

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مدد الاعلام الأوحى فى فقه الاحكام الجعفرى (ع)

تقريرات خارج الفقه الجعفرى

للأستاذ السيد محمود المددى الموسوى

بتحرير الفقير مهدي بهرام بيكى

سنة ١٤٤١ هـ.ق (٩٨-٩٩ هـ.ش)



19 يجوز استئجار المرأة للإرضاع
20 البحث عن المسئلة:
20 المقام الأول: في الإرضاع الذي هو تملك العمل.
20 نظرية المشهور في صحة إجارة على الأعمال شرعا: لا بد أن يكون العمل مقصودة عند العقلاء و
20 محلل.
21 مناقشتنا:
22 الإشكال الأول: نعتقد بأن الملاك في صحة العقد وجوب الوفاء به شرعا، الصحة عند العقلاء.
22 الإشكال الثاني: في الصحة العقلانية، لا يعتبر مالية العمل.
23 المقام الثاني الإجارة للرضاع وهي على قسمين:
23 القسم الأول: الإجارة للإتفاف بلبنها: لا إشكال في صحتها عند العقلاء لأنه منفعة محللة.
24 القسم الثاني: الإجارة بنحو يكون لبنها للطفل: محول إلى مسئلة 12.
24 أما البحث في مسئلة الغرر:
27 مسألة 8: إذا كانت المرأة المستأجرة مزوجة
27 لا يعتبر في صحة استئجارها إذنه ما لم يناف ذلك لحق استمتاعه
27 الفرع الأول: هل نحتاج إلى إذن الزوج في صحة إجارتها للإرضاع؟
28 دليل المرحوم السيد في عدم الإحتياج إلى إذن الزوج: لأن لبنها ليس ملكا له.

مناقشتنا: لا ملازمة بين عدم ملكيته للبلن وعدم الإحتياج إلى إذنه، فهو ليس لها ومع ذلك

يعتبر اذنها في الإيجار. 29

مختارنا: لا يحتاج إلى إذنه. 29

الفرع الثاني: 30

مقدمة: في المراد من حق الإستمتاع: وجوب تمكينها إذا طالب الزوج. 30

مثالي در فقه: 30

... نعم لو نافي ذلك حقه 31

يقع البحث في جهات: 32

الجهة الأولى: في الإحتياج إلى إذن الزوج إن كانت منافية لحق إستمتاعه: إرتكازنا يحكم به و

بطلانها في عدم إذنه أو إجازته. 32

سوال: لماذا يتقدم العقلاء حق الإستمتاع على حق مطالبة الأجير للعمل المستأجر؟ 33

الجواب: لحفظ النظام الإجتماعي ودفع الخلل فيه، يتقدم السبب الأول على الآخر. 33

الجهة الثانية: متى يبطل عقد الإجارة؟ بمطالبة الزوج أو بنفس التنافي لحقه؟ بمجرد تنافيها لحقه لأن

امضاء العقلاء ليس ترتيبيا. 34

الجهة الثالثة: للزوج حق الرجوع في إذنه أو إجازته؟ لا لحفظ النظام الإجتماعي. 35

الجهة الرابعة: إذا وجد الزوج الغائب في أثناء المدّة إنفسخ العقد أو تبطل؟ انحلائية مثل هذه العقود

عند العقلاء يحكم ببطلان العقد بالنسبة إلى مدّة حضور الزوج. 35

36تنبيه:

36مسألة 9: لو كانت الامراة خلية.

36

37فأجرت نفسها للإرضاع أو غيره من الأعمال.

37مقدمة:

38وجه تقدم حق المستأجر على حق الزوج:

38الوجه الأول: عدم إطلاق دليل يدل على حق الإستمتاع للزوج.

39الوجه الثاني: تقديم العقلاء المحق الذي يكون سببه متقدم.

42حتى أنه إذا كان وطؤه لها مضرا بالولد منع منه.

43مسألة 10: يجوز للمولى إجبار أمته على الإرضاع إجارة أو تبرعاً،

43قته كانت أو مدبرة أو أم ولد.

45مسألة 11: لا فرق في المرتضع.

بين أن يكون معيناً أو كلياً ولا في المستأجرة بين تعيين مباشرتها للإرضاع أو جعله في ذمتها...

45

46فلومات الصبي في صورة التعيين.

48بخلاف مالو كان الولد كلياً.

48إلا مع تعذر الغير من صبي أو مرضعة.

مختارنا:	49
في تعذر المرتضع: كان العقد صحيحا عند العقلاء مطلقا.	49
في تعذر الرضعة: العقد منفسخ لأن الأجير لا يعمل بالعقد إختيارا.	50
مسألة 12:	51
...يجوز استيجار الشاة للبنها	53
أقسام إجارة الأعيان:	54
القسم الأول: فيما إذا لم يكن إستيفاء المنفعة بإستهلاك مال.	54
القسم الثاني: فيما إذا كان الإستيفاء بإستهلاك مال وهذا محل الكلام.	54
الأقوال في المسئلة: البطلان والصحة مطلقا والتفصيل.	55
الشبهة الموجبة للإختلاف: انعدام العين بالإستيفاء وحقيقة الاجارة بقاء العين واستيفاء المنفعة.	55
مختارنا: لهذه المسئلة ثلاث صور:	56
الصورة الأولى: إذا كان الإجارة على الإلتفاع فقط وكان الثمرة للمالك لا للمستأجر: فالعقد صحيح و لكن ليس بالإجارة.	57
الصورة الثانية: كان الإجارة على تملك الثمار: هذا حقيقة بيع و صحيح.	58
قول السيد: هذا العقد إجارة و صحيحة لأن الثمار عند العرف منفعة الشجرة.	58
مناقشة: ليست هذه منفعة عند العرف وإن نسلم لا يكون منفعة مرادة في حقيقة عقد الإجارة.	59

