

بسم الله الرحمن الرحيم

«مدد الأعلام الأوحدي في فقه الأحكام الجعفری علیہ السلام»

تقریرات خارج الفقه الجعفری
للأستاذ السيد محمود المددی الموسوی

کتاب الاجاره

سال ۹۷-۹۸

بتحریر الفقیر مهدی بهرام بیکی

«كتاب الاجارة»

فصل ۵: في الاجارة الثانية...

^۱ بحث ما در مورد اجاره ثانيه بود به اين معنى كه مستاجر عين يا عمل اجاره كرده را به ديگرى واگذار كند.
رسيديم به مسئله ۵:

مسألة ۵: إذا أجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة

و لو مع تعيين المدة أو من غير تعيين المدة

و لو مع اعتبار المباشرة جاز عمله للغير و لو على وجه الإجارة قبل

الإتيان بالمستأجر عليه لعدم منافاته له من حيث إمكان تحصيله لا

بالمباشرة^۲ أو بعد العمل للغير^۳ لأن المفروض عدم تعيين المباشرة^۴ أو عدم

^۱ سه شنبه ۹۷/۰۷/۰۳.

^۲ إن استأجر من غير المباشرة.

^۳ إن استأجر مباشرة من غير تعيين المدة.

^۴ در صورت اول.

تعیین المدة^۱ و دعوی أن إطلاق العقد من حیث الزمان یقتضی وجوب التعجیل ممنوعة مع أن لنا أن نفرض الکلام فیما لو كانت قرينة علی عدم إرادة التعجیل.

اگر شخصی اجیر برای عملی شد می تواند اجیر برای عمل دیگری شود در صورتی که با عمل اولی منافاتی نداشته باشد. مثلاً اجیر شده است که روز جمعه این لباس را خیاطت کند اما نه مباشرتاً همین شخص می تواند در روز جمعه اجیر برای خیاطت دیگری شود به این صورت که لباس اولی را به شاگرد می دهد خیاطت کند. مثلاً شخصی مباشرتاً اجیر شده است برای خیاطت اما روزی معین نشده است حال اجیر می شود که روز جمعه برای دیگری خیاطت کند خوب این دو اجاره با هم منافاتی ندارد چرا که می تواند در روز جمعه خیاطت دوم را انجام دهد و خیاطت اول را قبل از روز جمعه یا بعد از آن انجام دهد.

خوب وجه جوازش روشن است اگر سیره ای باشیم خوب سیره حاکم به صحت است و اگر شرعی باشیم اوفوا بالعقود این را می گیرد.
قرینه بر عدم تعجیل مثل اینکه در تابستان عبای زمستانی آورده است که دوخت شود.

^۱ در صورت دوم.

کلام المرحوم الحکیم ذیل المسئلة: التهافت بین کلامه هذا و کلامه السابق.

مرحوم حکیم در ذیل این مسئله نکته ای را متعرض شده است: ایشان گفته اند این مسئله با مسئله در فصل قبل تهافت دارد. دقت کنید اینجا گفته است: «دعوی أن إطلاق العقد من حيث الزمان يقتضي وجوب التعجيل ممنوعة» در مسئله ۵ در فصل اول گفته اند: «نعم يلزم تعيين الزمان الواقع فيه هذا العمل كأن يقول الى يوم الجمعة مثلا وإن أطلق، اقتضى التعجيل على الوجه العرفي» خوب در آن مسئله اطلاق را مقتضای تعجيل دانست بخلاف این مسئله که گفتند که دعوی اطلاق العقد اقتضای تعجيل دارد، ممنوع است.

مرحوم حکیم می فرمایند که این دو کلام با هم تهافت دارد.

جواب المرحوم الخوئي: المراد في السابق التعجيل العرفي و الآن اول زمان يمكن له العمل.

مرحوم آقای خوئی جواب دادند که بین دو عبارت تهافتی نمی باشد. در عبارت سابق گفت ان اطلق اقتضى التعجيل على وجه العرفي که تعجيل عرفی سه روز و یک هفته دیگر است اما نه اینکه تا روز قیامت وقت داری اما اینجا که تعجيل گفته است تعجيل حقیقی است یعنی در اولین زمان امکان. این دو با هم تنافی ندارد. آنجا هم تصریح کرده بود که التعجيل على الوجه العرفي. لذا این دو با هم تنافی ندارد.

این فرمایش مرحوم خوئی ظاهرا درست است یعنی تعجيل آنجا یعنی مقداری که می تواند عرفا تاخیر بیاندازد اما تعجيل در اینجا تعجيل عقلی نمی باشد اما مراد این است که اولین فرصتی که می تواند خیاطت کند باید مشغول شود.

ما هم قبول داریم که تعجیل عرفی است یعنی دائما در اعمال همیشه تعارفی در کار است که البته نسبت به اعمال فرق می کند. مثلا تعجیل عرفی در یخچال با تعجیل در خیاطت فرق می کند یا همان تعجیل در موتور کولر در تابستان با زمستان فرق می کند.

مسئله بعد، مسئله ای فنی است و اسمش است «ضمان المنافع المتضادة» که اختلاف اقوال در آن زیاد است.

مسألة ۶: ...^۱

تاره این تضاد در اجاره بر اعیان و منفعت است و تارة در عمل.

