشد.

ذی المقدمة: المنفعة المملوكة بعد الإيجار متعينة في المستأجر التي أجزتها، الأجرة المسماة.

ما نحن فيه از این قبیل است مالک عین، مالک تمام منفعت است وقتی این منفعت را به زید و مستأجر داد دیگر آن جامع قابل انطباق بر دیگر منافع نمی باشد و متعین در این منفعت می شود.

وقتی اینطور شد این عین یک منفعت دارد که ملک مستأجر است که ذهاب به تهران است بقیه منافع متضاد ملک هیچ کسی نمی باشد چرا که به نحو جامع مالک است که اگر تطبیق شود قابل تطبیق بر سایر حصص نمی باشد پس موجر مالک منفعتی است که تملیک کرده است و مستأجر هم تفویت کرد که در سیره عقلاء به منزله استیفاء است.

اما منفعت رفتن به اصفهان بعد از اجاره ماشین برای رفتن به تهران، دیگر ملک مالک و موجر نبود وقتی مالک نمی باشد چرا ضامن باشد.

مراد از تعیین، تعیین عقدی است و این خصوصیت عقد است که بعد از تعیین دیگر نمی تواند عوض کند چرا که عقد از امور لزومیه است. اما اگر خودش بشیند می تواند به تولیدی تبدیل کند.

این احتمال اول و وجه این احتمال.

المناقشات:

این وجه سه اشکال بر آن وارد است:

المناقشة الأولى: المخالفة القطعية مع السيرة العقلانية.

اشکال اول این است که قطعا مخالفت سیره قطعیه عقلائیه است اگر این طور بود همیشه می رفتند یک چیزی را اجاره می کردند برای حمل کالا و امر کوچک و بعد امر بزرگ را استیفاء می کردند.

گفته نشود که همین که معصیت است این خود مانع از این کار است چرا که معصیت بودن کافی نمی باشد برای حفظ نظام بلکه ضمان موجب حفظ نظام می شود.

نگوید همینکه معصیت است این عقد باطل هم می شود چرا که عقلاء این عقد را امضاء نمی کنند چرا که جواب می دهیم عقدی را عقلاء امضاء نمی کنند که وفاء به عقد

معصیت یا مستلزم معصیت باشد در اینجا عقد بر رفتن به تهران بوده است و رفتن به تهران معصیت نمی باشد.

المناقشة الثانية: مخالفته مع صحيحة أبي ولاد.

اشکال دوم این است که این وجه با روایت صحیحہ ابی ولاد مخالفت دارد شخصی می آید به نزد امام⁸ که قاطری اجاره کرده بود که به قصر ابن هییره برود و طلبش را بگیرد و این شخص به قصر رفت دید به نیل رفته است لذا به محله نیل رفت و بعد خبر دار شد که به بغداد رفته است لذا به بغداد رفت و در بغداد بدهکار را پیدا کرد و به کوفه برگشت و بعد سوال می کند که من چه مقدار به مالک قاطر بدهکارم؟ حضرت⁸ فرمودند قیمت بغل تا نیل و از نیل تا بغداد و از بغداد تا کوفه را ضامنی و این ظاهرش این است که بیش از اجرة المسمى را بدهکاریم.

که اگر اقل و اکثر باشد از محل بحث خارج است. و با قطع نظر از این که این خبر واحد است و نمی توان به آن عمل کرد چرا که این مبنای ماست اما دیگران به این روایت عمل می کنند.

المناقشة الثالثة: هذا متوقف على القول بملكية المنفعة لمالك العين و نحن لا نقول به.

اشکال سوم این است که این وجه اول مبتنی بر مقدمه ای است که این مقدمه در نزد ما نا تمام است و آن مقدمه این است که اگر انسان مالک چیزی شد مالک منافع آن هم می شود و ما این را قبول نکردیم و الان هم قبول نمی کنیم ملکیت بر عین ملکیت بر منافع را مستلزم نمی باشد بله این اولویت و سلطنت را در تصرف در منفعت به استیفاء برای خودم یا در اختیار گذاشتن دیگری برای منتفع شدن به این منفعت را دارم. دلیل ما ارتکاز و سیره عقلاء است. آیا شما وقتی مالک خانه می باشید مالک هزاران منفعت این خانه که دارد می باشید و در نظر عرف شما مالک چند چیز می باشید؟! لذا وقتی می خواهند اموال من را حساب کنند

قیمت منافع را حساب نمی کنند. مراد از منافع قابلیت است که الان قابلیت سکونت در صد سال دیگر را دارد آیا من مالک این قابلیت می باشم؟!!! بله در سیره عقلاء است که اگر کسی منفعتی را که اولویت در تصرف دارد تفویت کند ضامن است و آیه ای نازل نشده است که حتما ضمان در جایی باشد که شخص مالک آن شیء باشد.

الاحتمال الثانی: تعین اجرة المثل فقط.

احتمال دوم این است که ما باید اجرة منفعت مستوفی را فقط بدهیم حالا این منفعت مستوفی از اجرة المسمى بیشتر یا کمتر یا مساوی باشد مثلاً اجرة المسمای تهران صد تومان است و به کاشان می روم که این هم اجرة المثلش صد تومان است یا نه به اصفهان می رویم که اجرة المثل آن دویست تومان است یا به علی آباد بین تهران و قم می رویم که اجرة المثل آن پنجاه تومان است در کاشان باید صد تومان و در اصفهان باید دویست تومان و در علی آباد باید پنجاه تومان بدهم.

وجوه هذا الاحتمال:

برای این احتمال دوم وجوهی ذکر شده است که به دو وجه اشاره می کنیم:

الوجه الأول: استيفاء المنفعة المتضادة موجب لفقدان منفعة المسماة الموجب لبطلان العقد.

وجه اول: این است که خوب من مستأجر مالک کدام منفعت شدم؟ مسیر قم به تهران و برگشت. من از کدام منفعت استفاده کردم مسیر قم به اصفهان مثلاً می دانید بین این دو منفعت تضاد است یعنی انسان نمی تواند در یک زمان هم با ماشین به تهران برود و برگردد و هم به اصفهان برود و برگردد وقتی منفعت متضاد است من از کدام منفعت استفاده کردم؟ از منفعت مسیر قم به اصفهان وقتی از این منفعت استفاده کردم آن ماشین نسبت به منفعت

قم به تهران می شود فاقد المنفعة چون این منافع متضاد است و قابل جمع نمی باشد پس بنابراین این ماشین منفعت قم به تهران را در جمعه فاقد بوده است چرا که من منافع قم به اصفهان را استیفاء کردم و فرض این است که این منافع متضاد است. در یک زمان نمی توان هم به تهران رفت و برگشت و هم به اصفهان رفت و برگشت خوب اینجا یک قاعده ای است که اگر من عینی را اجاره دهم اگر بعد در ظرف عمل فاقد آن منفعت باشد کشف می شود این اجاره از اول باطل بوده است چرا که شرط عقلائی در تملیک این است که آن منفعت و چیزی که قرار است تملیک کنید موجود باشد و اگر موجود نباشد شما چه چیزی را تملیک کردید؟! مثلا من این اسب را اجاره می دهم که در روز جمعه بار ببرد بعد پای این حیوان روز قبل یا همان روز می شکند و این حیوان در روز جمعه فاقد منفعت رکوب می شود که از این کشف می شود که این اجاره از اول باطل بوده است. در اینجا هم از منفعت متضاد استفاده شده است که این موجب شده است که این ماشین فاقد منفعت مسماة که رفتن به تهران بوده است باشد. لذا عقد می شود باطل وقتی عقد شد باطل می رویم سراغ منفعت مستوفی و ما منفعت مستوفی را ضامن می باشیم به قاعده اتلاف که استیفاء المنفعة به منزله اتلاف منفعت است و هر کس منفعت دیگری را اتلاف کند، ضامن است.

این وجه اول که فقط باید اجرة المثل را بدهد. فرقی نمی کند که اجرة المسماة و اجرة المثل یکی باشند یا متفاوت باشند.

ببینیم این فرمایش درست است یا خیر؟

اصلاح: أن المنفعة التي استأجرها المالك هي القابلية لا المنفعة الخارجية.

این وجه اول تمام نمی باشد قبل از توضیح این استدلال یک اصلاحی کنیم و بعد به جواب این استدلال برسیم.

کانه قائل در نظرش این است که در عقد اجاره ما مالک آن منفعت خارجی می باشیم در نظر مشهور ما مالک قابلیت می باشیم مثلاً این ماشین صلاحیت رفتن به تهران را دارد که من مالک این صلاحیت می باشم. بلکه وقتی شروع کردم به رفتن به اصفهان به مقداری که دیگر نمی توان قبل از تمام شدن روز جمعه برگشت و به تهران رفت و برگشت. در اینجا مستأجر صلاحیت را که ملک من است اتلاف کرده است.

مناقشة: أن بطلان العقد لفقد المنفعة المستأجرة إذا لم يكن من المستأجر و إلا يكون بمنزلة استيفاء المنفعة.

حالا که وجه اصلاح شد برگردیم به جواب:

دقت کنید که این درست است که اگر این ماشین فاقد این قابلیت و صلاحیت در زمان استیفاء باشد آن اجاره باطل است اما این فقدان مشروط به این است که به فعل خود مستأجر نباشد فرض کنید این اسب را کرایه کردیم که روز جمعه با آن برویم به تهران و برگردیم و این اسب شب جمعه می میرد از این مردنش کشف می کنیم عقد اجاره از اول باطل بوده است یعنی قابلیت و صلاحیت مرکوبیت در روز جمعه را از اول نداشته است و توهم آن بوده است. حال اگر اسب را خود ما کشتیم و قبل از جمعه سر او را بریدیم عقد اجاره باطل نمی شود و اتلاف این اسب به منزله استیفاء منفعت است لذا باید اجرة المسمای روز جمعه را به او بدهم. تفویت و اتلاف منفعت توسط مستأجر عقلاً به منزله استیفاء منفعت است من که ماشین را به طرف اصفهان بردم این اتلاف به منزله استیفاء است عقلاً چرا که این تلف سماوی که نبود. اتلاف توسط مستأجر عقلاً هیچ زمان کشف از بطلان عقد از اول نمی کند. درست است که گفته شد شرط عقلائی در تملیک این است که آن منفعت و چیزی که قرار است تملیک کنید موجود باشد و در اینجا منفعتی موجود نمی باشد اما در صورت اتلاف توسط مستأجر این به منزله استیفاء منفعت است عقلاً.

دقت کنید که در اینکه باید اجرة المثل را بدهد بحثی نیست چرا که استیفاء کرده است اما بحث در این است که احتمال ثانی می خواست بگوید که اجرة المسمى نیست و اجرة المثل است ما در جواب می خواستیم بگوییم که چرا که اجرة المسمى نباشد اجرة المسمى است چرا که اتلاف آن به منزله استیفاء آن است اما کاری به اجرة المثل نداریم فایده اش این که تا اینجا دلیلی ما هر دو را اثبات کردیم.

الوجه الثانی: التمسک بصحیحة أبی ولاد.

اما وجه دومی که ذکر شده است برای عدم وجوب اجرة المسمى.

تمسک به صحیحه ابی ولاد است که مضمون این روایت این است که از امام ۸ سوال می کند که من دابه ای را کرایه کردم برای رفتن به قصر ابی هییره و از کوفه به قصر ابی هییره رفتم و بعد به نیل و بعد به بغداد رفتم و از بغداد به کوفه برگشتم، چه مقدار ضامن می باشم؟ که امام درضمان فرمودند کرایه کوفه تا نیل و از نیل تا بغداد و از بغداد تا کوفه را ببین چقدر است این سه را جمع کن و به مالک دابه بده. خوب این سه اجرة هر سه اجرة المثل است چرا که اصلا برای نیل و بغداد کرایه نکرده بود و چیزی را مشخص نکرده بودند لذا اجرة المسمایی در کار نبود. لذا اصلا صحبتی از اجرة المسمى نمی باشد.

اگر اجرة المسمای کوفه تا قصر هم قرار بود بدهد امام ۸ می بایست چهار اجرة را مشخص می کرد.

گفته اند که از این روایت فهمیده می شود ما به اطلاق مقامی روایت ضامن اجرة المسمى نمی باشیم.

مناقشة المرحوم الخونی: ضمان الأجرة المسماة مفروقة عنه لهذا لم يشر اليه الإمام ۸.

مرحوم آقای خوئی گفته اند پرداخت اجرة المسمى مفروق عنه بوده است نه ابو حنیفه گفته است و نه امام صادق ۸ فرموده اند یا به عبارت دیگر از اینکه سوال نشده مفروق عنه

بوده است یا به عبارت ثالثه اینکه متعارف بوده است که اجرة المسماة را اول پرداخت می کنند. لذا سوال فقط از اجرة المثل است.

رد على مناقشة المرحوم الخوئي: ظاهر الرواية تدل على عدم وجوبها.

انصافش این است که هیچ اشاره ای به اجرة المسمى نمی باشد ظاهر کلام امام فقط و فقط اجرة المثل است می پرسد چه بر من است؟ اما اجرتها می کند تماماً اجرة المثل است.

۲۴۲۷۲-۱-۱ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ

مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي وَلَّادٍ الْحَنَاطِ قَالَ:

اَكْتَرَيْتُ بَغْلًا إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ ذَاهِبًا وَ جَائِيًا بِكَذَا وَ كَذَا وَ خَرَجْتُ فِي طَلَبِ غَرِيمٍ لِي فَلَمَّا صِرْتُ قُرْبَ قَنْطَرَةِ الْكُوفَةِ - خُبِرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى النَّيْلِ - فَتَوَجَّهْتُ نَحْوَ النَّيْلِ - فَلَمَّا أَتَيْتُ النَّيْلَ خُبِرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى بَغْدَادَ - فَاتَّبَعْتُهُ وَ ظَفِرْتُ بِهِ وَ فَرَعْتُ مِمَّا بَيْنِي وَ بَيْنَهُ وَ رَجَعْنَا إِلَى الْكُوفَةِ - وَ كَانَ ذَاهِبِي وَ مَجِيئِي خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا^۲... فَأَخْبَرْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ

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

۲ فَأَخْبَرْتُ صَاحِبَ الْبَغْلِ بَغْدَرِي وَ أَرَدْتُ أَنْ أَتَحَلَّلَ مِنْهُ مِمَّا صَنَعْتُ وَ أَرْضِيَهُ فَبَدَّلْتُ لَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ فَتَرَضَّيْنَا بِأَبِي حَنِيْفَةَ فَأَخْبَرْتُهُ بِالْقِصَّةِ وَ أَخْبَرَهُ الرَّجُلُ فَقَالَ لِي مَا صَنَعْتَ بِالْبَغْلِ فَقُلْتُ قَدْ دَفَعْتُهُ إِلَيْهِ سَلِيمًا قَالَ نَعَمْ بَعْدَ خَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا قَالَ فَمَا تُرِيدُ مِنَ الرَّجُلِ فَقَالَ أُرِيدُ كِرَاءَ بَغْلِي فَقَدْ حَبَسَهُ عَلَيَّ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَقَالَ مَا أَرَى لَكَ حَقًّا لِأَنَّهُ أَكْثَرَاهُ إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ فَخَالَفَ وَ رَكِبَهُ إِلَى النَّيْلِ وَ إِلَى بَغْدَادَ - فَضَمِنَ قِيَمَةَ الْبَغْلِ وَ سَقَطَ الْكِرَاءُ فَلَمَّا رَدَّ الْبَغْلَ سَلِيمًا وَ قَبِضْتُهُ لَمْ يَلْزِمَهُ الْكِرَاءُ قَالَ فَخَرَجْنَا مِنْ عِنْدِهِ وَ جَعَلَ صَاحِبُ الْبَغْلِ يَسْتَرْجِعُ فَرَحِمْتُهُ مِمَّا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيْفَةَ فَأَعْطَيْتُهُ شَيْئًا وَ تَحَلَّلْتُ مِنْهُ وَ حَجَجْتُ تِلْكَ السَّنَةَ

عِ بِمَا أُفْتِيَ بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ^١ - فَقَالَ فِي مِثْلِ هَذَا الْقَضَاءِ وَ شِبْهِهِ تَحْبِسُ السَّمَاءُ مَاءَهَا وَ تَمْنَعُ
 الْأَرْضُ بَرَكَتَهَا قَالَ فَقُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ فَمَا تَرَى أَنْتَ فَقَالَ أَرَى لَهُ عَلَيْكَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ
 ذَاهِباً مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى النَّيْلِ - وَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ رَاكِباً مِنَ النَّيْلِ إِلَى بَغْدَادَ - وَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ مِنْ
 بَغْدَادَ إِلَى الْكُوفَةِ تُوفِّيهِ إِيَّاهُ...^٢

لذا ظهورش در اجرة المثل است امام 8 می فرمایند که آنچه بر عهده تو است اجرة المثل
 است. سوال می شود که چه بر عهده من است؟ می فرمایند بر گردن تو این است که مثل این
 کرایه ها را بدهی. اگر اجرة المسمى مفروق عنه بود امام می فرمودند مثل کراء قصر تا نیل و نه
 اینکه مثل کرایه کوفه تا نیل. این احتمال نمی باشد که هم اجرة المسمى کوفه تا قصر و هم
 اجرة المثل آن به گردن ابی ولاد باشد لذا مراد تماماً اجرة المثل است و در نتیجه جواب مرحوم
 خوئی را نمی توان قبول کرد.

مناقشتنا باشکالین:

اما این وجه را هم نمی توان قبول کرد به دو اشکال:

١ (١) - لا يخفى أن أبا حنيفة استدل هنا باصالة البراءة والاستصحاب ونحوهما، "منه قده".

٢ ... قَالَ فَقُلْتُ جُعِلْتُ فِدَاكَ قَدْ عَلِمْتُهِ بِدَرَاهِمٍ فَلِي عَلَيْهِ عَلَيْهِ فَقَالَ لَا لِأَنَّكَ غَاصِبٌ قَالَ فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ لَوْ عَطَبَ
 الْبُغْلُ وَ تَفَقَّ أَلَيْسَ كَانَ يَلْزَمُنِي قَالَ نَعَمْ قِيمَةُ بَغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتَهُ قُلْتُ فَإِنْ أَصَابَ الْبُغْلُ كَسْرًا أَوْ دَبْرًا أَوْ عَمُرًا فَقَالَ عَلَيْكَ قِيمَةُ مَا
 بَيْنَ الصَّحَةِ وَالْعَيْبِ يَوْمَ تَرَدُّهُ عَلَيْهِ فَقُلْتُ مَنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ قَالَ أَنْتَ وَ هُوَ إِمَّا أَنْ يَخْلِفَ هُوَ عَلَى الْقِيَمَةِ فَيَلْزَمَكَ فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينَ
 عَلَيْكَ فَخَلَفْتَ عَلَى الْقِيَمَةِ لَزِمَهُ ذَلِكَ أَوْ يَأْتِي صَاحِبَ الْبُغْلِ بِشُهُودٍ يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيَمَةَ الْبُغْلِ حِينَ أَكْثَرَى كَذَا وَ كَذَا فَيَلْزَمَكَ فَقُلْتُ
 إِيَّيْ كُنْتُ أَعْطَيْتُهُ دَرَاهِمَ وَ رَضِيَ بِهَا وَ خَلَلَنِي فَقَالَ إِنَّمَا رَضِيَ بِهَا وَ خَلَلَكَ حِينَ قَضَى عَلَيْهِ أَبُو حَنِيفَةَ بِالْجَوْرِ وَ الظُّلْمِ وَ لَكِنْ ارْجِعْ
 إِلَيْهِ فَأَخْبِرْهُ بِمَا أَفْتَيْتُكَ بِهِ فَإِنْ جَعَلَكَ فِي جِلٍّ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْكَ بَعْدَ ذَلِكَ الْحَدِيثِ

الإشكال الأول: هذا الوجه موافق لإحتمال الرابع ايضا.

این وجه با احتمال چهارم هم می رسد که اکثر اجرة را بدهد بینند اجرة المسمى بیشتر است یا اجرة المثل در ما نحن فيه اجرة المثل بیشتر است و امام 8 فرمودند اجرة المثل را بدهد لذا اینکه امام 8 فرمودند اجرة المثل را باید بدهد، شاید به خاطر این بوده است اجرة المثل از اجرة المسمى بیشتر است لذا قائل به این اجرة المثل شدند. پس تأیید احتمال دوم نمی باشد با احتمال چهارم هم می سازد.

الإشكال الثانى من المرحوم الحكيم: مورد هذه الرواية الأقل و الأكثر لا النافع المتضادة.

اشكال دوم، اشكالى است که مرحوم حکیم فرموده اند بر این وجه دوم و اشکالش این است که این قصه ابی ولاد از بحث ما خارج است و از منافع متضاد نمی باشد بلکه مثال اقل و اکثر است چرا که کرایه را بر اساس مسافت می سنجند خوب معلوم است که هر مقدار که رفته است باید کرایه را بدهد لذا احتمال دارد این مورد از موارد اقل و اکثر باشد.

همین مقدار که امکان دارد از موارد اقل و اکثر باشد روایت می شود مجمل و نمی توان به آن استناد کرد. لذا احتمال دوم هم تمام نمی باشد.

البته این اشکالات با صرف نظر از این دو اشکال است که اولاً این خبر، خبر واحد است و خبر واحد در امور هامة حجت نمی باشد و دیگر این که ممکن است این بیان امام 8 سیره در آن زمان بوده است لذا نمی تواند متبع باشد.

الإحتمال الثالث: مجموع الأجرتين.

اما احتمال سوم که مهمترین احتمال است چرا که هم قول ماتن است و دلیل خودشان را هم ذکر کرده اند و هم قول مرحوم خوئی که این احتمال را قبول کرده اند و دلیل خودشان را هم ذکر کرده اند.

دقت کنید وقتی مرحوم بروجردی می خواسته اند به این مسئله تعلیقه بزنند ایشان فرموده اند این وجه را نه کسی به عنوان فتوا و نه به عنوان احتمال ذکر نکرده است. یعنی این قدر این احتمال ضعیف است. یعنی نه تنها فتوا نداده است بلکه اصلاً به عنوان یک احتمال هم تا زمان سید ذکر نکرده اند. می خواهم بگویم با توجه به اینکه این مسئله مسئله معاملاتی است که ارتکاز علماء در معاملات خیلی مهم است؛ این مسئله خیلی دور از ارتکاز بوده است.

۱ دلیل هذا الوجه:

دلیل این وجه: دو دلیل ذکر شده است یک دلیل از مرحوم سید و یک دلیل از مرحوم خوئی.

الدلیل المنقول من صاحب العروة⁶: أن المسماة مُضْمَنٌ بالتفويت و المثل بالإستيفاء الذی یکون بمنزلة الإتلاف.

ابتداءً دلیل مرحوم سید: مرحوم سید در عروة استدلال کرده است گفته است اجرة المسمى را ضامن است چرا که منفعت مستاجر را تفویت کرده است که به منزله استيفاء کردن است و اجرة المثل را ضامن است چرا که استيفاء کرده است و استيفاء منفعت به منزله اتلاف است من اتلف مال الغير فهو له ضامن پس یکی را به تفویت و یک را به اتلاف و استيفاء ضامن است.

قبل از ورود به نقد نکته ای را می خواهیم توضیح دهیم:

نکته فی فرق الإتلاف و التفويت: التفويت المنع من الحدوث و الإتلاف من البقاء.

فرق بین تفویت و اتلاف چیست؟

تفویت یعنی مانع حدوث شیء شود اتلاف مانع بقاء یک موجود شود اگر ما مانع در حدوث شدیم این منع در حدوث یعنی تفویت و اگر مانع در بقاء شدیم این منع در بقاء را اتلاف می گوئیم سید معتقد است که در این عین منفعت مستاجر است که تفویت کرد و مانع حدوث آن منفعت شد و منفعت مستوفی را اتلاف کرد لذا یکی را به تفویت و یکی را به اتلاف ضامن است. این فرمایش مرحوم سید.

مناقشة: فيه جهات من الإشكال:

این کلام به جهاتی فنی نمی باشد:

الإشكال الأول: أن التفويت ليس من اسباب الضمان.

اینکه تفویت از اسباب ضمان نمی باشد آنیکه موجب ضمان است اتلاف است و اگر تفویت شده باشد این موجب ضمان نمی باشد همه اینها به سیره عقلاء ثابت است مثلاً یکبار مال کسی را اتلاف می کنید این جا ضامن می باشید اما یکبار کاری می کنید که نمی گذارید مالی به دست کسی برسد مثلاً کسی رفته است شکار شما صدا می دهید تا شکار فرار کند و نمی گذارید که آهو به دست او برسد خوب در اینجا تفویت کرده است اما موجب ضمان نمی باشد.

الإشكال الثاني: أن المنفعة ليس الركوب و الحمل و السكنى بل المنفعة قابلية العين لها.

اشکال دوم اینکه کانه در نظر سید منفعت ماشین حمل و رکوب است این منفعتی که در باب اجاره می گویند سکنی و رکوب و حمل نمی باشد بلکه صلاحیت و قابلیت اینها است این ماشین قبل از رفتن به اصفهان قابلیت ذهاب و ایاب به تهران را داشت وقتی به اصفهان بردم این قابلیت از بین رفت. یعنی نه اینکه تفویت شد بلکه اتلاف شد.

الإشكال الثالث: أن استيفاء بنفسه موجب للضمان و لا يرجع الى الإتلاف أو التفويت.

اشكال سوم اینکه کلا در باب منافع ما ها قائلیم که این وجه ضمان نه بر می گردد به اتلاف و نه به تفویت بلکه استيفاء خودش یک عنوانی است که اگر کسی منتفع به مال غیر شود و منفعت مال غیر را استيفاء کند ضامن آن منفعت مستوفی می باشد چرا که اتلاف یعنی از بین بردن و منفعت قابلیت است و قابلیت را کسی از بین نمی تواند ببرد بلکه قابلیت به مرور زمان خودش نسبت به مقطعی از زمان از بین می رود لذا کسی قادر به اتلاف آن نمی باشد. خوب حال اگر این استيفاء بدون اذن باشد در سیره عقلاء ضامن اجرة است مثلا من از عبا یا کتاب یا ماشین کسی بدون اذن او استفاده کنم اگر آن منفعت اجرة داشته باشد باید اجرة را به مالک آن عین بدهم.

پس این فرمایش سید یک فرمایش فنی نمی باشد بلکه می تواند بگوید منفعت مستوفی را ضامن است چون بدون اذن استيفاء کرده است و منفعت مستاجر را چه استيفاء کند یا نکند فرقی نمی کند ضامن است که انشاء الله در وجه دوم خواهیم گفت. این استدلال سید استدلال نادرستی است.

الدلیل المنقول من المرحوم الخوئی⁶: أن المسمأة مُضَمَّن بالعقد و المثل بالإستيفاء.

اما وجه مرحوم خوئی: مرحوم آقای خوئی⁶ خیلی سعی و تلاش کرده است که این را کاملا مدلل کند ایشان فرموده اند ضامن هر دو اجرة است هم اجرة المسمى و هم اجرة المثل یعنی باید سیصد تومان جمعا بدهد. آقای خوئی⁶ ابتداء یک استدلال روشنی کرده و بعد اشکالات استدلال را رد کرده است.

گفته اند ضامن اجرة المسمى است بالعقد می دانید عقد اجاره باعث ضمان اجرة المسمى است. هیچ فرقی نمی کند در سیره عقلاء این منفعت مستاجر را استيفاء کند یا نکند. خانه را اجاره کنید و اصلا در سال پای داخل خانه نگذارید در سیره عقلاء این امر واضحی

است که ضامن اجرة المسمى است. مثل اینکه کسی خانه را اجاره کند و بعد از اتمام عقد اجاره او را تا یکسال به زندان ببرند این شخص اجرة المسمى را ضامن است.

یعنی عقد الايجار در اجاره سبب ضمان اجرة المسمى است. این با تلف سماوی فرق می کند در تلف سماوی کشف از بطلان عقد اجاره از اول است.

اما ضامن اجرة المثل است در سیره عقلاء قطعی است که اگر ما انتفاع از عینی ببریم و منفعتی را استیفاء کنیم بدون اذن اجرة آن را ضامن است و این شخص نه مالک این ماشین بود و نه اذن در استیفاء در رفتن به اصفهان داشت لذا باید اجرة المثل را بدهد.

این وجهی است روشن از مرحوم آقای خوئی. مرحوم آقای خوئی مهم برای او دلیل بود ولو کسی به آن فتوا نداده باشد و با ارتکاز هم موافق نباشد.

ان قلت: أن المنافع متضادة فلا يجتمع فكيف الضمان لها.

اشکال می کند این دو منفعت متضاد است وقتی قابل جمع نمی باشد چطور ضامن است؟ مثل کسی که چیزی را غصب کرد چطور ضامن تمام منافع نمی باشد این هم همینطور.

قلت: أن المنافع لا تجتمع و لكن الملكية امر اعتبارية قابلة للجمع.

جواب می دهد که منفعت قابل جمع نمی باشد اما ملکیت امر اعتباری است و مقوم به اعتبار معتبر است و مانعی ندارد در عالم اعتبار اعتبار کند ملکیت مالک را بر دو منفعت و لو در عالم خارج این دو منفعت قابل جمع نباشد.

إن قلت: لا بد أن يكون متعلق الإعتبار مقدورا في الجمع.

بعد اشکال کند در اعتبار باید متعلق مقدور باشد.

قلت: إن المعتبر في الاعتبار مقدوريته في نفسه لا في الجمع.

ایشان می گوید چه کسی گفته است باید در اعتبار باید متعلق مقدور باشد بلکه باید فی حد نفسه مقدور باشد نه جمع بین آنها مقدور باشد خوب در اینجا هر دو فی حد نفسه مقدور است.

بعد مثالی می زنند می گویند: متعلق ترخیص باید مقدور باشد و الا این ترخیص عرفاً و عقلاً لغو است مثلاً من اذن می دهم عبای من را بپوشی یا کتاب من را بخوانی اما اگر به شخص نابینائی بگویند که به تو اذن می دهم کتاب من را بخوانی این در نظر عقلاء این اذن لغو است چرا که مقدور و ماذون له نمی باشد. اما اگر جمعش مقدور نیست مثل اینکه کسی وارد منزل ما می شود و می گوئیم به شما اذن می دهم در ساعت اول در اینجا بنشین و همچنین اذن می دهم در همان ساعت اول در آنجا بنشین این لغو نمی باشد و لو جمعشان ممکن نمی باشد یا مثال سکون و حرکت که قابل جمع نمی باشد اما در عین حال در هنگام زوال هم حرکت و هم سکون مباح است و اباحه امری است اعتباری و این اباحه لغو نمی باشد چرا که هر کدام از سکون عند الزوال و حرکت عند الزوال فی حد نفسه مقدور است.

إن قلت: ليس ثمرة للملكية لهذه المنافع المتضادة.

ان قلت دیگری مطرح کرده اند که فایده این ملکیت همزمان بر این دو منفعت متضاد چیست چرا که اعتبارات عقلائی نباید لغو باشد.

قلت: ثمرة ظاهرة في ما نحن فيه و هي ضمان الأجرتين.

ایشان می گویند در مثل ما نحن فيه این فایده ظاهر می شود اگر یکی را اجاره کرد و یکی را استیفاء کرد هر دو را می شود ضامن چون در واقع ملک دیگری را تملک کرده است و یکی را هم استیفاء کرده است در اولی به عقد ضامن می شود و یکی را هم به مجرد استیفاء ضامن می شود.

این بحثهای استدلالی را می‌کنیم تا سیره را روشن کنیم چون سیره خیلی واضح نمی‌باشد و با این تنبیهات می‌خواهیم سیره را واضح کنیم.

شروع کردند به اشکال کردن به مرحوم آقای خوئی که عبارت است از:

المنافشة الأولى: أن أحد من المنافع فائتة قهرا و لا يكون مضمنا عند العقلاء.

اشکال اولی که بر مرحوم خوئی کرده اند این است که گفته اند علی ای تقدیر یکی از دو منفعت به خاطر تضاد فائت است و وقتی فوت یکی قهری باشد در سیره عقلاء انسان ضامن نمی‌شود.

رد المناقشة: السيرة نافية لهذه المناقشة.

این اشکال درست نمی‌باشد یکبار می‌گوییم که در سیره عقلاء ضامن نمی‌باشد خوب از همان اول بگویید که ضامن دو اجرة نمی‌باشد اگر می‌خواهید استدلالی کنید یعنی می‌خواهید سیره را مدلل کنید و نکته آن را بیان کنید که ما هم به سیره برسیم این باز درست نمی‌باشد مثلا یکی یک ماشینی دارد که اصلا قادر به استیفاء از آن منفعت نمی‌باشد نه بالمباشرة و نه بالتسبیب و نه بالاجاره اما اگر کسی این منفعت را استیفاء کرد که مالک، این شخص را هم نمی‌توانست اجاره کند، معلوم است که در سیره عقلاء این را ضامن می‌باشد. لذا شما باید به این استدلال ایشان روشن اشکال کنید که مثلا به این دلیل این را ضامن نمی‌باشد. فوت علی ای تقدیر این دلیل نمی‌شود مثل اینکه مالی است اگر الان ما آن را استیفاء نکنیم از بین می‌رود و هیچ استفاده ای نمی‌توان از آن بعدا کرد نه مالک می‌تواند استفاده کند و هیچ کس دیگری هم نمی‌تواند از این مال منتفع شود در اینجا اگر کسی آمد استیفاء کرد بدون شک در سیره عقلاء ضامن است.

پس این فرمایش که أحد المنفعتین تالف است علی ای تقدیر این درست نمی‌باشد.

^۱ المناقشة الثانية: لازم هذا البيان ضمان الغاصب للمسمأة قبل العقد و لمجموعهما بعد العقد و لا يقول به العقلاء.

اشكال دومی که شده است یک اشكال نقضی است بر مرحوم آقای خوئی. اینها گفته اند این مطلب شما لازمه ای دارد که به این لازم نمی توان ملتزم شد و آن اینکه اگر شخص غاصب بیايد ماشین مالک را غصب کند و به اصفهان برود و و بیايد طبق نظر شما باید دویست تومان بدهد حال اگر مالک، ماشین را به مستاجر اجاره داد و بعد غاصب ماشین را غصب کرد باید سیصد تومان بدهد صد تومان را باید به مستاجر بدهد چرا که منفعت المستأجره که رفتن به تهران بود و ملک مستأجر به عقد اجاره بود را تفویت کرد و دویست تومان باید به مالک بدهد چون منفعتی را که ملک مالک بود و آن رفتن و برگشتن به اصفهان بود را استیفاء کرد که گفتیم استیفاء به منزله اتلاف است. این عقلا درستی نمی باشد این عقلا احتمالش نمی باشد که یک شخص که یک مفعول را در دو حالت استیفاء کرده است مقدار ضمان در هر یک متفاوت از دیگری باشد به واسطه عقد اجاره ای ربطی به او ندارد.

رد المناقشة: يمكن أن يقول به المرحوم الخوئی.

اولا بعید نمی باشد که مرحوم خوئی قبول کند و قائل باشد و دلیلی نداریم که ایشان قبول نکند و مدعی شود که عقلا اینطور است ظاهرا مستشکل این را مفروق عنه گرفته است که عقلا قبول نمی کنند. ظاهرا مفروق عنه نمی باشد.

دقت کنید نظر مشهور را در این مسئله نمی دانیم چرا که در نزد مشهور این مسئله طرح نشده است که ببینیم نظر مشهور چه می باشد بلکه این مقدار را داریم که اگر شخصی عینی را غصب کرد باید باید اجرة المثل منفعت را بدهد. لذا معلوم نمی باشد این نقض بر ایشان وارد شود. چرا که مرحوم خوئی ممکن است بگوید خیر سیره اینطور است که من گفتم.

ثانیا: اشکالی بر مرحوم خوئی داریم که بر این نقض هم وارد است.

مناقشتنا: آن کلامه صحیح و لکن تطبیقه خطاء.

اشکالی بر مرحوم خوئی داریم که با این اشکال، مختار خود مان هم مشخص می شود چون مختار ما غیر از این پنج قول است.

این را دقت کنید مرحوم آقای خوئی مقدماتی را که فرمودند همه درست بود اما در عین حال نتیجه درست نمی باشد پس این شکال در کجاست؟ اینکه گفته اند به عقد اجاره ضامن اجرة المسمى است این درست است یعنی در نزد عقلاء به اختیار خود مستأجر است که منفعت مستاجر را استیفاء کند یا خیر در هر دو صورت باز ضامن است و بعد گفتند که منافع مستوفی را ضامن است به قاعده اتلاف چون عند العقلاء استیفاء منفعت به منزله اتلاف است و ضامن است و این هم درست است و تردیدی در آن نمی باشد.

اما در عین حال با نتیجه و مختار ایشان موافق نمی باشیم چرا که محاسبه و تعیین اجرة المثل از ایشان نادرست بوده است یعنی اجرة منفعت المثل را اشتباه محاسبه می کردند این را می خواهیم توضیح دهیم یعنی مقدمات درست است اما در تطبیق و مقام محاسبه اشتباه می شده است.

دقت کنید می دانید اجرة المثل امری است نسبی به حسب زمان و مکان و مستوفی مختلف است مثلاً اگر کسی با ماشین در یک جاده صعب العبوری برود و لو یک فرسخ این اجرة المثلش متفاوت است نسب به زمانی که ماشین در جاده صافی برود. دقت کنید اجرة المثل بین قم و اصفهان در مثال ما دویست تومان بود این دویست تومان نسبت به چه کسی؟ نسبت به کسی که مالک منفعت متضادش نباشد. اما اگر کسی مالک منفعت متضاد این منفعت مستوفی است در عین حال آن منفعت را که مالک است استیفاء نمی کند و غصبا متضاد آن را استیفاء می کند اجرة المثل این منعی که استیفاء کرده است نسبت به این شخص چه مقدار است؟ ما به التفاوت بین این دو اجرة است یعنی اجرة المثل منفعت مستوفی و

منفعتی را که مالک بوده است که در مثال ما این ما به التفاوت صد تومان است. برای اینکه مطلب روشن شود یک مثال تقریبی می زنیم: اگر کسی ماشینی را غصب کرد که ده درصد مشاء ای ماشینی که غصب کرده است برای خودش است رفت اصفهان و برگشت اجرة المثل منفعت نسبت به این شخص ۲۷۰ تومان است بخلاف شخص ثالث که می بایست سیصد تومان دهد. پس مالک مشاء فقط نود درصد را ضامن است دیگر معنا ندارد که سیصد تومان بدهد به زید.

این مثال دقیقا مثل ما نحن فیه نمی باشد فقط برای تقریب به ذهن است در اینجا غاصب مالک منفعت متضاده بوده است. مالک منفعت متضاده بوده است یعنی چه؟ یعنی هر منفعتی را که استیفاء کند این منفعت متضاده و مملوکه را نمی تواند استیفاء کند لذا اگر منفعت مستوفی را استیفاء کند منفعت مستاجر را نمی تواند استیفاء کند مثلا اگر منفعت اصفهان را استیفاء کند دیگر قادر به استیفاء منفعت تهران نمی باشد لذا در نزد عقلاء اجرة المثل را که این شخصی که مالک منفعت متضاد منفعت مستوفی است، باید بدهد، چقدر است؟ ما به التفاوت بین این دو اجرة المثل اجرة المثل منفعت متضاده و منفعت مملوکه متضاده غیر مستوفی. یعنی اجرة المثل منفعت مملوکه متضاده از اجرة المثل منفعت مستوفی کسر می شود و ما بقی را می دهد. خوب فرض کردیم اجرة المثل تهران ۱۵۰ تومان است و اجرة المسمای تهران صد تومان است و اجرة المثل اصفهان هم دویست تومان است. خوب این شخص باید چه مقدار به مالک به عنوان اجرة المثل بدهد؟ اجرة المثل منفعت متضاده مملوکه را که فرضا ۱۵۰ تومان بود را از اجرة المثل منفعت مستوفی که فرضا ۲۰۰ تومان بود کم می کند ما بقی را به مالک می دهد که ۵۰ تومان باشد. اجرة المسمی را هم که به عقد ضامن شد باید بدهد که مجموعا با این اجرة المثل می شود ۱۵۰ تومان. کلا باید ۱۵۰ تومان بدهد. لذا باید اجرة المسمی را تماما بدهد اما اجرة المثل ما به التفاوت بین دو اجرة است یعنی اجرة المثل منفعت مملوکه متضاده و اجرة المثل منفعت مستوفی است گاهی اوقات چیزی

نباید بدهد چون اجرة المثل تهران و اصفهان هر دو دویست تومان است و اجرة المسمى هم دویست است در اینجا فقط باید اجرة المسمى را بدهد چون بین دو اجرة المثل تفاوتی نمی باشد که این فرد نادر است. یا اجرة المثل منفعت مستوفی کمتر است از اجرة المثل منفعت مملوکه متضاده در اینجا هم ما به التفاوت چیزی نمی باشد و فقط باید اجرة المسمى را بدهد. پس مختار ما این است که اجرة المسمى را تماما می دهد و ما به التفاوت بین اجرة المثل منفعت مستاجر و اجرة المثل منفعت مستوفی را می دهد چرا که در ادعای ما این است که در نزد عقلاء اجرة المثل نسبی است که نسبت به مالک منفعت متضاد با کسی که مالک این منفعت متضاد نمی باشد فرق می کند.

این مسئله مشکلی بوده است حتی مرحوم اصفهانی هم نتوانسته بودند این مسئله را حل کنند چرا که از یک طرف می دید که با ارتکاز نمی سازد و از طرف دیگر دیده بودند کلام سید فنی هم است لذا توقف کرده بودند پس ما هم قائل به جمع بین دو اجرة المسمى و اجرة المثل می باشیم اما در محاسبه اجرة المثل باید ما به التفاوت بین دو اجرة المثل منفعت مستاجر و منفعت مستوفی را در نظر بگیرد.

در دروه قبلی گفته بودیم برای محاسبه اجرة المثل باید ما به التفاوت اجرة المسمى و اجرة المثل را در نظر بگیرند نمی دانم نکته چه بوده است اما ظاهرا نکته ای ندارد و آن حرف را دیگر قبول نداریم. ادعای ما این است که سیره به این منوال حکم می کند. مراد ما از سیره ارتکازات عقلاء است یعنی اگر این مورد مصداق خارجی هم نباشد با توجه به ارتکازات عقلاء می گوئیم که اگر همچنین اتفاقی بیافتد سیره این چنین حکم می کند.

پس ما قائلیم اجرة المسمى را باید تماما بدهد که به عقد ضامن شد و بعد اجرة المثل اصفهان را باید بدهد که اجرة المثل نسبت به مالک منفعت متضاده ما به التفاوت بین دو اجرة المثل است و دلیل آن هم سیره است. این سیره خیلی واضح است اگر توجه بکنید برای

شما هم روشن خواهد شد. لذا اگر به فرمایش ما دقت کنید جمع بین فرمایش آقای خوئی که فنی و تمام است، تمام می باشد و این تنافی بین فرمایش ایشان و ارتکاز حل خواهد شد.

خوب با این بیان آن اشکال نقضی هم مندفع شد چرا که ما ثابت کردیم که باید هر دو اجرة را بدهد اما در عین حال لازمه قول ما این نمی باشد که غاصب در بعد و قبل از اجاره ای که مربوط به آن نمی باشد متفاوت ضامن باشد چرا که در غاصب چه قبل از اجاره و چه بعد از اجاره یک قیمت می دهد فقط در قبل از اجاره همه را به مالک می دهد اما بعد از اجاره آن پول را تقسیم می کند بین مالک و مستاجر ما به التفاوت را به مالک می دهد^۱ و اجرة المثل منفعت متضاده مملوکه^۲ را هم به مستاجر می دهد^۳. پس ما جمع کردیم بین مختار خودمان و ارتکازی که در ذهن مستشکل بود.

^۱ چرا که مالک بعد از اجاره دیگر مالک منفعت متضاده مملوکه نمی باشد بلکه در قبال اجرة المسمایی که از مستاجر گرفت آن را تملیک ب مستاجر کرد و فقط ضامن مقداری است که بیش از منفعت متضاده مملوکه غاصب استیفاء کرده است.

^۲ چرا که غاصب ضامن اجرة المسمایی نمی باشد که مستاجر می دهد چه بسا موجر آدم کلاهبرداری بوده است و به بیش از مقداری که ارزش دارد اجاره داده است لذا در سیره عقلاء فقط ضامن اجرة المثل است یعنی مقداری که می ارزد فارق از اینکه اجرة المسمایی که مستاجر پرداخت کرده است چه مقدار است. (اس مد)

^۳ ممکن است که کسی بگوید که منفعت مستوفی را باید اجرة المثل آن را به تمامه غاصب به مالک این اجرة المثل منفعت مستوفی را بدهد چرا که مالک بوده است نه ملک مستاجر و در جایی که غاصب منفعت مستوفی مستاجر باشد باید ما به التفاوت بدهد اما در اینجا که غاصب آمده است مال مالک را غصب کرده است باید به تمامه اجرة المثل منفعت مستوفی را بدهد کما اینکه اگر قبل از اجاره غصب می کرد چطور می بایست اجرة المثل منفعت مستوفی را به تمامه بدهد در اینجا هم همینطور. جواب این است که این محذوری ندارد اما ما تابع سیره می باشیم و در این مورد مثال ما یعنی مثال غصب بعد از اجاره سیره مالک را مالک ما زاد از منفعت متضاده مملوکه مستآجره می دانند.

۱ احتمال الرابع: اكثر الأجرتين و هو فى الواقع مجموع اجرة المسماة و اجرة مثل المنفعت المستوفاة التى تكون ما زاد على اجرة المسماة من الأجرة المثل.

احتمال چهارم احتمال معروف بين علمای ما است و آن اینکه که اکثر الأجرتين را باید بدهد ببینند که اجرة المسمى چه قدر است و اجرة المثل چه مقدار است هر کدام بیشتر بود آن را بدهد اگر اجرة المسمى بالاتر بود اجرة المسمى را اگر اجرة المثل بیشتر بود اجرة المثل را بدهد که در مثال ما باید اجرة المثل را بدهد که دویست تومان بود یا ماشین را اجاره کرده بودن برای رفتن به اصفهان به سیصد تومان و به تهران رفت و اجرة المثل آن دویست تومان است لذا باید سیصد تومان بدهد.

وجهی را مرحوم آقای خویی برای این قول مشهور نقل کرده است، که این وجه همان وجهی است که ما در مطلب گذشته به آن اشاره کردیم. ایشان گفته اند کأنه در نظر اینها اجرة المثل منفعت مستوفی، مبلغ زائد بر اجرة المسمى است مثلاً اجرة المسمى تهران دویست تومان بوده است و اجرة المثل اصفهان سیصد تومان. زیاده صد تومان است. کأنه در نظر اینها اجرة المثل اصفهان آن مبلغ زائد بر اجرة المسمى است که آن مبلغ زائد، صد تومان است در واقع دویست می دهد بابت اجرة المسمى و صد تومان هم به عنوان اجرة المثل اصفهان می دهد. چون منفعت متضاد منفعت مستوفی، ملک خودش است اجرة المثل منفعت مستوفی کأنه بیش از ما به التفاوت اجرة المسمى و اجرة المثل منفعت مستوفی نمی باشد. توضیحی نداده اند که چرا فقط گفته اند که اجرة المثل نسبت به این شخص این است. پس باید دویست تومان بابت اجرة المسمى بدهد و صد تومان هم ما به التفاوت بین اجرة المسمى و اجرة المثل منفعت مستوفی می باشد. لذا جمعاً باید سیصد تومان بدهد.

مناقشة: هذا صحيح و لكن أجرة مثل المنفعة المستوفاة ليس ما زاد على الأجرة المسماة و الأجرة المثل بل بين الأجرتين المثليتين.

احتمال چهارم را وجهش را قبول داریم اما ما به التفاوت را نسبت به اجرة المثل منفعت مستأجره می سنجیم نه اجرة المسمى. کسی که مالک منفعت ذهاب به تهران است اجرة المثل ذهاب به اصفهان چه مقدار است؟ مقدار زائد بر اجرة المثل رفتن به تهران است. اجرة المثل ذهاب به اصفهان چه مقدار است؟ دویست تومان. اجرة المثل ذهاب به تهران چه مقدار است؟ صد و پنجاه تومان. اجرة المثل منفعت مستوفی که در مثال ما ذهاب به اصفهان باشد نسبت به این آقا که مالک منفعت متضاده ی منفعت مستوفی می باشد، ما به التفاوت این دو اجرة المثل می باشد که پنجاه تومان باشد. که این ۵۰ تومان مقدار زائد بر اجرة المثل ذهاب به تهران است به اضافه اجرة المسمى ذهاب به تهران که صد تومان بود که مجموعاً می شود ۱۵۰ تومان لذا این شخص باید ۱۵۰ تومان به جناب مستأجر بدهد.

این احتمال چهارم همان اشکالی را دارد که قبلاً در وجه سوم، وجه مرحوم سید و مرحوم آقای خوئی گفتیم و آن اینکه اجرة المثل منفعت مستوفی اجرة المثل به تمامه نمی باشد بلکه اجرة المثل در نزد عقلاء نسبت به شخصی که مالک منفعت متضاده ی منفعت مستوفی می باشد عبارت است از ما به التفاوت بین اجرة المثل منفعت مستأجرة و اجرة المثل منفعت مستوفاة.

الإحتمال الخامس من المرحوم الحاج الشيخ عبد الكريم الحائري: اكثر الأجر.

احتمال پنجم از مرحوم آ شیخ عبد الكريم حائری است. ایشان فرموده اند این عین در ما نحن فيه سه منفعت دارد: یکی منفعت مستأجرة و مملوکه که در مثال ما ذهاب به تهران است و یک منفعتی به نام منفعت مستوفات دارد که در مثال ما عبارت است از ذهاب به اصفهان است و یک منفعت ثالثه هم دارد که منفعت غیر مستوفی است مثلاً روز جمعه از

صبح تا شب می توانست برود به کاشان یا شیراز یا شمال و برگردد اینها را منافع غیر مستوفی می گویند پس ما سه منفعت داریم منفعت مملوکه و منفعت مستوفی و منفعت غیر مستوفی که منافع ممکنه ای است که استیفاء نشده است. ایشان فرموده اند که این شخص مستأجر اکثر اجرة را در مجموعه این منافع را ضامن است لذا حساب می کند و می دهد مثلاً روز جمعه می توانست به شمال برود و برگردد و منفعت شمال ۴۰۰ تومان است و به اصفهان رفت که اجرة المثل آن ۲۰۰ بود و و اجرة ذهاب به تهران را هم که مالک بود صد تومان بود که در میان اینها منفعت غیر مستوفی اجرتش بیشتر است که رفتن به شمال است لذا منفعت شمال را باید بدهد.

بیان ایشان چیست؟

مقدمه ای ذکر شود : اگر کسی یک عینی را غصب کرد که این عین چندین منفعت دارد که اجرة های آنها متفاوت است چه از آن عین استیفاء منفعت بکند چه استیفاء منفعت نکند ضامن اجرة می باشد حال کدام اجرة؟ مثلاً اسبی را غصب کرد که اجرت منفعت حمل آن صد تومان است و منفعت رکوب آن دویست تومان است و نه سوار این اسب شد و نه چیزی را با آن حمل کرد اینجا چه اجرتی را باید به مالک اسب بدهد؟ باید اکثر اجرت را بدهد لذا باید دویست تومان را بدهد در منافع غیر مستوفی باید اکثر اجرت را بدهد چرا؟ ایشان قائلند که عقلاء در منافع متضاد وقتی مجموعه منافع را در نظر می گیرند در منافع متضاد اجرتها را با هم جمع را نمی زنند بلکه اجرت اکثر می شود اجرة آن منافع متضاد چرا که دو منفعت در عرض هم قابل استیفاء نمی باشد مثلاً اسبی را برای حمل کرایه کنی به صد تومان و اگر برای رکوب اجاره کنید کرایه آن دویست تومان است حالا این اسب را کرایه کنید و بگوی اگر دلم خواست سوارش می شوم و اگر دلم خواست حمل بار می کنم عرفاً کرایه این حیوان چه مقدار است؟ دویست تومان این طور نمی باشد که دو کرایه را از او بگیرند چرا که این دو منفعت متضاد است و قابل استیفاء در عرض هم نمی باشد.

در ما نحن فيه همین پیاده می شود اجرة المسمى چه مقدار بود؟ صد تومان کجا رفت؟
اصفهان و وقتی به اصفهان رفتید اوید عدوانی است لذا به اکثر اجرة ضامن است و لو آن
منفعت غیر مستوفی باشد.

این فرمایش دو اشکال دارد:

الإشكال الأول: اليد العدوانی ليس مانعا للأجرة المسماة الواجبة بالعقد عند العقلاء.

اشکال اول این است که چرا اجرة المسمى را ضامن نباشد و لوید او عدوانی شد اما
ضمانش نسبت اجرة المسمى به عقد بود نه ضمان به ید و لوید اوید عوانی باشد در بیان
ایشان این است که ضامن اجرة المسمى نمی باشد چون منشأ ضمان اجرة المسمى عقد است
به مجرد وقوع عقد می شود ضامن و باید اجرة المسمى را بدهد.

الا اینکه گفته شود که اعلی القیم به عنوان اجرة المثل می باشد یعنی اجرة المسمى را
باید به مجرد عقد بدهد و نسبت به منفعت مستوفی اعلی القیم را به عنوان اجرة المثل بدهد
یعنی این شخص ضامن مجموع اجرة المسمى و اعلی القیم به عنوان اجرة المثل می باشد.
احتمال پنجم می شود شبیه احتمال چهارم می شود. اگر مراد او این باشد آنگاه اشکال دوم وارد
است.

در عقد اجاره به محض این که اجاره محقق شد من به سیره عقلاء ضامن اجرة المسمى
می شوم چه به مفاد عقد عمل کنم یا خیر از آن تجاوز کنم.

الإشكال الثاني: أن الأعلى القيم مضمن اذا لم يستف الغاصب منفعة و كان المجموعة المنافع المتعارفة.

اشكال دوم اينكه گفته اند كه غاصب در منافع غير مستوفى اعلى القيم را ضامن است اين در صورتى است كه هيچ منفعتى را استيفاء نكرده باشد. اين يك قيد آن است و قيد ديگرى دارد كه خواهيم گفت. اين قيد را مشهور گفته اند.

اما مقدمه اى كه ايشان گفت. تارة غاصب منفعتى را استيفاء مى كند و تارة استيفاء نمى كند اگر منفعتى را استيفاء كرد قيمت منفعت استيفاء شده را به مالك مى دهد و اما اگر منفعتى را استيفاء نكرد اگر منافع متعارف و غير متعارف دارد اعلى القيم منافع متعارف را مى دهند اما منافع غير متعارف را حساب نمى كنند مثلاً ماشين را داد براى ركوب و متعارف آن حمل پنج نفر است اما با اين ماشين هشت نفر را هم مى توان سوار كرد كه اجرة آن هم بيشتر است اين شخص ديگر نبايد منفعت حمل هشت نفر را از او گرفت. قيمت حمل يك نفر را هم حساب نمى كنند بلكه اعلى القيم در بين منافع متعارف را حساب مى كنند كه در اينجا مى شود اجرة منفعت حمل پنج نفر مى شود.

يعنى مى گوييم كه اين اطلاقى كه بيان كرده اند و گفته اند اعلى القيم اين به اطلاقه درست نمى باشد بلكه اعلى القيم بين منافع متعارف را حساب مى كنند. لذا بيان ايشان دو قيد داشت يك قيد اين كه بايد هيچ منفعتى را غاصب استيفاء نكرده باشد و الا بايد اجرة المثل منفعت مستوفى را بدهد و قيد دوم هم اين است كه اعلى القيم از ميان قيمت منافع متعارف را بايد بدهد.

بله اگر خانواده خودش هشت نفره بود و با ماشين هشت نفر را حمل كند در اينجا بايد اجرة المثل ركوب هشت نفر را بدهد.

پس ما خودمان احتمالی را که اختیار کردیم احتمال ششم است که شبیه احتمال چهارم است در احتمال چهارم زیاده بر اجرة المسمى محاسبه می شود و در نظر ما زیاده بر اجرة المثل را محاسبه و سنجیده می شود.

مناقشة المرحوم الخوئی فی ذیل کلام المرحوم صاحب العروة:

مرحوم سید در ذیل مطلبی را ذکر کرده اند و آن اینکه اگر مستأجر شخصی را اجیر کرده بود برای یک عمل و بعد در روز عمل به او کار دیگر داد مستأجر باید به اجیر دو اجرة را بدهد اما این در صورتی است که اجیر غافل و مستأجر عالم باشد. مرحوم خوئی اشکال می کند که در صورت بالعکس هم همینطور است یعنی اجیر عالم باشد و مستأجر غافل باشد. بین این دو صورت فرقی نمی باشد چرا که قاعده ای داریم که اگر شخصی از کسی به امر او عملی بخواهد و قصد مجانی هم نکند مستأجر باید به اجیر اجرة المثل را بدهد.

مناقشة: أن هذا القيد بالنسبة الى الأجرة المسماة لا الأجرة المثل التي توهمه⁶.

این مناقشه مرحوم خوئی درست نمی باشد.

اگر اجیر کتابه را به جای خیاطت انجام دهد باید مستأجر هم اجرة المثل کتابت و هم اجرة المسمى خیاطه را بدهد به شرط این که اجیر غافل و مستأجر عالم باشد. سید این قید را به خاطر اجرة المثل کتابه زده است یا اجرة المسمای خیاطه؟ مرحوم خوئی فکر کرده اند مرحوم سید این قید را برای اجرة المثل زده است در حالی که سید این قید را به خاطر اجرة المسمى زده است و در صورت غفلت اجیر این شخص خودش منفعت اجیر را که مالک بود تفویت کرده است. اما اگر خود اجیر عالم باشد منفعت مستأجره را خود اجیر تفویت کرده است و مستند به مستأجر نمی باشد لذا اجرة المسمى را مستحق نمی باشد. لذا این قید ناظر

به اجرة المثل نمی باشد بلکه ناظر به اجرة المسمى می باشد و این هم درست است چرا که علم و جهل اجیر استناد تفویت را عوض می کند.

که ما در اینجا تابع کلام مرحوم سید شدیم اما اجرة المثل را همان به صورت ما به التفاوتی که در احتمال ششم گفتیم حساب می کند.

مسألة ۷: لو أجر نفسه للخياطة مثلا في زمان معين

فاشتغل بالكتابة للمستأجر مع علمه بأنه غير العمل المستأجر عليه

لم يستحق شيئا أما الأجرة المسماة فلتفويتها على نفسه بترك الخياطة و أما أجرة المثل للكتابة مثلا فلعدم كونها مستأجرا عليها فيكون كالمتبرع بها بل يمكن أن يقال بعدم استحقاقه لها و لو كان مشتبها غير متعمد خصوصا مع جهل المستأجر بالحال.

اگر کسی اجیر شد برای خیاطت روز جمعه و بعد به جای خیاطت مشغول کتابت برای مستاجر شد سید می فرمایند مستحق چیزی نمی باشد اما اجرة المسمى را مستحق نمی شود چرا که خودش آن منفعت را تفویت کرد به ترک خیاطت و اجرة المثل کتابت را مستحق نمی باشد چرا که اجیر برای کتابت نشده بود بعد می فرماید که حتی اگر از روی غفلت این کار را انجام دهد باز مستحق چیزی نمی باشد از روی غفلت یعنی اینکه اجیر شده بود برای خیاطت

اما روز جمعه یادش رفت که اجیر شده برای خیاطت فکر کرد اجیر شده است برای کتابت و در روز جمعه مشغول کتابت شد در اینجا هم مستحق چیزی نمی باشد به همان بیان قبل. این متن مسئله.

رفع اشکالات المتن:

قبل از ورود به شرح وارد توضیح متن شویم:

الإشكال الأول: أن عدم استحقاق اجرة المسمى لعدم استناد التفويت الى المستأجر لا لتفويت الأجير على نفسه.

سید فرمود اجرة المسمى را ضامن نمی باشد چرا؟ «فلتفويتها على نفسه» چرا که تفويت من قبل خودش بود این تفويت من قبل خودش برای عدم استحقاق اجرة المسمى موضوعیتی ندارد این اجرة المسمى را در صورت تفويت منفعت، زمانی اجیر مستحق می باشد که تفويت از ناحیه مستأجر باشد مثلاً روز جمعه می رود برای خیاطت و مستأجر می گوید که پارچه را نمی دهم در اینجا شب که شد باید اجرة المسمى را بدهد اما اگر تفويت منفعت از جانب غیر مستأجر باشد در این صورت باز اجیر مستحق اجرة المسمى نمی باشد مثلاً کسی دست اجیر را می گیرد و نمی گذارد خیاطت کند یا خود اجیر این کار را نمی کند در این صورت جناب مستأجر ضامن نمی باشد پس این کلام سید: «فلتفويته على نفسه» تسامحی است همینکه تفويت منفعت از جانب مستأجر نباشد و لو تلف سماوی باشد یا غاصب تلف کرده باشد یا ظالم تفويت کرده است، مستأجر ضامن اجرة المسمى نمی باشد حال تفويت از جانب نفس اجیر باشد یا از جانب غیر او و غیر مستأجر.

الإشكال الثاني: قال السيد عدم استحقاق للأجرة المثل لعدم الإجارة على الكتابة و أن الإجارة عليها يضمن الأجرة المسماة لا المثل.

دقت كنيد مرحوم سيد فرمودند: ضامن اجرة المثل نمی باشد چرا که برای این عمل اجیر نشده بود اجاره اجرة المثل را نمی آورد بلکه اجرة المسمى را می آورد سيد فرمود ضامن اجرة المثل کتابت نمی باشد چرا که اجیر برای کتابت نشده بود خوب اگر اجیر برای کتابت شده بود اجرة المثل کتابت به گردن مستأجر نمی آمد بلکه اجرة المسمى به گردن مستأجر می آمد لذا این تعبیر هم تسامحی است. بله می بایست بگوید: «لعدم الامر بها».

الإشكال الثالث: أن قيد خصوصية جهل المستأجر ليس دخيلا في استحقاق الأجرة المثل بل في الأجرة المسماة.

بریم سر عبارت بعدی ایشان. دقت كنيد سيد فرمود: « لم يستحق شيئا أما الأجرة المسماة ... و أما أجرة المثل للكتابة ... بل يمكن أن يقال بعدم استحقاقه لها و لو كان مشتبهها غير متعمد خصوصا مع جهل المستأجر بالحال.» سيد فرمود اجیر مستحق اجرة المثل نمی باشد خصوصا اگر مستأجر ملتفت نباشد و غافل باشد. اگر مالک ملتفت باشد یا غافل باشد در عدم استحقاق اجرة المثل اثری دارد؟! خیر چه ملتفت باشد و چه ملتفت نباشد در استحقاق اجیر نسبت به اجرة المثل اثری ندارد و اجیر مستحق آن نمی باشد. فرض این است که این عمل یعنی کتابت به امر مستأجر نمی باشد. خوب این «خصوصا» به کجا می تواند نظر داشته باشد؟ کجا می تواند اثر داشته باشد؟ نسبت به اجرة المسمى. چرا؟ چون اگر مستأجر التفات داشته باشد این شبهه است که این تفویت مستند به مستأجر باشد یعنی با اینکه التفات داشته است چیزی نگفته است کأن او رضایت داده است به تفویت منفعت مستأجرة وقتی رضایت داده است تفویت مستند می شود به مالک و گفتیم که اگر تفویت

منفعت مستند به مستأجر شود، مستأجر ضامن اجرة المسمى و اجیر مستحق آن می باشد. پس مرحوم سید «خصوصاً» را ذیل عبارت مربوط به عدم استحقاق اجیر نسبت به أجرة المثل آورد در حالیکه در عدم استحقاق اجرة المثل جهل و علم مستأجر اثری ندارد فرق نمی کند که مالک ملتفت باشد یا ملتفت نباشد. بلکه در استحقاق و عدم استحقاق اجرة المسمى است که شبهه تأثیر علم و جهل مستأجر است لذا «خصوصاً» را می بایست در ذیل عبارت مربوط به عدم استحقاق اجیر برای اجرة المسمى می آورد.

نگویید که در صورت التفات به کتابت این شبهه است که امر به این کار کرده است چنین ظهوری نمی باشد که سکوت ظهور در امر داشته باشد لذا این کلام ایشان را نمی توان توجیه کرد. اگر کسی مشغول کاری برای شما باشد و شما نگاه کنید این ظهور در امر دارد؟! الا اینکه تداول عرفی پیدا کند مثل کسانی که در خیابان می آیند و در پشت چراغ قرمز ماشین را تمیز می کنند و شما سکوت می کنید در آنجا ظهور به امر دارد چرا که یک شغل شده است و اگر شخص نخواهد باید نهی کند و عدم نهی ظهور در امر دارد.

لذا در سه جا عبارت ایشان درست نمی باشد و سه اشکال عبارتی بر سید وارد است.

پس سید مطلبی را گفته است و ما با مطلب ایشان موافقیم منتها با تعلیل ایشان در دو مورد و تقیید ایشان در مورد سوم موافق نمی باشیم.

اما توضیح و شرح المسئلة:

أما عدم إستحقاق الأجرة المسماة:

اما اجرة المسمى را مستحق نمی باشد. گفتیم وقتی عقد اجاره منعقد می شود مالک و مستأجر، مالک عمل در ذمه اجیر می شود و اجیر مالک اجرة المسمى در ذمه مستأجر می شود و اجیر زمانی حق مطالبه اجرة المسمى را دارد که عمل را تسلیم کند خوب اجیر عمل را تسلیم

نکرد و بعد از عدم تسلیم خیاطت در روز جمعه دیگر قدرت بر تسلیم خیاطت در روز جمعه را از دست می دهم چرا که در روز جمعه مشغول کتابت بودم تا روز جمعه گذشت. اگر عمل زمانش یک روز است نیم ساعت از روز جمعه بگذرد دیگر قدرت تسلیم عمل در روز جمعه را ندارد. حالا که قدرت بر تسلیم عمل ندارم عقد اجاره چه می شود؟

قول المشهور فی هذه المسئلة: انفساخ العقد و عدم استحقاق الاجير للأجرة المسماة.

مشهور قائل به انفساخ عقد اجاره می باشند.

قول المرحوم الخوئی: للمستأجر التخيير فی ابقاء العقد و مطالبة بدل العمل المستأجرة أو فسخ العقد.

مرحوم خوئی خلافاً للمشهور بنائی دارند ایشان می فرمایند که عقد اجاره منفسخ نمی شود عقد اجاره باقی است و مستأجر می تواند عقد را فسخ کند که در این صورت اجیر دیگر مستحق چیزی نمی باشند. یا می تواند فسخ نکند و عقد را ابقاء کند در این صورت به اجیر می گوید که عمل را به من تسلیم کن. اجیر می گوید نمی توانم. مستأجر می گوید که بدل آن را به من تسلیم کن که بدل عمل اجرة المثل آن است. این کار یعنی ابقاء العقد و مطالبه بدل عمل زمانی فایده دارد که اجرة المثل از اجرة المسمى بیشتر باشد. مرحوم آقای خوئی هم با توجه به قوانین عقلائی این نظر را می دهند یعنی ادعای ایشان این است که سیره سلوکش در این موارد این است که اینک مشهور هم چنین ادعایی دارند.

مختارنا: مختار المشهور لأرتكازنا من السيرة العقلانية.

ما گفتیم در ارتکاز ما کلام مشهور است. بلکه مقتضای صناعت فرمایش مرحوم خوئی است که می گوید که من مالک عمل می باشم و این شخص قدرت تسلیم ندارد و یا فسخ می کنم یا مطالبه بدل می کنیم. اما ارتکاز ما می گوید در سیره عقلاء عمل منفسخ می شود و مهم هم برای ما سیره عقلاء است و لو وجهش مشخص نباشد و کلام مرحوم خوئی کلامی است فنی لذا باید بگردیم وجه سیره عقلاء را پیدا کنیم مهم نمی باشد وجه را پیدا کنیم چرا که تابع سیره عقلاء می باشیم و ارتکاز عقلاء برای ما مهم است. آیا اگر کارگری را اجیر کردیم و کارگر نیامد عقلائی است که بگوییم بیا و اجرة عملت را به من بده که اجرة المثل را بگیریم و اجرة المسمى را بدهیم؟!!

با فرمایش سید موافقیم بر اساس ارتکاز اجرة المسمى را ضامن نمی باشد.

و أما عدم استحقاق الأجرة المثل: لعدم الأمر بها.

اما اجرة المثل را ضامن نمی باشد چرا که عملی را انجام داد بدون امر بود که عمل بدون امر در نزد عقلاء احترام ندارد.

اما صورت اخیر که اجیر فکر کرد که اجیر شده است برای کتابت و مشغول کتابت شد این اشتباه باعث می شود که اجرة المثل را از صاحب کتابت بگیرند؟ چرا که امر نکرده بود و لو علم و التفات داشت که اجیر برای خیاطت شده است و برای کتابت نشده بود. آیا اجرة المثل را مستحق است؟ در اینجا هم کلام سید را قبول داریم. با مختار سید موافقیم اما استدلال ایشان را مخالفیم و تقیید در ذیل را هم موافق نمی باشیم.

مسألة ۸: لو آجر دابته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر

فاشتبته و حملها متاع عمرو

لم يستحق الأجرة^۲ على زيد و لا على عمرو^۳.

اگر شخصی که صاحب اسب یا ماشین است، اجیر شده بود که متاع زید را با دابة خودش از قم به تهران ببرد اما اشتباها متاع عمرو را به تهران برد سید می فرمایند صاحب این دابه نه مستحق اجرة المسمى است و نه مستحق اجرة المثل است مستحق اجرة المسمى نمی باشد چون عمل مستأجر علیه را که انتقال متاع زید به تهران بود را انجام نداد چون گفتیم که زمانی اجیر می تواند اجرة المسمى را مطالبه کند که عمل را تسلیم کند و مستحق اجرة المثل نمی باشد درست است که این متاع عمرو را انتقال به تهران داد اما این انتقال به امر عمرو نبود لذا می شود تبرعی. لذا نه مستحق اجرة المسمى است و نه مستحق اجرة المثل است.

لذا این کلام سید درست است و وجه آن هم همانی است که گفته شد.

دقت کنید سید در اینجا فرمود « فاشتبته و حملها متاع عمرو » یعنی اشتباها این متاع را برد چرا صورت عمد را نفرمودند؟ چون صورت عمد واضح است یعنی اگر عمدا متاع عمرو را برد این واضح است که نه زید ضامن اجرة المسمى است و نه عمرو ضامن اجرة المثل است لذا مثال اشتباه را زد چون می خواست مثال اخفی را بزند مثال عمد حکمش واضح بود.

^۱ سه شنبه ۹۷/۰۸/۰۱.

مسألة ۸: لو آجر دابته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر فاشتبته و حملها متاع عمرو لم يستحق الأجرة على زيد و لا على عمرو.

^۲ ای اجرة المسمى.

^۳ یعنی اجرة المثل

مسألة ٩: لو أجر دابته من زيد مثلاً

فشردت^٢ قبل التسليم إليه أو بعده في أثناء المدة

بطلت الإجارة و كذا لو أجر عبده فأبق...

مسئله این است که مالک حیوانش را به زید اجاره داد و بنا بر این بود که اسب را به او تسلیم کند که فردا برای سوار شدن یا حمل بار استفاده کند قبل از تسلیم حیوان، حیوان گریخت یا این که حیوان را تسلیم کرد بنا بود که یک هفته در دست او باشد که بعد از دو سه روز فرار کرد همچنین در مثال عبد که عبدی را اجاره داد قبل از اینکه این عبد را به مستأجر بدهد عبد فرار کرد یا بعد از تسلیم، این عبد فرار کرد سید می فرمایند نسبت به هر دو فرع اجاره باطل می شود خوب در فرض اول باطل می شود نسبت به تمام مدت عقد در فرض دوم که در اثناء مدت آن اسب فرار کرد یا عبد گریخت نسب به الباقی عقد می شود باطل. این عبارت سید بالاجمال. خوب حالا تفصیلاً مسئله را بررسی کنیم و ببینیم که این بیانی که سید داشته اند درست است یا خیر؟ خواهیم گفت فتوای سید اجمال دارد.

^١ مسألة ٩: لو أجر دابته من زيد مثلاً فشردت قبل التسليم إليه أو بعده في أثناء المدة بطلت الإجارة وكذا لو أجر عبده فأبق و لو غصبهما غاصب فإن كان قبل التسليم فكذلك وإن كان بعده يرجع المستأجر على الغاصب بعوض المقدار الفائت من المنفعة و يحتمل التخيير بين الرجوع على الغاصب و بين الفسخ في الصورة الأولى و هو ما إذا كان الغصب قبل التسليم

^٢ فرهنگ ابجدی متن ٨٠ شَرَدَ- شَرَدَ و شُرُوداً و شُرَاداً و شَرَاداً: رمید،

أما الفرض الأول في شروء الدابة قبل التسليم:

اما فرض اول اين بود كه حيوان را اجاره داد به زيد قبل از تسليم حيوان به زيد، حيوان فرار كرد و حيوان رفت كه رفت و نتوانستند اين حيوان را برگردانند. دقت كنيد هر چه را در مورد حيوان فرارى گفتيم به عينه در مورد عبد فرارى هم مى آيد.

قول السيد: كشف بطلان العقد من الأول لأن عدم المنفعة في زمان العقد، كاشف عن عدم قابلية العين للمنفعة المستأجرة.

در اينجا عنايت شود بعضى گفته اند كشف مى شود كه اين عقد اجاره از اول باطل بوده است. چرا؟ خوب دقت كنيد در اين مثال فرض كنيد روز پنجشنبه اسب را اجاره داد كه زيد در روز جمعه با اين اسب به مسافرت برود يعنى اين اسب را براى منفعت ركوب در روز جمعه اجاره داد قرار بود صبح جمعه اسب را بگيرد روز جمعه يا شب پنجشنبه اسب فرار كرد از اين كشف مى كنيم اين اسب در روز پنجشنبه هنگام عقد منفعت ركوب در روز جمعه را نداشته است و توهّم منفعت ركوب بوده است حقيقت عقد اجاره تملك منفعت بعوض است و اگر منفعتى را تملك كنيم كه معدوم است اين عقلاً باطل است چرا كه عقلاً تملك منفعت بوجود آن منفعت است اگر عيني منفعتى را نداشته باشد تملك آن معنا دارد؟ خير معنا ندارد پس اين عقد اجاره از اول منعقد نشده است و باطل است اين تملك منفعتى كرده است كه موجود نبوده است چرا كه اسب معدوم كه منفعت ركوب را ندارد اسب موجود است كه منفعت ركوب را دارد. لذا در ما نحن فيه تملك منفعتى را كرده است كه اين منفعت را اين اسب نداشته است وقتى اين اسب اين منفعت را نداشته است اين شخص مالك اين منفعت نبوده است منفعتى را تملك كرده است كه موجود نبوده لذا اين عقد اجاره از اول باطل است وقتى فرار محقق شد آن وقت تازه ما مى فهميم اين اسب در روز پنجشنبه اصلاً اين منفعت

روز جمعه را نداشته است. این را دقت کنید در باب منافع مراد از منفعت، قابلیت است قابلیت در زمانِ متقدم است مثلاً این ماشین قابلیت سفر در روز جمعه و روز بعد را همین الان دارد این قابلیت است که ما آن را به مستأجر تملیک می‌کنیم اما اگر این منفعت در زمان عمل به عقد معدوم شد مشخص می‌شود این قابلیت توهمی بوده است. در واقع این قابلیت برای این شیء نبوده است. این بیان برای قول به بطلان است که این عقد اجاره باطل می‌شود چرا که عقلاً این منفعت را نداشته است و از اول باطل بوده است یعنی موجر منفعتی را تملیک کرده است که وجود نداشته است آیا این اسب قابلیت حمل بار در روز جمعه را داشت یا خیر؟ این قابلیت را نداشت اصلاً پس بنابراین در ما نحن فیه این عقد اجاره از اول باطل بوده است.

این وجهی است که برای بطلان گفته شده است نظیر آن مثل آنجائی است که اسبی را اجاره می‌دهم بعد معلوم می‌شود این اسب مرده بوده است. پنجشنبه این اسب را اجاره می‌دهم برای روز جمعه و بعد مشخص می‌شود شب پنجشنبه مرده بوده است این ما نحن فیه نظیر این مثال است. اسب شارد در روز پنجشنبه این قابلیت در روز جمعه را نداشت این یک احتمال در قول سید است آیا این قول تمام می‌باشد یا خیر؟

تعليقتان علی قول السيد:

این را دقت کنید ما در اینجا دو تعلیقه داریم:

التعليقة الأولى: عدم الشرطية الوجود للمملوك عند العقلاء.

تعلیقه اول این است که گفته اند تملیک معدوم، عقلاً محال است یعنی عقلاً این تملیک باطل است یعنی تملیک ممکن نیست. چرا؟ چون شیء معدوم چیزی نمی‌باشد که تملیک کنم و شخص بشود مالک لذا اگر در ما نحن فیه این قابلیت معدوم باشد این عقد اجاره عقلاً

باطل است نه اینکه عقلا باطل است اگر در عقلاء هم باطل است به خاطر اینکه این تملیک عقلا باطل است.

تعلیق اول ما این است که ما در اشیاء معدوم گفته ایم این استحاله عقلی ندارد انسان مالک امور معدوم شود چون ملکیت امر اعتباری است و می توانم مالک امر موهوم شوم لازم نمی باشد مملوک در عالم حقیقت، موجود باشد بلکه می تواند در عالم وهم باشد موید هم داریم که عقلاء امور معدوم را تملیک می کنند مثلا باغی داریم که میوه ای ندارد من میوه یکسال این باغ را تملیک می کنیم الان خریدار مالک چه شده است؟ نگوئید من مالک میوه های سه ماه بعد شده ام چرا که میوه این باغ در سه ماه دیگر موجود است و در ظرف خودش موجود است. فرض کنید این باغ اصلا میوه ندارد من مالک چه شده ام؟ آیا این معامله باطل است؟ کشف می کند این معامله از اول باطل بوده است؟ خیر معامله درست است.

دقت کنید نگوئید که این درخت قابلیت اثمار را دارد درست است عقلاء کجا بر امر معدوم معامله می کنند؟ در جایی که این درخت قابلیت اثمار داشته باشد اما این معنایش این نمی باشد که این قابلیت را معامله می کنند خیر خود میوه را معامله می کنند که فرض ما این است که معدوم است. بله در جایی که قابلیت نباشد معامله نمی کنند اما نه اینکه اگر معامله کردند پس معامله باطل است چرا که غرض عقلائی دارند می آید الان درخت من را می خرد و مالک میوه درخت ما می شود که الان معدوم است و در سه ماه بعد موجود می شود.

ممکن است که گفته شود که عقلا باطل است و معدوم نمی باشد اما عقلا که معدوم است و اعتبار عقلاء که شیء معدوم را موجود نمی کند.

گفته نشود که میوه موجود در ظرف خودش را می فروشند این درست نمی باشد چرا که اگر واقعا میوه موجود در ظرف خودش را فروختم بعد از اینکه میوه نداد معامله باید باطل

شود در حالیکه این طور نمی باشد این شاهد بر این است که که بر این میوه معدوم مالک است.

لذا تعلیقه اول این است که لزوما نیاز نمی باشد که مملوک حتما باید امر موجود باشد عقلا محذوری ندارد که من مالک چیزی شوم که معدوم است و موجود در عالم وهم است.

التعليقة الثانية: الفرق بين الدابة الميتة حين العقد و هذا الدابة الشاردة

بعد العقد.

تعلیقه دوم این است که این مثالی که در اسب گفتیم با مثال اسب مرده فرق می کند الان اسب مرده را اجاره می دهیم بعدا که مشخص می شود که در زمان عقد مرده بوده است یعنی در زمان عقد اصلا این اسب قابلیت حمل و رکوب را نداشته است اما در اسب شارد قابلیت در اسب موجود است و همین الان که زمان عقد است قابلیت حمل و رکوب در روز جمعه را دارد اما لعارض از بین می رود در اثر گریختن و فرار. یعنی می گوئیم این مثال اسب مرده نظیر این هم نمی باشد. لذا در اینجا که اسب گریخته است عقد صحیح است و باطل نمی باشد و کشف نمی کند که عقد از اول باطل بوده است به خلاف اجاره بر اسب مرده که بعد از مردن اسب، عقد بسته می شود و بعد معلوم می شود در آنجا مشخص و کشف می شود که عقد از اول باطل بوده است. اما در اسب گریخته کشف نمی کنم که از اول قابلیت را نداشت. لذا باید برویم در سیره عقلاء ببینیم چه معامله ای با این عقد اجاره می کنند. ما قائلیم در نزد عقلاء من حین الفرار عقد منفسخ می شود و اجرة المسمى بر می گردد نه این که عقد اجاره از اول باطل بود.

احتمال دارد که مراد سید که می گوید بطلت الإجارة بطلان اجاره از اول باشد که مراد بطلان باشد و امکان دارد که بطلت الاجاره من حین الشرذ مراد مرحوم سید باشد که انفساخ می شود. این فرض اول.

اما الفرض الثانى:

فرض دوم این است که اسب را تحویل داد حالا که اسب را تحویل داد نصف روز اسب در اختیار مستأجر بود و اسب فرار کرد.

مختار المرحوم السيد: بطلان أو الإنفساخ بالنسبة الى ما بقى من المدة.

سید می فرمایند بطلت الاجاره. دقت کنید بطلت الاجاره نسبت به باقی است یعنی کشف می کنیم از اول این اسب منفعت تا نصف روز جمعه را داشت نه منفعت یک هفته را لذا تا نصف روز جمعه عقد منعقد شد و در ما بقى منعقد نشد و احتمال دیگری هم این است که بطلت الاجاره من الان یعنی انفسخت الاجاره یعنی نسبت به ما بقى عقد اجاره منفسخ می شود و تا نصف عقد اجاره درست بود. در صورت انفساخ بالنسبه عملی که استیفاء کرده است از اجرة المسمى بردارد و ما بقى را برگرداند. احتمال دارد مراد سید از بطلت الاجاره انفساخ عقد اجاره باشد. دقت کنید چه قائل به کشف بطلان شویم و چه قائل به انفساخ شویم در نتیجه فرقی نمی باشد.

مختارنا: انفساخ العقد من الأول إن لم يكن العقد إنحلاليا عند العقلاء و انفساخه من حين الشرذ إن يكن إنحلاليا.

مختار ما: اولاً بطلانی نمی باشیم بلکه انفساخی هستیم اما نسبت به کل منفعت منفسخ می شود یا نسبت به ما بقى منفسخ می شود؟ تفصیل می دهیم یک دفعه این عقد اجاره عرفاً انحلالی است یعنی در قبال هر مقدار مسافت که رفت باید پول دهد گاهی اوقات انحلالی نمی باشد به این معنا که اگر در وسط راه عمل را نصف کاره گذاشت مستحق هیچ اجرتی نمی

باشد مثلاً به تهران می رویم به ده هزار تومان اگر در بین راه او را پیاده کرد این مستحق هیچ چیزی نمی باشد. اما اگر انحلالی است مثلاً می گوید ده تن برنج را به تهران ببر ظرفیت ماشین پنج تن بود پنج تن را برد و بعد ماشین خراب شد در اینجا نسبت به پنج تن برنج حمل شده عقد درست است و باید نصف اجرة المسمى را بدهد و نسبت به ما بقى منفسخ می شود. لذا اگر عقد انحلالی باشد نسبت به ما بقى منفسخ می شود اما اگر عرفاً انحلالی نباشد نسبت به کل من حين المانع منفسخ می شود و مستحق اجرتی نمی باشد نه کل اجرة المسمى و نه به مقداری که عمل انجام داده است.

این تمام نظر ما در این فردی که اسب فرار بکند.

طبق فرقی که بین انحلالی و غیر انحلالی گذاشتیم اگر ما بطلانی می شدیم نه انفساخی در آنجا هم فرق می گذاریم به اینکه اگر انحلالی باشد باید به مقداری که وفاء نکرده است اجرة المسمى را پس دهد و اگر انحلالی نباشد اجرة المسمى را مستحق نمی باشد به هیچ عنوان و فقط به مقداری که از عمل انجام شده مستأجر ضامن اجرة المثل این مقدار می باشد.^۱

در عبد هم اگر فرار کند این بیان تکرار می شود.

^۱ این پاراگراف در بعد از کلاس گفته شده است.

۱...و لو غصبهما غاصب

فإن كان قبل التسليم فكذلك^۲ و إن كان بعده يرجع المستأجر على الغاصب بعوض المقدار الفائت من المنفعة و يحتمل^۳ التخيير بين الرجوع على الغاصب و بين الفسخ في الصورة الأولى و هو ما إذا كان الغصب قبل التسليم.

در این بخش مرحوم سید مسئله ای شبیه مسئله قبل مطرح می کند می فرمایند که اگر انسان عینی مثل خانه یا ماشین یا اسبی و... را اجاره کرد و غاصب این عین مستأجره را غصب کرد. این حکمش چه می باشد؟

مختار السيد:

سید می فرمایند این مسئله دو فرض دارد:

^۱ چهارشنبه ۹۷/۰۸/۰۲.

^۲ ای بطلت الاجاره.

^۳ بر می گردد به اول مسئله که قبل از تسلیم بود.

الفرض الأول: الغصب بعد تسليمها اليه: صحت العقد للتسليم المنفعة المقوم في صحة الإجارة و له الرجوع إلى الغاصب و مطالبة اجرة مثل المنفعة المستوفاة.

فرض اول اين است كه جناب مالك، عين مستأجره را به جناب مستأجر تحويل داده است مثلاً مالك، خانه را به زيد تحويل داد و غاصب از زيد غصب كرد. اين يك صورت. حكم اين صورت اين است كه زيد نمى تواند اين عقد اجاره را فسخ كند يا عقد اجاره منفسخ نمى شود من مستأجر نمى توانم كه به مالك مراجعه كنم و بگويم كه غاصب از من غصب كرد مالك مى گويد كه مشكل من نمى باشد مشكل شما است و به غاصب مراجعه كن كه مستأجر به غاصب مراجعه مى كند و از او اجرة المثل مدتى را كه غصب کرده بوده است را مى گيرد فرق نمى كند اين اجرة المثل بيش از اجرة المسمى باشد يا کمتر و يا مساوى باشد كه در صورت تفاوت در يك صورت به نفع من مستأجر و در يك صورت به ضرر من مستأجر خواهد بود. اين وجه مشخص است و واضح لذا كسى هم اشكال نكرده است چرا كه منفعت تسليم شد و تسليم منفعت به تسليم عين است و جناب مالك، منفعت را به من تسليم كرد مثل اينكه من عباى يا كفشى مى خرم و بعد از تحويل به درس مى روم و كسى اين كفش را مى برد معنا ندارد كه به فروشنده مراجعه كنيم مسئله ما هم مثل اين مسئله كفش است معنا ندارد كه به مالك مراجعه كند و بگويد كه عين غصب شد.

الفرض الثانی: الغصب قبل تسليمها اليه: التوقف بين البطلان مجملا و التخيير بين فسخ العقد و ابقائه.

اما صورت دیگر مسئله. این صورت این است که عین را کرایه کردم و قبل از اینکه مالک، آن ماشین یا اسب را به من تحویل دهد غاصب آمد و ماشین و اسب را غصب کرد در اینجا چطور می شود؟

سید در اینجا دو نظر را می فرماید نظر اول این است که در این مسئله بطلت الاجاره. گفتیم بطلت الاجاره در کلام سید دو معنا می تواند داشته باشد: یک احتمال این است که یعنی بطلت من راسها و یک احتمال هم این است که بطلت من حین غصب این یک مطلب را ایشان مطرح می کند و بعد می گوید که بعید نمی باشد که احتمال دیگری هم باشد و آن اینکه جناب مستأجر مخیر بین دو کار است می گوید که این عین را تسلیم کن و نمی تواند تسلیم کند شرط ارتکازی است که اگر منفعت تسلیم نشد من حق فسخ دارم یا معامله را فسخ می کنم و اجرة المسمى به مستأجر بر می گردد یا خیر معامله را فسخ نمی کند و به سراغ غاصب می رود و می گوید منفعت این خانه مال من بود و الان یک ماه دو ماه در دست تو است باید اجرة المثل را به من بدهی اجرة المثل منفعت فائته را از ید غاصب می گیرد این هم احتمال دومی است که سید می دهد.

از این کلام سید معلوم می شود که سید در این فرع از مسئله، فتوا نداده است و تردید کرده است که آیا بطلت الاجاره یا للمستأجر فسخ أو ابقاء العقد.

مختارنا:

اما مختار ما در این مسئله چه می باشد؟

فی فرض الغصب بعد التسليم: مختارنا مختاره مع ذاک البيان.

نسبت به بعد از تسلیم روشن است که رجوع به مالک حق مستأجر نمی باشد چرا که مالک منفعت را تسلیم کرد و تلف مال بعد از انتقال بر منتقل منه نمی باشد مثل مثال کفش. منفعت عین، ملک مستأجر بوده است که تحت ید غاصب تلف شده است و یکی از اسباب ضمان تلف تحت ید است اگر مال دیگری تحت ید عدوانی تلف شود تالف ضامن است.

أما فی فرضه قبل التسليم: السيرة يحكم بإبقاء العقد و حق الفسخ للمستأجر.

اما آن فرض اول که قبل از تسلیم غاصب عین را ببرد دقت کنید در اینجا باید صحبت کنیم آیا این عقد اجاره منفسخ می شود؟ یا من راسها باطل است؟ یا این که احتمال سوم است که جناب مستأجر حق الفسخ و الابقاء دارد.

اما بطلان العقد من رأسه یعنی کشف کنیم از اول باطل بوده است این را قبول نمی کنیم چرا که در صحت عقد آن که مهم است این است که عین حین العقد این قابلیت را داشته باشد و فرض این است که در حین العقد این قابلیت را داشته است و به من تملیک کرد. این اسب حین العقد قابلیت رکوب در روز جمعه را داشته است. لذا نمی توان قائل به بطلان عقد شد.

اما نسبت به انفساخ و یا حق الفسخ نسبت به مستأجر ما باید به سیره عقلاء رجوع کنیم باید ببینیم عقلاء انفساخی شده اند یا گفته اند فقط حق الفسخ دارد یعنی در واقع می خواهیم ارتکاز عقلاء را بخوانیم طبیعتاً مدلل نمی توانیم صحبت کنیم بگوییم به این دلیل و آن دلیل باید ببینیم عقلاء ارتکازاً برای حفظ نظامات اجتماعی عقد را منفسخ می بینند یا عقد را باقی می بینند و برای مسأجر حق الفسخ قائلند؟ ما قائلیم که ارتکاز عقلاء بر ابقاء است و

دلیلی ندارد که منفسخ بدانند لذا مستأجر می تواند فسخ کند و می تواند ابقاء کند و به غاصب رجوع کند لذا ما قائلیم له الخيار و الابقاء.

این مختار ماست پس ما شق دوم احتمال سید را اختیار کردیم یعنی یحتمل مختار ماست. در صورت فسخ باید مالک رجوع به غاصب کرده و اجرة المثل منفعت مستوفاة را بگیرد.

نکته:

در صورتی که بعد از تسلیم غاصب می آمد و عین را غصب می کرد، گفتیم مستأجر رجوع به غاصب می کند و عین و اجرة المثل منفعت فائته را می گیرد سوال این است که مالک هم می تواند رجوع به غاصب کند و عین را بگیرد؟ بله. خود جناب مالک هم می تواند به غاصب مراجعه کند چرا که عین منهای منفعت یکسال، ملک مالک است منفعت یکسال ملک مستأجر است غاصب در واقع ملک دو نفر را غصب کرده است هم ملک مالک عین و هم ملک مالک منفعت عین را لذا هر دو می توانند به غاصب رجوع کنند یعنی جناب مستأجر به غاصب مراجعه می کند و اجرة المثل منفعت فائته را هم می گیرد و مالک هم برای عین خودش می تواند مراجعه کند و آن را از غاصب بگیرد. پس اینکه گفتیم مستأجر رجوع می کند به غاصب به این معنا نمی باشد که مالک نمی تواند رجوع کند.

خوب وقتی مالک عین را از غاصب می گیرد فوری به مستأجر تحویل می دهد چون منفعت یکساله این عین، مال مستأجر است و تسلیم منفعت به تسلیم عین مستأجره است و اگر تحویل نداد این خودش غصب است. ملک هر شخصی تحت ید ما آمد باید فوراً آن را رفع مانع کنیم که اگر خواست بتواند بردارد. بله در اجاره باید علاوه بر رفع مانع، تحویل مستأجر هم دهم چرا که مقتضای هر عقدی وفاء به آن عقد است و وفاء به عقد اجاره به

تسلیم منفعت است و تسلیم منفعت عند العقلاء به تسلیم عین است فرق نمی کند بقائاً و حدوثاً یعنی مقتضای هر عقدی تسلیم عوضین است حدوثاً و بقائاً.

غاصب می تواند عین را به هر یک از مالک و مستأجر بدهد اما اگر به مالک داد باید اطمینان داشته باشد که به دست مستأجر می رسد چون درمنفعت دست گذاشت اما اگر به مستأجر داد لازم نمی باشد که این اطمینان برای او حاصل شود که مستأجر این عین را بعداً به مالک می دهد چرا که عین باید الان تحت ید مستأجر باشد.

هذا تمام الكلام في المسئلة ٩.

در فرض قبل از تسلیم کشف نمی باشد چرا که واقعاً قابلیت داشت اینجا عرفاً قابلیت برداشته می شود نه این که کشف می شود که از اول قابلیت نداشته حتی در فرض تلف هم قبول نکردیم بلکه در فرضی گفتیم که کشف شود اصلاً قابلیت نداشته مثلاً ما یک اسبی را اجاره داده ایم که این اسب بقاء حیاتش شش ماه بود سرطان داشته است که امد عمرش شش ماهه بوده است و آن را یکساله اجاره داده است اما اگر اسب در حادثه بمیرد این ها را فرق گذاشتیم یکبار از اول اسب مرده بوده است اصلاً اسبی نبوده است قابلیت نبوده است اما یکبار زنده بوده است و بعد از شش ماه می میرد یکبار در حادثه سماوی از دنیا می رود یکبار مشخص می شود که از اول قابلیت شش ماه را داشته است عقد اجاره از اول باطل بوده است اما اگر به حادثه سماوی بوده است این کشف نمی کند اگر بعد از شش ماه زلزله آمد کشف می کند از اول این خانه قابلیت سکونت را نداشته است بطلانی می شویم این عرفی است. یعنی از اول به شش ماه منعقد شد و نسبت به ما باقی از اول باطل بود. زلزله اتفاقی نمی باشد قدرت بر حفظی نمی باشد در فرار دابه انفساخی می باشیم یم توانست فرار نکند اگر در اتاق زندانی بود یا مریض شده بود فرار نمی کرد. بین فرار و زلزله فرق گذاشتیم در فرار انفساخی هستیم و در زلزله بطلانی شدیم یعنی تا زلزله عقد اجاره درست بود و از اول نسبت به ما بعد زلزله باطل

بوده است. عرف در زلزله می گوید که قابلیت سکونت نداشت دقت فلسفی نمی خواهیم کنیم که اگر خواست خداوند بر این بود زلزله نمی آمد عرف کشف می کند نسبت به ما بعد زلزله قابلیت نداشت. صحبت این است که در حین عقد قابلیت سکونت به آن مدت اجاره را داشت یا خیر؟ در زلزله حین العقد قابلیت را نداشت عرفا یعنی فقط قابلیت سکونت شش ماه را داشته است حتی نسبت به انسان اینطور نمی باشد مثلا در زلزله مرد و اجیر بود این کشف نمی کند از اول قابلیت این عمل را نداشته ست چرا که می توانست در آن خانه که زلزله آمد نباشد اگر مثلا اجیر بود برای یکسال شده بود و بعد از شش ماه در زلزله مرد اینجا ما انفساخی می شویم یعنی از حین الموت عقد باطل است اما در بطلان از حین العقد کشف می کنیم که نسبت به ما باقی باطل بوده است و عقد اصلا نسبت به شش ماه باقی مانده منعقد نشده است. انفساخ بطلان حین الحادثه است اما بطلان، بطلان حین العقد است حال یا حین العقد نسبت به همه باطل می شود یا نسبت به مقداری که انجام نشده است.

مسألة ١٠: إذا أجر سفينته لحمل الخل مثلاً من بلد إلى

بلد

فحملها المستأجر خمرًا

لم يستحق المؤجر إلا الأجرة المسماة و لا يستحق أجرة المثل
لحمل الخمر لأن أخذ الأجرة عليه حرام فليست هذه المسألة مثل
إجارة العبد للخياطة فاستعمله المستأجر في الكتابة...^٢

مسئله اين است كه اگر كسى كشتى خودش را اجاره داده بود كه براى حمل خل و شخص
خمر جابه جا كرد در اينجا سوال اين است مالک سفينه مستحق چه مى باشد؟ جناب مستأجر
چه اجرتى بايد به جناب مالک بدهد؟ مرحوم سيد مى فرمايند اجرة المسمى را بدهد مثلاً ده
دينار اما نسبت به خمر لازم نمى باشد اجرة المثل را بدهد چرا كه حمل خمر فعل حرام است
و فعل حرام ماليت ندارد لذا منفعتى را استيفاء كرده است كه حرام است و ماليت ندارد لذا
لازم نمى باشد بابت حمل خمر اجرة المثل بدهد.

بعد مرحوم سيد مى فرمايند اين مثال با مثال عبد فرق مى كند كه من عبد را براى خياطت
اجاره داده ام اما شخص مستأجر عبد و اجير را به كتابت امر مى كند كه در آنجا سيد فرمودند
كه اجرة المسمى خياطت را بايد بدهد به عقد و اجرة المثل كتابت را هم بايد بدهد چون

^١ سه شنبه ٩٧/٠٨/٢٢.

^٢ مسألة ١٠: ... لا يقال فعلى هذا إذا غصب السفينة و حملها خمرًا كان اللازم عدم استحقاق المالك أجرة المثل لأن
أجرة حمل الخمر حرام لأننا نقول إنما يستحق المالك أجرة المثل للمنافع المحللة للفائدة في هذه المدة و في المسألة المفروضة
لم يفوت على المؤجر منفعة لأنه أعطاه الأجرة المسماة لحمل الخل بالفرض.

منفعت کتابت را استیفاء کرده بود و استیفاء منفعت به منزله اتلاف است و ضامن است. خوب چرا این دو مثال با هم فرق می کند؟ چرا که در مثال عبد منفعت کتابت حلال است اما در ما نحن فيه حمل خمر عمل حرام است و مالیت ندارد لذا باید فقط اجرة المسمى را بدهد. این مسئله.

یک بحث کلی است و آن بحث این است که اگر ما یک وسیله ای را اجاره دادیم برای حمل خمر این اجاره باطل است یا صحیح است؟ و اگر کسی وسیله ما را برداشت و با آن خمری را جا به جا کرده است آیا ضامن اجرة است یا خیر؟

این مسئله دوم را خود سید متعرض می شود مسئله اول را هم که آیا این اجاره صحیح است یا خیر بعد از اتمام مسئله ۱۰ وارد آن خواهیم شد.

اما آنچه را می خواهیم شرح دهیم در همین حد است که ما کشتی را اجاره دادیم برای حمل خل و مستأجر خمر حمل کرد. این هم مفروق عنه است که حمل خمر عمل حرامی است اما تفصیل در این مسئله که آیا جا به جایی خمر از محرمات است یا خیر این را بعدا خواهیم گفت. مسئله محل ابتلائی است به جهت اینکه در دیگر کشورها این اتفاق می افتد که یکی شغلها، شاگردی سوپری ها است که کمک می کنند در جابه جایی، در ماشین می گذارند یا از ماشین پایین می گذارند یا گاری خمر را جا به جا می کنند آیا این جایز است یا خیر؟ این را در آخر مسئله که فارق شدیم یکجا حکم آن را خواهیم گفت.

وجه الضمان بالنسبة إلى الأجرة المسماءة: تحقق العقد و تسليم المنفعة.

سید گفته است که اجرة المسمى را ضامن است خوب چون عقد بسته است و در ضمان اجرة المسمى، استیفاء منفعت شرط نمی باشد بلکه عقد سبب ضمان اجرة المسمى است

همین که خانه را در اختیار شما قرار داد کفایت می کند و شما ملزم نمی باشید که داخل آن بنشینید الا اینکه شرط ارتکازی باشد که خانه برای مدت زیاد خالی نباشد یا ماشین اجاره می کنید ملزم نمی باشید که سوار آن شوید لذا ضامن اجرة المسمى هست به عقد.

وجه عدم الضمان بالنسبة إلى الأجرة المثل: لأنه عمل محرم و لا مالية للعمل المحرم.

اما نسبت به اجرة المثل ببینیم حکم چه می باشد؟

اولا ببینیم در مسئله مشابه آن چه گفتیم که بینیم در اینجا هم می گوئیم یا خیر؟ مسئله مشابه آن اجیر کردن عبد برای خیاطت بود که آن را در کتابت به کار گرفتیم که در آنجا گفتیم باید اجرة المسمى خیاطت را بدهیم و اجرة المثل کتابت را که اینطور حساب می کردیم اگر اجرة المثل کتابت بیشتر از اجرة المثل خیاطت بود باید این ما به التفاوت را بدهیم یعنی اگر اجرة المثل خیاطت یک دینار بود و در کتابت دو دینار بود یک دینار علاوه بر اجرة المسمى می بایست به عبد بدهد.

بیان و توضیحاتش گذشت. در اینجا اگر فرض کردیم اجرة المثل حمل سرکه مثلا ۵ دینار است و اجرة المثل حمل خمر ۱۰ دینار است در نظر جناب سید فقط اجرة المسمى حمل سرکه را می دهیم هر چه قدر بوده است اما ما به التفاوت بین دو اجرة المثل که ۵ دینار است را نمی دهیم چون این عمل محرم است و عمل محرم مالیت ندارد وقتی مالیت نداشت فقط اجرة المسمى حمل سرکه را می دهیم.

مناقشة: نحن تابع للعرف إن كان قائلاً بماليتة فهو ضامن و إلا فلا.

این فرمایش سید را قبول نکردیم.

ما گفتیم که حمل خمر حرام است این را قبول کردیم یعنی حمل خمر از محرمات است اما این که حمل خمر از محرمات است یک منفعتی برای این سفینه است که قابلیت سفینه برای حمل خمر است که این قابلیت را استیفاء کردیم گفتیم در نظر عقلاء استیفاء به منزله اتلاف است اتلاف سبب الضمان است. در ما نحن فیه من کدام منفعت این سفینه را استیفاء کردم؟ قابلیت حمل خمر. استیفاء به منزله اتلاف است و سبب الضمان است. بر می گردیم به مبنای خودمان در عرف مسلمین: این قابلیت حمل خمر یا مالیت دارد یا مالیت ندارد. اگر مالیت داشت در عرف مسلمین من ضامنم و لو این فعل من حرام است. چرا که من استیفاء قابلیت را کردم که مالیت دارد اما اگر در عرف مسلمین مالیت ندارد من ضامن نمی باشم.

یک مثالی برای روشن شدن مسئله می زنیم. اگر به کسی بگویید که ماشین ما را هول بده و این عمل در نظر عرف مالیت ندارد، در این صورت شخص هول دهنده نمی تواند بگوید که اجرة هول دادن را به من بده اما اگر در جای دیگر و عرف دیگر این هول دادن مالیت داشت اجیر می تواند بگوید که اجرة من را بده و شخص آمر هم باید بدهد. لذا در عرف اول هول دادن مالیت ندارد اما در عرف دوم مالیت دارد.

لذا ما هم گفتیم اگر این منفعت که قابلیت برای حمل الخمر است، مالیت داشته باشد در عرف مسلمین و مومنین اگر استیفاء کرد به منزله اتلاف است و مضمّن است که باید ما به التفاوت اجرة المثل این و اجرة المثل حمل خمر را بدهد. بلکه عمل محرم است اما حرمت یک

عمل ملازمه ای با عدم مالیت داشتن آن در نزد عرف ندارد. اگر مالیت داشته باشد اجرة به ذمه مستأجر آمده و اداء دین ما فی الذمه، واجب شرعی است.

این مسئله فرق می کند با مسئله اجیر کردن برای خمر در آنجا عقد اجاره باطل است.

در نزد ما ضمان، ضمان عند العقلاء است که یک مسلک واحدی ندارند و تابع اعراف خاصه می باشند اما مبنای سید و دیگران خیلی تفکیک شده و روشن نبوده است این طور نبوده است که به این تفصیل دقت داشته اند. حرمت، قابلیت، ضمان و مالیت در نزد اینها روشن تفکیک نشده است. مثلاً کسی خانه را اجاره کند و دائماً در آن کار حرام انجام دهد این دلیل نمی شود که اصلاً اجرة المثل ندهد این اشکال را سید متوجه بودند لذا جواب دادند اما جواب او درست نبوده است.

اشکال نشود که سید چرا منفعت محله ای را فرض نکرد خوب این کشتی منفعت محله ای هم دارد که استیفاء نشد و این شخص با این کارش منفعت محله ی آن را با حمل خمر تلف کرد؟ این اشکال وارد نمی باشد فرض کردیم یک منفعت متضاده مال خودش بوده در منافع متضاده وقتی مالک شد دیگر سایر منافع را مالک نمی باشد و اینطور نمی باشد که عقلاء اگر یک منفعتی را استیفاء کرد اجرة المثل غیر آن عمل را به عنوان ضمان حساب کنند مثلاً در مثال عبد مستأجر اجیر را امر به کتابت کرد و فرض این است که می توانست نجاری کند و اجرة نجاری هم فرضاً بیشتر است اینطور نمی باشد که عقلاء او را ضامن اجرة المثل نجاری بدانند بلکه ضامن اجرة عملی می دانند که آن را به استیفاء تلف کرده است. اجرة المثل مال منفعتی است که استیفاء کرده است که من اتلف مال الغير شامل حال او شود اگر می گفت که برو جای بخور دیگر ضامن نبود چرا که منفعتی را استیفاء نکرده است در حالیکه در این مدت جای خوردن ممکن بود که کاری دیگر هم بتواند بکند. باید استیفاء منفعت کند تا من اتلف مال الغير در مورد او صدق کند. اگر کسی آب دیگری را می ریخت اینجا ضامن آن

آب نمی باشد چرا که من اتلف مال الغير صدق نمی کند چون یک لیوان آب مالیت ندارد در اینجا هم چیزی را استیفاء کرده است که مالیت ندارد لذا من اتلف مال الغير در مورد او صدق نمی کند. لذا ضامن نمی باشد.

اشکال نشود که اگر هم قائل به ضمان شویم سبب ضمان خود استیفاء است و لازم نمی باشد که آن را به اتلاف برگردانیم کما اینکه قبلاً گفتید که خود استیفاء در نزد عقلاء سبب الضمان است این اشکال اینجا نمی آید آن استیفاءی که گفتیم سبب الضمان است استیفاء منفعت مملوکه بود نه استیفاء منفعت غیر مملوکه در استیفاء منفعت غیر مملوکه باید به اتلاف برگردد تا ضامن شود.

پس در ما نحن فیه بله اگر گفتیم این منفعت قابلیت حمل خمر مالیت ندارد دیگر مستحق نمی باشد.

حتی اگر گفتیم اجاره بر حمل خمر باطل است - کما اینکه خواهیم گفت باطل است-، این معنایش این نمی باشد که لازمه آن این است منفعت قابلیت حمل خمر عند المومنین و مسلمین مالیت ندارد. در ذهن این آقایان این بوده است که از بطلان عقد اجاره در نزد مسلمین و مومنین می فهمیم این قابلیت حمل خمر مالیت ندارد. ما گفتیم اینچنین ملازمه ای نمی باشد. اگر گفته اند شارع از این عمل الغاء احترام کرده است از این بطلان عقد اجاره این را استنباط کرده اند و فهمیده اند. لذا ما می گوییم این ملازمه نا تمام است.

۱... لا يقال فعلى هذا إذا غصب السفينة

و حملها خمرًا كان اللازم عدم استحقاق المالك أجره المثل لأن أجره حمل الخمر حرام لأننا نقول إنما يستحق المالك أجره المثل للمنافع المحللة الفائتة في هذه المدة و في المسألة المفروضة لم يفوت على المؤجر منفعة لأنه أعطاه الأجرة المسماة لحمل الخل بالفرض.

سيد اشكالى را مطرح می کند و بعد از این اشکال جواب می دهد مستشکل می گوید که لازمه قول شما این است که اگر کسی ماشین یا کشتی کسی را غصب کرد و با این ماشین یا کشتی خمر را حمل کرد اصلاً ضامن نمی باشد فقط باید کشتی و ماشین را برگرداند چون حمل خمر عمل محرّمی است و مالیت ندارد. بعد سيد جوابی می دهد که وقتی ما کشتی را غصب می کنیم و خمر جا به جا می کنیم برای خاطر این حمل خمر نباید اجرت دهیم باید بابت غصب اجرت دهیم اگر غصب می کردیم و جایی نگه می داشتیم باید اجرت آن را می داد در اینجا هم باید اجرت منفعت محلله ای که در تحت ید او تلف شده است را بدهد.

گفته نشود که در اینجا هم باید اجرة منافع محلله را ضامن باشد چرا که ما می گوئیم در اینجا ضامن است و بابت منفعت محلله، اجرة المسمى را می دهد.

این بیان سيد يعنى مسئله ای را که گفته است. کدام مسئله؟ اینکه اجرة المثل حمل خمر را ضامن نمی باشد این درست است که اگر غصب کند باید اجرة المثل منفعت محلله را

۱ چهارشنبه ۹۷/۰۸/۲۳.

مسألة ۱۰: إذا آجر سفينته لحمل الخل مثلاً من بلد إلى بلد فحملها المستأجر خمرًا لم يستحق المؤجر إلا الأجرة المسماة ولا يستحق أجره المثل لحمل الخمر لأن أخذ الأجرة عليه حرام فليست هذه المسألة مثل إجارة العبد للخياطة فاستعمله المستأجر في الكتابة ...

بدهد اما تعلیل و بیان سید نا درست است پس آنکه گفته به عنوان نتیجه درست است اما استدلالش درست نمی باشد.

ببینید اگر ما در مسئله مفروضه به نظر سید قائل شدیم گفتیم اگر اجاره کرد برای حمل سرکه و بعد خمر حمل کرد فقط اجرة المسمى را بدهد اگر این را بگوییم – که البته این را قبول نکردیم و با مختار ایشان موافق نمی باشیم – اگر این مختار سید را قبول کنیم می گوییم اگر کسی بدون اجاره سفینه را غصب کرد و خمر جابه جا کرد، و در مسئله مفروضه کلام سید را بگوییم یعنی در فرع سابق مختار ما مختار سید باشد سوال این است که اگر شخصی کشتی و ماشین را غصب کرد و با آن خمر حمل کرد چه باید بدهد؟ می گوییم باید اجرة منفعت محله ای را که تحت یدش تلف شده ضامن است. مثلاً این کشتی برای حمل مایعات است مثل سرکه و آبلیمو و اجرة المثل آن ده تومان است باید ده تومان بدهد و لو اجرة المثل حمل خمر ۱۵ تومان باشد. @@ یعنی فتوای سید را قبول داریم اما دلیل سید نا درست است دلیل سیردئ بخش داشت بخش اول این بود که ما بذاید اجرة منفعت محله تالفه تحت ید را می دهیم این مطلب درست است می دانید یکی از اسباب ضمان تلف تحت ید است تلف تحت ید یعنی چه؟ یعنی اگر کسی بر مال دیگری ید عدوانی گذاشت ید عوانی یعنی یدی که ید امانی نمی ابشت ۱۱ ید امانی را قبلاً توضیح دادیم اما بر نمی گردیم مراد فقهاء از ید عدوانی ره زن است یعنی یدی که امانی نداشت اگر ید عدوانی گذاشت و منافع تحت ید تلف شد آن منافع را ضامن است ید غاصب بر این کشتی ید عدوانی است منفعت محله تلف شد این ضامن اجرة المثل منفعت محله است. مشکله قسمت بعدی است گفت چرا در مسئله سابق نگفتید اجرة المثل منفعت محله را بدهد سید جواب داد این منفعت محله راتفویت کرد و در ازاء آن اجرة المسمى را داد. گفت منفعت محله را نفویت کرد بر مالک و در ازاء آن اجرة المسمى را به مالک دارد پس در آنجا گفتیم اجرة المثل نمی خواهد &&& مراد ایشان منفعت محله منفعت حمل الخل است مال مالک نبود و مال خود سمتأجر بود ربطی به مالک ندارد اگر

کسی مال خود را تلف کرد که ما به ازاء ندارد اگر کسی عباء خود را از بین برد ما به ازاء دارد؟!!!
مراد ایشان منفعت محلله منفعت حمل خل است که مال مالک نبود ثانيا اجرة المسمى در مقابل تفویت منفعت محلله نمی ابشد ضمان اجرة المسمى ضما نعقدی است یعنی به عقد بدهکار شد تا اجاره بر حمل خل کرد ضامن شد فرقی نمی کند که حمل کن یا حمل نکند خانه ارا جاره کردم مضامن اجرة المسمى هتسم چه استفاده کنم یا خیر.

اشکال دوم که خیلی مهم است که در کلام سید مطرح نشده تو حل شود تا حمل خمر کرد ید او می شود به عدوانی از ید عدوانی منقلب می شود به ید عدوانی چرا که در مقتضای اجاره اگر بکار برد ید او امانی است اما در غیر مورد اجاره عدوانی است اگر ید او عدوانی است چرا منفعت محلله این مدت را ضامن نمی باشد؟ چرا همان را که در مورد غصب گفتید در اینجا نمی گویند در آنجا گفتید که ید او عدوانی است در اینجا هم ید عدوانی دارد ید او امانی نمی باشد که اجرة المثل منافع محلله را ضامن نباشد.

این را خوب دقت کنید ما می گوئیم اگر قبلا اجاره کرده باشد برای حمل خل اجرة المثل این یک هفته که خمر حمل کرده است ما به التفاوت اجرة المثل بین حمل خمر و حمل خل می باشد. این اشکال بر اطلاق کلام سید است که این کلام سید که فقط اجرة المسمى را باید بدهد و اجرة المثل را ضامن نمی باشد این در جایی است که اجرة المسمى از اجرة المثل &&&

لذا اشکال هم می شود که این مسئله با مسئله عبد هم فرق نمی کند درست است که حمل خمر مالیت ندارد اما در این زمان حمل خمر منفعت محلله داشته است و باید اجرة آن را بدهد.

&&& یکی ما به التفاوت بین اجرة المثل حمل سرکه و بین اجرة المثل حمل خمر در آنجا گفتیم پس ما در مسئله قبلی می گوئیم دو اجرة می دهد یکی اجرة المسمى را بک به عقد

ضامن شد و یکی ما به التفاوت بین حمل خل و حمل سرکه در مسئله دو چه می گوئیم در مسئله غصب هم روشن شد مختار ما حمل خمر محرم است اما منفعت حمل خمر مالیت دارد اگر با آن خمر حمل کرد و اجرة المثل آن ۱۵ دینار است باید ۱۵ دینار به او بدهد و لو اجرة المثل منفعت فائده ۱۰ دینار است یعنی ملازمه می دیدند بین حرمت حمل و عدم مالیت ما می گوئیم که ملازمه ای در کار نمی باشد در عین حالی که حمل خمر حرام است اما در عین حال این حمل مالیت دارد.

&&& اگر قابلیت حمل خمر مالیت نداشته باشد فقط منفعت فائده را ضامن اما منفعت مستوفی را که حمل خمر باشد را ضامن نمی باشد.&&&

پس این فرمایش مرحوم سید بنا بر فتوایی که در فرع اول در مسئله داده است درست است اما استدلالش غلط است اما با فتوایش مخالفتیم در هر دو چرا که قائل به حرمت حمل خمر هستیم در عین حال قائل به مالیت آن می باشیم.

لذا باید در غیر غصب دو منفعت بدهد هم اجرة المسمى و ما به التفاوت بین اجرته المثلیتی.

میخواهیم وارد شویم در تصرفات تکوینی و اعتباری در خمر مثل خرید و فروش خمر یا اجاره دادن مغازه برای ساختن خمر یا خرید و فروش خمر و تصرفات تکوینی مثل جابه جا کردن و ... یا حکم فروش خمر به من يستحل الخمر مثل فروش خمر به کفار حتی خمر در صدر اسلام از محرّمات نبوده است و در ادیان قبلی شرب خمر حرام نبوده است. این مباحث را به مناسبت می خواهیم وارد شویم.

ما روایاتی داریم که از این روایات استفاده می شود هر نوع تصرفات تکوینی یا مقدمات آن رد خمر حرام المثل الانگوری بکارد که خمر درست کند کشت این انگور حرام است یا انگوری را بفروشد که کسی با آن خمر درست کند این فروش حرام است یا خمر را بفروشد به

کسی که شرب خمر می کند این حرام است این تصرفات تکوینی یا اعتباری در خمر حرام است به معنای حرمت تکلیفی نه وضعی حرمت وضعی بعدا می آید مرحوم صاحب وسائل بابی دارد در این باب روایات را آورده است دارد لعن رسول الله حامل الخمر از کثرت این امثله استفاده می شود این موارد ذکر شده خصوصیت ندارد و هر گونه تصرفات تکوینین حرام است یک روایت معتبر این است:

لعن رسول الله الخمر و عاصرها و معتصرها در لغت عصر و وسائل الشیعة ؛ ج ۲۵ ؛ ص ۳۷۵

۳۲۱۶۴-۲-۱ و عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلْوَانَ عَنْ عَمْرِو بْنِ خَالِدٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ آبَائِهِ قَالَ: لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ص الْخَمْرَ وَ عَاصِرَهَا وَ مُعْتَصِرَهَا وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ سَاقِيَهَا

وسائل الشیعة، ج ۲۵، ص: ۳۷۶

وَ أَكَلَ ثَمَرِهَا وَ شَارِبَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ مِثْلَهُ^۲.

در این باب روایات مربوط به آن آمده است اما به مناسبت حکم و موضوع مراد خمری است که در شرب مصرف می شود اما در معالجه یا برای تبدیل به سرکه یا می خواهیم منفعدمش کنیم یا می بریم خارج شهر تا خالی کنیم حاملها دیگر این را نمی گیرد. به مناسبت

۱ (۷) - الکافی ۶ - ۳۹۸ - ۱۰.

۲ (۱) - التهذيب ۹ - ۱۰۴ - ۴۵۱.

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

حکم و موضوع اولاً باید برای شرب باشد و ضمن این که باید مقدمه انعدام و ... اینها نباشد این تصرفات را ما قبول کردیم که حرام است انشاء بیع حرام است و بعداً خواهیم گفت باطل است. گفتیم اطلاق دارد این روایات بیع خمر کنیم به مستحق یا غیر مستحق حمل کنیم برای مستحق یا غیر مستحل. من جمله گذاشتن در قفسه یا دادن به مشتری یا بردن به ماشین مشتری یا محاسبه این خمر چرا که حتی غارس انگور آن هم کار حرامی است لذا &&& اگر مغازه را اجاره دهیم برای بیع خمر نفس ایجار حرام است گرفتن پول خمر و گذاشتن پول داخل دخل هم حرام است. اینها نسبت به احکام تکلیفی است که هر نوع کاری مثلاً شیشه درست کردن برای نگه داشتن خمر این درست کردن شیشه حراماً است یا نوشتن کاغذ برای فروش خمر این حرام است. یا درست کردن مارک برای شیشه خمر این حرام می باشد بله اگر مسافری در کیف خود خمر دارد این جابه جا کردن مسافر مشکلی ندارد الا اینکه عنوان حمل خمر پیدا کند مثلاً یک باکس شیشه خمر را مسافر بگذارد داخل صندوق عقب و خودش در ماشین بنشینند این صدق حمل خمر می کند.

خمر یعنی مسکری که از انگور گرفته می شود اما اگر از غیر انگور گرفته شود فهم عرفی این است که انگور خصوصیتی ندارد. تمام احکام در مورد آن هم می آید.

عرفاً در اینجا اعانه بر اثم صدق نمی کند و البته اگر جایی صدق کند منافاتی ندارد و دو عنوان حرام در یکجا منطبق می شود.

۱ احکامی در مورد خمر:

علماء احکامی را در مورد خمر گفته اند: یکی اینکه گفته اند خمر مالیت ندارد. بعضی گفته اند که خمر مالی است غیر محترم. بعضی گفته اند که معامله ای که در مورد خمر صورت بگیرد مثل بیع، اجاره و رهن و مهر و ... هر نوع معامله ای که بر خمر واقع شود باطل است.

فرق نمی کند که این معامله با مسلمان یا غیر مسلمان صورت بگیرد. در عقد دائم مهر مقوم نمی باشد لذا اگر خمر مهر باشد عقد درست است اما مهر باطل است و در عقد موقت عقد باطل است چرا که مهر مقوم است.

اول شروع می کنیم از مالیت و بعد سراغ احترام می رویم و بعد سراغ صحت و بطلان معامله بر خمر می رویم.

اما مالیت خمر:

در نزد فقهاء اشاید دئو قسم دارند: اشیاء می که مالیت دراد و اشیائی که مالیت ندارد. مالیت ربطی به ملکیت ندارد و رابطه بین این دو عموم من وجه است تارة مالیت است ملکیت نمی باشد و تارة ملکیت سات و مالیت نمب اشد و تاة هر دو می باشد. دقت کنید مالیت عبارت است اشیائی که مردم به ازاء آن بذل مال می کنند یعنی حاضرند برای او پول بدهند این که بذلم ال یا پول می کنند مراد اذین اسنمی باش همه حاضرند که برای آن بذل مال کنند بلکه فرد یا افرادی هستند برای آنا حاضرند در مقابل آن شیء بذل مال کنند و لو در عالم یک نفر باشد که حاضر است که در مقابل آن شسء بذل مال کند و در دسترس هم باشد آن شیء مالیت دارد مثل طلا و پارچه و خوردنی ها و امثال ذلک. اما اشیائی که افراد خاصی بذل مال می کنند مثلاً قبا را طلبه بذل مال می کند ضمن اینکه باید اندازه او هم باشد. یا در مورد کفش را هر کسی حاضر نمی باشد که بذل مال کند بلکه کسانی که مطابق سلیقه آن باشند بذل مال می کنند گاهی اوقات کسانی هستند که نادر بذل مال می کنند مثل عکس پدر زید که فقط زید بذل مال می کند بر فرض اینکه زیدی است که می خواهد پول بدهد. باید بالفعل باشد. مالیتها کجا به دردر می خورد؟ در ضمان چرا که اگر کسی مال دیگری را تلف کرد ضامن آن مال می باشد و اگر مالیت نداشته باشد ضامن نباشد. اگر الان زیدی در کار نمی باشد اما اگر در آینده به دنیا بیاید حاضر است بخرد اما الان زیدی در کار نمی باشد این دیگر مالیت ندارد لذا اگر

کسی این عکس را تلف کند ضامن نمی باشد. بعضی اشیاء همه خواهان آن می باشند یا اکثراً خواهان آن» می باشند مثل نان و برنج. یعنی هر کسی که در معرض دسترس من است خواهان آن باشند. این مالیت یک صفت واقعی در یک شیء است مثل یک صفت اعتباری نی باشد مثل زوجیت و ملکیت نمی باشد که صفت اعتباری است. بلکه پاره از اشیاء مالیت ندارد یک دانه و یک چوب کبریت و یک دانه گندم اینها مالیت ندارد. شما که کبریت که می خرید مالک همه آن جعبه و چوب کبریت می باشید اما یک دانه چوب آن مالیت ندارد.

پس مالیت امری واقعی است در اشیاء که مردم حاضرند در قبال آن بذل مال کنند. خوب حالا با این تعریف خمر مالیت دارد؟ بلکه معلوم است که مالیت دارد چرا که افرادی هستند که برای آن بذل مال کنند فرض کنید هیچ مسلمانی حاضر نمیشود که بذل مال کند اما غیر مسلمانهای در دسترس می باشند که برای این شیشه خمر بذل مال کنند. شاربین الخمر حاضرند در قبال این شیشه خمر بذل مال کنند حتی در همین قم کسانی هستند که حاضرند در قبال این شیشه خمر بذل مال کنند.

پس اینکه می گویند مالیت ندارد درست نمی باشد مالیت دارد مالیت معنایش این نمی باشد که اگر ما تلف کردیم ضامن می باشیم چرا که در ضمان غیر از مالیت احترام هم نیاز است که بعداً می آید. و لو شارع مقدس هم بگوید که لا مالیه للخمر عندی باز خمر مالیت دارد چرا که مالیت امر واقعی است لذا آن لا مالیه را باید معنای دیگری کنیم.

کسانی که گفته اند مالیت ندارد دقت نکردند یا مرادشان احترام بوده است یا در ذهن اینها این بوده است که مالیت امر اعتباری است یا از عدم ضمان فکر کردند که مالیت ندارد خیر مالیت دارد احترام ندارد.

در هر زمان و مکانی که ما به یاد داریم خمر شیئی بوده است که تعدادی از افراد حاضر بوده اند که در قبال بذل مال کنند.

امر دوم احترام خمر است. ببینیم خمر از اموالی است که احترام ندارد یا اموال محترم است؟

دقت کنید ما دو احترام داریم قبل از بحث از احترام خمر و عدم احترام خمر بحث کنید از احترام مال صحبت کنیم. احترام دو دسته است احترام تکلیفی و احترام وضعی. وقتی می‌گوییم این مال تکلیفاً احترام ندارد یعنی تصرف در این مال بدون اذن مالک حرام نمی‌باشد ممنوع نمی‌باشد. اگر بدون اذن مالک تصرف تکوینی در مالی حرام نباشد می‌گویند که احترام تکلیفی ندارد. اما احترام وضعی وقتی می‌گوییم این مال احترام وضعی ندارد یعنی عدم الضمان یعنی اگر شخصی بدون اذن مالک مالی از بین ببرد ضامن نمی‌باشد. این را می‌گویند عدم احترام وضعی. پس مالی وضعاً محترم نمی‌باشد که ما بدون اذن مالک از بین ببریم و ضامن نباشیم. رابطه بین این دو احترام عموم من وجه است.

پس ما دو احترام را در مال داریم احترام تکلیفی و احترام وضعی.

احترام تکلیفی:

دقت شود گفتیم تصرف در مال بدو اذن مالک ممنوع نمی‌باشد ما در واقع چهار منع داریم:

یکی عبارت است از منع شرعی. مثل منع شرعی از شرب خمر.

یک عبارت است از منع عقلائی. منع عقلائی منع عقلاء از خیانت در امانت

یکی عبارت است از منع عرفی. بی‌احترامی فرزند نسبت به والدین مراد عرف خاص است.

یکی عبارت است از منع قانونی. مثل عبور از مرز بدون جواز و گذرنامه.

تارة شارع منع می‌کند تارة عقلاء منع می‌کند و تارة عرف منع می‌کند و تارة قانون منع می‌کند.

این چهار منع را ما داریم. کلاً وقتی می‌گوییم امری ممنوع است مرادمان است که یا نزد شارع ممنوع است یا در نزد عقلاء یا عرف یا قانون ما دو عرف داریم اگر بدون قرینه بگویند عرف مراد عرف خاص است اگر مراد عرف عام باشد قرینه می‌آید.

اما احترام تکلیفی عبارت است که بدون اذن ممنوع باشد تصرف حال یا ممنوع باشد از ناحیه شارع یا ممنوع باشد از ناحیه عقلاء یا عرف یا قانون منافاتی ندارد با هم جمع شوند یعنی عملی هم شرعاً هم عقلاً و هم عرفاً و هم قانوناً ممنوع باشد یا به سه یا دو منع ممنوع باشد لذا وقتی می‌گوییم که امری ممنوع است باید قیدی بیاوریم که شرعاً مراد است یا قانوناً یا عقلاً. مثلاً فقهاء گفته‌اند اموال غیر مسلمان تکلیفاً احترام ندارد یعنی در ماشین و خانه غیر مسلمان می‌توانید تصرف کنید و منع شرعی ندارد.

اگر مال غیر مسلمان را بردید و تصرف کردید مالک نمی‌باشید اما این تصرف شما حرام نمی‌باشد. الان صحبت ما در خمر است گفته‌اند که این خمر مالی است غیر محترم در نزد شارع مثلاً می‌توانید هر تصرفی در آن بکنید مثلاً خمر زید را می‌توانید بریزید زمین یا تبدیل به سرکه کنید اگر خمر زید را شرب کردید دو چوب نمی‌خورید یک چوب می‌خورید به خاطر شرب خمر نه برای تصرف در مال زید. این خمر در نزد شارع محترم نمی‌باشد.

اما عند العقلاء آیا محترم است یا خیر؟ گفتیم ماها عقلاء پاره از احکام دارند که اکثر احکام عقلائیة اینطور می‌باشد که تابع عرف می‌باشند اگر مالی در عرفی محترم بود در نزد عقلاء هم محترم است و اگر نبود محترم نمی‌باشد. آیا در عرف مسلمین و در عرف مومنین خمر محترم است یا خیر؟ اگر فرض کنید در عرف مسلمین خمر محترم نمی‌باشد در نزد عقلاء هم محترم نمی‌باشد. منتهی در ما نحن فیه که بحث احترام تکلیفی است می‌خواهیم بینیم آیا در نزد شارع محترم است یا خیر؟ اکثر فقهاء گفته‌اند که خمری که اتخاذ می‌کند برای شرب این محترم نمی‌باشد اما اگر تهیه یا اتخاذ می‌کند برای درمان یا تبدیل به سرکه این خمر محترم

نمی باشد اگر شما تبدیل کردید به سرکه بدون اذن مالک این تصرف شما حرام نمی باشد اگر ریختید زمین این کار حرام نمی باشد.

دلیل فقهاء که خمر برای شرب احترام تکلیفی ندارد، چه می باشد؟ مشهور فقهاء به یک نکته ای اشاره کرده اند که عدم مالک شدن مسلمان نسبت به خمر گفته اند که انسان مالک خمر نمی شود لذا معلوم است که احترام تکلیفی هم ندارد ملکش نمی باشد مثل اینکه شما اب مباحی را تلف کنی مشخص است که حرام مرتکب نشده ای خوب چرا مالک نمی باشد در نزد فقهاء ما ؟ به جهت اینکه معامله ای که می کند باطل است انشاء الله در بحث بعدی متعرض می شویم که خرید و فروش خمر باطل است وقتی باطل است معلوم است که باطل است پس یک چیزی که در ذهن فقهاء بوده است که یک وجهش این بوده اسکه مالک نمی شود.

ما گفتیم بطلان معامله دلیل بر عدم ملکیت نیم باشد بله نیم تواند معامله کند اما می تواند خمر بسازد لذا صرف بطلان معامله دلیل نمی شود که مالک نمی شود.

لذا ای مسئله را باید به مناسبت مطرح کنیم که آیا مسلمان مالک خمر می شود پس بحث ما در احترام تکلیفی بود که عدم احترام تکلیفی این بود که مالک نمی شود که گفتیم این بطلان معامله باعث نمی شود که مالک نمی شود می تواند که خمر بسازد به مناسبت این که گفته اند که بطلان عقد دلیل عدم مالکیت می باشد می خواهیم وارد این بحث شویم که آیا شخص مسلمان مالک خمر می شود یا خیر؟ دقت کنید این مسائلی که می گوئیم سیال است و در امثله دیگر می آید. یعنی شارع الغاء احترام کرده است نسبت به همه اما کسانی که قائل هستند که دایره شریعت مسلمان است و غیر مسلمان از دایره شریعت خارج است یعنی شارع مسلمین نسبت به مسلمین الغاء احترام کرده است اگر گفتیم شریعت مختص همه است یعنی شارع از خمر نسبت به همه الغاء احترام کرده است.

بله شارع نجاست را برای دم جعل کرده است و معنی ندارد برای مسلمان جعل کرده است نسبی نمی باشد اما حرمت شرب را نسبت به مسلمان جعل کرده است.

مال مثل مرحوم خوئی هستیم که گفتیم شریعت مختص مسلمانها است شرب خمر و شرب نجاست حرام است اما نسبت به مسلمان.

بله شارع گفته است که خمر غیر مسلمان را هم می توانی تلف کنی. بله اگر کافری ذمی مال و ملکش غیر محترم است.

پس بحث به اینجا رسید که اگر مسلمانی خمر درست کرد آیا مالک است یا خیر؟ مشهور گفته اند مالک نمی باشد حتی گفته اند که آن خمری را که می خواهد تبدیل به سرکه کند مالک نمی باشد فقط حق پیدا می کند. این را عنایت کنید این خمر را که مثال زدم به مناسبت وارد شدیم اما این مسائل سیال است در مورد خنزیر و آلات قمار و آلات محرمة این مسائل می آید.

اما احترام خمر که در بین متأخرین بیشتر مطرح می شود که می گویند که خمر احترام دارد بخلاف قداما که بیشتر می گفتند که خمر مالیت ندارد. ما دو احترام داریم احترام تکلیفی و احترام وضعی. احترام تکلیفی را گفتیم که عبارت بود از حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن مالک که به تبع معنای عدم احترام تکلیفی یعنی عدم حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن. مراد از حرمت در اینجا هم در نزد ما حرمت تصرف عند الشارع است یعنی از نظر شارع این تصرف مشکلی دارد یا ندارد. ما از نظر شرعی می توانیم خمر را از بین ببریم که اگر شیشه مالیت نداشته باشد، خود شیشه را هم می توانیم از بین ببریم یعنی به شکستن شیشه، خمر را از بین ببریم کما اینکه فقهاء ما در آلات قمار این مطلب را گفته اند که گفته اند که غیر می تواند هیئت آلات قمار را از بین ببرد البته اگر ماده مالیت دارد نمی تواند ماده را از بین ببرد. مثلاً

چوب آلات قمار را نمی توانیم از بین ببریم اما اگر از کاغذ است مثلاً فرضاً مالیت ندارد می توان داخل آتش انداخت یا در مورد سی دی هایی که غنا در آن ضبط شده است می تواند آن را از بین ببرند یا خط خطی کنند. گفتیم دلیل آنها بر عدم احترام تکلیفی، عدم ملکیت بر خمر بود گفته اند که شخص، مالک خمر نمی شود گفته اند که انسان نسبت به خمر نه مالک است و نه ذو حق خوب در این صورت وقتی که مالک خمر نشد اتلاف آن حرام نمی باشد چرا که موضوعی برای حرمت نمی باشد موضوع حرمت، تصرف در ملک و حق غیر است. لذا به مناسبت ملکیت با احترام تکلیفی، وارد ملکیت فرد مسلمان بر خمر شدیم .

مشهور بین فقهاء این است که انسان مالک خمر نمی شود. دو وجه برای عدم مالکیت ذکر شده است:

الوجه الأول: بطلان المعاملات علیه شرعا.

معاملاتی که بر خمر واقع می شود، شرع باطل کرده است و وقتی معامله باطل باشد، چطور می توانیم مالک خمر شویم؟! جواب دادیم در مالکیت بر یک شیء لازم نمی باشد حتما معاوضه یا معامله ای صورت گیرد یکی از اسباب ملکیت، حیاضت است یکی از اسباب ملکیت زراعت است کسی که انگور می کارد و آب آن را می گیرد و خمر می کند، مالک آن می شود. لذا تنها سبب مالکیت معامله نمی باشد. خوب بیع باطل است خوب نوعا بایع بعد از بیع اعراض می کند خوب بعد من حیاضت می کنم و مالک می شوم یعنی تملک به حیاضت می کنم نه تملک به شراء. معامله به بیع فاسد نوعا اعراض است عرفا و عقلائا. گفتیم در این معاملات که طرفین می دانند معامله باطل است اقدام بر معامله عرفا اعراض^۱ است و به

^۱ مال اعراض شده ملک کیست؟ مرحوم صدر می گوید که می رود داخل اموال مباح و هر کسی می تواند تملک کند. اما بعضی مثل مرحوم خوئی می گویند که من با اعراض الغاء احترام می کنم و اذن می دهم که هر کسی می خواهد بپاید و تملک کند و وقتی که کسی آن را برداشت بعد از تملک او است که از ملک من خارج می شود. ثمره اش در فوت مالک حاصل می

محض اینکه اعراض کرد می توانیم تملک کنیم ما قائلیم که اعراض مخرج از ملک نمی باشد اما در طول اعراض نسبت به کسی که اعراض شده آن می تواند تملک کند یعنی اقدام بر معامله باطل عرفا و عقلا اعراض است و مقدمه ای است برای اینکه تملک دیگران را عقلاء امضاء کنند.

لذا این وجه که گفته است که مالک نمی شود چون معامله باطل است، این وجه نا تمام است.

وجه دوم که عمده وجوه است:

گفته اند ملکیت شرعی بر خمر ثابت نمی باشد به این صورت که گفته اند ملکیت در نزد عقلاء دارد اما دلیل بر امضاء ملکیت عقلائی ما نداریم کدام دلیل می گوید که شارع این ملکیت عقلائی را امضاء کرده است؟! با این همه مخالفتی که کرده است این همه لعن کرده ست لعن الله حاملها و شاربها و ساقیها و ... از کجا امضاء شارع را احراز می کنیم؟! فرضا زید مسلمان شیشه خمر دارد عند العقلاء مالک است درست است اما آیا عند الشارع هم مالک است؟! از کجا این ملکیت شرعی را می آورید؟! اگر دلیلی بر امضاء نداشته باشیم و شک در امضاء کنیم، امضاء ثابت نمی شود. خوب مالی را که نه زید مالک است شرعا و نه شرعا ذو حق است، چرا اتلافش جایز نباشد؟!!

مناقشة:

ما در مقابل این وجه دو حرف و جواب داریم:

یک جواب تسلیمی داریم و یک جواب غیر تسلیمی.

جواب تسلیمی:

شود اگر قول اولی باشیم که به ورثه منتقل نمی شود و اگر قول دومی باشیم به ورثه داده می شود و داخل در ملک اینها می شود. (در همین جلسه گفته شد)

می‌گوییم سلمنا این عند العقلاء مالک است و به قول شما عند الشارع هم مالک نمی‌باشد خوب دلیلی که می‌گوید ظلم حرام است و دلیلی که می‌گوید که تصرف در مال غیر بدون اذن حرام است، همان کافی است که تصرف در ملک عقلائی بدون اذن بشود ظلم ملک به معنای عرفی ملاک است، ملکیت عرفی یعنی ملکیت عقلائیه یعنی در نزد عرف زمانی شخصی را مالک چیزی می‌دانند که عند العقلاء هم مالک باشد یعنی ما یکون ملکا عند العقلاء. پس می‌گوییم خوب ملکیت شرعیه اثبات نشد اما ملکیت عقلائیه را که قبول دارید، همین ملکیت عقلائی کافی است که اتلاف آن بشود ظلم به معنای عرفی و ظلم عرفی یعنی سلب حق عقلائی. اشکال نشود که در نزد اینها ظلم عرفی، سلب حق شرعی است نه سلب حق عقلائی این اشکال وارد نمی‌باشد چرا که اولاً تسلیم ما همین مقدار بود که عدم ملکیت شرعیه را از اینها قبول و تسلیم کردیم نه بیشتر بله در معنای عرفی ظلم، ما با مبنای خودمان جلو آمدیم و ثانیاً باز در اینجا هم این اشکال را می‌کنیم و می‌گوییم آن دلیلی که می‌گوید تصرف در مال غیر حرام است « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَبِئَةِ نَفْسٍ مِنْهُ^۱ » تصرف در ملک مسلمان جایز نمی‌باشد مرادش از ملک مسلمان یعنی ملک به معنای عرفی ملک به معنای عرفی یعنی ما یکون ملکا عند العقلاء. از بحث ظلم دیگر جلو نیامدیم بلکه از دلیل حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن جلو آمدیم خوب مال اضافه شده است « مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ » یعنی ملک غیر، نگوید که مراد مالکیتی است که شارع آن را قبول کرده باشد آخر این کلام شما که مراد مالکیتی است که شارع امضاء کرده باشد، وجهش چه می‌باشد؟ اینجا دیگر خود مشهور هم چیزی نگفته‌اند.

^۱ وسائل الشیعة؛ ج ۱۴؛ ص ۵۷۲؛ شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

لذا تمام کلام این شد مراد از حق و ملک آنی است که عند العقلاء ملک و حق است اما عند الشارع ملک نمی باشد خوب باشد اشکال ندارد سلمنا که عند الشارع ملک نمی باشد عند العقلاء که ملک است ما ها قائلیم که دلیل حرمت ظلم و دلیل حرمت تصرف در ملک غیر به معنای عرفی اینجا را می گیرد. شما هم قبول کردید عند العقلاء مالک است و لو عند الشارع مالک نمی باشد.

جواب غیر تسلمی:

ملکیت، شرعی و غیر شرعی ندارد ملکیت علقه ای است اعتباری عند العقلاء بین یک شیء و شخص اما کجا این علقه را عقلاء امضاء می کنند؟ هر جا عرفی ملکیت را اعتبار کرد عقلاء هم این ملکیت را اعتبار می کنند و هر کجا عرف اعتبار نکند، عقلا هم اعتبار نمی کنند اگر حیاضت در عرفی مملک باشد، عقلاء هم امضاء می کنند و اگر در عرفی حیاضت مملک نباشد عقلاء هم امضاء نمی کنند و عقلاء تابع عرف می باشند و اصلا به شریعت کاری ندارند و نظر به عرف خاص دارند. فرض کنید شارع تصریح کرد که من ملکیت مسلمان بر خمر را امضاء نمی کنم سوال می کنیم آیا مسلمین ملکیت را نسبت به خمر اعتبار می کنند؟ اگر مسلمانها اعتبار ملکیت بر خمر کردند، عقلاء امضاء و اعتبار می کنند و اگر عرف مسلمین اعتبار نمی کنند عقلاء هم اعتبار نمی کنند. حالا کاری به این ندارند که شارع ملکیت را قبول کرده است یا خیر مهم عرف مسلمین است پس وقتی صحبت از مالکیت مسلمان بر خمر شد، ما یک ملکیت بیشتر نداریم که مالکیتی است در نزد عقلاء که تابعی است از ملکیت عرفی. چرا مالکیت عرفیه نمی گوییم؟ چون موارد نادری است که عرف اعتبار ملکیت می کنند اما عقلاء امضاء نمی کنند.

خوب حالا می رویم سراغ خمر: آیا مسلمان مالک است یا خیر؟ یعنی آیا عند العقلاء مسلمان مالک خمر است یا خیر؟ از عقلاء سوال می کنیم می گوید که ببینید در نزد مسلمین

مالک است یا خیر. اگر مالک است عند العرف، عند العقلاء هم مالک است و اگر مالک نمی باشد عند العرف، عند العقلاء هم مالک نمی باشد. حالا برویم سراغ عرف مسلمین در حال حاضر برای زمان خودمان صحبت می کنیم آیا در نزد مسلمین حال حاضر در این عرف مالک است یا خیر؟ با عرف مسلمین شاید خیلی آشنا نباشیم چرا که در عرف مومنین زندگی می کنیم آیا در عرف مومنین مالک می باشد یا خیر؟ این یک قضیه حقیقیه نمی باشد بلکه یک مسئله خارجی می باشد در نظر ما در عرف مومنین شخص مالک خمر است یعنی ما قائلیم که اگر کسی خمری را حیاضت کرد، یا اگر کسی خمری را درست کرد این عند المومنین مالک این خمر است. فرض کردیم مومنین نمی دانند که شارع شخص را مالک خمر نمی داند یا لا ابالی هستند یا جاهل می باشد و فرض هم کنیم که اگر التفات دهیم آنها هم می گویند که مالک نمی باشد، اما در حال حاضر فعلا این التفات را پیدا نکردند و مالک می دانند می گوئیم عند العقلاء هم مالک است. فرض هم کنید که شارع گفته است عندی لیس بمالک ملکیت شخصی و فردی نمی باشد ملکیت عقلائیه است. فرض کنید الان من اعتبار کنم که مالک این ساختمانی که قبلا مالک نبودم، باشم آیا من مالک این خانه می شوم عند العرف؟! آیا به معنای عرفی درست است بگویم که من مالکم؟! فرض کنید از چند نفر از رفقا هم بخواهم که من را مالک بدانند آیا باز من مالک این خانه می شوم عرفا؟! خیر چون ما ملکیت عقلائیه می خواهیم و ملکیت عقلائیه تابع عرف است. بله عرف در خیلی وقتها می تواند تابع شارع باشد اگر شارع امضاء نکرد و عرف هم امضاء نکرد، عند العقلاء هم مالک نمی باشد اگر در عرف مسلمین مالک است در نزد عقلاء هم مالک است و اگر در نزد مسلمین مالک نمی باشد در نزد عقلاء هم مالک نمی باشد. در دنیای امروز که آزادی ها فردی در حال افزایش است و به آن دارند اهمیت می دهند امکان دارد که کم کم بعدها به سمتی رویم که عقلاء عرف را در نظر نگیرند بلکه طرفین را در نظر بگیرند لذا بعدها لا ابالی ها بشوند یک عرف. الان در عرف مومنین و لو اینکه اکثرا غافل از فتاوی مراجع می باشد و اگر فتاوا را بدانند نظر آنها تغییر پیدا می کند در

این عرف غافل فعلا خمر را مالک می دانند خمر ملک مسلمین و مومنین می باشد. فتاوا در خیلی از موارد تشکیل ارتکاز نمی دهد و عرف تشکیل نمی دهد. اگر مومنین و مسلمین مالک می بینند در نزد عقلاء هم مالک می باشد. لذا و لو شارع امضاء نکرده است چون عرف مالک می داند عقلاء هم مالک می دانند. بلکه معامله باطل است عند العقلاء اما تملکی که بعد از شراء حاصل می شود این مملک است و شخص می شود مالک.

بله امکان دارد که برداشت من از این عرف مومنین اشتباه باشد بر اساس یک حدس شخصی است چون ما استقراء نکردیم ممکن است که اگر بیشتر دقت کنیم ببینیم که در نزد اکثر عرف مومنین، ملکیت قائل نباشند بعد عقلاء هم امضاء می کنند این عدم ملکیت را.

اما حتی اگر ما ملکیت عرفی را هم منکر شویم اما حق را نمی توانیم منکر شویم که برای مسلمان حقی را قائل هستند چرا که استفاده محلل هم دارد می تواند تبدیل به سرکه کند. اصلا برای شرب استفاده می کند اما می تواند استفاده حلال کند ما قائلیم همین مقدار که می تواند استفاده حلال کند برای اینکه عرف برای او حق ببیند کفایت می کند. پس بنابراین اینکه مالک نمی باشد و ذو حق نمی باشد، این درست نمی باشد، ما ملکیت را قبول کردیم و اگر ملکیت را هم قبول نکنیم اما ذو حق بودن را قبول کردیم.

^۱ حالا اگر ما ادله این آقایان را رد کردیم دلیل بر حرمت این تصرف چه می باشد؟ ما دلیل می خواهیم. اگر آنها گفتند که تکلیفا تصرف حرام نمی باشد اگر ما ادله اینها را قبول نکردیم دلیل ما بر احترام تکلیفی این خمر چه می باشد؟ یعنی دلیل بر اینکه ما نمی توانیم این خمر را بریزیم چیست؟ بنابراین ما دلیل می خواهیم بر حرمت چون مقتضای اصل عملی، حلیت کل شیء است و هیچ زمانی جواز دلیل نمی خواهد اگر گفتیم اتلاف خمر مسلمان جایز می باشد برای جواز دلیل نمی خواهد بلکه برای حرمت دلیل می خواهیم پس اگر دلائل اینها تمام نباشد

یک اصل عملی با اینها همراه است «کل شی حلال» و یکی از آن کارها که حلال است اتلاف خمر این مسلمان است.

پس باید یک عنوان محرمی صدق کند تا بگوییم این اتلاف حرام است و تا بگوییم این مال تکلیفا محترم است یعنی تصرف در او بدون اذن مالک آن حرام است.

ماها این را به عنوان بغی و تعدی، به عنوان عدوان، به عنوان ظلم حرام می دانیم اگر کسی مالک خمری است یعنی کسی که عند العقلاء آن را مالک می دانند، بنابراین کسی که عند العقلاء مالک است هرگونه تصرفی بدون اذن صاحب یا من فی یده باشد آن مصداق عدوان و تعدی می باشد.

اینکه اینها ظلم را به غیر از معنایی که ما کردیم معنا کرده اند دو اشکال بر اینها کرده ایم: یک اشکال این که وقتی می گوید «ینهکم عن الفحشاء والمنکر و بغی» بغی یعنی تعدی این بغی باید به معنای عرفی حمل شود و دلیلی نداریم بر غیر معنای عرفی حمل کنیم همچنین در موارد غصب و ظلم و تعدی... اگر کسانی که می گویند که ظلم سلب حق شرعی است این دیگر اشکال مبنائی ما می باشد که ما می گوییم غصب سلب حق عقلائی است. اما این اشکال مبنائی جایش همینجا است چرا که غیر از اینجا جای دیگری برای بحث ندارد این مثل این نمی باشد که کسی که اصالة الوجودی شد دیگر اشکال بر اصالة الماهية را نمی تواند در مسئله متفرع بر اصالة الماهية مطرح کند باید در همان مسئله اصالة الوجود مطرح کند و آنجا به این نزاع پردازند. یعنی شما در این مبحث اشکال ندارید بلکه اشکال شما در اصالة الماهية است اما اینجا از آن قبیل نمی باشد که جایی برای بحث مستقلی در مورد آن باشد. اینجا بحث در مورد این است که آیا عنوان محرمی صدق می کند یا خیر ما می گوییم صدق می کند و اثبات این هم جایش همینجاست جای دیگری ندارد. یکی از عناوین محرمه است گفتیم عدوان و تعدی به معنای عرفی است و این هم مصداق تعدی و ظلم به معنای عرفی است.

بنابراین در ما نحن فیه قائل به احترام خمر شدیم به این معنی که بدون اذن مالک یا کسی که در اختیار او است نمی توان در آن تصرف کرد.

بله گاهی اوقات به عنوان دیگر جایز می شود که می شود باب تزاحم چون مفسده دارد و اگر دفع مفسده اهم شود معنایش این است که اتلافش جایز و واجب است نظیر آنچه که فقهاء در کشیدن کوچه و عریض کردن این خیابانها و خراب کردن خانه هایی در کوچه می افتد، گفته اند اینها از باب تزاحم درست کردند و گفته اند که این عریض کردن اهم از تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک است چرا که اگر به اندازه لازم خیابان را توسعه ندهی دیگر در این شهر نمی توان رفت و آمد کرد خوب از این طرف حفظ نظام اجتماعی واجب است و از طرفی تصرف بدون اذن در ملک دیگر حرام است خوب حفظ نظام اجتماعی اهم است لذا در اینصورت بر حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن مقدم می شود لذا دیگر تصرف در مال غیر بدون اذن حرام نمی باشد.

اصلا مشهور برای جواز اتلاف دلیل نمی خواستند چرا که حرمت دلیل می خواست.

که گفتیم که اگر مصداق تعدی و عدوان باشد می شود حرام. این را قبلا گفتیم که عقلاء در اعراف امضائی هستند اگر در نزد عرفی خمر محترم باشد عقلاء امضاء می کنند و اگر بالعکس احترام نداشته باشد یعنی عدم احترام تکلیفی باشد نزد عقلاء هم محترم نمی باشد.

بله مشهور که قائل به مراحل نهی از منکر می باشند که مراحل بالاتر نهی عملی باشد اما باز نمی توانند از آن باب، جواز اتلاف را اثبات کنند چرا که اشکالی می شود که آن نهی عملی خودش نباید از عناوین محرم باشد.

لذا در عرف مسلمین اگر منعی نداشته باشد عقلاء می گوید احترام ندارد و اگر احترام داشته باشد عقلاء می گویند که احترام دارد. در عرف ما معلوم نمی باشد که محترم است یا خیر؟ اما در اعراف مسلمانهای دیگر بعید نمی باشد که محترم باشد.

بحث ما در مورد مسلمانها است اما کفار به چهار دسته تقسیم می شوند کافر ذمی، معاهد و مستعمل و حربی خمر سه دسته اول را گفته اند خمرشان محترم است و فقهاء گفته اند که قسم سوم خمرشان محترم نمی باشد. حتی دیگر اموال این دسته چهارم هم محترم نمی باشد و حتی خودش هم محترم نمی باشد. رایج بین فقهاء متأخر این است که همه را جزء دسته چهارم می دانند. لذا بحث ما در مورد مسلمان است اعم از مومن و غیر مومن.

بحث ما در مورد مطلق مسکرات است و خمر از باب مثال است. البته مستی با تخدیر فرق می کند یعنی مستی و سکر یک معنای عرفی دارد و ما به کسی که مواد مخدر استعمال می کند مست نمی گوئیم و ضمن اینکه اگر دلیل گفت که اسکار حرام است این به الویت اثبات نمی کند که اگر اثرات آن بدتر از مستی باشد باز حرام است مثلاً دلیلی نداریم که شخص اگر چیزی را استعمال کند که به کماء رود که اثر آن به مراتب بیش از مستی است، این هم حرام باشد. شاید به خاطر خصوصیتی در این موارد که مسکر هستند شرب را حرام کرده باشد که این نکته در مواد مخدر نباشد مثلاً خواسته است جلوی مشروبات الکلی را بگیرد. لذا ما قائل به ملازمه و اولویت عرفیه نمی باشیم و این روشن نمی باشد.

اما نسبت به احترام وضعی:

احترام وضعی یعنی ضمان نسبت به اتلاف مال دیگری بلا اذن.

دو بیان برای احترام وضعی خمر مسلمان گفته اند:

^۱ احترام وضعی خمر:

آیا وضعاً محترم است اگر مسلمانی خمری داشته باشد که برای شرب استفاده می شود
آیا این خمر محترم است وضعاً یا خیر؟ مراد از احترام وضعی یعنی ضمان یعنی اگر این خمر را

^۱ چهارشنبه ۹۷/۰۹/۰۷.

کسی تلف کرد ضامن است یا خیر؟ بین احترام تکلیفی و وضعی ملازمه نمی باشد مثلاً شخصی مضطر است و می تواند بدون اذن مالک گوسفند مردم را برای حفظ جان ذبح کند و بخورد و این کار او کار حرامی نمی باشد اما در عین حال ضامن است ولی فعل او حرام نمی باشد. بالعکس هم مثال دارد.

مشهور بین علمای ما این است که وضعاً احترام ندارد یعنی اگر شما شیشه مشروب زید را شکستی آن مشروب را ضامن نیستی حتی اگر برداشت و خودش خورد ضامن نمی باشد و لازم نمی باشد که پول آن را بدهد کار او حرام است اما یک حرمت مرتکب شده است که شرب خمر است اما نسبت به اتلاف مال دیگری کار حرامی انجام نداده است و ضامن نمی باشد. مراد از خمر برای شرب یعنی کارهایی که برای شرب انجام می گیرد.

دقت کنید ما اختلافی در مسئله ضمان داریم با مشهور. مشهور بین فقهاء ما در باب ضمان و احترام مال گفته اند ما دو نحوه ضمان داریم یکی ضمان عند العقلاء و یکی ضمان عند الشارع یکی احترام عند العقلاء و یکی احترام عند الشارع. وقتی می گوئیم این مال وضعاً محترم است به دو قسم محترم عند الشارع و محترم عند العقلاء تقسیم می شود و وقتی فقهاء ما می گویند این خمر وضعاً محترم نمی باشد یعنی عند الشارع شما ضامن نمی باشی عند الشارع شما مدیون نمی باشی. این بر اساس ذهنیتی است که اینها در ضمان و احترام دو قسمی شده اند احترام عند الشارع و احترام عند العقلاء. تارة ضمان شارع تأسیسی است یعنی با عقلاء مخالف است و تارة امضائی است یعنی با عقلاء موافق می باشند، که این مهم نمی باشد.

ما در این مسئله با آنها اختلاف داریم و گفتیم یک ضمان بیشتر نداریم و آن هم ضمان عند العقلاء است. عقلاء تبعی می باشند و تابع عرف خاص می باشند و موضع مخصوص به خود ندارند. به این حساب در این مسئله خمر فرض کنید که شارع بگوید که متلف ضامن نمی باشد سوال می کنیم در عرف مسلمین یا مومنین ضامن است یا خیر؟ إِمَّا و إِمَّا است یا می

گویند ضامن است یا می گویند ضامن نمی باشد اگر گفتند ضامن است عقلاء هم می گویند ضامن است و اگر گفتند ضامن نمی باشد عقلاء هم می گویند که ضامن نمی باشد. پس اصلاً شارع را نباید دخالت دهیم باید ببینیم عند عرف خاص ضامن است یا خیر؟ بعد آثار شرعی ضامن را بار می کنیم.

در باب رباء اگر گفتیم عقد ربوی و معاملاتی که در آن حیل ربوی است، باطل است عند العرف و عند العقلاء هم باطل است. اگر صحیح است عند العرف، عند العقلاء هم صحیح است لذا مشهور فقهاء هم قائل به صحت شده اند اما حرمت تکلیفی را قائل می باشند یعنی اثر قرض را دارد اما حرام است.

خداوند فرموده اند متلف خمر ضامن نمی باشد فرض کردیم در عرف مسلمین ضامن است عند العقلاء هم معلوم است که ضامن است عقلاء اصلاً کاری به شارع ندارند کار به عرف خاص دارند. آثار شرعی ضامن بار می شود. خوب سوال می شود که اگر اینطور است پس هدف شارع از این جعل عدم ضامن چه بوده است؟! این کار شارع لغو بوده است؟! اگر عند العرف خاص ضامن باشد هدف شارع این بود که عرف را عوض کند و در این کار موفق نشده است.

@@ لذا اگر ضامن موضوع یک تکلیف شرعی بود موضوع محقق شده است. حالا در عرف مسلمین و مومنین متلف خمر، ضامن می باشد؟ به لحاظ اعراف فرق می کند اگر موجب هنجار در بین مومنین و در یک زمانی هنجار باشد لذا محترم نباشد اما در یک عرف دیگر و در یک زمان خاص اصلاً کار به کار امور شخصی طرف ندارند لذا محترم بدانند. لذا اگر در عرفی خمر احترام وضعی داشت عقلاء ضامن است وقتی عقلاً ضامن بود بنابراین موضوع احکام شرعی قرار میگیرد یعنی اگر شارع ضامن را موضوع یک حکم شرعی قرار دهد آثار شرعی آن بار می شود. لذا در احترام و عدم احترام عرفی هستیم و این امر نسبی است و لو در بلد قم و لو به

خاطر اینکه اینجا حوزه علمیه است و حرم معصومین باشد شاید در این عرف یک عمل نا هنجاری باشد و احترامی برای آن قائل نباشند لذا ائتلاف آن ضمان نیاورد اما مثلا شاید در مصر اینطور نباشد اگر کسی خمر داشته باشد این یک نا هنجار اجتماعی حساب نشود لذا این احترام وضعی دارد و لو احترام تکلیفی نداشته باشد. لذا خیلی اشتباه می شود و گفتیم که در روایت داریم که شخصی خمر کسی را ریخت و امام فرمودند که این شخص ضامن نمی باشد این به این معنا نمی باشد که در این زمان هم ضامن نمی باشند اینطور نمی باشد ممکن است در آن زمان نا هنجار بوده است و الان نا هنجار نبوده است. لذا الان ضامن می باشد.

عقلاء اصولا در دستگاه معاملاتی موقفی ندارند اصلا کار ندارند که بیع صحیح باشد یا باطل باشد اگر در عرفی خیار مجلس باشد عقلاء هم قائل به خیار مجلس می باشند و اگر در عرفی خیار مجلس نباشد این ها هم قائل به عدم خیار مجلس می باشند ذهنیت فقهاء از عقلاء ذهنیت غلطی بوده است اصلا عقلاء موقفی ندارند و کاری به این کارها ندارند فقط تابع اعراف خاص می باشند مگر در موارد خیر معدود و فقط نظر می کنند که آیا موجب حفظ نظام اجتماعی می شود یا خیر اگر شد.

اینکه گفته اند شارع اذن در ائتلاف داده است پس ما ضمان &&& اگر محترم بود ضامن است و اگر محترم نبود ضامن نمی باشد. فرض کنید که ضمانان عند العقلاء را درست کردیم فایده اش چیست؟ ما برای آخرت عمل می کنیم کاری به نظامات اجتماعی نداریم و گفتیم در فقه هیچ ملازمه ای نمی باشد و بین وجوب الاداء ممکن است که من ضامن باشم اما اداء ما فی الذمه واجب نباشد. مثلا به زید مدوین هستم به هزار تومان اما زید می گوید از تو مطالبه نهمی کنم فقهاء می گویند اداء دین واجب نمی باشد. اما در عین حال آن را نمی بخشم ضامن هستم اما اداء آن بر من واجب نمی باشد یا مثلا مالی از غیر مسلمان حربی به نسیه خریداری کردیم بعد از خرید به آن بایع ثمن این مال را بدهکار و ضامن می باشیم خوب حالا اداء دین واجب است یا خیر؟ گفتند خیر واجب نمی باشد می توانی قرض را بدهی یا ندهی معنایش این

نمی باشد که این بدهی از ذمه تو پاک می شود خیر اما کسی تو را مواخذه نمی کند فردای قیامت. پس ملازمه نمی باشد. پس بین اشتغال ذمه و ضمان و اداء دین ملازمه ای نمی باشد. مثال دیگر در بحث مالکیت دولت است که آیا مالک می شود یا خیر؟ ما قائلیم به مالکیت است اما اداء آن واجب نمی باشد اگر به دارایی مدیون شدی اما اداء دین شرعا واجب نمی باشد و لو فرضا پول شهرداری را ندادیم معصیت الهی را نکردیم از تلفن استفاده کردم واقعا به مخابرات بدهکاریم منتها شرعا ادای دین آن واجب نمی باشد اینطور نمی باشد که باید برویم پول را بدهیم. نگویید این جعل ضمان لغو است این طور نمی باشد چرا که عند العقلاء هم این دو یعنی وجوب اداء دین و ضمان دو تاست. گفته اند که بدهکار می شوی چون معامله عقلا درستی است و ضامن می باشد.

بحث حقوق الناس هم در جایی می آید که اداء دین واجب باشد.

پس بنابراین ملازمه ای نمی باشد و این عدم ملازمه از مسلمات فقه است و هم هقبول دارند حال برویم سراغ ما نحن فیه:

یعنی مسلمانی که خمر او را از بین بردیم و عند العقلاء هم ضامن شدیم آیا اداء دین واجب است یا خیر؟ ما گفتیم وجوب اداء دین یک عنوان مستقل نمی باشد بلکه از باب ظلم است ثمن المطیة ظلم && خوب حالا صاحب خمر که مسلمان است و فرض کردیم عند العقلاء ضامن می باشد چون در عرف مسلمین یا مومنی یا یک عرفی ضامن می باشد این اداء دین اگر مصداق ظلم به معنای عرفی باشد باید بدهد و اگر نباشد نباید بدهد. گفتیم حق ثابت عند العقلاء ظلم به معنای عرفی یعنی سلب حق عقلائی اما عقلاء در اکثر حقوق تابع عرف خاص می باشند لذا باز می گردد به حق عند المومن و مسلم اگر این حق را مسلمین و مومنین قائل بودند اداء واجب است و الا نه لذا در اموال دولت هم این است که می گوئیم

اداء دين واجب نمى باشد چرا كه در صورت ندادن دين به كسى ظلم نشده است لذا اداء واجب نمى باشد. پس اداء دين عنوان مستقلى نمى باشد بلكه از باب ظلم حرام است.

&&&

اما اگر مخابرات متعلق به شخص حقيقى بود اداء دين واجب است چرا كه عدم آن ظلم است. &&&

عدم اداء دين ظلم كه شد سوال مى شود ظلم عرفى چيست؟&&&

^۱ به مناسبت وارد حكم خمر شدیم و گفتیم سه امر را باید در مورد خمر بررسی كنیم: مالیت خمر، احترام تكلیفی و احترام وضعی. در قسمت مالیت قائل به مالیت شدیم و در قسمت احترام تكلیفی و وضعی خمر گفتیم مربوط به عرف مى شود خود تصرف و اتلاف خمر اگر مصداق تعدی و ظلم شد حرام است و الا نه اما نسبت به احترام وضعی این مربوط به این است كه در نزد عرف این احترام را برای او قائل شوند اگر در نظر عرف مسلمین و یا مومنین احترام داشت، ما هم قائل به احترام آن مى شویم و اگر در عرفی احترام وضعی نداشت ما هم قائل به عدم احترام وضعی مى شویم چون احترام امری است عقلائی و دائر مدار احترام عند العرف مى باشد.

بله در تكلیف دنبال عرف نمى باشیم اما گاهی اوقات عرف موضوع ساز است و اگر برای او حق قائل شوند اتلاف آن مى شود مصداق تعدی و ظلم و حرام چرا كه در شریعت چیزی به عنوان اتلاف مال الخمر از محرمات نداریم یعنی یکی از عناوین محرمه داخل شریعت اتلاف الخمر نمى باشد. گفتیم تصرفات عدوانی در مال غیر حرام است. وقتی این حق را برای او قائل

شوند این می شود مصداق تصرفات عدوانی و ظلم که در شریعت حرام است. گفتیم در شریعت تعدی و ظلم به هر کسی که باشد و لو غیر مسلمان باشد، حرام است.

بحث عقد:

مشهور بین فقهاء ما این است که هر گونه معامله ای بر خمر باطل است اگر خمر را به کسی فروختیم بیع باطل است اگر مصالحه کردیم صلح باطل است و اگر وصیت کردیم وصیت باطل است اگر مهر نکاح قرار دادیم آن مهر باطل است اگر کسی را اجیر کردیم که این خمر را بفروشد این اجاره باطل است اگر وکالت در معامله ای دادیم این وکالت باطل است اگر حسابداری را اجیر کند که معاملات و تجارت بر خمر را محاسبه کند آن عقد اجاره بر محاسبه آن باطل است و اگر ما مثلاً کسی را اجیر کردیم برای اینکه مثلاً این شیشه های خمر را بسازد یا آماده کند یا تمیز کند و امثال ذلک فقهاء قائلند تمام این معاملات باطل است فرقی نمی کند که این معامله را با مسلمان منعقد کنیم یا با غیر مسلمان این عقد را ببندیم، هر دو باطل است هر نوع عقدی که به نسبت به خمر صورت می گیرد باطل است. هیچ نحو قرارداد صحیحی در رابطه با خمر نمی توانید برای کسی ببندید.