الصورة الثالثة: كانت الإجارة على الجامع بين الإلتفاع أو قصد التملك: هذا العقد صحيح ولكن	
ليس بالإجارة.	60
مسألة 13: لا يجوز الإجارة لإتيان الواجبات العينية	62
كالصلوات الخمس	62
الأقوال في المسئلة:	64
التحقيق في المسئلة:	65
الجهة الأولى: في الواجبات التوصلية.	66
الوجوه التي يستدل بها على بطلان الإجارة:	66
الوجه الأول: أن الواجب ملك الشارع ولا يثبت اذنه في تملكه.	66
مناقشة: إن كان المراد من الملكية وجوبه شرعاً لا منافاة مع الإجارة وإن كان المراد ملكية	
الإعتبارية لا تثبت هذه الملكية عقلاً.	67
الوجه الثاني: لأن العمل الواجب غير محترم وغير المحترم لا مالية له فالإجارة عليه باطلة.	68
مناقشة: إن غير المحترم ما ليس ضمان في قبالة وهذا نفس المدعى ومصادرة على المطلوب. ...	69
الوجه الثالث: أن هذه الإجارة لغو لأن المستأجر يجوز له الإلزام وإن لم أجره.	70
مناقشة المرحوم الخوئي: أن الإلتزام العقدي شيء والإلتزام الشرعي شيء آخر لهما أثر مختلفة.	71
نكته: هذا الوجه والإشكال متوقف على أن لكل مكلف ولاية على الزام التارك على	
المعروف.	72

- الوجه الرابع: عدم السلطنة على الواجبات. 72
- مناقشة: إن كان المراد منها السلطنة التكليفية فبطلانها أول الكلام وإن كان السلطنة الوضعية لا منافاة بينهما. 73
- الوجه الخامس: أن هذه الإجارة سفهية وأكل المال بالباطل. 74
- مناقشة: ليست بسفهية لإمكان الإلتزام بالعقود دون الواجبات الشرعية وأن المعاملة السفهية ليست بباطلة مادام لا يكون طرف العقد سفهيا. 75
- الوجه السادس: أن وجوب فعل على المكلف لأجل مصلحة للعامل وأخذ الأجرة على العمل الذي ليس فيه مصلحة للمستأجر أكل المال بالباطل. 76
- مناقشة: بعد عدم قبول وجوب التكاليف لمصلحة العبد، لم تكن هذه الأجرة باطلا عند العرف والعقلاء فلا يكون أكلها أكلا بالباطل. 77
- نكتة: 77
- مختارنا: 77
- ينبغي التنبيه على أمور: 81
- الأمر الأول: استثناءات المرحوم الخوئي على القول بجرمة أخذ الأجرة عليها. 82
- الأمر الثاني: استثناء الواجبات النظامية من الواجبات الكفائية التوصيلية عند المشهور. 83
- مختارنا: 84
- إذا قلنا بجرمة الإخلال في النظام المعيشي فقط فمعناه إنكار الواجبات التوصيلية فعدم الإشكال واضح. 85

- 87 إذا قلنا بوجوب حفظ النظام المعيشي:
- 88 الأمر الثالث: عدم مجيء أدلة المنع التي مضت ذكرها في الإجارة على المستحبات.
- الأمر الرابع: بطلان عقد الإجارة على فعل المحرمات لأن الوفاء بها ممنوع إما عرفاً إما عقلاً إما
88 شرعاً إما قانوناً.
- الجهة الثانية: أخذ الأجرة على الواجبات التعبدية وقبل الورود يجب التنبيه على نكتتين: ... 89
- النكته الأولى: المراد من العبادة، المعنى الإصطلاحي وهو عمل يشترط في صحته إتيانه قريباً.
89
- النكته الثانية: أعمية هذا البحث من جهتين: 90
- الجهة الأولى: يشمل البحث حتى المستحبات. 90
- الجهة الثانية: يشمل البحث الأجير غير المكلف. 90
- الشبهة العويصة في صحة هذه الإجارة: لا تجتمع القرينة مع الأجرة. 91
- الجواب الأول من جماعة منها المرحوم السيد الخوئي: أن الأخذ للعمل بالواجبات منها الوفاء بالعقد،
قريب. 92
- مناقشتان: 92
- المناقشة الأولى: أن الجواب اخص ولا يشمل الجمالة التي ليس الوفاء بها واجبة. 92
- ان قلت: 93
- قلت: 93
- المناقشة الثانية: ليس الواجب على المكلف الإتيان بها بقصد الوفاء. 93

الجواب الثاني، جواب كثير من المتأخرين: أن المهم في القرية الداعى الأول والأخذ الداعى الثانى

لا الأول 94

مناقشتان: 95

المناقشة الأولى: ليس هذا من قبيل علة العلة 95

المناقشة الثانية: مناقشة في الأمثلة 97

الجواب الثالث: أن اللازم في الصحة البناء والفرض على القرية وإن كان العلة الواقعية أخذ الأجرة.

..... 97

مناقشة: لا يصح هذا المقدار ارتكازا ويلزم منه صحة عمل الرأى 99

الجواب الرابع، مختارنا سابقا: أن اللازم في الصحة ارتكازا، عدم الرياء في العمل وإن لم يكن

الداعى التقرب 99

مناقشة: لازم هذا الجواب صحة العمل لتصحيح البدن والإتفاق على بطلانه 100

الجواب الخامس، مختارنا الذى يتوقف على مقدمتين: 100

المقدمة الأولى: انما نحن نعمل لأنفسنا لا لله كما أشار إليه الفلاسفة 101

المقدمة الثانية: أن أعمالنا لا يفيد الله أصلا ولا يضر 102

النتيجة: أن القرية أمر ارتكازى لا نقدر على تعريفه يصدق على العمل للجنة وخوف النار. 103

أما صدقها على مانحن فيه: يصدق عند ارتكاز المشرعة لأن العمل الذى يجير لها من الميت، عمل

قربى وهذا المقدار كاف فى صدق ارتكازا 103

الحاصل: أن القرية عمل على كيفية تصدق عند ارتكاز المشرعة والمؤمنين 104

مسألة 14: يجوز الإجارة لكنس المسجد	105
والشهد وفرشها	105
وجه الصحة:	105
عندنا: صحتها عرفاً	105
عند المشهور: عمل محلل ومقصود عند العقلاء	106
مناقشة: أن العمل السفهي ليس بباطل والباطل عمل السفهي فلا يلزم أن يكون مقصوداً عند العقلاء	106
مسألة 15: يجوز الإجارة لحفظ المتاع	107
أو الدار أو البستان مدة معينة	107
... واشتراط الضمان لو حصلت السرقة	108
توضيح المسئلة:	108
مقدمة: يجب التنبيه على نكتتين:	108
النكتة الأولى: أن الشرط على قسمين:	109
شرط الفعل: أن من شرط عليه يلتزم على إتيان عمل	109
شرط النتيجة: حصول أمر عند حصول العقد	109
النكتة الثانية في معنى الضمان: هو اشتغال الذمة	109
أنظار في اشتغال الذمة والضمان:	110