اجاره بر اعیان:

مثلا کسی ماشین کسی را اجاره می کند که جمعه به تهران برود و برگردد اما مستاجر به جای تهران، به اصفهان می رود اجرة تا تهران تعیین شده است که صد هزار تومان است و اجرت المثل تا اصفهان دویست هزار تومان است اما مالک، ماشین را برای سفر به اصفهان اجاره نداده است و مستاجر تخلف کرد و به اصفهان رفت. این دو منفعت را متضاد می گوید چرا که از یک ماشین نمی توان در دو مسیر در نفس یک زمان استفاده کرد. سوال این است که در اینجا الان که ماشین را برگرداند چه اجرتی را باید به مالک ماشین بدهد؟ در مسئله اقوال و احتمالاتی است.

مختار سید این است که باید دو اجرة بدهد سیصد تومان باید بدهد صد تومان اجرة المسمی بود و دویست تومان اجرة المثل است. اجرة المسمی را به عقد ضامن

^۱ مسئله ۶: لو استأجر دابة لحمل متاع معين شخصي أو كلي على وجه التقيد فحملها غير ذلك المتاع أو استعمالها في الركوب لزمه الأجرة المسماة وأجرة المثل لحمل المتاع الآخر أو للركوب وكذا لو استأجر عبدا للخياطة فاستعمله في الكتابة بل وكذا لو استأجر حرا لعمل معين في زمان معين وحمله على غير ذلك العمل مع تعمده وغفلة ذلك الحر واعتقاده أنه العمل المستأجر عليه ودعوى أن ليس للدابة في زمان واحد منفعتان متضادتان وكذا ليس للعبد في زمان واحد إلا إحدى المنفعتين من الكتابة أو الخياطة فكيف يستحق أجرتين مدفوعة بأن المستأجر بتفويته على نفسه و استعماله في غير ما يستحق كأنه حصل له منفعة أخرى.

شد می دانید عقد موجب ضمان اجرة المسمى است. خودش منفعت را تفویض کرد و به تهران رفت تفویض المنفعة در نزد عقلاء به منزله استیفاء است.

خوب اجرة المثل اصفهان را باید بدهد چرا که منافع را استیفاء کرد که ماذون نبود به مقتضای قاعده اتلاف من اتلف مال الغير فهو ضامن. منفعت اصفهان را استیفاء کرد باید دویست تومان دیگر هم بدهد که می شود سیصد تومان.

مثال بر اجاره اعمال:

شخصی کسی را اجیر کرد گفت روز جمعه بیا برای من خیاطت کن بعد روز جمعه برای خیاطت آمد بنده خدا یادش رفته بود که اجیر برای خیاطت شده است و مستأجر کاغذی را جلوی او گذاشت و گفت که کتابت کن و این شخص کتابت کرد و بعد مشخص شد که اجیر برای خیاطت شده بود. اجرة کتابت و خیاطت هر کدام صد تومان است. سید می گوید که به اجیر باید دویست تومان بدهد صد تومان بابت خیاطت که به واسطه ارجاع به کتابت تفویض کرد و صد تومان هم بابت کتابت لامر مضمن. اگر کسی امر کند شخصی را برای عملی و اجیر قصد مجانیت ندارد لازم نیست قصد عوض داشته باشد همین که قصد مجانیت نداشته باشد کفایت می کند که در سیره عقلاء حکم کنند که باید به عامل اجرة المثل آن عمل را بدهد. البته مستاجر متوجه بود اگر مستاجر متوجه نبود هم باز با مبنای سید باید اجرة هر دو را بدهد.

این را می گویند ضمان منافع متضاده چرا که منفعت خیاطت و کتابت متضاد است چرا که در زمان واحد نمی تواند منفعت خیاطت و کتابت اجیر را استیفاء کرد. هر دو اجرة را ضامن است یکی به عقد و دیگری را امر مضمن.

اگر دقت کرده باشید این مسئله از مسائل مشکله است لذا جماعتی احتیاطی شده اند چرا که مسئله برای آنها روشن نشده است. خصوصاً اینکه ابهام زیادی است در

سیره عقلاء که سیره عقلاء به کدام حکم می کند. می دانید که ضمان به سیره عقلاء ثابت است. سیره عقلاء حکم به دو اجرة می کند یا یک اجرة؟ اگر یک اجرة کدام اجرة؟ اجرة المسمى یا اجرة المثل یا اعلى؟

...لو استأجر دابة^۱ لحمل متاع معين شخصي

أو كلي على وجه التقييد فحملها غير ذلك المتاع أو استعمالها في الركوب
لزمه الأجرة المسماة وأجرة المثل لحمل المتاع الآخر أو للركوب و
كذا^۲ لو استأجر عبداً للخياطة فاستعمله في الكتابة بل و كذا^۳ لو استأجر
حراً للعمل معين في زمان معين و حمله على غير ذلك العمل مع تعمله و
غفلة ذلك الحر و اعتقاده أنه العمل المستأجر عليه و دعوى أن ليس للدابة
في زمان واحد منفعتان متضادتان و كذا ليس للعبد في زمان واحد إلا إحدى
المنفعتين من الكتابة أو الخياطة فكيف يستحق أجرتين مدفوعة بأن
المستأجر بتفويته على نفسه و استعماله في غير ما يستحق كأنه حصل له
منفعة أخرى.

^۱ این مثال اول برای اجاره اعیان است.

^۲ این مثال هم برای اجاره بر اعیان است چرا که عبد از اعمال است.

^۳ این مثال برای اجاره بر اعمال است.