این را دقت کنید. این فرمایش مشهور را قبول کردیم ببینیم دلیل آن چیست؟ و این دلیلی که ذکر می کنیم چگونه بر ما نحن فیه تطبیق می شود؟ قاعده ای در معاملات است که هر عقدی اگر وفاء به آن عقد ممنوع باشد آن عقد باطل است. دقت کنید یک عقد داریم و یک وفاء به عقد داریم اشتباه نشود، وفاء به عقد ممنوع باشد چه خود عقد ممنوع نباشد چه خود عقد هم ممنوع باشد فرقی نمی کند هر کجا که وفاء به عقد ممنوع شد عقلاء آن عقد را امضاء نمی کنند حال این ممنوعیت که برای وفاء به عقد است چهار قسم است یعنی ما چهار قسم ممنوعیت داریم: یکی ممنوعیت شرعی و یکی ممنوعیت عقلانی و یکی ممنوعیت عرفیه و یکی ممنوعیت قانونیه. اگر وفاء به یک عقد ممنوع باشد به یکی از انحاء ممنوعیت عقلاء

این عقد را امضاء نمی کنند. اگر عند الشارع ممنوع باشد و لو عرف مسلمین لا ابالی هستند و آن را صحیح می دانند، باز همین که شریعت آن را ممنوع کرده است این عقد را عقلاء امضاء نمی کنند. عقلاء درست است کاری به شرع ندارند اما با شرع درگیر هم نمی شوند.^۱ کلا یک قاعده ای است که عقلاء هر عقدی که وفاء به عقد - نه خود عقد - ممنوع باشد به یکی از ممنوعیتها در اینجا امضاء نمی کنند.

مثلا اگر فرض کردیم جا به جایی مواد مخدر قانونا ممنوع است فرض کردیم عرفا و شرعا و عقلا ممنوع نمی باشد اگر کسی اجیر بر جابه جایی شود این عقد باطل است. اینطور نمی باشد که عقلاء امضاء کنند که بگویند که بر تو واجب است با قانون مخالفت کنی.

در این موارد ما گفتیم که هر کجا که وفاء به عقد ممنوع باشد به یکی از ممنوعیت های اربعه این عقد را عقلاء امضاء نمی کنند. این قاعده در خمر می آید دقت کنید شارع مقدس در باب خمر ده تا عنوان را محرم کرد غرس و بیع و شراع و ... از این تحریمها استفاده کرده ایم شارع هر نوع تصرفاتی را که انسان در خمر انجام می دهد تحریم کرده است جابه جا کند، به دیگری تسلیم کند، برای دیگری ثبت کند، برای دیگری مارک و علامتی درست کند، برای دیگری شیشه خمر را نظافت کند، عرف از آن ده تا عنوان، الغاء خصوصیت می کند و خصوصیتی برای آنها نمی بیند می فهمد هر تصرفی در خمر را شارع حرام کرده است لذا هر عقدی بر خمر ببندیم وفاء به آن حرام است اگر بیع کردید یا مهر قرار دادید باید تسلیم کنی، این تسلیم حرام است. وفاء به هر عقدی بر خمر شرعا حرام است لذا عقلاء هم امضاء نمی کنند لذا در باب معامله بر خمری که برای شرب استفاده می شود ما قائلیم که باطل است.

^۱ خوب اگر فرض کنیم عقد امضاء شد عقلاء می گویند به تو واجب است بر این عقد عمل کنی و اگر بگویند که واجب است عمل کنی این درگیری با شرع است. بله این درگیری در باب تکلیف است و درگیری در باب تکلیف است اما در غیر موارد تکالیف دیگر درگیری نمی باشد مثل بحث ضمان و ... در باب غیر تکالیف. (هم جلس).

دقت کنید این اباحت در مورد کلب و خنزیر و آلات قمار نمی آید چرا که در کلب و خنزیر و... این عناوین ده گانه تحریم و نهی نشده است. آلات لهو و لعب هم اینطور است و تنها استفاده حرام از آنها که استفاده لهو و لعبی است، این است که به عنوان اولی حرام است اما تسلیم آن، خرید و فروش آن، نگهداری آن و ... به عنوان اولی حرام نمی باشد. الا اینکه به عنوان دیگری حرام باشد. و الا جا به جایی و نظافت آن حرام نمی باشد به عنوان ثانی مثل این که هتک باشد مثلاً یک طلبه آلات را در مرآی و منظر غیر طلبه ها قرار دهد.

فقط خمر است که تمام معاملات آن باطل است البته فقهاء در مورد کلب و خنزیر و آلات قمار هم گفته اند که ما قبول نکردیم و دلائلی را ذکر کرده اند که در نزد ما تمام نمی باشد.

پس قاعده کلی این است که هر عقدی که وفاء آن به ممنوع باشد به هر ممنوعیتی، آن عقد باطل است.

این راجع به خمر و تمام بحث ما در مورد خمر که تمام شد. نکاتی گفته شد که به درد دیگر مباحث هم می خورد.

مسألة ۱۱: لو استأجر دابة معينة من زيد للركوب إلى

مكان

فاشتمه و ركب^۱ دابة أخرى له

لزمه الأجرة المسماة للأولى و أجرة المثل للثانية...^۲

اگر کسی رفته است که اسبی را کرایه کند و اسبی را معین کند و مثلاً به ده دینار اجاره کند و مستأجر و مالک اسب هم قبول کرد و گفت برو اسب را بردار و رفت اسب را برداشت و معلوم می شود که اسب را اشتباهی برداشته است و اسبی را که اجاره نکرده بود برداشته است در اینجا نسبت به اجرة چه باید بکند؟

سید می فرمایند وقتی رفت و برگشت اجرة المسمى را باید بدهد که ده دینار بود و اجرة المثل را هم باید بدهد که اگر مثلاً پانزده دینار است باید پانزده دینار دیگر هم بدهد لذا باید ۲۵ دینار بدهد مثال امروزی در کرایه ماشین است. شخص ماشینی را اجاره می کند و ماشین دیگری را که مشابه آن ماشین است، بر می دارد وقتی رفت و برگشت سید می گوید که باید دو اجرة بدهد اجرة المسمى که فرضاً ۱۰۰ تومان بود و اجرة المثل ماشینی که برداشت ۱۵۰ تومان بود در اینجا باید ۲۵۰ تومان بدهد. این متن سید.

دقت کنید کسانی که تعلیقه بر عروة دارند هیچ یک با سید مخالفت نکرده است و تعلیقی زده اند که ربطی به کلام سید ندارد اما در فتوا کسی با سید مخالفت نکرده است. این

۱ المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر ج ۲ ۲۳۶ رَكَبْتُ: الدَّابَّةَ وَ (رَكَبْتُ) عَلَیْهَا (رُكُوبًا) وَ (مَرْكَبًا)

۲ مسألة ۱۱: ... كما إذا اشتبه فركب دابة عمرو فإنه يلزمه أجرة المثل لدابة عمرو و المسماة لدابة زيد حيث فوت منفعتها على نفسه.

نشان می دهد که این کلام سید در ارتکاز فقهاء درست در نیامده است اما به لحاظ صناعت هم این کلام درست بوده است.

وجه کلامه: العقد موجب المسماة و استيفاء المنزل منزل الاتلاف موجب المثل.

وجه سید چیست که موافق صناعت هم می باشد؟

خوب اجرة المسمى را باید بدهد چون عقد اجاره بسته است و اجرة المثل را باید بدهد چرا که منفعت آن را استيفاء کرده است و استيفاء المنفعة به منزله اتلاف مال غیر است که موجب ضمان اجرة المثل است. لذا این کلمات ایشان که مخالفی با کلام سید نبوده است و ربطی هم به کلام سید نداشته است نشان دهنده این بوده است که در اذهان اینها خلجانی بوده است اما به فتوا کسی اشکال نکرده است همه معلقین عروه در متن با سید موافقت کرده اند اما نشان می دهد که این کلام سید با ارتکاز آنها نمی سازد که باید ۲۵ دینار بدهد اما به لحاظ صناعت درست است باید ۲۵ دینار بدهد چرا که اجرة المسمى تابع عقد است و اجرة المثل هم به خاطر استيفاء است که مصداق اتلاف مال غیر است که سبب ضمان است. یعنی این کلام سید موافق صناعتی بوده است که مخالفت ارتکاز است.

مناقشة: أن الاجرة المثل بالنسبة الى المستأجر ليست التي تكون بالنسبة الى غيره بل ما به التفاوت بين المثليين.

ما ها قائل شدیم به یک مسئله ای که قبلا به آن اشاره کردیم که این مسئله که به آن قائل شدیم خیلی کار ساز است و آن نسبی بودن اجرة المثل است نسبت به این شخص در

نزد عقلاء. در ذهن فقهاء این بوده است که این اجرة المثل نسبی نمی باشد لذا این تعارض بین ارتکاز و صناعت پیش آمده است.

در ما نحن فيه بله اگر کسی این اسب را غصب کند اجرة المثل آن ۱۵ دینار بوده است اما اگر کسی که مالک منفعت اسبی شده است و این اسب را بر می دارد اشتباها در سیره عقلاء اجرة المثل این اسب برای این شخص چه قدر است؟ ما به التفاوت بین اجرة المثلین است. مثلاً اجرة المثل آن اسب اجاره کرده ۲۰ دینار بود اما به ۱۰ دینار اجاره کرد و اجرة المثل این اسبی را که اشتباها برداشته ۳۰ دینار است. در نزد عقلاء اجرة المثل نسبت به این شخص ده دینار است لذا باید ۱۰ دینار بابت اجرة المسمى و ۱۰ دینار هم باید بابت اجرة المثل بدهد که ما به التفاوت بین دو اجرة المثلین است.

لذا اجرة المثل ما به التفاوت بین دو اجرة المثل است نه تمام و کمال اجرة المثل آن اسبی که اشتباها برداشته است.

بله اگر اختلاف نداشت و اجرة المثل هر دو یکی بود لذا در این استیفاء ضامن اجرة المثلی نمی باشد باید فقط اجرة المسمى را بدهد و اگر کمتر باشد باز لازم نمی باشد از مستأجر چیزی بگیرد چون وقتی اسب را اجاره کرد چه استیفاء کند و چه استیفاء نکند ضامن آن اجرة المسمى است پس اگر اجرة المثل دومی بیشتر نشد چه مساوی یا انقض باشد فقط اجرة المسمى را می دهد.

بعد سید فرعی را بیان می کند که این حکمش روشن است:

۱...کما إذا اشتبه فركب دابة عمرو

فإنه يلزمه أجره المثل لدابة عمرو و المسماة لدابة زيد حيث فوت منفعتها على نفسه.

اگر رفت اسب زید را اجاره کرد این اسب زید شبیه اسب عمرو است و هر دو هم در یکجا نگه داشته می شدند لذا این شخص مستأجر اشتباهها اسب عمرو را برداشت چرا که هر دو اسب در یک اصطبل بود. در اینجا واضح است باید اجرة المسمى اسب زید را باید بدهد چرا که اجاره کرد و باید اجرة المثل اسب عمرو را هم کامل دهد.

دقت کنید « حيث فوت منفعتها على نفسه » تعلیل برای ضمان اجرة المسمى است فقط. تفویت من قبل نفسه در نزد عقلاء به منزله استیفاء است.

این تعلیل را قبول نکردیم گفتیم همین که شخص اجاره کرد ضامن اجرة می باشد و لو تفویت بر نفسه نکرده باشد و ظالمی این تفویت را کرده است باز ضامن است. اجاره مثل بیع است در بیع عین جا به جا می شود در اجاره منفعت و عین جابه جا می شود در بیع وقتی به شما ملکی را فروخت شما ضامن عوض آن می باشی فرقی نمی کند که استیفاء کنی یا نکنی کس دیگری بگذارد یا نگذارد در اجاره هم اینطور است که به مجرد عقد منفعت منتقل می شود چه تفویت علی نفسه بکند چه نکند چه خودش این کار را بکند چه دیگری. پس علت ضمان اجرة المسمى، نفس عقد است نه تفویت بر نفس.

۱ مسألة ۱۱: لو استأجر دابة معينة من زيد للركوب إلى مكان فاشتبه و ركب دابة أخرى له لزمه الأجرة المسماة للأولى و أجره المثل للثانية ...

مسألة ١٢: لو أجر نفسه لصوم يوم معين عن زيد مثلاً

ثمَّ أجر نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو

لم تصح الإجارة الثانية و لو فسخ الأولى بخيار أو إقالة^٢ قبل ذلك اليوم لم ينفع في صحتها بل و لو أجازها^٣ ثانياً بل لا بد له من تجديد العقد لأن الإجارة كاشفة و لا يمكن الكشف هنا لوجود المانع^٤ حين الإجارة فيكون نظير من باع شيئاً ثمَّ ملك بل أشكل.

شخصی اجیر شد برای روزه زید در روز جمعه که برای زید این روزه را قضاء کند شخص که قرار است روزه بگیرد می شود اجیر یا موجر و کسی که از اجیر خواسته است روزه بگیرد می شود مستأجر و زید می شود منوب عنه لذا زید مستأجر نمی باشد پس شخصی اجیر شد برای روزه زید که در روز جمعه برای زید این روزه را قضاء کند و قبل از روز جمعه، دوباره اجیر شد برای روزه عمرو که از قبل عمرو هم روز جمعه روزه بگیرد. دو اجاره متعاقب دارد که قدرت عمل به هر دو اجاره را معاً ندارد. این شخص نمی تواند روز جمعه هم برای زید و هم برای عمرو روزه بگیرد. سید می فرمایند که اجاره اول درست است و اجاره دوم باطل است و باید این شخص عمل کند به اجاره اول یعنی روز جمعه را روزه بگیرد برای زید.

^١ چهارشنبه ۹۷/۰۹/۱۴.

^٢ در خيار حق فسخ دارد و اقاله این است که حق فسخ ندارد اما می رود در خواست فسخ می کند و آن اجازه می دهد که بعد از اجازه ذو حق می شود.

^٣ اجاره ثانیه.

^٤ مانع در اجاره ثانیه می باشد. که مانع را اشاره خواهیم کرد.

بعد سید این مسئله را مطرح می کند که اگر مستأجر اول اجازه داد که برای عمرو روزه بگیرد در این صورت آیا اجاره دوم تصحیح می شود یا خیر؟ یا اگر خود اجیر رفت خدمت مستأجر اول و به او گفت که من اجاره را فسخ کردم یعنی اجیر اجاره اول را فسخ کند، آیا اجاره دوم تصحیح می شود یا خیر؟ یا اگر شخص اجیر اجاره اول را فسخ کرد و اجاره دوم را اجازه داد آیا اجاره دوم درست است یا خیر؟ سید می فرماید این اجاره دوم قابل تصحیح نمی باشد در هر سه صورت چه مستأجر اول اجازه دهد چه اجیر فسخ کند و چه اجیر فسخ کند و اجاره دوم را امضاء کند این فایده ای در تصحیح عقد ندارد.

این متن مسئله.

در بحث عقد فضولی گفته شده که اگر عقد فضولی بر کتاب زید بستیم زید می تواند اجازه دهد اما اگر رفتم کتاب زید را فضولتا فروختم و بعد من بایع فضول رفتم کتاب را از زید خریدم آیا وقتی خریدم عقد اول فضولی که من انجام داده بودم، درست می شود یا خیر؟ سه قول در مسئله است:

قول اول اینکه به مجرد اینکه که رفتم خریدم آن عقد فضولی تصحیح می شود و کتاب مال مشتری می شود.

قول دوم این است که مجرد بیع کفایت نمی کند، باید اجازه هم دهم اگر اجازه دادم عقد اول تصحیح می شود و الا نه.

قول سوم که لعل قول مشهور باشد گفته اند که اگر خودش رفت خرید و اجازه هم کرد، عقد اول دیگر قابل تصحیح نمی باشد بلکه اگر می خواهد این کتاب را به مشتری بفروشد این بایع فضول در عقد اول، باید دوباره بعد از اینکه از زید این کتاب را خرید، یک عقد دیگر بخواند و معامله کند آن عقد فضولی دیگر قابل تصحیح نمی باشد یعنی نه تنها به مجرد ملکیت، تصحیح نمی شود حتی با اجازه هم تصحیح نمی شود. چطور در آنجا می گوئیم که

عقد تصحيح نمی شود در اینجا هم اینطور است که با اجازه، عقد دوم قابل تصحيح نمی باشد.

مختار السيد: صحت الإجارة الأولى و بطلان العقد الثاني و عدم قابليته للتصحيح.

این تمام مسئله بود یکبار دیگر مسئله را مرور کنیم شخصی اجیر شده بود که از طرف زید در روز جمعه روزه بگیرد و بعد همین شخص رفت پیش یک نفر دیگر اجیر شد که در روز جمعه از طرف عمرو روزه بگیرد سید می فرمایند اجاره اول صحیح است و اجاره دوم باطل و غیر قابل تصحيح است حتی اگر اجیر اجاره اول را فسخ و اجاره دوم را امضاء کند این اجاره دوم قابل تصحيح نمی باشد. در این مسئله ما دو بحث داریم: یک بحث راجع به بطلان اجاره ثانیه و یک بحث داریم راجع به عدم قابلیت اجاره ثانیه للتصحيح و لو بالاجازه. پس این دو بحث را از هم جداگانه مطرح کنیم.

المقام الاول في بطلان الإجارة الثانية:

شخصی اجیر شد برای روزه از طرف زید و قبل از روز جمعه دوباره اجیر می شود برای روزه از طرف عمرو سید فرمودند اجاره اول صحیح است و اجاره دوم باطل است.

وجوه بطلان الإجارة الثانية:

علماء در اجاره اول بحث نکرده اند چون اجاره اول تام الاجزاء و الشرائط است آنها که می گویند که عقد دوم باطل است حتما یک شرطی و جزئی را ندارد که باطل است چرا که این هم ظاهراً ارکانش تمام است چرا باطل است؟ وجوهی را ذکر کرده اند:

الوجه الأول للمرحوم الحكيم: عدم مالكيته على المنفعة الثانية المتعلقة للإجارة الثانية.

وجه اول از مرحوم حكيم است: ايشان فرمودند بعد از اينكه اين شخص اجير شد براي صوم از طرف عمرو، مالك منفعت صيام نمى باشد چرا كه اجير ما مثلا دو منفعت در روز جمعه داشت صيام از طرف زيد و صيام از طرف عمرو صيام از طرف زيد را تملك كرد به مستأجر اول اما صيام از طرف عمرو را ديگر مالك نمى باشد چرا كه صيام از جانب عمرو، منفعت متضاده با صيام از طرف زيد است. صيام از طرف عمرو را قبل از اجاره اولى مالك بود اما بعد از اجاره اولى، ديگر منفعت صيام از طرف عمرو را مالك نمى باشد به صرف عقد از ملكيت آن خارج مى شود و شرط صحت اجاره اين است كه آن چه را كه تملك مى كند، بايد مالك باشد چون اين صيام از طرف عمرو، منفعت متضاده با منفعت صيام از طرف زيد است خوب فرضا صيام از طرف زيد را قبلا تملك کرده بود لذا اين منفعت صيام براي عمرو را نمى تواند به مستأجر دوم تملك كند لذا عقد اجاره باطل است.

دقت كنيد علت عدم اعتبار ملكيت عدم قدرت بر فعل نمى باشد بلكه نکته عدم ملكيت اين است كه متضاد با منفعتى است كه قبلا به ديگرى تملك کرده است و چون قدرت براي جمع بين دو صيام را ندارد لذا عقلا او را مالك منفعت متضاده دوم نمى دانند و اما قدرتي كه شرط در تكليف است، قدرت بر عمل است نه قدرت بر جمع و فرض اين است كه اين شخص قدرت بر عمل و صيام براي عمرو را دارد اما قدرت بر جمع را ندارد.

المناقشات الثلاثة:

اين بيان چندين اشكال دارد كه به سه اشكال اشاره مى كنيم:

المناقشة الأولى: هذه اجارة على الأعمال لا المنفعة و فيها تمليك العمل لا المنفعة و لا يملك شخص عمله عند العقلاء.

اولا در باب اجاره بر اعمال منفعت را تمليك نمی كنيم عمل را تمليك می كنيم در اجاره بر اعيان است كه منفعت را تمليك می كنيم منفعت يعنى قابليت و عمل هم كه مشخص است و اينطور نمی باشد كه اجير مالك عمل خود باشد هيچ كس مالك عمل خودش نمی باشد اما در طول تمليك، مستأجر مالك عمل من می شود در ذمه من. صيام روزه گرفتن است من روزه گرفتن را مالك نبودم اما وقتي تمليك كردم به مستأجر او می شود مالك و اگر تمليك كنم به مستأجر دوم، آن هم می شود مالك عمل ديگر من. اصلا ربطی به منفعت ندارد و تمليك عمل است و اجير مالك عمل نمی باشد و كسی قائل نمی باشد كه اجير مالك عمل است و عمل مملوك را تمليك به جناب مستأجر می كند. اين را همه قبول دارند كه انسان مالك عمل خود نمی شود چرا كه در سيره عقلاء ملكيت اشخاص را بر اعمال خودشان اعتبار نمی كنند.

المناقشة الثانية: إن الإنسان مالك لجميع منافعه المتضادة عند المشهور.

اشكال دوم در منفعت متضاده اين است كه مشهور قائلند كه انسان مالك تمام منافع متضاده است اينكه گفته اند شخص مالك منفعت متضاده نمی باشد اين درست نيست در نزد مشهور انسان مالك همه منافع متضاده خودش می باشد. اما ما اصل ملكيت بر منفعت را قبول نكرديم دليل هم فقط سيره است. ما مالك قابليت به ملكيت اعتباريه نمی باشيم.

المناقشة الثالثة: المناقشة التي تورد على جميع الوجوه و هو مفروقية صحة

العقد الأول و بطلان الثاني.

اشكال سوم اين است كه يك مغالطه اى است كه در همه اين جوابها صورت گرفته است دقت كنيد اينها وقتى صحبت كرده اند در وجه بطلان و صحت عقد دوم، صحت عقد اول را مفروق عنه گرفته اند با فرض صحت عقد اول صحبت كرده اند از صحت و بطلان اجاره ثانيه سوال اين است كه چرا ترجيح مى دهيد اجاره اول را بر اجاره دوم مى گوييد اولى صحيح و دومى باطل است؟ اشكال اين است كه چرا ترجيح مى دهيد؟ اشكال اين نمى باشد كه چرا هر دو را صحيح نمى كنيد شما به جاى اينكه بگوييد اجاره اول صحيح و اجاره دوم باطل است بالعكس بگوييد اجاره اول باطل و اجاره دوم صحيح است دائما اجاره آخرى صحيح باشد اين چه اشكالى دارد؟! چه ترجيحي دارد كه شما دائما اولى را صحيح مى دانيد و دومى را باطل مى دانيد؟! شما اگر ده اجاره مى بنديد هميشه اجاره دهمى درست باشد اين اشكالى است كه در همه جوابها است و اشكال اين است كه در همه اين جوابها اين پيش فرض است كه اجاره اول صحيح است ما كه بحث مى كنيم در بطلان عقد دوم حرف ما اين است كه چرا مى گوييد اولى صحيح و دومى باطل است؟! چرا بالعكس نمى گوييد بگوييد عقد اول باطل است و عقد دوم صحيح است نه اينكه بگوييد هر دو صحيح است بلكه بالعكس بگوييد بگوييد عقد اول باطل و عقد دوم صحيح است اين چه ترجيحي است كه شما بين اين دو عقد مى دهيد؟! كسى دنبال صحت هر دو نمى باشد و حرف ما اين نمى باشد كه بگوييد هر دو صحيح است خير بلكه ما مى گوييم بالعكس بگوييد بگوييد عقد اول باطل و عقد دوم صحيح است. چه نکته اى دارد كه دائما شما صحت عقد اول را مفروق عنه گرفتيد و بحث مى كنيد از صحت و بطلان عقد دوم. اين نکته اش چيست؟! اگر كسى بالعكس گفت مالك منفعت مى شود اگر گفتيم عقد اجاره اول باطل و عقد دوم صحيح است خوب جناب اجير مالك منفعت خود مى باشد و عقد دوم صحيح مى شود.

پس یکبار سوال ما این است که عقد دوم هم درست باشد این سوال درست نمی باشد چرا که امکانش نمی باشد که هر دو صحیح باشد چرا که معنایش وجوب عقلائی و شرعی وفاء به هر دو عقد است و این وفاء به این دو عقد با هم برای او مقدور نمی باشد محال عقلی است نه محال عادی سوال این است که چرا نمی گوئید که عقد اول باطل و عقد دوم صحیح است این اشکالی است که بر همه وجوه وارد است که شما صحت عقد اول را مفروق عنه گرفته اید. بگوئید عقد دوم صحیح است و عقد اول باطل دیگر هیچ یکی از محذورهایی که اینها گفته اند پیش نمی آید. پس ترجیح عقد اول بر دوم چیست؟

الوجه الثانی: عدم قدرة الأجیر علی تسلیم العمل.

وجه دومی که بیان کرده اند برای اینکه عقد دوم باطل است این است که گفته اند اجیر قدرت بر تسلیم عمل را ندارد یکی از شرائط صحت عقد، قدرت بر تسلیم است.

مناقشه: أن القدرة التي مقوم في صحة العقد، القدرة التكوينية التي موجودة هنا و المفقود القدرة الشرعية.

اینکه قدرت نداریم قدرت تکوینی نداریم یا قدرت شرعی؟ قدرت تکوینی داریم و قدرت شرعی نداریم یعنی بدون معصیت نمی توانیم وفاء به عقد دوم کنیم یعنی باید به عقد اول وفاء نکنیم تا به عقد دوم بتوانیم عمل کنیم که آن اشکال سوم هم به اینجا می آید که خوب بگوئید که عقد اول باطل است و عقد دوم صحیح است که این شکال پیش نیاید.

الوجه الثالث: عدم السلطنة على العقد الثاني التي يكون مقومة لصحة العقد.

وجه سومى كه گفته شده است اين است كه مى گويند شرط صحت عقد اين است كه علاوه بر اينكه بايد مالك عين و منفعت باشيم بايد سلطنت بر اين عقد را هم داشته باشيم مثلا سفيه را در نظر بگيريد هبه او باطل است چون عقلا سلطنت و ولايت بر تملك را ندارد گفته شده است در ما نحن فيه هم از اين قبيل است اجير ولايت و سلطنت بر عقد دوم را ندارد.

المناقشة الثانية: يرد عليه الإشكال المشترك الورود.

باز اشكال مشكل الورود مى آيد بله بر عقد دوم نمى تواند ولايت و سلطنت داشته باشد چرا كه سلطنت و ولايت او را به عقد اول داديد خوب چرا اين سلطنت و ولايت را به عقد اول داديد؟! به عقد دوم بدهيد تا اين مشكل حل شود.

الوجه الرابع من المرحوم الخوئى: عدم قدرته على تملك مملوكه أى المنفعة المتضادة.

وجه چهارم اين است كه ايشان فرمودند اين شخص بعد از اجير شدن مالك منفعت مضاده مى شود اما نمى توان اين منفعت مضاده را تملك كند.

المناقشة: هذا الوجه يرجع الى الوجه السابق و هو عدم السلطنة على العقد الثانى فضلا على الإشكال المشترك الورود.

اشكالش اين است كه اين برگشت به اشكال قبلى است كه براى او ولايت و سلطنت براى تملك منفعت مضاده نمى باشد و ضمن اينكه اشكال مشترك الورود را هم دارد.

الوجه الخامس منه أيضا: لا يشملها دليل الإمضاء مطلقا.

وجه پنجم این است که گفته شده است می رویم سراغ اجاره ثانیه ببینیم آیا دلیل امضاء این را می گیرد؟ دلیل امضاء چیست؟ یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود. خیر این را نمی گیرد چرا که یا به صورت مطلق باید بگیرد یا به صورت مشروط اگر به صورت مطلق بخواهد بگیرد معنایش این است که حتی اگر به عقد اول وفاء کردی، باید به این عقد دوم وفاء کنی خوب قدرت بر عمل به عقد دوم را ندارد این عقد صحیح است حتی اگر عقد اول باقی باشد قدرت ندارد به هر دو عمل کند. اگر به صورت مشروط باشد یعنی اگر به عقد اول وفاء نکردی به این عقد وفاء نکن. اگر این معنای آیه باشد ایشان می گوید این طور هم نمی شود چرا که وقتی شخص این عقد دوم را انشاء کرد، مشروطا انشاء نکرد بلکه مطلقا انشاء کرد. یعنی اجیر شد برای روزه عمرو مطلقا نه در صورت عدم عمل به عقد اول. پس عقد مطلق واقع شده است و دلیل امضاء می خواهد عقد را مشروطا امضاء کند این امکان ندارد و معنا ندارد چرا که دلیل امضاء عقد را همانطور که واقع شده است، می گیرد عقد مطلق واقع شده است لذا مطلقا هم آن را می گیرد. یعنی به عقد دوم باید عمل کنی چه به عقد اول وفاء کنی و چه نکنی لذا این دلیل امضاء هر دو عقد را به صورت مطلق می گیرد یعنی بر تو واجب است به هر دو عقد عمل کنی و این هم امکان ندارد چرا که قدرت بر عمل به هر دو را ندارد.

مناقشه: أن الشرط للإمضاء لا للممضاء.

اشکال کلام مرحوم خوئی این است که اینکه می گوئیم امضاء علی تقدیر عدم عمل به عقد اول، این عدم عمل به عقد اول شرط امضاء است نه شرط ممضاء. ممضاء عقد است و عقد به صورت مطلق است و لکن امضاء مشروط است یعنی اگر مخالفت کرد شارع امضاء می کند شرط ممضاء نمی باشد شرط امضاء است مغالطه ای است بین شرط می گوئیم شرط

ممضاء نمی باشد شرط امضاء است مغالطه ای شده است ممضاء که عقد است و امضاء که فعل شارع است شارع کی امضاء می کند؟ بر این تقدیر خاص. این وجه هم نا تمام است. وجه چهارم و پنجم و ششم از مرحوم خوئی است.

۱ الوجه السادس:

در وجه ششم گفتند خوب دلیل امضاء که «اوفوا بالعقود» باشد عقد دوم را به صورت ترتبی بگیرد به این معنا که اگر به هر ترتیب به عقد اول وفاء نکرد، عقد دوم می شود لازم الوفاء. دقت کنید عقد اول چه بود؟ نیابت از زید بود اگر به او وفاء نکرد آیه «اوفوا بالعقود» می گوید پس به عقد دوم وفاء بکن عقد دوم نیابت از طرف عمرو است. پس «اوفوا بالعقود» ابتداء می گوید به عقد اول وفاء بکن و بعد «اوفوا بالعقود» می گوید اگر به عقد اول وفاء نشد به عقد دوم وفاء بکن.

پس «اوفوا بالعقود» عقد اول را می گیرد و عقد دوم را نمی گیرد اما اگر اجیر به عقد اول عمل نکرد یا فسخ کرد یا مستأجر عقد دوم را اجازه داد یا اینکه نه این اجیر شخصی است متمرّد و نخواست به عقد عمل کند به هر ترتیب معصیت کرد و عمل نکرد «اوفوا بالعقود» این عقد دوم را می گیرد به نحو ترتب.

در هر باب تزاحمی این مسئله است که اگر به اهم عمل نکردیم باید برویم سراغ مهم. اول واجب است به سراغ اهم برویم و اگر اهم را معصیت کردیم باید مهم را امتثال کنیم لذا بعضی از راه ترتب عقد دوم را درست کرده اند. در اینجا هم می گویند عقد اول اهم است و عقد دوم مهم است و اگر اهم را معصیت کردی در عقد دوم وفاء کن.

این وجه ششمی است که برای بطلان عقد دوم و تصحیحش به نحو ترتب ذکر شده است.

اشكال المرحوم الخوئی على هذا الوجه:

مرحوم خوئی بر این وجه ششم اشکال کرده است. اشکال ایشان این است ترتب در باب تکالیف محضه امری است عرفی اما در باب معاملات و امضاء این نحو ترتب غیر عرفی است. لذا ما نمی توانیم عقد دوم را تصحیح کنیم.

مناقشة فی الوجه و الإشكال علیه:

نه وجه درست است نه اشکال مرحوم خوئی.

اما المناقشة فی الوجه: لا یشمله لا بالإطلاق و لا بالترتب لفساده و العقد عند العرف یطلق على الصحيح عند العقلاء.

این وجه هم درست نمی باشد دقت کنید «اوفوا بالعقود» فقط و فقط عقود صحیح عند العقلاء را شامل می شود چرا که «عقد» به معنای عرفی است در معنای عرفی به چه عقدی، عقد می گویند؟ عقد صحیح عند العقلاء. عقد فاسد عند العقلاء، اطلاق عقد، اطلاق بیع و اجاره بالمسامحه است لذا چون در معنای عرفی وضع شده است برای عقود صحیح، «اوفوا بالعقود» عقد صحیح عند العقلاء را می گیرد جناب اجیر چه به عقد اول عمل کند چه عمل نکند، عقد دوم عند العقلاء باطل است یعنی عقلاء این عقد دوم را کالعدم فرض می کنند چه به عقد اول عمل کند چه عمل نکند. این برداشت ما است از سیره عقلاء که عقلاء این عقد دوم را امضاء نمی کنند.

بنابراین دلیل «اوفوا بالعقود» و لو بالترتب شامل عقد دوم نمی باشد لذا این وجه ششم هم درست نیست چرا که «اوفوا بالعقود» عقد صحیح را می گیرد و عقد دوم چه به عقد اول عمل کند و نکند باطل است.

المناقشة في اشكاله: ليس العقد الثاني صحيحا حتى يحكم بأنه غير عرفي.

لذا از این بیان، مشکل اشکال مرحوم خوئی هم مشخص می شود. اشکال ایشان هم درست نمی باشد چرا که در نظر ایشان این عقد دوم بالترتب درست است اما غیر عرفی است در حالیکه اصلا بحث عرفی و غیر عرفی نمی باشد اصلا نمی تواند این عقد دوم را بگیرد چرا که ما می گوئیم «اوفوا بالعقود» عقودی را می گیرد که عند العقلاء صحیح باشد اما اصلا عقود فاسده عند العقلاء را نمی گیرد و قائلیم این عقد دوم به هر ترتیب در نزد عقلاء صحیح نمی باشد.

پس این تقریب و اشکال مرحوم خوئی تمام نمی باشد اصلا فی نفسه موضوعی نمی باشد که «اوفوا بالعقود» آن را شامل شود خود مرحوم خوئی هم قبول دارند که «اوفوا بالعقود» شامل عقود صحیحه می شود اگر من با طفل یا مجنونی عقد بستم «اوفوا بالعقود» می گوید که باید به آن عقد باطل، عمل کنم؟!!

دقت کنید اشکال ما با حفظ مبنای ایشان که امضائی بودند، است.

پس بنابراین این وجوهی که ذکر شده است درست نبود.

الوجه السابع، مختارنا:

وجه هفتم که مختار ما است: گفتیم تنها دلیل این است که در سیره عقلاء اگر دو عقد بسته شود که در مضمون به گونه ای باشند که نتوان بین هر دو جمع کرد در نزد عقلاء عقد دوم باطل است. خوب سوال این است که چرا عقلاء بالعکس عمل نکرده اند؟ چرا که

تصمیمات عقلاء برای حفظ نظام است اگر قرار باشد عقد اول باطل و عقد دوم صحیح باشد این اختلال نظام حاصل می شود چرا که اگر اینطور باشد برای بطلان عقد اول، همه می روند عقد دومی را انشاء می کنند اصلا نکته این که عقود در نزد عقلاء لازم است نه جایز نکته اش حفظ نظام است و اگر عقد جایز بود اختلال نظام حاصل می شد برای حفظ چنین نظامی می بایست عقد اول را صحیح بدانند اگر عقد دوم را صحیح می دانستند و عقد اول را باطل می دانستند، هر کس می توانست عقد سابق را به هم بزند مثلا دیشت با زید ازدواج کرده است و از ازدواج پشیمان است الان می رود با عمر ازدواج می کند و عقد با زید می شود باطل لذا نکته اش اختلال نظام است. هر دو را باطل نمی دانند چرا که در بطلان دو عقد هم اختلال نظام حاصل می شود باز برای بطلان عقد اول می رود یک عقد دیگر می بندد و عقد اول و دوم باطل می شود، خانه را به شما فروخته است و پشیمان شده است می رود خانه را به کسی دیگر می فروشد که هر دو عقد باطل باشد. لذا نکته سیره عقلاء است حفظا للنظام و دفعا للإختلال.

المقام الثانی: فی قابلية التصحيح للعقد الثانی أو عدمها.

آیا مستأجر اول می تواند به اجیر اجازه دهد که به عقد دوم عمل کند؟ می گوید لازم نمی باشد به عقد من وفاء کنی. یا اگر اجیر فسخ کرد عقد دوم تصحیح می شود یا نه؟ و سوم این که بگوییم اجیر عقد را فسخ کرد یا مستأجر فسخ کرد نیاز داریم به اجازه اجیر، اگر اجیر عقد دوم را اجازه دهد عقد دوم تصحیح می شود و اگر اجازه ندهد باطل می شود؟ این احتمالات باید بررسی شود:

الإحتمال الأول: إذا أجاز الأجير في العمل بالعقد الثاني لا أثر له لأنه أجنبي اليه.

اما احتمال اول که مستأجر اول اجازه دهد آن درست نمی باشد چرا؟ به خاطر این که وقتی اجازه می دهد یا عقد اول باقی است یا فسخ می شود اگر عقد اول باقی است فرض این است که بر اجیر واجب است شرعا و عقلاء که به عقد اول عمل کند و اگر اذن می دهد در اینکه عمل نکند اما نمی تواند اجازه دهد که به اجازه دوم عمل بکن اجازه دوم تازه می شود مثل حالت دوم که اجیر عقد اول را فسخ کرده است اما هنوز عقد دوم را اجازه نکرده است. پس احتمال اول را باید بگذاریم کنار چرا که نسبت به عقد دوم اجنبي است.

الإحتمال الثاني و هو تصحيحها بمجرد فسخ العقد الأول: تصحيحها بمجرد الفسخ مع عدم الإمضاء غير عقلائي.

می رویم سراغ احتمال دوم به مجرد فسخ عقد اول فرق نمی کند که از جانب مستأجر یا اجیر باشد عقد دوم می شود صحیح. این هم قابل قبول نبود این عقد دوم مشککش این بود که از جانب کسی که سلطنت و ولایت نداشت صادر شده است عقلائی نمی باشد که الان هم که سلطنت پیدا کرده است که امضاء کند و امضاء نکرده این عقد درست شود. بحث ما در جایی است که قبل از اینکه روز جمعه برسد عقد اول فسخ شده است.

الإحتمال الثالث و هو تصحيحها بإجازة الإجير الثانية:

احتمال سوم این است که آیا می تواند اجازه دهد یا خیر؟ اگر اجازه داد عقد اول تصحیح می شود یا اگر هم اجازه دهد فایده ای ندارد باید عقد مجددی را انجام دهد؟

فقهاء متوجه شده اند که عقود دو قسم است: بعضی از عقود صحیح نمی باشد اما اجازه لاحق آنها را تصحیح می کند مثل بیع فضولی که کتاب زید را به عمرو بفروشم این درست نمی باشد اما اجازه لاحق زید، آن عقد را تصحیح می کند اما بعضی عقود این طور نمی باشد مثلاً من زید را اکراه کردم که خانه اش را بفروشد بعد از رفع اکراه اجازه لاحق فایده ندارد باید عقد دوباره بسته شود یکی از موارد هم عقد سفیه و صبی است اگر سفیهی عقدی انجام داد و بعد از رفع سفاهت و صبابت اگر امضاء کند این درست نمی باشد آیا ما نحن فیه مثل بیع فضولی است یا مثل بیع سفیه و مکره و صبی است؟ بعضی گفته اند مثل بیع فضولی است و بعضی گفته اند مثل بیع فضولی نمی باشد مثل بیع سفیه و مکره است؟ واقع این است که در ارتکاز من روشن نمی باشد که در سیره عقلاء اجازه لاحق را موثر و کافی می دانند یا خیر؟ اما ظن من این است که کافی نمی دانند لذا در اینجا بحث این است که اگر اجیر عقد دوم را اجازه داد آیا این اجازه اجیر نافذ است یا خیر؟ این برای من محل تأمل است هنوز برای من اطمینان به یک طرف حاصل نشده است در نفوذ و تأثیر اجازه یا عدم آن باید بیشتر تأمل کرد در سیره و ارتکازات عقلائی.

البته لزوماً این طور نمی باشد که عقلاء در اینجا ارتکازی داشته باشند لذا باید در اینجا احتیاط کند و عقد دوباره ای ببندد. اما اگر عقد نبندیم نمی دانم این عقد عقلاً صحیح است یا باطل است لذا نمی دانیم آثار عقد صحیح عقلائی بار می شود یا خیر. یعنی در مواردی که ارتکاز روشنی ندارند دائماً به لحاظ تکلیف احتیاطی می باشند اما اگر احتیاط نکردیم و رفتیم عقد را انجام دادیم مستحق اجرة می باشیم.

^۱ وجه اشدیت اشکالا این اجاره ثانیه نسبت به من باع شیئا ثم ملک در کلام سید را باید بگوییم.

ظاهراً نکته اش این است که در بیع فضولی مقتضی برای صحت است مالک وجود دارد فقط شرطش که اجازه مالک است وجود ندارد اما در ما نحن فیه حتی مقتضی برای صحت هم موجود نمی باشد چرا که قدرت بر وفاء به عقد نمی باشد نه اینکه استناد به مالک و ولایت نمی باشد بلکه قدرت بر وفاء به عقد دوم نمی باشد چون فرض کردیم این شخص با فرض صحت عقد اول به عقد دوم عمل کند لذا این نکته در ذهن مرحوم سید بوده است که گفته است که از بیع فضولی هم مشکل تر است.

هذا تمام الكلام في المسئلة ١٢.

فصل ٦ [في العين المستأجرة]

لا يجوز^١ إجارة الأرض لزرع الحنطة

أو الشعير^٢ بما يحصل منها من الحنطة

أو الشعير لا لما قيل من عدم كون مال الإجارة موجوداً حينئذ لا في الخارج و لا في الذمة و من هنا يظهر عدم جواز إيجارتها بما يحصل منها و لو من غير الحنطة و الشعير بل عدم جوازها بما

^١ أى يبطل.

^٢ حنطه و شعير موضوعیت دارد که خواهیم گفت.

يحصل من أرض أخرى أيضا لمنع^١ ذلك فإنهما^٢ في نظر العرف و اعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة و هذا المقدار^٣ كاف في الصحة نظير بيع الثمار سنتين أو مع ضم الضميمة^٤ فإنها^٥ لا يجعل غير الموجود موجودا مع أن البيع وقع على المجموع^٦ بل للأخبار الخاصة...^٧

مسئله ای مرحوم سید فرمودند که سیال است و خوب است کسی ارضش را برای زراعت اجاره می دهد اما اجرة را در محصول حاصله از این زمین قرار می دهد. پس اجرة بخشی از محصول حاصل است مثلا صد من جو سید می فرمایند این اجاره باطل است بعد می فرمایند جماعتی از علماء گفته اند وجه بطلانش این است که آن اجرة در حین الاجاره موجود نمی باشد عقد اجاره از عقود معاوضه ای است در عقود معاوضی باید عوضین موجود باشد اگر عوضین یکی یا هر دو معدوم باشد معاوضه نا معقول است. در ما نحن من زمینم را اجاره داده ام برای کشت گندم، منفعت زمین را تملیک کردم در ازاء منفعتی که به جناب مستأجر اجاره

^١ شروع در کلام سید مائن است و وجه سید شروع می شود.

^٢ الشعير و الحنطة.

^٣ وجود اعتباری عرفی.

^٤ میوه های باغ را به ضمیمه این فرش می فروشم به فلان مقدار.

^٥ الضميمة.

^٦ در حالیکه ثمار موجود نمی باشد.

^٧ فصل ٦ [في العين المستأجرة]: ... و أما إذا آجرها بالحنطة أو الشعير في الذمة لكن بشرط الأداء منها ففي جوازه إشكال و الأحوط العدم لما يظهر من بعض الأخبار و إن كان يمكن حمله على الصورة الأولى و لو آجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونهما منها فالأقوى جوازه نعم لا يبعد كراهته و أما إيجارتهما بغير الحنطة و الشعير من الحبوب فلا إشكال فيه خصوصا إذا كان في الذمة مع اشتراط كونه منها أو لا.

دادم چه به دست آوردم؟ صد من گندمی که حاصل از این کشت است این صد من موجود است یا معدوم؟ معدوم است. معاوضه کردم بین منفعت و حاصل معدومه و این باطل است. سید می گویند این عقد درست است و شروع کرده است به نقضهایی که وارد کرده است. از اجاره شروع کرده است گفته است که نقضی بر شما وارد می شود و آن اینکه مگر در همین جا منفعت زمین موجود است؟ خیر، تدریجاً موجود می شود. نقض دیگر این است که لازمه کلام شما این است که اگر من این زمین را اجاره دهم و اجرتش را از حاصل زمین دیگر قرار دهم و حاصلش موجود نباشد این اجاره صحیح است. نقض دیگر به بیع ثمار است گفته است مگر نمی توانیم ثمار درخت را بفروشیم با این که ثمار معدوم است لذا اینکه بطلان عقد را مستند به عدم وجود اجرة کنیم این درست نمی باشد و این مثالها نقض بر شماست. پس جناب سید دلیل بطلان چه می باشد؟ یک کلمه تعبد شارع گفته است روایات گفته اند که این عقد باطل است شارع تعبد کرده است به بطلان عقد و این بطلان را می پذیریم.

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

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

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

پس یکبار دیگر می گوییم یکبار از حاصل این زمین، اجرت را قرار می دهد مثلاً می گوید صد من از حاصل این زمین را اجرت قرار می دهم پس من این زمین را به زید اجاره دادم و اجرت و کرایه خودم را از حاصل این زمین قرار دادم. گفتیم این دو صورت دارد: یک صورت می گوید

که از حاصل زمین این اجرة را قرار می دهیم که این را می گویند اجرة در ذمه منتها قید می خورد از حاصل این زمین این را به من بده یعنی آن گندمی که به ذمه تو آمده است این خصوصیت را دارد که از حاصل این زمین باید باشد. این از محل بحث خارج است اصلا. محل بحث این است که مستقما صد من گندم حاصل این زمین قرار می دهد نه این که در ذمه باشد یعنی اجرت من، صد من گندمی است که از این زمین حاصل می شود. این عقد اجاره را سید گفتند علی القاعده صحیح و بالتعبد باطل است.

در اینجا باید در دو جهت بحث کنیم:

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

الجهة الأولى فی حکمها علی القاعده:

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

وجوه البطلان:

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

اند:

الوجه الأول: شرط صحة المعاملة وجود العوضين و الأجرة معدومة.

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

این دلیل تمام است یا خیر؟

الأشکالات النقضية من المرحوم السيد:

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

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

رد الإشکالات النقضية:

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

رد على معدومية منفعة الأرض: المراد من منفعة الأرض قابليتها للزراعة لا

الزراعة و هي موجودة

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

مسکونیت را تملیک می کنیم در اجاره هم صلاحیت برای کشت را تملیک می کنیم پس منعفت بالفعل موجود است.

رد علی نقضها علی بیع الثمار: و الثمار موجودة بالقوة لأنه نماء الشجر و ليس الزراع نماء الأرض.

اما نقض ایشان به میوه فرق است بین میوه و زرع حاصل از زمین. میوه نماء درخت است زرع نماء زمین نمی باشد نماء بذراست چون نماء بذراست کسی که مالک درخت است درخت ملک اوست نمائات او در اعتبار عرف، موجود است و لو موجود بالقوه است اما زرع نماء بذراست نه نماء زمین بالقوه نسبت به زمین هم وجود ندارد. نگفته است که صد من از این گندمی که نماء بذراست گفته است صد من از گندم که حاصل از زمین می باشد وقتی نماء زمین نبود نمی توان گفت بالقوه موجود است بله اگر اشاره می کرد به گندم و می گفت صد من از حاصل این گندم به من بده کدام گندم؟ گندمی که مستأجر می خواست در زمین بکارد در این صورت مثل ثمار می شد. کدام گندم را می خواهد بکارد؟ نا معلوم است و بر بی نهایت گندم قابلیت تطبیق را دارد. یکدفعه اینطوری اجاره می دهد می گوید این زمین را اجاره می دهم به صد من گندم این بذر که بذر مستأجر بود که می خواست کشت کند این شبیه میوه درخت می شد اما در اینجا شبیه بیع ثمار نمی باشد. در صورت اول کسی می توانست ادعا کند که عرفا نحوه ای وجود می بینند. در صورت دوم که اصلا عرف وجودی برای او نمی بیند چرا که حاصل، نماء زمین نمی باشد. پس حاصل زمین به وجود زمین موجود نمی باشد به خلاف نماء درخت که به وجود درخت عرفا حاصل است.

مناقشتنا فی الوجه الأول: المعاملة على المعدوم لا يستحيل عقلا و عقلائا و وقع عندهم صحيحا معلقا.

آیا این استدلال درست است یا خیر؟

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

اگر مراد شما این است که عقلاء باطل است این روشن نمی باشد که بگوییم که عقلائا باطل است ممکن است که پیش فرض ما این باشد این شخص زمین را اجاره می دهد به صد من گندم موجود بعد از این، که الان من مالک آن صد من گندمی که بعد از این موجود می شود، می شوم حال یا این گندم بعد از این موجود می شود یا موجود نمی شود اگر موجود شد که من مالک آن هستم و معامله صحیح است و اگر گندم بعد از این موجود نشد عند العقلاء کشف می شود که معامله بر یک امر معدومی انجام شده است و باطل است یعنی عقلاء این عقد را امضاء می کنند معلق بر این که صد من گندم بعدا موجود شود اما اگر صد من موجود نشد عقد می شود باطل عقد که باطل شد باید اجرة المثل این اجاره را به او بدهم چرا که بعدا هم می آید عقود که مثل اجاره است اگر فاسد واقع شود باید اجرة المثل آن را بدهند. پس عقلاء این عقد را امضاء کنند بنا بر این که آن گندم در ظرف خودش موجود باشد اما اگر در ظرف خودش گندم را نداد باید اجرة المثل آن اجاره را به مالک زمین بدهد.

اما اینکه می گوییم اگر بعدا کشف شد که عقد باطل است یا صحیح است به نحو کشف حقیقی است نه کشف حکمی اگر در عالم واقع در آن ظرف موجود باشد واقعا عقد درست

است و اگر موجود نباشد واقعا باطل است و باید اجرة المثل را بدهم به نظر می آید که این عقد در نزد عقلاء به این صورت صحیح است.

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

١ الوجه الثانى للمرحوم الخوئى: لأن الشرط فى صحة العقود المعاوضية مملوكية العوضين حقيقتا أو كالحقيقة و الشئء المعلوم ليس كذلك.

مرحوم آقای خوئی: ایشان فرمودند این عقد اجاره على القاعده باطل است. چرا؟ ایشان گفتند ما عقودى داریم که به آن عقود معاوضه ای می گویند که ما در این عقود معاوضه ای طرفین را که مالیت دارند، معاوضه می کنیم یعنی دو مال را معاوضه می کنیم مثل بیع که متعاقدين در بیع دو مال را عوض می کنند مثل اجاره در اجاره متعاقدين دو مال را عوض می کنند مثلاً یکی منفعت را و دیگری اجرت را در قبال منفعت، می دهد ایشان می گویند در سیره عقلاء در این عقود معاوضه ای عوضین باید مملوک باشند یا در قوه مملوک باشند پس باید یا مملوک باشد یا در قوه مملوک باشد. مملوک باشد مثل اینکه من این کتاب خود را می فروشم من این عباى خودم را می فروشم این زمین و خانه خودم را می فروشم یا اجاره می دهم وقتی اجاره می دهم منفعت این خانه را تمليک می کنم و این منفعت ملک من است یا در قوه مملوک است من که این کتاب را فروختم به هزار تومان، هزار تومان در ذمه خریدار را مالک

می شوم. مشتری مالک ذمه خودش نمی باشد اما به منزله مملوک او است چون تحت سلطنت مشتری است. مشتری می تواند ما فی الذمه خودش را واگذار کند اگر چه خودش مالک ما فی الذمه خودش نمی باشد یا شخصی اجیر می شود بر خیاطت، انسان مالک عمل خودش نمی باشد اما سلطنت تکوینی بر عمل خودش دارد می تواند عمل را ایجاد کند این سلطنت تکوینی این را به منزله مملوک قرار می دهد. لذا گفته اند در عقود معاوضه باید عوضین مملوک یا در قوه مملوک باشد.

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

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

این بیان ایشان بر این مطلب است بعد مثالهایی زده است لذا گفته اند جوجه حاصل از یک تخم مرغ را نمی توانید بفروشید یا نمی توانید به گوسفندی اشاره کنید و بگویید اولین بچه این گوسفند را به تو می فروشم یا در رودخانه به یک ماهی اشاره کنید و بگویید که این ماهی را به تو می فروشم و قدرت بر اخذ آن هم داریم یا حیوان پرنده ای را نشان می دهید و قدرت

صید هم دارید و بگویید به تو این پرنده را می فروشم. یا آهوئی که در بیابان است و مملوک شما نمی باشد اما می توانید آن را صید کنید نشان دهید و بگویید که به تو می فروشم این معاملات در سیره عقلاء باطل است^۱ اینها نه تنها مملوک نمی باشند حتی در قوه مملوک هم نمی باشد و با ما فی الذمه و عمل فرق می کند.

مناقشتان:

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

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

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

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

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

عقد عقلائاً صحیح است هیچ رابطه ای از این زن و مرد رابطه حرام و زنا نمی باشد و رابطه ای کاملاً حلال است.

این اختلاف مبنائی ما با ایشان است.

المناقشة البنائی: أن بیع الثمار عقد صحیح عند العقلاء بارتکازنا منهم.

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

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

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

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

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

الوجه الثالث: أن هذا الإجارة باطلة للغرر.

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

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

در وجه سوم که غرر باشد این را گفتیم که این غرر یک امری بوده است که در طول زمان متغیر بوده است در گذشته که مال خیلی به زحمت به دست می آمد کوچکترین غرر معامله را باطل می کرد رفته رفته تحصیل مال خیلی راحت شده است طرف مهندس یا دکتر می شود مثلاً دکتر در مقابل یک زحمت مختصر یک حاصل مالی خیلی زیادی به دست می آورد خیلی از این کسبها و تجارتها و وکالت و قضات خیلی از این مغازه دارها با تلفن همه کارها را انجام می دهند و فعالیت خاصی ندارند و حتی جنسها را هم شاگرد می فروشد و خیلی فروش هم دارند اما خیلی کم زحمت می کشند بلکه کارگرا خیلی زحمت می کشند و درآمدی هم ندارند اما عده ای زیاد هستند که در قبال زحمت کم درآمد زیادی دارند خود به خود مسئله غرر کم می شود یعنی به غرر بی توجه می شود برای او مهم نمی باشد که در قبال این یک میلیون چیزی

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

به دست نیاورد. دقت کنید اصل غرر جهالت است غرر یعنی جهالتی که منشأ خسارت است. لذا باید در عرف نگاه کرد که آیا این غرر را موجب خسارت و بطلان می دانند یا خیر؟ صرف غرر اینطور نمی باشد که امر عقلائی باشد که هر جا غرر باشد باطل باشد خصوصا که انسان در معاملات خود دواعی زیادی دارد مثلا بلیطهای بخت آزمایی که محتمل خیلی قوی است و احتمال خیلی ضعیف اما چون مبلغ خیلی زیاد است، مردم ریسک می کنند چرا که اگر برنده شود مبلغ خیلی خیلی سنگینی می برد و مردم این غرر و ریسک را قبول می کنند. در اینجا عقلاء قائل به صحت می باشند اگر بعضی هم در بلیطهای بخت آزمائی قائل به بطلان شده اند این از باب این بوده است که می گفته اند این امر مصداق قمار است نه غرر. البته ما مصداقیت قمار آن را قبول نکردیم^۱.

لذا تا اینجا دلیل محکمی بر بطلان نداریم.

مختارنا: نستظهر من العرف صحة هذه المعاملة استظهارا ظنيا قويا.

ما در دوره قبل قائل بودیم که این عقد در نزد عقلاء باطل است اما الان می گوئیم در صحت و بطلان این عقد عقلاء موقفی ندارند یعنی قبلا این مقدار برای ما روشن نبود که عقلاء موقفی ندارند و تابع اعراف خاصه می باشند و ضمن اینکه قبلا قائل به بطلان این معامله نزد عرف بودیم و بعد فکر کردیم و دیدیم که شواهدی و مویداتی است که این عقد صحیح است عند العرف و العقلاء و گفتیم اینکه فقهاء فکر می کردند که عقلاء بما هم عقلاء در معاملات موقفی دارند، اینطور نمی باشند عقلاء نگاه می کنند به اعراف خاصه اگر در عرف خاصی صحیح بود نسبت به آن عرف می گویند صحیح است و اگر در عرفی باطل بود عقلاء

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

می گویند که در نزد آن عرف باطل است یعنی عقلاء موقف امضائی دارند. اما در بحث فقهی این مقدار راه حل نمی باشد نمی توانیم بگوییم که ما تابع عرف هستیم و در هر عرفی باطل باشد، باطل است عند العقلاء و اگر صحیح است صحیح است باید نگاه کنیم به عرفی که در آن زندگی می کنیم یعنی عرفی که محدود به این زمان و این مکان و این خصوصیات است مثلاً اگر کسی پیش ما بیاید و بگوید من مقلد آقای زید هستم چنین معامله ای کردم صحیح است یا خیر؟ کتاب فتوای زید را می آوریم ببینیم که فتوایش صحت است یا بطلان مثل اینکه کسی بیاید و بگوید که من چنین ازدواج و بیعی را انجام دادم صحیح است یا خیر مرادشان نظر شما نمی باشد بلکه بر حسب فتوای مرجع مچطور است. خود مقلدین گفتیم که عرف تشکیل می دهند لذا باید به فتوای مرجعش رجوع کند. اما اگر کسی که مقلد کسی نمی باشد باید به عرف مردم ایران نگاه کند اگر در عرف مردم ایران درست بود می گوییم صحیح است و اگر باطل بود می گوییم باطل است لذا باید به ارتکاز خودمان از عرف مردم ایران نگاه کنیم ظن قوی داریم که چنین عقدی در عرف مردم صحیح است ممکن است که کسی بگوید که باطل است و ممکن است که اصلاً عرف شکل نگرفته باشد یعنی از بعضی می پرسیم می گویند که باطل است و بعضی می گویند که صحیح است نظائری هم داریم برای این که این عقد در عرف صحیح است یکی از این نظائر خرید این شانس ها است که تمام یا اعظم پول، در مقابل شانس می رود که گاهی پوچ در می آید یا خیلی کمتر از پولی که داده است، به او می رسد و بعضی اوقات خیلی بیشتر به آن می رسد. یا مثل بلیط بخت آزمائی که بعد اسمش عوض شد و شد ارمغان بهزیستی که در قدیم هزار تومان می خریدند و هزار تومان در آن زمان نسبتاً زیاد بود اما در عین حال که معلوم نبود که در شانس ها چیزی باشد یا به بیش از مبلغ خریداری شده باشد یا در بلیط بخت آزمایی اصلاً معلوم نبوده که مبلغ را برنده شوند، معامله را باطل نمی دانستند و احتمال اینکه چیزی گیرش نیاید قوی تر بود یعنی بالای نود درصد چیزی گیرش نمی آمد در عین حال اقدام بر معامله می کردند. الان کاری به بحث شرعیش نداریم ذهنیت عرف

را می خواهیم بگوییم. به نظر می رسد که اگر این نحوه معاملات صحیح باشد این معامله هم که ظاهراً نظیر اینهاست، از این قبیل باشد و صحیح باشد.^۱

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

اما یکبار نمی خواهد احاله به عرف دهد اگر این مرجع تقلید از مراجعی است که تعداد معتنا بهی مقلد دارد به نحوی که یک عرف تشکیل می دهند می تواند فتوا به صحت یا بطلان دهد چرا که بر اثر فتوای او بطلان و صحت واقعا شکل می گیرد. در افتاء مهم این است که فتوا نباید مخالف با واقع باشد و در اینجا علم دارد که به محض افتاء، آن معامله می شود صحیح. فرض این است که اینها در این فتوا قصد تقلید از من را دارند لذا اشکال نشود که در

^۱ عقد ازدواج حتی ازدواج بچه هم از این قبیل است در عصر ائمه % بدون هیچ تردیدی عقد ازدواج با نوزاد صحیح بود کما این که خرید و فروش انسان هم یک امر کاملاً صحیح و متداول بود مثل گوسفند لذا بحث عبد را در حیوان بحث می کردند و می گفتند که حیوان یا صامت است یا ناطق که مراد آنها از حیوان ناطق، عبد بود. اما در زمان ما می گوییم باید ببینیم صحیح است یا خیر؟ اگر گفتیم که این ازدواج در عرف ما باطل است مشهور گفته اند این عقد عرفاً عقدی است باطل است و شرعاً عقدی است صحیح و یا حتی ممکن است که در زمان ما عرفی بگوید صحیح است در اثر فتوایی که فقهاء داده اند چون همه فقهاء فتوا داده اند این ازدواج صحیح است. این ازدواج با بچه در زمان معصومین □ قطعاً صحیح بوده است. بله اگر به مصلحت بچه نبوده است در همان زمان هم اگر این مصلحت نبوده است باطل بوده است چون به جهت اینکه ولی بچه فقط در دایره مصلحت یا عدم مفسده می تواند اقدام کند در فتوای فقهاء در اینکه ولی بچه را به عقد کسی در می آورد این صحتش را متوقف بر عدم مفسده می دانند در آن زمان و لو به خاطر ذهنیتی که داشتند این ازدواج بچه را دارای مفسده نمی دانستند. لذا صحت این ازدواج در آن زمان با مبنای ما و مشهور قابل توجیه است. در ازدواج، ولی باید توجه داشته باشد که این ازدواج دارای مفسده عرفیه نسبت به مولی علیه نباشد یعنی شرط صحتش عدم المفسده است اما نمی خواهد مصلحت داشته باشد. وقتی می گوییم مصلحت و مفسده، مصلحت و مفسده واقعیه ملاک است؟ مفسده و مصلحة اعتقادیه مراد است؟ یا مصلحت و مفسده عرفیه؟ این نظر مشهور و ما است ما قائلیم در اینجا ازدواج بچه مفسده عرفیه دارد. مفسده عرفیه برای دائم یا موقت طولانی است اما برای ازدواج موقت کوتاه مفسده ای ندارد.

مورد شریعت و نبی این را نگفتید چرا که گفتید که اگر شارع گفت فلان عقد حرام است باید ببینیم که عرف تشکیل می شود یا خیر اگر نشد، معامله صحیح است این اشکال وارد نمی باشد چرا که در آنجا فرض کردیم که عقلاء پیروی نکردند و الان فرض کردیم اینها در این مسئله قصد تقلید از او را دارند.

اما یکبار ابتدای کارش است و مقلد زیادی ندارد اینجا دیگر نمی تواند فتوا به صحت و بطلان دهد چرا که بر اساس فتوای او بطلان و صحت واقعی شکل نمی گیرد چرا که تعداد معتد به مقلد ندارد که با فتوا عرف را شکل دهد بر صحت و بطلان اما دلش می خواهد فتوا به صحت دهد لذا می گوید شما رجوع کنید به مراجعی که فتوا به صحت می دهند چون در این مسئله وقتی رجوع کرد در این مسئله می شود مقلد آن مرجع و تابع عرف آن مرجع. دقت کنید اگر شارع ردع کرده باشد از این نوع معاملات کسی که مقلدین آنها تشکیل عرف نمی دهند می تواند مستندا به این ردع شارع فتوا به بطلان دهد و فتوای او می شود افتاء بالحجة.

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

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

هذا تمام الكلام في الجهة الأولى.

چون مشهور در جهت اول قائل به بطلان معامله عند العقلاء شدند و گفته اند: ادله امضاء مثل «أوفوا بالعقود» فقط و فقط عقودی را شامل می شود که عند العقلاء صحیح باشد لذا در نظر مشهور نیاز به جهت دوم نمی باشد که بحث کنیم که آیا شارع ردع کرده است یا خیر. چرا که امضاء نکرده است دلیل امضاء جایی را می گیرد که عند العقلاء صحیح باشد لذا همین کفایت می کند که در نظر مشهور این معامله عند الشارع باطل باشد اما به خاطر تأکید وارد جهت دوم هم شده اند و گفته اند که دلیل امضاء که نداریم هیچ روایاتی داریم که شارع از این چنین عقدی ردع کرده است و گفته است باطل است.

الجهة الثانية: في حكمها عند الروايات.

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

الرواية الأولى، رواية فضيل بن يسار:

روایت اول از فضیل بن یسار است:

۲۴۱۳۹-۵-۱ و عَنْ عَلِيٍّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ صَالِحِ بْنِ السُّنْدِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ بِشِيرٍ عَنْ

مُوسَى بْنِ بَكْرِ عَنْ الْفُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَنْ إِجَارَةِ الْأَرْضِ بِالطَّعَامِ قَالَ إِنْ
كَانَ مِنْ طَعَامِهَا فَلَا خَيْرَ فِيهِ.^۲

البحث عن الرواية:

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

البحث السندی: فی الروایة «صالح بن سندی» و کل صالح طالح.

در سند صالح بن سندی آمده است که توثیق خاصی ندارد و ضعف این روایت از ناحیه این شخص می باشد بد نیست به یک نکته رجالی اشاره کنم افرادی که اسم اینها «صالح» است نسبتاً زیاد هستند و از باب اتفاق هیچ یک توثیق خاص ندارند فقط دو سه نفر از اینها است که گفته شده است که توثیقات عامی دارند مثلاً که یکی در اسناد کامل الزیارة است یا یکی دیگر اینکه صفوان از او نقل روایت کرده است یا ابن ابی عمیر از او نقل روایت کرده است که اگر آن توثیقات عام را کسی نپذیرفت که ما هم نپذیرفتیم تمام روایاتی که در آن صالح باشد صحیح نمی باشد لذا تمام روایاتی که شامل صالح است آن روایت سنداً ضعیف است. لذا معروف شده است: «کل صالح طالح» هر صالحی ضعیف است لذا این هم نکته ای است که می توان خیلی از روایات را به خاطر وجود صالح در روایت متوجه ضعف سندش شد.

^۱ (۱) - الکافی ۵- ۲۶۵- ۶.

^۲ وسائل الشیعة؛ ج ۱۹؛ ص ۵۵، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

اما این ضعف سند باعث نمی شود که روایات را نادیده بگیریم چرا که اگر دلالتش درست باشد می تواند با روایت دیگر استفاضه بسازد.

لذا به صرف ضعف نمی توان روایت را رد کرد.

البحث الدلالي: فی الرواية معنیان:

در روایت دارد: «إِنْ كَانَ مِنْ طَعَامِهَا فَلَا خَيْرَ فِيهِ.» در این روایت دو معنا احتمال می

رود:

المعنى الأول: لا حاصل له.

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

المعنى الثانى مختار المرحوم الخوئى: دالة على الفساد لأنها معلومة الخير.

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

اگر می گفتید اجرة ده دینار است و چیزی حاصل نمی داد از جیب شما ده دینار می رفت به خلاف اینجا. امام 8 در مورد اجاره صحبت می کند و ناظر به عقد است و ناظر به کشت نمی باشد که شما بگویید که خوب خرجی که روی زمین گذاشته است از دست او رفته است ضمن اینکه اگر در زمین خودش هم کشت می کرد هزینه بذر و دیگر از جیبش می رفت لذا ناظر به آن نمی باشد.

مناقشة في كلامه: أن الإجارة في الرواية بمعنى الإيجار لا الإستئجار.

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

الرواية الثانية، موثقة ابي بصير:

روایت دوم: موثقه ابي بصير است:

٢٤١٣٦-٢-١ و عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ

بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: لَا

تُؤَاجَرُ الْأَرْضُ بِالْحِنْطَةِ وَلَا بِالشَّعِيرِ وَلَا بِالتَّمْرِ وَلَا بِالْأَرْبَعَاءِ^۱ وَلَا بِالنِّطَافِ وَلَكِنْ بِالذَّهَبِ وَ

الْفِضَّةِ لِأَنَّ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ مَضْمُونٌ وَهَذَا لَيْسَ بِمَضْمُونٍ^۲.

این روایت ذیلی دارد که در ص ۱۳۸ همین باب کامل روایت آمده است و از امام ۸ سائل در مورد اربعاء سوال کرده است. اربعاء یعنی اجرت را سهم آبیاری خودش قرار دهد بگوید که من مثلاً در ماه چهار روز سهم آب دارم این زمین را از تو اجاره می کنیم در قبال اینکه یک روز از آبیاریهای من مال تو و با آن زمینهای خودت را آبیاری کن. نطاف زیادی از آب آبیاری است نه خود آبیاری.

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

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

^۱ (۲) - الربيع - النهر الصغير والأربعاء جمعه (النهاية ۲ - ۱۸۸).

^۲ وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۵۴، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

این اختلاف اثری هم در زندگی عینی ما ندارد حتی الان هم مردم می گویند کالا گران شده است و هیچ زمانی نمی گویند که پول ارزان شده است. اگر هم می گویند که پول بی ارزش شده است تحت تأثیر رسانه ها بوده اند و از بس رسانه گفته است یاد گرفته اند و می گویند. اما الانه در اقتصاد جدید می گویند که تفاوت قیمت به خاطر تفاوت قیمت کالا یا ثمن می باشد. لذا امام می فرمایند که قیمت درهم و دینار مضمون است اما قیمت حنطه و شعیر مضمون نمی باشد ممکن است که بالا و پایین بیاید.

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

لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالتَّمْرِ وَلَا بِالْحِنْطَةِ وَلَا بِالشَّعِيرِ وَلَا بِالْأَرْبَعَاءِ وَلَا بِالنُّطَافِ قُلْتُ وَمَا الْأَرْبَعَاءُ قَالَ الشَّرْبُ وَالنُّطَافُ فَضْلُ الْمَاءِ وَلَكِنْ تَقْبَلُهَا بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالنِّصْفِ وَالثُّلُثِ وَالرُّبْعِ.^۱

وَالنِّصْفِ وَالثُّلُثِ وَالرُّبْعِ یعنی اجرة را نصف یا ثلث یا ربع قرار بده. به قرینه مقابله،

مشخص می شود که اجاره در صدر روایت در معین بوده است و اینجا مراد اجاره در کسر مشاع است.

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

مشکل این است که اگر این ذیل که «تقبلها» باشد ناظر به مزارعه باشد در مزارعه ذهب و فضه باطل است فقط و فقط باید به کسر مشاع از حاصل زمین باشد پس امام 8 که فرمودند تقبلها باید اجاره باشد و از آن طرف اگر اجاره باشد کسر مشاع باطل است پس «تقبلها» امرش دائر بین مزارعه و اجاره است اگر اجاره باشد اجاره به کسر مشاع باطل است¹ و اگر مزارعه باشد به ذهب و فضه باطل است. عقد مزارعه اصلاً معاوضه نمی باشد بلکه مشارکت است یکی زمین و یکی عمل و بذری می گذارد و مشارکت می کنند در حاصل زمین و حقیقت مزارعه عقدی است که به ذهب و فضه درست نمی باشد ما در صحت و بطلان، عرف خاص شدیم اما در حقیقت عقد که بین اعراف فرقی نیست.

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

دقت کنید در روایات چندین بار در باب مزارعه از عنوان اجاره استفاده کرده اند. دقت کنید احتمال قوی وجود دارد که یک بخش روایت مزارعه و یک بخش اجاره بوده است و

¹ در اجاره گفته شده است که باید اجرت معین باشد مثلاً نمی گویم که اجرت نصف حاصل زمین باشد

راوی در هم ریخته کرده است. شاید راوی دوم اشتباه کرده است اگر گفتیم که ابا بصیر در آن حد نمی باشد که اشتباه کند.

این روایت سندش خوب است اما معلوم نمی باشد که روایت چه می خواهد بگوید اجاره یا مزارعه.

۱- الرواية الثالثة معتبرة أبي المغراء:

روایت سوم معتبر ابی المغراء است:

۲۴۱۴۱-۷-۲ و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ قَالَ: سَأَلَ

يَعْقُوبُ الْأَحْمَرُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ وَأَنَا حَاضِرٌ فَقَالَ أَصْلَحَكَ اللَّهُ إِنَّهُ كَانَ لِي أَخٌ قَدْ هَلَكَ وَ تَرَكَ

فِي حَجَرِي يَتِيمًا وَلِي أَخٌ يَلِي ضِيعَةً^۲ لَنَا وَ هُوَ يَبِيعُ الْعَصِيرَ مِمَّنْ يَصْنَعُهُ خَمْرًا وَ يُؤَاجِرُ الْأَرْضَ

بِالطَّعَامِ فَأَمَّا مَا يُصِيبُنِي فَقَدْ تَنَزَّهْتُ^۳ فَكَيْفَ أَصْنَعُ بِنَصِيبِ الْيَتِيمِ فَقَالَ أَمَّا إِجَارَةُ الْأَرْضِ بِالطَّعَامِ

فَلَا تَأْخُذْ نَصِيبَ الْيَتِيمِ مِنْهُ إِلَّا أَنْ تُؤَاجِرَهَا بِالرُّبْعِ وَ الثُّلُثِ وَ النِّصْفِ الْحَدِيثَ^۴.

بالربع و الثلث و النصف یعنی به کسر مشاع اجاره داده شود.

^۱ سه شنبه ۱۸/۱۰/۹۷.

^۲ (۴) - التهذيب ۷- ۱۹۶- ۸۶۶، و أورد ذيله في الحديث ۷ من الباب ۵۹ من أبواب ما يكتسب به.

^۳ ملک برای کشاورزی.

^۴ نصيب خودم را طاهر می کنم یا مراد این است که در زندگی صرف نمی کنم مثلا صدقه می دهم یا مثلا رد مظالم می دهم.

^۵ وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۵۵، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

وجه الدلالة: نهی الإمام من أخذ مال الیتیم منه دل علی بطلان الإجارة:

این روایت سندش تمام است انما الکلام در نهی امام 8 است امام 8 فرمودند: « فَلَا تَأْخُذْ

نَصِيبَ الْيَتِيمِ مِنْهُ » اینکه فرمودند نصیب یتیم را از آن انتخاب نکن یعنی اجاره باطل است.

مناقشة: أن العقد بالمشاع دل أنها مزارعة لا الإجارة.

این که امام 8 فرمودند که اجاره دهید به کسر مشاع مشخص است که امام 8 در مورد مزارعه صحبت می کنند چون فقهاء اتفاق نظر دارند که اجاره به مشاع باطل است به نصف و ربعی که مشخص نمی باشد پس مراد از «لا تواجرها» مزارعه است لذا مشخص می شود اجاره الارض بالطعام در صدر، مزارعه است این خیلی خلاف ظاهر است که اجاره در ذیل به معنای مزارعه باشد و در صدر به معنای اجاره باشد. در مزارعه باید حصه نا معین باشد و در اجاره باید حصه معین باشد. در روایات هم مکرر از مزارعه تعبیر به اجاره شده است. عصیری که در روایت آمده است یعنی مقداری از زمین را انگور می کارد و بعضی را به مزارعه به کسی داده بوده است لذا اشکال نشود که مراد مزارعه نبوده است چرا که انگور آمده است و در انگور مغارسه می گویند.

الرواية الرابعة، رواية ابي بُردة:

روایت ابی برده:

۲۴۱۴۳- ۹- ۱ و بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّقَّارِ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ

عَنْ أَبِي بُرْدَةَ قَالَ:

سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ إِجَارَةِ الْأَرْضِ الْمَحْدُودَةِ^۲ بِالْدَّرَاهِمِ الْمَعْلُومَةِ قَالَ لَا بَأْسَ قَالَ وَ

سَأَلْتُهُ عَنْ إِجَارَتِهَا بِالطَّعَامِ فَقَالَ إِنْ كَانَ مِنْ طَعَامِهَا فَلَا خَيْرَ فِيهِ.^۳

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

مناقشة فيها:

سندا: لا توثيق ل«أبي بردة».

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

^۱ (۱) - التهذيب ۷- ۲۰۹- ۹۱۷.

^۲ (۲) - في نسخة- المخابرة، وفي الصحاح هي- المزارعة(هامش المخطوط).

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

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

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

الرواية الخامسة: ما نقله الصدوق في العلل:

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

۲۴۱۴۵-۱۱-۱ مُحَمَّدٌ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي الْعِلَلِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ عَنِ الصَّفَّارِ

عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مَرَّارٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ

أَبِي جَعْفَرٍ وَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ أَنَّهُمَا سُئِلَا مَا الْعِلَّةُ الَّتِي مِنْ أَجْلِهَا لَا يَجُوزُ أَنْ تُؤَاجَرَ الْأَرْضُ

بِالطَّعَامِ وَ تُؤَاجَرُهَا بِالذَّهَبِ وَ الْفِضَّةِ قَالَ الْعِلَّةُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الَّذِي يَخْرُجُ مِنْهَا حِنْطَةٌ وَ شَعِيرٌ وَ

لَا تَجُوزُ إِجَارَةُ حِنْطَةٍ بِحِنْطَةٍ وَ لَا شَعِيرٍ بِشَعِيرٍ.^۲

این روایت یک بحث سندی دارد و یک بحث دلالتی:

^۱ (۴)- علل الشرائع- ۵۱۸- ۱.

^۲ وسائل الشيعة؛ ج ۱۹؛ ص ۵۶، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

الإشكال السندی فیها: لا توثیق خاص لإسماعیل بن المرار و التوثیق العام لیس بتمام.

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

اولا اصلا ثابت نمی باشد این تفسیر علی بن ابراهیم⁶ مال خود علی بن ابراهیم باشد بعضی از علماء تردید کرده اند که مال این شخص است. یعنی در صحت استناد این کتاب به علی تردید کرده اند.

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

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

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

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

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

گفته شده است که آنجا که امام 8 فرمودند: «لَا تَجُوزُ إِجَارَةُ حَنْطَةٍ بِحَنْطَةٍ وَلَا شَعِيرٍ

بِشَعِيرٍ» خوب این که اجاره حنطه به حنطه نمی باشد بلکه ما زمین را اجاره می دهیم، مراد

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

لذا سنداً و دلالتاً تمام نمی باشد.

الرواية السادسة صحيحة الحلبي:

روایت ششم صحیح حلبی است:

١٣٧-٢٤-٣-١ وَ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ ابْنِ

مُسْكَانَ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالْحَنْطَةِ ثُمَّ تَزْرَعُهَا حَنْطَةً.^٢

^١ (٤) - الكافي ٥- ٢٦٥- ٣.

^٢ وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ٥٤، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

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

مشکل سندی ندارد بلکه مشکل دلالتی دارد و آن اینکه امام 8 که فرمودند ثم تزرعها حنطة مشخص است که این حنطه غیر حنطه این زمین است مال جایی است که اجرة، حنطه ی غیر حاصل است حال یا کلی در ذمه است یا شخصی فی الخارج و این اجنبی از بحث ماست. «ثم» در «ثم تزرعها» اشعار دارد که بعد تصمیم می گیرد که حنطه بکارد یعنی قصد و تصمیم نداشته است که حنطه بکار بلکه یکدفعه بدون تصمیم قبلی این طور پیش آمده است که اینکار را بکنی و حنطه بکاری و الا اصلا مورد اجاره کشت گندم نبوده است یا اگر مورد اجاره کشت گندم بوده است، غیر گندم حاصل بوده است و اگر مراد گندم حاصل بوده است می فرمودند: «فتزرعها». اگر نگوییم ظهور دارد در آنچه که ما گفتیم علی اقل روایت می شود مجمل.

وظيفة المستأجر فيما لم يكن حاصلا للأرض إن نقل بصحتها:

خوب مجموع این روایات هیچ کدام دلالتا تمام نمی باشد که بعضی سندا هم تمام نبودند. خوب بر می گردیم به اصل مسئله: اصل مسئله این بود که ما زمینی را اجاره می دهیم به مقدرای از گندمی که حاصل از زمین است اجاره می دهیم برای کشت گندم می گویم اجرت صد من از گندم حاصل از زمین آیا این اجاره صحیح است یا باطل؟ از روایات بطلان نفهمیدیم ببینیم عقلاء باطل می دانند یا صحیح؟ خلافا للمشهور گفتیم عقلاء مسلکی ندارد تابع عرف خاص می باشند لذا اگر در عرفی صحیح بود، می گویند در دایره آن عرف صحیح است و اگر باطل بود می گوید در دایره آن عرف باطل است. خوب باید رجوع کنیم به عرف خودمان.

گفتیم در عرف ما بعید نمی باشد که این اجاره صحیح باشد بلکه اگر عده ای از متشرعه گفتند باطل است به عرف خود گفته اند چرا که مقلد کسی هستند که قائل به بطلان است.

اگر گفتیم صحیح است، اگر زمین صد من گندم داد، صد من گندم را به مالک زمین می دهیم بابت اجرت اما اگر گندم نداد یا کمتر از مقدار اجرت داد مثلاً ۵۰ من گندم داد، ارتکاز عقلائی ما می گوید که باید بدل را بدهد مثل اینکه من مالی را می فروشم و نمی توانم مثنی را تحویل دهم باید بدل آن را بدهم و بدل اجرت می تواند قیمت آن باشد و می تواند مثل آن باشد لذا اگر قیمی بود باید دید قیمتش چه قدر است، باید آن مقدار را بدهم اگر در بلدی گندم مثلی باشد تتمه را از گندم همین جنس در آن منطقه را می دهم. بدل عمل است که دائماً قیمی است یعنی در اجاره بر اعمال است که بدل آن عمل قیمی است اما در در مثل اجاره و زمین هم می تواند مثلی باشد و هم می تواند قیمی باشد. اگر گندم است باید گندم منطقه را بدهد و اگر در منطقه گندمی نمی باشد باید قیمت آن را بدهد. لذا اگر در بلدی مثلی بود باید مثل را بدهد و اگر مثل متعذر شد باید قیمت را بدهد تعذر مثل به این است که اگر در شهر خودش نباشد و اگر بخواهد از شهر دیگر که مثل این گندم را دارد بیاورد مستلزم اجرت باشد یا اینکه مستلزم اجرت نمی باشد بلکه آنقدر عسر و حرج باشد که دیگر این را از مثلی خارج کند و قیمی کند. دقت کنید این عسر و حرج، از باب قاعده عسر و حرج این رفتن به شهر دورتر را از وجوب بر نمی دارد چرا که این نفی عسر و حرج اگر بخواهد اینجا جاری شود و وجوب رفتن به شهر دیگر را بردارد این خلاف امتنان بر دیگری است لذا وجوب را بر نمی دارد اما این عسر و حرج به حدی می رسد که باعث می شود موضوع متبدل شود و گندم را مثلی می کند.

نکته:

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

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

اشکال دیگر این است که اگر فرضا روایات هم دلالت داشت، اطلاقی ندارند که الان هم اینطور است ممکن است چون در آن زمان آن عرف اینطور بوده است چنین حکمی در روایت آمده است اما دلیل نمی باشد که در الان هم حکم همان حکم آن زمان است خیر روایات در باب معاملات اطلاقی ندارد و فقط مربوط به آن زمان است و در هر زمانی باید به عرف آن زمان نگاه کرد. این عدم اطلاقی نیاز به توضیح کوتاهی دارد که بعدا انشاء الله به مناسبت توضیح خواهیم داد.

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

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

١...و أما إذا أجرها بالحنطة أو الشعير في الذمة

لكن بشرط الأداء منها ففي جوازه^٢ إشكال و الأحوط عدم لما يظهر من بعض الأخبار^٣ و إن كان يمكن حمله^٤ على الصورة الأولى و لو أجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونهما منها^٥ فالأقوى جوازه نعم لا يبعد كراهته...^٦

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

سید می فرمایند دو صورت دارد:

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

١ فصل ٦ [فی العین المستأجرة]: لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير بما يحصل منها من الحنطة أو الشعير لا لما قبل من عدم كون مال الإجارة موجودا حينئذ لا في الخارج و لا في الذمة و من هنا يظهر عدم جواز إيجارتها بما يحصل منها و لو من غير الحنطة و الشعير بل عدم جوازها بما يحصل من أرض أخرى أيضا لمنع ذلك فإنهما في نظر العرف و اعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة و هذا المقدار كاف في الصحة نظير بيع الثمار سنتين أو مع ضم الضميمة فإنها لا يجعل غير الموجود موجودا مع أن البيع وقع على المجموع بل للأخبار الخاصة ...

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

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

٤ حمل آن بعض اخبار.

٥ الارض.

٦ فصل ٦ [فی العین المستأجرة]: ... و أما إيجارتها بغير الحنطة و الشعير من الحبوب فلا إشكال فيه خصوصا إذا كان في الذمة مع اشتراط كونه منها أو لا.

می فروشم و شرط می کنم در مقام اداء، از این حصه فردی را اداء کن این شرط فعل است یعنی در مقام اداء بر این حصه از مصادیق تطبیق کن.

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

سید در مورد اول احتیاط می کند و می گوید علی الاحوط باطل است و در صورت دوم می گویند صحیح است اما علی وجه الکراهة.

چرا که در روایت ششم که صحیح حلبی بود که: « لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالْحِنْطَةِ ثُمَّ تَزْرَعُهَا

حِنْطَةً » که نهی آن را حمل بر نهی تنزیهی کردیم و علی الاقل، قدر متیقن آن این مورد است.

این متن سید.

البحث عن المسئلة في الفرعين:

این دو فرع را به لحاظ تکلیفی بررسی کنیم:

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

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

«لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالْحِنْطَةِ ثُمَّ تَزْرَعُهَا حِنْطَةً»^۱

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

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

فرض کردیم در فرع قبلی بطلانی شدیم در ما نحن فیه بطلانی شویم یا صحتی؟ ما قائلیم که باید صحیحی شویم این در بیع سلف آمده است که اگر معامله کنیم بین دو مال که یکی در ذمه باشد اگر برای آن ما فی الذمه در زمان اداء فردی نبود منتقل به بدل می شود خوب الان در ما نحن فیه گفته است که به صد من گندم فی الذمه به شرط اداء از حاصل. در باب شرط بعضی قائلند که این شرط لبا بر می گردد به قید و بعضی گفته اند لبا به قید بر نمی گردد و شرط است اگر شرط را به قید بر نگردانیم ما از کسانی هستیم که گفتیم هم می تواند به نحو شرط باشد هم می تواند به نحو قید باشد. مرحوم آقای خوئی می فرمودند: شرط دائما به قید بر می گردد. یعنی چه به قید بر می گردد؟ یعنی اجرت، صد من گندم ما فی الذمه است اما صد من گندم حاصل از زمین اما اگر به نحو شرط باشد، شرط فعل است اجرة صد من گندم است اما در مقام اداء شرط کرده است که از گندم این زمین بدهید. پس ما تارة از کسانی هستیم که شرط را به قید بر می گردانیم مثل مرحوم خوئی و تارة به قید بر نمی گردانیم اگر به قید برگشت

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

در نظر اصحاب این است که هر کجا ما فی الذمه ادائش فرد نداشت منتقل به بدل می شود پس عقد اجاره درست است اگر به قید بر گردد مرحوم آقای خوئی قائل است که شرط در این مواقع به قید بر می گردد یعنی اجرت صد من گندم حاصل از این زمین اما در ذمه است شما ما فی الذمه را می توانید صد قید اضافه کنید صد من گندم از حاصل این زمین اما در ذمه مستأجر در اینجا ما فی الذمه فرد ندارد منتقل می شود به بدل اگر مثل است مثل و اگر قیمی است قیمت.

اگر شرط به قید بر نگردد که ما از این گروه هستیم یعنی اجرت صد من گندم فی الذمه است اما شرط فعل است که تطبیق بر این گندم حاصل از زمین شود اگر شرط متعذر شد و نتوانست عمل کند چون زمین حاصلی نداشت خوب باید به عقد وفاء کند و باید از جای دیگر بدهد نتیجه تعذر از عمل به شرط این است که جناب مالک حق فسخ معامله را دارد و بعد از فسخ، اجرة المثل این زمین را از جناب مستأجر می گیرد که ممکن است معادل صد من گندم یا کمتر یا بیشتر باشد. پس اجاره داد به صد من گندم فی الذمه به شرطی که آن صد من را از حاصل زمین اداء کند. مسئله اول این است که این عقد صحیح است چرا که در بحث ما فی الذمه می آید که اگر متعذر شد، عقد باطل نمی باشد و در ما نحن فیه حتی اگر گفتیم در سیره &&& باطل است اینجا می گوئیم درست است اما به حسب نصوص ما دلیلی بر بطلان به حاصل ارض نداشتیم چه برسد به ذمه. خوب حالا اگر متعذر شد اگر به قید بر گشت مثل مرحوم آقای خوئی که شرط را به قید بر می گرداند معنایش این است که اجرت فردی ندارد تبدیل می شود به بدل که یا مثل یا قیمت است و اما اگر شرط به قید برنگشت و شرط متعذر شد وفاء به عقد واجب است و وفاء به شرط دیگر واجب نمی باشد وفاء به عقد واجب است چرا که ممکن است و وفاء به شرط واجب نمی باشد چرا که وفاء به شرط متعذر است و مالک می تواند اجاره را فسخ کند و اجرة المثل را از مستأجر مطالبه کند.

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

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

۱...و أما إيجارتها بغير الحنطة و الشعير من الحبوب

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

ایشان می فرمایند که اگر زمین را به غیر گندم و جو مثلا به حبوبات اجاره دهد این اجاره مشکلی ندارد خصوصا اگر اجرة را در ذمه قرار دهد مثلا این زمین را به صد من نخود یا عدس فی الذمه اجاره دهد، فرق نمی کند که شرط کند که آن نخود و عدس را از حبوبات این زمین

۱ سه شنبه ۹۷/۱۰/۲۵.

فصل ۶ [في العين المستأجرة]: لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير بما يحصل منها من الحنطة أو الشعير لا لما قيل من عدم كون مال الإجارة موجودا حينئذ لا في الخارج ولا في الذمة و من هنا يظهر عدم جواز إيجارتها بما يحصل منها و لو من غير الحنطة و الشعير بل عدم جوازها بما يحصل من أرض أخرى أيضا لمنع ذلك فإنهما في نظر العرف و اعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة و هذا المقدار كاف في الصحة نظير بيع الثمار سنتين أو مع ضم الضميمة فإنها لا يجعل غير الموجود موجودا مع أن البيع وقع على المجموع بل للأخبار الخاصة و أما إذا آجرها بالحنطة أو الشعير في الذمة لكن بشرط الأداء منها ففي جوازه إشكال و الأحوط العدم لما يظهر من بعض الأخبار و إن كان يمكن حمله على الصورة الأولى و لو آجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونها منها فالأقوى جوازه نعم لا يبعد كراهته ...

باشد یا از غیر این زمین. مرحوم سید چون قائل به بطلان این چنین اجاره ای به نص خاص است آن نص خاص، در اینجا نمی آید چرا که آن نص خاص در مورد طعام است که طعام عبارت باشد از حنطة و شعیر و حبوبات که غیر این دو است لذا اگر اجرت را از نخود و عدس و لوبیا قرار دهد می شود خارج از نص که علی القاعدة مشکل ندارد.

ما گفتیم که این روایات یا دلالتا فقط یا سنداً و دلالتا تمام نمی باشد بلکه باید ببینیم که عند العقلاء چطور می باشد؟ و قاعدتا در نظر عقلاء بین گندم و جو و لوبیا فرقی نمی کند یعنی اینطور نمی باشد عند العقلاء و عند العرف برای گندم و جو خصوصیتی دیده شود و ما گفتیم به لحاظ نص تمام نمی باشد و به لحاظ عقلاء تابع عرف است اگر نزد عرف صحیح باشد عقلاء هم آن را دایره آن عرف امضاء می کنند و ما گفتیم ظاهراً نکته ای ندارد که عرف نخواهند این معامله را صحیح بدانند چرا که عرف امثال این معامله، یعنی معاملاتی که دارای ریسک است، انجام می دهند و امضاء می کند و با گذشت زمان این اقدامات ریسکی اینها بیشتر هم می شود.

مسألة ۱ :

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

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

قسم دوم این است که مقداری از زمین را به صورت اشاعه اجاره دهد بگوید نصف این زمین را به نحو مشاع به تو اجاره دادم. در این صورت خود زمین مالکش جناب موجد است و نصفی از این منفعت را به نحو مشاع به مستأجر تملیک می کند چرا که در نظر آقایان اجاره

تملیک منفعه بعوض است. در نتیجه منفعت این زمین اشاعه، بین هر دو مشترک است یعنی هر دو به نحو اشاعه مالک منفعت این زمین می باشند.

قسم سوم:

به نحو کلی در معین اجاره دهد این کلی در معین را توضیحی دهیم. در بحث بیع فقهاء می گفتند که مبیع یا شخصی یا کلی است. کلی یا کلی در ذمه است یا کلی در معین است در بیع مثالش این است که یک دفعه این کیسه گندم را می فروشید اینجا مبیع شخصی است یکدفعه کلی گندم را می فروشید و اما در ذمه می گوید پنجاه کیلو گندم را به تو فروختم که این پنجاه کیلو در ذمه بایع است و پنجاه کیلو گندم در ذمه بایع، ملک مشتری است. و یک کلی در معین داریم در این انبار صدها کیلو گندم دارد مثلاً یک تن گندم دارد می گوید پنجاه کیلو از این گندم این انبار با به تو فروختم و او هم قبول می کند اینجا مبیع شخصی نمی باشد چرا؟ چون که می تواند هر پنجاه کیلو که می خواهد به مشتری تحویل دهد اما کلی در ذمه هم نمی باشد بلکه کلی در معین است یعنی پنجاه کیلو از این هزار کیلوی معین. به این می گویند کلی در معین. در فقه آن قسمی که خیلی محل اشکال و گفتگو شده است این کلی در معین است که حالا به یک مناسبتی که رسیدیم این کلی در معین و حقیقت این مبیع را توضیح خواهیم داد. در اجاره هم همینطور است گاهی وقتها ما تملیک می کنیم منفعت را اما به نحو کلی در معین نه کلی در ذمه ما چقدر زمین داریم؟ یک هکتار که عبارت باشد از ده هزار متر مربع. می گویم هزار متر از این زمین را به تو اجاره دادم به هزار تومان و بعداً معین می کنم اما عندالاجاره معین نمی کنم و تعیین به ید موجد است معنایش این است که تمام زمین و منفعت مال مالک است و هزار متر از این منافع مال مستأجر است و تعیینش به ید مالک است هر هزار متری که معین کرد منافعتش می شود ملک مستأجر. کلی در معین، هم می تواند به صورت معین باشد مثلاً گفتیم هزار متر از این زمین را به تو اجاره می دهم و هم می تواند به نحو مشاع باشد می گوید یک پنجم از این زمین را به نحو کلی در معین. یک پنجم یک هکتار که دو هزار متر می شود.

این دو هزار متر که در واقع گفته است به تو می دهم بعد تعیین می کند که کدام یک از این دو هزار مترها مال مستأجر است.

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

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

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

لا بأس بإجارة حصة من أرض معينة مشاعة

كما لا بأس بإجارة حصة منها على وجه الكلي في المعين مع

مشاهدتها على وجه يرتفع به الغرر

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

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

لذا غرر مشکلی ندارد.

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

و أما إيجارتها على وجه الكلي في الذمة

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

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

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

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

مسألة ۲: يجوز استیجار الأرض لتعمل مسجداً

لأنه منفعة محللة

و هل یثبت لها آثار المسجد من حرمة التلویت و دخول الجنب و الحائض و نحو ذلك قولان أقواهما عدم نعم إذا كان قصده عنوان المسجدية لا مجرد الصلاة فيه و كانت المدة طويلة كمائة سنة أو أزيد لا یبعد ذلك^۱ لصدق المسجد علیه حينئذ.

مسئله این است که زمینی را اجاره کنیم برای اینکه آن زمین اجاره شده را تبدیل به مسجد کنیم آیا این اجاره درست یا خیر؟ سید می فرمایند دو فرض دارد یک فرض این است که مراد

^۱ چهارشنبه ۹۷/۱۰/۲۶.

^۲ احکام مسجد.

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

شرح المسئلة فی جهتين:

خوب حالا برویم دنبال شرح:

اگر اجاره می کنیم برای نمازخانه و مصلی این معلوم است که این اجاره صحیح است به هر مقداری که باشد به جهت اینکه عقدی است که در آن محذوری نمی باشد.

اما اگر مکانی را اجاره می کند که می خواهد مسجد قرار دهد سید تفصیل داد گفت اگر مدت اجاره صد سال یا بیشتر باشد این مسجد است چرا که اگر صد ساله اجاره دهد این مفهوم عرفی مسجد بر این صدق می کند. ضمناً در مدت اجاره لازم نمی باشد که به اندازه عمر یک طرف باشد سیره دلیل ماست اوفوا بالعقود این عقد را می گیرد و اگر مالک مرد این زمین مسلوب المنفعة به ورثه انتقال پیدا می کند.

اما اگر کمتر باشد سید سکوت کرده اند یا فتوا می دهند به بطلان یا احتیاط می کند اما در مدت زیاد احتیاط نکردند. خوب باید دو بحث از هم تفکیک شود:

یک اینکه آیا می شود زمینی را به صورت اجاره، مسجد قرار داد و لو زمان طولانی باشد و بحث دوم این است که اگر گفتیم نمی توانیم مسجد قرار دهیم اگر اجاره کردیم برای مسجد قرار دادن آیا این اجاره درست است یا خیر؟

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

الجهة الأولى: فی صحة جعل الأرض المستأجرة مسجدا.

عنايت كنيد در جهت اول بحث می كنيم كه آیا می توانيم زمین اجاره ای را و لو اجاره هم طولانی است مثلا صد سال، مسجد قرار دهيم؟ آیا من می توانم آن زمین را مسجد قرار دهم كه به مدت طولانی مسجد باشد. این كلماتی كه در مورد مسجد می گوییم در مورد سایر موقوفات هم می آید.

واضح است كه محل كلام مال جایی است كه زمین برای مورد خاصی اجاره نشده هست مثلا زمینی را اجاره كردم صد ساله برای انبار یا زراعت این زمین را واضح است كه نمی توانیم مسجد قرار دهيم. بحث در جایی است كه اجاره كردیم برای هر منفعت محله ای. در استیجار لازم نمی باشد منفعت مشخص شود من زمین را اجاره كردم برای هر منفعتی كه می خواهم استفاده كنم تعیین نكردم كه برای زراعت یا انبار آیا می شود این مكان اجاره ای را مسجد كرد یا خیر؟ دقت كنید مسجد یکی از موقوفات است یعنی یک زمین وقف شده است برای مسجدیت در بحث اجاره مشهور قائلند كه عین زمین ملك مالك است وقتی این زمین را اجاره كردیم این زمین ملك مالك است ملك من نمی باشد بلکه منفعت زمین است كه مال من است منافع زمین ملك من است وقتی این منافع شد ملك من در واقع زمین از یکی است و منافع از دیگری است و حالا این زمین را به صد سال اجاره كردم وقتی وقفش می كنم بر مسجدیت، زمین را می خواهم مسجد قرار دهم یا منافع زمین؟ اگر منافع زمین را بخواهم مسجد قرار دهيم وقف یک حقیقت عرفیه است كه این معنای عرفی آن مال جایی است كه عین وقف می شود ما وقف منافع نداریم عین را وقف می كنیم بله عین را وقف می كنیم كه

منافع آن در جهت خاصی صرف شود اما وقف به منفعت تعلق نمی گیرد در نظر عرف منفعت چیزی نمی باشد که بتوان آن را وقف کرد، عین است که وقف می شود و فرض این است که عین ملک دیگری است نه ملک مستأجر این در ارتکاز عرف و عقلاء است که وقف منافع درست نمی باشد. در ارتکاز عقلاء وقف منفعت نداریم یعنی در ارتکاز عقلاء متعلق وقف یک امر ثابت و دائمی است بخلاف منفعت که ثبات ندارد.

نکته دیگر این است خصوصیتی در باب مسجِدیت است و آن خصوصیت این است که در ارتکاز متشرعه و مومنین مسجد عبارت است از آن مکانی که ملک کسی نمی باشد از ملکیت خارج می شود کانه در اذهان مومنین و متشرعه مکانی است برای عبادت خداوند مکانی است که هیچگونه وابستگی به دیگری ندارد مکانی است برای عبودیت خدا پرستشگاه است معبد است محل عبادت و پرستش خداوند در آن یک نحو حریت افتاده است در بحث وقف این مسئله مطرح شده است عین موقوفه مال کیست مالی است بدون مالک یا مع المالك است آیا اموال موقوفه ملک کسی است یا خیر؟ اگر ملک کسی است ملک چه کسی است؟ اقوال مختلفی است شاید به اندازه احتمالات ما قول داریم و مشهور اموال موقوفه را به دو دسته تقسیم کرده اند: اموالی که ملک کسی نمی باشد که یک مثال بیشتر ندارد و آن مسجد است، مسجد مال موقوفه ای است که ملک احدی نمی باشد بنابراین در مورد مسجد ملکیت نمی باشد و مشهور قائلند و اختلافی بین ما و مشهور است که قبلاً گفتیم و الان هم اشاره می کنیم در مسجد مشهور قائل شدند که مسجد اسم این زمین و بناء مسجد است مسجد مجموعه این زمین و بناء است ما ها قائلیم مسجد فقط زمین است و این ساختمان و بناء مال مسجد است لذا این بنائی که ساخته شده است زمین و بناء موقوفه است اما زمین مسجد است و بناء موقوفه است که مسجد مالک آن است لذا نزاع معروفی شده است که اگر کسی بناء مسجد را خراب کرد ضامن است یا خیر؟ مرحوم خوئی گفته اند ضامن نمی باشد چرا که ضامن مال زمانی است که ما ملک دیگری را خراب کنیم لذا اگر کسی بمبی گذاشت و مسجد را خراب

کرد معصیت کرده است اما ضامن نمی باشد مرحوم تبریزی خیلی سعی کرده بود که این را ضامن کند دیده بود که نمی سازد که کسی درب مسجد را خراب کند و ضامن نباشد. این شخصی که مسجد را منفجر کرده است هتک مسجد کرده است و به حسب وقف عمل نکرده است «الوقوف علی حسب ما یوقف علیها» که خطاب به همه مسلمین است و مرحوم تبریزی گفته اند که به خاطر این که علی حسب ما یوقف علیه عمل کرده باشد باید این مسجد را درست کند. ما این دو فرمایش را قبول نکردیم و گفتیم ضامن است چرا که این بناء مسجد، مملوک مسجد می باشد فقط زمین ملک کسی نمی باشد لذا باید این مسجد را که ویران کرده است بدل آن را بدهد. مرحوم خوئی ضامن در قبال شخصیت حقوقی را منکر نمی باشند می فرمایند که ضامن در اتلاف مال غیر است چه غیر شخص حقوقی باشد یا حقیقی باشد و این درست است و در مورد مسجد ایشان بناء را ملک مسجد نمی دانستند بلکه مسجد می دانستند یعنی موقوفه ای که مالک ندارد لذا این صغرای آن قاعده کلی در نزد ایشان نبود. اینکه مسجد مالک است این ارتکازی است این قند و چایی و اموال مسجد مال چه کسی است؟ فرش مسجد مال کیست؟ مال مسجد است. یکبار فرش را وقف مسجد می کند این مال واقف است اما یکبار فرش را به مسجد تملیک می کند این می شود ملک مسجد است. البته این منافاتی ندارد که باز تنجیس بناء هم حرام باشد چرا که تنجیس مسجد را ما قائلیم فی نفسه حرام نمی باشد بلکه از باب هتک مسجد است و خوب تنجیس بناء مسجد هم هتک مسجد باشد باز حرام است. مرحوم خوئی می گوید در مثال تملیک اموال بر مسجد، مسجد مالک است و مسجد را مالک می داند اما بناء را ملک مسجد نمی داند بلکه خود مسجد می داند. خراب کردن دیوار مصداق ظلم نمی باشد ظلم در اشخاص حقوقی نمی باشد بلکه در اشخاص حقیقی است.

مسجد در نظر ما هیچ طبقه ای نمی باشد لذا اگر کسی دو طبقه ساخت و طبقه دوم را مسجد قرار دهد این درست نمی باشد اصلا طبقه دوم مسجد نمی شود چرا که مسجد زمین است یعنی زمینی که جعل مسجد و در طبقه دوم زمینی در کار نمی باشد.

^۱ پس گفتیم سید قائلند که اگر زمان طولانی باشد می شود زمین اجاره ای را مسجد قرار داد اما اکثر و لعل مشهور الفقهاء با کلام سید مخالفت کرده اند. دلیل مشهور چیست؟ این ارتکاز متشرعه است بر اینکه مسجد ملک کسی نمی باشد بلکه مسجد تحریر شده است. این ارتکاز از کجا در ذهن متشرعه شکل گرفته است؟ نکته این ارتکاز این است که اگر در ذهن متشرعه مسجد مالکی داشت این مالک یا قاصر بود یا مقصر و مالک قاصر در سیره دائما نیاز به متولی دارد قاصر مثل طفل یا مجنون که مالک مالی است طفل دوماهه یا دو ساله یا دیوانه قاصرند یعنی عقلاء تصرفات اینها را نافذ نمی دانند عقلاء بر تصرفات اینها ترتیب اثر نمی دهند این قاصر است که احتیاج به ولی دارد حال ولی آن هر که باشد. گاهی اوقات شخصیت حقیقی غیر قاصر است زید نه تنها کلاه سرش نمی رود کلاه صدها نفر هم بر نمی دارد و نیاز به ولی ندارد اما شخصیت‌های حقوقی تماما قاصر می باشند و نیاز به ولی و متولی دارند و نوعا ولی را در اشخاص و متولی را در اشیاء به کار می برند. اصلا معنای شخصیت حقوقی این است که یک انسان بالغ و عاقل نمی باشد یک حیثیت یک مکان است، یک جهت است که مالک است شخصیت حقوقی اصلا قابلیت تصرف را ندارد اصلا معنا ندارد که غیر قاصر باشد. در نزد عقلاء در غیر قاصر، باید رشید باشد و اگر گفتیم بلوغ معتبر است یعنی شرعا معتبر است نه عقلا و اگر در عقلاء هم گفتیم معتبر باشد به تبع اعتبار شرع است. نه اینکه خود عقلاء بلوغ را معتبر می دانند و لو شرع معتبر نداند.

اگر این زمینی که مسجد می خواهند قرار دهند بشود ملک خدا، خوب خدا انسان بالغ و رشید و عاقل نمی باشد چون اصلا انسان نمی باشد لذا خداوند شخصیت حقوقی است و نیاز به ولی دارد و در اذهان متشرعه خداوند فوق این است که نیاز به متولی داشته باشد و این در اذهان موحدین این طور است بله در اذهان ملحدین که خداوند امری موهوم است می تواند متولی داشته باشد اگر خداوند عالم مالک این زمین باشد خداوند می شود شخصیت حقوقی و شخصیت حقوقی نیاز دارد به متولی در تصرفات. این اگر خداوند مالک باشد اما اگر عنوان معبد یا مسجد مالک باشد این باز شخصیت حقوقی است و نیاز به متولی دارد در اذهان مومنین و متشرعه آن مکان پرستش خداوند باید از تحت سلطه زمین و افراد او بیرون باشد جایی که مکان رابطه بین آسمان و زمین و عبد و خداست در ارتکاز متشرعه این است که نباید متولی داشته باشد چرا که اگر مملوک باشد نیاز به قیم و ولی دارد و این با ارتکازات مومنین متشرعه نمی سازد لذا ما روایاتی یا آیه ای در این رابطه نداریم بلکه فقهاء به این ارتکازات خودشان به این رسیده اند که اصلا مسجد از باب تحریر است گفته اند مسجد از موقوفاتی است که اصلا مالک ندارد این هم از باب ارتکاز بوده است و این ارتکاز عجیبی بوده است که فقهاء از اول بدون این که خودشان متوجه باشند گفته اند مسجد مالک ندارد لذا مسجد ولی ندارد اصلا معنا ندارد ولی و متولی داشته باشد چرا که ولایت و تولی همیشه از ناحیه مالک است و مالک قاصر است که دائما نیاز به متولی دارد لذا معبد و مسجد اصلا متولی ندارد چرا که مالک ندارد من راجع به کنیسه و کلیسا اطلاع ندارم احتمال می دهم که در اذهان آنها هم مالک ندارد. پس بنابراین در مسجد تحریر است وقتی تحریر بود لذا ولی و متولی ندارد بله اگر این معبد یا مسجد مالک شد چون می شود مالک قاصر نیاز به ولی و متولی دارد. مسجد می تواند مالک فرش و مالک برق وسائل مسجد شود. شما نگویید الان گفتید که معبد متولی نمی پذیرد معبد بما هو معبد متولی ندارد اما وقتی معبد شد مالک آن حیث معبدیتش از بین رفته است معبد بما هو مالک متولی دارد. این را دقت کنید در مسجد اولاً

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

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

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

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

موید بر این مطلب که مسجد ملک کسی نمی باشد این آیه شریفه است که می فرمایند: «وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا ﴿١٨﴾»^۱ تفریع کرده است بر او یعنی مسجد برای خداست و کسی با او شریک نمی باشد اگر این اجاره درست باشد این شخص شریک می شود با خدا در این مسجد چون خداوند که زور نمی گوید که اگر اجاره شد برای مسجدیت بیاید زمین را هم از او بگیرد پس هم ملک خداست و هم ملک این شخص در حالیکه آیه شریفه گفته است که کسی در اینجا شریک خدا نمی شود. این هم موید این است که چنین زمین اجاره ای را نمی تواند مسجد قرار دهد.

^۱ الجن ، الجزء ۲۹ ، الصفحة: ۵۷۳ ، الآية: ۱۸

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

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

دقت کنید این دو فرض دارد:

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

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

مسألة ٣: يجوز^٢ استیجار درهم

و الدنانیر^٣ للزينة

أو لحفظ الاعتبار أو غير ذلك من الفوائد^٤ التي لا تنافي بقاء العين^٥...

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

^١ چهارشنبه ۹۷/۱۱/۱۰.

^٢ يجوز وضعی است یعنی یصح.

^٣ درهم پول نقره ای است و دینار پولی از طلا و مشخص است که در زمان سید این درهم و دینار متعارف بوده است. لیره به پول طلا می گفتند که در مقابل دینار بوده است نمی دانم در زمان سید پول کاغذی بوده است مرحوم سید بیش از صد سال فوت شده است و اسکناس در زمان سید بوده ست یا خیر نمی دانم. این مسائلی که گفتیم در پول اسکناس هم می آید مثلاً پول اسکناس را اجاره می کند برای این که در صندوق جمع کند و وقتی صندوق را باز می کند مشتری می بیند که در صندوق پر از چک و پول است. و این موجب اطمینان مشتری به این فروشنده می شود.

^٤ مثل جلب اعتماد خانواده.

^٥ چون یکی از مقومات اجاره این است که باید عین متسأجره باقی ماند.

برای تزیین یا اعتبار جایز است. مثلاً آدمی است که اگر زیر متکایش درهم و دینار باشد راحت می‌خوابد این درهم و دینار را اجاره می‌کند که در زیر متکای خود قرار دهد.

این جهاتی که گفتیم در مورد اسکناس هم می‌آید لذا اجاره اسکناس جایز است و می‌تواند اجاره کند برای جلب اعتماد خانواده اش و در این صورت باید عین اسکناس حفظ شود که حقیقت عرفیه اجاره این است که عین باید باقی بماند و اگر مالک اذن در تعویض هم دهد اجاره قبلی از بین می‌رود و عقد اجاره بر اسکناس دیگر اجاره ای است جدید. در جلد ۶ مرحوم سید بحث از اسکناس را ایشان کرده است و مشخص است که در زمان ایشان اسکناس بوده است.

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

این بالا و پایین شدن ارزش پول و محاسبه آن مال جایی است که ذمه مشغول شود، ضامن به ارزش مال جایی است که ذمه مشغول و مضمون می‌شود اما در اینجا ذمه مشغول نشده است شخص همان پولهایی را که برده بود، بر می‌گرداند. سود پول هم اگر بگیرند سود غیر منفعت است یعنی می‌گوید اگر من این را داشتم می‌رفتم کالا می‌خریدم این اگر درست هم باشد، غیر از اجرة المثل منفعت است. اگر سود هم بگیرند ربطی به اجرة المثل ندارد.

مثلاً می‌گویند در بازار امروز به نحو متعارف این پول این مقدار سود دارد. این غیر اجرة المثل است قطع نظر از اینکه حکم شرعی چیست؟ این غیر اجرة المثل است سود است همیشه سود را به نرخ متعارف بازار می‌سنجند. مثال سید این خصوصیت را داشته است برای منفعتی اجاره کرده است که منفعت نادره است که در نزد عقلاء این منفعت مالیتی ندارد.

حکم المسئلة عندنا: هذا متوقف على مبائنا و نذكرها تحت أمور:

وجه مسئله که روشن شد. وارد مسئله می‌شویم که آیا این اجاره باطل است یا خیر؟ این منوط به مبانی ما است و مسئله خاصی نمی‌باشد.

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

الأمر الأول: يقسم المشهور المعاملات بالشرعية و العرفية و العقلانية و أولى هي الملاك و نحن نقول بالعقلانية فقط.

مشهور علمای ما در باب معاملات سه دستگاہی بودند. این امور معاملی را به شرعی و عقلائی و عرفی تقسیم می‌کنند و گاهی تقسیم می‌کنند به عرفی و شرعی اگر چه فرقی در ارتکاز آنها بین عقلاء و عرف است اما خیلی دقیق نمی‌باشد. گاهی اوقات باید عرفی بگویند عقلائی می‌گویند و گاهی اوقات بالعکس. یکی از این امور معاملی صحت و بطلان است صحت عقلائی یعنی آیا چنین معامله ای عند العقلاء صحیح است یا باطل؟ صحت شرعی یعنی در نزد شارع آیا این معامله صحیح است یا باطل؟ اینها دائماً سراغ صحت شرعی می‌باشند در اینجا وقتی می‌گفتند معامله و اجاره صحیح است یعنی صحیح عند الشارع. این ذهنیت فقهاء است و

این را در تمام دستگاه معاملاتی دارند مثلاً وقتی سخن از لزوم و جواز عقد می کنند می گویند لزوم عند الشارع و لزوم عند العقلاء وقتی صحبت از مالیت و ولایت و ملکیت می کنند همه را به شرعی و عقلائی تقسیم می کنند و حق را به عقلائی و شرعی تقسیم می کنند. در دستگاه معاملاتی به همه وسعتش این در ذهن همه فقهاء ما بوده است و دائماً دنبال شرعی آن امر می باشند اصلاً به عقلاء بما هم عقلاء کاری ندارند اما چرا کثراً سراغ عقلاء می روند؟ برای اثبات حکم شرعی فقط به عنوان یک حد وسط از این صحت عقلائی استفاده می کنند و الا دائماً دنبال شرعی می باشند.

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

الأمر الثاني: سلوك المشهور في إثبات المعاملة الشرعية طريقان:

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

الطريقة الأولى: وجود الدليل اللفظي.

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

الطريقة الثانية الرائجة: امضاء الشارع السلوك المعاملی العقلانی.

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

مناقشة: ليس للعقلاء سلوك عقلائی فی المعاملات بل هم تابع للأعراف الخاصة غالباً.

در این امر اختلاف ما با علماء در این است که علاوه بر اختلاف سابق، ما دنبال شریعت نمی باشیم لذا سراغ امضاء هم نمی رویم پس اختلاف اساسی ما با مشهور این است که مشهور فکر می کردند عقلاء بما هم عقلاء دستگاهی دارند مثلاً عند العقلاء بما هم عقلاء بیع عقد صحیح و لازم است گفتیم اصل این نظر درست نمی باشد عقلاء در باب معاملات اصلاً دستگاهی ندارد بلکه ما مجموعه ای از اعراف خاص را داریم که به لحاظ دیانت و زمان و مکان و خصوصیات با هم فرق می کنند. تارة در عرفی عقدی باطل است هر جا که این عقد باطل باشد عند سایر اعراف هم این عقد در دایره آن عرف باطل است به عبارت دیگر بعد از بطلان عقد در یک عرف آن عقد در دایره آن عرف، عند العقلاء هم باطل است. یعنی اگر از عقلاء سوال کنیم این عقدی که از این عرف صادر شده است باطل است یا صحیح؟ می گوید باطل است. دقت کنید عرف خاص غیر از عرف عام است و عرف عام هم غیر از عقلاء می باشند. اگر از عقلاء پرسیم که این عقد خاص صادر از این عرف که در این عرف باطل است، آیا این عقد باطل است یا خیر؟ می گوید باطل است. گفتیم عقود که عرف باطل می دانند این را عقلاء امضاء می کنند. اگر عقد صادر از عرفی در آن عرف صحیح بود عقلاء آن را در دایره

همان عرف امضاء می کنند الا در بعضی موارد مثلاً در عرفی پدر مالک فرزند است این ملکیت را عقلاء در دایره آن عرف قبول نمی کنند. عقلاء امضاء نمی کنند اگر زید فرزند را به عمرو فروخت این عقد را عقلاء امضاء نمی کنند موارد نادری است که عقلاء در مقابل عرف می ایستند البته این هم ضابطه دارد مثلاً اگر در تزامن با حقوق دیگر اعراف باشد یا با حقوق انسانی منافات داشته باشد، این موارد را عقلاء امضاء نمی کنند.

این مختار ماست ما اینطور نمی باشیم که بگوییم عقلاء دستگاهی دارند اگر بیع در عرف «الف» از عقود جایزه است اگر این عقد از یکی از افراد عرف «الف» صادر شود این عقد در عرف «الف» در نزد عقلاء جایز است اما اگر این عقد در نزد عرف «ب» عقد لازمی باشد در نزد عقلاء هم این عقد اگر صادر شود از فردی از افراد عرف «ب»، عقلاً عقدی است لازم. در مواردی که عقلاء عقدی عرفی را امضاء نمی کنند، لذا دیگر آثار شرعی آن عقد بر آن بار نمی شود چرا که وقتی امضاء نکردند عقد می شود باطل خوب وقتی عقد باطل شد، دلیل «اوفوا بالعقود» این را نمی گیرد چرا که گفتیم «عقودی» که در دلیل آمده است مراد عقد عرفی است و عقد عرفی یعنی عقد صحیح عند العقلاء. نقش عقلاء امضاء و عدم امضاء است که در اکثر اوقات امضاء می کنند اما دستگاهی عقلائی در معاملات ندارند. بلکه عقلاء در این امضاء و عدم امضاء ضابطه دارند اما اسم این ضابطه را دستگاه نمی گذارند. مثلاً رقیت را در این زمان امضاء نمی کنند بلکه در یک عصری امضاء می کردند اما در این عصر امضاء نمی کنند.

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

^۱ پس نکته اول این بود که فقهاء در معاملات سه دستگاہی هستند عرفی و عقلائی و شرعی و مراد آنها از عرفی ظاهراً عرف خاص می باشد و ما گفتیم ما عقلائی هستیم که عقلاء هم تابع عرف خاص می باشند و در دایره آن عرف دائماً امضائی می باشند.

نکته دوم این که فقهاء قائلند که عقلاء دستگاہ معاملاتی دارند حق و ملکیت و صحت و بطلان و مالیت دارند و از دستگاہ عقلائی به سکوت شارع استفاده می کنند امضاء شارع را و دستگاہ شرعی را استفاده می کنند اگر بیع عند العقلاء عقدی است لازم و شارع سکوت کرده است از این سکوت، امضاء شارع را کشف کرده اند و گفته اند بیع عقد لازم عند الشارع. گفته اند که بیع خمر در بین عقلاء صحیح و در نزد شارع باطل است و گفتیم عقلاء دستگاہ مستقلى از اعراف خاص ندارند.

الأمر الثالث: ما الملاك في صحة الإجارة؟

امر سوم در شروط صحت یک اجاره است.

عند المشهور: لابد أن تكون محللة و عقلانية.

در نزد مشهور منفعتی که اجاره می کنیم باید آن منفعت دو خصوصیت داشته باشد یکی اینکه منفعت عقلائی باشد و دیگر این که استیفاء منفعت حلال باشد مثلاً کسی ماشین کسی را برای حمل و نقل خمر اجاره می کند حمل و نقل خمر در شریعت حرام است این منفعت محرم است پس اجاره هم باطل است یا گاهی اوقات منفعت عقلائی نمی باشد مثلاً ماشینی دارد می گوید که ماشین را اجاره می کنم که بگذارم داخل خانه و به آن نگاه بکنم و لذت ببرم این منفعت عقلائی نمی باشد منفعت ماشین عند العقلاء لذت بردن به نگاه نمی باشد بلکه برای جابه جایی است لذا این منفعت عقلائی نمی باشد لذا این اجاره باطل است. پس بنابراین

معروف بین علماء ما این است که در باب اجاره اولاً آن منفعت باید محلل باشد نه محرم و ثانیاً باید آن منفعت عقلائی باشد نه غیر عقلائی.

عندنا:

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

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

اما بریم دنبال منفعت محلل و بعد منفعت عقلائی. اما در رابطه با منفعت محلل این را گفتیم اگر یک عقدی وفاء به آن عقد عرفاً یا عقلاً یا شرعاً یا قانوناً ممنوع باشد آن عقد عند العقلاء باطل است. این غیر از این است که منفعت باید محلل باشد پس باید وفاء به عقد ممنوع نباشد مثلاً در همین مثال اگر کسی آمد و گفت این مغازه را به من اجاره بدهید برای بیع خمر آیا اگر ما مغازه همینطوری واگذار کنیم برای بیع خمر اصلاً اجاره هم ندهیم این واگذاری حرام است یا حلال؟ حرام است و واگذاری مغازه برای بیع خمر شرعاً حرام است وقتی در عرف مسلمین ممنوع است و در نزد شرع ممنوع است، عقدش هم باطل است این را توضیح دادیم هرگاه وفاء به عقد یعنی تسلیم اگر عرفاً یا شرعاً یا عقلاً یا قانوناً ممنوع باشد عقد باطل است عقلاً. پس اگر مراد از منفعت محلله این است این درست است هر کجا وفاء به عقد ممنوع است این عقد عقلاً باطل است.

اما اگر گفت که این مغازه را اجاره بده به من برای کسب نه برای بیع خمر اما این کسی که می خواهد راه بیاندازد، بیع الخمر است اینجا اجاره درست است چرا که واگذاری برای کسب و لو می دانیم در مقام کسب، برای بیع خمر استفاده می کند جایز است لذا اگر معنای ایشان از منفعت محلل این مراد باشد یعنی وفاء به عقد جایز باشد و ممنوع نباشد این درست

است اما اگر مراد این باشد که منفعتی که می خواهد استفاده کند محلل باشد این درست نمی باشد لذا اگر کسی بیاید و بگوید اجاره بده برای کسب و سوپری اما می دانیم در این سوپری خمر هم فروخته می شود این اشکال ندارد. لذا این که باید منفعت محلل باشد این تعبیر دقیقی نمی باشد بلکه باید وفاء به عقد جایز باشد هر جا وفاء به عقد ممنوع شد، عقد باطل است پس اگر کسی مغازه را برای بیع آلات قمار اجاره کرد و فرضاً بیع آلات قمار حرام است اینجا اجاره باطل است چرا؟ چرا که اگر بگویید که این مغازه را در اختیار من قرار بده برای بیع آلات قمار نمی توانم مغازه را به او تسلیم کرده و در اختیار او قرار دهم. چرا؟ چون مصداق اعانه بر اثم است اما اگر گفت برای کسب، مغازه را اجاره بده و می دانم که بیع آلات قمار می کند این عقد جایز و صحیح است چرا که در اینجا اعانه بر اثم نمی باشد اما اگر تحویل دهم به خاطر بیع آلات قمار این مصداق اعانه بر اثم می باشد. در اعانه یک نحو اثم افتاده است عرفاً اگر برای بیع آلات قمار تحویل دهد این اعانه درش اثمی است بخلاف جایی که برای کسب تحویل دهد اما می داند که بیع خمر هم می کند این اعانه اثم درش نیفتاده است و این امری است عرفی. دقت کنید یکبار در آن عقد بیع الخمر افتاده است و لو منحصر در بیع الخمر نمی باشد این هم اعانه بر اثم است یعنی می گوید که این مغازه را به من بده برای بیع الخمر و الحنطة و الشعیر این هم اعانه بر اثم است اما یکبار در این تحویل بیع الخمر نیفتاده است بلکه من می دانم بیع الخمر می کند این دیگر عرفاً اعانه بر اثم نمی باشد. بیع العنب ممنوع عمل الخمر غیر از بیع العنب ليعمل الخمر است بین این دو فرق است و در مورد اول امام فرمودند مشکلی ندارد چون مصداق اعانه بر اثم نمی باشد.

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

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

ان قلت:

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

قلت:

این مصداق اعانه بر اثم نمی باشد اما مصداق اعانه بر ظلم و اعانة الظالم می باشد.

بله اگر بگویند که بده تا دیگری را بکشم این هم مصداق اعانة بر اثم و هم مصداق اعانه الظالم است. در اعانه بر اثم یک نحوه از تقصد افتاده است لذا اگر گفت این مغازه را بده برای خمر فروشی این می شود مصداق اعانه بر اثم و اگر برای کسب اجاره دهد و می داند که خمر می فروشد این مصداق اعانه بر اثم نمی باشد. مثلاً زن می آید آرایشگاه و شخص آرایش کننده می داند که این شخص به بیرون می رود برای معصیت و این آرایش را برای معصیت می خواهد این فعل او در نظر عرف مصداق اعانه بر اثم نمی باشد.

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

أما كون المنفعة عقلانية:

اما اینکه گفتند که مقصود عند العقلاء باشد:

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

تارة مراد این است که معامله سفهی نباشد که این را بارها گفتیم دلیلی بر بطلان معامله سفهی نداریم و در نزد عقلاء معامله انسان سفیه است که باطل است اما معامله سفهی عند العقلاء مشکلی ندارد چرا که انسان بر اموال خودش سلطنت دارد و می تواند معامله سفهی و غیر سفهی با مال خودش کند می تواند این فرش را که یک میلیون قیمتش است به هزار تومان بفروشد این معامله سفهی است و می دانم قیمت این فرش یک میلیون است و این شخص سفیه نمی باشد می تواند این فرش یک میلیون را به سه میلیون بفروشد و نه تنها سفیه نمی باشد دارای عقل معاملی است و می تواند اجناس کم ارزش را به قیمت زیاد بفروشد این اشکالی ندارد و لازمه سلطنت بر مال خود است پس اگر مراد مالیت است می گوئیم مالیت در عقود معاوضی معتبر نمی باشد و اگر مراد اینها این است که معامله سفهی است گفتیم دلیل نداریم بر بطلان معامله سفهی عند العقلاء. هر گاه یک طرف و یا دو طرف سفیه باشند این معامله باطل است.^۱

ان قلت:

عرف می گوید که تو پول خود را دور ریختی.

قلت:

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

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

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

دقت کنید نکته ای را باید در نظر بگیریم و آن اینکه گاهی غرض عقلائی است اما مصداقش خیلی نادرست مثلا ماشین را اجاره می کند برای اینکه به ماشین نگاه کند و لذت ببرد بله اگر عقلاء عالم هم اینطور بودند که از نگاه کردن به ماشین لذت می بردند این کار را می کردند و ماشین را برای نگاه کردن اجاره می کردند اگر عقلاء این کار را نمی کنند چون این حالت را ندارند غیر عقلائی یعنی اینکه اگر در جای این شخص بودند این کار را نمی کردند مثلا کسی ماشین گران قیمتی را کرایه می کند برای پز دادن مثلا جلوی درب پارک می کند این عقلائی نمی باشد که ماهی دو میلیون پول دهند برای پز دادن اینجا می گوئیم منفعت عقلائی ندارد اما در مثال اول عقلائی است اما نوع افراد از نگاه کردن به ماشین لذت نمی برند. مثلا کسی عکس پدرش را یک میلیون می خرد و دیگران اصلا یک تومان هم نمی خرند چون نه پدر ایشان قیافه دارد و نه شخصیت برجسته ای است و نه ... اما این معامله عقلائی است و غرض عقلائی دارد چرا که اگر دیگران جای این شخص بودند این کار را می کردند. پس مراد از عقلاء این نمی باشد که اقدام می کنند خیر بلکه اگر جای این شخص باشند این اقدام را می کنند. در این مثال عکس اگر عقلاء پول نمی دهند چون این صاحب عکس، پدر دیگران نمی باشد و پدر این شخص است فقط. اگر پدر همه عقلاء بود عقلاء هم این کار می کردند. مثال پز دادن در جایی

است که لذت نمی برد بلکه برای نفس پز دادن است اگر از این پز دادن لذت می برد این هم عقلائی می شود.

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

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

الأمر الرابع: في اعتبار المالية في العقود المالية؟

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

عند المشهور: تعتبر المالية.

عقودهایی که در آن مالی جا به جا می شود در این عقود مالی مشهور قائلند که عوضین باید مالیت داشته باشند. مالیت عبارت است از خصوصیتی که «یبذل بإِزاءه مال» عقلاء در ازاء آن مالی بذل می کنند لذا گفتند اگر عقدی باشد که عوضین یا احد العوضین مالیت نداشته باشد، این عقد باطل است مثلاً من مالک یک کیسه گندم هستم به عدد دانه های گندم در این کیسه، ملکیت است معنای ملکیت من بر این کیسه گندم این نمی باشد که یک عقاله ملکیت است بین من و این کیسه گندم خیر اگر در این کیسه صد هزار گندم است یک صد هزار مملوک و عقاله ملکیت داریم. مشهور گفته اند که اگر یک دانه گندم را خواستم بفروشم

این دانه گندم مالیت ندارد چرا که عقلاء به ازاء یک دانه گندم مالی را بذل نمی کنند لذا اگر یک دانه گندم را بفروشم این بیعش باطل است.

قول المرحوم الخوئی: لا تعتبر للسيرة العقلانية.

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

تعليقة على القول المرحوم السيد الخوئی: نوافقه في عدم الإعتبار و لكن

لا للسيرة بل للعرف الخاص لنا.

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

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

دقت کنید عکس پدر مالیت عند العقلاء دارد مثل این که قرصی است که مال یک مریضی است که این مرض خیلی نادر است در هر کشور به طور متعارف یک نفر پیدا می‌شود که مبتلاء شود این خیلی گران است و مالیت دارد اما عقلاء نمی‌خرند و بذل مال نمی‌کنند چرا که مبتلاء نمی‌باشند عدم مالیت مثل مالیت یک دانه گندم و برنج و یک لیوان آب در

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

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

بعد از این صحبتها تطبیق بر ما نحن فیه:

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

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

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

مسألة ۴: يجوز استیجار الشجر

لفائدة الاستئصال و نحوه

کربط الدابة به أو نشر الثياب عليه.

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

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

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

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

نکته دوم:

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

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

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

مسألة ۵: يجوز استيجار البستان لفائدة التنزه

لأنه منفعة محللة عقلائية.

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

اگر دقت کرده باشید این مسئله و دو مسئله قبلی یک نکته مشترکی دارد و آن اینکه مورد اجاره چیزی بود که متعارف نبود سید می فرمایند که اگر منفعت متعارف نباشد اما محله عقلائی باشد برای صحت کافی است. مشهور گفته اند شرط صحت اجاره این است که باید منفعت محلل و عقلائی داشته باشد. در مورد محلل گفتیم که شرط صحت اجاره محلل بودن منفعت نمی باشد بلکه باید وفاء به آن که عبارت باشد از تسلیم عین حرام نباشد مثلاً کسی

مغازه را اجاره می کند برای کسب می دانم که خمر می فروشد این اجاره صحیح است اما اگر کسی گفت که برای بیع خمر به من اجاره بده و من اجاره دهم، این اجاره باطل است نه به خاطر این که بیع الخمر حرام است بلکه به خاطر این که تسلیم مغازه برای بیع خمر حرام است لذا این اجاره باطل است چرا که گفتیم هر جا وفاء به عقد شرعا یا قانونا یا عرفا یا عقلا حرام باشد عقلاء آن اجاره را امضاء نمی کنند لذا لازم نمی باشد منفعت، محلل باشد.

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

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

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

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

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

مسئله ۶:

این مسئله ۶ مسئله ای است که سید به مناسبت وارد شده است در استیجار برای حیازه و به مناسبت، بحث حیازه را مطرح کرده است و فقهاء هم در شرح این مسئله وارد مبحث حیازه شده اند وقتی وارد حیازه شدند بعضی از قواعد حیازه را هم به مناسبت مطرح کردند لذا این مسئله حیازه بسیار مسئله سیال و پرفائده ای است چرا که مجموعه ای از مسائل در ذیل این مسئله مطرح می شود.

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

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

تواند بخشی از جنگل را مالک شود مثلا بخشی از جنگل را بسازد و برای خودش مالک شود این ها جزء انفال می باشد اما عدم تملک نکته دیگری دارد. اینکه می گوئیم مالک انفال، امام 8 است دو نظر در فقه است بعضی گفته اند این ملکیت، یک ملکیت تشریفاتی است مثل ملکیت خداوند بر تمام اشیاء و بعضی گفته اند یک ملکیت اعتباری است ما ملکیت برای انفال را تشریفاتی می دانیم مثل اینکه من می گوئیم عبد و غلام شما هستم این از باب احترام است و یک تشریفاتی است نه اینکه من وظیفه دارم لباس شما را بشویم. ما به ملکیت تشریفاتی قائل هستیم لذا ملکیت امام 8 بر انفال، اعتباری نمی باشد. مثال دیگر برای غیر مملوک غیر مباح، دریاها می باشند، دریاها را کسی نمی تواند مالک شود کسی نمی تواند مالک دریا شود این را دقت کنید این غیر مملوک غیر مباح را گفتیم. اما غیر مملوک مباح مثل ماهی ها و پرندگان و آب رودخانه ها، هیزم و چوبهای در جنگل، خار در بیابان اینها جزء ملک کسی نیست اما هر کسی می تواند مالک آن شود اگر یک ماهی گرفتید می شود ملک شما اگر هیزمی کندید یا سنگی از کوهی جدا کردید مال شما است اینها غیر مملوک مباح است یعنی اباحه وضعیه دارد و دیگری می تواند مالک آن شود یکی از اسباب مملک یا عمده ترین یا اصل در همه اینها در قول بعضی، حیازه است اگر کسی بر مال مباحی استیلاء پیدا کرد می شود مالک از جنگل هیزم جمع کرد، از بیابان خار و خاشاک جمع کرد، از آسمان پرنده ای گرفت، از جنگل حیوانی را شکار کرد اینها حیازه است و مملک می باشد لذا می توانیم ماهی صید کنیم، آب رودخانه را برداریم حالا کسی را اجیر می کنم که شخص اجیر برود برای من ماهی صید کند، هیزم جمع کند، آب رودخانه بیاورد برای حیازه کسی را اجیر کند سید می فرمایند که اگر کسی را اجیر کردید و اجیر حیازه کرد شما مالک می شوید. بعد مسئله ای در ذهن سید آمده است که ذهن سید را خیلی درگیر کرده است و آن اینکه اگر اجیر در اثناء اجاره، علاوه بر شما برای خودش هم صید کرد دید ماهی درشتی است و حیفش آمد برای مستأجر صید کند، برای خودش صید کرد این ماهی ملک کیست؟ ملک اجیر یا مستأجر؟ تا ظهر اجیر برای صید شد اما در اثناء برای خودش هم

ماهی صید کرد این ماهی های صید شده از آن کیست؟ ملک مستأجر؟ ملک اجیر؟ یا ملک کسی نمی باشد و جزء مباحات است؟ دقت کنید مراد ماهی است که اجیر برای خودش صید کرده است که سید در آن سه قول و احتمال را بررسی می کند. سید به این مناسبت بحث کرده است که این مملکت حیازه به چه شکلی است؟ حیازه مطلقا مملک است یا فی الجمله؟ سید سه احتمال را می دهد: یک احتمال و قول را می گوید باطل است و دو احتمال را می گوید که باید فکر کنم تا آخر مبحث که ظاهرا تا آخر مبحث هم تصمیم نگرفته است:

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

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

این احتمال درست است هر مقدار ماهی که با تور بالا آمد مال زید است و لو برای زید اجیر نشده بودم اما برای او قصد کرد.

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

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

در احتمال سوم که ماهی را می گیرد به قصد خودش و ملک کسی نمی باشد، آن را مثلاً در یخچال می گذارد و به مستأجر نمی دهد و فردا که دیگر اجیر نمی باشد و مالک منفعت حیاژه خودش است می آید ماهی را از یخچال بر می دارد و حیاژه می کند یا بدون حیاژه می خورد

چرا که خوردن مال مباح مشکلی ندارد. دقت کنید هر سه این احتمالات قائل دارد و سید هم اقوال در مسئله را نقل کرده است و احتمالی غیر این سه قول را مطرح نکرده است. این توضیح متن بدون ذره ای شرح در متن. اما روخوانی متن:

۱... يجوز الاستیجار لحیازة المباحات

کالاحتطاب^۲ و الاحتشاش و الاستقاء^۳

فلو استأجر من يحمل الماء له من الشط مثلا ملك ذلك الماء
بمجرد حیازة السقاء فلو أتلفه متلف قبل الإیصال إلى المستأجر ضمن
قیمته له و کذا فی حیازة الحطب و الحشیش نعم لو قصد الموجه

^۱ چهارشنبه ۹۷/۱۲/۰۱.

^۲ احتطاب یعنی حیازه هیزم، برود و از جنگل برای او هیزم ها را جمع و حیازه کند این غیر این است که هیزمها را خودش حیازه کند و دیگری را اجیر کند برای آوردن آن هیزمهای حیازه شده.

^۳ استقاء یعنی حیازت ماء آب هم مثل هیزم و خار و خاشاک حیازه می شود اگر آبی در جایی جمع شده باشد پشت سد یا آب چشمه یا آب دریا و این شخص آن را حیازه کند این مال آن شخص می شود حیازه یعنی استیلاء اگر دایمی را در جایی که گذاشتید و همین که حیوان در آن دام افتاد این حیازه است آبی که داخل لوله های شهر است و هنوز داخل منزل نشده است نظر فقهی فقهاء این است که این ملک کسی نمی باشد حتی ملک دولت هم نمی باشد با اینکه ما قائلیم که دولت مالک می شود اما مالک خانه، مالک این آب نمی باشد همینکه داخل لوله های منزل آمد و از کنتور عبور کرد این می شود نحوی از حیازه و مال مالک است حتی مستأجر هم اگر آب از لوله ای به داخل خانه او می آید ملک او هم نمی باشد بلکه ملک مالک می باشد. حق انشعاب را باید بدهید تا حیازه امکانش باشد نه اینکه این حق انشعاب در قبال خرید ماء است خیر مشخص است که این حق انشعاب پول مائی نمی باشد که استفاده می کنید یعنی ماء را نمی خرید بلکه اگر این حق انشعاب را ندهید حیازه هم محقق نمی شود اما در عین حال این حیازه به حق انشعاب نمی باشد و این حق انشعاب پول ماء خریداری شده هم نمی باشد.

كون المحوز^١ لنفسه فيحتمل القول بكونه^٢ له^٣ و يكون ضامنا للمستأجر عوض ما فوته عليه من المنفعة^٤ خصوصا إذا كان الموجر أجر نفسه على وجه يكون تمام منافعه في اليوم الفلاني للمستأجر أو يكون منفعته من حيث الحيازة له^٥ و ذلك^٦ لا اعتبار النية في التملك بالحيازة و المفروض أنه^٧ لم يقصد كونه^٨ للمستأجر بل قصد نفسه و

^١ شيء حيازه شده.

^٢ المحوز.

^٣ الاجير.

^٤ اگر برای گرفتن این ماهی برای خودش مثلا نیم ساعت وقت صرف کرد است باید عوض این زمان را بدهد که اجرة المثل باشد. یعنی اجرة المسمى را می گیرد و اجرة المثل این نیم ساعت را به مستأجر می دهد.

^٥ در اجاره اعمال گفتیم اجیر دو جور می تواند اجاره ببندد:

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

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

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

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

^٦ «ذلك» بر می گردد به «يحتمل قول بكونه له» چرا می گوئیم برای خودش است؟ علتش این است که حيازت سبب تامه برای ملکیت نمی باشد بلکه جزء السبب است و جزء دیگرش قصد است بعد از قصد است که این حيازت سبب می شود برای ملکیت مقصود له لذا اگر من حيازت کنم برای خودم می شود ملک من و اگر حيازت کنم برای زید می شود ملک زید.

^٧ الحائز.

^٨ المحوز.

يحتتمل القول بكونه للمستأجر لأن المفروض أن منفعتة^١ من طرف
الحيازة له فيكون نية كونه^٢ لنفسه لغوا^٣ و المسألة^٤ مبنية على أن
الحيازة من الأسباب القهرية لتملك الحائز^٥ و لو قصد الغير و لازمه
عدم صحة الاستيجار لها^٦ أو^٧ يعتبر فيها نية التملك^٨ و دائرة مدارها

^١ الاجير. مثل اینکه ما فضول هستیم کتاب زید را برای خودم می فروشم در بیع فضول این قصد برای خودم اصلاً لغو است چرا که من معاوضه کردم بین این کتاب و هزار دینار این کتاب داخل می شود در ملک صاحب دینار و دینار داخل می شود در ملک صاحب کتاب لذا اگر برای خودش بفروشم این لغو است مثلاً زید را وکیل می کنم که خانه من را بفروشد این خانه من را می می فروشد اما برای خودش این بیع درست است اما قصد او لغو است اما اگر کسی وکیل بود که خانه ای برای زید بخرد اگر قصد کند برای خودش داخل می شود در ملک خودش چرا که وکیل است از ناحیه زید و دو ولایت دارد یکی ولایت بر ادخال خانه در ملک خودش و یکی هم ولایت بر ادخال خانه در ملک موکل که زید باشد لذا این که این داخل در ملک چه کسی باشد تابع قصد او است اگر برای خودش خرید می شود مال او و ثمن در ذمه اش می شود ملک بائع اگر برای زید خرید این خانه داخل می شود در ملک زید و ذمه زید مشغول می شود به صاحب خانه چرا که در بیع دو ولایت دارد که هم ولایت بر اینکه خانه را در ملک خودش داخل کند و یک ولایت بر اینکه خانه را در ملک زید داخل کند اما در فروش این قصد لغو است بگوید این می فروشم برای خود این لغو است و بی معنا است چرا که عوض داخل می شود در ملک صاحب مال چرا که در فروش فقط یک ولایت دارد و آن داخل کردن خانه در ملک صاحب دینار و داخل کردن دینار در ملک زید که صاحب خانه است اما دیگر ولایت بر داخل کردن دینار در ملک خودش ندارد چرا که خانه مال او نمی باشد این نظریه مشهور.

^٢ الاجير و الحائز.

^٣ مثل قصد فضول در فروش برای خودش، که لغو است.

^٤ اینکه در حيازت اجير برای خودش محوز ملک خودش می شود یا مستأجر یا هيچ کسی.

^٥ یعنی قصد معتبر نمی باشد هر کسی حيازه کند قهراً مالک محوز می شود.

^٦ چرا که نمی تواند برای مستأجر حيازت کند.

^٧ سه شنبه ۹۷/۱۲/۰۷.

^٨ خوب این قول دوم محذوری پیدا می کند و آن اینکه شخص، مالک چیزی باشد بدون اینکه خودش اراده کرده باشد مثلاً این ماهی را حيازت می کنید برای زید و لازم می آید که زید مالک ماهی شود بدون اینکه قصدی کرده باشد و اختیاری در اینجا داشته باشد و گفتند که در باب ملکیت، اینکه مالک مسلوب الاراده باشد این عقلائی نمی باشد و منافات دارد با سلطنت انسان بر نفس خودش و اگر چیزی می خواهد در ملک آنها داخل شود یا خارج شود باید به اراده آنها باشد در ارث هم گفتند چاره ای نمی باشد تنها موردی که بدون اختیار مالک مالی داخل ملک او می شود و استثناء است، ارث است در اینجا هم بگوییم چاره ای نمی باشد این درست نمی باشد، چرا که در اینجا چاره است در اینجا می توان گفت که مالک، کسی

و لازمه صحة الإجارة و كون المحوز لنفسه إذا قصد نفسه و إن^١
كان أجير الغير و أيضا لازمه عدم حصول الملكية له^٢ إذا قصد
كونه^٣ للغير^٤ من دون أن يكون أجيرا له^٥ أو وكيلا عنه^٦ و بقاءه^٧
على الإباحة إلا إذا قصد بعد ذلك^٨ كونه له^٩ بناء على عدم جريان

نمی باشد و ملک زید نمی باشد و می گوئیم ملک زید نشد حال یا برای خودت قصد کن یا قصد نکن و بر مباحات اصلی باقی ماند. در ابراء هم مشکلی نمی باشد مثل هبه است و او که من را ابراء می کند مالک ذمه من است و من مدیون فقط ذمه ام ظرف است و مالی که در ذمه ام است مال او است و ابراء می کند و ذمه که مشغول است، محذوری ندارد که بدون اذن او پاک می شود. در وقف که ملک خودم را در ملک دیگر داخل می کنیم این نقض نمی شود چرا که وقف یا مالک ندارد که یک مثال بیشتر ندارد که مسجد باشد و یا مالک دارد که این مالک دائما شخصیت حقوقی است که این مالک عنوان می باشد و اصلا داخل در ملک شخصیت حقیقی نمی شود و این هایی را که گفتیم در مورد شخصیت حقیقی بود. شخصیت حقیقی هیچ زمانی مالک وقف نمی شود.

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

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

تا اینجا با دو قول آشنا شدیم یکی مملکت قهری و مملکت بالقصد.

^١ ان وصلیه.

^٢ الحائز.

^٣ المحوز.

^٤ متبرع علیه من اجیر زید نمی باشیم اما ماهی را برای زید گرفتیم.

^٥ الغير.

^٦ الغير.

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

^٨ الحیازة.

^٩ نفسه که حائز باشد.

التبرع في حيازة المباحات و السبق إلى المشتركات^١ و إن كان لا
يبعد جريانه^٢ أو أنها^٣ من الأسباب القهرية لمن له تلك المنفعة^٤ - فإن
لم يكن أجيرا يكون له^٥ و إن قصد الغير فضولا فيملك بمجرد قصد
الحيازة و إن كان أجيرا للغير يكون لذلك الغير قهرا و إن قصد نفسه
أو قصد غير ذلك الغير^٦ و الظاهر عدم كونها من الأسباب القهرية
مطلقا^٧ فالوجه الأول غير صحيح و يبقى الإشكال في ترجيح أحد
الأخيرين و لا بد من التأمل.^٨

^١ یعنی جاهایی که مردم نسبت به آنجا علی حد سواء می باشند مثل مسجد اگر کسی نشست در جایی دیگری نمی تواند بگوید که بلند شو تا من بنشینم. یکبار می نشیند که برای خودش جای بگیرد که حق پیدا می کند اما یکبار برای دیگری جای می گیرد در اینجا گفته اند نسبت به مکانی که نشسته است حق پیدا نمی کند.

^٢ ظاهرش فتوا به تبرع است یعنی تبرع در حیات و سبق است که ظاهر کلام سید این است که قول دوم را اختیار کرده است اما به آخر مسئله که می رسد ظاهرش - اگر نگوییم نص کلامش - این است که سید هنوز اتخاذ موضع نکرده است.
^٣ الحيازة.

^٤ قول سوم این است که مملکت دائر مدار قصد نیست بلکه مملک قهری است اما برای چه کسی؟ برای کسی که صاحب منفعت است یعنی اولاً مملکیتش قهری می باشد و ثانیاً این مملکت قهری نسبت به کسی است که صاحب منفعت است که اگر اجیر شده باشد، مستأجر صاحب منفعت است و اگر اجیر نشده باشد خودش صاحب منفعت است لذا اگر اجیر برای زید باشد و حیات کند این ماهی مال زید است و لو قصد کند خودش را اثری ندارد و اگر اجیر نمی باشد و حیات کند این مال خودش است و لو زید را قصد کند این قصدها لغو است و اثری ندارد. و در این قول دیگر تبرع معنا ندارد چرا که غیر بدون اینکه از طرف او اجیر باشم مالک منفعت من نمی باشد و در این قول سوم دائماً حیات سبب قهری است برای مملکت نسبت به کسی که صاحب منفعت می باشد. لازمه این قول این است که تبرع هم اینجا درست نمی باشد.
^٥ الحائز.

^٦ ذلك الغير یعنی غیری که در عبارت قبلی گفتیم که مستأجر بود پس غیر ذلک الغير یعنی غیر مستأجر.

^٧ مطلقا یعنی چه صاحب منفعت باشد چه نباشد.

^٨ این را اگر نگوییم نص در توقف است ظاهر در توقف است در احتمال دوم و سوم. بلکه فتوا به بطلان قول اول داده است.

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

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

شرح المسئلة:

در جهاتی بحث می کنیم:

الجهة الأولى فى ملكية الحيازة:

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

قول المرحوم الخوئى: الحيازة مُملَكة مطلقا لرواية واحدة:

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

٢٩٨٢٤ - ١ - ١ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي

عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع قَالَ: فِي رَجُلٍ أَبْصَرَ طَيْرًا فَتَبِعَهُ حَتَّى وَقَعَ عَلَى شَجَرَةٍ فَجَاءَ رَجُلٌ فَأَخَذَهُ فَقَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع لِلْعَيْنِ مَا رَأَتْ وَ لِلْيَدِ مَا أَخَذَتْ.

وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ^{٢، ٣}.

قول امير المومنين على⁸: « لِلْعَيْنِ مَا رَأَتْ وَ لِلْيَدِ مَا أَخَذَتْ » يعنى نصيب چشم همان است که که دید و نصیب دست آنی است که گرفت يعنى مال شخصی است که گرفته است. این تنها روایتی بوده است که مرحوم خوئی فرموده اند که این یک روایت دال بر مملکت حیازه است.

مناقشات ثلاثة:

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

الإشكال الأول: الإشكال السندی و هو ضعف السكونی.

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

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

٢ (٥) - التهذيب ٩ - ٦١ - ٢٥٧.

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

الإشكال الثانى، إشكال دلالى: أن هذه الرواية فى مقام بيان ملكية المبصر لا الآخذ.

اشكال دوم اشكال دلالى است اين روايت ظاهرش اين است كه در مقام اين است كه مردى كه تعقيب كرده است حظى ندارد اما اينكه كسى كه گرفته است مطلقا مالك است يا فى الجملة اين روايت از آن ساكت است. مصب اين روايت ملكيت مبصر است نه ملكيت حائز بله فى الجملة دال بر اين است كه نسبت به شخص آخذ و حائز مملك است اما اينكه مطلقا مملك است يا خير در مقام بيان نبودند.

لذا اگر احتمال بدهيم كه بلوغ در مملكيت حيازة شرط است به اين روايت ديگر نمى توانيم استدلال كنيم. لذا نهايتا دال بر اين است كه حيازة جزء السبب است و بحث در اين است كه حيازة سبب تامه ملكيت است.

الإشكال الثالث، إشكال دلالى أيضاً: أن الرواية فى مورد الصيد الذى لا يعتبر فيها الحيازة.

اشكال سوم يك اشكال دلالى ديگر است كه دال بر مملكيت فى الجملة هم نمى باشد چرا؟ چون به جهت اينكه اين موردش صيد است صيد يك خصوصيتى در آن است كه حتى لازم نمى باشد حيازة كنيد همينكه از حركت بياندازيد مى شويد مالك مثلاً چوبى به سر حيوان بزنيد يا تيرى بزنيد و لو حيازة نكرده باشيد يعنى استيلاء نداشته باشيد سنگ زدن و تير زدن ديگر استيلاء نمى باشد سنگى پرتاب به سمت حيوان كرديد اينجا مى شود ذو حق يا مالك اين روايت در طير آمده است كه صيد باشد لذا فى الجملة هم دال بر حيازة نمى باشد.

مناقشة: أن الظاهر في سبب الملكية للصيد هو الحيازة.

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

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

پس مملکت به روایت تا اینجا ثابت نشد.

نکته: فقهاء ما در باب معاملات دائما دو دستگاهی هستند قائلند که ما یک ملکیت عقلائیه و یک ملکیت شرعیه داریم و فقیه دائما دنبال ملکیت شرعیه است آن ملکیتی که شارع آن را اعتبار کرده است. ما ها در مقابلش یک ملکیتی داریم که علقه ای اعتباری است به اعتبار عقلاء. ما ها از کسانی هستیم که دنبال ملکیت شرعیه نمی باشیم دنبال ملکیت عقلائی هستیم و گفتیم این ملکیتی که موضوع تکلیف شرعی است ملکیت عقلائی است. اینطور نمی باشد که شارع موضوع تکلیف خودش را ملکیت شرعیه قرار داده باشد بلکه موضوع تکلیف شرعی، ملکیت عقلائیه است پس وقتی می گوئیم حیازة مملک است یعنی مملک است عند العقلاء چرا که تمام احکام شرعی که بر ملکیت بار است همان ملکیت عقلائیه است مثل احکام شرعی که بر خمر بار است شارع برای خمر اصطلاح خاصی ندارد یکی از موجودات عالم تکوین خمر است که همین خمر تکوینی موضوع احکام شرعی مثل

حرمت شرب و نجاست و حرمت نقل و حرمت بیع و امثال ذلک قرار گرفته است اینطور نمی باشد که برویم ببینیم که خمر عند الشارع معنایش چه می باشد. گفتیم ملکیت وزانش وزان خمر است ملکیت و مشتقات این کلمه: مالک و مملوک یک معنای عرفی دارند و آن معنای عرفی عبارت است از یک علقه اعتباریه عقلائیه بین دو شیء که یکی مالک و یکی مملوک است این ملکیت عرفی است.

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

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

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

این دو دلیل را بررسی کنیم:

اثبات المملکة بالسيرة المتشرعة: أن المتیقن وجود الحیاة فی عصر الأئمة% و مملکیتها فیہ و امضاء الشارع بسکوتہ.

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

گفته شده است در عصر ائمه% مسلمین حیاژه داشتند قطعا و این حیاژه مملک بوده است قطعا و ائمه% مخالفت نکرده اند قطعا نتیجه ثابت می شود ملکیت شرعیه یا مملکیت شرعیه در اثر حیاژه.

اما اینکه در زمان ائمه% حیاژه بوده است معلوم است چرا که به جهت اینکه غذا می پختند و نون می پختند و این نان و غذا را با هیزم و خاک می پختند و این خاک و هیزم را حیاژه می کردند مردم در آن عصر خانه می ساختند ساختمان می ساختند خانه را با خاک و سنگ و چوب می ساختند اینها را از کجا می آوردند؟ حیاژه می کردند احتمالا آهک می آوردند. مردم در زندگی شمشیر و سپر و زره و... داشتند اینها را از کجا درست می کردند؟ از آهنی که استخراج از معادن می کردند مردم زیور آلات و خلخال و ... داشتند درهم و دینار داشتند نقره و دینار طلا بود اینها را از کجا می آوردند؟ حیاژه می کردند یعنی اینطور نبوده است از خودشان درست کنند طلا و نقره را نه طلا و نقره و آهن و مس را استخراج و حیاژه می کردند. ماهی می خوردند ماهی را از کجا می آوردند؟ حیاژه می کردند لذا این مسلم است که حیاژه در عصر ائمه% امر رایجی بوده است. از آن طرف هم معلوم است که با شیء محوز معامله ملک می کردند چرا؟ این وسائل را می فروختند خانه و ابزار را می فروختند می دانید معامله زمانی درست بوده است که ملک باشد در آن زمان قیمت بناء از زمین کمتر نبود و قیمت بناء از زمین گاهها بیشتر بود حتی در زمان ما اینطور بوده است اگر خانه نو بود قیمت بناء از زمین بیشتر بود یعنی عمده قیمت بابت بناء می رفت اگر به عقب برگردیم به احتمال بسیار قوی قیمت بابت بناء بوده است مگر خیلی جزئی بود چرا که زمین همه جا بود و نیاز به خرید نبود خوب این بناء از حیاژه به دست آمده بود که می فروختند خوب باید ملک می بوده است که می فروختند. مگر این درهم و دینار را معامله نمی کردند که به حیاژه به دست آمده بوده است؟! اگر برای اباحه تصرف بوده است حقش به ارث می رسیده است اما معامله ملک با او می شده است. معلوم است که خرید و فروش می کردند خود خانه را خرید و فروش می کردند اباحه را خرید و

فروش نمی کنند الا اینکه گفته شود که پولی که می دادند بابت این بوده است که طرف که حق تصرف داشته است رفع ید کند این خیلی بعید است که به صورت رفع ید از مال بوده است و فقط نسبت به دینار و درهم حق پیدا می کردند این واضح است که در نظر ما در این زمان مالکیت است در آن زمان هم مالکیت بوده است نه اباحه تصرف و الا می خواسته اشاره ای روایی یا تاریخی بشود که در این خرید و فروشها اینها مالک نبودند بلکه اباحه تصرف داشتند. این سیره متشرعه است ائمه% هم سکوت کردند از سکوت ائمه% آن ملکیت و مملکت شرعیه ثابت می شود.

این وجه اول.

مناقشة: يمكن أن يكون سبب الملكية العمل والصناعة لا الحيازة.

گفتیم این وجه تمام نمی باشد چرا؟ یکی از اسباب مملکه را ما ها عمل می دانیم یا به عبارت دیگر صنعت می دانیم یعنی اگر کسی یک شیء مباح را به شیء دیگر تبدیل کند مالک آن شیء می شود مثلا سنگی را کسی تبدیل کند به مجسمه، چوبی را به مجسمه تبدیل کند خاک را تبدیل به آجر کند، سنگ عقیق را به شکل نگین در آورد، نقره و طلا را تبدیل کند به رکاب یا طلا و نقره را تبدیل کند به پول گفتیم این صنعت و عمل مملک است. گفتیم عمل یکی از اسباب مملکه است این مثالهایی که زده شد همه مسبوق به عدم ملکیت است. خوب در زمان ائمه% که یقینی است که مالک آن هیزم و سنگ و چوب و ... می شدند شاید ملکیت ناشی از عمل بوده است در حالیکه بحث ما در مملکت حیازت است مثلا خاک و آجر را تبدیل کرده است به خانه، آهن را به شمشیر و قیچی و بیل و گنگ تبدیل کرده است، طلا را به جواهرات تبدیل کرده است، اگر در این امثله دقت شود می بینید در همه عملی صورت گرفته است نکند در این سیره، این عمل باعث مملکت شده است نه استیلاء و حیازت بر امر مباح.

ان قلت:

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

قلت:

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

در سیره متشرعه همین که شخص استیلاء پیدا می کرد مالک می شد؟! حيازت استیلاء است فقط سنگ را از زمین بر دارید هیزم را از زمین بردارید ماهی را بگیرید و لو در آب است اما از دست شما نمی تواند فرار کند این حیاة است اما عملی و لو در حد نقل و انتقال انجام ندهید، آیا سیره متشرعه دال بر مملکت حيازت در اینجا است؟! عملی که ما می گوئیم مملک است به سیره عقلاء است یعنی این که چه عملی مملک است این را سیره عقلاء اثبات می کند که می دانیم در این سیره، خود استیلاء عمل حساب نمی شود. سیره متشرعی را که مثال می زدیم در مورد معاملات خانه و صید و درهم و دینار بوده است این را گفتیم در سیره ثابت است اما اینکه به مجرد اینکه بر می داشت آیا در سیره متشرعه مالک بود؟! بله حق داشت اما مالک بود؟! دقت کنید دلیل ما سیره متشرعه بود که به همین امثله آن را ثابت کردیم که

در همه آنها عمل بود و بعد حیازة بود شاید نکته مملکیت، عمل و صنعت بوده است نه حیازة اگر شما سنگی را در وسط بیابان به یک مجسمه تبدیل کنید هنوز هم انتقال نداده اید این عمل مملک است.

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

اثبات المملکة بالسيرة العقلاء: الحیازة عند العقلاء مملکة.

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

مناقشة مبنائية: أن العقلاء بما هم عقلاء ليس لهم سلوك معاملي يختص

بهم.

مناقشة مبنائی: عقلاء به ما هم عقلاء دستگاه معاملاتی ندارند فقط یک موقف امضائی دارند اگر عقدی بین عرفی از اعراف صحیح باشد عقلاء یا امضاء می کنند یا امضاء نمی کنند

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

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

قاچاقچی عرف نمی باشد کلا اینکه عرف چگونه شکل می گیرد این مشکل است و آن هم عقلائی است و در نزد عقلاء قاچاقچی ها عرف نمی باشند و اگر حتی قاچاقچی را عقلاء عرف

ببینند این معاملات اینها را امضاء نمی کنند قاچاقچی را مالک ببر صید شده در حال انقراض نمی دانند. پس ما بعد از این وارد در شرائط که می شویم باید توجه کنیم در شرائط و مکان خودمان این شرائط را ذکر می کنیم یعنی همه این شرائطی را که می گوئیم ناظر به این عرف خاص خودمان می باشیم و می گوئیم حیات مملک است اما نه بالجمله.

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

اشرائط الحیازة عند عرفنا الخاصة:

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

پس بنابراین وقتی شرائط را می گوئیم در نزد مشهور یعنی این شرائط، شرائطی است عند العقلاء که شارع آن را امضاء کرده است و شده است مملکیت شرعی حیات و در نزد ما عبارت است از شرائطی که در عرف خاص ما، برای مملکیت حیات وجود دارد که احتمالاً مشابه با اعراف مشابه ما هم می باشد اما ممکن است با اعراف دیگر که با ما مشابه نمی باشند فرق داشته باشد چرا که ما بسیاری از چیزها را تجربه نداریم مثلاً مردمانی که در قطب جنوب زندگی

می کنند، اقوامی که در جنگلها زندگی می کنند نمی دانیم ارتکاز اینها در مورد حیا زت چه می باشد. این شرائطی را که می گوئیم در نزد آقایان یک شرائط عند العقلاء است که به امضاء شارع رسیده است و در نزد ما یک شرائط عرفی است با توجه به ذهنیت عرفی خودمان که این را نسبت می دهیم به عقلاء وقتی نسبت به عقلاء می دهیم این نسبت درست است چرا که وقتی در عرف خاص ما اینطور باشد در نزد عقلاء هم اینطور است چرا که عقلاء موقفشان امضائی است.

الشرط الأول: قصد الحیا زة.

شرط اول قصد حیا زت است یعنی وقتی شیئی را حیا زت می کنید قصد حیا زت کنید. معنای قصد حیا زت چیست؟ ما سه عنوان داریم که اگر این ها را توضیح دهیم معنای قصد الحیا زة روشن می شود یکی التفات و یکی اراده و یکی اختیار. این سه نزدیک است اما با هم فرق دارد.

التفات یعنی توجه در مقابل غفلت.

اراده در مقابل اضطرار است گاهی اوقات فعلی را که انجام می دهید مسبوق به اراده شما نمی باشد اصلا مثلا شما پایتان لیز می خورد و روی شیشه می افتید و می شکند این فعل شماست اما فعل ارادی شما نمی باشد یا می خواهید به پرنده سنگ بزنید، به شیشه همسایه می زنید و می شکند این شکستن فعل شماست و ارادی است و مضطر به پرتاب نبودید عن ارادة سنگ را از زمین برداشتید و پرتاب کردید در اینجا اراده است اما هیچ التفاتی هم نداشتید چرا که اصلا التفاتی نداشتید که در اینجا شیشه ای هم است. این شکستن شیشه ارادی است اما عن غیر التفات.

اختیار عبارت از فعلی است که در آن التفات است و اراده است و قصد هم است^۱ مثلاً شما آن شیشه را می بینید و سنگ را پرتاب می کنید به طرفش این شکستن شیشه فعل شماس است عن اراده و التفات و عن اختیار بود یعنی واقعا قصد شکستن شیشه را داشتید. می بینید که در مثال قبلی شکستن شیشه ارادی بود اما اختیاری نبود اما در مثال دوم اختیاری است به عبارت دیگر هر فعل اختیاری دائماً ارادی است اما فعل ارادی اینطور نمی باشد که دائماً اختیاری باشد. در حیازت، قصد حیازت شرط است هم اختیار معتبر است و هم التفات منتها اگر بگوییم اختیار معتبر است التفات در اختیار افتاده است مثلاً شخصی نائم است سنگی را بر می دارد، این مملک نمی باشد چرا که فاقد اراده و اختیار است. کسی می خواهد ماهی سرخ را صید کند دستش را به طرف ماهی سرخ می برد و ماهی سفید را صید می کند در اینجا حیازت مملک نمی باشد چون اختیار در آن نبود اراده بود اراده کرد که ماهی سفید را بگیرد اما این را اختیار نکرد قصدش ماهی سرخ بود اما اشتباها ماهی سفید را گرفت در اینجا می گوییم قصد حیازت این ماهی را نداشت. پس بنابراین در حیازت قصد معتبر است می توانید بگویید التفات و اختیار معتبر است یا می توانید بگویید اختیار الحیازة معتبر است چرا که اگر اختیار باشد، التفات هم است.

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

پس بنابراین وقتی می گوییم قصد الحیازة شرط اول است یعنی ملتفت و قاصد این باشد لذا وقتی ماهی سفید را گرفت این حیازت ماهی بلا قصد بوده است بله اگر نگاه کرد که این

^۱ این اختیاری که در اینجا می گوییم اختیار فلسفی نمی باشد بلکه اصطلاحی است که اصولیین درست کرده اند اینها متوجه شدند که فعل ارادی دو قسم است: اختیاری و غیر اختیاری. و این نکته بسیار خوبی است در مسئله حسن و قبح عقلی مطرح می شود که فعل ارادی متصف به حسن و قبح می شود یا فعل اختیاری؟ وقتی سنگ را پرتاب می کنم و اشتباها می خورد به شیشه این فعل ارادی من بوده است و مضطر به پرتاب این سنگ نبودم اما فعل اختیاری من نبوده است آیا این متصف به حسن و قبح می شود یا خیر؟ (اس مد هم جلس)

ماهی سفید است و سرخ نیست اما ماهی بدی نیست این ابقاء می شود حیازت مع القصد و مملک. پس یکی از شرائط حیازت قصد است یعنی عن التفات و اختیار باشد اراده تنها کافی نمی باشد باید اختیار باشد.