النظر الأول: أن التالف في المثلى ضامن المثل وفي القيمي ضامن القيمة.....	110
النظر الثاني المختار: أن التالف ضامن المثل مطلقا.....	110
أماذى المقدمة:.....	111
مسألة 16: لا يجوز استيجار اثنين للصلاة.....	113
عن ميت واحد في وقت واحد.....	113
...وكذا لا يجوز استيجار شخص واحد.....	118
...ويجوز ذلك في الحج المندوب.....	119
مسألة 17: لا يجوز الإجارة.....	123
للنيابة عن الحي في الصلاة.....	123
...نعم يجوز ذلك في الزيارات والحج المندوب.....	126
مسألة 18: إذا عمل للغير.....	133
لا بأمره ولا إذنه.....	133
مسألة 19: إذا أمر بإتيان عمل فعمل المأمور ذلك.....	136
فإن كان بقصد التبرع.....	136
شرح المسئلة:.....	138
الصورة الأولى إذا عمل العامل المأمور تبرعا: لا يستحق أجره لإلغاء الاحترام.....	138

- تعليقة: أن الإلغاء، إنشاء يحتاج إلى مبرر وقصد المجانية إلغاء إن جاء مع الإبراز ولو متأخرا وصرف
القصد من دون الإبراز لا يكفي..... 140
- الصورة الثانية، إذا أمر الأمر العامل مع قصد المجانية صراحتا أو بالقرينة: لا يستحق الأجرة لأن
العامل عمل مالم يأمر به والأمر أمر بما لم يعمل..... 145
- الصورة الثالثة، ما لا تكون صورتين السابقتين: أن الأمر ضامن بوجوه نذكرها: 146
- الوجه الأول من المرحوم السيد الحكيم: أن الأمر ضامن لأن طلبه استيفاء لمنفعة العامل
والإستيفاء سبب الضمان..... 147
- مناقشة: أن الإستيفاء مالم يكن موجبا للإتلاف لا يكون سببا للضمان..... 148
- الوجه الثاني: أن الأمر ضامن للإجارة أو المجاعة الفاسدة المعاطية..... 148
- مناقشة: أن العقود من العناوين القصدية والمفروض أنها لا يقصدونهما..... 149
- الوجه الثالث: أن الأمر متلف لمنفعة العامل والإتلاف سبب الضمان..... 149
- مناقشة: ليس الإتلاف مستند إليه لبيئونة إرادة العامل بين الأمر والتلف..... 149
- الوجه الرابع: أن الأمر ضامن لإحترام عمل المسلمان..... 150
- مناقشة: أن احترام العمل موجب لضمان متلفه والمفروض أن التلف ليس مستندا إلى الأمر..... 152
- الوجه الخامس: ضامن للتلف تحت اليد..... 153
- مناقشة: أن المراد من التلف في القاعدة، تلف الأموال لا الأعمال أولا وليس هذا من قبيل
الإستيلاء على الأعمال ثانيا..... 153

الوجه السادس: الضمان بالغرور.....	154
مناقشة: للضمان بالغرور شرائط ليست هنا منها الغرور في الأموال لا الأعمال.....	154
الوجه السابع: أن الأمر والطلب من أسباب الضمان المستقلة عند السيرة.....	155
...ولو تنازعا بعد ذلك في أنه قصد التبرع أولا.....	157
الصور المحتملة في النزاع:	158
الصورة الأولى: رجعا إلى المحاكم لبيان الوظيفة الشرعية.....	158
الصورت الثانية: رجعا إلى المحاكم لقضاء بينهما في هذه الصورة إحتمالان في المراد من الرجوع إلى الأصل:	158
الإحتمال الأول: الرجوع إلى الأصل للقضاء: لا يجوز الرجوع اليه في القضاء.....	159
الإحتمال الثاني: الرجوع إلى الأصل لتعيين المنكر: لا يجوز لأن المعين العرف لا الأصل..	159
مسألة 24: يجوز استيجار.....	170
من يقوم بكل ما يأمره من حوائجه.....	170
...والأقوى أن نفقته على نفسه لا على المستأجر.....	171
فصل 7: في التنازع	175
مسألة 1: إذا تنازعا في أصل الإجارة.....	175
قدم قول منكرها مع اليمين.....	175
يذنبى التنبيه إلى نكات:	177

النكته الأولى: بيان السيد، بيان لوظيفة القاضى المنسوب.	177
النكته الثانية: كيفية اليمين والبيئة فى القضاء الشرعى.	179
النكته الثالثة: وجود الاختلاف فى تشخيص المدعى والمنكر.	179
النكته الرابعة: حكم الرجوع إلى القاضى المنسوب والتحكيم وكيفية قضائهما.	180
النكته الخامسة: الفرق بين القاضى المنسوب والقاضى التحكيم.	182
النكته السادسة: القضاء فى زماننا هذا ليس قضائاً إنفرادياً بل قضاء مجتمع وبينهما فروق:..	185
الفارق الأول:	185
الفارق الثانى:	186
الفارق الثالث:	186
الفارق الرابع:	186
الفارق الخامس:	187
الفارق السادس:	187
مسألة 2: لو اتفقا على أنه أذن للمتصرف فى استيفاء المنفعة.	190
ولكن المالك يدعى.	190
مسألة 3: إذا تنازعا فى قدر المستأجر.	198
قدم قول مدعى الأقل.	198
مسألة 4: إذا تنازعا فى رد العين المستأجرة.	204

204	قدم قول المالك.
206	مسألة 5: إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكاري
206	تلف المتاع من غير تعد ولا تفريط.