مثال دابه مثال اجاره بر اعیان است و این دابه را بر صد کیلو برنج معین اجاره کرده بود اما با آن صد کیلو گندم حمل کرد و از لحاظ وزنی با هم یکی می باشند اما این منفعت متضاد است چرا که در آن واحد نمی توان هر دو منفعت را از او استیفاء کند. کلی علی وجه التقیید یعنی صد کیلو گندم که در مقابل علی وجه شرط است که در شرط متعلق اجاره برنج نمی باشد مطلق می باشد اما شرط کرده است که متعهد شود که آن حمل برنج باشد اما در صورت تقیید متعلق اجاره حمل برنج است.

«دعوی أن لیس للدابة في زمان واحد منفعتان متضادتان» اگر کسی بگوید که وقتی دو منفعت متضاد را نمی توان از آن استیفاء کرد چرا باید دو اجرة به او داد؟ مثل اینکه شخصی ماشینی را غصب کرده است آیا باید به مالک تمام منافع و مسافرتها‌یی که میتواند با این ماشین کند بدهد؟!!

سید می فرمایند: منفعت برنج را به تفویت ضامن است و منفعت گندم را به اتلاف ضامن است.

^۱ در مثالهای زده شده مبلغ اجرة المثل از اجرة المسمى بیشتر بود می تواند بالعکس باشد مثلاً به جای اینکه برود به تهران به کاشان رود که اجرة المثل کاشان ۵۰ تومان است.

مستأجر کدام اجرة را باید بدهد. مرحوم ماتن گفتند هر دو اجرة باید داده شود هم اجرة المسمى و هم اجرة المثل منفعت مستوفی، فرق نمی کند که هر دو یکی باشد یا با هم فرق کند مرحوم خوئی هم با سید موافقند.

الإحتمالات في المسئلة:

گفته شده است احتمالات در این مسئله پنج احتمال می باشد:

^۱ چهارشنبه ۹۷/۰۷/۰۴.

احتمال اول این است که اجرة المسمى را باید مستأجر بدهد. اعم از این که اجرة المسمى مساوی با اجرة المثل باشد یا متفاوت باشد.

احتمال دوم فقط اجرة المثل را بدهیم و چیزی از اجرة المسمى را ندهیم مثلاً در ما نحن فيه فقط اجرة المثل اصفهان را که دویست تومان است، بدهیم. احتمال سوم لزوم هر دو اجرة یعنی هم اجرة المثل و هم اجرة المسمى که نظر مرحوم سید و خوئی است.

احتمال چهارم بینیم کدام یک اعلی است اجرة المسمى اعلی است یا اجرة المثل؟ هر کدام اعلی بود آن را باید بدهد و اگر مساوی است یک اجرة را می دهیم. در مثال ما باید اجرة المثل را بدهیم اکثر کسانی که با سید مخالفت کرده اند این تعلیقه را زده اند و اعلی القیمی شدند.

احتمال پنجم این است که اکثر را بدهیم اما نه اکثر بین این دو اجرة را بلکه اکثر اجرة در منافع این عین و لو مستوفی نباشد.

مثلاً به جای تهران به اصفهان رفتم. یک اجرة المسمى تهران است که صد تومان است و به اصفهان رفتم که اجرة المثل آن دویست تومان است و می توانستم به شیراز هم بروم و برگردم که امر متعارفی است و اجرة المثل آن چهارصد تومان است که باید این چهارصد تومان را بدهم.

این احتمال، قول آ شیخ عبد الکرم حائری است.

احتمال اول ممکن است که قائلی نداشته باشد اما احتمالی است قوی. به کسی نسبت داده نشده است و هیچ یک از معلقین آن را نگفته اند پس احتمالات پنج تا است و اقوال در مسئله چهار تا است.

این احتمالات در مسئله که یک به یک بررسی کنیم.

الإحتمال الأول: تعین الأجرة المسماة فقط.

احتمال اول اجرة المسمى ولو اقل باشد و اصلا اجرة المثل را نمی دهیم لذا در مثال ما صد تومان می دهیم.

وجه هذا الاحتمال: عدم قابلية إنطباق الجامع المملوك بعد تعین المنفعة بالتطبيق.

برای روشن شدن این مطلب لازم است مقدمه ای ذکر شود:

مقدمة: فی المملوك عند المنافع المتضادة قبل التعین المنفعة و بعدها.

مقدمه این است که اگر انسان شیئی را مالک شود همانطور که مالک شیء شد مالک تمام منافع آن شیء هم می شود مثلا اگر من عبائی خریدم هم مالک عبا و هم مالک منافع عبا می شوم. اگر خانه ای خریدم هم مالک خانه و هم مالک منافع خانه می شوم. وقتی می رسیم به منافع متضاد مثلا یک منفعت این خانه این است که مسکونی باشد و یک منفعت دیگر آن هم این است که تولیدی باشد این دو منفعت متضاد است و خانه نمی تواند هم محل عمل و هم محل سکونت باشد. مراد کار تولیدی است که دیگر قابلیت سکونت ندارد.

نسبت به منافع متضاد چطور مالک می شوم؟ فقهاء گفته اند من مالک جامع بین آن منافع متضاد می شوم که این جامع قابل انطباق بر هر یک از افراد می باشد. مگر این که آن منفعت متعین شود وقتی متعین شد بعد از تعین بالتطبيق دیگر این جامع قابلیت انطباق بر سایرین را ندارد.