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

اگر میوه مباهی داخل خانه افتاد و شخص قصد حیازت نکرد این مملک نمی باشد چون عن غیر اختیار است و اگر بقائاً اختیار کرد و قصد حیازت کرد این می شود مملک. دلیل این شرط هم ارتکاز ماست چرا که اگر قصد معتبر نباشد یعنی ملکیت قهریه است و ملکیت قهریه با سلطنت بر مال و سلطنت بر نفس شخص منافات دارد.

الشرط الثانی و الثالث: التمييز و العقل.

گفته شده است شرط دوم و سوم بلوغ و عقل است. اما نسبت به بلوغ واضح است عند العقلاء رسیدن به سن ازدواج به سنی که امیال و اغراض در او زنده شده است معتبر نمی باشد اگر یک انسان ممیزی هم حیازت بکند عند العقلاء مملک است هیچ فرقی نمی باشد بین انسان نابالغ ممیز و بالغ. اما صبی غیر ممیز اگر سنگی را برداشت و چوبی و ماهی را برداشت آیا این بچه ی غیر ممیز مالک می شود یا خیر؟ نگوید قصد الحیازت ندارد بچه غیر ممیز هم التفات و هم اراده دارد و هم اختیار دارد یک ساعت دویده است تا گنجشک را گرفته است پس هم اراده دارد و هم اختیار. آیا بچه غیر ممیز مالک می شود یا خیر؟ قصد الحیازت را دارد آیا مالک می شود یا خیر؟ گفتیم در سیره عقلاء به همان معنای ما و آنها، فردی که قاصر است مثل بچه صغیر دخول یک مال در ملکیت او یا خروج یک مال از ملکیت او دائر مدار ولی آن قاصر است هر چی که بخواهد در ملک او داخل بشود باید توسط ولی داخل شود و هر چیزی

بخواهد از مال او خارج شود باید توسط ولی خارج شود لذا اگر بچه پرنده را گرفت و ولی قصد تملک برای این بچه کرد بچه مالک می شود و الا بچه مالک نمی شود اما نسبت به این گنجشک حق پیدا می کند و کسی نمی تواند از دست او بگیرد و قصد تملک کند. در اینجا که ولی قصد ملکیت کرد این قصد ملکیت، لاحق است. پس بچه غیر ممیز اگر حیازت کرد مالک نمی شود اما عقلا حق پیدا می کند. بله پدر می بیند بچه رفته است یک مار گرفته است قصد تملک نمی کند بچه تا آخر مالک نمی شود. حتی اگر قصد ملکیت هم کند باز بچه مالک نمی شود چرا که فرضا این مار برای بچه مصلحت ندارد ما نسبت به اموال خودمان مطلقا سلطنت داریم و می رویم اشیاء مضر می خریم اما بچه اگر سم را بخرد این به ضرر بچه است و ولی هم نمی تواند اجازه دهد و ولی در نظر عرف و عقلاء در دایره مصالح عرفیه بچه بر او ولایت دارد. لذا در مورد مار اصلا برای او حق عرف قائل نمی باشد که اجازه بدهد این ملکیت را. ولایت اشخاص بر اموال خودشان، ولایت اشخاص بر اولاد، ولایت اشخاص در باب وصیت این سه نوع ولایت است که با هم تفاوت دارد.

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

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

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

الشرط الرابع: كون المحوز منقولاً.

شرط چهارم در مملکت حيازت اين است که چیزی که ما حيازت می کنیم باید از منقولات باشد اگر محوز از ثبات باشد بعد از حيازت مالک آن شیء نمی شویم منقول و ثابت را ابتداء توضیح دهیم و بعد ببینیم که حکم اینها چیست؟

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

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

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

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

پس منقول به متصل و منفصل تقسیم می شود.

یک ثابتات هم داریم ثابتات که قابل انفصال و نقل نمی باشند مثل اراضی و زمین اراضی بیابانها شما نمی توانید یک بیابان را از جایی به جای دیگر منتقل کنید، خاک آن را می توانید منتقل کنید اما خود بیابان را نمی توانید جا به جا کنید، مکان کوهها را نمی توانید جا به جا کنید، بله سنگها را می توانید منتقل کنید خود کوه را می توانید تیکه تیکه کنید و منتقل کنید اما خود مکان کوه را نه. یا مکان انهار را نمی توان منتقل کنید نهر، هم اسم آب است و هم اسم مکان نهر. یا مکانی که دریاها در آنجا قرار گرفته است. وقتی می گوئیم فلان خلیج یا دریا یعنی مکانی که در آن دریا قرار گرفته است و دیگر آن را نمی توان منتقل کرد. فقهاء برای ثابتات اسم ارض را انتخاب کردند این اراضی که می گویند به معنای وسیع کلمه همه اینها را شامل می شود. پس گفتند اشیاء مباح یا ارض است یا غیر ارض. ارض همان ثابتات است که قابل جا به جایی نمی باشد یا غیر ارض است که قابل جا به جایی است حال آن منقول چه متصل باشد مثل درختها و آبها و یا منفصل باشد مثل حیوانات. آنکه مورد اتفاق فقهاء است این است که اگر حیازت کند چیزی که منقول است اگر استیلاء بر اینها پیدا کند حال یا منفصل است و استیلاء بر آنها پیدا می کند یا متصل است و آنها را منفصل می کند و بعد استیلاء پیدا می کند مثلاً درختی را از جنگل بکند و بعد چوبهای آن را به خانه بیاورد و بر آنها استیلاء پیدا می کند، گفته اند این استیلاء مملک است. فقهاء گفته اند این مملکت حیازت منحصر به منقولات است اما در اراضی حیازت مملک نمی باشد یعنی اگر شما بر زمینی مستولی شدید مثل اینکه دور قسمتی از زمین را سیم خاردار یا دیوار کشیدید یا دور نهری را دیوار کشیدید یا بخشی از جنگل را دیوار کشی کردید این را می گویند حیازت در اراضی بین فقهاء کسی ظاهراً قائل نشده اند که حیازت بر اراضی مملک است لذا باید در منقول، حیازت محقق شود تا مملک باشد چه این منقول متصل باشد یا منفصل باشد هر منقول بعد از حیازت در نزد فقهاء مملک است. قطائع الملوک مملک است و شیعیان می گویند قطائع الامام مملک است اما آن از باب دیگر است.

پس باید در دو بخش بحث کنیم یکی در اراضی و یکی در منقول. ببینیم نظر رایج فقهاء چه می باشد؟

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

نظر رایج بین فقهاء این است که انسان هر مورد از منقول را اگر حیازت کرد مملک است ما ها چون عقلائی می باشیم و عقلائیت ما هم عرفی است گفتیم در هر عرفی اگر حیازت مملک بود، عند العقلاء هم مملک است مگر این که عقلاء این حیازت را مملک ندانند مثل امروزه که درختهای جنگل ظاهراً در زماننا هذا با توجه به آن محدودیت زمانی و مکانی که ما در آن می باشیم این حیازت در درختهای جنگلها مملک نمی باشد یعنی اینطور نمی باشد که اگر کسی درختی را کند و برد این حیازت مملک می شود حتی احتمال دادیم اگر در عرفی حیازت درخت جنگل مملک باشد، چون الان در بین اعراف یک پیوستگی حاصل شده است بعید نمی باشد این حیازت را عقلاء امضاء نکنند که قبلاً در مورد حیوانات در معرض انقراض این را گفتیم که این حیازت اگر در عرف ما مملک باشد این در نزد عقلاء ممضاء نمی باشد. یا فرض کنید احتمال دارد در باب درختها این چنین باشد در عرف ما کسی درخت را به حیازت مالک نمی شود این حق را ندارد که درخت را حیازت کند به نحوی که اگر حیازت کند مالک شود احتمال دارد که در پاره ای از حیوانات اینطور باشد بعضی از وقتها اجزاء حیوان را حیازت می کنند مثلاً عاج فیل را می کنند و حیازت می کنند یا شاخ کرگدن را می کنند و حیازت می کنند احتمال دارد که حیازت اینها در بعضی از عرفها مملک نباشد علی ای حال ما عقلائی هستیم به صورتی که گفتیم که در مرحله اول باید عرف اعتبار ملکیت کند و بعد در مرحله دوم این ملکیت را عقلاء امضاء کنند.

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

انظار الفقهاء فى باب الأراضى:

اما نسبت به اراضى ببينيم فقهاء چه فرموده اند: فقهاء اراضى را به دو قسم موات يا اراضى عامره تقسيم کرده اند:

اراضى موات اراضى است که در آن زمین، گياه يا بنائى نباشد نه گندمى و نه جوى و نه سبزی و نه درختى وجود ندارد، علفى که حيوان مى خورد اين عامره است و خار و خاشاک را موات مى گویند. حتى اراضى انهار و درياها جزء اراضى موات است نهر و دريا کی از اراضى موات است؟ يعنى آن ارض و مکانى که در آن دريا و نهر است.

اراضى عامره مثل جنگلها و مزارعى که در آن کشت شده است مثل مراتع يعنى جاهايى که علف و سبزه است و حيوان در آن چرا مى کنند اينها را اراضى عامره مى گویند. فقهاء اراضى را تقسيم کرده اند به دو دسته اراضى موات و اراضى عامره.

اول برويم سراغ اراضى موات:

نظر الفقهاء فى الأراضى الموات:

اينها نقل قول است و اشاره به دليل آنها مى كنيم و بعد مختار خود را مى گوييم.

در احياء موات ما دو قول رايج داريم:

🚩 نظرية المشهور: مملكتيتها بالحيازة.

يکى نظر مشهور بين فقهاء ما است که اگر انسانى زمين را احياء کرد بالبناء يا بالزراعة مالک آن زمين مى شود من احىي مواتا فهو له اين روايت از نبى اکرم⁹ است فرقى نمى کند محيى مسلمان باشد يا غير مسلمان حال يا به کشاورزى احياء کند يا به غرس اشجار احياء کند يا به ايجاد بناء احياء کند اين مى شود مالک آن زمين.

🚩 نظرية المرحوم الصدر: أن الحيازة موجب لحق الأولوية لا الملكية.

یک قول دیگر در مسئله است که قول شاذی است که قول مرحوم صدر است ایشان قائلند که اگر کسی زمین مواتی را احیاء کند حق اولویت دارد کسی نمی تواند با این محیی مزاحمت کند اما مالک زمین نمی شود ایشان قائلند که انسان هیچ وقت نمی تواند مالک زمین شود لذا به فکر خرید زمین نباشید و فقط حق اولویت پیدا می کند.

پس دقت کنید اراضی موات فقط به احیاء مالک می شود نه به حیات و نه بالاستیلاء که در یک قول به احیاء هم مالک نمی شود.

نظر الفقهاء فی الأراضی العامرة:

اراضی عامره اراضی هست که در آنجا خودش گندم روئیده اما کسی اینجا گندم نکاشته است عمده اراضی عامره دو ارض است: مراتع و سبزه زارها و یکی هم جنگلها خوب آیا انسان به استیلاء و حیات مالک می شود یا خیر؟ چهار قول در مسئله است:

🚩 القول الأول، قول المشهور: أن الحيازة ليست مملكة.

قول مشهور علماء ما این است که حیات در اراضی عامره مملک نمی باشد.^۱

🚩 القول الثاني، قول المرحوم الحكيم: الحيازة مملكة.

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

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

✚ القول الثالث، قول المرحوم السيد الخوئي: أن استيلاء المؤمن عليه مملكة.

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

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

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

✚ القول الرابع، قول المرحوم السيد الصدر: أن الإستيلاء موجب لحق الإنتفاع لا الملكية.

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

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

مختار ما: عقلائی هستیم در اراضی موات و عامره اگر ملکیت بیاید می گوئیم مالک است اگر حق اولویت پیدا کند می گوئیم حق اولویت پیدا می کند و اگر حق انتفاع پیدا کند ما هم

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

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

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

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

مثل این که شارع گفته است شرب خمر حرام است خوب حرام باشد اشکال ندارد اما این ملکیت عقلائیه ندارد اگر تمام حرفهای قبل را قبول کنیم - که قبول نمی کنیم- این نهایتاً حرام است اما مملکت نمی آورد این روایتها مال آن زمان است که احیاء مملک بوده است و از کجا می گوید من احیی ارضاً فهو له این تشریع است بلکه ممکن است که یک حق عرفی و عقلائی بوده است و امام 8 اشاره به یک امر مرکوزی کرده اند فرض کنیم سلمنا لسانش شرعی است - نه عرفی و عقلائی - یعنی ملکیت شرعیه را اثبات میکند نه ملکیت عقلائی و عرفیه را، اطلاقش را چطور اثبات می کنید؟! شارع حکم کرده است به مملکت شرعی در زمانی که احیاء مملک بوده است اما اطلاق ندارد که این زمان ما را بگیرد لذا از هر راهی بیاییم راه بسته است لذا در عصر ما احیاء مملک نمی باشد وقتی احیاء مملک نبود آیا حق پیدا می شود یا خیر؟ این برای من روشن نمی باشد که حق پیدا شود یا خیر مثلاً کسی رفت در جایی کشاورزی کرد سال بعد من حق نداشته باشم که در آنجا کشت کنم. این معلوم نمی باشد اینطور باشد به خصوص در زمان ما که با این وسائل جدید در زمان کمی این امکان است که قسمت زیادی از زمین را زیر کشت ببرد. فرضاً در چند سال پیش احیاء در روستاها مملک بود اما مائی که در روستا نمی باشیم آیا این احیاء مملک است؟ مثلاً کسی بین جاده قم و تهران گندم بکارد آیا مالک این زمین می شود عرفاً؟! آیا حق برای او قائلند؟! لذا این است که در زمان ما احیاء مملک نمی باشد اصلاً. الان در محدوده زمانی و مکانی خودمان می گوئیم با ذهنیت عرفی خودمان.

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

مناقشة في دليل مشهور الفقهاء في ملكية الإحياء في الأرض الموات: لا أثر في هذه الروايات إن لم يحدث عرفاً على طبقه.

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

پس این دلیل اینها را قبول نکردیم.

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

اما دليل مرحوم صدر: مرحوم صدر برخورد کرده است به دو دسته از روایات دسته ای می گوید: «الارض للإمام8»، «الارض و ما فيها للإمام8» روایات عدیده ای داریم در این که زمین مالکش امام8 است. و دسته ی دیگری داریم که «من احیی ارضا فهی له»، «الارض لمن احياها»، «الارض لمن عمرها»، «من احیی مواتا فهی له» و مرحوم صدر بین این دو روایات جمع کرده است فرموده اند که معنای این که «الارض للإمام8» یعنی ارض مالکش امام8 است و روایات «من احیی مواتا فهی له» یعنی حق اولیت دارد یعنی روایت گفته است که مثل ملک است چرا که هر دو یک خصوصیت مشترک دارند که تصرف در آن بدون اذن مالک جایز نمی باشد. فهی له یعنی فهو اولی بها. این از قبیل تخصیص نمی باشد که گفته شود که بگوییم الارض للأمام الا در مورد کسی که احیاء کند. این درست نمی باشد.

این جمع وقتی خوب است که جمع بهتری نداشته باشیم بگوییم امام8 اذن در تملک داده است مثلا من می گوئیم این کتابخانه من است هر کدام را می خواهی برای خودت تملک کن این کیسه های برنج مال من است هر کدام را می خواهی بردار. این جمع مشهوری است و مشهور هم اینطور جمع کردند یعنی امام8 اذن در تملک داده است و لکن این اذن را به محیی داد و فرقی نمی کند که این محیی مسلمان باشد یا غیر مسلمان و کلام امام8 اطلاق دارد و قید ایمان را نیاورده اند. مشهور اینطور جمع کرده اند که این خیلی عرفی تر است. ملکیت طولی هم ممکن است اما خیلی غیر عرفی است و همینکه مشهور فرمودند این خیلی عرفی است. بله امام8 از باب ولایت می توانند این زمین را از محیی بگیرد اما از باب مالکیت دیگر نمی تواند بگیرد چرا که بعد از احیاء شخص دیگر، دیگر ملک امام8 نمی باشد.

دقت کنید اینکه گفتیم امام 8 اذن در تملک داده اند این اذن را از نظیر روایات: «الأرض لمن أحيأها» به دست آوردیم.

أنت و مالك لأبيه، این ملکیت تشریفیه است.

قبل از بعثت حضرت رسول 9 این زمین ملک ایشان نبود و بعد از بعثت اینها قائلند که شارع تملیک به رسول کرده است. چرا که اینها قائلند به ملکیت شرعیه.

این اشکال اول بر مرحوم صدر.

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

اشکال دوم ما بر کلام مرحوم صدر این است که ما قائلیم اصلاً امام 8 مالک زمین نمی باشد و اصلاً ملکیت امام 8 بر ارض را قبول نکردیم مشهور بین علماء ما قائلند امام 8 مالک اعتباری زمین است اما به ملکیت شرعیه یعنی خداوند عالم تملیک کرده است به امام 8 نه به ملکیت عقلائیه می دانید در ملکیت عناوین وقتی ذو عنوان می رود ملکیت از بین نمی رود. مثلاً عنوان «الامام» مالک است و در هر زمانی هر که امام 8 باشد مالک است. مثلاً این ماشین اداره متعلق به مدیر است اشخاص عوض می شوند اما مدیر عوض نمی شود. تنها مخالف را مرحوم اصفهانی گفته اند که ایشان فرمودند امام 8 مالک نمی باشد ملکیت امام 8 بر زمین نظیر ملکیت شارع بر اشیاء عالم است. در موسوعه این قول را نقل می کند و در آنجا آدرس ایشان را داده بود. ملکیت شارع بر عالم، ملکیت حقیقی است نه این که شارع خودش را اعتبار کرده است مالک زمین.

این را دقت کنید این مقدار که نقل شده است همین مقدار است شاید مراد خودشان را از ملکیت حقیقی امام 8 را توضیح داده است چون ملکیت حقیقی شارع بر عالم، خالقیت است یعنی خداوند خالق عالم می باشد اما در مورد ملکیت امام 8 این معنا نمی باشد شاید مراد

سلطنت تکوینی امام 8 بر این زمین است امام 8 سلطنت تکوینی بر این زمین دارد مثلاً کوهی را می‌خواهد جابه‌جا کند یا قاره‌ای را جابه‌جا کند این قدرت را دارند یا وساطت در فیض اما با عنوان مالکیت نمی‌سازد. این قدرت تکوینی را امام 8 دارد شاید مراد این باشد اما ملکیت اعتباری را منکر شده‌اند.

بعضی از متأخرین هر دو ملکیت را منکر شده‌اند و گفته‌اند این تأدبی است می‌گوییم ما هر چه داریم مال شماس است نه این که هر چه داریم ملک شماس است این یک حالت تأدبی و احترامی است اما مراد از الارض للإمام 8 چیست دقیقاً نمی‌دانیم علی‌ای حال می‌دانیم که ملکیت اعتباری نمی‌باشد. علت اینکه شارع را مالک اعتباری نمی‌دانند این است که اگر شارع مالک اعتباری باشد مالک قاصر است و نیاز به ولی دارد و این تأدب دینی نمی‌باشد که برای خداوند ولی درست کنیم. گفتیم که این که خداوند اعتبار ملکیت برای امام 8 کرده باشد این عرفی نمی‌باشد، امر لغوی است که کوهها و آتشفشانها و صحاری ... را ملک امام 8 کرده باشد چرا که عده‌ای خداوند را قبول ندارند و عده‌ای که خداوند را قبول دارند، پیامبر 9 را قبول ندارند و عده‌ای که پیامبر 9 را قبول دارند، امام 8 را قبول ندارند اینها یک مقدار عرفی نمی‌باشد که خداوند عالم اعتبار ملکیت کرده باشد نسبت به کسی که از ابتداء عده‌ای به خودش و عده‌ای به پیامبرش و عده‌ای به امامش اعتقاد ندارند. لذا این است که معنایش چه می‌باشد نمی‌دانیم وساطت در فیض است؟ یا سلطنت تکوینی است؟ یا تشرف و تأدب است؟ این را نمی‌دانیم. حق اولویت نمی‌توان گفت مراد است چرا که این حق اولویت، ولایت اینها است که بر اموال است نه بر ارض چرا که معنای ولایت زعامت است. مشهور فقهاء ما ملکیت اعتباریه شرعیه را نسبت به ارض را در مورد امام 8 قبول کرده‌اند. بلکه شارع می‌تواند اعتبار کند ملکیت امام 8 بر زمین را. شارع که هیچ‌ما هم می‌توانیم اعتبار کنیم اما تا این اعتبار عرف ساز نباشد فایده‌ای ندارد. و این اعتبار را هم باید به لسانی می‌فرمودند که ما استظهار می‌کردیم و باید به مقداری هم بود که در این امور هامة موثر باشد.

مختارنا فی الأراضی الموات: نحن تابع لعرف زماننا و مکاننا و إرتکازنا یحکم بعد مملکة الإحیاء.

ما ها گفتیم این ملکیت، عرفی است و هر عرفی را باید جداگانه در نظر بگیریم در عرف این زمان و مکان خاص این احیاء مملک باشد، احتمال نمی دهیم که دولت برای محیی سند بزند چاه را که اصلا جواز نمی دهد بلکه اگر گندمی بکارد گندم ها مال اوست و ضمن اینکه احتمال دارد که اجازه کشت هم ندهد به خاطر فرسایش خاک و... یا نهایتا بگوییم اینطور نمی باشد که هر زمین مواتی را احیاء کردیم مالک می شویم و دولت سند دهد. نهایتا فی الجملة مالک می شود. پس من احیی ارضا فهو له این درست است چرا که در زمان امام 8 اینطور بوده است و مالک می شده است اما معنایش این نمی باشد که تا روز قیامت مالک می شود. بلکه تابع عرف است. حتی حق اولویت هم تابع عرف است. نشانه این که عرف ملکیت را امضاء می کنند این است که دولت سند دهد.

بله ممکن است که کسی بگوید که شارع آمده است با این الارض لمن احیایها یک ملکیت شرعی را اعتبار کرده است و این ملکیت شرعی را موضوع تکالیف خود قرار داده است این را ما قبول داریم که این امکانش می باشد اما روایات به این مقدار این را نمی رساند.

^۱مناقشة فی انظار الفقهاء بالنسبة إلى الأراضی العامرة: أن الأرض لیست للإمام بالمملکة الإعتباریة بنکتین:

ارض عامره ارضی است که خودش سرسبز است مثل چراگاه و علفزارها یا جنگل و جاهایی که درخت است و مراد ما از ارض عامره ارض مباح عامره است یعنی ارضی که ملک شخصی نمی باشد. بلکه اگر در ارضی بنائی باشد آن ارض هم عامره است اما مباح نمی باشد اما اگر اعراض کرد، باز مباح نمی شود اما شخص دیگری می تواند به حیازت تملک کند چرا در نظر

ما اعراض مخرج ملک نمی باشد بلکه نیاز به تملک دارد می تواند به حیات مالک شود اما معنایش این نمی باشد که هر چه در اراضی عامره مباحه گفتیم در اینجا هم می آید.

خوب اراضی عامره حیاتش به چه می باشد؟ فقهاء در اراضی عامره گفته اند حیاتش به احیاء نمی باشد مثلاً اگر جنگلی را درختهایش را قطع کردید و به موات تبدیل کردید و دوباره احیاء کردید این مملک نمی باشد بلکه اگر مرتع خشک شد و به موات تبدیل شد اگر آن موات را احیاء کنید این مملک است. می دانید که در اراضی عامره سخن از حیات خواهیم کرد و نسبت بین احیاء و حیات به لحاظ موردی عموم و خصوص من وجه است. گاهی اوقات احیاء است اما حیات نمی باشد مثلاً در یک زمین موات گندم می کارید این احیاء است و حیات نمی باشد گاهی دور زمین موات دیواری می کشید که حیات است و احیاء نمی باشد گاهی به لحاظ موردی هم حیات و هم احیاء است دور زمین مواتی دیوار می کشید و آن را تبدیل به باغ می کنید، که در اینجا هم احیاء است و هم حیات. لذا در اراضی عامره باید احیاء را کنار بگذاریم و سراغ حیات برویم. یعنی در زمین عامره احیاء مملک نمی باشد یعنی اگر شما در یک زمین عامری بنائی ساختید، در اینجا شما مالک آن زمین عامره نمی باشید مگر این که برای ساختمان دری بگذارید که کسی نتواند داخل شود در اینجا از باب حیات است که مالک می شوید.

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

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

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

این تفصیل را در اراضی موات نداده بودند گفته بود من احیی ارضا فهی له.

قول سوم قول مرحوم صدر است ایشان قائلند که اگر کسی بر اراضی عامره استیلاء پیدا کند در اثر استیلاء مالک نمی شود فقط حق الانتفاع پیدا می کند یعنی در انتفاع، کسی نمی تواند مزاحم این شخص شود یعنی در انتفاع این شخص اولی نسبت به دیگران است. اینجا حق اولویت ندارد لذا اگر اعراض هم نکرد اما منتفع نشد دیگری می تواند حیات کند.

دقت کنید قدامت از علماء ما اصلا در حیات، ارض عامره را متعرض نشدند اگر در جواهر نگاه کنید اصلا ارض عامره را متعرض نشدند. بله ارض عامره ای را متعرض شده اند که مملوک دیگری است که از محل بحث خارج است مرادش از اراضی عامره اراضی است که مملوک است که به احیاء شده اند عامره و مملوک شده اند اما این نوع اراضی را که عامره است اما ملک کسی نمی باشد و مباح است را متعرض نشده اند. متعرض نشده اند که این اراضی را آیا به حیات مالک می شود یا خیر. حتی از عجائب است در کتاب موسوعه هم نیامده است بله در کتب فتوایی متأخرین آمده است مثل مرحوم صدر و مرحوم تبریزی و

مرحوم آقای خوئی لذا وجه را باید از خودمان بگوییم که چه در ذهن شریف اینها بوده است که اینطور فتوا داده اند:

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

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

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

یکی مستند این باشد آن دلیل که می گوید من احیاء ارضا فهی له، گفتیم رابطه بین احیاء و حیات عموم و خصوص من وجه است و در ذهن ایشان این بوده است که اگر احیاء مملک است حیات به طریق اولی مملک است چرا که در احیاء هیچ گونه استیلائی نمی باشد فقط گندمی را روی زمین پاشیده است باران که آمده است سر سبز شده است و شده است مال این شخص. در اینجا که استیلاء است به طریق اولی مملک است. فرقی در این نمی باشد که احیاء در اراضی موات است نه اراضی عامره. این احیاء که در اراضی موات مملک است این حیات به طریق اولی مملک است چرا که حیات مهمتر از احیاء است چرا که احیاء خیلی راحتتر است مقوم احیاء این نمی باشد که درخت بکارید همین که گندم بپاشید در جایی که باران می آید این می شود احیاء و مملک اما دیوار و حصار کشیدن آن هم به صورتی که دیگری به راحتی نتواند تصرف کند این می شود حیات.

وجه مرحوم آقای خوئی که می تواند وجه برای آقای حکیم هم باشد و آن اینکه ایشان قائلند که ارض ملک امام⁸ است خوب دلیل بر اذن امام⁸ چه می باشد؟ در احیاء دلیل داریم

«من احياء ارضا فهی له» اما در حيازت که دليل نداريم. در حيازت فقط سيره داريم در سيره متشرعه اينطور بوده است که وقتی حيازت می کردند با او معامله مالک می کردند اگر مالک نبوده است بايد در روايات منعکس می شده است اينطور نبوده است که زمينهای موات را احياء کنند می خواستند خانه ای بسازند مکانی تهيه کنند اينطور نبوده است که در زمين موات فقط بروند بسازند لذا می رفتند در مراتع سر سبز اين کار را می کرده اند. اين مملکت حيازت در اراضي عامره در سيره متشرعه بوده است. اين سيره متشرعه، هم می تواند دليل برای مرحوم حکيم باشد و هم دليل برای مرحوم آقای خوئی باشد و به اين سيره می گوييم حيازت مملک است اما از آنجائیکه سيره لسان ندارد اگر اين سيره را وسيع دیديم می شود دليل مرحوم حکيم و اگر ضيق دیديم قدر متيقنش حيازت فرد مومن است. منتها عجيب اين است که در کتب استدلالی اين اراضي عامره را اصلا بحث نکرده اند.

اما مرحوم صدر: مرحوم صدر که قائل بوده است اين زمين ملک امام 8 است اين حق الانتفاع ثابت می شود اين حق کجا ثابت می شود؟ ايشان قاعده ای در باب حقوق دارد که قائلند که همه حقوق مستحدثه، مورد امضاء شارع واقع شده است. خوب آنچه مسلم است اين است که عند العقلاء حق الإنتفاع پیدا می کند و شارع آن را امضاء کرده است لذا اين شخص حيازت کننده حق الإنتفاع دارد.

اینکه ايشان در اراضي موات قائل به حق اولويت شدند و در اراضي عامره قائل به حق انتفاع شدند، به خاطر اين بوده است که در احياء روايات و ارتکازات اين حق قوی تر است لذا در اینجا اگر محبی رها کند دیگری نمی تواند بيايد و آن را حيازت کند ما دامی که اعراض نکرده است بخلاف اراضي عامره که به محض اینکه رفع يد کرد و لو اعراض نکند دیگری می تواند آن را حيازت کند و ذو حق شود. لذا ايشان دیده اند که در ارتکاز و سيره متشرعه مسلم است که اگر کسی در اراضي عامره حيازت کند، دیگری نمی تواند مزاحمت کند در اراضي موات هم که حق اولويت دارد کسی دیگری نمی تواند مزاحمت کند اما در بين متشرعه در اراضي

موات علقه و رابطه ای که بین محیی و محیی است به مراتب اشد و قوی تر است نسبت به علقه ای که بین شخص و ارض عامره است. لذا ایشان دقت در ارتکاز کرده اند.^۱

از این فرمایشات و اقوال در مسئله فهمیده می شود که همه اینها مبتنی بر این است که الارض كلها للإمام^۸ که ما قبول نداریم.

دو نکته می خواهیم در اینجا بگوییم که این که در صحیح کابلی آمده است: «الارض كلها للإمام^۸» دلالت ندارد که این اراضی ملک اعتباری امام^۸ است چرا که عمده در این روایات صحیح کابلی است:

۳۲۲۴۶-۲-۲ و عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ ابْنِ حُبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي خَالِدٍ الْكَابَلِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ وَجَدْنَا فِي كِتَابِ عَلِيِّ ع إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ^۳ - أَنَا وَ أَهْلُ بَيْتِي الَّذِينَ أَوْرَثْنَا الْأَرْضَ وَ نَحْنُ الْمُتَّقُونَ وَ الْأَرْضُ كُلُّهَا لَنَا؛ فَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَلْيَعْمُرْهَا وَ لِيُؤَدِّ خَرَجَهَا إِلَى الْإِمَامِ مِنَ أَهْلِ بَيْتِي وَ لَهُ مَا أَكَلَ مِنْهَا فَإِنْ تَرَكَهَا وَ أَخْرَجَهَا فَأَخَذَهَا رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِنْ بَعْدِهِ فَعَمَرَهَا وَ أَحْيَاهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مِنَ الَّذِي تَرَكَهَا فَلْيُؤَدِّ خَرَجَهَا إِلَى الْإِمَامِ مِنَ أَهْلِ بَيْتِي وَ لَهُ مَا أَكَلَ مِنْهَا حَتَّى يَظْهَرَ الْقَائِمُ ع مِنَ أَهْلِ بَيْتِي بِالسَّيْفِ فَيُخَوِّبَهَا وَ يَمْنَعَهَا وَ

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

^۲ (۷) - الكافي ۵- ۲۷۹- ۵.

^۳ (۸) - الأعراف ۷- ۱۲۸.

^۴ (۱) - قوله " و الأرض كلها لنا" قد ورد مضمونه في عدة أحاديث تدلّ على أن الأرض كلها للإمام، و الظاهر أنّها مخصوصة كما يفهم من هنا بالأرض الموات، و ما لا يعرف له مالك، و بأرض الأنفال من ذلك، و يمكن حملها على أنّهم أولى بالتصرف بها، و ان أحكامها ترجع اليهم و تؤخذ عنهم، و انه يجب على المالكين لها طاعتهم، و نحو ذلك و الله أعلم (منه. قد).

^۵ (۲) - في المصدر: أو أخر بها.

يُخْرِجُهُمْ مِنْهَا كَمَا حَوَّاهَا رَسُولُ اللَّهِ ص وَ مَنَعَهَا إِلَّا مَا كَانَ فِي أَيْدِي شِيعَتِنَا فَإِنَّهُ يُقَاطِعُهُمْ عَلَى مَا فِي أَيْدِيهِمْ وَ يَتْرُكُ الْأَرْضَ فِي أَيْدِيهِمْ.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ مِثْلَهُ^١ وَ كَذَا الَّذِي قَبْلَهُ.^٢

النكته الأولى: لا دلالة في صحيحة الكابلي على الملكية الاعتبارية.

در روایت قرینه ای است که اینکه امام ۸ فرمودند: « وَ الْأَرْضُ كُلُّهَا لَنَا » ملکیت اعتباریه نیست. در روایت کابلی است که در مکتوبه امیر المومنین ۸ آمده است: « إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ » و بعد امام ۸ فرمودند که: « أَنَا وَ أَهْلُ بَيْتِي الَّذِينَ أَوْرَثْنَا الْأَرْضَ وَ نَحْنُ الْمُتَّقُونَ وَ الْأَرْضُ كُلُّهَا لَنَا ». وقتی این آیه می گوید: « إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ » این که مورد اتفاق است که مالکیت خداوند مالکیت اعتباری نمی باشد لذا وقتی می گویند: « أَنَا وَ أَهْلُ بَيْتِي الَّذِينَ أَوْرَثْنَا الْأَرْضَ » اینکه خداوند می فرماید ما به ارث می دهیم به بندگان که می خواهیم خوب خداوند که ملکیت اعتباریه ندارد که این ملکیت اعتباریه را به ارث بدهد پس ملکیت غیر اعتباریه – حال حقیقت آن هر چه که هست مهم نمی باشد- را به ارث می گذاریم به کسی که ما اراده کنیم: « إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ ». کلمه ارث آمده است یعنی زمینی که ملک ماست را به کسی که می خواهیم به ارث می دهیم و حضرت می فرمایند: « أَنَا وَ أَهْلُ بَيْتِي الَّذِينَ أَوْرَثْنَا الْأَرْضَ » ما از کسانی هستیم که این ملکیت را به ارث می بریم. خوب ملکیت خداوند که ربطی به ملکیت

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

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

اعتباری ندارد ملکیت اعتباری که مال خداوند نمی باشد که بخواهد به ارث بگذارد. خود این روایت که عمده دلیل است ناظر به ملکیت اعتباریه نمی باشد گفته است که زمین مال خداست و به کسانی که بخواهد ارث می دهد و امام 8 فرموده است که به ما ارث داده است خداوند که ملکیت اعتباری ندارد که به ارث بگذارد لذا این روایت هم دلالت ندارد. یعنی این روایت تنها می گوید که این ها ارض را از خداوند به ارث برده اند و خداوند که مالکیت اعتباریه ندارد. این روایت صحیح کابلی که در ملکیت امام 8 همیشه از این روایت استفاده و شروع می کنند که اصلا دلالتی بر ملکیت اعتباری نمی کند.

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

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

الولاية و الإمامة لهم% عليهم غير عرفی.

نکته ای دیگر در تأیید این که ملکیت اعتباریه مال امام 8 نیست این است که در بحث امامت که امامت اینها امامت الهی است نه امامت زمینی، ائمه% امام چه کسانی می باشند؟ در بین علمائی که مراجعه کردم همه قائلند که امامت ائمه% بر همه مردم نمی باشد بلکه این امامت، امامت بر مسلمین است یعنی خداوند امام 8 را امام بر مسلمین قرار داده است یعنی آنها را زعیم بر مسلمین قرار داده است بله نگفته اند که این امامت مختص بر مومنین باشد بلکه مسلمین را هم شامل می شود لذا حضرت، امام برزید غیر مسلمان نمی باشد و در متکلمین کسی از معاریف در ذهنم نمی باشد که در این مسئله مخالفت کرده باشد یعنی در ذهن اینها در دایره مؤلّی علیهم اختلافی نمی باشد و همه اتفاق دارند که مراد مسلمین است. رسول وحی الهی را ابلاغ می کند به مردم نه کسانی که ایمان آورده اند و این مقام اعتباری و جعلی نمی باشد و شامل همه مردم است اما امامت مقامی اعتباری است جعلوا ائمه للمسلمین نه ائمه

للناس. مراد ما ولایت تشریعی است یعنی اینها ولی و امام می باشند و اینها ولی و امام بر مسلمین می باشند. لذا اینها زعامتی و ولایتی بر غیر مسلمین ندارند. وقتی در آیه داریم: «النبی اولی بالمومنین» که مراد مسلمین است و نیامده است النبى اولی بالناس لذا در مال مسیحی ولایت ندارد. محدوده ولایت امام 8 مسلمین است نه ناس.

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

این را موید می خواهیم قرار دهیم از این نظر که امام 8 ولایت بر غیر مسلمین ندارد بر اموال من این ولایت بر تصرف را دارد اما در اموال غیر مسلمان ولایت ندارد خوب خود شاری که این ولایت را بر اموال غیر مسلمان جعل نکرده است چطور می شود در این زمین که اکثرا متعلق به مسلمین نمی باشد اعتباریت ملکیت برای امام 8 کند؟! برای امامی که بر بخش اعظم اینها اصلا برای او جعل ولایت نشده است. ملکیت اعتباریه ربط به ولایت تشریعی دارد و ربطی به ولایت تکوینی ندارد که گفته شود اینها بر همه عالم ولایت تکوینی داشتند. ولایت تکوینی مثل اینکه امام 8 می توانسته است کوه را جا به جا کند این چه ربطی به ملکیت اعتباریه دارد؟! دارد!!

فقهاء می گفتند امام 8 ملکیت اعتباریه دارد ما گفتیم نه چنین ملکیتی ندارد به دو دلیل: یکی اینکه صحیح کابلی دلالت ندارد و ضمن این که این نظر فقهاء که اینها ولایت بر اقلی از مردم دنیا دارد که مسلمانان باشد چطور می شود که این ارض که در اختیار اکثر مردم غیر مسلمان است، خداوند برای امام نسبت به همه آن اراضی جعل ملکیت کند، غیر حکیمانه

است که ملکیت اعتباریه بر کل زمین داشته باشند با اینکه بر اکثر افرادی که در روی این زمین می باشد ولایت ندارند.

ضمن اینکه این ملکیتی که برای امام نسبت به زمین است مرحوم صدر گفته اند این ملکیت مثل ملکیت امام ۸ بر زمین زیر پای خودشان نبوده است چرا که امام ۸ نسبت به ارض شخصیت حقوقی است اما در مورد فرش زیر پایشان ملکیت شخصیت حقیقی است. لذا تصرف بدون اذن امام ۸ بر این زمین حرام است اما برای کسانی که در دایره ولایت ایشان می باشند که مسلمین باشند و در غیر مسلمین اگر اینها بدون اذن تصرف کنند دیگر معصیت نمی باشد چرا که حضرت دیگر بر اینها ولایت ندارند اما در ملک شخصی که حضرت بر اموال شخصی خود دارد اگر غیر مسلم بدون اذن تصرف کند این تصرف معصیت و حرام است. این موید است اگر نظر رایج این است که ولایت اینها بر مسلمین می باشد دیگر عرفی نمی باشد که خداوند ارضی که اکثر سکان آن غیر مسلمانان است، را ملک امام ۸ قرار دهد با اینکه ظاهر آیه شریفه این است که تا روز قیامت ما مسیحی داریم.

إِذْ قَالَ اللَّهُ يَا عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ إِنِّي مُتَوَفِّيكَ وَرَافِعُكَ إِلَيَّ وَ مُطَهِّرُكَ مِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا وَ جَاعِلُ الَّذِينَ اتَّبَعُوكَ فَوْقَ الَّذِينَ كَفَرُوا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ ثُمَّ إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأَحْكُمُ بَيْنَكُمْ فِيمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴿٥٥﴾^۱

ان قلت:

غیر مسلمانان مکلف می باشند لذا تصرفات اینها در ارض که ملک عنوان امام است هم بدون اذن حرام است لذا تصرفات آنها باید با اذن امام ۸ باشد.

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

قلت:

اولا ما قائلیم که غیر مسلمان مکلف نمی باشد.

ثانیا اطاعت امام 8 در دایره ولایت امام 8 لازم است و فرض کردیم که این ولایت در دایره مسلمین است فقط.

ان قلت:

در آیه شریفه داریم که امامت امام 8 بر جمیع ناس بوده است قال انی جاعلک للناس اماما.

قلت:

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

تازه این در صورتی است که دلیلی داشته باشیم که امامت در این آیه شریفه از سنخ امامت امام 8 باشد ظاهرا به معنای امامت تکوینی است یعنی او را الگو برای مردم قرار دادم.

^۱ در اعتقادات فقهاء شیعه تمام کره زمین ملک امام زمان 8 است. ملک که می گوئیم ملک شخصی امام 8 نمی باشد بلکه ملک عنوان امام است لذا ملک حضرت حجت 8 و امام جواد 8 نمی باشد که بعد از فوت این بزرگواران به ورثه منتقل شود و ورثه بین خودشان تقسیم کنند خیر، ملک عنوان امام است که ولی این عنوان، شخص امام 8 است. در اعتقادات شیعه تمام کره زمین، آنچه در ارض و باطن ارض است ملک امام 8 است. خوب امام 8 هم فرموده است

من احيا ارضا فهو له اذن داده است در تصرف تمام محيى ها در تمام ارض. سواء كان محيى مسلما او غير مسلم. اين بحث گذشته.

الشرط الخامس: يكون للمحوز مالية.

شرط چهارم ماليت است. يعنى ما اشيائى كه حيازت مى كنيم بايد ماليت داشته باشند تا ما مالك شويم، اگر ماليت نداشته باشند مالك نمى شويم اين را دقت كنيد فقهاء تا آنجا كه من مى دانم متعرض اين مسئله نشده اند اما مرحوم آقاى خوئى در جواب يك استفتائى اين مسئله را جواب داده اند كسى از ايشان استفتاء کرده است كه اگر ما كرمى يا سوسكى را به قصدت تملك حيازت كنيم آيا مالك سوسك و مورچه مى شويم يا خير؟ ايشان در مقام جواب فرموده اند: «الظاهر انه يملكها» لذا اگر كسى سوسكى و مگسى را گرفت به قصد تملك ايشان فرمودند مالك مى شود، مى شود جزء اموال او. از اين استفاده مى شود كه در نظر ايشان ماليت معتبر نمى باشد اما گويا در ارتكاز فقهاء و بعضى از اساتيد ما اينها قائل بودند كه ماليت معتبر است لذا اگر انسان حيازت كند مثل مگس و مورچه و شپش و كك و امثال اينها را، مالك نمى شود. بلكه اگر يك زمانى ماليت پيدا كند مالك مى شود مثل زنبور ملكه كه خواص دارويى دارد. ماليت داشته باشد يعنى اينكه بذل ما در ازاء آن فى الجملة متعارف باشد لذا اگر يك نفر آمد و بذل مال كرد اين ماليت نمى آورد. بين ملكيت و ماليت فرق است مملوك يعنى شئى كه بين او و من علقه ملكيت است و مال چه ملك من باشد چه نباشد، يعنى چيزى كه عقلاء و عرف به ازاء آن پول بذل مى كنند و لو ملك نباشد. مرحوم آقاى خوئى قائل بودند كه ماليت معتبر نمى باشد و بعضى از اساتيد ما گفته اند كه معتبر است اما در كلام فقهاء نيامده است ما چه مى گوييم؟ ما ها تابع عرف هستيم. مى خواهيم همين عرف زمان و مكان خودمان را تحليل كنيم: دقت كنيد عدم ماليت دو قسم است، يعنى اشيائى كه ماليت ندارند دو قسم هستند:

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

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

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

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

شد، اعتبار ملکیت نمی کنند نسبت به شپش و سوسک که فاقد منفعت هستند به وضوح روشن است که اعتبار ملکیت نمی کنند. @@ در ارتکاز فقهاء مجرد شکسته شدن از ملک خارج می شود، آنجا هم اعتبار ملکیت ا بوده است که وقتی کوزه و کاسه می کند به منسبت به آن مگس و شپش اعتبار ملکیت نمی کنند این نشان می دهد که در ارتکاز فقهاء اشیاء بی منفعت مملوک نمی شود به قصد تملک. پس بنابراین مالیت فی الجملة معتبر است نه بالجمله اگر کسی یک لیوان آب را از دریا برداشت یک شاخه درخت را برداشت می تواند تملک کند. آقای خوئی این مثال کوزه شکسته را قبول کرده است اما در مثل سوسک و پشه گفته است که مالک می شود و این از مواردی است که بین این دو حکم همخوانی نمی باشد &&

بله در عرف کشورهای که مگس و سوسک خوراک آنها است چون منفعت دارد با قصد تملک مالک می شود.

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

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

۱ شرط پنجم قصد تملیک است بعضی از علماء گفته اند که در مملکیت حیازت قصد تملک معتبر است مثل مرحوم شیخ و مرحوم شهید && اول دلیل اول سیره و دلیل دوم روایت سمکه بود که در روایت امام فرمودند &&& این مطلب را نسبت دادیم به مرحوم خوئی که درست نبود چرا که این مطلب را از کتاب ایشان نقل قول کردیم و فکر کردیم که نظر ایشان

است و الا در آن نوشته تصریح کردم که قول ایشان نبوده ستمرحوم خوئی سیره را رد کرد هو دو نقض وارد کردند نقض اول این بود که اگر یک چرنده ای را فکر می کن مال زید است و بعد از صید برای زید می فهمد که مال زید نمی باشد و حر است در اینجا بلا اشکال مال صیاد است با اینکه قصد تملک برای خودش نکرده است و قصد دادن به زید را داشته است. قصد حیازت را هم قطعاً داشته است همین که بردارد یعنی قصد حیازت. نقض دومی که وارد کرده ند با این سیره اگر کسی شاخه درختی را برای عصا بردارد بلا اشکال مالک است و کس دیگری نمی تواند این عصا را از او بگیرد با اینکه قصد تملک نداشته است و قصد ددذشته است که از این شاخه در سفر به عنوان عصا استفاده کند.

از روایت هم جواب داده اند که این که ما نمی گوییم ال بایع است به خاطر این که قصد حیازت نداشت اما قصد حیازت ما فی البطن را نداشت اصلاً اطلاق نداشت که این ماهی را که صید می کند د رشکمش در است لذا اینکه می گوییم در مال بایع نمی باشد نه اینکه چون قصد تملک نداشته است بلکه به خاطر این که قصد حیازت نداشت است مثل انسان خواب که در خواب چیزی را بگیرد اینجا استیلاء است اما قصد حیازت نمی باشد لذا مالک نمی شود. بنابراین ایشان قائل شده اند که در مملکت حیازت قصد تملک معتبر نمی باشد همینکه انسان مال مباحی را حیازت کند و این حیازت عن قصد و ارادة باشد مالک آن محوز می شود بدون این که قصد تملک معتبر باشد. این بیان مرحوم خوئی.

مشتري به بيع مالک نشد همینکه یافت آن را و برداشت این مساوی است با ملکیت.

یک وجه سومی ذکر شده است در کتاب مبسوط از مرحوم شیخ طوسی که دلیل ذکر کرده ست بر اعتبار قصد تملک. ایشان فرمودند وزات حیازت وزان ایحازه الاحیازی د رارضی اس تو حیازت در اغیر راضی در احیازه ایشان فرمودند بدو شبهه قصد تملک شرط است پس در حیازت که وزانش ویزان احیاء است قصد تملک معتبر ا در احیاء چطور قصد تملک معتبر

است اگر کسی گندم بچاشد در بیابان قصد تملک این زمین را ندارد بلکه قصد تملک گندم را دارد لذا این زمین را مالک نمی شود وزان حیات هم به وزان احیاء است اگر سکی ماهی را حیات کرد و قصد تملک نکرد مالک نمی شود و نهایتاً حق پیدا می کند لذ ایشان قائل است که وزان احیاء به وزان حیات است و در احیاء قصد تملک معتبر است نتیجتاً قصد تملک هم در حیات معتبر است بعضی از فقهاء ما معتقدند که قصد تملک نیاز نمی باشد مثل صاحب جواهر از جاهایی است که با جزم گفته ست کأن از بدیهیات است و رد کرده است فرمایش مرحوم شیخ را که در حیات قصد تملک نیاز باشد لذ مجموعاً عملاء ما دو دسته شده اند عده ای گفته اند ک قصد ملک نیاز اس و بعضی گفته اند که نیاز اس و بعضی علماء هم در مسئله توقف کرده اند و رأی ندارد نه گفتند که قصد تملک معتبر اس تو نه گفته اند معتبر است فاقد رأی می باشند بنابراین باید وارد مسئله شویم و اما وجوهی ذکر کرده اند برای قصد تملک سه وجهی بود که ذکر شده ند که یک وجه مشترک است که کسانی که نفی کرده اند قصد تملک را به سیره تمسک کرده ند سیره از ادله ای است که دو دسته خصم و مخالف می توان به آن استدلال کرد چون لسان ندارد.

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

است که اختلاف بین افراد یک عرف حاصل می شود چرا که گفتیم خواندن یک ارتکاز بسیار مشکل است.

ببینیم مختار ما چه می باشد؟

اینکه قصد تملک معتبر است یا خیر؟ اگر مراد این است همک این عنوان قصد تملک معتبر باشد یعنی این عنوان را به ذهن بیاورد این قطعا معتبر نمی باشد کسی که حيازت می کند برای ناهار یا برای استفاده زمستان حيازت می کند و اکثرا عنوان قصد تملک مورد غفلت است به عنوان این که ملک ممن باشد حيازت کند به عنوان این که جزء اموالش باشد حيازت کند این قصد عنوان تملک قطعا معتبر نمی باشد. ما که ماهی را صید می کنیم اصلا قصد تملک نمی کنیم بلکه قصد می کنیم که بخوریم یا آب را رودخانه بر می دارید برای شرب آیا قصد ملکیت می کند و بعد شرب می کنید؟! این قصد عنوان تملک قطعا معتبر نمی باشد یعنی نیاز نمی باشد که این عنوان تملک را قصد کنیم. این قطعا معتبر نمی باشد از آن طرف هم می دانیم طلق حيازت مملک نمی باشد مثلا شما سنگی را از زمین برمی دارید که به پرنده بزنید آیا این سنگ می شود ملک شما؟! شما شاخه درختی را بر می دارید که از عرض رودخانه در شوید آیا مالک این چوب می شوید یا یک کاسه آب برای شرب بر می دارید آیا شما مالک این آب می شوید؟! شما می بینید که یک بچه کبوتر چایی رخت افتاده است و بر می دارید که داخل خانه بگذارید آیا شما مالک آن می شوید؟! این مثالها را عنایت کنید این مثالها قطعا مشخص است که مطلق حيازت مملک نمی باشد وسط راه سنگی افتاده است و این را بر می دارد که راه باز شود آیا این مملک است؟! در همه این موارد قصد حيازت است چرا که قصد حيازت یعنی استیلاء عن ارادة و قصد که در همه این موارد ارده و قصد است. لذا اینطور نمی باشد که مطلق حيازت مملک باشد و قصد و عنوان تملک هم معتبر نمی باشد یک قصدی می خواهد اما آن قصد چه می باشد نمی دانیم مثلا چوبی را بر می دارد که در ساختمان از آن استفاده کند مالک می شود کسی آبی را بر می دارد که شرب کند می شود مالک یعنی عند العرف و عقلاء می

شود مالک و این را به ارتکاز خودمان می‌گوییم. نگوید که در اینجا فقط حق پیدا می‌کند آیا ارتکاز شما این است که این ماهی را که به خانه برده است مالک نمی‌شود؟! اما در بعضی از مصادیق شبهه می‌کنیم مثلاً خار و خاشاک جمع می‌کند که در بیابان شعله آتشی ایجاد کند در اینجا روشن نمی‌ابشد که مالک شود یک دفعه چوب و هیزم را به منزل می‌برد که استفاده کند اما در بیابان می‌خواهد شعله آتشی روشن کند آیا در اینجا مالک می‌شود؟ بله حق پیدا می‌کند اما آیا مالک می‌شود؟ یا صرف حق است؟ شاید گفته شود که اینکه اینجا اگر کسی بگوید که چوبها را به من بفروش و بفروشم این مشخص می‌کند که مالک می‌شود الا اینکه بگوییم که همینکه قصد فروش پیدا کرد مالک شد. اگر کسی این چوب را بردارد ضامن است یا خیر؟ اگر بگویید ضامن است یعنی مالک می‌شود و اگر بگویید ضامن نمی‌باشد یعنی مالک نمی‌باشد و اگر بگوییم نمی‌دانم یعنی نمی‌دانند مالک می‌شود یا خیر؟ && نگوید که بعضی حقوق مالیت دارد و می‌تواند در تلف این حق ضامن باشید چرا که ما در این حقوق قائلیم که مالیت ندارد. اگر بگویید ملک شما می‌شود معنایش این است که اگر شخص فوت کرد به ورثه می‌رسد که ظاهراً این طور نمی‌باشد و این اگر روشن باشد مشخص می‌شود که مالک نمی‌شود در عین حال در این موارد و بعضی از موارد خیلی ملکیت روشن نمی‌شود. پس بنابراین اینکه بگوییم قصد تملک به عنوانه معتب راسط این معتبر نمی‌باشد اما مطلقاً هم هر چه را حیات کرد مالک می‌شود اینطور نمی‌شود قصدی می‌می‌خواهد که دقیقاً نمی‌توانیم محدد کنیم که این قصد چه می‌باشد.

۱ اما مثالهای نقض مرحوم خوئی:

در روایت سمکه اشکال ایشان بوده است که صیاد حیات نداشتن است مالک نشده است لذا روایت سمکه اعتبار ندارد و ما هم فرمایش مرحوم خوئی را قول می‌کنیم و قبلاً

گذشت که قصد حيازت در مملکيت شرط است. در حالیکه مستشکل می گفت مالک نمی
ابشد چرا که قصد تملک نداشته است.

اما در سیره عقلاء ایشان اشکال کرده اند که اگر پرنده ای را گرفتیم که به زید بدهیم و
بعد فهمیدیم که مال زید نمی باشد و از مباحات است و مرحوم خوئی فرمودند مالک است و
لو قصد تملک نداشته است و مثال دوم این است که اگر چوبی را بر ارد که در طول راه برای
حرکت از این چوب کمک بگیرد و فرمودند عند العقلاء منالک این چوب است با اینکه قصد
تملک نداشته است.

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

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

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

خوب در نظر ما چه شد؟ ما عرفی می‌باشیم و ممکن است در عرفی قصد تملک در مملکت حیات مملک باشد و در عرفی مملک نمی‌باشد و اختلاف ما با مرحوم خوئی با توجه به اینکه عرف ما و ایشان یکی است در فهم عرف است.

و عرفها هم خیلی متفاوت است و مثلا در عرفی اگر کسی مالک زمین شود تا عمق زمین زیر این زمین را مالک شود و در یک کشور وقتی می‌خواستند که مترو بکشند در عمق صد متری از ملاک اجازه گرفتند یا در بعضی از اعراف یک مرد این حق را دارد که دارای چند همسر باشد و در عرفی یک زن می‌تواند چند همسر داشته باشد. حتی ما عرفی را داریم که مردها موظف به حجاب می‌باشند اما زنها آزاد می‌باشند می‌توانند حجاب داشته باشند یا نداشته باشند مراد از وظیفه وظیفه اجتماعی است نه وظیفه شرعی.

احتمالات در این مسئله حیات با اعراف مختلفی سر و کار داریم در ذهن عقلاء بوده است که عقلاء مسلکی دارند که در همه ی زمانها و مکانها از هزار ها سال قبل تا روز قیامت عقلاء قوانینی دارند که لا یتغیر است و تمام زمانها و مکانها را پوشش می‌دهد مثلا در حیات قائلند که قصد تملک معتبر است قائلند که این زمان و مکان بر نمی‌دارد.

نکته دوم بر می‌گردیم به عرف خاص که مراد ما عرف ایران نمی‌باشد بلکه مقداری وسیع تر است. &&& ماهی صید می‌کنید برای خورد و خوراک با اینکه چیزی به عنوان تملک و ملکیت در ذهن شما نبوده است و مالک هم هستید و عقلاء هم شما را مالک می‌دانند از آن طرف بچه آهوئی را گفته است برای درمان این مملک نمی‌باشد یا پرنده که روی زمین افتاده است برداشته است که در لانه اش بگذارد مالک نمی‌شود عقلا پس قصد تملک در عرف خاص ما در این زمان و این مکان معتبر نمی‌باشد فی الجمله^۱ اما اینطور هم نمی‌باشد که

^۱ فی الجمله یعنی اینکه قطعا قصد این عنوان تملک نیاز نمی‌باشد اما اینطور هم نمی‌باشد که حیات مطلقا مملک باشد.

حیازت تملک قهری داشته باشد بلکه باید به قصد تصرفی ببریم که متناسب با ملکیت است مثلاً بچه آهو را صید کردیم برای خوردن و بیع و یا اقتناع و نگه داشتن این جا مملک است اما اگر زارع این خرگوش را گرفته که دورتر برودو رهایش کند که دیگر به زمین زراعی او ضرر نزد، این مالک نمی شود و این حیازت مملک نمی باشد، عقرب یا ماری را گرفت که آن را بگشاید این مملک نمی باشد اگر مالی در ملک ما وارد شد این اصلاً حیازت نمی باشد الا اینکه قصد حیازت کرد به ابقاء و برای خورد و خوراک و امثال اینها که متناسب با ملکیت است می شود حیازت و مملک. جهت اولی شرائط مملکیت حیازت است که پنج شرط بود &&& مالیت فی الجملة قبول کردیم و قصد تملک را به عنوانه قبول نکردیم و قبول هم نکردیم که مطلقاً حیازت مملک نمی باشد.

&& یعنی اموال یا منقول یا غیر منقول است خوشد تشبیه کرده اسک ه حیازت مال منقولات و احیاء متعلق به غیر منقولات است یعنی از تشبیه استافده کرده است نه از باب قیاس یعنی می خواهد بگوید که کأن در سیره عقلاء اینطور است که ما قبول نکردیم && هذا تمام الكلام في الجهة الأولى.

الجهة الثانية: في جريان التبرع في الحيازة.

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

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

^۱ایشان فرمودند که ما گفتیم در مملکت حیازت قصد تملک نیاز نمی باشد اگر هم معتبر باشد اصل قصد مهم است اما اینکه برای چه کسی قصد کنیم مهم نمی باشد، اصل قصد مهم است و همینکه حائز قصد کند حائز می شود مالک حال خودش را قصد کند یا دیگری را قصد کند، این اثری ندارد. بعد ایشان استدلال کرده اند به آن روایت سکونی یک روایتی بود که شخصی پرنده ای را دنبال می کرد تا اینکه پرنده روی درختی نشست و کس دیگری آمد آن را گرفت و حضرت فرمودند: «للعین ما رأی و للید ما أخذت». به این روایت استناد کرده است و گفته است این روایت اطلاق دارد می گوید: «للید ما اخذت» چه قصد تملک برای خودش بکند یا برای دیگری و چه قصد نکند. این دلیل فرمایش مرحوم خویی است.

ظاهر لام در لید در ملکیت است.

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

مناقشة:

ما قائلیم که اگر برای دیگری بگیرد نه خودش مالک می شود و نه دیگری چرا خودش مالک نمی باشد؟ قاعده ای است در ارتکاز عرف یا عقلاء که انسان بر خودش سلطنت دارد وقتی اراده کرده است عدم ملکیت برای خودش را - چرا که برای دیگری قصد کرده است - اگر بخواهد ملک خودش شود معنایش این است که در این ملکیت سلطنتی ندارد و در این مال

سلطنتی ندارد. این قاعده سلطنت افراد بر اموال خودشان قاعده ای است عرفی یا عقلائی که اینطور نمی باشد که اگر ما اراده نکردیم که مالک شویم باز عقلاء اعتبار ملکیت کند.

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

ابراء با اینجا فرق می کند که ما فی الذمه زید مال من است و من در مال خودم تصرف کردم و آن را ابراء کردم و در مال زید که تصرف نکردم و ذمه فقط وعاء است و در مال زید تصرف نکردم و این شخص هم چیزی به ملک او یا از ملک او بدون اذنش داخل یا خارج نشده است. ارث تنها موردی است که چاره ای نمی باشد ملک داخل در اموال وراث می شود بدون قصد اینها. الاّنه عرف ما این است که قهرا در ملک او داخل می شود و عقلاء امضاء می کنند اما ممکن است که در آینده عرفی بیاید که اگر قبلش اعلام کرد که من ارث نمی خواهم دیگر در ملک او داخل نشود. بله در الآن و حال حاضر می تواند وارث بعد از دخول مال در ملک او اعراض کند.

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

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

پس عنایت شود حیازت للغير مملک نمی باشد اما به این مناسبت این مسئله سبق را مطرح کنیم اگر کسی در یک مکانی سبقت بر دیگری گرفت مثلا در کلاس درس یا در مسجد

در نقطه ای می نشینند و یا در کنار کوچه یا بازار در جایی می نشینند برای استراحت این در سیره است که اگر کسی بر یک مکان مباح سبقت بگیرد یا به مکان مشترک سبقت بگیرد مثل مسجد و حسینیه و کلاس درس آن سابق نسبت به مکانی که نشسته است ذو حق می شود و دیگری نمی تواند با این شخص مزاحمت کند لذا نمی تواند بیاید او را جا به جا کند در مواردی است که برای این سبقت حتی اگر انسان علامتی بگذارد کافی است مثلاً در کلاس درس عبا و کیفش را می گذارد اما این حق هم در مقدار متعارف باقی است تا زمانی که درس شروع نشده است لذا کسی نمی تواند تصرف و مزاحمت کند لذا امروز برای فردا نمی تواند سبقت بگیرد و جای بگیرد. منتها این مسئله سبق یعنی سبقت گرفتن به یک مکان مباح و مشترک حالات بسیار زیادی دارد و ما تابع عرف می باشیم.

اگر مکانی است که طلبه یا نمازگذار همیشه آنجا می نشینند و یکی زودتر در روزی در آنجا نشست حق ندارد به اعتبار ارتکاز خودمان در این مکان و زمان می گوئیم اما اگر در عرفی برای این شخص حق قائل شود ما هم قائلیم. اما در عرف حال حاضر و این مکان ما ارتکازمان این است که چنین حق برای این شخص قائل نمی شود و اگر کسی زودتر آمد می تواند در جای او بنشیند. بله در جایگاه استاد یا امام جماعت، غیر این دو نمی تواند بنشیند چرا که عرف در این مکانها ذو حق را فقط استاد و امام جماعت می بینند. بله اگر یک نفر گدایی است که هر روز یک جا می نشیند و جای او ثابت است به نظر می رسد برای گدا این حق را نمی بینند به خلاف دست فروشی و کفاش ها که ظاهراً در عرف ما حق برای اینها می بینند و لو وسیله ای در آنجا نگذاشته است. و لو بساط کردن دست فروش غیر قانونی است اما عرفاً حق را برای کسی می دانند که در آنجا ثابت بوده است. قانون لزوم و الزامی ندارد که هر اعتباری می کند عرف هم آن را بپذیرد. در موارد حقوقی که عرف با قانون تراحم دارد اگر این حق شرعی شود مخالفت با آن سلب حق شرعی است و در نظر مشهور ظلم است و اگر شارع امضاء نکند

دیگر سلب آن حق ظلم نمی باشد در مورد این کفاش و دست فروش این حق را ظاهراً متأخرین قائلند که شارع امضاء کرده است و این می شود سلب حق شرعی و ظلم. &&&

جمع کردن بساط دست فروش توسط مأ^۱ و دولت فقهاء &&&

&& با توجه به منع قانونی اگر عرف قائل به این حق باشد بعد بین عدم قائل شدن با منع قانونی فرق است بلکه من حق ندارم که یک طرف را بیایم اما دیگری هم، حق ندارد که جلنی من بیاسد و نگذارد که من رد شوم و لذا خود سبق یک ی از موضوعاتی است که عرفاً ایجاد حق می کند.

این را در سبق گفتیم.

السبق للغير:

در سبق خودش حق را می آورد اگر انسان نسبت به مکانی سبقت پیدا کند مثلاً در مدرس یا مسجد زودتر در جایی نشست یا وسیله خودش را در جایی گذاشت و برای خودش جا گرفت، این شخص نسبت به آن مکان حق پیدا می کند و دیگری نمی تواند با او مزاحمت کند یا در مسجد برای خودمان جا بگیریم اما ظاهراً در بعضی جاها سبق، حق نمی آورد مثل پارک معلوم نمی باشد که حق بیاورد این عرفی است که حق می آورد یا خیر. مثلاً در مدرس اینطور است که اگر کسی سبقت بر مکانی گرفت تا زمانی که درس شروع نشده است این حق را دارد و اگر درس شروع شد دیگر حق ندارد و دیگری می تواند کیف او را کنار بگذارد و آنجا بنشیند.

دلیل این مسئله سیره و ارتکاز عرف است

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

^۱ سه شنبه ۹۸/۰۲/۰۳.

صورت اول این است که کسی که برای دیگری جای گرفته است خودش جایی را اشغال نکرده است مثلاً کیف شخص را آنجا می‌گذارد و خودش آنجا نمی‌باشد مثلاً به خادم می‌گوید که این کیف را در مدرس بگذار اما خود خادم در آنجا، جایی نگرفته است در اینجا حقی پیدا می‌شود این در صورتی است که وسیله غیر باشد مثلاً کیف زید را می‌گذارد در مدرس اما گاهی اوقات وسیله خود را برای دیگری می‌گذارم و خودم هم جایی می‌گیرم ظاهر این است که این حق مال من است و دیگری حقی پیدا نمی‌کند لذا می‌توانم دیگری که برای او جای گرفتم اگر آمد ممانعت کنم از نشستن البته دیگری نمی‌تواند ممانعت کند لذا خودش می‌تواند بنشیند اما اگر خودش هم نشست خودش در مدرس نشسته است و بغل دستش برای رفیقش کتابی می‌گذارد برای رفیقش ظاهراً اینجا ایجاد حق نمی‌کند دیگری می‌تواند آن کیف و عبا را بردارد و جای آن بنشیند بلکه اگر زید کتاب خودش را به من بدهد و بگوید برای من جای بگیر که در اینجا در کنار خودم کتاب زید را می‌گذارم در اینجا ایجاد حق می‌شود اما اگر زید گفت برای من جای بگیر اما کتاب و عبا خودش را نداد و من عبا و کتاب خودم را گذاشتم بغل دست خودم برای جای گرفتن برای رفیقم ظاهرش این است که حق پیدا می‌کند پس اگر من برای زید جای گرفتم خودم استفاده نکردم آن حق برای من است اگر خودم استفاده کردم و برای دیگری جای گرفتم با وسیله خودم این حقی برای خودم است اما اگر به امر او یا وسیله او بود این حق پیدا می‌شود برای دیگری. این برای مسجد و پارکها و جاهای دیگری است. &&&

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

اما در صفها هر کسی که در صف می‌ایستد حق پیدا می‌کند اما آیا می‌تواند جای برای خودش بگیرد این مربوط به عرفها است در نانوائی معلوم نمی‌باشد که اگر زنبیل بگذارد یا به دیگری بگوید که برای من جای بگیر، حقی پیدا شود اما اگر صف طولانی باشد بعید نمی‌باشد

که حق پیدا شود اما اگر در صف برای دیگری جا بگیرد اگر به امر او باشد حق پیدا می کند و اگر تبرعی باشد ظاهراً حقی پیدا نمی کند. البته امکان دارد که خیلی هم روشن نباشد یا اصلاً واقعی شکل نگرفته باشد نه بر حق و نه بر عدم حق یا واقعی داشته باشد در بین افراد در تشخیص آن اختلاف باشد. لذا این حق نسبت به اماکن و صفها فرق می کند ظاهراً در مطب دکتر اینطور نمی باشد که فقط با حضورش این حق برای او است حداقل در بعضی از دکترها اینطور است. در نظر عرف حق و عدم حق به اختیار آن مطب دکتر است. این حق از موضوعات مستنبطه است ذهن عامی ارتکاز دارد اما ارتکاز خودش را نمی تواند بخواند لذا باید تقلید کند.

الجهة الثالثة: الإجارة على الحيازة.

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

المقام الاول: في صحة الاجاره.

از زمان قدیم در بین فقهاء مرسوم بوده است که می گفتند این عقد اجاره صحیح است و اجیر هر چه را که حيازت می کند مال مستأجر است از مرحوم شیخ و علامه و مرحوم محقق و مرحوم شهید ثانی و صاحب جواهر و مرحوم سید و اکثر معلقین بر عروه اینها قائلند که عقد اجاره صحیح است و آن محوز ملک مستأجر است نه ملک حائز گویا در معلقین عروه دو نفر توقف کرده و مخالفت کرده اند: یکی مرحوم میرزا و یکی هم مرحوم آقای بروجردی. اینها گفته اند که اگر بر مقدمات اجیر شود این درست است مثلاً ماهی را بگیرد و به خانه اینها ببرد و اینها

تملك كنند اين اشكالى ندارد كه درست است اما بحث در اين است كه شخصى اجير شود كه به مجرد گرفتن و حيازت ماهى، مستأجر مالك شود. اين محل بحث است.

ببينيم كسانى كه قائل به صحت اين اجاره و ملكيت آن محوز براى مستأجر شده اند، دليل آنها چيست؟ به وجوهى استدلال شده است:

وجه اول از مرحوم آقاى خوئى است. ايشان فرمودند وقتى ما اين شخص را اجير مى كنيم براى حيازت مالك عمل اين شخص مى شويم تا مالك اين عمل شديم اجير به منزله آلت و وسيله است و در واقع حيازت مستند مى شود به مستأجر مثل اينكه ما با نيزه ماهى را صيد كنيم اين نيزه يك وسيله است فقط، وقتى اين را اجير كرديم عمل او مى شود ملك من، وقتى عمل او كه حيازت باشد ملك ما شد او مى شود به منزله آلت و حيازت مستند مى شود عرفاً به مستأجر دليلى كه مى گويد حيازت مملك است اين را مى گيرد و حيازت من مستأجر مى شود مملك اما من حيازت كردم ماهى و هيضم را به توسط يك آلت و وسيله اى كه جناب اجير است.

اين وجهى است كه مرحوم خوئى فرموده اند. فرض كرديم كه حيازت مملك است و اين حيازت اجير مى شود حيازت من لذا مملك است. دليل مملكيت حيازت سيره است و اين سيره اطلاق دارد كه اين نوع حيازت را هم مى گيرد.

مناقشه:

اين فرمايش ايشان را قبول نكرديم. بر اين فرمايش مرحوم آقاى خوئى سه تا اشكال داريم:

اشكال اول:

در مباحث اجاره گذشت كه اجاره گاهاً اجاره بر اعيان است مثلاً مغازه و خانه و ماشين را اجاره مى دهيم. و گاهى اجاره، اجاره بر اعمال است نه بر اعيان ما شخصى را اجير مى كنيم

برای خیاطت و کتاب و قرائت قرآن و امثال ذلک در اجاره اعیان نظر مشهور فقهاء این بود که حقیقت اجاره تملیک منفعت آن عین است اما در اجاره بر اعمال دو قسم است: تارة گفتیم آن عمل ما فی الذمه را تملیک می کند اجیر عمل ما فی الذمه را تملیک می کند به مستأجر چون اجیر ماجر ماست و تارة عمل خودش را تملیک نمی کند عمل در ذمه خودش را تملیک نمی کند منفعت خیاطت خودش را به جناب مستأجر تملیک می کند. اجاره بر اعمال این دو جور است. در هر دو صورت چه عمل ما فی الذمه را، چه منفعت را تملیک کند این عمل خارجی ملک کسی نمی باشد بلکه آنیکه مملوک جناب مستأجر است یا عملی است در ذمه اجیر یا منفعت اجیر، این عمل خارجی که خیاطت یا کتابت یا صید یا حیات است ملک کسی نمی باشد منفعت همیشه یک صفت است که عبارت باشد از قابلیت و صلاحیت برای آن عمل مورد اجاره حتی قبل از عمل خیاطت، این منفعت و صلاحیت موجود است این عمل خارجی که صید و حیات است ملک کسی نمی باشد لذا این تعبیر که گفته است این عمل ملک او است دقیق نمی باشد الا اینکه مراد او به منزله ملک است نه اینکه دقیقا مملوک اوست لذا این که گفته اند مملوک است درست نمی باشد الا اینکه مراد به منزله ملک باشد احتمال دارد مراد از مملوکیت و ملکیت، به منزله ملکیت است. در تملیک عمل، ذمه مشغول می شود و اگر منفعت را تملیک کند ذمه مشغول نمی شود.

این اشکال اول.

اشکال دوم:

اشکال دوم این است، از اشکال اول صرف نظر کنیم آیا صید و حیات مستند به مستأجر می شود مثلا اگر بگویند به مستأجر که این هیزم را کی جمع کرد؟ این آهو را کی صید کرد؟ می تواند بگوید که من حیات کردم؟! بله پاره ای از اعمال است که هم به مباشر و هم به مسبب مستند می شود مثل بناء مدرسه یا در اصلاح سر و ریش می گوئیم رفتیم پیش زید و سر ما را

اصلاح کرد یا می گوید که امروز سر و ریشم را اصلاح کردم در حالیکه سلمانی اصلاح کرده است به هر دو مباشر و مسبب مستند می شود اما ما نحن فیه از این قبیل نمی باشد در اینجا نمی گویند که خودش صید کرده است. مثلاً در کشور گشائی و فتح هم اینطور است که آن فتح، هم به فرمانده و هم به سرباز مستند می شود لذا پاره ای از افعال است که هم به مسبب و هم به مباشر مستند می شود اما در اینجا مثال حیات اینطور نمی باشد از افعالی است که فقط به مباشر نسبت داده می شود. @@ &&& به لحاظ عرفی حقیقت است و به لحاظ لغوی این تحوز است یعنی در عرف بلا عنایة است.

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

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

&&&

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

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

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

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

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

اگر می گویند که قاعده ای داریم که الفرع لمن له الاصل ما می گوئیم این اصل در اینجا تطبیق نمی شود و اگر گفته باشد در سیره اینطور است که این سیره را در اینجا داریم که ما می گوئیم این وجدان را از سیره نداریم.

الوجه الثالث: إطلاق روايات باب الإجارة شامل لهذه الإجارة.

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

مناقشة: علی فرض ثبوت، دل علی صحة الإجارة لا مالکية المستأجر للمحوز.

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

الوجه الرابع: السيرة المتشرعية.

وجه چهارم این است که استناد به سیره متشرعه می کنند. می گوید که حيازت عمل متعارفی بوده است و اجاره بر این امر هم متعارف بوده است اینطور نبوده است که همه کارها را انسان خودش انجام دهد و امام 8 هم از سیره ردی نکرده است. به سیره متشرعه تمسک کرده اند بر صحت اجاره بر حيازت.

مناقشة: علی فرض ثبوت، دل علی صحة الإجارة لا مالکية المستأجر للمحوز.

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

اجاره را تصحیح می کند و ضمن این که اجاره را هم تصحیح نمی کند چرا که از عدم ردع امام 8 امضاء کشف نمی شود چرا که اگر اجاره صحیح نباشد معصیتی در کار نمی باشد که امام 8 ردع کند چرا که طرفین معامله نسبت به تصرف طرف مقابل در مالش، راضی می باشند.

الوجه الخامس و هو المختار: السيرة العقلائية.

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

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

کند که از اول داخل در ملک مستأجر نشده بود و بر اباحه باقی مانده بود. این از مسئله ما خارج بود و این را به مناسبت گفتیم.

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

ان قلت:

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

قلت:

ما در سیره عقلائیه گفتیم بر اساس حفظ نظام شکل می گیرد اما این بر اساس اختیار نمی باشد بلکه زندگی اجتماعی اینها را برای ایشان پیش می آورد یعنی بهترین گزینه است در یک موقعیت لذا در بحث اجاره بر حیاتِ بهترین گزینه ملکیت مستأجر است بر مال حیات شده. دقت کنید اینکه سیره عقلاء را احراز کردیم و سیره متشرعه را احراز نکردیم با توجه به ارتکازاتی است که در این زندگی در این مکان و زمان خاص برای ما شکل گرفته است می گوئیم نه اینکه با این عمل برخورد داشته ایم لذا با توجه به ارتکازاتی که در زندگی این عرف خاص زمان و مکان ما شکل گرفته است، می توانیم این سیره را احراز کنیم به خلاف سیره متشرعه که در آن زمان و مکان بزرگ نشدیم لذا ارتکازی نداریم پس این سیره متشرعه بر اجاره بر حیات برای ما روشن و احراز نشد به خلاف سیره عقلاء.

المقام الثانی: فی ملکية المحوز اذا حاز الاجير لنفسه.

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

الأقوال في المسئلة:

اقوال در مسئله چهار قول است:

القول الأول: ملك للمستأجر لأن عمل الحيازة ملك للمستأجر.

قول اول این است که ملک مستأجر است استدلال کرده اند عملية الحيازت ملك مستأجر بوده است چون عمل حيازت ملك مستأجر بوده است لذا مالی که حيازت شده است مال مستأجر است.

القول الثاني: ملك للأجير لأن مملكية الحيازة تابع للقصد و لم يقصد الإجير ملكيته للمستأجر.

قول دوم این است که ملک اجیر است چرا که گفته اند در باب حيازت تملك و ملكيت تابع قصد است تابع حيازت نمی باشد چون قصد کرده است ملكيت خودش و تملك خودش را لذا ملک خود اجیر می شود.

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

قول سوم این است که این محوز نه ملک اجیر است و نه ملک مستأجر. چرا ملک مستأجر نمی باشد چرا که قصد او را نکرده ست چرا ملک اجیر نمی باشد چرا که حيازت ملک او نبوده است و عمل حيازت مال دیگری بوده است چون در اینجا بین عمل و قصد تنافی شده

است لذا ملک کسی واقع نمی شود. این قول مملکت حیات را به قصد نسبت به کسی که صاحب منفعت است می داند.

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

قول چهارم تفصیلی است که بعضی فرموده اند و گفته اند در اجاره بر اعمال ما دو گونه اجاره داریم تارة اجیر عمل ما فی الذمه را به مستأجر تملیک می کند و تارة منفعت خودش را تملیک می کند به مستأجر، اگر عمل ما فی الذمه را تملیک کرده است آن ماهی ملک اجیر می شود اما اگر منفعت خارجی را تملیک کرده است ملک مستأجر است وجهش روشن است چرا که در آنجائیکه عمل را تملیک کرده است این عمل را تسلیم نکرده است لذا ملک خودش است و اگر منفعت را تملیک کرده باشد این عمل حیات ملک مستأجر است و وقتی حیات کرد این ماهی می شود ملک مستأجر است.

این قول چهارم در مسئله.

مختارنا: ليس دليل على هذا الأقوال لأن هذه المسئلة تابع للعرف و نحن نعتقد في عرفنا يكون للأجير.

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

ان قلت:

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

قلت:

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

ان قلت:

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

قلت:

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

ان قلت:

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

قلت:

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

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

هذا تمام الكلام في الجهة الثالثة.

الجهة الرابعة: في جريان الجعالة والوكالة في الحيازة.

آی به جای اینکه کسی را اجیر کنیم برای حیازت می توانیم که وکیل کنیم برای آنکه حیازت کند به صورت یکه بمحض اینکه حیازت کرد مال موکل باشد یا کسی را جعاله کنم بگوییم که اگر کسی برای من یک ماهی حیازت کرد به او هزار تومان می دهم به صورتی که به محض حیازت او ملک من جاعل شود یا خیر؟ آیا حیازت در وکالت و جعله می آید.

اول وکالت:

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

بعد دقت شود عده ای وارد شده اند در تحیلی حقیقت قت وکالت آیا با توحه به حقیقت وکالت آیا وکالت در حیازت می آید یا خیر؟ می دانید این روش و رویه نادرست است ؟ چرا که ما وقتی تفسیر می کنیم حقیقت وکالت که ببینیم ک وکالت در نزد عقلاء کجا جاری است از

عدم جریا و جریان وکالت می فهمی که حقیقت وکالت چه می باشد لذ باید بروزم سراغ ارتکاز عرف و عقلاء یا ادر تارتکاز عرف و عقلاء وکالت در حیات می اید ای خیر اگر آمد بر این اساس باید تفسیری ارائه دهی و اگر نیامده باید تفسیرش اراده دهیم اما اینکه داخل شوم در وکالت که حقیقت آن چه می باشد این ر دست نمی باشد. راه به جایی نمی بریم چرا که باید اول ببینم که آیا ارتکاز بر جریان وکالت در حیات است و اگر این ارتکاز را پیدا کردیم یا نکردیم می توانیم وارد شویم حقیقت وکالت. یک نکته را در مورد وکالت بگویم که در بین علماء که این ارتکاز است که وکالت در تکیینات محضه نمی آید مثلا ما کسی را وکیل قرار دهیم مثلا تو وکالتا از طرف من راه برو یا غذا بخور یا دارو مصرف کن وکالتا از طرف من ورزش کن این وکالت در امور محضه نمی آید وکالت در امور و رفتا و افعال اعتباری و تصرفات اعتباریه محضه می آید چه عقد باشد چه ایقاع باشد مثل بیع و اجاره و نکاح و مثل طالق و امثال ایها یک امروی داریم که اینها نه تکیینات محضه است و نه اعتبار محضه است مثل مسئله قبض و اقباض مثلا کس به ما بدهکار است ما کسی را وکیل می کنیم ه دین را از ظطرف ما قبض کن گفته اند که قبض نه تکیینی محض است و نه اعتباری محض لذا وکیل اگر قبض کن به منزله قبضماست و ذمه دایل پاک می شود. در حیات تکیین محض نمی باشد چرا که بحث ما در حیات مملکه اس تیعی یحازت که مملک شود نسبت به موکل از اعتباریت محضه نمی باشد یک از عقود یا ایقاعات حیات نمی باشد یک حد وسط است نه تصور و تکیین محض است و نه اعتبار محض است. تکیینی محض نمی باشد چرا که صبحت ما رد حیات مملکه است و اعتباریات محض نمی باشد چرا که از عقود و ایقاعات نمی باشد.

آیا حیات وکالت بر می دارد؟ ما با توجه به این که ارتکازات عقلائی را نکر می باشیم و بر می گردانیم به ارتکازات عرفی به نظر ما وکالت بر می دارد این نکته ای نمی باشد که در وکالت باشد به جهت اینکه گفتیم وقتی من ماهی می گیریم برای زید اگر بنا باشد عند العقلاء و عرف ملک زید شود معنایش این اسکه او سلطنت بر خودش ندارد یعنی من بدون اراده ئخواستہ

ای و الی را به اموال او اضافه کردیم این امر مرکوزی است عقرفاغ وعقلاء که افلا دبر اموال و انفس خوشات سلطنت دارند لذا اگر این ماهی را برای زید ترعا صید کردم در اینجا دذر واقع دخالت در سلطنت زید است لذات این که می گوئیم به قصد یزید گرفت م واقعا ملک زید نمی ابشد اما اگر وکالت داد به من زید که برو از طرفل من ماهی بگیرد اگر ماهی را صید کردم برای زید دذر اینجا ملکیت زید بر این ماهی تصرف در سلطنت او نمی باشد لذا من با اذن و خواسته او به وکالت او مهم نمی باشد همینکه این ماهی را گرفتم برای او بهنحوی که تصرف در سلطنت او نمی باشد چرا که به من وکالت دارد این ماهی می شود به او لذا فرق نمی کند که به او نوکالت دهم یا زن دهم یا طلب کنم که نه وکالت است و نه اذن همین که ماهی را صید کرد من می شوم مالک لذا بنابراین مشکلی که در تبرع داشتیم چون دخالت در سلطنت او بود و در اینجا دخالت در سلطنت نمی ابشد لذا با توجه به ارتکاز خودمان معقتیم که اگر وکیل کرد می شود مالک. اما وکالت یک معنای عرفی دارد این معنای عرفی شاید دقیقا نتوانیم بگوئیم معنایش چه می ابشد دقیقات از سنخ وکالت نمی باشد اما حاوی یک اذن و طلب اس و اینجا گاهی اوقات اشتباه می شد که اگر وکالت داد و حیازت در نزد عقلاء درست بود لذا وکالت در حیازت درست می باشد خیر این که حیازت &&&& ارتکاز ما که البته قطعی نم باشد این است که حقیقتا از سنخ وکالت در بیع است اما حاوی اذن و طلب اس به این جهت است که در واقع می گوئیم این وکالت درست است اینکه این وکالت درست است که اگر بعد از وکالت حیازت کرد این حیازت مملک است اما معنایش این نمی باشد که این وکالت است وکالت عقد است و این عقد نمی باشد اثر این وکالت چه می باشد؟ &&& فارقش در اینجا پیدا می شوئد که وکالت یک اثر منحصر به فرد دارد و آن اثر اینجا بار نمی شود اگر جناب موکل وکیل را عزل کرد و این وکیل قبل از این که اذن به گوشش برسد آن عمل را انجام دهد حیازت کرد آن عمل درست است. این از آثار خاص وکالت است در اینجا گفتیم که اینکه وکالت در حیازت درست است چرا که در وکالت طلب است در اینجا اگر وکیل در حیازت کردیم و بعد او را عزل کردیم

و قبل از این عزل به گوش او برسد حيازت کرد اگر گفتيم اين وکالت واقعا وکالت است اين حيازت او مملک است و الا مملک نمی باشد و چون در ارتکاز ما اين حقيقتا وکالت نمی باشد در اینجا ديگر اين حيازتمملک نمی باشد. مثل اينکه در اجاره از کلمه بيع استفاده شود مثلا بگويد که بعت منفعت سنة هذا الدار اين بيع نمی باشد از کلمه بيع استفاده شده است اما بيع نمی باشد حقيقتا لذا خياز مجلس ندارد در حالیکه خيار مجلس از خيارات بيع است در اینجا هم اگر وکیل بر حيازت کرد اگر قبلا زحيازت عزل کرد در اینجا حيازت او مملک نمی باشد در حالیکه اگر در حقيقت وکالت بود بايد اين حيازت مملک بود چرا که بطلان وکالت و عمل در وکالت متوقف بر بلوغ عزل است نه خود عزل و در اینجا.

لذا در وکالت می گوييم اين حيازت درست است و نافذ است منتها گفتيم اين حقيقتش وکالت نمی باشد اما چون مشتمل بر طل باست و اين وکالت بر حيازت مخالف با سلطنت نمی باشد گفتيم اين حيازت درست باشد.

بله احتمال دارد که وکالت که قطعا شبهه معنائيه دارد و ممکن است که اين یکی از آن موارد باشد.

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

ان قلت:

ترديد ايشان شايد در سيره باشد.

قلت: در اين صورت نمی گویند که صحيح نمی باشد.

لذا اگر بر حيازت وکیل کرديم درست است اما معنايش اين نم يابش دکه وکالت است.

اما جعالة :

مثل اینکه بگوییم اگر برای من ماهی صید کردی به تو یک دینار می دهم و به نفس حیات من جاعل مالک شوم، آیا این جعاله درست است یا خیر؟ نظر رایج بین فقهاء ما این است که یک عقد است و ایجابش از جاعل است اگر فلان عمل را برای من انجام دادی این مقدار را به تو می دهم و قبولش به قبول آن شخص نمی باشد بلکه به عمل است تا عمل را به اتمام رساند - نه شروع کرد-قبول آن ایجاب است و عقد تازه محقق و لازم می شود یعنی جناب جاعل باید آن پول را باید به عامل بدهد. اینجا هم اینطور است گفت اگر برای من یک ماهی صید کردی به تو فلان مقدار می دهم وقتی عمل او به اتمام برسد وقتی ماهی را صید کند و مملک باشد اگر به صید اذن من مالک شوم معنایش این است که عمل را انجام داده است و اگر من مالک نشوم این عمل تمام نشده است و یا از باب این ا مقذور او نمی باشد یا انجام نگرفته است معایش این اسکه مقذور نمی باشد یعنی جعاله &&& حال سوا لاین اسکه اگر این شخص ید کرد برای جاعل این صید مملک است یا خیر؟ از حرفهای قبلی روشن شد که این ردست است چرا که صید تنها یک مشکل داشت که تصرف در سلطنت دیگری باشد و در اینجا سلطنت محفوظ است و خوئدش جعل کرده است گفه است اگر صید کردی فلان مبلغ می دهم لذا تا صید کرد می شود ملک زید لذا این است که در نظر ما جعاله موثر است کما اینکه وکالت هم موثر است ام در جعاله قائلیم این از افراد جعاله است در وکالت تشکیک کردیم اما در جعاله تشکیک نمی دهم لذا بعد از صید این ماهی برای من خود صیاد نمی تواند تصرف کند و بر من جاعل لازم است که جعل را بدهم. ما خیلی دقیقا نمی توانیم حقیقت بین اذن و وکالت را بگوییم چرا که هر فارق گفته اند نقض پیدا کرده است در ارتکاز ما فرقی دارند اما این حقیقت مثل اجاره روشن نمی باشد. طلب یک انشاء است می خواهید که این کار را انجام دهد مثل طلبی که مولا از عبد می خواهد می گوید که به من پول بده. طلب یک فعلی

است. در همه صور طلب، طالب ضامن عامل است الا در مواردی که طالب یا عامل در هنگام طلب و عمل قصد مجانیت داشته باشند.

پس وکالت و جعالة بر حيازت صحيح است و اين حيازت مملک است چرا که منافات با سلطنت شخص جاعل و موکل ندارد. ضمن اين که تمام شرائط مملکيت حيازت هم متوفر است.

مرحوم خوئی در جعالة تشکيک نکرده اند و قبول کرده اند.

مسألة ۷:

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

توضیح:

ما دو اجاره داشتیم:

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

یک اجاره هم، اجاره بر اعمال بود جایی بود که شخص موجر و اجیر عملی را تمليک می کند مثلاً قرائت یک ختم قرآن یا در نماز استیجاری نماز یک سال یا در روزه استیجاری، روزه گرفتن یک ماه این عمل را تمليک می کند به مستأجر و طرف مقابل. این را می گفتند اجاره بر

اعمال که شخص تملیک می کرد این عمل را در ازاء اجرت معینی. پس اجاره یا در منافع و اعیان است یا در اعمال.

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

در انسان تملیک منفعت دو قسم است: تارة برای این که مستأجر استیفاء منفعت کند نیاز به فعل اجیر است و گاهی نیاز به فعل نمی باشد. مثلاً کتابت را در نظر بگیرید باید اجیر مشغول کتابت شود اما گاهی اوقات این اجیر لازم نمی باشد عملی را انجام دهد بدون اینکه عملی را انجام دهد منفعت خودش را تملیک می کند و خود مستأجر آن منفعت را استیفاء می کند مثال خارجی آن کم است مثلاً زنی اجیر شود برای منفعت استمتاع برای مرد این شرعاً مشکلی ندارد چرا که استمتاع دو فرد دارد حلال و حرام اما آن مرد باید از حصه استمتاع حلال آن زن استفاده کند که بعد از خواندن عقد باشد. این زن را می تواند اجیر کند برای استمتاع این مرد می تواند این منفعت را استیفاء کند بدون عملی از زن حتی زن می تواند خواب باشد و مرد منفعت را استیفاء کند. پس تارة برای استیفاء نیاز به عمل اجیر است و تارة نمی باشد.

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

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

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

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

نسبت به مکان و زمان هم اینطور است یکبار این زن که دایه است، می آید این طفل را شیر می دهد گاهی اوقات در خانه ی زن شیر داده می شود در آمدن به منزل طفل شیردادن سخت است و مقدمات صعبه ای دارد. نسبت به زمان هم باید زمانش محدد باشد در بیست و چهار ساعت هر وقت مستأجر خواست باید بیاید شیر بدهد یا زمان مشخصی اینها که موجب غرر است باید برداشته شود.

این مسئله ای است که سید در اینجا فرموده است.

تطبیق متنی:

...يجوز استيجار المرأة للإرضاع

بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنها و إن لم يكن منها فعل مدة معينة^١ و لا بد من مشاهدة الصبي الذي استؤجرت لإرضاعه لاختلاف الصبيان^٢ و يكفي وصفه على وجه يرتفع الغرر و كذا لا بد من تعيين المرضعة شخصا أو وصفا على وجه يرتفع الغرر^٣ نعم لو استؤجرت على وجه يستحق منافعها أجمع التي منها الرضاع لا يعتبر حينئذ مشاهدة الصبي أو وصفه^٤ و إن اختلفت الأغراض بالنسبة إلى مكان الإرضاع لاختلافه من حيث السهولة و الصعوبة و الوثاقة و عدمها^٥ لا بد من تعيينه أيضا.

البحث عن المسئلة:

بحث در اين مسئله:

در دو مقام بحث می کنیم:

مقام اول در ارضاع که تمليك عمل است.

^١ قيد استيجار است.

^٢ بعضی از بچه ها دندان دارند و مرضع اذيت می شود و بعضی دندان ندارد.

^٣ گاهی اوقات خود زن بچه دارد که شیر طبيعيا کم می شود و تارة بچه ندارد.

^٤ چرا که ديگر غرر معنا ندارد چرا که تمام منافع او مال مستأجر است.

^٥ مکان مطمئن است يا خير؟ خانه خودش مطمئن است.

مقام دوم در رضاع که تملیک منفعت است.

المقام الأول: فی الإرضاع الذی هو تملیک العمل.

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

نظرية المشهور فی صحة إجارة على الأعمال شرعا: لابد أن يكون العمل مقصودة عند العقلاء و محلل.

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

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

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

این حلّیت از کجا آمده است؟ آن عمل اگر عند الشارع حرام باشد این دلیل «اوفوا بالعقود» از این عقد قطعا منصرف می باشد و اگر شامل شود اختلال نظام پیش می آید ما هر عمل حرامی را که می خواهیم انجام دهیم یک عقدی بر آن می بندیم و می شود حلال. چون «اوفوا بالعقود» می گوید وفاء و عمل به عقد اجاره واجب است، امکان ندارد عملی از باب

وفاء به عقد واجب باشد و آن عمل در عین حال شرعا حرام باشد یا باید از حرمت رفع ید کنیم یا از وجوب. طبیعتا دلیل اوفوا بالعقود منصرف است از آنجائیکه عمل فی نفسه حرام است.

پس بنابراین اینها گفته اند ارضاع مقصود عند العقلاء، یک حلال دو تا اطلاق را درست کنند، شرعا صحیح است بمقتضای اوفوا بالعقود. خوب این بیانی است که به لحاظ صنعت تمام است.

مناقشتنا:

اشکال ما بر این مبناء:

الإشکال الأول: نعتقد بأن الملاك فی صحة العقد و وجوب الوفاء به شرعا، الصحة عند العقلاء.

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

الإشکال الثانی: فی الصحة العقلیة، لا یعتبر مالیه العمل.

این که مقصود عند العقلاء باشد که مالیت داشته باشد ما گفتیم در عقود مالیت آن شیء اعتبار ندارد می توانیم کسی را اجیر کنیم یا شیئی را بفروشیم که مالیت نداشته باشد مثلا

می توانیم بگوییم ده دقیقه اینجا بایست که این ایستادن مالیت ندارد در عین حال قائلیم این عقد صحیح است.

اما این که حلال باشد این را قبول داریم هر عملی که اجیر می شویم آن عمل حرام باشد عرفاً^۱ یا قانوناً یا شرعاً یا عقلاً^۲ این را عقلاء امضاء نمی کنند. این عبارت اخیری وفاء به عقد است که قبلاً گفتیم چون در اینجا اجاره بر اعمال است انجام و تسلیم عمل یعنی وفاء به عقد که این عمل فرضاً حرام است لذا وفاء به آن هم می شود حرام.

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

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

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

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

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

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

^۲ پسندیده نبودن غیر از ممنوع بودن است باید ممنوع باشد قانوناً یا عرفاً یا قانوناً یا عقلاً در این صورت این عقد را عقلاء امضاء نمی کنند.

المقام الثانی الإجارة للرضاع و هی علی قسمین:

مقام دوم اجاره برای رضاع است:

این اجاره دو قسم دارد:

القسم الأول: الإجارة للإنتفاع بلبنها: لا إشكال فی صحتها عند العقلاء لأنه منفعة محللة.

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

القسم الثانی: الإجارة بنحو یكون لبنها للطفل: محول إلى مسألة ١٢.

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

آیا این اجاره صحیح است یا خیر؟

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

این در اصل مسئله.

أما البحث في مسألة الغرر:

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

دقت کنید در باب غرر دو نظر می باشد:

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

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

غرر یعنی جهالتی که نوعاً و غالباً مورد نزاع و اختلاف شود.

ما گفتیم اولاً غرر شرعاً معتبر نمی باشد چرا که دلیلی که برای غرر گفته شده است معتبر نمی باشد.

اما اینکه عند العقلاء غرر عدمش شرط است و معامله غرری باطل است این را هم قبول نکردیم این بر می گردد به اختلاف ما با قوم در عقلاء و دستگاه.

اینها گفته اند عقلاء دستگاه معاملاتی دارند و رفته اند این دستگاه را کشف کنند.

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

غرر هم تابع عرف است و نسبی است و نسبت به مکان و زمان متفاوت است فقهاء ما هم هر چه را در عرف خود برداشت می کردند نسبت به عقلاء می دانند. امکان دارد غرر در یک عرف صحیح باشد اما در عرف دیگر اشکال داشته باشد امکان دارد در یک زمان این مقدار غرر در یک عرف ضرر دارد و در یک زمان دیگر ضرر ندارد مثلاً در یک زمان تحصیل مال راحت نمی باشد، نسبت به غرر سخت گیری می کنند و در زمانی تحصیل مال راحت است، سخت گیری نمی شود مثل معاملات شانس، در شانس تارة قیمت آن هزار و گاهی ده هزار است. باید غرر به مقداری باشد که در آن زمان و آن عرف ضرر نباشد. اگر ضرر نباشد این غرر را مخل به عقد نمی دانند.

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

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

پس شرعا دليل نداريم و عقلاء هم دستگاہی ندارند لذا بايد رجوع كنيم به عرف خودمان
در عرف ما غرر به مقدار زيادی معفو است لذا به همان مقدار می گوييم اجاره صحيح است و
لو غرری باشد.

هذا تمام الكلام في مسألة ٧.

مسألة ٨: إذا كانت المرأة المستأجرة مزوجة

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

لأن اللبن ليس له فيجوز لها الإرضاع من غير رضاه و لذا يجوز
لها أخذ الأجرة من الزوج على إرضاعها لولده سواء كان^٢ منها أو
من غيرها...

مسئله اين است كه اگر زنی مزوجه بود و خواست اجير برای ارضاع شود آیا در صحت
اجاره، اجازه شوهر معتبر است يا خير؟ اين مسئله را در دو فرع بيان می کنند:

^١ چهارشنبه ٩٨/٠٦/٢٧.

^٢ الولد.

الفرع الأول: هل نحتاج إلى إذن الزوج في صحة إيجارتها للإرضاع؟

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

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

بعد در عدم نیاز به اذن شوهر، تعلیل می آورند که این شیر ملک شوهر نمی باشد که اذن او لازم باشد حتی اگر شوهر می خواهد این زن که مادر بچه است، بچه خودش را شیر دهد می تواند ممانعت کند و بگوید که اگر اجرة دادی به این بچه شیر می دهم چرا که شیر ملک شوهر نمی باشد لذا می تواند ممانعت کند و بگوید که بچه را شیر نمی دهم الا اینکه اجرت دهی سواء کان که مادر این بچه همان زن شیر ده باشد یا زن دیگری باشد.

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

دلیل المرحوم السید فی عدم الإحتیاج إلى اذن الزوج: لأن لبنها ليس ملكا له.

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

ان قلت:

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

قلت:

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

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

این تعلیلی که آورده اند این تعلیل درست نمی باشد گفته اند این مرد مالک لبن نمی باشد خوب زن هم مالک شیر نمی باشد در حالی که در استیجار باید رضایت زوجه باشد با اینکه ملک او هم نمی باشد. عدم ملکیت و مالیت دلیل نمی شود که پس اذن لازم نمی باشد نه آن لبن ملک کسی نمی باشد بنابراین این تعلیل که ملک زوج نمی باشد لذا اذن نیاز نمی باشد، این درست نمی باشد.

مختارنا: لا یحتاج إلى إذنه.

اما اصل مطلب درست است که اذن شوهر نیاز نمی باشد چرا که معاملات ما باید عقلائا و در حقیقت عرفا درست باشد و شرعا نباید حرام باشد بله ارضاع در اینجا عرفا اجاره ای صحیح است ما در واقع گزارش می دهیم از عرفی که در آن زندگی می کنیم. این ارضاع عملی است صحیح و می تواند شیر دادن را تملیک کند و از محرمات هم نمی باشد شرعا لذا می گوئیم صحیح است عقلائا و طبق نظر فقهاء شرعا صحیح است. لذا معامله ای است که عرفا صحیح است، یک و ارضاع شرعا محرم نمی باشد، دو لذا عقلائا صحیح است، سه. اگر ما از

کسانی هستیم که دنبال صحت شرعی می باشیم به اطلاق «اوفوا بالعقود» تمسک می کنیم و اگر دنبال صحت شرعی نمی باشیم می گوئیم این عقدی است که صحیح است عقلا لا لامرین یکی اینکه عرفا صحیح است و یکی اینکه شرعا هم حرام نمی باشد.

ان قلت:

اگر ملک او نمی باشد چطور اجرت می گیرد.

قلت:

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

الفرع الثانی:

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

مقدمة: فی المراد من حق الإستمتاع: وجوب تمکینها إذا طالب الزوج.

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

مثالی در فقه:

می‌گوییم داین نسبت به مدیون حق المطالبه دارد. حق المطالبه جواز مطالبه نمی‌باشد معنایش این نمی‌باشد که جایز است که بگوید که دین من را بده چرا که این جواز مطالبه برای هر کسی است زید به عمرو مدیون است و شما می‌توانی بگویی که حق عمرو را بده مراد از حق مطالبه این است که اگر داین مطالبه کرد بر مدیون اداء دین واجب است اما اگر شخص سوم به مدیون گفت که دینت را به داین بده اداء بر مدیون واجب نمی‌باشد.

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

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

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

این مقدمه.

اما متن در فرع دوم:

...نعم لو نافي ذلك حقه

لم يجز إلا بإذنه و لو كان غائبا فأجرت نفسها للإرضاع فحضر^١
في أثناء المدة و كان^٢ على وجه ينافي حقه انفسخت الإجارة بالنسبة
إلى بقية المدة.

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

يقع البحث فی جهات:

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

^١ زوج.

^٢ الإستیجار.

الجهة الأولى: في الإحتياج إلى إذن الزوج إن كانت منافية لحق إستمتاعه: إرتكازنا يحكم به و بطلانها في عدم إذنه أو إجازته.

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

مثال:

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

سوال: لماذا يتقدم العقلاء حق الإستمتاع على حق مطالبة الأجير للعمل المستأجر؟

در اینجا سوالی مطرح می شود که عقلائا هم وفاء به عقد واجب است و هم زوج حق الاستمتاع دارد چرا حق زوج را عقلاء بر حق مستأجر مقدم می دانند؟ خوب مستأجر هم حق مطالبه عمل ارضاع را دارد و اگر مطالبه کند بر زن ارضاع واجب است. به عبارت دیگر چرا عقلاء صحت اجاره را از بین می برند و متوقف بر اذن یا اجازه شوهر می کنند و حق زوج را مقدم می کنند؟ چرا حق مستأجر را مقدم نمی دانند؟ نظیر این که من اجیر می شوم برای عملی مثلا در روز جمعه اجیر زید می شوم و بعد از دو ساعت می روم اجیر می شوم برای عمرو برای

عملی در روز جمعه فقهاء می گویند اجاره اول صحیح است و اجاره دوم باطل است در آنجا هم سوال است که چرا اجاره دوم را بر اجاره اول مقدم می کنند؟ نکته اش چه می باشد؟

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

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

این یک جهت.

الجهة الثانية: متى يبطل عقد الإجارة؟ بمطالبة الزوج أو بنفس التنافى لحقه؟ بمجرد تنافىها لحقه لأن امضاء العقلاء ليس ترتيباً.

جهت دوم این است که آیا این عقد همین که با حق الاستمتاع منافات داشت باطل است یا اگر شوهر مطالبه کرد می گوئیم این عقد باطل است؟ فرض کنید یک ماه اجیر می شود برای ارضاع و اتفاقاً در این یک ماه زوج مطالبه حق نکرد در اینجا منافات با حق زوج

دارد اما مطالبه نکرد. نه امضاء نکرده است عقد را و نه اذن داده است و مطالبه هم نکرده است. آیا علی تقدیر مطالبه، این عقد باطل است یا این که عقد باطل است الا این که اذن یا اجازه دهد؟

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

الجهة الثالثة: أ للزوج حق الرجوع فی إذنه أو إجازته؟ لا لحفظ النظام الإجتماعی.

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

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

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

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

تنبیه:

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

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

^۲ چرا که این حق از امور و احکام وضعی است و در احکام وضعی تابع عرف هستیم و این دو حق با این اطلاقی معلوم نمی باشد الان در بین عرف ما ثابت باشد و شارع هم اگر این حق را واجب کرده است چون در آن زمان عرف آن زمان این حق را به این اطلاق برای شوهر قائل بودند لذا با این بیان حرمت تکلیفی این عدم قبول استمتاع از ناحیه زوجه را بر می داریم. اینکه این روایت ممکن است مال عرف آن زمان بوده است این را در مورد آیات شریفه قرآن هم می گوییم بعضی ظهور دارد که مختص به همه مومنین در همه اعراف می باشد و بعضی فقط در مورد اصحاب پیغمبر و عرف آن زمان بوده است

مسألة ٩: لو كانت الامراة خلية

...

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

...فأجرت نفسها للإرضاع أو غيره^٢ من الأعمال

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

مرحوم سید فصلی داشت به نام «احکام عقد اجاره» که در آنجا در مسئله ٥ این بحث را داشت و در واقع این بحث تکراری است مباحث آن در آنجا گذشته است. که حاصل بحث را در اینجا خواهیم گفت.

و بعضی مجمل است. البته اگر این خطاباتی که گفته اند که این حق برای زوج است اطلاق داشته باشد این باعث می شود که این عقد اجاره باطل باشد و لو عرف این زمان این حق را قائل نباشند چرا که گفتیم اگر وفاء به عقدی شرعا یا قانونا یا عرفا ممنوع باشد، این عقد را عقلاء امضاء نمی کنند. (ب ک ا ج اس مد ٩٨/٠٦/٢٧).

^١ سه شنبه ٩٨/٠٧/٠٢.

^٢ مثل نظافت.

مقدمة:

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

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

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

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

پس ما حق المنعی نمی باشیم لذا می رویم سراغ حق الاستمتاع: فرض کنید بنا شده است که زن ساعت دو تا شش بعد از ظهر برود و بچه را شیر دهد در این زمان اگر شوهر مطالبه

کرد، زن باید حق المستأجر را مقدم بدارد یعنی طبق قرار داد ساعت دو تا شش باید برود به منزل مستأجر برای شیر دادن بچه. حق المستأجر بر حق زوج مقدم است. وجه آن چیست؟

وجه تقدم حق المستأجر على حق الزوج:

عمده ما دو وجه داشتیم:

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

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

این وجه اول.

الوجه الثانى: تقديم العلاء الحق الذى يكون سببه متقدم.

وجه دوم یک امری است که در سیره عقلاء است و آن سیره این است که در باب التزامات و معاوضات و در باب حقوق هر سببی که مقدم محقق شود از سبب حق دیگر، سبب مقدم

است که موثر است مثلاً فرض کنید من این عباء را فروختم به زید فردا می روم این عباء را می فروشم به عمرو چرا می گوئیم عقد اول درست است و عقد دوم باطل است؟ چون سبب این ملکیت، بیع است و بیع این عباء به زید در دیروز بود اما این سبب ملکیت نسبت به عمرو امروز است لذا عند العقلاء حفظاً للنظام، سبب متقدم، همیشه مقدم می شود بر سبب متأخر.

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

خوب این در معاوضات.

اما بریم سراغ التزامات:

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

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

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

در اینجا هم اینطور است در ما نحن فیه دو حق پیدا شده است یک حق از ناحیه مستأجر و یکی از ناحیه شوهر. این حق المستأجر از ناحیه عقد اجاره آمد و این حق الاستمتاع برای شوهر از ناحیه عقد ازدواج آمد اول عقد اجاره است و بعد عقد ازدواج لذا حق مستأجر مقدم می شود بر حق شوهر.

نگویید که شارع این حق را قرار داده است و این بیان شما در حق عقلائی می آید در جایی که هر دو حق عقلائی باشد، اما در اینجا یک حق شرعی است و یک حق عقلائی که حق مستأجر باشد اگر این دو حق عقلائی باشد سبب مقدم را بر موخر زمانی، مقدم می کنند. در اینجا یک حق شرعی است و یک حق عقلائی است.

درست است که یکی حق شرعی است لذا دلیلی که می گوید چنین حقی را برای شوهر قرار داده است این ارتکاز عقلاء بر تقدم حق مقدم سببی بر حق متأخر سببی در عمود زمان مانع انعقاد اطلاق می شود بر دلیلی که می گوید شوهر این حق را دارد.

فرق بین وجه اول و وجه دوم چیست؟

در وجه اول عدم اطلاق به خاطر این بود که مولا در مقام بیان نبود اما در دومی ارتکاز که یک قرینه متصل لبی است مانع انعقاد اطلاق می شود در وجه اول یعنی روایات از این حیث در مقام بیان نمی باشند اما در اینجا امام 8 در مقام بیان است اما این ارتکاز نقش قرینه متصل را بازی می کند و مانع انعقاد و شکل گرفتن اطلاق است.^۱

لذا ما به دو بیان می توانیم بگوییم که حق مستأجر مقدم بر حق شوهر می شود.
در ما نحن فیه حق الاستمتاع یک حق عرفی و عقلائی است کما اینکه حق المستأجر حق عقلائی و عرفی است.^۲

بعد مرحوم سید از حق الاستمتاع یک پله بالاتر رفته است و فرموده است اگر مباشرت زوج با زوجه برای این بچه و ارضاع مضر باشد زوجه حق دارد که ممانعت کند.

...حتی أنه إذا كان وطؤه لها مضرا بالولد منع منه.

خوب هر آنچه که راجع به حق الاستمتاع گفتیم راجع به این هم گفته می شود وجهش روشن است وطی و مباشرت حقی است برای زوج یکی از افراد استمتاع است و کلا مرد حق

^۱ اگر زن کارمندی قانون کاری به او اجازه نداد که در منزل حاضر شود و به بچه شیر دهد حکم چیست؟ در نظر عقلاء اگر ضرر زیادی متوجه بچه شود یعنی التزام عقدی ضرر زیادی داشته باشد در اینجا به شخص اجازه می دهند از وفاء به عقد شانه خالی کند اما از حیث شرعی حدیث لا ضرر وجوب وفاء به عقد را بر نمی دارد چرا که این خلاف منت بر طرف دیگر قرار داد و عقد است بعد از باب ضررین اهم و مهم می شود، باید ضرر به حدی باشد که رفع ضرر خلاف منت بر امت نباشد هم لا ضرر امتنانی است و هم لا حرج. (هم جلس در جواب سوال یکی از رفقا).

^۲ در عرف مسلمین تبعیت می کنند از حقی که شارع قرار داده است و بعد می شود حق عرفی. اما عقلاء به شارع نگاه نمی کنند بلکه یک اموری است برای تنظیم نظام دنیوی عرف که این نظامهای دنیوی را ذهنیت عرف شکل می دهد. (هم جلس).

تمام استمتاع متعارفه را دارد. در اینجا هم حق مستأجر مقدم می شود چرا که عقد اجاره مقدم است و اجیر شده است برای ارضاع کامل و اگر مباشرت با زوج داشته باشد به وظیفه اش تمام و کمال نمی تواند عمل کند. لذا زوجه می تواند از این مباشرت منع کند به همان دو بیانی که در بالا گفته شد.

اگر این دو وجه را کسی قبول نکند، باعث تزاحم بین الحقین می شود، اگر تزاحم بین الحقین شود می شود مخیر اگر حق اکثر اهمیتتا باشد، آن مقدم می شود. به لحاظ ارتکاز عرفی و مشترعه لعل حق مستأجر اهم باشد نسبت به حق زوج.

مسألة ۱۰: يجوز للمولى إجبار أمته على الإرضاع إجارةً أو تبرعاً،

قنّة^۱ كانت أو مدبرة أو أم ولد^۲

و أما المكاتبه المطلقة^۳ فلا يجوز له إجبارها بل و كذا المشروطة كما لا يجوز في المبعضة^۴ و لا فرق بين كونها ذات ولد يحتاج إلى اللبن أو لا لإمكان إرضاعه من لبن غيرها.

^۱ قنّه در مقابل قسیمش که مدبره است می باشد مدبره یعنی انت حر دبر وفاق قنّه یعنی امه محض.

^۲ که مولا از این زن بچه دار شده است این زن بعد از فوت مولا آزاد می شود.

^۳ مکاتبه ای است یعنی می گوید این مقدار پول را به من بده تا آزاد شوی منتها به هر مقداری که پول داد آزاد می شود و مکاتبه مشروطه با او شرط می کند تا تمام پول را ندادی آزاد نمی شوی.

^۴ کنیزی که مقداری از آن آزاد و مقداری از آن کنیز است.

این را سابقا گفتیم که در قدیم انسان مالک اشیاء می شد اعم از اشیاء بی جان و جاندار و از میان اشیاء جاندار هم اعم از انسان و حیوان. همانطور که انسان مالک یک شتر و اسب و گوسفند می شد، مالک یک انسان دیگر هم می شد چه آن مملوک زن باشد و چه مرد باشد. طبیعی است که این سلطنت و حقوقش بر انسان، با سایر اموال مساوی نبود مثلا اگر مالک یک گوسفند بود می توانست سر گوسفند را ببرد و بخورد اما در مالکیت بر انسان این طور نبود که بتواند سر او را ببرد و یا گوشت او را بخورد اینطور نمی باشد که ملکیتها در همه ازمان یکی باشد مثلا در زماننا هذا مالک این میز می باشید اگر این میز را آتش بزنید قانون حق این را ندارد که به شما اعتراض کند فرض کنید قیمت آن صد هزار تومان است اما در زماننا هذا یک اسکناس هزار تومانی را نمی توانید آتش بزنید به خلاف این میز که صد برابر این اسکناس قیمت داشت لذا در آن عصر هم اینطور بود که انسان که مالک انسان می شد این طور نبود که مالکیت شخص بر انسان مثل دیگر مالکیتهای او نسبت به سایر اشیاء غیر انسان، بوده باشد یک حدود و قصوری را داشت.

این یک نکته.

نکته دوم: گفتیم عقلاء بما هم عقلاء در معاملات و حقوق، سلوکی امضائی دارند امکان دارد که در یک عرفی کسی قائل باشند و در عرف دیگر این حق را برای شخص قائل نباشند مثلا امکان دارد که در یک عرفی پدر این حق را قائل باشند که بتواند دختر را به عقد دیگری در بیاورد اما در یک عرف دیگری، این حق را برای پدر قائل نباشند. امکان دارد عرف از مکانی به مکانی و از زمانی به زمانی متفاوت باشد.

در عصر ما این حق مالکیت انسان بر انسان منسوخ شده است نمی دانیم در آن زمان این حق مالک نسبت به چه چیزهایی بوده است و در زمانی که بوده است به چه مقداری بوده است یا به لحاظ عرفها چه تفاوتهایی را داشته است الان اینها را ما واقعا نمی دانیم. امکان دارد

که همین حق اجبار بر ارضاع در یک عرفی بوده است و در یک عرفی نبوده است. امکان دارد در یک عرفی حق اجبار نسبت به امه ای که اولاد دار نباشد، باشد و امکان دارد در عرفی این حق نباشد. اما این مطالبی که ایشان می گوید اگر در یک عرفی این مالکیت و سلطنت اتفاق افتاد باید ببینیم حق مولا دایره اش در آن عرف به چه مقدار است و عقلاء در چه حدی امضاء می کنند ممکن است که در یک عرفی مولا حق داشته باشد که کنیز و عبد خودش را به قتل برساند و در یک عرف این حق نباشد در عرفی که این حق است آیا عقلاء امضاء می کند یا خیر؟ نمی دانیم. لذا این مسئله محل ابتلاء ما نمی باشد اگر محل ابتلاء بود، نگاه می کردیم که در آن عرف دایره حق مولا به چه مقدار بوده است. نمی دانیم این نظام برده داری برگردد یا خیر. شاید در هزار سال آینده نظام عالم، نظام برده داری شود نمی توانیم بگوییم این چنین خواهد شد یا خیر. اما در زمان ما منسوخ است نمی گوییم منسوخ شده است تا ابد اگر در عرفی اینطور شد باید حق شوهر را در همان عرف بسنجیم.

مسألة ۱۱: لا فرق في المرتضع^۱

بين أن يكون معيناً أو كلياً و لا في المستأجرة بين
تعيين مباشرتها للإرضاع أو جعله في ذمتها...

در مباحث گذشته داشتیم که ما می توانیم یک زن را اجیر کنیم برای ارضاع یعنی شیر دادن بچه. مرحوم سید به این مناسبت فروعی را مطرح کردند یکی از این فروع مسئله یازده

^۱ سه شنبه ۹۸/۰۷/۰۹.

^۲ شیر خوار.

است می فرمایند که ما می توانیم زنی را اجیر کنیم که بچه را شیر دهد نسبت به این بچه دو صورت است:

یک صورت این است که بچه معین است زن اجیر می شود برای شیر دادن به این بچه.

یک صورت هم این است که بچه کلی است زن را اجیر می کنند که بچه ای را با این مشخصات شیر دهد مثلاً بچه ای پنجم‌ها را با این خصوصیات شیر دهد.

عقد اجاره در هر دو صورت صحیح است چرا که شرائط عقد در آن تمام است.

اما نسبت به خود زن هم دو صورت برای اجاره وجود دارد:

یکبار اجیر کنیم برای ارضاع خودش یعنی خودش شیر دهد.

یکبار می توانیم اجیر کنیم برای شیر دادن اعم از اینکه خودش شیر بدهد یا دیگری شیر دهد یعنی اجیر شده است برای عملی که جامع بین شیر دادن و تسبیب به شیر دادن است. حال آن زن دیگری که می آورد برای شیر دادن ممکن است که مستأجر این اجیر با او عقد اجاره ببندد یا جعاله ببندد یا تبرعا و مجانا از او بخواهد که شیر دهد.

پس اجیر کردن زن برای شیر دادن دو صورت دارد: صورت اول اینکه بچه معین باشد صورت دوم که بچه کلی است یعنی شما را اجیر می کنم برای شیر دادن یک بچه.

نسبت به خود مرضعه هم دو صورت است: یکبار اجیر می کنیم که خودش شیر دهد به بچه. یکبار هم اجیر می کنیم برای شیر دادن نه اینکه خودش شیر دهد چه خودش شیر دهد یا دیگری را برای شیر دادن بیاورد. هر دو اجاره ارکانش تمام است این عقدی است که عقلاً درست است.

خوب این مسئله این مقدارش روشن است و علی القاعده است.

...فلو مات الصبي في صورة التعيين

أو الامرأة في صورة تعيين المباشرة انفسخت الإجارة...

بعد سید بر این مسئله مطلبی را متفرع می کند که اگر ما زن را شش ماه اجیر کردیم که به این بچه معین که بچه زید است شیر دهد، اما بعد از گذشت سه ماه این بچه مرد این عقد اجاره چه می شود؟ یا زنی را اجیر کردیم که شش ماه خودش مباشرتاً بچه را شیر دهد بعد از گذشت سه ماه، این زن مرضعه فوت شد این عقد اجاره چه صورتی پیدا می کند؟ ایشان می فرمایند که عقد اجاره هم در فرض اول و هم در فرض دوم از اول باطل بوده است. چرا؟ به جهت اینکه این زن فکر می کرده است که قدرت بر ارضاع این بچه بعد از سه ماه را دارد به عبارت دیگر فکر می کرد که چنین منفعتی دارد که این بچه را شیر دهد بعد کشف خلاف شد و معلوم شد که فقط سه ماه می تواند شیر دهد چرا که بچه مرده بود و بچه مرده را نمی توان شیر داد یا در صورتی که خود زن بمیرد و مورد اجاره مباشرت در ارضاع و شیردادن باشد این فکر می کرد که شش ماه قدرت و منفعت شیر دادن را دارد و بعد معلوم شد که سه ماه را می تواند شیر دهد، عقد اجاره از همان اول در این دو فرض نسبت به سه ماه اول صحیح و نسبت به سه ماه دوم باطل است چه در جایی که بچه فوت شود و چه در جایی که زن مرضعه فوت شود چون در هر دو صورت کشف می کند که نسبت به سه ماه دوم، قدرت نداشته است و مالک چنین منفعتی نبوده است لذا این عقد اجاره نسبت به سه ماه درست است و نسبت به سه ماه دوم باطل است این فرضی است که سید فرموده است.

چرا گفتیم اجاره باطل است؟ چرا که عملی یا منفعتی را تملیک کرده است که آن منفعت را نداشته یا قدرت بر آن عمل نبوده است وقتی منفعت نبود یا قدرت نبود کشف می کنند که عقد اجاره از اول باطل بوده است. دقت کنید مرحوم سید تعبیر کرده است به «انفسخت»

انفساخ معنایش این است که عقد اجاره نسبت به شش ماه صحیح است و لکن نسبت به سه ماه باقیمانده بعد منفسخ می شود اما مراد سید از انفساخت بطلت است یعنی این عقد اجاره نسبت به این سه ماه از اول باطل بوده است قرینه اش بعد می آید.

این هم فرع دوم در این مسئله که این هم علی القاعده است. چرا که منفعت نداشته یا قدرت بر عمل نبوده است و در سیره عقلاء است که اگر منفعتی نباشد یا قدرت بر عملی نباشد و بر آن عقدی بسته شود آن عقد و قرار داد باطل است. مثل اینکه ما اصلاً رانندگی بلد نمی باشیم اجیر می شویم برای کسی که او را با ماشینش به تهران ببریم این اجاره از اول باطل است چرا که از اول این شخص قدرت بر رانندگی نداشته است لذا عقد اجاره در سیره عقلاء باطل است.

این هم فرع دوم در این مسئله.

...بخلاف ما لو كان الولد كلياً

أو جعل في ذمتها فإنه لا تبطل بموته أو موتها ...

فرع سوم: سید می فرمایند که اگر زنی اجیر شد بر اینکه یک بچه ای را به نحو کلی شیر دهد بچه زید نه بچه ای را شیر دهد بعد بچه زید را دادن که شیر دهد بعد از سه ماه بچه زید فوت شد در اینجا عقد اجاره باطل نمی باشد و منفسخ هم نمی شود یک بچه دیگر را می دهند شیر دهد. یا اینکه زن اجیر شده است بر شیر دادن نه شیر دادن خودش که این بچه زید شیر داده شود یا توسط خودش یا توسط غیر بعد در اثناء در سه ماه این زن فوت شود بعد می فرمایند که این عقد اجاره نسبت به سه ماه دوم منفسخ نمی شود بلکه بر ورثه است که زن دیگری را بیاورند که بچه زید را شیر دهد. این روشن است چرا که در فرض اول که بچه زید فوت شد بچه زید خصوصیتی نداشت این زن اجیر شده بود برای شیر دادن بچه و بچه زید

که مرد بچه دیگری می آورند. در فرض دوم که خود اجیر فوت شود در این جا هم همینطور دقت کردید در اینجا او اجیر نشده بود بر شیر دادن خودش اجیر بر ارضاع بود الان آنها مالک این عمل هستند در ذمه این زن ورثه می توانند این ذمه را اداء کنند زن دیگری را قرار دهند که بچه زید را شیر دهد.

...إلا مع تعذر الغير من صبي أو مرضعة.

فرع چهارم: اگر این زن اجیر شد برای شیر دادن یک بچه کلی و بچه زید بعد از سه ماه فوت شد اما بچه دیگری که شیر بخورد نیست فقط یک بچه شیر خوار بود که بچه زید بود یا اجیر شد برای شیر دادن، چه به توسط خودش چه به توسط دیگری اما بعد از سه ماه فوت شد اما زن دیگری که شیر داشته باشد دیگر موجود نمی باشد که بیاید و بچه زید را شیر دهد. خوب در ما نحن فیه سید می فرمایند در اینجا هم مثل فرع اسبق است یعنی اگر بچه یا زن دیگری نباشد این عقد اجاره باطل می باشد نسبت به سه ماه دوم. چراکه قدرت نداشته است بر شیر دادن در سه ماه دوم چرا که فقط در یک ماه قدرت بر شیر دادن داشته است اما اگر خود مرضعه بمیرد اینطور است که نه قدرت بر شیر دادن توسط خودش بود است نه قدرت بر شیر دادن بر یک مرضعه دیگر بنابراین عقد اجاره دوم باطل می شود. این هم فرع چهارم در این مسئله.

مختارنا:

اما این فرع چهارم را در این مسئله جدا جدا بررسی کنیم.

فی تعذر المرتضع: کان العقد صحیحا عند العقلاء مطلقا^۱.

مسئله اول در جایی است که مرتضع فوت می شود:

فرض اول که اجیر شد برای ارضاع یک بچه به نحو کلی که بچه زید را به او دادند و بعد از سه ماه بچه زید مرد و بچه دیگری هم که شیرخوار باشد نمی باشد. گفتند اینجا عقد اجاره باطل می شود یا عقد اجاره منفسخ می شود.

این را دقت کنید اشکال این فرض این است که ما اگر یک مالی را اجاره دادیم و مستأجر قدرت بر استیفاء نداشت - این فروض را قبل هم داشتیم - آیا عقد اجاره باطل است یا منفسخ می شود؟ گفتیم نه باطل می شود و نه منفسخ مثلا این خانه را برای سکونت به زید اجاره دادیم اما قبل از آمدن زید، زید در زندان رفت یا فوت شد یا نفی بلد شد که دیگر نمی تواند از این خانه در این بلد استفاده کند قدرتش را عقلا از دست داد اما عقد اجاره عقلا باطل نمی باشد و تا یک سال این اجاره درست است و باید اجرت سکناي این خانه را به مالک خانه بدهد این فرع هم اینطور است الان که بچه ای نمی باشد که بیاروند و این مرضعه شیر دهد این بچه وجود ندارد مثل جایی است که مستأجر نمی تواند از منفعت استفاده کند در اینجا عقد اجاره درست است اگر گفتیم عقد اجاره درست است می رویم سراغ فرع اول که اجیر شده بود که بچه زید را شیر دهد و بچه زید بعد از سه ماه می میرد و زید نمی تواند این منفعت را استیفاء کند دیگر این مشکل اجیر نمی باشد مستأجر نمی تواند استیفاء کند لذا عقد اجاره درست است. لذا ما قائلیم در این دو جا عقد اجاره درست است.

^۱ سواء كان العقد بنحو کلی أو شخصی.

فی تعذر المرضعة: العقد منفسخ لأن الأجير لا يعمل بالعقد إختياراً.

اما فرض دوم که خود اجیر فوت شود و کسی دیگری نمی باشد که بخواهد شیر دهد در این صورت که کسی نیست که بخواهد شیر دهد آیا در اینجا عقد اجاره باطل است یا باطل نمی باشد. این مبتنی بر یک مطلبی است که در سابق خواندیم و آن مطلب این بود که اگر جناب اجیر به اختیار خودش عمل را ترک کند عقد اجاره منفسخ می شود یا خیر؟ ما ها از کسانی بودیم که قائل بودیم عقد اجاره منفسخ می شود و باطل نمی باشد اینجا هم جناب اجیر می توانست وصیت کند چرا که اجیر بود برای جامع بین شیر دادن و تسبیب و یکی از موارد تسبیب وصیت است حالا که وصیت نکرده است عقد اجاره منفسخ می شود چرا که ما از کسانی هستیم که قائلیم اگر اجیر به اختیار خود عمل را انجام نداد این عقد اجاره منفسخ می شود نه این که باطل می شود -یا مستأجر حق فسخ دارد- نه به اختیار خودش این کار را کرد اگر کسی را اجیر کردیم که خیاطت کند و عمداً خیاطت نکرد ما قائلیم که عقد اجاره منفسخ می شود لذا اینکه باطل شود که سید فرمودند درست نمی باشد. یعنی در نزد عقلاء این عقد منفسخ می باشد نه باطل.

ان قلت:

اگر وصیت هم کرده بود فایده ای نداشت چرا که فرضاً مرضعه دیگری نمی باشد.

قلت:

درست است که مرضعه دیگری نمی باشد اما اثر این وصیت این است که این شخص و اجیر که الان فوت شده است در صورت وصیت به عقد اجاره عمل کرده است یعنی یک فرد دیگر را ایجاد کرده بود. مهم نمی باشد که به حال زید فایده داشته باشد یا خیر اما مهم این است که اجیر به این عقد اجاره عمل کرده است.

مثل اینکه کسی را اجیر کردید که برای شما خانه ای بسازد و قصد شما هم سکونت در خانه بود و اجیر هم خانه را ساخت و موشک به خانه خورد و تخریب شد در این صورت باید تمام هزینه ها را تمام و کمال به اجیر بدهد با اینکه به قصد خودش نرسیده است و بلکه ضرر هم کرده است چون کلی هزینه کرده است و اگر بناء از همان اول این کار را انجام نمی داد ضررش از این کمتر بود. در عین حال مستأجر عقلاً ضامن تمام هزینه ها و اجرة المسمی می باشد.

مسألة ۱۲ :

گفتیم اجاره بر دو قسم است: اجاره بر اعیان و اجاره بر اعمال.

در اجاره اعیان منفعت آن عین ملک مستأجر می شود خانه را اجاره می دهیم منفعت این خانه می شود ملک این مستأجر. اسب و ماشین و دکان را اجاره می دهیم منفعت این اعیان مال مستأجر می شود. اما اگر عینی داشته باشیم که منفعتش هم عین است مثل گوسفندی که منفعتش شیر است و شیر از اعیان است، مثل درخت که منفعتش میوه است که میوه خودش از اعیان است. چاه منفعتش آب است که آب از اعیان است. آیا ما می توانیم این اعیان را اجاره دهیم برای انتفاع به شیر، برای انتفاع به میوه، برای انتفاع به آب یا این اجاره باطل است؟ آیا می توانیم این گوسفند را که از اعیان است، برای منفعتی که شیرش است و شیر هم خودش از اعیان است، اجاره دهیم؟ آیا می توانیم این گوسفند را اجاره دهیم که جناب مستأجر منتفع شود به این شیر؟ آیا این اجاره درست است یا اجاره باطل است؟ مرحوم سید فرموده اند در نظر عرف شیر، میوه، و همچنین آب چاه از منافع است لذا می توانیم این اعیان را برای این منافع عرفیه اجاره دهیم نظیر اجاره دادن مرأة یکبار برای شیر

دادن اجیر می شود این ارضاع فعل است و این اجاره بر عمل است اما یکبار این مرأه را اجاره می کنیم برای شیرش نه برای شیر دادن. این شیر هم از اعیان است درست است که از عیان است اما اجاره اش درست است. این که جماعتی از علماء ما گفته اند که در جایی که منفعت از اعیان است این اجاره باطل است این وجهی ندارد. به جهت اینکه ما که می گفتیم باید آن عین مستأجره باقی ماند این ها که عینش از بین می رود در نظر عرف دیگر عین نمی باشد بلکه در نظر عرف شیر و میوه و آب این ها منفعت حساب می شوند لذا آن را اجاره می دهیم برای اینکه منتفع شود به شیر یا آب یا میوه.

خوب این مسئله را بخوانیم تا بعد وارد شرحش شویم:

...يجوز استيجار الشاة للبنها

و الأشجار للانتفاع بأثمارها و الآبار للاستقاء و نحو ذلك و لا يضر كون الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان لأن المنافع في المنفعة هو العرف و عندهم يعد اللبن منفعة للشاة و الثمر منفعة للشجر و هكذا و لذا قلنا بصحة استئجار المرأة للرضاع و إن لم يكن منها فعل^١ بأن انتفع بلبنها في حال نومها أو بوضع الولد في حجرها^٢ و جعل ثديها^٣

^١ به خاطر این که اجاره بر عمل که ارضاع باشد نشده است.

^٢ فرهنگ ابجدی متن ٢٠ الحُجْر- آغوش انسان؛ «نَشَأُ فُلَانٌ فِي حُجْرٍ فُلَانٍ»: فلانی در کنف و حمایت فلان پرورش یافت، حرام؛... الحِجْر- ج حُجُور و حُجُورَة و أَحْجَار: آغوش انسان

^٣ فرهنگ ابجدی متن ٢٧٨ الثَّدي- ج ثُدَيّ و ثُدَيّ و أَثْدٍ (ع ١): پستان، مترادف (الثَّديّ) است... الثَّديّ- ج ثُدَيّ و ثُدَيّ و أَثْدٍ (ع ١): پستان زن که با آن کودک خود را شیر دهد. این واژه کاربرد مذکر و مؤنث دارد. الثَّديّ- ج ثُدَيّ و ثُدَيّ و أَثْدٍ (ع ١): مترادف (الثَّديّ) است.

في فم الولد من دون مباشرتها لذلك فما عن بعض العلماء من إشكال
الإجارة في المذكورات لأن الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان و هو خلاف
وضع الإجارة؛ لا وجه له^١.

خوب تا اینجا مسئله را خواندیم و الان وارد در بحث شویم. بحث ما در کجاست؟

أقسام إجارة الأعيان:

اجاره بر اعیان. اجاره بر اعیان دو قسم است: گفتیم اجاره بر اعیان در نزد فقهاء
حقیقتش تملیک منفعت به عوض است. خوب وقتی ما منفعت یک عین را تملیک می کنیم
این دو قسم است:

القسم الأول: فيما إذا لم يكن إستيفاء المنفعة بإستهلاك مال.

قسم اول استیفاء منفعت متوقف بر اتلاف مالی نمی باشد مثل اجاره خانه کسی که در
خانه سکونت می کند خانه را اتلاف نمی کند، اسب را اجاره می دهیم استیفاء منفعت در سوار
شدن اسب است که از عین چیزی اتلاف نمی شود، کتاب را اجاره می دهیم برای مطالعه در
مطالعه عینی تلف نمی شود و فقط کتاب را مطالعه می کند. پس یکبار اجاره بر اعیان از این
قسم است که عینی تلف نمی شود.

القسم الثاني: فيما إذا كان الإستيفاء بإستهلاك مال و هذا محل الكلام.

قسم دوم از اجاره بر اعیان این است که وقتی مستأجر می خواهد منتفع شود مستلزم
اتلاف عین است مثلاً ما گوسفند را اجاره می دهیم برای انتفاع به شیرش درخت را اجاره می

^١ چون گفتیم این شیرو میوه و ماء عرفا منفعت حساب می شود.

دهیم برای انتفاع به میوه اش، چاه را اجاره می دهیم برای انتفاع به آب. مستأجر در اجاره گوسفند اگر بخواهد استیفاء کند استیفاء به خوردن شیر است که شیر را که خورد شیر تلف می شود. اگر درخت را اجاره دادیم برای انتفاع به میوه اگر بخواهد منتفع شود باید میوه را بخورد که خوردن میوه اتلاف میوه است استیفاء منفعت به اتلاف عین است. در ماء چاه هم همینطور است. در انتفاع به چاه باید آب را بخورد. هر گونه استیفاء منوط به اتلاف عین است. یکی از امثله این است که گوسفند را اجاره دهیم برای انتفاع به پشمش که به آن می رسیم. خوب حالا آیا این اجاره درست است یا باطل است؟

الأقوال فی المسئلة: البطلان و الصحة مطلقا و التفصیل.

اقوال عدیده ای در مسئله است:

یک قول این است که این اجاره مطلقا باطل است مگر در جایی که دلیل داشته باشیم مثلا در رضاع دلیل داریم اما در لبن و ثمر و ماء دلیل نداریم.

قول دیگر این است که اجاره مطلقا درست است.

قول سوم تفصیل است گفته شده است که اگر به نحو انتفاع به این امور باشد درست است اما اگر بخواهد به نحو تملک باشد یعنی بخواهد شیر و ثمر را تملک کند باطل است.

یک قول هم این است که وقتی که اجاره دادیم آن اجاره نسبت به منفعت موجود باطل است مثلا اگر در پستان گوسفند شیری است نسبت به شیر موجود این اجاره درست نمی باشد اما نسبت به شیر بعدی درست است. نسبت به میوه های روی شاخه درست نمی باشد و نسبت به ثمره ای که در آینده می آید درست است.

سید ظاهرا مطلقا تجویز کرده است.

الشبهة الموجبة الاختلاف: انعدام العين بالإستيفاء و حقيقة الاجارة بقاء

العين و استيفاء المنفعة.

مشكلة این مسئله چه می باشد در نظر آقایان؟ مشکل این است که در حقیقت اجاره باید عین مستأجره باقی بماند لذا نمی توانیم نان را اجاره دهیم برای اکل، ماء را اجاره دهیم برای شرب، هیزم را اجاره بدهیم برای سوزاندن و فرض این است که به نفس سوزاندن هیزم از بین می رود لذا باید عین مستأجره از بین نرود.

از این جواب داده اند که عین مستأجره باقی می ماند چرا که عین مستأجره خود گوسفند و درخت و چاه است و آنچه تلف می شود شیر و ماء و میوه است و اینها هم عین مستأجره نمی باشند.

خوب این مسئله محل آراء شده است. و اگر به تعلقیه عروه در این قسمت نگاه کنید می بینید تعلیقه های مختلفی است و تمام این اقوال در آنجا قائل دارد.

مختارنا: لهذه المسئلة ثلاث صور:

ما در یک مثال این بحث را پیش ببریم و انحاء این بحث را بررسی کنیم و ببینیم کدام علی القاعده درست است و کدام درست نمی باشد؟

قبل از ورود به تحقیق در مسئله اشاره شود که در حقیقت اجاره اختلاف است فعلا آن نظریه بسیار رایج بین فقهاء را مبناء قرار می دهیم آن نظریه چیست؟ که اجاره بر اعیان «تملیک منفعة بعوض» است وقتی خانه را اجاره می دهیم منفعت خانه را به مستأجر تملیک می کنیم وقتی این عباء را اجاره می دهیم منفعت این عباء را تملیک می کنم که در نظر آقایان منفعت عباء صلاحیت آن برای لبس است و منفعت خانه صلاحیت و قابلیت این خانه برای

سکني است و منفعت ماشين صلاحيت للركوب است. اين منفعت و مصلحت را ما تملیک به مستأجر می کنیم.

حالا بياييم بنابرین تعریف یکی یکی شروع به بحث کنیم. یک مثال در نظر می گیریم و بقیه امثله هم مثل این مثال است.

مثال درخت را در نظر بگیرید یکی می خواهد درخت را اجاره دهد برای انتفاع به میوه و ثمره اش یعنی جناب مستأجر بتواند هر مقدار را که می خواهد یا همه میوه های درخت را بکند و استفاده کند همین حرفهایی که در مورد درخت گفته می شود راجع به بئر و گوسفند هم می آید.

وقتی که اجاره می دهد این درخت را برای انتفاع به میوه این سه صورت دارد:

الصورة الأولى: إذا كان الإجارة على الإنتفاع فقط و كان الثمرة للمالك لا للمستأجر: فالعقد صحيح و لكن ليس بالإجارة.

صورت اول این است که اجاره می دهد فقط برای انتفاع یعنی درخت و میوه مال مالک است اما مستأجر می تواند منتفع شود به میوه یعنی هر مقدار که می خواهد بخورد یا به دیگران بخوراند.

این شق اول که می گوئیم: «ایجار الشجرة للانتفاع بالثمرة». میوه مال مالک است اما اذن می دهد که منتفع به این میوه شود.

آیا این اجاره صحیح است یا خیر؟

این را دقت کنید گفتیم حقیقت اجاره چیست؟ تملیک منفعة عین بعوض للمستأجر در این مثال این درخت باید بگوئیم قابلیت این درخت برای میوه دادن قابلیتش را تملیک می کند

به نحوی که میوه ها ملک او نمی باشد فقط قابلية الشجر للإثمار می شود ملک مستأجر اما خود میوه ها ملک مستأجر نمی شود.

منتها می تواند این صلاحیت را استیفاء کند استیفاء به این است که این میوه ها را یا بخورد یا بخوراند.

اگر گفتیم حقیقت اجاره تملیک منفعة بعوض است و اجاره به این صورت است این صلاحیت الشجر للإثمار استیفاءش به خوردن نمی باشد استیفاء به خوردن میوه نمی شود خوردن ربطی به استیفاء ندارد. این صلاحیتی است که قابل استیفاء نمی باشد لذا حقیقت این عقد، عقد اجاره نمی باشد این عقد صحیحی است اما قرارداد بسته اند به انتفاع از این میوه ها در قبال اجرت این عقد اجاره نمی باشد اما عقد درستی است. توافق کرده اند در مقابل حق انتفاع به میوه مبلغی را اخذ کند این حق انتفاع میوه را در قبال مبلغی به شخص مقابل واگذار کند.

خوردن میوه ربطی به این قابلیت شجره للإثمار ندارد. این قابلیت از قابلیت هایی است که قابل استیفاء نمی باشد.

این فرقی با بیع این است که در اینجا یک طرف معاوضه حق است اما در بیع در نظر عقلاء یک طرف آن حق نمی باشد.

در این فرض دیگر نمی تواند میوه ها را بفروشد فقط می تواند بخورد یا بخوراند.

الصورة الثانية: كان الإجارة على تمليك الثمار: هذا حقيقة بيع و صحيح.

صورت دوم معامله این است که درخت را اجاره دهد برای تملیک میوه ها یعنی به نحوی که از این اجاره ی درخت قصد می کند تملیک میوه را که میوه ها ملک مستأجر شود لذا وقتی

که ملک مستأجر شد می تواند بخورد و می تواند به دیگری دهد یا بفروشد پس اجاره می دهد به این معنا که تملیک منفعت می کند و مراد از منفعت خود میوه است خود میوه را در ازاء اجرت تملیک می کند.

قول السيد: هذا العقد إجارة و صحيحة لإن الثمار عند العرف منفعة الشجرة.

آیا این حقیقتا اجاره است یا خیر؟ ظاهر کلام سید ناظر به این قسم است که می گوید اجاره است و صحیح است و عرف این میوه را منفعت این درخت می بیند و حقیقت اجاره هم تملیک منفعة بعوض است. پس این درخت منفعت آن عرفا میوه است لذا حقیقتا میوه منفعت نمی باشد عین مستقلی است اما در نظر عرف منفعت این درخت است. لذا وقتی من اجاره می دهیم این درخت را منفعت آن را تملیک می کنم که منفعت آن میوه است. این هم صورت دوم که بگوییم منفعت را تملیک می کند در واقع میوه را تملیک می کند.

مناقشة: ليست هذه منفعة عند العرف و إن نسلم لا يكون منفعة مرادة في حقيقة عقد الإجارة.

این فرمایش اشکالش این است که عرفا میوه منفعت درخت نمی باشد منفعتی که در اجاره می گوئیم آن منفعت از اعیان نمی باشد از خصوصیات و صلاحیتها و قابلیتها است لذا اگر اجاره داد به تملیک میوه بعوض این حقیقتش بیع است. در واقع میوه ی درخت را فروخته است به این مبلغ. مشهور فقهاء گفته اند که میوه درخت را برای یکسال نمی توانند بفروشند باید حداقل میوه دو سال را باید بفروشند للتعبد بالرواية و ما خلافا للمشهور گفتیم میوه یکسال را هم می توان فروخت و آن تعبد و دلیل را قبول نکردیم. لذا این عقد حقیقتا بیع است اجاره نمی باشد و صحیح است.

این میوه مثل سکنی و رکوب نمی باشد مثل بچه گوسفند می باشد. بله سایه درخت
منفعت آن درخت می باشد.

حتی اگر بگوییم در نظر عرف منفعت می باشد، حقیقت اجاره این گونه منافع را نمی
گیرد. منافی را می گیرد که عین نمی باشد این فهم ما از حقیقت اجاره است.
این هم عقدی است درست اما حقیقتش اجاره نمی باشد و بیع است.

ما دنبال اسم نمی باشیم و دنبال حقیقت هستیم حالا اگر اشتباهها به این عقد هم عرف
اجاره گفت این مشکلی ندارد و لکن حقیقت آن بیع است.
این صورت دوم.

الصورة الثالثة: كانت الإجارة على الجامع بين الإنتفاع أو قصد التملك:

هذا العقد صحيح و لكن ليس بالإجارة.

صورت سوم این است که درخت را اجاره می دهد برای اعم از انتفاع و تملک یعنی می
تواند این میوه را بکند و بخورد و می تواند بکند و قصد تملک کند. این صورت سوم. یعنی
درخت را اجاره می دهد برای انتفاع جامع بین انتفاع استهلاکی و انتفاع تملکی. یعنی می تواند
بخورد و می تواند تملک کند و لکن ابتدائاً ملکش نمی شود بلکه در طول تملک ملکش می شود
این هم صورت سوم.

اگر قصد تملک نکرد مالک نمی شود در صورتی که بخورد ملک مالک است اما اگر تملک
کند می شود ملک خودش ما می توانیم به دیگران اذن دهیم که مال ما را تملک کنند من اذن
می دهم این عباء را برای خودتان تملک کنید و اگر شما به قصد تملک آن را برداشتید، این
عباء می شود مال شما.

این هم صورت سوم.

از بیانی که در صورت اول گفتیم معلوم می شود که بله این عقد درست است اما حقیقتش اجاره نمی باشد اما مثل صورت دوم هم نیست که باشد پول می گیرد در مقابل حق که به او واگذار می کند یکی حق التملک یکی حق الانتفاع در صورت اول فقط حق الانتفاع را تملک می کند.

جمع بندی این که سه صورت و سه فرض داریم که در هر سه صورت عقد درست است در صورت اول و سوم عقد درست است اما اجاره نمی باشد بلکه عقدی است مستقل که نه اجاره است و نه بیع اما در صورت دوم حقیقتش اجاره نمی باشد اما بیع است.

همه این بیاناتی که در مورد اجاره درخت گفتیم در مورد اجاره غنم و بئر هم می آید منتها در مورد گوسفند دو منفعت عینی غیر از شیر دارد یک پشم و یکی نتاج در مورد پشم چه به نحو حق الانتفاع باشد چه به نحو حق التملک و چه تملیک باشد در مورد ولد و پشم می آید اما در هر سه صورت ما اجاره ای نشدیم عنوانش اجاره است اما حقیقتش اجاره نمی باشد لذا در مورد پشم و نتاجش گفتیم درست است.

لذا این عقد صحیح است و اجاره نمی باشد در فرض اول و سوم عقد مستقل است و در فرض دوم حقیقتش بیع است.

(این بنا بر نظر معروف و رایج از تعریف اجاره بود که عبارت بود از: «تملیک منفعة بعوض» اما اگر بخواهیم بنا بر نظر خودمان که اجاره را یک حقیقت سیال می دانیم صحبت کنیم باید بگوییم که این اجاره از موارد شبهه معنائیه است لذا حاشیه ابهامی دارد و این مورد از موارد حاشیه ابهام آن است لذا نه می توانیم بگوییم که اجاره است در نزد عقلاء و نه می توانیم بگوییم که اجاره نمی باشد اما در هر صورت عقدی است صحیح. دقت کنید اینکه می گوییم دارای شبهه معنائیه دارد به این معنا نمی باشد که ما در هیچ عقدی نمی توانیم حکم کنیم به این که آیا این عقد اجاره است یا خیر، خیر مواردی قدر متیقن از اجاره است مثل

اینکه خانه را اجاره می دهیم یا مثل جایی که اجیر می شویم برای نماز و روزه استیجاری و مواردی هم از اجاره بیرون است قطعا مثل موارد بیع و مواردی هم است که نمی دانیم این حقیقتا اجاره است یا خیر که یکی از آن موارد محل بحث است.^۱

مسألة ۱۳: لا يجوز^۳ الإجارة لإتيان الواجبات

العينية

كالصلوات الخمس

و الكفائية كتغسيل الأموات^۴ و تكفينهم^۵ و الصلاة عليهم و كتعليم
القدر الواجب من أصول الدين^۶ و فروعه^۷ و القدر الواجب من تعليم

^۱ داخل پرائنتر از (ت ب ک نها اس مد ۹۸/۰۸/۰۷).

^۲ سه شنبه ۹۸/۰۷/۱۶.

^۳ مراد لا يجوز وضعی است یعنی لا یصح.

^۴ واجب تعبدی است.

^۵ واجب توصلی است.

^۶ مثل توحید و نبوت اما تفصیل اینها لازم و واجب نمی باشد.

^۷ واجبات و محرّماتی که در محل ابتلاء مکلف می باشد.

القرآن^۱ كالحمد و سورة منه^۲ و كالقضاء^۳ و الفتوى^۴ و نحو ذلك و لا يجوز الإجارة على الأذان^۵ نعم لا بأس بارتزاق القاضي و المفتي و المؤذن من بيت المال و يجوز الإجارة لتعليم الفقه و الحديث و العلوم الأدبية و تعليم القرآن ما عدا المقدار الواجب و نحو ذلك.

عنايت شود ما يك اجاره بر اعيان و يكي هم اجاره بر اعمال داشتيم مثلاً زيد عمرو را اجير می کند برای عملی. به زيد، مستأجر و به عمرو اجير يا موجر می گویند. بحث در ما نحن فيه در اين است كه آیا ما می توانيم اجير شويم بر اعمال واجب؟ يا به تعبير ديگر اخذ اجرت بر واجبات جايز است يا خير؟ مراد از واجبات يعنی اعمالی كه بر اجير واجب است نه بر مستأجر. مستأجر شخص را اجير می كند نسبت به عملی كه آن عمل شرعا بر اجير واجب است مثل اينكه ما زيد را اجير می كنيم برای اينكه روزه ماه رمضان را بگيرد روزه ماه رمضان بر زيد واجب است. زيد را اجير می كنيم برای اينكه نماز بخواند و خواندن نماز بر زيد شرعا واجب است. اين بحث را اجاره بر واجب می گویند يا اخذ اجرت بر واجبات می گویند. حال اين واجب تارة عینی و تارة كفائی است و اگر عینی باشد تارة تعینی و تارة تخییری است. و در جميع صور اين واجب تارة توصیلی است و تارة تعبدی است. الان محل كلام و بحث ما جميع اقسام است. آیا ما می توانيم کسی را بر عملی كه بر او واجب است اجير كنيم يا اين اجاره جايز نمی باشد

^۱ قرآن ۱۱۴ سوره دارد و تعليم همه قرآن واجب نمی باشد بلکه بخشی از آن تعليمش به مكلف واجب است كه تعليم حمد و يکی از سوره هاي كه سجده واجب ندارد، باشد.

^۲ القرآن.

^۳ نسبت به کسانی كه اهليت دارند و کسانی كه اهليت ندارند قضاوت بر آنها حرام است.

^۴ كاش می فرمودند الافتاء.

^۵ اذان اعلام واجب كفایي است بايد کسی اذان بگوید كه ديگران متوجه دخول وقت شوند. اذان صلاتي مستحب است.

یعنی باطل است؟ اعم از اینکه آن واجب، عینی یا کفائی باشد اگر عینی است تعیینی باشد یا تخییری باشد و اعم از اینکه آن واجب تعبدی یا توصلی باشد همه اینها محل بحث ماست.

مرحوم سید از کسانی است که قائل است که اجاره بر عمل واجب در جمیع اقسامش باطل است اگر ما کسی را بر عملی که بر او شرعا واجب است، اجیر کنیم آن اجاره باطل است هر نوع از واجب که باشد فرقی نمی کند، اجاره باطل است. لذا یکی از شرائط صحت اجاره این است که آن عمل مستأجر علیه نباید از واجبات شرعیه بر خود اجیر و مکلف باشد.

این بحث بسیار مهمی است به جهت اینکه در ضمن بحث نکات و استدلالات و اشکالات زیادی مطرح می شود که اینها به لحاظ علمی و سیال بودن مهم می باشند.

الأقوال في المسئلة:

قبل از ورود به جهات اشاره به اقوال کنیم:

قول اول: اجاره بر واجبات مطلقا باطل است ما اگر شخصی را اجیر کنیم بر عملی که بر او واجب است شرعا T این اجاره باطل است فرق نمی کند این واجب عینی باشد یا کفائی T تعیینی باشد یا تخییری، توصلی باشد یا تعبدی. این قول مرحوم سید است که قائل است که اخذ اجرت بر اعمال واجبه جایز نمی باشد و اجاره باطل است.

قول دوم: اجاره بر واجبات مطلقا صحیح است در همه اقسام و انواعش چه واجبات توصلیه و چه واجبات تعبدیه، چه واجبات عینیه و چه واجبات کفائیه و چه واجب تعیینی و چه واجب تخییری. این قول مرحوم صاحب جواهر و من تبع ایشان است.

قول سوم تفصیل در مسئله است. بعضی تفصیل داده اند بین واجب عینی و کفائی گفته اند در واجبات عینیه عقد اجاره باطل است اما در واجبات کفائیه عقد اجاره صحیح است .

بعضی تفصیل داده اند بین واجب توصلی و واجب تعبدی در توصلیات قائل به صحت و در تعبدیات قائل به بطلان شده اند.

بعضی بین واجب تعیینی و تخییری تفصیل داده اند گفته اند که اخذ اجرت بر واجب تعیینی لا یجوز و لکن اخذ اجرت بر واجب تخییری یجوز.
پس اقوال در مسئله مجموعاً سه قول است:

بطلان مطلقاً.

صحت مطلقاً.

تفصیل در مسئله مثل تفصیل بین عینی و کفائی که تفصیل معروفی است.^۱

لذا در مسئله ما اجماعی نداریم که بگوییم اجماع علمای امامیه بر صحت یا بطلان است با توجه به اقوالی که در مسئله موجود است لذا اگر اتفاقی در اینجا ادعا شود ثمره ای ندارد.
مرحوم محقق ثانی یعنی صاحب «جامع المقاصد» فرموده است اجماع اصحاب است بر بطلان اجاره بر واجبات. مرحوم شیخ فرموده است: مرحوم «فخر المحققین» که فرزند علامه است و از مرحوم محقق ثانی، احاطه بیشتر و بهتری به کلمات داشته گفته است در مسئله اجماعی نمی باشد لذا شیخ فرموده است به اجماعی که محقق ثانی گفته است اعتنائی نمی شود و اعتباری ندارد. و شیخ هم معتقد است که این مسئله از مسائل اجماعی نمی باشد یعنی ما در این مسئله اجماعی که بخواهیم تمسک کنیم، نداریم. این ما حصل این اقوال.

^۱ حکم تکلیفی آن بحث نمی شود چرا که مشخص است که عقد که خلاف شرع نمی باشد منتها عقد باطل است و نص خاص هم نداریم و شک هم بکنیم مجرای براءت است.

التحقيق في المسئلة:

ما در دو جهت بحث می کنیم:

جهت اول در واجبات توصليه که قصد قربت در صحت آن شرط نمی باشد و هر طور که اجیر عمل را به جا آورد کفایت می کند.

جهت دوم در واجبات تعبدیه که قصد قربت در صحت آن معتبر می باشد.

الجهة الأولى: في الواجبات التوصلية.

در این جهت که واجبات توصلیه است می رویم سراغ ادله مانعین یعنی کسانی که گفته اند اجاره بر واجبات توصلی جایز نمی باشد و اجاره باطل است و در این بحث هر زمان گفتیم واجب، مراد واجب توصلی است.

الوجه التي يستدل بها على بطلان الإجارة:

اینها به وجوهی استدلال کرده اند بر بطلان اجاره بر واجبات. اهم این وجوه را متعرض می شویم.

الوجه الأول: أن الواجب ملك الشارع ولا يثبت اذنه في تمليكه.

این وجهی است از مرحوم کاشف الغطاء بیان شده است و مرحوم شیخ هم سخن کاشف الغطاء را در این وجه پذیرفته است. مرحوم کاشف الغطاء گفته است علت بطلان اجاره بر واجبات و عدم جواز اخذ اجرت بر واجبات این است که وقتی عملی بر شخصی واجب شد آن عمل ملک خداوند می شود مثلاً اذان گفتن بر من واجب است این اذان گفتن ملک خداست ما اگر بخواهیم در یک عقد اجاره ملک غیر را به دیگری تملیک کنیم در این

تملیک اذن مالک عمل لازم است و خداوند کی چنین اذنی داده است که اعمالی که ملک خودش است به دیگری تملیک کنیم؟! مثلا اذان اعلامی که واجب توصیلی است این عمل ملک خداوند شد اگر بخواهیم این عمل که اذان گفتن باشد را تملیک کنیم -چرا که گفتیم در اجاره بر اعمال، تملیک العمل است -در این تملیک اذن مالک لازم است کی خداوند در تملیک و اجاره این عمل به ما اذن داده است؟! این اجازه را کی خداوند به اجیر داده است؟! شاهد بر این که این اجاره باطل است این است که احکام اجاره را ندارد مثلا جناب مستأجر نمی تواند از این عمل ابراء کند چرا که اگر ابراء کند از این عمل، وجوب این عمل از بین می رود؟! من کسی را اجیر می کنیم برای خیاطت بعد او را ابراء می کنیم در اینجا بر او دیگر خیاطت واجب نمی باشد. اما اگر ما کسی را برای اذان اجیر کردیم و بعد بگوییم تو را ابراء از اذان کردیم آیا بعد از ابراء ما دیگر آن عمل بر او واجب نمی باشد؟! چرا واجب نمی باشد؟! بله واجب است. لذا در واجبات این عمل ملک خداوند است و اگر بخواهیم آن را تملیک کنیم نیاز به اذن مالک که خداوند باشد داریم که فرضا دلیلی بر چنین اذنی نداریم .

این وجه اول.

مناقشة: إن كان المراد من الملكية وجوبه شرعا لا منافاة مع الإجارة وإن كان المراد ملكية الاعتبارية لا تثبت هذه الملكية عقلا.

این که شما می فرمایید این عمل واجب ملک حق تعالی است یعنی ملزم به انجام است و در صورت انجام ندادن مستحق عقوبت است و اگر مراد شما از ملک خداوند این معناست این معنا با اجاره منافات ندارد این ملکیت یعنی شرعا ملزم است که اذان بگوید. منافاتی ندارد که بر همین اذان و عملی که شرعا ملزم است اجیر شود.

اما اگر مراد این است که ملک اعتباری خداوند است ملک اعتباری نمی باشد وقتی من مکلف به اذان گفتن می شوم اذان ملک اعتباری خداوند نمی باشد اینطور نمی باشد که عقلاء

اعتبار ملکیت بر این عمل واجب کرده باشند و اما آن مطلبی را که به عنوان شاهد گفتید و گفتید که احکام اجاره را ندارد و نمی توانم ابراء کنم اجیر را این شاهد و موید درست نمی باشد خوب دقت کنید بر این مؤذن اذان گفتن واجب است از دو حیث: یکی از باب تکلیف شرعی و یکی هم از باب وجوب وفاء به عقد اجاره وفاء. به عقد اجاره واجب است. پس هم از حیث تکلیف شارع واجب است و از حیث وفاء به عقد اجاره واجب است و وقتی ابراء کرد یک تکلیف از بین رفته است و از حیث تکلیف شرعی فقط واجب است لذا اگر قبل از ابراء مستأجر اذان نمی گفت دو چوب می خورد یکی به خاطر ترک اذان یکی از باب عدم وفاء به عقد اما اگر ابراء کند و اذان نگوید دیگر به خاطر عدم وفاء به عقد چوبش نمی زنند و از باب عدم عمل به تکلیف شرعی چوبش می زنند.

لذا وجه اول و شاهد و مویدش درست نمی باشد.

دقت کنید اعتبار ملکیت برای خداوند معقول و قابل تصور است یعنی اگر در عرف مومنین چنین اعتباری کنند عقلاء هم امضاء می کنند و لکن تا الان عرف اعتبار ملکیت برای خداوند متعال نکرده است. عدم وجود، دلیل بر عدم امکان نمی باشد. مثلاً کسی هیچ مالی در دنیا ندارد اما می توانست مالک هزاران میلیارد پول باشد. عند العقلاء مگر مسجد از مالکین نمی باشد؟ بله. خوب اگر اعتبار ملکیت کنند ملک خداوند می شود کما اینکه ظاهر آیه شریفه این است که خمس غنائم ملک خداوند است. یعنی بخشی از خمس ملک خداوند است اگر در عرف مسلمین این ملکیت پذیرفته شود عند العقلاء هم امضاء می شود.

الوجه الثاني: لأن العمل الواجب غير محترم و غير المحترم لا مالية له فالإجارة عليه باطلة.

وجه دوم از مرحوم شیخ است. ایشان در این وجه فرموده است که وقتی عملی واجب می شود آن عمل دیگر فاقد احترام می باشد وقتی عملی فاقد احترام بود دیگر ما مشغول ذمه

نمی شویم ضمان در مورد یک عمل غیر محترم دیگر عقلائی نمی باشد ذمه ما دیگر در مورد عمل غیر محترم مشغول نمی شود. اینها به این مقدار اکتفا شده است که این عمل فاقد احترام است و وقتی عمل فاقد احترام شد دیگر مالیت ندارد وقتی مالیت نداشت اخذ اجرت بر آن لا يجوز.

این دلیل دومی است که از مرحوم شیخ نقل شده است.^۱

مناقشة: إن غير المحترم ما ليس ضمان في قبالة وهذا نفس المدعى و مصادرة على المطلوب.

ما تارة عدم احترام را نسبت می دهیم به یک مال و تارة نسبت می دهیم به یک عمل. اما عدم الاحترام نسبت به مال: تارة می گوئیم این مال غیر محترم است و تارة می گوئیم این عمل غیر محترم است ببینیم معنای غیر محترم چه می باشد؟ مراد از غیر محترم در اموال چه می باشد؟ گفتیم دو معنا برای غیر محترم در اموال داریم: یکی وضعی و یکی تکلیفی.

معنای تکلیف چه می باشد؟ یعنی اگر تصرف کردیم بدون اذن مالک معصیتی نکردیم و مراد از غیر محترم وضعی این است که اگر آن مال را تلف کردیم ضامن نمی باشیم. مشهور و رایج بین فقهاء این است که اگر نزد مسلمان خمری باشد که معد برای شرب است، این خمر تکلیفا و وضعاً محترم نمی باشد و اگر آن را بریزید معصیتی نکردید و ضامن نمی باشید با اینکه تصرف کردید و تلفش کردید بر خلاف یک شیشه آب است که اگر بریزید بدون اذن زید ضامنید و معصیت کردید با اینکه قیمت و مالیت آن یک هزارم آن شیشه خمر است.

و تارة می گوئید وضعاً محترم نمی باشد همین خمر در مثال مشهور اگر شیشه خمر را ریختید شما ذمه تان به قیمت این خمر مشغول نمی شود مثلاً شیشه خمر قیمتش صد هزار

^۱ مکاسب جزء ۲ ص ۱۳۵.

تومان است بعد از ریختن خمر به مالک اصلاً بدهکار نمی باشیم و ذمه ما مشغول نمی باشد مثل آلات قمار و خنزیر اگر مسلمانی یکی از اینها را در اختیار داشته باشد این محترم نمی باشد تکلیفاً و وضعاً. اگر کافر ذمی باشد یا معاهد باشد یا مستأمن باشد محترم است و الا فلا این نظر رایج بین علمای ماست.

اما برویم سراغ اعمال: بعضی از اعمال محترم نمی باشد یعنی اگر آن عمل را کسی به امر شما انجام دهد شما ضامن نمی باشید مثل ظلم کسی زید را کتک بزند این کتک زدن محترم نمی باشد مثلاً شما زورتان به زید نمی رسد اما خالد خیلی قوی است و او را اجیر می کنید که زید را بزند بعد از زدن زید شما ضامن حق الذمه خالد نمی باشید. خالد نمی تواند از شما مطالبه اجرت کند چون عملی است غیر محترم به این معنا که شما اگر به این عمل امر کنید یا کسی را بر این عمل اجیر کنید اجرتی به ذمه شما نمی آید. یا مثل قتل در ازاء اجاره بر قتل اجرتی به ذمه شما نمی آید.

حالا می رویم سراغ این استدلال. این استدلال چه گفت؟ گفت عمل واجب شرعی محترم نمی باشد. یعنی مستحق اجرت نمی باشد یعنی اخذ اجرت بر او واجب نمی باشد یعنی اجاره بر این عمل باطل است. خوب این که عین مدعا شد بحث ما در این است که آیا این ضامن می باشد؟ اجاره درست است یا باطل؟ اخذ اجرت جایز است یا خیر؟ این که می گوئید محترم نمی باشد این اول کلام است این خود بحث ماست این دلیل شما نمی تواند باشد باید برویم سراغ این که چرا محترم نمی باشد اگر کسی را اجیر کردیم که اذان بگوید چرا نباید به او اجرت بدهیم؟ چرا این اجاره باطل است؟ این را باید بگویید. پس وجه دوم هم مصادره به مطلوب است و دلیل عین مدعاست.

پس وجه اول و دوم که هر دو از شیخ بوده است و لو غیر شیخ هم بوده است نا تمام می باشد.

الوجه الثالث: أن هذه الإجارة لغو لأن المستأجر يجوز له الإلزام وإن لم أجره.

این وجه سوم از مرحوم شیخ است منتهای تقریب دومی است برای کلام شیخ که تقریب اول را در وجه دوم گفتیم و تقریب دوم را در این وجه می گوئیم. این وجه این است این اجاره لغو است و بی اثر است و اگر عقدی عند العقلاء لغو بود عند العقلاء این عقد باطل است. چرا این عقد لغو است؟ چرا که جناب مستأجر قبل از عقد الاجاره می تواند او را الزام کند بر فعل واجب مثلاً ما می توانیم الزام کنیم بر رد امانت که شرعاً واجب است یا می توانیم الزام کنیم بر رد سلام که این رد سلام واجب است حالا اگر اجیر شد بر رد سلام یا رد امانت یا بر تکفین میت اجیر شد ثمره اش چه می باشد؟! نهایتاً می خواهیم الزام کنیم بر این عمل خوب قبل از اجاره می توانستیم الزام کنیم.