مسأله ۷:

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

توضیح:

ما دو اجاره داشتیم:

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

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

بعد مرحوم سید فرمودند در اجاره انسان هر دو شکل ممکن است تارة ما می توانیم اجیر شویم بر خیاطت یعنی عمل خیاطت را می توانیم به مستأجر تملیک کنیم بعد فرمودند انسان می تواند منافع خود را تملیک کند، حال یا منفعت خاص یا همه منافع خود را مثلاً عمرو تمام منافع خود را در یک روز تملیک می کند به مستأجر بعد مستأجر هر منفعتی را که می خواهد

استیفاء می کند می تواند از او خیاطت یا خطاطی یا نظافت بخواهد یا بگوید مشغول رانندگی بشو. فرض کردیم جناب اجیر منافع یک روزش را تملیک به مستأجر کرده است پس انسان دو گونه می تواند اجیر شود یکی اینکه عمل خودش را تملیک کند و یکی اینکه منفعت خودش را تملیک کند وقتی منفعتش را تملیک کرد این به دست مستأجر است که آن منفعت را کی و چگونه استیفاء کند.

در انسان تملیک منفعت دو قسم است: تارة برای این که مستأجر استیفاء منفعت کند نیاز به فعل اجیر است و گاهی نیاز به فعل نمی باشد. مثلاً کتابت را در نظر بگیرید باید اجیر مشغول کتابت شود اما گاهی اوقات این اجیر لازم نمی باشد عملی را انجام دهد بدون اینکه عملی را انجام دهد منفعت خودش را تملیک می کند و خود مستأجر آن منفعت را استیفاء می کند مثال خارجی آن کم است 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 گاهی 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 استئجار المرأة للإرضاع

بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنها وإن لم يكن منها فعل مدة معينة^١ ولا بد من مشاهدة الصبي الذي استؤجرت لإرضاعه لاختلاف الصبيان^٢ ويكفي وصفه على وجه يرتفع الغرر وكذا لا بد من تعيين المرضعة شخصاً أو وصفاً على وجه يرتفع الغرر^٣ نعم لو استؤجرت على وجه يستحق منافعها أجمع التي منها الرضاع لا يعتبر حينئذ مشاهدة الصبي أو وصفه^٤ وإن اختلفت الأغراض بالنسبة إلى مكان الإرضاع لاختلافه من حيث السهولة والصعوبة والوثاقة وعدمها^٥ لا بد من تعيينه أيضاً.

١ قيد استئجار است.

٢ بعضى از بچه ها دندان دارند و مريض اذيت مى شود و بعضى دندان ندارد.

٣ گاهى اوقات خود زن بچه دارد كه شير طبيعتا كم مى شود و تارة بچه ندارد.

٤ چرا كه ديگر غرر معنا ندارد چرا كه تمام منافع او مال مستأجر است.

٥ مكان مطمئن است يا خير؟ خانه خودش مطمئن است.

البحث عن المسئلة:

بحث در این مسئلة:

در دو مقام بحث می کنیم:

مقام اول در ارضاع که تملیک عمل است.

مقام دوم در رضاع که تملیک منفعت است.

المقام الأول: فی الإرضاع الذی هو تملیک العمل.

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

نظرية المشهور فی صحة إجارة علی الأعمال شرعا: لابد أن یكون

العمل مقصودة عند العقلاء ومحلل.

فقهاء قائلند هر عملی که حلال باشد شرعا و آن عمل مقصود عند العقلاء باشد اجاره بر این عمل صحیح است. در ما نحن فیه 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 مقصوده عند العقلاء و حلیت را زده اند؟ و چطور نتیجه گرفته اند این عمل شرعا صحیح است؟

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

این حلیت از کجا آمده است؟ آن عمل اگر عند الشارع حرام باشد این دلیل «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:

الإشكال الأول: نعتقد بأن الملاك في صحة العقد ووجوب 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 صحت دارد، شرعا عمل به آن واجب است. حال می رویم سراغ این دو قید که مقصود است عند العقلاء و این که حلال باشد.

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

این که مقصود عند العقلاء باشد که مالیت داشته باشد ما گفتیم در عقود مالیت آن شیء اعتبار ندارد می توانیم کسی را اجیر کنیم یا شیئی را بفروشیم که مالیت نداشته باشد 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 عرفا^۱ یا قانونا یا شرعا یا عقلا^۲ این را عقلاء امضاء نمی کنند. این عبارت اخری وفاء به عقد

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

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

است که قبلا گفتیم چون در اینجا اجاره بر اعمال است انجام و تسلیم عمل یعنی وفاء به عقد که این عمل فرضا حرام است لذا وفاء به آن هم می شود حرام.

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

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

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

اما این که باید حلال باشد در اجاره بر اعمال این را قبول داریم.
لذا اگر زنی را برای شیر دادن اجیر کردیم این اجاره صحیح است.

المقام الثانی 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 يكون 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 فی 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 می‌گوییم عند الشارع باطل است.

غرر یعنی جهالتی که نوعاً و غالباً مورد نزاع و اختلاف شود.

ما گفتیم اولاً غرر شرعاً معتبر نمی‌باشد چرا که دلیلی که برای غرر گفته شده است معتبر نمی‌باشد.

اما اینکه عند العقلاء غرر عدمش شرط است و معامله غرری باطل است این را هم قبول نکردیم این بر می‌گردد به اختلاف ما با قوم در عقلاء و دستگاه.

اینها گفته‌اند عقلاء دستگاه معاملاتی دارند و رفته‌اند این دستگاه را کشف کنند.

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

۱ کما اینکه عرف عام هم دستگاه معاملاتی ندارند. (همین جلسه اس‌مد).

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 مثلا در یک زمان تحصیل مال راحت نمی باشد، نسبت به غرر سخت گیری می کنند و در زمانی تحصیل مال راحت است، سخت گیری نمی شود مثل معاملات شانسی، در شانسی تارة قیمت آن هزار و گاهی ده هزار است. باید غرر به مقداری باشد که در آن زمان و آن عرف ضرر نباشد. اگر ضرر نباشد این غرر را مخل به عقد نمی دانند.

مثلا 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 مثلا 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 اصلا معلوم نمی باشد که اجاره خانه چه مقدار است.