دو مثال بزنیم:

مثال اول:

فرض کنید مالک ده کیسه برنج مشابه هم می باشم که یکی را به زید می فروشم. زید مالک هیچ یک از این افراد نمی باشد مالک جامع یا فردی از افراد این برنج می باشد لذا مالک می تواند هر کیسه ای را که می خواهد تحویل دهد. الان زید مالک این

کلی است که قابل انطباق بر تک تک این افراد است اگر مالک آمد آن ملک را در کیسه سه متعین کرد گفت این کیسه سه مال شماست آن کلی قابل انطباق فقط بر یکی است که کیسه سه باشد و بقیه کیسه ها ملک مالک است.

مثال دوم:

فرض کنید شخصی به نحو مشاع قطعه زمینی دارد که نصف آن را فروخت که مالک آن نصف، مشتری است و نصف دیگر ملک بایع است هم نصف مالک و هم نصف مشتری بر هر یک از دو نصف قابل انطباق است اما بعد از اینکه مالک گفت که نصف سمت چپ مال تو دیگر نصف مالک بر نصف سمت چپ قابل انطباق نمی باشد.

ذی المقدمة: المنفعة المملوكة بعد الإيجار متعينة في المستأجر التي أجزتها، الأجرة المسماة.

ما نحن فيه از این قبیل است مالک عین، مالک تمام منفعت است وقتی این منفعت را به زید و مستأجر داد دیگر آن جامع قابل انطباق بر دیگر منافع نمی باشد و متعین در این منفعت می شود.

وقتی اینطور شد این عین یک منفعت دارد که ملک مستأجر است که ذهاب به تهران است بقیه منافع متضاد ملک هیچ کسی نمی باشد چرا که به نحو جامع مالک است که اگر تطبیق شود قابل تطبیق بر سایر حصص نمی باشد پس موجر مالک منفعتی است که تملیک کرده است و مستأجر هم تفویت کرد که در سیره عقلاء به منزله استیفاء است.

اما منفعت رفتن به اصفهان بعد از اجاره ماشین برای رفتن به تهران، دیگر ملک مالک و موجر نبود وقتی مالک نمی باشد چرا ضامن باشد.

مراد از تعیین، تعیین عقدی است و این خصوصیت عقد است که بعد از تعیین دیگر نمی تواند عوض کند چرا که عقد از امور لزومیه است. اما اگر خودش بشیند می تواند به تولیدی تبدیل کند.

این احتمال اول و وجه این احتمال.

المناقشات:

این وجه سه اشکال بر آن وارد است:

المناقشة الأولى: المخالفة القطعية مع السيرة العقلانية.

اشکال اول این است که قطعا مخالفت سیره قطعیه عقلانیه است اگر این طور بود همیشه می رفتند یک چیزی را اجاره می کردند برای حمل کالا و امر کوچک و بعد امر بزرگ را استیفاء می کردند.

گفته نشود که همین که معصیت است این خود مانع از این کار است چرا که معصیت بودن کافی نمی باشد برای حفظ نظام بلکه ضمان موجب حفظ نظام می شود.

نگوید همینکه معصیت است این عقد باطل هم می شود چرا که عقلاء این عقد را امضاء نمی کنند چرا که جواب می دهیم عقدی را عقلاء امضاء نمی کنند که وفاء به عقد معصیت یا مستلزم معصیت باشد در اینجا عقد بر رفتن به تهران بوده است و رفتن به تهران معصیت نمی باشد.

المناقشة الثانية: مخالفته مع صحيحة أبي ولاد.

اشکال دوم این است که این وجه با روایت صحیحه ابی ولاد مخالفت دارد شخصی می آید به نزد امام علیه السلام که قاطری اجاره کرده بود که به قصر ابن هبیره برود و طلبش را بگیرد و این شخص به قصر رفت دید به نیل رفته است لذا به محله نیل رفت و بعد خبر دار شد که به بغداد رفته است لذا به بغداد رفت و در بغداد بدهکار را پیدا

کرد و به کوفه برگشت و بعد سوال می کند که من چه مقدار به مالک قاطر بدهکارم؟ حضرت علیه السلام فرمودند قیمت بغل تا نیل و از نیل تا بغداد و از بغداد تا کوفه را ضامنی و این ظاهرش این است که بیش از اجرة المسمى را بدهکاریم.

که اگر اقل و اکثر باشد از محل بحث خارج است. و با قطع نظر از این که این خبر واحد است و نمی توان به آن عمل کرد چرا که این مبنای ماست اما دیگران به این روایت عمل می کنند.

المناقشة الثالثة: هذا متوقف على القول بملكية المنفعة لمالك العين و نحن لا نقول

به.

اشکال سوم این است که این وجه اول مبتنی بر مقدمه ای است که این مقدمه در نزد ما نا تمام است و آن مقدمه این است که اگر انسان مالک چیزی شد مالک منافع آن هم می شود و ما این را قبول نکردیم و الان هم قبول نمی کنیم ملکیت بر عین ملکیت بر منافع را مستلزم نمی باشد بلکه این اولویت و سلطنت را در تصرف در منفعت به استیفاء برای خودم یا در اختیار گذاشتن دیگری برای منتفع شدن به این منفعت را دارم. دلیل ما ارتکاز و سیره عقلاء است. آیا شما وقتی مالک خانه می باشید مالک هزاران منفعت این خانه که دارد می باشید و در نظر عرف شما مالک چند چیز می باشید؟! لذا وقتی می خواهند اموال من را حساب کنند قیمت منافع را حساب نمی کنند. مراد از منافع قابلیت است که الان قابلیت سکونت در صد سال دیگر را دارد آیا من مالک این قابلیت می باشم؟! بلکه در سیره عقلاء است که اگر کسی منفعتی را که اولویت در تصرف دارد تفویت کند ضامن است و آیه ای نازل نشده است که حتما ضمان در جایی باشد که شخص مالک آن شیء باشد.