مناقشة المرحوم الخوئي: أن الإلزام العقدی شیء و الإلزام الشرعی شیء آخر لهما أثر مختلفة.

مرحوم آقای خوئی از این وجه جواب داده اند که آن الزامی که قبل از عقد اجاره است آن الزام از باب امر به معروف است یک الزامی است که برای هر مکلفی ثابت است که شخص تارک معروف را می توان ملزم کرد بر انجام معروف اما الزامی که الان می آید از باب الزام به عقد است لذا:

اولاً شاید شخصی نسبت به واجبات شرعی التزام زیادی نداشته باشد اما در واجبات عقدیه شخص ملتزمی باشد یعنی اگر عقد و قرار دادی ببندد به عقد و قرار دادش پایبند می شود

و ثانيا اینکه در بحث عقد می توانیم به محاکم قانونیه و عرفیه رجوع کنیم که این شخص به التزام عقدیه خودش عمل نمی کند اما در واجبات شرعیه نمی توانیم به محاکم عرفیه و قانونیه رجوع کنیم که این شخص رد سلام نمی کند.

لذا این در ما نحن فیه اجاره بر واجبات اثر دارد و لغو نمی باشد.

نکته: هذا الوجه و الإشکال متوقف علی أن لكل مکلف ولاية علی الزام التارک علی المعروف.

این اشکال و جوابی که داده شده است با این پیش فرض داده شده است که مکلف این ولایت بر الزام را دارد که الزام کند بر انجام معروف یا بر ترک منکر. این مسئله محل اختلاف است و موکول به بحث خودش است معلوم باشد که در این وجه و اشکال بر این وجه در کلام شیخ و مرحوم آقای خوئی امری مفروق عنه بوده است که ولایت بر الزام باشد.

اینها معتقدند که اگر عقدی هیچ اثری نداشته باشد در نزد عقلاء درست نمی باشد بحث این می آید که آیا در این صورت این عقد درست است یا خیر؟ خواهیم گفت که نه می توان گفت درست است و نه می توان گفت نادرست است که انشاء الله توضیح آن خواهد آمد.

اینها از راه سفهیه نیامده اند از راه لغویت جلو آمده اند فرق است بین لغویت و سفهیه مثل اینکه یک انسان کور برود و عینک بخرد این معامله سفهیه نمی باشد چرا که متضرر نشده است و پولش هدر نرفته است و می تواند این عینک را بفروشد اما این معامله لغو است یعنی چه این معامله را می کرد و چه نمی کرد به حال او فرق نمی کرد.

الوجه الرابع: عدم السلطنة علی الواجبات.

وجه چهارم وجهی است از مرحوم میرزا. مرحوم میرازی نائینی فرموده بودند این شخص یک سلطنت شرعیه بر این فعل ندارد چرا که ایشان قائل است که سلطنت در جایی است که

بتوانیم فعل را انجام داده و یا ترک کنیم این در سلطنت تکوینی. من کی سلطنت بر تکلم دارم تکوینا؟ زمانی که هم بتوانم تکلم کنم و هم بتوانم تکلم نکنم. کی سلطنت بر راه رفتن دارم؟ زمانی که هم بتوانم راه بروم و هم بتوانم ترک راه رفتن کنم اگر یک طرف مقدور نباشد این دیگر سلطنت ندارد.

اما سلطنت شرعی: ما کی سلطنت شرعی بر شرب الماء داریم؟ زمانی که هم بتوانیم شرب الماء کنیم و هم بتوانیم شرب الماء نکنیم. شرعا کی سلطنت بر تکلم داریم؟ که شرعا بتوانیم تکلم کنیم و شرعا بتوانیم تکلم نکنیم اما در واجبات و محرمات دیگر سلطنتی نداریم چرا که در واجبات سلطنت و اجازه بر ترک نداریم و در محرمات سلطنت بر فعل را نداریم. خوب پس بنابراین وقتی من شرعا سلطنت ندارم نمی توانم بر امری که شرعا سلطنت ندارم عقد ببندم رد الایمانه شرعا واجب است لذا من سلطنت شرعیه نداریم چون شرعا نمی توانم رد الایمانت را ترک کنم و فقط باید انجام دهم و وقتی شرعا سلطنت نداشتیم لا محاله نمی توانم در این فعل اجیر شوم.

این هم فرمایش مرحوم میرزا.

مناقشة: إن كان المراد منها السلطنة التكليفية فبطلانها أول الكلام و إن كان السلطنة الوضعية لا منافاة بينهما.

مراد مرحوم میرزا از این سلطنت شرعیه یا سلطنت تکلیفیه است یا سلطنت وضعیه است. اگر سلطنت تکلیفیه باشد مراد این است که من بر فعلی می توانم اجیر بشوم که فعل و ترکش شرعا بر من جایز باشد اگر این مراد است این درست نمی باشد چرا که این اول کلام است این عین مدعاست یعنی ایشان می فرمایند که فعلی که من سلطنت تکلیفیه ندارم بر آن - که در خصوص واجب می شود فعلی که من سلطنت بر ترک آن ندارم- که عبارت اخرای این است که بر فعلی که بر من واجب است نمی توانم اجیر شوم خوب این اول کلام است که چرا

بر فعلی که بر من واجب است نمی توانم اجیر شوم. بحث ما در این است که فعلی که شرعا ترکش جایز نیست و فعلش واجب است آیا اجاره بر او صحیح است یا خیر؟ این اول کلام است.

بله من بر فعل حرام نمی توانم اجیر شوم و وجهش هم سابقا گفته شد چرا که اگر فعلی حرام باشد معنایش این است که وفای به عقد حرام است و هر جا وفای به عقد عقلا یا عرفا یا قانونا یا شرعا حرام باشد، عقلاء این عقد را امضاء نمی کنند. اما فرض در اینجا این است که این فعل حرام که نمی باشد هیچ عمل به آن واجب است.

اما اگر مراد ایشان از سلطنت، سلطنت وضعیه باشد- سلطنت وضعیه یعنی ولایت بر عقد- اگر مراد این باشد یعنی به این معنا که بر فعل و ترک وضعاً سلطنت داشته باشیم سلطنت وضعیه باشد خوب این سلطنت وضعیه که با وجوب منافات ندارد. شارع هم می تواند این عقد را امضاء کند و هم تکلیف کند این عمل را انجام بده.

لذا این وجه چهارم هم تمام نمی باشد.

الوجه الخامس: أن هذه الإجارة سفهية و أكل المال بالباطل.

این وجه را مرحوم اصفهانی در حاشیه فرموده استند که بعضی از اساتید ما فرموده اند که ظاهراً مراد ایشان از اساتید مرحوم آخوند است. این وجه این است که اگر کسی را اجیر کنم بر واجبات این معامله سفهی و اکل مال به باطل است. اما سفهی است چرا که هدف شما از عقد وجوب وفاء به عقد است و خوب این عمل قبل از عقد واجب است و اکل مال به باطل است چرا که اگر کسی بخواهد در قبال عملی که بر او واجب است و ملزم به انجام آن است اجرتی بگیرد شرعا این مصداق اکل مال به باطل است.

این هم وجه پنجمی است از استاد مرحوم محقق اصفهانی.

مناقشة: ليست بسفهيّة لإمكان الإلتزام بالعقود دون الواجبات الشرعية و أن المعاملة السفهيّة ليست بباطلة ما دام لا يكون طرف العقد سفيها.

اما سفهي نمی باشد چرا که همانطور که گفتیم قبلا خیلی ها هستند که به تکالیف شرعیه عمل نمی کنند اما التزامات عقدیه خود عمل می کنند نماز نمی خوانند و روزه نمی گیرند و شرب خمر می کنند اما وقتی عقدی می بندند بسیار ملتزم به عقد می باشند چه بسا از بسیاری از متدینین در این مسائل عقدی، ملتزمتر باشد. لذا اولاً سفهی نمی باشد.

ثانیا بر فرضی که سفهی باشد معامله سفهی باطل نمی باشد معامله سفیه باطل است ما تارة معامله سفهی انجام می دهیم مثلا من خانه صد میلیونی را به چهل میلیون می دهم و حوصله چک و چانه ندارد و می داند ارزش این خانه صد میلیون است اما سفیه کسی اس که رشد ندارد نمی تواند در معاملات درست تشخیص دهد وقتی می گویند خانه را چهل میلیون بفروش فکر می کند که دوبرابر ارزش فروخته است ارزش کالا را نمی تواند تشخیص دهد. معامله سفیه است که باطل است اما معامله سفهی باطل نمی باشد. این اولاً از جهت سفاهت لذا این عقد اجاره از این جهت مشکلی ندارد.

اما اینکه اکل مال به باطل است. دقت کنید لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل یعنی از طرق باطل بر مال استیلاء پیدا نکنید. استیلاء بر مال یا بر طریق حق است عرفاً می روم مصالحه می کنیم بیع می کنم اجاره می کنم این استیلاء از طرق حق است. عرفاً این کار درستی است. من از طریق باطل بر این خانه استیلاء پیدا نکردم. اما گاهی اوقات استیلاء ما به طریق باطل است از طریق اختلاس و سرقت و رشوه بر مالی استیلاء پیدا می کنیم این طرقی است که عند العرف باطل است در آیه شریفه دارد: «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل» ای بطرق باطله عند العرف و العقلاء معنای آیه شریفه اینطور می باشد. می رویم سراغ ملزم شما گفتید این بر این عمل ملزم است مثلاً بر رد سلام و امانت ملزم است سوال می کنیم این که ملزم است شرعاً

ملزم است یا عرفا و عقلا؟ خوب معلوم است شرعا ملزم است و الا در نزد عرف و عقلاء بر ما رد سالم لازم نمی باشد که رد سلام کنیم کسی نمی تواند ما را ملزم کند که چرا رد سلام نمی کنی. شخص می گوید که اگر می خواهی رد سلام کنم باید به من اجرت بدهی بله در مورد عملی که عرفا و عقلا ملزم است بخواهد پول بگیرد این اکل مال به باطل است مثل این مأمورین دولت اگر ملزم به انجام کار برای ما باشند و بخواهند اجرت بگیرند این اکل مال به باطل است یا اگر می خواهد کار غیر قانونی کند اما پول بگیرد و این کار را انجام دهد این اکل مال به باطل است خوب در اینجا که رد سلام عرفا و عقلا واجب نمی باشد خوب در اینجا مثلا پدر به پسر می گوید که تو جواب سلام مردم را نمی دهی برای حفظ آبرو او را الزام می کند که جواب سلام را بده و پسر می گوید اجرت بده تا رد سلام کنم در اینجا این اجاره بر رد سلام مشکلی ندارد و اکل مال به باطل نمی باشد چرا که عرفا و عقلا این پسر ملزم به رد سلام نمی باشد. در مورد هر رد سلام به او پول می دهد این هم وجه پنجم.

الوجه السادس: أن وجوب فعل على المكلف لأجل مصلحة للعامل و أخذ الأجرة على العمل الذي ليس فيه مصلحة للمستأجر أكل المال بالباطل.

وجه ششم هم که تقریبا مثل وجه پنجم است از مرحوم اصفهانی است که فرموده است بعض الاعلام فرموده اند. این بعض الاعلام فرموده اند واجبات شرعیه لاجل مصلحتی است که به خود عامل و فاعل و مکلف بر می گردد اگر رد سلام بر من واجب است به خاطر این است که این رد سلام برای من عامل مصلحت دارد، در آن مصلحتی نمی باشد که به دیگری برگردد اگر رد امانت واجب است لاجل مصلحت برای من است. همه واجبات لمصلحة برای من واجب است وقتی مصلحتی برای مستأجر نداشته باشد و بر من اجیر مصلحت داشته باشد اجاره می شود اکل مال به باطل و آیه قرآن نهی کرده است از اکل مال به باطل.

مناقشة: بعد عدم قبول وجوب التكاليف لمصلحة العبد، لم تكن هذه الأجرة باطلا عند العرف و العقلاء فلا يكون أكلها أكلا بالباطل.

جواب این وجه از جواب به وجه قبل روشن شد که مراد طریق باطل عند العرف و العقلاء و لو فرض کردیم این مصلحتی است راجع به خود این شخص آیا این طریق باطلی است مثلا ما کسی را اجیر کنیم که هر بار دارویش را بخورد به او اجرتی دهیم و لو هیچ مصلحتی برای من نداشته باشد. لذا اکل مال به باطل نمی باشد. البته این با تسلیم این است که واجب شدن فعلی لاجل مصلحة برای خود فاعل است که این را قبول نکردیم.

این ملخص وجوهی است که در بطلان اجاره گفته شد.

این وجوه تمام نمی باشد.

نکته:

قبل از ورود به مختار نکته ای را بگوییم و آن اینکه مرحوم سید از این کلامشان عدول کرده است چرا که در حاشیه بر کتاب مکاسب خلاف این کلامی را که در اینجا گفته ست فرموده اند در آنجا گفته است اخذ اجرت بر واجبات هیچ محذوری ندارد حتی اگر آن واجب واجب تعبدی یا عینی و تعیینی باشد. کسی ما را اجیر کند بر خواندن نماز ظهر و به او اجرت دهیم یعنی تو را اجیر می کنم که پنج وعده نمازت را در روز بخوانی.

البته ممکن است که این عدول از آن کتاب حاشیه است. نمی دانم عروه موخر است از حاشیه یا بالعکس.

مختارنا:

بریم سراغ مختار خودمان که صحت اجاره بر واجبات توصیلیه می باشد.

مراد از واجبات توصلیه یعنی اعمالی که بر من واجب است و قصد قربت در صحت آن شرط نمی باشد مثل رد السلام، مثل انقاذ نفس المحترمه، مثل امر به معروف، مثل نهی از منکر، مثل زکات که ما آن را واجب توصلی می دانیم، مثل خمس که ما آن را واجب توصلی می دانیم، مثل جهاد، مثل اداء كفارات، مثل اداء دین، مثل انفاق بر عیال، و... ما اگر کسی را اجیر کنیم بر واجبات توصلیه آیا این عقد اجاره صحیح است یا خیر؟ اگر در ذهن شریف شما باشد این را بارها گفتیم که علماء ما صحت و بطلان را به صحت شرعی و عرفی تقسیم می کردند به صحت شرعی و عقلائی تقسیم می کردند و بعد از این تقسیم می رفتند دنبال صحت عند الشارع. این مطلب را بارها تکرار کردیم. دقت کنید بعد اینها نسبت بین صحت شرعی و عقلائی و بطلان شرعی و عقلائی را عموم و خصوص من وجه می دانستند. این تقسیم بندی مبتنی بر این ذهنیت بوده است که عقلاء یک دستگاه معاملاتی دارند و شارع مقدس وقتی که با این دستگاه مواجهه پیدا کرده است بخشی را پذیرفته است و بخشی را رد کرده است. اما دنبال سیره عقلاء می رفتند و می گفتند عند العقلاء این عقد صحیح است؛ چرا که از سکوت شارع استفاده امضاء این دستگاه عقلائی را می کردند و می گفتند پس این عقد صحیح عند الشارع. و اگر عند العقلاء این عقد باطل باشد می گفتند شارع به سکوت خودش امضاء کرده است و لذا عند الشارع این عقد باطل است. این ساختار ذهنی علماء بوده است که فکر می کردند عقلاء بما هم عقلاء دستگاهی دارند. ما می گفتیم عقلاء بما هم عقلاء دستگاهی ندارند بلکه ما اعراف خاص را داریم که شباهتی را در دستگاه معاملاتی به هم دارند به خاطر شباهت در زندگی اجتماعی و اختلافاتی هم با هم دارند مثلاً در بعضی از اعراف هبه غیر منقول باطل است شما نمی توانید خانه یا باغ را ببخشید اما عباى خود را می توانید ببخشید و هبه کنید، در بعضی از اعراف فرقی بین منقول و غیر منقول در هبه نمی باشد در نزد آنها در بخشش، بین عبا و باغ فرقی نیست. بعد عقلاء در مقابل اعراف دو موقف داشتند: نوعاً امضاء می کردند و در موارد نادری امضاء نمی کردند هیچ زمانی خودشان اقدام و تأسیس نمی کردند. اگر کسی

مُرد اموالش مال کیست؟ به حسب اعراف خیلی فرقی می کرد عقلاء حکمی نمی کردند و عرف را امضاء می کردند. اگر عقدی در نزد یک عرف باطل بوده است عقلاء تصحیح نمی کردند بلکه این بطلان را امضاء می کردند و می گفتند باطل است اما اگر عقدی را عرف صحیح می دانستند عقلاء آنجا یا موقف امضائی داشتند یا مخالفت می کردند و امضاء نمی کردند که امثله ای را که عقلاء مخالفت می کنند را قبلاً گفتیم. دقت کنید گفتیم مخالفت می کنند نه اینکه ابطال می کنند خیر صحت عرفیه را امضاء نمی کنند به این معنا که عقد صحیحی نمی دانند نه اینکه انشاء بطلان می کنند.

حالا که این روشن شد سوال ما این است مثلاً در عرف مسلمین یک عقدی باطل بود عند العقلاء هم باطل است یعنی صحت ندارد اگر عقدی عند عرف مسلمین صحیح بود عقلاء امضاء می کنند. می رویم سراغ عرف مسلمین آیا اجاره بر واجبات توصلیه صحیح است یا خیر؟ خوب گاهی عرف مسلمین خودش زیر مجموعه هایی دارد مثل مقلدین زید که فتوا به صحت داده است در عرف این مجتهد این عقد صحیح است واقعا و تارة زیر مجموعه آن عرف مقلدین مجتهدی است که فتوا به بطلان می دهد در نزد آن عرف این عقد اجاره باطل است و این بطلان را عقلاء امضاء می کنند و تارة عرف اتخاذ حکمی نکرده اند، عقلاء هم حکمی را تحمیل نمی کنند. لذا این را دقت کنید این خیلی مهم است. خوب ما الان می خواهیم فتوا دهیم الان رفتیم روی کرسی فتوا نشسته ایم می خواهیم فتوا به صحت یا بطلان چنین عقدی دهیم که اگر یک نفر مجتهدی فتوا داد که جمعی از او تقلید می کنند و این مقلدین مقداری است که عرف را تشکیل می دهند اگر فتوا به بطلان یا صحت دهد این عقد در نزد آن عرف واقعا باطل یا صحیح است. حال که می خواهد فتوا به صحت دهد آیا این افتاء جایز است یا حرام؟ خوب افتاء بلا حجة حرام است و این مجتهد می داند که اگر به وسیله این افتاء چنین عرفی را تشکیل دهد این خلاف شرع نمی باشد چون شارع ما را ردع نکرده است از ایجاد چنین عرفی لذا دلیل حدیث برائت می گوید که ایجاد چنین عرفی مشکل ندارد. پس وقتی که می داند

این افتاء برای تشکیل عرف حرام نمی باشد این افتاء بلا علم و حجة نمی باشد^۱ لذا فتوا می دهد یصح عقد الایجار علی الواجب التوصلی. من وقتی فتوا می دهم یا عرف را تشکیل می دهد یا تشکیل نمی دهد. کی عرف تشکیل می دهد؟ وقتی عدد معتنا بهی من مقلد داشته باشم. می خواهم فتوا دهم، می خواهم ببینیم که این افتاء به صحت که به قصد ایجاد یک عرف است، صحیح است یا خیر. اما عرف شکل بگیرد یا خیر دست خداست. من می خواهم با این افتاء خودم ایجاد عرف کنم دلیل رفع ما لایعلمون می گوید این افتاء مشکلی ندارد من می خواهم عرف را شکل دهم این قول بلا علم نمی باشد من که نگفتم صحیح عند الشارع می خواهم عرف تشکیل دهم می توانم بگویم این افتاء به صحت را بدهم یا خیر؟ می توانم و این مشکلی ندارد به قصد ایجاد عرف این کار را می کنم نه اینکه در حال اخبار از صحت این عقد اجاره در نزد شارع می باشم که اخبار بلا علم شود حجت من هم دلیل برائت است. می خواهم ایجاد عرف کنم همین الان در کتاب فتوایی می نویسم یجوز عقد الایجار علی الواجبات.

ان قلت:

اگر این افتاء من برای تشکیل عرف مشکلی ندارد و دلیل من بر جواز افتاء برای تشکیل عرف دلیل برائت است. حال که این افتاء مشکلی ندارد اما تشکیل عرف به دست خداست نه به دست من. فرض کردیم که افتاء به صحت کرد و اتفاقا عرفی تشکیل نشد، مقلد نمی تواند با این اجاره معامله صحت کند چون فرضا عرفی بر صحت تشکیل نشد یعنی مجتهد در تشکیل عرف موفق نبود.

قلت:

^۱ چرا که در اینجا این افتاء در حقیقت اخبار نمی باشد و تسامحتا می گوئیم افتاء چرا که در اینجا فقط تکلم به حکم شرعی می کند و الا قصد اخبار ندارد لذا دیگر قول بلا علم نمی باشد چون سالبه به انتفاء موضوع است و اخباری در کار نمی باشد. (ت ب ک نها اس مد ۹/۰۸/۹۸).

اگر کسی معامله صحیح بکند صحت و بطلان خلاف تکلیف نمی باشد یعنی اگر معامله صحت یا بطلان کرد خلاف شرعی انجام نداده است نهایت کاری که کرده است در صورت معامله صحت با این اجاره اجرتی را بر واجب خود اخذ کرده است خوب این مشکلی ندارد چرا که فرضاً ما دلیلی بر حرمت اخذ اجرت بر واجبات توصلیه نداریم. دقت کنید اخذ اجرت بر واجبات غیر از عقد اجاره است آیا ما بر حرمت اخذ اجرت بر واجبات، دلیلی داریم؟ خیر دلیلی نداریم رجوع می کنیم به دلیل براءت می گوئیم يجوز اخذ الاجرة على الواجبات التوصلیه. خوب عامی وقتی عمل کرد اخذ اجرت او هم که حرام نبود، عرف کم کم شکل می گیرد و این عقد اجاره هم -اگر تعداد مقلدین معتنا به باشند- می شود صحیح.

^۱ خوب ما در واجبات توصلیه عرفی شدیم گفتیم اگر در عرفی این عقد اجاره صحیح بود عقلاء امضاء می کنند لذا آثار شرعی اجاره صحیح بر آن بار می شود مثلاً زید عمرو را اجیر می کند که دین خود را به خالد بدهد. اداء دین بر عمرو واجب است و این وجوب هم وجوب توصلی است اما من زید او را اجیر می کنم بر این اداء دینی که بر عمرو واجب است خوب این عقد اجاره صحیح است و آثار شرعی اجاره بر آن بار می شود. خوب آثار شرعی این عقد اجاره چه می باشد؟ اداء دین به دو وجوب بر عمرو واجب است یکی از باب وجوب اداء دین و یکی هم از باب وجوب وفاء به عقد. لذا گفتیم این عقد صحیح است و اشکالات وارد بر این صحت را قبول نکردیم.

ینبغی التنبيه على أمور:

در ذیل این جهت ما به اموری تنبیه می کنیم:

الأمر الأول: استثنائات المرحوم الخوئي على القول بحرمة أخذ الأجرة

عليها.

ما اگر قائل شدیم که اخذ اجرت بر واجبات توصلیه لا يجوز اگر قائل شدیم عقد اجاره بر واجبات توصلیه باطل است اگر به اینها قائل شدیم در این صورت اشکال ندارد که ما اجیر شویم بر فعلی که آن فعل متعلق وجوب نمی باشد اما با واجب در مصداق تطابق دارد این مطلب را مرحوم آقای خوئی در شرحشان فرموده است مثلاً واجبی است تعیینی بر من واجب است احد الامرین یا بر من انقاذ زید واجب است یا اعطاء المال به عمرو ایشان می گویند که اشکالی ندارد من بر خصوص یک امر اجیر شوم مثلاً اجیر شوم بر انقاذ ایشان فرموده اند این اجاره اشکال ندارد چرا که انقاذ بر من واجب نمی باشد. احدهما بر من واجب است انقاذ یا اعطاء المال اما اجیر می شوم بر خصوص انقاذ این اشکال ندارد. چون اشکالاتی که در اجاره و اخذ اجرت بر واجبات گفته شد در اینجا وارد نمی باشد. یا اینکه یک فرد علی البدل بر من واجب می باشد اما بر خصوص یک فرد معین اجیر می شوم مثلاً مولا گفته است: «اکرم عالماً» یک عالم را اکرام کن مخیرم که بروم که عمرو یا زید و یا خالد یا بکر را اکرام کنم و همه اینها از افراد عالم می باشند حالا شخصی این را اجیر می کند می گوید من تو را جیر می کنم بر اکرام زید ایشان فرمودند این اشکال ندارد چرا که اکرام زید بر من واجب نمی باشد آنیکه بر من واجب است یکی از اینها است اگر اجیر شدم بر یکی از اینها اشکالی ندارد یا واجب واجب کفائی است دفن زید واجب کفائی است اگر من اقدام نکنم دیگران اقدام می کنند اگر کسی من را اجیر کند من را اجیر می کند بر دفن زید چرا که در واجب کفائی تکلیف انحلالی نمی باشد بلکه تکلیف بر یکی از مکلفین به نحو فرد مردد واجب است و به اصطلاح آن مکلف فرد مردد است نه من ولی من اجیر می شوم بر دفن میت این اشکال ندارد. بله اگر کسی انجام ندهد من مکلفم اما

الان من مکلف نمی باشم احد الافراد است که مکلف است من به خصوصه اجیر می شوم برای دفن این میت.

عنایت کنید همچنین در افراد مثلا اداء دین بر من واجب است اما به زید مدیون می باشم صد دینار. صد عدد اسکناس صد دیناری دارم در مقام اداء دین هر یک از این افراد را می توانم بدهم حال کسی می آید من را اجیر می کند و می گوید دین را اداء کن به خصوص این صد دیناری اینجا اشکالی ندارد چرا؟ چرا که اداء دین با این صد دینار که واجب نبود اداء دین بر من واجب است به یکی از افراد علی التخییر خواه به یک صد دیناری یا دو پنجاه دیناری یا پنج تا بیست دیناری. اینها بر من واجب نمی باشد بلکه اداء دین فقط بر من واجب بود. لذا اینها اشکالی ندارد.

پس در واجبات توصلیه دقت شود که:

اولا اجیر شدن در واجبات توصلی اشکالی ندارد. در اخذ اجرت بر واجبات توصلیه محذوری نمی باشد.

ثانیا اگر قبول کردیم اشکال دارد در صورتی که ما او را اجیر کنیم بر اداء واجب این مشکل دارد اما اگر اجیر کردیم بر فردی که خصوص آن فرد واجب نمی باشد این دیگر اشکال ندارد این تعلیقه اول که فرمایشی از مرحوم آقای خوئی بود و ما هم قبول کردیم.

الأمر الثاني: استثناء الواجبات النظامية من الواجبات الكفائية التوصلية عند المشهور.

مشهور بین فقهای ما این است که اخذ اجرت بر واجبات توصلیه جایز نمی باشد عقد اجاره بر واجبات توصلیه باطل است. یک مورد را مشهور استثناء کرده اند آن مورد کدام است؟ موردی است که اسمش را گذاشته اند واجبات نظامیه. مراد از واجبات نظامیه عبارت

است از عملی که حفظ نظام اجتماعی و معیشت مردم متوقف بر آن است. مثلا اگر مردم بخواهند نظام اجتماعی آنها حفظ شود نیاز به طبیب دارند این طبابت می شود واجب توصلی نظامی. مثل نانوائی اگر در اجتماع نانوائی نباشد نظام اجتماعی مختل می شود. یا رفتگر اگر در یک جامعه رفتگر وجود نداشته باشد نظام اجتماعی مختل می شود نیاز است به عمل رفتگری یعنی کسانی باشند در جامعه که این عمل را اتیان کنند. تقریبا تمام مشاغل اینطور می باشند کم حرفه ای است که اگر در جامعه نباشد نظام اجتماعی مختل نشود مثل گل فروشی که ظاهرا اینطور نمی باشد. اگر اصلا گل فروشی نباشد آیا نظام اجتماعی مختل می شود؟! واجبات اجتماعی از افراد واجب کفائی می باشند اما اینطور نمی باشد که همه افراد واجبات کفائیه از افراد واجبات نظامیه است. گفته اند بر واجبات نظامی اخذ اجرت جایز است. مثلا طبابت می کنیم و پول می گیریم و رفتگری می کنیم و پول می گیریم و معلمی می کنیم و پول می گیریم و ... مشکلی ندارد.

چرا این را استثناء کرده اند؟ چرا که گفته اند در این واجبات نظامیه، حفظ نظام اجتماعی موقوف بر انجام این اعمال است موقوف بر اصل عمل است اما موقوف بر انجام این اعمال مجانا نمی باشد درست است که از واجبات کفائیه است اما اخذ اجرت در اینها مخل به نظام اجتماعی نمی باشد بلکه اگر بخواهیم پول ندهیم اخلال نظام می شود اگر کسی پول ندهد کسی رفتگری نمی کنند طبابت نمی کند بلکه در اینجا برای حفظ نظام اجتماعی این عمل محترم است و از مالیت ساقط نمی باشد اگر این عمل را از مالیت ساقط کردیم الان نظام اجتماعی مختل خواهد شد.

مختارنا:

ببینیم آیا این فرمایش تمام است یا خیر؟

این را دقت کنید در حفظ نظام اجتماعی دو مبناء است:

إذا قلنا بحرمة الإخلال في النظام المعيشي فقط فمعناه إنكار الواجبات التوصلية فعدم الإشكال واضح.

یکی اینکه اخلاق به نظام اجتماعی حرام است اما حفظ نظام اجتماعی واجب نمی باشد یعنی اگر در نظام اجتماعی اخلاق ایجاد کنم اخلاق از محرمات است اما لازم نمی باشد این نظام اجتماعی را حفظ کنم مثلاً اگر طبابت نکنم این نظام اجتماعی مختل می شود لازم نمی باشد که بروم و طبابت کنم و لازم نمی باشد بروم و نانوائی کنم... آن که بر من حرام است اختلال نظام اجتماعی است اما حفظ لازم نمی باشد اگر ما قائل به این قول شدیم که شدیم گفتیم آنچه که ما دلیل داریم آن است که اخلاق به نظام اجتماعی از محرمات است و آن هم دلیل ما لفظی نمی باشد یک استذواق است اما حفظ نظام اجتماعی واجب نمی باشد اگر رفتگری بلام لازم نمی باشد بروم و رفتگری کنم. لذا حفظ نظامات اجتماعی بر من واجب نمی باشد. اگر اینطور باشد دیگر ما چیزی به نام واجبات نظامیه نداریم. چون آن که در شریعت مقدس تکلیف داریم حرمت اخلاق به نظام اجتماعی است اما حفظ نظام اجتماعی دلیلی بر وجوب آن نمی باشد الان جامعه نیاز به نانوا و راننده و مهندس و طبیب و ... دارد و من که توانایی یکی از این کارها را دارم بر من واجب نمی باشد که متصدی شوم. ما از کسانی هستیم که قائلیم اخلاق به نظام اجتماعی حرام است اما حفظ نظام اجتماعی واجب نمی باشد.

کسانی که قائل شدند به تحریم و حرمت اخلاق در نظام اجتماعی دو دسته می باشند:

مشهور: اینها قائلند این اخلاق به نظام حرام است مطلقاً یعنی این اخلاق چه فعلی باشد چه شأنی باشد مثل اینکه اگر من در وسط روز از چراغ قرمز رد شوم ترافیکی ایجاد می شود که چند ساعت طول می کشد این اخلاق فعلی است و یک اخلاق شأنی دارم اگر من عبور کنم هیچ ترافیکی ایجاد نمی شود اما این فعل شأنیت اخلاق را دارد یعنی اگر همه اینکار را بکنند این

نظام عبور و مرور جامعه مختل می شود پس عبور از چراغ قرمز تارة مخل به اخلاص فعلی و تارة مخل به اخلاص شأنی است مشهور بین فقهاء این است که هر دو قسم آن حرام است.

ما ها از کسانی هستیم که گفتیم یک حصه آن حرام است و آن هم مخل به اخلاص فعلی می باشد اما اگر مخل به اخلاص شأنی باشد یعنی اگر دیگران هم این رفتار را در پیش بگیرند مخل به نظام اجتماعی می شود اما همه این قانون را رعایت می کنند. ما این اخلاص شأنی را حرام نمی دانیم و گفتیم دلیلی بر حرمت ندارد لذا اگر رعایت نکند قانون را رعایت نکرده است و مخالفت کرده است و معصیت قانون کرده است اما معصیت الهی نکرده است.^۱

لذا در نظر مرحوم آقای خوئی کسی از چراغ قرمز عبور کند معصیت الهی کرده است چرا که موجب اخلاص شأنی شده است بخلاف ما که گفتیم اخلاص شأنی حرام نمی باشد آنچه که حرام است ایجاد اخلاص فعلی است.

همه دلیلشان در وجوب حفظ نظام یا در حرمت اخلاص، و اینکه این حرمت شأنی است یا فعلی است، همه و همه دلیلشان فقط استذواق است.^۲

پس سه عنوان داریم:

یکی حفظ نظام معیشتی و اجتماعی است.

^۱ آقای می گفت من بلیط هواپیمایی داشتم که مال دیگری بود و مال من نبود مثلاً مال زید بود از من پرسید این بلیط مال شماست گفتم مال زید است نگفتم مال من است که دروغ بشود. آن شخص هم متوجه شده بود دوباره سوال کرد که مال شماست؟ گفتم مال زید است. آن شخص گفت: تو نمی خواهی تخلف کنی ما چرا تخلف کنیم؟ گفتم که من اگر بگویم مال من است معصیت الهی کردم و لکن اگر تو نادیده بگیری تخلف قانون کردی و خیلی فرق است بین معصیت الهی و تخلف قانون. (اس مد هم جلس).

^۲ اینکه حفظ نظام واجب است شرعاً این را از احکامی که شارع در باب مجازات اجتماعی مثل حدود وضع کرده است گفتیم که مدلول التزامی آنها این است که در نظر شارع حفظ نظام واجب است. اما این حدود را الان جایز نمی دانیم چرا که در حدود اذن امام را لازم می دانیم و امام اذن نداده است و یا اذن امام علی الاقل ثابت نمی باشد. اگر امام اذن ندهد کسی حق حد زدن به شارب الخمر ندارد. (ب ک اس مد).

یکی حرمت اخلاص مطلقا.

یکی حرمت اخلاص فعلى.

ما ها اخصى هستيم فقط قائل به حرمت اخلاص فعلى هستيم.

پس ما اصلا واجبات نظاميه را قائل نمى باشم.

إذا قلنا بوجوب حفظ النظام المعيشى:

اما اگر قائل شدیم به اینکه حفظ نظام اجتماعى واجب است:

إذا قلنا بجواز أخذ الأجرة على الواجبات التوصلية فجوازه أيضا واضح.

تارة گفتیم اخذ اجرت بر واجبات توصليه جايز است خوب واضح است اخذ اجرت بر واجبات نظاميه بلا اشكال است و عقد اجاره هم صحيح است.

إذا قلنا بعدم جواز أخذ الأجرة عليها فلا إشكال فيه ههنا لعدم مجيء دلائل المنع

المذكورة فى المقام.

اما اگر قائل به این شدیم که اخذ اجرت بر واجبات توصليه جايز نمى باشد و عقد اجاره باطل است. آیا این اجاره بر واجبات نظاميه صحيح است یا خير؟ آیا اخذ اجرت بر واجبات نظاميه جايز است یا خير؟

آن وجوهى که برای بطلان گفته شده است در این صورت در واجبات نظاميه نمى آید مثلا یکی از وجوه این بود که واجبات، ملک خداوندی است و ما نمى توانیم ملک غیر را به دیگری تمليك کنیم این دلیل را مرحوم کاشف الغطاء فرموده بودند، این دلیل اگر درست باشد - که نیست- این دیگر در واجبات نظاميه نمى آید چرا؟ چون که وقتى ملک مولاست و نیاز به اذن مولاست خود مولا اذن داده است در اخذ اجرت مثل اینکه شما اذن دهید که خانه مرا اجاره بدهید در اینجا بعد از اذن این اجاره درست است. دلیل ما بر اذن سیره قطعیه است در

زمان ائمه% بر همه واجبات نظامیه پول می گرفتند بقاء پول می گرفت و طبیب پول می گرفت و ...

پس بنابراین عنایت شود اولاً واجبات نظامیه را قبول نکردیم ثانیاً اگر قبول کنیم اخذ اجرت بر واجبات توصلیه را گفتیم اشکال ندارد. ثالثاً اگر گفتیم اجاره بر واجبات توصلیه باطل است در واجبات نظامیه نمی گوئیم چرا که ادله ای که ذکر کرده اند در بطلان اخذ اجرت بر واجبات توصلیه در اینجا نمی آید.

الأمر الثالث: عدم مجيء أدلة المنع التي مضت ذكرها في الإجارة على المستحبات.

امر سومی که می گوئیم این است که این ادله ای که اقامه کرده اند بر بطلان اجاره در واجب توصلی در مستحبات دیگر این ادله نمی آید مثلاً یکی از مستحبات تلقین میت است اگر کسی را اجیر کنند بر تلقین میت آن ادله ای که در عدم جواز اخذ اجرت بر واجبات توصلیه آمد دیگر در اینجا نمی آید لذا اگر ما کسی را اجیر کردیم بر تلقین میت این مشکلی ندارد. مثلاً اگر گفتیم تعلیم ادبیات مستحب است دیگر آن ادله نمی آید و اجاره بر آن مشکلی ندارد.

الأمر الرابع: بطلان عقد الإجارة على فعل المحرمات لأن الوفاء بها ممنوع إما عرفاً إما عقلاً إما شرعاً إما قانوناً.

در اینجا بحث کردیم در اخذ اجرت بر واجبات اما اخذ اجرت بر فعل حرام آیا این جایز است یا خیر؟ مثلاً کسی را اجیر کنیم بر حمل خمر می دانید که حمل خمر برای شرب حرام است. یا کسی را اجیر کنیم برای خواندن غناء یا کسی را اجیر کنیم بر ضرب دیگری آیا عقد اجاره بر این امور حرام صحیح است یا خیر؟ آیا اخذ اجرت بر این امور جایز است یا خیر؟ گفتیم که این مسلم است که چنین عقد اجاره ای باطل بوده و اخذ اجرت- بر این امور جایز

نمی باشد. چرا؟ چون که گفتیم هر جا وفاء به عقد - که در عقد اجاره انجام عمل است- اگر وفاء به عقدی ممنوع شد به یکی از ممنوعیتهای چهارگانه شرعی (شرع مکلف)، عرفا (عرف مکلف)، قانونا یا عقلا هر گاه به یکی از این ممنوعیتهای ممنوع شد عقلاء آن عقد را دیگر امضاء نمی کنند لذا اگر زنی را اجیر کنیم که در حال حیض کنس مسجد کند که این کنس مستلزم عمل حرامی است که توقف در مسجد است عقلاء دیگر این عقد را امضاء نمی کنند دلیلش هم با خودش است که با اندکی تأمل روشن می شود.

الجهة الثانية: أخذ الأجرة على الواجبات التعبدية و قبل الورود يجب التنبيه على نكتتين:

دقت کنید قبل از اینکه وارد بحث شوم دو نکته را ذکر کنیم:

النکة الأولى: المراد من العبادة، المعنى الإصطلاحي و هو عمل يشترط في صحته إتيانه قُربًا.

نکته اول: عبادات که می گوئیم معنای فقهی و اصطلاحی مراد است نه معنای عرفی که پرستش است. در معنای فقهی یعنی عملی که شرط صحت آن این است که به نحو قربی انجام شود و لو پرستش نباشد در فقه وضوء و تیمم و غسل از عبادات است با اینکه اینها پرستش و بندگی خداوندی نیستند. لذا عبادات در فقه به معنای تعبدیات است یعنی اعمالی که در صحت آنها قربیت شرط است.

النکته الثانية: أعمية هذا البحث من جهتين:

نکته دوم: این بحث ما نحن فيه در جهت دوم از دو جهت از بحث اول اعم است:

الجهة الأولى: يشمل البحث حتى المستحبات.

جهت اول این است که بحث اول در خصوص واجبات بود اینجا در بحث تعبدیات اعم از این که آن عمل تعبدی واجب یا مستحب باشد بحث می کنیم اگر کسی اجیر شد بر عمل عبادی مستحب داخل بحث است اما به خلاف جهت اول که در خصوص واجبات بود.

الجهة الثانية: يشمل البحث الأجیر غیر المكلف.

جهت دیگر در اینکه این بحث ما نسبت به بحث قبلی اعم است این است که در واجبات توصلی بحث ما در جایی بود که عمل بر خود اجیر واجب بود می گفتیم آیا این اجاره بر عمل واجب جایز می باشد یا خیر؟ باطل است یا صحیح؟ اما در مانحن فيه مورد اجاره اعم است از اینکه بر خود اجیر مطلوب باشد یا خیر. مثلاً کسی را اجیر می کنیم که برای میت روزه بگیرد یا نماز بخواند خوب به روزه و نماز از طرف میت که مکلف نمی باشد در عینی که تکلیف ندارد بحث می کنیم که اگر کسی را بر یک عمل قربی و عبادی اجیر کردیم آن عمل باطل است یا خیر و لو آن عمل از مکلف مطلوب نباشد.

بله می توانیم شخصی را اجیر کنیم بر عمل عبادی که بر خود واجب است اما لازم نمی باشد به خلاف توصلیات که بحث ما در واجباتی بود که بر خود اجیر واجب است.

از این جهت هم اعم است.

اما اصل مطلب:

آیا اجاره بر عمل تعبدی و عبادی صحیح است یا خیر؟ سواء كان عمل عبادی بر خود اجیر واجب باشد یا خیر؟ ما کسی را اجیر کنیم که نمازهای یومیه خودش را بخواند آیا این عقد اجاره درست است یا خیر؟ با این فرض که اجاره بر واجبات مشکلی ندارد و انما الکلام و مشکل در عبادی بودن آن است. یا اجیر کردیم که بر پدر ما نماز بخواند.

الشبهة العويصة في صحة هذه الإجارة: لا تجتمع القربة مع الأجرة.

اشکالاتی را مطرح کرده اند اما اشکال مربوط به بحث ما یک اشکال بیشتر نمی باشد و آن اینکه قربیت و عبادیت با اخذ اجرت جمع نمی شود یعنی اگر کسی اجیر شد و در مقام عمل عقد اجاره نماز خواند یا روزه گرفت این روزه و نماز قربی نمی باشد و نماز و روزه غیر قربی باطل است چرا که قربیت شرط صحت نماز و روزه می باشد حالا که این روشن شد چرا با قربیت نمی سازد؟ اجیر چرا نمازی که اجیر شده است می خواند؟ برای این که پول گیر او بیاید اجرة به دست او برسد اگر نماز و روزه را اتیان نکند یا به او اجرت نمی دهند یا اجرتی که داده اند پس می گیرند لذا برای این که به اجرت و پول برسد نماز می خواند و الا نماز خودش را نمی خواند لذا نماز می خواند و روزه می گیرد که به او پول دهند لذا این عمل نمی تواند قربی باشد این شخص برای پول نماز می خواند و وقتی عمل غیر قربی شد می شود باطل چرا که شرط صحت عمل تعبدی این است که ان یكون علی وجه القربی. این عمده اشکال ماست. این اشکالی بوده است که از قدیم مطرح بوده است و دائما علما سعی کرده اند این را جواب دهند و ظاهرا این روند جواب دادن ادامه دارد چرا که به یک جوابی که همه اتفاق داشته باشند هنوز نرسیده اند.

این را دقت کنید این عویصه ای است که خیلی وقت طول کشیده است لذا مشخص است که مشکل جدی است چرا که اگر جدی نبود حل می شد همینکه مطلبی مدت طولانی مورد مباحثه است نشان می دهد مشکل اساسی است. برویم سراغ جوابها:

الجواب الأول من جماعة منها المرحوم السيد الخوئي: أن الأخذ للعمل بالواجبات منها الوفاء بالعقد، قربيّ.

جواب اول از جماعتی من جمله مرحوم خوئی و مرحوم سید است:

گفته اند که اگر کسی نماز خواند برای عمل به وجوب وفاء به عقد چرا که وفاء به عقد واجب است، برای تسلیم مال مردم به مردم که تسلیم عمل است و عمل نماز و روزه است و جناب مستأجر مالک این نماز و روزه در ذمه من است. خوب می دانید که تسلیم عمل و تسلیم مال شرعا واجب است اگر به خاطر عمل به این تکلیف شرعی نماز را اتیان کند یا برای اینکه پولی که می گیرد حلال باشد یا مدیون به دیگران نباشد این عمل می شود قربيّ چرا که لله است و برگشت به الله است چون خداوند وفاء به عقد را واجب کرده ست من نماز می خوانم چون خداوند تسلیم عمل را واجب کرده است من نماز می خوانم برای این که تصرفم در این مال حلال باشد من نماز می خوانم و روزه می گیرم پس بنابراین این عمل من لله است چون برای امتثال وجوب وفاء شرعی است و وجوب تسلیم عمل است. این وجه اولی است که گفته شده است.

مناقشتان:

بر این وجه دو اشکال است:

المناقشة الأولى: أن الجواب اخص و لا يشمل الجعالة التي ليس الوفاء بها واجبة.

اشکال اول این است که این بیان شما در جعاله نمی آید کسی گفت هر کسی برای من نماز و روزه یکسال گرفت این مبلغ را می دهم وقتی من عمل می کنم به داعی امتثال تکلیف

است؟ خیر من در باب جعاله تکلیف به وفاء به عقد و تسلیم به عمل ندارم. لذا بنابراین بیان شما در مثل جعاله نمی آید بلکه در اجاره که وفاء به عقد و تسلیم عمل واجب است می آید. این اشکال اول که این کلام شما علی تقدیر صحت در بحث جعاله نمی آید.

ان قلت:

آقای خوئی می گویند که این نماز من برای عمل به عقد اجاره است خوب باید در مقام قبل این اجاره صحیح باشد که من در وفاء به آن لله به آن عمل کنم و نماز بخوانم. اگر شما بگویید قبل از عقد، عقدی خوانده نشده است.

قلت:

وقتی عملی جامع بین صحیح و باطل است مشکلی ندارد که برای جامع اجیر شود و لکن باید حصه صحیح را تسلیم کند و باید حصه ای را انجام دهد که صحیح است قبل از عقد اجاره صحت معنا ندارد اما اشکال ندارد که اجیر شوم بر حصه صحیح عقد اجاره و آن جایی است که به قصد حلّیت مال یا وفاء به عقد نماز بخوانیم.

المناقشة الثانية: ليس الواجب على المكلف الإتيان بها بقصد الوفاء.

اشکال دوم این است که سلمنا قبول کردیم در این صورت، عمل قربی است یعنی خواند به خاطر وفاء به عقد و عمل به وجوب تسلیم عمل و این عمل می شود قربی خوب مگر لازم است این قصد را کند این قصد را اگر نکرد من می خواهم به این عقد عمل کنم کاری ندارم که شرعا وفاء به آن واجب است یا خیر من آدمی هستم که دوست دارم به عقد و پیمان خودم عمل کنم.

خیلی خوب این عمل قربی است اما این عقد مگر لازم است؟ خیر لازم نمی باشد یا اصلاً از جهت وجوب وفاء به عقد غافل است و برای استیلاء بر اجرت نماز می خواند لذا این وجه اول نا تمام است بلکه اگر این قصد را کرد می شود قربی اما این قصد لازم نمی باشد.

اگر قصد نکند اجرت را می تواند بگیرد اگر کسی غافل از وجوب وفاء است آیا عقد اجاره باطل است و اینها قائلند که این عقد اجاره بر نماز و روزه صحیح است. فقهاء گفته اند اجاره بر نماز و روزه درست است و این شخص اجیر می شود بر نماز و روزه امتثالا لله اما در واقع داعی او استیلاء بر اجرت است. این عقد اجاره صحیح است با این که قصد قربتی نکرده است. لذا این وجه اول تمام نمی باشد. البته ما قبول داریم که اگر کسی نماز را بخواند برای امتثال امر الهی در وجوب وفاء به عقد و وجوب تسلیم مال و ...

الجواب الثانی، جواب کثیر من المتأخرین: أن المهم فی القربیة الداعی الأول و الأخذ الداعی الثانی لا الأول.

این جواب دوم را بسیاری از متأخرین متعرض شده اند و مرحوم سید در عروه متعرض شده است البته در جایی دیگر در بحث صلاة متعرض شده است. گفته است که این عملی را که اجیر شدیم اگر به نحو داعی باشد کفایت می کند در قربیت این عمل، من نماز می خوانم چرا؟ امتثالا لأمر الله. چرا امتثال می کنم؟ به خاطر اخذ اجرت پس داعی اول من امتثال است و داعی دوم من اخذ اجرت باشد در قربیت کفایت می کند که داعی اول الهی باشد و لو دواعی بعدی دنیایی باشد و غیر الهی باشد بعضی گفته اند همیشه و در همه حال و در تمام عبادات داعی اول الهی است و دواعی دیگر مصالح شخصی ماست مثلاً نماز می خوانم به خاطر این که باران بیاید یا حاجت من برآورده شود یا به بهشت بروم و به جهنم نروم فقط از ترس ورود به جهنم نماز می خوانم این به داعی قربی نمی باشد بلکه برای دفع ضرر محتمل است اینها

قربى نمى باشد من نماز مى خوانم که در بهشت لذت ببرم کلا اينها گفته اند دواعى ما در نهايت غير الهى است اين مشكلى ندارد مهم اين است که داعى مباشر الهى باشد پس نماز مى خوانم امثالاً لله و به خاطر امر الهى. سوال مى شود بنده من چرا من را عبادت مى کنى؟ براى اين که بهشت روم و به جهنم نروم. پس معنای قربى بودن عمل چيست؟ نه اينکه تمام دواعى الهى باشد بلکه داعى اول الهى باشد و در عرض اين داعى مباشر داعى غير الهى نباشد بقيه دواعى طولى غير الهى باشد مشكلى ندارد. اجير نماز مى خواند امثالاً لله، چرا امثالاً لله نماز مى خواند؟ براى اين که پول گير او بيايد اين اشکالى ندارد و با قربى بودن مى سازد کما اين که تمام عبادات ما انسانهاى عادى اين است مى گوييم چرا خمس مى دهى و زکات مى دهى و نماز مى خوانى؟ چون خداوند دستور داده است. مى گوييم چرا دستورات الهى را انجام مى دهى؟ براى اينکه در بهشت لذت ببرم و يا از عذاب جهنم در امان باشم کجا اين قربى است؟!!

قربيت و عدم قربيت به اعتباريت و جعليت نمى باشد و لو شارع بگويد به اين مقدار از شما قبول مى کنم کفايت نمى کند عمل صحيح عملى است که واقعا قربى باشد نه اعتباراً و جعلياً. اگر من عملى را انجام دهم به داعى فرار از جهنم و رسيدن به بهشت اين قربى نمى باشد در حالى که فقهاء گفته اند که اين نماز و روزه صحيح است مشخص مى شود که مشكلى اين وسط است.

مناقشتان:

بر اين جواب دو اشکال شده است:

المناقشة الأولى: ليس هذا من قبيل علة العلة.

اشکال اول اين است که اينها کما اين که در کلمات مرحوم اصفهانی تصريح شده است اينها داعى را به منزله علت گرفته اند و داعى بر داعى را به منزله علت علت گرفته اند مثلاً شما

نار را ایجاد می کنید نار چه را ایجاد می کند؟ حرارت را. موجد حرارت چیست؟ نار موجد نار کیست؟ من. اینها فکر کرده اند داعی بر داعی از این قبیل است یعنی آن انگیزه و سبب انبعاث سببی دارد و آن سبب هم سببی دارد لذا آن را برده اند در داعی بر داعی. اگر دقت کنید داعی بر داعی نداریم مثل علت علت نمی باشد. من می روم به خانه زید برای ملاقات زید یا به مسجد می روم بر ملاقات زید داعی من بر ملاقات اقتراض مال است علماء اینجا فکر می کرده اند داعی من بر رفتن به مسجد ملاقات با زید است و داعی من بر ملاقات تحصیل مال و اقتراض است اگر دقت کنند این درست نمی باشد؟ چرا؟ چه انگیزه ای باعث شد به مسجد بروم؟ ملاقات زید؟ ابداء. فقط محرک و داعی من اقتراض بر زید است لذا اگر می توانستم توسط نامه و تلفن این اقتراض را انجام دهم دیگر به مسجد نمی رفتم. این فقهاء فکر می کنند محرک من به مسجد ملاقات زید است و محرک بر ملاقات اقتراض است در حالیکه ملاقات زید اصلا داعی من نمی باشد اینها فکر می کردند از قبیل علل طولی است من نار را و نار حرارت را ایجاد کرده است من ید را حرکت دادم و ید قلم را این در علت درست است اما در داعی درست نمی باشد من وقتی به مسجد می روم برای ملاقات زید و اقتراض از زید محرک من در این رفتن حقیقتا ملاقات زید است؟ خیر ملاقات زید کالحجر فی جنب انسان است محرک من اقتراض است چون اقتراض موقوف بر ملاقات و ملاقات موقوف بر حرکت به سمت مسجد است به سمت مسجد می روم. در علت درست است اما در داعی درست نمی باشد در همان مثال نار نار علت حرارت است اما انگیزه من از روشن کردن نار حرارت است.

لذا داعی من بر حرکت به مسجد اقتراض است نه ملاقات لذا اگر موضوع اقتراض قبل از رسیدن به مسجد از بین رفت مثلا پولی به من قبل از رسیدن مسجد به من می رسید دیگر به طرف مسجد نمی روم با اینکه ملاقات هنوز حاصل نشده است.

پس داعی بر داعی مثل علت العلل نمی باشد.

المناقشة الثانية: مناقشة في الأمثلة.

اشكال دوم این است که این مثالهایی که زده اند درست نمی باشد مثال باران و نرفتن به جهنم و رسیدن به بهشت و ... اگر من نماز می خوانم برای این نمی باشد که به جهنم نروم برای این است که خداوند مرا به جهنم نبرد وقتی نماز می خوانم به خاطر این است که خداوند مرا به بهشت ببرد خداوند باران بفرستد و خداوند حاجت مرا برآورده کند. لذا اینها قربی است بله اگر برای ورود به بهشت یا نجات از جهنم نماز بخواند نماز او قربی نمی باشد در ذهن عرف هم اینطور است که خداوند دیون من را اداء کند، حاجت مرا بدهد، به بهشت ببرد، به جهنم نبرد ارتکاز و وجدان ما شاهد بر این مطلب است. بخلاف ما نحن فیه نماز من برای به دست آوردن پول است نه به خاطر این که خداوند این پول را بگیرد و به من بدهد مستأجر خودش بعد از عمل این پول را به من می دهد لازم نمی باشد که خداوند از او بگیرد و به من بدهد.

لذا این دلیل بر قربیت نماز تمام نمی باشد.

الجواب الثالث: أن اللازم في الصحة البناء و الفرض على القربة و إن كان العلة الواقعية أخذ الأجرة.

جواب سوم این است که گفته اند در عبادت نیاز است اطاعة لله نماز را اتیان کنیم بنا بر این بگذاریم که برای امتثال اتیان بکنیم پس عمل را اتیان می کنم بنائاً علی الاطاعت و الامتثال می گویم دو رکعت نماز می خوانم امتثالاً لأمره اما در واقع امتثال و قصد امتثالی در کار نمی باشد در واقع آنچه که هست نماز می خوانم اخذاً للأجرة و النقود برای اینکه پول گیر من بیاید لذا در این قسم سوم در امتثال بیش از این مقدار لازم نمی باشد که بنا بگذاریم بنا گذاشتن

شبهه فرض است. و لو داعی حقیقی و منبعث کننده حقیقی دریافت وجه است. ایشان گفته است ما دلیلی نداریم که عمل منبعث شود از قصد امتثال همین که بنا را گذاشتیم بر قربی بودن کافی است. مثل این تعارفاتی که مردم می کنند مثل اینکه می گوئیم من از دیدن شما خوشحال می شوم با اینکه از این شخص بدش می آید این مصداق احترام است بدون هیچ تردید با اینکه کذب محض است. در دروغ قصد حکایت معتبر است و این به قصد اخبار نمی باشد به قصد احترام است به قصد تأدب لذا این دروغ نمی باشد. اینها به داعی احترام است و لو واقعی ندارد و مخالفت واقع است. مثل اینکه می گوید شما سرور و استاد و پدر ما هستی با اینکه نه پدر و استاد و نه سرور نمی باشد این کذب نمی باشد چرا که به قصد حکایت نمی باشد و به قصد احترام می باشد.

ان قلت:

این حاکی از ارادت قلبی است.

قلت:

خیر این اظهار ارادت است نه ارادت برای رعایت آن احترام متعارف در برخورد و ملاقات یعنی این جمله را الغاء می کند به داعی احترام.

ان قلت:

مردم اگر بفهمند که اینطور نمی باشد می گویند که کذب می گوی.

قلت:

نمی گویند که کذب می گوی می گویند که در این ارادت اخلاص نداری.

مناقشة: لا يصحّ هذا المقدار إرتكازا و يلزم منه صحة عمل الرائي.

این وجه را هم قبول نکردیم چون معلوم است که در ارتکاز ما این است که فقط بناء را بگذرد کافی نمی باشد کما اینکه رياء هم غير این بناء نمی باشد در عین حال نماز او قربی نبوده و صحیح نمی باشد در رياء طرف می گوید که نماز می خوانم برای قربت به تو و مخلصا لوجهک الکریم این قصد قربت ندارد. این عملش بلا اشکال باطل است فقط برای ارائه می خواند گفتیم یک قسم رياء نیاز به دلیل بطلان ندارد این واقعا باطل است فقط نماز میخواند که مردم فکر کنند آدم متدینی است چرا که در نظر مردم فرد متدین مورد احترام است. می گوید که برای تقرب به تو می خوانم و بند و بیلش هم زیاد می کند در عین حال نماز او باطل است. لذا اینکه فقط بناء بگذارد این درست نمی باشد و مفید فایده نمی باشد.

الجواب الرابع، مختارنا سابقا: أن اللازم في الصحة إرتكازا، عدم الرياء في العمل و إن لم يكن الداعي التقرب.

وجه چهارم وجهی بوده است که ما قبلا معتقد بودیم:

آن وجه این است که در باب عبادات و تعبدیات اصلا دلیل لفظی نداریم و یک ارتکازی را داریم که ما اگر عملی را رياءا انجام ندهیم کافی است لازم نمی باشد داعی ما قربت باشد چرا که ادله لفظی ندارد و دلیلش لبی است که عبارت باشد از ارتکاز مومنین است و در ارتکاز همینکه رياءا نباشد در قصد قربت کفایت می کند.

ان قلت:

در کتاب آمده است: و اعبدوا ربکم مخلصین له الدین.

قلت:

عبادت چه ربطی به قصد قربت دارد می گوید پرستش کنید مخلصین له الدین و نیاز به مخلصین هم نبود اگر مخلصانه نباشد دیگر پرستش نمی باشد پرستش در آن اخلاص است و در عبادت و پرستش از صمیم قلب خضوع و خشوع اظهار بندگی می کنیم مثل باب احترام نمی باشد اگر بگوییم دروغی که بنده شما می باشم این احترام است اما اینکه در عبادت بگوییم بنده هستم دروغی این عبادت نمی باشد حقیقتا.

ان قلت:

در روایات آمده است لله.

قلت:

لله یعنی ریائی نباشد.

مناقشة: لازم هذا الجواب صحة العمل لتصحيح البدن و الإتيان على بطلانه.

این را قبلا می گفتیم اما دیدیم درست نمی باشد. چرا؟ به خاطر این که اگر کسی روزه بگیرد به خاطر سلامتی هیچ قصد ریاء ندارد اما روزه اش درست نمی باشد شنیده است روزه برای بدن مفید است و به جای سالی یک ماه شش ماه را روزه می گیرد به قصد این که سالم باشد و تیپش به هم نخورد این روزه باطل است با اینکه ذره ای ریا در عمل او نبوده است. ریاء یعنی ارائه به غیر تا دیگری بگوید فلانی آدم خوبی است.

الجواب الخامس، مختارنا الذی يتوقف على مقدمتين:

وجه پنجم، وجهی است که فعلا به ذهن ما رسیده است که نیاز به دو مقدمه دارد:

المقدمة الأولى: انما نحن نعمل لأنفسنا لا لله كما أشار إليه الفلاسفة.

مقدمه اول این است دقت کنید ما تمام اعمالی را که انجام می دهیم برای خودمان انجام می دهیم در فلسفه فیلسوفان ما هم متعرض شده اند که هیچ عملی از انسان صادر نمی شود الا برای مصلحت خودش امکان ندارد برای منفعت دیگری قدمی برداریم این امثله ای که فکر می کنیم این کار را برای دیگران انجام می دهیم در واقع برای خودمان انجام می دهیم مثلاً به فقیر کمک می کنیم این کمک به نظر می رسد به خاطر این است که تقلیل فقر برای او حاصل شود. گفته شده است که این هم برای خودمان است. چطور؟ ما وقتی فقیر را می بینیم متأثر و متألم می شویم لذا برای التیام ألم یا تقلیل آن کمک می کنیم لذا اگر از دیدن فقیر متألم نشویم یک ریال هم کمک نمی کنیم چه برسد به جایی که از دیدن انسان فقیر خوشحال شویم در همه اعمال انسان مقصدش خودش است یعنی مصلحتی برای خودش است مثلاً می رود جانش را می دهد در راه افراد فقیر در واقع این عمل را یک کمال می بیند و می خواهد به این کمال برسد.

افراد سخی وقتی پول می دهند به لحاظ روحی و ذهنی این طور است که انبساط روحی پیدا می کند و انسان بخیل در بذل مال متأذی می شود.

اجر الهی پس برای چه می باشد؟ خداوند برای این اعمال که برای خودمان انجام می شود اجر می دهد مثلاً اجیر شدیم که کاری کنیم، برای او کار نمی کنیم اما در عین حال اجر هم می دهد.

ضمن اینکه ثواب الهی اجر نمی باشد مشهور این است که تفضل است مثل اینکه به شخصی می گویند که اگر بیای مسجد به تو پول می دهم اگر پول دادم این اجر نمی باشد وعده ای بوده است برای تشویق به آمدن به مسجد.

این مقدمه اول بود.

المقدمة الثانية: أن أعمالنا لا يفيد لله أصلا ولا يضر.

مقدمه دوم هم این است که هیچ یک از اعمال ما برای خداوند مصلحت و منفعتی ندارد لذا اگر همه افراد عالم بندگی کنند خداوند از عبادت آنها منتفع نمی شود و اگر همه بندگان هم معصیت کنند او متضرر نمی شود او در مقامی است که رفتار ما در او هیچ اثری نمی گذارد لذا باید برای این لله و قربیت وجهی پیدا کنیم که می گوییم اعمال عبادی باید لله باشد. این لله بودن را بالتفصیل نمی توانیم بگوییم اما ارتکازی در بین مومنین شکل گرفته است که می گویند که این عمل قربی است و یا این عمل قربی نمی باشد همینکه این ارتکاز صدق کند کفایت می کند.

پس آن دو مقدمه را در نظر بگیرید:

اولا: همه اعمال برای خودمان است مثلا نماز خواندن برای رسیدن به کمال است برای انبساط است.

ثانیا: خداوند عالم هیچگونه مصلحت و منفعتی برای او متصور نمی باشد و هیچ ضرر و زیانی برای او متصور نمی باشد.

ان قلت:

در عبادات انبیاء و اولیاء چه می گوئید آن هم برای مصلحت خودشان بوده است؟! گفته اند عبادات ما عبادت احرار است.

قلت:

اولا این روایت است.

و ثانیا در توضیح گفتیم ما دواعی مختلف داریم مثلا یک کسی اعمال عبادی را انجام می دهد برای رفتن به بهشت برای اینکه در بهشت نعمت زیاد است و متنعم شود.

اما یک کسی می خواهد به بهشت رود چرا که شنیده است که در بهشت همنشین انبیاء و اولیاء می شود همه به مصلحت خودشان است اما سنخ مصلحت فرق می کند.

خیلی فرق است بین این دو سنخ خواسته.

منافاتی ندارد ائمه عبادتشان عبادت احرار باشد و لکن داعی آنها کمالات بالاتری باشد.

النتیجة: أن القربة أمر إرتکازی لا نقدر علی تعریفه یصدق علی العمل للجنة

و خوف النار.

پس بنابراین این دو مقدمه را در ذهن داشته باشید می گوئیم اعمال قربی تعریف ندارد ارتکاز مومنین و متشرعه است که مشخص می کند قربی و غیر قربی بودن مثلا کسی می گوید بارلها من نماز می خوانم برای اینکه مرا به جهنم نبری یا در امر ازدواج من تسریع کنی یا بر این زمین خشک باران ببارانی یا مقدمه ای را فراهم کنی تا من دیونم را پرداخت کنم یا اینکه مرض من را شفا دهی. در ارتکاز مومنین همه اینها قربی است.

أما صدقها علی ما نحن فیه: یصدق عند إرتکاز المتشرعة لأن العمل الذی یجیر

لها من المیت، عمل قربی و هذا المقدار کاف فی صدقها إرتکازا.

اما در بحث اجاره:

می گوئیم آن عمل از طرف زید متوفی انجام می دهد که پول گیرم بیاید این عمل قربی است چرا که عمل برگردن زید میت عمل قربی بود اگر اجیر از طرف خودش نماز بخواند که عمل نکرده و اگر از طرف غیر زید بخواند این باز به مفاد اجاره عمل نکرده است اما باید از طرف زید نماز بخواند و نمازی که برگردن زید بود عمل قربی بود و همین مقدار نیت را دارد واقعا و این عمل در ارتکاز متشرعه قربی است. نماز متوجه زید نماز قربی بود همینکه می گوئیم

این نمازی که قربی بود برگردن زید، می خوانم همین مقدار در ارتکاز متشرعه ی از اول که زمان معصوم باشد تا الان قربی می باشد.

الحاصل: أن القربة عمل على كيفية تصدق عند ارتكاز المتشرعة و المؤمنین.

جمع بندی این است که معنای قربت در نزد ما انبعاث و این حرفها نمی باشد بلکه معنایش این است که عمل را به گونه ای انجام دهیم که در ارتکاز متشرعه ومومنین قربی باشد و همین مقدار که از طرف زید نماز قربی که برگردن او بود اتیان می کنم این کفایت می کند که در ارتکاز متشرعه و مومنین قربی باشد و لو داعی من بر این اجاره و اتیان اخذ اجرت است.

ان قلت:

این ارتکاز برخواسته از فتوا بوده است.

قلت:

ارتکاز یعنی منبعث از فتوا نبوده است چرا که اعتبار قصد قربت دلیلش لبی است و لبی اش هم این است که عمل را طوری انجام دهی که در ارتکاز مومنین و متشرعه این عمل را قربی ببینند وقتی روزه بگیری برای سلامتی این را قربی نمی بینند. اما اگر برای سلامتی بگیری به نحوی که اگر سلامتی هم نبود روزه می گرفتی این عمل را ارتکازا قربی می بینند.

پس فقط باید عمل در ارتکاز قربی باشد نه اینکه لله باشد چرا که تمام اعمال ما برای خودمان است نه برای خداوند.

هذا تمام الكلام در این مسئله.

نتیجه بحث این شد که هیچ محذوری ندارد که شخصی را اجیر کنیم برای یک عمل عبادی حالا آن عمل عبادی برای خود اجیر هم مطلوب باشد یا خیر. ما کسی را اجیر می کنیم

که نماز شب یا یومیه بخواند یا اجیر می کنیم که از طرف پدر ما نماز بخواند هیچ اشکالی ندارد.

هذا تمام الكلام في مسألة «١٣».

مسألة ١٤: يجوز الإجارة لکنس المسجد

والمشهد و فرشها

و إشعال السراج و نحو ذلك.

ایشان می فرمایند که ما می توانیم کسی را اجیر کنیم برای کنس مسجد، کنس مشهد کنس فرش مسجد یا برای اینکه چراغهای مسجد را خاموش یا روشن کند. احتمال دارد این فرشها عطف بر کنس باشد یعنی اجیر کنیم تا فرش مسجد را بیاندازد. این اجاره درست است.

وجه الصحة:

عندنا: صحتها عرفا.

روی مختار ما در عرف ما قطعا این اجاره صحیح است و از مواردی است که عقلاء امضاء می کنند.

عند المشهور: عمل محلل و مقصود عند العقلاء.

دلیل مشهور: مشهور قاعده ای درست کرده اند و در اینجا تطبیق کرده اند گفته اند
اجاره بر عملی که محلل باشد شرعا و مقصود عند العقلاء باشد اجاره صحیح است.

مناقشة: أن العمل السفهي ليس بباطل و الباطل عمل السفیه فلا يلزم أن يكون مقصودا عند العقلاء.

ما نسبت به مقصود عند العقلاء قبول نکردیم. چرا اینها این قید را زده اند؟ این قید
ناشی می شود از این که این ها معتقد بودند که اگر مقصود عند العقلاء نباشد سفهی می شود
و معامله سفهی باطل است و ما گفتیم معامله سفهی باطل نمی باشد مثلا می گوید به نیابت
از درخت نماز بخوان یا اینجا بایست این معامله ای است که فایده ای ندارد ما گفتیم معامله
سفهی باطل نمی باشد معامله ای که طرف آن سفیه باشد درست نمی باشد اما اگر رشید
باشد اما معامله سفهی باشد این معامله صحیح است.

ان قلت:

در مورد نماز به نیابت از درخت صحت را قبول نمی کند.

قلت:

اگر به ارتکازتان می گوئید که این معامله صحیح نمی باشد اشکال ندارد اما نکته آن عدم
مقصودیت للعقلاء نمی باشد یک نکته دیگری دارد چرا که در مورد آن فرد که بایستد این
معامله را به ارتکاز صحیح می دانید با اینکه در آنجا هم معامله سفهی است و غیر مقصود
عند العقلاء.

اینها در تحلیل سیره دچار اشتباه شده اند و دیده اند که معامله سفیه باطل است و خلط کرده اند که مصب سیره معامله سفیهی است در حالیکه اینها تفکیک نکرده اند بین معامله سفیهی و معامله سفیه که در اولی درست می باشد و در دومی باطل می باشد این که بدتر از هبه نمی باشد که در هبه هیچ نمی دهی و درست است و در اینجا به پنج هزار تومان خانه را می دهی این چرا باید باطل باشد؟!!

اما اینکه باید عمل محلل شرعی باشد این را قبول کردیم و گفتیم که هر جا معامله ای انجام می دهیم نباید از طرف متعاقدين عمل و تسلیم حرام باشد اگر وفاء به عقد حرام باشد عقلاء این معامله را امضاء نمی کنند اگر اجیر کردیم که این صندوق خمر را حمل به خانه کند این معامله باطل است چرا که در شرع این حمل حرام است و عقلاء الزام نمی کنند باید بر خلاف شرع عمل کنی چون عقد بسته ای.

وفاء به عقد باید حرام نباشد پس اگر عمل حلال نباشد این قاعده کلی است که اگر وفاء به عقد از طرفین یا از یک طرف ممنوع باشد عرفاً یا شرعاً یا عقلاً یا قانوناً این عقد را عقلاء امضاء نمی کنند.

مسألة ۱۵: يجوز الإجارة لحفظ المتاع

أو الدار أو البستان مدة معينة

عن السرقة و الإتلاف ...

کسی را اجیر می کنیم برای نگهداری مثلاً ما کالایی داریم مثلاً کسانی که بنائی می کنند مصالح ساختمانی نوعاً کنار خیابان است کسی را اجیر می کنیم که نگهداری دهد و از این اموال محافظت کند و یا در خانه ما بیايد و نگهداری کند تا سرقتی نشود یا بستنی داریم برای حفظ

ما فی البستان و المزرعه شخصی را اجیر می کنیم. این عقد اجاره درست است به بیانی که در مسئله قبلی گفتیم. در باب اجاره باید مدت معین باشد و نباید طوری باشد که موجب اختلاف شود.

...و اشتراط الضمان لو حصلت السرقة

أو الإلتلاف و لو من غیر تقصیر فلا بأس بما هو المتداول من اشتراط الضمان على الناطور إذا ضاع مال لكن لا بد من تعیین العمل و المدة و الأجرة على شرائط الإجارة.

مستأجر می تواند با اجیر شرط ضمان کند و بگوید اگر در این خانه یا مزرعه مالی تلف شد تو ضامن باشی آیا چنین شرطی می تواند بکند یا خیر؟ مرحوم سید می فرمایند ظاهراً این شرط مشکلی ندارد و درست می باشد. و لو این اجیر تقصیر هم نکرده باشد خدا که نمی باشد یک دزد حرفه ای که مراکز با امنیت بالا را می زند زده است به این خانه یا بستان و این اجیر و پیرمرد هم کوتاهی نکرده است. در اینجا مرحوم سید می فرمایند این شرط جایز است و نافذ. مراد از «ناطور» کسی که اجیر می شود برای نگهداری مزرعه یا بستان.

توضیح المسئلة:

مقدمة: يجب التنبيه على نکتین:

این را عنایت کنید این که بیان ایشان را توضیح دهیم دو تا نکته را به عنوان مقدمه ذکر می کنم:

النکته الأولى: أن الشرط على قسمين:

نکته اول: شرط دو قسم است:

شرط فعل و شرط نتیجه.

شرط الفعل: أن من شرط عليه يلتزم على إتيان عمل.

اما شرط فعل: در شرط فعل چه کار می کنیم؟ من شرط علیه ملتزم به یکی فعلی می شود این کتاب را می فروشم به شرط اینکه دو رکعت نماز برای پدرم بخوانی و او هم قبول می کند که معنایش این است که شخص متلزم می شود که عملی را برای من انجام دهد.

شرط النتيجة: حصول أمر عند حصول العقد.

شرط نتیجه: در شرط نتیجه دیگر التزام فعلی نمی باشد بلکه می خواهیم به نفس این عقد نتیجه حاصل شود می گویم این کتاب را به شما می فروشم به شرط این که این کیف و دفتر ملک من شود نه اینکه دفتر را به من تملیک کنی که شرط فعل شود بلکه تا عقد تمام شد این ملک من شود او می گوید قبلت و تا قبلت گفت هم معاوضه انجام می شود و هم نتیجه حاصل می شود.

کلا شروط ضمن عقد یا به شرط فعل بر می گردد یا به شرط نتیجه.

این نکته اول.

النکته الثانية في معنى الضمان: هو إشتغال الذمة.

نکته دوم معنای ضمان است.

معنای ضمان عبارت است از اشتغال ذمه به این اشتغال ذمه می گویند ضمان وقتی می گویم من ضامن دفتر هستم یعنی ذمه من مشغول به این دفتر است.

أنظار في إشتغال الذمة و الضمان:

کلا در ضمان و اشتغال ذمه دو نظر است:

النظر الأول: أن التالف في المثلي ضامن المثل وفي القيمي ضامن القيمة.

یک نظر این است که وقتی ذمه ما به مالی مشغول می شود آن مال از دو حال خارج نمی باشد: یا مثلی است یا قیمی مثلاً اگر گندمی را غصب کنم و این گندم را تلف کنم من ضامن می باشم و ذمه من مشغول می شود مشهور بین علماء این است که اگر آن مال تلف شده که ما ضامن هستیم اگر مثلی باشد من ضامن مثل آن می باشم و اگر قیمی باشد من ضامن قیمت آن شیء تلف شده می باشم. برای مثال اگر گندمی را غصب کردم و تلف شد تحت ید من مثل آن گندم را ضامن می باشم مثلاً گندم تلف شده صد کیلو بود من از مثل این گندم صد کیلو ضامن می باشم اما اگر من گوسفندی را غصب کردم و تحت ید من تلف شد چون گوسفند قیمی است من ضامن قیمت این گوسفند می باشم زمان تلف قیمت آن چه قدر بود؟ صد دینار من ذمه ام مشغول می شود به صد دینار برای مالک گوسفند.

النظر الثاني المختار: أن التالف ضامن المثل مطلقاً.

مختار ما و جماعتی از علماء چه می باشد؟ گفته ایم فرقی بین مثلی و قیمی نمی باشد ما ضامن مثل می باشیم گندم تلف شود ذمه من می شود مشغول به مثل این گندم برای این مالک گندم و اگر گوسفند تلف شد من ضامن مثل گوسفند می باشم در ذمه ام و مالک گوسفند مالک مثل این گوسفند می باشد در ذمه من اما در زمان اداء چون در مثلیات مثلش موجود است فردی از مثل را می دهم اما در قیمیات چون در زمان اداء مثلش موجود نمی باشد بدل مثل که قیمت باشد را می دهم. این دومی مختار ماست ما کلا در اشتغال ذمه مثلی می باشیم و فرقی بین مثلی و قیمی را می بریم در زمان اداء.

خوب این هم این دو مقدمه و دو نکته.

أما ذی المقدمة:

حالا برویم سراغ مسئله: این مسئله خیلی محل بحث است و سابقا این مسئله را سید مطرح کرده بود و این کاملاً تکرار است و الان خلاصه آن بحث را می‌گوییم این که شرط ضمان می‌کند، شرط ضمان شرط نتیجه است نه شرط فعل. شرط فعل را اصطلاحاً می‌گویند که باید تدارک کند. ضمان یعنی اشتغال ذمه. اشتغال ذمه یعنی چه؟ یعنی اگر مالی از خانه من سرقت رفت، ذمه تو در مختار ما مشغول به مثل باشد و در مختار مشهور در مثلیات مشغول به مثل و در قیمیات، مشغول به قیمت باشد. پس این شرط نتیجه است. لذا ضمان نمی‌تواند شرط فعل باشد و اگر شرط فعل کند به این صورت است که می‌گوید که اگر مال من تحت ید تو تلف شد باید تدارک کنی. این شبیه ضمان است اما به نحو شرط فعل که در اصطلاح دیگر ضمان نمی‌گویند تدارک می‌گویند.

اشتغال ذمه فعل من نمی‌باشد بلکه یک امر واقعی است لذا می‌شود شرط نتیجه. اداء ما فی الذمه عند المطالبه شرعاً و عقلاً واجب است و این وجوب اداء، ضمان و اشتغال ذمه نمی‌باشد.

سابقاً کسانی که اشکال می‌کردند بر این شرط ضمان، می‌گفتند که جناب اجیر امین است و امین، عند الشارع و عقلاء ضامن نمی‌باشد ما با شرط ضمان که نمی‌توانیم واقع را عوض کنیم لذا امین عند الشرع و العقلاء ضامن نمی‌باشد لذا این شرط باطل است. اگر امین است معنا ندارد که ضامن باشد وقتی می‌گویید ضامن است یعنی امین نمی‌باشد.

با شرط نتیجه هم نمی‌توانیم واقع را عوض کنیم و اگر ضامن باشد می‌شود غیر امین و این خلف فرض است.

ما در جواب این اشکال توضیح دادیم در زمانی که کسی را اجیر می کنیم جناب اجیر عمل ما فی الذمه را در مقابل عوض به من تملیک می کند یک ماه محافظت از خانه را که فعل است در ازاء مال به من تملیک می کند گفتیم این یک شرط ارتکازی است که وقتی من این خانه را به تو می دهم برای حفظ به نحو استیمان است یعنی به امانت به تو می دهم و ید می شود ید امانی و در ید امانی اگر چیزی تحت ید تلف شد امین ضامن نمی باشد به عبارت دیگر وقتی من خانه را در اختیار نگهبان و محافظ قرار می دهم نسبت به تلف تحت ید او الغاء احترام کردم گفتیم این در حقیقت اجاره ی بدون شرط است اما وقتی شرط می کند می گوید این مال را در واقع تحت ید تو به نحو استیمان قرار نمی دهم و الغاء احترام از مالم نمی کنم و می دانید یک قانون و قاعده عرفی و عقلائی است که هر مالی تحت یدی تلف شود ذو الید ضامن است مگر این که آن ذو الید امین باشد خوب الان مستأجر با توجه به این شرط این مال را تحت ید اجیر قرار داد لذا اجیر دیگر امین نمی باشد وقتی امین نبود هر مالی که تحت ید تلف شود اجیر ضامن است و نسبت به مال خود تحت ید او الغاء احترام نکرد لذا اگر مالی تحت ید او تلف شد تحت آن قانون می آید و آن ذو الید ضامن می باشد حقیقت امانت به الغاء احترام بر می گردد غیر امانی یعنی مالک از مال خود الغاء احترام نکرده باشد. اینجا هم اجیر ید دارد و مستأجر با شرط گفته است که احترام مال خودم را الغاء نمی کنم. امین بودن اجیر مقوم اجاره نمی باشد اجاره در باب اعمال تملیک عمل بعوض است. لذا و لو امین نباشد اجاره درست است و این شرط ضمان منافی با حقیقت اجاره نمی باشد و اجاره درست است.

این که تلف تحت ید ضمان می آورد این به سیره عقلاء ثابت است.

این ملخص مختار ما بوده است لذا شرط صحیح است و اگر تلف شود ضامن است ضامن به مثل اما وقتی به یوم الاداء رسیدیم اگر مثل موجود باشد مثل را اداء می کند و اگر مثل نباشد قیمت یوم الاداء را به مالک تالف می دهد.

مسألة ١٦: لا يجوز استیجار اثنين للصلاة

عن میت واحد في وقت واحد

لمنافاته للترتيب المعتبر في القضاء بخلاف الصوم فإنه لا يعتبر فيه

الترتيب...

سید می فرمایند که اگر از میتی نمازی فوت شده است ما نمی توانیم دو نفر را اجیر کنیم که همزمان نمازهای این میت را قضاء کنند. مثلاً از زید نماز روز شنبه و نماز روز یکشنبه فوت شده است نمی توانم دو نفر را اجیر کنم که یک نفر نماز روز شنبه و یک نفر نماز روز یکشنبه را قضاء کند اما همزمان این قضاء را انجام دهند. زید متوفی است. اما سید می فرمایند در صوم مشکلی ندارد زید دو روزه روز شنبه و یکشنبه از او فوت شده است دو نفر را اجیر می کنم که روزه های زید را همزمان قضاء کنند یعنی دو نفر در روز دوشنبه یکی روزه روز شنبه و یکی دیگر روزه روز یکشنبه زید را قضاء کنند. این جایز می باشد. سید می فرمایند که علت این است که در نماز ترتیب معتبر است نماز روز شنبه مقدم بر نماز روز یکشنبه است بخلاف صوم که من اگر روزه قضاء داشته باشم می توانم اول صوم روز یکشنبه را قضاء کنم و بعد صوم روز شنبه را قضاء کنم.

این مسئله ای که سید فرموده است. این مسئله مربوط به بحث اجاره نمی باشد مربوط به قضاء صلاة و صوم است.

در قضاء صلاة سه نظريه است اين سه نظريه كه گفته شود نتيجه اش در اينجا مشخص مي شود.

نظريه اول:

هر نمازی كه از من فوت شد آن نماز فوت شده يك قضاء دارد اگر نماز صبح روز شنبه قضاء شد قضاء نماز صبح روز شنبه براي من واجب مي شود و اگر نماز صبح يكشنبه و دو شنبه هم فوت شد بر من واجب مي شود قضاء نماز صبح قضاء شده روز يكشنبه و دو شنبه يعني در اين نظر بايد روز را قيد كند. قائلين به اين نظر در صوم هم اينطور مي گویند. كه قائلين به اين نظر خودشان دو دسته شده اند:

دسته اي ترتيبی شدند و دسته اي ترتيبی نشده اند.

ترتیبی ها مي گویند كه اول قضاء صبح شنبه را اتيان كند و بعد قضاء صبح يكشنبه و بعد قضاء صبح دو شنبه و بايد تعيين كند و لو اجمالاً بگويد كه من قضاء نمازهاي فوت شده را مي خوانم به همان ترتيبی كه فوت شده است كه نماز اول مي شود قضاء نماز صبح شنبه و نماز دوم مي شود قضاء نماز صبح روز يكشنبه و نماز سوم مي شود قضاء نماز صبح روز دو شنبه. بعضی ها كه اين قول را قائل بودند كه در ازاء يك نماز فوت شده قضاء داريم قائل شده اند ترتيب معتبر نمی باشد مي تواند اول نماز روز دو شنبه را قضاء كند و بعد نماز روز يكشنبه و بعد نماز روز شنبه را قضاء كند يا اول نماز يكشنبه را قضاء كند و بعد دو شنبه و بعد شنبه را قضاء كند اختيار با خودش است.

پس قول اول اين بود كه هر نمازی كه فوت شود نماز قضاء خاص خود را دارد و ترتيب معتبر است و بعضی مي گویند ترتيب معتبر نمی باشد. سيد قائل است كه ترتيب نیاز است.

قول سومی در مسئله است و آن قول سوم اين است كه اصلاً ايام خاص قضاء ندارد آنكه به گردن من مي آيد صلاة قضائی به گردن من است اگر روز شنبه نماز صبح نخواندم يك

صلاة صبح قضائی به گردن من می آید نه صلاة صبح روز شنبه لذا اصلا اینطور نمی باشد صلوات به عدد صلاة فائده حصه حصه نمی شود لذا یک کسی که صد صبح نماز نخوانده است صد صلاة صبح به گردنش است نه صلاة قضائی صبح به ایام هفته. لذا اگر نیت کنم که نماز روز شنبه را قضاء می کنم این روز شنبه لغو است لذا اگر در قضاء صبح روز شنبه اشتباها بگویم که نماز صبح روز یکشنبه را قضاء می کنم، این نمازش درست است و مشکلی ندارد.

طبق این نظر قضاء نمازهای یک روز هم ترتیب ندارد لذا اگر کسی صبح و مغرب و ظهر از او در یک روز فوت شده است می تواند نماز مغرب را قبل از نماز صبح و ظهر قضاء اما در بین نماز ظهر و عصر و مغرب و عشاء یک روز ترتیب معتبر است لذا اگر کسی سه نماز ظهر قضائی و سه نماز عصر قضائی به گردن دارد نمی تواند یک ظهر بخواند و دو عصر فقط می تواند یک عصر بخواند یا سه ظهر بخواند و بعد سه عصر بخواند.

اگر روز شنبه ظهر و روز یکشنبه عصرش قضاء شده است در اینجا ترتیب نیاز نمی باشد و می تواند عصر و بعد ظهر را بخواند آنیکه در بالا گفتیم در جایی است که نمازهای یک روز قضاء شده باشد.

همین سه نظر در صوم است.

حال برگردیم به مسئله اجاره: کسی که قائل به نظر سوم بشود که ما هم تابع نظر سوم می باشیم معلوم است که می تواند دو سه نفر را اجیر کند که همزمان نماز میت را قضاء کند یکی نماز صبح و یکی نماز ظهر و یکی نماز مغرب را قضاء کند فقط باید بین نماز ظهر و عصر و مغرب و عشاء ترتیب رعایت شود.

اما طبق نظریه دوم که هر روز یک قضاء دارد اما ترتیب معتبر نمی باشد چگونه؟ اول می تواند متأخر را قضاء کند و بعد متقدم را. پس از این نظر که ترتیب معتبر نمی باشد مثل قول

سوم است اما از این باب که باید حتما در نیت روز و زمان را هم ذکر کند مثل قول اول می شوند و با قول سوم تفاوت دارند چرا که در قول سوم نیاز به گفتن روز و زمان فوت نمی باشد.

اما کسی که مثل سید ترتیبی است در یک زمان نمی توانند دو اجیر برای یک شخص نماز بخوانند چون ترتیب رعایت نمی شود مثلا هر دو نماز صبح بخوانند باید نماز روز یکشنبه را بعد از اتمام نماز شنبه قضاء کند حالا فرض کنیم این شخص دو نماز صبح شنبه و یکشنبه از او فوت شده است و یکی اجیر بر قضاء نماز صبح روز شنبه شود و یکی هم اجیر بر قضاء نماز صبح روز یکشنبه و بعد اجیری که اجیر بر قضاء نماز صبح روز شنبه است اول نماز را شروع کند و بعد بعدی نماز را شروع کند باز این فایده ای ندارد چرا؟ چون که ما در باب تکلیف تدریجی گفتیم که با ورود به آن عمل و امثال تکلیف ساقط نمی شود تکلیف با اتمام عمل ساقط می شود الان وظیفه این شخص فائت نماز شنبه است لذا تا وارد نماز ظهر شدیم ما مکلف به نماز چهار رکعتی هستیم در هر رکعت که برسیم و باشیم فرقی نمی کند، وقتی سلام می دهم تکلیف از بین می رود حتی در اثناء صلاة تکلیف عوض نمی شود چه در رکعت اول باشم چه در تشهد رکعت چهارم تکلیف دارم به خواندن نماز چهار رکعتی ظهر، اینطور نمی باشد که بعد از رکعت اول وظیفه من سه رکعت باشد و بعد از رکعت دوم وظیفه من خواندن دو رکعت باشد بلکه کما کان وظیفه من نماز چهار رکعت است تا سلام نماز را گفتیم تکلیف من عوض می شود به چهار رکعت نماز عصر و تکلیف به چهار رکعت نماز ظهر از من ساقط می شود.

اما ببینیم این اجاره باطل است یا خیر؟

در نظر کسانی که ترتیب را معتبر می دانند این دو نفر قادر بر اتیان مورد اجاره نمی باشند چرا که اجیر شده اند بر دو نماز صحیح چرا که عقد اجاره ظهور دارد که اینها اجیر شده اند بر نماز مفرغ ذمه. در صورت تقارن هر دو نفر در شروع این فروضی دارد: فرض کنید این دو نفر

مشغول نماز صبح می شوند و این میت دو نماز صبح از او قضاء شده است نماز کسی که نماز صبح موخر را می خواند باطل می باشد و نماز اولی درست است اگر هر دو نیت نماز صبح یک روز را کرده اند و آن نیت قضاء اولین نماز میت از حیث زمان است مثلاً اولین نماز فوت شده از زید میت نماز صبح روز شنبه است و این دو نیت کرده اند قضاء نماز صبح روز شنبه را نماز کسی که زودتر تمام می کند درست است و نماز دیگری باطل است. اگر هر دو بدون نیت روز و زمان، قضاء کردند نماز هر دو باطل است. اگر هر دو نیت کردند روز دوم را نماز هر دو باطل است. چرا اجاره باطل است؟ چرا که قدرت بر انجام عمل مورد اجاره ندارند و فرضاً اینها اجیر شده اند بر قضاء نماز فوت شده به صورتی که این قضاء از ذمه میت پاک شود.

ان قلت:

شما گفتید که انسان می تواند اجیر شود برای خواندن یک نماز به نیابت از درخت خوب این هم اجیر شده است بر خواندن نماز و لو این نماز صحیح نباشد اجاره باید صحیح باشد.

قلت:

اگر بر اصل نماز اجیر شود اجاره درست است اما اگر اجیر شده است بر نیابت و قضاء صحیح که این نماز اجیر صحیح نمی باشد و نماز صحیح مقدور نمی باشد.

قدرت بر اصل نماز دارد اما قدرت بر نماز صحیح ندارند و فرضاً اجیر شده است بر نماز صحیح.

حتی این دو نفر را اجیر کنیم و بگوییم از زید دو روز شنبه و یکشنبه فوت شده است و هر دو را برای یک روز متفاوت اجیر کردم اما معلوم نشده است که کدام یک برای کدام روز اجیر شده است در اینجا هم این اجاره باطل است کلاً باید هم عمل مقدور باشد و هم مقدوریت آن معلوم باشد. این را در بحثهای گذشته گفتیم. لذا مسئله مرحوم سید مربوط به این جهت می باشد.

مرحوم سید می فرمایند که اجیر باید دائماً اولین نماز فوت شده اول قضاء کند و به همین ترتیب.

بین قول دوم و سوم ثمره وجود دارد و این ثمره در نیتی است که می کنند اگر بنا بر قول دوم هیچ نیتی نکند بگوید من دو رکعت نماز صبح می خوانم قربۀ الی الله قضا، قضاء هیچ روزی حساب نمی شود. بگوید چهار رکعت نماز ظهر می خوانم قربۀ الی الله قضا، این اثری ندارد و قضاء هیچ روزی حساب نمی شود. نه قضاء ظهر روز شنبه حساب می شود و نه قضاء روز یکشنبه. بخلاف قول سوم که نماز صحیح است. این ثمره بین قول دوم و سوم.

کسانی که قائل به قول اول و دوم شده اند به روایات تمسک کردند که ما آن روایات را قبول نکردیم و گفتیم دلالتشان تمام نمی باشد.

کسی که تبرعی انجام می دهد تابع مرجع خودش است چون او می خواهد یک کار خیر انجام دهد باید کار خیرش عند المرجع صحیح باشد و الا اگر عند المرجع صحیح نباشد، که این در واقع قصد تبرع ندارد. قصدش این است که خیری به میت برسد و مرجع می گوید که به او خیری نمی رسد. اگر تبرعی انجام دهد قضاء از گردن اولیاء ساقط می شود.

...و کذا لا يجوز استیجار شخص واحد

لنیابة الحج الواجب عن اثنين..

در این فرع مرحوم سید می فرمایند که آیا شخصی می تواند یک نفر را اجیر کند که از طرف دو نفر حج برود مثلاً زید و عمرو حج واجب داشتند و انجام ندادند آیا می توانیم یک نفر می تواند نائب از این دو طرف باشد و حج از طرف دو نفر بیاورد. یک حج برای دو نفر انجام دهد؟ ما در ادله نیابت چنین دلیلی را نداریم اما امکانش است که یک نفر از دو نفر نیابت کند و حج از هر دو نفر قبول شود اما دلیلی بر این نیابت نداریم لذا وصی و وراث نمی

توانند به چنین حجی اکتفاء کنند اما نکته اینجاست عدم دلیل بر صحت، دلیل بر بطلان عقد اجاره نمی باشد آیا می توانیم یک نفر را اجیر کنیم که از طرف دو نفر انجام دهد؟ دلیل نداریم اما اولیاء میت بر چنین حجی نمی توانند اکتفاء کنند این از مواردی است که اشتباه می شود بین عدم احراز صحت این نیابت و بطلان این نیابت. ما دلیلی نداریم بر بطلان این نیابت فقط دلیلی بر صحتش را نداریم احتمال می دهیم این نیابت صحیح باشد لذا بنا بر احتمال صحت شخصی را اجیر می کنیم تا نیابت کند و مستحق اجرت هم می باشد اما وصی و وارث میت نمی توانند به چنین حجی اکتفاء کنند باید دوباره مستقلاً یکی برای زید و یکی برای عمرو نائب بگیرند.

۱...و يجوز ذلك في الحج المندوب

و كذا في الزيارات كما يجوز النيابة عن المتعدد تبرعاً في الحج والزيارات
و يجوز الإتيان بها لا بعنوان النيابة بل بقصد إهداء الثواب لواحد أو
متعدد.

مرحوم سید فرمودند که ما نمی توانیم یک نفر را اجیر قرار دهیم که نیابت از دو نفر کند از حج واجب مثلاً زید و عمرو حجة الاسلام برای آن دو بوده است و ما بکر را اجیر کنیم برای نیابت از زید و عمرو بحثش گذشت . بحث امروز ما این است که یک نفر را اجیر کنیم که از زنده و میت حج مندوبی را به جا بیاورد. فرق نمی کند که یک نفر را اجیر کنیم برای دو نفر یا بیشتر در یکسال حج به جا بیاورد.

ما می توانیم کسی را اجیر کنیم که از طرف ده نفر برود زیارت سید الشهداء برود زیارت امام رضا و نجف.

بعد می فرمایند که لازم نمی باشد این نیابت به اجاره باشد یک نفر می تواند تبرعا برود و از طرف چند نفر حج ندبی به جا بیاورد یا از طرف چند نفر بود و زیارت سید الشهداء را به جا بیاورد. تبرعا یعنی بدون اجاره و از طرف خودش مجانا حج مندوب و زیارت به جا می آورد.

بعد می گویند راه دیگر غیر از نیابت داریم و آن این است که وقتی که عملی را انسان را برای خودش انجام می دهد ثواب عمل را به کس دیگری اهدا کند حال شخص دیگر یک نفر باشد یا چند نفر. این اهداء ثواب دیگر ربطی به نیابت ندارد.

و لو این نماز و این عمل واجب باشد باز می تواند ثوابش را اهداء کند به زید.

ترک واجب معصیت است و در معصیت استحقاق عقوبت است کسی که واجب را اتیان می کند استحقاق عقوبت ندارد اما استحقاق ثواب را هم ندارد اما خارجیا می دانیم که خداوند برای امتثال به ما ثواب می دهد ما می توانیم این ثواب را به دیگری اهدا کنیم.

این متن فرمایش مرحوم سید.

اما در نیابت از متعدد روایات زیادی داریم که در باب حج و زیارت نبی اکرم داریم که یک نفر می تواند از چندین نفر حج یا زیارت به جا آورد حتی یک رواتی هم داریم که در آن روایت اما یک راهی را به کسی یاد داده است که وقتی رفتی حج می توانی بروی و حجی از نیابت جمیع مومنین انجام دهی و نماز طواف بخوانی به نیابت از جمیع مومنین و یک سلام به نبی اکرم بدهی به نیابت از جمیع مومنین و بعد از سفر هر کسی را دیدی می توانی بگویی که من از طرف شما حج انجام دادم و نماز خواندم و سلام دادم.

انسان می تواند به نیابت از جمیع اصدقاء یا علماء یا همسایه ها و ... زیارت کند.

البته در روایت داریم به تعداد کسانی که از طرف آنها نیت کرده است ثواب شخص هم زیاد می شود.^۱

اکثر روایاتی که وارد شده است ظهور در نیابت دارد و اهداء ثواب هم روایت دارد.

این روایات دال بر صحت این حج است که تعدادشان زیاد است و نیاز به سند هم نداریم اگر چه در بین آنها روایات صحیحه داریم و اگر این روایات نبود از کجا می خواستیم بگوییم این نیابت درست است قول بلا علم می شد.

مشروعیت دو معنا دارد:

یک دفعه می گوییم مشروعیت به معنای جواز است که دلیل برای جواز نمی خواهیم کل شیء لک حلال، رفع ما لا یعلمون و ... دلیل خاص نمی خواهد همه چیز در عالم حلال است معنایش حلیت واقعی نمی باشد حلیت ظاهری است یعنی در اتیان آن مرخصیم الا اینکه دلیل بر منع و حرمت آن داشته باشیم. می گوییم دلیل مشروعیت استفاده از بلندگو چه می باشد نقل کردند بعضی از مقدسین در اوائل که بلندگو آمده بود استفاده نمی کرده است و می گفته است که ما دلیل بر مشروعیت استفاده از بلندگو نداریم. خوب ما دلیل نیاز نداریم کل شیء حلال شامل آن می شود شبهه این بوده است که این ساخته غیر مسلمین بوده است لذا استفاده از آن مشروع نباشد.

مشروعیت به معنای جواز است کل شیء حلال دلیل خاص نمی خواهد حلیتی که می گوییم حلیت ظاهری دارد یعنی ما در اتیان آن مرخصیم مگر دلیل بر منع و عدم جواز است کل شیء حلال، رفع ما لا یعلمون اینها دال بر جواز است.

^۱ وسائل ج ۱۱ ص ۲۰۲ باب ۲۸ و چند باب بعد از این باب.

اما یکبار مشروعیت به معنای مطلوبیت است وقتی اینجا می‌گوییم این نیابت مشروعیتش ثابت نمی‌باشد یعنی مطلوبیت چرا در اینجا مشروعیت به معنای جواز نمی‌باشد چرا که تعبدی است در تعبدیات اگر مطلوبیت آن ثابت نباشد ما آن را به صورت تعبدی و اضافه به حق تعالی اتیان کنیم این حرام است مثلاً بگوییم خدای دو زانو نشستیم به خاطر این که تو خواستی و لو واقعا خدا خواسته باشد ولی دلیلی نداریم و این مطلوبیت ثابت نباشد این نسبت دادن حرام است و تشریع آن وقت مشروعیت در اینجا که عبادات باشد یعنی مطلوبیت آن باید ثابت باشد اگر ثابت نباشد آن عمل محرم است.

بله به قصد رجاء انجام دهیم مشکلی ندارد اما اولاً الان بحث می‌کنیم در اینکه به قصد رجاء انجام ندهیم و ثانیاً در بعضی موارد ما احتمال مطلوبیت در شریعت نمی‌دهیم احتمال نمی‌دهیم در شریعت ساعت دست کردن مطلوب شارع باشد لذا در اینجا دیگر قصد رجاء متمشی نمی‌شود.

یا احتمال مطلوبیت سیگار کشیدن را نمی‌دهیم لذا قصد رجاء از ما متمشی نمی‌شود. اگر بناء بر مطلوبیت بگذاریم این تشریع می‌شود. مراد سید یعنی یجوز شرعاً یعنی به قصد مطلوبیت می‌آورد. یجوز الان حکم تکلیفی است یعنی به قصد جزمیت می‌آورد الان که بحث صحت می‌کنیم در آن بحث جواز هم می‌باشد.

عروة کتاب افتاء است و سید افتاء می‌دهد. مطلوبیت یعنی شارع از ما خواسته است به طلب انشائی.

مرحوم سید که فرموده اند: «يجوز النيابة عن الاحياء...» مرحوم حکیم حاشیه زده است: «مما يقبل النيابة في نظر العقلاء» گفته شده است که آن مقداری که دلیل داریم اعمالی است که نیابت در آنها عرفی است مثل زیارت اما نیابت در صوم عقلائی نمی‌باشد یعنی مراد آقای حکمی توضیح است یعنی زیارت نیابت بر می‌دارد صوم نیابت بر نمی‌دارد عقلاً وقتی

عقلائا نیابت بر می دارد اثبات مطلوبیت شرعی آن راحت است اما وقتی عقلائا نیابت بر نمی دارد دلیل خاص و محکم می خواهیم. مثل اینکه کسی دکتر رفته است و دکتر گفته است باید راه بروی و کسی نیابتا از او راه بروی این نیابت عقلائا معنا ندارد.

لذا روایت داریم که در مثل زیارت نیابت جایز است روایت در مورد زیارت نبی است اما احتمال فرق نمی دهیم بین زیارت نبی و زیارت امام.

نیابت از دستگاه معاملاتی نمی باشد بلکه از موضوعات است اما امری است که ربطی به شریعت ندارد عقلاء در پاره ای از اعمال نیابت دارند مثل زیارت. حج زیارت است اما برای شرعی کردن آن نیاز به دلیل امضاء است. نیابت مطلوبیت عقلائی ندارد بلکه یک رویه عقلائی است که عقلاء نائب قرار می دهند در باب زیارت حج از افراد زیارت است اما آن زیارت بیت الله است.

مسألة ۱۷: لا يجوز الإجارة

للنيابة عن الحي في الصلاة

و لو في الصلوات المستحبة...

ما گفتیم در حج و زیارت می توانیم نائب از حی شویم اما آیا می توانیم از طرف حی نماز مستحبی بخوانیم؟ مثلاً شخصی دوست دارد که نماز شب بخواند اما حال ندارد آیا می توانیم اجیر کنیم که از طرف من نماز شب بخواند مثلاً انسان حی را اجیر کند که تمام نمازهای مستحبی که در مفاتیح آمده است را از طرف او و به نیابت از او بخواند. آیا این اجاره درست است یا خیر؟ مرحوم سید می فرمایند که این اجاره جایز نمی باشد.

صلوة واجبه واضحه است اما مرحوم سيد می فرمایند که در صلاة مندوبه نمی تواند اجیر کند. عدم جواز و عدم مطلوبیت واضح است.

دقت کنید یکی بحث نیابت و یکی بحث اجاره بر نیابت است این دورا باید از هم تفکیک کرد:

اول نیابت:

اول صلوات واجبه:

مثلا کسی را اجیر کنم که نیابتا از من صلوات یومیه را می خواند از واضحات است که اگر کسی از طرف من نماز یومیه خواند اینطور نمی باشد که نماز از من ساقط شود، این احتمالش هم نمی باشد.

اما آیا نیابت مطلوب است یا خیر؟ یعنی اگر نماز صبح خواند بابت این نماز نیابی او، مولا به من یا مصلی ثواب دهند. از واضحات این است که با نیابت تکلیف از منوب عنه ساقط نمی شود چرا که این تکلیف شخص است مباشرتا نه اینکه هر دو مکلفیم نه اینکه واجب کفائی است در واجب کفائی تکلیف متعدد نمی باشد در اینجا تکلیف متعدد است. این از بدیهیات که نیابت در واجبات تکلیف را از منوب عنه ساقط نمی کند. اما آیا در صلاة واجب نیابی به مصلی یا منوب عنه ثواب ندهند این دلیل ندارد آنکه قطعی است عدم سقوط تکلیف است اما عدم تعلق ثواب به نائب و منوب عنه از قطعیات نمی باشد. لذا شخص می تواند نیابت را انجام دهد رجاءا لعل این نیابت در صلوات واجبه مطلوب باشد و اگر انجام داد این اشکالی ندارد.

اما نیابت در صلوات مستحبه:

مثلا کسی از طرف من نماز شب و نافله بخواند این قطعیات در فقه است که آن استحباب و مطلوبیت از من ساقط نمی شود چطور اگر شما رفتید نماز شب خواندید در بار

دوم دیگر استحبابش ثابت نمی باشد اما اینجا اینطور نمی باشد که اگر نائب نماز شب خواند تکلیف استحبابی از من ساقط شود اما این نیابت مطلوب است به نحوی که به نائب یا منوب عنه ثواب دهند؟ این هم ثابت نمی باشد لذا می تواند نیابت را به قصد رجاء انجام دهد اما اگر به قصد جزیی انجام دهد قطعی عمل او محرم و باطل است. آن روایتی که ر نیابت گفتیم در حج و زیارت است و اطلاقی ندارد که شامل نماز مستحبی شود و لو نمازی که در حج نمی باشد.

اینها در نیابت بود.

اما در صحت اجاره بر نیابت:

یکبار ما دلیل قطعی بر بطلان نیابت نداریم احتمال می دهیم صحت نیابت را می تواند اجیر کند که نماز بخواند اما به قصد رجاء بخواند لذا اگر گفتیم دلیل بر مشروعیت نماز نیابی نمی باشد این دلیل بر بطلان اجاره نیست.

اما اگر دلیل قطعی داشته باشیم بر بطلان نیابت از حی در صلاة مثلا من شخص را که اجیر می کنم:

تارة اجیر می کنم که به نحو تشریع محرم نماز نیابی را بخواند این اجاره باطل است قطعاً چرا که قبلاً گفتیم هر گاه وفاء به عقد شرعاً یا عقلاً یا قانوناً یا عرفاً حرام باشد آن عقد را عقلاء امضاء نمی کنند.

اما تارة در جایی که می دانم نیابت باطل است شخص را اجیر می کنم که صورت آن عمل را انجام دهد و قصد تشریع نکند مثلاً من وضوء ندارم نمی خواهم نماز بخوانم بلکه می خواهم صورت نماز را انجام دهم نه این که به قصد ورود انجام دهم مثلاً کسی را اجیر می کند که از طرف دیگری و به نیابت از او صورت صلاتی را انجام بده آیا این اجاره صحیح است؟ این بر می گردد به مسئله قبلی که آیا باید یک غرض عقلاً و قصد عقلاً در عقد اجاره باشد یا

خیر؟ گفتیم که لازم نمی باشد چرا که گفتیم عقد سفهی باطل نمی باشد بلکه عقدی باطل است که از سفیه صادر می شود.

لذا باید بین نیابت و اجاره بر نیابت تفکیک کرد.

دلیلی بر مطلوبیت نماز نیابی از شخص حی نمی باشد لذا به قصد رجاء باید اتیان شود نه به قصد جزمی و تشریع. اما اگر کسی را اجیر کردم که صورت نماز را به جا آورد و نمی دانم این نیابت درست است یا خیر این اشکالی ندارد و در اینجا اجاره صحیح است. این در صورت بطلان نماز بود اما در صورت عدم علم به بطلان هم می توانم بگویم که صورت نمازی را به نیابت انجام دهد و هم به نیابت نماز بخواند به قصد رجاء.

پس لزوماً اجاره بر عمل باطل، موجب بطلان آن نمی باشد فقط کافی است که وفاء به اجاره حرام نباشد.

۱... نعم يجوز ذلك في الزيارات والحج المندوب

و إتيان صلاة الزيارة ليس بعنوان النيابة بل من باب سببية الزيارة لاستحباب الصلاة بعدها ركعتين و يحتمل جواز قصد النيابة فيها لأنها تابعة للزيارة والأحوط إتيانها بقصد ما في الواقع.

مرحوم سید فرمودند که ما نمی توانیم در نماز اجیر شویم برای احیاء چه در نماز واجب و چه در نماز مستحب. توضیح مسئله گفته شد هم به لحاظ نیابت و هم به لحاظ اجاره و گفتیم اگر ما از زنده اجیر شویم برای یک نماز چه نماز واجب و چه نماز مندوب دلیلی بر صحت و مطلوبیت این عمل یعنی مشروعیت این عمل نداریم.

اشکالی را سید مطرح می کند و آن اشکال این است شما وقتی گفتید در حج مستحبی و در زیارت نائب از حی شویم خوب زیارت یکی از اجزایش نماز زیارت است در حج مستحبی نماز است چرا که یکی از اجزاء حج، صلاة طواف است و شما گفتید نیابت در نماز لا يجوز سید می فرمایند این نماز در اینجا درست است. سید در دلیل و توجیه نماز می فرمایند این نمازی که در زیارت و حج است این نماز، نماز نیابی نمی باشد حقیقتا کسی که زیارت می رود اعم از اینکه زیارت برای غیر یا خودش باشد، مستحب است دو رکعت نماز زیارت بخواند این نماز را برای خودش می خواند. کسی که طواف می کند برای صحت طواف لازم است نماز بخواند چه این طواف از طرف غیر باشد یا از طرف خودش باشد.

بعد سید می فرمایند بعید نمی باشد که در باب صلاة زیارت و صلاة طواف ما نیت نیابت کنیم به خاطر روایاتی که در زیارت و حج وارد شده است می گوئیم صلاة در طواف و زیارت نیابتش جایز است اما نسبت به بقیه صلوات مثل صلاة اللیل که مطلوبیت و مشروعیت داشته باشد، دلیلی نداریم نهایت دلیلی که داریم در صلاة طواف و زیارت است. در روایت داریم که بروید حج و زیارت نیابی انجام دهید یکی از اجزاء حج و زیارت نماز طواف و نماز زیارت است.

بعد سید می فرمایند که خوب است که انسان احتیاط کند در هنگام خواندن این صلاة طواف و صلاة زیارت، اینها را بخواند نه به نیت نیابت و نه نیت از طرف خودش را بکند بلکه به نیت آنچه که در واقع است این نماز را اتیان کند.

ان قلت:

من اجیر شدم برای صلاة نیابی خوب باید صلاة را نیابی انجام دهم و الا به مفاد اجاره عمل نکردم.

قلت:

ایشان احتمال می دهد که در زیارت و حج نیایی این نماز، نماز نیایی نمی باشد بلکه صلاتی است که وظیفه خود نائب است.

مثل طواف نساء وقتی که نائب می رود در حجة الاسلام و حج، حج به جا می آورد این طواف نساء را به نیت خودش بیاورد یا به نیت نائب؟ بعضی گفته اند به نیت نائب و بعضی گفته اند به نیت اصاله و خودش و بعضی هم گفته اند به نیت وظیفه بیاورد اگر وظیفه نیابت است به نیابت و اگر وظیفه اصاله است به نیت اصاله باشد.

ان قلت:

این داخل در حج مستحبی نمی باشد چرا که در حج مستحبی بعد از شروع اتمام واجب است لذا بحثش همان بحث حج واجب است.

قلت:

اولا: وجوب این حج به عنوان ثانوی است یعنی خود حج واجب نمی باشد اما اگر شروع کرد اتمامش در نظر مشهور واجب است.

ثانیا: مراد سید حجی است که نیابت در آن از طرف حی جایز است نه حجی که در آن نیابت از حی جایز نمی باشد.

ابتداءً در مقام بحث استدلالی این فرع:

این نمازی که می خواند که یا جزء زیارت یا حج است دو صورت دارد:

یک صورت این است که یکدفعه اتیان صلاة لازم نمی باشد مثل ما نحن فیه من رفته ام به زیارت سید الشهداء نیابتا و تبرعا از طرف زید معلوم است که نماز خواندن بعد از زیارت بر من نائب نیاز نمی باشد. چرا که فرض کردیم ه در ما نحن فیه تبرعی است و نماز بر من نیاز نمی باشد اما قصد من این است این زیارت را نیابتا از طرف زید انجام دهم و این نیت را هم

کرد. خوب بعد از زیارت نیایی آنکه مستحب است دو رکعت نماز برای خود زائر بخواند یا مستحب است که دو طرف رکعت نماز از طرف منوب عنه بگیرد؟ کدام مستحب است؟ من از طرف زید رفتم زیارت آیا نماز بر من واجب است؟ خیر مستحب است اگر مستحب است این مستحب چیست؟ مستحب است که از طرف زید بخوانم؟ مستحب است که از طرف خودم بخوانم یعنی بر من مستحب است که برای خودم نماز زیارت بخوانم؟ احتمال سوم این است که بر من مستحب است که دو رکعت نماز بخوانم فرقی نمی کند که از طرف خودم باشد یا از طرف زید باشد. که این احتمال سوم دو قسم است احتمال است که صرف الوجود آن مستحب باشد یعنی نمازی را ایجاد کنم چه به نیابت از زید چه از طرف خودم و احتمال دارد که مطلق الوجود آن مستحب باشد یعنی هم از طرف زید یک نماز بخوانم و هم از طرف خودم یک نماز بخوانم. در صورت اول و دوم اگر نیت نکند نماز باطل است اما در صورت سوم اگر نیت نکند نماز درست است. این احتمالات در مسئله است.

مراجعه می کنیم به دلیل معلوم است که از روایات ما به دست نمی آید که وظیفه استحبابی من کدام یک از این صور است. رجوع می کنیم به اصل عملی که اصل علمی در باب مستحبات جاری نمی شود. رجوع می کنیم به مقام امتثال در مقام امتثال چه باید بکنیم هر نیتی که بکنم می شود تشریع بگویم دو رکعت نماز بخوانم از طرف خودم به طور جزئی نیت کنم این تشریع است و محرم و اگر نیابت را جزئی نیت کنم تشریع است و حرام. اگر بخواهم در مقام امتثال نمازی بخوانم که تشریع نشود باید نماز بخوانم به آنچه که وظیفه من است و اگر چنین نیت کردم آن عمل درست واقع می شود. اگر وظیفه من نیابت بوده نیابت می شود و اگر وظیفه من اصالت بوده اصالت می شود و اگر جامع ملاک است جامع محقق می شود نه از طرف خودم است و نه از طرف زید می شود.

ان قلت:

حتما در روایت به وظیفه او اشاره شده است و الا اگر امام ۸ چیزی نفرمایند مکلف متحیر مانده و در جهل می مانند.

قلت:

امام ۸ می دانسته است که وقتی نگوید تشریع نمی کند و چون جاهل و به قصد جزمی انجام نمی دهد تشریع هم نمی شود.

لذا این احتیاط می شود احتیاط لازم باید در مقام امتثال عمل را طوری اتیان کند که تشریع نشود چرا که نه اماره داشتیم و نه اصل عملی لذا به هر نیتی جزمی انجام دهد می شود تشریع و حرام لذا به نیت واقع و وظیفه. این مختار خودمان است و ظاهر کلام سید این است که این مسئله پیش ایشان روشن نبوده است لذا احتیاط کرده است و این دلیلی که ما گفتیم دلیل ما بود نه دلیل سید.

ان قلت:

نماز زیارت جزء زیارت است و خوب وقتی زیارت نیایی بود نماز هم می شود نیایی.

قلت:

ممکن است که این نماز وظیفه مستقلی است و جزء زیارت نباشد و ضمن اینکه این زیارتی که نیایی است و مستحب است در نماز او دو احتمال است:
دو رکعت نماز از طرف مزور.

دو رکعت نماز به نیت خودش در زیارتی که نیابت کرده است.

مثلا کسی را می فرستید که از طرف شما حج واجب انجام دهد نائب بر زنش حرام می شود یا منوب عنه بر زنش حرام می شود یا هر دو؟ دلیل خاص هم ندارد معلوم است که حکم

برای محرم است لذا اگر نأب طواف نساء را عمدا ترک کند بر نأب استمطاع حرام است در اینجا هم ممکن است اینطور باشد و دلیلی هم نداریم.

چه فرقی است بین نماز زیارت و طواف نساء.

به ادله که مراجعه می کنیم از ادله نمی توانیم بفهمیم که در زیارت نیابی نماز زیارت یا نماز نیابی مستحب است. اصل هم که در مستحبات جاری نمی باشد در مقام امتثال باید به نیت جزمی به جا نیآورد چرا که تشریع است. رجاء اینجا به معنای احتیاط است و لذا باید نمازی بخواند به نیت واقع یا دو رکعت نماز رجاءا یکی به نیت خودش و یکی هم رجاءا از طرف مزور عنه.

اما نماز طواف:

مشهور علماء قائلند که تا محرم شد برای طواف مندوب اتمامش واجب می شود فرق نمی کند که آن احرام برای حج مندوب نیابی باشد یا بالاصالة باشد یعنی هر کسی وارد احرام شد اتمام حج برای او واجب است. در ما نحن فیه می رویم سراغ تکلیف احتمالات در صلاة طواف سه تاست:

احتمال اول: وظیفه این است که از طرف خودش بخواند.

احتمال دوم: وظیفه این است که از طرف منوب عنه بخواند.

احتمال سوم: مخیر بین این است که از طرف منوب عنه را بخواند و یا از طرف خودش بخواند.

احتمال چهارم: دو رکعت نماز طواف بخواند و نیت کسی را نکند دو رکعت نماز طواف می خواند بدون قصد.

این چهار احتمال است. اینجا اصل به درد می خورد سراغ دلیل که می رویم دلی نداریم اما سراغ اصل که می رویم اصل داریم نتیجه اصل عملی چهارمی است در احتمال اول این است که باید به نیت خودش بخواند و احتمال دوم این است که از طرف منوب عنه بخواند و سوم مخیر است و چهارم این است که مخیر است بین آن سه صورت و یک صورت دیگر نه نیت خود را بکند و نه نیت غیر را بکند در ما نحن فیه می گوئیم مقتضی الاصل چهارمی است.

عین همین را در طواف نساء گفتیم آیا وظیفه نائب این است که طواف نساء را از طرف خودش انجام دهد؟ نیت منوب عنه را بکند؟ مخیر بین نیت خودش و منوب عنه؟ یا اصلاً نیتی کسی را نکند و نیت کند که طواف نساء را انجام دهد نتیجه اصل می شود چهارمی. اصل برائت از اکثر است.

این تمام الکلام در اینکه در نماز طواف حج مستحبی چه نیتی کند.

انما الکلام در وجوب اتمام حج است ما احتیاطی شدیم چرا که مشهور فتوا به وجوب اتمام داده اند و الا دلیل بر وجوب اتمام نداریم. همه اینها که گفتیم در صورتی است که ما وجوب اتمام را واجب بدانیم و الا کلام ما در نماز طواف هم همان کلاممان در نماز زیارت است.

وجوب طواف و صلاة عرضی شد که اصل جاری شد ولی نمی دانیم این به نحو جزء است یا شرط.

صحت اجاره در نظر سید تابع نیابت است و لکن در نظر ما ها اجاره تابع نیابت نمی باشد لذا همینکه احتمال صحت را بدهیم اجاره درست است و گفتیم اگر باطل هم باشد شخص را اجیر کنیم بر عمل باطل غیر محرم یعنی به نحو غیر تشریع آن اجاره درست است.

مسألة ۱۸: إذا عمل للغير

لا بأمره و لا إذنه

لا يستحق عليه العوض و إن كان بتخيل أنه مأجور عليه فبان خلافه.

سید می فرمایند که اگر عملی را انجام دادیم برای دیگری مثلاً ماشینش را تمیز کردیم خانه اش را تمیز کردیم اما دیگری از ما طلب نکرده بود و ما هم از مالک استیذان نکرده بودیم و اذن نخواستیم بدون این که از دیگری استیذان کنیم و بدون اینکه از ما طلب کرده باشد خانه او را تمیز کردیم ایشان می فرمایند که مستحق اجرت نمی باشد و لو اینکه جناب عامل توهّم کرده باشد که دیگری از او خواسته است و توهّم کرده است که این عمل به اذن اوست مرحوم سید می فرمایند: لا يستحق الأجرة یعنی غیر، ضامن اجرة المثل این عمل نمی باشد.

اول برویم سراغ طلب و بعد اذن:

اما طلب:

وقتی عملی را برای کسی انجام دهم بدون اینکه آن شخص عمل را خواسته باشد مثلاً ماشین شخص را تمیز کردیم یا دیدیم جلوی در خانه همسایه آشغال ریختند و ما آشغال را جمع کردیم و یا در خانه همسایه را تمیز کردیم آیا بواسطه این عملی که من انجام دادم در ذمه غیر مستحق اجرة غیر و همسایه هستم؟ خیر چرا که عمل من مستند به او نمی باشد از من نخواستہ بود خود من و لو به قصد اجرت این عمل را انجام دادم چون عمل مستند به

غیر نمی باشد نکته ای نمی باشد که عرفا و عقلاء شخص ضامن باشد. چون عمل هیچ استنادی به غیر و همسایه ندارد.

این نسبت به صورت طلب که طلبی در کار نبود.

اما در اذن:

می گوید اجازه می دهی که ماشین شما را یا درب خانه شما را تمیز کنم؟ شخص گفت بله اشکال ندارد از او نخواست اگر بخواهد داخل در قسم اول می شود بلکه فقط استیذان کرد و او اذن داد در اینجا سید می فرمایند که غیر ضامن است. اگر دقت کرده باشید در تعلیقه عروه هیچ کسی از فقهاء در اینجا تعلیقه نزده است و همه با سید موافقت کرده اند که اگر به اذن غیر باشد ضامن است چرا که سید فرموده است که اگر به اذن غیر نباشد، غیر، ضامن نمی باشد که این جمله سید مفهوم دارد یعنی اگر به اذن غیر باشد، غیر ضامن است. همه در اینجا ظاهرا با سید موافقت کرده اند چرا که اصلا تعلیقه نزده اند. گفته اند در سیره عقلاء همانطور که اگر عملی را به طلب دیگری انجام دهیم، غیر ضامن است اگر به اذن غیر هم انجام دادیم آن غیر ضامن اجرت است. و به سکوت شارع این سیره را امضاء کرده و این ضمان را شرعی کرده اند.

آیا این علی الاطلاق درست است یا مطلقا ضامن نمی باشد؟ آیا واقعا در هر صورتی که اذن باشد ضامن است یا اصلا اذن موجب ضمان نمی باشد مطلقا یا اینکه باید در مسئله تفصیل دهیم؟ در مسئله اذن تفصیلی است این تفصیل را بعد از تعرض مسئله ۱۹ در آنجا می گوئیم. پس اینطور نمی باشد که اذن مطلقا موجب ضمان باشد یا مطلقا موجب ضمان نباشد به اختلاف موارد فرق می کند.

بحث ما در ضمان است اما اینکه این تصرف او جایز است یا خیر، کاری به این نداریم

فعلا.

اما اشاره کنیم:

آیا جایز است ماشین همسایه را تمیز کنیم مشهور گفته اند تابع طیب نفس و رضاء غیر است اگر به این تصرف راضی است این حرام نمی باشد و اگر به این تصرف راضی نمی باشد این تصرف در مال غیر حرام است.

مشهور رضائی هستند اما ما اذنی هستیم اگر اذن دهد این تصرف مشکلی ندارد، طیب نفس کافی نمی باشد اگر اذن دهد این تصرف حلال است و اگر اذن ندهد این تصرف حرام است و لو طیب نفس داشته باشد.

بحث ما در حرمت واقعی است نه تنجز و تعذر؟ اگر او واقعا راضی است ولی من نمی دانم این کار او معصیت نمی باشد و حلال است اما فعل من و اقدام من تجری است اما اگر راضی نباشد قلبا این عمل معصیت است. برای عدم تجری نیاز نمی باشد که اذن لفظی بگیرد کافی است که یقین به رضاء او داشته باشد. من باید یا اذن دهم یا اظهار رضاء قلبی کنیم و این را از ادله به دست نیارودیم و گفتیم که آنچه که حرام است تصرف عدوانی است اگر در ملک دیگری تصرف کردم و او قلبا راضی بود و لکن هیچ اذنی و لو به ظهور حال در کار نمی باشد، این تصرف من مصداق تصرف عدوانی است این اختلافی است که با مشهور داریم. البته دست گذاشتن روی ماشین یکدفعه قلبا راضی نمی باشد و ما نمی دانیم که راضی است یا خیر اما اظهار نارضایتی هم نکرده است ما گفتیم این دست گذاشتن روی ماشین مصداق تصرف عدوانی نمی باشد اما اگر اظهار نارضایتی کرد و گفت که دستت را روی ماشین من نگذار اگر دستم را بگذارم این تصرف عدوانی است و جایز نمی باشد. گفتیم یکبار به دیوار مردم تکیه می دهیم و ما می دانیم قلبا راضی نمی باشد اما منعی نکرده است گفتیم این تکیه مصداق تصرف عدوانی نمی باشد اما اگر منع کند این تصرف و این تکیه مصداق تصرف عدوانی است. بله اگر این انسان کسی است که بخل و خساستش به حدی است که ظهور در نهی دارد این تصرف

عدوانی است اما اگر بخل او به این حد نباشد و ظهوری در منع نداشته باشد این تصرف عدوانی نمی باشد و حرام نیست.

این تمام کلام در مسئله ۱۸.

مسألة ۱۹: إذا أمر بإتيان عمل فعمل المأمور ذلك

فإن كان بقصد التبرع

لا يستحق عليه أجره وإن كان من قصد الأمر إعطاء الأجرة وإن قصد الأجرة و كان ذلك العمل مما له أجره استحق^۱ و إن كان من قصد الأمر إتيانه تبرعا سواء كان العامل ممن شأنه أخذ الأجرة^۲ و معدا نفسه لذلك أو لا بل وكذلك^۳ إن لم يقصد التبرع ولا أخذ الأجرة^۴ فإن عمل المسلم محترم ...

این مسئله ۱۹ مسئله مهمی است.

مرحوم سید می فرمایند یکدفعه شخصی از غیر طلب می کند که این کار را برای من انجام بده مثلا شخصی به زید می گوید که ماشین من را تمیز کن و زید هم اقدام می کند بر تمیز کردن

^۱ مثل اینکه کسی به شما گفت این ماشین من را حول دهید ولو حول دهنده قصد تبرع نکرد و قصد اجرت کرد در اینجا مستحق اجرت نمی باشد چرا که حول دادن اجرت ندارد.

^۲ مثل عُمَّال و کارگرها.

^۳ ای يستحق الأجرة.

^۴ مثلا غافل بود یا متلفت بود و با خودش گفت ببینم چه می شود.

ماشین اما به قصد مجانیت یعنی قصدش این است که بدون اجرت این کار را انجام دهد. سید می فرمایند که لا یتحقّ اجرة هیچ اجرتی را مستحق نمی باشد لذا اگر چه شخص آمر قصد داشته است اجرت دهد و اجرت هم بدهد این زید نمی تواند این اجرت را بگیرد چرا که این آمر به قصد اجرت می دهد و فرضا این شخص مستحق اجرت نمی باشد مثل اینکه کسی فکر می کند که به شما هزار تومان بدهکار است و شما می دانید بدهکار نمی باشد شما نمی توانید آن هزار تومان را بگیرید چرا که شخص آن هزار تومان را به عنوان اداء دین می دهد و شما می دانید مدیون نمی باشید و به قصد هبه نمی دهد. در اینجا هم به قصد اجرت می دهد و زید چون مستحق اجرت نمی باشد لذا نمی تواند بگیرد.

یکبار هم آمر امر می کند و می گوید که مجانی انجام بده حال یا تصریح می کند که مجانی انجام بده و یا با قرینه می گوید که بدون اجرت انجام بده مثل اینکه می گوید که برای رضاء خدا انجام بده و لو عامل این را نفهمد که مراد این شخص تبرعی و مجانی است اما ظهور عرفی اش در مجانیت باشد یعنی این جمله را به دست هر کسی بدهند می گوید که مراد این جمله مجانیت است باز سید می فرمایند که مستحق اجرت نمی باشد.

پس در فرض اول که هم آمر و هم عامل به قصد مجانی انجام می دهد لا یتحقّ الاجرة صورت دوم هم که در امرش مجانیت را قید کرده است اینجا هم لا یتحقّ اجرة. غیر این دو صورت اگر آمر طلبی کرد و جناب عامل آن عمل را انجام داد، و آن عمل هم مالیت داشت، عامل استحقاق اجرت دارد. مثلاً آمر گفت این ماشین من را تمیز کن و صراحتاً یا با قرینه به مجانیت اشاره نکرد و عامل از مسئله اجرت غافل بود نه قصد اجرت کرد و نه قصد تبرع کرد و این ماشین را تمیز کرد در اینجا مستحق اجرت است و باید اجرة المثل این تمیز کردن ماشین را به عامل بدهد. لذا در مورد طلب اگر عامل و مأمور نه قصد اجرت کرد و نه قصد مجانیت از آن دو مورد خارج است و مستحق اجرت است دلیل سید این است که عمل مسلمان محترم

است و از این بیان سید مشخص می شود که اگر این عامل و مأمور مسلمان نباشد و قصد تبرع هم نکند مستحق اجرت نمی باشد. البته عمل کافر ذمی هم مثل عمل مسلمان است.

جمع بندی کلام سید:

وقتی کسی عملی را انجام می دهد به امر کسی، در دو صورت مستحق اجرت نمی باشد:
عامل و مأمور قصد تبرع کند.

آمر تصریح کند یا قرینه ای بیاورد که این عمل را تبرعی انجام بده و لو عامل به قصد اجرت انجام دهد.

در غیر این دو مورد در بقیه موارد مرحوم سید می فرمایند که عامل مأمور مستحق اجرة است.

اشرح المسئلة:

وقتی کسی از کسی عملی را طلب کند به طور کلی سه صورت دارد:

الصورة الأولى إذا عمل العامل المأمور تبرعا: لا يستحق أجره لإلغاء الاحترام.

صورت اول این است که جناب عامل عمل را به قصد مجانیت انجام دهد مثل مثالی که زدیم جناب زید به عمرو گفت بیا ماشین من را تمیز کن و عمرو هم پیش خودش این عمل را برای خدا و تبرعا انجام داد لا يستحق اجرة یعنی جناب آمر ذمه اش به اجرة المثل مشغول نمی شود.

دلیل چیست؟ الغاء احترام است هر کسی می تواند از عمل یا مال خودش الغاء احترام کند وقتی الغاء احترام کرد دیگر شخص مقابل ضامن نمی باشد مثل اینکه شما منزل کسی می روید و شخص جلوی شما شیرینی و میوه می گذارد اموالی که جلوی شما گذاشته است الغاء احترام کرده است به شما اذن در اتلاف مجانی داده است وقتی که تعارف می کند ظاهرش اذن در اتلاف مجانی است لذا اگر شما چای یا شیرینی یا میوه را خوردی ضامن نمی باشی بلکه به اندازه متعارف باید بخوری چرا که مالک اذن در اتلاف به مقدار متعارف می دهد. اگر متعارف مثلا دو تا موز است شما نمی توانی سه تا موز بخوری این سومی را ضامن هستی فقط اذن در اتلاف داده است به مقدار متعارف. گفته اند که اگر کسی مجانا عملی را برای غیر انجام دهد با این قصد مجانیت، الغاء احترام می کند از عمل خودش لذا دیگر معنا ندارد که آمر ضامن این عمل شما باشد مثل اینکه میزبان از شما ثمن این میوه را مطالبه کند این حق را ندارد. مشهور بین علماء ما این است که این قصد مجانیت الغاء احترام است کسی از معلقین عروه مخالفی نکرده اند و اندک کسانی هستند که با سید مخالفت کرده اند که دو گروه می باشند:

گروهی فتوا داده اند به خلاف گفته اند قصد مجانیت عمل را مجانی نمی کند بلکه باید این قصد را ابراز کند.

گروه دوم که مخالفت با سید کرده اند توقف کرده اند فتوا نداده اند نه به این طرف و نه به آن طرف. لذا دو گروه بعضی به افتاء و بعضی به توقف با سید مخالفت کرده اند.

تعليقة: أن الإلغاء، إنشاء يحتاج إلى مبرز و قصد المجانية إلغاء إن جاء مع الإبراز و لو متأخرا و صرف القصد من دون الإبراز لا يكفى.

ما در دوره های سابق با این نظر سید موافقت کرده بودیم بعدها برای ما تردید ایجاد شد. چرا این تردید ایجاد شد؟ آن تردید از این جهت بود که خوب این الغاء احترام امر انشائی است انشاء است و دائما انشاء متقوم به ابراز است تا وقتی که ابراز نکند چطور انشاء کرده است؟! چطور الغاء احترام کرده است؟! الغاء احترام امر انشائی است و انشاء دائما ابراز می خواهد این در سیره است در سیره انشاء دائما ابراز می خواهد شاهدش هم این است که من در نفس خودم گفتم که شما می توانید میوه ها را تلف کنید مثلا رفته ایم منزل کسی آن شخص میوه را لب تاغچه گذاشته است و تعارف به مهمان هم نکرد و در نفس خود گفت که من راضیم که مهمان بخورد و مهمان هم رفت از تاغچه برداشت آیا این مهمان و تالف ضامن است یا خیر؟ ضامن است. این الغاء احترام از سنخ انشاء است. چرا در تصرفات اعتباری اگر شخص نسبت به معامله ای قلبا راضی است، اما ابراز نکرده است فقهاء می گویند این عقد باطل است؟ مثلا من واقعا راضیم شما عباى من را به پنج برابر قیمت بفروشید و شما هم فروختید و من هم قلبا از این بیع راضی بودم چرا فقهاء گفته اند که این عقد باطل است؟ بحث در فهم از سیره است مشهور و رایج بین علماء ما این است که این عقد باطل است به اصطلاح می گویند عقد فضولی است یعنی اثری بر این عقد مترتب نمی شود. چرا باطل است؟ چرا که در تصرفات اعتباری نیاز به ابراز داریم یعنی مالک باید اذن دهد و رضاء قلبی کفایت نمی کند. الغاء احترام از این سنخ است لذا اگر من مجانا عمل کردم اما هیچگونه ابرازی نکردم و فقط در دلم گفتم این عمل را مجانا انجام می دهم، این الغاء احترام نمی باشد. لذا این مسئله این مشکله را دارد که الغاء احترام انشاء است و در انشاء نیاز به ابراز است لذا معنا ندارد که

شخص آمر ضامن نباشد فقط در دلش این قصد را کرد و ابراز نکرد. مثلاً کسی به شما بدهکار است و در دلتان گفتید که این پول را به او بخشیدم آیا ذمه او بری می شود یا باید ابراز کند؟ پس از یک طرف به نظر می رسد مجرد قصد در الغاء احترام که امر انشائی است کفایت نمی کند اما از طرف دیگر یک نکته ای است این احتمال را دادیم که فرقی با سایر انشاءات دارد. مثلاً زید به من بدهکار است و صبح در دلم می گویم که زید را ابراء کردم و بعد غروب که زید را می بینم می گویم که صبح تو را ابراء کردم ذمه جناب مدیون که زید است ذمه اش بری می شود از کی بری می شود؟ از حین الطلوع که در دل ابراء کرد اما ابراز نکرد یا از حین الغروب که این ابراء را ابراز کرد؟ خود این خبر از ابراء صبح می شود مبرز به نفس این اخبار انشاء کرده است این اخبار مصداق ابراء و انشاء است لذا این شخص از الان بری می شود نه از صبح. لذا قبل از غروب می تواند پول را بگیرد ظاهراً در این ابراء اختلافی نمی باشد که از انشاءات است و نیاز به ابراز دارد. اما یک چیزی است دقت کنید در باب انشاء ابراز لازم است اما بروز لازم نمی باشد یعنی اینکه دیگری این ابراز را بفهمد این نیاز نمی باشد مثلاً در خانه نشسته اید و می گویند: «ابراًت ذمه زید» در اتاق کسی نبود این ابراز برای ابراء کفایت می کند با اینکه کسی متوجه این ابراز شما نشد. مثلاً شما در اتاق نشسته اید و گفتید: «اعتقت عبدی لله» یا کسی را شما وکیل می کند در عقد ازدواج و امر رایجی است که آقایان عقد را تنها می خوانند و می گویند که: «انکحت فلانا بفلان» این عقد باطل است؟! خیر این عقد درست است با اینکه بروزی ندارد خودش تک و تنها در اتاق نشسته است. خود نوشتن در ابراز کفایت می کند البته در نکاح اشکال کرده اند بعضی که باید به صیغه لفظی باشد اما در دیگر عقود گفته اند که نوشته هم کفایت می کند. فرق این ابراز به تنهایی با عدم ابراز چیست؟ فرق این است که در سیره عقلاء ثابت است که مقوم انشاء ابراز است.

خوب دقت کنید ما در نظرمان الغاء از امور انشائی است و ابراز هم نیاز دارد اما در بحث الغاء احترام به نظر می رسد ابراز متأخر کافی است به این معنا که عمل را انجام داد و بعد گفت

آن عملی را که انجام دادم مجانی بود. اگر گفتیم مثل بقیه عقود و انشاءات بود تا الان ذمه اش مشغول بوده است و الان ذمه اش بری می شود اما اگر گفتید از قبیل شرط متأخر است یعنی اگر به قصد مجانی انجام دهد و این قصد را ابراز کند و لو در زمان متأخر، از زمان اول اشتغال ذمه نمی آید. ما به ارتکازمان به این رسیدیم که قصد مجانیت تنها کافی نیست لذا اگر این عمل را به قصد مجانی انجام داد و بدون ابراز قبل و بعد از عمل از دنیا رفت جناب آمر ضامن اجرة است اما اگر بعدا ابراز کند بگوید که آن عملی را که انجام دادم به قصد مجانیت انجام دادم از همان اول ذمه آمر مشغول به اجرة المثل نشد لذا الغاء احترام انشاء است و نیاز به ابراز دارد اما این ابراز اعم است از قبل از عمل، حین العمل یا بعد العمل. اگر قبل از عمل یا حین العمل یا بعد العمل ابراز کند از همان اول ذمه آمر مشغول نمی شود. اما در بعد از عمل به نحو شرط متأخر است.

این ابراز متأخر ابراء نمی باشد چرا که ابراء امر قصدی است و این شخص قصد ابراء ندارد انشاء دائما قصدی است مثلا شما به بانک می روید که معامله کنید در نظر کسانی که مال بانک مجهول المالک است و قبل از رفتن به بانک می گوئید تمام معاملات من با بانک صوری است و بر اساس این ارتکاز با بانک وارد معامله می شوید هیچ معامله ای صورت نمی گیرد چرا که مقوم عقد قصد است لذا شما با بانک معامله ربوی منعقد می کنید چرا که در شریعت حرام، قرض ربوی صحیح است نه قرض ربوی باطل. شما می روید و پول زید را به عمرو قرض ربوی می دهید شما عقد ربوی باطل انجام دادید و از این حیث حرام نمی باشد.

در اینجا هم می گوئید که من الغاء احترام می کنم نسبت به عملم این قصد الغاء احترام است مشروط به یک شرط متأخر این شرط متأخر ابرازش است. مثالی بزنم که روشن شود: به زید می گوئید بعت کتابی بدرهم. زید می گوید که بگذار فکر بکنم. بعد از یک ساعت زید می گوید قبلت. شما کی بعت گفتید؟ یک ساعت قبل. شما این بیع را کی انشاء کردید؟ یک ساعت قبل. کی می شود انشاء تملیک به حمل شایع؟ یک ساعت بعد. به عبارت دیگر آن تملیک

انشائی کی محقق می شود؟ یک ساعت بعد. یعنی در طول این یک ساعتی که گفت فکرم را بکنم گفتم بعث کتابی بدرهم گفت فکر بکنم بعد از یک ساعت گفت قبلت. الان کی منتقل می شود از ملک من به ملک مشتری؟ یک ساعت بعد. این تملیک انشائی است این انشائی که یک ساعت قبل شده است یک ساعت بعد تملیک شده است.

این الغاء احترام شاید تنها مثالی باشد به نحو شرط متأخر. الغاء کی حاصل می شود؟ دقت کنید الغاء باید قبل از اتلاف باشد بعد از اتلاف الغاء معنا ندارد شخص اول میوه ها را بگذارد جلوی مهمان و الغاء احترام نکند و بعد که مهمان خورد الغاء احترام کند این معنا ندارد. الغاء احترام کی حاصل می شود؟ یک ساعت بعد می گوید عمل را که انجام دادم به قصد مجانیت انجام دادم. آن عمل و آن قصد، الغاء احترام است اما مشروط به شرط متأخر که ابرازش بعد بیاید و اگر ابرازش بعد نیاید آن قصد، الغاء احترام نمی باشد. و لو این ابراز یک سال بعد بیاید. این ابراز در یکسال بعد آن قصد را الغاء احترام می کند از همان زمان قصد. نظیر اجازه بنا بر قول کشف حکمی. من الان انشاء بیع می کنم من الان کتاب زید را می فروشم بعد از یکسال زید عقد من را امضاء می کند و اجازه می دهد عقد من از الان مملک نمی باشد از همان زمان عقد مملک است اما از الان حکم می شود به مالکیت مشتری بر کتاب من از حین العقد. فرض کنید اول ماه این عقد بیع فضولی انجام شد در طول یک ماه این کتاب ملک زید است آخر ماه زید می گوید اجزت تا گفت اجزت از الان حکم می شود به ملکیت مشتری من حین العقد. اما دقت کنید این دو ملکیت در یک آن با هم جمع نمی شود قبل از رسیدن به آخر ماه ملک زید است از وقتی که به آخر ماه رسیدیم از الان حکم می شود به ملکیت مشتری از اول ماه آن زمان دیگر گذشته است لذا نمائات مال زید است الان حکم می شود به ملکیت اما نه ملکیت فعلیه بلکه ملکیت سابقه این را اصطلاحاً می گوید کشف حکمی در مقابل قول به نقل و کشف حقیقی.

این به او گفت عمل را انجام بده و قصد مجانیت کرد و ابراز نکرد این قصد مجانیت الغاء احترام است اما مشروط به ابراز و لو به نحو شرط متأخر. در سابق می گفتیم این قصد، الغاء احترام است این مغالطه است این انشاء الغاء است اما به حمل شایع الغاء احترام نمی باشد. این خیلی مهم است بین انشاء و انشاء به حمل شایع. من به دیوار گفتم اذهب این انشاء الطلب است مثل اذهبی که به فرزندم می گویم، می باشد اما این اذهب مصداق طلب انشائی هم است؟ گفتیم مصداق طلب انشائی نمی باشد. لذا صرف الغاء کفایت نمی کند باید الغاء به حمل شایع باشد. این قصد انشاء الغاء است اما الغاء به حمل شایع کی می شود؟ زمانی که ابراز کند و لو به نحو شرط متأخر. لذا در این مسئله ما ها قائل شدیم که این قصد مجانیت، الغاء احترام است اما مشروط به شرط که ابراز است اما فرقی نمی کند که ابراز قبل یا حین یا بعد العمل باشد، اگر همراه ابراز شد آن قصد، الغاء احترام است به حمل شایع و الا الغاء احترام نمی باشد لذا اگر من به قصد مجانیت عمل کردم اما قبل از ابراز از دنیا رفتم او ضامن است و باید اجرت را بدهد و بعد از موت داین دین منتقل می شود به ورثه داین.

پس ما قبول کردیم اما فرقی دارد و لازم نمی باشد ابراز مقارن باشد لذا قصد مجانیت مصداق الغاء نمی باشد مصداق الغاء خود قصد است اما مشروط به یک شرط است که شرطش ابراز است متقدما یا مقارنا یا متأخرا اگر بعد از یکسال ابراز کرد وقتی ابراز کرد همان قصد، الغاء احترام از عمل بوده است از زمان قصد ضامن نبوده است. بله اگر به دروغ گفت وقتی که عمل می کرد قصد مجانیت نبود به دروغ گفت من قصد مجانیت کردم این قولش اماره برای الغاء می شود الغاء نمی شود آمر ضامن است اما این قولش اماره بر عدم ضمان و عدم اشتغال ذمه است چرا که در سیره اموری که «لا یعلم الا من قبله» در آن امور قول قائل حجت است.

۱ پس گفتیم این قصد الغاء احترام است اما نیاز به ابرازمائی دارد و لو این ابراز متأخر از عمل باشد این به نحو شرط متأخر باعث می شود که این قصد، الغاء احترام باشد. این صورت اول.

الصورة الثانية، إذا أمر الأمرُ العاملَ مع قصد المجانية صراحةً أو بالقرينة: لا يستحق الأجرة لأن العامل عمل ما لم يأمر به و الأمر أمر بما لم يعمل.

صورت دوم این است که آمر آمر و طلب می کند عملی را مجانی؛ به این زید می گوید که بیا این خانه من را نظافت کن مجاناً حالا این طلب مجانی گاهی اوقات تصریح می کند و گاهی اوقات قرینه است تصریح نمی کند و این قرینه ممکن است شخصیت طرف باشد مثلاً معروف و شناخته شده است که برای هیچ کاری به کسی پول نمی دهد لذا این شخص که می گوید که بیا و خانه من را تمیز کن ظهور حالش در مجانیت است. لذا صورت دوم این است که آمر آمر و طلب عملی را می کند مجاناً بالصراحة أو بالقرينة. در این صورت هم جناب عامل و مأمور لا يستحق اجرة چرا؟ فرض می کنیم این بنده خدا این عمل را انجام داده است مجاناً اگر مجاناً عمل کرده است به صورت اول بر می گردد که این قصد او الغاء احترام از عمل خودش است به خصوص اینجا که قرینه بر ابراز هم است و قرینه هم اجابت این طلب است اجابت این طلب مجانی ظهورش در این است که انجام می دهد به قصد مجانیت. در اینجا، هم قصد مجانی داشته است و هم ابرازش و ابرازش هم ظهور حال است که عمل او عقیب این طلب، ظهورش در قصد مجانیت و الغاء احترام است.

در صورت دوم طلب به صورت مجانی بود اما عامل به قصد اجرت رفت تمیز کرد. باز لا يستحق اجرة چرا که عملی که آمر خواسته بود شخص عامل انجام نداده است آمر عمل مجانی خواسته بود که عامل انجام نداد و عملی را که عامل انجام داده است، آمر به آن آمر نکرده بود. مثل اینکه شما به خیاطی پارچه بدهید و بگویید برای من عبا درست کن و خیاط پارچه دیگری از شما را قبا کند کاری که خیاط انجام داده است به امر شما نبوده است و معلوم است که لا يستحق اجرة.

در اینجا هم عملی را که انجام داده است آمر طلب نکرده بود و آنچه را که طلب کرده بود، عامل آن را انجام نداد.

الصورة الثالثة، ما لا تكون صورتين السابقتين: أن الأمر ضامن بوجوه نذكرها:

که تمام کلام ما در این صورت سوم است صورت سوم این است که نه خصوصیت صورت اول را دارد و نه خصوصیت صورت دوم را دارد. صورت سوم فاقد هر دو خصوصیت است یعنی عامل عمل را به قصد مجانیت انجام نداد این دو فرض دارد که قصد اجرت کرده است و صورت دوم این است که نه قصد مجانیت کرده است و نه قصد اجرت مثلا از این مسئله اجرت اصلا غافل بوده است پس خصوصیت اول را ندارد خصوصیت صورت دوم را هم ندارد آمر نخواسته است که عمل را مجانا انجام دهد اصلا اشاره ای به مجانیت یا عدم مجانیت نکرده است نه صراحتا نه با قرینه گفته است که خانه من را بیا تمیز کن اعم از اینکه قرینه یا تصریحی بر اجرت باشد یا خیر شخص غافل باشد. آیا در این صورت مستحق اجرت است یا خیر؟

صورت اول نمی باشد یعنی قصد مجانیت نمی باشد و صورت دوم نمی باشد یعنی طلب مجانی نمی باشد آیا در این صورت آمر ضامن است یا خیر؟ عامل مستحق اجرت است یا خیر؟ اینجا است که محل اختلاف شده است بعضی فرموده اند ضامن است و بعضی گفته اند ضامن نمی باشد. به عبارت دیگر مشهور بین علماء ضامن است مطلقاً و اختلاف در این است که چرا ضامن است؟ وجه ضامن و نکته ضامن چه می باشد؟ در این نکته و وجه با هم اختلاف کرده اند.

وجوهی برای ضامن ذکر شده است:

الوجه الأول من المرحوم السيد الحكيم: أن الأمر ضامن لأن طلبه استيفاء لمنفعة العامل والإستيفاء سبب الضمان.

وجه اول وجهی است از مرحوم آقای حکیم: مرحوم آقای حکیم فرموده اند آمر با طلب و منفعت خودش منفعت این شخص را استیفاء کرده است و استيفاء المنفعة یکی از اسباب ضمان است. وقتی گفته است که بیا خانه من را تمیز کن منفعت این شخص را استیفاء کرده است هر کسی منفعت عینی یا شخصی را استیفاء کند مستوفی ضامن است لذا اگر بروید داخل خانه ای سکونت کنید و منفعت خانه را استیفاء کنید اگر ماشین کسی را سوار شوید و منفعت ماشین را استیفاء کنید ضامنید این شخص با طلب و امر خودش استیفاء منفعت کرده است و ضامن است. یعنی اگر درخواست و طلب او نبود این منفعتش را استیفاء نمی کرد این با طلب خودش استیفاء منفعت کرده است.

مناقشة: أن الإستيفاء ما لم يكن موجبا للإتلاف لا يكون سببا للضمان.

در جای خودش گفته شده است استیفاء از اسباب ضمان نمی باشد بلکه باید بر گردد به اتلاف اگر اتلاف منفعت نشود سبب ضمان نمی باشد سکونت در خانه و استفاده از ماشین غیر چون اتلاف منفعت است سبب الضمان است.

خوب آیا در اینجا از باب اتلاف ضامن است یا خیر بعدا خواهیم گفت. اما استیفاء منفعت از اسباب ضمان نمی باشد و در مثال خانه و ماشین هم از باب اینکه این سکونت و سوار ماشین شدن اتلاف منفعت است سبب الضمان است.

الوجه الثاني: أن الأمر ضامن للإجارة أو الجعالة الفاسدة المعاطاتية.

این آمر ضامن است از باب معاطاة. گفته اند که وقتی از کسی می خواهد این کار را انجام دهد این در واقع این عقد اجاره یا جعالة معاطاتی است و در اجاره و جعالة معاطاتی اجاره و جعالة سبب الضمان است. منتها چون اجرت معین نشده است می شود اجاره و جعالة فاسد و این در بیع گفته شده ست در جای خودش گفته شده است: «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» چطور عقد اجاره و جعالة صحیح موجب ضمان می شود جعالة و اجاره فاسد هم موجب ضمان می شود. پس در ما نحن فیه وقتی به شخص می گوی که بیا خانه من را تنظیف کن یا اجاره یا جعالة معاطاتی است و هر عقدی صحیحش موجب ضمان است، فاسدش هم موجب ضمان است. هر جا که فاسد باشد رجوع می شود به ثمن المثل یا اجرة المثل.

مناقشة: أن العقود من العناوين القصدية و المفروض أنهما لا يقصدونهما.

این فرمایش هم باطل است چرا؟ چون وقتی می گوئیم ضامن است به اجاره یعنی ضامن به عقد است معلوم است که اینها عقدی با هم نیستند اند اجاره عقد است اجیر می کند بر عملی این کی اجیر کرد بر عملی؟! و لو اجاره فاسد یا جعالة فاسد؟! بله، یکبار اجیر می کنم شخص را برای عملی و اجرت را مشخص نمی کنم این عقد فاسد است معاطاة عقدی است که در آن صیغه خوانده نشود این اصلا عقد نمی باشد جعالة عقد است این اصلا عقد نیست لذا هیچ چیزی در کار نمی باشد فقط یک طلب است گفت است خانه یا ماشین را تمیز کن. عقود از عناوین قصدی است من قصد عقد کرده ام؟! من قصد ایجاب و قبول کرده ام؟! لذا این نه حقیقتش اجاره است و نه جعالة و لو معاطاتی اینها قصد می خواهد و اینها کی قصد معامله داشته اند؟!!

الوجه الثالث: أن الأمر متلف منفعة العامل و الإلتلاف سبب الضمان.

در وجه سوم به قاعده اتلاف تمسک کرده اند. اتلاف یعنی چه؟ یعنی آن طالب و آمر با این طلب منفعت را اتلاف کرده است. کدام منفعت؟ منفعت تمیز کردن خانه و یکی از اسباب ضمان اتلاف است. چه اتلاف مال باشد، چه اتلاف منفعت باشد.

مناقشة: ليس الإلتلاف مستند إليه لبينة إرادة العامل بين الأمر و التلف.

این وجه درست نمی باشد چرا که اتلاف موجب ضمان کسی است که اتلاف مستند به اوست تلف کی به متلف اسناد داده می شود؟ که اراده ای فاصله نشود اگر اراده دیگری فاصله

شد دیگر به آن اتلاف نمی گویند مثل این که شما به یک شخصی می گوید که فرش زید را آتش بزن و شخص هم فرش زید را آتش می زند. در اینجا آیا این آمر ضامن است؟ خیر چرا که بین این امر این شخص و آتش گرفتن فرش و تلف شدن آن اراده شخص دیگری که عامل باشد فاصله شد لذا وقتی شخص فرش را آتش زد آمر ضامن نمی باشد و لو او از عامل خواست که فرش را آتش بزند و شخص هم به امر او فرش زید را آتش زد. در اینجا ضامن نمی باشد چرا که اراده شخص دیگری غیر آمر بین این طلب و تلف شدن فاصله شد. آن می توانست نرود که آتش بزند ملزم نبود فقط از او طلب شده بود که آتش بزند و او رفت آتش زد. چون اراده عامل فاصله شده است این باعث می شود که این اتلاف مستند به این طالب نباشد و مستند به فاعل مباشر باشد. لذا اگر ما به طفلی یا مجنونی امر کنیم فرش را آتش بزن چون اراده مجنون و طفل غیر ممیز خیلی ضعیف است عرفا این اراده نادیده گرفته می شود و این فعل سوزاندن مستند به طالب و آمر است آن طفل و دیوانه ضامن نمی باشد. در ما نحن فیه هم اینطور است. آمر به شخص گفت که بیا و خانه مرا تمیز کن خوب در اینجا خودش آمد و خانه را تمیز کرد به اراده خودش آمد و مشغول تمیز کردن خانه شد دیگر نمی توان گفت منفعت عامل را طالب و آمر تلف کرده است لذا تلف دیگر مستند به او نمی شود. لذا قاعده اتلاف هم اینجا نمی آید.

الوجه الرابع: أن الأمر ضامن لإحترام عمل المسلمان.

این وجهی است که مرحوم صاحب عروه فرموده است. فرموده است عمل مسلمان محترم است وقتی عمل مسلمان محترم است وقتی امر کرد آمر ضامن اجرت این عمل می باشد. ببینیم این که عمل می گویند عمل محترم است این احترام عمل و مال را معنا کنیم اولاً و بعد تطبیق کنیم در مقام.

مشهور بین فقهاء ما این است که مسلمان اموالش محترم است چه مومن باشد یا غیر مومن.

و همچنین معروف است عمل مسلمان محترم است. فقهاء ما معتقدند که مال و عمل غیر مسلمان محترم نمی باشد. عمل و مال مسلمان است که محترم است اما مال و عمل غیر مسلمان محترم نمی باشد. این معنای احترام یعنی چه؟ معلوم است که معنایش این نمی باشد که اگر به مال مسلمان رسیدیم باید به آن مال احترام کنیم و تعظیم کنیم. پس احترام عمل و مال چه می باشد؟ ما دو احترام داریم یکی حرمت و احترام تکلیفی و یک حرمت و احترام وضعی. احترام تکلیفی یعنی تصرف در مال مسلمان بدون اذن مسلمان حرام است و تصرف اگر بخواهد حرام نباشد باید به رضاء یا اذن^۱ آن مسلمان باشد. اما در غیر مسلمان نه مثلاً این کفشها مال غیر مسلمان است می تواند بدون اذن او کفشهای او را بپوشید و یا ماشین غیر مسلمان را می توانی سوار بشی و ببری و کار خود را انجام دهی و اگر خواستی برگردانی. این نسبت به حرمت تکلیفی. حرمت تکلیفی نسبت به عملش معنا دارد مثلاً مسلمان را نمی توانی الزام کنی به عملی مثلاً تهدیدش کنی که بیا خانه من را تمیز کن این کار حرام است به خلاف غیر مسلمان که می توانی به عملی او را اکراه و الزام کنی و این حرام نمی باشد.

اما حرمت وضعی یعنی چه؟ یعنی تصرفات اعتباری شما بدون اذن او باطل است. یعنی چه؟ یعنی اگر یک خانه یا فرش مسلمانی را بفروشید این معامله باطل است اما در غیر مسلمان اگر چنین تصرفی کنید این معامله نافذ است این ولایت را دارید که اموال غیر مسلمان را تصرفات اعتباری کنی.

اما می رویم سراغ ضمان: در احترام وضعی اگر اموال مسلمان را تلف کنید ضامنید اگر نان یا میوه یا خوراک مسلمان را خوردید قیمت آن را ضامنید اما در غیر مسلمان در تلف مال

^۱ مشهور فقهاء حلیت تصرف را مشروط به رضاء کرده اند و ما مشروط به اذن کردیم. (هم جلس).

او مجاز می باشید و ضامن نمی باشید. نسبت به عمل هم اینطور است اگر غیر مسلمان را اکراه بر عملی کردید ضامن اجرت او نمی باشید اما اگر مسلمان را الزام کردی ضامن هستید اگر منفعت مسلمانی را تلف کردید ضامن می باشید. این احترام و عدم احترام را به روایت و سیره قطعی اثبات کرده اند.

خوب تطبیق در ما نحن فیه:

آمر به یک شخص مسلمان گفته است که بیا و خانه من را تمیز کن وقتی گفته است بیا تمیز کن ضامن عمل است چرا که عملش مثل اموالش محترم است.

مناقشة: أن احترام العمل موجب لضمان متلفه و المفروض أن التلف ليس مستندا إلى الأمر.

دقت کنید این استدلال اشکالش چه می باشد؟ اشکالش این است که اگر به او امر کردم باید تلف مستند به من باشد بلکه درست است که مال مسلمان و عمل او محترم است اما ضمان زمانی می آید که تلف مستند به من باشد و در جایی که بین این امر و تلف اراده دیگری فاصله شده باشد دیگر این تلف مستند به آمر نمی باشد این عامل به اراده خودش رفته است من دیگر ضامن نمی باشم مثل همان امر به آتش زدن فرش زید در اینجا مال زید محترم است و تلف این فرش مستند به عامل است نه به آمر لذا من ضامن نمی باشم و تالف ضامن است. چون مال مسلمان محترم است من که ضامن نمی باشم احترام باعث می شود که متلف ضامن باشد و من متلف نمی باشم چرا که اراده شخص دیگری بین امر من و تلف مال فاصله شده است لذا اوست که ضامن است در اینجا هم صرف اینکه من او را امر کردم که این کار را برای من انجام بده این موجب ضمان نمی شود و لو اینکه عمل او محترم است اما عمل او محترم است و موجب ضمان می شود نسبت به شخصی که این عمل او را تلف کرده است و از

آنجاىكه بين امر من و عمل عامل اراده عامل فاصله شده است لذا اين تلف مستند به من نمى باشد لذا ضامن نمى باشم. صرف احترام عمل و مال باعث نمى شود كه در جايى كه اراده ديگرى بين امر من و تلف فاصله شده است، تلف مستند به من بشود.

لذا وجه چهارم هم تمام نمى باشد.

ماها از كسانى هستيم كه عمل و مال انسان را محترم مى دانيم فرق بين مسلمان و غير مسلمان نمى گذاريم بلكه در مواردى هم اين عمل و مال انسان را محترم نمى دانيم كه در آنجا هم فرق بين مسلمان و غير مسلمان نمى گذاريم.

پس تا اينجا اين چهار وجه براى ضمان آمر تمام نبود.

الوجه الخامس: ضامن للتلف تحت اليد.

گفته اين شخص آمر ظامن است از باب ضمان باليد وقتى كه امر مى كند به يك عملى كآنه بر آن عمل يد گذاشته است و وقتى مال غير تحت يد تلف شود شخص ضامن است پس اين شخص ضامن است به يد با طلب كآن بر آن عمل يد گذاشته است و تلف تحت يد سبب ضمان است.

مناقشة: أن المراد من التلف في القاعدة، تلف الأموال لا الأعمال أولاً

و ليس هذا من قبيل الإستيلاء على الأعمال ثانياً.

جواب روشن است اين ضمان تحت يد مراد اين است كه اگر اموال مردم را يد بگذارد و اين مال تلف شود تحت يد ضامن است اينجا اصلاً تلف تحت يد نمى باشد. مال جايى است

که مال مردم را بر می دارد و بر آن استیلاء پیدا می کند. اینجا استیلاء بر عمل نمی باشد. ضمن اینکه اصلاً قاعده ضمان تحت ید برای اموال است نه اعمال.

یک اتلاف و یک تلف داریم در اتلاف ید موثر نمی باشد در تلف متلف ذوالید نمی باشد دیگری است هرگاه مالی تحت ید کسی تلف شود ضامن است گوسفند را غصب کرده است و گرگ خورد متلف گرگ است نه غاصب اما غاصب ضامن است. در اینجا اسباب ضمان تلف تحت ید است و اتلاف چیز دیگری است و این دو با هم فرق دارد و هیچ زمانی هم با هم جمع نمی شوند لذا گفتیم اگر کسی گوسفند مردم را غصب کرد و سرش برید دیگر نمی گویند ضمانش تلف تحت ید است نه سبب ضمانش اتلاف است. دلیل ضمان تلف تحت ید سیره است.

الوجه السادس: الضمان بالغرور.

وجه ششم را گفته اند ضمان بالغرور است اگر کسی مال کسی را بالغرور تلف کرد غار ضامن است در اینجا گفته اند با طلب آمر این عامل فریب خورده لذا غار و آمر ضامن است.

مناقشة: للضمان بالغرور شرائط لیست هنا منها الغرور فی الأموال لا

الأعمال.

این درست نمی باشد چرا که ضمان بالغرور شرائطی دارد که هیچ کدام در اینجا نمی باشد مثلاً:

یکی از شرائط قاعده غرور این است که باید این غرور در اموال باشد نه در اعمال.

یکی از شرائط این است که مغرور باید جاهل باشد.

یکی از شرائط این است که غارّ باید عالم باشد مثلاً شما وارد مسجد می شوید می بینید زید است ظرف میوه ای هم است فکر می کنید این میوه ها مال زید است و زید می گوید بفرمایید میوه بخورید و زید می داند که این میوه مال خودش نمی باشد و شما هم نمی دانید که این میوه ها مال زید نمی باشد در اینجا شما به خاطر قاعده اتلاف ضامن می باشید اما ضامن هستید نسبت به مالک این میوه ها که مثلاً عمرو باشد لذا پولش را باید به عمرو دهد بعد از دادن پول در آن پول می تواند به غار مراجعه کند و مقداری که مغرور شده است را می تواند مطالبه کند.

پس مالک به متلف رجوع می کند به قاعده اتلاف و متلف به غار رجوع می کند به قاعده غرور لذا در اینجا ربطی به این مسئله نداد و اصلاً مورد قاعده غرور نمی باشد و از جهات مختلفی با قاعده غرور فرق می کند.

الوجه السابع: أن الأمر و الطلب من أسباب الضمان المستقلة عند السيرة.

در وجه هفتم گفته شده اس که در باب سیره عقلاء یکی از اسباب ضمان امر و طلب است چطور اتلاف سبب الضمان اسن چطور غرور سبب الضمان است چطور تلف تحدید از اسباب ضما ناست یکی از اسباب ضما نخود امر و طلب اس این وجه هفت آن اسباب متداوله در ضمان ار انکار می کند و می گوید ه عند العقلاء خودش سبب مستقلى است دیگر این وجه بر نگرداند این امر به یکی از اسباب قبل بر نگرداند و گفت که امر و طلب یکی از اسباب ضمان است مستقلا اما به دو شرط: آمر قصد مجانیت نکند و خود عامل هم قصد مجانیت نکند.

دقت کنید تمامیت این وجه به تمامیت سیره است که آیا چنین سیره ای داریم یا خیر؟ خوب مشهور قائلند که عقلاء خودشان یک دستگاه معاملاتی دارند و باید ببینیم که آیا سیره است یا خیر؟ چرا که این سیره خیلی واضح نمی باشد.

ما در نظر ما سیره عقلاء بر امضاء است و دستگاهی به نام دستگاه عقلائی نداریم باید رجوع کنیم به عرف زمان و مکان خودمان در این زمان و مکانی که زندگی می کنیم آیا عرف مردم بر این است که اگر کسی را امر بر عملی کرد و قرینه ای بر مجانیت نبود و آن هم قصد مجانیت نکرد قصد تبرع نکرد آیا جناب آمر و طالب ضامن و بدهکار است یا خیر؟ اگر در عرف ما ضامن باشد عند العقلاء همه امضاء می کنند ضامن را؟ ما ها از کسانی هستیم که ظن قوی داریم که آمر و طالب ضامن است یعنی اگر کسی عملی را از کسی بخواهد و قرینه ای بر مجانیت نباشد و عامل هم قصد مجانیت نکرده است در اینجا جناب آمر و طالب باید اجرة المثل این عمل را بهعامل بدهد گاهی قرینه است این از محل بحث خارج است مثلاً به طلبه گفته است این کار را انجام بده و در شأن طلبه نمی باشد که کارگری کند و این قرینه بر قصد مجانیت است. باید قرینه ای در کار نباشد.