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

هذا تمام الكلام في 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 زنى مزوجه بود و خواست اجير براى ارضاع شود آیا در صحت اجاره، اجازه شوهر معتبر است يا خير؟ اين مسئله را در دو فرع بيان مى کنند:

الفرع الأول: هل نحتاج إلى إذن الزوج فى صحة إيجارتها للإرضاع؟

فرع اول: آیا اذن يا اجازه ی شوهر لازم است يا خير؟

گفته اند تارة اين ارضاع و اجاره با حق زوجه و استمتاع زوج مزاحم نمى باشد در اين صورت لازم نيست اذن چرا كه وقتى شوهر مطالبه مى كند، تمكين مى كند و زمانى كه مطالبه نمى كند ارضاع مى كند.

١ چهارشنبه ٩٨/٠٦/٢٧.

٢ الولد.

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: لِأَن لَبْنَهَا لَيْسَ مِلْكًا لَهُ.

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 عقلائا 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. بلکه 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:

می گوئیم داین نسبت به مدیون حق المطالبه دارد. حق المطالبه جواز مطالبه نمی باشد معنایش این نمی باشد 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 می توانی 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 نمی باشد.

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

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

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

این مقدمه.

اما متن در فرع دوم:

...نعم لو نافی ذلك حقه

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

مرحوم سید فرموده است که اگر زوجه ای باشد که زوج او غائب است، شش ماهه اجیر شد برای ارضاع یک 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

۱ زوج.

۲ الإستیجار.

منافات دارد چرا که مثلاً 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 اصلاً 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:

الجهة الأولى: فی الإحتیاج إلى إذن الزوج إن كانت منافية لحق إستمتاعه: إرتکازنا یحکم به و بطلانها فی عدم إذنه أو إجازته.

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

مثال:

مثلاً زنی اجیر شده است که شب برود و هر زمانی بچه نیاز داشت شیر دهد و زوج هم فقط شبها در خانه است ایشان می فرمایند این اجاره باطل است الا اینکه اذن دهد قبل از اجاره یا اجازه دهد بعد از اجاره. در اینجا ما هم ارتکازاً 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 عقلائاً 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 مثلاً در روز جمعه اجیر زید می شوم و بعد از دو ساعت می روم اجیر می شوم برای عمرو برای عملی در روز جمعه فقهاء می گویند اجاره اول صحیح است و اجاره دوم باطل است در آنجا هم سوال است که چرا اجاره دوم را بر اجاره اول مقدم می کنند؟ نکته اش چه می باشد؟

الجواب: لحفظ النظام 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 الإستمتاع، 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 می‌گوییم اذن معتبر می‌باشد. لذا اگر در اثناء اجاره، ازدواج کند حق مطالبه مستأجر مقدم است بر حق الاستمتاع شوهر که در مسئله بعدی می‌آید.

این یک جهت.

الجهة الثانية: متى يبطل عقد الإجارة؟ بمطالبة الزوج أو بنفس التنافي لحقه؟ بمجرد تنافيا لحقه لأن امضاء العقلاء ليس ترتيبيا.

جهت دوم این است که آیا این عقد همین که با حق الاستمتاع منافات داشت باطل است یا اگر شوهر مطالبه کرد می‌گوییم این عقد باطل است؟ فرض کنید یک ماه اجیر می‌شود برای ارضاع و اتفاقا در این یک ماه زوج مطالبه حق نکرد در اینجا منافات با حق زوج دارد اما مطالبه نکرد. نه امضاء نکرده است عقد را و نه اذن داده است و مطالبه هم نکرده است. آیا علی‌تقدیر 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 نمی‌باشد. 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 نمی‌کنند چرا که در صورت مطالبه هم باید صحیح باشد که امضاء نمی‌کنند یا باید ترتبی امضاء کنند که این کار را هم نمی‌کنند لذا امضاء نمی‌کنند. بله اگر غیبتی باشد که مطالبه او کأن لم یکن است در اینجا امضاء می‌کنند مثل اینکه شوهر زندان است.

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

جهت سوم در این است که وقتی زوج اذن داد آیا حق رجوع دارد یا خیر؟ زوج اجازه داد و گفت برو دو ماه اجیر بشو برای شیر دادن و بعد پشیمان شد آیا می تواند از اذن خودش برگردد؟ خیر نمی تواند برگردد 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 این عقد درست است یا خیر؟ در این مثال کشف می کند که این اجازه نسبت به چهار ماه درست بود و در مابقی که منافات با حق زوج داشت، باطل بوده است و فرضا نسبت به دو ماه اذن و اجازه ای هم ندارد لذا کلام سید که گفتند منفسخ می شود وجهی ندارد.

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 اجازه 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).

چرا می‌گوییم درست است؟ چرا که این نحو از عقود نسبت به مدت انحلالی است لذا نسبت به چهار ماه امضاء می‌کند و نسبت به ما بقی امضاء نمی‌کنند.

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.^۱ لذا تا اینجا تسلی بحث کردیم.

مسألة ۹: لو كانت المرأة خلیة



ایشان می‌فرمایند 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 الاستمتاع است و عمل به عقد اجاره چون اجیر شده است برای شیر دادن اینجا کدام حق مقدم می‌شود؟ می‌فرمایند عمل به عقد اجاره مقدم می‌شود لذا باید عمل کند به عقد اجاره نه اینکه

۱ چرا که این حق از امور و احکام وضعی است و در احکام وضعی تابع عرف هستیم و این دو حق با این اطلاق معلوم نمی‌باشد الا 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 الاستمتاع از ناحیه زوجه را بر می‌داریم. اینکه این روایت ممکن است مال عرف آن زمان بوده است این را در مورد آیات شریفه قرآن هم می‌گوییم بعضی ظهور دارد که مختص به همه مومنین در همه اعراف می‌باشد و بعضی فقط در مورد اصحاب پیغمبر و عرف آن زمان بوده است و بعضی مجمل است. البته اگر این خطاباتی که گفته اند که این حق برای زوج است اطلاق داشته باشد این باعث می‌شود 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 نمی‌کنند. (ب ک اج اس مد ۹۸/۰۶/۲۷).