۱۱ احتمال الثانی: تعین اجرة المثل فقط.

احتمال دوم این است که ما باید اجرة منفعت مستوفی را فقط بدهیم حالا این منفعت مستوفی از اجرة المسمى بیشتر یا کمتر یا مساوی باشد مثلاً اجرة المسمى تهران صد تومان است و به کاشان می روم که این هم اجرة المثلش صد تومان است یا نه به اصفهان می رویم که اجرة المثل آن دویست تومان است یا به علی آباد بین تهران و قم می رویم که اجرة المثل آن پنجاه تومان است در کاشان باید صد تومان و در اصفهان باید دویست تومان و در علی آباد باید پنجاه تومان بدهم.

وجوه هذا الإحتمال:

برای این احتمال دوم وجوهی ذکر شده است که به دو وجه اشاره می کنیم:

الوجه الأول: استيفاء المنفعة المتضادة موجب لفقدان منفعة المسماة الموجب لبطلان العقد.

وجه اول: این است که خوب من مستأجر مالک کدام منفعت شدم؟ مسیر قم به تهران و برگشت. من از کدام منفعت استفاده کردم مسیر قم به اصفهان مثلاً می دانید بین این دو منفعت تضاد است یعنی انسان نمی تواند در یک زمان هم با ماشین به تهران برود و برگردد و هم به اصفهان برود و برگردد وقتی منفعت متضاد است من از کدام منفعت استفاده کردم؟ از منفعت مسیر قم به اصفهان وقتی از این منفعت استفاده کردم آن ماشین نسبت به منفعت قم به تهران می شود فاقد المنفعة چون این منافع متضاد است و قابل جمع نمی باشد پس بنابراین این ماشین منفعت قم به تهران را در جمعه فاقد بوده است چرا که من منافع قم به اصفهان را استیفاء کردم و فرض این است که این منافع متضاد است. در یک زمان نمی توان هم به تهران رفت و برگشت و هم به اصفهان رفت و برگشت خوب اینجا یک قاعده ای است که اگر من عینی را اجاره دهم اگر بعد در ظرف عمل فاقد آن منفعت باشد کشف می شود این اجاره از اول باطل بوده است چرا که شرط عقلائی در تملیک این است که آن منفعت و چیزی

که قرار است تملیک کنید موجود باشد و اگر موجود نباشد شما چه چیزی را تملیک کردید؟! مثلاً من این اسب را اجاره می‌دهم که در روز جمعه بار ببرد بعد پای این حیوان روز قبل یا همان روز می‌شکند و این حیوان در روز جمعه فاقد منفعت رکوب می‌شود که از این کشف می‌شود که این اجاره از اول باطل بوده است. در اینجا هم از منفعت متضاد استفاده شده است که این موجب شده است که این ماشین فاقد منفعت مسماء که رفتن به تهران بوده است باشد. لذا عقد می‌شود باطل وقتی عقد شد باطل می‌رویم سراغ منفعت مستوفی و ما منفعت مستوفی را ضامن می‌باشیم به قاعده اتلاف که استیفاء المنفعة به منزله اتلاف منفعت است و هر کس منفعت دیگری را اتلاف کند، ضامن است.

این وجه اول که فقط باید اجرة المثل را بدهد. فرقی نمی‌کند که اجرة المسماء و اجرة المثل یکی باشند یا متفاوت باشند.

بینیم این فرمایش درست است یا خیر؟

اصلاح: أن المنفعة التي استأجرها المالك هي القابلية لا المنفعة الخارجية.

این وجه اول تمام نمی‌باشد قبل از توضیح این استدلال یک اصلاحی کنیم و بعد به جواب این استدلال برسیم.

کانه قائل در نظرش این است که در عقد اجاره ما مالک آن منفعت خارجی می‌باشیم در نظر مشهور ما مالک قابلیت می‌باشیم مثلاً این ماشین صلاحیت رفتن به تهران را دارد که من مالک این صلاحیت می‌باشم. بلکه وقتی شروع کردم به رفتن به اصفهان به مقداری که دیگر نمی‌توان قبل از تمام شدن روز جمعه برگشت و به تهران رفت و برگشت. در اینجا مستأجر صلاحیت را که ملک من است اتلاف کرده است.

مناقشة: أن بطلان العقد لفقد المنفعة المستأجرة إذا لم يكن من المستأجر وإلا يكون بمنزلة استيفاء المنفعة.

حالا که وجه اصلاح شد برگردیم به جواب:

دقت کنید که این درست است که اگر این ماشین فاقد این قابلیت و صلاحیت در زمان استیفاء باشد آن اجاره باطل است اما این فقدان مشروط به این است که به فعل خود مستاجر نباشد فرض کنید این اسب را کرایه کردیم که روز جمعه با آن برویم به تهران و بر گردیم و این اسب شب جمعه می میرد از این مردنش کشف می کنیم عقد اجاره از اول باطل بوده است یعنی قابلیت و صلاحیت مرکوبیت در روز جمعه را از اول نداشته است و توهم آن بوده است. حال اگر اسب را خود ما کشتیم و قبل از جمعه سر او را بریدیم عقد اجاره باطل نمی شود و اتلاف این اسب به منزله استیفاء منفعت است لذا باید اجرة المسمای روز جمعه را به او بدهیم. تفویت و اتلاف منفعت توسط مستأجر عقلاً به منزله استیفاء منفعت است من که ماشین را به طرف اصفهان بردم این اتلاف به منزله استیفاء است عقلاً چرا که این تلف سماوی که نبود. اتلاف توسط مستأجر عقلاً هیچ زمان کشف از بطلان عقد از اول نمی کند.