اگر شک شد که خود عرف هم شک دارد یعنی نه می گوید ضامن است یا خیر در اینجا به لحاظ شرعی وظیفه ای ندارد چرا که بر مکلف اداء دین واجب است و موضوع وجوب اداء دین دین است و در اینجا دین ثابت نمی باشد لذا ملزم به مصالحه نمی باشد و چیزی هم لازم نمی باشد که بدهد. فرض کردیم که عرف به این شخص نه می گوید که ضامن است و نه می گوید ضامن نمی باشد وقتی نگفت که واجب است چرا ضامن باشد؟! اداء دین واجب می باشد و دین که ثابت نمی باشد احتمال دین را هم نمی دهم احتمال دین مال جایی است که عرفاً مدیون است ما نمی دانیم اما در اینجا عرف هم نمی گوید که مدیون است و نمی گوید که مدیون نمی باشد لذا به لحاظ شرعی تکلیفی ندارد که پولی به عامل دهد اگر چه ظن قوی داریم که این شخص آمر ضامن است.

این بر فرض این بود که ما ظن قویمان به حد اطمینان نرسد ولی ما در اینجا اطمینان داریم بر ضمان و سبب این اطمینان این سیره محتمله است که این سیره هم از اسبابی است که در نوع ایجاد این اطمینان را می کند و می شود سبب الضمان.

کسانی که می گویند ضامن نمی باشد آمر را سبب مستقل نمی دانند و می گویند که باید به یکی از اسباب گفته شده برگردد و بر نمی گردد.

کلام مرحوم سید یک ذیلی هم دارد، می فرمایند:

...و لو تنازعا بعد ذلك في أنه قصد التبرع أو لا

قدم قول العامل لأصالة عدم قصد التبرع بعد كون عمل المسلم محترما بل اقتضاء احترام عمل المسلم ذلك وإن أغمضنا عن جريان أصالة عدم التبرع و لا فرق في ذلك بين أن يكون العامل ممن شأنه و شغله أخذ الأجرة و غيره إلا أن يكون هناك انصراف أو قرينة على كونه بقصد التبرع أو على اشتراطه.

حالا اگر آمر آمر کرد و عامل انجام داد و آمر می گوید که تو قصد مجانی داشتی و عامل می گوید قصد تبرع نداشتم یا ادعا می کند قصد اجرت داشتم یا اصلا قصدی نداشتم. سید می گوید که قول عامل مقدم می شود به خاطر اصل عدم قصد التبرع.

بعد سید ترقی می کند که همین احترام عمل مسلم برای ضمان آمر کافی است و نیاز به اصل عدم قصد تبرع نمی باشد لذا آمر باید اجرت بدهد.

این عبارت سید: «أَوْ عَلَى اشْتِرَاطِهِ» همان عبارتی است که قبلاً گفتیم که سید این صورت را که آمر شرط تبرع کرده است و گفته است مجانی انجام بده را در صدر مسئله در صورتی که گفته است نفرموده است ولی در ادامه فهمیده می شود که این صورت را هم اراده کرده است، عبارتی که گفتیم از آن فهمیده می شود همین عبارت است. اگر قرینه بر قصد تبرع نبود و قرینه ای بر اشتراط تبرع نبود اگر در اینجا اختلاف کردند قول عامل مقدم می شود.

الصور المحتملة في النزاع:

این که این دو نزاع می کنند دو صورت دارد:

الصورة الأولى: رجعا إلى الحاكم لبيان الوظيفة الشرعية.

یک صورت اینکه می خواهند به وظیفه عمل کنند و پیش قاضی نمی خواهند بروند و من سید می خواهم حکم شرعی را بگویم به عامل می گویم که می توانی مطالبه کنی چرا که قصد تبرع نکردی و به طالب می گویم باید اجرة المثل را بدهی چون مدیون می باشی. این در جایی است که کاری به قضاء ندارند و می خواهند وظیفه شرعی خود را بدانند.

الصورت الثانية: رجعا إلى الحاكم لقضاء بينهما في هذه الصورة إحتمالان في المراد من الرجوع إلى الأصل:

یکدفعه پیش سید می روند به عنوان قاضی یا سید این مسئله را برای قاضی می گوید و می گوید قاضی وظیفه تو این است که اینطور قضاوت کنی بنا بر اینکه در قضاء تقلید جایز باشد. ظاهرش این است که سید در مقام دوم است.

عامل می گوید که من قصد مجانیت ندارم و طالب می گوید که قصد مجانیت کرده است
سید می گوید قول عامل به اصل مقدم میشود این دو معنا دارد:

الإحتمال الأول: الرجوع إلى الأصل للقضاء: لا يجوز الرجوع اليه في القضاء.

یک معنا این است که قاضی به اصل تمسک می کند و حکم به این می کند که حق با جناب عامل است اگر مراد این باشد این فرمایش سید درست نمی باشد چرا که قاضی مثل مفتی در مقام قضاء نمی تواند به اصل تمسک کند کما اینکه مفتی در مقام افتاء نمی تواند به اصل تمسک کند؛ و به دلیل اصل هم تمسک کند چرا که در مقام انشاء حکم است و انما أفضی بینکم بالایمان و البینات یکی از مصادیق بینه و ایمان، اصل نمی باشد. حتی با علمش هم نمی تواند قضاوت کند فقط با یمین و بینه می تواند حکم کند.

الإحتمال الثاني: الرجوع إلى الأصل لتعيين المنكر: لا يجوز لأن المعين العرف لا الأصل.

یکدفعه مراد سید از صل این نمی باشد که قاضی به اصل تمسک می کند بلکه می گوید که قول موافق اصل منکر است و عامل منکر است لذا حق را به منکر می دهد چرا که مدعی باید قول خود را ثابت کند. کلا در هر نزاعی حق با منکر است الا اینکه مدعی ادعای خودش را اثبات کند. اگر مراد سید این باشد در بحث قضاء گفتیم موافقت با اصل منکر ساز نمی باشد بلکه منکر و مدعی عرفی است در نظر عرف باید این را منکر و مدعی ببینند اگر او را مدعی دیدند او مدعی است و لو قول او موافق اصل باشد.

ولی در صغری موافق سید می باشیم و می گوییم در اینجا عامل منکر است.

ان قلت:

مراد سید دومی است چرا که سید در دلیل ضمان آمر استدلال کرده بودند به احترام عمل مسلمان که به سیره اثبات شد و اصل در جایی می آید که این سیره نباشد.

قلت:

سیره در کبری است و الان نزاع صغروی است و شبهه موضوعیه سیره است.

این دو احتمال در کلام سید که کلام سید با هر دو احتمال می سازد.

این بیان اول سید که تمسک کرده بودند به اصل.

اما نسبت به بیان دوم سید که فرمودند احترام عمل مؤمن کفایت می کند برای اینکه جناب آمر ضامن باشد. نیاز به اصل نمی باشد.

این فرمایش هم درست نمی باشد چون عمل مسلمان محترم است که قصد مجانیت نکند و این اول مسئله است این می گوید که قصد تبرع کردی و او می گوید که من قصد تبرع نکردم این معنا ندارد که در موارد شبهه موضوعیه به کبری استدلال کنیم. لذا کلام سید صدرا و ذیلا فنی نمی باشد.

اما اگر به سراغ قاضی رفتند قاضی حق را به عامل می دهد از باب اینکه عرفا او منکر است و می گوید که من قصد مجانیت نداشتم لذا اگر قرائنی بر قصد مجانیت بود این می شود مدعی چرا که حرفش خلاف ظاهر است و طالب منکر است و عامل مدعی است این اصل مسئله.

روی مختار ما اگر بگوید که من قصد تبرع نکردم کفایت می کند چرا که اگر قصد تبرع هم باشد اما چون ابراز نبوده است، این الغاء احترام نمی باشد لذا کفایت نمی کند برای اینکه

قصد تبرع محقق شده باشد چرا که گفتیم قصد تبرع اگر بخواهد مصداق الغاء احترام باشد این می شود انشاء و انشاء نیاز به ابراز دارد و فرض این است که در اینجا ابرازی نبوده است.

هذا تمام الكلام في مسألة ١٩.

&&^١

@

٢٠ مسألة كل ما يمكن الانتفاع به منفعة محللة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته

و كذا كل عمل محلل مقصود للعقلاء عدا ما استثنى يجوز الإجارة عليه و لو كان تعلق القصد و الغرض به نادرا لكن في صورة تحقق ذلك النادر بل الأمر في باب المعاوضات الواقعة على الأعيان أيضا كذلك فمثل حبة الحنطة لا يجوز بيعها لكن إذا حصل مورد يكون متعلقا لغرض العقلاء و يبذلون المال في قبالتها يجوز بيعها

٢١ مسألة في الاستيجار للحج المستحبي أو الزيارة لا يشترط أن يكون الإتيان بها بقصد النيابة

بل يجوز أن يستأجره لإتيانها بقصد إهداء الثواب إلى المستأجر أو إلى ميتة و يجوز أن يكون لا بعنوان النيابة و لا إهداء الثواب بل يكون المقصود إيجادها في الخارج من حيث إنها من الأعمال الراجعة فيأتي بها لنفسه أو لمن يريد نيابة أو إهداء

٢٢ مسألة في كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة

كالمداد للكتابة و الإبرة و الخيط للخياطة مثلا على المؤجر أو المستأجر قولان و الأقوى وجوب التعيين إلا إذا كان هناك عادة ينصرف إليها الإطلاق و إن كان القول بكونه مع عدم التعيين و عدم العادة على المستأجر لا يخلو عن وجه أيضا لأن اللازم على المؤجر ليس إلا العمل

٢٣ مسألة يجوز الجمع بين الإجارة و البيع مثلا بعقد واحد]

كأن يقول بعثك داري و أجرتك حماري بكذا و حينئذ يوزع العوض عليهما بالنسبة و يلحق كلا منهما حكمه فلو قال أجرتك هذه الدار و بعثتك هذا الدينار بعشرة دنانير فلا بد من قبض العوضين بالنسبة إلى البيع في المجلس و إذا كان في مقابل الدينار بعد ملاحظة النسبة أزيد من دينار أو أقل منه بطل بالنسبة إليه للزوم الربا و لو قال أجرتك هذه الدار و صالحتك هذه الدينار بعشرة دنانير مثلا فإن قلنا بجريان حكم الصرف من وجوب القبض في المجلس و حكم الربا في الصلح فالحال كالبيع و إلا فيصح بالنسبة إلى المصالحة أيضا

٢٤ مسألة يجوز استيجار من يقوم بكل ما يأمره من حوائجه

فيكون له جميع منافعه و الأقوى أن نفقته على نفسه لا على المستأجر إلا مع الشرط أو الانصراف من جهة العادة و على الأول لا بد من تعيينها كما و كيفا إلا أن يكون متعارفا و على الثاني على ما هو المعتاد المتعارف و لو أنفق من نفسه أو أنفقه متبرع يستحق مطالبة عوضها على الأول بل و كذا على الثاني لأن الانصراف بمنزلة الشرط

٢٥ مسألة يجوز أن يستعمل الأجير مع عدم تعيين الأجرة و عدم إجراء صيغة الإجارة

فيرجع إلى أجرة المثل لكنه مكروه و لا يكون حينئذ من الإجارة المعاطاتية كما قد يتخيل لأنه يعتبر في المعاملة المعاطاتية اشتغالها على جميع شرائط تلك المعاملة عدا الصيغة و المفروض عدم تعيين الأجرة في المقام بل عدم قصد الإنشاء منهما و لا فعل من المستأجر بل يكون من باب العمل بالضمان نظير الإباحة بالضمان كما إذا أذن في أكل طعامه بضمان العوض و نظير التملك بالضمان كما في القرض على الأقوى من عدم كونه معاوضة فهذه الأمور عناوين مستقلة غير المعاوضة و الدليل عليها السيرة بل الأخبار أيضا و أما الكراهة فلاخبار أيضا

۲۶ مسألة لو استأجر أرضاً مدة معينة فغرس فيها أو زرع ما لا يدرك في تلك المدة

فبعد انقضائها للمالك أن يأمره بقلعها بل و كذا لو استأجر لخصوص الغرس أو لخصوص الزرع و ليس له الإبقاء و لو مع الأجرة و لا مطالبة الأرض مع القلع لأن التقصير من قبله نعم لو استأجرها مدة يبلغ الزرع فاتفق التأخير لتغير الهواء أو غيره أمكن أن يقال بوجوب الصبر على المالك مع الأجرة للزوم الضرر إلا أن يكون موجبا لتضرر المالك

يزدى، سيد محمد كاظم طباطبائي، العروة الوثقى (للسيد اليزدي)، ۲ جلد، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت - لبنان، دوم، ۱۴۰۹ هـ ق

&&¹

دینار که طلا است از موزونات است بیع طلا به طلا رباء معاوضی هم می آید لذ باید عوضین در کمیت مساوی باشند یک دینار در ازاء یک دینار صد گرم در ازاء صد گرم باید باشد و اگر به کمتر یا بیشتر معامله شود رباء معاوضی می شود در ما نحن فیه دو مسئله را تسلیم می کنیم:

یکی حرمت رباء معاوضی اینکه تسلیم می کنیم چرا که بحثی است که دقیقاً نفس عقد حرام است یا اعطاء و قبول اضافه حرام است، فعلاً تابع مشهور می شویم که قائلند اصل عقد حرام است. عقد حرام است یعنی ایجاب و قبول حرام است.

یکی هم اینکه اصل عقد باطل است.

پس بعد از تسلیم نتیجه این می شود که اگر کسی بیع ربوی انجام داد این بیع ربوی هم حرام است و هم باطل. در بیع طلا به طلا و نقره به نقره این بیع صرف است و تقابض در مجلس معتبر است این دو مسئله را فعلاً در اینجا مفروق عنه می گیریم وارد می شویم در فرع ما نحن فیه.

رباء در یک جنس می آید نه در دو جنس لذا یک گرم طلا را به هزار گرم نقره می تواند معاوضه کند اما در صرف مثل هم است که باید هر دو فی المجلس قبض شود.

با توجه به تسلیم این دو مسئله وارد در ما نحن فیه می شویم:

ما نحن فیه از قبیل قسم سوم اس اجاره دارد خانه و فروخت یک دینار بدون اینکه ما به ازاء دینار و اجاره خانه مشخص شود گفت من این منفعت یک ساله این خانه را و این یک دینار را به ده دینار معاوضه می کنم ببینیم احکام صرف و رباء معاوضی در مورد دینار جاری است یا خیر؟ &&& اقوال متفاوت است و بعضی گفته اند باید هم حکم صرف و رباء معاوضی باید رعایت شود و بعضی گفته اند که حکم صرف باید رعایت شود و حکم رباء معاوضی لازم نمی باشد و بعضی بالعکس گفته اند و بعضی گفته اند که هیچ کدام از صرف و رباء معاوضی لازم نمی باشد که احکام آنها رعایت شود.

خوب این مسئله را می خواهیم امروز بحث کنیم:

ابتداء می روییم سراغ صرف:

دقت کنید در باب صرف فرض کردیم این دو را رفتیم نسبت سنجی کردیم مهم نمی باشد که تفاضل داشته باشند از حیث صرف نسبت سنجی کردیم ه اجاره خانه می شود نه دینار و ثمن یک دینار می شو یک دینار در صرف تقابض مهم است نه تفاضل. آی در این معامله تقابض مهم است و این تقابض باید به تمام ثمن باشد و اگر به همه تقابض نباشد به آن مقدار معامله صرف باطل است. اگر اصلا ثمن را ندارد اگر گفتیم قاعده صرف در اینجا می آید اصلا بیع دینار باطل است اگر فرض کردیم که به جای ده دینار پنج دینار دارد و گفت ما بقی را فردا می دهیم نصف به بیع دینار نصفش صحیح است یا خیر چرا که عوض یک دینار &&& بیع نصف درست است و بیع یک نصف دیگر در تنس نمی ابشدد مثلا یک دینار را بفروشیم اگر یک دینار بفروشیم نصف ثمن بدهیم و نصف را بخواهیم فرا بدهیم این معامله نسبت به

نصف دینار درست است و نسبت به نصف دیگر باطل است یعنی مشتری مالک نصف دینار می شود به صورت مشاع. آیا در اینجا قاعده صرف می شاید؟ خیر گفته اند نمی آید گفته اند لاجل امرین نمی آید دو نکته در آن دارد؟

نکته اول:

صرف مختص به بیع اس تد ر غیر بیع نیم آید ایا در اینجا عقد بیع است یا اجاره یا هیچ کدام؟ هیچ کدام اینجا تجمیع دو عقده شده است عقد مستقلی است که در آن منفعت و عین تملیک شده است حقیقت بیع تملیک عین است و حقیقت اجاره تملیک منفعت است اگر شما مجموع عین و منفعت را تملیک کردید این نه بیع است و نه اجاره و عقدی است مستقل است این بیع نمی باشد چرا که در آن تملیک منفعت هم است و اجاره نمی باشد چرا که در آن تملیک عین هم است.

اشکال دوم:

بیع صرف مختص بیع طلا و نقره است در اینجا در واقع تملیک نقد نکردیم بلکه تملیک مجموعه شده است و حال اینکه صرف تملیک نقد است نه مجموع نقد و منفعت نمی باشد. در اشکال اول گفت مختص به بیع است و این بیع نمی باشد در اولی ناظر به عقد است و در دومی ناظر به مبیع است در اولی م یگفت این عقد بیع نمی باشد در اینجا می گوید معوض طلا و نقره نمی باشد نقد نمی باشد مجموع نقد و چیز دیگر است.

این دو اشکال شده است لذا گفته اند قاعده صرف در اینجا نمی آید لذا اگر من این خانه را اجاره دادم و این یک دینار را به ده دینار فروختم و گفتم ده دینار را بعدا می آورد این عقد درست است و صرف هم نمی باشد. تمام اشکال بر می گردد به عدم شمول دلیل و عدم شمول غیر عدم اطلاق است. لذا دلیل بیع صرف این را نمی گیرد. این از افراد معنای عرفی بیع یا بیع صرف نمی باشد. لذا دیگر نوبت به اطلاق نمی رسد.

در این فرض تمام ثمن را در مجلس تحویل نداده است یا اصلا ثمنی نداده است یا به تمامه نداده است.

حالا آیا قاعده صرف جاری است یاخیر؟ می گوییم جاری است بله دلیل این را نمی گیرد اما گفتیم این مناسبت موضوع و حکم است مدلول التزامی عرفی است وقتی شراع گفت در بیع صرف تقابض معتبر است در نظر عرف فرق نمی کند آن طلا یا نقره جزء المبیع یا تمام المبیع باشد در ضمن عقدی غیر مستقل باشد فرقی نمی کند آن طلا یا نقره جزء المبیع یا تمام المبیع باشد این نکاتی اس تکه به لحاظ عرفی دلیل شامل نمی شود اما فرقی بین این و آن نمی باشد این اطلاق عرفی نمی باشد چرا که عنوان به مفهومه نمی گیرد بلکه از باب ملازمات عرفیه است لذا معتقدیم در این یک دینار قاعده صرف است خوب وقتی قاعده صرف بود در قاعده صرف باید ثمن تماما در مجلس اخذ شود مبیع در مجلس قبض شود البته ثمن هم اخذ شود. مراد نقود نمی باشد بلکه طلا و نقره است چرا که در زمان ما پول طلا نمی باشد الا اینکه ایشان فرض کرده باشند دینار و درهمی که از طلا و نقره است.

پس از جهت صرف اینجا باید قاعده صرف اجرا شود ما به ملازمه عرفی باید این قواعد صورت گیرد بیع نمی باشد و مبیع ما طلا و نقره نمی باشد.

اما سراغ رباء می رویم:

وقتی ما نسبت سنجی کردیم دیدیم ما به ازاء این دینار یا بیشتر یا کمتر بودیم مثلا یک دینار را فروختیم و خانه را اجاره دادیم به ده دینار بعد که حساب کردیم دیدیم به ازاء هشت دینار دادیم و به ازاء یک دینار دو دینار دادیم دیدیم نسبت دینار به اجرت یک به چهار است یعنی قیمت سوقیه اجاره چهار برابر یک دینار است در واقع ده دیناری که معامله کردیم دیدیم در مقابل این یک دینار دو دینار و در برابر خانه هشت دینار دادیم اینجا بحث رباء پیش می

آید و از موزونات است و یک دینار را به دو دینار عوض کردمی آیا این رباء است یا خیر که در نظر مشهور حرام و باطل است؟

آیا این معامله نسبت به این یک دینار ربوی است یا خیر؟ در اینجا دو اشکال د شده است که این بیع ربوی باشد؟

اشکال اول:

این عقد بیع نمی باشد چرا که من مجموع این منفعت و عین را معاوضه کردم و رباء معاوضی در بیع محرم است.

این شکل مهم نمی باشد چرا که ادله رباء کهدیده می شود معاوضه ربوی حرام است و اختصاص به بیع ندارد شامل صلح هم می شود هر معاوضه ای که دو طرف معاوضه موزون و مکیل هم جنس باشد و در یک طرف زیاده ای باشد این معاوضه باطل است.

اشکال دوم:

عمده این اشکال است در اشکال دوم که در اینجا مبیع ما ضمیمه دارد وقتی که ضمیمه داشت در اینجا بیع ربوی مشکل ندرا مشهور بین فقهاء این اس تک هروایت هم داریم اگر به طرف ناقص ضمیمه اضافه کنیم معاوضه از ربویت خارج می شوئد مثلا می خواهیم بیست کیلو برنج را با ده کیلو معاوضه کنیم کافی است به ده کیلو چیزی را ضمیمه کنیم و تفاوت را در مقابل ضمیمه قرار دهیم هم مورد فتوا و هم مورد روایت است. یعنی به این روایت فقهاء عمل کرده اند. البته باید آن ضمیمه مالیت داشته باشد. مثلا سی کیلو برنج در مقابل یک قوطی کبریت قرار گیرد این درست است. این ضمیمه اگر پیدا کند درست باشد در ما نحن فیه گفته شده است که ضمیمه ددرد که ضمیمه منفعت دارد است من یک دینار را به ضمیمه منفعت دارد معامله به دو دینار کردیم و این ضمیمه در طرف ناقص هم است لذا ای معاوضه

دیگر ربوی نمی شود. در ما نحن فیه معوض ما یک دینار به ضمیمه منفعت یکساله خانه است و ثمن ما دو دینار است و این اشکالی ندارد.

این اشکالی است که مطرح شده سا تلذا گفته اند رباء لازم نمی آید و لو در نسبت سنجی دیدیم که در مقابل یک دینار دو دینار قرار گرفته است و اینکه گفته شد که در ابتداء نسبت یک دینار ب دو دینار است طبق قیمت سوقیه بوده است.

مرحوم آقای خوئی جواب داده اند:

&&& قلم به برنج ضمیمه کنید در ما نحن فیه عرفیا ضمیمه منفعت به دینار نمی باشد ضمیمه عقد اجاره به ع قد بیع است دیگر دلیل ضمیمه اینجا را نمی گیرد بلکه اگر گفته بود عاوضتک هذا الدینار و المنفعت این درست است اما در اینجا می گوید که آجرتک داری و بعث هذا الدینار در اینجا ضمیمه به مبیع نمی باشد لذا دلیل شامل این نحو ضمیمه شود. به نظر می رسد که فرمایش ایشان تمام است و دلیل ضمیمه این را نمی گیرد.

ما هم قبول کردیم این به لحاظ عرفی این ضم عقدین است دو عقد را در یک عقد قرار دادیم نه ضم مال الی مال لذا در اینجا رباء می آید لذا اگر فروختم و دیدم که نسبت به این یک دینار دو دینار تحویل می گیرم این عقد باطل است و حرام.

پس در این مثال سید قبول کردیم که هم به لحاظ صرفی باید قاعده صرف باید رعایت شود و هم به لحاظ عقد ربوی باید قواعد بیع ربوی رعایت شود. لذا فرمایش مرحوم سید را در این فرع قبول کردیم.

۱ ولو قال آجرتک

مرحوم سید فرمودند ه عقد بیع واج&&بعد فرمودند که ما اگر مبیع ما دینار باشد یعنی دکانی یا خانه ار اجاره دهخی با بیع یک دنیا رگفتند نسبت به بیع دینار باید این را در ظنظر گرفته باشید که این بیع صرف اس تبیاید ثمن و مثنی فی المجلس تقابض شوند و نسبت به رباء هم باید توجه داشته باشید که مثنی و ثمن که دیک دینار اس تمساوی باشد یکی بیشت رای کمتر نباشد که رباء می شود به این مناسبت وارد مسئله ای جدید میشوند و آن اینکه اگر اجاره را بستند ثبا صلح بر یک دینار خانه را اجار داند و بر یک دینار مصالح کردند به ده دینار با توجه به اینکه دینار بیع نشده است مصالحه شده است آیا صرف و رباء در مصالحه می آید یا خیر اگر بیاید باید شرائط صرف و رباء در این معامله رعایت شود خود سید در این مسئله اختیار خودشان را بیان نکرده اند گفتند که اگر گفتیم صرف در اینجا می آید در اینجا باید رعایت شود و اگر گفتیم که رباء در غیر بیع هم می آید باید در اینجا هم باید رعایت شوند اما این که آیا در غیر بیع صرف می آید رباء می آید یا خیر این را اصلا اشاره نکردند.

متن را بخوانیم:

&&&

مرحوم سید کتابی در ملحقات عروه دارد که آن ملحقات عروه مشتمل بر چند کتاب فقهی است و آرساله ها مربوط به سید است به عنوان ملحقات عرفه در چاپ جامع مدرسین در جلد ۶ این ملحقات ذکر شده است وزانش وزان عروه نمی ابشد کتابی نیمه استدالی است یکی از کتابهای رباء است سید وقتی آنجا رسیده است گفته است که در رباء اختلاف است که مختص به بیع اس تیا خیر ولی مشهور فقهاء گفته اند مختص به بیع نمی ابشد الا ابن ادریس و&&& که مخصوص بیع است و سید تبعیت از مشهور کرده است و گفته است که در هر عقد و معاوضه ای می آید اما نسبت به صرف نوشته ای از ایشان نداریم که ایشان تا آخر جزء متوقفین بوده است یا فتوا دارد.

مختار ما:

مختار ما این است که صرف مختص به بیع است و در مصالحه و معاوضه نمی آید اما در رباء نه گفتیم که مختص به بیع نیم باشد و در هر عقد معاوضه ای می آید یعنی همانطو رکه بیع ربوی باطل است معاوضه و صلح ربوی باطل است اما در صلح رباء جایز نمی باشد اما اگر مصالحه کردیم احکام صرف نیم آید.

دلیلش چه می باشد؟

در دلیل بیع صرف عنوان بیع اخذ شده است اما در ادله بطلان و حرمت رباء د راکثر عنوان بیع اخذ نشده است بلکه عناوینی است که در بیع و غیر بیع تطبیق شود ثانیاً فرضاً اگر در آنها عنوان بیع اخذ می شود به مناسبت حکم نو موضوع تسری می دادیم به سایر معاوضات مناسبت این است که خود عقد مهم نمی باشد بلکه د رواقع آن معاوضه است که مهم است در بیع ربوی قائلیم که باطل است و وفاء به آن حرام است اما انشاء و ایجاد بیع ربوی حرام نمی باشد وفاء یعنی اقباض و قبض هر دو حرام است. در دیگر معاوضات هم این را می گوئیم. && قرض ربوی هم در کتاب دین مطرح می کنند.

مسألة ۲۴: یجوز استیجار

من یقوم بكل ما یأمره من حوائجه

فیکون له جمیع منافعه ...

گفتیم اجاره بر دو قسم است: اجاره بر اعمال و اجاره بر اعیان. در اجاره بر اعمال می گویند که لازم نمی باشد آن عمل معین ما کسی را اجیر می کنیم که در نزد ما کار کند یعنی هر

چه دستور دادم انجام دهد اگر گفتیم جارو بزن جارو بزند و اگر گفتیم شیشه را تمیز کن، شیشه را تمیز کند اگر باغبانی خواستی باغبانی کند یا فرستادیم خرید کند خرید بکند و گفتی رانندگی کن رانندگی کند هر کاری که گفتی انجام می دهد این را می فرمایند اشکالی ندارد دلیل هم سیره است در سیره لازم نمی باشد آن عمل معین باشد اکثر افرادی که برای خدمت در نزد اشخاص اجیر می شوند وظیفه معینی برای خادم نمی باشد. بلکه محدوده ای دارد که مقدور عرفی او باشد و مناسب شأن آن باشد. مثلاً مناسب شأنش نمی باشد که چاه فاضلاب را خالی کن. خوب خیلی کارها را شامل می شود می گوید که من تو را برای خدمت اجیر می کنم و این اشکالی ندارد و درست است به سیره البته در اموری که مقدور عرفی او باشد و متناسب با شأن او باشد.

...و الأقوی أن نفقته علی نفسه لا علی المستأجر

إلا مع الشرط أو الانصراف من جهة العادة و علی الأول^۱ لا بد من تعيينها كما و كيفاً إلا أن يكون متعارفاً و علی الثاني^۲ علی ما هو المعتاد المتعارف...

بعد مرحوم سید می فرمایند که این شخص نفقه اش با کیست؟ مرحوم سید می فرمایند که نفقه اش با خودش می باشد و این فقط کار می کند و اجرت می گیرد.

دو صورت را استثناء کرده است:

صورت اول: جناب اجیر شرط کند که نفقه با مستأجر باشد.

^۱ ای الشرط.

^۲ الانصراف من جهة العادة.

صورت دوم: امر عادی و متعارف باشد که نفقه اجیر با مستأجر باشد اگر متعارف باشد با او است کما اینکه در زمان ما متعارف است که اگر کسی را از صبح تا شب اجیر کند غذا و خورد و خوراکش با مستأجر است و الا باید شرط کند.

اگر شرط کرد یا متعارف بود با مستأجر است و الا با اجیر است.

مرحوم سید می فرمایند که اگر شرط کرد باید کما و کیفاً تعیین کند که روزی این مقدار خوراک و با این کیفیت برای من بیاوری نه این که مولا نون خشک بیاور و به او بدهد باید کما و کیفاً مشخص شود یا اینکه امر متعارفی وجود دارد باید آن متعارف را بدهد و به مقداری بدهد که سیر شود بعضی خوراکشان کم است و بعضی هم خوراکشان زیاد است اگر متعارف بر این باشد که باید سیر کند باید سیر کند و اگر متعارف باشد که متعارف به او بدهد باید به مقدار افراد متعارف به او نفقه بدهد.

در عبارت سید احتمال دارد که عادت و متعارف به یک معنا باشد و عطف تفسیری باشد احتمال هم دارد که ناظر به دو حیثیت باشد متعارف به نحو کیفیت است و عادت به کم برگردد.

این فرمایش مرحوم سید این ها را به ترتیب بحث کنیم:

این که نفقه بر اجیر است مشخص است چرا که این اجرت که نمی باشد خورد و خوراک و پوشاک مربوط به اجاره نمی باشد بعضی گفته اند وقتی تمام منافع را در اختیار مولا گذاشته است درآمدی ندارد حتماً باید مولا و مستأجر متقبل شود چرا که وقتی برای خودش نمی ماند که کار کند.

این فرمایش مشخص است که درست نمی باشد خلط شده است بین عبد و خادم عبد مجانی کار می کند و لکن اجیر مجانی کار نمی کند و اجرت می گیرد و با آن اجرت برای خودش غذا می گیرد و می آید. یعنی در حقیقت عقد اجاره در عوض و معوض نفقه نیافتاده است

بحث سیره است یعنی اجیر شده است بر عملی که عوضی دارد و در عوض نفقه نیفتاده است. حقیقت عقود عقلائی است و عرفی اما اینکه مصداق عوض و معوض چه می باشد نفقه در آن نمی باشد و عرف در نظر گرفته نمی شود. در ما نحن فیه فرض نکردیم که نفقه در عوض افتاده است.

این صدر مسئله:

می رویم سراغ شرط:

اگر شرط کرد این شرط به دو صورت ممکن است: شرط فعل و شرط نتیجه.

شرط فعل این است که خورد و خوراک من را بدهی. یا هزینه خورد و خوراک من را بدهی.

شرط نتیجه این است که بگویند من مالک شوم در ذمه تو این نفقه را یعنی نفقه در ذمه

سید ملک اجیر شود پس تارة به شرط فعل و تارة به نحو شرط نتیجه است.

خوب دقت کنید اگر شرط فعل باشد مشکلی ندارد می گویند می آیم کار می کنم روزی

پنجاه تومان به شرط اینکه خورد و خوراک من با تو یا هر سه وعده یا یکی یا دوتای آنها یا

عصرانه و نهارانه و در سیره قطعی ثابت است که می تواند شرط فعل کنند و به مقتضای

روایت و عقلائی و عرفا وفاء به شرط واجب است. حتی اگر شرط حرام کرد وفاء به شرط نه

جایز و نه واجب نمی باشد اما اگر به این شرط وفاء نکرد من شرط له می تواند عقد را فسخ

کند.

اما شرط نتیجه چطور؟ می تواند شرط کند به نحوی که من مالک نفقه در ذمه تو شوم.

اثرش کجا ظاهر می شود در آینده می آید اما خود شرط نتیجه باطل است چرا که ما نمی توانیم

شرط &&& من یک مالک ذمه تو می >یم؟ که یک سبب ملک حاصل شود مثلاً شما می گوی

این ملک شما و شما می گیری به صورت هبه. اما اگر کسی به شما بگوید من می خواهم به شما

یک میلیون بدهکار شوم و طرف مقابل هم قبول کند در اینجا مدیون نمی شود &&& ضمان

سبب خاص نیاز دارد لذا اگر بگویند که من مالک نفقه در ذمه شما شود این فایده ندارد مثل اینکه کتاب را می فروشم به شرط این که به من هزار تومان بدهکار باشی این شرط نتیجه باطل است. &&& ضمان دو سبب دارد ضمان بالعقد و ضمان بالعوض. مثل &&& غرور این شرط تا آخر شرط است اما خودش را عقد نمی کند بر شرط عقد بسته نمی شود بر مشروط عقد بسته می شود. لذا اینکه بدهکار من باشی این درست نمی باشد و موجب ضمان نمی شود.

اینکه گفته شود که این را به تو می فروشم که شما به من هزار تومان مشغول الذمه شوی این درست نمی باشد چرا که شرط ضمان که عقد و وضع باشد ایجاد نشد اما اگر بگویند که من این عبا را به تو می فروشم به شرط این که این کتاب را به تو می فروشم به هزار تومان به شرط اینکه این عبا را شما مال من شود. در مثال اجاره شما ذمه را می خواهید تملیک کنید و ذمه غیر مشغول را نمی توانی بدون اینکه مشغول باشد به صرف شرط نتیجه این ذمه را تملیک کنی در حالیکه در مثال عبا شیء خارجی را تملیک می کنی نه ذمه را. شرط نتیجه ای درست است که سبب خاص نداشته باشد لذا اگر بگویند که این عقد را انجام می دهیم که شما زوجه من شوید این درست نمی باشد اما در عتق چون سبب خاصی نمی خواهد و فقط ابراز نیاز دارد و این بیان و شرط نتیجه کردن ابراز است.

...و لو أنفق من نفسه أو أنفقه متبرع يستحق مطالبة عوضها على

الأول بل وكذا على الثاني لأن الانصراف بمنزلة الشرط &&&

جلساتی جا مانده است که پیاده نشده است.

الفصل ٧: في التنازع

سید یک فصلی را مطرح کرده است برای بیان حکم مواردی که بین مالک و مستأجر نزاع و اختلاف صورت می گیرد.

مسألة ١: إذا تنازعا في أصل الإجارة

قدم قول منكرها مع اليمين

فإن كان هو المالك استحق أجره المثل دون ما يقوله المدعي ولو زاد^٢ عنها^٣ لم يستحق^٤ تلك الزيادة^٥ وإن وجب على المتصرف إيصالها^٦ إليه و إن كان المنكر هو المتصرف فكذلك لم يستحق المالك إلا أجره المثل و لكن لو زادت عما يدعيه من المسمى لم يستحق الزيادة لاعترافه بعدم استحقاقها و يجب على المتصرف إيصالها إليه هذا إذا كان النزاع بعد استيفاء المنفعة و إن كان قبله رجع كل مال إلى صاحبه.

^١ سه شنبه ٩٨/١١/١٥.

^٢ ما يقوله.

^٣ أجره المثل.

^٤ المالك.

^٥ لأنه المعترف و المقرّ بعدم استحقاقه لها.

^٦ الزيادة.

اگر جناب مالک و متصرف درعین با هم اختلاف کردن در اصل اجاره مالک این زمین و خانه می گوید که این خانه را به تو اجاره ندادم و متصرف در خانه و کسی که خانه در دست اوست می گوید که تو اجاره دادی. سید می فرمایند که باید برویم ببینیم که چه کسی مدعی و چه کسی منکر است .

اول فرض می کند که مالک خانه منکر اجاره است و می گوید که من به تو خانه را اجاره ندادم و متصرف می گوید که نه تو اجاره دادی سید می فرمایند که ما رجوع می کنیم به قول منکر قول منکر بر قول مدعی اجاره مقدم می شود اما باید قسم بخورد که من اجاره ندادم. بعد سید می فرمایند که این دو صورت دارد:

صورت اول متصرف هنوز منافع خانه را استیفاء نکرده است و مالک خانه قسم می خورد و خانه را به او بر می گردانند. اگر پولی هم جناب متصرف داده است پول را به متصرف بر می گردانند و خانه را به مالک بر می گردانند. علی ای حال اگر منکر قسم خورد طبق قول او عمل می کنند.

صورت دوم این است که متصرف در این خانه تصرف کرده است و بعد از یکسال مالک می گوید که من این خانه را به تو اجاره ندادم و متصرف می گوید که یکساله اجاره دادی سید می فرمایند که این خانه را به منکر می دهند بعد از قسم و اجرة المثل یکساله را از متصرف می گیرند و به مالک می دهند.

مثلا اجرة المثل یکساله هزار دینار است بعد اگر جناب مستأجر گفته باشد که این خانه را به من یکساله اجاره دادی به ۱۵۰۰ دینار وقتی خانه را بر می گرداند و ۱۵۰۰ دینار به مالک می دهد مالک نمی تواند ۵۰۰ دینار را بگیرد چرا که خودش می گوید که من اجاره ندادم و مستحق این اجرة نمی باشم. و از آن طرف جناب متصرف که می گوید که تو به من این خانه را اجاره دادی یکساله به ۱۵۰۰ دینار، باید ۱۰۰۰ دینار بدهد و به یک شکلی آن ۵۰۰ دینار

را هم به او برساند. مثلاً در زماننا هذا بریزد در حساب مالک چون خودش می گوید که به من به ۱۵۰۰ دینار اجاره دادی. باید به یک جوری برساند که مالک متوجه نشود. این در صورتی که مالک منکر باشد. اما اگر مالک مدعی است و می گوید که من این خانه را به تو یکساله اجاره داده بودم و متصرف انکار می کند و می گوید بدون اجاره دست من بود. منکر که متصرف باشد قسم می خورد و اجرة المثل را به مالک می دهد که هزار دینار باشد و جناب مالک می گوید که به تو به ۵۰۰ دینار اجاره داده بودم مالک نمی تواند ۵۰۰ دینار اضافه را بگیرد اما متصرف نمی تواند ۵۰۰ دینار اضافه را در جیبش بگذارد باید به صورتی که مالک نفهمد به او برساند چرا که او مدعی است که مالک مستحق اجرة المثل است و من به او ۱۰۰۰ دینار بدهکارم.

فرض این است که اباحه تصرف نکرده است و مجانی هم ننشسته است و خود مستأجر می گوید که مجانی ننشسته ام و الا اگر اباحه در تصرف باشد دیگر مالک چیزی را مستحق نمی باشد. و فرضاً این نزاع بعد از یکسال صورت گرفته است.

ينبغي التنبيه إلى نکات:

در این مسئله باید نکاتی را ذکر کرد:

النکة الأولى: بيان السيد، بيان لوظيفة القاضي المنصوب.

فرض مسئله ی سید مال جایی است که قصه کشیده به مرافعه پیش قاضی یعنی رفته اند پیش قاضی و قاضی می خواهد بین این دو حکم کند و رفع مرافعه نماید. این بیان سید مربوط به مالک یا وظیفه متصرف نمی باشد بلکه مربوط به وظیفه قاضی است قاضی به قول منکر اخذ می کند ولی چون می دانیم حکم قاضی از باب اماره است و واقع را عوض نمی کند مثلاً قاضی اگر می گوید که این عباء ملک زید است اینطور نمی باشد که این عباء فی الواقع

ملک زید شود اگر ملک زید بوده است که است اگر ملک عمرو بوده است قول قاضی اماره است و این عباء مال عمرو است و بر زید جایز نمی باشد در این عباء نماز بخواند و لو بعد از حکم قاضی به نفع او و عمرو هم می تواند در عباء نماز بخواند و لو بعد از حکم قاضی علیه او. خوب در این صورت قضاوت و حکم قاضی به چه درد می خورد؟

به درد جایی می خورد که واقع را نمی دانند به حسب ظاهر می گوید که مال خودش است استصحاب دارد که مال خودش است اگر قاضی گفت مال زید است دیگر نمی تواند تصرف کند و اگر تصرف کند یا معصیت است یا تجری. پس حکم قاضی هیچ وقت واقع را عوض نمی کند و حکم قاضی مثل بینه و خبر ثقه است.

پس در این نکته باید دقت شود که این بیان سید مال جایی است که دو طرف می روند نزد قاضی اما اگر رفتند پیش مفتی مفتی وظیفه هر کدام را جدا جدا می گوید و به هر کدام می گوید که به اعتقاد خود عمل کن تو که معتقدی بدهکار نمی باشی لازم نمی باشد به او چیزی بدهی و تو که اعتقاد داری طلبکاری می توانی از مال او تقاص کنی. اگر دعوا هم می افتد بروند پیش قاضی نه سراغ مفتی. پیش مفتی که می روند به مفتی می گویند که وظیفه شرعی خودمان را می خواهیم.

اگر رفتند پیش قاضی می گویند حکم کن. لذا فرمایش سید مربوط به قاضی و مقام مرافعه است نه اینکه اگر دو نفر که مرافعه دارند پیش خودشان قسم بخورند. پس مرحوم سید می فرمایند که در مقام مرافعه قاضی به قول منکر در صورت قسم عمل می کند و بعد سید توجه می دهند که حکم قاضی واقع را عوض نمی کند لذا باید به تکلیف خودتان عمل کنید و تو که اعتقاد داری که طلبکاری باید طلبت را به گونه ای بدهی و تو که اعتقاد داری که طلبکار نیستی نمی توانی پول را از او قبول کنی.

افتاء اخبار از حکم کلی است و قضاء انشاء الحکم است.

النکته الثانية: كيفية اليمين و البينة في القضاء الشرعى.

در فقه معروف است و روایات متعدد داریم که اليمين للمنکر و البينة للمدعى همیشه در مقام مرافعه یکی منکر و یکی مدعى است قاضى به مدعى مى گوید بينه تو چیست؟ اگر بينه را اقامه کرد که هيچ و الا به منکر مى گوید که قسم بخور اگر قسم خورد قاضى به نفع او حکم مى کند و اگر منکر قسم نخورد قاضى رد قسم مى کند به مدعى که اگر قسم خورد به نفع او حکم مى کند و اگر مدعى قسم نخورد قاضى مى گوید که دنبال کار خودتان برويد و من بيخودى حکم نمى کنم. لذا دعوى باطل مى شود.

لذا بر اين اساس مرحوم سيد مى گویند که منکر اجاره قسم مى خورد و قاضى بر اساس انکار او حکم مى کند.

النکته الثالثة: وجود الاختلاف في تشخيص المدعى والمنکر.

نکته سوم اين است که فقهاء قبول کرده اند بينه وظيفه مدعى است و يمين وظيفه منکر است اما در تشخيص مدعى و منکر تمام اقوال ممکنه قائل دارد از کجا بفهميم که چه کسی منکر و چه کسی مدعى است؟ لذا در اين مسئله اختلاف کرده اند مثل مرحوم خوئى که گفته اند بعضى وقتها منکر الاجاره مى شود مدعى و بعضى وقتها مدعى الاجاره مى شود منکر مثلاً منکر الاجاره چون اجرة المثل از اجرة المسمى بيشتتر است در اینجا در واقع منکر الاجاره، مدعى است و مدعى منکر الاجاره است. منکر الاجاره مدعى است که بيشتتر از او طلبکار است صرف انکار شخص را منکر نمى کند و صرف ادعا شخص را مدعى نمى کند اين بحثى است مربوط به بحث قضاء است که منکر و مدعى چه کسی مى باشد که ما گفتيم که در مدعى و منکر سراغ عرف مى رويم.

النکته الرابعة: حکم الرجوع إلى القاضي المنصوب و التحکیم و

کیفیه قضائهما.

این را دقت کنید دو نفر که اختلاف دارند تارة اختلاف را رها می کنند چون لازم نمی باشد که دو نفری که اختلاف پیدا کرده اند سراغ قاضی بروند یکی می گوید که من اجاره دادم و دیگری می گوید که اجاره نداده بودی خانه را تحویل می دهند و پول هم بین آنها رد و بدل می شود یا نمی شود و اختلاف را رها می کنند. ابراء نمی کند و لکن طلبکار دنباله گیری نمی کند.

لذا لازم نمی باشد که همیشه دو طرف اختلاف پیش قاضی روند.

تارة پیش قاضی می روند این دو صورت دارد:

صورت اول:

می گویند بر اساس نظر خودت بین ما دو نفر حکم کن نه طبق موازین شرعی.

خوب دقت کنید قضاوت بر غیر موازین شرعی حرمت ذاتی ندارد و حرمت تشریعی دارد. می گویند بر اساس نظر خودت حکم کن نه بر طبق موازین شرعی و شخص هم قبول می کند و طبق نظر خودش حکم می کند و کار او حرام نمی باشد الا اینکه حکم کند به عنوان اینکه این حکم شرعی که این می شود تشریع. لذا حکم او و قضاوت او اشکالی ندارد و می شود قاضی تحکیم.

حرمت تشریعی یعنی اگر به عنوان قضاء شرعی حکم کند حرام است یعنی کسی که شرائط قضاء شرعی را ندارد به عنوان قضاء شرعی حکم کند اما اگر به عنوان قاضی عرفی قضاوت کند مشکلی ندارد و هیچ یک از صفات قاضی معتبر نمی باشد لذا می توانند پیش یک بچه ده ساله یا یک زن بروند و بگویند که بین ما قضاوت کن.

اما اگر برونند پیش کسی و بگویند که طبق موازین شرعی در مورد ما حکم کن. در اینجا ما دو نفر داریم: یکی قاضی و یکی که رجوع به قاضی می کند.

اما نسبت به قاضی:

اگر قاضی ضوابط قضاوت شرعی را نداشته باشد این قضاء برای او حرام است و حرمت تشریعی دارد. این شرائط چیست؟ مثل دیگر احکام فقهی بین علماء اختلاف است. بعضی گفته اند که قاضی باید مجتهد باشد و بعضی گفته اند نیاز نمی باشد مجتهد باشد و می تواند مقلد باشد. اگر قاضی مجتهد است طبق نظر خود در نظر می گیرد که آیا در قضاوت اجتهاد شرط است یا خیر و اگر مقلد است رجوع می کند به مقلد خودش که آیا در شرائط قاضی اجتهاد را شرط می داند یا خیر؟ اگر گفت بله قضاء بر او حرام است و اگر گفت که اجتهاد نیاز نمی باشد می تواند قضاوت کند تقلیداً اگر دیگر شرائط را داشته باشد. یا عدالت را بعضی شرط دانسته اند و بعضی شرط ندانسته اند اگر قاضی مجتهد است به رأی خود می بیند که آیا عدالت شرط است یا خیر اگر دید شرط است و می داند که عادل نمی باشد قضاء برای او حرام است و اگر می داند عادل است می تواند قضاوت کند اگر سایر شرائط قضاوت را داشته باشد و اگر قاضی مقلد است به مرجع خود رجوع کرده و طبق نظر او عمل می کند. اما کسانی می گویند که در قاضی عدالت شرط نمی باشد بلکه باید در قضاوتش عادل است یعنی در مقام قضاوت عادلانه قضاوت کند این را قضاء شرعی می گوئیم.

ما هر دو قضاء را قائلیم قاضی شرعی و عرفی همه باید قائل باشند ولی توجه نکرده اند چرا که قضاوت بر غیر طبق موازین شرعی حرمت ذاتی ندارد بلکه حرمت تشریعی دارد.

ما که یک دستگاهی هستیم در معاملات و شرعی نمی باشیم ما دو قضائی هستیم یعنی شارع قضائی را تعریف کرده است که ما اصطلاحاً به آن قضاء شرعی می گوئیم.

می گوئیم در قضاء شرعی باید ضوابط رعایت شود اما در قضاء عرفی لازم نمی باشد.

اما نسبت به شخص رجوع کننده:

دقت کنید ما می‌گوییم رجوع به کسی که شرائط قضاء شرعی را ندارد، برای قضاء شرعی حرام است مثلاً این قاضی فاسق است اما طبق ضوابط شرعی حکم می‌کند رجوع به او حرام است. رجوع کننده یا مجتهد است یا غیر مجتهد رجوع می‌کند در شرائط قضاء به رأی خودش یا فتوای مرجع خودش.

پس این را توجه داشته باشید که ما یک قضاء عرفی و یک قضاء شرعی داریم در قضاء عرفی شرائط قضاء شرعی معتبر نمی‌باشد و قضاء عرفی ذاتاً جایز است و به او می‌گوییم قاضی تحکیم.

مراد ما از قضاء عرفی در مقابل قضائی است که فقیه می‌گوید.

این قضاء شرعی شرائطی که فقها گفته می‌شود، دارد. در اینجا اگر چه عرفی هم نشده باشد، اما اگر از مجتهد رجوع کنند و بگویند که قضاء عرفی چه می‌باشد می‌گویند قضائی که این ضوابط را داشته باشد.

النکته الخامسة: الفرق بين القاضي المنصوب و القاضي التحكيم.

به قاضی که به قضاء شرعی حکم می‌کند به آن قاضی می‌گویند «قاضی منصوب» یعنی منصوب از طرف معصوم در آن روایت ابو خدیجه حضرت می‌فرمایند: «جعلته حاکماً» و به قاضی بر اساس قضاء عرفی که مشروع است به آن «قاضی تحکیم» می‌گویند کسانی که گفته اند در «قاضی تحکیم» شرائط قاضی منصوب شرط نمی‌باشد یعنی قاضی تحکیم را قبول

دارند و کسانی که شرائط را در قاضی تحکیم شرط می دانند معنای حرفشان این است که آن قاضی تحکیم قاضی منصوب است.

بعد فقهاء قائلند که اگر قاضی منصوب حکمی کرد وجوب اتباع دارد اما در قاضی تحکیم دیگر وجوب اتباع نمی باشد این خوب ثمره مهمی است که در قاضی منصوب وجوب اتباع است اما در قاضی تحکیم وجوب اتباع نمی باشد. دلیل وجوب اتباع را همان «جعلته حاکما» گرفته اند.

ما در هر دو مورد اشکالی را مطرح کردیم:

اشکال اول این است که در مورد قاضی منصوب وجوب اتباع از باب وجوب طریقی است نه نفسی^۱ از باب وجوب اتباع اماره است یعنی قول او بر من منجز است مثل اینکه ثقه می گوید: «هذا الماء نجس» من اگر این آب را خوردم و فی لوح الواقع نجس بود من مستحق عقوبت هستم نه اینکه وجوب نفسی مثل وجوب اتباع قول والدین و معصوم نمی باشد گفتیم این وجوب اتباعش وجوب اتباع طریقی است طوری صحبت کرده اند که کأن وجوب اتباع قول حاکم منصوب وجوب نفسی دارد خیر وجوب طریقی دارد مثل وجوب تبعیت از اماره آنها گفته اند که اگر علم به خلاف ندارند تبعیتش واجب است ما می گوییم که تبعیتش واجب نمی باشد از باب تبعیت اماره واجب است. البته در وجوب نفسی به این معنا نمی باشد که اگر علم به خلاف داشتیم، باز تبعیت از قاضی منصوب واجب است خیر این وجوب دیگر

^۱ فارق بین وجوب نفسی و طریقی در این است که در وجوب نفسی طلبی وجود دارد به خلاف وجوب طریقی که اصلاً طلبی در کار نمی باشد اگر شارع می گوید که به قول مجتهد عمل کن در واقع طلبی نسبت به تبعیت از قول مجتهد ندارد بلکه فقط این برای تنجز و تعذر مقول قول مجتهد که یک حکم شرعی است می باشد مثلاً اگر مجتهد می گوید که شرب الخمر حرام و شارع فرموده است که قلد المجتهد او نسبت به تقلید مجتهد اصلاً طلبی ندارد بلکه مولا می گوید که اگر از قول مجتهد تبعیت نکردی و شرب خمر کردی و در واقع حرام بود استحقاق عقوبت داری لذا قول مجتهد منجز است نسبت به شرب الخمر و طلب و زجر واقعی مولا نسبت به شرب خمر است و قول مجتهد می شود منجز این تکلیف اگر فی الواقع تکلیفی باشد.

چنین اطلاقی ندارد که مورد علم به خلاف را بگیرد، خیر اگر علم بر خلاف داشته باشم تبعیت از آن وجوب نفسی ندارد کما اینکه اگر علم به خلاف نداشته باشم باز تبعیت از آن وجوب نفسی ندارد. این یک نکته.

نکته و اشکال دوم این است که اینکه گفته اند در قاضی تحکیم وجوب اتباع نمی باشد گفتیم که اگر توافق کنند به نحو توافق عقدی که بروند پیش قاضی تحکیم در اینجا وفاء به عقد شرعا واجب است و باید به قول او عمل کنند از باب وفاء به عقد. حتی در جایی که علم به خلاف هم دارد مثل اینکه من در این کتاب اختلاف کردیم که این کتاب مال من است یا مال شما ست شما می گوید مال من است و من می گویم مال من است و من می دانم این کتاب مال من است و می گویم برای رفع نزاع مصالحه کنیم به هزار تومان بین این کتاب و هزار تومان مصالحه کردیم، بعد از مصالحه این کتاب مال من نمی باشد و تصرف من بدون رضاء او حرام است در قاضی تحکیم گفتیم که اگر به نحو توافق عقدی قرار شد که به نزد قاضی تحکیم بروند در اینجا از باب وفاء به عقد لازم است به قول او عمل کرده و لو علم به خلاف داشته باشند. یکبار توافق عقدی نمی باشد صرف یک وعده است در اینجا دیگر اتباع از حکم حاکم واجب نمی باشد. عقد دو التزام مرتبط به هم است این ملتزم می شود مبنی بر این که طرف مقابل هم ملتزم شود دو التزام مرتبط را عقد می گویند. صرف یک وعده نمی باشد بلکه یک التزام مرتبط و عقد است. یعنی هر دو ملتزم می شوند اما من ملتزم می شوم مبنی بر التزام شما و شما ملتزم می شوید مبنی بر التزام من و این دو التزام مرتبط می شود عقد. در اینجا وفاء به عقد وجوب نفسی دارد در واقع یک نحو از مصالحه است و حقیقتش به یک نحو از مصالحه بر می گردد که کتاب مال کسی که حاکم حکم کند مال اوست.

النکته السادسة: القضاء في زماننا هذا ليس قضاءً إنفرادياً بل

قضاء مجتمع و بينهما فروق:

این نکته، نکته مهمی است. فقهاء ما قضاء را دائماً به شکل انفرادی را دیدند یک نفر قاضی است و دو نفر پیش او می روند و می گویند بین ما قضاء کن و اگر شرائط را داشته باشد قاضی منصوب می شود و اگر شرائط را نداشته باشد قاضی تحکیم می شود. اما در حال حاضر در هیچ حای دنیا شاید قضاء انفرادی نداریم دستگاه قضاء را داریم اینطور نمی باشد که یک نفر نشسته باشد و بین مرافعین قضاء کند. دستگاه قضاء تفاوتهای اساسی با قضاة انفرادی دارد:

الفارق الأول:

یکی از فوارق این است که دیگر نمی توانید به قاضی مراجعه کنید فقط می توانید به دستگاه قضاء رجوع کنید دیگر برای شکایت پیش قاضی نمی تواند برود شکایت را ارجاع به دستگاه قضاء می دهد حتی در بسیاری از کشورها حتی شخص شاکی حق رجوع به دستگاه قضاء را ندارد بلکه وکیل حق رجوع به دستگاه قضاء را دارد و شاکی در پیش وکیل شکایت را مطرح می کند که وکیل ببیند این دعوی قابل طرح در دستگاه قضاء قابل طرح و پیگیری است یا خیر، چرا که بسیاری از دعاوی در دستگاه قضاء قابل طرح نمی باشد. مثلاً زید معتقد است که دستی به عمرو پولی داده است و عمرو هم برنگردانده است و هیچ گونه سند و مدرکی هم ندارد. خوب این اصلاً در دستگاه قضاء قابل طرح نمی باشد و وکیل هم این را به دستگاه قضاء نمی برد. این یک فارق.

الفارق الثانی:

تشخیص موضوعات را خصوصاً موضوعات پیچیده را از قاضی سلب کرده اند که این تشخیص موضوع در قضاوت خیلی مهم است و اگر به هیئت منصفه کرده اند مثلاً کسی در روزنامه یا مجله ای جمله ای را در رابطه با زید نوشته است و فرض کردیم در قانون اهانت ممنوع است و جرم و هیئت منصفه تشخیص می دهند که این کلام اهانت به زید است یا خیر و اگر تشخیص داد که اهانت است بعد قاضی حکم این اهانت را بیان می کند. چون موضوع خیلی مهم است مثلاً قتل سه قسم است قتل خطائی و عمدی و شبه عمد اگر کسی زید را به قتل رسانده باشد این قتل از کدام اقسام قتل است؟ این را از قضای گرفته اند و به هیئت منصفه واگذار کرده اند و از قاضی سلب کرده اند.

الفارق الثالث:

فارق دیگر این است که قضاوتها تخصصی شده است مثلاً جرائم را صد بخش و شاخه تقسیم کرده اند و در هر بخشی قاضی مخصوص به خود دارد جرائم خانوادگی، جرائم پزشکی ...

الفارق الرابع:

فارق دیگر این است که قاضی نه طبق نظر مجتهدین و نه طبق مقلدین عمل نمی کنند بلکه طبق قوانین دستگاه قضاء قضاوت می کنند دست قاضی باز نمی باشد لذا می گوید که این طبق ماده فلان و تبصره فلان جرم است. لذا بر اساس قوانین دستگاه قضاء عمل می کنند و طبق نظر خود عمل نمی توانند بکنند همه جرائم تعریف شده است و خارج از آن جرائم هم تعریف شده است.

الفارق الخامس:

فارق دیگر این که بسیار بسیار مهم است هیچ وقت در مقابل قاضی متهم نمی باشد دائما در مقابل قاضی وکیل است یعنی متهم بدون وکیل نمی تواند پیش قاضی برود و وکیل یا اندازه قاضی یا به مراتب بیشتر از او احاطه به قوانین و قواعد دارد.

الفارق السادس:

فارق دیگر که از همه مهمتر است مسئله دادستان است که به جای شخص شاکی دادستان قرار می گیرد که این هم به اندازه قاضی احاطه بر قوانین دارد .

این مجموعه اش شده است دستگاه قضاء. ظاهرا ما در دنیا کشوری نداریم که دستگاه قضاء نداشته باشد. نه اینکه ارگانی به نام دستگاه قضاء بلکه دستگاه قضاء به حمل شایع یعنی این دستگاهی که این روند را داشته باشد.

در واقع این قضائی که در ذهن آقایان است یک قضاء انفرادی است. پس بنابراین حالا در دستگاه قضاء – حال یا قبول کردیم یا لازم دانستیم آیا می توان دستگاه قضائی داشته باشیم مطابق قوانین شرعی یا قابل جمع نمی باشد؟ بعضی قائل شدند که قابل جمع نمی شود حتما در دستگاه قضاء باید سراغ قضاء عرفی برویم نه قضاء شرعی و در قضاء عرفی است که این دستگاه می تواند جواب دهد و کار کند لذا این که در ذهن عملاء ما است یک قضاء انفرادی است بله حالا اگر یک دستگاه قضاء داشتیم این با قضاء انفرادی منافاتی ندارد دو نفر پیش یک انسان متدین یا مجتهد می روند و می گوید که به نحو قضاء شرعی بین ما قضاوت کند اما قضاء شرعی یک بحث است و نظام و دستگاه قضائی یک بحث دیگر است که آیا در دستگاه قضاء می توان به قضاء شرعی عمل کرد و این نظام بر اساس قضاء شرعی باشد؟ آیا می تواند دستگاه قضاء عادلانه باشد؟

اگر به صورت دستگاه قضائی شد آیا با قضاء شرعی قابل جمع است که یا باید برویم سراغ قضاء عرفی؟

در این مباحث باید مبانی افراد مشخص شود. وقتی دستگاه قضاء شد تمام قضاة ما می شود قاضی تحکیم.

اینکه قضاء باید عادلانه باشد منافاتی ندارد قضاء می تواند عرفی باشد در عین حال عادلانه باشد.

لذا در این مباحث مبانی را اختیار کنیم و با توجه به این مبانی حکم کنیم.

قاضی تحکیم دو قسم است:

یکدفعه ما کسی را حکم قرار می دهیم براساس رأی خودش حکم می کند.

یکدفعه قاضی تحکیم در قوانین است که باید براساس ضوابط و قوانین حکم کنند لذا این قاضی تحکیم که می گوئیم در مقابل قاضی منصوب است چرا که دستگاه قضاء قبلاً نبوده است شاید حدود صدسال است که کشورها و ممالک به جای قضاء انفرادی روی آورده اند به دستگاه قضاء. این در مسئله اول باید مبانی و مختار ما روشن شود و اینها باید تطبیق شود.

اگر بخواهیم روی قضاء شرعی بگوییم منکر یمین می خواهد و مدعی بینه می خواهد.

اینها را که می گوئیم به عنوان قضاء شرعی است اما معنایش این نمی باشد که در دستگاه قضاء باید اینطور رفتار شود.

اما در قضاء عرفی لازم نمی باشد که دیگر یمین و بینه ای در کاری باشد. حرمت قضاء عرفی حرمت تشریعی است نه ذاتی اگر قضاء عرفی را به عنوان قضاء شرعی انجام دهد این حرام است اما اگر به عنوان قضاء شرعی نباشد بقال سر کوچه را که نماز و روزه خود را بلد نمی باشد، حاکم قرار می دهیم و می گوئیم بر اساس تشخیص خود حکم کن.

حال اگر ظالمانه باشد باید ملتزم بشوند یا خیر؟ دقت کنید یکبار ما که پیش قاضی تحکیم رفتیم می‌گوییم که بر اساس رأی خود حکم کن یعنی بر اساس عدالت و طبق رأی و بی‌طرفانه اگر به خاطر رفاقت حکم کند و مصداق ظلم است و ظلم در شریعت از محرمات است. در واقع بر اساس آنچه که حکم قرار داده شده بود حکم نکرد بر اساس آراء خود عمل نکرد بر اساس امیال عمل کرد و در آنجا وجوب تبعیت لازم نمی‌باشد.

پس از اینجا به بعد هر چه را می‌گوییم بر اساس قضاء انفرادی است نه دستگاه قضاء. قضاء شرعی یعنی همان قضائی که فقهاء می‌گویند اگر مجتهد است بر اساس قول مجتهد و اگر مقلد است بر اساس آنچه که مجتهدش می‌گوید این قضاء شرعی است. که بین مجتهدین در این شرائط هم خیلی اختلاف است.

دقت کنید که این بحثها باید کاملاً از هم جدا شده باشد و بر اساس مبانی خودمان در اینها باید بحث کنیم.

ظاهراً فقهاء اصلاً دستگاه قضاء را تصور نکردند فقط قضاء انفرادی را تصور داشتند شاید الان هم کشورهایی باشند که دستگاه قضاء نداشته باشند و مجموعه‌ای از قضاة را در یک بلد داشته باشند.

مسألة ٢: لو اتفقا على أنه^٢ أذن للمتصرف في

استيفاء المنفعة

ولكن المالك يدعي

أنه على وجه الإجارة بكذا أو الإذن بالضمان و المتصرف يدعي أنه على وجه العارية ففي تقديم أيهما وجهان بل قولان من أصالة البراءة بعد فرض كون التصرف جائزا^٣ و من أصالة احترام مال المسلم الذي لا يحل إلا بالإباحة^٤ و الأصل عدمها فتثبت أجره المثل بعد التحالف و لا يبعد^٥ ترجيح الثاني و جواز التصرف أعم من الإباحة.

بحث ما در مباحث تنازع بود رسیدیم به مسئله دوم مسئله دوم در تنازع این است که مالکی داریم و متصرفی داریم عمرو متصرف در خانه زید است هر دو اتفاق دارند که زید اذن در استیفاء منفعت خانه را داده است اما جناب عمرو می گوید که اذن در استیفاء منفعت دادی مجانا اذن در استیفاء منفعت مجانا را «عاریه» می گویند. مالک می گوید که من اذن در استیفاء دادم اما مجانی نبود بلکه اذن در استیفاء دادم مع العوض که استیفاء منفعت مع

^١ چهارشنبه ۹۸/۱۱/۲۳.

^٢ المالك.

^٣ این قول اول است که مالک مدعی است و متصرف منکر است.

^٤ این قول سوم در قول ما است که قول سوم تداعی است هر دو مدعی و منکر می باشند و هر دو قسم می خورند و مال و خانه را بر می گردانند و متصرف باید اجرة المثل منفعت مستوفی را بدهد.

^٥ این قول سوم است.

العوض اسمش اجاره است. یا اینکه نه جناب مالک می گوید که اذن در استیفاء منفعت ادم اما مع الضمان یعنی چه؟ یعنی یکسال استیفاء کن اما ضامن اجرة المثل مع العوض ضامن اجرة المسمى می باشد و مجانا ضامن اجرة المثل و المسمى نمی باشد.

پس هر دو متفق می باشند که اذن در استیفاء منفعت یکساله داده بود اما متصرف می گوید که این استیفاء به نحو عاریه بود مجانی بود در مقابل مالک می گوید که من اذن در استیفاء در منفعت دادم مع العوض یعنی در مقابل اجرة المسمى که این عقد اجاره است یا می گوید اذن در استیفاء منفعت داده بودم مع الضمان یعنی مع ضمان اجرة المثل. در اصطلاحات این اذن مع الضمان اسم خاصی ندارد. خوب در اینجا قول چه کسی مقدم می شود؟ قول مالک یا قول متصرف؟ قبلاً گفته بودیم که مدعی احتیاج به قسم ندارد باید بینه داشته باشد و اگر بینه نداشته باشند به قول منکر مع القسم اخذ می شود. در اینجا کدام مدعی و کدام منکر می باشند؟ مرحوم سید اول می فرمایند در مسئله دو قول است و بعد در مقام تفصیل و بیان اقوال سه قول ذکر می کنند:

قول اول این است که جناب متصرف منکر است. چرا؟ می گوید من به تو بدهکار نمی باشم و مقتضی الاصل عدم اشتغال ذمه است. مثلاً اجرة المثل یا مسمى را به تو بدهکار نمی باشم.

قول دوم:

قول دوم این است که جناب مالک منکر است چرا؟ مالک می گوید که من اذن در استیفاء منفعت دادم اما این را برای تو اباحه نکردم فقط اذن در استیفاء دادم اگر اباحه کنم مجانی است پس بنابراین قول او مقدم می شود اگر قسم بخورد دعوایش که اجاره یا اذن مع الضمان است ثابت می شود.

قول سوم:

این از باب مدعی و منکر نمی باشد قول اول و دوم می گوید باب مدعی و منکر است اما قول سوم می گوید از باب مدعی و منکر نمی باشد از باب تداعی است. تداعی یعنی چه؟ یعنی هر کدام مدعی و منکر است لذا هر کدام بر رد قول خصم و رقیب قسم می خورد و قول هر دو ساقط می شود و بعد باید اجرة المثل این استیفاء منفعت این خانه را متصرف به مالک دهد. نتیجتاً به نفع مالک می شود.

این سه قول در مسئله است.

سید قول وسط را تقویت می کند که این باب مدعی و منکر است و مالک منکر است و او قسم می خورد و قول او ثابت می شود. مالک می گفت که من اذن در استیفاء دادم اما اباحه نکردم لذا یا اجرة المثل یا اجرة المسمى ثابت می شود.

بررسی متن:

در متن، مرحوم سید سه قول ذکر کرده اند یا دو قول؟ اگر گفتیم دو قول است معنایش این است که سید می گوید که یا از باب مدعی و منکر است یا از باب فقط تداعی است اما اگر گفتیم سه قول است در این صورت دو قول این است که این نزاع از باب مدعی و منکر است و یک قول می شود تداعی. اینکه سید در آخر می گوید اصل این است که اباحه نکرده است لذا فقط مالک قسم می خورد. دقت کنید اصل مسئله سه قول است آیا سید به دو قول اشاره کرده است یا در آخر به قول سوم هم اشاره کرده است. هر دو احتمال در کلام سید است.

دو قول را قطعاً سید گفت که قول اول که مدعی و منکر باشد و متصرف منکر باشد و یکی هم قول سوم که تداعی باشد و هر دو مدعی و منکر باشد این دو قول را سید قطعاً در متن آورد آیا قول سوم را آورد که از باب مدعی و منکر باشد و جناب مالک منکر است این «لا یبعد ترجیح الثانی» اشاره به قول دوم است که مدعی و منکر و جناب مالک منکر باشد یا خیر

اشاره به قول سوم است که از باب تداعی است. این عبارت سید این ابهام را دارد علی ای حال در مسئله سه قول داریم:

یک قول این است که باب مدعی و منکر است و متصرف منکر است.

یک قول این است که این باب مدعی و منکر است و مالک منکر است.

یک قول این است که این باب تداعی است هر کدام مدعی و منکر است.

اگر سه قول نباشد مرحوم سید قائل به باب تداعی است و اگر سه قول باشد جناب سید قائل به قول دوم که جناب مالک منکر است می باشد.

لذا این قول سید «و لا یبعد ترجیح الثانی» مراد از «ثانی» قول دوم نمی باشد. اگر قائل شویم که سید سه قول در مسئله را بیان می کنند - بلکه یعنی مدرک قول دوم که اصالة عدم الاباحة است نتیجه اصالة عدم الاباحه این می باشد که جناب مالک قسم می خورد که من اباحه نکردم و قول او مقدم می شود. این می شود باب مدعی و منکر و جناب مالک منکر می شود لذا احتیاج به قسَم متصرف نمی باشد.

اما اگر گفتیم سید در مسئله دو قول را بیان کردند مراد از «و لا یبعد ترجیح الثانی» یعنی قول دوم نه وجه قول دوم.

مدرک قول دوم در اصل مدرک دو قول است اصل عدم اباحه هم مدرک قول سوم که باب مدعی و منکر است و مالک منکر است، می باشد و هم مدرک قول سوم که قول تداعی باشد.

این یک نکته در باب متن مسئله.

به تعلیقه های عروه هم نگاه کنید می بینید که اختلاف کرده اند لذا کلام سید ابهام دارد.

نکته دوم:

سید از کسانی است که مثل مشهور علمای ما قائلند مال مسلمان فقط محترم می باشد و مال غیر مسلمان تکلیفا و وضعاً محترم نمی باشد تکلیفاً محترم نمی باشد یعنی در خانه و مال غیر مسلمان بدون اذن می تواند تصرف کند و اما وضعاً هم غیر محترم است یعنی اگر مال غیر مسلمان را تلف کرد یا اگر مال غیر مسلمان در تحت ید مسلمان تلف شد ذمه مسلمان مشغول نمی شود مثلاً گوسفند غیر مسلمان را سرش را برید و استفاده کرد ذمه مسلمان مشغول به مثل یا قیمت تالف نمی شود. لذا مرحوم سید قید زد به «احترام مال المسلم» از کفار سه طائفه را استثناء کرده اند و گفته اند این کفار مالشان محترم است: کافر ذمی و معاهد و مستأمن. اما مشهور فقهاء قائلند که در حال حاضر این سه کافر الان مصداق ندارد.

نکته دیگر این که این اصالة البرائی که سید در متن به آن اشاره کرده اند اصل استصحاب است استصحاب عدم اشتغال ذمه به نحو عدم نعتی قبلاً ذمه این متصرف مشغول نبود و الان هم که شک در اشتغال ذمه داریم آن عدم اشتغال ذمه را استصحاب می کنیم.

این توضیح متن.

اشاره ای به اقوال با توجه به آنچه که در تعلیقات عروه است:

معلقین پنج دسته شده اند:

بعضی گفته اند این باب مدعی و منکر است و متصرف منکر است.

بعضی گفته اند این باب مدعی و منکر است و لکن مالک منکر است.

بعضی گفته اند این باب تداعی است هر یک از این دو مدعی و منکر است.

بعضی گفته اند نه باب مدعی و منکر است و نه باب تداعی است باید برویم سراغ قرعه

قرعه بزنیم که قول کدام در قرعه در می آید به قول او اخذ کنیم.

بعضی در مسئله توقف کرده اند یعنی اصلاً نتوانسته اند تشخیص دهند که این مسئله از باب تداعی است یا باب مدعی و منکر است. نسبتاً تعداد متوقفین کم نمی باشد.

خوب کسانی که گفته اند این متصرف منکر است گفته اند نزاعشان به این بر می گردد که مالک می گوید که ذمه تو به اجرة المثل یا اجرة المسمى مشغول است و متصرف انکار می کند و می گوید که ذمه من مشغول نمی باشد.

خوب کسانی که گفته اند مالک منکر است گفته اند که نزاعشان به این بر می گردد متصرف می گوید که به من اباحه تصرف داده ای و مالک انکار می کند اباحه در تصرف را. چون اذن در استیفاء غیر از اباحه در تصرف می باشد اذن در استیفاء می تواند با ضمان یا مع العوض باشد و می تواند مجانا باشد این دو اتفاق بر اصل اذن در استیفاء دارند و اذن در استیفاء فایده ای ندارد در اینکه اجرة را ثابت نکند.

کسانی که گفته اند این از باب تداعی است گفته اند که مالک به متصرف می گوید که من این را به تو اجاره داده ام و متصرف می گوید که نه به من عاریه دادی این دعوای اجاره می کند و او دعوای عاریه می کند.

کسانی که سراغ قرعه رفته اند گفته اند که درست است که یکی دعوای اجاره و یکی دعوای عاریه می کند خوب اگر این باب تداعی باشد هر دو قول که ساقط شود بالاخره اجرة المثل را باید بدهند یا خیر؟ چون استیفاء کرده است اگر اجرة المثل را بدهند این عملاً برگشت به مدعی و منکر می شود چون شما می گوید تداعی و تحالف و تساقط و باید اجرة المثل هم بدهد در واقع اخذ کردید به قول مالک چرا که اجرة المثل را در صورت تداعی به مالک می دهید لذا قرعه زده می شود که عاریه بوده است یا اجاره.

آنهايي که توقف کرده اند جزمی و سکون نفسی برای آنها نیامده است که باب تداعی است یا مدعی و منکر آنها در مسئله توقف کرده اند و فتوا نداده اند.

مختار ما در مسئله:

می خواهیم بر اساس ضوابط قضاء شرعی حکم کنیم:

یکی می گوید که عاریه بوده است و یکی می گوید اجاره بوده است، یکی می گوید عاریه بوده است و دیگری می گوید که مع الضمان بوده است. در مثال اجاره پیاده می کنیم:

مالک می گوید که خانه را اجاره دادم به این مبلغ مثلاً هزار دینار و متصرف می گوید که اجاره ای نبود متصرف منکر حساب می شود لذا قسم می خورد و قول او مقدم می شود و خانه بر می گرداند و پول هم نمی دهد. عاریه اثبات نمی شود فقط بحث اشتغال ذمه است و ثابت می شود که اشتغال ذمه ندارد.

در مثال دوم می گوید اذن در استیفاء دادم مع الضمان که اجرة المثلش هزار دینار است و این قسم می خورد که من ضامن نمی باشیم گفتیم در عرف ما باب مدعی و منکر است و منکر متصرف باشد. اما اینکه گفتیم مدعی و منکر ما عرفی هستیم اگر این که کسی خانه اش را مجانی در اختیار دیگر بگذارد خلاف ظاهر باشد یعنی نوعاً خانه را مجانی در اختیار کسی قرار نمی دهند در چنین عرفی جناب مالک می شود منکر چرا که متصرف می گوید که مجانی دادی و عاریه دادی و مالک می گوید من عاریه ندادم یعنی در چنین عرفی ظاهر عدم مجانیت است و متصرف ادعا می کند که مجانی داده است در چنین عرفی مالک قسم می خورد که من عاریه ندادم. وقتی عاریه ثابت نشد ضامن اجرة المثل است فرقی نمی کند که مالک بگوید که اجاره دادم یا مع الضمان دادم.

ما کلاً در باب مدعی و منکر عرفی می باشیم که در عرف منکر و مدعی چه می باشد. بله اگر در عرفی خیلی متعارف است که خانه را مجانی در اختیار افراد ضعیف قرار می دهند در اینجا متصرف که می گوید عاریه است می شود منکر این بر اساس ضوابط فقهی ما.

اینکه گفتیم که قول مالک مطابق اصل عدم اباحه است به خاطر این است که یکی از اقوال در مدعی و منکر این است که منکر کسی است که قول او مطابق اصول شرعی است.

ما گفتیم قاضی در مقام قضاء نمی تواند به اصول فقهی تمسک کند چه در مقام حکم و چه در مقام تشخیص موضوع مثلاً برای درست کردن منکر، گفتیم اصلاً اصول شرعی فقط در مقام عمل است در باب قضاء اصلاً کارساز نمی باشد و نمی تواند به استناد آن اصول قضاء و حکم کند.

اما اگر قضاء عرفی شود در ما نحن فیه گفتیم در قضاء عرفی قسم نمی خورد اگر کسی ادعائی دارد و شاهی بیاورد مسموع است و الا دعوای او مسموع نمی باشد.

قضاء عرفی بر اساس قضاء متداول بین خودشان می باشد.

بله اگر در عرفی قسم عرفی باشد به آن اخذ می کنیم اما ظاهراً در عرفی قسم مثبت چیزی نمی باشد.

هذا تمام الكلام في المسئلة ٢.

مسألة ٣: إذا تنازعا في قدر المستأجر

قدم قول مدعي الأقل.

مرحوم سید می فرمایند که اگر جناب مالک و مستأجر اینها با هم نزاع کردند در مقدار مستأجر علیه^۲ قول اقل مقدم می شود. مراد از مستأجر علیه آن منفعت یا عمل است اختلاف در این مستأجر علیه است اما در اجرت نزاعی نمی باشد مثلاً مالک می گوید که این خانه را یکساله به هزار دینار اجاره دادم و مستأجر می گوید که نه دو ساله به هزار دینار به من اجاره دادی. مالک می گوید آن منفعت یکساله را می گوید تملیک کردم و مستأجر می گوید که منفعت دو ساله این خانه را به من تملیک کرده بودی. یا جناب مستأجر می گوید من تو را اجیر کرده بودم برای یک ماه به این مبلغ یک ماه برای من کار کنی به مبلغ هزار دینار و جناب اجیر می گوید که برای عمل یک هفته اجرت من را هزار دینار قرار داده بودی آن می گوید برای عمل یک ماه اجرت تو را هزار دینار قرار دادم در مثال اول اقل قول مالک است لذا قول مالک مقدم می شود آنکه ادعای اقل می کند قول او مقدم می شود کسی که می گوید که برای یکسال اجاره دادم مالک می گوید برای یکسال و مستأجر می گوید برای دو سال لذا قول مالک مقدم می شود. و در مثال دوم مستأجر می گوید که برای یک ماه اجیر کرده بودم و اجیر می گوید که برای یک هفته اجیر شده بودم لذا قول اجیر مقدم می شود.

یا یکی می گوید که یک طبقه را به من اجاره داده بودی و دیگری می گوید دو طبقه را به من اجاره داده بودی قول کسی که می گوید یک طبقه را اجاره دادی قبول می شود.

^۱ سه شنبه ۹۸/۱۱/۲۹.

^۲ در این نسخه «علیه» ندارد بلکه «مستأجر» دارد اما در بعضی از نسخ مثل موسوعه و مستمسک «مستأجر علیه» آمده است.

ما گفتیم در مجموع سه نوع قضاء را داریم:

یکی قضاء شرعی یعنی قضائی که شارع بیان کرده است و گفته است شرائط و ضوابط و قواعدی که در باب قضاء شارع مقدس تعیین کرده مثلاً گفته است قاضی باید عادل یا مرد باشد و در مدعی به بینة و در منکر به یمین نگاه کند. قضاء شرعی واحد است و مختلف فیه نمی باشد قضاء شرعی یکی بیشتر نمی باشد اعم از اینکه به این قضاء شرعی عالم باشیم یا خیر.

قسم دوم قضاء فقهی است شرائط و ضوابطی است که فقهاء فرموده اند بر اساس استنباط فقهاء از شریعت چون فقهاء از عصمت برخورد دار نمی باشند در استنباط قواعد قضاء شرعی با هم اختلاف می کنند مثل دیگر ابواب فقه و مسائل شریعت ما قضائی داریم که قضاء فقهی می گوئیم ضوابطی که فقهاء تعیین نموده اند که این قضاء فقهی قضاء واحد نمی باشد مثل قضاء شرعی بلکه قضائی است که متعدد و متکثر می باشد. به عدد فقهاء ما قضاء فقهی داریم. مثلاً شرائط قاضی چه می باشد؟ عند الفقهاء اختلاف است مثلاً یک فقیه می گوید شرط قاضی این است که باید مجتهد باشد، باید مرد باشد در مقابل فقیهی می گوید که اجتهاد در قاضی شرط نمی باشد قاضی غیر مجتهد می تواند قضاوت کند می تواند منصب قضاء را اشغال کند و در مقام قضاء به فتوای مجتهد خود قضاء کند قضاء شرعی کار کسی نمی باشد ناظر به قواعد و شرائطی است که شارع بیان کرده است این قضاء شرعی ضوابط و شرائطش یکی است حال چه کسی رعایت کند یا نکند بحث دیگری است فقط امام که از عصمت برخورد دار است می تواند بفهمد اما بقیه فقهاء در فهم آن دچار خطاء می شوند. یعنی فقهاء قضاء شرعی را از کتاب و سنت و ادله شرعیة استنباط می کنند و لکن چون عصمت ندارند خطاء می کنند و امکان دارد که همه خطاء کرده باشند.

فقیه به عنوان قضاء شرعی استنباط می کند اما قضاء شرعی است یا خیر فی الواقع بحث دیگری است مراد فقهاء از قضاء شرعی قضاء فقهی است.

قضاء فقهی لازم نمی باشد که قضاء شرعی باشد و فقط خداوند می داند کدام قضاء شرعی است و کدام نمی باشد.

قسم دیگر از قضاء قضاء عرفی است. در قضاء عرفی ضوابطی است که حقوق دانان یا مجلس تعیین می کند نه نگاهی به شریعت نه نگاه به انظار فقهاء ندارند و اگر هم نگاه می کنند به انظار فقهاء از باب این است که شاید در انظار آنها نکته ای است که موافق اعتبار باشد. پیدا کنند خوب همه کشورهای ضوابطی در باب قضاء دارند قاضی چه شرائطی دارد و در باب مرافعه چگونه باید حکم کند؟ به نفع چه کسی حکم کند؟ قواعد و ضوابط در آنجا نه قضاء شرعی و نه قضاء فقهی است البته ممکن است بعضی از ضوابط قضاء عرفی آنها با بعضی ضوابط قضاء شرعی یکی باشد به قاضی قضاء عرفی قاضی تحکیم گفتیم و کسی که بر اساس ضوابط قضاء فقهی حکم می کند اسمش را قاضی منصوب گذاشتیم.

پس سه نحو قضاء شرعی و فقهی و عرفی داریم ما دائما با قضاء فقهی برخورد داریم و قضاء شرعی اول می شود قضاء فقهی و ما با قضاء فقهی سروکار داریم ما دائما با دو قضاء سر و کار داریم: قضاء فقهی و قضاء عرفی. انظار فقهاء قضاء فقهی است و لکن می گویند قضاء شرعی. مثلا ما وقتی به زید نگاه می کنیم و به درخت نگاه می کنیم در انظار ما این است که به زید و کوه خارجی نگاه می کنیم با اینکه ما هیچ وقت این درخت خارجی و این زید خارجی را نمی بینیم بلکه تصویری از کوه را می بینیم که آن تصویر در ذهن ماست اما می گوییم به کوه نگاه می کنیم اما در واقع کوه خارجی و درخت خارجی را رویت نمی کنیم و نمی توانیم رویت کنیم بلکه تصویری از کوه و درخت را رویت می کنیم اما در عرف وقتی سوال می کنند به چه چیزی نگاه می کنی به کوه و درخت خارجی اشاره می کند نه به کوه و درخت ذهنی. این در همه امور است اختصاص به فقه ندارد در احساسات دائمی و روز مره گی ما این طور است. کوه خارجی و درخت خارجی برای احدی مبصر واقع نشده است و مبصر نخواهد بود. همه تصویر می بینند و تصاویر مشابه را می بینند که تازه تشابه تصاویر هم ثابت نمی باشد. پس ما یک قضاء

فقهی و عرفی داریم گفتیم در ذهن فقهاء ما این قضاء فقهی را همان قضاء شرعی می بینند و نسبت به شریعت می دهد می گوید یکی از شرائط قضاء شرعی اجتهاد قاضی است و کسی که اجتهاد را شرط نمی داند می گوید در شریعت یکی از شرائط قاضی شرعی اجتهاد نمی باشد قضاء شرعی یعنی قضائی که فقهاء برداشت کرده اند و وقتی می گوییم قضاء شرعی مراد ما همان قضاء فقهی است. ما دو کوه داریم یکی کوه د ر ذهن من و یک کوه خارجی وقتی سخن از کوه می کنیم فکر می کنیم داریم از کوه خارجی صحبت می کنیم غافل از اینکه ما از کوه ذهنی صحبت می کنیم می گوییم کوه خارجی سیاه است کوه خارجی رنگش سیاه نمی باشد بی رنگ است و کوه ذهنی است سیاه است. فقیه ا دعا می کند که قضاء شرعی اینی است که من استنباط کرده ام. پس ما با دو قضاء سرو کار داریم: قضاء فقهی و قضاء عرفی و لکن فی الواقع سه قضاء داریم: شرعی، فقهی و عرفی که این قضاء فقهی می تواند موافق با قضاء شرعی باشد یا خیر موافق نباشد. خوب وقتی که ما این احکام قضاء را می گوییم یعنی قضاء فقهی یعنی قضاء شرعی که ما استنباط کردیم طبق ضوابطی که در علم اصول و فقه گفته شده است سراغ اخبار و آیات رفته و از اینها سعی می کنیم قضاء شرعی را استنباط کنیم. پس در اینجا که این قضاء را می گوییم یعنی با توجه به روایاتی که موجود است می خواهیم قضاء شرعی را استنباط کنیم. اما فقهاء اشتباهی کرده اند و این که ما با قضاء فقهی نمی توانیم دستگاه قضاء درست کنیم چرا که قضاء فقهی واحد نمی باشد یک قضاء فقهی نداریم که با آن قضاء فقهی بخواهیم دستگاه قضاء درست کنیم اما در قضاء عرفی خود آن قضاء را دستگاه درست می کند اینطور نمی باشد در جای دیگر قضاء درست شده باشد و در اینجا به این دستگاه بدهید قضاء عرفی قضاء خود دستگاه است.

ان قلت:

بر اساس نظر یک فقیه دستگاه درست کنیم.

قلت:

اگر مُرد یا اتفاقی بر او افتاد یا نظرش عوض شد و یا دیگری را ملزم کنید بر قضاء این شخصی که این شخص مجتهد آن مکلف نمی باشد این خودش موجب اختلال نظام می باشد. پس بنابراین بحث ما در قضاء فقهی یعنی اگر رجوع کنیم به ادله و بخواهیم استنباط کنیم. اگر رجوع کردیم دو نکته را باید توجه کرد:

نکته اول:

از ادله استفاده می شود که در تنازع تارة یکی مدعی و یکی منکر است و تارة هر دو هم مدعی و هم منکر می باشند.

اگر هر دو مدعی و منکر باشند یعنی در واقع دو دعوا است هر دعوا از یکی صادر می باشد و در مقابل هر دعوا انکاری است.

پس در نزاع از این دو حالت خارج نمی باشد.

و به لحاظ ضوابط فقهی در مقام استنباط شارع گفته است که مدعی بینه اقامه کند و اگر بینه نداشت نوبت می رسد به منکر اگر قسم خورد نزاع تمام می شود و قاضی حکم می کند به نفع منکری که قسم خورده است.

در اینجا اختلافی است بین فقهاء فقهاء در این مسئله که توضیح دادیم سه اختلاف دارند:

مورد و اختلاف اول:

ضابطه منکر و مدعی چیست؟ از کجا می توان تشخیص داد که منکر و مدعی چه کسی است؟ ما قائلیم تشخیص آن عرفی است عرف چه کسی را منکر و چه کسی را مدعی می بیند.

مورد دوم و اختلاف دوم:

بینه است که بینه با مدعی است مراد از بینه چه می باشد؟ بعضی ها فرموده اند بینه یعنی خبر عدلین بعضی گفته اند بینه ما یحتج به العرف امری است که عرف به آن احتجاج می کند و آن احتجاج را درست می بیند و یکی از مصادیق بینه خبر عدلین است . ما قائل به قول دوم می باشیم بینه خبر عدلین نمی باشد خبر عدلین یکی از مصادیق ما یحتج به العرف می باشد عند الخصومة.

مورد و اختلاف سوم:

از کجا تشخیص دهیم این نزاع، نزاعی بین مدعی و منکر است یا نزاعی بین دو مدعی است؟ آیا این از باب مدعی و منکر است یا از باب تداعی است؟ و گفتیم این هم ضابطه اش عرف است و اینکه فقهاء گفته اند قول این موافق با این اصل است یا با آن اصل است این را به هیچ وجه نپذیرفتیم.

فرق بین این اختلاف با اختلاف اول در این است که تارة مشخص می شود که این از باب مدعی و منکر است اما در عین حال مدعی و منکر مشخص نمی باشد و این را باید عرف تشخیص دهد.

*این ها همه قضاء فقهی است با توجه به این ضوابط مشخص می شود که فرمایش سید در این مسئله درست نمی باشد چرا که اینطور نمی باشد که هر کسی که اقل را بگوید بشود مدعی. مثلا این جناب می گوید که من شش ماهه به هزار دینار اجاره دادم و دیگری می گوید که یکساله را اجاره دادم و اجاره شش ماه اصلا در این عرف متعارف نمی باشد کسی خانه را شش ماه اجاره نمی دهد خانه را یکساله اجاره می دهند معلوم اس تآن کسی که من شش ماهه اجاره دادم می شود منکر در نظر مرحوم سید در حالیکه عرف می گوید که این شخص دارد ادعا می کند یا نه هم شش ماهه متعارف است و هم یکساله اما قیمت قیمت اجرة المثل یکسال است این می گوید شش ماه به هزار دینار اجاره دادم و آن می گوید یکساله به هزار

دینار اجاره دادی و قیمت سوقیه این خانه یکساله هزار دینار است و در اینجا اقل مدعی است. اما در عرفی خانه را شش ماهه اجاره می دهد در اینجا مستأجر مدعی است بالعکس است. اینها واحد نمی باشد تعیین مدعی و منکر و تداعی و ادعاء و انکار با عرف بود و به حسب عرف مختلف می شود. مرحوم سید می گوید که منکر قولش موافق با اصل است این طور نمی باشد که مدعی و منکر را با اصل شرعی بسنجند. لذا تارة مدعی اقل می شود مدعی و تارة مدعی اقل می شود منکر.

در نظر ما در مقام قضاء فقهی به اصل عملی نمی توان قضاوت کرد ما سه مقام داریم: مقام قضاء و مقام افتاء و مقام عمل در مقام قضاء و در مقام افتاء نمی توان به اصل عملی تمسک کرد و اصل عملی فقط متعلق به مقام عمل است.

لذا در قضاء فقهی نمی توان به کلیت چیزی گفت ممکن است در یک نوع نزاع در یک عرف زید مدعی باشد و در همان نزاع در عرف دیگر زید منکر باشد. ما در قضاء عرفی تعیین منکر و مدعی را به عرف واگذار کردیم لذا بر حسب عرف و شرائط و اماکن اینها متفاوت می باشد.

مسألة ۴: إذا تنازعا في رد العين المستأجرة

قدم قول المالك.

اگر جناب مالک و مستأجر در رد عین نزاع ردن مثلاً جناب زید ماشین را کرایه داده به عمرو و عمرو می گوید که ماشین را به تو برگرداندم و زید می گوید که بر نگرداندی، مرحوم سید

می فرمایند که قول منکر رد مقدم می شود چرا که مستأجر مدعی رد است و مالک منکر رد است و قولش موافق اصل است اصل استصحاب چون رد از حوادث است نمی دانیم رد حادث شد یا خیر و استصحاب می گوید حادث نشد، لذا قول او با یمین مقدم می شود. قاضی همیشه یا بعد از بینه یا بعد از یمین حکم می کند.

این را دیروز گفتیم برای قضاء ضوابط و شرائطی است چه رد قاضی و چه در قضاوت قاضی تارة این ضوابط را می گوئیم شرعی و تارة می گوئیم فقهی است ضوابط شرعی ضوابط شرعی یعنی ضوابط و شرائطی که شارع قرار داده است و مراد از فقهی یعنی ضوابطی که فقهاء از ادله و کتاب و سنت استنباط کرده اند لذا هر زمان که ما می گوئیم شرعی همان فقهی مراد ما است یعنی طبق اصول و قواعدی که در قضاء پذیرفته شده است مثلاً بینه علی المدعی است این مورد اتفاق است یا یمین برای منکر است این هم اتفاق است^۱ اما اینکه منکر و مدعی کیست این مورد اتفاق نمی باشد و در نظر ما معیار عرف است بعد در این مثال گاهی اوقات عرف جناب مالک را مدعی می بیند همینجا که انکار رد می کند و گاهی اوقات عرف قول کسی را که می گوید رد کردم آ» را مدعی می بیند هر کدام را عرف مشخص کرد که او مدعی و منکر است به قول عرف اخذ می کنیم و این به لحاظ عرف فرق می کند فرض کنید به عنوان مثال پنج سال گذشته است و بعد می آید ادعا می کند که کتاب اجاره کردی را نیاوردی بدهی این قولش خلاف ظاهر اس تو در این مدت چیزی نگفته است و در اینجا مالک مدعی است و مستأجر منکر است در عرف ما اینطور است امکان دارد در بعضی عرفها مالک قولش اهمیت ویژه ای دارد و در بعضی اعراف قول مستأجر اهمیت ویژه ای دارد چرا که ما از اعراف که خبر نداریم. در این مثال پنج سال در عرف ما مالک مدعی است و مستأجر منکر است. کلاً در نزاع بین دو نفر از دو حالت خارج نمی باشد یا دعوا است یا از باب تداعی است قواعد و ضوابط

^۱ البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه این سند خوبی دارد و گفته شده است که تنها روایتی است که متواتر است. (اس مد)

فقهی در باب قضاء این است قاضی از مدعی بینه می خواهد که اگر بینه آورد قولش ثابت می شود و اگر بینه نیاورد از منکر یمین می خواهد اگر قسم خورد قول او ثابت می شود و اگر قسم نخورد ارجاع به مدعی می کند در قسم اگر قسم خورد قول او مقدم می شود و اگر قسم نخورد دعوا تمام می شود اما در باب تداعی هر کدام که بینه آورد قول او مقدم می شود اما باید یک قسم هم بخورد در رد ادعای طرف مقابل.

مسألة ۵: إذا ادعى الصائغ^۱ أو الملاح^۲ أو المكارى^۳

تلف المتاع من غير تعد و لا تفريط

و أنكر المالك التلف أو ادعى التفريط أو التعدي قدم قولهم مع اليمين على الأقوى.

مرحوم سید سه مثال زده اند. شخصی رفته است پیش طلا فروش طلائی داده است که برای من النگو بساز بعد که می رود پیش طلا فروش طلا فروش می گوید تلف شد یکبار می گوید که دزد برد می دانید که جناب اجیر امین است اگر مالی تحت یدش بدون افراط و تفريط تلف شود ضامن نمی شود و جناب مستأجر می گوئید که دروغ می گویی و طلا پیش خودتان است. و نزاع خود را پیش قاضی می برند. یا اینکه جناب زرگر می گوید که طلا شما دزد برد و مستأجر هم قبول می کند که دزد برد اما می گوید که تو کوتاهی کردی اگر درب مغازه را محکم بسته بودی دزد نمی برد. می دانید که اگر کوتاهی کرده باشد امین ضامن است. زرگر می گوید

^۱ زرگر.

^۲ کشتی بان. اجیر شده است برای جا به جایی اموال در دریا.

^۳ کسی است که اجیر می شود برای جابه جا کردن اموال اسب و شتر و قاطر داشت برای جا به جایی اموال مردم.

که من کوتاهی نکردم و آن مقداری که عرفا نیاز است و متعارف است را من انجام دادم. دو مثال دیگر هم سید می زند و در این سه می گویند که به قول اجیر اخذ می شود وقتی می گوید که دزد برد به قول او اخذ می شود چرا که یدش امانی است قولش موافق با امانت است وقتی او ادعا می کند که کوتاهی نشده است قول او موافق اصل است و لذا قول او مقدم می شود. اجیر در باب اعمال با ماجر در باب اعیان یکی است. مالک همان مستأجر است.

فرق بین تعدی و تفریط تفریط کوتاهی است. تعدی تعدی کردن از مورد است مثلاً کسی ماشینی را اجاره می کند که به تهران رود تفریط می کند یعنی شب کنار خیابان می گذارد به جای اینکه به پارکینگ بگذارد. تعدی از مورد اجاره تعدی می کند به جای اینکه به تهران برود به اصفهان می رود و در این اثناء هم در نگهداری تفریط نمی کند و دزد گیرا می زند و قفل می زند. در همین زرگر تعدی به این است که اجیر شده است که خودش بسازد و به همکارش می دهد که بسازد و دزد به مغازه همکارش می زند و طلا را می برد تفریط به این است که کوتاهی کرده است و شب که بیرون می رود باید دزدگیر را روشن کند یا چراغ را باید روشن بگذارد اگر این کار را نکند تفریط کرده است.

علی الاقوی اشاره به شبهه ای است چرا که قول این مستأجر هم مطابق اصل است و می گوید تلف نشده است و استصحاب می گوید تلف نشده است با این وجود چون یدش امانی است ایشان تشخیص می دهد که اینها منکر می باشند و مستأجر مدعی است.

این مسئله هم روایات عدیده در موردش وارد شده است و هم بحث قاعده شده است که مقتضای قاعده و اصل کدام مدعی و منکر می باشد.

اما به جهت روایات خیلی روایاتش متعارض است:

چهار دسته ما روایات داریم:

یک دسته از روایات می گوید جناب اجیر ضامن است مطلقاً در هر حالتی.

یک دسته از روایات می گوید جناب اجیر ضامن نمی باشد مطلقا.

یک دسته می گوید که باید دید که جناب اجیر متهم است یا خیر اگر متهم است قول او مقدم نمی شود اما اگر متهم نمی باشد قول او مقدم می شود. متهم را معنا کردیم یعنی قرائن ظنیه بر کذبش موجود است اگر یک قرائن ظنیه بر کذبش موجود است این ضامن می باشد و الا ضامن نمی باشد.

یک دسته از روایات می گوید که استحلاف کن قسمش بده اگر قسم خورد ضامن نمی باشد و اگر قسم نخورد ضامن است.

مرحوم صاحب جواهر می گوید وقتی این روایات را می بیند جزم پیدا می کند که این روایات تقیه ای نبوده است اگر تقیه نبوده است چرا که این اختلاف است چرا که خود علمای اهل سنت اختلاف داشتند شدیداً لذا این روایات هم متناسب با اختلاف اینها تقیتاً مختلف شده است. ایشان گفته است برای یک فقیه جزم حاصل می شود که این روایات تقیه ای است یعنی امام خودش تقیه کرده است و با توجه به اختلاف اهل سنت ائمه هم متناسب با جواب آنها جواب داده اند دیده اند قول چه کسی مطرح است طبق قول او جواب داده اند. بعد علمای ما از چهار دسته روایات اعراض کرده اند و رفته اند سراغ قواعد باب قضاء و طبق قواعد تشخیص داده اند که چه کسی مدعی و چه کسی منکر است. لذا روایات را بررسی نمی کنیم و اگر کسی خواست روایات را ببیند به کتاب جواهر مراجعه کند.^۱

کلام ایشان را تأیید مطلب آوردیم بر این که این روایات خیلی اختلاف دارند و نمی توانند قابل استناد باشند.

^۱ جواهر ج ۲۷ ص ۳۴۴

بعضی از فقهاء هم خیلی خود را به زحمت انداختند که بین این روایات جمع کنند و سعی کرده اند که اثبات کنند که مورد این روایات فرق می کند. دائما توجیه کرده اند زحمتی کشیده اند که نیاز نبوده است. مضاف بر اینکه بعضی در دلالت روشن نمی باشند و اضطراب متنی دارد لذا رجوع به قواعد باب قضاء می کنیم.

کدام یکی منکر است و کدام مدعی است یا باب تداعی است؟ ما عرفی شدیم به دو حیث فرق گذاشتیم:

یکی به لحاظ مورد نزاع فرق گذاشتیم گاهی اوقات قرائن و شواهد بر این جهت اس تکه دروغ می گوید سرقت خلاف متعارف است که کسی بیاید از این مغازه سرقت کند کار دزدان حرفه ای هم نمی باشد که بتواند این گاو صندوق را باز کند مگر کسی که خریط دزدی باشند مثلا در شهرستان کار کسی نمی باشد که وارد مغازه شود یا درب گاو صندوق را باز کند خوب معلوم است که کسی که ادعا می کند که دزدی شده است آن مدعی است.

و همچنین اختلاف بر اعراف است در بعضی عرفها وظیفه جناب اجیر را خیلی سنگین می گیرند و در بعضی عرفها نسبت به اجیر تسامح دارند پس اینکه کدام مدعی و کدام منکر هر دو مدعی یا یکی مدعی رجوع به عرف می کنیم هم به لحاظ مورد و هم به لحاظ عرف فرق می کند. بله ید اجیر امانی است اما تا چه مقدار امانی است؟ بعضی اوقات نسبت به آتش سوزی یدش امانی است اما نسبت به سرقت امانی نمی باشد یعنی امکانات طوری است که می تواند جلوی سرقت را بگیرد مثلا در جاهایی که گاو صندوقهایی است که به طور عادی نمی شود آن را سرقت کند یعنی نسبت به سرقت دیگر یدش امانی نمی باشد یعنی الغاء احترام نشده است این ها را قبلا گفتیم ید امانی یدی است که الغاء احترام شده از مال در تحت ید او تارة نسبت به سرقت الغاء احترام نشده است نسبی است. لذا نسبت به مورد و عرف متفاوت است به لحاظ آن عرف فو مورد است که قاضی می بیند که کدام از این دو نفر مدعی و کدام

منکر است. اینطور نمی باشد که هر جا امانی باشد منکر است خیر امکان دارد شواهر و قرائن به نفع مستأجر باشد که او را منکر کند. لذا ما اگر بخواهیم بر اساس ضوابط فقهی حکم کنیم نمی توانیم چیزی بگوییم مورد با مورد عرف با عرف متفاوت است اگر در عرفی عرف مشخص کند این مدعی است مدعی باید بینه بیاورد و اگر بینه نیاورد مقابل می شود منکر و اگر قسم خورد قول او مقدم می شود. گفتیم این اصول شرعی اصلاً به درد استصحاب نمی خورد برائت شرعی و استصحاب مال مقام عمل است این اصول اموری نمی باشند که قاضی به وسیله آنها بتواند مدعی و منکر را تشخیص دهد.

مراد از عرف، عرفی است که این واقعه در آن عرف اتفاق افتاده است لذا اگر این نزاع در تهران اتفاق افتاده است رجوع به عرف تبریز نمی کنیم. این را هم گفتیم گاهی اوقات آن قدر شواهد و قرائن آنقدر زیاد است که توسط آن می توان مدعی و منکر را تشخیص داد. یعنی اینطور نیم باشد که این آقایان فکر کرده اند که دو نفر می روند پیش قاضی و یکی مدعی شده است که سرقت شده است و آن می گوید که سرقت نشده است اینطور نمی باشد که قاضی به چشم اینها نگاه کند و با اصول بگوید که این منکر است و این مدعی هزاران شواهد و قرائن را جمع می کند و توسط آن تجمیع قرائن و شواهد و با توجه به شواهد و قرائن موجود است که عرف می گوید که این مدعی است و این منکر اینها فکر کرده اند که قاضی فقط به حرفهای اینها گوش می دهد و بعد در ذهن خود محاسبه می کند بلکه سوال می کند به قرائن و شواهد نگاه می کند و با تجمیع قرائن می بنید که عرف به کدام منکر می کند و به کدام مدعی می گوید. در اجاره بر اعیان هم اینطور است و ید مستأجر در اجاره بر اعیان امانی است ملاک اینها در امانیت سیره است نه روایت.

مسألة ٦: يكره تضمين الأجير في مورد ضمانه

من قيام البينة على إتلافه

أو تفريطه في الحفظ أو تعدّيه أو نكوله عن اليمين أو نحو ذلك.

مرحوم سيد می فرمایند که اگر اجیر در اثر کوتاهی یا تعدی ضامن شد مثل اینکه ما لباسی را دادیم که تطهیر کند یا فرش دادیم بشوید در اثر کوتاهی فرش معدوم یا معیوب شد می فرمایند که تضمین و اخذ خسارت مکروه است اگر وظیفه است که خسارت را عند المطالبه بدهد اگر ما بخواهیم این غرامت را قبول کنیم، مکروه است.

مراد از تضمین اخذ بدل و اخذ خسارت و غرامت است.

تفريطه: مثل اینکه باید در شب درب تعمیرگاه را می بست اما نبست.

تعدیه: تفريط مثل اینکه کوتاهی کرد و تعدی مثل اینکه ماشین را دادیم تعمیر کند با ماشین جایی رفته است و تصادف کرده است و لو در این تصادف مقصر نبوده است.

نکول عن اليمين: مثل اینکه ما رفتیم پیش قاضی و لکن اجیر انکار تقصیر می کند و قاضی می گوید که قسم بخور و قسم هم نمی خورد و بعد از قسم نخوردن قاضی حکم به تضمین می کند.

نحو ذلك: مثل اقرار یعنی بینه و نکولی در کار نمی باشد بلکه خودش اقرار می کند که من مال را تلف کردم یا در حفظ مال تفريط یا تعدی کردم.

اما البحث عن المتن:

نکته اول این است که مرحوم سید فرمودند تضمین مکروه است تضمین ضامن شدن یا ضامن بودن، کار مستأجر نمی باشد اجیر اگر تلف کند، تعدی کند اتوماتیک و قهرا ضامن می شود اینطور نمی باشد که جناب مستأجر تضمینش کند لذا تضمین را به معنای اخذ الخسارة و الغرامة معنا کرده اند والا ضمان دست ما نمی باشد. تضمین کار متسأجر نمی باشد بلکه قهرا ضامن می شود.

نکته دیگر:

پس اینطور فهمیده اند مراد از تضمین اخذ الخسارة و الغرامة است یکبار ما اخذ می کنیم غرامت را، یکبار قبول نمی کنیم خسارت را اما اگر قبول نکردیم معنایش این نمی باشد که ذمه اش بری می شود، خیر چرا که گفتیم وقتی این ذمه ما ملک دیگری شد، کی این ذمه بری و پاک می شود؟ ذمه در صورتی پاک می شود که یا باید ابراء کند یا من باید اداء کنم کی اداء ما فی الذمه واجب است؟ وقتی مطالبه کرد و اگر مطالبه نکرد واجب نمی باشد اداء اگر ابراء نکرد و مطالبه هم نکرد در ذمه باقی می ماند و وقتی مُرد بر ورثه واجب است که اداء کند و شخص داین می تواند بگوید از ورثه می گیرم یا نمی گیرم. ما فی الذمه به ورثه منتقل نمی شود بلکه به نحو کلی در معین در ملک میته باقی می ماند که نتیجه این می شود که ورثه نمی توانند در تمام اموال تصرف کنند. مثل اینکه زید کتابش در خانه ما است زید مطالبه نکرده است اما راضی به تصرف در کتاب هم نمی باشد ما نمی توانیم در این کتاب تصرف کنیم.

نکته اینجا این است که در اینجا که سید فرموده است که تضمین جناب مالک مکروه است با توجه به روایتی که خواهیم گفت -اگر قبول کنیم که دلالت بر کراهت می کند- عرفا خیلی دور از ذهن است که مراد این باشد که قبول کراهت داشته باشد در عین حال ذمه اش

کما کان مشغول باشد، خیر فهم عرفی این است که مستحب این است که ذمه اش را بریء کنیم. چرا که در این صورت مشکلاتش زیاد است و احسان نمی باشد.

نکته چهارم:

مرحوم سید فرمودند: «من قیام البینه علی اتلافه^۱» دقت کنید یک بحث ثبوت و یک بحث اثبات است سید دیگر وارد اثبات نمی بایست شود. من قیام البینه مربوط به تضمین نمی باشد بلکه مربوط به اثبات ضمان است و اینها به هم ربطی ندارد چرا که ممکن است اثبات باشد و ثبوتی نباشد و بالعکس.

ایشان فرمودند یکی از موارد ضمان، قیام البینه است در حالیکه این از موارد ضمان نمی باشد. آنچه مکروه و مستحب است مقام ثبوت است نه مقام اثبات. ظاهر کلام سید این است که یکی از موارد ضمان قیام البینه است در حالیکه یکی از موارد اثبات ضمان است امکان دارد ضمان باشد و بینه ای نباشد یا بینه ای باشد و ضمانی نباشد.

نگوید مربوط به قضاء است چرا که بینه متعلق به قضاء نمی باشد چرا که شبهه موضوعیه است و در شبهات موضوعیه در حجیت خبر واحد توقف کرده اند.

فی مورد ضمانه متعلق به عالم ثبوت است و قیام البینه مربوط به مقام اثبات است.

نحو ذلک رویت و اقرار را شامل می شود و یکی هم شیاع است بنابر اینکه شیاع در موضوعات حجت باشد مشهور بین مردم این است که اجیر کوتاهی کرده است.

لذا این متن این قصور را دارد.

^۱ مسألة ۶: یکره تضمین الأجیر فی مورد ضمانه من قیام البینه علی إتلافه أو تفریطه فی الحفظ أو تعدیه أو نکوله عن الیمین أو نحو ذلک.

اما شرح المسئلة:

ظاهرش این است که اگر شخص اجیر ضامن شد، مکروه است که ما اخذ خسارت کنیم یا مستحب است که ابراء کنیم.

دلیل المسئلة: روایت حذیفة بن منصور.

دلیل این استحباب یا کراهت چه می باشد؟ دلایل تنها یک روایت است. روایت حذیفة بن منصور:

۱-۲۴۳۵۱-۱۲ وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ الْحُسَيْنِ اللَّؤْلُؤِيِّ عَنِ ابْنِ سِنَانٍ عَنْ حَذِيفَةَ بْنِ مَنْصُورٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَحْمِلُ الْمَتَاعَ^۲ بِالْأَجْرِ^۳ فَيُضِيعُ الْمَتَاعَ فَتَطِيبُ نَفْسُهُ أَنْ يَغْرَمَهُ لِأَهْلِهِ^۴ أَوْ يَأْخُذُوهُ قَالَ فَقَالَ لِي أَمِينٌ هُوَ قُلْتُ نَعَمْ قَالَ فَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ شَيْئًا.

وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ نَحْوَهُ^۵.

ظهور «فلا يأخذ منه شيئاً» ظهورش در حرمت است اما احتمالش نمی باشد که این حرام باشد چرا که خودش طیب نفس دارد و حتی اگر بخواهد همینطور به شما بدهد مشکلی ندارد الان که غرامت و خسارت می خواهد بدهد احتمال نمی دهیم حرام باشد.

^۱ (۳) - التهذيب ۷ - ۲۲۲ - ۹۷۵.

^۲ مراد حمال است اجیر شده است بر حمل متاع.

^۳ یعنی مجانی و تبری انجام نمی دهد.

^۴ المتاع.

^۵ (۴) - التهذيب ۷ - ۱۲۹ - ۵۶۵.

^۶ وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۵۲ ، شيخ حر عاملی ، محمد بن حسن ، وسائل الشيعة - قم ، چاپ: اول ، ۱۴۰۹ ق.

این مستند این فتوا.

مناقشتان:

گفته شده است که این روایت به هیچ وجه دلالتی بر این کراهت ندارد و نمی تواند مستند این کراهت باشد چرا که این روایت هم از حیث سند مخدوش است و هم از حیث دلالت.

مناقشة سندية بجهتان:

به دو جهت این روایت سنداً مشکل دارد:

الجهة الأولى: أن في الرواية «حسن بن حسين اللؤلؤي» له توثيق و عليه تضعيف.

جهت اول: این روایت سنداً ضعیف است چرا؟ چون در سند دو نفر هستند یکی «حسن بن حسین لولوی» هم توثیق دارد و هم تضعیف دارد بنابراین وثاقتش ثابت نمی شود.

الجهة الثانية: أن فيها «محمد بن سنان» الذي ذو تضعيف و توثيق.

جهت دوم: در سند محمد بن سنان است. محمد بن سنان از رواة كثير الرواية است و حدود ۸۰۰ روایت دارد که هم توثیق خوب و هم تضعیف تند دارد لذا علماء ما در وثاقت و عدم وثاقت آن اختلاف دارند. دقت کنید ما یک عبد الله بن سنان داریم که از اصحاب امام صادق^ع که وثاقتش ثابت است و یک «محمد بن سنان» داریم که از اصحاب امام رضا^ع است که در این شخص اختلاف است: بعضی گفته اند: رجل ثقه و بعضی گفته اند رجل ضعيف و بعضی گفته اند نحن متوقفون مثل مرحوم مجلسی.

بنبغي الإشارة إلى نکات في «محمد بن سنان»:

نکاتی در مورد ایشان:

نکته اول: با توجه به اقوال وثاقت این شخص برای من ثابت نمی باشد لذا روایاتش حجت نمی باشد.

نکته دوم: پاره ای از علماء گفته اند که ما در ابن سنان متوقفیم که نه می گوئیم ثقه است و نه می گوئیم ضعیف است این توقف در رجال غیر توقف در فتوا است مثلا اگر مرجعی گفت که مثلا در باب حلق لویه متوقف هستم و نه فتوا به تکلیف که حرمت است، می دهم و نه به عدم تکلیف که حلیت است عامی نمی تواند رجوع کند به این شخص چرا که فتوای فقیه است که بر عامی حجت است و این شخص فتوایی ندارد سالبه به انتفاء موضوع است یا باید احتیاط کند یا باید سراغ مجتهدی برود که فتوای به حلیت می دهد.

توقف در رجال با قول به ضعف یکی است یعنی کسی که می گوید که بن سنان ضعیف است قول او حجت نمی باشد و کسی هم که توقف می کند در نزد او هم، قول او حجت نمی باشد واقعا. نه اینکه نمی داند حجت است یا خیر، واقعا حجت نمی باشد.

لذا روایت ابن سنان نه برای قائل به ضعف حجت است و نه برای متوقف لذا روایات ایشان فقط برای قائل به وثاقت حجت است اگر در واقع ثقه باشد قبلا گفتیم خبر ثقه در جایی حجت که اولاً شخص فی الواقع ثقه باشد و ثانیاً من این وثاقت را احراز کنم حتی اگر ثقه باشد فی الواقع و لکن علم به عدم وثاقت داشته باشم واقعا قول او حجت نمی باشد.

نکته سوم این است که برای وثاقت ایشان وجوهی ذکر شده است فقط به یک وجه اشاره می کنیم.

گفته شده است اجلاء و معاریف از ایشان نقل روایت زیاد کرده اند و از کثرة روایات اجلاء از ایشان در کتب اربعه که حدود ۸۰۰ روایت است یعنی مثل مرحوم کلینی و شیخ و

صدوق این همه روایت از او نقل کرده اند، از این ما می توانیم وثاقت این شخص و حجیت قول او را استفاده کنیم.

ما فقط می خواهیم این وجه را مخدوش کنیم. دقت کنید این وجه دو تقریب دارد که کاملاً جدا می باشند که از این وجه وثاقت محمد بن سنان را استفاده کنیم:

تقریب اول:

کسی بگوید از این کثرت روایات مشاهیر و معاریف از ایشان برای ما اطمینان به وثاقت حاصل می شود این مبتنی بر حجیت اطمینان است که حجیت اطمینان در نزد مشهور ثابت است.

اشکال اول:

این اطمینان حاصل نمی شود برای من.

اشکال دوم:

ثانیا اگر اطمینان حاصل شود این اطمینان شخصی است نه نوعی که اطمینان شخصی نه خودش و نه مبدأش حجت نمی باشد. و شاهد ما بر شخصی بودن این است که اکثر علماء این اطمینان برای آنها حاصل نشده است.

اصلاً فهم ما از نوعی و شخصی بودن اطمینان این است که رجوع به کثیر می کنیم.

اصلاً مراد از اطمینان نوعی و تعریف این است که اگر منشأ برای اکثر اقامه شود موجب اطمینان کثیر می شود.

این نوعی و شخصی را قبلی ها نگفته اند و ما گفتیم لذا مشهور اطمینان مطلقاً حجت دانسته اند.

اصولاً موجهیت از اینجا می آید که برای کثیر ایجاد اطمینان شود.

این یک تقریب.

تقریب دوم:

تقریب دوم این است که از اینکه اجلاء از این روایت نقل کرده اند معلوم می شود که که در نزد اجلاء این شخص ثقه ای بوده است ما نمی دانیم ثقه است اینکه مرحوم کلینی یا مرحوم شیخ این حجم از روایات را نقل می کند که در آن محمد بن سنان است، از این معلوم می شود این شخص در نزد اینها ثقه بوده است یعنی اینها اعتقاد به وثاقت این فرد داشته اند. این تقریب کاملاً با تقریب اول فرق می کند و با هم اشتباه می شود کثیراً.

مناقشة:

بله ما قائلیم که مرحوم کلینی اعتقاد به وثاقت ایشان داشته است و ظهور در این دارد اما اعتقاد کلینی به درد ما نمی خورد بلکه قول مرحوم کلینی به درد ما می خورد و برای من حجت است مثل سهل بن زیاد مرحوم کلینی نزدیک به دو هزار روایت از ایشان نقل کرده است این نهایتاً نشان می دهد بر اعتقاد مرحوم کلینی بر وثاقت این شخص خوب شهادت کلینی به درد من می خورد نه اعتقاد مرحوم کلینی. و ضمن اینکه عمل شخص و مرحوم کلینی شهادت عملی نمی باشد لذا اگر بررسی که شهادت به وثاقت می دهی ممکن است بگوید نه چون گفتن مسئولیت می آورد به خلاف عمل.

مرحوم خوئی به روایات محمد سنان اعتماد نمی کند البته ایشان در رجال متعرض این مطلب نشده است اما در یک استفتائی از ایشان سوال کرده اند که اگر مجتهد رأی داشته باشد اما فتوا نداشته باشد آیا رأی او حجت است؟ ایشان فرمودند خیر رأی مجتهد حجت نمی باشد، آنچه که حجت است فتوای مجتهد است. خوب از این کلام ایشان فهمیده می شود که ایشان هم قائل به این مطلب بوده اند حال یا قبلاً متفطن این مطلب بودند یا هنگام سوال متنبه شده است و این را فرموده است.

حتی مرحوم آقای صدر هم متعرض نشده است و اگر متعرض می شده است ما قائلیم که در ارتکاز علماء بوده است که عقائد و آراء هیچ شخصی بر دیگری حجت نمی باشد. اقوال حجت است و آرائی که از خبرویت باشد نه آراء بدون اظهار و افتاء.

مناقشة دلالية:

آیا روایت دلالتی دارد یا خیر؟

این روایت دلالتی بر این کراهت ندارد. چرا؟

اولا: الرواية في أجير ليس له تقصير و هو خارج عن محل النزاع.

در این روایت دارد که: «...عن الرجل يحمل المتاع بالاجر ... فتطيب نفسه يغرمه». دوست دارد غرامت دهد. امام ۸ فرمودند: آیا شخص اجیر امین است؟ گفتم بله و بعد فرمودند: از او چیزی نگیر. ظاهر این عبارت این است که اجیر افراط و تفریطی نکرده است و چون دیده است غرامتی وارد شده است می خواهد این غرامت را بدهد این از محل بحث خارج است چرا که بحث ما در جایی است که اجیر مقصر بوده است و افراط و تفریط کرده بوده است. این سوال امام ۸ از امانت شخص، ظاهرش این بوده است که می خواسته است ببیند که افراط یا تفریط کرده است یا خیر. اجیر کلاً امین است و دیگر سوال کردن ندارد لذا این سوال امام ۸ کنایه از این است که آیا به امانت عمل کرده است یا خیر. یعنی تفریط و افراط کرده است یا خیر که راوی جواب می دهد خیر.

ثانیا: أن الأمر و الإرشاد إلى أمور یحتمل أن یكون أمرا اخلاقیا، لا یستظهر منه المطلوبية الشرعية.

ما گفتیم گاهی اوقات کرداری و رفتاری در یک زمانی شایسته نمی باشد اگر امام ۸ از آن رفتار نهی کردند از آن حکم شرعی را نمی توان استفاده کرد مثلا فرض کنید در زمان ائمه % نوعا اجیرها افراط و تفریط نمی کنند یا نوعا افراد بیچاره و فقیری بودند یا اگر قرار باشد که وقتی اینها خسارتی وارد می کنند، غرامتی گرفته شود این خودش یک نحو اخلال در رابطه اجیر و مستأجر است لذا امام ۸ فرمودند که اخذ غرامت کراهت دارد. از این نمی توان استفاده کرد که اخذ غرامت، کراهت دارد چون خیلی از موارد اخلاقی مثلا در روایت داریم شخص سواره به پیاده سلام کند این معنایش این نمی باشد که در اینجا سلام کردم مطلوبیت شرعی دارد یک نکته اخلاقی و تواضع است امام ۸ اگر توصیه و سفارش فرموده اند توصیه و ارشاد به یک امر اخلاقی بوده است یک امر تأدیبی است این خصوصیات ها باعث می شود که ما نتوانیم استظهار یک حکم شرعی کنیم نمی خواهیم بگویی منافات دارد، خیر قائلیم این موارد استظهار را جلویش را می بندد مثلا امام ۸ فرمودند که زیاد آب مصرف نکنید مثلا اسراف اخلاقا کار خوبی نمی باشد و اعتدال شایسته است اما آیا شارع به این امر سفارش کرده است؟ معلوم نمی باشد. این جلوی ظهور را می گیرد صرف یک امر اخلاقی یا اجتماعی را توصیه نمودند نمی توان یک امر شرعی را استفاده کنیم.

ان قلت:

تلقی اصحاب حکم شرعی بوده است در عین حال ائمه % نهی نمی کردند که اینها را ننویسید در حالیکه اگر حکم شرعی در کار نبوده است، باید نهی می کردند لذا از این فرمایشات حکم شرعی استظهار می شود.

قلت:

نهی و جلوگیری لازم نمی باشد. بلکه با بیان ما خیلی از روایات اخلاقی و اجتماعی کنار رفته و از آنها نمی توانیم حکم شرعی استظهار کنیم مگر ظهور و عبارتی باشد که دال بر مطلوبیت شارع دارد و این هم اشکالی ندارد ضمن اینکه امر معصوم^۸ باعث می شود که اثر در نفس باشد.

ان قلت:

اینکه تلقی اصحاب ائمه % حکم شرعی بوده است و در عین حال ایشان کرده اند، سکوت ائمه % امضاء است.

قلت:

اولا ما نمی دانیم تلقی اصحاب چه بوده است و ثانیا اکثر روایات ما در مورد حکم شرعی نمی باشد.

ضمن این که این سکوت امام^۸ مفید بوده است و مضر نبوده است. اینطور کلی از صفات اخلاقی شکل می گرفته است. همینکه احتمال دهیم این صفات در آن زمان اخلاقی بوده است کفایت می کند که دیگر روایات ظهوری در مطلوبیت شرعی نداشته باشد. حتی اگر فکر می کردند اصحاب که این مطلوب شرعی است، باز سکوت مشکلی نمی باشد نسبت دادن به شریعت اگر امری مفید باشد مشکلی ندارد اگر امر قبیح یا مضر را به شریعت نسبت دهیم مشکل دارد و این هم بدعت نمی باشد چرا که اعتقاد به مطلوبیت و شرعی بودن آن داشتند و نسبت می دادند و این هم بدعت نیست و اشکالی ندارد. ضمن اینکه فقهاء هم عامی را خیلی سفارش می کنند اما معنایش نمی باشد که مطلوب شرعی است. مثلا اگر امام^۸ سفارش به نظافت قبل از غذا کردند نمی توان استظهار حکم شرعی کرد.

ثالثاً:

نکته سوم که نکته مهمی است این است که بسیاری از افعال که امام ۸ به آن امر و نهی می کند بلکه امکان دارد که شارع در آنجا طلبی داشته باشد اما به این عنوان نه بلکه به عنوانی که این فرد آن عنوان است مثلاً این مصداق احسان است فرض کنید احسان در شریعت مستحب است امام ۸ فرمودند که از او پول نگیر از باب احسان این دیگر ثابت نمی شود که پول نگرفتن مستحب است. امام ۸ این را تطبیق کرده اند لازم نمی باشد که امام ۸ بفرمایند که پول نگیر و این پول نگرفتن مصداق احسان است شاید در شریعت اگر نهی کرده است از سرقت اصلاً سرقت به ما هی در شریعت حرام نباشد آنکه حرام است ظلم است اما نهی شده است از سرقت و غیبت و احتمال دهیم حرمت سرقت از باب ظلم است نه از باب حرمت سرقت و امام ۸ تطبیق کرده است لذا این کثرت عناوینی را که فقهاء درست کرده اند بر اساس استظهار است که مثلاً در روایت آمده است کسی که غصب کند فلان عذاب را دارد بلکه مشخص می شود که این فعل حرام است اما بما هی حرام است یا از باب این است که مصداق ظلم است، این دیگر معلوم نمی باشد. البته اینطور نمی باشد که همه عناوین را به یک عنوان برگردانیم شرب خمر، دیگر ظلم نمی باشد اما خیلی از این کثرت عناوینی که فقهاء درست کرده اند ممکن است از باب مصداق یک عنوان دیگر به آنها امر شده است یا از آنها نهی شده است نه اینکه خود این عناوین به عنوان یک امر مستقلاً مطلوبیت شرعی داشته باشد.

لذا این هم نکته ای است که فقهاء دیده اند که امام ۸ یک عنوانی را نهی کرد است آمده اند و آن عنوان را در واجبات یا محرمات و مستحبات و مکروهات قرار داده اند در حالیکه امکان دارد که نهی امام ۸ از این باب باشد که تطبیق کرده اند چون آن منهی عنه یکی از مصادیق عناوین محرمه بوده است نه اینکه یک عنوان مستقل از محرمات است لذا در این حال دیگر ظهوری در عنوان مستقل ندارد. مثلاً می گوید به همسایه غذا دهید نه اینکه غذا دادن به

همسایه مستحب است، بلکه شاید از باب این امر کرده است که این عمل از موارد احسان است. البته لازم نمی باشد که امام ۸ در بیان بفرمایند که این غصب حرام است چون از مصادیق ظلم است همینکه بفرمایند که غصب حرام است این تعبیر کاملاً عرفی است. امام ۸ نهی از غصب کرده اند، اما نه بما هو غصب بلکه بما هو ظلم نهی کرده است. این امری که گفتیم اگر احتمالش هم باشد کافی است برای اینکه ما نتوانیم استقلال در مطلوبیت شرعی را استظهار کنیم.

بله از این جهت که احسان است عدم اخذ غرامت مستحب است اما بما هو عدم اخذ غرامت مستحب باشد، معلوم نمی باشد.

حاصل بحث:

اینکه اخذ خسارت و غرامت مکروه باشد این دلیل ندارد و بر فرضی هم دلیل داشت مناسبت حکم و موضوع ترک اخذ غرامت نمی باشد بلکه ابراء است نه اینکه اخذ نشود و در ذمه باقی بماند.

نکته ی دیگری که در اینجا باقی می ماند این است که آیا می توانیم با توجه به تسامح در ادله سنن این کراهت تضمین را قائل شود؟ خیر چون قاعده تسامح می گوید خبر ضعیف در غیر تکالیف حجت است فرض این است که اشکال ما فقط سندی نبود بلکه دلالتی هم اشکال کردیم و گفتیم که این روایت دال بر استحباب یا کراهت اخذ غرامت نمی باشد. قاعده تسامح در جایی به درد می خورد که اشکال دلالتی نباشد و روایت دلالت داشته باشد. معنای این قاعده این است که خبر ضعیف در باب مستحبات حجت است. یعنی فقیه می تواند استنادا به این روایت ضعیف فتوا دهد به استحباب و کراهت. اما این مفروغ عنه باید باشد که این روایت دال بر استحباب و کراهت است.

البته مشهور این قاعده را قبول نکرده اند و گفته اند که در این باب مستحبات و مکروهات هم باید روایت معتبر باشد.

ان قلت:

این دستگاه معاملاتی آن زمان است و در این موارد ما تابع موفقیت و عدم موفقیت شارع در آن زمان می باشیم.

قلت:

مکروه و مستحب از تکالیف است نه از معاملات و آنچه را گفتیم در مورد احکام وضعی و غیر تکلیفی بوده است.

دقت کنید این روایت:

۲۴۳۲-۴-۱ وَ بِالْإِسْنَادِ عَنِ الْحَلِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع يُضَمِّنُ الْقَصَارَ وَ الصَّائِغَ اخْتِطَاطاً لِلنَّاسِ وَ كَانَ أَبِي يَتَطَوَّلُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مَأْمُونًا.

وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ مِثْلَهُ^۲.

این روایت دال نمی باشد چرا که ظهورش در این است که شرط ضمان کرده است، خوب ما هم قبول داریم و قبلاً هم گفتیم که اگر شرط ضمان بکند نافذ است و در این صورت حتی امین هم ضامن است. لذا به بحث ما ربطی ندارد.

۱ (۲) - الکافی ۵- ۲۴۲- ۳.

۲ (۳) - التهذيب ۷- ۲۲۰- ۹۶۲، والاستبصار ۳- ۱۳۳- ۴۷۸.

۳ وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۴۲، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

در اتلاف، متلف ضامن است حتی اگر در خواب تلف کند و در اتلاف اصلاً امین معنا ندارد اما در تلف اگر کوتاهی کند یا افراط کند ضامن است اما در غیر این صورت یعنی تلف غیر یا تلف سماوی در صورت تفریط یا تعدی ضامن است. ظاهر روایت حذیفة در تلف است چرا که امام ۸ فرمودند خسارت نگیرد و در اتلاف مناسبت ندارد که نگیرد مثل این است که ظالم را عفو کند دیگر عفو در این مورد احسان نمی باشد.

ضمن اینکه چون امانت در اتلاف معنا ندارد اینکه امام ۸ سوال از امین کرده اند، ظاهر در این است که روایت مربوط به تلف است نه اتلاف در اتلاف متلف ضامن است و امین و غیر امین معنا ندارد.

ضمن اینکه سائل سوال کرده است که «أ يأخذونه؟» این اشاره دارد که افراط و تفریط نکرده است و الا سوال کردن نداشت مشخص است که اگر افراط یا تفریط کند ضامن است و ضمن اینکه بحث اتلاف هم نبوده است چرا که باز سوال کردن نداشت.

نهایتاً اگر معلوم نشود که اعم است یا مربوط به تلف است، روایت می شود مجمل و نمی توان استفاده کراهت کرد.

هذا تمام الكلام في مسألة ٦.

مسألة ٧: إذا تنازعا في مقدار الأجرة

قدم قول المستأجر.

اگر اجیر و مستأجر یا مالک و مستأجر نزاع کنند در مقدار اجرت ایشان می گویند قول مستأجر مقدم می شود. مستأجر می گوید اجرت ۱۰ تومان بوده است و اجیر می گوید ۲۰ دینار

بوده است. مستأجر در اجاره اعیان می گوید که به ده دینار اجاره کردم و مالک می گوید به ۲۰ دینار اجاره دادم.

در اجاره همیشه مستأجر دهنده پول است و موجر گیرنده پول است و نزاع در جایی است که مستأجر مبلغ کمتری را بگوید و موجر مبلغ بیشتر را بگوید که سید می فرمایند در اینجا قول مستأجر مقدم می شود که همیشه قول مستأجر اقل است. هم در اجاره بر اعیان و هم در اجاره بر اعمال مستأجر اقل را می گوید.

دقت کنید در اجاره بر اعیان موجر همان مالک است و در اعمال موجر اجیر است همیشه در اجاره یک مستأجر و یک موجر داریم. مستأجر هم همیشه مقابل موجر است.

۱ لهذه المسئلة فرضان:

این مسئله دو فرض دارد:

الفرض الأول: رجعا إلى المجتهد للإستفتاء.

فرض اول این است که رجوع به مجتهد می کنند برای دانستن حکم شرعی و از مسئله شرعی سوال می کنند نه برای قضاوت. در اینجا طبیعتا مجتهد باید دو مسئله بگوید یک مسئله به مستأجر و یک مسئله به موجر:

به مستأجر می گوید که بر تو لازم نمی باشد بیش از ۱۰ دینار بدهی این واجب نمی باشد این وجوب ظاهری است چون فتوای مجتهد حکم ظاهری است یعنی اگر در واقع به ۲۰ دینار هم ذمه ات مشغول باشد، بر تو واجب نمی باشد نه اینکه ذمه ی تو بری می شود خیر یعنی اگر فی الواقع کمتر دادی معصیت نکردی چرا که عامی نسبت به زائد برائت از زائد دارد.

و به موجر می گوید که تو حق داری که اکثر را مطالبه کنی و می توانی اجبار و اکراه کنی که به تو ۲۰ دینار دهد. و اگر فرضاً ده دینار داد این مجتهد از کسانی است قائل به تقاص می باشد و می گوید می توانی از اموال نقد و غیر نقد او ۱۰ دینار برداری. فرض این است که موجر اعتقاد دارد که بر ۲۰ دینار عقد بسته اند. به جهت اینکه در اعتقاد موجر مستأجر مدیون به ۲۰ دینار است و ده دینار بیشتر هم نداده است این حکم را مجتهد در مورد او می دهد.

الفرض الثانی: رجعا إلیه للقضاة و فیه أيضا قسمان:

فرض دوم این است که دو طرف تخاصم می گویند که ما می خواهیم با هم مرافعه کنیم و وظیفه شرعی خود را نمی خواهیم. می خواهیم برای ما مجتهد قضاوت کند. سوال می کنند از حکم مرافعه می گویند ما دو تصمیم گرفتیم که مرافعه کنیم یعنی کسی بین ما دو نفر قضاوت کند نه اینکه مسئله بگوید خیر، حکم کند.

می رویم سراغ مجتهد فرض این است که یکبار مرافعه شرعی را می خواهند یعنی آن شخص قاضی و حگم بر اساس موازین شرعی بین این دو حکم کند لذا جناب مجتهد شرائطی را که در قضاء شرعی معتبر می داند به آنها می گوید مثلاً می گوید مراجعه به یک مجتهد مرد عادل کنید و از او بخواهید بین شما مرافعه شرعی کند. ممکن است که دو نفر بگویند که از تو می خواهیم قضاء شرعی کنی که مجتهد می تواند قبول کند یا نکند.

یکبار هم می گویند که می خواهیم بین ما قضاء عرفی شود. شرائط این مرافعه عرفی چه می باشد؟ این را هم باید فقیه بگوید چرا که حکم شرعی جواز قضاء عرفی را باید از مجتهد بپرسند. یعنی ما خواهیم به یک نفر مراجعه کنیم و او هم به رأی خودش حکم کند. این را بارها گفتیم قضاوت برای غیر واجد شرائط حرمتش تشریعی است نه ذاتی. لذا می توانند به یک نفر بگویند بیا بین ما به رأی خودت حکم کن که در اصطلاح به این شخص قاضی، «قاضی تحکیم» می گوئیم. مشهور هم این قاضی تحکیم را بحث کرده بودند اما بین قضاء شرعی و

عرفی تفکیک نکرده بودند. در ارتکاز آنها بوده است که بر اساس رأیش -نه موازین- حکم می کند. ما ها در قاضی تحکیم معتقدیم که اجتهاد و رجولیت و عدالت معتبر نمی باشد نزد هر کس که می خواهند بروند بروند و قضاوت کند هیچ مشکلی ندارد.

القسم الأول: أراد القضاء العرفي وفيه مسئلتان:

ابتدا قاضی تحکیم: در قاضی تحکیم^۱ می گوئیم اجتهاد و رجولیت و عدالت معتبر نمی باشد اما دو مسئله است:

المسئلة الأولى فيما وجب على القاضي: يجب عليه الحكم على رأيه لا خلافه.

مسئله اول این است که آیا قاضی تحکیم می تواند بر خلاف رأی خودش انشاء حکم کند مثلاً رأیش این بود که حق با زید است اما انشاء رأی کند که حق با عمرو است از نظر شرعی این کار بر او جایز است؟ بگوئید این کتاب ملک عمرو است با این که رأیش این است که ملک زید است. گفتیم قضاء به غیر اعتقاد و رأی مصداق ظلم است و جایز نمی باشد. چرا که این دو متخصص هم، در این مقدار به او حق داده بودند یعنی به او این حق را داده بودند که بر اساس رأی خود حکم کند.

المسئلة الثانية: فيما وجب على المتخصصين: يجب عليهما التمكن لوجوب

الوفاء بالعقد.

مسئله دوم: برویم سراغ این دو متخصص که پیش زید رفتند آیا اگر قاضی تحکیم در مورد این دو حکم کرد، اینها می توانند مخالفت کنند؟ در باب قضاء شرعی، قاضی شرع حکمش اماره

^۱ در نظر فقهاء یک قاضی منسوب داریم که حضرات معصومین% باید به خصوصه او را نسب برای قضاوت کرده باشد زمان امیر المومنین و امام حسن مجتبی^۳ بوده است و امکان دارد در زمان پیامبر اکرم^۹ هم بوده است. قاضی تحکیم که توافقی است. (ب ک اص اس مد ۱/۰۷/۹۹)

است اگر مخالفت کنند با حکم قاضی شرع، یا معصیت کرده اند یا تجری آیا اینجا هم از این قبیل است یا خیر؟ به عبارت دیگر واجب است بر آنها عمل به این حکم یا خیر؟ فقهاء به اینها نپرداخته اند. اما از مجموع کلمات ایشان در قضاء شرعی می توان فهمید که نظر اینها این است که در این موارد واجب نمی باشد عمل کنند.

ما گفتیم این توافق این دو متخاصم یک نحو عقد است و وفاء به عقد واجب است چرا که هم یک نحو سلب حق است نسبت به طرف دیگر مخاصمه و مصداق ظلم. بله آیه «اوفاوا بالعقود» و «المومنون عند شروطهم» دلالت بر وجوب وفاء به عقد ندارد. لذا محکوم علیه واجب است به این حکم عمل کند. این عقد دو طرفه است بین متخاصمین و روشن نمی باشد که قاضی طرف قرار داد و عقد باشد.

القسم الثاني: أراد القضاء الشرعي فينبغي أن نشير إلى نکات:

اما قاضی شرع:

چند نکته باید گفته شود:

النکة الأولى: لا نعتقد بالقضاء الشرعي بأن القضاء الذي يدعي هو القضاء الشرعي، هو القضاء العرفي في ذلك الزمان.

نکته اول این است که آیا اصلاً قاضی شرعی داریم یا خیر؟ کما اینکه در بیع هم می گوئیم بیع شرعی داریم یا خیر؟ فقهاء بیع را به شرعی و عرفی تقسیم می کنند. گفتیم اصل قضاء شرعی روشن نمی باشد و ثابت نمی باشد آنچه که به عنوان قضاء شرعی گفتند یک نحو قضاء عرفی در آن زمان بوده است در آن زمان لازم بود که منکر قسم بخورد اما امروزه اگر شخص دلیل نداشته باشد، اصلاً وارد مرحله قضاء نمی شود و اگر دلیل داشته باشد وارد دستگاه قضاء می شود و اگر دلیل تمام بود که به آن اخذ شده و الا خیر اما دیگر به منکر نمی گویند که قسم

بخور که من مدیون نمی باشم. این که گفته شده است «انما اقضى بالایمان و البینات» بعید نمی باشد که در آن زمان قضاء عرفی به این صورت بوده است که اگر مدعی دلیل نداشت منکر می بایست قسم بخورد.

النکته الثانية: إنا لا نعتقد بالقضاء الشرعی و لكن نعتقد بالفقهی منه.

نکته دوم این است که دقت کنید اگر قضاء شرعی ثابت نباشد قضاء فقهی ثابت است. یعنی چه؟ شریعت عبارت است از احکام الهی فقه عبارت است از علم به احکام الهی حالا این علم می تواند مطابق باشد یا خیر معتبر نباشد. مثل فیزیک و علم فیزیک، نجوم و علم نجوم داریم. قضاء فقهی علم ما به قضاء شرعی است. در علم نجوم قدیم می گفتند که خورشید به دور زمین می چرخد اما در نجوم و در عالم واقع درست بالعکس بود. در زمان قدیم این مسئله گردش چرخش خورشید به زمین علمی بود علم یعنی دانش اما واقع نجوم نبود و در عالم نجوم بالعکس است.

فقه و شریعت وزانش این طور است یک شریعت و یک فقه داریم وزان شریعت وزان نجوم است و وزان فقه وزان علم نجوم است حالا ما اگر گفتیم ثابت نمی باشد که یک قضاء شرعی داریم و آن قضائی که می گویند قضاء شرعی یک قضاء عرفی بوده است اما قضاء فقهی که قطعی است. یعنی قضائی که در اعتقاد فقهاء این قضاء شرعی است یعنی قضاء شرعی در اعتقاد فقهاء. شخصیت واقعی زید داریم و شخصیت اعتقادی زید. شخصیت واقعی یعنی شخصیت او در واقع و شخصیت اعتقادی یعنی شخصیت زید در اعتقاد دیگران که ممکن بهتر یا مساوی یا بدتر از شخصیت واقعی باشد. این در همه جا می آید در بیع و ... ما گفتیم اجاره و بیع و ... شرعی نداریم، عرفی و عقلائی است.^۱

^۱ ما قضاء فقهی را قبول کردیم بنا بر تسلیم به اینکه قضاء شرعی داریم یعنی آنچه را که ائمه^{علیهم السلام} گفته بودند قضاء شرعی بوده است نه عرفی. و لو تسلیم کردیم اگر بر اساس آن حکم کردیم که خلاف شرع نمی باشد.

النکته الثالثة في تشخيص المدعى والمنكر: ما يراه العرف مدعى و منكر و

فهما المدعى والمنكر.

می رویم سراغ قضاء فقہی می خواهیم ببینیم بر اساس ادله ای که فقهاء استفاده کرده اند، قضائی را استفاده کنیم. در اعتقاد فقهاء مدعی باید بینه اقامه کند و منکر باید قسم بخورد خوب نزاع شده است که مدعی چه خصوصیتی باید داشته باشد که مدعی باشد و منکر هم همینطور ما مختار خود را می گوئیم چرا که کتاب قضاء الان نمی باشد که وارد کلمات دیگران شویم.

مدعی و منکر را بنا بر مختار در قضاء فقہی توضیح دهیم:

گفتیم هر کلام و عنوانی در خطاب اخذ شود حمل می شود بر معنای عرفیه مثل غنم و فرس و تراب و ... منافات ندارد که تارة این معنای عرفی موافق با معنای لغوی و تارة اعم و تارة اخص و تارة مباین باشد. رجوع می کنیم به معنای عرفی منتها گفتیم که مواردی است که به معنای عرفی هم رجوع نمی توان کرد پس اولاً باید در هر چهار صورت^۱ باید به معنای لغوی مراجعه نکنیم اما گفتیم که مواردی است که به معنای عرفی هم نمی توان رجوع کرد. نه به معنای لغوی نه به معنای عرفی. آن سومی چه می باشد؟ «ما يراه العرف فردا لهذا المعنى و العنوان». سواء كان معنى عرفي داشته باشد یا خیر، آن معنای عرفی منطبق باشد یا منطبق نباشد. به حسب استقراء مواردی را ذکر کردیم.

ما قضاء شرعی را قبول نکردیم و گفتیم اگر قبول کنیم رجولیت و اجتهاد و عدالت لازم نمی باشد و در هر یک از این ها دو دلیل آورده اند و همه را رد کردیم. گفتیم می تواند مقلد باشد و زن باشد و فاسق باشد اما باید فقط به عدل قضاوت کند و به ظلم قضاوت نکند.

قضاء عادلانه یعنی موازن قضاء رعایت شود یعنی پول نگیرد و دقت کند و فحصش تام باشد، حب و بغض را کنار بگذارد. عدالت نسبی است ممکن است یک رفتار در زمانی عادلانه باشد و در زمانی عادلانه نباشد. (ب ک اص اس مد ۹۹/۰۷/۰۱).

^۱ چه رابطه معنای لغوی با معنای عرفی تساوی باشد، چه تباین باشد و چه عموم من وجه باشد و چه عموم مطلق باشد.

موردی را ذکر می کنیم که محل بحث است تارة انطباق عرفی مقوم معنای عرفی است. مثل چی؟ اگر مولا بگوید به زید احترام بگذار خوب معنای عرفی چه می باشد؟ ما یراه العرف احتراماً. پس اگر در عرف «الف» برداشتن کلاه مصداق احترام است، در مقام احترام باید کلاه را بردارد و اگر در عرف «ب» در مقام احترام کلاه بر سر می گذارند، باید در مقام احترام کلاه بر سر بگذارد. در یکجا دست به سینه گذاشتن احترام است در یکجا دست به دست گذاشتن است. اصلاً معنای عرفی مقوم به این است که عرف آن را مصداق ببیند لذا در این موارد خطاء معنا ندارد. معنای عرفی مقوم به انطباق و عدم انطباق است.

یکی از مواردش هم در حدیث «لا تنقض» است که در استصحاب توضیح دادم. در ما نحن فیه از کسانی هستیم که گفتیم مدعی و منکر به وزان احترام است. «مدعی» کسی است که «یراه العرف مدعياً» عرف به مناسبت حکم و موضوع حق را به چه کسی می دهد؟ چه کسی را مدعی می بیند؟ و چه کسی را منکر می بیند؟ نوعاً تشخیص عرف موافق با ظهور حال هر دو است و لو ضابطه ای ندارد. در ما نحن فیه جناب مستأجر می گوید اجرت ده دینار بود و موجر می گوید بیست دینار بود فرضاً اجاره متعارف این خانه ده دینار است موجر را عرف مدعی می بیند و اگر بالعکس بود و اجرت متعارف و اجرة المثل بیست دینار بود و مستأجر می گفت ده دینار است، عرف چه کسی را مدعی می دید؟ مستأجر را. لذا در این مثال این بیان مرحوم سید را قبول نکردیم و گفتیم باید رجوع کنیم به عرف ببینیم که عرف کدام را مدعی و کدام را منکر می بیند.

نکته اول این است که ما در مدعی و منکر در قضاء فقهی من یراه العرف مدعياً و من یراه منکراً این مدعی و منکر است بلکه مواردی است که عرف هم نمی تواند تشخیص دهد که چه کسی منکر و چه کسی مدعی است. مدعی باید بینه اقامه کند در قضاء فقهی و منکر در فرض عدم اقامه بینه توسط مدعی باید قسم بخورد.

خلاف متعارف در مثال ما می شود مدعی اما بعضی اوقات خلاف متعارف است اما چون طرف مقابل همیشه نصف قیمت اجاره می دهد و لو صاحب خانه اجرت زیاد را می گوید و لکن باز او می شود مدعی. به حسب موارد حکم عرف فرق می کند. مدعی دائما کسی است که قرائن و شواهد بر خلاف قول اوست در نزد عرف.

النکته الرابعة: في وجوب العمل بالقضاء العرفي إن توافقا فيه.

در قضاء فقهی در صورت توافق باید عمل کنند به حکم او اما اگر یکبار ما را به زور می برند یعنی طرف شکایت کرده است و ما را به نزد مجتهد بردند، در اینجا توافقی نمی باشد لذا عمل به حکم او واجب نمی باشد.

١مسألة ٨: إذا تنازعا في أنه آجره بغلا^٢ أو حمارا

أو آجره هذا الحمار مثلا أو ذاك

فالمرجع التحالف وكذا لو اختلفا في الأجرة أنها عشرة دراهم أو دينار.

مرحوم سید در این مسئله می فرمایند که اگر جناب موجر و مستأجر نزاع کردند در آن مال مورد اجاره مثلا مستأجر می گوید یک فرس به من اجاره داده اید و موجر می گوید که حمار به تو اجاره دادم یا مستأجر می گوید که فرس را به مبلغ ده درهم اجاره داده بودی و موجر می گوید ده دینار هر دو در عدد ده اتفاق دارند اما یکی می گوید که ده دینار و دیگری می گوید که ده درهم. یا در اسب اتفاق دارند اما یکی می گوید آن اسب و دیگری می گوید این اسب مثلا

^١ چهارشنبه ۹۹/۰۷/۰۲.

^٢ قاطر.

یکی از دیگری چابکتر است. سید می فرمایند که در این مواقع تحالف می کنند. تحالف در جایی است که هر دو مدعی و منکر می باشند در این مواقع اگر یکی بینه داشت بینه مقدم می شود و هر دو اگر بینه داشتند تعارض می شود و هر دو ساقط می شود و نوبت به تحالف می رسد و اگر هیچ کدام بینه نداشتند باز نوبت به تحالف می رسد. بعد از اینکه تحالف کردند قاضی حکم می کند به انفساخ این عقد. اینکه سید فرمودند که تحالف می کنند اینها مفروض کلام سید است و لو سید نفرمودند.

در زمان ما اگر بخواهیم مثالی بزنیم این است که نزاع می کنند مستأجر می گوید که پژو به من اجاره دادی و موجر می گوید که پراید اجاره دادم یا مستأجر می گوید که این پژو را که جدید است به من اجاره دادی و موجر می گوید که خیر این پژوی قدیمی را اجاره دادم. اگر در جنس اجرت با هم اختلاف داشتند مثل اینکه موجر می گوید که این را به ده دینار اجاره دادم و مستأجر می گوید که خیر این اسب را به ده درهم اجاره دادی. این مسئله ای که سید فرمودند.

أما الشرح:

اما در شرح و توضیح این مسئله: اینها فروعاتی است که مثال زده می شود برای تمرین و آشنایی بیشتر و الا در قبل این مسئله را داشتیم.

إن رجعا إلى المجتهد للإستفتاء: يحكم عليهما بحكمين متضادين.

یکبار مراجعه می کنند به مجتهد برای مسئله شرعی که مجتهد در اینجا باید دو حکم دهد. مستأجر می گوید که به من فرس اجاره دادی و موجر می گوید حمار اجاره دادم. مجتهد

به مستأجر می گوید که تو می توانی آن حمار را در هنگام تسلیم به تو، تحویل نگیری و قبول نکنی و بعداً هم هیچ اجرتی ندهد چرا که مستأجر معتقد است که مالک منفعت فرس می باشد و اجرة المسمای فرس را در ذمه دارد.

بعد به موجر می گوید بر تو لازم نمی باشد که فرس تحویل دهی اما اگر حمار را بُرد باید اجرة المسمى را به تو بدهد و اگر حمار را نبرد باز باید اجرة المسمى را بدهد^۱ و اگر نداد می توانی از او تقاص کنی.

پس دو فتوا می دهد که کاملاً با هم متضاد است اما یکی را به مستأجر و یکی را به موجر می گوید.

این حکم شرعی این دو نفر است.

حالا که نزاع شد و هر دو قبول نکردند، به آنها می گوید به پیش حکم و قاضی بروید.

خوب این مرحله استفتاء است.

إن رجعا إليه للقضاء: لابد لنا الرجوع إلى العرف هل هنا باب التداعي أو الإدعاء؟

مرحله دوم مرحله استقضاء است یعنی به مجتهد می گویند که بین ما قضاوت شرعی یا فقهی کن. قضاوت عرفی هم می تواند بگوید اما چون ضابطه ندارد دیگر نگفتیم.

در اینجا هر کدام ادعایی دارند آیا این باب تداعی است یا ادعاء؟ تداعی یعنی هر دو دعوا دارد و در ادعاء یک نفر ادعاء دارد و یک نفر انکار دارد. در نظر سید این باب تداعی است. ما

^۱ چون گفتیم که به محض عقد اجاره، جناب مالک، مالک اجرت است و لو جناب مستأجر استیفاء منفعت نکند. (فقیر).

بررسی می کنیم باب تداعی است یا دعوا. معیار ما عرف شد که عرف ببیند که چه کسی مدعی و چه کسی منکر است.

این می گوید که من به تو حمار اجاره دادم و دیگری می گوید اسب اجاره دادی. در اینجا عرف این را تداعی می بیند. گفتیم ما در هر عنوانی معنای عرفی را در نظر می گیریم اما مواردی است که در این موارد تطبیق عرفی را در نظر می گیریم یکی از مواردی که باید تطبیق عرفی را در نظر بگیریم مواردی است که تطبیق مقوم معنای عرفی است اصلاً در معنای عرفی آن تطبیق عرفی افتاده است مثل اهانت و احترام. اهانت یعنی عملی که یراه العرف اهانتا و احترام یعنی ما یراه العرف احتراماً. گفتیم باب قضاء هم یک پدیده اجتماعی و عرفی است و بر اساس ذهن عرف است که این مسائل شکل می گیرد. لذا ما یراه العرف منکرا و مدعیا، منکر و مدعی می شود در نحو این پدیده های اجتماعی ضابطه عرف است. ما در مدعی و منکر یک روایت هم نداریم اگر هم داشته باشیم حتماً سندش ضعیف است. دیگران هم دنبال معنای عرفی بودند اما ما می گوئیم این از مواردی است که معنای عرفی آن از موارد تطبیق عرفی است.

گفتیم اگر قرائن نباشد، می شود تداعی اما گاهی قرائنی است مثلاً حمار را کسی به ده دینار اجاره نمی دهند یا مسافت آنقدر زیاد است که با حمار نمی توان رفت این قرائن باعث می شود که عرف مدعی و منکر را تشخیص داده باب، باب ادعا می شود نه تداعی. پس ما می گوئیم که اگر قرائنی نباشد این تداعی است الا اینکه قرائنی باشد که عرف مدعی و منکر را تطبیق کند.

پس بنابراین رجوع می کنیم به قرائن که معیار عرف است اگر دو دعوا دید می شود تداعی و تحالف پس به لحاظ فقهی این قاعده کلی را نمی توانیم بگوئیم همین مثال نزاع تارة نزاعشان ادعا است و تارة تداعی است و در ادعا تارة مدعی موجد است و تارة مستأجر است. دقت کنید این تطبیق عرفی را قاضی تشخیص می دهد یعنی مدعی و منکری را که عرف تطبیق می کند،

قاضی تشخیص می دهد یعنی قاضی تشخیص می دهد که عرف چه کسی را مدعی و چه کسی را منکر می بینند و اینکه این باب، باب تداعی است عرفا یا باب ادعا.

پس ما در این مسئله با فرمایش سید موافق نمی باشیم یعنی ما به طور کلی نمی توانیم بگوییم تداعی است که نوبت به تحالف برسد.

حال اگر تداعی شد و تحالف. سید نفرمود که فقیه چه می کند اما معلقین گفته اند که فقیه حکم می کند به انفساخ عقد. در اینجا ما قبول نکردیم که اگر هر دو تحالف کردند یا اباء از حلف کردند قاضی انفساخ می کند، خیر قاضی فسخ می کند و اگر فسخ کرد واقعا فسخ می شود توضیحش این است که تارة حکم قاضی واقع را عوض می کند و تارة واقع را عوض نمی کند مثلاً در جایی که واقع را عوض نمی کند در یک کتابی بین زید و عمرو اختلاف می شود و حاکم حکم می کند به این که مال زید است و اگر در قبل از رجوع به حاکم مال عمرو بوده است، این مال الان هم بعد از تخصم و حکم حاکم مال عمرو است اما فقط زید اماره دارد و اگر نمی داند که این ملک او نمی باشد حکم قاضی حکم ظاهری است بر تصرف یعنی تصرف او واقعا حرام است و لکن غیر منجز و اگر می داند که مال او نمی باشد و مال عمرو است، تصرف او در این مال حرام منجز است و عمل او معصیت است. فقهاء هم قبول کرده اند که حکم حاکم اماره است عقلاناً و مغیر واقع نمی باشد. اماره ای عقلانی است که مورد امضاء شارع است. ولایت قاضی بر قضاء برای فقیه عرفی است و شارع امضاء کرده است. ما عرفی شدیم اما اگر قضاء شرعی را قبول کردیم ولایت می شود شرعی.

اما تارة حکم حاکم و قاضی واقع را عوض می کند مثل اینکه دو نفر که در معامله ای با هم نزاع دارند حاکم این عقد را فسخ می کند مثل این که بین این مرد و زن نزاع است قاضی این زن را طلاق می دهد - اگر این ولایت را داشته باشد - اگر طلاق داد این زن واقعا می شود خلیه. تا دیروز متزوجه بود و امروز به بعد می شود خلیه.

بله اگر زن به دروغ می گوید که خرجی من را نمی دهد و شاهد هم آورد اگر قاضی حکم به طلاق کرد در این جا واقع عوض نمی شود و واقعا خلیه نمی باشد یا مثلا زن به حاکم می گوید که این مرد توان ندارد و مرد هم از خدا خواسته می گوید که بله توان ندارم اگر قاضی طلاق دارد طلاقش ظاهری است.^۱ اما اگر واقعا خرجی را ندهد در اینجا می شود خلیه.

ما نحن فیه از مواردی است که ما قائلیم که حکم قاضی واقع را عوض می کند بین ماجر و مستأجر اختلاف است که یکی می گوید که اسب اجاره دادی و دیگری می گوید حمار اجاره دادی و بینه ای در کار نمی باشد و قاضی بعد از تحالف یا انکار حلف می گوید فسخت العقد در اینجا واقعا عقد فسخ می شود نه اینکه حکم حاکم اماره بر فسخ باشد.

پس اولاً حکم حاکم به انفساخ معنا ندارد، انفساخ یک حکم واقعی و قهری است و خودش فسخ می شود. معلقین می گویند که قاضی حکم می کند به انفساخ و این از حرفهای بی معنا است.

ثانیا حاکم که فسخ کرد این عقد واقعا فسخ می شود. قاضی ولایت بر فسخ را دارد یعنی این ولایت در سیره عقلاء است و شارع امضاء کرده است.

این در جایی است که جناب مستأجر منتفع نشده است و الا اگر مستأجر منتفع شده است و از حمار استفاده کرده است و لکن می گوید که مورد اجاره فرس بود، در اینجا حاکم عقد را فسخ می کند و بعد از فسخ می گوید باید اجرة المثل را بدهی به ماجر.

^۱ گفته اند که ولایت بر طلاق نسبت به حاکم، ثابت است شرعا شارع گفته است الطلاق بید من اخذ بالساق الا در مواردی که دلیل داریم که گفته اند در دو مورد ما دلیل داریم: یکی در غائب و یکی در ممسک که این ولایت برای حاکم است. در غیر این دو مورد گفته اند که شارع ولایت ندارد و ولایت عرفیه به درد نمی خورد چرا که شارع امضاء نکرده است و گفته است الطلاق بید من اخذ بالساق. در نزد اینها این روایت اطلاق دارد حق الطلاق حق زوج است و شارع به حسب روایت این ولایت را به ید شارع داده است در دو مورد. در آن زمان قطعاً اینطور بوده است که ولایت بر طلاق اصلاً بر ما ثابت نبوده است که برای قاضی بوده است، همه برای مرد بوده است. در آن زمان زنها آنقدر ارزش نداشت و شواهد تاریخی زیاد داشته است، مثلاً پیرمرد با دختر دو ساله ازدواج می کرد. این نشان دهنده این است که زن اصلاً ارزشی نداشته است و شواهد تاریخی خیلی زیادی است. اصلاً در نظر عرف در آن زمان برای زن حقی نبوده است. (هم جلس اس مد ج س).

البته همین استفاده کردن مستأجر ممکن است بعضی اوقات قرینه باشد بر اینکه موجر مدعی است. اما گاهی اوقات هم این قرینه نمی باشد مثلاً می گوید که آنقدر عجله داشتم که نمی توانستم صبر کنم.

مسألة ۹: إذا اختلفا في أنه شرط أحدهما على الآخر شرطاً أو لا

فالقول قول منكره.

اختلاف بین موجر و مستأجر است که موجر می گوید که به این شرط اجاره دادم و مستأجر می گوید که بدون شرط اجاره دادی و مستأجر می گوید که به این شرط اجاره کردم و موجر می گوید بدون این شرط اجاره دادم در اینجا مرحوم سید می فرمایند که حق با منکر شرط است.

ما می گوئیم که سراغ عرف می رویم هر کدام را مدعی دید مدعی است و هر که را منکر دید منکر است. معیار شرط و عدم شرط نمی باشد بلکه اگر شرط امر متعارفی بود همه این شرط را می کنند آنکه می گوید شرط نشده است می شود مدعی. پس قول قول کسی است که عرف آن را منکر می بیند ممکن است که کسی که شرط را انکار کرده است، مدعی باشد و قائل به شرط مدعی باشد.

مسألة ١٠: إذا اختلفا في المدة

أنها شهر أو شهران مثلا

فالقول قول منكر الأزید.

موجر می گوید یکماهه اجاره دادم و مستأجر می گوید دو ماهه اجاره دادی. مرحوم سید می فرمایند که آنکه ازید را انکار می کند قول او مقدم می شود. چون در یک شهر اتفاق دارند و اختلاف در شهر دوم است می گوید تو به من یک شهر دیگر هم اجاره دادی و دیگری می گوید که من اجاره ندادم.

این را هم قبول نکردیم تارة اجرت به یک شهر نمی خورد مال دو شهر است، موجر می گوید یک ماه اجاره دادم به بیست دینار و مستأجر می گوید دو ماهه اجاره دادی اصلا هر ماه قیمتش ده دینار است در اینجا مستأجر می شود مدعی. قاضی باید به این قرائن و شواهد آشنا باشد و الا صلاحیت قضاوت ندارد.

یک ازید و یک زائد داریم ازید دو ماه است و زائد ماه دوم است مجموع را ازید می گویند و ماه دوم را زائد می گوید منکر ازید یعنی منکر دو ماه هر دو یک ماه را قبول دارند که منفعت یک ماه مال مستأجر است. اختلاف در منفعت ماه دوم است.

مرحوم سید می فرمایند که قول منکر مقدم می شود خوب چون در نظر سید قول منکر موافق اصل است اما در مختار ما عرفا می بینیم که کدام مدعی است و کدام منکر است گاهی اوقات منکر ازید، در نظر عرف مدعی است مثلا موجر می گوید یک ماهه به ده دینار اجاره دادم و مستأجر می گوید دو ماهه ده دینار اجاره دادی در اینجا ده دینار قیمت یک ماه است تعارفا در اینجا منکر ازید مدعی است. اما یکبار موجر می گوید یک ماهه به بیست دینار اجاره

دادم و مستأجر می گوید دو ماه به بیست دینار اجاره دادی و اجرت متعارف هم ده دینار است، در اینجا موجر می شود مدعی.

یا اصلاً تعارف این است که کسی خانه اش را شش ماه اجاره نمی دهد و همه اجاره ها یکساله است یا بالعکس اصلاً متعارف نمی باشد دو ساله اجاره دهند و دو ساله ها هم دو یکساله اجاره می دهند. این قاعده ای که گفتیم در همه این نزاعات می آید اما سید می رود سراغ اصل.

مسألة ۱۱: إذا اختلفا في الصحة و الفساد

قدم قول من يدعي الصحة.

اگر جناب موجر و مستأجر اختلاف پیدا کنند در صحت و فساد ایشان می گویند که قول مدعی صحت بر مدعی فساد مقدم می شود.

ثمرات هذه فتاوى المجتهدين في مسألة القضاء مع أن المعتبر في القضاء الاجتهاد:

مرحوم سید این مطالبی که می فرمایند این مطالب در حقیقت فتوایی است که می گویند که اگر رجوع به قاضی کردند در اینجا باید قاضی مدعی صحت را منکر در نظر بگیرد و مدعی فساد را مدعی در نظر بگیرد. خوب سوال این است که این فتاوا در نظر کسانی که قائل هستند که قاضی باید مجتهد باشد من جمله خود مرحوم سید، به چه دردی می خورد؟ دقت کنید

این فتاوا هم به درد مجتهد می خورد و هم به درد عامی. اگر فرض کردیم که شخص مجتهد است گاهی این فتاوی بزرگان نکته ای را به ذهن مجتهد می آورد یا به لحاظ روانی که باعث می شود که نظر او تقویت یا ضعیف شود و از نظر خود برگردد. این اثر تکوینی این فتوا است. اما فایده آن برای عامی این است که در نظر کسی که قائل است که قاضی باید مجتهد باشد، اگر قاضی مجتهد نباشد و مقلد کسی است که مرجع او می گوید که قاضی می تواند مقلد باشد در این بحث قضاوت می تواند به فتاوی سید مراجعه کند.

مطلب دیگری که باید در اینجا اشاره کنیم این است که دقت کنید ما یک مقام افتاء داریم و یک مقام قضاء داریم در مقام تقلید رجوع می کنیم به مفتی که سه جور رجوع داریم:

رجوع به خود مفتی.

رجوع به کتاب فتوایی مفتی.

رجوع به ناقل فتاوی مفتی.

پس در مقام تقلید می توانم رجوع کنم به مجتهد یا کتاب فتوایی یا به ناقل این فتاوا.