حق زوج را بر حق مستأجر مقدم کند. مثلاً 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^۱ من الأعمال

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

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

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

۱ مثل نظافت.

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 حقی که شریعت برای شوهر قرار داده است دلیلش اطلاق ندارد که شامل این موارد شود که مسبوق به عقدی می باشد که زن قبل از ازدواج ملتزم شده است. در اینجا زن ملتزم شده است که من ساعت دو تا شش می آیم که بچه شما را شیر دهم

لذا دلیل که حق الاستمتاع را برای زوج اثبات می کند 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 علی القول به، اطلاق ندارد که این مورد را هم بگیرد.

این وجه اول.

الوجه الثانی: تقدیم العقلاء الحق الذی یکون 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 عبا را به عمرو فروختم می فهمم که شرط صحت متأخر این عقد واقع نشد و می فهمم این عقد در دیروز فاسدا واقع شد.

خوب این در معاوضات.

اما بریم سراغ التزامات:

من اجیر شدم که امسال بروم برای زید حج نیابی به جا بیاورم بعدش دوباره اجیر می شوم که برای 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 حق 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.

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).

در ما نحن فيه حق الاستمتاع یک حق عرفی و عقلائی است کما اینکه حق المستأجر حق عقلائی و عرفی است.^۱

بعد مرحوم سید از حق الاستمتاع یک پله بالاتر رفته است و فرموده است اگر 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 و طی و مباشرت حقی است برای زوج یکی از افراد استمتاع است و کلا مرد حق تمام استمتاعات متعارفه را دارد. در اینجا هم حق مستأجر مقدم می شود چرا که عقد اجاره مقدم است و اجیر شده است برای 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 تراحم بین الحقین می شود، اگر تراحم بین الحقین شود می شود مخیر اگر حقی اکثر اهمیتتا باشد، آن مقدم می شود. به لحاظ ارتکاز عرفی و مشترعه لعل حق مستأجر اهم باشد نسبت به حق زوج.

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

مسألة ١٠: يجوز للمولى إجبار أمته على الإرضاع إجارةً أو تبرعاً،

قنّة ١ كانت أو مدبرة أو أم ولد^٢

و أما المكاتبه المطلقة^٣ فلا يجوز له إجبارها بل و كذا المشروطة
كما لا يجوز في المبعضة^٤ و لا فرق بين كونها ذات ولد يحتاج إلى
اللبن أو لا لإمكان إرضاعه من لبن غيرها.

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

١ قنّه در مقابل قسیمش که مدبره است می باشد مدبره یعنی انت حر دبر وفاق قنّه یعنی امه محض.

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

٣ 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.

٤ کنیزی که مقداری از آن آزاد و مقداری از آن کنیز است.

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 مالکیت های او نسبت به سایر اشیاء غیر انسان، بوده باشد یک حدود و قصوری را داشت.

این یک نکته.

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

در عصر ما این حق مالکیت انسان بر انسان منسوخ شده است نمی دانیم در آن زمان این حق مالک نسبت به چه چیزهایی بوده است و در زمانی که بوده است به چه مقداری بوده است یا به لحاظ عرفها چه تفاوت هایی 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 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 پنجاهه 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:

۱ سه شنبه ۹/۰۷/۹۸.

۲ شیر خوار.

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 بیاور. هر دو اجاره ارکانش تمام است این عقدی است که عقلا در دست است.

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

...فلو مات الصبي في صورة التعيين

أو المرأة 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 مباشرتا 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 انفسخت 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 سه 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: كان العقد صحيحا عند العقلاء مطلقاً^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 مثلاً این خانه را برای سکونت به زید اجاره

۱ سواء كان العقد بنحو کلی أو شخصی.

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 سکناى 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.

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 تواند 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 عمدا 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 بقاء 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 المسمى 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 مرأة 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 استئجار 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 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^٤.

خوب تا اینجا مسئله را خواندیم و الان وارد در بحث شویم. بحث ما در کجاست؟

١ به خاطر این که اجاره بر عمل که ارضاع باشد نشده است.

٢ فرهنگ ابجدی متن ٢٠ الحُجْر- آغوش انسان؛ «نَشَأَ فُلَانٌ فِي حُجْرِ فُلَانٍ»: فلانی در کنف و حمایت فلان پرورش یافت، حرام؛... الحِجْر- ج حُجُور و حُجُورَة و أَحْجَار: آغوش انسان

٣ فرهنگ ابجدی متن ٢٧٨ الثَّدَى- ج ثَدِيّ و ثَدِيّ و أَثَدٍ (ع ١): پستان، مترادف (الثَّدَى) است... الثَّدِيّ- ج ثَدِيّ و ثَدِيّ و أَثَدٍ (ع ١): پستان زن که با آن کودک خود را شیر دهد. این واژه کاربرد مذکر و مؤنث دارد. الثَّدِيّ- ج ثَدِيّ و ثَدِيّ و أَثَدٍ (ع ١): مترادف (الثَّدِيّ) است.

٤ چون گفتیم این شیرو میوه و ماء عرفا منفعت حساب می شود.

أقسام إجارة الأعيان:

اجاره بر اعيان. اجاره بر اعيان دو قسم است: گفتیم اجاره بر اعيان 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 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 في المسئلة: البطلان و الصحة مطلقا و التفصيل.

اقوال عديدة 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.

مشکله 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 سکنی است و منفعت ماشین صلاحیت للركوب است. این منفعت و مصلحت را ما تملیک به مستأجر می کنیم.

حالا بیاییم بنابراین 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 الشجره 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 قابلیت‌هایی 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 تملك 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 لأن 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 مستقلى 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: لیست 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 اشتباها 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 لكن 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^۲ الإجارة لإتيان الواجبات

العينية

كالصلوات الخمس

و الكفائية كتغسيل الأموات^۳ و تكفينهم^۴ و الصلاة عليهم و كتعليم
القدر الواجب من أصول الدين^۵ و فروع^۶ و القدر الواجب من تعليم
القرآن^۷ كالحمد و سورة منه^۸ و كالقضاء^۹ و الفتوى^{۱۰} و نحو ذلك و لا يجوز
الإجارة على الأذان^{۱۱} نعم لا بأس بارتزاق القاضي و المفتي و المؤذن من

۱ سه شنبه ۹۸/۰۷/۱۶.