درست است که گفته شد شرط عقلائی در تملیک این است که آن منفعت و چیزی که قرار است تملیک کنید موجود باشد و در اینجا منفعتی موجود نمی باشد اما در صورت اتلاف توسط مستأجر این به منزله استیفاء منفعت است عقلاً.

دقت کنید که در اینکه باید اجرة المثل را بدهد بحثی نیست چرا که استیفاء کرده است اما بحث در این است که احتمال ثانی می خواست بگوید که اجرة المسمى نیست و اجرة المثل است ما در جواب می خواستیم بگوییم که چرا که اجرة المسمى نباشد اجرة المسمى است چرا که اتلاف آن به منزله استیفاء آن است اما کاری به اجرة المثل نداریم فایده اش این که تا اینجا دلیل ما هر دو را اثبات کردیم.

الوجه الثانی: التمسک بصحیحة أبی ولاد.

اما وجه دومی که ذکر شده است برای عدم وجوب اجرة المسمى.

تمسک به صحیحه ابی ولاد است که مضمون این روایت این است که از امام (ع) سوال می کند که من دابه ای را کرایه کردم برای رفتن به قصر ابی هبیره و از کوفه به

قصر ابی هبیره رفتم و بعد به نیل و بعد به بغداد رفتم و از بغداد به کوفه برگشتم، چه مقدار ضامن می باشم؟ که امام درضمان فرمودند کرایه کوفه تا نیل و از نیل تا بغداد و از بغداد تا کوفه را ببین چقدر است این سه را جمع کن و به مالک دابه بده. خوب این سه اجرة هر سه اجرة المثل است چرا که اصلا برای نیل و بغداد کرایه نکرده بود و چیزی را مشخص نکرده بودند لذا اجرة المسمای در کار نبود. لذا اصلا صحبتی از اجرة المسمى نمی باشد.

اگر اجرة المسمای کوفه تا قصر هم قرار بود بدهد امام علیه السلام می بایست چهار اجرة را مشخص می کرد.

گفته اند که از این روایت فهمیده می شود ما به اطلاق مقامی روایت ضامن اجرة المسمى نمی باشیم.

مناقشة المرحوم الخوئي: ضمان الأجرة المسماة مفروقة عنه لهذا لم يشر اليه الإمام عليه السلام.

مرحوم آقای خوئی گفته اند پرداخت اجرة المسمى مفروق عنه بوده است نه ابو حنیفه گفته است و نه امام صادق علیه السلام فرموده اند یا به عبارت دیگر از اینکه سوال نشده مفروق عنه بوده است یا به عبارت ثالثه اینکه متعارف بوده است که اجرة المسماة را اول پرداخت می کنند. لذا سوال فقط از اجرة المثل است.

رد على مناقشة المرحوم الخوئي: ظاهر الرواية تدل على عدم وجوبها.

انصافش این است که هیچ اشاره ای به اجرة المسمى نمی باشد ظاهر کلام امام فقط و فقط اجرة المثل است می پرسد چه بر من است؟ اما اجرتها می کند تماماً اجرة المثل است.

۲۴۲۷۲- ۱- ۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ

مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي وَلَادٍ الْحَنَاطِ قَالَ:

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

اَكْتَرَيْتُ بَغْلًا إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ ذَاهِبًا وَ جَائِيًا بِكَذَا وَ كَذَا وَ خَرَجْتُ فِي طَلَبِ غَرِيمٍ
لِي فَلَمَّا صِرْتُ قُرْبَ قَنْطَرَةِ الْكُوفَةِ - خُبِرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى النَّيْلِ - فَتَوَجَّهْتُ نَحْوَ
النَّيْلِ - فَلَمَّا أَتَيْتُ النَّيْلَ خُبِرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى بَغْدَادَ - فَاتَّبَعْتُهُ وَ ظَفِرْتُ بِهِ وَ فَرَعْتُ
مِمَّا بَيْنِي وَ بَيْنَهُ وَ رَجَعْنَا إِلَى الْكُوفَةِ - وَ كَانَ ذَهَابِي وَ مَجِيئِي خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا^۱
... فَأَخْبَرْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ بِمَا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ^۲ - فَقَالَ فِي مِثْلِ هَذَا الْقَضَاءِ وَ شَبِهِهِ
تَحْبِسُ السَّمَاءُ مَاءَهَا وَ تَمْنَعُ الْأَرْضُ بَرَكَتَهَا قَالَ فَقُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ فَمَا تَرَى أَنْتَ فَقَالَ
أَرَى لَهُ عَلَيْكَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ ذَاهِبًا مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى النَّيْلِ - وَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ رَاكِبًا مِنَ النَّيْلِ
إِلَى بَغْدَادَ - وَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ مِنْ بَغْدَادَ إِلَى الْكُوفَةِ تُوْفِيهِ إِيَّاهُ...^۳

لذا ظهورش در اجرة المثل است امام علیه السلام می فرمایند که آنچه بر عهده تو است
اجرة المثل است. سوال می شود که چه بر عهده من است؟ می فرمایند بر گردن تو این
است که مثل این کرایه ها را بدهی. اگر اجرة المسمى مفروق عنه بود امام می فرمودند