اما در مقام مرافعه فقط می توانم به مجتهد رجوع کنم نه به کتاب فتوایی زید و نه به ناقل فتوا، نمی توانم بگویم قضاء او را برای ما نقل کن. چرا که آنکه بر عامی حجت است فتوای مجتهد است فتوای مجتهد چه خودش بگوید چه ناقل چه کتابش به خلاف باب قضاء آنکه اماره و حجت است حکم قاضی است یعنی باید انشاء کند و انشاء، انشاء جزئی در یک واقعه و مرافعه خاص است مجتهد انشاء حکم می کند اما در کتاب انشاء حکم نمی باشد کتاب نقل فتوا است ناقل نقل فتوا می کند نه نقل انشاء حکم، انشاء حکم همیشه به نحو جزئی است. لذا عامی در مقام تقلید سه راه دارد اما در مقام مرافعه فقط باید رجوع کند به خود قاضی.

نگوید که فقیه و قاضی در کتاب فتوایی خودش انشاء حکم کرده است خیر اولاً انشاء حکم جزئی است و فتوا حکم کلی است، و ثانیاً حکم قاضی زمانی برای طرفین دعوا حجت است که حتماً باید پیش قاضی مرافعه شود و بعد انشاء حکم کند اگر قاضی ابتداءً قبل مرافعه انشاء حکم کرد این انشاء حکم حجت نمی باشد دو نفر نزاع کرده اند و پیش قاضی نرفته اند اما قاضی از مخاصمه آنها اطلاع پیدا کرد و حکم کرد الکتاب لزید این حجت نمی باشد. بخلاف فتوا که مجتهد نشست است و می بیند که یکی مسئله شرعی خودش را از کس دیگری می پرسد مجتهد فتوایش را به آن شخص می گوید با اینکه اصلاً از او سوال نکرده بود، این فتوا بر آن شخص سائل حجت است. در باب احکام قاضی زمانی حجت است که مرافعه را پیش قاضی ببرند و اگر نبرند و انشاء حکم کند این حجت نمی باشد. لذا کسی نگوید که کسی که مقلد سید است می تواند در مرافعه به کتاب مرحوم سید مراجعه کند خیر اینطور نمی شود.

حتی اگر بدانند که حکم او چنین است در اینجا هم باز این حکم برای منازعین حجت نمی باشد تا پیش قاضی مرافعه نکنند، این حکم حجت نمی باشد.

شرح المسئلة:

اما به لحاظ توضیح و شرح کلام سید: این نزاع دو صورت دارد:

یکبار نزاع در صحت و فساد، در خود عنوان صحت و فساد است موجر یا مستأجر می گوید که عقدی که انجام دادیم صحیح بود و گاهی می گویند که فاسد بود.

و تارة نزاع در مصداق یکی از دو عنوان صحیح و فساد است عقد بلا اجرة مصداق عقد باطل است و عقد مع الاجره مصداق عقد صحیح است. مثلاً موجر می گوید در هنگام عقد اجاره اجرت تعیین نکردیم و عقد باطل است اما مستأجر می گوید اجرت تعیین کردیم و عقد

صحیح است. یا یکی می گوید مدت تعیین نکردیم و دیگری می گوید که تعیین کردیم و دیگر از مواردی که موجب خلل در عقد می شود.

مرحوم سید می فرمایند فرقی بین این دو صورت نمی باشد و در هر دو صورت قول مدعی صحت مقدم می شود چون قول مدعی صحت موافق با اصل است که مراد از آن اصل، اصلی است که اگر شک کردیم عقدی صحیح بوده است یا فاسد بوده است، حمل می کنیم بر صحت چون در اینجا موافق با اصل است قول مدعی صحت بر قول مدعی فساد مقدم می شود یا عنوانا یا مصداقا.

تعليقتان علی قوله:

خوب ما دو تعلیقه داریم:

التعليقة الأولى: المعين للمدعى والمنكر العرف لا الأصل و ...

تعلیقه اول در مورد مطلبی است که مکرر گفتیم و آن اینکه من یراه العرف مدعیا مدعی می باشد چرا که آنچه که در ارتکاز است این است که باید قضاوت بر اساس عدل باشد این در ارتکاز است که یک حکم و قضاوت باید عادلانه باشد یعنی آن قضاء و حکم جایز است که بر اساس عدل باشد.

بعد گفتیم عدل و ظلم یک رفتار نسبی است و زمان و مکان بر می دارد امکان دارد یک رفتاری در یک مکان یا زمان عادلانه باشد و در زمان و مکان دیگر کاملاً ظالمانه باشد لذا اگر ما بخواهیم قضاوت بر اساس عدل باشد، باید مدعی دلیل خودش را بیاورد اما منکر لازم نمی باشد دلیل بیاورد. این قضاوت کی عادلانه است؟ که من یراه العرف مدعیا از او دلیل بخواهیم اما اگر از «من یراه العرف منکرا» دلیل بخواهیم این قضاوت عادلانه نمی باشد لذا به این نکته است که گفته شده است که «البینه للمدعی یا لمن ادعی و الیمین علی المنکر یا علی من انکر»

حملش کردیم بر من یراه العرف مدعیا و من یراه العرف منکرا. آیا هر کسی که ادعای بطلان کرد من یراه العرف منکرا است؟ خیر به حسب موارد و به حسب مکان و زمان متفاوت است. مثلاً می گوید که ما مدت را تعیین نکردیم با اینکه خود اجرت بر مدت دلالت دارد یا اجرت با مدت های متعارفه نمی خواند. لذا باید ببینیم که من یراه العرف مدعیا و من یراه العرف منکرا چه کسانی هستند.

خوب این به لحاظ واقع سه فرض دارد: تارة یکی را مدعی می بینند و تارة هر دو را مدعی می بینند و تارة در تعیین مدعی و منکر توقف می کند وقتی توقف کرد در اینجا مدعی و منکر معین نمی شود چرا که اصلاً واقعی ندارد چون ضابطه من یراه العرف بود و الان من یراه العرف منکرا و مدعیا نداریم اینطور نمی باشد که ضابطه کلی باشد که هر که مدعی بطلان شد، مدعی است و هر که مدعی صحت شد، می شود منکر. یکبار در خود مسئله در جایی که مدعی و منکر مشخص نشد ممکن است عرف قاعده ای داشته باشد مثل قرعه و مصالحه در یک عرفی ممکن است که قضاء را در آنجا تعطیل کنند بگویند که ما قضاوتی نمی کنیم خودتان بروید مصالحه کنید یا کار دیگری کنید که البته نوعاً قاضی واگذار نمی کند به خود عرف چون که در این صورت رفع خصومت نمی شود و رفع خصومت برای حفظ نظام اجتماعی است^۱. لذا ممکن است در یک عرف مصالحه باشد و در یک عرف دیگر قرعه باشد و در یک عرف دیگر الحاق به تداعی باشد بگوید حکم این مسئله با حکم جایی که هر دو مدعی می باشند، یکی است.

ان قلت:

^۱ حفظ نظام در پنجاه درصدی که متابعت از حکم قاضی بکنند محقق می شود یعنی پنجاه درصد از موارد این است که طرف منازعه که توافق و تراضی به حکم قاضی نکرده اند، می داند حق با اوست با اینکه قاضی به ضرر او حکم کرده است و عدم الزام در این موارد ثابت نمی باشد. (ب ک اس مد)

قرار شد که قضاء ما شرعی و فقهی باشد و در این موارد دیگر قضاء شرعی و فقهی نمی باشد.

قلت:

می گوئیم روایتی که می گوید: «البینه للمدعی واليمين على من انكر» شامل این مورد نمی شود. از عدم دلیل می فهمیم شارع این را واگذار به عرف کرد است و به قضاء عرفی راضی شده است و این قضاء عرفی به سکوت شارع می شود قضاء شرعی. هر مورد عرفی یا عقلائی را که شارع تأیید کند بعد از تأیید می شود شرعی. فرض این است که شارع به این مورد هم احاطه داشته است و در عین حال سکوت کرده است. اگر موردش هم نادر باشد- اگر چه موردش هم زیاد است و نادر نمی باشد- سکوت شارع امضاء این قضاء عرف است. در قرار دادهای امروز که مثالش زیاد است. در ناحیه شارع با قلت مورد، سکوت او یعنی پذیرش آن مورد. این نسبت به تعلیقه اول.^۱

التعليقة الثانية: لا يصح للقاضي الرجوع بالأصول في مقام القضاء.

تعلیقه دوم این است که سید فرموده است چون موافق با اصل است قول مدعی صحت مقدم است. مراد از اصل، «اصالة الصحة» است. دقت کنید ما یک بار شک می کنیم که این عقد بین زید و عمرو صحیح بوده است یا باطل؟ و فرضاً صحت و بطلان آن عقد برای من اثر دارد مثلاً می خواهم آن مال مورد معامله را بخرم باید بدانم مالک چه کسی است که از او بخرم یا می خواهم در پول آن معامله تصرف کنم یا در مبیع تصرف تکوینی کنم لذا باید ببینم اذن کدام معتبر است؟ در اینجاها اصالة الصحة بار می شود.

^۱ با توجه به اینکه احکام شرعی برای همه ازمنه است تارة سکوت شارع در آن زمان یعنی زمان شارع، سیره عقلانیه در زمانهای بعد را امضاء می کند و این دائر مدار این است که این سکوت ظهور در امضاء در زمانها بعد داشته باشد. (اس مد ب ک).

در ما نحن فيه اینکه سید فرمودند که در شک در صحت، دیگران باید حمل کنند بر صحت این معنا ندارد که قاضی هم حمل کند بر صحت. یکبار مراد شک خود قاضی است نه شک دیگران الان که نگاه می کند که یک نفر مدعی صحت و یک نفر مدعی بطلان است، شک می کند که مدعی و منکر کدام است. در امر قضاوت مشهور این است که قاضی بر اساس علم خودش می تواند حکم کند اما بعضی قائلند که قاضی نمی تواند بر اساس علم^۱ خودش حکم کند اما بر خلاف علم خودش هم نمی تواند حکم کند مثلاً مدعی بینه آورده است که این کتاب مال من است و قاضی می داند که این کتاب مال منکر است، قاضی بر اساس علم خودش نمی تواند کتاب را به منکر بدهد ولی به مدعی هم نمی تواند کتاب را بدهد یعنی بر خلاف علم خودش هم نمی تواند عمل کند به بینه نمی تواند عمل کند یا در جایی که قضیه بالعکس است به قسم منکر نمی تواند عمل کند. ما ها از دسته دوم می باشیم. حال اگر مراد سید است که خود قاضی شک دارد و خودش رجوع به اصاله الصحت می کند و بر اساس اصاله الصحة حکم می کند ما می گوئیم علاوه بر علم، قاضی بر اساس هیچ اصلی من جمله اصاله الصحة هم نمی تواند حکم کند و پیدا کردن مدعی و منکر بر اساس اصل هم مرحله ای از قضاوت است. این اصاله الصحة در تعیین مدعی و منکر یا در حکم قاضی یا در افتاء مفتی نمی تواند مستند باشد. این اصاله الصحة اصل عقلائی امضاء شده است دایره اش مال مقام عمل خود شخص است حتی در دایره تعیین مدعی و منکر چنین اصلی نداریم یعنی عقلاء هم در تعیین مدعی و منکر به اصل مراجعه نمی کنند اگر امضاء شده باشد در همان دایره کوچک عقلائی امضاء شده است. لذا ما قائلیم که قاضی در مقام افتاء و قضاء و تعیین مدعی و منکر به اصل

^۱ مراد از علم، علم حسی نمی باشد بر اساس علم حسی خودش می تواند حکم کند مثلاً خودش دید که زید پول عمرو را برداشت اینجا به نفع زید می تواند حکم کند و مشکلی ندارد اما اگر از روز قرائن و شواهد و عن حدس این اعتقاد برای او حاصل شد، در اینجا نمی تواند بر اساس علم خودش حکم کند. (ب ک اص اس مد ۰۸/۰۷/۰۹۹).

نمی تواند اخذ کند. دلیل اصل هم در قضاء که حکم جزئی است تعیین کننده نمی باشد چرا که دلیل اصل کلی است.

مسألة ۱۲: إذا حمل الموَجِر متاعه إلى بلد

فقال المستأجر استأجرتك على أن تحمله إلى البلد
الفلاني

غير ذلك البلد و تنازعا قدم قول المستأجر فلا يستحق المؤجر أجره
حملة...^۱

اگر نزاع موجر و مستأجر به این شکل بود مستأجر می گوید که من تو را اجیر کرده بودم که این بار را به شیراز ببری و اجیر می گوید که خیر اجیر شده بودم به تهران ببرم. سید می فرمایند که قول مستأجر مقدم می شود و اگر اجیر به تهران برد دیگر نمی تواند مطالبه اجرت کند و مستحق نمی باشد و این حکم سید بر عدم استحقاقش ظاهری است. قاضی حکم می کند به نفع مستأجر چرا که موجر را مدعی می بینند و مستأجر را منکر می بینند نمی دانیم این اجیر را اجیر کرد برای بردن به تهران، استصحاب می گوید که اجیر نکرد.

مراد از موجر، اجیر است در اجاره بر اعیان موجر می شود مالک و در اجاره بر اعمال موجر می شود اجیر.

^۱ مسألة ۱۲: ...و إن طلب منه الرد إلى المكان الأول وجب عليه و ليس له رده إليه إذا لم يرض و يضمن له إن تلف أو عاب لعدم كونه أميناً حينئذ في ظاهر الشرع.

اگر منازعه قبل از عمل اجیر باشد قاضی می گوید باید بار را به شیراز ببرد و اگر بعد از عمل اجیر باشد قاضی می گوید که مستحق اجرت بردن به تهران نمی باشد خوب در اینجا آیا می تواند اجیر را ملزم کند که بار را به شیراز ببرد؟

یکبار فرض می کنیم زمان اجاره منتهی نشده است بار را به تهران برده است و قاضی او را ملزم می کند که بار را به شیراز ببرد.

یکبار فرض می کنیم زمان اجاره منتهی شده است و اجاره بر روز جمعه بوده است و امروز شنبه است در اینجا قاضی نمی تواند بگوید که بار را به شیراز ببر و او را ملزم کند. در اینجا که زمان گذشته است قاضی چه می گوید قبلاً در نزاعی گفتیم که مرحوم خوئی می فرمودند که عقد اجاره باقی است و مشهور می گویند منفسخ می شود. طبق نظر مرحوم خوئی می تواند عقد را فسخ کند یا فسخ نکرده و بگوید که عمل را تسلیم کن و اگر نتواند عمل را تسلیم کند باید مستأجر اجرة المسمی را به اجیر بدهد و اجرة المثل را از او مطالبه کند. این در جایی خوب است که اجرة المثل بیشتر از اجرة المسمی باشد.

ما گفتیم در سیره بعد از عدم قدرت بر تسلیم عمل، عقد منفسخ می شود. یعنی از زمان عدم قدرت منفسخ می شود. این فتوای سید طبق مبنای خودش است که قول منکر چون موافق با اصل است، قول او مقدم می شود. ما این را قبول نکردیم گاهی قرائن این است که این اجاره، اجاره ی بر تهران بوده است و اجرت با شیراز نمی سازد و اجرة شیراز سه برابر این است. اجرت تهران همین، ۱۰۰ تومان مورد اجاره است و اجرت شیراز ۳۰۰ تومان است. در اینجا مستأجر می شود مدعی و موجر منکر است و قول منکر مقدم می شود. بله، در مواقعی که شواهدی نمی باشد قاضی نمی تواند حکم کند لذا باید برویم ببینیم ضابطه در عرف آن مکان زمان در این موارد چه می باشد ممکن است در بعضی از اعراف نوبت به قرعه یا تحالف

و یا مصالحه و امثال ذلك برسد. لذا بر این فرمایش سید اشکال خاصی وارد نمی باشد الا همان اشکال همیشگی.

۱...و إن طلب منه الرد إلى المكان الأول

وجب علیه ...^۲

فرع امروز این است که حالا که اجیر متاع را تهران برده است مستأجر به اجیر می گوید که به مکان اول که مثلاً قم است برگردان. سید می فرمایند که وجب علیه الرد. یکبار به لحاظ واقع بحث کنیم و بعد به لحاظ قضاء.

البحث بحسب الواقع و الشرع:

اول به لحاظ واقع بحث کنیم: اگر کسی مالی را از ما برداشت و به نقطه ای برد و بعد مالک مطالبه کرد که مال را به نقطه و مکان اول برگردان آیا شرعاً برای او رد واجب است یا خیر؟ کسی کتاب ما را مثلاً به تهران یا مشهد برد خوب در تهران در اختیار اجیر نیست مثلاً برد در تهران در منزل مالک در تهران که مربوط به مالک است بعد می گوییم باید برگردانی به مکان اول. یکبار آن خانه تهران یا مشهد در اختیار مالک و مستأجر است مثل اینکه می گوید که کتاب را به من برگردان یکدفعه فقط مال را جابه جا کرده است و تحت استیلاء اجیر نمی باشد دیگر در تهران در اختیار مستأجر نمی باشد برده است در تهران در نقطه و مکانی قرار

^۱ چهارشنبه ۹۹/۰۷/۰۹.

مسألة ۱۲: إذا حمل المودع متاعه إلى بلد فقال المستأجر استأجرتك على أن تحمله إلى البلد الفلاني غير ذلك البلد و تنازعا قدم قول المستأجر فلا يستحق المؤجر أجرة حمله

^۲ مسألة ۱۲: ... و ليس له رده إليه إذا لم يرض و يضمن له إن تلف أو عاب لعدم كونه أميناً حينئذ في ظاهر الشرع.

داده است که آن نقطه در اختیار مالک است اما مالک می گوید این کتاب و مال را به مکان اول برگردان آیا واجب است یا خیر؟ بحث در این است که در تحت استیلاء اجیر نمی باشد یا اجیر متصرف نمی باشد و فقط جابه جا کرده است از قم برداشته است به تهران و در تهران هم در اختیار مالک است و تحت استیلاء اجیر نمی باشد چرا که اگر تحت استیلاء او باشد در قم هم باشد وقتی گفتیم که مال را رد کند، باید رد کند یا اگر تحت استیلاء او باشد اگر به او بگوییم که تهران برای ما بیاور می آورد اما می گوییم که در قم بیاور به من رد کن. پس استیلاء هم معنا دارد مثلاً کتاب را آورده تهران و من هم در تهران هستم و کتاب را به من می دهد اما من قبول نمی کنم و می گویم که کتاب را به قم برگردان حال یا مالک خودش را می رساند و کتاب را از جناب اجیر در قم می گیرد یا شخصی را معین می کند که کتاب را در قم از اجیر بگیرد. نکته این است که به همان نقطه ی شروع باید برگرداند. آیا شرعاً واجب است یا خیر؟ مرحوم سید می فرمایند که واجب است. این به حسب واقع است. اگر کسی مال کسی را بدون اذن او از مکانی انتقال داد و مالک خواست که به مکان اول برگرداند این واجب است شرعاً و لو در مکان دیگر به مالک بدهد، این کافی نمی باشد.

سید فرموده اند که واجب است و ظاهر کسانی که تعلیقه نزده اند این است که با سید موافقت کرده اند.

وجه الوجوب: عدم التدارک مصداقاً للظلم.

رد یا تسلیم به مالک واجب است. این در جایی است که زمان اجاره تمام شده است یا اصلاً اجاره ای در کار نبوده است و شخص خودش مال مالک را بدون اذن مالک به جایی انتقال داده است، و مالک رد را می خواهد آیا در اینجا باید برگرداند یا به مالک در هر جا تسلیم کند کفایت می کند؟ سید می فرمایند که واجب است رد کند.

دلیل چه می باشد؟ می دانید که اگر کسی ید بر مال کسی بگذارد، اگر آن مال تلف شود، غاصب ضامن است. گفته شده است که اگر وصف هم تلف شود ضامن است یکی از اوصاف مکان است یکبار وصف این است که ماشین سالم بوده و معیوب می شود شما ضامن می باشید. یکی از اوصاف، بودن در یک مکان است وقتی ید بر این مال گذاشت در مکان الف این وصفی داشت که کونه فی مکان الف بود این وصف بعد از ید زائل شد این شخص ضامن است که این وصف را ایجاد کند می گوید که این وصف را زائل کردی و تدارک کن و فرضاً قدرت هم دارد مثل اینکه وصفی از این عین را زائل کرده است، و می تواند برگرداند این وصف را باید برگرداند. مثل همه صفاتی که از عین تحت ید تلف می شود و از بین می رود.

خوب این وجهی است که گفته شده است.

این اوصافی که از بین می رود گاهی وقتها این اوصاف موجب نقصان مال می شود مثلاً این ماشین را برداشته است تصادف کرده است که بعد از تصادف، قیمت این ماشین تنزل پیدا می کند مثلاً قبلاً ماشین یک میلیون بوده است و الان هشتصد هزار تومان شده است در نزد عقاء ضامن دویست هزار تومان است.

یک صورت هم این است که بر مال خسارتی وارد نشده است اما صفتی زائل شده است که قابل اصلاح است مثلاً سپر تو رفته است و این در قیمت ماشین تأثیر ندارد اینجا بعضی من جمله ما قبول کردیم که اگر مالک مطالبه کند باید این صفت را تدارک کند.^۱

^۱ اینکه وصف زائل شود ضامن است این عرفاً و عقلاً است اما اینکه اینها گفته اند ضامن است تفکیک نکرده است که ضامن است تکلیفاً یا تکلیفاً و وضعاً این را مشخص نکرده اند و لکن ما گفتیم که در صورت عدم خسارت، ضامن تکلیفی است نه وضعاً اما اگر خسارت واقع شود، وضعاً و تکلیفاً ضامن است.

اشتغال ذمه عرفی است و در اینجا که صفت زائل شود اما خسارت وارد نشده است این عرفاً مشغول الذمه نمی باشد اما در صورت مطالبه اگر اجابت نکرد این سلب حق است و مصداق ظلم است. (ب ک اس مد)

در اینجا که گفتیم عیب را باید برطرف کند، گفتیم ملزم است اما چیزی به ذمه آن نیامده است فقط تکلیف است یعنی شرعا مکلف است که این عیب را برطرف کند نه اینکه این شخص مالک، مالک عمل در ذمه تالف است چرا که تارة این عمل مالیت دارد و لو این عیب خسارت وارد نکرده است اما عمل خیلی مالیت دارد یعنی این شخص اگر بخواهد این عیب را برطرف کند باید هزینه کند. در اینجا گفتیم شخصی که صفتی را تلف کرده است، تکلیف دارد. دلیل چه می باشد؟ چون این شخص حق مطالبه دارد و اگر این حق را مطالبه کند و اجیر اجابت نکند، این مصداق ظلم است. اما مالک عملی در ذمه شخص متصرف نمی باشد.

اصل اینکه این عمل ضمان نمی آورد چه می باشد؟ ما وقتی مالک ذمه می شویم یا مالک مال یا مالک عمل می شویم وقتی مالک عمل می شویم عملی باید باشد که مالیت داشته باشد. تارة مالک مال خارجی می باشیم و اموال خارجی دو قسم است: اموالی که فاقد مالیت است این دانه برنج ملک مالک کیسه است اما مالیت ندارد اما من مالک کتاب و عبا خودم هستم که این دو مالیت دارد آیا در سیره عقلاء انسان مالک یک عمل می شود در ذمه دیگری که فاقد مالیت است؟ گفتیم نه مثلا من از شما یک کیلو برنج طلب دارم یک کیلو برنج در خارج مثلا هزار دانه برنج است، در ذمه شما من مالک یک کیلو برنج می باشم و این یک کیلو برنج در ذمه شما می باشد اما دیگر در ذمه شما هزار دانه برنج نمی باشد. وقتی من مالک یک کیلو برنج خارجی می باشم در ظاهر یک ملکیت دارم اما در واقع هزار ملکیت دارم و من مجموع را مالک نمی باشم بلکه تک تک دانه ها را مالک می باشم یعنی مالک هزار و یک شیء نمی باشم. آنکه مالیت دارد من مالک نمی باشم و آنکه مالیت ندارد من مالک می باشم اما در کیسه برنج در ذمه اینطور نمی باشد. شاهد بر این مطلب این است که اگر کسی یک دانه برنج را تلف کرد آیا ذمه اش مشغول می شود به یک دانه برنج؟ فقهاء گفته اند که ضامن نمی باشد اما معصیت کرده است و ذمه اش مشغول نمی شود. این یک نکته عقلائی است که انسان مالک ذمه ای می شود که آن ذمه مالیت داشته باشد. در ما نحن فیه عمل مالیت دارد اما در صورت عدم

تمکن باید بدل بگیرد از اینکه بدل نمی تواند بگیرد نشان دهنده این است که مالک نمی باشد چون خسارتی بر اموال من وارد نشده است فقط کاری کرده است که قسمتی از ماشین را به گونه ای معیوب کرده است که اصلا در قیمت ماشین ذره ای اثر نمی گذارد.

ان قلت:

چرا خسارت موجب ضمان را اینطور می سنجید؟! همینکه باید کاری کند به این می گویند ضمان این شخص را ضامن جبران مالی می بیند و اگر اجیر فوت شد، ورثه را ملزم می داند که این کار را انجام دهد.

قلت:

در عرف اینطور نمی باشد در عرف اینطور است که اگر شخص فوت شد دیگر ورثه را ملزم نمی دانند که بیاید و این عمل را جبران کند. چون خسارتی به من وارد نشده است او شرعا و عقلا و عرفا ملزم بوده است که این فرورنگی را برطرف کند.

ان قلت:

موضوع خسارت را عرف هر ضربه ای می بیند که هزینه مالی دارد.

قلت:

شما باید اول ثابت کنید که مدیون می باشم ضمان با الزام فرق می کند.

ان قلت:

موضوع ضمان در نظر عرف این است که خسارتی می بیند که در برطرف کردن آن نیاز به هزینه مالی است و لو تنزل قیمت حاصل نشود.

قلت:

الان چه خسارتی بر من وارد شده است؟! هیچ

ان قلت:

ماشین من ضربه ای خورده است که جبران آن هزینه مالی دارد. این موضوع ضمان است.

قلت:

از اموال من هیچ کم نشده است. آن شخص ضامن نمی باشد. کلا ما قائلیم که ضمان مال جایی است که از کسی مالی تلف شود.

ان قلت:

علاوه بر اینکه تلف مالی موضوع ضمان است، خسارتی که موجب تلف مالی نشود اما جبران آن هزینه بردار است، این هم موضوع ضمان است عرفا.

قلت:

خیر عرفا این شخص ضامن نمی باشد و شاهدش هم این است که ما سراغ ورثه نمی توانیم برویم. بعضی اوقات شاید برای جبران خسارت نیاز به هزینه بسیاری است، اما در عین حال ورثه ملزم به جبران نمی باشند. مثال زدیم که تارة یک آجر خانه بشکند فرض کنید این آجر در طبقه ششم است و این خیلی جبرانش هزینه دارد چون باید کلی وسایل و داربست و ... بیاورد. و حال اینکه آن در قیمت خانه و رغبت اثری ندارد و اصلا به چشم هم نمی آید. بله مکلف است اما ضامن نمی باشد. اثرش در ورثه پیدا می شود که اگر فوت شد ورثه را نمی توانیم ملزم کنیم یا از آنها پول بگیریم.

ما می گوییم جایی که خسارت مالی نزد، ضامن نمی باشد اما ملزم است یعنی گفتیم عرفا این طور است بله اگر عرف در اینجا هم ضامن ببیند ما هم ملتزم می شویم اما قائلیم در این مورد ضامن نمی بیند فقط ملزم و مکلف می داند.

لذا در اینجا مکلف است اما ضامن نمی باشد. چون این مسئله مورد اختلاف بین علماء است و گفته اند تا خسارت مالی وارد نشود ملزم نمی باشد، آن خسارت مالی یک نکته ای دارد وقتی مال دیگر را شخص مالک می شود عدم اداء، تصرف در مال غیر است و محرم. وقتی من هزار تومان بدهکار شما هستم و من اداء نمی کنم این تصرف من است در مال غیر چرا که امتناع از دادن مال غیر است و محرم مثل اینکه من کتاب شخص را در خانه خودم نگه دارم و به او ندهم.

این وجه وجه خوبی است اما اختلافی است که شاید مشهور در مقابل باشند که مشهور بگویند که اگر خسارت مالی وارد نشود ملزم هم نباشد.

دلیل ما این است که عرفاً و عقلاً این حق مطالبه را برای شخص مستأجر می بینند و عدم اداء الحق سلب حق عقلائی است و مصداق ظلم است و محرم.

بیان دومی هم داریم که این بیان دوم را اختیار کردیم.

گفتیم عدم رد مال به مکان اول، مصداق تصرف در ملک غیر است من این مال را بردم از نقطه «الف» به نقطه «ب» و لو در نقطه «ب» بر مال استیلاء ندارم و هر دو مکان مال مالک است، این عدم ردش به مکان اول، تصرف در ملک غیر عدواناً می باشد. اگر بخواهیم تشبیه کنیم برای تقریب ذهن نظیر این است که مال را به خانه خودش ببرد و مالک می گوید که مال را بده و ما نمی دهیم عدم نقل به مکان اول بلا اذن یا بلا طیب نفس علی اختلاف المبنای مصداق تصرف عدوانی است، لذا باید رد کند.

لذا اگر مطالبه کرد باید این اجیر رد کند.

ان قلت:

این دو روی یک سکه است لعل این منشأ آن حق دیدن باشد.

قلت:

در مسئله قبلی قائل هستند که اوصافی که از بین رفته است، تدراکش واجب است حال اعم از اینکه عمل به ذمه اش می آید و می شود واجب که رد عمل است که این را نپذیرفتیم یا از باب این که عقلا و شرعا لازم است. یعنی اگر اوصافی را از دست دهد که موجب خسارت مالی نشود گفتیم یا عمل به ذمه می آید که این از باب اداء ما فی الذمه است که ما این را قبول نکردیم یا می گوئیم عملی به ذمه نمی آید و فقط تکلیف است دلیلش می شود بغی و ظلم و امثال ذلک.

این به لحاظ حکم واقعی است.

البحث بحسب مقام القضاء:

اما به لحاظ مقام قضاوت: قاضی وقتی حکم کرد که حق با مستأجر است و مستأجر می گوید که مال من را به مکان اول برگردان گفتیم حکم قاضی اماره است و واقع را عوض نمی کند اجیر می داند که حق با اوست و مستأجر مثلا برای اینکه به او حق الزحمه ندهد می گوید برگردان در اینجا دیگر وظیفه اجیر نمی باشد که برگرداند، در اینجا لازم نمی باشد برگرداند. بله اگر نزاع شود و پیش قاضی بروند قاضی می تواند الزامش کند و از باب این که زندان ورود مال را بر می گرداند.

۱... و ليس له رده إليه^۲

إذا لم يرض و يضمن له إن تلف أو عاب لعدم كونه أميناً حينئذ في ظاهر الشرع.

بعد مرحوم سيد می فرمایند که وقتی اجیر به نقطه «ب» برده است و مستأجر گفته است که باید به نقطه «ج» می بردی و اجیر می گوید باشد من به نقطه «ب» بر می گردانم مستأجر می گوید من راضی نمی باشم و مصلحتی می بیند که در این نقطه باشد یا به هر جهت دیگر اجازه نمی دهد، مستأجر می گوید که من تو را برای بردن به مکان «ب» اجیر نکرده بودم، اما حال که بردی به مکانی که اجیر نشده بودی که حسب الفرض مکان «ب» باشد، دیگر اجازه نمی دهم که از مکان «ب» جا به جا کنی.

حكم المسئلة في الواقع: حرمة الرد لأن تصرفه فيه في الرد، تصرف عدواني أو من دون رضا.

فرض اول به حسب واقع است: اگر بدون اذن مالک به متعلق اجاره عمل نکرد و اگر بخواهد برگرداند به مکان اول مالک راضی نمی باشد این تصرف عدوانی یا بدون طیب نفس است و حرام می باشد و اگر در بین راه تلف شود ضامن است چرا که ید او در این صورت عدوانی است نه امانی. این روشن است.

^۱ مسألة ۱۲: إذا حمل الموجر متاعه إلى بلد فقال المستأجر استأجرتك على أن تحمله إلى البلد الفلاني غير ذلك البلد و تنازعا قدم قول المستأجر فلا يستحق المؤجر أجرة حمله و إن طلب منه الرد إلى المكان الأول وجب عليه ...

^۲ المكان الأول.

حكم المسئلة في باب القضاء:

اما به حسب نزاع و قضاوت: اين کالا را برد به تهران در تهران که برده است. اجير می گوید که اجير شدم که به تهران بياورم، مستأجر می گوید که اجير نشده بودی.

يکبار صورتی است اجير معتقد است که مستأجر منکر اجاره است بخاطر اینکه می خواهد اجاره برای او مجانی بیافتد، فرضاً قاضی حق را به مستأجر داده است ولی اجير مطلع است که مستأجر به نا حق اين حرف را می زند لذا اجير می گوید که حال که مال من را می خواهی بخوری، من هم مال را به جای اول بر می گردانم در اینجا آیا تصرف او عدواني است؟ ما معتقدیم که عدواني نمی باشد بلکه قاضی بر اساس ضوابط حکم می کند اما حکم او واقع را عوض نمی کند در اینجا برگرداندن اجير عدواني نمی باشد و لو مستأجر گفته است که من راضی نمی باشم که مال را برگردانی.

این در جایی است که توافق بر حکم قاضی نکرده باشند بلکه مستأجر از او شکایت کرده است و او را به نزد قاضی برده اند اما اگر توافق کرده بودند که حکم قاضی را نصب العین قرار دهیم و قاضی فرضاً به نحو مستأجر حکم کرد، دیگر نمی تواند مال را به جای اول برگرداند و اگر برگرداند، این تصرف عدواني است چرا که تراضی کرده بودند بر حکم قاضی اما بحث در اینجا این است که تراضی در کار نمی باشد بلکه مستأجر اجير را پیش قاضی برده است.

خوب یک مطلب را در مورد عبارت سید بگوئیم:

در عبارت سید آمده است: «یضمن له ان تلف او عاب... فی ظاهر الشرع» دو احتمال در این کلام سید است:

یک احتمال این است که وقتی که در مکان دوم برد در مکان دوم تلف یا معیوب شد در این صورت ضامن است لعدم کونه امینا فی ظاهر شرع که حکم قاضی باشد که گفته است حق با مستأجر است.

احتمال دوم این است که اجیر متاع را برداشته و بر می گرداند به مکان اول اینجا مراد سید است خوب در نظر سید در اینجا که بر می گرداند چه حق با مستأجر بوده است چه حق با اجیر بوده است الان دیگر مستأجر راضی نمی باشد می گوید بر نگردان در اینجا که می گوئیم «فی ظاهر شرع» دیگر عبارت سید درست در نمی آید اللهم الا ان یقال که سید مطلبی را بخواهد بگوید که ما از خارج گفتیم که وقتی اجیر می داند که اجیر شده است الان می خواهد به نقطه اول برگرداند تصرف عدوانی نمی باشد اما به لحاظ حکم قاضی ضامن است. اگر این مراد سید باشد خیلی دور از ذهن است.

لذا فی ظاهر الشرع تلف در مکان دوم باشد این خلاف ظاهر است که ظاهر کلام سید در مسیر برگشت به مکان اول است نه در مکان دوم. اگر مراد مسیر باشد فی ظاهر شرع دیگر نمی باشد فی الواقع است چرا که فرض کردیم که مستأجر به این تصرف راضی نمی باشد. لذا این عبارت فی ظاهر الشرع سید یک مقداری ناسازگار است.

مسألة ١٣: إذا خاط ثوبه قباء

و ادعى المستأجر أنه أمره بأن يخيطة قميصا

فالأقوى تقديم قول المستأجر لأصالة عدم الإذن في خياطته قباء...^٢

اگر اجیر قبائی بدوزد و مستأجر ادعی کند که من پیراهن می خواستم و امر به خياطة پیراهن کرده بودم و اجیر انکار می کند، مرحوم سید می فرمایند که قول مستأجر مقدم است چرا که موافق با اصل است و مقتضای استصحاب این است که اذن در خياطة قباء نداده است. این مسئله دو فرض دارد:

یک فرض این است که بعد از عمل نزاع می کنند که مراد سید این است و یک فرض قبل از عمل است که بعدا خود سید متعرض می شوند.

الإحتمالات في المسئلة:

این مسئله ای که مرحوم سید فرموده است، در باب این عبارت مرحوم سید، سه احتمال داده اند که این احتمالات في الجملة تفاوت دارد:

^١ سه شنبه ٩٩/٠٧/١٥.

^٢ مسألة ١٣: ... و على هذا فيضمن له عوض النقص الحاصل من ذلك و لا يجوز له نقضه إذا كان الخيط للمستأجر و إن كان له كان له و يضمن النقص الحاصل من ذلك و لا يجب عليه قبول عوضه لو طلبه المستأجر كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه المجر هذا و لو تنازعا في هذه المسئلة و المسئلة المتقدمة قبل الحمل و قبل الخياطة فالمرجع التحالف.

الإحتمال الأول: أن محل النزاع، متعلق عقد الإجارة على الخیاطة.

احتمال اول این است که مراد سید این بوده است جناب مستأجر، شخصی را اجیر کرده است و عقد اجاره بسته است بر خیاطة اما مستأجر می گوید متعلق عقد اجاره خیاطة ثوب بوده ست و اجیر می گوید متعلق عقد اجاره، خیاطة القباء بوده است.

الإحتمال الثاني: أن محل النزاع، متعلق عقد الإجارة على خیاطة ما یأمره المستأجر.

احتمال دوم این است که جناب مستأجر، شخص را اجیر کرده بود بر خیاطت ما یأمره نه خیاطة پیراهن یعنی من تو را اجیر کردم بر خیاطة آنچه که به تو امر می کنم و بعد نزاع می کنند که من تو را امر کرده بودم به خیاطت پیراهن و اجیر می گوید، خیر تو مرا امر کرده بودی به خیاطت عباء.

این دو احتمال متعلق عقد اجاره است.

الإحتمال الثالث: أن محل النزاع، متعلق أمر من دون أيّ عقد.

احتمال سوم این است که اینها عقد اجاره نبسته بودند فقط جناب مستأجر از او خواسته بود که این لباس را بدوزد در اصطلاح به این امر می گویند: «امر مضمن» یعنی امری است که ضمان آور است آمر می گوید که از تو خواسته بودم دوختن قمیص را و اجیر می گوید خیر دوختن قباء را خواسته بودید.

عبارت سید بعضی از جاها با احتمال اول و در بعضی جاها با احتمال دوم و در بعضی جاها با احتمال سوم می سازد.

دو عنوان «مستأجر» که در عبارت آمده است، احتمال اول و دوم را تقویت می کند.

عبارت: «أمره أن يخطه قميصا» احتمال دوم و سوم را تقویت می کند.

عبارت: « لأصالة عدم الإذن في خياطته قباء » هم با احتمال سوم می سازد.

اگر احتمال اول و دوم را یکی کنیم دو احتمال می شود:

یک احتمال این است که عقد اجاره با هم بسته اند.

احتمال دوم این است که عقد اجاره ای در کار نمی باشد، بلکه صرف امر بوده است.

دقت کنید اگر شخصی، کسی را امر کرده به انجام کاری، بر شخص مأمور، اجابت واجب نمی باشد اما اگر آمد و کار کرد، باید اجرة المثل آن عمل را به او بدهند. این «أمر مضمن» نه عقد است و نه ایقاع اما اگر آمد و کار کرد عقلا طالب و آمر، ضامن اجرة المثل است و ذمه او مشغول می شود و اداء واجب است و اگر اجرة المسمى تعیین کنند حتما عقد است یا جعاله است. اگر طلب کند بدون تعیین، طلب مضمن می شود اگر اجرة تعیین کند می شود جعاله که در جعاله و امر مضمن لازم نیست عمل کند اما اگر عامل کار خودش را انجام داد، طالب ضامن است.

أما الحكم في صورة الإجارة: تقديم قول المنكر و هو:

خوب گفتیم اگر عقد اجاره بسته اند این دو حالت دارد: اجیر یا بر «خیاطت قميص»

اجیر شده است یا بر «ما أمر» اجیر شده است.

عند المرحوم السيد: من كان قوله موافقا للأصل.

در اینجا اگر نسبت به متعلق اجاره بین مستأجر و اجیر اختلاف شود، قول منکر مقدم می شود، سید معتقد است که منکر کسی است که قول او موافق اصل باشد.

عندنا: ما يراه العرف منكرًا.

ما قائلیم که «من يراه العرف منكرًا و مدعيًا»، مدعی و منکر است که به مناسبتهای مختلف جای مدعی و منکر عوض می شود مثلاً اجرة با دوخت قباء اصلاً نمی سازد، کسی که مخالف این اجرة باشد می شود مدعی. اگر عرف گفت که هر دو مدعی و منکر می باشد این می شود باب تداعی و اگر عرف می گوید من هم نمی دانم که مدعی و منکر کدام می باشند، قاضی می تواند قضاوت کند و می تواند قضاوت نکند و اگر قضاوت کرد حکم به مصالحه می کند، این حکمش واقع را عوض می کند و شرعاً بر آنها واجب است که مصالحه کنند. این نسبت به اجاره.

أما الحكم في صورة الأمر المضمن:

اما نسبت به طلب و أمر در جایی که بین این دو عقد اجاره ای بسته نشده است در اینجا جناب مستأجر می گوید که امر کرده بودم که قمیص و پیراهن بدوزی و اجیر مخالفت کرده می گوید که خیر، امر کرده بودی که قباء بدوزم. این گفت که امر کردی که قباء بدوز و او می گوید که خیر گفته بودم قمیص بدوز. حال که اجیر قباء دوخته است آیا مستأجر باید، اجرة المثل این عمل را به او بدهد؟ خیر لازم نمی باشد چرا؟ چون می گوید من از تو قمیص نخواسته ام و قرینه ای هم نمی باشد که مستأجر از او قمیص خواسته است. بلکه اگر مقارنات خارجی باشد اخذ به آن مقارنات خارجی که موجب می شود عرف یکی را مدعی و یکی را منکر ببیند، می شود.

این دعوای اصطلاحی می باشد اما در اینجا عقدی در کار نمی باشد بلکه اجیر می گوید که تو به من امر کردی که قباء بدوزم و جناب آمر هم می گوید خیر من به تو امر کرده بودم که قمیص بدوزی. خوب اینکه من از تو قباء خواستم، این مهم نمی باشد بلکه آنکه گفته است من از تو قمیص نخواستم، این منکر می شود و قولش مقدم می شود.

بعد مرحوم سید می فرمایند:

۱..و علی هذا فیضمن له عوض النقص الحاصل من

ذلك..۲

ایشان می فرمایند که حال که اجیر قباء را دوخته است و مستأجر می گوید که من از تو قمیص می خواستم، این پارچه ناقص شده است چرا که در اثر قباء شدن قابلیت های قبل از دوخت را از دست داده است، در اینجا ضامن است. خوب با توجه به اینکه این لباس دوخته شده مملوک مالک و مستأجر است، جناب اجیر به چی بدهکار می شود؟ این بحثی است که فقهاء در آن خیلی گیر کرده اند که آیا ذمه خیاط بدهکار می شود یا خیر؟ نظیرش این است که کسی سرگوسفند دیگری را بدون اذن می برد، این گوسفند مال مالک است، خوب آیا شخصی که بدون اذن سر این گوسفند را بریده است، بدهکار می شود؟ می گویند بدهکار می شود اما خسارت مالی بر مالک وارد نشده است اما هم مالک گوسفند خارجی است و هم یک گوسفند در ذمه ذابح است این نظیر آن مسئله است بله در اینجا مستأجر، مالک پارچه در ذمه خیاط

۱ مسألة ۱۳: إذا خاط ثوبه قباء و ادعی المستأجر أنه أمره بأن يخيطة قميصاً فالأقوى تقديم قول المستأجر لأصالة عدم الإذن في خياطته قباء ...

۲ مسألة ۱۳:....ولا يجوز له نقضه إذا كان الخيط للمستأجر وإن كان له كان له ويضمن النقص الحاصل من ذلك ولا يجب عليه قبول عوضه لو طلبه المستأجر كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه المجر هذا ولو تنازعا في هذه المسألة والمسألة المتقدمة قبل الحمل وقبل الخياطة فالمرجع التحالف.

است اگر مثل پارچه است، باید پارچه را بدهد و الا بدلش که قیمتش است را باید بدهد. اما اجیر به محض اینکه این ما فی الذمه را اداء کند قهری این قباء دوخته شده به ملک اجیر منتقل می شود. پس مالک و مستأجر هم مالک این قباء و هم مالک ذمه خیاط است اگر پارچه مثل دارد، باید مثلش را بدهد باید برود از همان پارچه به همان مقدار به او بدهد و لو قیمتش زیادت‌تر شده باشد، اما اگر نه، پارچه دیگر موجود نمی باشد، باید قیمت را بدهد خوب به محض اینکه پول یا مثل را داد، به صورت قهری اجیر و خیاط می شود مالک آن قباء. این در سیره ثابت است که وقتی شما بدل را می دهید، آن مبدل منه به ملک خیاط منتقل می شود بدون هیچگونه معاوضه ای. خوب تارة قباء موجود است قباء را به خیاط می دهد و اگر قباء مفقود است باید بدل قباء که پولش باشد، را به خیاط بدهد.

این در سیره عقلائیه ثابت است یعنی عقلاء این گونه عمل می کنند می گویند هذا القباء ملک للخیاط.

بله، مستأجر می تواند بگوید که من همین قباء را قبول می کنم و مطالبه بدل نکند چرا که مثلاً دیده است در این صورت اگر بخواهد خود قباء یا بدل قباء را بدهد ضرر می کند.

۱...و لا يجوز له نقضه إذا كان الخيط للمستأجر... ۲

حال اگر این پارچه و نخ مال مالک پارچه است می گوید که تو قباء نمی خواستی پس بازش می کنم این می گوید لا يجوز چون این ملک غیر است و تصرف در ملک غیر بدون اذن یا رضاء جایز نمی باشد.

۳...و إن كان له كان له

و يضمن النقص الحاصل من ذلك... ۴

حالا سید می فرماید که اگر این نخها مال خیاط بود و می خواهد نخ خود را بردارد سید می گویند که این حق را دارد و لکن اگر نقصی وارد شد، ضامن است مثلاً قباء دوخته صد هزار تومان است و قباء شکافته شده پنجاه هزار تومان است، جناب خیاط باید پنجاه هزار تومان را بدهد پس اولاً حق دارد نخ ها را بکشد و ثانیاً اگر نقصی بر این قباء وارد شد، ضامن است. این عبارت سید: «ان كان له كان له» یعنی ان كان الخيط للأجير، كان له یعنی كان له ذلك یعنی خیاط مال اوست و ضامن نقص حاصل از نقض است.

۱ مسألة ۱۳: إذا خاط ثوبه قباء و ادعى المستأجر أنه أمره بأن يخيطة قميصاً فالأقوى تقديم قول المستأجر لأصالة عدم الإذن في خياطته قباء و على هذا فيضمن له عوض النقص الحاصل من ذلك ...

۲ مسألة ۱۳: ... و إن كان له كان له و يضمن النقص الحاصل من ذلك و لا يجب عليه قبول عوضه لو طلبه المستأجر كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه الموجر هذا و لو تنازعا في هذه المسألة و المسألة المتقدمة قبل الحمل و قبل الخياطة فالمرجع التحالف.

۳ مسألة ۱۳: إذا خاط ثوبه قباء و ادعى المستأجر أنه أمره بأن يخيطة قميصاً فالأقوى تقديم قول المستأجر لأصالة عدم الإذن في خياطته قباء و على هذا فيضمن له عوض النقص الحاصل من ذلك و لا يجوز له نقضه إذا كان الخيط للمستأجر ...

۴ مسألة ۱۳: ... و لا يجب عليه قبول عوضه لو طلبه المستأجر كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه الموجر هذا و لو تنازعا في هذه المسألة و المسألة المتقدمة قبل الحمل و قبل الخياطة فالمرجع التحالف.

در عبارت سید دو احتمال از نقص است:

مراد نقص عینی یعنی نقص در پارچه باشد مثلاً پارچه پاره شود.

احتمال دوم این است که اعم از نقص عینی و نقص مالی باشد.

قدر متیقن آن نقص مالی است. اگر این نخ مال جناب اجیر و خیاط است.

الأقوال فی المسئلة:

اقوال در مسئله، سه قول است:

قول اول قول سید است که خیط مال خیاط است و این اختیار را دارد چه مستأجر راضی باشد چه راضی نباشد.

قول دوم این است که چنین حقی ندارد این سلطنت بر مال به سیره ثابت است باید ببینیم عقلاء این حق را برای او قائل می باشند یا خیر، کسی که خودش اقدام کرده است یا اشتباهها یا عمدا اینطور نمی باشد که این حق را داشته باشد. آن سلطنت و حق مال جایی است که خودش اقدام نکرده باشد.

قول سوم: تفصیل داده اند که اگر خیط مالیت نداشته باشد، سلطنت ندارد نمی تواند بر دیگری ضرر وارد کند سلطنت مالکین بر اموال است و فرضاً این مالیت ندارد و در نظر عرف به منزله تالف می باشد.

چرا که نوعاً هنگام شکافتن، نخها تیکه تیکه می شود لذا در لباس به منزله تالف است.

اما اگر مالیت داشته باشد مثل قدیم که با دست می دوختند و نخ درست در می آمد خصوصاً نخی که قمیتی باشد مثل نخ ابریشم که و لو قطعات کوچک باشد، در اینجا جایز است.

اول بریم سراغ قول سوم و بعد قول اول و بعد قول دوم.

اما قول سوم که گفته است که اگر مالیت نداشت باشد جایز نمی باشد چرا که مردم بر اموال سلطنت دارند و این فرضا بعد از شکافتن دیگر مالیت ندارد. این درست نمی باشد کثیرما مال می گوئیم اما ملک مراد است می گوئیم این مال کیست؟ یعنی ملک کیست؟ «الناس مسلطون علی اموالهم»^۱ یعنی املاکهم لذا سیخ کبریت با یک شمش طلا فرق نمی کند که یکی مالیت دارد و یکی ندارد اما همه تحت سلطنت و ملکیت من است لذا اگر فرض کردیم که این مملوک است، پس سلطنت است و اگر مملوک نمی باشد، سلطنت هم نمی باشد. الا اینکه بگوئید که از مالیت که افتاد از ملکیت هم می افتد اما ظاهرا این طور نمی باشد که از ملکیت خارج شود مثل شیر بعد از فساد که ظاهرا بعد از فساد، از ملکیت خارج نمی شود.

قول اول: که مختار سید است که گفته است که چون ملک اوست پس بر آن سلطنت دارد. این سلطنت بر اموال و املاک آیه نمی باشد به سیره ثابت است. باید ببینیم سیره سلطنتی را در اینجا قائل می باشند یا خیر. ما در نظائرش گفتیم خیلی وقتها سلطنت ندارد مثلا کسی آهنی را از مردم غصب می کند، خصوصا در جایی که آهنی را در خانه اشتباهی به کار می برد و مالک می گوید که خانه را خراب کن و آهن من را بده گفتیم چنین سلطنتی در این موارد نمی باشد اگر چه مالک می باشد بله در غاصب قبول کردیم آن هم نه مطلقا اگر باید ساختمان بزرگی را خراب کند تا میلگرد در فنداسیون را بدهد، باز گفتیم در اینجا هم سلطنت ندارد. بله، اگر آن آهن و امثال ذلک اگر خارج شود مالیت دارد، مالک حق مطالبه بدل یا مثل را دارد.

^۱ در شیر فاسد، ظاهرا ملک است اما در موارد دیگر ممکن است که خیلی روشن نباشد که ملک است یا حق باشد. الناس مسلطون علی اموالهم در مورد ملک می آید. این روایت معتبری نمی باشد و در لسان فقهاء آمده است که مراد این است که دیگران در تصرف در اموال مالک مجبورند به خلاف مالک.

قول دوم:

گفته اند که مطلقاً حق مطالبه ندارد به خاطر اینکه خودش اقدام کرده است. فرض کنیم به اعتقاد این که اجیر شده است برای خیاطت قباء، اقدام کرده است به دوخت آن. آیا می تواند مطالبه کند یا خیر؟ گفتیم در اینجا یک سیره عقلائی نداریم سیره عقلائی در امثال اینجا امضائی است یعنی تابع اعراف است ممکن است در عرفی این سلطنت باشد و در عرفی این سلطنت نباشد. ما تابع عقلاء می باشیم که عقلاء تابع عرف می باشند لذا یک نسخه کلی نمی توانیم بپیچیم.

بله ممکن است که در جاهایی هم برای خود عرف مبهم باشد نه می گوید حق دارد و نه می گوید حق ندارد ساکت است. این را مکرر گفتیم که در جاهایی که عرف حکمی ندارد، راههایی وجود دارد مثلاً مصالحه کنند یا پیش حکم بروند یا قانون اگر تعیین کرد عقلاء در این موارد ملزم می کنند به قانون عمل کنند.

خوب این نسبت به مطلبی که سید فرمود.

اما نسبت به نقصی که وارد می شود: گفتیم اگر عقلاً برای او این حق را قائل می شوند که می تواند نخ خودش را تخلیص کند، نوعاً تضمینش هم نمی کنند. اگر در هنگام نخ کشیدن نقص عینی باشد، مثلاً در هنگام کشیدن پاره شد، ضامن است اما اگر نقص قیمتی شد دیگر ضامن نمی باشد. مثل مواردی می ماند که ما مثلاً یک شیئی را برده است اگر از او بگیریم کالای خودش از قیمت می افتد. پس گفتیم که اگر عقلاً این حق را قائل شدند، نقص قیمتی را ضامن نمی باشد. مثلاً گفتیم کسی که حق دارد که پنج طبقه بسازد و لو در اثر ساختن پنج طبقه قیمت خانه های اطراف نقص پیدا می کند، اینجا ضامن نمی باشد. چرا که در اینجا ارتکازی است برای ما و آن ارتکاز این است که عقلاء دوسویه عمل نمی کنند که هم به او حق بدهند و هم ضامن بدانند حداقل اگر در جایی هم دوسویه عمل کنند این از آن موارد نمی باشد. اگر

فرض کردیم عقلاء حق قائل شدند قانوناً حق داد که ۵ طبقه بسازد دیگر او را ضامن نمی داند.

نگویید ید او امانی است و اگر کوتاهی نکرد و خسارتی وارد شد ضامن نمی باشد، چرا که ید امانی در تلف است اما اینجا اتلاف است که در هر صورت متلف، ضامن است.

۱... و لا يجب عليه قبول عوضه^۲

لو طلبه المستأجر كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه
الموخر...

می فرمایند که اگر مستأجر به اجیر گفت این نخهایی که مال تو است بیا من پولش را می دهم ولی پارچه را نشکاف مرحوم سید گفته اند که واجب نمی باشد که اجیر قبول کند می تواند قبول کند یا نکند یا اگر اجیر گفت که من بدل پارچه را می دهم و قباء را از من نگیر، بر مستأجر واجب نمی باشد که این درخواست را قبول کند.

^۱ سه شنبه ۹۹/۰۷/۲۹.

مسألة ۱۳: إذا خاط ثوبه قباء و ادعى المستأجر أنه أمره بأن يخيطة قميصاً فالأقوى تقديم قول المستأجر لأصالة عدم الإذن في خياطته قباء و على هذا فيضمن له عوض النقص الحاصل من ذلك و لا يجوز له نقضه إذا كان الخيط للمستأجر و إن كان له كان له و يضمن النقص الحاصل من ذلك...

^۲ الخيط.

دليل المطلب: السيرة العرفية العقلانية في سلطنة المالك على أمواله.

نکته اش سیره است که سلطنت خود انسان بر اموال است وقتی سلطنت بر اموال خودش داشته باشد می تواند قبول معاوضه کند یا نکند.

مختارنا: الدليل يكون السيرة و لكن السير على حسب الأزمنة و الأمكنة متفاوتة.

این کبرای کلی که ببینیم در سیره چه می باشد این درست است اما در همه امثله اینطور باشد معلوم نمی باشد چرا که سلطنت را سیره متعین و محدود می کند لذا به لحاظ عرفها و ازمنه و امکنه ممکن است متفاوت باشد اما اینکه در عرف زمان سید اینطور بوده است یا خیر، نمی دانیم اما در عرف ما به نظر می رسد که متفاوت است. در سلطنت بر اموال در موارد تراحم گاها یک عرف، یک طرف را می گیرد و تارة در عرف دیگر طرف دیگر را می گیرد. گفتیم عقلاء سلوکشان امضائی است عرفی را که برای یک طرف سلطنت قائل است امضاء می کند و عرف دیگر را که حق را برای طرف مقابل می بیند آن را هم در دایره همان عرف امضاء می کند.

...هذا و لو تنازعا في هذه المسألة

و المسألة المتقدمة^١ قبل الحمل و قبل الخياطة فالمرجع التحالف.^٢

بعد مرحوم سيد می فرمایند اینها در نزاع بعد از عمل است اما اگر خیاطی انجام نگرفته است مستأجر می گوید که اجیر کردم بر خیاطت قمیص و اجیر می گوید که اجیر شدم بر خیاطت قباء. می فرمایند که این باب تحالف و تداعی است هر دو مدعی هستند و هر دو منکر می باشند. یکی می گوید که من اجیر شدم بر خیاطت قباء دیگری می گوید اجیر نشدی، یکی می گوید تو اجیر شدی بر خیاطت قمیص و دیگری می گوید نه من اجیر نشدم. وقتی باب تداعی شد هر طرف که بینه داشت مقدم می شود و الا نوبت به تحالف می رسد یعنی هر دو باید قسم بخورند و بعد از قسم خوردن قاضی حکم می کند به فسخ عقد یعنی عقد را فسخ می کند. این حکم به فسخ از شئون قاضی است. از شئون حاکم است. اگر هم بگوییم از شئون قاضی نمی باشد وقتی اینها تراضی می کنند یعنی توافق می کنند بر اینکه قاضی بتواند فسخ کند. چطور در باب اقاله و استقاله گفته می شود که اگر طرفین توافق بر تفاسخ کردند این درست است عقد لازم است اما طرفین می گویند بیا این عقد را فسخ کنم و اینها هم قبول می کنند این عقد فسخ می شود همینطور وقتی رجوع می کنند یعنی این حق را به قاضی دادند که قاضی حق دارد که اگر مصلحت ببیند حکم کند به فسخ این عقد.

^١ مسئله متقدمه مسئله حمل است. یکی می گفت اجیر شدم برای بردن بار به تهران و دیگری می گوید که برای بردن به شیراز اجیر شدم.

^٢ مسألة ١٣: إذا خاط ثوبه قباء و ادعی المستأجر أنه أمره بأن يخيطة قميصا فالأقوى تقديم قول المستأجر لأصالة عدم الإذن في خياطته قباء و على هذا فيضمن له عوض النقص الحاصل من ذلك و لا يجوز له نقضه إذا كان الخيط للمستأجر و إن كان له كان له و يضمن النقص الحاصل من ذلك و لا يجب عليه قبول عوضه لو طلبه المستأجر كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه الموجه هذا و لو تنازعا في هذه المسألة و المسألة المتقدمة قبل الحمل و قبل الخياطة فالمرجع التحالف.

ان قلت:

این قاضی که قاضی منصوب است و قاضی تحکیم که نمی باشد.

قلت:

گفتیم قاضی ابتدائاً نمی تواند حکم کند باید در قضاوت به او رجوع کنند تا بتواند حکم کند و مراجعه به قاضی یک نحو مصالحه و توافق و عقد است.

ان قلت:

طرف نزد قاضی منصوب می رود که حکم شارع را بشنود.

قلت:

اشکال ندارد و لو رجوع به قاضی منصوب کند، این که واجب نمی باشد به او رجوع کند. حالا که رجوع به قاضی منصوب کردند، حرف قاضی این است که حرف شارع فسخ است چرا که این مقدار از اختیارات برای رفع خصومت اصلاً در قضاء افتاده است و الا رفع خصومت ممکن نمی باشد قضاء بی معنا است منتها ما ها همیشه معتقدیم وقتی توافق می شود یعنی یکدفعه ما توافقاً پیش قاضی می رویم این از باب قرار داد و توافق است اما یکبار ما را پیش قاضی می برند و ما راضی نمی باشیم اگر پیش قاضی بردند نفوذ حکمش از باب امارات و اختیارات قاضی است.

اگر فرض کردیم یک شواهدی به نحو طرفی بود که یکی مدعی و منکر شد باب دعوا است نه تداعی اما فرض این است که باب تداعی است. یعنی عرف هر دو را مدعی می بیند.

۱۴ مسألة كل من يقدم قوله في الموارد المذكورة

عليه اليمين للآخر

سید می گویند که ما مواردی را گفتیم که مقدم می شود قول مستأجر و مواردی را گفتیم که قول اجیر مقدم می شود از باب اینکه ایشان تشخیص داد که چه کسی منکر و چه کسی مدعی است که قول منکر مقدم می شود. ایشان می گوید که قول منکر که مقدم می شود این در جایی است که قسم بخورد. یعنی قاضی که به نفع منکر حکم می کند بعد از یمین حکم می کند چرا که ظاهر «انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان» یعنی قضاء من مبتنی بر یمین و بینات است نه اینکه بدون یمین و بینه قضاء کنم لذا اگر قاضی تشخیص داد چه کسی منکر و مدعی است به مدعی می گوید که بینه بیاور اگر بینه آورد به نفع او حکم می کند و اگر او گفت من بینه ای ندارم به منکر می گوید که قسم بخور اگر منکر قسم خورد به نفع او حکم می کند اما اگر منکر هم قسم نخورد چرا که گاهی اوقات منکر می گوید که من مطلع نمی باشم و یادم نیست که این که مدعی می گوید، درست است مثلاً مستأجر می گوید که کتاب را عاریه دادم و منکر می گوید نمی دانم که عاریه داده است یا خیر، خوب در اینجا منکر نمی تواند قسم بخورد که به من عاریه نداده است بلکه گفته شده است که قاضی می گوید قسم بخور که یادم نمی باشد. وقتی قسم خورد که یادم نمی باشد، ید اماره ملکیت است قاضی حکم می کند که کتاب مال منکر است. این فرمایشی است که فقهاء فرمودند.

انما الکلام در دلالت آن جمله است: «انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان» این دو معنا دارد:

یکی معنایی است که علماء گفته اند یعنی قضاوت من مبتنی بر بینه و ایمان است یعنی زمانی حکم می کنم که بینه و قسم باشد و الا لا أقضی بینکم.

یکی هم معنایی است که ما کردیم. ما گفتیم معنایش این است که منی که رسول خدا هستم بر اساس علم غیب قضاوت نمی کنم بلکه بر اساس همین بینه و یمین قضاوت می کنم که کلاً در باب قضاء همیشه مستند بینه و یمین است اما اینکه در مقام قضاء نیاز به یکی

داشته باشیم این روایت ساکت است اما خارج از اینها نمی باشد اما معنایش این نمی باشد هر جا حکم کردم آنجا حتما یمینی و بینه ای است یعنی من مثل بقیه هستم اگر بین مردم قضاوت کردم بر اساس بینه و یمین قضاوت می کنم نه بر اساس علم غیب یا بر اساس وحی یا اینکه از خدا سوال کنم حق با چه کسی است، خیر اینطور نمی باشد من هم در امر قضاوت مثل سائرین می باشم بر اساس علم رسالت و وحی و .. قضاوت نمی کنم بنا براین آیا در مقام قضاء نیاز داریم به اینکه او هم قسم بخورد یا همینکه مدعی بینه ای را ثابت نکرد قاضی حکم می کند به نفع منکر و می گوید که کتاب مال منکر است؟ گفتیم اگر ما باشیم این روایت، از این روایت چنین چیزی استفاده نمی شود. بله به روایات دیگر هم استناد کرده اند اما گفتیم اشکالی ندارد که اگر قضاء قاضی در عصری باید مستند به قسم باشد ما هم قبول می کنیم و اما اگر در عصری انکار نیاز نبود و فقط اثبات لازم باشد و اگر اثبات نشد، حق را به منکر می دهیم بدون هیچ گونه انکار و قسمی، باز قبول می کنیم.

دقت کنید این حرف در مورد بینه نمی آید چرا که بینه به معنای ما یبین است به معنای شهادت عدلین نمی باشد خوب معلوم است قاضی وقتی حکم می کند باید در حکمش مستند باشد.

اما نسبت به یمین منکر اگر این حق جناب مدعی باشد که استحلاف کند و لو این حق عرفی برای استحلاف باشد یعنی به منکر بگوید که قسم بخورد چون گفته شده است که عرفاً حق مدعی، استحلاف است اگر در عرفی برای مدعی این حق اثبات شد ما هم قائلیم یعنی این حق ثابت شد یعنی در عرف ما استحلاف حق مدعی باشد اگر این حق ثابت باشد اگر مدعی تقاضای یمین کرد، باید منکر قسم بخورد.

این ها اموری است که گفتیم الگوی ثابتی ندارد که بخواهید در تمام ازمنه و امکانه سرایت بدهید. حتی گفتیم که اگر روایات هم باشد، چون در این معاملات به معنای اعم احتمالش

است که در آن عرف معصوم این حق استحلاف بوده است، لذا امام فرمودند اما معنایش این نمی باشد که در شرع اینطور است که باید اینکار کند خصوصا در زمان قدیم که مال امر مورد اهتمامی بوده است که تحصیل آن خیلی سخت بوده است لذا باید ضوابط به طوری باشد که شخص بتواند در هر صورت مال خود را حفظ کند. لذا بعید نمی باشد که این حق استحلاف بوده است . لذا این مطالب مربوط به مدعی و منکر مسائل قضاء مربوط به قضاء است اما در اینجا اشاره کردیم که قضائی را ثابت کنیم که شارع مقدس گفته است این ثابت نمی باشد اما آیات شریفه و من لم یحکم بما انزل الله در سه آیه شریفه سه عنوان دارد که اگر کسی حکم نکند بما حکم الله این فاسق و کافر و ظالم است. این گفتیم با لم یحکم الله مگر چند از موارد قضاء حکم الله آمده است معنایش این است که در قضاوت عادلانه قضاوت کند یعنی بر اساس عدالت نه رشوه و هوای نفس. یعنی در موضع حکم و قضاوت به عدالت قضاوت کنید. یعنی در مقام قضاء کاملا عادلانه قضاوت کنید اگر صلاحیت در قضاوت را به خاطر پیچیدگی مسئله، در خود ندیدید قضاوت نکنید یا شرائط جسمی و روحی خوبی ندارید قضاوت نکنید. من به ضوابط آشنا باشیم و موضوع ار بشناسیم بر اساس دوستی و رفاقت و فامیلی قضاوت نکنم مراد آیات شریفه این است. در یک روایت داریم در یک قضاوت بین امام و یهودی قاضی امام را به کنیه صدا زد و یهودی را به اسم صدا زد و امام ناراحت شدند که چرا من را به کنیه احتراماً صدا زدید. یعنی حتی در صدا زدن هم عدالت را رعایت کنید.

خاتمة فيها مسائل^١

الأولى خراج الأرض المستأجرة في الأراضي الخراجية

على مالکها...^٢

در مسئله اول می فرمایند خراجی که حاکم از اراضی خراجیه می گیرد این خراج بر مالک است یعنی کسی که ارض خراجیه را به او داده اند نه بر مستأجر به عبارت دیگر بر موجد است. مراد از اراضی خراجیه اراضی بوده است که فتح شده است عنوتا یعنی به قهر و غلبه و این اراضی هنگام فتح آباد و زنده بوده است و این اراضی ملک مسلمین حساب می شود. این در نزد فقهاء ما همه آن اراضی که در زمان خلفاء به غلبه فتح شده است یعنی با قوه قهریه اخذ شده است و در هنگام فتح محیة و آباد بوده است این را گفتیم اراضی خراجیه است و این در نزد فقهاء ملک مسلمین است مثل بخش زیادی از عراق امروز. در قدیم والی و حاکم از این اراضی مالیاتی می گرفت که به آن خراج می گفتند و این خراج را بر اساس کسر می گرفتند که بر اساس سالهای مختلف این فرق می کرده است مثلاً می گفتند که کشت کنید و یک چهارم یا یک سوم و یا یک دهم را باید به عنوان خراج یا مالیات به حاکم و والی می دادند.

مراد از مالک زمین یعنی کسی که زمین در دست او بوده است چرا که این املاک ملک کسی نمی باشد ملک مجموع مسلمین است. که آن حاکم و والی آنکه حاکم و والی از قبل

^١ چهارشنبه ۹۹/۰۷/۳۰.

^٢ خاتمة فيها مسائل:

الأولى خراج الأرض المستأجرة في الأراضي الخراجية على مالکها و لو شرط كونه على المستأجر صح على الأقوى و لا يضر كونه مجهولاً من حيث القلة و الكثرة لاغتفار مثل هذه الجهالة عرفاً و لإطلاق بعض الأخبار.

خلیفه یعنی امام المسلمین است به عنوان والی که از طرف امام المسلمین انتخاب می شد مالیات را می گرفت و در همانجایی که خلیفه تعیین می کرد مصرف می کردند. تا آخر دوره عباسی ها خلیفه سلطان نبود، این امام المسلمین بود. بعد امام المسلمین که تا هر جایی که والی و حاکم داشت انحائی از مالیات را می گرفتند که یکی از انحاء مالیات خراج است خراج مخصوص اراضی بود که مفتوحة عنوة بود و عامر بود و ملک مسلمین بود اما انواع دیگری از مالیات را هم می گرفتند چرا که کلا حکومتها درآمدشان از ضرائبی بود که از مردم جمع می کردند که گاهی بر اساس درصد بود که اصطلاحاً خراج می گفتند که کاری نداشتند که محصول زمین زیاد باشد یا خیر می گفتند باید یک عشر از محصول را بدهید که در حقیقت می شد اجاره زمین. بلکه گاهی اوقات حکومتها بر غیر از اراضی خراجیه مالیاتی می بستند مثلاً هر جریبی و هر هکتاری باید این مبلغ را بدهد کاری نداشتند محصول زمین چقدر باشد این را اصطلاحاً مقاسمه می گفتند یا خراج المقاسمه که بر اساس مساحت زمین و متراژ زمین پولی تعیین می کردند.

در این اراضی خراجیه در واقع دو اجاره بوده است یک اجاره که امام المسلمین به مالکین اجاره می دهد و یکی هم مالک اجاره به مستأجر دیگر می دهد در واقع دو اجاره است مثل اوقاف که اوقاف به مالکین و مالک به مستأجر اجاره می دهد. اینجا می گویند که خراج و ایشان می فرمایند که اجرت را باید مالک ارض یعنی من بیده الارض بدهد. خوب این هم وجهش روشن است چرا که امام المسلمین در واقع اجاره داده است به «من بیده الارض» و او به دیگری اجاره دهد.^۱ لذا باید او اجرت را بدهد. اینکه به کسی که زمین در دست اوست می گوئیم مالک در واقع این تسامحی است، چرا که در حقیقت مستأجر امام المسلمین و اوقاف

^۱ فرق بین امام المسلمین با مالک در نزد مشهور که دائماً دنبال شرع بودند در این است که در مالک، می گویند که این مالک شرعی است یعنی مالکیت این شخص را شارع قبول کرده است و لکن در امام المسلمین در جایی که امام المسلمین عرفی باشد، شارع به سکوت و روایات تصرفات او را امضاء کرده است نه اینکه امامت اینها را امضاء کرده است به این معنا که این امامت اینها را شارع قبول دارد. (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۷/۳۰).

می باشند. الان موضوع منتفی شده است^۱ اما در نظر فقهاء آن اراضی همان احکام را دارد اما اگر شک کردیم این قسمت از زمین در آن زمان که فتح شده است، عامره بوده است یا خیر استصحاب می گوید که عامره نبوده است چرا که عمارة از حوادث و عوارض است که عارض بر زمین می شود. استصحاب نمی گوید که موات بوده است می گوید که عامره نبوده است و حکم زمین موات را دارد.

...و لو شرط كونه على المستأجر صح على الأقوى

و لا يضر كونه مجهولا من حيث القلة و الكثرة لاغتفار مثل هذه الجهالة عرفا و لإطلاق بعض الأخبار.^۲

بعد سید می فرمایند که اگر در عقد اجاره شرط کند که خراج بر مستأجر باشد نه بر مالک می فرمایند، اشکال ندارد. اینکه در روایات آمده است که بر مالک است این در جایی است که بدون شرط باشد و الا اگر شرط بشود اشکال ندارد.

خوب در اینجا مسئله ای مطرح می شود و آن اینکه اگر با شرط اشکال ندارد، این جهالت دارد چرا که مثلاً گفته می شود یک دهم را باید خراج دهید خوب خود محصول که مشخص

^۱ اینکه الان اراضی مفتوحة عنوة موضوع ندارد چرا که اصلا ما نه امام المسلمین داریم و نه موالی از طرف اینها.

بله در زمان بنی عباس خلفاء امام المسلمین بوده اند اما امام المسلمین عرفا نه شرعا امام المسلمین شرعا امامان معصوم است و در زمان بنی عباس اینها خلیفه عرفی بوده اند و امام به مصلحة آنها را امضاء کرده است و موالی خود قرار داده اند به مقتضای روایات جوائز السلطان و روایات خراجیه و سیره عملیه حضرات معصومین علیهم السلام این را برداشت کرده اند و امضاء را فهمیده اند. سلطان یعنی حاکم و حاکم یعنی موالی از طرف امام المسلمین شرعا. امام المسلمین یعنی کسی که زعامت مسلمین را دارد و مومنین و مسلمین آن را به عنوان امام قبول کرده باشند و لو به زور خود را تحمیل کرده باشد و بقیه قبول کرده باشند. (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۷/۳۰).

^۲ خاتمة فیها مسائل:

الأولى خراج الأرض المستأجرة في الأراضي الخراجية على مالکها و لو شرط كونه على المستأجر صح على الأقوى و لا يضر كونه مجهولا من حيث القلة و الكثرة لاغتفار مثل هذه الجهالة عرفا و لإطلاق بعض الأخبار.

نمی باشد صد من است، یا پانصد من است طبیعتاً در صد هم مشخص نمی باشد و اجرت هم مشخص نمی باشد. خوب با این مشکل چه باید کرد؟ گفته شده است که این مقدار جهالت مشکلی ندارد مثل جهالت‌هایی است که از ناحیه شرط می آید مثلاً زمین را اجاره به کسی می دهد و اجرة را چند درصد محصول قرار می دهد، این اشکال ندارد. یعنی عرف و عقلاء در این مقدار از جهالت اقدام می کنند بعضی از روایات هم داریم که در روایت آمده است که شرط می کند بعد حضرت فرمودند که در شرط مشکلی ندارد که این روایات اطلاق دارد و مقتضای اطلاق عدم اشکال است.

علی الاقوی اشعار به اشکال دارد که دو اشکال در اینجا است:

یکی این که در روایات آمده است که خراج بر مالک است که جوابش این است که آن در جایی است که شرط نشده باشد.

یکی دیگر غرر است که جواب داده شده است که غرری که عقلاء اقدام می کنند اشکال ندارد. مضافاً بر اینکه روایت هم داریم من جمله که صحیحه داوود بن سرحان:

۲۴۱۴۶-۱-۱ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ جَمِيعاً عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَصْرِ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ تَكُونُ لَهُ الْأَرْضُ عَلَيْهَا خَرَجٌ مَعْلُومٌ وَ رَبِّمَا زَادَ وَ رَبِّمَا نَقَصَ فَيَدْفَعُهَا إِلَى رَجُلٍ عَلَى أَنْ يَكْفِيَهُ خَرَاجُهَا^۱ وَ يُعْطِيَهُ مَائَتِي دِرْهَمٍ فِي السَّنَةِ قَالَ لَا بَأْسَ.

وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ يَكُونُ لَهُ الْأَرْضُ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ^۲.

۱ (۲) - الكافي ۵- ۲۶۵- ۵، و آورد صدره عن الفقيه في الحديث ۲ من الباب ۹، و قطعة منه في الحديث ۱ من الباب ۱۱ من هذه الأبواب.

۲ که خراجش هم با خودت باشد.

۳ (۳) - التهذيب ۷- ۱۹۶- ۸۶۸، إِلَّا أَنْ فِيهِ- يَكُونُ لَهُ الْأَرْضُ عَلَيْهِمَا خَرَاجٌ.

وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عِ مِثْلَهُ^۱.

امام فرمودند: «لا بأس» خوب اطلاقش می گیرد جائی که این اختلاف کم باشد یا اختلاف زیاد باشد مقتضای اطلاق این است که اشکالی ندارد.

بله احتمال دارد کسی روایت را حمل کند بر جایی که مقدار محصول و در نتیجه خراج معلوم است و اطلاق گیری نکند چون روایت نص نمی باشد و صریح نمی باشد چرا که باید به این اطلاق تمسک کنیم. کما اینکه از محشین هم گفته اند که اطلاق ندارد.

بله این درست است و ما اطلاق را هم قبول کردیم بنابراین اگر روایت خاصه هم نبود می گفتیم اشکالی ندارد که شرط کند که خراج بر عهده مستأجر باشد.

خوب حالا که این خراج بر عهده مستأجر باشد این به نحو شرط فعل است یا به نحو شرط نتیجه است؟ به نحو شرط نتیجه یعنی حاکم به آن مقدار مالک نشود و به نحو شرط فعل یعنی به آن مقدار مالک شود و لکن بر عهده او است که آن مقدار را اداء کند. فی نفسه گفته اند که هر دو درست است شرط کند که بر عهده مستأجر باشد چه به نحو شرط فعل یا به نحو شرط نتیجه.

انما الکلام در این است که خود خراج به نحو شرط نتیجه است یا به نحو شرط فعل؟ یعنی وقتی زمینی را کشت می کنیم یک دهم این محصول را باید بدهیم به والی و حاکم یا خیر حاکم و والی از همان اول مالک یک دهم حاصل این گندم می شود؟ این را نمی دانیم در آن زمان چگونه بوده است یعنی نمی دانیم در آن زمان وقتی اراضی خراجیه را کشت می کردند به مقدار خراج ملک بیت المال می شده است یا اینکه نه همه ملک زارع و کشاورز بوده است و

^۱ (۴) - الفقیه ۳ - ۲۴۴ - ۳۸۹۰.

^۲ وسائل الشیعة؛ ج ۱۹؛ ص ۵۷، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

لکن او به لحاظ حکومتی موظف بوده است یکم دهم را به حکومت بدهد، نمی دانیم کدام است. نتیجه کجا پیدا می شود؟ نتیجه در جایی که مال تلف شود. ممکن است کسی بگوید که اداء است یعنی به نحو شرط فعل است اما اگر تلف شد تلف را مد نظر می گیرند یعنی قبل از دادن خراج کسی مال را می دزدد اگر به نحو مشارکت و شرط فعل باشد از همه کم می شود و اگر به نحو اداء و شرط فعل باشد این تابع دستور حکومتی است که آیا یک دهم از حاصل زمین است بدهد، یا از یک دهم از مقداری که باقی مانده است. احتمال دارد یک دهم حاصل زمین را باید بدهد، چه بدزدند یا ندزدند چرا که اگر اینطور نباشد کم کم ممکن است بهانه ای شود که بگویند دزدیده شده است. ما مراجعه نکردیم که ببینیم تاریخیاً چطور بوده است که در آن زمان به صورت ملکیت بین المال بوده است یعنی بیت المال شریک می شده است یعنی به نحو شرط نتیجه بوده است یا خیر به نحو شرط فعل بوده است یعنی به عهده زارع بوده است. نمی دانیم کدام بوده است و مهم هم نمی باشد چرا که اثری ندارد و در زمان ما موضوعی ندارد که بخواهیم راجع به آن بحث کنیم.

نگویید که این اجاره تسامحی است چرا که مالک زمین در حقیقت همه مسلمین بوده اند و او مالک نبوده است لذا این قواعد اجاره را نمی توانیم تطبیق کنیم این اشکال وارد نمی باشد چرا که در اجاره باید موجر مالک عین یا منفعت باشد و این شخص که اراضی خراجیه در دست اوست مالک منفعت می باشند.

ان قلت:

بگوییم در اجاره مالک منفعت باید باشد چه به مالکیت بر عین یا مالکیت بر منفعت.

قلت:

خیر ما که قبول نداریم که مالک عین در سیره مالک منفعت باشد و فقط او را ذی حق می دانند لذا می تواند مالک منفعت نباشد اما در عین حال بتواند اجاره دهد لذا می گوئیم که یا باید مالک عین باشد یا مالک منفعت باشد.

الثانية لا بأس بأخذ الأجرة

على قراءة تعزية سيد الشهداء و سائر الأئمة ص...^۱

مسئله دوم، یک مسئله ای است که مرحوم سید به مناسبت مطرح کرده اند و آن اینکه این افرادی که روضه می خوانند و سخنرانی می کنند آیا اینها را می توان اجیر بر روضه خواندن کرد کسی را اجیر کنید که بیاید و روضه یکی از اهل بیت% را بخواند؟ سید می فرمایند که اشکالی ندارد و می توانیم اجیر شویم برای روضه خواندن و سخنرانی کردن.

این که اخذ اجرت اشکالی ندارد به جهت این است که ما هر مبنائی که داشتیم، می گوئیم هر عملی که این عمل جایز باشد شرعا و شرعا ممنوع نباشد می توانیم اجیر شویم بلکه ممکن است که در واجبات نتواند اجیر شود اما روضه خواندن که از واجبات نمی باشد مرثیه خواندن از واجبات نمی باشد شخص می تواند اجیر شود برای روضه خواندن.

کسی اشکال کند که با قصد قربت جمع نمی شود این مشکلی ندارد در روضه که قصد قربت شرط نمی باشد ریاء در عبادت حرام است آن عبادت واجب باشد یا مستحب، اما در غیر عبادت ریاء کراهت دارد و حرمت ندارد لذا در غیر عبادت ریاء می کند تا مثلا در میان مردم انسان صالحی شناخته شود این اشکالی ندارد و لکن ثواب هم ندارد اعمال دارای ثواب زمانی خیر است و ثواب دارد که لله انجام شود. هر عبادتی و لو مستحب باشد ریاء در آن حرام است

^۱ الثانية لا ... و لكن لو أخذها على مقدماتها من المشي إلى المكان الذي يقرأ فيه كان أولى.

این در روایت است که در مقام عبودیت ریاء کند، این حرام است اما در غیر عبادت که مشکلی ندارد بر فرض اینکه قصد قربت متمشی نشود خلاف شرع نمی باشد روضه ای می خواند بخاطر پول، مشکلی ندارد ما ها در اخذ اجرت در واجبات هم اشکال نکردیم در اینجا که به طریق اولی.

۱...و لکن لو أخذها علی مقدماتها

من المشي إلى المكان الذي يقرأ فيه كان أولى.

سید می فرمایند که اگر بر مقدمات اجیر شود نه بر خود عمل این بهتر است. ما اجیر شویم بر این که به فلان مکان برویم و به منبر برویم بر این اخذ اجرت کنیم نه بر خود روضه خواندن و سخنرانی کردن اما این متعارف نمی باشد چرا که اگر کسی این کار را انجام دهد و به منبر هم برود اما سخنرانی نکند و سکوت کند و بگوید من به مقداری که بر آن اجیر شدم عمل کردم، این را قبول نمی کنند و در اذهان این مرتکز نمی باشد در ارتکاز اجرت و لو بر مقدمات باشد بر ذی المقدمه هم هست وقتی بالای منبر رفت باید روضه بخواند یعنی اگر اجرت گرفت در ارتکاز این است که باید برود و روضه بخواند.

چرا اولی است؟ وجه اولویت چیست؟ این اقرب به خلوص است چرا که عملی را که مجانی انجام می دهد اخلاصش بیشتر از اینکه برای آن اجرت بگیرد. یعنی انسان تعزیه و روضه خواندش به الله اقرب است یا برای سخنرانی اجیر شود اما برای روضه اجیر نشود. حال صحبت‌های علمی و اخلاقی، اجتماعی باشد یا غیر اینها، فرقی نمی کند. البته این را باید با موجد در میان بگذارد و بگوید که من اجیر می شوم برای سخنرانی و روضه را متعلق اجاره قرار ندهند.

۱ الثانية لا بأس بأخذ الأجرة على قراءة تعزية سيد الشهداء و سائر الأئمة ص ...

در زمان ما همه منبرها عقد اجاره است. الان متعارف این است که بعد از سخنرانی روضه بخواند اگر اجیر شد برای منبر باید هم سخنرانی کند و هم روضه خواند و اگر یکی نباشد به عقد اجاره متعارف عمل نکرده است.

مراد از اولی این نمی باشد که شرعا مستحب است یعنی این بهتر است چون اقرب به خلوص است.

الثالثة: يجوز استيجار الصبي المميز

من وليه الإجباري أو غيره

كالحاكم الشرعي لقراءة القرآن و التعزية و الزيارات...^۲

ایشان می فرمایند که ما صغیر ممیز را می توانیم برای زیارت رفتن و قرآن خواندن یا تعزیه خواندن، اجیر کنیم ولی باید از ولی او اجیر کنیم حال این ولی اجباری باشد یا ولی شرعی. در فقه برای صبی دو ولی قائل می باشند: ولی اجباری و ولی شرعی. ولی اجباری سه نفر می باشند: پدر و جد پدری و قیمی که وصی شده است یعنی وصی که به صورت قیمومت به آن وصیت شده است اینها را اصطلاحاً اولیاء اجباری می گویند و بقیه ولی شرعی می باشند مثل مجتهد جامع الشرائط و عدول مومنین در صورت فقد مجتهد و فساق مومنین در فرض فقد عدول مومنین.

حاکم شرعی که در فقه می گویند مجتهد جامع شرائط یعنی مجتهدی که تمام شرائط تقلید را داشته باشد. اعلییت از شرائط تقلید نمی باشد فقط در جایی شرط است که دو فتوا

^۱ سه شنبه ۹۹/۰۸/۰۶.

^۲ الثالثة: ... بل الظاهر جوازه لنيابة الصلاة عن الأموات بناء على الأقوى من شرعية عباداته.

به تعارض بیانجامد اما اگر تعارضی در بین دو فتوای دو مجتهد در کار نباشد، اعلمیت شرط نمی باشد مثلاً دو مجتهد داریم که یکی مفضول و یکی افضل و هر دو فتوایشان یکی است یا اصلاً افضل فتوا ندارد در این دو صورت ما می توانیم از مفضول تقلید کنیم اما در دیگر شرائط این طور نمی باشد اگر گفتیم یکی از شرائط ذکوریت است اگر مجتهد زن اعلم باشد نمی توان از او تقلید کرد.

قرائت قرآن یعنی از طرف کسی قرآن را قرائت کند. تعزیه برای اینکه مرثیه خوانی کند و روضه بخواند و مداحی کند. ولی می شود موجر و ممیز می شود عاملی که موجر نمی باشد و ما می شویم مستأجر.

خوب مرحوم سید می فرمایند که در اینجا این اجاره صحیح است. اگر قائل به دلیل لفظی باشیم می گوئیم اطلاقش می گیرد و اگر سیره ای شدیم می گوئیم که در سیره مشخص است که این اجاره صحیح است. خوب دقت کنید ما قائلیم که اگر صبی ولی دارد باید از ولی او اجاره کنیم، لذا ولی باشد یا نباشد خود صبی را مباشرتاً نمی توانیم اجیر کنیم یعنی در سیره عقد اجاره زمانی درست است که با ولی منعقد شود.

اما آیا صبی ممیز ولی دارد یا خیر؟ در نزد فقهاء ما این است که صبی ممیز ولایت بر اجاره ندارد که اجیر شود حتماً ولی اش باید عقد اجاره را ببندد. عمده دلیل آنها آیه شریفه است: «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...» از این آیه شریفه استفاده کرده اند که انسان قبل از بلوغ، ولایت بر اموال و اعمال خود را ندارد.

ما قبول نکردیم گفتیم آیه شریفه با توجه به این که عرف مسلمین این را قبول کرده اند، در مورد ایتام است و نسبت به غیر ایتام ساکت است لذا گفتیم اگر یتیم نباشد، و ممیز باشد می توان با او مباشرتاً وارد معامله شد چه نسبت به اموال خودش و چه نسبت به خودش ما ها بلوغ را شرط نمی دانیم. در یتیم شرط می دانیم نه در غیر یتیم. یکی از شرائط عقود عدم

سفاهت متعاقدين است و اين سفاهت و رشد امر نسبي است مثلا امكان دارد يك شخصي يك بچه اي و يك انسان براي يك معامله خرد سفيه نباشد اما در معاملات كلان تخصص و خبرويت نداشته باشد و سفيه باشد و راحت سر او كلاه برود. گفتيم بله صبي مميز در بسياري از تجارات، سفيه است و اگر سفيه شد، عقد اجاره بايد با ولي او بسته شود. دقت كنيد الان در حال سيره خواني هستيم يعني مي گوييم در سيره زمان و مكان ما اينطور است. صبي گاهها براي كار جزئي سفيه نمي باشد اما در عقد اجاره اي كه اعمال خبرويت نياز است سفيه است مثلا براي دو سال نماز و روزه مي خواهد اجير شود، نوعا افراد صبي در اين نوع معاملات خبرويت ندارد و سفيه است لذا نمي تواند مابشرتا اجير شود با ولي بايد وارد معامله شود. دقت كنيد اگر صبي مميزي غير نوع بود يعني نوعا افراد صبي مميز در اين نوع معاملات سفيه هستند اما اين صبي مميز سفيه نمي باشد، در اينجا مي توان با او وارد معامله شد يعني ما شخصي هستيم نوعي نمي باشيم.

پس اين نکته مهم است كه:

اولا ما در صبي مميز عرفي مي باشيم آنچه كه در آيه شريفه آمده ست در خصوص يتيم است. بله، حتما بايد مميز باشد از غير مميز اصلا قصد متمشي نمي شود و عقد متقوم به قصد است.

ثانيا بايد مواظب باشيم نسبت به آن قرار داد، سفيه نباشد اگر سفيه باشد، عقد او اعتباري ندارد اما اگر سفيه نبود احتياج به ولي نمي باشد بلكه ولي ندارد و خودش وارد عقد مي شود و نوعا در عقد اجاره اگر عقد كوچكي نباشد، نوعا مميزها سفيه مي باشند مثلا براي نماز و قرائت قرآن و ... براي مثال امكان دارد كسي كه در محيطي است كه مشخص است كه قرائت قرآن اين قيمتش است اين ديگر سفيه نمي باشد در اين عقد اجاره يا در جايي كه معاملات بر اساس قيمت روي كالا است، اين ديگر سفيه نمي باشد امروزه مقداري سفاهت

برداشته شده است مثل فروشگاهی بزرگ که چک و چانه بی معناست و تمام معاملات بر اساس قیمت روی کالا انجام می شود، در این معاملات صبی ممیز سفیه نمی باشد.

دقت کنید سفاهت دو معنا دارد:

معنای اول سفاهت در قیمت یعنی سفاhti که نمی تواند قیمت کالا را درست تشخیص دهد.

معنای دوم: سفاهت در خود کالا و معوض است مثلاً می خواهد روغن بخرد نمی تواند تشخیص دهد روغنی که مفید است، کدام است. این سفاهت اشکال ندارد، یا می خواهد پارچه بخرد، می خواهد برود برنج بخرد برنج را نمی شناسد اما برنجی که می خرد به قیمت می خرد بالای قیمت نمی خرد، می خواهد فرش بخرد، اما فرش را خوب نمی شناسد اما به قیمت می خرد این اشکال ندارد این سفاhti که نباید باشد سفاهت در قیمت است نه سفاهت در کالا الان امروزه به گونه ای شده است که سفاهت در قیمت از بین رفته است و در فروشگاههای بزرگ قیمت مشخص شده است لذا می تواند برود و معامله کند و حتی کالاهای بزرگ مثل یخچال را که قیمتشان مشخص است، بخرد.

لذا در صبی ممیز اگر عرفاً آن قراردادش درست باشد، خودش می تواند مسقیماً وارد معامله شود و در جایی که نیاز به ولی ندارد اگر پدر و جد پدری برای او معامله کنند، گفتیم این معامله درست نمی باشد مثلاً این را پدر اجاره دهد برای شش ماه یا یکسال در اموری که عقد اجاره با خودش است، درست باشد، این عقد اجاره باطل است.

۱...بل الظاهر جوازه لنیابة الصلاة عن الأموات

بناء على الأقوى من شرعية عباداته.

مرحوم سید می فرمایند که ولی می تواند صبی ممیز را اجاره دهد برای نماز و روزه نه فقط برای اعمالی که ذمه میت مشغول نمی شود مثل قرائت قرآن و روضه. البته بنا بر فرض اینکه که نماز از صبی ممیز قبول می شود و صحیح است و مشروع.

در اینجا دو بحث است که این دو در کلام سید با هم مخلوط شده ست:

بحث اول اینکه آیا این که اگر صبی را اجیر کنیم بر نماز و روزه این عقد اجاره درست است یا خیر؟ گفتیم این عقد اجاره بلا اشکال درست است چرا که در انعقد اجاره نیاز نمی باشد که حصول قصد قطعی باشد همینکه احتمالی باشد کفایت می کند مثلاً شخص را اجیر می کنید که در بیابان چاه بزند یک درصد احتمال دارد که به آب بخورد و ۹۹ درصد احتمال می دهید که به آب نخورد در اینجا عقد اجاره درست است. مثلاً دکتر می گوید که اگر عمل کنید یک درصد احتمال دارد که زنده بمانید در اینجا محتمل قوی است و شما این کار را می کنید.

در اینجا وقتی صبی را اجیر می کنید احتمال می دهید که ذمه شخص میت بری شود لذا عقد اجاره صحیح است.

یا از این بالاتر کسی را اجیر می کنید که از کسی نماز و روزه بخواند که یک درصد احتمال می دهید که نماز از او فوت شده باشد در اینجا بلا اشکال اجاره صحیح است حتی اگر

۱ الثالثة: يجوز استئجار الصبي المميز من وليه الإجباري أو غيره كالحاكم الشرعي لقراءة القرآن و التعزية و الزيارات ...

مشروعیت عبادت صبی ثابت نشود، همینکه احتمال مشروعیت دهیم این اجاره صحیح است و کفایت می کند.

البته در نظر ما اگر این احتمال هم نباشد اجاره صحیح است.

بحث دوم این است که آیا بر این عمل صبی می توان اکتفا کرد؟ صحت اجاره و اکتفاء به این اجاره دو مسئله است.

آیا به عمل و حج صبی می توان اکتفا کرد؟ مشهور بین علماء این است که نمی شود اکتفاء کرد چرا؟ چرا که در ادله نیابت اطلاقاتی نیست که شامل نیابت صبی هم شود، بله می توانیم اجیر کنیم اما بر عمل اتیان شده نمی توان اکتفاء کرد. در این صورت فایده اش این است که شاید به عمل او بریء شود و به او ثواب دهند. به لحاظ ادله واقعا دلیلی نداریم که در باب نیابت به عمل صبی اکتفاء کنیم فقط می توانیم بگوییم که اطمینان داریم که فقهاء بین عمل صبی و عمل بالغ فرقی نمی باشد. اما این اطمینان یا شخصی است یا نوعی اگر شخصی باشد- اگر چه به درد مشهور می خورد- به درد ما نمی خورد، اگر اطمینان من نوعی باشد این به درد می خورد به اعتبار این که منشأ این اطمینان حجت است اما به کلمات علماء که رجوع می کنیم می بینیم که اکثرا فرمودند که نمی توان اکتفاء کرد، لذا مشخص می شود که این اطمینان نوعی نمی باشد لذا می گوییم نمی توان اکتفاء کرد، اینکه می گوییم نمی توانم اکتفاء کرد از باب این است که دلیل بر اکتفاء نداریم نه اینکه دلیل بر عدم اکتفاء داریم. لذا باید یکنفر دیگر را اجیر کنیم. نیابت خلاف اصل، نیابت در باب اعمال خلاف اصل است چرا که عملی که ذمه من مشغول است، من خودم باید انجام دهم نه دیگری لذا چون اطلاق لفظی ندارد قدر متیقن می شود نیابت بالغ.

هذا تمام الكلام در مسئله سوم.

١ الرابعة: إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة

بعد انقضاء المدة أصول الزرع

فنبتت فإن لم يعرض المستأجر عنها كانت له...^٢

مرحوم سيد می فرمایند که اگر کسی زمینی را برای کشت اجاره کرد و در آن گندم کشت کرد و بعد از درو ریشه در زمین باقی می ماند، خوب بعضی از این ریشه ها دوباره رشد می کند و گندم می دهد این رشد و نمائی که دوباره برای بعضی از ریشه ها اتفاق می افتد و گندم می دهد مال کیست؟ مرحوم سيد می فرمایند متعلق به مستأجر الأرض است الا اینکه اعراض کند.

دلیل المسئلة: قاعدة عقلائية تحكم بأن من ملك شيئاً ملك نمائه.

وجهش چه می باشد؟ می گویند که یک قاعده عقلائی است که وقتی انسان مالک شیئی بود، مالک نماء متصل و منفصل و کالمنفصل آن هم است.

نمائنات سه قسم است:

«متصل»: مثل اینکه گوسفند چاق می شود.

«منفصل»: که نماء است اما منفصل از مال است مثل تخم مرغ و بچه گوسفند.

^١ چهارشنبه ۹۹/۰۸/۰۷.

^٢ الرابعة: ... وإن أعرض عنها و قصد صاحب الأرض تملكها كانت له و لو بادر آخر إلى تملكها ملك و إن لم يجز له الدخول في الأرض إلا بإذن مالکها.

«کالمنفصل»: نمائات کالمنفصل متصل است اما قابل انفصال است مثل میوه درخت یا پشم گوسفند در زمانی که پشمش بلند می شود که می توان جدا کرد یا مثل دانه گندم خوب این حبه رشد می کند که قابل جدا کردن است

گفته شده است که در سیره عقلاء همه نمائات، مملوک مالک مال است اگر مالی مملوک باشد و نمائی داشته باشد یا متصل یا منفصل یا کالمنفصل، همه ی این نمائات مال مالک مال است.

بله اگر مال از مباحات باشد نمائات آن هم از مباحات است درختی در جنگل میوه می دهد یا پرنده ای در بیابان تخم می گذارد این میوه و تخم از مباحات است. سید فرمودند که اگر اعراض نکند حال اگر اعراض کند چه می شود؟ در مسئله آینده می گویند.

این مبتنی بر این است که سیره ای از عقلاء داشته باشیم که گفتیم سیره عقلاء امضائی است بله در عرف ما این طور است و احتمالاً در بسیاری از اعراف هم اینطور باشد اما امکان دارد که در بعضی از اعراف فرق کند و این ریشه های مانده در ارض، مملوک مالک ارض باشد این دور از ذهن هم نمی باشد که گندمهایی که داخل زمین می ماند و بعد رشد می کند، مملوک مالک ارض باشد اگر عرفی اینطور باشد، ما هم قبول می کنیم.

اما در عرف زمان و مکان ما چه می باشد؟ خیلی برای ما روشن نمی باشد که ملک مالک بذراست یا ملک مالک ارض است. این خیلی روشن نمی باشد. حال یا به نحو شبهه معنائیه یا به نحو شبهه مفهومی.

اگر در این مواردی که عرف هم نمی داند، نزاع شود یک سیره ثانویه ای است که در این موارد باید رجوع به حکم کنند یا مصالحه کنند.

۱...وإن أعرض عنها

و قصد صاحب الأرض تملكها كانت له و لو بادر آخر إلى تملكها ملك
وإن لم يجز له الدخول في الأرض إلا بإذن مالکها.^۲

سید می فرمایند که اگر مالک بذر از آن اصول و ریشه اعراض کرد مالک زمین و یا دیگری
هم می تواند تملک کند اما اگر دیگری بخواهد برود داخل زمین و آن گندم را درو کند باید از
مالک ارض اجازه بگیرد.

این یک مسئله ای است که از جهات مختلف قابل بحث است اما قبل از اینکه وارد
بررسی متن شویم، ابتداء در مسئله اعراض بحث کنیم و بعد از این بحث، برگردیم به ما نحن
فیه:

مسئلة «الإعراض»:

اگر کسی ملکی و مالی دارد که از آن ملک یا مال اعراض کرد، حالا که اعراض کرد آیا این
مال از ملک او خارج می شود یا خیر؟

الأقوال في المسئلة:

اقوال در مسئله چهار قول است:

^۱ الرابعة: إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدة أصول الزرع فنبتت فإن لم يعرض المستأجر عنها
كانت له ...

^۲ الرابعة: إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدة أصول الزرع فنبتت فإن لم يعرض المستأجر عنها
كانت له وإن أعرض عنها و قصد صاحب الأرض تملكها كانت له و لو بادر آخر إلى تملكها ملك و إن لم يجز له الدخول في
الأرض إلا بإذن مالکها.

القول الأول، قول المشهور: خروج المال من الملك بمجرد الإعراض.

قول اول در مسئله این است که به مجرد این که از مال خودش اعراض کند از ملکش خارج می شود همین که کتاب یا صندلی دارد که از این کتاب و صندلی اعراض کرده از ملک او خارج شده و از مباحات می شود.

این قول را مرحوم آقای خوئی به مشهور و مرحوم سید در مقام نسبت داده اند. مرحوم صدر در منهاج این قول را اختیار کرده است.^۱

منتها مرحوم آقای خوئی هم فرموده اند که مرحوم سید این قول اول را اختیار کردند اما قول مرحوم سید با قول دوم هم سازگار است.

القول الثاني: لا يكون مُخرجا من الملك الا بتملك الغير.

قول دوم در مسئله این است که اگر ما اعراض کردیم، به مجرد اعراض از ملک ما خارج نمی شود بلکه دیگری باید تملک کند تا از ملک ما خارج شود من از این میز و صندلی اعراض کردم این از ملک من خارج نمی شود اما اگر دیگری استیلاء پیدا کرد به قصد تملک آن وقت از ملک من خارج می شود این مختار آقای خوئی در منهاج است. ایشان قائلند که به مجرد اعراض مال از ملک خارج نمی شود و بعد از استیلاء غیر و تملک غیر از ملک من خارج می شود.^۲

^۱ منهاج ج ۲ ص ۱۵۹ مسئله ۷۴۷.

^۲ منهاج ج ۲ ص ۱۸۴ مسئله ۶.

القول الثالث: لا يكون مخرجا في غير المنقولات مطلقا و في المنقولات من دون إستيلاء و تملك الغير.

قول سوم قول مرحوم آقای تبریزی است. ایشان بین منقول و غیر منقول تفصیل داده اند. در منقولات فرمایش مرحوم آقای خوئی را قبول کردند گفتند در منقولات با اعراض از ملک خارج نمی شود بلکه نیاز به استیلاء و قصد تملک دیگری دارد اما در غیر منقولات مثل خانه اگر کسی هم استیلاء پیدا کند باز مالک نمی شود بلکه ذو حق می شود و بر ملک خود مالک باقی می ماند البته مالک می تواند او را بیرون کند اما دیگران نمی توانند او را بیرون کنند.^۱

القول الرابع: لا يكون مخرجا مطلقا و كان القاصد للتملك ذاحقا و له التصرفات المالكية كالبيع.

قول چهارم، قولی است که مرحوم خوئی در شرح عروه اختیار کرده اند. ایشان گفته اند که اعراض مخرج از ملک نمی باشد حتی با استیلاء غیر به قصد تملک بلکه مثل استیلاء بر غیر منقول در نظر مرحوم تبریزی است و فقط ذو حق می شود و اگر من اعراض کردم از این صندلی و دیگری استیلاء پیدا کرد و قصد تملک کرد، باز ملک من است اما دیگری می تواند استفاده کند و حتی تصرفات مالک استیلاء کننده و شخصی که قصد تملک کرده است، جایز است مثلا من می توانم این صندلی را بفروشم آنا ما قبل از بیع، مالک می شوم و در همان آن از ملک منتقل می شود به ملک مشتری و ثمن هم از ملک مشتری منتقل می شود به ملک من. آنا ما یعنی عند العقلاء در این موارد که این حق را دارد که تملک کند، در آن نقل و انتقال اعتبار ملکیت می کنند برای بایع از ملک بایع خارج می شود و به ملک مشتری داخل می شود. در آن بیع از ملک مالک خارج می شود به ملک بایع داخل می شود و در همان آن از ملک بایع

^۱ منهاج ج ۲ ص ۱۹۵ مسئله ۷۴۷.

خارج شده و به ملک مشتری داخل می شود. این هم مختار مرحوم خوئی^۱. در اینجا می توان گفت منهاج مقدم است.

این اقوال در مسئله نسبت به اعراض هنوز وارد خود مسئله نشدیم و فقط اعراض را بحث می کنیم.

حقیقة الإعراض: لإعراض المالك ثلاثة فروض:

این را دقت کنید تحقیق در مسئله این است که وارد شویم در اعراض ببینیم حقیقت اعراض چه می باشد و اقسام آن کدام است؟

دقت کنید آنچه را که می گوییم مربوط به عرف خودمان است که محدود به زمان و مکان می باشد.

نحوه اعراض مالک سه صورت فرض دارد:

الفرض الأول أنه أنشأ الإعراض من دون رفع إستيلائه: لا يكون مخرجا من ملكه.

فرض اول این است که اعراض مجرد انشاء است، چه قولی و چه فعلی. انشاء می کند و می گوید که من این کتاب را نخواستم و از ملک خودم بیرون کردم. مجرد انشاء است چه قولی و چه فعلی.^۲ از تحت استیلاء خودش خارج نمی کند و انشاء می کند یعنی هنوز صندلی داخل خانه است یعنی ایقاعی است انشائی و انشائی است ایقاعی.

^۱ موسوعه ج ۳۰ ص ۴۵۹ کتاب الأجاره.

^۲ اعراض انشاء اخراج است که باید این اخراج و اعراض را قصد کند چه این خروج حاصل شود یا خیر. حال این انشاء قولی باشد یا فعلی باشد. (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۸/۱۴)

در این صورت از ملک طرف خارج نمی شود و اثری بر این انشاء مترتب نمی باشد گفت
من این کتاب را نمی خواهم یعنی می گوید اخراجته من ملکی. می گوید اعرضت عن هذا الكتاب
این صندلی را نمی خواهم و از ملک خودم بیرون انداختم به نظر می رسد که در عرف ما این
انشاء اثری ندارد و حتی بعد از این انشاء کسی نمی تواند بیاید و این کتاب را تملک کند چرا که
من اذن در تملک ندادم و صندلی را فقط از ملک خودم خارج کردم و بیرون انداختم.

الفرض الثانی: إنشاء الإعراض و رفع إستیلائه علیه: یکون الإعراض مخرجا.

فرض دوم این است که من مالک، در مقام اخراج از ملک خودم و اعراض از آن، آن را
از تحت استیلاء خودم خارج کردم یا اگر از تحت استیلاء من خارج شده بود انشاء اعراض
کردم مثلا این صندلی را بیرون می گذارم و می گوئیم این صندلی را نمی خواهم یا اگر صندلی در
بیرون بود، انشاء اعراض کردم. به هر ترتیب باید از تحت استیلاء من خارج شود؛ آیا این
صندلی بر ملک من باقی است یا خیر؟ اینجا ظاهرا محل بحث اقوال در مسئله بوده است و
مرحوم صدر و مشهور می گفتند که از ملک خارج است و مرحوم خوئی می گویند که بعد از
استیلاء و تملک، از ملک خودم خارج می شود. ما تابع مشهوریم. چرا؟ اگر دیگری آمد و صندلی
را شکست آیا ضامن است؟ اگر نظر مرحوم خوئی و مرحوم تبریزی را قبول کردیم ضامن است
اما اگر نظر مشهور و مرحوم صدر را قبول کنیم ضامن نمی باشد. وجدان ما کدام است؟ اینها
رفته بودند دنبال استیلاء به قصد تملک حالا سراغ استیلاء به قصد تملک نرویم، در همینجا
ببینیم که اگر کسی آمد و صندلی را شکست آیا ضامن است یا خیر؟ ما می گوئیم ضامن نیست.
هیمنکه ضامن نمی باشد یعنی از ملک خارج شده است.

ان قلت:

این می سازد با اینکه بگوییم که از ملک خارج نشده است اما در عین حال مالک اذن در تلف داده است لذا ضامن نمی باشد یعنی با توجه به قول مرحوم آقای خوئی و تبریزی هم می توانیم توجیهی برای عدم ضمان مطرح کنیم.

قلت:

این اذن در تلف یک امر انشائی است اگر این اذن را اصلاً التفات نداشته یا التفات داشته است و گفته است که کسی حق تلف ندارد باز اگر دیگری آمد تلف کرد، آیا ضامن است یا خیر؟ ما می گوییم ضامن نمی باشد. این عدم ضمان شاهد بر این است که از ملک او خارج شده است و از مباحات شده است و هر کس می تواند با استیلاء و قصد تملک، تملک کند.

الفرض الثالث: مجرد الإذن فی تملک ما تحت یدہ.

صورت سوم، صورتی از اعراض است که شایع است و آن این است که مالک مالی را از ملک خود خارج نکرده است یعنی قصد اخراج از ملک خود را نکرده است و از تحت استیلاء خود هم خارج نکرده است بلکه اذن در تملک داده است گفته است که هر کسی که مایل است این کتابها را بردارد یا می گوید این صندوقها را نیاز ندارم و می خواهم عوض کنم، هر که می خواهد برای خود بردارد، این اذن در تملک است.

آقایان می گویند که اعراض به اذن در تملک بر می گردد. در حالیکه اگر اذن در تملک باشد، معلوم است که از ملک خارج نمی شود لذا اذن در تملک ربطی به اعراض ندارد و مسلم است که به اذن در تملک به شخص یا اشخاص، این از ملک او خارج نمی شود.

(لذا این حقیقتاً اعراض نمی باشد اما چون شبیه اعراض است ما آن در اینجا بحث کردیم)

کما اینکه بعضی از افراد، اعراض را به اذن در ملک برگردانده اند.^۱

^۱ داخل پرانتز را ب ک اج اس مد ۹۹/۰۸/۱۴ فرمودند.

دقت کنید در این اقوال این اقسام از هم تفکیک نشده بود.

خوب حالا که این را توضیح دادیم نکته ای که می ماند تفصیلی است که مرحوم تبریزی داده اند. در سیره ظاهرا این تفکیک نمی باشد و این سه قسم در اموال منقول و غیر منقول می آید و در سیره بین این دو فرقی نیست.

^۱ بعد از این مقدمه متعرض مسئله سید می شویم.

مختارنا: لها فروض:

حال مختار خودمان را در مثال تطبیق کنیم. فرضا زمین را تحویل داده است و ریشه ها در زمین است این ریشه ها مال کیست که نمائات آن هم مال آن شخص باشد؟ این چند فرض دارد:

الفرض الأول: أعرض عن الأصول و يخرجها عن إستيلائه: فيكون الأصول من المباحات و لمالك الأرض تملكه بفعل ما بعد القصد.

یکبار این است که مستأجر اعراض کند و از تحت استیلاء خودش خارج کند در این صورت از مباحات می شود یعنی از ملک طرف خارج شده است مثل اینکه صندلی را نخواسته است و کنار کوچه گذاشته است این از ملک خارج می شود خوب صاحب زمین می تواند که تملک کند برای خودش، آیا صرف قصد کفایت می کند یا باید کاری کند؟ باید کاری کند مثلاً آبیاری کند. آیا دیگری می تواند تملک کند؟ این دائر مدار این است که صاحب زمین نسبت به این ریشه ها حقی پیدا نکند و اگر ذو حق باشد نمی تواند. آیا حقی پیدا می کند؟ تابع عرف

است ممکن است حقی پیدا کند یا حقی پیدا نکند. این در ذهن من مشخص نمی باشد اما در نظر کسانی که در روستا می باشند احتمالاً عرفی باشد و ما هم تابع عرفیم.

این فرض اول.

الفرض الثاني: يهبها مالک الأصول بملک الأرض فبعد قبوله يكون ملكا له.

فرض دوم این است که مالک اصول این اصول را به صاحب ارض هبه و تملیک کند. در این صورت اگر تملیک کرد ملکیت آن منوط به قبول است و در هبه چون قبض معتبر است و در اینجا در تحت قبض مالک است، قبول کفایت می کند و ملک می شود چون در استیلاء او داخل است.

الفرض الثالث: يأذن له في تملكه فدخل في ملكه بعد القبول فقط لأنه تحت إستيلائه.

فرض سوم این است که اذن در تملک بدهد یعنی اذن دهد در تملک جناب مالک الارض اگر اذن در تملک داد پس دیگری نمی تواند برای خودش تملک کند آیا وقتی اذن در تملک می دهد قبول کافی است یا استیلاء نیاز است؟ گفتیم استیلاء هم نیاز است اما در اینجا چون تحت استیلاء است، قبول کفایت می کند.

اگر ما نفهمیدیم کدام یکی از این سه است یعنی مالک متوجه نشد که آیا تملیک کرد یا اعراض کرد یا اذن در تملک کرد؟ برای اینکه مطمئن شود در ملک او داخل شده است باید قبول کند و یک عملی هم انجام دهد مثل اینکه آب به زمین دهد.

پس مسئله را در اینجا تطبیق کردیم پس مجرد اعراض از ملک خارج می کند اما مجرد قصد کفایت نمی کند اما در هبه یا در اذن در تملک عمل نیاز نمی باشد در هبه باید قبول کند و در اذن باید قصد تملک کند.

پس فروض مسئله این سه است و حکم هر کدام را بیان کردیم. این بحث ثبوتی است. تحویل زمین ظهور دارد در اینکه به یکی از این سه نحو است.

الخامسة إذا استأجر القصاب لذبح الحيوان

فذبحه على غير الوجه الشرعي بحيث صار حراما ضمن قيمته بل الظاهر ذلك إذا أمره بالذبح تبرعا وكذا في نظائر المسألة.

سید می فرمایند که اگر شخصی، قصابی را اجیر کرد که برای او گوسفندی را ذبح کند به وجه شرعی. قصاب در اینجا یعنی کسی که کارش ذبح گوسفند است یا شاید هم مرادش گوشت فروش باشد. پس کسی را اجیر کرد که حیوان را بر وجه شرعی ذبح کند، اما این قصاب، حیوان را به نحو غیر شرعی ذبح کرد سید می فرمایند که قصاب قیمت این حیوان را ضامن است. بعد می فرماید که اگر امر کرد به قصاب و به نحو اجاره نبود و او هم ذبح کرد به نحو غیر شرعی، در اینجا هم مثل فرع قبلی ضامن قیمت گوسفند است.

چرا قید بحيث صار حراما را زدند؟ شرائط ذبح شرعی دو قسم است:

یک شرائطی که اگر رعایت نشود، حیوان حرام می شود مثل قطع اوداج اربعه نکردن.

یک شرائطی که در صورت جهل یا نسیان، موجب حرمت نمی شود مثل اینکه استقبال را فراموش کرد، این عدم استقبال در ظرف نسیان و جهل مضر نمی باشد یا تسمیه را نسیان کرد آن هم اشکال ندارد. دقت کنید یک جهل به تسمیه داریم که در نسیان تسمیه، حیوان

حرام می شود اما اگر ناسی باشد حلال است.^۱ پس این قید بحیث صهار حراما را که زده است این قید توضیحی است نه احترازی چون در ظرف نسیان باز بر وجه شرعی ذبح کرده است چرا که در ظرف نسیان دیگر تسمیه و استقبال معتبر نمی باشد. ممکن است که در ذهن سید قید احترازی بوده است در این صورت وجه شرعی یعنی وجه شرعی که در صورت التفات شرط است.

«کذا فی نظائر المسئلة»: این مسئله ذبح از باب مثال است و الا در بقیه موارد مشابه هم همینطور است مثلاً گفت که بیا حیوان را معالجه کن و در حین معالجه مرد یا اجیر بر خیاطه کرد و در هنگام دوختن، پارچه را معیوب کرد. در این موارد هم می فرمایند که ضامن قیمت است.

دلیل این قاعده؟ قاعده اتلاف است من تلف مال الغیر فهو ضامن. این که می گوئیم ید، ید امانی می باشد در تلف است نه در اتلاف. در اتلاف و لو ید امانی باشد فرقی نمی کند که اجیر باشد یا مأمور باشد یا ... باشد این ضامن است الا اینکه اذن در اتلاف دهد مثلاً بگوئید که این حیوان من را خفه کن یا این پارچه را پاره کن یا این شیشه من را بشکن.^۲ اما اگر اذن در اتلاف نداد و اتلاف کرد متلف ضامن قیمت یا مثل است به طور کلی ضامن بدل است حال بدل یا مثل است یا قیمت.

این مقدار از فرمایش درست است به جهت اینکه مال دیگری را تلف کرده است و به او اذن در ذبح شرعی داد نه ذبح غیر شرعی حتی اگر بالعکس بود باز ضامن است اگر گفته بود به

^۱ اینکه بین استقبال و تسمیه در ظرف چهل فرق گذاشتیم، به خاطر دلیل خارجی است یعنی در تسمیه ما دلیل خارجی داریم. (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۸/۱۴)

^۲ کلاً اتلاف مال غیر موجب ضمان است، اگر در دکتر گفتیم که اگر اتلاف فرد مریض مستند به اوست، ضامن نمی باشد، این به معنای اذن در اتلاف توسط شخص مریض است یعنی گفته ست که من ریسکش را قبول کرد. (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۸/۱۴)

صورت غیر شرعی ذبح کن و او شرعی ذبح کرد باز هم ضامن است.^۱ چون اذن در ذبح داده بود که به این صورت اتلاف کند و به غیر این صورت اذن نداده بود. لذا مثال سید خصوصیت ندارد که چون ذبحش غیر شرعی بوده است ضامن است خیر به خاطر این که در این اتلاف مأذون نبوده است ضامن است. خوب حالا لاشه مال کیست؟ لاشه حیوانی که به نحو غیر شرعی ذبح کرده است؟

این لاشه مال مالک است یعنی این گوسفند صد هزار تومان بوده است الان که به غیر شرعی ذبح کردیم الان مالک گوسفند، مالک دو شیء است مالک لاشه و مالک قیمت در ذمه ذابح اگر ذابح و متلف، قیمت را داد مثلاً قیمت ۵۰ هزار تومان است به محض تحویل پول، عقلاء آن لاشه را منتقل به متلف می کنند.

اگر فرض کنیم جناب مالک قبل از گرفتن پول، این لاشه را مصرف کرده بود و از بین برده بود، آیا ضامن بدل می باشد؟ این را تا آنجا که می دانم فقهاء بحثش نکرده اند که در صورت تحویل پول، آیا عقلاء این شخص را ضامن می دانند یا خیر؟ در نظر ما این طور است که عرف این شخص مالک را ضامن مثل یا قیمت این گوسفند تلف شده می دانند. البته این ارتکاز هم خیلی برای من روشن نمی باشد اما به نظر می رسد که جناب مالک ضامن بدل آن لاشه است خصوصاً در جایی که مالک آن را خورده باشد اما اگر در بیابان انداخته است یا در چاه انداخته است آیا در اینجا ضامن است یا خیر؟ معلوم نمی باشد. یعنی در جایی که خودش هم منتفع نشده است از این لاشه. فرض مسئله این است که این لاشه مالیت دارد یعنی می تواند این لاشه را تبدیل به پول کند مثلاً افرادی هستند که اصلاً برای آنها مهم نمی باشد که این لاشه ذبح شرعی داشته باشد.

^۱ این در جایی است که این ذبح غیر شرعی، تبذیر نباشد اگر تبذیر باشد و حرام اجاره بر آن صحیح نمی باشد باید به صورت غیر اجاره به او بگوید که این کار را کند مثلاً به امر مضمن. البته اگر به نحو اجاره بود، در اینجا عقد اجاره باطل است اما در عین حال ضامن است چرا که طرف اذن در اتلاف به این شکل به او نداده بود (ب ک ا ج اس مد ۹۹/۰۸/۱۴).

مشهور بین علماء گفته اند بیع میتة باطل است ما در بعضی جاها گفتیم بیعش صحیح است حتی به مسلمان اما مشهور گفته اند که بیع میتة حرام است مطلقا حتی بمن یستحله. حتی در نظر اینها هم می توان به صورت دیگری در قبال لاشه پول بگیرد. بگوید که به این مقدار پول، من رفع ید می کنم.

لذا فرمایش سید درست است چرا که قصاب متلف است و در هر جا مال دیگری را اتلاف کند، این ضامن است و در این اتلاف فرق نمی کند اگر به صورتی باشد که مأذون نباشد، ضامن است.

السادسة: إذا آجر نفسه للصلاة عن زيد

فاشتمه و أتى بها عن عمرو فإن كان من قصده النيابة عن من وقع العقد عليه و تخيل أنه عمرو فالظاهر الصحة عن زيد و استحقاقه الأجرة و إن كانت ناويا النيابة عن عمرو على وجه التقييد لم تفرغ ذمة زيد و لم يستحق الأجرة و تفرغ ذمة عمرو إن كانت مشغولة و لا يستحق الأجرة من تركته لأنه بمنزلة التبرع و كذا الحال في كل عمل مفتقر إلى النية.

می فرمایند که اگر کسی اجیر شده است برای نیابت از زید که زید شخص متوفی است این در مقام نیابت اشتباه می کند، از طرف عمرو عمل را انجام می دهد می فرمایند که این دو صورت است:

۱- یکبار خطاء در تطبیق است قصدش این است که عمل را انجام دهد از طرف کسی

که اجیر شده است اما فکر می کند آن شخص عمرو است،

۲- اما یکبار به قصد نیابت از عمرو می خواند به گونه ای که اگر می دانست از طرف

زید اجیر شده است این اجاره را قبول نمی کرد.

مرحوم سید در صورت اول می فرمایند که عملش درست است اما در صورت دوم این

عملش واقع می شود از طرف عمرو اما در این صورت مستحق اجرة نه از طرف ترکه زید است

و نه از طرف ترکه عمرو.

علی وجه التقیید یعنی اگر می دانست که منوب عنه زید است، عمل را نیابة انجام نمی

داد یا اجیر نمی شد.

التحقیق فی المسئلة:

تحقیق در مسئله:

لهذه المسئلة ثلاث صور:

این مسئله سه صورت دارد که یک صورت آن از فرض سید خارج است و دو فرد دیگر

داخل در فرض سید است:

الصورة الأولى الخطأ في الإسم: هذا صحيح بلا إشكال و خارج من فرض

المرحوم السید.

این مستأجر شخصی را اجیر می کند که از طرف پدرش که زید است نماز بخواند این اجیر

فکر می کرد که اسم پدر مستأجر عمرو است لذا در مقام نیت اسم عمرو را به ذهن آورده

است و گفته است نماز می خوانم به نیابت از عمرو چون فکر می کرده است که اسم پدر

مستأجر، عمرو است. در اینجا بلا اشکال این نیابت درست است و خطاء در اسم است، و از فرض کلام سید هم خارج است.

صورت دوم این است که این مستأجر این شخص را اجیر کرده است که از طرف پدرش نماز بخواند و اسم پدرش زید است و لکن این اجیر فکر می کند که اجیر شده است برای نیابت از طرف جد این شخص که عمرو باشد و نماز به نیابت از عمرو می خواند. دقت کنید در خارج دو نفر فوت شده بودند یکی پدر مستأجر و یکی جدش که اسم پدرش زید و اسم جدش عمرو می باشد و اجیر فکر می کرده است که اجیر شده است که از طرف جد که عمرو باشد، نماز بخواند و به نیابت از عمرو نماز می خوانده است و در حالیکه اجیر شده است از طرف زید که پدر مستأجر است نماز بخواند. این مراد سید است که سید می فرمایند که این دو فرض دارد:

الصورة الثانية، أتى بالصلاة بتوهم أن المستأجر عليه نفس الذي قضى

صلواته: هذا النيابة صحيحة و تقع للمستأجر عليه في الواقع.

یکبار این شخص که از طرف عمرو که جد مستأجر است نماز می خواند، برای عمرو نماز می خواند به تصور اینکه او مستأجر علیه است بما اینکه اجیر شده است، به نیابت از او نماز می خواند، اگر این باشد این می شود خطاء در تطبیق یعنی اجیر شده است به نیابت از عمرو او به قصد عملی که نائب شده است نماز می خواند اما فکر می کند که نائب شده است برای نماز از طرف عمرو یعنی فکر می کند که مستأجر علیه، عمرو می باشد اما در واقع نائب شده بود از زید اگر این باشد این می شود خطاء در تطبیق چون واقعا اعتقاد او این بوده است که اجیر شده است بر نیابت از طرف عمرو و حال اینکه اجیر شده بود برای نیابت از پدر که زید باشد. لذا این عمل یقع صحیحا و نیابتا عن زید.

این فرمایش سید را ما قبول داریم.

الصورة الثالثة، ناب عنه بنحو إن علم المستأجر عليه غير ما قضى صلواته، لم ينب و لم يأت بصلواته: لا تصح الإجارة ويقع لمن ناب عنه.

فرض دوم این است که به نیابت از عمرو نماز می خوانده است به خیال اینکه اجیر شده است برای نیابت از عمرو به این نحو که اگر می دانست اجیر شده است برای نیابت از زید این اجاره را قبول نمی کرد یا اگر اجاره را قبول می کرد نماز را نمی خواند لذا در اینجا به نیابت از عمرو نماز می خواند به طوریکه که اگر از وسط کار می فهمید که نائب از زید است، این عمل را قبول نمی کرد. در این صورت نیابت او از طرف عمرو است و نائب زید نمی باشد نه دقا و نه عرفا. لذا اگر جناب عمرو نماز قضاء به گردنش باشد این برای او حساب می شود و ذمه عمرو نسبت به آن نماز فارق می شود.

این فرمایش سید را قبول کردیم و این علی القاعده است. در فرض اول دقا و عرفا نیابت او از زید است و در فرض دوم نیابت او از عمرو می باشد نه نیابت از زید.

حكم الإجارة:

حالا برویم سراغ بعد از این عمل که مرحوم سید اشاره نکرده اند.

خوب یکسال نماز برای عمرو خواند گفتیم ذمه عمرو نسبت به یک سال اگر مشغول بود، بری می شود. و مستحق اجرتی از طرف ترکه عمرو نمی باشد به جهت اینکه نه عقدی بر نیابت از عمرو بسته شده بود و نه طلب و امری بود که امر کنند که بیا از طرف عمرو یکسال نماز بخوان که امر خودش یکی از اسباب ضمان است. این واضح است تا اینجا.

انما الكلام در مورد عقد قبلی که اجیر شده بود از نیابت از زید اینجا را سید متعرض نشده است.

إن بقي مدة من الأجرة: فللاجير إتيان بما يجير له.

این را دقت کنید یکبار وقت برای عمل باقی است مثلاً اجیر شده بود که در یکسال آینده، نماز یکساله زید را بخواند و در شش ماه نماز از طرف عمرو را خواند در اینجا اجیر ملزم است که عملی که برای آن اجیر شده است را انجام دهد که نیابت از زید است.

إن تنقض المدة:

اما اگر وقت گذشته باشد یعنی یکسال تمام شده بود خارج یکسال متوجه شده بود که اجیر شده بود برای زید و به اشتباه فکر می کرد که اجیر شده است برای عمرو بعد از انقضاء مدت می فهمد اجیر شده است برای زید، در اینجا دو مسلک است:

عند المرحوم السيد الخوئي: مخير بإبقاء العقد و مطالبة البدل و تسليم الأجرة المسماة أو فسخ العقد.

مسلک آقای خوئی: عقد اجاره منفسخ نمی شود و مستأجر می آید سراغ اجیر می گوید که عمل را که نمی توانی تسلیم کنی بدل را بده که بدلش اجرة المثل است که ممکن است از اجرة المسمى بیشتر باشد؛ و ضمن اینکه مستأجر می تواند عقد را فسخ کند. بدل در اعمال همیشه قیمت است که اجرت المثل باشد. در صورت فسخ که اجیر مستحق هیچ چیزی نمی باشد و اگر فسخ نکرد و اجرة المثل را گرفت، باید اجرة المسمى را به اجیر بدهد.

عند المشهور: ينفسخ العقد.

مسلک مشهور: عقد منفسخ می شود و اگر اجیر اجرة المسمى را گرفته است باید برگرداند.

مختارنا: نحكم بما حكم به المشهور.

ما تابع مشهوریم و گفتیم که در سیره اینطور است که این عقد را منفسخ می بینند نه اینکه مستأجر را مخیر ببیند.

السابعة: يجوز أن يؤجر داره مثلاً إلى سنة بأجرة معينة

و يوكل المستأجر في تجديد الإجارة عند انقضاء المدة

و له عزله بعد ذلك و إن جدد قبل أن يبلغه خبر العزل لزم عقده...^١

مرحوم سید می فرمایند شخص می تواند منزلش را اجاره دهد یکساله و بعد از انقضاء مدت اجاره، مستأجر را وکیل می کند برای تمديد اجاره برای سال دوم یا بگوید که تو وکیل من هستی برای اجاره خانه برای سنوات آینده سال اول که تمام شد یکسال دیگر از طرف مالک اجاره می دهد به خودش یا دیگری بعد سال سوم و سال چهارم هكذا.

مرحوم سید می فرمایند که حالا اگر مالک این شخص را از وکالت عزل کرد، سید می فرمایند تارة قبل از اینکه عزل به او برسد برای سال آینده اجاره داده است در این صورت این عزل فایده ندارد. سید می فرمایند که عزل چه زمانی موثر است؟ زمانی که به او واصل شود یعنی از زمان بلوغ این عزل موثر است لذا صرف عزل قبل از وصول اثر گذار نمی باشد مهم بلوغ است یعنی از زمان بلوغ این عزل محقق می شود. لذا اگر قبل از تمديد اجاره، مستأجر را

^١ السابعة: يجوز أن يؤجر داره مثلاً إلى سنة بأجرة معينة و يوكل المستأجر في تجديد الإجارة عند انقضاء المدة و له عزله بعد ذلك و إن جدد قبل أن يبلغه خبر العزل لزم عقده و يجوز أن يشترط في ضمن العقد أن يكون وكيلا عنه في التجديد بعد الانقضاء و في هذه الصورة ليس له عزله.

از وکالت عزل کرد اما قبل از اینکه این عزل به او برسد مستأجر اجاره را تمدید کرد این عزل اثری ندارد.

به عبارت دیگر عقد وکالت زمانی زائل می شود که عزل برسد نه زمانی که عزل صادر شود. یعنی تصرفات وکیل قبل از بلوغ عزل نافذ است و لو در واقع او را عزل کرده باشد، تا زمانی که به او نرسد اثری ندارد.

این مسئله جهاتی از بحث را دارد:

جهت اول:

ما وقتی وکالت برای یک عملی انجام می دهیم لازم نمی باشد زمان عمل متصل به زمان عقد باشد، مثلاً یکبار می گوییم شما از الان وکیل منی برای عقد بیع این خانه اما یکبار می گوییم که شما وکیل من هستی در بیع خانه در سال آینده. ملازمه ای نمی باشد که زمان وکالت به زمان عقد متصل باشد لذا می توانیم شخصی را وکیل قرار دهیم در ده سال آینده.

خوب در اینجا عقد وکالت الان محقق می شود اما الان وکیل در ده سال بعد است. الان قدرت ندارد که به آن وکالت عمل کند و الا عرفاً و عقلاً الان وکیل ده سال آینده است. دلیل عدم لزوم اتصال وکالت به زمان عقد، سیره است.

جهت دوم:

عقد وکالت یک عقد جایز است از طرفین لذا موکل می تواند که وکیل را عزل کند و وکیل هم می تواند این عقد را فسخ کند. این در نظر مشهور.

انما الکلام در این است که آیا وکیل می تواند که خودش را از وکالت عزل کند یا خیر؟

مثلاً به کسی گفت که تو وکیل من هستی در بیع خانه و وکیل گفت این وکالت را نمی خواهم و این وکالت را فسخ کردم، اگر خانه را فروخت بیع او فضولی است یا خیر نمی تواند

خود را از وکالت عزل کند و فقط موکل می تواند او را از وکالت عزل کند لذا بیع او عقدی است صحیح؟ ظاهرش این است که عقد وکالت عقدی است جایز از یک طرف از طرف موکل نه وکیل. بلکه عقد وکالت عقدی است اذنی و بر او لازم نمی باشد که به این عقد عمل کند نه اینکه خودش را عزل کند. این اثرش در کجا ظاهر می شود؟ در بعد از عزل به او اذن داده است در بیع، به او می گوید که تو وکیل من هستی در بیع خانه؛ بر او لازم نمی باشد به این وکالت عمل کند یعنی لازم نیست خانه را بفروشد می تواند نفروشد اما اگر گفت من خودم را از وکالت عزل کردم یا عقد وکالت را فسخ کردم در عرف و سیره هم هنوز وکیل است.

ان قلت:

اگر عقد وکالت را قبول کرد، اوفوا بالعقود می گوید که عمل به این عقد لازم است.

قلت:

این عقدی که در اینجا می گویند عنائی است، از این عقود اذنیه است و عقود اذنیه از قبیل اسب آبی است و حقیقتاً عقد نمی باشد.

لذا اگر کسی گفت که وکیل منی و گفت که من قبول نمی کنم و بعد وکیل رفت فروخت این عقد او درست است چرا که حقیقت عقد اذن است نه این که عقد باشد.

جهت سوم:

کی عزل می شود به بلوغ عزل یا به عزل موکل؟ در مشهور بین فقهاء این است که به بلوغ عزل، منعزل و برکنار می شود. ما تابع عقلاء و عرف می باشیم، فقهاء سعی کرده اند این را شرعی کنند ما گفتیم خیر نهایتاً در زمان شارع اینطور بوده است ما گفتیم اگر در عرف ما اینطور باشد و لو ناشی از فتوای فقیه باشد این را قبول می کنیم اما اگر در عرفی به مجرد عزل موکل، عزل شود ما هم می گوییم به مجرد عزل موکل، وکیل از وکالت منعزل می شود.

این انعزال در مقابل عزل نمی باشد مرادمان حصول اثر عزل است مثل کسر و انکسار.

۱...و يجوز أن يشترط في ضمن العقد

أن يكون وكيلًا عنه في التجديد بعد الانقضاء و في هذه الصورة ليس له عزله.^۲

در اینجا مرحوم سید مسئله ی دیگری را مطرح می کند و آن اینکه اگر در ضمن عقد اجاره جناب مالک گفت تو وکیل هستی که بعد از انتهاء مدت اجاره، برای یک بار یا دو بار یا چند بار این عین را به خودت اجاره دهی. یعنی وکالت در ضمن عقد به او داده است. سید می فرماید که این هم اشکال ندارد اما در اینجا موکل که مالک است نمی تواند مستأجر را که وکیل است، از وکالت عزل کند. در فرع سابق گفت هر وقت خواست می تواند عزل کند اما در این فرع که ضمن عقد اجاره به او وکالت داده است، دیگر نمی تواند عزل کند یعنی اگر عزل کند، اثری ندارد.

التحقيق في المسئلة:

باید وارد تحقیق این مسئله شد:

شرط الوكالة على نحوين:

این که شرط وکالت می کند دو صورت دارد:

^۱ چهارشنبه ۹۹/۰۸/۲۱.

^۲ السابعة: يجوز أن يؤجر داره مثلا إلى سنة بأجرة معينة و يوكل المستأجر في تجديد الإجارة عند انقضاء المدة و له عزله بعد ذلك و إن جدد قبل أن يبلغه خبر العزل لزم عقده و يجوز أن يشترط في ضمن العقد أن يكون وكيلًا عنه في التجديد بعد الانقضاء و في هذه الصورة ليس له عزله.

النحو الأول: شرط الوكالة على نحو شرط الفعل:

صورت اول: این است که شرط فعل باشد. می گوید که من این خانه را از تو اجاره می کنم به شرط اینکه من را وکیل خود قرار دهی در تجدید عقد اجاره به خودم یا دیگری. این فرض اول که شرط فعل است.

در این صورت شرط فعل که جناب مالک هم گفت قبول است، معلوم است که به مجرد انشاء و قبول، وکالت حاصل نمی شود باید بعد از عقد اجاره، عقد وکالت منعقد شود یعنی جناب مالک، مستأجر را وکیل قرار دهد و انشاء وکالت کند. شرط فعل صرف یک التزام است، در شرط فعل فقط ملتزم شده است که من تو را وکیل خود قرار خواهم داد در تجدید عقد لذا بعد از عقد اجاره این وکالت را باید انجام دهد. شرعا واجب است که او را وکیل قرار دهد؟ بله، واجب است و اگر وکیل خود قرار نداد، مستأجر می تواند او را الزام کند لذا شرعا واجب است که بعد از عقد او را وکیل قرار دهد. دلیل وجوب این وکالت چه می باشد؟ «المؤمنون عند شروطهم» که ترجمه آن این است که «يجب الوفاء بشرط في ضمن العقد».

سوال بعدی این است که وقتی به شرط عمل کرد و او را وکیل قرار داد، یعنی وکیلش کرد یعنی جناب مالک به شرط خودش وفاء کرد، آیا می تواند مالک از وکالت رجوع کند و او را از وکالت عزل کند؟ بله می تواند او را عزل کند. بعد از اینکه وکیلش قرار داد او را از وکالت عزل می کند. پس بنابراین می تواند عزل کند.

حالا این عزل جایز است یا خیر؟ فهم عرفی از این شرط، دو شرط است یکی اینکه من را وکیل قرار دهد و یکی اینکه من را از وکالت عزل نکند لذا عزل کردن این شخص جایز نمی باشد چرا که خلاف شرط است. این فهم عرفی است که وقتی که من را وکیل قرار بده فهم عرفی این نمی باشد که وکیلم کنی و لو بعدا عزل کنی خیر، فهم عرفی این است که وکیل کنی و من را عزل نکنی. دقت کنید در نظر عرف این مالک موکل، سلطنت بر عزل این شخص را دارد اما این

شخص در نظر عرف ملتزم می شود، از این سلطنت استفاده نکند اما سلب سلطنت نمی باشد. لذا واجب است توکیل کند و جایز نمی باشد عزل کند اما اگر عزل کرد این عزل صحیح است.

پس عزل جایز نمی باشد اما اگر عزل کرد این عزل صحیح است اما معصیت کرده است چرا که به شرط عمل نکرده است.

در شرط فعل کلاً وقتی یک فعلی را شرط می کند اگر آن شخص مشروط علیه، به شرط وفاء نکند، یک شرط دومی است که اگر تو به این شرط عمل نکردی من حق فسخ داشته باشم این شرط ارتکازی است لذا اگر وکالت نداد یا از وکالت عزل کرد مستأجر می تواند عقد اجاره را فسخ کند. این در همه شروط است الا عقود که فسخ بر نمی دارد مثل عقد نکاح. این در صورتی است که شرط فعل باشد.

النحو الثاني: شرط الوكالة على نحو شرط النتيجة:

صورت دوم مسئله، شرط نتیجه است.

یعنی مستأجر می گوید این خانه را از تو اجاره می کنم به شرط اینکه من وکیل باشم - نه به شرط این که من را وکیل قرار دهی -، خیر به شرط اینکه من وکیل باشم تا می گوید قبلت به نفس این قبلت انشاء وکالت می کند، به نفس قبلت وکالت می دهد در تجدید عقد این را اصطلاحاً «شرط نتیجه» می گویند.

دلیل صحت این «شرط نتیجه» چه می باشد؟ المومنون عند شروطهم نمی باشد دلیلش سیره عقلاء است. چرا که در سیره عقلاء امور اعتباری که صیغه خاصی نمی خواهد^۱ و لازم

^۱ عقود معاطاتی صیغه ندارد اما انشاء دارد و عقود حقیقی صیغه و انشاء دارد که ظهور در آن عقد دارد. خوب وکالت هم صیغه خاصی نمی خواهد بلکه به هر صیغه ای باشد که ظهور در وکالت داشته باشد منعقد می شود. (هم جلس اس مد).

ندارد همینکه به عنوان نتیجه ضمن عقدی واقع شود، محقق می شود. وکالت صیغه خاصی نمی خواهد به نفس قبلت انشاء وکالت می شود. صیغه خاص نکاح می خواهد و بقیه عقود صیغه خاصی نمی خواهند. در این عقود که صیغه خاصی نمی خواهد به نفس قبلت، آن شرط نتیجه محقق می شود. لذا می گوید که من این خانه را اجاره می کنم به یکسال به شرط اینکه وکالت باشم بعد از انقضاء عقد در تجدید عقد، به مدت سه سال.

این را شرط نتیجه می گوئیم.

حالا اگر شرط نتیجه کرد می تواند رجوع کند و مستأجر را از وکالت عزل کند یا خیر؟

فقهاء ما فرمودند که نمی تواند عزل کند اگر به نحو شرط نتیجه باشد این را نمی توان عزل کند این مقدار ظاهرا مورد اتفاق بوده است که اگر کسی را در ضمن عقد وکیل کرد و آن هم به نحو شرط نتیجه این دیگر قابل عزل نمی باشد. در حالیکه در غیر ضمن عقد، قائل به عزل می باشند اما به نحو شرط نتیجه قابل عزل نمی باشد. این تقریبا اتفاق است مشهور تقریبا متفق علیه اند که اگر در ضمن عقد لازم به نحو شرط نتیجه وکالت را قرار داد، این وکالت قابل عزل نمی باشد. تا اتمام زمان وکالت این وکالت پا برجاست.

انما الکلام در نکته است که چرا نمی تواند عزل کند با این که عقد وکالت عقد جایز

است؟

بعضی جواب داده اند به جهت سیره در سیره عقلاء وکالت مستقله عقد جایز است اما وکالت ضمن العقد عقد لازم و وکالت لازمه است و در سیره قابل عزل نمی باشد. لذا وکالت مستقله که در ضمن عقد نمی باشد عقد جایز است اما در ضمن عقد لازم این قابل عزل نمی باشد.

در دیگر عقود جایز هم اینطور است.

استدلال از یک جهت درست و از یک جهت نادرست است؟ بله در سیره این عقد لازم است و در وکالت مستقله جایز است و لازم نمی باشد اما دو مشکل باقی می ماند مشکل این است که در سیره گفتید اما نکته سیره را نگفتید چرا در سیره فرق گذاشتند؟ سیره که نمی تواند گتره ای باشد، حتما چیزی دیدند لذا نکته روشن نشد می رویم سراغ عقلاء بین این دو وکالت مستقله و ضمن عقد، فرق می گذارند. کشف نکته برای ما به لحاظ عملی مهم نمی باشد اما به لحاظ استدلالی مهم است.

اشکال دوم این است که مگر نمی گوئید که وکالت اذنی است خوب در ارتکاز ما این است که اذن چه استقلالی باشد، چه ضمنی باشد، می تواند از این اذن برگردد چرا در اذن ضمن عقدی نمی تواند برگردد؟

لذا رفته اند که فرق بین این دو وکالت را بفهمند.

در مقام تفریق یک فرق را دیده اند گفته اند که در وکالت مستقله در آنجا اذن است اما در وکالت ضمن عقد، مالک سلطنت بر ایجار را به او تملیک کرده است. چرا که در امور اعتباری ولایت و سلطنت می خواهد در بیع فضولی چون فضول ولایت ندارد عقد او نافذ نمی باشد. در تملیک چطور نمی تواند رجوع کرد در اینجا هم نمی تواند رجوع کند. لذا در وکالت مستقله اذن است و در وکالت ضمن عقد تملیک سلطنت است.

این جواب را قبول نکردیم گفتیم این با ارتکاز نمی سازد ظاهر این که می گوید که من وکیل باشم یعنی مأذون باشم نه این که مالک و سلطنت داشته باشم بر ایجار. یعنی آن وکالت مستقله را در ضمن قبلت انشاء کن که حقیقتش اذن در تصرف بود. لذا ظاهر اینکه شرط وکالت می کند، این است که همان وکالت مستقله را با قبول، انشاء کن و فرض این است که آن وکالت اذن در تصرف می باشد نه اینکه آن ولایت بر ایجار را تملیک کند. لذا این است که این بیان را قبول نکردیم.

ما یک بیان دیگری را قبول کردیم.

گفتیم آنچه که در ضمن عقد انشاء می شود، در نظر عقلاء یک حقیقت و یک عقد بیشتر نمی باشد به عبارت اخری در حقیقت دو انشاء مستقل نمی باشد، یک انشاء است و فرض این است که در نزد عقلاء این انشاء بیع و اجاره از عقود لازم است این عقد در شکم او است. وقتی عقدی لازم بود این در شکم او است و شاهدش هم این است که اگر عقد ایجار را در ضمن عقد جایز ببرد مثلاً می گوید که این کتاب را به شما هدیه می دهم به شرط اینکه وکیل شما باشیم در بیع دار. او هم قبول می کند. بعد می تواند عزلش کند. اگر آن وکالت را در شکم عقد جایز ببرد. این عزل مشکلی ندارد. بگوید این را به شما می بخشم به شرط اینکه در بیع دار وکیل تو باشیم لذا می تواند عزلش کند. این خصوصیتی است که در واقع این تحلیلی است نه انضمامی و انحلالی دو عقد نمی باشد یک عقد است اما یک عقد را در شکم یک عقد دیگر قرار داده است وقتی عقد اجاره لازم بود عقد اجاره با تمام شروط و ویژگیها لازم می شود لذا این عقد یکی بیشتر نمی باشد عقد اجاره فرضاً از عقود لازمه است. لذا در ما نحن فیه این در واقع تحلیلی است که دو عمل شده است اجاره و وکالت و الا یک عقد و انشاء اجاره بیشتر نمی باشد. بعضی از علماء دیگر هم ظاهراً فرمودند. این جزء عقد می شود اینطور نمی باشد که دو عقد داشته باشیم. بالعکسش هم اینطور است هبه ذی رحم که عقد لازم است، اگر آن را ضمن یک عقد جایز قرار داد می تواند رجوع کند. اما عقود معاوضی را ضمن عقد دیگر نمی تواند قرار دهد. عقود اذنی که عقد یک طرفه است، دائماً جایز است وقتی داخل شکم عقد معاوضی برود، آن هم لازم می شود. عقود معاوضه به نحو شرط فعل می تواند باشد اما به نحو شرط نتیجه نمی تواند باشد.^۱ پس وکالت می شود عقدی لازم و مالک نمی تواند از آن وکالت رجوع کند.

^۱ عقود اذنیه چه جایز و چه لازم مثل هبه به ذی رحم و ایقاعات می تواند به عنوان شرط نتیجه قرار گیرد به خلاف عقود معاوضی و نکاح که صیغه خاص می خواهد. (ب ک ا ج اس مد ۹۹/۰۸/۲۱).

الثامنة: لا يجوز للمشتري

بيع الخيار بشرط رد الثمن للبائع

أن يؤجر^٢ المبيع أزيد من مدة الخيار للبائع ولا في مدة الخيار من دون اشتراط الخيار حتى إذا فسخ البائع يمكنه أن يفسخ الإجارة و ذلك لأن اشتراط الخيار من البائع في قوة إبقاء المبيع على حاله حتى يمكنه الفسخ فلا يجوز تصرف ينافي ذلك.

قبل از توضیح متن یک اصطلاحی را معنا کنیم و بعد متن را توضیح دهیم.

اصطلاحی داریم به نام «بيع الخيار» یا «بيع الشرط» که اولی معروفتر است. «بيع الخيار» چه نحوه بیعی است؟ بیعی است که بائع با مشتری شرط می کند می گوید اگر من تا فلان تاریخ ثمن این عین و مال را آوردم و به تو رد کردم، حق فسخ داشته باشم مثلاً این خانه را زید می فروشد به عمرو فرض کنید به یک مبلغی بعد آن مبلغ را قرار است اداء کند شرط می کند ضمن عقد می گوید اگر مثلاً تا یکسال ثمن را به تو رد کردم حق فسخ این معامله را داشته باشم و مشتری هم قبول می کند. لذا خانه را می فروشد و برای خودش تا یکسال حق فسخ قرار می دهد اما به شرط اینکه ثمن را در این یکسال برگرداند. حال به هر دلیلی که می خواهد این حق خيار را قرار دهد، فرقی نمی کند مثلاً بائع به پول نیاز دارد لذا خانه را ارزانتر می دهد

^١ سه شنبه ۹۹/۰۸/۲۷.

^٢ در بین قدماء رایج بود که این «إجارة» را در باب «إفعال» به کار می بردند اما در عربیهای فعلی رایج شده است که به باب تفعیل می برند. به موجد می گویند المؤجر. لذا به هر دو باب می توانیم بخوانیم اما متن چون متعلق به سید است که از قدماء است لذا به باب افعال بخوانیم بهتر است (اس مد هم جلس).

که زود به فروش برود و مشتری هم ارزانتر می خرد به امید اینکه بایع پول را تا یکسال نتواند تهیه کند و خانه برای او ارزان بیفتد. فرضاً بایع اگر بخواهد به قیمت واقعی بفروشد، این خانه را نمی تواند بفروشد لذا خانه را ارزانتر می فروشد و به امید اینکه هم مشکلش حل شود و هم خانه از دست او نرود برای خودش حق خیار قرار می دهد. به این بیع، «بیع الخیار» یا «بیع الشرط» می گویند. این بیع و این خیار زیر مجموعه خیار شرط است یعنی برای خودش جعل خیار می کند اما مشروط به اینکه ثمن را به مشتری رد کند. حال که با بیع الخیار و بیع الشرط آشنا شدیم. وارد توضیح متن می شویم.

مرحوم سید می فرمایند که اگر مشتری خانه ای را که به بیع الخیار خرید یعنی بایع به بیع الخیار آن را به او فروخته بود یعنی برای خودش در صورت رد ثمن حق فسخ قرار داده بود، اگر مشتری بخواهد خانه را اجاره دهد سید می فرمایند که جایز نمی باشد که به بیش از زمان خیار اجاره دهد، بایع گفته است که تا یک سال اگر ثمن را برگرداندم حق فسخ داشته باشم لذا مشتری نمی تواند به مدت یکسال و نیم اجاره دهد. اما به همان مقدار زمان خیار اگر بخواهد اجاره دهد، نمی تواند بدون قرار دادن حق فسخ برای خودش این کار را کند سید می فرمایند که لا یجوز. یعنی می فرمایند که اگر اجاره داد باید به همان مقدار خیار شرط، برای خود حق فسخ قرار دهد. پس بیش از حق فسخ نباید اجاره دهد و اگر به مدت مساوی یا کمتر داد، باید حق الفسخ را برای خود قرار دهد. پس یک صورت می ماند که زمان اجاره بیش از زمان خیار بایع نباشد و در این مدت هم مشتری باید برای خود نسبت به مستأجر حق فسخ قرار دهد، اجاره به این نحو صحیح است فقط.

این شرح تحت اللفظی متن.

یکبار بایع می گوید که تا یک ماه من حق فسخ داشته باشم و یکبار می گوید که در صورت رد ثمن من این خیار را داشته باشم، بحث ما در مورد قسم دوم است یعنی خیار شرط.

دلیل المرحوم السید: هذا يرجع إلى شرط إن لا يتصرف تصرفا منافيا للمبيع.

دلیل مرحوم سید: در این حق الفسخ کأن بايع شرط کرده است که من می فروشم به شرط اینکه مبيع را بر حالش ابقاء کنید یعنی تصرفی که منافي با خيار من باشد نکنی. لذا مشتری وقتی خانه را خرید نمی تواند فردا شروع کند به خراب کردن خانه.

این متن سید.

ابتدائاً این مسئله را به لحاظ اقوال شرح دهیم و بعد دلیل این فتوا:

الأقوال في المسئلة:

در این مسئله اجاره به ازيد يا اجاره بدون شرط فسخ، دو قول داریم:

القول الأول، قول المرحوم السید و الميرزا: بطلان الإجارة من دون حرمة تكليفية.

قول مرحوم سید و مرحو میرزای نائینی: اینها گفته اند که این اجاره باطل است یعنی لا يجوز وضعاً یعنی اگر مشتری این خانه را به یکسال و نیم اجاره داد این اجاره باطل است یا اگر اجاره داد یکساله بدون حق فسخ این اجاره باطل است.

تصرف به دو صورت تصرف تکوینی و اعتباری است سید متعرض تصرف تکوینی نشده است اما هر تصرف تکوینی منافي با خيارش باشد، این تصرف حرامی است و تکلیفاً لا يجوز. تصرف اعتباری منافي با فسخ هم باطل است و لا يجوز یعنی لا یصح. لذا دو بزرگوار قائلند که

اگر خانه را وقف یا هبه کرد، این معاملات باطل است یا اگر به مدت بیشتر اجاره نداد اما حق الخيار قرار نداد این اجاره هم باطل است.

القول الثاني: قول جماعة منهم المرحوم السيد الخوئي: يصح وضعاً وإن كان حراماً.

قول دوم قول جماعتی منهم مرحوم آقای خوئی است. اینها قائلند که هر تصرف اعتباری منافی، صحیح است مثل اینکه این خانه را بفروشد یا اجاره به ازید دهد، می تواند این خانه را هبه یا وقف کند اما این عمل لا يجوز تکلیفاً، می تواند حتی اجاره دهد یکساله بدون جعل خيار این عدم جعل خيار، خلاف شرط است و تکلیفاً جایز نمی باشد اما این اجاره صحیح است و واقعاً مشتری در این معاملات حق فسخ ندارد. حالا که حق فسخ ندارد اگر بایع فسخ کرد ایشان می فرمایند که اگر این خانه را فروخته بود بدلتش را می دهد که قیمت آن خانه در امروز می باشد چه بیشتر و چه کمتر و چه مساوی و عین و خانه به صورت مسلوب المنفعة در مدت اجاره، به او منتقل می شود و اجرة المثل این منفعت را در آن زمان مشتری به بایع می دهد.

أدلة الأقوال:

اولاً دلیل مرحوم مرحوم آقای خوئی که لا يجوز تکلیفی است بیان می کنیم و بعد دلیل مرحوم سید و مرحوم میرزای نائینی.

دليل القول الثاني أولاً:

مرحوم آقای خوئی می گوید که وقتی بایع شرط می کند که اگر تا یکسال ثمن را برگرداندم حق فسخ داشته باشم این یک شرط ارتکازی دارد که هر نوع تصرف که منافی برگرداندن خانه به من باشد، انجام ندهید. وفاء به شرط هم واجب است. دلیل؟ «المؤمنون عند شروطهم»

وفاء به هر شرط ضمن عقد واجب است. پس اینکه اجاره داده است به اکثر اجاره درست است اما معصیت کرده است، اینکه اجاره داد به مساوی و حق الفسخ قرار نداد معصیت کرده است، اما اجاره درست است.

خوب این نصف فتوای ایشان بوده است که حرمت تصرفات اعتباری منافی است.

دلیل صحت اجاره چه می باشد؟ اطلاقات ادله «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود». این آیه در نظر ایشان به مطابقه دال است بر وجوب وفاء و به التزام دال بر صحت است. این آیه به اطلاقه عقد دوم که اجاره به ازید یا اجاره بدون شرط باشد، را می گیرد. پس عملش معصیت و حرام است بمقتضای «المؤمنون عند شروطهم» و این دلیل می گوید که عمل به هر شرط واجب است چه شرط ارتکازی، چه ذکر شده است در عقد. و این اجاره صحیح است به مقتضی و ظهور التزامی «اوفوا بالعقود».

این وجه مرحوم آقای خوئی.

تعليقة: تمامية كلامه متوقف على صحة الإجارة لأن الأجارة غير الصحيحة ليس مناف للعقد.

این وجه مرحوم آقای خوئی تمامیت آن بر اساس این است که این عقد صحیح باشد اگر باطل باشد، «المؤمنون عند شروطهم» نمی آید چرا که شرط کرده بود که تصرف منافی نکند و اجاره باطل که تصرف منافی نمی باشد، مثل اینکه این خانه را به مجنون یا غیر ممیز اجاره دهد. اجاره باطل تنافی با شرط ندارد. لذا اگر ادله ای که قول اول اقامه کرده اند بر بطلان عقد دوم، درست باشد، دیگر این کلام مرحوم آقای خوئی تمام نمی باشد.

پس در ما نحن فيه تمامیتش مبتنی بر این شد که عقد اول صحیح باشد اما اگر گفتیم عقد دوم باطل است دیگر نوبت به فرمایش مرحوم آقای خوئی نمی رسد.

دلیل القول الأول ثانيا: ثلاثة وجوه لبطلان العقد:

توضیح فرمایش مرحوم سید و کسانی که با سید هم نظر می باشند:

سه وجه برای بطلان ذکر شده است ببینیم این سه وجه تمام است یا خیر؟

الوجه الأول: أن جعل الخيار، يجعل العين متعلقا لحق البائع.

وجه اولی که برای بطلان این عقد اجاره گفته شده است این است که وقتی بایع برای خودش جعل خیار می کند، نسبت به مبیع حقی پیدا می کند. این در سیره ثابت است که اگر کسی نسبت به مالی حق داشت، مالک نمی تواند آن عین را بفروشد یا تصرفات اعتباری داشته باشد مگر با اذن آن ذو الحق مثلا شما فرشی دارید گرو می گذارید پیش زید، خانه را گرو می گذارید پیش زید وقتی گرو گذاشتید، مالک که گرو گذارنده است، نمی تواند خانه و فرش و عین را بفروشد چرا که متعلق حق مرتهن است، بنابراین اینجا هم از این قبیل است، بایع حقی دارد لذا این عین متعلق حق بایع است. لذا جناب مشتری نمی تواند تصرفات اعتباری که منافات با این حق دارد را انجام دهد، تصرفات تکوینی مشتری متصف به صحت و بطلان نمی شود اما اگر آنها هم منافی با شرط ضمنی عقد باشد، جایز نمی باشد.

مناقشة: أن الخيار يجعل العقد متعلقا للحق لا العين.

این وجه نا تمام است چرا که در خیار، حق متعلق به عقد است نه به مال، شخص ذو الخیار نسبت به عین حقی ندارد نسبت به عقد حق دارد حقش این است که عقد را از بین ببرد، عقد یک حدوثی و یک بقائی دارد جناب ذو الخیار این حق را دارد که این عقد را فسخ کند در حالیکه در رهن جناب مرتهن، به خود عین حق دارد مستدل می گفت اینجا مثل رهن

است خیر، اینجا مثل رهن نمی باشد در ذو الخيار نسبت به عقد حق دارد نه نسبت به مال و در رهن بالعکس است جناب مرتهن نسبت به مال حق دارد.

الوجه الثاني: عدم وجود القدرة الشرعية على التصرف.

وجه دومی که گفته شده است، این است که این شخص به لحاظ شرعی قدرت بر آن تصرف منافی را ندارد چرا که شرعا تصرف او حرام است.

ما دو قدرت داریم: یک قدرت عقلی و یک قدرت شرعی:

قدرت عقلی یعنی قدرت تکوینی من نمی توانم مثلا این سنگ صد کیلویی را جا به جا کنم.

اما یک عدم قدرت شرعی داریم یعنی من قدرت شرعی بر شرب خمر ندارم چرا که حرام است اما قدرت تکوینی بر شرب دارم. اما در مورد این ماء هم شرعا و هم عقلا قدرت تصرف دارم. خوب این تصرف که حرام است این مقدور من نمی باشد شرعا. وقتی شرعا غیر قادر بودم، این تصرف اعتباری منافی می شود باطل.

مناقشة: لا ملازمة بين حرمة التصرف و عدم الولاية و السلطنة على

العقد.

این وجه از یک مغالطه برخورد دار است شرعا قدرت ندارم این بله درست است و این تصرف حرام است اما اینکه من شرعا ولایت و سلطنت بر عقدم را ندارم این ثابت نمی باشد. عدم قدرت شرعی و حرمت، اثبات نمی کند عدم داشتن ولایت را، عدم جواز شرعی، عدم جواز وضعی را اثبات نمی کند. ملازمه ای بین عدم جواز شرعی و عدم جواز وضعی نمی باشد. مثل اینکه من قسم خوردم که این خانه را نفروشم لذا اگر بفروشم این خانه را معصیت کرده ام اما

این به معنای این است که من دیگر ولایت بر فروختن این خانه را ندارم؟! کجا ثابت شده است که اگر کسی شرعا قدرت نداشت و شرعا فعلش جایز نبود، شرعا ولایت و سلطنت هم ندارد؟! کجا این ملازمه ثابت شده است؟! لذا این وجه هم، وجه نا تمامی است.

الوجه الثالث: أن العين محجور كالعين الموقوفة.

وجه سومی که گفته شده است این است که ما در فقه داریم که گاهی وقتها مالک محجور می شود مثلا اگر مالک سفیه یا مجنون یا صبی یا مفلس باشد این مالک فقہیا در تصرفات اعتباری محجور است یعنی اگر تصرف اعتباری کند نافذ نمی باشد یعنی سلطنت و ولایت بر تصرف ندارد گفته شده است که گاهی اوقات مالک محجور نمی باشد مال محجور می شود یعنی تصرفات اعتباری در این مال نافذ نمی باشد حال متصرف هر که می خواهد باشد مثلا عین موقوفه محجور است یعنی چه؟ یعنی تصرف اعتباری در این عین موقوفه اثر ندارد فرق نمی کند، متصرف هر کس که باشد، واقف باشد، متولی باشد موقوف علیه باشد هر که تصرف کرد، تصرف او در مال نافذ نمی باشد، مال محجور شده است. گفته شده است که در سیره عقلاء این مبیع نسبت به این مشتری محجور است، فرق نمی کند مشتری زید باشد، خالد باشد، عمرو باشد، یعنی هر نوع تصرفی که منافات با فسخ بایع داشته باشد، آن تصرف باطل است کما اینکه در عین موقوفه هر تصرفی که منافات با وقف داشته باشد، ممنوع است مثلا این خانه وقفی است من نمی توانم آن را بفروشم یا هبه کنم اما می توانم اجاره دهم چون منافات با وقف ندارد در اینجا هم چون این مبیع نسبت به تصرفات منافی محجور است، نسبت به تصرفات منافی هر تصرفی که باشد، بیع باشد صلح باشد، معاوضه باشد، اجاره به ازید باشد هر چه که باشد، این مال نسبت به این تصرفات محجور است.

مناقشة: ليس في السيرة العين المحجور.

از این وجه هم جواب داده شده است که در سیره عقلاء نداریم که اموال محجور باشد در سیره عقلاء مُلاک و افراد محجور می باشند، اما اینکه اموال محجور باشند این در سیره ثابت نمی باشد. بله، گاهی اوقات فرد خاصی محجور می شود مثل مجنون اما ولی مجنون محجور نمی شود، و اموالی داریم که همه افراد نسبت به آن محجورند مثل اموال موقوفه که واقف و متولی و موقوف علیه همه محجور می باشند هیچ وقت مال محجور نمی باشد آنکه ممنوع از تصرف می شوند افراد می باشند.

پس این وجه هم تمام نمی باشد.

لذا وجه فنی بر این مطلب گفته نشده است. بله کسی می توانست بگوید عقلاّ این مشتری در این تصرفات منافی محجور است. این حل معزله نمی کند باید نکته ای باشد که این حجر را برای او در نظر گرفته اند چرا این مالک محجور می باشد با اینکه قاعده عقلاّی این است که الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم. لذا این وجوه ذکر شده وجوه تمامی نمی باشد. بله این وجه بسیط را می توانست بگوید که ما نرسیدیم به نکته اما عقلاء این تصرفات منافی مالک را محجور می دانند.

می دانید دعوی سیره قابل اثبات نمی باشد یکدفعه می گوئیم این روایت ظهور در این معنا دارد این را می توان اثبات کرد که مثلا ببینیم که صدتا از فقهاء این را فهمیدند اما وقتی می گوئید سیره عقلاء این را چطور می توانید اثبات کنید؟! خصوصا وقتی نمی توانید نکته ای بر این سیره بیان کنید. اگر کسی بگوید من قطع دارم این بحث شخصی می شود و دیگر جای بحث علمی ندارد. ما در سیره باید منبهای ذکر کنیم که آن سیره را تأیید کند. سیره دلیل است اما دیگر جای بحث ندارد.

این وجوه اگر تمام نشود می رویم سراغ بیان مرحوم خوئی که فرمودند مقتضای اطلاق ادله، صحت این تصرفات اعتباری می باشد.

التحقيق في المسئلة:

اما برويم سراغ تحقيق در مسئله.

مقدمة في نكتتين:

قبل از اينكه وارد اين تحقيق شويم دو نکته را ذكر كنيم كه با توجه به اين دو نکته مي خواهيم تحقيق اين مسئله را وارد شويم:

النكته الأولى: المعاملات العقلانية أو العرفية.

فرق اساسي بين ما و مشهور است كه خيلي مهم است مشهور براي عقلاء به ما هم عقلاء يك دستگاه معاملاتي قائل مي باشند و فقط دنبال فهم اين دستگاه مي باشند، مي خواهند ببينند اين رويه و دستگاه عقلائي در مورد معاملات چه مي باشد. اين عقلاء نه سبقه زماني دارد و نه سبقه مكاني.

ما منكر دستگاه عقلائي هستيم و گفتيم عقلاء به ما هم عقلاء، دستگاه معاملاتي ندارند و ما مجموعه اي از اعراف خاصه را داريم كه اين اعراف يا قيد زمان يا قيد مكان دارند مثلاً مردم عراق در سيصد سال قبل يا مردم عراق در امروز، اين مردم عراق در سيصد سال قبل و مردم عراق امروز دو قيد زمان و مكان دارند حتي ممكن است اين تسامحي باشد يعني در زمان واحد در مورد عراق با يك عرف واحد مواجه نباشيم، عراق كرد و تركمن و عرب دارد و شيعه و سني دارد و هر کدام از اينها مي تواند يك عرف مجزا از ديگري باشد. ما قائليم كه اعراف خاص داريم و عقلاء در مقابل در مورد اين اعراف دو رويه دارند يا امضاء مي كنند يا امضاء

نمی کنند که در بیش از ۹۹ درصد امضاء می کنند و در کمتر از ۱ درصد امضاء نمی کنند مثلاً در عرفی نکاح مرد با محارم جایز است، امضاء می کنند و در عرفی جایز نمی باشد، امضاء نمی کنند، در یک عرف از دواج یک مرد با زنهای متعدد صحیح است، امضاء می کنند، در یک عرف صحیح نمی باشد، این بطلان را امضاء می کنند. در یک عرف یک زن می تواند چند همسر داشته باشد، عقلاء این صحت را امضاء می کنند و در یک عرف دیگر که اینطور نمی باشد، باز عقلاء این عدم صحت را امضاء می کنند در موارد نادری امضاء نمی کنند مثلاً اگر در عرفی فردی مالک فرزند خودش می شود عقلاء این ملکیت را امضاء نمی کنند. یا در عرفی فردی فرزند خود را فروخت که در آن عرف این معامله صحیح است، عقلاء این بیع را امضاء نمی کنند، در یک عرفی اگر انسان مال غیر مسلمان را تملک کرد مالک می شود، عقلاء این ملکیت را امضاء نمی کنند. مواردی است که خیلی هم نادر است که عقلاء امضاء نمی کنند. مثلاً در عرفی هبه اموال غیر منقول صحیح نمی باشد یعنی شما نمی توانید خانه و باغ و ملکتان را هبه کنید، عقلاء این عدم صحت را امضاء می کنند و در عرف دیگری این هبه صحیح است، عقلاء این صحت را امضاء می کنند.