۲ مراد لا يجوز وضعی است یعنی لا یصح.

۳ واجب تعبدی است.

۴ واجب توصلی است.

۵ مثل توحید و نبوت اما تفصیل اینها لازم و واجب نمی باشد.

۶ واجبات و محرماتی که در محل ابتلاء مکلف می باشد.

۷ قرآن ۱۱۴ سوره دارد و تعلیم همه قرآن واجب نمی باشد بلکه بخشی از آن تعلیمش به مکلف واجب است که تعلیم حمد و یکی از سوره های که سجده واجب ندارد، باشد.

۸ القرآن.

۹ نسبت به کسانی که اهلیت دارند و کسانی که اهلیت ندارند قضاوت بر آنها حرام است.

۱۰ کاش می فرمودند الافتاء.

۱۱ اذان اعلام واجب کفایی است باید کسی اذان بگوید که دیگران متوجه دخول وقت شوند. اذان صلاقی مستحب

است.

بیت المال و يجوز الإجارة لتعليم الفقه و الحديث و العلوم الأدبية و تعليم القرآن ما عدا المقدار الواجب و نحو ذلك.

عنايت شود ما یک اجاره بر اعیان و یکی هم اجاره بر اعمال داشتیم مثلاً زید عمرو را اجیر می کند برای عملی. به زید، مستأجر و به عمرو اجیر یا موجر می گویند. بحث در ما نحن فيه در این است که آیا ما می توانیم اجیر شویم بر اعمال واجب؟ یا به تعبیر دیگر اخذ اجرت بر واجبات جایز است یا خیر؟ مراد از واجبات یعنی اعمالی که بر اجیر واجب است نه بر مستأجر. مستأجر شخص را اجیر می کند نسبت به عملی که آن عمل شرعاً بر اجیر واجب است مثل اینکه ما زید را اجیر می کنیم برای اینکه روزه ماه رمضان را بگیرد روزه ماه رمضان بر زید واجب است. زید را اجیر می کنیم برای اینکه نماز بخواند و خواندن نماز بر زید شرعاً واجب است. این بحث را اجاره بر واجب می گویند یا اخذ اجرت بر واجبات می گویند. حال این واجب تارة عینی و تارة کفائی است و اگر عینی باشد تارة تعینی و تارة تخییری است. و در جمیع صور این واجب تارة توصیلی است و تارة تعبدی است. الان محل کلام و بحث ما جمیع اقسام است. آیا ما می توانیم کسی را بر عملی که بر او واجب است اجیر کنیم یا این اجاره جایز نمی باشد یعنی باطل است؟ اعم از اینکه آن واجب، عینی یا کفائی باشد اگر عینی است تعینی باشد یا تخییری باشد و اعم از اینکه آن واجب تعبدی یا توصیلی 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 شرعاً 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 مجموعا سه قول است:

بطلان مطلقا.

صحت مطلقا.

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.

التحقیق فی المسئلة:

ما در دو جهت بحث می کنیم:

جهت اول در واجبات توصلیه 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.

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.

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.

الوجوه 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؟! مثلاً اذان اعلامی که واجب توصلی 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 مثلاً 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 فرضاً دلیلی بر چنین اذنی نداریم.

این وجه اول.

مناقشة: إن كان المراد من الملكية وجوبه شرعاً لا منافاة مع الإجارة وإن كان المراد ملكية الاعتبارية لا تثبت هذه الملكية عقلاً.

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 شرعاً ملزم است که اذان بگوید. منافاتی ندارد که بر همین اذان و عملی که شرعاً 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 عقلاً 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 گویند 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 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 منتها 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 مثلا ما می توانیم الزام کنیم بر رد امانت که شرعا 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؟! نهایتا می خواهیم الزام کنیم بر این عمل خوب قبل از اجاره می توانستیم الزام کنیم.

مناقشة المرحوم الخوئی: أن الإلتزام العقدی شیء و الإلتزام 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:

اولا 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 الإشكال متوقف على أن لكل مكلف ولاية على الزام التارك على 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 سفسه نیامده اند از راه لغویت جلو آمده اند فرق است بین لغویت و سفسه مثل اینکه یک انسان کور برود و عینک بخرد این معامله سفسه 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 على الواجبات.

وجه چهارم وجهی است از مرحوم میرزا. مرحوم میرازی نائینی فرموده بودند این شخص یک سلطنت شرعی 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 نداشتم 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 شرعاً 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 کفارات، 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^۱ 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.

ا 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. مثلاً 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. تقریباً تمام مشاغل اینطور می باشند کم حرفه ای است که اگر در جامعه نباشد نظام اجتماعی مختل نشود مثل گل فروشی که ظاهراً اینطور نمی باشد. اگر اصلاً 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. مثلاً 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 مجاناً 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 مثلا اگر طبابت نکنم این نظام اجتماعی مختل می شود لازم نمی باشد که بروم و طبابت کنم و لازم نمی باشد بروم و نانواپی 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 مطلقا 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 محل به اخلال فعلی و تارة محل به اخلال 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 محل به اخلال فعلی می باشد اما اگر محل به اخلال شأنی باشد یعنی اگر دیگران هم این رفتار را در پیش بگیرند محل به نظام اجتماعی می شود اما همه این قانون را رعایت می کنند. ما این اخلال 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 اخلال شأنی شده است بخلاف ما که گفتیم اخلال شأنی حرام نمی باشد آنچه که حرام است ایجاد اخلال فعلی است.

همه دلیلشان در وجوب حفظ نظام یا در حرمت اخلال، 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 مثلا 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 شرعا 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 فعلی.

ما ها اخصی هستیم فقط قائل به حرمت اخلاص فعلی هستیم.

پس ما اصلا واجبات نظامیه را قائل نمی باشیم.

إذا قلنا بوجوب حفظ النظام المعيشي:

اما اگر قائل شدیم به اینکه حفظ نظام اجتماعی واجب است:

إذا قلنا بجواز أخذ الأجرة على الواجبات التوصلية فجوازه أيضا واضح.