^۱ فَأَخْبَرْتُ صَاحِبَ الْبُغْلِ بِعُذْرِي وَ أَرَدْتُ أَنْ أَتَحَلَّلَ مِنْهُ مِمَّا صَنَعْتُ وَ أَرْضِيَهُ فَبَدَّلْتُ لَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ دُرْهَمًا فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ فَتَرَضَيْنَا
بِأَبِي حَنِيفَةَ فَأَخْبَرْتُهُ بِالْقِصَّةِ وَ أَخْبَرَهُ الرَّجُلُ فَقَالَ لِي مَا صَنَعْتَ بِالْبُغْلِ فَقُلْتُ قَدْ دَفَعْتُهُ إِلَيْهِ سَلِيمًا قَالَ نَعَمْ بَعْدَ خَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا قَالَ فَمَا تَرِيدُ
مِنْ الرَّجُلِ فَقَالَ أُرِيدُ كِرَاءَ بَغْلِي فَقَدْ حَبَسَهُ عَلَيَّ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَقَالَ مَا أَرَى لَكَ حَقًّا لِأَنَّهُ أَكْتَرَاهُ إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ فَخَالَفَ وَ رَكِبَهُ إِلَى النَّيْلِ
وَ إِلَى بَغْدَادَ - فَضَمِنَ قِيَمَةَ الْبُغْلِ وَ سَقَطَ الْكِرَاءُ فَلَمَّا رَدَّ الْبُغْلُ سَلِيمًا وَ قَبَضْتُهُ لَمْ يَلْزِمَهُ الْكِرَاءُ قَالَ فَخَرَجْنَا مِنْ عِنْدِهِ وَ جَعَلَ صَاحِبُ الْبُغْلِ
يَسْتَرْجِعُ فَرَحِمْتُهُ مِمَّا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ فَأَعْطَيْتُهُ شَيْئًا وَ تَحَلَّلْتُ مِنْهُ وَ حَجَجْتُ تِلْكَ السَّنَةَ

^۲ (۱) - لا يخفى أن أبا حنيفة استدلل هنا باصالة البراءة والاستصحاب ونحوهما، "منه قده".

^۳ ... قَالَ فَقُلْتُ جُعِلْتُ فِدَاكَ قَدْ عَلَفْتُهُ بِدَرَاهِمٍ فَلِي عَلَيْهِ عَلَفُهُ فَقَالَ لَا لِأَنَّكَ غَاصِبٌ قَالَ فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ لَوْ عَطَبَ الْبُغْلُ وَ نَفَقَ أَلَيْسَ
كَانَ يَلْزَمُنِي قَالَ نَعَمْ قِيَمَةُ بَغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتَهُ قُلْتُ فَإِنْ أَصَابَ الْبُغْلُ كَسْرًا أَوْ دَبْرًا أَوْ عَمَزَ فَقَالَ عَلَيْكَ قِيَمَةُ مَا بَيْنَ الصَّحْحَةِ وَ الْعَيْبِ يَوْمَ تَرَدُّهُ عَلَيْهِ
فَقُلْتُ مَنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ قَالَ أَنْتَ وَ هُوَ إِمَّا أَنْ يَحْلِفَ هُوَ عَلَى الْقِيَمَةِ فَيَلْزِمُكَ فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَيْكَ فَحَلَفْتَ عَلَى الْقِيَمَةِ لَزِمَهُ ذَلِكَ أَوْ يَأْتِي صَاحِبُ
الْبُغْلِ بِشُهُودٍ يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيَمَةَ الْبُغْلِ حِينَ اِكْتَرَى كَذَا وَ كَذَا فَيَلْزِمُكَ فَقُلْتُ إِنِّي كُنْتُ أَعْطَيْتُهُ دَرَاهِمَ وَ رَضِيَ بِهَا وَ حَلَلْنِي فَقَالَ إِنَّمَا رَضِيَ بِهَا وَ
حَلَلْتُ حِينَ قَضَى عَلَيْهِ أَبُو حَنِيفَةَ بِالْجَوْرِ وَ الظُّلْمِ وَ لَكِنْ ارْجِعْ إِلَيْهِ فَأَخْبِرْهُ بِمَا أَفْتَيْتُكَ بِهِ فَإِنْ جَعَلَكَ فِي حِلٍّ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْكَ بَعْدَ
ذَلِكَ الْحَدِيثِ

وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۱۹ ، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

مثل کراء قصر تا نیل و نه اینکه مثل کرایه کوفه تا نیل. این احتمال نمی باشد که هم اجرة المسمای کوفه تا قصر و هم اجرة المثل آن به گردن ابی ولاد باشد لذا مراد تماماً اجرة المثل است و در نتیجه جواب مرحوم خوئی را نمی توان قبول کرد.

مناقشتنا بإشکالین:

اما این وجه را هم نمی توان قبول کرد به دو اشکال:

الإشکال الأول: هذا الوجه موافق لإحتمال الرابع ایضاً.

این وجه با احتمال چهارم هم می رسد که اکثر اجرة را بدهد ببینند اجرة المسمى بیشتر است یا اجرة المثل در ما نحن فيه اجرة المثل بیشتر است و امام ع فرمودند اجرة المثل را بدهد لذا اینکه امام ع فرمودند اجرة المثل را باید بدهد، شاید به خاطر این بوده است اجرة المثل از اجرة المسمى بیشتر است لذا قائل به این اجرة المثل شدند. پس تأیید احتمال دوم نمی باشد با احتمال چهارم هم می سازد.