این خیلی مهم است که اینها قائل بودند که عقلاء دستگاهی دارند و می رفتند این دستگاه عقلاء را می گرفتند و می گفتند بیع عقد لازم عند العقلاء است و این را حد وسط می گرفتند برای اثبات شرعی این معامله می گفتند شارع نسبت به این سیره سکوت کرده است، لذا امضاء شارع را اثبات می کردند. لذا می گفتند که بیع عقدی است لازم عند الشارع. آنقدر که دنبال عقلاء بودند، فقط به خاطر حد وسطیت بود، این را اثبات می کردند و سکوت شارع هم که همیشه است، از این، معامله شرعی را اثبات می کردند، آن سکوت را کنار این سیره می گذاشتند که این سکوت ظهور پیدا می کرد در امضاء. یعنی اینها می گفتند که عقلاء صحت دارند، بطلان دارند، لزوم دارند، ولایت دارند، سلطنت دارند، ملکیت دارند، حق دارند و... که نه زمان بر می دارد و نه مکان بر می دارد. اشکال ما بر مشهور این است که ما قائلیم که چیزی به نام یک

دستگاه معاملاتی عقلائی نداریم، کار عقلاء امضاء و عدم امضاء است. اگر در عرفی بیع عقدی جایز است، امضاء می کنند و اگر در عرفی بیع را عقدی لازم می دانند عقلاء امضاء می کنند که در این صورت معنایش این است که اگر فردی از افراد این عرف بیع انجام داد عقلاء حق فسخ برای او قائل نمی باشند چرا که فرضا در آن عرف این عقد بیع، عقدی است لازم بخلاف عرف اول که فرضا بیع در آنجا عقدی بود جایز. در آنجا فسخ را امضاء می کنند. ازدواج مجوسی با محارم را در عرف خودشان امضاء می کنند، اما همین ازدواج را در بین عرف مسلمین امضاء نمی کنند.

این هم دلیلش وجدان است ادعای ما این است که اگر کلمات ما را تصور کنند، تصدیق برای آنها حاصل می شود.

پس ما همیشه عقلائی و عرفی هستیم یعنی ما قائلیم که اولاً عرف دستگاهی دارد و ثانياً این عرف را عقلاء امضاء می کنند. لذا عرف تنها بدون امضاء عقلاء، کافی نمی باشد، عقلاء امضائی هستند حتماً باید عرفی باشد یعنی عرف سلوکی دارند و عقلاء امضاء کردند عرف تنها کافی نمی باشد، باید حتماً عرفی باشد که عقلاء آن را امضاء کنند.

النکته الثانية: ليس للشارع والعقلاء، معاملات والمعاملات معاملاتی عرفية عقلائية.

نکته دوم این است که در معاملات مشهور دو دستگاهی هستند شرع و عقلاء یعنی شارع یک دستگاه دارد و عقلاء هم یک دستگاه دارند که نوعاً تطابق دارند و لکن ما دنبال شرعی می باشیم و اگر عقلاء را هم می گردیم برای اثبات دستگاه شرعی است. یک سیره عقلائی پیدا می کنند و بعد سکوت شارع را کنار آن می گذارند و معامله شرعی را اثبات می کنند.

ما گفتیم فقط عقلائی هستیم و لكن عقلاء ما امضائی است نه دستگاهی. ما ها اصلا قائل هستیم که یک دستگاه عقلائی بیشتر نمی باشد و شارع مقدس دستگاه معاملی نداشته است. شارع گفته است به عقد وفاء كن. خوب کدام عقد؟ عقد به معنای عرفی و معنای عرفی عقد چیست؟ ما یكون عند العقلاء عقدا شارع گفته است بیع صحیح است، کدام بیع؟ ما یكون بیعا عند العقلاء. اینها از قبیل موضوعات است وقتی شارع می گوید خمر حرام است نمی گردیم که خمر در نزد شارع چه می باشد خیر، مراد خمر عرفی است^۱ ما کلا در معاملات عقلائی هستیم. وقتی شارع می فرماید با زن خلیه می توانی ازدواج کنیم یعنی ما یكون خلیا عند العقلاء، وقتی شارع می گوید که ازدواج با زن متزوجه حرام است یعنی ما یكون متزوجة عند العقلاء، ما قائلیم که شرع احکامی و تکالیفی دارد که شارع موضوع پاره ای از احکام را، معاملات عرفیه و عقلائیه قرار داده است.^۲ مشهور آمده اند بعضی از موضوعات را هم شرعی کرده اند. گفته اند بیع، بیع شرعی، عقد، عقد شرعی و ازدواج ازدواج شرعی. لذا اینکه آمده اند گفته اند که ازدواج با زن دوم عند العقلاء باطل و عند الشارع صحیح است ما گفتیم خیر اینطور نمی باشد کجا صحیح است و باطل؟! اگر در عرفی این ازدواج صحیح باشد، عند العقلاء هم صحیح است و اگر در عرفی باطل باشد، در دایره آن عرف هم عند العقلاء باطل است. گفته اند عند الشارع بیع الخمر باطل است و عند العقلاء صحیح است. ما گفتیم خیر، اگر در عرفی بیع الخمر صحیح باشد، عقلاء هم امضاء می کنند و اگر در عرفی باطل باشد، عقلاء هم در دایره آن عرف امضاء کرده و باطل می دانند. اصلا عقلاء تنها کسی به آن توجه نمی کنند، شارع است. عقلاء تابع عرف می باشند اگر در عرف مسلمین باطل است، در نزد عقلاء هم باطل است، اگر صحیح است عند العقلاء هم صحیح است. گفته اند وصیت ازید بر ثلث،

^۱ شارع می تواند بگوید که مراد من از خمر، فلان است این به معنای این است که خمر عرفی را موضوع تکلیف خودش قرار نداده است. (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۸/۲۸).

^۲ عناوین معاملاتی با عناوین تکوینی فرق ندارد در نظر ما (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۸/۲۸).

در نزد شارع باطل و در نزد عقلاء صحیح است، ما گفتیم اینطور نمی باشد اگر در عرفی این وصیت صحیح باشد، عند العقلاء هم صحیح است و اگر در عرفی این وصیت باطل است، عند العقلاء هم باطل است. اینها فکر می کردند که شارع و عقلاء به جنگ هم رفته اند، ما می گوئیم که اگر در عرفی صحیح است عقلاء امضاء کرده است و اگر باطل باشد عند العقلاء هم باطل است. ما تابع عرفیم و عقلاء، حتی اگر شارع هم چیزی بگوید اثری ندارد، چرا که دایره مولویت شارع در تکالیف است و در موضوعات و غیر تکالیف اصلاً مولویتی ندارد لذا کلام او اثری ندارد نهایتاً بتواند عرف ساز باشد. مثل اینکه شارع بگوید که الان روز است، خوب یا اثر می کند یا نمی کند اگر اثر کرد و عرفی شد ما هم تابع عرف و عقلاء هستیم اگر هم اثر نکرد و عرف ساز نشد^۱، باز ما تابع عرف هستیم لذا اگر در نزد مسلمین بیع الخمر صحیح بود ما هم می گوئیم صحیح است و فرض می کنیم که شارع گفته است که تصرف در ملک غیر، حرام است خوب کدام ملک؟ ملک عقلائی خوب در نزد عقلاء مالک این ثمن این خمر، چه کسی است؟ بایع مسلمان لذا او می تواند در این ثمن تصرف کند چرا که در نزد عقلاء این بایع مالک است. مثلاً شارع خواسته کاری کند ناموفق بوده است.^۲ چون همیشه ما عرفی و امضائی هستیم لذا سیره عقلاء در معاملات نسبی است و اگر کسی عمل کرد خلاف شرع نکرده است بلکه اگر شارع گفته است شرب خمر و بیع خمر و غنا حرام است این دیگر کاری به عرف ندارد.

^۱ شارع در احکام وضعی شأنش شأن غیر خودش است یعنی اگر ما حکم به صحت و بطلان معامله ای کند، چطور اثری ندارد در شارع هم اینطور است تنها فرق شارع با ما این است که مسلمین برای حرف شارع اهمیت قائل می باشند، برای حرف ما اهمیت قائل نمی باشند اصلاً معنا ندارد که شارع در احکام وضعی مولویت داشته باشد چرا که اصلاً طلبی در کار نباشد (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۸/۲۸).

^۲ ما دست شارع را در احکام وضعی بستیم کما اینکه دست شارع در تکلیف به ما لا یتطاق بسته است در اینجا هم بسته است. (ب ک اج اس مد).

پس ما در معاملات چیزی به نام دستگاه عقلائی نداریم عقلاء نسبی است و دستگاه شرعی هم نداریم این مثالها غلط است که بیع الخمر عند الشارع باطل است و در نزد عقلاء صحیح است. این مثال غلط است اگر در عرف مسلمین صحیح است عند العقلاء هم صحیح است و اگر بالعکس باشد، باز عقلاء امضاء می کنند.

التحقیق فی المسئلة: العرف نتبعه.

عنایت شود که وقتی که سوال می شود که آیا این اجاره، یکساله صحیح است یا خیر ما دقیقاً باید مشخص کنیم صحیح و بطلان عند العقلاء مراد است؟ یا عند الشارع؟ یا عند العرف؟ فقهاء وقتی صحبت از صحت و بطلان که می کنند ابتدائاً شریعت مراد آنها است و ثانیاً عقلاء مرادشان است. شریعت مرادشان است چرا که برای فقیه آنکه مهم است صحت و بطلان شرعی است و مکلف باید معاملاتش را بر اساس معاملات شرعی انجام دهد و تنظیم کند. اما عقلاء مرادشان است چرا که در غالب موارد شاید قریب به اتفاق موارد از صحت و بطلان عقلائی کشف می کنند، صحت و بطلان شرعی را. این صحت و بطلان عقلائی را حد وسط قرار می دهند برای اثبات صحت و بطلان شرعی. پس مراد اینها اولاً و بالذات بطلان و صحت شرعی است و ثانیاً و بالعرض صحت و بطلان عقلائی است تا از این استفاده کنند صحت و بطلان شرعی را.

این کلام درست نمی باشد چرا که گفتیم که عقلاء چیزی به عنوان دستگاه معاملاتی ندارند و امضائی می باشند آیا عقدی جایز است عند العقلاء یا خیر؟ اگر در عرفی جایز باشد عند العقلاء در آن عرف جایز است و اگر جایز نباشد عند العقلاء هم در دایره آن عرف جایز نمی باشد و در صحت و بطلان هم اینطور است. لذا عقلاء بما هم عقلاء دستگاه معاملاتی

تأسیسی ندارند. هر معامله ای که در عرفی صحیح باشد، در دایره آن عرف امضاء می کنند، و هر معامله ای که در عرفی باطل باشد، در دایره همان عرف این بطلان را امضاء می کنند الا اینکه با حق عرف دیگر تراحم داشته باشد که این حق و تملک را امضاء نمی کنند. اگر در عرفی تملک مال دیگران جایز باشد، در نزد عقلاء این تملک را امضاء نمی کنند. پس دستگاه عقلاء امضائی است. اما عند الشارع نه دستگاه امضائی و نه تأسیس معاملاتی ندارد. بلکه پاره ای از معاملات را موضوع تکلیف خود قرار داده است مثلاً گفته است که قرض ربوی حرام است. قرض ربوی قرضی است که در آن زیاده شرط می شود و یک معامله عقلائی است و در اعراف یکی از معاملات رایج است و در اعراف صحیح است و نمی دانیم اصلاً عرفی داریم که در نزد آن عرف، صحیح نباشد یا خیر. شارع این را موضوع حرمت خود قرار داد است مثل غیبت و دروغ چطور غیبت حرام است، قرض ربوی هم عند الشارع حرام است. لذا نسبت به عقلاء دستگاه معاملاتی تأسیسی را منکر شدیم و گفتیم دستگاه معاملاتی عقلاء امضائی است اما در مورد شارع گفتیم که اصلاً دستگاه معاملاتی ندارد تأسیس و امضائاً بلکه شارع مقدس می تواند کاری بکند که عرف ساز شده و بعد در نزد عقلاء هم امضاء شود. مثلاً بگویند که وصیت بر زائد بر ثلث باطل است این باعث می شود که در عرف مسلمین این باطل بوده و عقلاء امضاء کنند.

دقت کنید، ما یک بیع شرعی و یک بیع فقهی داریم ما بیع شرعی را منکر هستیم و بیع فقهی را مسلماً داریم، یک قضاء شرعی است و یک قضاء فقهی اما قضاء فقهی را قبول کردیم بخلاف قضاء شرعی. اما اگر شارع گفت بیع وقت النداء حرام است، این دیگر بیع شرعی نمی باشد مثل این است که بگوییم خمر شرعی چرا که شارع شرب خمر را حرام کرده است مثل آن می ماند، دروغ شرعی، غیبت شرعی و ... ما غیبت شرعی نداریم بلکه غیبت را شارع حرام کرده است. فرضاً بیع وقت النداء را حرام کرده است. دقت کنید در نزد قدماء اینها خیلی روشن نبوده است و از هم تفکیک نشده بوده است. مثلاً فقهاء قدیمی می گفتند بیع کلب و خنزیر و

خمر و میته ... حرام است چرا که شارع نهی کرده است این نهی به این معنا نمی باشد، که حرام است خیر، به غرضی نهی کرده است که در بعضی جاها موفق بوده است و در بعضی موفق نبوده است.

پس بنابراین این سوال فقهاء که این اجاره شرعا و عقلا صحیح است یا خیر، این درست نمی باشد. شارع اصلا دستگاه معاملاتی ندارد و عقلاء هم اصلا دستگاه معاملاتی تأسیسی ندارند. دستگاه معاملاتی فقهی داریم که همان دستگاه معاملاتی است که فقهاء اسم آن را شرعی گذاشته اند که متکثر است بیع فقهی با بیع شرعی فرق می کند، بعضی مثلا می گویند که بیع خمر باطل است و در نظر بعضی ها صحیح است، بیع قرآن به غیر مسلمان در نظر بعضی ها باطل و در نزد بعضی دیگر صحیح است. دستگاه معاملات فقهی به عدد فقها متکثر است اما دستگاه معاملاتی شرعی اگر وجود داشته باشد، واحد است.

بیع شرعی مربوط به شارع است که مراد این است که شارع دستگاه معاملاتی دارد که ما منکر آن می باشیم اما دستگاه معاملاتی فقهی را قبول داریم. بله شارع مقدس بعضی از معاملات را مانند محرمات دیگر حرام کرده است.

اینکه ما می گوئیم شارع دستگاه معاملاتی ندارد مرادمان این است که ما در کتاب و سنت هیچ دلیلی و شاهی بر این دستگاه معاملات شرعی، داشته باشیم، نداریم یعنی مشکل، اثباتی است نه ثبوتی یعنی شارع که چه عرض کنم، هر شخصی می تواند دستگاه معاملاتی داشته باشد، اما دلیلی بر اینکه شارع چنین دستگاهی دارد امضائا یا تأسیسا نداریم و گفتیم این دستگاه معاملاتی را که در ذهن متشرعه است، فقهاء درست کرده اند چون یک خصوصیتی که شریعت دارد همیشه بین مردم و شریعت فتوا فاصله می افتد و بین فتوا و شریعت کتاب و سنت فاصله می افتد. بله ما نمی گوئیم که این ها از خودشان این مطالب را گفته اند حتما استناد به ادله ای می کنند اما اینها که معصوم نمی باشند خطاء می کنند شاهدش هم این است که اخطاء

ایشان بیش از قول صواب اینها است چرا که اقوال اختلافی آنها از اقوال توافقی بیشتر است مثلاً گاهی در یک مسئله شش فتوا است مثلاً در یک مسئله ده تعلیقه مختلف خورده است این کثرت اختلافات نشان می دهد که اگر به صورت یک مجموعه نگاه کنیم خطاء بیشتر از صواب است. فقهاء روی ضوابط استنباط کرده اند منتها مثل فلاسفه می ماند که در هر مسئله ای اقوال پیدا کرده اند با اینکه اینها دنبال برهان بوده اند چه برسد به فقهاء که دنبال اماره و اصل بوده است.

انکار دستگاه معامله شرعی را گفته شده است مرحوم آشیخ حسین حلی متعرض شده است و رد کرده است از این تعرض می توان فهمی که شاید قائلی داشته است. ایشان این را مطرح کردند حال یا به ذهن ایشان آمده است یا کسی قائل بوده است.

فقهاء می گفتند شارع دستگاه معاملاتی دارد اما بیش از نود درصد امضاء است بعضی گفته اند بیش از ۹۹ درصد امضاء است لذا وقتی صحبت از صحت و بطلان بوده است مرادشان صحت و بطلان شرعی مراد است و مراد صحت و بطلان عقلائی هم بوده است برای اینکه حد وسط قرار گیرد تا صحت و بطلان شرعی را اثبات کنند.

خوب حالا مختار خودمان:

ما که دستگاه شرعی را امضاء و تأسیس منکریم و عقلائی را تأسیس منکریم لذا باید بیان کنیم که آیا در عرف خاص باطل است یا خیر؟ این عرف خاص قید زمان و مکان را حداقل دارد یعنی عرف در این زمان و در این مکان. گاهی وقتها علاوه بر قید مکان و زمان قیود دیگر هم دارد مثلاً در ایران پنج مرجع داشته باشیم که همه مقلدین معتد بهی داشته باشند به عدد مراجع ما عرف داریم مقلدین زید و بکر و خالد.. لذا اگر کسی از ما سوال کند که آیا صحیح است یا باطل باید نگاه کنیم که سائل در کدام عرف است؟ در عرفی است که در آن عرف صحیح است یا باطل است با توجه به آن عرف به او جواب می دهیم. این در جایی است که

کسی از ما سوال کند. می گوییم در چه عرفی هستی و مقلد چه کسی هستی جواب آن فقیه را می دهیم اما در جاییکه سوالی نمی باشد و رساله ای را می خواهیم بنویسیم در رساله چه بنویسیم؟ معنا ندارد که مرجع ببیند که جزء کدام عرف است و بنویسد که طبق آن عرف صحیح است و یا باطل است. چه باید نوشت؟ مرجع در مقام افتاء -نه در مقام سوال و استفتاء مرادمان از مقام استفتاء یعنی مقام افتاء بعد از استفتاء است-. مرادمان از مقام افتاء یعنی افتائی بدون استفتاء، ممکن است که کسی کتاب فقهی بنویسد و کسی غیر خودش این کتاب را ندیده باشد، چاپ نکرده ست اما در همه مسائل هم فتوا دارد. لذا یکدفعه از من سوال می کند، با توجه به عرف او و مرجع او پاسخ می دهیم. من نمی توانم رأی خودم را بگویم چرا که او جزء عرفی است که در آن عرف صحت و بطلان خودش را دارد اما در مقام افتاء چه باید بگوییم؟

و لنا فی مقام الإفتاء ثلاثة طرائق:

سه راه داریم:

الطريق الأول: عدم الإفتاء لأنه تابع للعرف.

راه اول: در آن مسئله فتوا ندهیم چون یک امری است که به حسب عرفها متفاوت است. دقت کنید این معنایش تردید در افتاء نمی باشد، نکته اش این است که تابع عرف است لذا حکم تکلیفی را می گوییم و حکم وضعی را نمی گوییم.

الطريق الثاني: الإرجاع بالعرف.

راه دوم این است که ارجاع به عرف می دهیم مثلاً می گوییم: «صحته و بطلانه منوط بالعرف».

الطريق الثاني: الحكم بأحد الأطراف بغرض تأسيس العرف و هذا في الحقيقة

إنشاء لا إفتاء.

راه سوم این است که من کسی هستم که الان مقلدین من یک عرف را تشکیل داده اند یا احتمال می دهم که فتاوی من عرف ساز شود یعنی احتمال می دهم افراد معتد به در آینده از من تقلید می کنند در اینجا دیگر مربوط به شخص من است که ببینم موافق با اعتبار و ذوق و نکاتی که سنجیده می شود، آیا عرف را بر اساس بطلان شکل دهم یا بر اساس صحت شکل دهم، مثلاً ببینم که آنچه متناسب با حفظ نظام معیشتی جامعه است، مناسب با آن فتوا می دهم لذا مثلاً می گوئیم: «اذا آجره بازید باطل» نه اینکه در عرف باطل است من می خواهم عرف سازی کنم. صحت و بطلان شرعی و عقلائی نداریم و نه می دانم مقلدینی که از من تقلید می کند جزء کدام عرف است، خودم می خواهم عرف سازی کنم لذا نسبت سنجی می کنم کدام اصلح است.

دقت کنید در اینجا شبهه ای مطرح می شود و آن شبهه این است که فتوای بلا حجة حرام است به کدام حجت به صحت و بطلان فتوا داده ام؟ یعنی افتاء من بلا حجة می شود و در فقه پذیرفته است که اخبار و افتاء بلا حجة حرام است، به چه مجوزی این فتوا را می دهم.

اینکه گفته می شود که افتاء بلا حجة حرام است، یعنی اخبار از حکم شرعی بلا حجة باطل است افتاء از اصناف اخبار است اگر بخواهم از حکم شرعی اخبار کنم، حرام است بگوئیم فلان چیز در شریعت حرام یا حلال یا صحیح یا باطل است، این جایز نمی باشد اما در اینجا در واقع اخبار نمی باشد انشاء می باشد می خواهم عرف سازی کنم این دیگر افتاء نمی باشد. این راجع به حکم وضعی است.

اگر فتوا دادم این عقد صحیح است بلافاصله باید بگوییم صحیح است و لکن بلافاصله باید بگوییم حرام است چرا که مخالفت کرده است با آن شرط ضمن عقد اما اگر فتوا دادم به بطلان دیگر لازم نمی باشد فتوا دهم به حرمت چرا که آن شرط ارتکازی که عبارت بود از عدم تصرف منافی که عبارت باشد از عدم نقل و انتقال مال به دیگری، مراد نقل و انتقال به حمل شایع است و فرضا این نقل و انتقال به حمل شایع نمی باشد چرا که باطل است. لذا اگر فتوا دادم به بطلان دیگر فتوا به حرمت این ایجار دهم حال یا باید ساکت باشد یا بگوید: یحرم وضعاً و یجوز تکلیفاً.

لذا این است که در این موارد در تعلیقه وقتی می خواهیم بزنیم می گوییم: «لابد من مراجعة إلى العرف» اگر در عرف صحیح باشد این صحیح است و اگر باطل باشد این هم باطل است.

هذا تمام الكلام في المسئلة الثامنة.

التاسعة: إذا استوجر لخیاطة ثوب معین لا بقید المباشرة

فخاطه شخص آخر تبرعا عنه

استحق الأجرة المسماة...^۲

^۱ چهارشنبه ۹۹/۰۹/۰۵.

^۲ التاسعة: ... وإن خاطه تبرعا عن المالك لم يستحق المستأجر شيئا و بطلت الإجارة و كذا إن لم يقصد التبرع عن أحدهما و لا يستحق على المالك أجرة لأنه لم يمكن مأذونا من قبله و إن كان قاصدا لها أو معتقدا أن المالك أمره بذلك.

سید می فرمایند که اگر کسی اجیر شده باشد بر خیاطت اما مقید بر مباشرت نشده است ما زید را اجیر کردیم بر خیاطت و مقید به مباشرت نمی باشد کسی آمد تبرعا از طرف زید خیاطت کرد. مرحوم سید می فرمایند که اجیر مستحق اجرة المسمى است و باید مستأجر این اجرة المسمى را به اجیر بدهد.

قبل از ورود به شرح، کلمه ای را در عبارت توضیح دهیم:

مرحوم سید فرمود: «لا بقید المباشرة» نفمودند: «لا بشرط المباشرة» فرق بین شرط و قید چه می باشد؟ در شرط، شرط می کنیم که خیاطت را خودت انجام دهی و مراد این است که عمل مستأجر علیه، طبیعی خیاطت است اما شرط، شرط فعل است که این خیاطت را خودت انجام دهی لذا اگر به دیگری داد که بدوزد به عمل وفاء کرده اما به شرط عمل نکرده است مثلاً می گویم که این پارچه را بدوز اما وضوء بگیر اگر دوخت و وضوء نگرفت به مستأجر علیه عمل کرده است، اما به شرط عمل نکرده است لذا جناب مستأجر حق فسخ دارد لذا می تواند فسخ کرده و اجرة المثل را می دهد یا فسخ نمی کند و اجرة المسمى را می دهد. چرا که خیلی اوقات این اجرة المسمى با اجرة المثل فرق می کند.

اما بقید که باشد و به شرط نباشد، عمل مستأجر علیه، طبیعی نمی باشد بلکه حصه ای از طبیعی است او را اجیر کردم بر خیاطت با وضوء لذا اگر بدون وضوء خیاطت کرد اصلاً به آن اجاره عمل نکرده است. یکدفعه می گوئیم تو اجیر هستی بر اینکه خودت مباشرت کنی یعنی اجیرت می کنم بر خیاطت خودت نه خیاطت در اینجا اجاره به صورت مقیده و مستأجر علیه حصه است لذا اگر به دیگری داد که خیاطت کند اصلاً به عقد اجاره و مستأجر علیه عمل نکرده است.

اما در لفظ: وقتی در انشاء و قبول به لفظ شرط بگوئید، ظهورش در تقید است می گوید من شما را اجیر می کنم به شرط اینکه با وضوء خیاطت کنی این ظهورش در تقید است. اگر

بخواهد به صورت اشتراط باشد یک بیان زائدی می خواهد مثل اینکه بگوید که من شما را اجیر می کنم بر اصل عمل خیاطت اما شرط ضمن عقدی هم دارم که در هنگام خیاطت وضوء بگیری. پس اگر کلمه شرط را هم بیاورد باز همیشه ظهورش در تقید است. اجیرت می کنم در خیاطت به شرط اینکه با وضوء باشی ظهورش در اجاره مقیده است.

منتها ایشان فرمودند: «لا بقید المباشرة» که معلوم باشد که اجیر شده است بر طبیعی نه یعنی به نحو مشروط اجیر شده است نه به نحو مقیده که اجاره بر حصه باشد، خوب وقتی اجیر شده است به نحو شرط و به شرط عمل نکرده است، مستحق اجرة المسمى است.

علماء ما وعائی و عالمی را قائلند که اعتباری است اسم آن «ذمه» است ما وعائی به نام «ذمه» که بدون اضافه باشد، نداریم، ذمه دائما اضافی است اعتباری و فرضی است آنچه در این وعاء است آن هم اعتباری است مثلا کتابم را به یک دینار می فروشم شما قبول کردید شما می شوید مالک کتاب و من مالک یک دینار می شوم در ذمه شما ملک من یک دیناری است که اعتباری است و در ذمه شما است که آن ذمه هم امر اعتباری است این را مشهور گفته اند و ما هم قبول کردیم. بله اگر کتاب هم کلی باشد آن هم به ذمه من می آید اما مبیع نوعا شخصی است.

بعد مشتری ما فی الذمه را با دادن پول بری می کند و خوبیش این است که ما فی الذمه که پاک شد، ذمه هم پاک می شود. ذمه من با ما فی الذمه پیدا شده و با رفتن ما فی الذمه هم می رود. این در بحث اموال.

در بحث اجاره معتقدند که بر دو قسم است: «اجاره بر اعمال» و «اجاره بر اعیان».

در اجاره بر اعیان منفعت این کتاب و خانه را به مستأجر تملیک می کنم در ازاء صد دینار در آنجا هم الکلام الکلام. من مالک می شوم مالک اجرت در ذمه مستأجر و مستأجر مالک این منفعت می شود که امری است واقعی نه ذمی و نه اعتباری.

اما در اجاره بر اعمال معتقدند که مستأجر مالک آن عمل می شود در ذمه اجیر. می گوید که تو را اجیر می کنم که یکسال نماز و روزه بخوانی من مالک نماز و روزه یکساله در ذمه اجیر می شوم و اجیر هم مالک اجرت در ذمه من می شود من باید اجرت را به او تسلیم کنم و او هم باید عمل را به من تسلیم کند.

فقهاء می گویند که وقتی من او را اجیر کردم بر خیاطت و قرائت قرآن دو فرض دارد: فرض اول: اجیر می کنم بر حصه ای از خیاطت و آن هم خیاطت خودش، در این صورت اگر لباس را به دیگری داد دوخت به آن عملی که اجیر شده بود عمل نکرد و ما فی الذمه را اداء نکرد ما فی الذمه که حصه ای از خیاطت بود، تحویل نداد و حصه ای دیگر که خیاطت زید بود را تحویل دارد لذا لا يستحق شیئا.

تارة او را اجیر می کنم بر طبیعی خیاطت. وقتی بر طبیعی خیاطت اجیر کردم دیگر حصه ندارد، خیاطت خودش را تحویل دهد یا خیاطت زید را هر دو از افراد ما فی الذمه است لذا مخیر است. این هم صورت دوم در این صورت مستحق اجرة المسمى است چون عمل را تسلیم کرد و به اجاره عمل کرد.

بر همین اساس وارد این مسئله شده اند. وارد این مسئله که شدند گفتند که من اجیر شدم بر طبیعی خیاطت -نه بر خیاطت خودم- جناب زید متبرعا ما فی الذمه من را اداء کرد یعنی به قصد اداء ما فی الذمه من، خیاطت کرد. تا خیاطت کرد ذمه من بریء می شود وقتی که ذمه من اداء شد، من که اجیر باشم مستحق اجرة المسمى می باشم. بعد مثالی می زنند فرض کنید جناب زید به عمرو هزار دینار مدیون است عمرو مالک هزار دینار در ذمه زید می باشد. یکدفعه شخص ثالثی مثلا خالد هزار دینار به عمرو می دهد، در اینجا یکبار تملیک می کند، این هزار دینار می شود مال عمرو و ذمه زید کما کان مشغول است اما یکبار به قصد اداء دین زید هزار دینار را می دهد، به محض اینکه اداء دین کرد، ذمه زید بریء می شود گفته اند

که باب اعمال، هم مثل باب اموال است اگر کسی عمل فی الذمه را انجام داد تبرعا، آن ذمه بریء از عمل می شود.

ما در این مسئله مناقشاتی داریم:

تحقیق در مسئله:

یک عملی را که در نظر بگیرید مثلا خیاطت را در نظر بگیرید که در اینجا سه فرض می توانیم داشته باشیم:

فرض اول:

یک فرض این است که متعلق اجاره ایجاد خیاطت است یعنی این خیاطت ثوب را در خارج ایجاد کنم حالا یا بالمباشرة یا بالتسبیب. مباشرتا یعنی خودم بدوزم و بالتسبیب به دیگری بگویم بدوز. در اینجا موجد خیاطت من می باشم.

فرض دوم:

یک فرض این است که متعلق اجاره، خود خیاطت است. یک عمل خیاطت داریم، یکی از افعال خیاطت است، مثل اکل و شرب و مشی. پس وقتی می گوییم خیاطت یعنی خیاطت خود شخص لذا در خیاطت، دیگر تسبیب نداریم اگر به دیگری داد دیگر این خیاطت شخص نمی باشد.

فرض سوم:

خیاطت را در نظر بگیریم که فعلی از افعال است بدون در نظر گرفتن اضافه به فاعل در مرتبه لحاظ می توانیم این طور لحاظ کنیم به عنوان فعل با قطع نظر اضافه آن به فاعل با اینکه در خارج فعل بدون فاعل نمی شود.

ما وقتی شخصی را اجیر می کنیم به صورت فرض اول ممکن است یعنی او را اجیر کنیم بر ایجاد خیاطت که ایجاد خیاطت دو مصداق دارد مباشرتاً و تسبیحاً اما خیاطت یک فرض دارد.

فرض دوم این است که اجیر می کنیم بر خیاطت نه ایجاد خیاطة که خیاطتِ خودش است یعنی حصه ای از خیاطت که خیاطت الاجیر باشد.

فرض اول اگر باشد دو مصداق دارد می تواند خودش خیاطی کند و می تواند تسبیحی خیاطت کند اما در فرض دوم اگر اجیر بر خیاطت شد، اگر تسبیح کرد، به عقد اجاره عمل نکرده است چون بر خیاطت اجیر شده بود این خیاطت نکرد ایجاد خیاطت کرد. مستحق هیچ اجرتی نمی باشد نه اجرة المثل و نه اجرة المسمى.

اما فرض سوم که اجیر شده باشد بر تحقق خیاطت یعنی منهای اضافه اش به خیاط هیچ اضافه ای به خیاط ندارد یعنی این مستأجر، مستحق عمل خیاطة است این عمل خیاطت یعنی اضافه اش به شخصی در نظر گرفته نشده است. این صورت سوم است.

فقهاء ما صورت اول و دوم را تصور کرده اند اما صورت سوم را تصور نکرده اند مرحوم سید وقتی در این مسئله این را گفته است، رفته است سراغ فرض اول که اجیر شده است بر ایجاد نه بر خیاطت در نتیجه اگر آن شخص ثالث بیاید تبرعا از طرف من خیاطت کند فایده ای ندارد چون من بر ایجاد اجیر شده بودم و ایجاد محقق نشد وقتی ایجاد محقق نشد مستحق شیئی نمی باشد نه اجرة المثل و نه اجرة المسمى. متبرع بدون اینکه من از او بخواهم، به عنوان اداء ما فی الذمه من خیاطت کرد.

مرحوم سید اولی بوده است اگر دیگری در اینجا تبرع کند، فایده ای ندارد چرا که اجیر شده بودم بر ایجاد و ایجاد نکردم و خیاطت هم نکردم. بله ایجاد می تواند به دو صورت باشد:

ایجاد تبرعی و ایجاد اجرتی. در ایجاد تبرعی می گویم تبرعا خیاطت کن و در ایجاد اجرتی به او بگویم که خیاطت کن با اجرت. بلکه در این دو صورت اجیر مستحق اجرت است چرا که ایجاد است اما یکبار خودش این کار را می کند ظاهر کلام سید این مورد است گفته است: «تبرعا عنه» یعنی من از او خیاطت تبرعی را نخواستم خودش این کار را کرده است و به عنوان اداء دین من پارچه را دوخته است. لذا اگر اجیر بر خیاطت یا ایجاد شده باشم و دیگری تبرع کند بدون امر من، مستحق اجرتی نمی باشم چرا که من به مقتضای عقد عمل نکردم نه ایجاد کردم و لو تبرعی و نه خیاطی کردم.

ظاهر کلام سید سومی است که خودش برداشته است بدون امر من.

لذا اگر مراد سید فرض اول است، این مستحق اجرتی نمی باشد.

فرض سوم:

زید اجیر می شود بر خیاطت بدون اضافه به فاعل فایده اش چه می باشد؟ فایده اش این است که هر کسی آمد خیاطت انجام داد به عنوان اداء ذمه من، ذمه من بریء می شود چه به دیگری بدهم خیاطت کند، چه خودم خیاطت کنم، چه دیگری خودش به قصد اداء دین خیاطت کند این ذمه من بریء می شود.

آیا این عقد اجاره است یا خیر؟ اصلا عقد است یا خیر؟ صحیح است یا خیر؟ طبق مبانی که قبلا توضیح دادیم مهم نمی باشد که اجاره باشد یا نباشد، مهم این است که صحیح باشد. مقتضای قاعده این است که صحیح باشد نکته ای بر بطلان این عقد نمی باشد. من شخص را اجیر کنم بر خیاطت منهای اضافه. شبهه اینکه اجاره نباشد، در اجاره بر اعمال این است که بر عمل خود شخص باید اجیر شود، یعنی مقوم در اجاره بر اعمال در معنای عرفی این است که اجیر شود بر عمل خود اجیر حال یا خیاطت یا ایجاد الخیاطة. در اینجا هیچ کدام نمی باشد نه خیاطت خودش است و نه ایجاد الخیاطت. در اینجا اجیر شده است

منهای اضافه کأن در اجاره بودن اجاره بر اعمال این اضافه خوابیده است. گفتیم که معلوم نمی باشد که به این اجاره بگویند اما بر فرضی که هم نگویند اما نکته ای نمی باشد که بگوییم این عقد باطل است. نتیجه آن سه صورت دارد: خودش خیاطت کند یا خودش ایجاد خیاطت کند یا دیگری بدون امر او و خواست اجیر خیاطت کند به نیت اداء ذمه اجیر. این سومی که خیاطت کند به قصد اداء دین در فرض سوم درست است و این فرضی بوده است که اصلا در کلمات علماء فرض نشده است و علماء فقط فرض اول و دوم را کرده اند.

&&بله چون دیگر برای اجاره موضوعی باقی نمی ماند در مختار ما وقتی موضوعی برای عقد اجاره نماند عقد اجاره منفسخ می شود و لکن مستحق اجرة المسمى هم نمی باشد.

اما اداء مال:

گفتیم وقتی شخصی اجیر می شود برای یک عمل سه فرض دارد مثلا در خیاطت تارة بر ایجاد خیاطت اجیر می شود اعم از اینکه بالمباشرة باشد یا بالتسبیب یا اجیر می شود برای خیاطت که خیاطت خودش باشد در این دو فرض تبرع معنا ندارد و یکبار اجیر می شود برای عمل خیاطت بدون اضافه به فاعل در اینجا شخصی تبرعا خیاطت را انجام می دهد وقتی اداء کرد جناب اجیر مستحق اجرة المسمى می شود. چرا که به مجرد عقد جناب اجیر مستحق اجرت می شود و جناب مستأجر مستحق عمل می شود اما کی حق مطالبه پیدا می کند؟ زمانی که اداء شود فرضا این اداء شد اما توسط غیر اداء شد لذا مستحق اجرة المسمى است. اینکه مرحوم سید می فرمایند که استحقاق اجرة المسمى معنای این است که مستحق مطالبه است و الا مستحق اجرة المسمى است به مجرد عقد. و بعد این را تمثیل کردند به اداء دین.

در اداء دین انسان مالک مالی است در ذمه غیر، خوب وقتی غیر آمد این مال را اداء کرد جناب مالک حق امتناع ندارد فرض کنید هزار تومان یا یک دینار مدیون است و می گوید این

یک دینار طلب شما، تا این یک دینار را جلوی دائن گذاشت، این هزار تومان و یک دینار فردی از آن ما فی الذمه است و به محض اینکه جلوی مالک گذاشت، ذمه اش بری می شود و مالک، مالک این می شود و لو بگوید که من نمی پذیریم. مثل اینکه کتاب زید در خانه من مانده است و من کتاب را جلوی او می گذارم او این حق را ندارد که بگوید که من قبول نمی کنم از تحت ید من دیگر خارج شد. این نکته اش چه می باشد؟ نکته اش در سیره عقلاء است که اگر کسی مالک ذمه ما شد ما این حق را داریم که ذمه خودمان را خالی و افراغ کنیم مثل اینکه کسی که مالی در نزد ما دارد این حق را دارم عند العقلاء که من ملک خودم را از مال غیر خالی کنم، آن مال را از تحت ید خودم خارج کنم لذا کتاب را جلوی زید می گذارم و می گویم این کتاب شما، او نمی تواند بگوید قبول کنم.^۱

خوب «ما فی الذمه» یا فردی در خارج دارد، خوب فرد را جلوی او می گذارم و اگر فردی در خارج ندارد باید قیمت آن را به پول رایج به او بدهم مثلاً شخصی مالک یک گوسفند در ذمه من است که این گوسفند در خارج فرد ندارد، خوب قیمت آن گوسفند فرضاً صد دینار است و من صد دینار را به او می دهم می گویم این صد دینار گوسفند. این اداء ما فی الذمه است چرا که عقلاء این حق را برای مدیون قائلند که ذمه خودش را فارغ کند.

اما غیر چطور؟ غیر می تواند این کار را بکند؟ مثلاً او یک دینار از مدیون طلبکار است شخص دیگری تبرعاً می رود به دائن یک دینار می دهد می گوید این اداء ما فی الذمه مدیون. آیا در اینجا قبول از مالک لازم است و چه قبول کند چه نکند این اداء ما فی الذمه مدیون است؟ یا خیر، عقلاء در اینجا دیگر این حق را برای متبرع قائل نمی باشند؟ آیا دیگران این حق را دارند یا خیر؟ اختلافی است بعضی گفته اند این حق را ندارد اما اگر دائن قبول کرد اداء ما فی الذمه

^۱ این به مقتضای قاعده سلطنت علی انفس است: «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم». هم جلس ب ک اس

است و بعضی گفته اند این حق را دارد به صرف اینکه به او به این نیت داد، اداء ما فی الذمه ی مدیون حساب می شود.

ما چون عرفی هستیم و به تبع امضاء عقلاء، عقلائی هستیم، گفتیم ممکن است از عرفی تا عرف دیگر متفاوت باشد اما اگر بخواهیم نسبت به عرف خودمان توضیح دهیم خیلی روشن نمی باشد که در عرف ما دیگری اداء ما فی الذمه مدیون را می کند قبول داین معتبر است یا خیر؟ وقتی می گوئیم قبول معتبر است نه از باب اینکه قبول است چون بنفس قبول ابراء می کند ذمه مدیون را. وقتی قبول می کند کلامی نمی باشد که این ابراء ما فی الذمه مدیون است و کلام در جایی است که داین قبول نمی کند اگر قبول کند به نفس قبول ابراء می شود وقتی قبول نکرد اگر در اموال باشد می گوید که این پولی که به عنوان اداء دین آوردی قبول نمی کنم و در اعمال هم به متبرع می گوید این عملی را که به عنوان اداء دین آوردی، قبول نمی کنم اما این پارچه را بر می دارد چون ملک خودش می باشد اما نسبت به جناب اجیر اداء صورت نگرفته است و وقتی اداء صورت نگرفته است دیگر مستحق مطالبه نمی باشد. اما شبهه ای در اینجا است که اگر لباس را قبول کند این اداء حساب می شود یا خیر؟ ما گفتیم اداء حساب می شود عرفاً. در آنجا وقتی یک دینار را می گذارم می گوید که من قبول نمی کنم و بر نمی دارم در اینجا بگویند لباس را قبول می کنم چون ملک من است اما خیاطت تو را قبول نمی کنم در اینجا بعید نمی باشد که عرفاً و عقلاً قبول لباس قبول خیاطت است.

سوال: آیا نیاز است که شخص متبرع اعلام بکند که این به عنوان اداء دین است یا خیر؟ چون اداء از عناوین قصدیه است گفتن نیاز نمی باشد اما حتماً باید قصد متبرع و مدیون، اداء دین باشد^۱ و لو طرف مقابل و دائن فکر کند این هبه است. گفتیم قصد طرف مقابل مهم نمی

^۱ در این صورت سوم باید شخص متبرع به قصد اداء دین اجیر، این کار را کند، و الا ذمه اجیر بری نمی شود. چرا که ابراء ذمه از عناوین قصدیه است به وجدانی که ما از عرف زمان و مکان خود داریم یعنی اگر بخواهد به صرف تبرع بدون قصد اداء دین ذمه من بری شود، این اختلال نظام است چرا که بعضی از عقود را دیگر نمی توانستیم انجام دهیم یعنی مثلاً من

باشد چرا که وقتی خود مدیون به عنوان اداء دین مال را بدهد قبول او لازم نمی باشد همینکه مال را جلوی او گذاشت اداء دین است و لو او قبول نکند. نسبت به مدیون حق ندارد که قبول نکند اما نسبت به متبرع اگر گفتیم این حق را دارد می تواند بر ندارد اما اگر بردارد و لو به عنوان هبه بر دارد این فایده ندارد و این اداء ما فی الذمه حساب می شود.

این هم نسبت به اموال.

۱...وإن خاطه تبرعا عن المالك

لم يستحق المستأجر شيئا و بطلت الإجارة و كذا إن لم يقصد التبرع
عن أحدهما و لا يستحق على المالك أجره لأنه لم يمكن مأذونا من قبله و
إن كان قاصدا لها أو معتقدا أن المالك أمره بذلك.

سید می فرمایند که وقتی غیر تبرع می کند این سه صورت دارد:

یک دفعه متبرع تبرع می کند و این دوختن را انجام می دهد به قصد اداء از طرف اجیر در این صورت ما فی الذمه اجیر، بری می شود و اجیر مستحق اجرت است.

یکدفعه تبرع می کند ولی نه به عنوان اداء دین بلکه به نیت تبرع برای مالک می خواهد برای مالک کاری را مجانا انجام دهد، اصلا قصد اداء دین ندارد. در این صورت سید می فرمایند که جناب اجیر لا يستحق اجرة و عقد اجاره منفسخ می شود چرا که عملی انجام نداده است. چرا منفسخ می شود؟ چرا که قبلا داشتیم که وقتی محل عمل از بین رفت عقد اجاره منفسخ

نمی توانستم به شخص داین هدیه دهم به صرف اینکه چیزی می دهد اداء دین حساب می شود لذا اگر شخص متبرع بدون قصد اداء دین این کار را کند این دیگر به متعلق عقد عمل نکرده است (اس مد ب ک اج)

۱ التاسعة: إذا استوجر لخيطة ثوب معين لا بقيد المباشرة فخاطه شخص آخر تبرعا عنه استحق الأجرة المسماة ...

می شود اینجا محل عمل با خیاطت متبرع از بین رفت چرا که دیگر پارچه دوخته شده را نمی توان خیاطت کرد.

تبرع از مالک یعنی قصدش اداء دین نبود، فقط می خواست عملی را مجانا انجام دهد
سید می فرمایند لا یتحق المستأجر: مستأجر مالک پارچه است و اجیر عامل است و
مستأجر همان اجیر است. اینجا مراد مستأجر به فتح است که اجیر باشد.

بطلت یعنی انفسخت: این بطلت به معنای خودش نمی باشد که کشف می کند که عقد
اجاره از اول باطل بوده است خیر مراد سید این است که عقد اجاره از اول درست بوده است
و از الان منفسخ می شود.

وجه عدم استحقاق چه می باشد؟ اداء محقق نشد، اداء از عناوین قصدیه است متبرع
قصدش اداء ما فی الذمه نبود این که عقد منفسخ می شود وجهش سیره است وقتی محل عمل
از بین می رود اجاره منفسخ می شود.

مرحوم آقای خوئی: در این موارد یک بیانی را دارند که در خیلی جاها گفتند. گفتند که
وقتی محل عمل از بین می رود دو فرض دارد:

یک دفعه مدت زمانی که برای عمل مستأجر علیه نیاز است، هنوز نگذشته محل عمل
از بین می رود در این صورت انفساخ را قبول کرده اند. چطور؟ مثلاً اجیر شده بر خیاطت و
مدت زمان خیاطت مثلاً دو روز است اما مدت اجاره یک ماه است و شخص متبرع در همان
روز اول شروع به خیاطت کرد قبل از شروع خیاطت متبرع، زمان کافی برای عمل خیاطت
موجود نمی باشد، خوب در این صورت انفساخ را ایشان قبول کرده اند چرا که این خیاطت
مقدورش نبود وقتی که عقد می بستند مقدور بود اما این قدرت زائل شد این قدرت که زائل
می شود این عقد اجاره منفسخ می شود. دقت کنید شروع متبرع مهم است که چه زمانی است
یعنی شروع مهم است نه تمام شدن عمل.

تأرة قبل از عمل متبرع، زمان برای خیاطت بوده است اما نوعاً زمان اجاره زیادتراً از زمان عمل است مثلاً بعد از یک هفته از عقد اجاره، متبرع خیاطت کرد در اینجا مرحوم آقای خوئی گفته اند که عقد اجاره منفسخ نمی شود، مالک دو کار می تواند بکند:

می تواند بگوید که چون قدرت نداری که عمل را به من تحویل دهی اجاره را فسخ می کنم یا اینکه بگوید که فسخ نمی کنم اجرة المسمى را می دهد و مطالبه بدل عمل می کند که در اعمال دائماً بدل قیمت عمل است که آن قیمت عبارت است از اجرة المثل عمل. عقد را فسخ نمی کند و مطالبه اجرة المثل می کند چرا که خیلی اوقات اجرة المثل بیش از اجرة المسمى است و اجرة المسمى را می دهد و اجرة المثل می گیرد.

مشهور علماء گفته اند که عقد اجاره منفسخ می شود.

ما تابع مشهور شدیم و گفتیم سیره موافق با کلام مشهور است. اما وجهش چه می باشد با اینکه کلام مرحوم آقای خوئی به ظاهر مطابق صناعت است؟

گفتیم وجهش این است که مالک زمانی فسخ می کند که اجرة المثل اکثر از اجرة المسمى باشد. اما اگر مساوی یا اقل باشد عادتاً اقدام نمی کند. چون اگر مساوی باشد کار لغوی است و اگر اقل باشد به ضرر مالک است ده دینار به او می دهد و ۵ دینار از او پس می گیرد. پس نوعاً کجا اقدام می کند؟ جایی که اجرة المثل بیشتر از اجرة المسمى است. اجرة المثل ۲۰ دینار و اجرة المسمى ۱۰ دینار است. خوب اگر بخواهیم قائل به انفساخ نباشیم و قائل به تخیر باشیم و جناب مالک این عقد را فسخ نکند، جناب اجیر باید ده دینار اضافه دهد بدون اینکه کوتاهی کرده باشد، دیگری آمده است بدون اذن او پارچه را خیاطت کرده است، خوب در اینجا کوتاهی از طرف اجیر واقع نشده است لذا ضرری را می دهد که در آن نقشی نداشته است، لذا عند العقلاء این عقد اجاره را منفسخ می دانند.

این صورت دوم.

صورت اول متبرع به قصد اداء دين انجام می دهد.

صورت دوم تبرع برای مالک کرد.

صورت سوم این است که نه قصدش تبرع از اجیر و نه قصدش تبرع از مالک است بلکه به خاطر خودش این پارچه را دوخته است یا توهم او این بوده است که مالک به او امر کرده است این پارچه را بدوزد. تبرع در اینجا یعنی تبرع در واقع یعنی مستحق اجرتی نمی باشد، در اینجا مرحوم سید می فرمایند: «لا يستحق على المالك اجرة» اجیر نمی تواند مطالبه اجرة المسمى از مالک کند و متبرع هم مستحق چیزی نمی باشد حتی اگر قصدش اجرت بوده است، از مالک نمی تواند مطالبه اجرتی کند.

ابتداء کلام سید را بررسی کنیم و بعد شرح مسئله.

نکته اول:

نکته اول این است که سید برای این مسئله سه صورت مطرح کردند:

یکی تبرع از طرف اجیر و یکی تبرع از طرف مالک و یکی هیچ کدام از قبلی ها. این سه صورت کردن، سید اثری ندارد آنچه مهم است قصد اداء دين از طرف اجیر است، که اجیر مستحق اجرة می باشد و اگر قصد اداء از اجیر نباشد لا يستحق. لعل که سید سه صورت کرده است به جهت دیگری است و آن جهت استحقاق خود متبرع است می خواهد بگوید که متبرع قصد اجرت کرده است، در عین حال لا يستحق اجرة پس به لحاظ استحقاق اجیر دو قسم بیشتر ندارد اما به قصد استحقاق متبرع این سه صورت را دارد.

نکته دوم:

مرحوم سید فرمودند: «لم یکن مأذونا من قبله». اذن ضمان آور نمی باشد کسی می گوید که اجازه می دهید که خانه را تمیر کنم من می گویم راضیم این ضمان نمی آورد ضمان وقتی

است که من طلب کنم و از او بخواهم که خانه را تمیز کند. و طلب دو قسم است طلب می کنم که مجانا بشوید، این هم ضمان آور نمی باشد. اما یکبار طلب می کند به دون اینکه ابراز طلب مجانی کنم و لو قصد من طلب مجانی باشد، اگر عامل قصد مجانی کرد مستحق نمی باشد و ضمان آور نمی باشد و اگر به قصد اجرت انجام داد این ضمان آور است.

اما محتوای کلام سید:

اجیر لا يستحق شيئاً چون اداء محقق نشد چرا که اداء از عناوین قصديه است و فرضاً متبرع قصد اداء نکرد.

متبرع مستحق نمی باشد چرا که استحقاق یا به عقد است یا به مطالبه که در اینجا هیچ کدام نمی باشد و این اعتقاد او به اجرت، واقع را عوض نمی کند. در واقع، عقد و مطالبه است که موجب ضمان می شود و فرضاً نسبت به متبرع نه عقدی بوده است و نه امری.

العاشرة إذا آجره ليوصل مكتوبة إلى بلد كذا

إلى زيد مثلاً في مدة معينة

فحصل مانع في أثناء الطريق أو بعد الوصول إلى البلد فإن كان المستأجر عليه الإيصال وكان طي الطريق مقدمة لم يستحق شيئاً وإن كان المستأجر عليه مجموع السير والإيصال استحق بالنسبة وكذا الحال في كل ما هو من هذا القبيل فالإجارة مثل الجعالة قد يكون على العمل

المركب من أجزاء و قد تكون على نتيجة ذلك العمل فمع عدم حصول تمام العمل في الصورة الأولى يستحق الأجرة بمقدار ما أتى به و في الثانية لا يستحق شيئاً و مثل الصورة ما إذا جعلت الأجرة في مقابلة مجموع العمل من حيث المجموع كما إذا استأجره للصلاة أو الصوم فحصل مانع في الأثناء من إتمامها.

این مسئله راجع به متعلق اجاره است که این خیلی مهم است که ببینیم دقیقاً متعلق اجاره چه می باشد و متعلق اجاره را از شرط جدا کنیم. گاهی وقتها متعلق اجاره یک عمل است اما جناب مستأجر شرطی هم کرده است معنای شرط کردن این نمی باشد که متعلق اجاره تغییر می کند. بعد سید از این مثال شروع می کند که گاهی اوقات یک شخص اجیر می شود بر یک عمل نه نتیجه عمل، گاهی وقتها اجیر می شود بر نتیجه عمل نه خود عمل، گاهی اوقات بر عمل و نتیجه عمل اجیر می شود. بعد می فرمایند ضابطه این است که اگر متعلق اجاره را ایجاد نکرد، لا يستحق اجرة اگر متعلق اجاره را ایجاد کرد يستحق الاجرة، اگر به شرط عمل نکرد اما متعلق را ایجاد کرد يستحق الاجرة اما در صورتی که به شرط عمل نکند جناب مستأجر حق فسخ دارد. آن وقت یک مثالی به این زدند که اگر انسان نامه را به کسی می دهد و می گوید به فلان شهر برو و نامه را به فلانی بده. یکبار اجیر شده است برای رفتن به شهر و آن نامه دادن در واقع خارج از متعلق اجاره است، و گاهی اوقات اجیر می شود و مستأجر به او می گوید برو نامه را بده و در واقع اجیر شده است بر ایصال نامه و آن رفتن از باب این است که بدون رفتن ایصال محقق نمی شود یعنی از باب مقدمه است. گاهی اجیر می شود بر هر دو: هم رفتن به فلان شهر و هم ایصال نامه. در اولی که بر رفتن اجیر شده است اگر به شهر رفت اما لمانع نتواند نامه را برساند، مستحق تمام اجرت است. اگر برای خود ایصال نامه اجیر شده باشد و

برود اما لمانع ایصال نامه نکند، لا یتحق شیئا. اگر بر هر دو اجیر شود و برود و نامه را لمانع ایصال نکند به نسبت مستحق اجرت است. کلا مسئله در رابطه با این است که آنچه که مهم است این است که ببینیم متعلق اجاره در اجاره بر اعمال چه می باشد و اینکه آیا متعلق ایجاد شده است یا خیر و اگر ایجاد شده است تماما ایجاد شده است یا بعضا و اگر بعضا ایجاد شده است در نظر عرف اجاره نسبت به ابعاض عمل انحلالی است یا خیر.

خوب باید دقت شود که بحث ما در جایی است که عمل به خاطر مانعی انجام نشود نه اینکه خود اجیر در وسط عمل، عمل را رها کند یعنی حتی برای مثال ما اگر شخص را اجیر کردیم برای اینکه به تهران برود و ایصال نامه کند به نحو مرکب که خود ایصال و ذهاب و سیر از اجزاء عمل باشد، در اینجا اگر به تهران رسید و گفت من کاری به رساندن ندارم، اینجا لا یتحق شیئا چرا که از همان اول یک شرط ارتکازی است که متعلق را قید می زند که حصه ای از ذهاب متعلق اجاره است آن حصه ای که استمرار بدهد تا ایصال نه اینکه رفع ید کند مثلا ما کسی را اجیر می کنیم با ماشین ما را به تهران ببرد در وسط راه ماشین خراب می شود این محل کلام است آیا این نصف مسیر را مستحق اجرت است یا نه؟ اما اگر وسط راه گفت که من تو را نمی برم معلوم است که لا یتحق شیئا. بحث در جایی است که مانعی ایجاد شود که اگر مانعی ایجاد شد آیا باید به نسبت عملی که انجام داده است اجرت بدهد یا خیر؟ خوب معلوم است که کسی که اجیر شده است برای صوم یک دقیقه مانده به غروب آب بخورد این معلوم است که لا یتحق شیئا اما یک دقیقه به غروب مانعی ایجاد شد این محل کلام است پس کلام ما در جایی است که با معانع برخورد می کند آیا مستحق شیئی است یا خیر؟ مانع یعنی حدوث امری خارج از اراده و اختیار او. کما اینکه فرض سید رفته است روی حدوث مانع خارجی یعنی مانعی که تحت اختیار و اراده او نمی باشد.

شرح المسئلة:

می خواهیم ببینیم به طور کلی صور چندتا است:

الصور الرابعة في المسئلة:

ما به طور کلی چهار فرض را می توانیم تصور کنیم:

الصورة الأولى: متعلق الإجارة عمل مركب من دون شرط إنضمام الأجزاء.

صورت اول این است که این بر یک عمل مرکبی اجیر شده است اما اجزاء آن عمل یعنی انضمام آن اجزاء آن هیئت انضمامی در حصول غرض نقشی ندارد یعنی آن هیئت انضمامی در اغراض دخیل نمی باشد مثل اینکه شخصی را اجیر کرد که یکماه برای من روزه بگیرد این یکماه روزه، سی تا یک روز است این که این روزها پشت سر هم باشد، اثری ندارد چرا که در فراغ ذمه و قضاء اتصال ایام معتبر نمی باشد شما که می خواهید روزه ها را قضاء کنید می توانید این روزها را منفصل از هم قرار دهید. خوب این شخص ده روز، روزه گرفت به سی دینار اجیر شده بود بعد از ده روز روزه، مانعی پیدا شد و دیگر نتوانست آن بیست روز را روزه بگیرد آیا در اینجا مستحق اجرة ده روز است؟ بله در اینجا عرفا و عقلا انحلال است و باید پول ده روز را بدهد و اما در همین فرض اگر بعد از ده روز بدون حدوث مانعی گفت دیگر نمی خواهم روزه بگیرم آیا در اینجا هم به اندازه ای که گرفته است، متسحق می باشد یا خیر؟ ما گفتیم در اینجا دیگر عرفا مستحق شیئی نمی باشد اجیر شده بود بر سی روز روزه به مبلغ سی دینار ده روز را گرفت و ما بقی را عمدا نگرفت در اینجا مستحق نمی باشد چرا که این که گفتیم عرف انحلالی ببیند اینطور نمی باشد که در هر حالتی انحلالی ببیند، در بعضی حالات انحلالی می بیند و در بعضی موارد انحلالی نمی بیند در عمد انحلال نمی بیند و در غیر عمد انحلال می

بیند لذا در اینجا نسبت به ده روز اجاره صحیح است و مستحق اجرت است و نسبت به ما بقى عقد منفسخ می شود. این صورت اول.

الصورة الثانية: الإجارة على النتيجة.

صورت دوم این است که ما گاهی اوقات بر نتیجه اجیر می شویم به نحوی که مقدمات عمل ما اصلاً مورد اجاره نمی باشد مثل اینکه کسی را اجیر می کنیم برای افراف ذمه میت مثلاً میت به ذمه اش حج آمده است وقتی از دنیا رفت ما شخص را اجیر نکردیم برای نیابت از حج از طرف میت، اجیرش کردیم برای افراف ذمه میت نسبت به حج، این شخص بعد از انجام نصف اعمال حج بقیه را نتوانست انجام دهد یا قبل از احرام او را برگرداندند در اینجا ذمه میت فارغ نمی شود لذا لا یستحق شیئاً چون عمل مستأجر علیه که افراف ذمه بود، حاصل نشد و آن را انجام نداد.

این هم صورت دوم که بر نتیجه اجیر شده است.

در اینجا انضمام شرط است و مهم است و دخالت دارد طواف و وقوف و احرام تنها به درد نمی خورد چرا که حج عمل ترتیبی می باشد باید به ترتیب، اعمال اتیان شود مثل روزه ثلاثین یوم نمی باشد که لازم نمی باشد پشت سر هم بیاید.

اگر بر نیابت از حج اجیر بود در صورت بعدی حکم آن می آید .

الصورة الثالثة: أن المتعلق عنوان بسیط منطبق على مركب.

صورت سوم این است که برای یک عنوان بسیطی اجیر شده است که آن عنوان بسیط بر این عمل مرکب منطبق می شود مثل صوم و صلاة. صلاة یک عنوان بسیطی است که مجموعه ای از اجزاء دارد که این مجموعه را صلاة می گویند. اینطور نمی باشد که صلاة اجزائش از هم جدا باشد صلاة المغرب این مجموعه سه رکعتی را صلاة المغرب می گویند و

صوم مجموعه امساكاتى است از طلوع تا غروب. اجيرش كرده است براى صيام يا بر صلاة العشاء خوب وقتى در وسط روز به مانع برخورد مى كند و نمى تواند ادامه دهد، عنوان در خارج محقق نشده است و عمل محقق نشده است و لا يستحق شيئا اجير شده است بر قضاء صلاة عشاء فرض اين است كه صلاة العشاء عنوان بسيطى است كه اين شخص ايجادش نكرد و در ركعت آخر خوابش برد اينجا لا يستحق شيئا.

الصورة الرابعة: متعلق الإجارة مجموعة من الأجزاء بشرط الإنضمام.

صورت چهارم اين است كه بر مجموعه اى از اجزاء اجير مى شود اما به شرط الانضمام يعنى شرطش اين است كه اين مجموعه را با هم بياورد يعنى بر اين اجزاء به شرط اجتماع اجير شده است نه لا بشرط از اجتماع. مثل اينكه ما مى رويم از يك شخصى مى خواهيم كتابى بخريم اين مثال مهمى است مثلاً مى بينيم اين دو كتاب دارد قيمت يك كتاب قيمت ارزاني است و كتاب ديگر را به قيمت گراني مى دهد ما اين دو كتاب را مى خريم اما به شرط انضمام است يعنى اگر آن كتاب گران را نمى خريدم اين كتاب ارزان را نمى فروخت يعنى اين كتاب گران را خريدم كه كتاب ارزان را به من بفروشد. يا اين كتاب ارزان را كه خريدم به خاطر كتاب گراني كه مى خواهم پول دهم، مى خواهم ما به ازائى داشته باشد اين به شرط انضمام است اگر معلوم شد كه عقد نسبت به يكي از اين دو باطل بوده است مثلاً مشخص شد كه يكي از اين دو كتاب مال ديگري بود است من چه مى كنم؟ مى توانم نسبت به بخشى كه عقد صحيح است فسخ كنم اين را خيار تبعض صفة مى گويند. يك مثال ديگر شما تارة مغازه اى مى رويد از اين مغازه ده قلم جنس مى خريد و يكي از اين كالاها معيوب در مى آيد در اينجا ارتكاز عرف شرط انضمام ندارد وقتى پس مى دهيد ده قلم جنس خريديد فقط آن يك قلم را مى توانيد فسخ كنيد نمى توان گفت كه معامله مجموعى شد و اصلاً قيمت تك تك اجناس را

نمی داند و قیمت مجموع را می داند در هنگام فسخ باید همان معیوب را فسخ کند همه را نمی تواند فسخ کند پس تارة شرط انضمام است مثالش در مثال بیع بود اما در اجاره:

خانه را اجاره می کند یکساله بعد معلوم می شود ده ماه قابل سکونت است چرا که قرار است بعد از ده ماه در اینجا خیابانی کشیده شود دیگر این خانه باید خراب شود و تخلیه شود درست است که در اینجا ده ماه جداگانه است اما در ذهن عرف این اجاره به نحو شرط انضمام است وقتی اجاره شد این اجاره نسبت به ده ماه صحیح است و نسبت به دو ماه باطل است اما شخص مستأجر می تواند نسبت به ده ماه فسخ کند حق فسخ دارد اما اینطور نمی باشد که معامله از اصل باطل شود چه بعد از نشستن چه قبل از نشستن بعد از نشستن هم معلوم می شود که این قابلیت سکونت یکسال را ندارد در اینجا لازم نمی باشد این اجاره را ادامه دهد.

این در اجاره بر اعیان در اجاره بر اعمال هم اینطور است:

اگر شخص اجیر شده است که این آقا را ببرد به تهران و بعد از تهران به مشهد ببرد معلوم شد که تا تهران راه باز است اما از تهران به مشهد راه بسته است، این عقد اجاره تا تهران درست است اما این شخص می خواسته است که ماشینی باشد که تا مشهد متصلا او را ببرد و از ماشین پیاده نشود قبل از حرکت این حق را دارد که عقد اجاره را فسخ کند نسبت به اجاره تا تهران. چون این شرط انضمام است و مجموعی نمی باشد که بگوییم عقد باطل می شود. حتی اگر تهران هم مطلع شد، می تواند اجاره تا تهران را فسخ کند اما اجرة المثل تا تهران را باید بدهد.

در اولی شرط نداشت اما اینجا شرط دارد یعنی این حالت انضمامی مهم بوده است اما جزئی از متعلق اجاره نبوده است یعنی انحلالی است اما جزء متعلق اجاره نبوده است به نحو شرط است ترکیب انضمامی داخل در متعلق نمی باشد، داخل در شرط است این انضمام.

خوب حکم مسئله در این چهار صورت در جایی که متعلق اجاره مرکب است بیان شد
گاهی وقتی حق فسخ می آورد، بعضی وقتی عقد اجاره درست است و حق فسخ ندارد مثل
مثال اول و در بعضی اوقات عقد اجاره باطل است.

هذا تمام الكلام در مسئله دهم.

الحادية عشر: إذا كان للأجير على العمل خيار الفسخ

فإن فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال

وإن كان بعده استحق أجره المثل و إن كان في أثناءه استحق بمقدار

ما أتى به من المسمى أو المثل على الوجهين المتقدمين...^٢

در این مسئله مرحوم سید می فرمایند اگر برای اجیر خیار فسخ باشد اگر فسخ کرد حکم
اجاره چه می باشد؟ فرض کنید که زید اجیر شده است برای ختم قرآن به مبلغ سی دینار و
برای او حق فسخ است ایشان می فرمایند که این سه فرض دارد:

فرض اول:

^١ سه شنبه ۹۹/۰۹/۱۸.

^٢ الحادية عشر: ... إلا إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع فلا يستحق شيئاً وإن كان العمل مما يجب إتمامه بعد الشروع فيه كما في الصلاة بناء على حرمة قطعها و الحج بناء على وجوب تمامه فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أو لا وجهان أوجههما الأول هذا إذا كان الخيار فوراً كما في خيار الغبن إن ظهر كونه مغبوناً في أثناء العمل و قلنا إن الإتمام مناف للفورية و إلا فله أن لا يفسخ إلا بعد الإتمام وكذا الحال إذا كان الخيار للمستأجر إلا أنه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع و كان في أثناء العمل يمكن أن يقال إن الأجير يستحق بمقدار ما عمل من أجره المثل لاحتزام عمل المسلم خصوصاً إذا لم يكن الخيار من باب الشرط.

این است که تارة قبل از شروع در عمل فسخ می کند لا اشکال که از اجرة المثل و المسمى هیچ استحقاقی ندارد چرا که عملی انجام نداد استحقاق اجرت در مقابل عمل است و فرضاً عملی انجام نداده است.

فرض دوم:

این است که عمل را تکمیل کرد و تمام قرآن را ختم کرد بعد از اینکه قرآن را ختم کرد فسخ کرد این هم سید می فرمایند که مستحق اجرة المثل است. اجرة المسمى سی دینار بود و اجرة المثل هر چه باشد کمتر بیشتر مساوی باشد مستحق آن می باشد.

«بعده» یعنی بعد العمل نه بعد الشروع چرا که بعد الشروع را بعداً می آورد.

مستحق اجرة المسمى نمی باشد چرا که عقد فسخ شده است لزوم اجرة المسمى از باب اجاره بود و این اجاره فرضاً فسخ شده است و مستحق اجرة المثل است چرا که این عمل او به طلب مستأجر بوده است و قصد مجانیت هم نکرده است لذا باید اجرة المثل عمل را بدهد چرا که ما یک قاعده عقلائی داریم که: «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده». هر عقدی که صحیحش موجب ضمان است فاسدش هم موجب ضمان است اما در ما نحن فیه عقد فاسد و باطل نمی باشد بلکه فسخ شده است اما در اینجا نکته عقد فسخ شده با عقد باطل یکی است. نکته اش هم این است که در واقع وقتی عقد می بندد این را به طلب او در واقع اتیان می کند و قصد مجانیت ندارد لذا اجرة المثل را باید بدهد.

فایده فسخ عبد بعد از عمل این است که تارة اجرة المثل از اجرة المسمى بیشتر است. مثلاً در کجا؟ فرض کنید این شخص را اجیر بر ختم قرآن کرده است به سی دینار، اجیر شده است بر ختم قرآن به سی دینار بعد از ختم قرآن متوجه شده است که اجرة المثل ختم قرآن پنجاه دینار است لذا در این اجاره مغبون شده است و فسخ می کند و مستأجر باید پنجاه دینار

که اجرة المثل است را بدهد اما اگر فسخ نکند سی دینار به او می رسد. فرض این است که مغبون حق فسخ دارد عقلائا. ما تا اینجا با کلام مرحوم سید موافقیم.

دقت کنید خیار غبن در جایی است که خودش اقدام نکند یعنی از اول نمی دانسته است که اجرة المثل بیش از اجرة المسمی است. حقیقت این خیار غبن به چه بر می گردد؟ بعضی گفته اند عقلاء این خیار را جعل کرده اند و به شرط خیار بر نمی گردد.

مثل اینکه یک کسیه برنج می خرید و بعد از خوردن برنج می فهمید که برنج فروش به شما گران فروخته است در اینجا خیار غبن دارید و این خیار هر زمان متوجه غبن شود ثابت است یعنی حتی اگر بعد از ده سال فهمید در فلان اجاره مغبون شده است، خیار غبن دارد.

خیار غبن در همه عرفها ثابت نمی باشد در بسیاری از کشورها شخص مغبون خیار فسخ ندارد. غبن بر اساس اجرة المثل سنجیده می شود اجرة المثل یعنی متعارف مثلا کتابی را به صد دینار می خرید و بعد می بینید که در کتاب فروشیهای دیگر بیش از هفتاد دینار نمی دهند و قیمتی که شما خریدید بیش از متعارف بوده است. در ایران این حق فسخ به خیار غبن موجود است و این حق را برای مغبون قائل می باشند اما در بسیاری از کشورها این حق نمی باشد. در زماننا هذا چون اتفاقات خیلی سریع اتفاق می افتد باید قانونها سریع عوض شود تا عرفی شود. ما تابع عرفیم در جایی که ارزش پول زمان معامله در این زمان خیلی کم شده است دیگر در اینجا با دادن همان پول آن زمان معلوم نمی باشد که این حق فسخ باشد الا اینکه معادل مبلغ آن روز ارزشا پس دهد و بعد حق فسخ برای او قائل شوند.

نکته این ضمان اجرة المثل احترام عمل مسلم نمی باشد احترام یک عنوان کلی است عنوان مشیر است خودش چیزی نمی باشد هر کسی با هر کسی عمل کند همین است حتی کسانی که قائلند عمل غیر مسلمان محترم نمی باشد در اینجا قائل به حق فسخ می باشند به جهت اینکه به طلب این بوده است و آن هم قصد مجانیت نداشته است.

آیا نکته اینکه چون عمل به طلب او بوده است و عامل هم قصد مجانیت نکرده است
لذا ضامن اجرة المثل است آیا نکته این ضمان در اینجا احترام عمل مسلم نمی باشد؟

دقت کنید در **اعمال غیر مسلمان** فقهاء قائل به ضمان می باشند منتها می گویند اداء ما
فی الذمه واجب نمی باشد این دو با هم خیلی فرق می کند لذا اگر غیر مسلمانی را اجیر کردیم
ما ضامن می باشیم اما اداء دین به غیر مسلمان واجب نمی باشد. بین عدم وجوب اداء دین و
عدم ضمان فرق است لذا نباید اشتباه شود. پس نکته در اینجا احترام عمل مسلمان نمی باشد
چرا که اگر غیر مسلمان هم باشد در اینجا مستحق است و ما هم به او ضامن می باشیم حال
اداء این دین واجب است یا خیر بحث دیگری است، اصل ضمان ثابت است.

فرض سوم:

فرض سوم که عمده این فرض است این است که اگر دراثناء عمل فسخ کرد اجیر کرد
برای ختم قرآن به سی دینار و این ده جزء از قرآن را قرائت کرد و بعد فسخ کرد حال که فسخ
می کند آیا باید نسبت به ده جزئی که خوانده است از اجرة المسمی به نسبت بگیرد که ده
دینار می شود یا باید اجرة المثل ده جزء را بگیرد که فرضا بیست دینار است؟ چه مقداری را
باید مستأجر به اجیر دهد؟ اجیر کرده است برای ختم قرآن به سی دینار اما اجیر ده جزء را
قرائت کرد و بعد این اجاره را فسخ کرد حالا که فسخ کرد چه مقدار باید مستأجر به اجیر
دهد؟ ده دینار که یک سوم اجرة المسمی است چرا که فرضا یک سوم قرآن را قرائت کرده
است یا بیست دینار بدهد که اجرة المثل ده جزء است؟ چه مقدار باید بدهد؟

در اینجا اقوالی در مسئله است یک قول این است که باید اجرة المثل را بدهد ببیند اجرة
المثل ده جزء چقدر است آن را بدهد که فرضا بیست دینار است

یک قول این است که از اجرة المسمی به نسبت دهد که یک سوم سی دینار می شود ده
دینار.

یک قول این است که سبب فسخ تارة طاری است و تارة سابق است.

سابق مثل چی؟ مثل غبن که شخص از همان اول مغبون بوده است چون سبب الفسخ طاری نبود.

یکبار سبب الفسخ طاری است مثلاً گفته است که اگر من شغلی پیدا کردم یا ازدواج کردم این اجاره را فسخ کند و این در اثناء عمل شغل پیدا کرد و فسخ کرد گفته اند که اگر از اول طاری بوده است باید اجرة المثل را بدهند و اگر از اثناء بوده است باید تبعیض شود باید به نسبت اجرة المسمى را بدهد هر مقدار که است ثلث و نصف و ربع به همان نسبت از اجرة المسمى بدهد.

بعضی گفته اند باید نگاه کنیم ببینیم که آیا عقد اجاره را می تواند نسبت به بعض فسخ کند یا نه؟ گاهی اوقات کل عقد اجاره را فقط می تواند فسخ کند مثل جایی که مغبون شده است و تارة نسبت به بعض فسخ می شود مثل جایی که برای خودش حق فسخ گذاشته است آنجائیکه برای خودش حق فسخ گذاشته است نسبت به مقداری که انجام نداده است حق فسخ دارد. لذا باید ببینیم که نسبت به کل حق فسخ دارد یا نسبت به بعض. خوب در جایی که نسبت به بعض فسخ می کند طبیعتاً اجرة المسمى به النسبة می شود و در جایی که نسبت به کل فسخ می کند باید اجرة المثل بدهد. لذا باید ببینیم از مواردی است که حق فسخ نسبت به تمام عقد است یا بعض العقد است.

بعضی مثل مرحوم آقای خویی فرموده اند که خیار دو قسم است: اگر این حق فسخ ناشی از شرط می شود مثلاً گفته است که من هر زمان خواستم این عقد را فسخ کنم و تارة ناشی از شرط نمی باشد مثل خیار غبن در اینجا می تواند فسخ کند بدون شرط اگر بدون شرط خیار باشد اجرة المثل را مستحق است و اگر به شرط باشد این اجرة المسمى بالنسبة را مستحق است.

احتمالا در این مسئله تفصیلات دیگری هم است.

قول چهارم با این فرق می کند قول سومی این بود که ببینیم حق فسخ نسبت به کل عقد است یا نسبت به بعض العقد است مرحوم آقای خوئی شرط خیار را دائما نسبت به کل عقد می داند اما در عین حال بین این دو نحو خیار فرق می گذارد.

احتمالا تفصیلات دیگری در مسئله باشد.

بالاخره در این مسئله چه بگوییم؟ بگوییم در فسخ در اثناء مستحق اجرة المثل است یا اجرة المسمى بالنسبة است؟

حتی ما قول سومی در مسئله را می توانیم بگوییم که عبارت باشد از اجرة المثل بالنسبة فرق بین اجرة المثل و اجرة المثل بالنسبة چه می باشد؟ خوب اجرة المثل قرائت ده جزء بیست دینار است و اجرة المثل کل قرآن ۴۵ دینار است پس نسبت به ده جزء یک اجرة المثل داریم که ۲۰ دینار است و یک اجرة المثل بالنسبة داریم که ۱۵ دینار است. این تفکیک بین اجرة المثل و اجرة المثل بالنسبة در کلمات علماء نیامده است گویا غفلت کرده اند که این هم دو قسم است. به این مطلب التفات نداشته اند که اجرة المثل قرائت کل قرآن ۴۵ دینار است و اجرة المثل ده جزء از قرآن ۲۰ دینار ممکن است باشد و از بالنسبة بیشتر باشد.

ما این احتمال را در مسئله دادیم که احتمال مهمی است که اگر ما اجرة المثلی شدیم آیا باید اجرة المثل را بگوییم یا اجرة المثل بالنسبة را؟ یعنی در اینجا که اجیر، در اثناء اجاره، عقد را فسخ کرد یعنی در مثال ما بعد از قرائت ده جزء از قرآن این عقد را فسخ کرد آیا مستحق اجرة المسمى بالنسبة است که فرضا ده دینار است؟ یا مستحق اجرة المثل ده جزء است که فرضا بیست دینار است؟ یا مستحق اجرة المثل بالنسبة است که فرضا ۱۵ دینار باشد؟ مستحق کدام است؟

(این خیلی متعارف است که وقتی مقدار و کمیت کم می شود ثمن و اجرة هم متفاوت می شود مثلا در عصرما امروز یک آپارتمان را می خواهند بفروشند متراژ که کوچک می شود از باب اینکه مثلا مشتری آن بیشتر می شود، قیمت آن بیشتر می شود مثلا اگر قیمت متراژ بالا متری یک میلیون تومان است، در متراژ کمتر متری ۲۰۰ و ۱ می شود مگر به اندازه ای کوچک شود که قیمت افت پیدا کند در اجاره هم همینطور است شما اگر جایی را اجاره کنید طولانی مدت تا آنجا را اجاره کند کوتاه مدت، اجرت اجاره کوتاه مدت بیشتر است. حالا در اینجا ضامن چه می باشد؟^۱)

این اصل مسئله است ببینیم در این مسئله به جای اینکه ادله اینها را بررسی کنیم مختار ما چیست:

سه سوال را باید جواب دهیم:

سوال اول اینکه عقد اجاره وقتی فسخ می شود، فسخ من حینه یا من رأسه است؟ بعضی تفصیل داده اند که در بیع وقتی فسخ می کنید بیع را از رأسه فسخ می کنید اما اجاره را من حینه فسخ می کند. یعنی بین بیع و اجاره فرق گذاشته اند شما اگر بیع را بعد از یک ماه فسخ کنید از اول فسخ می کنید و اگر اجاره را فسخ می کنید این از الان فسخ می شود و می شود اجرة المسمى بالنسبة. اگر گفتیم من حین فسخ باشد یا من اول باشد نتیجه آن در ثمرات این مبیع و نمائات آن بین عقد و فسخ است.

سوال دوم اینکه آیا در عقد اجاره تبعیض در فسخ می توانیم داشته باشیم مثلا نسبت به یک سوم امضاء کرده و نسبت به دوم سوم فسخ کنیم. مثلا خانه را اجاره کردیم یکساله بعد می گویم من نسبت به شش ماه دوم یا شش ماه اول فسخ می کنم آیا این تبعیض در فسخ صحیح است یا خیر؟

^۱ داخل پرانتز را ابتدای جلسه بعد فرمودند که به خاطر تناسب با اینجا به اینجا منتقل شد.

سوال سوم: اگر در اثناء فسخ کردیم آیا باید اجرة المثل را بدهیم یا اجرة المثل بالنسبة را بدهیم یا باید اجرة المسمى بالنسبة را بدهیم؟

اگر در ذهن شریفتان باشد پاره ای از نکات را قبلاً گفتیم و پاره ای را امروز متعرض می شویم:

نکته اول:

وقتی می گوئید که مستأجر ضامن است ضامن عند الشرع، یا ضامن عند العرف الخاص؟ یا عند القانون یا عند العقلاء؟ قانون و عرف و عقلاء و شارع به چه مبلغ این مستأجر را ضامن می کنند. این را وقتی می گوئیم باید مشخص باشد. خوب معلوم است فقهاء وقتی بحث می کنند مرادشان شارع است فقط ممکن است همه حکمشان یکی باشد و ممکن است با هم اختلاف داشته باشند. این مهم نمی باشد.

نکته دوم:

نکته دوم این است که ما قائلیم شریعت دستگاهی اصلاً ندارد این علماء ما هستند که معتقدند که حتماً شارع مقدس یک تضمین خاصی دارد قطع نظر از اینکه با تضمین دیگران یکی باشد یا نباشد خودش دستگاه معاملاتی دارد، عقلاء و عرف هم دستگاه معاملاتی دارند و قانون هم دستگاه معاملاتی دارد.

ما قبول نکردیم گفتیم اصلاً شارع و عقلاء دستگاه معاملاتی ندارند. عقلاء رویه امضاء و عدم امضاء را دارند تارة یک امر عرفی را امضاء می کنند و تارة یک امر عرفی را امضاء نمی کنند. فقهاء دنبال دستگاه شرعی می باشند و عقلاء را حد وسط قرار می دهند برای رسیدن به دستگاه شرعی اما به عرف و قانون کاری ندارند چرا که این ها حد وسط قرار نمی گیرد برای اثبات

دستگاه شریعت. فقهاء دنبال شریعت می باشند دستگاه عقلاء را برای اثبات دستگاه شرعی حد وسط قرار می دهند ما نه دستگاه شرعی و نه دستگاه عقلائی را به عنوان دستگاه تأسیسی قبول نکردیم ما دستگاه عقلائی را قبول کردیم آن هم به نحو امضاء عرف. و الا هیچ دستگاهی ندارد اگر عرفی گفت ضامن اجرة المسمى است عقلاء هم امضاء می کنند و اگر عرفی گفت که ضامن اجرة المثل است عقلاء هم امضاء می کنند و ...

این هم این نکته که گفتیم شریعت و عقلاء دستگاه معاملاتی ندارند.

اگر عقلاء گفت که این عقد در نزد من باطل است معنایش این است که وقتی شارع گفته است: «المؤمنون عند شروطهم» و بعد می گوید: «شرط در قرض ربوی باطل است» یعنی وفاء به این شرط واجب نمی باشد. فقط دایره مولا و شارع دایره تکلیف است شارع می گوید ربا باطل است یعنی عمل به شرط بیع ربوی وجوب وفاء ندارد و اگر در اثر این بطلان شارع، بیع در نزد عرف متشرعه هم باطل شد این عقد هم می شود باطل عقلائی.

اگر اثر نکرد وفاء واجب نمی باشد در اینجا جلوی عرف و عقلاء را نمی گیرد فقط می گوید واجب نیست. خوب عقلاء می گویند این عقد ربوی صحیح است منافاتی ندارد. بله یکدفعه شارع می گوید این عقد حرام است می شود منافات با حکم عقلائی که در جای خودش گفتیم که هر جا وفاء به یک عقد عرفا و شرعا یا قانونا حرام شود، عقلاء آن عقد را امضاء نمی کنند. پس یکبار شارع می گوید که واجب نمی باشد، در اینجا عدم وجوب شرعی با وجوب عقلائی منافاتی ندارد مثلا شما اگر با دولت یا غیر مسلمان وارد عقدی شدید فقهاء می گویند که وفاء به این عقد واجب نمی باشد منافاتی ندارد که شرعا وفاء به این عقد واجب نباشد و لکن عقلائی وفاء واجب باشد. بله اگر شارع بگوید وفاء به این عقد حرام است عقلاء دیگر آن عقد را امضاء نمی کنند و لو این عقد عرفی هم شده باشد. چرا که امضاء عقلاء در این موارد

که شرعا یا قانونا یا عرفا ممنوع است یعنی الزام عقلاء بر مخالفت با شریعت و عرف و قانون و عقلاء هیچ زمانی این کار را نمی کنند چون چنین الزامی اختلال نظام اجتماعی است.

مثلا در دایره عرف مسلمین اگر مسلم به مسلم خمری را فروخت در اینجا عقلاء امضاء نمی کنند و شارع هم گفته است که تسلیم خمر حرام است در اینجا عقلاء این عقد را امضاء نمی کند چرا که وفاء به عقد حرام است شرعا.

اینها دیگر عرف بر نمی دارد اگر وفاء به عقدی ممنوع بود عقلاء امضاء نمی کنند. اما در دایره احکام وضعی تابع عرف می باشند کاری به قانون و شریعت ندارند.

بله، گفتیم هر معامله ای را که شارع یا عرف یا قانون وفاء به آن عقد را حرام و ممنوع کند، عقلاء آن عقد را امضاء نمی کنند چون این امضاء موجب اختلال نظام می باشد مثلا قانون گفته است که حمل هروئین ممنوع است در اینجا اگر کسی را اجیر کردیم برای حمل هروئین این عقد اجاره باطل است عقلا.

پس مهم برای ما در این چهارتا عرف است مراد از عرف، عرف خاص است. شریعت دستگاه ندارد، عقلاء دستگاهشان امضائی است و دستگاه تأسیسی ندارند، موضوع حکم عقلاء دائما عرف است یعنی نگاه می کند به عرف اگر حق را عرف قائل بود عقلاء امضاء می کنند اما قانون و شریعت موضوع حکم عقلاء نمی باشد لذا اگر حق را عرف قائل بود اما قانون یا شریعت قائل نبودند، عقلاء این حق عرفی را امضاء می کنند.^۱ چون منبع قدرت قانون بیرون از عرف باشد بی اعتبار است. مثلا قانون می گوید که اگر کسی بلند صحبت می کند شما حق دارید به او سیلی بزنید اما عرف این حق را قائل نمی باشند عقلاء عرف را امضاء کرده و این حق را قائل نمی باشند.

^۱ اگر امضاء عقلاء نباشد، وجه مشترک بین اعراف حاصل نمی شود. (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۹/۱۹).

پس مهم عرف است و باید برویم سراغ عرف خاص باید ببینیم که عرف، مستأجر را تضمین به کدام اجرت می کنند. عرف خاص که گفتیم اعراف متکثر پیش می آید و ما نهایتاً آگاه به عرف زمان و مکان خود هستیم که در اثر زندگی در آن عرف ارتکازات عرفی در ذهن ما شکل می گیرد.

نکته دیگر: که خیلی مهم است.

خیلی وقتها عرفها نسبت به موردی اصلاً موقفی ندارند یعنی مسائلی پیدا می شود که عرف موقفی ندارد چون افراد این قضیه نادر است، باید افراد کثیری داشته باشد که به مقتضای ضرورت بناء و ارتکاز عرفی شکل بگیرد تازه افراد نادری دارد لذا به عرف هم بگویید عرف ندارد لذا این ضرورتی ندارد که باید در همه مسائل عرفی باشد. مثلاً یک پدیده ای داشتیم به نام تصادف ماشین و خیلی اوقات در این تصادفات راننده سهواً، موجب فوت یا نقصان در بدن می شود خوب راننده نسبت به این متوفی و مصدوم چه مقدار ضامن است؟ این چون یک پدیده جدیدی است و ما قبلاً تقریباً این پدیده را نداشتیم خصوصاً اینکه مقارن شده است با پدیده ای که گاهی اوقات افراد از تخصص در آمدی دارند که در قدیم نداشتیم که از یک تخصص این مقدار در آمد داشته باشند مثلاً جراحی است بسیار ماهر یک ساعت جراحی می کند اندازه ده سال یک کارگر پول می گیرد یا خوانندگی می کند اندازه ده سال یک کارگر دست مزد می گیرد. چه مقدار ضامن است؟ این یک معزله ای شده است از یک طرف نسبت افرادی که فوت شده یا مصدوم می شوند به درآمد خیلی متفاوت است بعضی از افراد در سال ۱۵ میلیون در آمد دارند و بعضی ساعتی ۱۰۰ میلیون درآمد دارند. در اینجا چگونه باید پول بگیریم ضمن اینکه غالب افراد قدرت تضمین و تدارک خسارت را ندارند که مثلاً فردی مصدوم شد و اگر مصدوم نمی شد ۳۰،۴۰ سال دیگر می توانست کار کند چه کسی می تواند این مقدار خسارت را به مقدار این ۴۰ سال جبران کند؟! کم هستند افرادی که این مقدار خسارتها را بتوانند جبران کنند.

این از یک طرف.

از طرف دیگر اینکه پدیده های اجتماعی زود صورت می گیرد قبل از صد ها سال طول می کشید که سیره و ارتکازی شکل گیرد اما امروزه می بینیم دائما امور اجتماعی متحول می شود زمینه های متعددی پیدا می شود که آنقدر سریع است که فرصت به عرف نمی دهد که ارتکاز و بنائی شکل بگیرد. لذا این است که در بسیاری از مسائل به عرف برخورد می کنیم که اینطور نمی باشد که صد در صدی بگیریم که عرفی شکل گرفته باشد یعنی این را ما نباید مفروق عنه بگیریم که هر عرفی در هر مسئله ی معاملی ارتکازی و سیره ای دارد.

این مسائل است و خیلی وقتها ما دچار تردید می شویم نه اینکه عرفی نمی باشد، اینطور نمی باشد که ارتکاز خوانی راحت باشد لذا در ارتکاز خوانی علماء اختلاف می کنند یکی می گوید بناء عرف این است و دیگری می گوید این است. اولی شبهه معنائیه و دومی از قبیل شبهه مفهومیه است.

نکته بعد:

فقیه می خواهد فتوا بدهد در این کتاب فتوایی چه بنویسد؟ قبلا گفتیم یک کار راحت این است که ارجاع به عرف دهد اما این ارجاع به عرف خیلی کار ساز نمی باشد در واقع مطلب و کبرای کلی گفتیم و لکن کبرای بی فایده.

لذا باید مجتهد با توجه به محاسبات خودش ببیند که کدام یک از این سه اجرة مناسب با اعتبار است خودش می تواند فتوایی دهد که آخذین به این فتوا خودشان از عرف شوند. وقتی می گوید اینطور است این اخبار بلا حجة نمی باشد اخبار به داعی تشکیل عرف می باشد، در اخبار و افتاء به قصد حکایت است در اینجا به قصد حکایت نمی باشد، همه افتاء است اما همه افتاء ها اخبار و حکایت نمی باشد بلکه به داعی ساختن عرف است. انشاء به آن معنایی که خود این لفظ مصداق باشد، این انشاء هم نمی باشد.

خوب در اینجا موافق با اعتبار کدام اجرت است؟

این مسئله از مسائلی است که خیلی روشن نمی باشد که عرف ارتکازی داشته باشد. بخصوص اینکه می خواهیم فتوایی دهیم که موافق اعتبار باشد و لو اینکه ممکن است مقلدین این آقا یکی در کانادا و یکی در آفریقا و یکی در افغانستان باشد.

در اینجا باید نگاه کنیم که خیار فسخی که دارد چه نوع خیاری است؟ یکبار از باب این است که در اثناء متوجه می شود مغبون شده است خوب اگر فسخ کند اگر بگوییم اجرة المسمى بالنسبة را بدهد غبنش جبران نمی شود غبنش کمتر می شود به یک معنا اما جبران نمی شود اینجا موافق با اعتبار اجرة المثل بالنسبة است نه اجرة المثل عمل لذا باید در مثال ما ۱۵ دینار بدهند.

اما یکدفعه که حق فسخ دارد جعل خیار کرده است برای خودش گفته است من اجیر می شود اما هر زمانی که بخواهم این حق را داشته باشم که این اجاره را فسخ کنم در اینجا موافق با اعتبار اجرة المسمى بالنسبة است چون در ارتکاز این است که یعنی توافق کرده است اما شرط کرده است که هر زمانی خواست خارج شده و به همان مقدار هم از اجرة المسمى سهم داشته باشد.

حالا اگر فرض کردیم که شرط کرده است و از آن طرف مغبون هم شده است یکدفعه فسخ می کند به اعتبار مغبونية اجرة المثل بالنسبة است و یکبار به خاطر حق فسخ فسخ می کند به نحوی که اگر شرط نکرده بود به خاطر غبن فسخ نمی کرد در اینجا می گوییم مستحق اجرة المسمى بالنسبة است.

ان قلت:

این مخالف با ارتکاز است چرا که درجایی که بدون عقد کار می کرد مستحق اجرة المثل بوده است در حالیکه قائل به اجرة المسمى می باشیم.

قلت:

این از قبیل عمل بدون عقد نمی باشد این عملی که انجام داد بر طبق عقد بقاء این عقد را فسخ می کند یعنی کاری که به مقتضای عقد بود باز به مقتضای عقد می باشد کار بدون عقد نمی باشد فرق بین اجازه حکمی و اجازه کشفی این است که که اجازه کشفی عالم واقع کشف می شود و در اجازه حکمی از الان حکم می شود به فسخ عقد اما عملی که انجام دادم وفاء به عقد بوده است این را دیگر عوض نمی کنم. الان فسخ کردم اما تا الان عقد واقعا بوده است و عمل من وفاء به عقد است. فسخ از قبیل کشف حکمی است نه از قبیل کشف حقیقی.^۱

این موافق با اعتبار است. اما در عرف ما چه می باشد، شاید ما عرفی نداشته باشیم و بعد هم فقیه که فتوا را می نویسد نظر به عرف خود ندارد خصوصا این که در دنیای امروز ممکن است که فقیه صد مقلد داشته باشد که هر کدام در صد جای مختلف دنیا باشند. اینطور نمی باشد که مقلد هر مرجعی مقلدینی باشند که در بلد او می باشند در قدیم اینطور نبود اما الان به برکت این ارتباطات اینطور شده است.

لذا موافق با اعتبار در خیار غبن اجرة المثل بالنسبة است و در خیار شرط اجرة المسمى بالنسبة است اما اینکه بخواهد اجرة المثل را بدهد این ظاهرا موافق با اعتبار نمی باشد.

^۱ در خیار غبن هم از قبیل اجازه حکمی است امضاء حکمی است نه اجازه کشفی لذا در خیار غبن عمل در قالب عقد بوده است اما اجرة المثل را گفتیم به خاطر اینکه این شخص فسخ کرده است به خاطر اینکه از غبن خارج شود و اجرة المسمى شخص را از غبن خارج نمی کند لذا اگر بخواهد از غبن خارج شود باید به اجرة المثل رجوع کند. (ب ک ا ج اس مد ۹۹/۰۹/۱۹).

۱...إلا إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع

فلا يستحق شيئا... ۲

سید استثنائی می کنند که اگر در آن عملی که اجیر شده بود مجموع مد نظر بود و در اثناء فسخ کرد، لا يستحق اجرة مثلا در اثناء نماز، نماز را رها کرد یا در صوم وسط روز دست از امساک برداشت لا يستحق شيئا چرا که صوم به لحاظ اجزاء انحلالی نمی باشد مجموعش یک مطلوب است این شخص در واقع مقداری را که انجام داده است، بخشی از عمل نمی باشد امساک از طلوع تا زوال کی بخشی از عمل است؟ وقتی بخشی از عمل است که با نصفه دوم همراه شود و الا امساک از طلوع تا زوال اگر با جزء بعدی همراه نشد، این بخشی از عمل حساب نمی شود. تا اذان ظهر امساک کرد اذان ظهر که شد عقد اجاره را فسخ کرد و صوم را شکست. این در واقع عملی را انجام نداده است لذا این در واقع استثناء نمی باشد وقتی می گوئیم بعضی از عمل مستأجر علیه این امساک تا زوال کی بخش است که با نصفه دوم همراه شود مثلا اجیر شده است بر ختم قرآن وقتی ده جزء می خواند و فسخ می کند این مقدار بخشی از عمل است و اثر خودش را دارد چه ما بقی را بخواند یا نخواند مثلا اگر اثر ختم قرآن این بوده است که به اندازه ای که خوانده است به او ثواب می دهند، به اندازه ای که خوانده است این ثواب را به او می دهند، چه ما بقی را بخواند یا نخواند اثر دارد. مثلا قرار است به

۱ سه شنبه ۹۹/۰۹/۲۵.

الحادية عشر: إذا كان للأجير على العمل خيار الفسخ فإن فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال وإن كان بعده استحق أجره المثل وإن كان في أثناؤه استحق بمقدار ما أتى به من المسمى أو المثل على الوجهين المتقدمين ...

۲ الحادية عشر: ... وإن كان العمل مما يجب إتمامه بعد الشروع فيه كما في الصلاة بناء على حرمة قطعها والحج بناء على وجوب تمامه فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أو لا وجهان أوجههما الأول هذا إذا كان الخيار فوريا كما في خيار الغبن إن ظهر كونه مغبونا في أثناء العمل و قلنا إن الإتمام منافع للفورية و إلا فله أن لا يفسخ إلا بعد الإتمام وكذا الحال إذا كان الخيار للمستأجر إلا أنه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع وكان في أثناء العمل يمكن أن يقال إن الأجير يستحق بمقدار ما عمل من أجره المثل لاحترام عمل المسلم خصوصا إذا لم يكن الخيار من باب الشرط.

ازاء هر جزء يك درجه در بهشت به او بدهند خوب بابت ده جزء ده درجه می دهند و این اثر را دارد اما در صوم اگر قرار بود در قبال این صوم ده درجه در بهشت به او مقام بدهند اگر نصف را گرفت اینطور نمی باشد که به او پنج درجه بدهند. یک دهم روزه را گرفت به یک درجه بدهند لذا اگر در اثناء صوم اجاره را فسخ کرد و دست از امساک برداشت در اینجا مستحق اجرتی نمی باشد چرا که نه کل را آورد و نه بعض را چرا که زمانی بعض است که در ضمن کل باشد.

۱...و إن كان العمل مما يجب إتمامه بعد الشروع فيه

كما في الصلاة بناء على حرمة قطعها و الحج بناء على وجوب تمامه
فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أو لا وجهان أوجههما الأول...^۲

بعد وارد فرع دیگری می شود و آن اینکه بعضی از اعمال است که وقتی شروع در آن می کنیم اتمام آن شرعا واجب نمی باشد مثلا وارد نافله می شوید اتمام نافله واجب نمی باشد، شما وارد صوم مستحبی می شوید اتمام آن دیگر واجب نمی باشد، واجب صوم قضائی می شوید اتمام آن واجب نمی باشد، وارد صومی می شوید که وفاء به نذر است اما روز خاصی را نذر نکردید می توانید روز دیگری را روزه بگیرید شما می توانید قبل از غروب افطار کنید و اشکال ندارد چرا که فرضا نذر او مدتش وسیع است.

^۱ الحادية عشر: إذا كان للأجير على العمل خيار الفسخ فإن فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال وإن كان بعده استحق أجره المثل وإن كان في أثنائه استحق بمقدار ما أتى به من المسمى أو المثل على الوجهين المتقدمين إلا إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع فلا يستحق شيئا...

^۲ الحادية عشر: ...هذا إذا كان الخيار فوريا كما في خيار الغبن إن ظهر كونه مغبونا في أثناء العمل و قلنا إن الإتمام منافع للفورية وإلا فله أن لا يفسخ إلا بعد الإتمام وكذا الحال إذا كان الخيار للمستأجر إلا أنه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع وكان في أثناء العمل يمكن أن يقال إن الأجير يستحق بمقدار ما عمل من أجره المثل لاحترام عمل المسلم خصوصا إذا لم يكن الخيار من باب الشرط.

اما بعضی از اعمال است که وقتی شروع می شود اتمام آن واجب است مثل حج و لو حجة الاسلام نمی باشد وقتی وارد حج شد در نظر آقایان اتمام این حج واجب است، وقتی وارد نماز یومیه شد اتمامش واجب است و لو وقت نماز یومیه وسیع است مثل قضاء روزه ماه رمضان که بعد از زوال اتمام آن واجب است.

سید می فرمایند که وقتی شروع به حج کرد و در اثناء حج، این عقد اجاره را فسخ کرد در این صورت که اتمام این عمل بر او واجب است آیا مستحق اجرة المثل است؟ یا اجرة المسمى بالنسبة است؟ مثل جایی است که در اثناء فسخ شده است؟ یا مثل جایی است که بعد از عمل فسخ شده است؟ ظاهر کلام سید در جایی است که در اثناء فسخ می کند اما عمل را به پایان می رساند چرا که اتمامش بر او واجب است. چرا که اگر عمل را به پایان نرساند شکی نمی باشد که مستحق چیزی نمی باشد چون در اینها مجموع به ما هو مجموع مطلوب است. ظاهر فرض سید مال جایی است که در اثناء فسخ می کند و اما به وظیفه عمل می کند و حج را تمام می کند اما در ما بقی اجیر نمی باشد. یا در اثناء نماز ظهر اجاره را فسخ می کند اما برای اینکه اتمام برای او واجب است نماز را تمام می کند اما اگر در اثناء عمل را ترک کند این مراد سید نمی باشد چرا که در اینجا مجموع مطلوب است و نصف نماز و حج اثری ندارد مثل قرائت ده جزء نمی باشد.^۱

حالا که فسخ می کند آیا مثل فسخ بعد العمل است که تمام اجرة المسمى را باید داد یا مثل فسخ در اثناء عمل است که باید اجرة المسمى بالنسبة یا اجرة المثل را باید داد؟ مرحوم سید می فرمایند این مثل فسخ بعد از اتمام عمل است.

^۱ فرق این فرع با فرع فسخ در اثناء در این است که در اینجا اتمام واجب بوده و شبهه این است که وجوب اتمام، عمل را مستند کند به طلب مستأجر. (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۹/۲۵)

پس فرض عمل در جایی است که در اثناء، عقد اجاره را فسخ می کند اما بقیه عمل را هم اتیان می کند و الا اگر بقیه عمل را اتیان نکند لا يستحق شيئاً چون مجموعی مطلوب است و بر بعض هیچ اثری مترتب نمی باشد.

در این صورت آیا مستحق تمام اجرة المثل است یا اجرة المثل بالنسبة یا اجرة المسمای بالنسبة؟

مرحوم سید می فرمایند که مثل فسخ بعد از عمل است که باید تمام اجرة المثل عمل را بدهد مرحوم آقای خوئی هم با مرحوم سید موافقت کردند که اجرة المثل کل عمل را باید بدهد.

اما بعضی گفته اند به مقدار عمل قبل از فسخ باید اجرة المسمى بالنسبة به او بدهند و نسبت به ما بقى اجرة المثل را بدهد.

مرحوم آقای حکیم گفته اند که این مثل فسخ در اثناء عمل است هر چه در آنجا گفتیم در اینجا هم می گوئیم نسبت به مقداری که فسخ نکرده است مسمى بالنسبة است و نسبت به ما بقى مستحق شیئی نمی باشد.

این بزرگواران وجوهی را گفته اند:

مثلاً مرحوم آقای حکیم در وجه آن گفته اند تکلیف داشتن اثری ندارد ربطی به مستأجر ندارد و وظیفه شرعی اوست.

مرحوم آقای خوئی فرمودند که وقتی شارع اتمام را بر او واجب می کند این به منزله لابدیت است یعنی به منزله این است که تکویناً باید عمل را اتمام کند و امثال این بیانهها.

تحقیق در مسئله:

رفتند سراغ وجوب اتمام که آیا در ضمان اثری دارد یا خیر؟

وجوب شرعی اتمام که شارع گفته است که این حج و نماز را باید تمام کنی. اصل مسئله تسلمی است وجوب اتمام حج را تسلم کردیم که ما گفتیم دلیلی بروجوب اتمام حج نداریم وجوب اتمام نماز را هم قبول نکردیم. در وجوب اتمام حج استدلال کرده اند به اتموا الحج و العمرة لله. گفته اند اطلاق دارد چه خودش و چه نائبش. ما گفتیم این آیه دلالتی ندارد. در وجوب اتمام صلاة هم دعوای اجماع شده است که ما گفتیم برفرض اجماعی هم باشد قدر متیقن این مورد نمی باشد. لذا با تسلم اینکه شرعا اتمام صلاة و حج واجب است وارد این بحث می شویم البته در بحث ما اثری ندارد که قبول کنیم یا تسلم کنیم.

قبلا گفتیم پیش فرض این است که حج و نماز را تکمیل کرد و اگر تمام نکند از فرض مسئله خارج می شود و مستحق شیئی نمی باشد.

اصلا کلام در این است که حج و صلاة اتمامش واجب است اما این حج و صلاة را تکمیل کرد.

یکدفعه پیش فرض ما این است اتمام واجب نمی باشد اما این عمل را تکمیل می کند. پس یکی اتمام عمل است.

یکبار فرض این است که این اتمام واجب است و اتمام می کند.

اما در فرض اول آیا مستحق اجرة است یا خیر؟

مثال آن این است که در وسط روز اجاره بر صیام را فسخ می کند و ما بقی را که واجب نمی باشد، تکمیل می کند.

نسبت به آن بعضی که انجام داده است قبل از فسخ مستحق است و فرضا بعض اثر خودش را دارد چرا که ذمه میت فارغ شد چون ضمیمه به ما بعد شد و مجموع انجام شد مثل بعض صلات و حجی نبود که در وسط رها می کرد. هر چه در فسخ در اثناء گفتیم در اینجا هم می گوئیم که ما در آنجا احاله به عرف کردیم.

پس نسبت به بعض مستحق است اما نسبت به ما بقى لا يستحق شيئاً چرا که ما بقى طلب مستأجر نمی باشد چرا که طلب او به عقد اجاره بود و فرضاً عقد را فسخ کرد وقتى طلب او نمی باشد نصفه دوم لا يستحق شيئاً و لو به قصد اجرت بیاورد چرا که صرف اینکه شما عملى را به نیت اجرت بیاورید که لا يستحق شيئاً باید در مرحله قبل از آن طلبى از ناحیه شخص باشد که عمل را برای او انجام می دهى خوب فرضاً مستأجر نصفه دوم را در ضمن عقد خواسته بود و فرضاً عقد فسخ شد لذا نصفه دوم طلب مستأجر نبود و اجیر مستحق شيئی نمی باشد.

ان قلت: چرا وقتى عمل را به اتمام می رساند و بعد فسخ می کند شما شخص را مستحق اجرة المثل می دانید اما در اینجا نمی دانید با اینکه در آنجا هم اجاره را فسخ کرد و در اینجا هم فسخ کرد؟

قلت: در آنجا بعد از عمل فسخ کرد و در اینجا در ثناء فسخ کرد و فسخ واقع را عوض نمی کند لذا وقتى بعد از عمل فسخ کرد يعنى به طلب مستأجر بوده است و فسخ، عمل را بدون طلب نمی کند در اینجا قبل از اتمام عمل فرضاً اجاره را فسخ کرد و ما بقى را که انجام داد در ضمن اجاره نبود، و لو اجاره ای که بعداً آن را فسخ می کند لذا ما بقى مطلوب مستأجر نبود. این را اصطلاحاً کشف حکمى می گویند از الان فسخ می کند و در زمان عمل، عمل به طلب او بود و فسخ واقع را عوض نمی کند.

پس نسبت به مابقی مستحق نمی باشد.

فرض دوم که تکمیل واجب است و چون واجب است تکمیل می کند و فرض این است که اگر واجب نبود، تکمیل نمی کرد. نصف اول را به جا آورد چرا که مستأجر طلب کرده بود و نصفه دوم را به خاطر وجوب شرعى تکمیل کرد اما دیگر به طلب مستأجر نمی باشد.

تمام بحث در این است که آیا تکمیل به طلب مستأجر مستند می شود یا نمی شود؟

گفته شده است که عرفا وقتی شروع عمل به طلب کسی باشد که اتمام آن عمل شرعا واجب است، بعد الفسخ هم بقاء مستند به او می شود درست است که در وسط که فسخ کرده است عقدی نمی باشد اما طلب کرده عملی را که به شروع در آن اتمام آن واجب است آن وقت این اتمام به طلب اوست لذا مستحق اجرة المثل است و نتیجه این می شود اگر گفتیم نسبت به نصفه اول اجرة المسمای بالنسبة را بدهد باید نسبت به نصفه دوم اجرة المثل را باید بدهد. در اینجا احاله به عرف می کنیم که اجرة المثل است یا اجرة المثل بالنسبة را بدهیم با ارتکاز عرفی خودمان که احتمالا سیال باشد می گوییم باید اجرة المثل را بدهد.

این حقیقتش چه می باشد؟ ما می گوییم ما بقی در جایی که اتمامش واجب است مستند به طلب مستأجر نمی باشد، تابع مرحوم آقای حکیم شدیم. پس اگر در اثناء فسخ کرد نسبت به نصف در عقد اجاره مستحق اجرة المسمى بالنسبة یا اجرة المثل بالنسبة یا اجرة المثل است. اما نسبت به ما بقی که فسخ کرده است و لکن به خاطر وجوب اتمام، تمام کرده است مستحق شیئی نمی باشد. این وجوب اتمام، عمل را مستند به طلب مستأجر نمی کند ما ها قائلیم در اینجا مثل فسخ در اثناء عمل است.

١...هذا إذا كان الخيار فوريا

كما في خيار الغبن إن ظهر كونه مغبونا في أثناء العمل و قلنا إن الإتمام مناف للفورية و إلا فله أن لا يفسخ إلا بعد الإتمام...^٢

بعد این سوال مطرح می شود که اگر اینطور بود چرا نگذاشت که عمل که تمام شود و فسخ کند که مستحق تمام اجرة المثل به تمامه شود؟ این که می خواهد حج را به اتمام برساند از باب اینکه اتمام حج واجب است چرا در اثناء فسخ کرد می گذاشت عمل تمام شود و فسخ می کرد؟ سید می فرمایند که این خیاری که در اینجا دارد فرضا خيار فوری است مثل جایی که اگر در اثناء عمل متوجه شد که این مغبون است اگر تا پایان عمل صبر کند، زمان خيار می گذرد و الا اگر خيار فوری نبود و یا فوری بود اما اگر صبر کند با فوریت منافات ندارد چرا که تتمه عمل خیلی جزئی است و خیلی زمان بر نمی باشد که با فوریت منافات داشته باشد در اینجا بعد از اتمام عمل فسخ می کند که مستحق تمام اجرة المثل شود.

این «الا» یعنی اگر این خيار فوری نبود یا اگر فوری بود با اتمام منافات نداشت در چه صورت این خيار فوری با اتمام منافات ندارد:

^١ چهارشنبه ۹۹/۰۹/۲۶.

الحادية عشر: إذا كان للأجير على العمل خيار الفسخ فإن فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال وإن كان بعده استحق أجره المثل وإن كان في أثناءه استحق بمقدار ما أتى به من المسمى أو المثل على الوجهين المتقدمين إلا إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع فلا يستحق شيئا وإن كان العمل مما يجب إتمامه بعد الشروع فيه كما في الصلاة بناء على حرمة قطعها و الحج بناء على وجوب تمامه فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أو لا وجهان أوجههما الأول ...

^٢ الحادية عشر: ... وكذا الحال إذا كان الخيار للمستأجر إلا أنه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع و كان في أثناء العمل يمكن أن يقال إن الأجير يستحق بمقدار ما عمل من أجره المثل لاحترام عمل المسلم خصوصا إذا لم يكن الخيار من باب الشرط.

یکی صورت این است که از عمل مقدار کمی باقی مانده است و مثلاً چند ساعت دیگر عمل تمام می باشد.

یا جزء کمی از عمل باقی نمانده است این فوریت به سیره ثابت است در ادله نیامده است و در سیره این اتمام با فوریت منافات ندارد چرا که اگر در وسط عمل فسخ کند هیچ چیز مستحق نمی باشد و عمل را مجاناً انجام داده است، چرا که مجموعی مطلوب است لذا در سیره به او این فرصت را می دهند که عمل را تمام کند که به جای اجرة المثل بالنسبة، اجرة المثل تمام را دهد در سیره می خواهند شخص در این عمل متضرر نشود و اجرة المسمى یک سوم اجرة المثل بوده است مثلاً. در سیره عقلاء فوریت مال جایی است که طرفین متضرر نشوند در اینجا کلاً به ضرر اجیر است. در عمل ما به ازاء گیر مستأجر آمده است در اینجا مستأجر ضرر نکرده است نفع نکرده است. در جایی که مجموع مطلوب باشد یا خیر مطلوب نباشد می توان در فرض سید در نظر گرفت اما مثالهایی که سید زده اند مواردی است که مطلوب بما هو مجموع است و فرضاً اجیر همه را به نیت نیابت آورده است، صلاة را به نیت نیابت آورده است و قطع نکرده است چرا که اگر نیتش را از نیابت برگرداند می شود قطع صلاة. فرض این است که اتمام صلاة و حج بر او واجب است.

هذا تمام الكلام در خيار اجیر.

گفتیم وقتی اجیر عمل را فسخ می کند یا در ابتداء فسخ می کند یا در اثناء فسخ می کند یا بعد از اتمام فسخ می کند بعد سید می فرمایند که:

١...و كذا الحال إذا كان الخيار للمستأجر

إلا أنه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع و كان في أثناء العمل يمكن أن يقال إن الأجير يستحق بمقدار ما عمل من أجره المثل لاحترام عمل المسلم خصوصا إذا لم يكن الخيار من باب الشرط.

حالا سيد می روند سراغ فسخ مستأجر: فرضا مستأجر حق فسخ دارد یا شرط کرده است یا از باب خيار غبن متوجه شد که این اجیر قیمتی که گفته است خیلی زیاد گفته است اجرتی که برای نماز و یا برای قرائت قرآن یا برای حج ذکر کرده است این خیلی بیشتر از اجرة المثل است مثلا ختم قرآن صد دینار است این گفته است دویست دینار، صلاة هزار دینار است و این گفته است دو هزار دینار مرحوم سيد می فرمایند که احکامش یکسان است همان سه حکمی که در مورد اجیر گفتیم اینجا می گوئیم .

مرحوم سيد یک صورت را استثناء می کند صورتی که عمل مجموعی مطلوب است مثل صلاة و حج و صیام. صلاة و صوم نصفه به درد کسی نمی خورد اگر این وسط روز نصف روز روزه گرفته بود عند الزوال مستأجر گفت فسخ العقد اگر اجیر در وسط فسخ می کرد مستحق چیزی نبود چرا که صیام نصفه به درد کسی نمی خورد در اینجا اگر مستأجر در وسط روز فسخ کرد ایشان می فرمایند که بعید نمی باشد که بگوئیم که این مستأجر اجرة نصف روز را باید بدهد چرا که عمل مسلمان محترم است و اگر روزه گرفت به طلب این شخص است

^١ الحادية عشر: إذا كان للأجير على العمل خيار الفسخ فإن فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال وإن كان بعده استحق أجره المثل وإن كان في أثناءه استحق بمقدار ما أتى به من المسمى أو المثل على الوجهين المتقدمين إلا إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع فلا يستحق شيئا وإن كان العمل مما يجب إتمامه بعد الشروع فيه كما في الصلاة بناء على حرمة قطعها و الحج بناء على وجوب تمامه فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أو لا وجهان أوجههما الأول هذا إذا كان الخيار فوريا كما في خيار الغبن إن ظهر كونه مغبونا في أثناء العمل و قلنا إن الإتمام مناف للفورية و إلا فله أن لا يفسخ إلا بعد الإتمام و ...

در اینجا اگر مستأجر وسط روز گفت که روزه نگیرد باید اجرة المثل را بدهد چرا که این عمل محترم است چرا که به درخواست این مستأجر بوده است در اینجا باید اجرة المثل بالنسبة را بدهد.

در فسخ اجیر گفتیم لا يستحق شيئا در اینجا می گوییم اجیر به نسبتی که آورده است مستحق اجرة المثل است.

در ما نحن فيه چون مجموعی است اجرة المثل شاید نداشته باشد مثل ده جزء قران نمی باشد که خودش اجرة المثل داشته باشد لذا باید اجرة المثل بالنسبة را بدهد. اگر چه ظاهر کلام سید در اجرة المثل آن مقدار از عمل است نه اجرة المثل بالنسبة.

قبل از اینکه وارد این شرح شویم دو بخش از این مسئله را توضیح دهیم:

بخش اول این است که فرمودند: «خصوصا اذا لم يكن الخيار من باب الشرط» چرا خصوصا فرمودند چرا که اگر خیاری که مستأجر دارد خيار شرط باشد گفت باشد که هر وقت خواستم این اجاره را فسخ کنم این شبهه است که اجیر وقتی این اجاره را قبول کرده است خودش اقدام کرده است بر الغاء احترام عمل خودش به خلاف خيار غبن او اقدام نکرده است بر الغاء احترام عمل لذا این شبهه در صورت خيار غبن نمی باشد یعنی خیاری که عقلاء برای او قائل می باشند در اینجا دیگر این شخص اقدام بر الغاء احترام عمل خودش نکرده است.

بخش دوم:

اینکه سید فرمودند: «لا احترام عمل المسلم» این را دقت کنید ما یکدفعه می گوییم مال مسلمان محترم است، یکبار می گوییم عمل مسلمان محترم است می خواهیم ببینیم معنای احترام مال مسلمان و عمل مسلمان چه می باشد؟

احترام مال مسلمان:

تصرف در مال مسلمان بدون اذن او جایز نمی باشد فقهاء این احترام را در مال غیر مسلمان قائل نمی باشند ما می توانیم در مال غیر مسلمان تصرف کنیم بدون اذن او از فرش و لباسهای او استفاده کنیم. این اولین معنا برای احترام مال مسلمان یعنی تصرفات تکوینی در مال غیر مسلمان جایز است بخلاف اموال مسلمان.

دومی این است که اینها قائلند که اگر مال مسلمان را کسی اتلاف کرد، ضامن می باشد اما اگر مال غیر مسلمان را تلف کرد، ضامن نمی باشد لذا اگر غذا و میوه مسلمان را بدون اذن خورد، ضامن می باشد اما اگر مال غیر مسلمان را استفاده کرد، ضامن نمی باشد اموال غیر مسلمان هم حلال است و هم ضامن نمی باشد اما اموال مسلمان هم تصرف در او حرام است و هم در صورت اتلاف، ضامن است.

لذا می گوئیم این مال مسلمان مالی است محترم و مال غیر مسلمان محترم نمی باشد.

اما عمل مسلمان:

وقتی می گوئیم عمل مسلمان محترم و عمل غیر مسلمان غیر محترم است این را خوب توضیح ندادند. دو احتمال در آن می باشد:

احتمال اول این است که اگر به مسلمانی امر کرد، ضامن می باشد اما اگر به غیر مسلمان امر کرد، ضامن نمی باشد اگر به مسلمانی گفت فلان عمل را انجام بده و مسلمان به قصد مجانیت انجام نداد و به قصد اجرت انجام داد، ضامن است بخلاف غیر مسلمان.

دقت کنید این قول را تقویت می کند آن قوی که در مال گفتند که گفتند که اگر مال غیر مسلمانی را اتلاف کرد ضامن نمی باشد.

احتمال دوم این است که مرادشان این باشد که اگر به مسلمان و غیر مسلمان امر کند در هر دو ضامن می باشد اما اداء ما فی الذمه در مال مسلمان واجب است اما در غیر مسلمان

اداء ما فی الذمه واجب نمی باشد. پس در مسلمان در صورت امر هم ضامن است و هم اداء واجب است اما در غیر مسلمان ضامن است اما اداء واجب نمی باشد.^۱

این دو احتمال است. منتها اینکه مرحوم سید در امثال مقام تمسک کرده اند به اینکه عمل مسلم محترم است مشخص می شود که ارتکازشان احتمال اول است یعنی اگر به مسلمان امر کرد ضامن است اما اگر به غیر مسلمان امر کند، ضامن نمی باشد. از کجا می گوییم؟ چون گفت: «لأحترام عمل المسلم» وجوب اداء را متفرع کرد بر احترام ظاهرش این است که ضامن شده است اگر مسلمان نبود ضامن نمی شد نه اینکه ضامن می شد و لکن اداء واجب نبود. ببینید مرحوم سید گفت: «إن الأجير يستحق بمقدار ما عمل من أجره المثل لأحترام عمل المسلم» در حالیکه اگر مرادشان معنای دوم بود می فرمود اگر اجیر غیر مسلمان بود او هم مستحق می شد و لکن لا يجب الاداء. سید فرمود ان الاجير يستحق خوب در معنای دوم هر دو مستحق می باشند. استحقاق یعنی مالک ذمه شد و بدهکار شد به معنی دوم هر دو مالک ذمه می باشند اما در یکی واجب الوفاء است و در یکی واجب نمی باشد.^۲

نمی دانم این مسئله را در جایی مستقلاً بحث کرده اند یا خیر اما از این کلام ایشان به دو موید می توان فهمید که مراد اینها احتمال اول است:

^۱ اینکه اینها در بعضی موارد قائل به ضمان به غیر مسلمان می باشند این است که عقود با غیر مسلمان را صحیح دانسته اند و جزء شروط صحت بیع اسلام را ندانسته اند.

گفته نشود که وقتی وجوب اداء ما فی الذمه نمی باشد دیگر قول به ضمان نکته ای ندارد چرا که می گوییم شرعاً واجب نمی باشد اما عقلاً که قائل به ضمان می باشند قائل به وجوب اداء ما فی الذمه می باشند و فقهاء هم قبول دارن دکه عقلاً واجب است اما مهم نمی باشد چرا که شارع این را امضاء نکرده است. (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۹/۲۶)

^۲ «لا یحل مال امرء مسلم» گفته اند که یکی از اموال، عمل است. «الاسلام یحقن به الدماء» ... این ادله احترام مال و عمل مسلم است و الا اصل عدم احترام است و از این ادله استفاده می شود احترام عمل و مال مسلم اما نسبت به غیر مسلم تحت همان اصل که عدم احترام باشد باقی می ماند. (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۹/۲۶)

پس دو موید داشت یکی در باب اموال گفت که اگر مسلمانی مال غیر مسلمان را خورد ضامن نمی باشد.

این وزانش مثل امر به عمل است و در اینجا هم ضامن نمی باشد.

موید دوم کلام ایشان بود که فرمودند: «يستحق ... لاحترام العمل المسلم» در حالیکه اگر معنای دوم بود، اگر مسلمان هم نبود باز استحقاق داشت.

اینها قبول کرده اند که اداء ما فی الذمه واجب نمی باشد اما در جایی که ذمه مشغول شود مثل اینکه با غیر مسلمان عقدی انجام دهد. اما در جایی مثل ما نحن فیه اداء واجب نمی باشد چرا که اصلاً ضمانی نمی باشد.

شرح مسئله:

قبل از شرح مسئله خوب معلوم است که اختلاف ما با سید در «احترام عمل المسلم» است ما قائلیم به احترام عمل انسان کما اینکه قائلیم به احترام مال انسان. بله در جاهایی که مال مسلمان هم محترم نمی باشد خوب در آنجا مال غیر مسلمان هم محترم نمی باشد. مثل جایی که ما مضطربیم و من در حفظ حیاتم نیاز به مال او دارم لذا تصرف من در مال او جایز است ولو او اذن در تصرف هم نمی دهد یا می خواهم مخفی شوم برای حفظ جان - با پیش فرض اینکه او گرفتار نمی شود- راضی باشد یا نباشد این مال مسلمان محترم نمی باشد یا کسی با ما وارد جنگ و دعوا می شود، دیگر اموالش محترم نمی باشد یا سارق مال و جانش محترم نمی باشد. این مواردی است که بین مسلم و غیر مسلم فرقی نمی باشد.

اما آیا مستحق اجرة المثل است یا خیر؟

ما گفتیم همینکه حق فسخ باشد برای مستأجر چه به نحو خيار شرط یا غیر شرط عقلاً از آن عمل الغاء احترام می شود چون این حق را دارد در اثناء، معامله را فسخ کند حال چه این حق را عقلاً قرار داده باشند، یعنی از عمل او الغاء احترام کرده اند یا چه خود شخص قرار

داده باشد مثل خیار شرط. && در ارتکاز ما این است که امر عرفی است که معتقدیم که آن مال احترامش ملغی است که این حق را برای او قائل شدند لذا در اثناء روز فهمیده است که خیلی قیمت را زیاد کرده است یا شرط کرده است، این الغاء احترام از ناحیه عقلاء است. ما گفتیم الغاء احترام باید از ناحیه عقلاء باشد اما این دو قسم است حال یا خود مالک الغاء می کند مثل مهمانی و عقلاء به تبع مالک الغاء احترام می کنند یا خیر مالک الغاء احترام نمی کند و عقلاء الغاء احترام می کنند مثل اینکه در مجالس عمومی کفش خود را در سر راه قرار دهد. یا عینک را در مسیر راه قرار دهد و کسی غیر عامدانه عینک را بشکند ضامن نمی باشد.^۱

الثانية عشر: كما يجوز اشتراط كون نفقة الدابة المستأجرة

و العبد و الأجير المستأجرین للخدمة أو غيرها على المستأجر

إذا كانت معينة بحسب العادة أو عيناها على وجه يرتفع الغرر كذلك يجوز اشتراط كون نفقة المستأجر على الأجير أو المؤجر بشرط التعيين أو التعين الرافعين للغرر فما هو المتعارف من إجارة الدابة للحج و اشتراط

^۱ در جایی که مستأجر خیار غبن دارد و لو اجیر علم به غبن ندارد در اینجا ما قائلیم که عقلاء در اینجا این اقدام بر اجاره را اقدام بر الغاء احترام می دانند فتأمل. (ب ک اج اس مد ۹۹/۰۹/۲۶)

کون تمام النفقة و مصارف الطريق و نحوها على الموجر لا مانع منه إذا عينوها على وجه رافع للغرر.^١

می فرمایند که اگر مستأجر عبد یا حیوان یا حرّی را اجیر کرده است می توانند شرط کنند که نفقه این عبد و حیوان و اجیر به عهده مستأجر یا مالک حیوان یا عبد یا خود اجیر باشد می توانیم شرط کنیم که نفقه مستأجر بر اجیر باشد بگوید تو را اجیر می کنم به شرط اینکه ظهرها که غذا می آوری غذای من را هم بیاوری، یا اینکه شرط کند که این غذا بر مالک دابه باشد بگوید که این حیوانهای را اجاره می کنم به شرط اینکه تو که همراه حیوانهای می آبی ظهرها ناهار من را هم بیاوری. چون در قدیم اینها که دابه خود را اجاره می دانند نوعاً خودشان با حیوان بودند صد تا شتر و یا قاطر یا اسب اجاره می دانند خودش با اینها بود و آنها را تیمار می کرد و به صورت عادی هم اینطور است که اگر مالک بالای سر حیوان نباشد، آن دلسوزی را که غیر باید نسبت به آن مال داشته باشد، ندارد دلسوزی مالک زیاده از دلسوزی دیگران است.

اما مرحوم سید می فرمایند باید این نفقه معین باشد یکبار خودش تعیین خارجی دارد مثلاً نفقه معینی برای یک حیوان است مثلاً مقداری است که حیوان سیر شود اما یکبار است که در عرف تعیینی ندارد برای مثال شرط می کند که روزی به مقدار یک دینار یا یک درهم خرج نفقه آن کند. علیّیّ حال می فرمایند که نفقه یا باید خودش تعیین و تعارف خارجی داشته باشد یا اگر نداشت باید تعیین کنند.

^١ الثانية عشر: كما يجوز اشتراط كون نفقة الدابة المستأجرة و العبد و الأجير المستأجرين للخدمة أو غيرها على المستأجر إذا كانت معينة بحسب العادة أو عينها على وجه يرتفع الغرر كذلك يجوز اشتراط كون نفقة المستأجر على الأجير أو المؤجر بشرط التعيين أو التعيين الرافعين للغرر فما هو المتعارف من إجارة الدابة للحج و اشتراط كون تمام النفقة و مصارف الطريق و نحوها على الموجر لا مانع منه إذا عينوها على وجه رافع للغرر.

اجاره دابه اجاره اعیان است و اجاره عبد اجاره اعیان است اما اجاره حرّ را دو جور می توان فرض کرد: اجاره بر اعمال مثلا اجیر می کند برای خدمت یا غیر خدمت مثل خیاطه و قرائت و ... اجاره بر اعیان باشد ما شخصی را اجیر می کنیم برای اجاره دادن به کسی که نیاز دارد، ما این شخص را اجاره می دهیم مثل عبد. از اینکه عطف بر عبد گرفته است ممکن است که مرادش این باشد و اما از باب اینکه این امر متعارفی نمی باشد شاید مرادش اجاره بر اعمال باشد اما در هر دو صورت فرقی نمی کند.

مرحوم سید می فرمایند که اگر تعیین می کنند باید به طوری این تعیین باشد که غرر برداشته شود.

وجهش: هر شرط جایزی ضمن عقد به نحو شرط فعل، وفاء به آن شرط واجب است هیچ مشکلی ندارد می تواند بگوید نفقه دابه یا عبد را موجر یا اجیر یا هر دو بدهد شرط یک امر حلال و جایزی است که ضمن عقد شرط می کنند گفتیم هر شرطی ضمن عقد باشد وفاء به آن شرط لازم است. بله ضمان آور نمی باشد ذمه او مشغول نمی شود، اما شرعا واجب است که به آن عمل کند. دلیل وجوب وفاء به هر شرط عقد لازمی «المومنون عند شروطهم» می باشد و «اوفوا بالعقود» اصلا دلالتی بر وفاء به عقد ندارد چه برسد به شرط عقود در اینجا به معنای عقود و عهدی است که با خدا بستیم اصلا ناظر به عقود معاملی و شروط نمی باشد.^۱

منتها توضیح متن:

از متن سید دو مطلب فهمیده می شود:

^۱ این نفقه که به عهده اجیر یا مالک دابه باشد می تواند به نحو شرط نتیجه هم باشد یعنی بگوید که این دابه را اجاره می کنم به شرط اینکه به مقدار نفقه مالک ذمه اجیر یا مالک شوم. (اس مد ب ک ا ج).

مطلب اول اینکه اگر یک اجاره ای غرری باشد آن اجاره باطل است. غرر یعنی جهالت. جهالت یعنی چه؟ یعنی آن اجرت یا منفعت معین نباشد این عقد اجاره باطل است. دلیلش یا نهی النبی عن بیع الغرر است که از بیع به همه عقود معاوضی الغاء خصوصیت می کنیم یا دلیلش سیره است در سیره عقودی که در آن غرر و جهالت است باطل است.

این توضیح متن.

اما برویم سراغ مختار خود ما:

دلیل اول قطع نظر از اینکه سند ندارد، گفتیم مراد، غرر زائد بر متعارف بوده است اما غرر به مقدار متعارف را نمی توانیم بگوییم که دلالتی دارد نهایتاً امضاء آنچه است که در سیره می باشد.

دلیل دوم که سیره است که عند العقلاء عقود غرری باطل است در مختار ما که دستگاه عقلائی که نداریم می رویم سراغ عرف خاص اگر در عرف خاصی غرر موجب بطلان بود باطل است و الا باطل نمی باشد.

اما بحث صغروی آیا در عرف ما این غرر مبطل است یا خیر؟ گفتیم این مسئله ی توجه به امر مالی، یک امر نسبی است یعنی در زمانی که تحصیل مال خیلی سخت است، شرائط عقود هم سخت می شود اما در زمانی که تحصیل مال خیلی راحت است گفتیم شرائط هم خیلی سهل می شود. یکی از عقود که خیلی جایز است و به نظر می رسد که اجاره اشد، اجاره ماشین می باشد، ماشین را اجاره می دهید و می گوید که ۵۰ ۵۰ می گوید که برو کار کن و ۵۰ درصد آن را به عنوان اجاره بده. فقهاء اینجا را گفته اند که چون ۵۰ درصد مشخص نمی باشد که در این ماه چقدر است، این معامله باطل است و نوعاً هم مشخص نمی باشد و گاهی اوقات اختلاف می تواند فاحش باشد به خصوص اینکه اجاره بر اساس روز باشد، ممکن است

که درآمد یکروز کم باشد مثلاً ۵۰ دینار باشد و در یک روز ۲۰۰ دینار باشد این نحو اجاره در آن جهالت است. غرر یعنی جهالت غرر در اینجا به معنای جهالت است.

آیا به لحاظ جهالت و غرر باطل است؟ گفتیم اگر در عرفی درست باشد در نزد عقلاء و ما صحیح باشد به خصوص اینکه این جهالت مربوط به شرط باشد مثلاً ما یکبار کتابی را به مبلغ مجهولی می فروشیم اما یکبار کتاب را به مبلغ معلومی می فروشیم به شرط اینکه یکماه روزه بگیری از طرف پدرم با اینکه اجرة یکماه نیابت روزه در عرف معلوم نمی باشد این نحوه جهالت را عرف در الان اقدام می کنند در اینجا عملی را شرط کردم که اجرة المثل آن عمل مجهول است در این موارد گفتیم مشکلی ندارد.

در ما نحن فیه از قبیل شرط است مثلاً می گویم تو را اجیر می کنم بر قرائت قرآن به اجرة المثل و اجرة المثل در نزد ما مجهول است. اما غیر از این است که او را اجیر می کنیم بر عملی به یک دینار یا ده دینار و در ضمن عقد اجاره، شرط می کنیم که باید یک ختم قرآن از طرف میت هم بخوانی. اگر قیمت ختم قرآن ۱۰ دینار باشد، این برای من در آمده است ۲۰ دینار اما اگر اجرة ختم قرآن ۵۰ دینار باشد این کتاب برای من در آمده ۶۰ دینار. گفتیم در عرف و سیره این جهالت در شرط را اهمیت نمی دهند مهم توافقی است که انجام می شود پس من این کتاب را فروختم به ده دینار و در ضمن این بیع، عملی شرط می شود که اجرة المثل آن عمل بر مشروط علیه مجهول است، گفتیم این مشکلی ندارد.

اگر نفقه را شرط نکند این سه صورت است:

یکدفعه این است که در ارتکاز این است که بر مستأجر یا موجر است یعنی در عرف متعارف اینطور است، طبق عرف باید عمل کرد.

یکبار در بیرون امر متعارفی نمی باشد و قرینه ای هم نمی باشد این نفقه دابه به عهده مالک و نفقه اجیر با خودش است.

در فرض سوم متعارف و قرینه ای نمی باشد و با هم اختلاف هم دارند بخلاف صورت قبل که اختلافی نمی باشد. در اینجا باید مصالحه کنند.

این مسئله ۱۲.

الثالثة عشر: إذا آجر داره أو دابته من زيد إجارة صحيحة

بلا خيار له ثم آجرها من عمرو

كانت الثانية فضولية موقوفة على إجارة زيد فإن أجاز صحت له و
يملك هو الأجرة فيطالبها من عمرو...^۱

این مسئله به لحاظ فروع، مسئله خوبی است شخصی خانه ای دارد اجاره می دهد یکساله به زيد. مثلا اجاره داد تا آخر سال به زيد بعد از چند روزی این خانه را به نفر دوم اجاره می دهد اجاره به زيد داد و پولش را گرفت و باز به عمرو اجاره می دهد و اجرت را می گیرد. مرحوم سيد می فرمایند که اجاره اول درست است چرا که منفعتی که ملک خودش بود را به زيد تمليک کرد. اما اجاره دوم در اینجا منفعت خانه مال زيد است و عين ملک خودش است وقتی انسان مال دیگری را بفروشد، این عقد فضولی است اگر زيد اجازه داد که اجاره دوم درست است و الا باطل است لذا صحت اجاره دوم موقوف بر اجازه مستأجر اول است اما اگر اجازه داد، اجرت متعلق به مستأجر اول است.

^۱ الثالثة عشر ... و لا يصح له إجازتها على أن تكون الأجرة للموجر وإن فسخ الإجارة الأولى بعدها لأنه لم يكن مالكا للمنفعة حين العقد الثاني و ملكيته لها حال الفسخ لا تنفع إلا إذا جدد الصيغة و إلا فهو من قبيل من باع شيئا ثم ملك و لو زادت مدة الثانية عن الأولى لا يبعد لزومهما على الموجر في تلك الزيادة و أن يكون لزيد إمضاؤها بالنسبة إلى مقدار مدة الأولى.

در واقع این مسئله فروعی دارد در مورد عقد فضولی که مباحث آن سیال است در همه عقود فضولی مثل بیع و صلح می توان این مباحث را طرح کرد.

حالا وارد شویم در شرح مسئله:

سید فرمود که اجاره داد بلا خیار له پس دو فرض داریم:

یک فرض این است که موجر حق فسخ اجاره اول را دارد.

یک فرض این است که موجر حق فسخ اجاره اول را ندارد.

برویم سراغ فرضی که حق فسخ ندارد:

الان که حق فسخ ندارد، منفعت این خانه را تا انتهای سال به عمرو اجاره داد و منفعت فرضاً متعلق به زید است آیا اجاره دوم موثر است یا باطل؟ باطل است به خاطر اینکه در سیره این است که عقلاء اگر کسی در مال دیگری تصرف اعتباری کرد عرف امضاء نمی کند و عقلاء هم به تبع امضاء نمی کنند حال مال غیر از اعیان باشد یا از منافع باشد مثل منفعت خانه یا عبد یا ماشین و ... در سیره برای مالک، این ولایت را قائل نمی باشند یعنی اگر اول به دیگری اجاره داد، دیگر این ولایت را ندارد که به شخص دوم اجاره دهد.

اینکه می گوئیم باطل است به این معنا است که یعنی غیر موثر است. عقود باطله دو قسم می باشند: عقود که قابل تصحیح نمی باشند مثل عقد با مجنون و صبی و عقود که قابل تصحیح است مثل عقد فضولی.

اما در فرضی که مالک دار و موجر حق خیار دارد یعنی حق دارد که اجاره اول را فسخ کند:

مثلاً حق فسخ قرار داد یا مغبون در اجاره شد در اینجا سه فرض دارد:

فرض اول این است که می گوید فسخت الاجاره الأولى بعد از اینکه گفت: فسخت الاجاره بعد از فسخ به عمرو اجاره می دهد. در اینجا اجاره دوم صحیح است چرا که بعد از فسخ منفعت به ملک خودش بر می گردد و ملک خودش را اجاره می دهد.

فرق نمی کند که به مستأجر برساند فسخ را یا خیر.

فرض دوم است که به نفس اجاره دوم فسخ کند مثلاً به نفس اینکه می گوید: «آجرت هذا الدار بكذا» با این دو کار می کند، هم فسخ اجاره اول و هم عقد اجاره دوم این درست است چرا که فسخ از انشائات است و نیاز به ابراز داد و این ابراز کرد مثلاً عمرو گفت که این اجاره را فسخ کن و به من اجاره بده و او می گوید: «آجرتک بكذا» خوب اینکه گفت: «آجرتک بكذا» با این دو کار کرد هم فسخ کرد و هم اجاره داد. در اینجا لازم نمی باشد که فسخ را کسی بفهمد یعنی فسخ از انشائاتی است که نیاز به ظهور ندارد لذا اگر کسی فسخ را نفهمید باز فسخ است.

اشکال می شود که حین الاجاره منفعت را مالک نبود چون فسخی صورت نگرفته بود؟ گفته شده است که آن اجاره، آن ملکیت اوست آنچه که در عقود معاوضی نیاز داریم این است که حین العقد مالک باشد نداریم که قبل از عقد مالک باشد و در اینجا آن تملیک، آن حصول ملکیت است لازم نمی باشد که آن قبل از تملیک ملکیت حاصل شود لذا مشکله ای در کار نمی باشد.^۱

^۱ در ارتکاز عرف این است که شخص مملک باید آن تملیک، مالک باشد و لو این ارتکاز را خود عرف نفهمد و اصلاً تصور نتواند بکند مثلاً عرف این اجاره دوم را صحیح می داند و از این فهمیم که عرف ارتکازاً ملکیت آن تملیک را صحیح و کافی می داند اما در عین حال تفصیلاً این را نمی داند که این کافی است مثلاً عرف حروف را استعمال می کند و هرچه برای آنها معنای حرفی را توضیح دهیم نمی فهمد لازم نمی باشد که عرف ارتکازات خود را بفهمد. (ب ک اس مد ۹۹/۱۰/۰۲).

فرض سوم این است که اجاره می دهد و اصلاً یادش رفته است که این خانه را به زید اجاره داده بوده است، با این حال این خانه را به عمرو اجاره می دهد آیا این رجوع از اجاره اول حساب می شود یا خیر؟

مثلاً به عمرو اجاره داد، چون از عمرو خوشش آمده بود و فسخ نکرده است چرا که اصلاً یادش نبوده است که این خانه را اجاره داده است یا ناسی است یا غافل است یا جاهل مرکب است، آیا این مقدار رجوع حساب می شود یا خیر؟

^۱ اگر گفتیم صحیح است این ایجار دوم، این هم اجاره است و هم فسخ است و اگر گفتیم فضولی است به معنای این است که این ایجار دوم موثر نمی باشد.

این فرع و فرض سوم را مرحوم سید ظاهراً متعرض نشده است و نظر به این فرع نداشته است.

این فرع نظیر هم دارد در فقه مثل اینکه شخصی وصیت کرد که این کتاب را به زید بدهید، اما این وصیت یادش رفت و بعد گفت: «هذا الكتاب بعد الموت لعمرو». به حسب ظاهر در این مسئله مورد اتفاق که این وصیت دوم نافذ است و وصیت اول کان لم یکن است چرا؟ به جهت اینکه حالا وجهش را کنار بگذاریم در سیره عرف و عقلاء وصیت متأخر را امضاء می کنند. بله، کلاً انسان هر انشاء تملیکی را می تواند از آن برگردد وصیت هم از همین قبیل است می تواند از وصیت خود برگردد و لو وصیت بر خلاف نکند امروز وصیت کند که این کتاب ملک زید است و بعد از این وصیت رجوع کند و برگردد و لو به دیگری هم وصیت نکند اما اگر وصیتی کرد که متنافی بود همیشه به وصیت متأخر اخذ می شود. وصیت کرد این کتاب بعد از موت من ملک زید باشد و بعد فراموش کرد و غافل از این وصیت شد و وصیت دیگری کرد و وصیت کرد که بعد از موت این کتاب ملک عمرو باشد. به نحو شرط نتیجه است و الا

شرط نمی باشد. این وصیت را وصیت تملیکیه می گویند. اما آنکه بدهید به زید بعد از موتم این وصیت عهدیه است. این مطلب درست است ما هم در فقه نظیری را درست کردیم و آن را مورد بحث قرار دهیم بایع مالی را به شخصی فروخت به زید گفت: «بعت هذا الكتاب بدینار» قبل از قبول زید، این بایع حق رجوع دارد اما اگر ناسی شد قبل از قبول زید، به عمرو گفت: «بعت هذا الكتاب بدینار» این فرع را هم ما اضافه کردیم در اینجا که به عمرو گفت: «بعت هذا الكتاب بدینار» زید و عمرو هر دو قبول کردند، بیع برای زید واقع می شود یا عمرو؟ اگر بخواهیم تشبیه کنیم این مقام را به این بیع تشبیه می کنیم. در این بیع رجوع از بیع اول نکرد، چون فراموش کرد که این کتاب را به زید فروخت.

در اینجا با بحث بیع فرقی این است که در آنجا قبول نکرده بود زید و در اینجا مستأجر اول قبول کرده است اما در آنجا بایع به خاطر عدم قبول، حق رجوع داشت و در اینجا موجر به خاطر حق فسخ، حق رجوع دارد. اما بدون رجوع و فسخ، معامله دوم را کرد؟ سوال این است که ایجاب دوم اگر موثر است، نسبت به بیع و انشاء تملیک اول موثر است یا انشاء دوم یا هیچ کدام؟

مثال بیعی که گفتیم را فقهاء ندیدم متعرض شده باشند از همان مثال در آنجا در اجاره استفاده کردیم ظاهرش این است این مسئله را اینجا بعضی از شراح مد نظر داشتند چون مطلب و عبارتی دارند که به نظر می رسد که این فرع را در نظر داشتند اما به نظر می رسد که سید به این فرع نظر نداشته است. آیا این ایجار دوم صحیح است یا خیر؟ فقط اینکه فسخ نکرده اما حق فسخ داشته است. اگر بگوییم صحیح است معنایش این است که عقلاء برای هر کسی که حق فسخ قائلند، می گویند لازم نمی باشد فسخ که از انشائات است را ایجادش کند، همینکه یک تصرفی کند که این منافات با اجاره اول داشته باشد، این تصرف را فسخ قرار می دهند چون نمی شود هم اجاره اول درست باشد و هم اجاره دوم درست باشد، چون لازم می آید منفعت ملک هر دو مستقلاً باشد در سیره عقلاء چنین ملکیتی را اینها قائل نمی باشند

آیا این اجاره دوم درست است یا نادرست است؟ این را باید رجوع کنیم به عرف و امضاء عقلاء که آیا این اجاره دوم را امضاء می کنند یا خیر؟ برای من روشن نمی باشد اما ظن قوی بر این است که ایجاب دوم را امضاء می کنند نه ایجاب اول را کما اینکه در مسئله بیعی که گفتیم این طور است. فعلا این به نظر ما می رسد و مورد ظن قوی ما واقع شده است اما باید در نکات آن بیشتر فکر شود تا مسئله خوب روشن شود.

یک مویدی هم دارد موید کدام است؟ وصیت. وقتی که شما انشاء تملیک کردید این را فقهاء متعرض شده اند که وقتی انشاء تملیک می کنید حق رجوع دارید اما دوباره وصیت می کنید بدون اینکه رجوع کنید یکبار به نفس وصیت قصد رجوع داشت آن هیچ اما یکبار یادش رفته بود و یکبار دیگر وصیت کرد و گفت که «هذا الكتاب لعمر و بعد مماتی» این با آن ظاهرا نکته اش یکی است یعنی وقتی کسی حق رجوع داشت و تصرف منافی کرد عقلاء ان تصرف منافی را رجوع حساب می کنند. &&& منتهای فرقی که دارد در ما نحن فیه فقط فسخ است اما در آنجا عقدی منعقد ندارد. حق رجوع و حق فسخ یکی است و وصیت موید صحت ایجار و ایجاب دوم است. موید است نه دلیل چرا که احتمال دارد که وصیت ویژگیها مختص به خود را دارد چرا که در وصیت دو شبهه جدی است: یکی اینکه نکند از باب ایقاع است و یکی اینکه اگر از باب ایقاع نباشد، از باب عقد هم نباشد. چون ما یک عقد و یک ایقاع داریم و یک وسط داریم وسط معنیش این است که جناب موصی له قبولش شرط نمی باشد دائما، اما ردش مانع است یعنی اگر بعد از موت گفتند که طرف وصیت کرده است که مال او باشد اگر سکوت کرد، ملک او می شود اما اگر قبول نکرد دیگر ملک او نمی شود. سکوت عن علم و یا عن جهل باشد، این باعث ملکیت می شود یا قبل از اینکه قبول کند، اصلا قبل از اینکه مطلع شود موصی له مرد در این صورت هم چون قبل از موت رد نکرده است ملک او می شود.

لذا گفتیم این در حد موید است. ما وصیت را حد وسط گرفتیم نه عقد است که قبول بخواهد و نه ایقاع است که یکطرفه محض باشد.

۱...و لا یصح له إجازتها على أن تكون الأجرة للموَجِر...

۲

فرض کردیم که این اجاره دوم که موَجِر انجام داد، حق فسخ نداشت گفتیم اگر اجاره داد اجاره فضولی است وقتی گفتیم این اجاره فضولی می شود اگر مستأجر اول اجاره داد، صحیح می شود و تمام اجرت مال مستأجر اول می شود و اگر اجاره نداد عقد دوم باطل است و عقد اول باقی است در اینجا اگر اجاره هم بدهد عقد اول از بین نمی رود مثل اینکه کسی خانه را می خرد و می فروشد این به معنای این نمی باشد که بیع او باطل است. می تواند این طور اجاره دهد، می گوید که اجاره می دهم و اجرت را ببخشد و مال موَجِر و مالک باشد. سید می فرمایند که این اجاره صحیح نمی باشد بلکه باید حتما اجرت، ملک مستأجر اول باشد نه ملک موَجِر.

ظاهراً مرادش از «لا یصح الإجازة» دو معنا دارد:

احتمال اول این است که این اجاره ک «لا اجازة» است هنوز عقد دوم فضولی است مثل این است که اجاره نداده است.

یک احتمال این است که مرادش این باشد، این اجاره موثر واقع می شود و عقد دوم صحیح است اما مستأجر اول مالک اجرت می شود نه موَجِر، اجاره نافذ است و عقد اجاره

۱ الثالثة عشر إذا آجر داره أو دابته من زيد إجارة صحيحة بلا خيار له ثم آجرها من عمرو كانت الثانية فضولية موقوفة على إجازة زيد فإن أجاز صحت له و يملك هو الأجرة فيطالبها من عمرو ...

۲ الثالثة عشر ... و إن فسخ الإجارة الأولى بعدها لأنه لم يكن مالكا للمنفعة حين العقد الثاني و ملكيته لها حال الفسخ لا تنفع إلا إذا جدد الصيغة و إلا فهو من قبيل من باع شيئاً ثم ملك و لو زادت مدة الثانية عن الأولى لا يبعد لزومهما على المؤجر في تلك الزيادة و أن يكون لزيد إمضاؤها بالنسبة إلى مقدار مدة الأولى.

دوم درست است اما اجرت مال مستأجر اول است. مراد این است که مستقیماً اجرت اگر مال فی الذمه باشد، به مستأجر اول منتقل می شود بلکه بعد از انتقال می تواند به موجر ببخشد.

ظاهر کلام سید احتمال اول است:

وجه عدم الصحة: الإجازة تقع على ما لم يكن ينشأ و ما أنشأ لم تمض.

خوب این وجه عدم صحت در نزد مرحوم سید چه می باشد؟ در نزد فقهاء عقود معاوضی داریم یعنی در آن معاوضه صورت می گیرد. یعنی چه؟ یعنی یک شیئی از ملک زید خارج می شود و به ملک عمرو داخل می شود در ازاء شیء، شیئی از ملک عمرو خارج شده و به ملک زید داخل می شود این حقیقت عقود معاوضی است یکی از عقود معاوضی بیع است و یکی اجاره است. در بیع مبیع و عین از ملک بایع خارج شده و در عوض این عین و مال، مالی از ملک مشتری خارج شده و به ملک بایع داخل می شود. در اجاره هم منفعتی از ملک موجر خارج شده و به ملک مستأجر داخل شده است و در ازاء این منفعت، مالی از ملک مستأجر خارج شده و به ملک موجر داخل می شود. خوب این حقیقت بیع و اجاره است اما در بیع معاوضه بین عین است و مال و در اجاره معاوضه بین منفعت است و مال. خوب اگر بخواهد امضاء کند این اجاره نمی باشد. اجاره را امضاء نکرده است. موجر چه عقدی را با مستأجر دوم ایجاد کرد؟ اجاره دوم را. جناب مستأجر اول اجاره را امضاء نکرده است بر فرض قبول و صحت چیزی را اجازه داده است که انشاء نشده بوده است. جناب موجر چه چیزی را انشاء کرده بود؟ انشاء کرده بود تملیک مال بعوض. این می شود معاوضه. یعنی این منفعت از ملک مالک بیرون رود و به ملک مستأجر داخل شود و در مقابل آن مال مالی از ملک مالک منفعت - که در مثال ما مستأجر اول است - خارج شده و به ملک مستأجر دوم داخل شود. پس بنابراین

آنچه که موجر با مستأجر دوم انشاء کرده بود، تملیک معاوضی بود و آنچه که مستأجر اول قبول کرده بود ربطی به تملیک معاوضی نداشت.^۱ مثل این می ماند که کسی کتاب زید را به یک درهم بفروشد و زید این بیع را امضاء و قبول کند به ازاء یک دینار این دیگر امضاء و اجازه آن بیع نمی باشد. چون اجازه عبارت است از امضاء نفس همان ایجابی که واقع شده است و اگر ایجاب دوم را ما امضاء کردیم، آنکه انشاء شده امضاء نکردید و آنکه امضاء کردید انشاء نشده بود معنایش این است که این اجازه لا یصح یعنی ک «لا اجازه» است. این اصل اشکال است.

در اینجا دو مطلب است:

آیا حقیقت عقود معاوضی این است؟

این اجازه وضعیتش چگونه است؟

در فقه مثالهای زیادی زده اند مثلاً کسی به کسی این کتاب را می دهد می گوید که این را برای خودت بفروش با کسی معاوضه کن که پولش داخل ملک تو شود یا پول می دهد و می گوید با این پول برای خودت نان بخر به نحوی که ثمن شخصی باشد نه به این صورت که به صورت ما فی الذمه خرید می کند و از آن پول برای افراف ذمه استفاده کند این اشکالی ندارد.

ما نوعاً این کار را می کنیم که ثمن کلی است کسی پول می دهد و می گوید که با این پول برنج بخر، و ما برنج می خریم و بعد پول می دهیم و این به صورت افراف ذمه است اما اگر بخواهیم به صورت افراف ذمه نباشد باید در ازاء این پول خرید کنیم مثلاً بگوییم این پول را

^۱ در اینجا که مستأجر اول اجازه می دهد اجازه دوم را، یعنی منفعتی که مال اوست را به شخص مقابل تملیک می کند و اما اجازه داده است که اجرة مستقیم به جیب مالک برود.

بحث سلطنت و عدم سلطنت مستأجر اول بر مال خودش و منفعت نمی باشد، بلکه بحث این است که این مستأجر چه چیزی را امضاء کرد؟ معنای این اجازه این است که این اجازه را برای مالک عین اجازه داده است و این اجازه معاوضه ای نمی باشد که مالک عین به صورت فضولی انجام داد. (ب ک اس مد).

بگیر و در ازاء این پول این نان را به من بده و اثرش این است که در صورت افراغ ذمه اگر دید که این پول تقلبی است این پول را عوض می کند و این معلوم می شود که این پول در ازاء مال نبوده است و الا نمی توانست عوض کند اما اگر در ازاء این پول بود نمی تواند پول را برگرداند بلکه باید معامله ی دیگری بکنند و معامله اول باطل است.

^۱پس مسئله این بود که اگر شخصی عینی را اجاره داد مثلاً خانه ای داشت این خانه را به زید اجاره دارد بعد از اجاره به زید به یکسال، اجاره داد به عمرو به یکسال مرحوم سید می فرمایند اجاره دوم فضولی است مستأجر اول می تواند اجاره دوم را امضاء کند و می تواند امضاء نکند اگر امضاء نکرد، اجاره اول باقی است و مستمر اگر اجاره دوم را امضاء کرد بعد از این امضاء منفعت ملک مستأجر دوم و اجرت -چه خارجی چه ما فی الذمه- ملک مستأجر اول می شود نه ملک مالک و موجر. این را ایشان داشتند.

بعد این مسئله را مطرح می کنند که آیا جناب مستأجر اول می تواند، امضاء کند بگوید که من اجاره را امضاء می کنم و اجرت مال موجر باشد یا خیر اینکار را نمی تواند بکند؟ مسئله ای است که عنوان کلی آن این است که اگر معوض از جیب کسی خارج شد و به جیب شخصی داخل شد، می شود عوض از جیب شخص مقابل خارج شود و به جیب صاحب معوض داخل نشود بلکه به جیب دیگری داخل شود؟ ما عقودی را داریم به نام عقود معاوضی در عقود معاوضی ما دو مال را معاوضه و جا به جا می کنیم مثلاً من وقتی این کتاب را به یک دینار می فروشم معاوضه ای صورت می گیرد بین این کتاب و بین یک دینار چه یک دینار در ذمه باشد چه در خارج باشد، فرقی نمی کند. معاوضه به این صورت است که این کتاب از ملک من بایع خارج می شود و به ملک مشتری داخل می شود و در عوض آن، یک دینار از ملک مشتری خارج می شود و به ملک صاحب آن کتاب که من می باشم داخل می شود، چه یک

دینار خارجی باشد یا ما فی الذمه. این حقیقت عقود معاوضی است. اجاره هم یک عقد معاوضی است مثل بیع اما در بیع معوض عین و در اجاره معوض منفعت است.

خوب سوال این است که آیا ممکن است که این معوض از ملک من خارج شود و به ملک مشتری داخل شود اما عوض از ملک مشتری خارج شود و به ملک غیر صاحب معوض مثلاً بکر داخل شود؟ آیا این ممکن است؟

مشهور بین علماء گفته اند این درست نمی باشد چرا که اصلاً معاملاتی مثل بیع و اجاره حقیقتش معاوضه است اگر عوض از ملک مشتری خارج شد و به ملک ثالثی داخل شد، معاوضه ای صورت نگرفته است، معوض به ملک مشتری داخل شد اما عوض از ملک او خارج شد و اما به ملک صاحب معوض داخل نشد در اینجا دیگر معاوضه بی معنا است اصلاً قوام معاوضه به این جابه جایی است مبیع از اینجا بلند می شود و به ملک مشتری داخل می شود و عوض به جیب صاحب مبیع می آید.

اول این مسئله را حل کنیم تا به ما نحن فیه برسیم ما ها در اینجا دو تعلیقه داریم:

التعلیقة الأولى: كفاية معاوضة واحدة في تحقق العقد المعاوضی العرفی العقلائی.

تعلیقه اول این است که گفتیم حقیقت بیع معاوضه است اما حقیقت این معاوضه چه می باشد؟ جا به جایی است یعنی یا یک شیئی به ملک مشتری داخل می شود و به ازاء آن چیزی از ملک او خارج می شود یا چیزی از ملک بایع خارج می شود و در عوض چیزی به ملک او داخل می شود. لازم نمی باشد که در حقیقت عرفی بیع این معاوضه دو طرفه صورت گیرد یعنی در حقیقت عرفی بیع لازم نمی باشد که هم چیزی از ملک بایع خارج شده و در ازاء آن چیزی به ملک او داخل شود و هم در طرف مقابل چیزی به ملک مشتری داخل شده و چیزی

در ازاء آن از ملک او خارج شود، خیر این جابه جایی دو طرفه لازم نمی باشد بلکه همین که یک معاوضه صورت گیرد، کافی است. پس این معاوضه سه فرض دارد:

فرض اول این است که این معاوضه در طرفین اتفاق می افتد نسبت به بایع مالی از ملکش خارج و مالی به ملکش داخل می شود و همچنین نسبت به مشتری چیزی از ملک او خارج و چیزی به ملک او داخل می شود.

فرض دوم این است که معاوضه در یک طرف صورت می گیرد یعنی چه؟ یعنی از ملک بایع مالی خارج می شود و مالی به ازائش داخل می شود بخلاف مشتری.

فرض سوم عکس فرض قبلی است چیزی از ملک مشتری خارج و مالی به ملک او داخل می شود اما از بایع فقط مالی خارج می شود و لکن مالی به ملک او داخل نمی شود.

گفتیم حقیقت بیع که یک حقیقت عرفی و عقلائی است، یک معاوضه است در هر یک از این سه فرض چه معاوضه در هر دو طرف باشد یا در یک طرف این معاوضه است و بیع. لذا مالک می تواند کتابش را بدهد به من و بگوید این کتاب را برای خودت بفروش. من تملیک می کنم این کتاب را به مشتری به ازاء یک دیناری که در ملک من داخل شود. کتاب را می دهم او می شود مالک آن کتاب و من هم مالک آن یک دینار می شوم چه خارجا چه ذمتا. در اینجا معاوضه فقط در جانب مشتری بود که چیزی به ملک او داخل شد که کتاب باشد و چیزی از ملک او خارج شد که یک دینار باشد اما نسبت به بایع^۱ معاوضه ای در کار نمی باشد فقط کتاب از ملک او خارج شد اما چیزی به ملک او داخل نشد بلکه داخل ملک من واسطه شد.

تارة بالعکس است یعنی مالی از ملک مشتری خارج می شود اما مالی به ملک او داخل نمی شود مثلاً شخصی به من به پول می دهد و می گوید این پول را بگیر و برو برای خودت

^۱ مراد از بایع در اینجا مالک کتاب است و الا در اینجا باز بایع مأذون است یعنی کلاً در این معاملات مأذون است که متصرف به بایع و مشتری می شود (ت ب ک اص اس مد ۹۹/۱۰/۲۰).

گوشت بخر، می روم از قصاب گوشت می خرم که این یک کیلو گوشت از ملک او خارج شده و به ملک من داخل می شود، به ازاء یک کیلویی که از ملکش خارجش شده است این پول را می دهم در اینجا مشتری من است چیزی از ملک من خارج شد؟ خیر، چیزی به ملک من داخل شد؟ بله یک کیلو گوشت. در جانب من مشتری معاوضه ای نبود بلکه در جانب بایع معاوضه بود که یک کیلو گوشت از ملک او خارج شد و در ازاء آن یک دینار به ملک او داخل شد. ماها در حقیقت بیع این نظرمان است نه اینکه اینطور تعریف ارائه می دهیم این که گفته می شود حقیقت بیع معاوضه است این معاوضه سه فرض دارد: تارة معاوضه در هر دو طرف است و تارة در طرف مشتری است فقط و تارة در طرف بایع است فقط و این هر سه فرض در نزد عقلاء و عرف بیع است. هم من می توانم کتاب زید را برای خودم بفروشم و هم می توانم با پول زید برای خودم کتاب بخرم. و هم می توانم با پول خودم از زید کتاب بخرم این هر سه فرض حقیقت بیع است.

در اجاره هم این را قائل می باشیم که در اجاره که از عقود معاوضی است که معاوضه بین منفعت و اجرت است، تارة معاوضه طرفینی است و تارة معاوضه در طرف موجر است فقط و تارة در طرف مستأجر است فقط. این تعلیقه اول این حقیقتا بیع و اجاره است و شامل هر سه فرض می شود.

التعليقة الثانية:

تعلیقه دوم این است که فرض کنیم حقیقت بیع در همان معنای عرفی عبارت است از معاوضه ای در طرفین یعنی در یک فرض که فرض اول باشد، عقد بیع است اما در فرض دوم و سوم بیع نمی باشد بگوییم سلمنا بیع نمی باشد، اما عقد که می باشد و در صحت معامله لازم نمی باشد آن معامله عنوان خاص داشته باشد عقد که هست وقتی عقد بود و مورد امضاء عقلاء واقع شد می شود عقد صحیح و لو حقیقتش بیع و اجاره نباشد، ما دنبال این

نمی باشیم حتما آن عقدی که واقع می شود، عنوان خاصی بر آن منطبق شود، لذا این عقدی است صحیح و نافذ^۱ کتاب از ملک زید خارج و به ملک عمرو داخل می شود و ثمن از ملک عمرو خارج شده و به ملک من ماجر داخل می شود بدون اینکه به ملک زید داخل شود. بلکه این عقد، عقد بیع نمی باشد و لکن این عقد صحیح است به مشتری می گویم این کتاب را به یک دینار برای خودم می فروشم این را معاوضه می کنم و لو تعبیر معاوضه به قول آقایان دقیق نمی باشد و لکن به اعتبار مشتری معاوضه می گوئیم این را معاوضه می کنم با یک ثمن، البته ثمن ضیق تعبیر است چرا که دیگر معاوضه به قول آقایان صدق نمی کند این عقدی است صحیح یعنی این را در ملک او داخل می کنم به ازاء این ثمن که از ملک تو به ملک من داخل شود و لو به قول آقایان تعبیر معاوضه تسامحی است اشکال ندارد اما عقد صحیح است و آثار عقد صحیح بار می شود ثمن ملک من می شود و مبیع و این مال ملک شخص مقابل می شود و لو به اصطلاح به مقابل مشتری گفته نشود و به من بایع گفته نشود چرا که مشتری و بایع عنوانی است در عقد بیع و فرض این است که بر این عقد عنوان بیع صادق نمی باشد در عین حال عقدی است صحیح.

خوب بنابراین گفتیم این عقد درست است. در اجاره هم این را می گوئیم نهایتاً آن اجاره حقیقت عرفیه ندارد و عقد دیگری است اما صحیح است منفعت این خانه را به شخص مقابل می دهم در ازاء اجرتی که به من تملیک می کند معاوضه می کنم به اجرتی که به من تملیک می کند و لو اینکه من مالک عین نمی باشم از طرف او مأذون هستم.

اما ما نحن فیه:

^۱ قدمات توجه نداشتند که لازم نمی باشد که عقود حتما اسم داشته باشد نه اینکه تصریح کرده باشند که اگر عنوان نداشته باشد، باطل است اما متأخرین گفته اند که لازم نمی باشد که عنوانی داشته باشد و عقدی است صحیح. مشهور متأخرین که گفته اند این عقد صحیح است گفته اند به سیره صحیح است و شارع هم به اوفوا بالعقود این را امضاء کرده است. (ب ک ج اس مد ۹۹/۱۰/۱۶).

بحث ما چه بود؟ رفته منفعت خانه را که ملک مستأجر اول بود، به مستأجر دوم داده است گفتیم این اجاره ای است فضولی اگر مستأجر اول امضاء کرد منافع مال مستأجر دوم می شود و اجرة ملک مستأجر اول می شود اما حالا مستأجر اول می گوید این عقد اجاره را اجازه می دهم که اجرت ملک موجر شود نه ملک من مستأجر، اجرة ملک مالک عین شود نه ملک من که مالک منفعت می باشم. سید می فرمایند این اجازه باطل است.