تارة گفتیم اخذ اجرت بر واجبات توصلیه جایز است خوب واضح است اخذ اجرت بر واجبات نظامیه بلا اشکال است و عقد اجاره هم صحیح است.

إذا قلنا بعدم جواز أخذ الأجرة عليها فلا إشكال فيه ههنا لعدم مجيء دلائل المنع

المذكورة في المقام.

اما اگر قائل به این شدیم که اخذ اجرت بر واجبات توصلیه جایز نمی باشد و عقد اجاره باطل است. آیا این اجاره بر واجبات نظامیه صحیح است یا خیر؟ آیا اخذ اجرت بر واجبات نظامیه جایز است یا خیر؟

آن وجوهی که برای بطلان گفته شده است در این صورت در واجبات نظامیه نمی آید مثلا یکی از وجوه این بود که واجبات، ملک خداوندی است و ما نمی توانیم ملک غیر را به دیگری تملیک کنیم این دلیل را مرحوم کاشف الغطاء فرموده بودند، این دلیل اگر درست باشد -که نیست- این دیگر در واجبات نظامیه نمی آید چرا؟ چون که وقتی 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 بخواند 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 القرې. 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 جعالة 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 بله 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 في القربة الداعي الأول و الأخذ الداعي الثاني 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 للأجره 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 حقیقتاً.

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 قبلاً 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 فعلاً 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 بیاورد 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 المثل يضمن المثل وفي القيمي يضمن 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 يضمن المثل مطلقاً.

مختار ما و جماعتی از علماء چه می باشد؟ گفته ایم فرق 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 کلاً در اشتغال ذمه مثلی می باشیم و فرق 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 نمازي 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 می 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 می خوانم به همان ترتیبی كه فوت شده است كه نماز اول می شود قضاء نماز صبح شنبه و نماز دوم می شود قضاء نماز صبح روز يكشنبه و نماز سوم می شود قضاء نماز صبح روز دو شنبه. بعضی ها كه اين قول را قائل بودند كه در ازاء يك نماز فوت شده قضاء داریم قائل شده اند ترتيب معتبر نمی باشد می 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 نمازي كه فوت شود نماز قضاء خاص خود را دارد و ترتيب معتبر است و بعضی می 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 می 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 یجور شرعاً یعنی به قصد مطلوبیت می‌آورد. یجور 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 و الحج 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 و الأحوط 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 اجزائش 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 گوییم 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 نیورد 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 عَمَال و کارگراها.

۳ آی 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 یتحق 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 یتحق الاجرة صورت دوم هم که در امرش مجانیت را قید کرده است اینجا هم لا یتحق 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 أمر 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 امر 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 الصورتين 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 ضمان و نکته ضمان چه می باشد؟ در این نکته و وجه با هم اختلاف کرده اند.

وجوهی برای ضمان 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 برگردد 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: ضمان 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 ضمان 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 به عامل 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: «أو علی اشتراطه» 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 أفضى 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 الأرش 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

&&۱

دينار که طلا است از موزونات است بيع طلا به طلا رباء معاوضی هم می آید لذ بايد عوضين در کميت مساوی باشند یک دينار در ازاء یک دينار صد گرم در ازاء صد گرم بايد باشد و اگر به کمتر يا بیشتر معامله شود رباء معاوضی می شود در ما نحن فيه دو مسئله را تسلیم می کنیم:

یکی حرمت رباء معاوضی اینکه تسلیم می کنیم چرا که بحثی است که دقيقاً نفس عقد حرام است يا اعطاء و قبول اضافه حرام است، فعلاً تابع مشهور می شويم که قائلند اصل عقد حرام است. عقد حرام است يعنی ايجاب و قبول حرام است.

یکی هم اینکه اصل عقد باطل است.

پس بعد از تسلیم نتیجه اين می شود که اگر کسی بيع ربوی انجام داد اين بيع ربوی هم حرام است و هم باطل. در بيع طلا به طلا و نقره به نقره اين بيع صرف است و تقابض در مجلس معتبر است اين دو مسئله را فعلاً در اینجا مفروق عنه می گيريم وارد می شويم در فرع ما نحن فيه.

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. آای 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 اصلاً ثمنی نداده است یا به تمامه نداده است.

حالا آیا قاعده صرف جاری است یا خیر؟ می‌گوییم جاری است بلکه دلیل این را نمی‌گیرد 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 نمی‌کند کاین بیع طلا در یک بیع مستقل بشاد یا در ضمن عقدی غیر مستقل باشد فرقی نمی‌کند آن طلا یا نقره جزء المبیع یا تمام المبیع باشد این نکاتی است که به لحاظ عرفی دلیل شامل نمی‌شود اما فرقی بین این و آن نمی‌باشد این اطلاق عرفی نمی‌باشد چرا که عنوان به مفهومه نمی‌گیرد 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 تماماً در مجلس اخذ شود مبیع در مجلس قبض شود البته ثمن هم اخذ شود. مراد نقود نمی‌باشد بلکه طلا و نقره است چرا که در زمان ما پول طلا نمی‌باشد 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 نمی‌باشد و مبیع ما طلا و نقره نمی‌باشد.

اما سراغ رباء می‌رویم:

وقتی ما نسبت سنجی کردیم دیدیم ما به ازاء این دینار یا بیشتر یا کمتر بودیم مثلاً 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 می‌آید

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 مکمل 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 بعثت 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 عرفاً و فاء به شرط واجب است. حتی اگر شرط حرام کرد و فاء به شرط نه جایز و نه واجب نمی باشد اما اگر به این شرط و فاء 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

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.

الأول بل وكذا على الثاني لأن الانصراف بمنزلة الشرط&&&

جلساتی جا مانده است که پیاده نشده است.

فصل 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: بیان السید، بیان 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 بروند 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 اصلا 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 مثلا اگر مجتهد می گوید که شرب الخمر حرام و شارع فرموده است که قلد المجتهد او نسبت به تقلید مجتهد اصلا 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 برونند 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 برونند 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 بینة 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 بینة 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 بی طرفانه 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 والمتصرف 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 ٩٨/١١/٢٣.

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 قَسَم 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 روزمره 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 برنگرداندی، 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 موجر 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.

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 شواهد 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.