برای روشن شدن مطلب این را در بیع پیاده کنیم: من کتاب زید را به عمرو به یک دینار فروختم این بیع فضولی است این عمرو می گوید اجزت العقد. این ظاهراً مورد اتفاق است ک با اجازه عقد اول امضاء می شود کتاب به ملک مشتری منتقل می شود و ثمن هم منتقل می شود به ملک صاحب کتاب و من کاره ای نمی باشم کتاب از ملک زید خارج می شود و ثمن هم از ملک مشتری خارج می شود به ملک زید داخل می شود.

این اشکالی نمی باشد، اما یکبار زید می گوید: «اجزت لبکر» بکر فضول بود نمی گوید اجزت العقد، می گوید: «اجزت العقد لبکر و فضول» من عقد را اجازه می کنم و تنفیذ می کنم اما نه برای خودم بلکه برای بکر، یعنی چه؟ یعنی کتاب از ملک من خارج می شود و به ملک عمرو داخل می شود و دینار از ملک عمرو خارج می شود اما به ملک من داخل نمی شود، بلکه به ملک بکر داخل می شود. آیا این اجازه درست است یا لغو است؟ برای روشن شدن مثال دیگری بزنیم: اگر شخصی کتاب زید را به عمرو فروخت به یک دینار و زید اجازه داد به دو دینار این درست است؟ خیر، چون آنچه بر آن عقد بسته شده بود که بیع کتاب به یک دینار بود، آن را امضاء نکرد، و آنکه امضاء کرد که بیع کتاب به دو دینار بود، عقدی بر آن بسته نشده بود لذا این امضاء و اجازه، اجازه باطلی است به این معنا که عقد کتاب به یک دینار را تصحیح نمی کند اصلاً چون ما وقع را امضاء نکرد و آنکه امضاء کرد ما وقع نبود لذا در واقع ما وقع امضاء نشد. اینجا گفته شده است که نظیر همان است وقتی که این کتاب را بیع کرد به عمرو به یک دینار برای زید اما زید امضاء کرد برای بکر و فضول، خوب در اینجا معلوم

است که ما وقع امضاء نشده است و ما امضی هم واقع نشده است. این امضاء بی اثر و باطل است یعنی تصحیح عقد نمی کند.

خوب حالا ببینیم این امضاء موثر است یا خیر؟

یکبار بر می گردیم به مسئله قبل که عبارت بود از اینکه بیع را امضاء کرد برای بکر که ثمن داخل شود در ملک بکر و فضول ما. اگر آنجا گفتیم آن معامله باطل است آنجا امضاء کند معلوم است که امضاء هم بی فایده است. خوب معلوم است بیع باطل را که با امضاء و فضولی نمی توان درست کرد.

لذا اگر عقد باطل باشد، امضاء هم باطل است و غیر موثر.

اما اگر گفتیم عقد صحیح است یا به عنوان بیع یا به عنوان عقد مستقل، اینجا بحث می کنیم اینجا که بحث می کنیم بحث می کنیم که این بکر کتاب زید را فروخت به یک دینار و زید گفت من امضاء می کنم برای بکر، آیا این امضاء درست است یا خیر؟ این را دقت کنید این بیع فضول سه فرض دارد:

فرض اول این است که فضول در مقام بیع اینطور گفته است این کتاب را می فروشم به یک دینار برای زید.

فرض دوم این است که فضول گفته است من این کتاب را می فروشم به یک دینار برای خودم.

فرض سوم این است که فضول معین نکرده است نه تعیین کرده است و نه انصراف دارد می گوید این کتاب را می فروشم به ازاء یک دینار فرقی نمی کند که ثمن به بکر یا زید تملیک شود یا شخص دیگری.

پس این سه فرض در مسئله است.

فرض اول این است که این کتاب را می فروشم به ازاء یک دینار برای زید و او گفت قبلت و بعد جناب زید امضاء کرد برای بکر؟ این امضاء درست است یا باطل؟ باطل. چرا که آنچه انشاء شد امضاء نکرد و آن که امضاء شد انشاء نشده بود او انشاء کرده بود این عقد را به ازاء یک دینار برای زید و این امضاء نشد.

فرض دوم انشاء می کند به ازاء یک دینار برای خودش گفتیم اگر امضاء کرد این بیع را برای فضول و بکر، درست است.

فرض سوم به ازاء یک دینار اما به کی تملیک کند معین نشده است به هر که دلش خواست یا کسی که بعداً تملیک می کند. گفتیم این فرض سوم هم درست است چرا که این عقد را امضاء کرد.

پس صورت اول امضاء درست نمی باشد اما در صورت دوم و سوم امضاء درست است.

منتها بعداً از این عدول کردیم گفتیم در صورت اول هم این بیع درست است. یعنی بیع کرد و فروخت این کتاب را به ازاء یک دینار برای زید و مالک گفت اجزت لبکر بعداً گفتیم این هم درست است چرا گفتیم درست است؟ برای اینکه واضح شود صورت اول درست است مثالی بگوییم. اگر فرض کنیم جناب فضول کتاب زید را به عمرو به یک دینار فروخت اما به شرط اینکه عمرو یقرأ فاتحة للاموات، به شرط اینکه فاتحه ای برای اموات بخواند. عمرو هم قبول کرد بعد که زید آمد عقد را امضاء کند گفت: «اجزت بلا شرط» امضاء می کنم اما شرط را نمی خواهم آیا اجازه درست است یا باطل است؟ گفتیم این اجازه درست است به جهت اینکه شرط از حقیقت عقد خارج است در اصل یک ضمیمه ای در عقد است می تواند با شرط یا بدون شرط امضاء کند و وقتی بدون شرط امضاء کرد آن شرط لازم الاجراء نمی باشد لذا در ارتکاز فقهاء این بوده است که اگر شرط فاسدی را در عقد بیاورد این شرط باطل، مفسد نمی

باشد مثلاً می گوید این کتاب را به تو می فروشم به شرط شرب خمر در نظر فقها این بیع لازم است اما شرط لازم الوفاء نمی باشد و شرط مفسد نمی باشد.

در ما نحن فیه:

می گوید این کتاب را می فروشم به یک دینار برای زید یعنی به یک دینار که به زید تملیک کنید وقتی می گوید برای زید، این حقیقتش به یک شرط ضمن عقد بر می گردد یعنی معاوضه می کند به ازاء یک دینار اما شرطش این است که این کتاب را به زید تملیک کنید اینکه می گوید امضاء کردم برای بکر، در واقع آن شرط را الغاء کرده است.

دقت کنید اینکه گفتیم این که بیع کرد برای زید، این بیع برای زید به منزله شرط است این در صورتی است که عقد بیع را به معنای خود تعریف کنیم که نیاز به معاوضه طرفینی نمی باشد اما اگر به نظر مشهور که بیع عقدی است طرفینی این بیع برای زید این به منزله مقوم بیع است لذا در این صورت این دیگر در نظر مشهور بیع نمی باشد و عقد دیگری است که در این عقد جدید این به منزله شرط است.

مثال را عوض کنیم اگر کسی کتاب زید را فروخت به یک دینار اما بدون شرط فروخت اما جناب مجیز با شرط امضاء می کند می گوید من آن عقد را امضاء می کنم با شرط، وقتی گفت من امضاء می کنم با شرط، آیا این امضاء درست است یا خیر؟ گفت به شرط قرائت قرآن دقت کنید در اینجا این اجازه نافذ است یا خیر؟ یک قول این است که نافذ است و شرط لازم است و یک قول این است که نافذ نمی باشد و یک قول این است که بیع درست است اما شرط لغو است و شرط شرط ابتدائی است. ما از این سومی می باشیم عقد درست است اما شرطش درست نمی باشد.

در ما نحن فیه:

گفت من امضاء می کنم برای بکر، معنایش این است این معاوضه را انجام می دهم به شرط اینکه ثمن را به بکر تملیک کنی نه به من در معامله این شرط ذکر نشده است، این شرطی که کرده لازم نمی باشد اما اگر به شرطش عمل نکرد، می تواند از اجازه برگردد.

اگر تملیک کرد به زید می تواند از اجازه اش برگردد یعنی از اجازه ای که داده است بر می گردد.

^۱ جمع بندی: مشهور در معاوضه گفتند که باید معاوضه دو طرفی باشد گفتیم به نظر می آید در معنای عرفی بیع و اجاره و لو معاوضه است اما دو فرض هم می توان در نظر گرفت که این معاوضه فقط در یک طرف صورت گیرد یعنی مالی از ملک او خارج شود و مالی به ملک او داخل شود با اینکه طرف مقابل می تواند مالی از ملک او خارج نشود یا به ملک او داخل نشود.

نکته دوم: اینکه گفتیم که اگر معاوضه دو طرفه، در حقیقت بیع و اجاره باشد، نهایتاً این عقدی است صحیح غیر بیع و اجاره.

نکته سوم: اگر در بیع فضولی، فضول شرطی گفت و مالک اجازه داد بدون شرط گفتیم این درست است، چرا که شرط از حقیقت بیع و اجاره خارج است از حقیقت عقد خارج است.

مطلبی که باید اضافه کنیم این است که در معامله فضولی ما یک فضول داریم و یک اصیل داریم مثلاً اگر با بیع فضول باشد، مشتری می شود اصیل و اگر مشتری فضول باشد، با بیع می شود اصیل. البته اشکال ندارد که هر دو طرف فضول باشند یا هر دو طرف اصیل باشند. اگر فضول شرطی کرد و مالک، شرط قبلی را الغاء کند، اگر آن شرط، له با بیع باشد، اشکالی

ندارد و نیاز به قبول ندارد و این امضاء عقد قبلی است و عقد جدیدی نمی باشد اما اگر شرطی که فضول کرد، علیه بایع و له اصیل باشد نیاز به قبول دارد، مالک اگر شرط را الغاء کرد، احتیاج به قبول اصیل دارد. گفت من امضاء می کنم بدون شرط این فایده ای ندارد. مثلاً بایع فضول، کتاب زید را به یک دینار به عمرو فروخته است عمرو که مشتری و اصیل باشد، قبول کرده است به شرط اینکه فلان قلم به من تملیک شود. اگر شرط به نفع اصیل باشد باید آن اصیل این اجازه و امضاء را قبول کند و الا معنایش این است که شرطی را از دست می دهد بدون اینکه چیزی گفته باشد، اگر گفتیم احتیاج به قبول دارد یعنی این عقد جدیدی است و اجازه آن عقد نمی باشد آثار اجازه برایش بار نمی شود می شود عقد جدید. اگر گفتیم به قبول نیاز است معنایش این است که این اجازه نمی باشد این عقد جدیدی است مثلاً این بیع جدیدی است، اگر فضول بایع بوده است اگر مالک بدون شرط اجازه می دهد، این در واقع به صیغه اجازه است و الا بیعی دیگر است و عقد جدیدی است که مشتری و اصیل که طرف مقابل باشد عقد جدیدی را قبول می کند. این را نگفته بودیم.

نکته چهارم:

حال اگر فضول معاوضه کرده است بدون شرط، اما مالک با شرط امضاء کند گفتیم احتیاج به قبول دارد، این دیگر اجازه نمی باشد و عقد جدیدی است همینکه احتیاج به قبول داشت، باز از اجازه و امضاء بیرون می آید می گوید که من امضاء می کنم با این شرط باید در اینجا طرف مقابل قبول کند، این عقد جدیدی است که فقط صیانت آن به صیانت امضاء است و قبول آن به همان صیانت قبول است.

نکته پنجم:

اگر معامله و معاوضه کرده است، اگر گفت برای فضول من امضاء می کنم گفتیم ظاهرش این است که اشکال ندارد چون اینکه معاوضه است یعنی این عین از ملک تو خارج

شود اما به ملک چه کسی داخل شود، این شرط است و می گوید که این شرط را نمی خواهم این را دیروز گفتیم در اینجا دو اشکال است:

اشکال اول این است که این شرط است یا مقوم می باشد؟

بعید نمی باشد مقوم باشد و شرط نباشد، یعنی مقوم عقد باشد یعنی اینکه به چه کسی تملیک کند، این به نظر می رسد که از قبیل شرط نباشد از قبیل مقوم عقد است.

اشکال دوم این است که قبول کنیم که این که به ثمن به ملک مال عین منتقل شود، این شرط است، اما اینکه مالک عین می گوید که من بدون آن شرط امضاء می کنم و به این شرط امضاء می کنم که ثمن به فضول تملیک شود، این شرط جدیدی است وقتی شرط جدید شد، این احتیاج به قبول فضول دارد، وقتی احتیاج به قبول فضول دارد معنایش این است که این عقد جدید است، دیگر امضاء و اجازه نیست.

نتیجه:

فضول وقتی کتاب را فروخت یا خانه راجاره دارد این دو فرض دارد:

فرض اول:

یک فرض این است که معاوضه می کند یعنی فضول تملیک می کند در ازاء عوضی که تملیک به مالک شود، اینجا مالک نمی تواند برای دیگری امضاء کند.

فرض دوم این است که یکبار می گوید معاوضه می کنم با این مال به شرط اینکه تملیک برای من کنید نه برای مالک. این اجازه کند تصحیح می شود. لذا اینکه سید می فرمایند که «علی أن تكون الاجرة للموَجَر» این دو فرض دارد: اگر بر معاوضه صورت گرفته است به این نحو که اجرت تملیک شود به مستأجر اول، این مستأجر اول نمی تواند امضاء کند برای موجر.

اگر اجاره بسته است بر اینکه اجرت تملیک به موجر شود نه مستأجر اول امضاء مستأجر اول این را تصحیح می کند.

فرمایش مرحوم سید را در یک فرض قبول کردیم.

۱...و إن فسخ الإجارة الأولى بعدها

لأنه لم يكن مالكا للمنفعة حين العقد الثاني و ملكيته لها حال الفسخ

لا تنفع إلا إذا جدد الصيغة و إلا فهو من قبيل من باع شيئاً ثم ملك...^۲

بعد مرحوم سید مسئله ای را بیان می کنند که این مسئله ربط دارد به مسئله دیگری که در فقه معروف شده است به مسئله: «من باع شيئاً ثم ملك». این مسئله، چه مسئله ای است؟

ما رفتیم کتاب زید را به عمرو فروختیم خوب این بیع فضولی است قبل از اینکه جناب زید امضاء کند، من رفتم خود آن کتاب زید را از زید برای خودم خریدم یا زید از دنیا رفت و آن کتاب به ارث رسید به فضول یا جناب زید مجانی به فضول هبه کرد آیا آن عقد فضولی که فضول انجام داد به مجرد، این که مالک شد صحیح می شود و از ملک فضول به ملک مشتری منتقل شود یا خیر؟

آیا نسبت به آن عقد فضولی سابق نیاز به اجاز دارد؟ آیا با اجازه تصحیح می شود یا خیر؟

^۱ الثالثة عشر إذا أجر داره أو دابته من زيد إجارة صحيحة بلا خيار له ثم أجرها من عمرو كانت الثانية فضولية موقوفة على إجازة زيد فإن أجاز صحت له و يملك هو الأجرة فيطالبها من عمرو و لا يصح له إجازتها على أن تكون الأجرة للموجر ...

^۲ الثالثة عشر ... و لو زادت مدة الثانية عن الأولى لا يبعد لزومهما على المؤجر في تلك الزيادة و أن يكون لزيد إمضاؤها بالنسبة إلى مقدار مدة الأولى.

سه قول در مسئله است:

قول اول: یک قول این است که وقتی قرضول خرید، دیگر نیاز به امضاء ندارد به مجرد آن بیع بین قرضول و مالک کتاب، عقد قرضولی صحیح می شود. همینکه مالک شد آن عقد قرضولی صحیح می شود.

قول دوم: این است که به مجرد مالکیت قرضول، عقد قرضولی صحیح نمی شود، باید مالک عین که در مثال ما زید باشد، این عقد قرضولی را امضاء کند.

قول سوم: آن عقد قرضولی اول به مجرد مالکیت و امضاء هم صحیح نمی شود، اگر قرضول مالک شود دیگر نمی تواند امضاء کند، باید قرضول مجدداً عقدی با مشتری ببندد.

در این مسئله مختار ما سومی است که با اجازه هم صحیح نمی می شد به خاطر اینکه وقتی تملیک کرد، ملک دیگری را تملیک کرد معاوضه کرد بین ملک دیگری و ملک مشتری الان چه را می خواهد امضاء کند هم ملک مالک و هم ملک مشتری از بین رفت. آن موقع کتاب ملک زید بود این معاوضه کرد بین کتاب زید و پول عمرو عمرو هم قبول کند حال چه را می خواهد امضاء کند. آن معاوضه را می خواهد امضاء کند؟ فرضاً الان ملک او نمی باشد چون به قرضول فروخت. برای قرضول می خواهد امضاء کند فرضاً عقدی بسته نشده است. لذا در مسئله «من باع ثم ملک» باید عقد جدیدی بسته شود.

سید در اینجا آن کبری را پیاده می کند می گوید که اگر موجر خانه را برای بار دوم اجاره داد اما قبل از اینکه مستأجر اول اجاره دوم را اجازه دهد، خود مستأجر اول یا جناب موجر اجاره اول را فسخ کردند، یعنی منفعت برگشت به ملک جناب موجر و مالک عین خوب حالا اگر بخواهد امضاء کند فایده ای ندارد چرا که آن زمانی که اجازه او معتبر بود، معاوضه بین دو

ملک بود و این منفعت بعد از فسخ دیگر ملک او نمی باشد لذا باید عقد جدیدی ببندد. این صغرای آن کبرای «من باع شیئا ثم ملک»^۱

مستأجر نمی تواند امضاء کند چون ملکش نمی باشد و موجر نمی تواند امضاء کند چون عقد بر ملک خودش بسته نشده بود، معاوضه با ملک غیر بود که الان نمی خواهد آن را امضاء کند، منفعت ملک خودش نبود، در اجاره موضوع اجاره منفعت است و مالک که می گوئیم به اعتبار عین است نه منفعت، لذا در آن اجاره دوم فضول بود و مالک منفعت نبود و لو مالک عین بود. لذا این هم از صغریات آن مسئله «من باع شیئا ثم ملک» است.

چطور مشهور در مسئله گفتند تصحیح نمی شود و اجاره موثر نمی باشد باید عقد جدیدی بسته شود، در اینجا هم همینطور است.

۲...و لو زادت مدة الثانية عن الأولى

لا یبعد لزومهما علی المؤجر فی تلك الزیادة و أن یكون لزید إمضاؤها بالنسبة إلى مقدار مدة الأولى.

بعد در آخر مسئله فرعی را مطرح می کند که اگر از مدت اجاره اول شش ماه باقی ماند و این منفعت به مستأجر اول متعلق بود و بعد مالک به مستأجر دوم یکساله اجاره داد از حالا تا یکسال منفعت این دار شش ماه، مال مستأجر اول است و شش ماه دوم، مال موجر است

^۱ من باع شیئا ثم ملک در همه عقود می آید و مختص به بیع نمی باشد و مدرک آن سیره است و ضمن اینکه علی القاعده است. (ب ک اج اس مد ۹۹/۱۰/۱۷).

^۲ الثالثة عشر إذا أجر داره أو دابته من زید إجارة صحیحة بلا خيار له ثم أجرها من عمرو كانت الثانية فضولية موقوفة علی إجازة زید فإن أجاز صحت له و یملك هو الأجرة فیطالبها من عمرو ولا یصح له إجازتها علی أن تكون الأجرة للموجر و إن فسخ الإجارة الأولى بعدها لأنه لم یکن مالکا للمنفعة حین العقد الثاني و ملکته لها حال الفسخ لا تنفع إلا إذا جدد الصیغة و إلا فهو من قبیل من باع شیئا ثم ملک

یک قاعده است که وقتی در بیع، «ما یملک و ما لایملک» فروخته شود عقلاء امضاء می کنند نسبت به ما یملک اما نسبت به ما لا یملک امضاء نمی کنند مثلاً ما ده کتاب می بریم به مغازه و می گوئیم اینها را یکجا به صد دینار می فروشم و مغازه دار هم قبول می کند و صد دینار به من می دهد. از این ده کتاب، نه تا مال خودش است و یکی مال خودش نمی باشد، در این بیع، معامله نسبت به یکی فضول و نسبت به ما بقی صحیح است.

بله ما مثالی داریم که در آن عقد منحل نشود یعنی عرف این را منحل نمی داند مثلاً یک جفت کفش را که یک لنگه آن مال دیگری و یک لنگه مال خودش باشد را بفروشد در این مثال بعید نمی باشد که در این جا اصلاً عقد منعقد نشود. البته مقداری محل مناقشه است که منحل می شود یا خیر. اما در مثال بیع ده کتاب در اینجا عرف معامله را منحل می بیند لذا نسبت به «مایملک» بیع صحیح و نسبت به «ما لا یملک» عقد فضولی است.

در ما نحن فیه وقتی جناب موخر در اجاره دوم یکساله اجاره داد، این اجاره نسبت به شش ماه اول فضولی و نسبت به شش ماه دوم درست است، اگر جناب مستأجر اول امضاء کرد، شش ماه اول هم درست می شود و الا نه و لکن هر دو خیار فسخ تبعض صفقه دارند که به خیار شرط بر می گردد که اگر این معوض یا عوض تبعیض شد، من خیار فسخ داشته باشم. یا خیاری است ثابت به خیار شرط ارتکازی یا خیاری است ثابت به بناء عقلاء. در خیار تبعض صفقه باید جاهل باشد و الا اگر ده کتاب را فروختم و گفتم این ۹ تا کتاب مال من است و این یک کتاب مکاسب مال دیگری است و طرف مقابل قبول کرد طرف مقابل دیگر خیار شرط تبعض صفقه ندارد خیار شرط به شرط ارتکازی بر می گردد و وقتی طرف قبول کرد و عالم است معنایش این است که بدون شرط می خرد آن شرط ارتکازی در مورد شخص عالم نمی باشد. مستأجر دوم خیار تبعض صفقه دارد و حتی موخر هم می تواند خیار تبعض صفقه داشته باشد و آن در جایی است که خودش عالم به این تبعیض نباشد مثلاً در جایی که وکیلش اجاره داده است یا اینکه خودش یادش رفته است، در این صورت خیار دارد.

این هم واضح است چرا که تملیک «ما یملک و ما لایملک» کرده است ملک غیر را تملیک کرده است شش ماه اول ملک دیگری و شش ماه دوم ملک خودش است لذا نسبت به ملک دیگری عقد فضولی است.

هذا تمام الكلام في المسئلة ١٣.

الرابعة عشر إذا استأجر عينا

ثم تملكها قبل انقضاء مدة الإجارة

بقيت الإجارة على حالها فلو باعها و الحال هذه لم يملكها المشتري إلا مسلوبة المنفعة في تلك المدة فالمنفعة تكون له و لا تتبع العين نعم للمشتري خيار الفسخ إذا لم يكن عالما بالحال و كذا الحال إذا تملك المنفعة بغير الإجارة في مدة ثم تملك العين كما إذا تملكها بالوصية أو بالصلح أو نحو ذلك فهي تابعة للعين إذا لم تكن مفروزة و مجرد كونها لمالك العين لا ينفع في الانتقال إلى المشتري نعم لا يبعد تبعيتها للعين إذا كان قاصدا لذلك حين البيع.

مرحوم سيد می فرمایند که اگر عینی را اجاره داد، بعد این عینی را که اجاره داد، قبل از این که مدت اجاره تمام شود آن عین را مالک به مستأجر فروخت مثلا زید خانه را به عمرو یکساله اجاره داد بعد از شش ماه، زید این خانه را به عمرو فروخت هنوز شش ماهه دیگر از

مدت اجاره باقی مانده است. این فرض مسئله ماست. بر اساس این فرض مرحوم سید احکامی را بیان فرموده است:

اول: آیا اجاره اول منفسخ می شود؟ مرحوم سید فرمودند که خیر منفسخ نمی شود یعنی این خانه تملیک شده است به مستأجر، مسلوب المنفعة برای شش ماه، آن شش ماه باقیمانده منفعت آن، به این بیع به مستأجر منتقل نمی شود وقتی که با عقد بیع مسلوب المنفعة منتقل شد، معنایش این است که مستأجر و مشتری مالک عین و منفعت مازاد بر ششماه است بوسیله این بیع مالک شد هم مالک عین شد و هم مالک منفعت مازاد بر شش ماه، و منفعت آن شش ماه را مالک است اما به اجاره سابقه نه به این بیع. این یک مسئله. یعنی جناب مشتری مالک منفعت می شود اما نه به تبعیت از مالکیت بر عین بلکه به عقد اجاره.

بعد ایشان می فرمایند که اگر مشتری بعد از معامله، متوجه شد این منفعت شش ماهه به عقد اجاره مال خودش بوده است و این عین مسلوبه المنفعة منتقل شده است می گوید جناب مشتری خیار فسخ دارد اگر عالم به حال نباشد. یا به جهت اینکه نمی داند، یادش رفته بوده است که اینطور است یا وکیل برای او اجاره کرده بوده است و نمی دانست مدت اجاره چه مقدار بوده است.

مسئله دوم این است که مرحوم سید می فرمایند که در ما نحن فیه اگر مالک عین که در مثال ما جناب زید بود، خانه را اینگونه بفروشد، که من این خانه را می فروشم به جمیع منافعش حتی آن منفعت شش ماه، این بیع درست است و این اجاره منفسخ می شود و به نفس و آن انفساخ، مستأجر مالک منفعت شش ماه می شود به عقد بیع.

قوله «و کذا الحال إذا تملك المنفعة بغير الإجارة»: این که گفتیم مشتری مالک منفعت بوده است به اجاره از باب مثال می باشد، اگر مالک منفعت باشد به غیر بیع و بعد عین را

تملك كند باز حكمش همين است كه گفتيم. مثلا بالوصية گفته است منفعت سال ۱۴۰۰ اين خانه از آن عمرو خوب حالا عمرو آمد از ورثه اين خانه را خريد، اين خانه را وقتي مي خرد نسبت به سال ۱۴۰۰ مسلوب المنفعة است. يا مثل شرط ضمن عقد يا هبه منفعت اگر گفتيم درست است، كه مشهور گفته اند هبه منفعت درست نمي باشد. اينكه به تبع عين مالك مي شود، مال زماني است كه قبلا جدا نشده باشد.

شرح المسئلة:

اين فرمايشاتي كه ايشان فرمودند على القاعدة است و بعدا به قاعده اشاره مي كنيم اما اين مسئلة نکته اي دارد كه بايد شرح داده شود اين كه ايشان فرمودند كه مشتري بعد از اينكه فهميد عين مسلوب المنفعة به او منتقل شده است، خيار فسخ دارد اين چه خياري است؟ مي گويد كه اين خانه را مي فروشم و مشتري بعد از بيع فهميد كه اين منفعت مال او نبوده است و عين مسلوب المنفعة به او منتقل مي شود، اين خيار سه خيار است: تبعض صفقه و خيار عيب و خيار شرط.

خيار تبعض صفقه در جايي است كه معلوم شود كه عقد نسبت به مقداري از عوض يا معوض موثر و صحيح نبوده است امكان دارد فضولي بوده است يا باطل بوده است در اينجا خيار تبعض صفقه دارد.

اگر اين باشد در ما نحن فيه اين خيار نمي آيد چرا كه آن كه مبيع است، خود عين است نه مجموع عين و منفعت اين اتفاق است كه مبيع در بيع، خود عين است نه منافع لذا در اينجا خيار تبعض صفقه جا ندارد چون عين به تمامه منتقل شد و اما منفعت خارج از مبيع است و فقط عقلاء اعتبار مي كنند كه هر كسي مالك عين شد به تبع ملكيت بر عين، مالك منفعت آن عين هم مي شود.

خيار عيب: اين خانه را منتقل كرد به او مسلوب المنفعة عيبش اين است كه منفعت شش ماه به او منتقل نشد. اگر گفتيم اين عيب براي عين است در اينجا مي تواند فسخ كند از باب خيار عيب.

اين خيار عيب دو اشكال دارد:

اولا:

مشتري مالك آن منفعت است به اجاره لذا اين عيب حساب نمي شود عرفا.

ثانيا:

اگر عيب حساب شود فقهاء در عيب قائل به دو مطلب مي باشند يكي فسخ و يكي اخذ الارش اگر مراد سيد اين خيار عيب بود، اخذ ارش را هم مي گفت كه مخير بين يكي از اين دو است در حاليكه اصلا اشاره اي به ارش نكرده اند.

خيار شرط ارتكازي:

شرط ارتكازي به اين صورت كه دو طرف به صورت شرط ارتكازي شرط کرده اند كه اگر عين مسلوب المنفعة منتقل شد و لو اين عيب نباشد، بتواند فسخ كند.

بله اگر اين شرط ارتكازي باشد حق فسخ دارد اما ظاهرا در مقام، اين شرط ارتكازي نمي باشد.

بله يك خيار ديگري هم احتمالش مي رود كه داشته باشد كه خيار غبن باشد. چرا مغبون شده باشد؟ چرا كه فرضا قيمت عين مسلوب المنفعة كمتر است از عيني كه واجد تمام منفعت مي باشد.

اين هم درست نمي باشد، چرا كه:

اولا: باید فرض کنیم که در این قیمت که خریده است، مغبون شده است و این فرض در اینجا نمی باشد.

و ثانيا: ممکن است که اصلا مدت کمی باقی مانده است از مدت اجاره که او را مغبون حساب نمی کنند چرا که متعارف این است که وقتی خانه را می فروشند مثلا دو ماه بعد تحویل می دهند.

ثالثا: این خانه را به کسی فروخته است که منفعت ملک خود مشتری است که مالک شده است به عقد اجاره و در این صورت دیگر او را مغبون نمی بینند.

بله اگر مغبون حساب شود، ممکن است که بگوییم **که خیار غبن دارد** اما این ربطی به مسئله ما ندارد چرا که بحث ما در مورد خیار فسخ است به خاطر مسلوب المنفعة بودن اما در اینجا فرض کردیم به خاطر غبن خیار دارد نه به خاطر مسلوب المنفعة بودن.

لذا این فرمایش سید را نمی توان قبول کرد که خیار فسخ دارد، خیر خیار فسخ ندارد.

التحقيق في المسئلة:

اما اصل فرمایش سید:

این فرمایش سید مبتنی بر چند اصل مفروض در کلام است:

اولین اصل:

فقهاء معتقدند که اگر کسی مالک عین شد، مالک منافع آن عین هم است اگر من مالک این کتاب هستم مالک منافع آن کتاب هم هستم، اگر مالک خانه هستیم مالک منافع آن خانه هم هستیم اگر عینی را کسی مالک باشد به هر یک از اسباب ملکیت، عقلاء اعتبار ملکیت می کنند برای این شخص نسبت به منافع آن عین. تمام مافع عین هم می شود ملک او.

مسئله دوم این است که قائلند که عقد اجاره اعیان، تملیک منفعة بعوض است.

ماها هر دو مطلب را نپذیرفتیم گفتیم:

اولا اینطور نمی باشد که اگر کسی مالک عین شد، مالک منافع هم می شود چرا که اگر مراد از ملکیت بر منفعت، ملکیت مستقلة ای است یعنی ملکیت در اینجا انحلالی است یعنی اگر مالک عین شدم عقلاء برای من ملکیت دومی بر منافع اعتبار می کنند یعنی من در اینجا دو ملکیت دارم در این فرش و این صندلی و همه وسائل دو ملکیت دارم یکی بر خود شیء و یکی بر منافع شیء؛ گفتیم این با ارتکاز ما نمی سازد.

و اگر مراد این است که ملکیت من تحلیلی است، معنایش این است که من مالک مجموع این عین و منفعت می باشم مثل ملکیت من بر اوراق این کتاب، یک ملکیت است که بر کل کتاب بسته شده است که به تبع به اوراق هم بسته شده است اگر این معنایش باشد یعنی من در بیع مجموع عین و منفعت را معاوضه می کنم نه عین را، این هم خلاف ارتکاز است که من در معاملات عین را معاوضه می کنم.

ضمن اینکه اگر شما می گوئید مالک منفعت این عین می باشم منفعت این عین در کدام زمان؟ الی یوم القيامة این غیر عرفی است و اگر بگوئید تا زمانی که مالک می باشیم خوب تا کی مالک است؟ خدا می داند، این هم غیر عرفی است. اگر تعیین زمان هم کنید این هم غیر عرفی است لذا ملکیت انسان بر منافع چه به اصلش و چه به این شقوقش وقتی توجه شود مشخص می شود که خلاف ارتکازات عرفی است.

ان قلت:

ارتکاز است که سلطنت بر عین، بدون سلطنت بر منافع معنا ندارد.

قلت:

بله این سلطنت است اما نه سلطنت از باب اینکه مالک منافع است خیر از باب اینکه حق الانتفاع را دارد. پس حق الانتفاع را مسلماً دارد بحث در این است که آیا نسبت به منفعت مالک می باشد یا خیر؟ که گفتیم که خیر فقط صرف حق است و عقلاء فقط اعتبار حق می کنند بدون اینکه اعتبار ملکیتی بر این منافع کنند.

پس در هر ملکیتی این حق الانتفاع است اما انتزاعی است این حق یا اعتباری این محل بحث است.

این مسئله اول را قبول نکردیم.

اما مسئله دوم:

که حقیقت اجاره اعیان، تملیک منفعت باشد گفتیم این روشن نمی باشد و اگر هم فرض کنیم اینطور است یعنی حقیقت اجاره تملیک منفعت است، خوب لازم نمی باشد که من مالک منفعت باشم تا بتوانم این منفعت را تملیک کنم همینکه عین را مالک باشد عقلاء این سلطنت را قائلند که منفعت عینی را که مالک است، به دیگری تملیک کند.

ان قلت:

در این صورت که مالک نباشد و تملیک منفعت کند این فضولی می شود.

قلت:

مهم این است که این عقد اگر فضولی باشد، این عقد فضولی را عقلاء امضاء کنند شما وقتی ولی هستید تملیک می کنید این عین را، این عین که ملک ولی نمی باشد ملک مولی علیه است مثلاً متولی مسجد، لوازم مسجد را می فروشد اما عقلاء این سلطنت و حق را برای او قائل می باشند یعنی برای ولی این سلطنت را قائل می باشند که متولی املاک مولی علیه را تملیک کند و این تصرفات او را امضاء می کنند. لذا در تملیک منفعت لازم نمی باشد منفعت

عین، ملک خودش باشد مثل ولی که املاک مولی علیه را تملیک می کند با اینکه ملک خودش نمی باشد اما عقلاء امضاء می کنند. لذا اگر قبول کردیم که حقیقت اجاره تملیک منفعت است، گفتیم لازم نمی باشد که شخص مُملک، مالک منفعت باشد که بتواند تملیک کند کافی است که عند العقلاء مالک عین باشد مانند تصرفات ولی.

اما اینکه حقیقت اجاره تملیک منفعت باشد، این دور از ذهن می باشد. اینکه حقیقت اجاره چیست، این مبهم است حقیقت آن امکان دارد «تملیک انتفاع» باشد یعنی یکبار شخص حق الانتفاع دارد و یکبار شخص این انتفاع را مالک است، احتمال هم دارد که نه تملیک منفعت باشد و نه تملیک الانتفاع^۱ چون حقیقت عقد اجاره در گذشته گفتیم یک امر مبهمی است احتمال دارد که اصلاً تملیک نباشد لذا یک مقداری ابهام دارد.

بله، حقیقت اجاره از سنخ اذن نمی باشد چرا که در اذن می تواند برگردد در حالیکه در اجاره نمی تواند برگردد و بگوید که خانه را به من برگردان.

خوب بحث بعدی در این است که آیا در اینجا عقد اجاره منفسخ می شود یا باقی است؟ فرض کردیم بیع تملیک عین است و اجاره هم تملیک انتفاع یا منفعت باشد یا چیز دیگر این دو با هم منافات ندارد، این عین را تملیک می کند، تملیک عین محذوری در آن نمی باشد و وجهی ندارد که عقد اجاره او منفسخ شود، لذا بیع درست است و اجاره هم باقی است. اجاره را نمی دانیم چیست اما می دانیم ربطی به عین ندارد و بیع هم مربوط به عین است خوب در این صورت دیگر با هم منافاتی ندارند

باقی می ماند آن ذیل مسئله که گفت تملیک می کنم با تمام منافع. اگر مراد سید از اینکه می گوید که تملیک می کنم عین را با تمامی منافع این باشد که مجموع عین و منفعت را تملیک

^۱در عقد اجاره گفتیم احتمال دارد که عرف یک منفعت موهومه برای عین می بیند و این ملکیت موهومه را عرف تملیک می کند (ب ک اج اس مد ۹۹/۱۰/۲۳).

می‌کنیم، این تملیک منفعت با اجاره قبلی منافات دارد و در بین عقلاء وقتی عقد اول صحیح باشد، عقد دوم باطل است.

اگر مراد این است که این عین را به تو منتقل می‌کنم به نحوی که عقلاء برای تو نسبت به منفعت اول اعتبار ملکیت کنند نه اینکه من تملیک منفعت کنم عقلاء به خاطر اینکه من به تو تملیک عین کردم برای تو نسبت به این منفعت اعتبار ملکیت کنند، اگر این مراد سید باشد، این هم درست نمی‌باشد به جهت اینکه اعتبار عقلاء دائر مدار نحوه اینها نمی‌باشد فرض کردیم که اگر عین منتقل شود و منفعت قبلاً مفروض و جدا شده نباشد، عقلاء اعتبار ملکیت مشتری می‌کنند نسبت به منفعت غیر مفروضه. و فرض این است که این منفعت در ما نحن فیه مفروضه است قبلاً ملک کسی شده است لذا این فرمایش سید یک بخش را موافقیم و دو بخش را مخالفیم: اینکه اجاره منفسخ نمی‌شود موافقیم اینکه خیار فسخ دارد را موافق نمی‌باشیم این که بیع می‌کند به نحوی که منفعت هم مال تو باشد این را هم موافق نمی‌باشیم.

علی‌ایّ حال عقد اجاره باقی است و بیع صحیح است و حق فسخی هم برای مشتری نمی‌باشد. بلکه اگر مغبون شده باشد، حق فسخ دارد اما این دیگر ربطی به مسئله ما که از باب مسلوب المنفعة بودن قرار بود حق فسخ داشته باشد، ندارد، مطلب دیگری است.

الخامسة عشر: إذا استأجر أرضا للزراعة مثلا

فحصلت آفة سماوية أو أرضيه

توجب نقص الحاصل لم تبطل و لا يوجب ذلك نقصا في مال الإجارة
و لا خيارا للمستأجر...^٢

سید فرمود که اگر کسی زمین خود را برای زراعت اجاره داد و در آن سال زراعت زمین به خاطر سرما یا آفت یا هر مسئله ی دیگری کم شد در اینجا نه اجاره منفسخ می شود و نه مستأجر خيار فسخ دارد و نه از اجرة کم می شود، مستأجر باید اجرت کامل را دهد.

وجهش چه می باشد؟ ببینید در باب اجاره گفتیم که لازم نمی باشد که مستأجر از آن عین منتفع شود مثلا خانه را اجاره می کند و لکن استفاده نمی کند یا اختیارا یا اضطرار مثلا مریض می شود یا زندان می رود، در مدت اجاره در بیمارستان یا زندان است مثلا فرض کنید کارمند است در قم خانه ای را اجاره کرده است اما بعد از اجاره منتقل به بلد دیگری می شود؛ این ربطی به مالک ندارد و در سیره عقلاء است که فرقی نمی کند که منتفع بشود یا نشود، انتفاع کامل باشد یا ناقص باشد، در عدم انتفاع مختار یا مضطر باشد ربطی به موجد ندارد، این اجاره صحیح است. در سیره عقلاء چیزی که در صحت عقد اجاره لازم است این است که این عین قابلیت انتفاع را داشته باشد که حسب الفرض این عین قابلیت انتفاع را داشته

^١ چهارشنبه ۹۹/۱۰/۲۴.

^٢ الخامسة عشر: إذا استأجر أرضا للزراعة... نعم لو شرط على المؤجر إبراءه من ذلك بمقدار ما نقص بحسب تعيين أهل الخبرة ثلثا أو ربعا أو نحو ذلك أو أن يهبه ذلك المقدار إذا كان مال الإجارة عينا شخصية فالظاهر الصحة بل الظاهر صحة اشتراط البراءة على التقدير المذكور بنحو شرط النتيجة ولا يضره التعليق لمنع كونه مضرا في الشروط نعم لو شرط براءته على التقدير المذكور حين العقد بأن يكون ظهور النقص كاشفا عن البراءة من الأول فالظاهر عدم صحته لأوله إلى الجهل بمقدار مال الإجارة حين العقد.

است اما لمانع آن انتفاع حاصل نشده است. این از باب سوء حظ مستأجر بوده است که نتوانسته است متنفع شود. در اینجا عقد اجاره پابرجاست و صحیح و خيار فسخی هم ندارد. این وجهش واضح است لذا فرمایش سید تمام است.

بعد مرحوم سید صوری را می فرمایند که این عدم نفع تدارک شود:

۱... نعم لو شرط على المؤجر إبراءه من ذلك

بمقدار ما نقص بحسب تعيين أهل الخبرة ثلثا أو ربعا أو نحو ذلك أو أن يهبه ذلك المقدار إذا كان مال الإجارة عينا شخصية فالظاهر الصحة...

۲

می فرمایند که مستأجر می تواند شرط کند که اگر محصول زمین نصف شود، نصف اجرت را به من ابراء کنی یا اگر اجرت شخصی است مثلا به این ده کسیه برنج اجاره بست، می تواند که شرط کند که اگر نصف محصول کم شد، نصف این برنجها را به من ببخشی و هبه کنی که این به نحو شرط فعل است. هبه یعنی تملیک مجانی، هبه در مال شخصی می آید و ابراء در مال فی الذمه می آید.

خوب این معلوم است که شرط جایزی است و هیچ مشکلی نمی باشد این به نحو شرط فعل است.

^۱الخامسة عشر: إذا استأجر أرضا للزراعة مثلا فحصلت آفة سماوية أو أرضيه توجب نقص الحاصل لم تبطل ولا يوجب ذلك نقصا في مال الإجارة ولا خيارا للمستأجر ...

^۲الخامسة عشر: إذا استأجر أرضا للزراعة ... بل الظاهر صحة اشتراط البراءة على التقدير المذكور بنحو شرط النتيجة ولا يضره التعليق لمنع كونه مضرا في الشروط نعم لو شرط براءته على التقدير المذكور حين العقد بأن يكون ظهور النقص كاشفا عن البراءة من الأول فالظاهر عدم صحته لأوله إلى الجهل بمقدار مال الإجارة حين العقد.

شرط فعل مشکلی ندارد می تواند هر امر مباحی را در عقد شرط کند.

۱...بل الظاهر صحة اشتراط البراءة على التقدير المذكور

بنحو شرط النتيجة

و لا يضره التعليق لمنع كونه مضرا في الشروط...^۲

می رویم سراغ شرط نتیجه که می فرمایند دو صورت است یک شرط نتیجه علی نحو تعلیق است و یکی علی نحو تنجیز است.

علی نحو تعلیق به این صورت است که می گوید این را به هزار دینار اجاره می کنم به شرط اینکه اگر محصول این زمین کم شد، این زمین به همان مقدار که محصول کم شد، به همان مقدار ذمه من بریء شود اما برائت ذمه من معلق بر حصول نقص در آینده است یعنی الان برائت را انشاء کند، اما معلق به حصول نقص در آینده. موجد الان انشاء برائت می کند اما معلق بر حصول نقص در آینده است.

بعد مرحوم سید جواب سوال مقدری را می دهد و آن سوال این است که گفته اند این تعلیق در باب انشاءات درست نمی باشد. سید می فرماید آن انشاء تعلیقی که درست نمی باشد، در ایجاب و قبول تعلیقی است و این انشاء، شرط تعلیقی است نه ایجاب و قبول تعلیقی مثلا می گوید که این کتاب را می فروشم علی تقدیر اینکه فردا باران ببارد گفته اند این درست

^۱الخامسة عشر: إذا استأجر أرضا للزراعة مثلا فحصلت آفة سماوية أو أرضيه توجب نقص الحاصل لم تبطل و لا يوجب ذلك نقصا في مال الإجارة و لا خيارا للمستأجر نعم لو شرط على المؤجر إبراءه من ذلك بمقدار ما نقص بحسب تعيين أهل الخبرة ثلثا أو ربعا أو نحو ذلك أو أن يهبه ذلك المقدار إذا كان مال الإجارة عينا شخصية فالظاهر الصحة ...

^۲الخامسة عشر: إذا استأجر أرضا للزراعة ... نعم لو شرط براءته على التقدير المذكور حين العقد بأن يكون ظهور النقص كاشفا عن البراءة من الأول فالظاهر عدم صحته لأوله إلى الجهل بمقدار مال الإجارة حين العقد.

نمی باشد که ایجاب و قبول معلق باشد اما در اینجا شرط معلق است ابراء می کنم معلقا بر اینکه ناقص باشد، یعنی برائت را الان انشاء کرده است اما معلق بر حصول نقص در آینده. اینجا فرمودند که چون این تعلیق در شرط است، اشکالی ندارد.

التحقيق في المسئلة: لا محذور في الإيجاب و القبول التعليقي لأن التعليق في التملك الإنشائي لا إنشاء التملك.

مسئله را بررسی کنیم هم به لحاظ موضوع و هم به لحاظ حکم ببینیم حقیقت تعلیق چه می باشد؟ و بعد ببینیم این فرمایش تمام است یا خیر؟ این شرط درست است یا خیر؟ در باب انشاءات دقت کنید مثلا در باب تملیک گفتیم یک «انشاء التملیک» داریم و یک «تملیک انشائی» داریم گفتیم وقتی می گوئیم: «بعت هذا الكتاب بدینار» این انشاء التملیک است اما این انشاء تملیک کی متصف می شود به تملیک و خود این انشاء می شود تملیک؟ بعد از این که مشتری قبول کرد، این انشاء متصف می شود به تملیک یعنی همان انشاء التملیک، متصف به تملیک می شود. این را دقت کنید ما وقتی می گوئیم انشاء متصف می شود به تملیک آیا آن انشاء سابق از همان سابق این وصف تملیک را به خودش می گیرد یا همان انشاء سابق الان وصف تملیک را به خود می گیرد؟ از الان وصف تملیک را به خود می گیرد. چرا می گوئیم انشاء سابق الان وصف تملیک را می گیرد؟ چرا که از الان مملک می شود آن انشاء سابق و از سابق مملک نبوده است تا الان. این در انشاء تملیک و تملیک است.

حالا اگر من به کسی گفتم: «بعت هذا الكتاب ان جاء زيد من السفر» یا «على تقدير مجي زيد من السفر» و او گفت: «قبلت». این انشاء خیلی علماء را گیر انداخته است که حقیقت انشاء چه می باشد؟ گفتند که انشاء یا محقق شده است یا محقق نشده است. تعلیق در انشاء معنا ندارد. امور تکوینی که تعلیق بر نمی دارد. اگر انشاء تملیک شده، خوب ملکیت

حاصل است. اگر انشاء التملیک نشده است، خوب ملکیت هم حاصل نشده است و بعد که انشاء و در نتیجه ملکیت هم حاصل نمی شود.

آن بیانی که گفتیم اینجا استفاده کردیم الان انشاء می کنم تملیک را و آن انشاء تملیک را هم او قبول می کند، او هم قبول تملیک می کند. دقت کنید وقتی می گوئیم انشاء تملیک علی تقدیر نزول مطر معنایش این است که آن انشاء التملیک کی تملیک می شود؟ حین نزول المطر. علماء می گفتند که انشاء التملیک که می کند منشأ معلق است و منشأ را ملکیت معنا می کردند می گفتند ملکیت زید معلق بر نزول مطر است چطور می شود **ملکیت معلق بر نزول مطر باشد**^۱. ما گفتیم انشاء التملیک معلق نمی باشد بلکه تملیک و ملکیت است که معلق است، گفتیم این انشاء التملیک، کی تملیک می شود؟ که نزول مطر باشد. وقتی نزول مطر شد در آن زمان آن انشاء سابق، مصداق تملیک انشائی می شود همان انشاء التملیک سابق متصف به تملیک انشائی می شود و به تملیک، ملکیت حاصل می شود. حتی قبول هم در تملیک شدن آن انشاء التملیک، اثر ندارد، باید نزول مطر شود. لذا گفتیم محذور عقلی ندارد که ایجاب و قبول معلق باشد کما اینکه در هر بیعی اینطور است اول انشاء ایجاب می کند و بعد که قبول می کند، از آن قبول آن انشاء تملیک می شود تملیک.

یعنی در همه عقود این تأخر تملیک از انشاء تملیک است.

پس محذوری عقلی ندارد الا اینکه کسی بگوید این عرفی نمی باشد یعنی در عرف این انشاء و قبول را صحیح ندانسته لذا عقلاء هم امضاء نمی کنند، بلکه ما هم قبول داریم که اگر در عرفی صحیح نباشد، بلکه عند العقلاء هم صحیح نمی باشد اما محذور عقلی ندارد.

اما در مثال بیع تعلیقی که زدیم، این بیع تعلیقی است اصلاً شرط نمی باشد نه شرط فعل است و نه شرط نتیجه. اگر در یک عرفی این بیع صحیح باشد می گوئیم عقلاً درست است

^۱ در حالیکه فرضاً انشاء التملیک شده است. (فق).

و اگر در عرفی صحیح نباشد می‌گوییم عند العقلاء هم صحیح نمی‌باشد اما محذور عقلی ندارد.

اما ما نحن فیه:

در ما نحن فیه می‌گوید که این زمین را به تو اجاره می‌دهم و ابراء می‌کنم زائد بر مقدار حاصل را. انشاء الإبراء الان است اما کی این انشاء الإبراء مصداق ابراء می‌شود؟ زمانی که نقصی حاصل شود. وقتی نقص حاصل شد، معلق علیه و شرط حاصل شده است، آن انشاء ابراء در اول، می‌شود مصداق ابراء. یعنی انشاء الابرء زمان عقد است اما این انشاء ابراء کی متصف به ابراء می‌شود؟ زمانی که نقص حاصل شود.

پس بنابراین در ابراء که یکی از ایقاعات است این ابراء را الان انشاء می‌کند، و بعد از حصول نقص متصف به ابراء می‌شود.

حال آیا قبل از حصول معلق علیه و شرط می‌تواند برگردد؟ خیر نمی‌تواند برگردد این معلوم می‌شود که **این ابراء در کنار ایجاب نمی‌باشد** یعنی قبول می‌کند به شرط الإبراء در واقع به شرط ابراء قبول می‌کند وقتی می‌گوید آجرتک به نفس این آجرتک ابراء می‌کند و این ابراء ضمیمه قابل رجوع نمی‌باشد. در ابراء اگر معلقا ابراء کنم بگویم: «ابرأت ذمتک علی تقدیر مجی زید» اگر گفتیم این ابراء درست است، قبل از حصول معلق علیه می‌تواند از این ابراء برگردد یعنی از انشاء ابراء دست بردارد به جهت این که در سیره ثابت است که ما از انشائاتی که می‌کنیم قبل از اینکه این انشاء مصداق آن عقد و معامله شود و قبل از قبول می‌توانیم از این انشاء برگردیم.^۱

^۱ اینکه شخص می‌تواند قبل از قبول دست از انشاء خود بردارد به دلیل قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» است. (ب ک اج اس مد ۹۹/۱۰/۲۴)

سرش این است که تا به صورت عقدی در نیاید، می تواند رفع ید کند این نکته ای است که به خاطر آن گفتیم که اگر وعده ای داد می تواند از وعده صرف نظر کند.

اما در ما نحن فیه از ابراء نمی تواند برگردد اما در ابراء ابتدائی می تواند برگردد.

بحثی است که در ایقاعات می تواند معلقا انشاء کند، بگوید: «زوجتی طالق علی تقدیر نزول المطر» یا «ابراءت ذمتک علی تقدیر نزول المطر»؟ گفتیم این محذور عقلی ندارد انشاء طلاق و ابراء فعلی است اما این انشاء کی طلاق و ابراء می شود؟ وقتی معلق علیه در خارج فعلی شود زمانی که مطر نازل شود.

در طلاق گفتید که این طلاق زمانی یوجب البینونة که عده منقضی شود یعنی انشاء طلاق الان است اما این انشاء طلاق زمانی متصف به طلاق می شود که عده منقضی شود. این خصوصیت طلاق است اما در ابراء به محض اینکه انشاء ابراء کرد، همان انشاء ابراء مصداق ابراء است البته اگر به صورت معلق نباشد به عبارت دیگر بحث ما در این است که ابراء معلق صحیح است یا خیر؟ بگوید ابراءت ذمتک علی تقدیر نزول المطر آیا این صحیح است یا خیر؟ گفتیم این منوط به عرف است چون فقهاء فتوا داده اند که تعلیق در ایقاعات مبطل است، این ممکن است که عرف ساز شده باشد و الان بطلان این گونه ایقاعات یعنی ایقاعات معلق، عرفی باشد. اما اینکه دقیقا الان عرف چه می باشد ممکن است که ما ذهنیتی نداشته باشیم به جهت اینکه هنوز در نزد عرف هم ذهنیتی شکل نگرفته باشد. قاعدتا هم اینطور است که اگر ما ذهنیت نداشته باشیم عرف هم ذهنیتی ندارد. مشهور در عقود و ایقاعات هر دو تعلیق را قبول نکردند. ولی ما گفتیم تابع عرفیم. اگر عرف موضعی نداشته باشد، عقلاء هم موضعی ندارند لذا الان روشن نمی باشد، اما محذور عقلی ندارد.

در ما نحن فیه قبول کردیم انشاء ابراء تعلیقی را اما اینکه می گوییم در عرف مشخص نمی باشد در مورد ایقاعات ابتدائی است مثل ابراء.

۱...نعم لو شرط براءته على التقدير المذكور حين العقد^۲

بأن يكون ظهور النقص كاشفا عن البراءة من الأول فالظاهر عدم صحته لأوله إلى الجهل بمقدار مال الإجارة حين العقد.

مسئله ۱۵ این بود که اگر کسی زمین خودش را برای زراعت اجاره داد و بر اساس آفت سماوی، آن محصول مورد انتظار به دست نیامد، مرحوم سید فرمودند که حق فسخ برای مستأجر نمی باشد و از اجرة هم کم نمی شود الا اینکه در اجاره شرط کند. خوب سه فرض برای شرط در نظر گرفتند:

فرض اول شرط فعل بود.

فرض دوم شرط نتیجه بود که ابراء می کرد الان معلقا على الخسارت. این را هم توضیحش را دادیم و گفتیم این حقیقتش انشاء ابراء است، که اگر خسارتی وارد شد این انشاء ابراء از زمان خسارت متصف به ابراء می شود.

فرض سوم این است که شرط ابراء می کند اما نه ابراء حين الخسارت، ابراء الان به نحوی که اگر بعدا خسارتی حاصل شد کشف می کند که اجرة از اول مقدار ناقص بوده است. زمین را به صد دینار اجاره داده است، بعد شرط کرده است که به مقدار خسارت ابراء کند، در ضمن عقد شرط شده است ابراء به مقدار خسارت. بعد هنگام برداشت محصول معلوم شده است

^۱سه شنبه ۹۹/۱۰/۳۰.

الخامسة عشر: إذا استأجر أرضا للزراعة مثلا فحصلت آفة سماوية أو أرضيه توجب نقص الحاصل لم تبطل و لا يوجب ذلك نقصا في مال الإجارة و لا خيارا للمستأجر نعم لو شرط على المؤجر إبراءه من ذلك بمقدار ما نقص بحسب تعيين أهل الخبرة ثلثا أو ربعا أو نحو ذلك أو أن يهبه ذلك المقدار إذا كان مال الإجارة عينا شخصية فالظاهر الصحة بل الظاهر صحة اشتراط البراءة على التقدير المذكور بنحو شرط النتيجة و لا يضره التعليق لمنع كونه مضرا في الشروط ...

^۲ حين العقد قيد براءت است قيد شرط نمی باشد.(اس مد)

که پنجاه درصد، محصول زمین کمتر است از این کشف می شود که اجرت از اول پنجاه دینار بوده است نه صد دینار. بعدا که معلوم شد که پنجاه درصد خسارت وارد شده است، معلوم می شود که اجرت از همان اول پنجاه دینار بوده است.

دلیل المرحوم السید فی البطلان: الجهالة فی الأجرة.

مرحوم سید می فرمایند که این قسم سوم شرط باطل است و این موجب جهالت اجرت است و چون جهالت اجرت باطل است، لذا عقد اجاره هم باطل است. می دانید در فقه شرط فاسد مفسد نمی باشد مگر اینکه شرط فاسد به ارکان عقد ضرر بزند مثل ما نحن فیه که این شرط، موجب جهالت در اجرت می شود. لذا این از شرائط فاسدی است که منجر به فساد عقد می شود چرا که خلل در خود یا ارکان عقد ایجاد می کند.

این عبارت سید.

این عبارت سید از جهاتی محل بحث است لذا سعی می کنیم این مبحث را تفکیک کنیم که روشن شود:

ابتداء کلام سید:

سید فرمود وقتی شرط برائت می کند، برائت حین العقد در واقع فی علم الله اگر محصول زمین پنجاه درصد باشد، در واقع اجرة پنجاه دینار است اما اگر از متعاقدين: موجر و مستأجر پرسید که اجرت در این ایجار ارض چه مقدار است، می گویند نمی دانیم چه مقدار است. بنابراین وقتی اجرت را نمی دانند چون احتمال دارد که محصول صد در صد باشد، لذا اجرت می شود صد دینار، هفتاد درصد باشد، اجرت می شود هفتاد دینار و هکذا. باید آخر سال شود و بعد از برداشت بفهمیم که اجرت چه مقدار است.

مناقشة في كلامه: في كلامه إحتمالان:

آيا اين فرمايش مرحوم سيد قابل تصور است يا خير؟

برای شرط البرائة حين العقد دو فرض ذکر شده است:

الإحتمال الأول: أن يكون الإجارة على جزء جزء من المنفعة و فيه ثلاث

مناقشات:

فرض اول اين است که حقيقت آن برگشت به اين است که اين اجاره به اين صورت است که موجر می گوید اين زمين را به تو اجاره دادم که اگر محصول زمين یک تن باشد، اجرت یک دينار باشد و اگر محصول دو تن باشد، اجرت دو دينار باشد و.. اگر صد تن، صد دينار. نهايت محصول در اين زمين فرضا صد تن است.

اگر از قبيل اين صورت اول باشد، اجرت نامعلوم است چرا که نمی دانيم محصول اين زمين امسال چند تن است، لذا اجرت می شود مجهول، وقتی مجهول شد شرط باطل و عقد هم باطل می شود چرا که اجرت نامعلوم است. وقتی اجاره باطل باشد، شرط باطل است چرا که شرط ضمن عقد نمی باشد چون عقدی در کار نمی باشد که اين شرط ضمن آن باشد سالبه به انتفاء موضوع است شرط ضمن عقد نيست چون عقدی نمی باشد.

اين صورت سه اشكال دارد:

اولا: قلت بصحة الإجارة في نظيره.

شما صحت عقد اجاره را در نظير اين مسئله قبول کرديد. نظير چه بود؟ خانه را اجاره داد و گفت به ازاء هر يك شب، يك دينار اما مستأجر در اين خانه چه مقدار می خواهد بماند، نمی داند کما اينکه خود مستأجر هم نمی داند که چه مقدار می ماند. در آنجا مرحوم سيد

فرمودند که عقد اجاره درست است، در اینجا هم معنایش این است که این زمین را اجاره می دهیم به ازاء هر تن یک دینار، چه صد تن برداشت شود یا یک تن برداشت شود. به ازاء هر تن یک دینار اجاره داده است. این نظیر همان مثال اجاره خانه است و نکته ای ندارد که در مثال خانه اجاره صحیح باشد و در اینجا نباشد.

ثانیا: لیس کل جهالة مبطله عرفا.

این جهالت و نا معلوم بودن در بعضی صور باطل است اما در بعضی صور مبطل نمی باشد، این مربوط به عرف و عقلاء است مثلا در زمان ما رایج است که افراد تا کسی را اجاره می دهند می گویند صدی پنجاه یا چهل برو کار کن هر مقدار در آوردی شصت درصد یا پنجاه درصد را به من بده و ما بقی مال خودت. با اینکه هیچ کدام نمی دانند در روز چه مقدار کار می کند. این اجاره درستی است در عین حال اجرت نامعلوم است. لذا گفتیم مطلق جهالت مبطل نمی باشد، بعضی از جهالتها را عرف امضاء نمی کند. مثلا می گوید که این خانه را اجاره می کنم به مقداری که در حساب من موجود است و معلوم نمی باشد که در حساب چه مقدار پول است گفتیم در اینجا بعید نمی باشد که عرف امضاء نکند. اما اینطور نمی باشد که هر جهالتی را امضاء نکنند کما اینکه در عصر ما این اجاره ماشینها از همین قبیل است. خیلی سعی کرده اند که این را از عقد اجاره خارج کنند و داخل در معامله دیگری کنند که جهالت در آن مضر نمی باشد مثل عقد جعالة اما ما گفتیم این عقد اجاره است اما اجرت نا معلوم است و مشکلی هم ندارد. ما عرفی هستیم و در همه عقود گفتیم که اگر این جهالت عرفی باشد، عقد صحیح می باشد مثل شانس ها چه درون این شانس است؟ نمی دانیم در حالیکه شیء داخل آن از حیث مالیت و ارزش متفاوت است و اینکه مبیع چه مقدار است نمی دانیم چرا که ثمن ما در مقابل این مبیع است این مبیعی که داخل این شانس است. در عین حال این معامله صحیح است.

ثالثا: ليس هذا من قبيل شرط الإبراء.

این دیگر شرط براءت نشد، این در واقع اجاره داده است به این معنا که من به ازاء هر یک تن یک دینار اجاره می دهم. این دیگر شرط ابراء نشد چه به نحو شرط فعل چه به نحو شرط نتیجه.

ان قلت:

خوب اگر محصول نداد، چیزی لازم نیست اجرت بدهد و این ابراء است.

قلت:

ممکن است که در صورت عدم محصول یک دینار اجرت قرار داده باشد یعنی گفته باشد که از صفر تن تا یک تن، اجرتش یک دینار است و از یک صدتن به بالا اجرت صد دینار است.

لذا این شرط براءت نمی باشد. بلکه برگشتش به این است که من اجاره می دهم به این مبلغ.

الإحتمال الثاني: أن يكون بنحو الإبراء الفعلي بمقدار ما نقص و فيه

شبهتان:

*صورت دوم این است که این واقعا شرط ابراء است و همین الان ابراء صورت می گیرد نه به ازاء هر تن یک دینار است اما این ابراء معلق بر خسارت نمی باشد، الان ابراء می کند، به صد دینار اجاره می دهد همین الان ضمن عقد مقدار زائد بر محصول را ابراء می کند مثلا اگر محصول نصف است، نصف اجرة را ابراء می کند.

اگر مراد سید این صورت باشد که ظاهر کلام سید هم همین صورت است چرا که صورت اول، در حقیقت شرط ابراء نمی باشد اسمش شرط ابراء می باشد؛ در اینجا اجاره می دهد به صد دینار و همین الان ابراء می کند نصف زائد که در نتیجه مثلاً پنجاه دینار باقی می ماند اگر مراد این باشد دو اشکال به صحت چنین عقدی شده است:

الشبهة الأولى: أن الأجرة مجهولة.

اشکال اول این است که در اینجا اجرت نامعلوم است کما اینکه مرحوم سید فرمودند.

مناقشة: أن الأجرة معينة و ما نقص منه للإبراء لا أن الأجرة ما وجب على المستأجر بعد الإبراء.

خوب در اینجا مشخص است که کلام سید درست نمی باشد، اجرت صد دینار است و معلوم و اما مقدار زائد بر صد دینار را ابراء کرده است،^۱ لذا این اشکال سید وارد نمی باشد، اجرت معلوم و معین است و صد دینار است فرضاً هم معین و هم معلوم است. معلوم به لحاظ ذهن ما و علم ماست و معین به لحاظ واقع است.

ان قلت:

شاید پنجاه دینار شود.

قلت:

اجرت صد دینار است و ما بقی را ابراء می کند و ابراء اجرت را نا معین نمی کند.

^۱ ابراء که اجرت را تغییر نمی دهد بلکه مقداری که از اجرت باید بدهد را مشخص می کند یعنی مقدار واجب از اجرت معینی که باید شخص بدهد مشخص می کند و این معنایش عدم تعین اجرت نمی باشد. (فق).

ابراء در اجرت اثر نمی گذارد و خودش به اختیار خودش ابراء می کند و از اجرت معین کم می کند.

الشبهة الثانية: أن الإبراء متقدم على إشتغال الذمة.

عقلا چنین شرطی امکان ندارد چرا که ابراء متقوم به اشتغال ذمه است باید در ذمه چیزی باشد که شما ابراء کنید در حین العقد که ذمه ای مشغول نشده است وقتی ذمه ای مشغول نشده است لذا ابراء نامعقول است. وقتی شیئی را می خواهید معدوم کنید باید شیئی موجود باشد، که معدوم کنید اما شیء غیر موجود را که نمی توان معدوم کرد. خوب در اینجا اگر واقعا اشتغال ذمه ای نشده است، باید عقد تمام شود که اشتغال ذمه محقق شود شما چطور در وسط عقد انشاء ابراء و ابراء می کنید ذمه ای که اصلا موجود نشده است؟! ابراء از قبیل انعدام کردن ما فی الذمه است. نه ذمه ای موجود است و نه ما فی الذمه. **حين العقد ابراء کرده است اما کی مالک ذمه می شود؟ که عقد تمام شود** وقتی عقد تمام شود موجر مالک اجرت می شود در ذمه مستأجر و مستأجر مالک منفعت عین مستأجره می شود. با اتمام عقد مالک منفعت شد و ذمه اش مشغول شد، در حالیکه این در وسط عقد شرط ابراء کرده است. این اشکال دوم.

مناقشة: أن الشرط في الإبراء إن لا يكون متأخرا عن الإشتغال و هنا يكون

مقارنا للإشتغال و ليس متأخرا.

این اشکال دوم هم وارد نمی باشد، چرا؟ دقت کنید به مجرد اتمام عقد، دو امر محقق می شود هم ذمه محقق می شود و هم ابراء محقق می شود، آن که در ابراء شرط است، این است که ابراء نمی تواند متقدم بر ذمه باشد اما می تواند مقارن با ذمه باشد. پس ابراء باید متقدم از ذمه نباشد اما مقارن یا متأخر باشد، این اشکالی ندارد اما متقدم بر ذمه و اشتغال

ذمه نمی تواند باشد. خوب آن اتمام عقد، آن تحقق دو امر است: یکی ابراء و یکی اشتغال ذمه در آن اشتغال، در همان آن، ابراء کرد لذا این اشکال هم وارد نمی باشد. آن ابراء، آن اشتغال ذمه بود در همان آن اشتغال ذمه، ابراء شد. لذا این امر آنی بوده است زمانی نبوده است که اشتغال ذمه باشد و ابراء نباشد، در آن تحقق اشتغال ذمه، آن تحقق ابراء است.

نتیجه این است که می تواند ابراء حین العقد را شرط کرده الان ابراء کرد علی فرض خسارت آیا ابراء است یا خیر؟ اگر خسارت باشد ابراء است و اگر خسارت نباشد ابراء هم نمی باشد، لذا اگر شرط کند ابراء حین العقد را این درست است در یک آن هم اشتغال است هم برائت.

این به نحو شرط نتیجه تنجیزی است به عبارت اینکه فعلیت آن معلق نمی باشد اما به لحاظ عالم واقع تعلیقی است لذا این شرط نتیجه هم تعلیقی است، هم تنجیزی است.

شبهة:

در اینجا شبهه ای مطرح می شود و آن اینکه بالآخره این اشتغال ذمه در آن تحققش واقعیت داشت یا نداشت؟ موجود بود یا نبود؟ واقعیت پیدا کرد یا پیدا نکرد؟ اگر بگویید واقعیت داشت، پس در یک آنی ذمه مشغول شد و بعد برائت حاصل شد اما اگر بگویید محقق نشد، معنایش این است که می گوئید برائت محقق شد با اینکه اشتغال ذمه ای نبود. دقت کنید این از خصوصیات «آن» است. چرا که «آن» امر موهومی^۱ است یعنی وجودی و تحقق ندارد که در آن هم اشتغال است و هم اشتغال نیست، یعنی آن اشتغال، آن برائت است، لذا هم می توانیم بگوییم اشتغال است، می توانیم بگوییم برائت هست، می

^۱ «آن» امر واقعی است اما اگر گفتیم موهوم است موهوم فلسفی است یعنی حقیقی نمی باشد که واقعی را هم شامل می شود. (ب ک ا ج اس مد ۹۹/۱۰/۳۰)

توانیم بگوییم اشتغال نیست اما این از خصوصیت آن است که امر واقعی است نه حقیقی لذا در آنی که اشتغال ذمه است، در همان اشتغال ذمه، آن براءت هم است. چون «آن» است دیگر صحبت از لحظه نمی باشد، در آن آنی که محقق می شود این آنی که محقق می شود خصوصیتی دارد که مثل زمان تحقق نمی باشد مثل آن اتصال دست به دیوار، خوب در آن اتصال، این آن قطعه ای از زمان نمی باشد یعنی آنی است که انفصال تمام می شود و اتصال آغاز می شود^۱ این ابتداء و انتهاء از خود آن شیء خارج است، پس این آن، آنی است که اشتغال حادث می شود و در همان آن حدوث اشتغال، اشتغال پایان می یابد و از بین می رود. مثل آن اتصال که انفصال پایان می یابد و اتصال آغاز می شود نه اینکه آن آنی است که اتصال است. انفصال پایان و اتصال آغاز می شود. نظیر این هم در باب معاملات می آید آن شروع در اشتغال ذمه است و همین آن شروع در اشتغال ذمه، آن پایان اشتغال ذمه است. اینها از خصوصیات امر اعتباری است یعنی اشتغال و براءت امر اعتباری است یا امر انتزاعی است هر کدام را بگوییم این امور خصوصیتی دارد که در آن جمع می شود یعنی دقیقاً آن حدوث، آن انعدامش است، آن انعدام، آن حدوثش است. محذور در امور حقیقی است که نمی شود که شیئی هم موجود باشد و هم معدوم اما در امور اعتباری و امور واقعی محذوری ندارد.

لذا شرط سوم هم مانعی ندارد.

هذا تمام الكلام في مسألة ١٥.

^۱ اتصال و انفصال امر انتزاعی واقعی است. آن اشتغال ذمه آن رفع این اشتغال است. آن اتصال با آن انفصال یکی است. سوال می شود که در این آن اتصال است یا انفصال؟ می گوییم هر دو در اینجا دیگر انتضاء و تضاد نمی باشد تناقض و تضاد در عالم واقع است در امور حقیقی است. هم وجود زید و هم لا وجود زید امر واقعی است اگر می گوییم زید وجود زید مورد نظر ماست وجود امر واقعی است. انفصال و اتصال خودش امر واقعی است اتصال نسبت به یک شیء و انقطاع نسبت به یک شیء است اما اگر جمع می شود در اینجا به خاطر طرفین است که دو تاست. اما اشتغال و ابراء که همان عدم اشتغال باشد نسبت به یک شیء است، در عین حال با هم جمع شدند چون امر اعتباری می باشد. لذا مثال اتصال و انفصال مثال خوبی نبود چرا که در آنجا خودشان نسبی بود و طرفین نسبت در هر دو تا بود نه یکی (ب ک ا ج اس مد ۹۹/۱۰/۳۰)

السادسة عشر: يجوز إجارة الأرض مدة معلومة بتعميرها

وإعمال عمل فيها

من كري الأنهار و تنقية الآبار و غرس الأشجار و نحو ذلك و عليه
يحمل قوله ع: «لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أكثر
فيعمرها و يؤدي ما خرج عليها» و نحوه غيره.

در این مسئله می فرمایند که اگر زمین را اجاره دادیم مثلاً برای زراعت لازم نمی باشد که
اجرت حتماً پول باشد، می تواند اجرت یک عمل باشد مثلاً ما زمینی داریم که نیاز به این دارد
که کسی آبادش کند، این زمین را اجاره می دهیم برای زراعت اما اجرت را یک عملی قرار می
دهیم که مستأجر باید انجام دهد مثلاً دور زمین را دیوار بکشد، داخل زمین جوی بکشد، قنات
را لایروبی بکند یا چاه را تعمیر بکند، یا سنگهای زمین را بیرون بزند. این اشکال ندارد.

این را فقهاء اسمش را «قبالة الأرض» گذاشته اند یعنی پذیرفتن و پیمانکاری کردن در
روی این زمین یعنی در قبال اجاره ارض، عملی را بر روی زمین انجام می دهد.

«کری الأنهار» ظاهراً در فارسی معنایش لایروبی است یعنی در طول زمان عمق این نهر
کم شده است و این نهر را تمیز می کند تا عمقش به همان حد اول برسد.

این روایت را که مرحوم سید نقل کرده است، نقل به معنا کرده است به این مضمون روایات عدیده داریم.

وجه الصحة: مضافا على أن صحته على القاعدة فيه روايات عديدة منها:

بین علماء ما در جواز این عمل اختلافی نمی باشد، در اجاره لازم نمی باشد که اجرت تعیین شود بلکه در ازاء قبول و اجاره این زمین کاری می کند، حصار می کشد، قنات این زمین را لایروبی می کند، اگر آفتی در زمین موجود است برطرف می کند چاه را تعمیر می کند و امثال ذلک من الأفعال.

مسئله ای که سید مطرح می کنند در ارض است. روایات عدیده بر صحت این عقد داریم و ضمن اینکه صحت این عقد هم علی القاعدة است. تیمنا و تبرکا یک روایت را می خوانیم که در این آدرس، روایات دیگر غیر این هم است:

صحيحة الحلبي:

در صحيح حلبی داریم:

١٢٣-٢٤-٢-١ وَ عَنْ عَلِيٍّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِنْ الْقَبَالَةَ أَنْ تَأْتِيَ الْأَرْضَ الْخَرِبَةَ فَتُقَبِّلَهَا مِنْ أَهْلِهَا عِشْرِينَ سَنَةً أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ فَتَعْمُرَهَا وَ تُوَدِّيَ مَا خُرَجَ عَلَيْهَا فَلَا بَأْسَ بِهِ.

١ (٩) - الكافي ٥ - ٢٤٨ - ٣، و آورده في الحديث ٣ من الباب ٩٣ من أبواب ما يكتسب به.

وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ^١ أَقُولُ: وَيَأْتِي مَا يُدَلُّ عَلَى ذَلِكَ فِي أَحَادِيثٍ قَبَالَةِ الْأَرْضِ^٢.

در این باب که باب یازده از کتاب «المزارعه» است، روایات دیگری هم هست.
صحت این عقد علی القاعده است و اشکالی در آن نمی باشد.

ما حقيقة هذا العقد؟

انما الكلام در حقیقت این عقد است: بعضی گفته اند اجاره است، بعضی گفته اند این مزارعه است، بعضی گفته اند که این عقد مستقل است نه اجاره و نه مزارعه، عقدی است که اسم ندارد و از معاملات رایجه نمی باشد.

ينبغي التنبيه إلى نکات:

دقت شود در اینجا بعضی از نکات را باید ذکر کرد:

النکة الأولى: لابد في تشخيص حقيقة العقود الفحص عن واقعها لا المصنوعات الذهنية.

فقهائ ما خیلی وقتها برای حقیقت یک قرار داد شروع می کنند ذهنا حقیقتی را درست می کنند، اگر این چنین واقع شود این صلح یا اجاره است اولین نکته این است که نباید در ما عقود را در ذهنمان در ست کنیم باید ببینیم در خارج آن که واقع می شود به چه صورت است. آیا تحت یک عقدی است یا خیر. مثلا در باب سرقفلی فقهائ نشستند از خود مطالبی

^١ (١) - التهذيب ٧ - ١٩٧ - ٨٧٤.

^٢ (٢) - يأتي في الحديثين ٣، ٥ من الباب ١٨ من هذه الأبواب.

^٣ وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ٤٦، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

را گفته اند با اینکه آنچه در خارج اتفاق می افتد، این نیست یا در باب بیمه مطالبی را گفته اند که آنچه مهم است این است که این مطالبی که گفت اند در خارج نمی باشد لذا برای تشخیص حقیقت باید برویم سراغ آنچه در خارج اتفاق افتاده است، ببینیم دقیقا در خارج چه می باشد و بعد شروع کنیم به تحلیل کردند که آیا از عقود رایجه است یا نه و اگر هست از کدام عقود است. از عقود رایجه حرام است یا رایجه حلال؟ از عقود رایجه صحیح است یا عقود رایجه باطل؟

النکته الثانية: لابد لنا في العقود الباطلة أو المحرمة نرجعه إلى العقود التي تصحّ عندنا و تحلّ.

نکته دوم این است که گاهی اوقات که به خارج رجوع می کنیم می بینیم آنچه که در خارج است به لحاظ شرعی و فقهی در نظر فقیه دچار مشکل است، در اینجا فقیه است که باید برود سراغ جایگزین مثلا می بیند که این بیع سر قفلی باطل است، بیع ازمایی که در خارج است باطل است، اما اینکه باطل است حالا برویم یک جایگزین برای آن درست کنیم که همان نتیجه را بدهد و مشکل بطلان و حرمت را نداشته باشد مثلا در خرید ماشین شما ماشین می خرید مقداری را الان می دهید و ما بقی را موقع تحویل می دهید، این پیش فروش را می گویند باطل است فرض کردیم این در نظر فقیه یا جماعتی از فقهاء این نحوه عقد باطل است مرحله بعد این است که برویم عقدی را پیشنهاد کنیم که دقیقا آثار و خصوصیات این قرار داد را داشته اما صحیح است مثلا می گوید که اگر ماشین را اجاره دادید بر اساس پنجاه، پنجاه خوب مثلا باطل است باید در این مرحله عقدی را پیشنهاد دهیم که این آثار را داشته باشد و در عین حال صحیح هم باشد.

نکته سوم این است یک عقدی که ما از آن غرضی داریم لزوما منحصر در یک راه نمی باشد می توانیم از عقود مختلفه استفاده کنیم مثلا می خواهیم این کتاب را به شما بدهم و در

ازائش می خواهم ده دینار بگیرم. یک راه این است که بیع کنم، یک راه هبه مشروطه است، یک راه صلح است، یکی راه اعراض و تملک است، من اذن در تملک می دهم اما به شرطی که ده دینار به من تملیک کرده باشی، اگر ده دینار به من تملیک کنی من به شما اذن در تملک این کتاب را می دهم. این اصلا یک قرار دادی و عقدی نمی باشد. گاهی اوقات می توانم عقد قرار داد کنم بگویم که اگر شما به من ده دینار تملیک کردی این کتاب را به شما تملیک می کنم. این غیر از قبلی است. خوب الان به چندین وجه توانستیم این کتاب را به شما تملیک کنیم به ازائش ده دینار مالک شویم مثل اعراض و هبه و بیع و صلح و جعاله و ... لذا این منحصر به یک شکل نمی باشد مثلا در ما نحن فیه غرض مان این است که زمین را طرف آباد کند در ضمن بتواند در طول این مدت منتفع شود. چگونه منتفع شود؟ مثلا زراعت کند و از میوه درخت منتفع شود.

حالا برویم سراغ نکته اول: در خارج چه اتفاق می افتد؟ نمی دانم چرا که در زمان ما اینگونه عقد یا متعارف نمی باشد یا اگر متعارف باشد، نمی دانیم چه می باشد. خوب اگر حقیقت آن را ندانستیم گفت که من این زمین را به شما واگذار می کنم و شما هم آبادش کن. به این ظاهر، ظاهرش در مصالحه است مصالحه بین تعمیر در ازاء انتفاع به زمین.

اما نکته سوم:

فرض کنید من مالک می خواهم دور زمین حصار بکشم. این را می توانیم به صورت اجاره یا هبه مشروطه انجام دهیم هبه مشروطه به این صورت است که مثلا مستأجر می گوید که حصار را هبه می کنیم به شرط اینکه اجازه دهی از این زمین منتفع شوم یا ماجر هبه کند که این کسیه گندم را به تو می دهم به شرط اینکه این زمین را حصار بکشی و او هم می گوید که قبول می کنم به شرط اینکه اجازه دهی که از این زمین منتفع شوم. در هبه مشروطه هم واهب

می تواند شرط کند و هم متهم می تواند شرط کند. می گوید که این کتاب را که هدیه دادی قبول می کنم به شرط اینکه بقیه کتابها را به من هبه کنی.

نمی تواند بگوید که منافع را می بخشم چرا که در نظر آقایان بخشیدن منافع باطل است حالا یا عرفی نمی باشد یا اینکه مال موهوب باید عین باشد نمی تواند منفعت باشد.

لذا گفتیم اگر به همین سادگی باشد، مصالحه است لذا در خارج می تواند در قالب عقود مختلف باشد اما اثری ندارد که در قالب کدام عقد است که این عقد اجاره است یا مزارعه است. فقط فوارقی را که قائل می باشند در بیع و مثل عقد بیع قائل می باشند. مثلا در متعاقدين در عقد بیع می گویند که خيار مجلس دارند اما خيار مجلس دیگر در غير بیع نمی باشد اما بقیه خيارات مثل تخلف شرط یا تبعض در صفقه یا خيار عیب در بقیه عقود هم است، چون ما خيار مجلس را قبول نکردیم گفتیم که بین بیع و دیگر عقود فرقی نمی باشد چیزی که برای ما مهم است این است که عرفا صحیح باشد و شرعا حرام نباشد در قرض ربوی می گوئیم شرعا حرام است و در بیع خمر می گوئیم که عقلا و عرفا باطل است کما اینکه در بیع ربوی می گوئیم.

السابعة عشر: لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة

وإن كانت من الواجبات الكفائية

لأنها كسائر الصنائع واجبة بالعوض لانتظام نظام معاش العباد بل

يجوز وإن وجبت عينا لعدم من يقوم بها غيره...^١

^١ السابعة عشر: لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة... و يجوز اشتراط كون الدواء عليه مع التعيين الراجع للغرر و يجوز أيضا مقاطعته على المعالجة إلى مدة أو مطلقا بل يجوز المقاطعة عليها بقيد البرء أو بشرطه إذا كان مظلونا بل مطلقا و ما قيل

سید یک مسئله ای را اینجا بیان می کنند که مکررا فرموده است در واجبات فرموده است که ما واجباتی داریم که در اصطلاح فقهاء «واجبات نظامیه» است. واجبات نظامیه اصطلاحاً یعنی واجباتی که حفظ معیشت متوقف بر آنها است مثل طبابت، مثل نانوائی، مثل کارگری، مثل آهنگری، مثل نجاری و همه مشاغل. اینها واجبات نظامی است یعنی اگر بخواهیم معیشت جامعه مختل نشود باید کارگر و نانوا و طبیت داشته باشیم اگر از جامعه یکی از این اصناف مفقود شود، آن جامعه به لحاظ اجتماعی و معیشتی دچار مشکل می شود. سید می فرمایند که می توان بر انجام این واجبات نظامیه اجرت گرفت. چرا؟ چرا که این واجبات نظامی به بالذات واجب نمی باشند، طبابت بما هی واجب نمی باشد مثل حج و روزه و نماز نمی باشد، بالعرض یعنی لحفظ نظام واجب شده است شرعاً^۱. اما وجوب آن وجوب کفائی است نه واجب عینی ایشان می فرمایند که اگر واجب عینی هم شود، اجرت بگیرد اشکال ندارد. مثلاً در یک بلد یک طبیب است که طبابت این شخص واجب عینی است و اخذ اجرت هم مشکلی ندارد.

مشهور بین فقهاء این است که در واجبات نظامیه اخذ اجرت مشکلی ندارد و جایز است بخلاف واجبات غیر نظامیه.

این فرمایش مرحوم سید.

قبل از اینکه وارد شرح مسئله شویم در توضیح متن دو نکته را اشاره کنیم.

نکته اول

من عدم جواز ذلك لأن البرء بيد الله فليس اختيارياً له و أن اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة لا الإجارة فيه أنه يكفي كون مقدماته العادية اختيارية ولا يضر التخلف في بعض الأوقات كيف وإلا لم يصح بعنوان الجعالة أيضاً.

^۱ حفظ نظام اجتماعی که واجب است واجب عقلی است یا شرعی؟ عقلی و شرعی و دلیل آن در وجوب شرعی از ادله حدود و دیات استظهار کرده اند که شارع به اختلال نظام راضی نبوده است لذا حفظ نظام اجتماعی واجب است. (ب ک اج اس مد ۱/۱۱/۹۹)

اینکه فرمودند: «وجبت عینا» این تسامحی است، واجب کفائی واجب عینی نمی شود به منزله واجب عینی است از این جهت که در واجب عینی اگر مخالفت کند، معصیت کرده است اما در واجب کفائی علاوه بر شخص باید من به الکفایه هم تخلف کنند تا معصیت شود این مثل واجب عینی است یعنی واجب کفائی است که مثل واجب عینی است یعنی اگر زید تخلف کند، معصیت کرده است دیگر در معصیت نیاز به تخلف دیگران نمی باشد چون غیری نمی باشد باز واجب کفائی است اما من به الکفایه یک نفر است.^۱

نکته دوم: سید فرمود طبابت واجب بالذات نمی باشد واجب بالعرض است یعنی چون مصداق برای حفظ نظام است مثلاً شرب این مایع برای من ضرر دارد و حرام است اما حرمت بالعرض است نه بما هو شرب للماء بل بما هو مضر لذا این خصوصیت ندارد تکلم و دویدن برای من ضرر داشته باشد، حرام است اما شرب الخمر بما هو شرب للخمر حرام است . بلکه به این معنا واجب بالعرض است و درست، اما از این به دست نمی آید که چرا اخذ اجرت بر واجبات بالعرض جایز است اما در واجبات بالذات جایز نمی باشد از عبارت سید به دست نمی آید چه فرقی بین واجب بالذات و بالعرض است که در یکی اخذ اجرت جایز و در یکی جایز نمی باشد.

اول برویم سراغ واجبات بالذات و بعد بالعرض.

در واجبات بالذات وجوهی برای بطلان عقد اجاره که اینها را قبلاً داشتیم که عمده این است که وقتی شارع مقدس ما را تکلیف به این عمل کرده است، ظهورش در این است که عمل را مجانی انجام بده.

^۱ قدماء متوجه این نبودند که صرف انحصار باعث نمی شود که واجب کفائی واجب عینی شود و متأخرین متوجه شدند که انحصار واجب کفائی را عینی نمی کند مثل عینی می شود. (ب ک ا ج اس مد ۹۹/۱۱/۰۱)

خوب فرض کنیم ظهورش در این باشد، حالا مجانی انجام دادیم نهایتش این است که آنکه شارع خواسته است، را انجام ندادیم یا این شرط در اجاره بوده است و من به این شرط عمل نکردم و این عمل باطل است اما اگر اخذ اجرت کردیم، خلاف شرع انجام ندادیم چون قبلاً گفتیم اخذ اجرت بر اعمال باطل، باطل است اما خلاف شرع نمی باشد مثلاً می گوید که یک نماز باطل بخوان و اجرت بگیرم این اشکالی ندارد یعنی اجاره بر عمل باطل اشکال ندارد. ضمن این که از ادله، مجانیت را استظهار نمی کنیم یعنی یکی از شروط صحت عقد اجاره بر واجبات بالذات، مجانیت نمی باشد.

این در واجبات غیر نظامیه. در واجبات نظامیه گفتیم اینطور است.

اما اگر گفتیم در واجبات غیر نظامیه اخذ اجرت، جایز نمی باشد، می رویم سراغ واجبات نظامیه: این واجبات نظامیه به جهت حفظ نظام اجتماعی است اگر قرار شود این اعمال مجانی باشد، این خودش موجب اختلال نظام است^۱ کارگر مجانی این کار را کند مردم معیشت خود را چه کنند؟! لذا در واجبات غیر نظامی اگر قائل به بطلان شدیم اما در واجبات نظامی قائل به بطلان نمی شویم چرا که خودش موجب اختلال نظام است مردم چگونه معیشت خود را بگذرانند. پس معلوم می شود که آنکه واجب است این اعمال است اعم از با اجرت و مجانی منتهی ما از کسانی هستیم که قائلیم اخذ اجرت بر واجبات جایز است.^۲

^۱ واجبات نظامی صنعت می باشند لذا نگوید که اگر همه مجانی انجام دهند دیگر اختلال نظام پیش نمی آید، چرا که در موارد غیر صنعت مثل خرید و فروش دیگر واجب نمی باشد لذا برای خرید و فروش باید پول داشته باشند لذا باز اگر همه مجانی صنعت را انجام دهند باز در خرید و فروش موجب اختلال نظام حاصل می شود. (ب ک ا ج اس مد ۹۹/۱۱/۰۱)

^۲ ان قلت:

دلیل جواز اخذ اجرت سیره است.

قلت:

اگر احتمال دهیم که نکته آن جهت دیگری غیر از جواز است، مثلاً احتمال دهیم که اول شریعت بوده است و اگر می گفتند که اخذ اجرت نکنید، کسی دیگر به بقیه احکام دین پایبند نمی شدند.

نگوید اگر اخذ اجرت بر واجبات جایز است، این با قصد قربت نمی سازد. می گوئیم فرض کنید نمی سازد الان بحث ما اخذ اجرت بر عبادیات نمی باشد اخذ اجرت بر واجبات است، واجبات توصلی است. من کسی را اجیر کنم که هر کسی به او سلام کرد، او جواب دهد، جواب سلام دیگر عبادی است بر فرضی در عبادیات هم اشکال کنیم بحث ما در عبادیات نمی باشد، در واجبات است که نسبت بین واجبات و عبادیات عموم و خصوص من وجه است.

۱...و یجوز اشتراط كون الدواء عليه

مع التعيين الرفع للغرر^۲ ...^۳

ان قلت:

این بحث ادامه پیدا کرده است در ادامه می بایست ردع کنند.

قلت:

این مدت، مدت زیادی نبوده است و ضمن اینکه سکوت ائمه برای مسلمانانی که اکثرا غیر شیعه بودند و ائمه را قبول نداشتند دیگر معنا دار نمی باشد که ظهور در امضاء داشته باشد.

ان قلت:

برای شیعیان این ردع را می کردند و سکوت نمی کردند.

قلت:

به ضرر شیعه بوده است و باید برای غیر شیعه مجانی کار می کرده است.

(ب ک اج اس مد ۱/۹۹/۱۱)

سه شنبه ۹۹/۱۱/۰۷.

السابعة عشر: لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة وإن كانت من الواجبات الكفائية لأنها كسائر الصنائع واجبة بالعوض لانتظام نظام معاش العباد بل يجوز وإن وجبت عينا لعدم من يقوم بها غيره ...

الرافع للغرر وصف تعيين است.

السابعة عشر: لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة ... و يجوز أيضا مقاطعته على المعالجة إلى مدة أو مطلقا بل يجوز المقاطعة عليها بقيد البرء أو بشرطه إذا كان مظنونا بل مطلقا و ما قيل من عدم جواز ذلك لأن البرء بيد الله فليس اختياريا له

ایشان فرمودند اخذ اجرت بر واجب نظامیه جایز است و لو این واجب کفائی تبدیل به واجب عینی شود مثلاً در یک بلدی یک طبیب بیشتر نمی باشد، بر طبیب لازم است که طبابت کند و در عین حال جایز است که اجرت بگیرد.

خوب وقتی برای درمان به طبیب مراجعه می کند دارو را مریض تهیه می کند به خاطر این است که یکی از اجزاء درمان تعیین دارو است نه تهیه دارو لذا تهیه دارو با خود مریض است. سید می فرمایند که مریض و مستأجر می تواند شرط کند که من تو را اجیر می کنم برای طبابت به شرط اینکه دارو را خودت تهیه کنی. سید می فرمایند که این جایز است به شرط اینکه آن دارو حدودش معین باشد که هزینه تهیه دارو حدوداً چقدر می باشد و الا اگر معین نباشد این غرری است و اجاره باطل است.

حدوداً این هزینه مشخص باشد، به خاطر این است که اجاره عقد غرری نباشد و لو لازم نمی باشد که به دقت مشخص باشد.

این کلام سید دو بخش دارد: یکی شرط دواء است و یکی اینکه فرمودند این اجاره غرری نباشد.

اما اینکه فرمودند که اجاره غرری نباشد:

معنای این جمله این است که شرط می تواند اجاره را غرری کند گاهی اوقات شرط هزینه زیادی برای اجیر دارد و تارة هزینه پایینی دارد. درست است که اجرت معین است اما در مقابل عمل معین است اما وقتی عمل با توجه به شرط نا معین شد، در اینجا عقد اجاره غرری می شود.

وأن اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة لا الإجارة فيه أنه يكفي كون مقدماته العادية اختيارية ولا يضر التخلف في بعض الأوقات كيف وإلا لم يصح بعنوان الجعالة أيضاً.

این غرری که می گویند که از آن تعبیر به جهالت می شود، یکدفعه ما با کسی عقد می بندیم عقد بیع یا اجاره یکی از دو طرف شرط می کند که این عقد را انجام می دهیم به شرط اینکه آن کتاب را به من تملیک کنی اما این دو واقعا نمی دانند قیمت این کتاب چقدر است یا هر دو نمی دانند یا یکی نمی داند، مثلا می گوید این قلم یا این عبا را با تو معامله می کنم به شرط تملیک این کتاب و قیمت این کتاب بر هر دو مجهول است. اینجا در واقع فهم عرفی این است که آن کتاب بابت اجرت یا ثمن واقع نمی شود، اجاره یا بیع معین است طرفین شرطی کرده اند که آن شرط مجهول است می گوید آن کتاب به من تملیک شود و هیچ کدام قیمت کتاب را نمی دانند، احتمال می دهند ده دینار باشد و احتمال می دهند قیمت هزار دینار باشد. چرا که در نظر عرف قیمت کتاب جزئی از ثمن یا مثنی نمی باشد این اشکال ندارد با اینکه قیمت این کتاب مجهول است.

اما یکدفعه به لحاظ عرفی آن شرط جزئی از عوضین است مثل ما نحن فیه می گوید من را معالجه کن و دارو به عهده خودت وقتی گفتیم دارو به عهده خودت اجرت معین است ده دینار مثلا عمل عبارت است از طبابت با داور اما هزینه این دارو معین نمی باشد که مثلا ده دینار است یا صد دینار. در نظر سید در اینجا جهالت در شرط سرایت می کند به جهالت در یکی عوضین. لذا چون غرری می شود، این عقد باطل است بخلاف آن اجاره ای بود که می گفت که من را درمان کن، به ده دینار می گفت قبول می کنم به شرطی که آن کتاب را به من ببخشی، در این جا عوضین معین است که عمل طبابت و اجرت ده دینار است و کتاب نه جزء عمل است و نه جزء اجرت است اما اگر گفت من را معالجه کن با دارویی که بر عهده خودت است به ده دینار. فهم عرفی چیست؟ فهم عرفی این است که عمل مع الدواء معوض و مورد عوض ماست و اجرة ده دینار است. سید می فرمایند که اگر حدود آن مشخص باشد و غرری نباشد درست است مثلا مشخص است که نهایتا ده دینار می شود اینجا دیگر غرری

نمی باشد، چرا که سقفش در نزد طرفین معین است و الا این اجاره باطل است. این توضیح کلام سید.

اما نسبت به غرر ماها از کسانی هستیم که قائلیم که عقلاء و شرع چیزی ندارند یک امر عرفی است اگر غرری در یک عرفی باطل بود، عقلاء می گویند باطل و ما هم می گوییم باطل است. امکان این است که در یک عرفی، عقد غرری درست باشد و در یک عرفی درست نباشد. مثلاً کارتنی سیب می خرید به صد دینار و خبر از کیفیت میوه داخل آن کارتن ندارید ممکن است که در عرفی صحیح باشد و در یک عرفی باطل باشد در عرفی که صحیح است عقلاً صحیح می باشد و در عرفی هم که باطل است، عقلاً هم باطل است لذا در این موارد این مشکل را در فقه داریم که فقیه نمی تواند فتوا دهد تابع آن عرفی است که معامله در آن عرف واقع می شود.

مگر اینکه فقیه بداند که سائل از عرف خاصی است طبق آن عرف فتوا دهد این معنایش این است که در فتوای خودش ناظر به عرف خاصی است نه تمام اعراف و ازمان و امکانه.

همه اختیارات بدون استثناء عرفی است مثلاً همین الان در بعضی از اعراف خیار غبن نداریم مثلاً از یک مغازه جنسی می خرید و بعد می فهمید که ده برار قیمت رایج فروخته است نمی توانید بیع را فسخ کنید اما در یک عرف دیگر ده برابر خیر بلکه ده درصد گران داده است، شما می توانید جنس را پس دهید.

این نسبت به این مطلب.

اما نسبت به شرط دواء:

این را دقت کنید ما دائماً در شرط گفتیم یا شرط فعل است یا شرط نتیجه است. این که گفتیم دواء با خودت باشد، دواء دو قسم است:

یک قسم از دواء این است که دارو را به مریض می دهند و او استفاده می کند در این موارد ظاهر اینکه گفته است که دواء با تو باشد، ظاهرش این است که این شرط فعل است یعنی به این شرط اجیر می شوی که دارویی که من باید مصرف کنم به من بدهی.

اما یکبار دارو را طبیب به مریض نمی دهد، برای معالجه باید از دارویی استفاده کند مثلاً از روغنی برای ماساژ استفاده کند یا از بخوری در هنگام طبابت باید استفاده کند، می گوید این با خودت این از قبیل شرط فعل و نتیجه نمی باشد، یعنی آن دارویی را که من باید تهیه کنم و به تو بدهم آن را به تو نمی دهم خودت باید تهیه کنی، این شرط فعل نمی باشد، شبیه شرط فعل است فرض این است که روغن مالی را باید طبیب انجام دهد یا باید به دست خودش کرمی بمالد و معالجه را انجام دهد، می گوید آن دارو با خودت این در حقیقت نه از قبیل شرط فعل است و نه شرط نتیجه شبیه شرط فعل است. طبابت تشخیص مریضی و تعیین دارو است مریضی را تشخیص می دهد و دارو را تعیین می کند، تشخیص می دهد که داروی این مریضی این است و اعطاء دارو جزء عقد اجاره بر طبابت نمی باشد طبابت تشخیص و تعیین است. بلکه در بعضی اوقات عرفاً جزء طبابت می باشد اما حقیقتاً باز از طبابت خارج است. یکبار قرص می دهد که خود مریض استفاده کند که اگر شرط کرد که طبیب بدهد این از قبیل شرط فعل است اما یکبار دارو را باید در معالجه استفاده کند این شبیه شرط فعل است نه شرط فعل است و نه شرط نتیجه یعنی ملتزم شده است که در مقام درمان هزینه دارو را خودش متقبل شود، شرطی شبیه شرط فعل است که المومنون عند شروطهم این را می گیرد.

شرط فعل ما کاری را انجام می دهیم کتابت می کنیم بنائی می کنیم و ... این شرط نکرده است که موقع معالجه دست را روغن بمال بلکه گفته است که هزینه را بدهد هزینه پرداخت کردن فعل نمی باشد و شرط نتیجه نمی باشد، چرا که شرط نتیجه شرط یک ایقاع و یک عقد است و این چنین نمی باشد.

۱...و يجوز أيضا مقاطعته على المعالجة

إلى مدة أو مطلقا... ۲

گاهی اوقات انسان پیش یک طبیب می رود برای معالجه و طبیب در عرض چند دقیقه تشخیص بیماری می دهد و دارو را معین می کند و مریض هم می رود اما یکبار یک معالجه نیاز به طول زمان درمان دارد لذا اجیر بر طبابت می شود برای یکماه و یکماه او را معالجه می کند و به او دستورات مورد نیاز را می دهد که این کار را بکن و این کار را نکن. «مقاطعته» یعنی قطعی کردن یک عقد، قطعی کردن یک اجاره یعنی مدت را معین کردن. اما یکبار می تواند اجیر برای طبابت شود تا زمانی که بهبود یابد هر مقدار که طول کشید. مرحوم سید می فرمایند که هر دو صورت جایز است.

بله در مبنای سید این معالجه که مدت آن معلوم نمی باشد، این داخل در معامله غرری است و در نزد سید معامله غرری باطل است. این صورت را اشاره نکرده است سید یا به خاطر اینکه در خط قبل غرر را گفته اند لذا به قرینه آنجا دیگر ذکر نکردند و به آن اکتفاء کردند یا از این قید غفلت کرده اند.

اما روی مبنای ما این معامله جهالت دارد چرا که اجرتی را تعیین کرده است و خود طبیب هم نمی داند که چه مقدار مدت درمان طول می کشد، چرا که انسانها متفاوت می باشند و

السابعة عشر: لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة وإن كانت من الواجبات الكفائية لأنها كسائر الصنائع واجبة بالعوض لانتظام نظام معاش العباد بل يجوز وإن وجبت عينا لعدم من يقوم بها غيره و يجوز اشتراط كون الدواء عليه مع التعيين الرافع للغرر...

السابعة عشر: لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة... بل يجوز المقاطعة عليها بقيد البرء أو بشرطه إذا كان مضمونا بل مطلقا و ما قيل من عدم جواز ذلك لأن البرء بيد الله فليس اختياريا له و أن اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة لا الإجارة فيه أنه يكفي كون مقدماته العادية اختيارية و لا يضر التخلف في بعض الأوقات كيف و إلا لم يصح بعنوان الجعالة أيضا.

دوره درمان آنها متفاوت است. خوب ما عرفی هستیم اگر در عرفی این عقد اجاره درست بود می‌گوییم درست است و الا نه.

ماها عادتاً می‌گوییم درست است می‌گوییم غرر عادتاً اشکال ندارد. خیلی اوقات انسان بر امر مجهول اقدام می‌کند. این را عنایت کنید در عرف زمان ما اینگونه است مثلاً می‌روید شما شانس می‌خرید یک بلیط بخت آزمایی می‌خرید نمی‌دانید در اثر این پولی که بابت بلیط یا شانس می‌دهید چیزی گیرتان می‌آید یا خیر، اصلاً بسیاری از معاملات در این زمانه خودش ریسک است، شما در بازاری سرمایه‌گذاری می‌کنید و اصلاً نمی‌دانید که سود می‌دهد یا خیر، این که انسان ریسک می‌پذیرد^۱ این موید این است که در معاملاتش هم به لحاظ جهالت ریسک می‌کند مثلاً شما در یک بازاری می‌روید سرمایه‌گذاری می‌کنید احتمال دارد که سود کنید احتمال دارد به ضرر زیادی برخورد کنید. این ریسک عرفاً و عقلاً فرقی نمی‌کند که در خود امر مجهولی ریسک می‌کنید فرض کنید می‌روید در بازار بورس پول می‌گذارید امکان دارد که ضرر هم کند و امکان دارد که سود زیادی گیرتان بیاید این طبیب هم در این معالجه ریسک می‌کند ممکن است که این مریض، مریضی باشد که یک هفته طول درمان آن طول بکشد و امکان دارد یکساله خوب شود اگر یک ماهه خوب شد، طبیب سود کرده است و اگر یکسال طول بکشد، طبیب ضرر کرده است. مریض هم ریسک کرده است چرا که امکان دارد یک هفته خوب شود، که در این صورت مریض ضرر کرده است و احتمال دارد که یکسال طول بکشد، که در این صورت مریض سود کرده است، نوعاً در این نوع معاملات حد وسط را به عنوان اجرت معین می‌کنند مثلاً اگر هزینه یکساله هزار دینار است و هزینه یک هفته صد دینار است و اینها اجرت را پانصد دینار انتخاب می‌کنند.

^۱ نکته ریسک پذیری همان سهولت تحصیل مال است. (ق ک اج اس مد ۸/۱۱/۹۹).

این که ریسک می کنیم این نشان می دهد که ریسک کردن یکی از رفتارهای معاملی انسانها است.

عرف تا عرف احتمال دارد که فرق کند اما به نظر می رسد که عرفهای متعارف این گونه ریسکها را می پذیرند.

۱... بل يجوز المقاطعة عليها بقيد البرء

أو بشرطه إذا كان مزنونا بل مطلقا و ما قيل من عدم جواز ذلك لأن البرء بيد الله فليس اختياريا له و أن اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة لا الإجارة فيه أنه يكفي كون مقدماته العادية اختيارية و لا يضر التخلف في بعض الأوقات كيف و إلا لم يصح بعنوان الجعالة أيضا.^۲

می تواند توافق کند که من تو را اجیر می کنم بر طبابت موثر آیا این اجاره درست است یا خیر؟ طبیب را اجیر کند بر طبابتی که منتهی به برء و بهبودی شود، آیا این چنین اجاره ای

^۱السابعة عشر: لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة وإن كانت من الواجبات الكفائية لأنها كسائر الصنائع واجبة بالعوض لانتظام نظام معاش العباد بل يجوز و إن وجبت عينا لعدم من يقوم بها غيره و يجوز اشتراط كون الدواء عليه مع التعيين الراجع للغرر و يجوز أيضا مقاطعته على المعالجة إلى مدة أو مطلقا بل يجوز المقاطعة عليها بقيد البرء أو بشرطه إذا كان مزنونا بل مطلقا و ما قيل من عدم جواز ذلك لأن البرء بيد الله فليس اختياريا له و أن اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة لا الإجارة فيه أنه يكفي كون مقدماته العادية اختيارية و لا يضر التخلف في بعض الأوقات كيف و إلا لم يصح بعنوان الجعالة أيضا.

^۲السابعة عشر: لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة وإن كانت من الواجبات الكفائية لأنها كسائر الصنائع واجبة بالعوض لانتظام نظام معاش العباد بل يجوز و إن وجبت عينا لعدم من يقوم بها غيره و يجوز اشتراط كون الدواء عليه مع التعيين الراجع للغرر و يجوز أيضا مقاطعته على المعالجة إلى مدة أو مطلقا بل يجوز المقاطعة عليها بقيد البرء أو بشرطه إذا كان مزنونا بل مطلقا و ما قيل من عدم جواز ذلك لأن البرء بيد الله فليس اختياريا له و أن اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة لا الإجارة فيه أنه يكفي كون مقدماته العادية اختيارية و لا يضر التخلف في بعض الأوقات كيف و إلا لم يصح بعنوان الجعالة أيضا.

درست است؟ مرحوم علامه که ظاهراً اولین بار این مسئله را مطرح کرده بود، گفته اند که صحیح نمی باشد چرا که برء و بهبودی دست طبیب نمی باشد، شفا یافتن دست خداست در باب اجاره بر اعمال گفتیم، باید عمل مقدور باشد لذا کسی است که سنگ سه کیلوئی را به زور بلند می کند عقد اجاره بر بلند کردن سنگ سیصد کیلوئی باطل است. در اینجا هم همینطور است شرط به دست اجیر نمی باشد، مثلاً من اجیر کنم زید را برای کاری، به شرط اینکه عمرو ختم قرآن کند، آیا این شرط درست است؟ خیر، باطل است. چرا که قرائت قرآن عمرو به دست زید نمی باشد بلکه به دست عمرو است، لذا گفته اند که این به صورت عقد اجاره درست نمی باشد اما همین قرار داد به صورت عقد جعاله درست است، من را طبابت کن و اگر خوب شدم این مقدار را به تو می دهم.

مرحوم سید بر کلام علامه اشکال کرده است که درست است که برء دست خداوند است، اما مقدمات که دست ماست خداوند بر طبق میل و اراده شخصی خودش که عمل نمی کند هر که آب بخورد، خداوند عطشش را بر می دارد هر که دواء رایج را استفاده کند خداوند هم بهبود را به او می دهد. **ما اصلاً پیش طبیب می رویم** به قصد برء است بعضی اوقات منتهی به برء نمی شود لذا در بحث طبابت دائماً مقدمات به دست ماست و نتیجه به دست ما نمی باشد چه شرطی شود چه شرطی نشود.

سید اشکال می کند که اولاً مقدمات اختیاری است و ثانیاً سلمنا، این عقد اجاره باطل است، خوب جعاله هم باطل است، مثل اینکه بگویند که اگر عمرو اسب من را پیدا کرد، به تو این مقدار پول می دهم، این جعاله نمی باشد، وعده است لذا اگر عمرو اسب را پیدا کرد، زید نمی تواند بگوید که پول را به من بده در حالیکه جعاله معامله است.^۱

^۱ فرق بین جعاله و وعده فرق عرفی است ولی از لحاظ انشاء فرق نمی کند در هر دو صورت انشاء یکی است اما اگر نفعی از این عقد به شخص منتهی برسد این جعاله است و اگر نفعی نرسد این وعده است. (ب ک اج اس مد ۹۹/۱۱/۰۸).

قوله: « بقيد البرء أو بشرطه »: «قيد» جزء المعاملة است اما «شرط» جزء المعاملة نمی باشد یکبار می گوید که اجاره می کنم بر حصه ای از معالجه که معالجه منتهی به برء شود اما یکبار اجیر بر معالجه می کند به شرط اینکه به برء منتهی شود.

قائل «قیل» مرحوم علامه است.

^۱مرحوم سید فرمودند که اگر مریض شرط برء کند چه به نحو شرط چه به نحو قید این اجاره درست است چه طبیب ظن به برء داشته باشد چه نداشته باشد. سید دو صورت قید و شرط را گفت:

ابتدائاً شرط:

وقتی می گوید که به شرط برء اجیر می کنم به این مبلغ، مفاد این شرط به انحائی می تواند تصور شود:

یکی اینکه مفاد شرط این باشد که اگر خوب نشدم حق فسخ داشته باشم، خوب این شرط خیلی واضح است که درست است و نوعاً مفاد شرط اینطور نمی باشد چرا که اگر فسخ کند، باید اجرة المثل را بدهیم مگر در جایی که اجرة المسمى خیلی بیشتر از اجرة المثل باشد. حق فسخ داشته باشم یعنی به جای اجرة المسمى، اجرة المثل بدهم.

دوم اینکه این شرط برء به شرط فعل بر گردد که اگر من خوب نشدم تو ذمه من را ابراء کنی. این شرط فعل است، فعل اجیر. این هم محذوری ندارد منتها باید غالباً چنین شرطی نباشد ممکن است که ابراء کند یا نکند و اگر نکند حق فسخ هم مشکل را قبول نمی کند که در صورت قبلی گفتیم چرا که نوعاً اجرة المثل از اجرة المسمى بیشتر است.

سوم اینکه شرط کند که در ضمن عقد ابراء کفی مرا یعنی تو را اجیر می کنم برای معالجه به شرط اینکه اگر برء حاصل نشد، همین الان من را نسبت به اجرة المسمى ابراء کن. این ابراء به دو صورت مشروط و معلق است:

ابراء مشروط معنایش این است که اگر برء حاصل نشد، ذمه من آن موقع ساقط یعنی الان ذمه من مشغول شد اما در زمان خودش اگر برء حاصل نشد ذمه من آن موقع ساقط می شود. این اشکال ندارد الان ابراء فعلی نمی باشد اما زمانی که برء حاصل نشد این انشاء ابراء متصف می شود به ابراء. این شرط نتیجه است.

چهارم:

اما به صورت معلق: یعنی می گوید من را ابراء کن معلقا به نحوی که اگر خوب نشدم از همین الان ابراء کرده باشی که بعد که خوب نشد کشف می کنیم از همان اول ذمه اش مشغول نشده بود. معلق بر شرط متأخر است. فرق معلق و مشروط این است در مشروط چون تکلیف و طلب بعد می آید می گوییم مشروط اما در معلق ابراء الان است. همین الان انشاء ابراء، ابراء است ابراء فعلی است، این به وزان واجب معلق است.

پنجم:

یک صورت دیگر هم این شرط می تواند باشد به نحو اینکه به من وکالت و اذن بدهی در ابراء ذمه خودم از طرف تو.^۱ خوب این هم مشکلی ندارد و صحیح است.

حقیقت شرط به یکی از این پنجتا بر می گردد و هر پنجتا هم درست است.

اما به صورت قید: می گوید من تو را اجیر می کنم به قید برء که این هم صوری دارد:

^۱ کلا وکالت در کلیه عقود و ایقاعات می آید، و ابراء از ایقاعات است. (ب ک اج اس مد ۹۹/۱۱/۱۴).

صورت اول این است که اجیر می کند بر ابراء یعنی خوب کردن، سلامت را به او دادن این یکی از معانی قید است وقتی معنای قید این شد که تو اجیر بر طبابت نمی باشی اجیر بر برگرداندن صحت و سلامت هستی.

این یکی از معانی قید است که اصلا بر معالجه و طبابت اجیر نمی باشد بر ابراء و اعطاء صحت اجیر است. آیا این درست است یا خیر؟

این نحو اجاره اشکالی که دارد این است که گفته اند ابراء فعل خداوندی است نه فعل انسان ما نمی توانیم اجیر شویم بر فعل دیگری مثلا من زید را اجیر کنم بر خیاطت عمرو. دقت کنید یکدفعه من تسبیب به خیاطت عمرو می کنم این تسبیب فعل من است اما یکبار بر خود خیاطت عمرو زید را اجیر می کنم، این دیگر فعل من نمی باشد و لو من قدرت هم دارم اما عرفیو عقلائی نمی باشد که او مالک خیاطت عمرو شود در ذمه من مثل اینکه من معامله بکنم با کسی به شرط اینکه ذمه عمرو مشغول شود این عرفی و عقلائی نمی باشد محذور عقلی ندارد که من شخصی را اجیر کنم بر فعل دیگری. خوب در اینجا ابراء هم فعل خداوندی است.

این اگر مراد باشد، این استدلال درست نمی باشد ابراء هم مثل دیگر افعال است طبیب می تواند صحت را به دیگران بدهد، گاهی می تواند و گاهی نمی تواند این فعل انسان است اما یکبار قادر است و یکبار قادر نمی باشد اما فعل خودش است. لذا اگر اجیر شد بر ابراء این درست است. اینکه ابراء فعل الهی است این درست نمی باشد، اما اینکه این قدرت بر ابراء دارد یا خیر، بعد بحثش را می گوئیم. ابراء فعل انسان است، طبیب با معالجه صحت را به شما اعطاء می کند بر نفس ابراء اجیر است نه بر مقدمات. بله افعال که مقدور انسانها می باشند به دو صورت می باشند یکی به نحو تسبیبی مقدور می باشند مثل ما نحن فیه که می تواند با انجام مقدمات بهبود را ایجاد کند و یکبار بالمباشره مقدور است مثل بلند کردن سنگ.

من وقتی شیشه را می شکنم این فعل من است در حالی که من فقط سنگ را پرتاب کردم و شکستن شیشه به سبب برخورد سنگ است.

یکدفعه فرض این است که اجیر می شوم بر مقدمات، بر تشخیص و تعیین دارو لکن تشخیصی که منجر به برء شود یکبار اجیر می شود برای اعطاء سلامت و یکبار برای معالجه اجیر می شود معالجه و طبابت تشخیص مریضی و دارو و تعیین دارو است که دو حصه دارد: تارة معالجه منتهی به برء می شود.

و تارة منتهی به برء نمی شود.

می گوید بر آن حصه خاصه اجیر می کنم یعنی معالجه منتهی به برء به نحوی که اگر به برء منتهی نشد، به این معنا که آن حصه را انجام ندادی حال یا به معنای آن که انجام ندادی یعنی قدرت داشت و لکن در تشخیص و تعیین اشتباه کرد و یکبار واقعا اشتباه نکرد اما به مرحله ای رسیده بود که هیچ دارویی و طبابتی آن مریضی را برطرف نمی کرد. یک مرحله ای که دارو و درمان اثر ندارد. کسانی که مبتلاء به سرطان می باشند به مرحله ای می رسند که دکتر تشخیص می دهد که قابلیت درمان را ندارد.

چون این دو فرض در نتیجه یکی است، می رویم سراغ فرض دوم که رایج هم این است که شخصی را اجیر می کنم بر طبابت موثر یعنی طبابتی که به برء منتهی شود. آیا این عقد اجاره درست است؟ اشکال دارد یا خیر؟ اگر نادرست است با جعاله جایگزین می شود یا خیر؟ اگر به نحو شرط باشد به یکی از انحاء پنجگانه باشد گفتیم درست است اشکالی ندارد.

اما اگر به صورت قید باشد، ما طبیب را اجیر می کنم بر طبابتی که منجر به برء شود به نحوی که اگر برء حاصل نشد، اصلا متعلق اجاره در خارج محقق نشد و حصه ای که محقق شد یعنی طبابت بدون تحقق برء، متعلق اجاره نبود. این دو فرض دارد:

فرض اول:

خود طبیب نمی داند که برء حاصل می شود یا خیر. می گوید نمی دانم که به نتیجه می رسد یا خیر. پنجاه پنجاه است. در این فرض مرحوم آقای خوئی قائل به بطلان شدند از باب غرر. چرا که اجیر کردیم بر عملی که طرفین نمی دانند، مقدور است یا خیر، در غرر عقد باطل است چه غرر برای هر دو طرف باشد یا بر یک طرف. در اینجا غرر در دو طرف است. چرا که اجیر کردیم بر عملی که نمی دانیم مقدور است یا غیر مقدور.

بله احتمال دارد که مریض بداند خوب می شود چرا که مثلا در موارد مشابه خوب شده است.

ما با فرمایش مرحوم آقای خوئی موافق نمی باشیم. چرا؟ گفتیم اگر مراد از بطلان، بطلان شرعی باشد یعنی شارع گفته باشد که باطل است، گفتیم دلیلی بر بطلان چنین عقدی نداریم. اگر مراد ایشان از بطلان، بطلان عقلائی باشد، ما گفتیم عقلاء تابع عرف می باشند. و اگر در عرفی عقدی باطل باشد، عقلاء امضاء می کنند. اما در این مثال به نظر می رسد که عرفیا درست است مؤید بر این صحت عرفی این است که در بسیار از موارد اقدام بر کاری می کنیم که نتیجه آن نا معلوم است مثلا حفر چاه می کنیم صدها میلیون هزینه می کنیم و نمی دانیم این چاه به آب می رسد یا خیر. این ریسک امر مهمی است به خصوص در امر مهمی مثل سلامت نفس ما این را عرفی می دانیم.

ان قلت:

اگر مقدور نباشد شرط مقدوریت را ندارد.

قلت:

الان از حیث غرر بحث می کنیم درست است یا خیر. اگر فی علم الله مقدور باشد باز مرحوم خوئی می فرمایند باطل است چرا که غرری است.

نه گفتیم به حسب ظاهر از حیث غرریت باطل نمی باشد. یعنی عملی که معلوم نمی باشد از باب غرر می تواند باطل نباشد معتقدیم در عرف چنین غرری موجب بطلان عمل نمی باشد.

اما بریم سراغ فرع دیگر:

فرع دیگر این است که فی الواقع مقدور است چه معتقد باشد به بهبودی یا از اول شک می باشد یکبار مریض و طبیب نمی داند، از حیث غرر گفتیم که مشکل ندارد اما اگر بعدا مشخص شد که قابل بهبودی نمی باشد چرا که برء متوقف بر صرف دارو نمی باشد تابع امور دیگری هم است مثلا باید بدن قابلیت قبول دارو را داشته باشد تارة تشخیص درست است و دارو هم درست است اما برای بهبودی لازم است که بدن این درمان و دارو را قبول کند. لذا تمام تلاش خود را می کند و در تشخیص دارو و مریضی موفق است اما بدن قبول نمی کند در این عملهای پیوندی اینطور است که تارة کارهایی انجام می شود و لکن به هر دلیل که الان هم هنوز دلیل آن مشخص نمی باشد، بدن آن عضو را قبول نمی کند. بعد از معالجه معلوم می شود که واقعا مقدور نبوده است و منتهی به برء و سلامت نشده است آیا این عقد اجاره درست است یا عقد اجاره از اول باطل بوده است و باید اجرت را به تمامه برگردانیم یا از الان که مشخص شده است مقدور نمی باشد از الان منفسخ شود عقد. عدم قدرت از اول بوده است اما بطلان از زمان علم به این مسئله باشد؟

ما ها از کسانی هستیم صحت و بطلان این عقد را عرفی می دانیم یعنی در صحت و بطلان تابع عرف و عقلاء می باشیم. وقتی ما اجیر می شویم بر یک عملی که در واقع غیر مقدور است، آیا این عقد اجاره درست است یا خیر؟

یک بار فرض مسئله این است که از اول معتقد بودند که مقدور نمی باشد یعنی هیچ احتمال قدرت را نمی دادند.

اما یکبار فرض مسئله این است که از اول مشکوک بود یا احتمال مقدوریت ضعیف بود. فرض سوم این است که از اول اعتقاد بر مقدوریت داشته اند اما اعتقاد آنها باطل بود. در هر سه صورت و هر سه فرض چه عدم اعتقاد یا شک یا اعتقاد این را در جایی به کار می بریم که این عمل مقدمات آن مقدور است اما ذی المقدمه نا مقدور است مثلاً این معالجه که گفتیم این معالجه در واقع مقدور است اما نتیجه که برء باشد نا مقدور است یکبار اصل عمل غیر مقدور است مثلاً کسی را اجیر می کنیم این سنگ را انتقال بده به این نقطه اصلاً نمی دانیم این شخص قدرت انتقال را دارد یا خیر و در واقع این انتقال غیر مقدور اجیر است. در همین مثال بلند کردن حجر مقدمه ای دارد که تلاش برای بلند کردن باشد که این مقدور است اما یکبار این مقدمه هم نا مقدور است مثل شخص فلج را اجیر کنیم برای بلند کردن سنگ. نه می تواند بلند کند و تلاشی هم نمی تواند بکند ما این شخص ناتوان را برای بلند کردن سنگ اجیر می کنیم.

ما در همه این موارد عرفی می باشیم و در صحت آن محذور عقلی نمی بینیم اگر عرف صحیح بدانند، می گوئیم درست است اما چیزی که هست در موارد زیادی صحت این عقد کاملاً عقلائی و عرفی است مثل جایی است که احتمال قدرت را می دهیم این عرفی و عقلائی است احتمال می دهیم مقدور باشد و لو در واقع غیر مقدور است و لکن باید فعلی را انجام دهد که به ذمه اجیر بیاید مثل تلاش و معالجه اما در مثال این شخص فلج که حتی تلاش هم نمی تواند بکند این به لحاظ عقلی محذوری ندارد اما معقدیم در اعراف این عقد اجاره باطل است و به تبع در عقلاء باطل است. لذا محذوری ندارد اما صحت و بطلان آن تابعی از عرفها است که باید ببینیم در کدام عرف امضاء می کند و در کدام عرف امضاء نمی کند. خوب اگر

در عرفی صحیح باشد باید اجرت را بدهد نهایتاً یک شرط ارتکازی است که اگر مشخص شد که عمل مقدور نمی باشد من حق فسخ دارم یا تو باید ابراء کنی و امثال اینها که ربطی به صحت و بطلان عقد اجاره ندارد.

در عرف ما به نظر می رسد برگشت به شرط است نهایتاً یک شرطی داریم که فسخ می کنیم و اجرة المثل را می دهیم.

اما مسئله جعالة:

در جعالة الزام و التزامی در کار نمی باشد اصلاً عقدی نمی باشد که بگوییم صحیح است یا باطل است به شخصی که این قدرت را ندارد می گوییم که اگر این سنگ را بلند کنی به تو این مقدار را می دهم. اصلاً جعالة متصف به صحت و بطلان نمی شود ایقاع است عقدی نمی باشد در واقع شبه ایقاعی است که اثر آن زمانی واقع می شود که فعل را انجام دهد. به کسی می گوییم اگر توانستی پرواز کنی به تو این مبلغ می دهم، این جعالة زمانی است که عمل انجام شود، عمل که انجام شد بعد بحث کنیم که آیا بدهکار می شود یا خیر؟ انشاء جعالة بر عملی که غیر مقدور است مشکل ندارد. متصف به صحت و بطلان نمی شود انشاء متصف به صحت و بطلان نمی شود در طلاق که متصف به صحت و بطلان می شود به خاطر اثر است که اگر بینونة حاصل شود می گوییم صحیح است اما در جعالة اثری ندارد که این اتصاف به این صحت و فساد را داشته باشد. بله. به یک معنای دیگری صحت و بطلان را دارد به لحاظ بعد از عمل است مثلاً به بچه ای یا سفیهی گفت که اگر این کار را انجام دهی این مقدار را می دهم. اگر انجام داد بعد از انجام دادن می گوییم این جعالة باطل است به معنای اینکه اگر آن کار را انجام دهد ذمه این شخص مشغول نمی شود. اما در غیر این دو اگر سنگ را جا به جا کند ذمه اش مشغول می شود لذا جعالة مشکلی ندارد. لذا چون جعالة متصف به

صحت و بطلان نمی شود دیگر معنا ندارد که بحث کنیم آیا به صورت جعاله درست است یا خیر؟

الثامنة عشر: إذا استوجر لختم القرآن

لا يجب أن يقرأه مرتبا بالشروع من الفاتحة و الختم بسورة

الناس

بل يجوز أن يقرأ سورة فسورة على خلاف الترتيب بل يجوز عدم رعاية

الترتيب في آيات السورة أيضا...^٢

مرحوم سيد در این مسئله می فرمایند که اگر ما اجیر شدیم بر قرائت قرآن آیا باید سور و آیات را به ترتیب بخوانیم یا می توانیم جا به جا خوانده مثلا از آخر قرآن یا آخر سوره خوانده شود به اول؟ ایشان می فرمایند که می شود.

قبل از شرح مسئله نکته ای را بیان کنیم:

قرآن اسم است برای مجموعه ی سور و آیاتی که بین دفتین موجود است ما مجموع کلمات و یک مجموعه آیات و یک مجموعه از سور را داریم اگر مجموعه کلمات یا مجموعه

^١ سه شنبه ۹۹/۱۱/۱۴.

^٢ الثامنة عشر إذا استوجر لختم القرآن ... و لهذا إذا علم بعد الإتمام أنه قرأ الآية الكذائية غلطا أو نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط نعم لو اشترط عليه الترتيب وجب مراعاته و لو علم إجمالا بعد الإتمام أنه قرأ بعض الآيات غلطا من حيث الأعراب أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه أو من حيث المادة فلا يبعد كفايته و عدم وجوب الإعادة لأن اللازم القراءة على المتعارف و المعتاد و من المعلوم وقوع ذلك من القارين غالبا إلا من شذ منهم نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلا لزم عليه الإعادة مع العلم به في الجملة و كذا الكلام في الاستيجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها و كذا في الاستيجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا يضر في استحقاق الأجرة إسقاط كلمة أو حرف أو كتابتهما غلطا.

جملات را بدون ترتیب یا مجموعه آیات را بدون ترتیب بنویسیم در جایی به آن قرآن نمی گویند اما اگر سور را بدون ترتیب در جایی بنویسیم باز به نظر می رسد که در معنای عرفی به آن قرآن نمی گویند، ظاهراً قرآن در نظر عرف مجموعه ای از سور و آیات است به نظم موجود. کما اینکه در کتب دیگر هم مثل کتاب کفایه اگر ترتیب را به هم بزنیم دیگر به آن مجموعه کتاب کفایه گفته نمی شود کفایه همین مجموعه مدون و منظم است لذا اگر قرآن را بدون ترتیب موجود بنویسیم به نظر می رسد که به آن قرآن نمی گویند لذا قرآن مجموعه ای از آیات و سور است به نظم فعلی.

حالا اگر اجیر کردیم کسی را برای قرائت قرآن ظاهرش این است که بر همین قرآن فعلی اجیر شده است اما اینکه سور را نامرتب کند فضلا از آیات به نظر می رسد که این قرائت قرآن نمی باشد، قرآن اسم است برای این مجموعه منظم و مرتب به این نظم و ترتیب خاص. کما اینکه در هر کتاب دیگری هم این است که اگر ترتیب به هم بخورد دیگر آن کتاب نمی باشد. بله اگر کسی تمام سور را به هر ترتیبی را که خواست بخواند یا آیات را به هر ترتیبی خواست بخواند، ثواب قرائت قرآن را دارد چرا که ثواب قرآن برای خواندن مجموعه آیات و سور است بله اگر مجموعه کلمات و جملات را بدون نظم بگوییم جمله به جمله بگوییم، اصلاً معلوم نمی باشد ثواب قرائت قرآن داشته باشد بله اگر آیات قرآن را قرائت کنیم و لو نسق خودش را نداشته باشد این احتمالش است که ثواب قرائت را داشته باشد یک آیه از سوره بقره و یک آیه از سوره اخلاص و یک آیه از سوره فرقان می خوانیم الی الآخر. این در اسم قرآن اما در اجاره تابع عقد اجاره است و در زماننا هذا اگر کسی اجیر بر قرائت قرآن شد، مراد این قرآن به این ترتیب موجود است بین دفتین.

گویا در ذهن سید نبوده است که اگر کسی آیات سور مختلف را پشت سرهم بخواند مثلاً اول یک آیه از سوره فاتحه بخواند بعد از آن یک آیه از سوره مبارکه ناس بخواند و بعد

از آن یک آیه از سوره انسان بخواند و هکذا... ظاهرا این در ذهن ایشان نبوده است حال یا در ذهن سید نبوده است یا متلفت بوده است اما این را مصداق قرائت قرآن نمی دانند.

یک بحث این است که قرآن اسم برای چه می باشد؟ کاری به اجاره نداریم، قرآن سام برای چیست؟ اسم برای مجموعه منظم موجود.

اما در زمان پیامبر^ص که قطعا اسم برای این مجموعه به نظم موجود نبوده است اما در زمان ائمه% آیا اسم بر این این مجموعه بوده است؟ نمی دانیم.

اما مراد از ثواب قرائت، قرائت آیات قرآن است یا سور قرآن؟ اگر قرائت آیات باشد، که انسان می تواند از هر سوره ای آیه ای بخواند و ثواب را هم ببرد، اما اگر گفتیم قرائت سور است یعنی آیات یک سوره را در یک سوره بخوانیم و لو آیات را پس و پیش بخوانیم. کدام مراد است؟ به نظر می رسد ثوابی که برای قرائت قرآن است برای خواندن آیات است چرا که در زمان پیامبر^ص قرآن اسم برای این مجموعه بوده است. اما قرآن اسم برای این مجموعه به این نسق بوده است، قطعا اینطور نبوده است، اصلا در زمان پیامبر^ص قرآن تجمیع نشده بوده است یکسری آیات پراکنده بوده است، بله گفته شده است که آیاتی که نازل می شده است پیامبر می فرمودند که در این مجموعه بگذارید یا عقیب این آیات بگذارید ما نمی دانم در زمان حضرت به چه صورتی بوده است سور بوده است یعنی اصلا مجموعه بوده است یا خیر.

اگر روایتی در مورد ثواب آمده است، از زبان ائمه% مراد همان قرآنی است که در زمان پیامبر^ص بوده است احتمالش نمی باشد که زمان امام با زمان پیامبر فرق کرده باشد. خلفاء که جمع کردند ربطی به پیامبر نداشته است، احتمال هم نمی دهیم که این تجمیع اینها نقش داشته است در ثواب قرائت به این معنا که اگر به ترتیبی که اینها جمع کرده اند قرائت شود، ثواب دارد و اگر به این ترتیب نباشد، ثواب ندارد، احتمالش را فقهاء نمی دهیم چرا که آنها می توانستند سور کوچک را اول قرار دهند. نظم موجود نشان دهنده این است که اینها از سور

طوال شروع کرده اند تا سور قصیر اما سوره حمد را در اول آورده اند با این که از طوال نبوده است این شاید به خاطر این بوده است که در نماز خوانده می شده است یا به خاطر این بوده است که تنها سوره ای بوده است که بسم الله جزء سوره بوده است و می خواسته اند که قرآن با بسم الله شروع شود. احتمال دارد که در زمانی که تجمیع شده است به آیات تجمیع کرده اند یعنی اولین آیه بسم الله بوده است تا به من الجنة و الناس ختم شده است و بعد سوره سوره شده است مثل این تقسیم بندی به اجزاء یا احزاب که در بعد ایجاد شده است حتی احتمال این بوده است که آیه هم بعدا شده است شاهدش این بوده است که در تعداد آیات اختلاف زیاد بوده است. خیلی دور از ذهن بوده است که در همان زمان تجمیع اولیه، سور و آیه بوده است بلکه جملاتی پشت سر هم بوده است و بعد آیه آیه و بعد سوره سوره شده است احتمال این موارد است.

۱... و لهذا إذا علم بعد الإتمام

أنه قرأ الآية الكذائية غلطا أو نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط... ۲

خوب حالا اگر اجیر بعد از اینکه ختم قرآن کرد فهمید در سوره فلان یک آیه را غلط تلفظ کرده است لازم نمی باشد که از آنجا به آخر دوباره قرائت کند همان آیه را دوباره می

۱ الثامنة عشر إذا استوجر لختم القرآن لا يجب أن يقرأه مرتبا بالشروع من الفاتحة و الختم بسورة الناس بل يجوز أن يقرأ سورة فسوره على خلاف الترتيب بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضا ...

۲ الثامنة عشر إذا استوجر لختم القرآن ... نعم لو اشترط عليه الترتيب وجب مراعاته و لو علم إجمالا بعد الإتمام أنه قرأ بعض الآيات غلطا من حيث الأعراب أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه أو من حيث المادة فلا يبعد كفايته و عدم وجوب الإعادة لأن اللزوم القراءة على المتعارف و المعتاد و من المعلوم وقوع ذلك من القارين غالبا إلا من شذ منهم نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلا لزم عليه الإعادة مع العلم به في الجملة وكذا الكلام في الاستيجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها وكذا في الاستيجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا يضر في استحقاق الأجرة إسقاط كلمة أو حرف أو كتابتهما غلطا.

خواند اما اگر کلمه را اشتباه خواند ظاهراً نمی تواند به اعاده کلمه اکتفا کند باید آیه را به صورت کامل بخواند.

«لهذا» ظاهراً این را تفریع بر ما قبل کرده است این تفریع نمی باشد چرا که ما وقتی اجیر شدیم برای قرائت قرآن باید به صورت متعارف بخوانیم، خوب در متعارف وقتی کلمه ای غلط بوده است می آید و آیه را می خواند دیگر آیات بعد را نمی خواند. حتی در آیات بلند ظاهرش این است که به جمله ای که کلمه در آن است بتواند اکتفاء کند اگر شک کرد باید احتیاط کند.

۱...نعم لو اشترط عليه الترتيب

وجب مراعاته و لو علم إجمالاً بعد الإتمام أنه قرأ بعض الآيات غلطاً من حيث الأعراب أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه أو من حيث المادة فلا يبعد كفايته و عدم وجوب الإعادة لأن اللازم القراءة على المتعارف و المعتاد و من المعلوم وقوع ذلك من القارين غالباً إلا من شذ منهم...^۲

^۱ الثامنة عشر إذا استوجر لختم القرآن لا يجب أن يقرأه مرتباً بالشروع من الفاتحة و الختم بسورة الناس بل يجوز أن يقرأ سورة فسوره على خلاف الترتيب بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضاً و لهذا إذا علم بعد الإتمام أنه قرأ الآية الكذائية غلطاً أو نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط نعم لو اشترط عليه الترتيب وجب مراعاته و لو علم إجمالاً بعد الإتمام أنه قرأ بعض الآيات غلطاً من حيث الأعراب أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه أو من حيث المادة فلا يبعد كفايته و عدم وجوب الإعادة لأن اللازم القراءة على المتعارف و المعتاد و من المعلوم وقوع ذلك من القارين غالباً إلا من شذ منهم ...

^۲ الثامنة عشر إذا استوجر لختم القرآن ... نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلاً لزم عليه الإعادة مع العلم به في الجملة و كذا الكلام في الاستيجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها و كذا في الاستيجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا يضر في استحقاق الأجرة إسقاط كلمة أو حرف أو كتابتهما غلطاً.

بله اگر ترتیب را شرط کند، باید این ترتیب را مراعات کند.

مراد شرط ارتکازی و صریح است در زماننا هذا شرط ارتکازی است که قرآن را به ترتیب بخواند.

ما اجیر شدیم که متعارف قرائت کنیم کسی که قرآن را قرائت کند اگر از او سوال کنند که آیا همه کلمات را درست خواندید؟ می گوید، خیر به حسب احتمالات به نظر می رسد که اغلاطی هم داشته است اما از مقدار متعارف نباید بیشتر باشد.

در کل قرآن به طور عادی نمی شود که هیچ کلمه و حرفی و اعرابی را اشتباه نکرده باشد.

۱... نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلا

لزم عليه الإعادة مع العلم به في الجملة... ۲

اگر مستأجر شرط کرده است که باید صحیحا قرائت قرآن کنی یعنی اجیر شده است بر قرائت صحیحه، بعد از قرائت علم اجمالی حاصل شد که بعضی را غلط تلفظ کرده است باید برگردد و همه را دوباره بخواند.

در اینجا اجاره درست است چرا که در اینجا قدرت عقلی بر قرائت صحیحه است و آنچه در متعلق اجاره شرط است قدرت عقلی است.

۱ الثامنة عشر إذا استوجر لختم القرآن لا يجب أن يقرأه مرتبا بالشروع من الفاتحة و الختم بسورة الناس بل يجوز أن يقرأ سورة فسوره على خلاف الترتيب بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضا و لهذا إذا علم بعد الإتمام أنه قرأ الآية الكذائية غلطا أو نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط نعم لو اشترط عليه الترتيب وجب مراعاته و لو علم إجمالا بعد الإتمام أنه قرأ بعض الآيات غلطا من حيث الأعراب أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه أو من حيث المادة فلا يبعد كفايته و عدم وجوب الإعادة لأن اللازم القراءة على المتعارف و المعتاد و من المعلوم وقوع ذلك من القارين غالبا إلا من شذ منهم ...

۲ الثامنة عشر إذا استوجر لختم القرآن ... وكذا الكلام في الاستيجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها وكذا في الاستيجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا يضر في استحقاق الأجرة إسقاط كلمة أو حرف أو كتابتهما غلطا.

ان قلت:

در اینجا عقد اجاره، بر طبیعی قرائت بوده است اما شرطش این بوده است که به صورت صحیح قرائت کند و نهایتاً این شخص به شرط عمل نکرده است و مستأجر حق فسخ داشته باشد اما اگر فسخ نکرد باید اجرت را به تمامه بدهد.

قلت:

یکبار شخصی را اجیر می کنیم بر طبیعی قرائت که جامع بین صحیح و غلط است یکبار بر حصه ای اجیر می کنیم که اجاره بر قرائت صحیح است و تارة اجیر می کنم بر طبیعی و جامع اما شرط می کنیم که صحیحاً قرائت کن. در ما نحن فیه یک فهم عرفی است که وقتی می گویند شرط صحت در واقع متعلق اجاره مقید است یعنی به نحوی که اگر صحیحاً نخواند و حصه باطله را خواند، متعلق اجاره را ایجاد نکرده است، در صورت اول که اجیر بر طبیعی شده است، این عمل او درست است و صورت دوم اگر باشد مستحق اجرة نمی باشد چون متعلق را ایجاد نکرد اما اگر به صورت سوم باشد، بر طبیعی به شرط صحت، این در واقع فقط به شرط عمل نکرده است.

١... وكذا الكلام في الاستيجار لبعض الزيارات المأثورة

أو غيرها... ٢

اگر کسی اجیر بر ادعیه یا زیارات مأثوره شده است یا غیر مأثوره امکان دارد از غیر مأثوره یعنی ادعیه ای که به طریق معتبر نرسیده است یا مراد ادعیه ای است که خود علماء درست کرده اند و تصریح کرده اند که ما درست کردیم.

مثلا در باب زیارت حضرت زهرا B مرحوم صدوق می فرمایند که من خودم این زیارت را درست کردم آن زیارتی که در مدینه خوانده می شود چون دیدم که در مورد ایشان زیارتی نمی باشد این زیارت را خودم درست کردم.

٣... وكذا في الاستيجار لكتابة كتاب

أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا يضر في استحقاق الأجرة إسقاط كلمة أو حرف أو كتابتهما غلطا.

١ الثامنة عشر إذا استوجر لختم القرآن لا يجب أن يقرأه مرتبا بالشروع من الفاتحة و الختم بسورة الناس بل يجوز أن يقرأ سورة فسوره على خلاف الترتيب بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضا و لهذا إذا علم بعد الإتمام أنه قرأ الآية الكذائية غلطا أو نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط نعم لو اشترط عليه الترتيب وجب مراعاته و لو علم إجمالا بعد الإتمام أنه قرأ بعض الآيات غلطا من حيث الأعراب أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه أو من حيث المادة فلا يبعد كفايته و عدم وجوب الإعادة لأن اللازم القراءة على المتعارف و المعتاد و من المعلوم وقوع ذلك من القارين غالبا إلا من شذ منهم نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلا لزم عليه الإعادة مع العلم به في الجملة ...

٢ الثامنة عشر إذا استوجر لختم القرآن... وكذا في الاستيجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا يضر في استحقاق الأجرة إسقاط كلمة أو حرف أو كتابتهما غلطا.

٣ الثامنة عشر إذا استوجر لختم القرآن لا يجب أن يقرأه مرتبا بالشروع من الفاتحة و الختم بسورة الناس بل يجوز أن يقرأ سورة فسوره على خلاف الترتيب بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضا و لهذا إذا علم بعد الإتمام أنه قرأ الآية الكذائية غلطا أو نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط نعم لو اشترط عليه الترتيب وجب مراعاته و لو علم إجمالا بعد الإتمام أنه قرأ بعض الآيات غلطا من حيث الأعراب أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه أو من حيث المادة فلا يبعد كفايته و عدم

در قدیم یکی از کارهای بسیار متداول به خصوص برای علماء استنساخ بوده است مثل الان که ویراستاری می کنند، کسی از خط کسی خوشش می آمد به او پول می داد که این کتاب کافی را برای ما بنویس در قدیم کتابها نسخه نسخه بوده است یعنی نسخه ای بوده است که بسیاری از علماء آن را امضاء کرده اند و شما آن را به کسی می دادید که برای شما استنساخ کنید. خوب در استنساخ گاهی کلمه ای یا جمله را اشتباه می نوشته است.

می فرمایند که اگر کلمه یا اعراب یا حرفی را اشتباه نوشته است یا جا انداخته است و این مستحق اجرت است، چرا که اجیر شده است بر کتابت متعارفه و به صورت متعارف نمی شود که استنساخی باشد بدون غلط.

هذا تمام الكلام في مسألة ١٨.

وجوب الإعادة لأن اللازم القراءة على المتعارف و المعتاد و من المعلوم وقوع ذلك من القارين غالبا إلا من شذ منهم نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلا لزم عليه الإعادة مع العلم به في الجملة وكذا الكلام في الاستيجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها ...

التاسعة عشر: لا يجوز في الاستيجار للحج البلدي

أن يستأجر شخصا من بلد الميت إلى النجف و شخصا آخر من النجف إلى مكة

أو إلى الميقات و شخصا آخر منه إلى مكة إذ اللازم أن يكون قصد الموجه من البلد الحج و المفروض أن مقصده النجف مثلا و هكذا فما أتى به من السير ليس مقدمة للحج...^٢

وقتي شخصی را نائب برای حج قرار می دهند، این نیابت در حج دو قسم است: یکی حج بلدی و یکی حج میقاتی.

حج بلدی: از بلد منوب عنه حرکت می کند به طرف مکه مثلا از قم حرکت می کند به سمت مکه.

حج میقاتی: شخص از زمانی که در میقات محرم می شود قصد حج می کند نیابتا از منوب عنه اما از بلد که به سمت میقات حرکت می کرده است، به قصد حج نبوده است یا اجیر نبوده است یا اگر اجیر بوده است حج بلدی نبوده است مثلا شخص منوب عنه در قم بوده است و ما شخص را از نجف نائب گرفتیم که به حج برود. در حج بلدی از خود شهر نجف اجیر می شود برای حج از همان بلدی که منوب عنه بود است نجف باشد یا قم باشد.

^١ سه شنبه ۹۹/۱۱/۲۱.

^٢ التاسعة عشر: لا يجوز في الاستيجار للحج البلدي ... و هو نظير أن يستأجر شخصا لعمره التمتع و شخصا آخر للحج و معلوم أنه مشكل بل اللازم على القائل بكفايته أن يقول بكفاية استيجار شخص للركعة الأولى من الصلاة و شخص آخر للثانية و هكذا يتم.

ایشان می فرمایند که در حج بلدی ما نمی توانیم چند نفر را اجیر قرار دهیم فرض کنید شخص اهل قم است مثلاً می بایست برود نجف بعد به مدینه و بعد به میقات می رفته است ما نمی توانیم شخص را اجیر کنیم از قم به نجف رود و نفر دوم اجیر از نجف به مدینه باشد و نفر سوم اجیر از مدینه به حج شود. یعنی مسیر تقسیم شود ایشان می فرمایند که این حج بلدی نمی باشد در حج بلدی باید یک نفر از شهر منوب عنه اجیر شود به نیابت از شخص تا مکان حج.

دلیلش چه می باشد؟

می فرمایند در حج بلدی باید از شهر منوب عنه به سمت مکه حرکت کند و اجیر شود. از قم به نجف این مقدمه حج نمی باشد.

این را دقت کنید مرحوم سید فرمود در حج بلدی باید یک نفر اجیر شود که از قم برود برای حج اما اگر مسیر را تیکه تیکه کردیم و برای هر تیکه شخصی را اجیر کردیم، این حج بلدی نمی باشد، حج میقاتی می باشد. شخصی اجیر شد از قم تا نجف و شخصی دیگر از نجف به مدینه و شخص سوم از مدینه تا میقات و شخصی از میقات به حج.

دلیل سید چیست؟

سید در دلیلش به حسب ظاهر دو جمله دارد: جمله اول این است که اذا اللازم المقصده النجف مثلاً و هكذا» این جمله اول به حسب ظاهر این دلیل است . اما این دلیل نمی باشد چرا؟ اذا اللازم ... عین همان عبارت قبلی است به عبارت دیگر که در حج بلدی باید شخص را اجیر کنیم از بلد منوب عنه برای حج. دلیل سید جمله دوم است: «فما أتی من السیر لیس مقدماً للحج» اینکه مقدمه حج نبود چون مقدمه نبوده است این دیگر حج بلدی نمی باشد در حج بلدی باید سیر از بلد، مقدمه حج باشد و این مقدمه حج نبوده است چرا که به حج نرسید.

مرحوم میرزای نائینی اشکال کرده است: گفته است ما تارة می گوئیم مقدمه واجب واجب است تارة می گوئیم مقدمه موصله واجب است. ظاهر مختار سید در علم اصول این است که مقدمه موصله واجب است نه مطلق مقدمه. چرا سیر قم تا نجف مقدمه نمی باشد؟ مقدمه است اما مقدمه موصله نمی باشد چرا که این شخص به حج نرسید. لذا اگر گفتیم مطلق مقدمه واجب است این مقدمه حج است اما مقدمه غیر موصله. چرا که فرضا کسی که از قم به حج می رود یک راه بیشتر ندارد از قم به نجف و از نجف به مدینه رود فرضا راه حج از قم فقط همین یک راه است و فرضا از قم به نجف موصوله نمی باشد. اما اگر گفتیم مطلق مقدمه، واجب است این مقدمه واجب است. ما همانطور که می توانیم شخص را بر واجبات نفسی اجیر کنیم بر واجبات غیری هم می توانیم اجیر کنیم، یکی از مقدمات واجب سیر است و این سیر از قم به نجف یکی از مقدمات است و یک نفر را اجیر کرده است برای یکی از مقدمات.

مرحوم میرزای نائینی فرمودند که می تواند سه نفر را هر یک را بر یک مقدمه اجیر کند چرا که ایشان مطلق مقدمه واجب را واجب می دانند کما علیه المشهور.

بعضی فتوا دادند که برای منوب عنه باید حج بلدی به جا آورد یا میت وصیت کرده است که برای من حج بلدی به جا بیاورید.

این فرمایش مرحوم میرزا است.

پس این مسئله مبتنی بر این مسئله است که بگوئیم مقدمه موصله واجب است یا مطلق مقدمه واجب است.

مرحوم حکیم بر مرحوم میرزا اشکال کرده است به اینکه این مسئله را مبتنی بر مقدمه موصله یا مطلقه کرده است، این اجنبی از مسئله است مقدمه موصله یا مطلق مقدمه، مال جایی است که عمل متعلق به یک شخص است زید وضوء می گیرد تارة نماز می خواند و تارة

نماز نمی خواند اگر نماز خواند این وضوء او مقدمه موصله است و اما اگر نماز نخواند مقدمه موصله نمی باشد.

اما اگر دو نفر شدند که یکی وضوء گرفت و دیگری نماز خواند معنا دارد که گفته شود که وضوء مقدمه غیر موصله است؟! اصلا مقدمه نمی باشد چون صحت نماز زید موقوف بر وضوء زید است اما نسبت به وضوء عمرو اصلا ارتباطی ندارد لذا ما نحن فیه از این قبیل است به این جهت این که آنکه می خواهد حج را به جا بیاورد عمرو است در حالیکه اجیر از قم به نجف زید است حج عمرو متوقف بر طی مسافت زید نمی باشد. موقوف به طی مسافت خود عمرو است. بعد ایشان گفته است بر فرض اینکه بگوییم این سیر زید از بلد منوب عنه به نجف مثلا، مقدمه حج عمرو است این مقدمه موصله است چرا که زید طی مسافت کرد و حج عمرو هم در خارج محقق شد. لذا چه این مقدمه باشد چه نباشد، این فرمایش مرحوم میرزای نائینی اجنبی از مقام است.

این اشکال مرحوم حکیم بر مرحوم میرزا.

جواب از اشکال مرحوم حکیم:

اگر مراد مرحوم میرزا از حج، حج عمرو می باشد، این فرمایش مرحوم آقای حکیم درست است اما اگر مراد میرزا حج خود زید باشد اگر زید بخواهد حج به جا بیاورد باید از قم به نجف رود. زید اجیر از قم به نجف است. و عمرو هم فرضا اجیر از نجف تا مکه و اتیان اعمال حج است. و لو زید حج به جا نیاورد، اما این مقدمه حج زید است و لکن مقدمه غیر موصله. بله نسبت به حج عمرو مقدمه نمی باشد نه مطلقه و نه موصله اما نسبت به حج غیر زید، مقدمه است اما مقدمه غیر موصله. شما وقتی وضوء می گیرید و لو از اول نمی خواهید نماز بخوانید این مقدمه نماز است و واجب است. در اینجا هم درست است که زید قصد حج ندارد اما این مقدمه حج خود زید است.

این در حد نقل اقوال.

ان قلت:

بگوئیم مراد میرزا حج خود میت و منوب عنه است.

قلت:

نسبت به منوب عنه نمی توانیم در نظر بگیریم چرا که حج نائب، حج او نمی باشد و حج بلدی و میقاتی حج نائب است یعنی حج نائب است که دو قسم: حج بلدی و حج میقاتی را دارد.

پس نسبت به حج عمرو کلام مرحوم آقای حکیم درست است و نسبت به مقدمه جناب زید کلام مرحوم میرزا درست است. منتها بحث در این است که درست است که مرحوم سید فرمودند: فما أتى به من السیر لیس مقدمه للحج» ممکن است، مرادش امر دیگری بوده است. یعنی این سیری که کرده است، به قصد حج نبوده است. حج بلدی که احتیاط یا مورد فتوای جماعتی است، مراد این است که نائب باید از بلد منوب عنه، قصد بکند نیابت منوب عنه را یعنی من از الان به قصد نیابت از حج منوب عنه می روم برای حج. مراد سید این باشد حج بلدی مراد این است نائب باید از بلد قصد بکند حج را برای اتیان حج. اگر این مراد از حج بلدی باشد که مورد احتیاط یا فتوا است خوب معلوم است که حجی که نفر سوم انجام می دهد حج بلدی نمی باشد. چون از مدینه حرکت کرده است به قصد حج و این را که از قم اجیر کردیم حج بلدی نبوده است اجیر بر سیر بوده است چرا که اصلا حج به جا نیاورده است و اصلا قصد مکه را نکرده است و قصد نجف را داشته است. حج بلدی باید قصد مکه را از بلد داشته باشد. یک نفر حج را انجام داد که نفر سوم بود که حج او هم بلدی نمی باشد، حج میقاتی است. به عبارت اخری حج بلدی را یک نفر می تواند از مقدمه تا ذی المقدمه انجام دهد.

١...و هو نظير أن يستأجر شخصا لعمره التمتع

و شخصا آخر للحج و معلوم أنه مشكل بل اللازم على القائل بكفايته أن يقول بكفاية استئجار شخص للركعة الأولى من الصلاة و شخص آخر للثانية و هكذا يتمم.^٢

می گوید چطور است که اگر ما دو شخص را اجیر کنیم یکی را برای عمره تمتع اجیر کنیم و یکی را برای حج تمتع، این اجاره باطل است چرا که حج تمتع و عمره تمتع را یکی انجام می دهد، این حج بلدی هم نظیر این مثال است. ایشان در این مثال فتوا نداده است یعنی توقف کرده است می گوید چطور مشکل است فقط در قبل فتوا داده است و در اینجا و این مثال توقف کرده است.

عمره تمتع و حج تمتع واجب ارتباطی است و یکی بدون دیگری باطل است.

این مثال سید مثال خوبی نمی باشد چرا؟ به جهت اینکه عمره جزئی از یک واجب ارتباطی است حج جزئی از واجب ارتباطی است اما در ما نحن فیه سیر از اجزاء نمی باشد

^١ التاسعة عشر: لا يجوز في الاستئجار للحج البلدي أن يستأجر شخصا من بلد الميت إلى النجف و شخصا آخر من النجف إلى مكة أو إلى الميقات و شخصا آخر منه إلى مكة إذ اللازم أن يكون قصد الموجه من البلد الحج و المفروض أن مقصده النجف مثلا و هكذا فما أتى به من السير ليس مقدمة للحج و هو نظير أن يستأجر شخصا لعمره التمتع و شخصا آخر للحج و معلوم أنه مشكل بل اللازم على القائل بكفايته أن يقول بكفاية استئجار شخص للركعة الأولى من الصلاة و شخص آخر للثانية و هكذا يتمم.

^٢ التاسعة عشر: لا يجوز في الاستئجار للحج البلدي أن يستأجر شخصا من بلد الميت إلى النجف و شخصا آخر من النجف إلى مكة أو إلى الميقات و شخصا آخر منه إلى مكة إذ اللازم أن يكون قصد الموجه من البلد الحج و المفروض أن مقصده النجف مثلا و هكذا فما أتى به من السير ليس مقدمة للحج و هو نظير أن يستأجر شخصا لعمره التمتع و شخصا آخر للحج و معلوم أنه مشكل بل اللازم على القائل بكفايته أن يقول بكفاية استئجار شخص للركعة الأولى من الصلاة و شخص آخر للثانية و هكذا يتمم.

خارج از ذی المقدمه است. حتی نظیر هم نمی باشد. اینکه در این دو مثال در حکم متفاوت عمل کرده اند شاهد بر عدم ربط این دو مسئله به هم است.

اما حج و عمره تمتع:

این عمل یک واجب ارتباطی است و در واجب ارتباطی نیفتاده است که یک نفر باید اتیان کند اما نیابت در جای خودش گفته شده است که خلاف اصل است ما در تصحیح یک عمل نیابی باید اطلاق داشته باشیم ما در حج و عمره اطلاق نداریم که نیابت در آنها مطلقا درست است آنکه داریم اجمال دارد قدر متیقن این است که نائب یک نفر باشد. اگر دو نفر آورد اطلاق بر صحت این عمل و نیابت نمی باشد و نیابت دلیل بر صحت می خواهد چرا که خلاف اصل است. لذا دو نفر را نمی توان اجیر بر عمره و حج تمتع کرد.

بعد مرحوم سید می فرمایند اگر اینجا درست باشد، باید در نیابت بر نماز بتوان چند نفر را اجیر کرد مثلاً یکی برای رکعت اول و یکی برای رکعت دوم و در حالیکه این درست نمی باشد و روشن است که درست نمی باشد.

در یک نماز می توان چند نفر را اجیر کرد، اجیر مشکلی ندارد نیابت معلوم نمی باشد اجاره یک معامله است و نیابت یک عمل عبادی است و این دو با هم فرق می کند. آیا این اجاره درست است؟ ما قائلیم که اجاره بر اعمال باطله جایز است. مشهور قائلند که این عقد اجاره باطل است، ما قائلیم این عقد اجاره درست است. اینها می گویند که اجاره باید غرض عقلائی و صحت شرعی داشته باشد.

ما گفتیم غرض عقلائی لازم نمی باشد. بلکه یکبار او را اجیر می کند بر نماز بی وضوء به قصد تشریع در اینجا این اجاره باطل است کلاً ما اجاره بر عملی که وفاء به آن محرم است را باطل می دانیم.

سید طبق مبنای خودشان درست گفته اند اما ما بین اجاره و نیابت تفکیک کردیم و گفتیم می تواند اجاره صحیح باشد و در عین حال عملی که نیابت شده باطل باشد مثل ما نحن فیه که اجاره صحیح می باشد و نیابت باطل می باشد.

١ العشرین: إذا استوجر للصلاة عن الميت فصلی

و نقص من صلاته بعض الواجبات الغير الركنية سهوا

فإن لم يكن زائدا على القدر المتعارف الذي قد يتفق أمكن أن يقال لا ينقص من أجرته شيء و إن كان الناقص من الواجبات و المستحبات المتعارفة أزيد من المقدار المتعارف ينقص من الأجرة بمقداره إلا أن يكون المستأجر عليه الصلاة الصحيحة المبرئة للذمة...^٢

مرحوم سید در این مسئله می فرمایند اگر کسی را اجیر کردند برای اینکه نماز به جا بیاورد از طرف میت و در این نماز واجبات غیر رکنی را فراموش کرد مثلا قرائت یا ذکر رکوع را فراموش کرده است سید می فرمایند که اگر این مقدار فراموشی متعارف باشد از اجرة المسمى کم نمی شود. اما اگر بیش از متعارف بود به آن مقدار از اجرة المسمى کم می شود مگر این که اجیر شده باشد بر نمازی که مبرء ذمه باشد و لو صد برابر بیش از متعارف نقص داشته باشد، فرضا مبرء ذمه است در آنجا باید تمام اجرة المسمى را بدهد.

١ چهارشنبه ۹۹/۱۱/۲۹.

٢ العشرین إذا استوجر للصلاة عن الميت فصلی و نقص من صلاته... و نظیر ذلك إذا استوجر للحج فمات بعد الإحرام و دخول الحرم حيث إن ذمة الميت تبرأ بذلك فإن كان المستأجر عليه ما يبرئ الذمة استحق تمام الأجرة و إلا فتوزع و يسترد ما يقابل بقية الأعمال.

وقتی شخصی اجیر می شود برای یک عمل اگر نگفته باشند که به چه کیفیتی باشد ظهورش در کیفیت متعارفه است مثلاً کسی را اجیر می کنیم که ما را با ماشین از قم به تهران ببرد اما تعیین نمی کنیم که به چه سرعتی، باید به سرعت متعارف ببرد مثلاً متعارف دو ساعت است ایشان نمی تواند که یک ساعته یا سه ساعته من را ببرد ظهور اجاره بر نحو متعارف است و در اجاره برای نماز هم ظهور بر نماز متعارف دارد مثلاً متعارف این است که در صد نماز یکبار فراموشی داشته باشد. اگر بیش از متعارف نقص داشت که این به اجاره عمل نکرده است. تا اینجا کلام سید درست است اما ذیل این مسئله گفته است که اگر بیش از متعارف بود، باید به مقدار نقص اضافه بر متعارف، از اجرة المسمی کم شود مثلاً یک درصد از متعارف بیشتر بود باید از اجرة المسمی یک درصد را کم کند که در صد دینار، یک دینار است.

دقت کنید این توضیحی می خواهد: تارة این عمل مستأجر علیه که اتیان نمی شود عرف این عمل و اجاره را انحلالی را نمی بیند لذا لایستحق شیئاً مثلاً ما کسی را اجیر می کنیم که ما را به تهران ببرد اما اجیر ما را در وسط راه می گذارد در اینجا فهم عرفی این است که به مستأجر علیه عمل نکرده و مستحق شیئی نمی باشد. اما یکبار اجیر شده بود بر بردن صد کارتن و هشتاد را برد، در اینجا عرف اجاره را انحلالی می بیند لذا اجرة هشتاد کارتن را می دهد اما اجرت بیست کارتن را نمی دهد اینطور نمی باشد که هیچ اجرتی به او ندهد. مرحوم سید می فرمایند که این نماز هم اینطور است که اگر متعارف این بود که در صد نماز، یک بار فراموش می کند و یک درصد از نمازها ناقص است و ایشان دو نماز را فراموش کرد در اینجا یک درصد از اجرة المسمی کم می باشد. تا اینجا هم درست است یعنی کلام مرحوم سید در جایی است که عرف عمل را انحلالی می بیند.

الا اینکه اجیر بر عمل مبرء شده باشد این قرینه بر این است که آن عمل و مستأجر علیه عمل متعارف نمی باشد بلکه عملی که مبرء باشد چه به نحو متعارف و چه به نحو غیر متعارف.

بله گاهی وقتها این مبرء للذمه مراد عمل صحیح متعارف است که باز مستأجر علیه صحیح متعارف است فرض سید این است که وقتی می گوید که من تو را اجیر کردم بر نماز مبرء یعنی مبرء باشد سواء كان متعارف باشد یا متعارف نباشد.

تا اینجا با مرحوم سید موافقیم.

۱...و نظیر ذلك

إذا استوجر للحج فمات بعد الإحرام و دخول الحرم حيث إن ذمة الميت تبرأ بذلك فإن كان المستأجر عليه ما يبرئ الذمة استحق تمام الأجرة و إلا فتوزع و يسترد ما يقابل بقية الأعمال.

در بحث نیابت داریم که اگر شخص نائب همین که محرم شد، بعد از احرام و دخول در احرام ذمه منوب عنه فارغ می شود این را روایت داریم. حالا اگر شخصی را اجیر کنیم که برای این شخص حجبی به جا بیاورد و این نائب بعد از احرام و دخول الاحرام فوت شد و ذمه منوب عنه بریء شد در اینجا باید تمام اجرة المسمى را بدهیم یا به مقداری که اتیان کرده است؟ باید به همان مقدار انجام شده، از اجرة المسمى بدهیم. اگر نه دهم مال مسافت بوده است مثلاً حج بلدی را اجیر شده است، باید نه دهم را بدهد.

بعد سید می فرمایند که مگر اجیر شده باشد بر ابراء ذمه ميت و این ابراء کرد لذا مستحق تمام اجرة است.

^۱العشرين إذا استوجر للصلاة عن الميت فصلی و نقص من صلاته بعض الواجبات الغير الركنية سهوا فإن لم يكن زائداً على القدر المتعارف الذي قد يتفق أمكن أن يقال لا ينقص من أجرته شيء و إن كان الناقص من الواجبات و المستحبات المتعارفة أزيد من المقدار المتعارف ينقص من الأجرة بمقداره إلا أن يكون المستأجر عليه الصلاة الصحيحة المبرئة للذمة ...

این فرمایش سید علی القاعده است چون فرضاً اعمال حج انحلالی است بله اگر شخص را اجیر کنیم که برود به مکه اما به مکه که رفت و محرم شد اعمال را عمداً انجام نداد اینجا مستحق هیچ اجرتی نمی باشد و عرف این عمل را انحلالی نمی بیند یا به مکه رفت و اتفاقاً دستگیر شد باید به مقدار بدهد با اینکه ذمه میت فارغ نشده است چرا که روایت در مورد فوت است. لذا باید ببینیم که عرف انحلالی می بیند یا خیر، اگر انحلالی دید به مقدار و بالنسبة از اجرة المسمى می برد، یکدفعه بر حج اجیر شده است در قسم دستگیر شده انحلالی می بیند و باید به نسبه اجرة را به او بدهند به عبارت دیگر در مثال عمدی مستحق اجرتی نمی بیند و در مورد دستگیر شدن او را مستحق اجرة المسمى می بیند اما بالنسبة، این علی القاعده است اما اگر بر ابراء ذمه اجیر کرده باشند در هیچ کدام مستحق شیئی نمی باشد.

کلام المرحوم السید البروجردی: أنا نکف بالطبیعة و الطبیعة بالنسبة إلى الأفراد و حالاتها مختلفة فحج الميت صرف الدخول في الإحرام.

مرحوم آقای بروجردی در تعلیقه مطلبی فرمودند. ایشان فرمودند: «الأجیر علی الحجّ إنما يستأجر للإتيان بطبيعة الحجّ لا علی تفریغ الذمة و لا علی الأعمال المخصوصة بما هي هي فإذا أتى بما هو مصداق للحجّ استحقّ الأجرة بتمامها قلّت أعماله أو كثرت»^۱ محصل فرمایش ایشان این است که حج نسبت به کسی که می میرد همین مقدار است که داخل حرم شود و محرم شود اما نسبت به کسی نمی میرد از احرام است تا انتهای اعمال حج. اینجا توضیح داده است که کلاً ما که اجیر می شویم برای حج، اجیر برای طبیعی حج می شویم و طبیعی حج نسبت به افراد و احوال مختلف است کسی که می میرد، حشش همین مقدار است و کسی که نمی

^۱ العروة الوثقى (المحشى)؛ ج ۴، ص: ۵۴۲.

میرد بیشتر است این استظهار ایشان از روایت است که حج نسبت به میت همین مقدار است.
این فرمایش ایشان است.

مناقشه: أن الحج الأعمال المخصوصة المشهورة مطلقا و لكن الشارع سقط التكليف على الميت بالدخول في الإحرام.

این فرمایش درست نمی باشد، حج اسم است برای مجموعه ای از مناسک و اعمال اما اینکه ذمه بریء می شود، این دست شارع است و گفته است این مقدار را به عنوان امتثال قبول کردم و الا معلوم است که حج احرام به تنهایی نمی باشد خیر این عمل حج نمی باشد و این شخص امتثال نکرده است اما مسقط است ما اعمال داریم که مسقط است و اعمالی داریم که امتثال است. در مورد این میت تکلیف ساقط شده است اما حج امتثال نشده است.
این دوره سوم از اجاره است.

هذا تمام الكلام في كتاب الإجارة در روز چهارشنبه ۲۹ بهمن ۱۳۹۹ مطابق با ۵ رجب
۱۴۴۲. الحمد لله أولا و آخر. اللهم اجعل عواقب امورنا خيرا.