الإشکال الثانی من المرحوم الحکیم: مورد هذه الرواية الأقل و الأكثر لا النافع المتضادة.

اشکال دوم، اشکالی است که مرحوم حکیم فرموده اند بر این وجه دوم و اشکالش این است که این قصه ابی ولاد از بحث ما خارج است و از منافع متضاد نمی باشد بلکه مثال اقل و اکثر است چرا که کرایه را بر اساس مسافت می سنجند خوب معلوم است که هر مقدار که رفته است باید کرایه را بدهد لذا احتمال دارد این مورد از موارد اقل و اکثر باشد.

همین مقدار که امکان دارد از موارد اقل و اکثر باشد روایت می شود مجمل و نمی توان به آن استناد کرد. لذا احتمال دوم هم تمام نمی باشد.

البته این اشکالات با صرف نظر از این دو اشکال است که اولاً این خبر، خبر واحد است و خبر واحد در امور هامة حجت نمی باشد و دیگر این که ممکن است این بیان امام ع سیره در آن زمان بوده است لذا نمی تواند متبع باشد.

الإحتمال الثالث: مجموع الأجرتين.

اما احتمال سوم که مهمترین احتمال است چرا که هم قول ماتن است و دلیل خودشان را هم ذکر کرده اند و هم قول مرحوم خوئی که این احتمال را قبول کرده اند و دلیل خودشان را هم ذکر کرده اند.

دقت کنید وقتی مرحوم بروجردی می خواسته اند به این مسئله تعلیقه بزنند ایشان فرموده اند این وجه را نه کسی به عنوان فتوا و نه به عنوان احتمال ذکر نکرده است. یعنی این قدر این احتمال ضعیف است. یعنی نه تنها فتوا نداده است بلکه اصلاً به عنوان یک احتمال هم تا زمان سید ذکر نکرده اند. می خواهم بگویم با توجه به اینکه این مسئله مسئله معاملاتی است که ارتکاز علماء در معاملات خیلی مهم است؛ این مسئله خیلی دور از ارتکاز بوده است.

۱ دلیل هذا الوجه:

دلیل این وجه: دو دلیل ذکر شده است یک دلیل از مرحوم سید و یک دلیل از مرحوم خوئی.

الدلیل المنقول من صاحب العروة: أن المسمأة مُضْمَنٌ بالتفويت و المثل بالإستيفاء الذی یکون بمنزلة الإتلاف.

ابتداءً دلیل مرحوم سید: مرحوم سید در عروة استدلال کرده است گفته است اجرة المسمى را ضامن است چرا که منفعت مستاجر را تفویت کرده است که به منزله استيفاء کردن است و اجرة المثل را ضامن است چرا که استيفاء کرده است و استيفاء منفعت به منزله اتلاف است من اتلف مال الغير فهو له ضامن پس یکی را به تفویت و یک را به اتلاف و استيفاء ضامن است.

قبل از ورود به نقد نکته ای را می خواهیم توضیح دهیم:

نکته فی فرق الإتلاف و التفویت: التفویت المنع من الحدوث و الإتلاف من البقاء.

فرق بین تفویت و اتلاف چیست؟

تفویت یعنی مانع حدوث شیء شود اتلاف مانع بقاء یک موجود شود اگر ما مانع در حدوث شدیم این منع در حدوث یعنی تفویت و اگر مانع در بقاء شدیم این منع در بقاء را اتلاف می گوئیم سید معتقد است که در این عین منفعت مستاجر است که تفویت کرد و مانع حدوث آن منفعت شد و منفعت مستوفی را اتلاف کرد لذا یکی را به تفویت و یکی را به اتلاف ضامن است. این فرمایش مرحوم سید.

مناقشة: فيه جهات من الإشكال:

این کلام به جهاتی فنی نمی باشد:

الإشكال الأول: أن التفویت ليس من اسباب الضمان.

اینکه تفویت از اسباب ضمان نمی باشد آنیکه موجب ضمان است اتلاف است و اگر تفویت شده باشد این موجب ضمان نمی باشد همه اینها به سیره عقلاء ثابت است مثلاً یکبار مال کسی را اتلاف می کنید این جا ضامن می باشید اما یکبار کاری می کنید که نمی گذارید مالی به دست کسی برسد مثلاً کسی رفته است شکار شما صدا می دهید تا شکار فرار کند و نمی گذارید که آهو به دست او برسد خوب در اینجا تفویت کرده است اما موجب ضمان نمی باشد.

الإشكال الثاني: أن المنفعة ليس الركوب و الحمل و السكنى بل المنفعة قابلية العين لها.

اشکال دوم اینکه کانه در نظر سید منفعت ماشین حمل و رکوب است این منفعتی که در باب اجاره می گویند سکنی و رکوب و حمل نمی باشد بلکه صلاحیت و قابلیت اینها است این ماشین قبل از رفتن به اصفهان قابلیت ذهاب و ایاب به تهران را داشت وقتی به اصفهان بردم این قابلیت از بین رفت. یعنی نه اینکه تفویت شد بلکه اتلاف شد.

الإشكال الثالث: أن استيفاء بنفسه موجب للضمان ولا يرجع إلى الإتلاف أو التفويت.

اشکال سوم اینکه کلا در باب منافع ما ها قائلیم که این وجه ضمان نه بر می گردد به اتلاف و نه به تفویت بلکه استیفاء خودش یک عنوانی است که اگر کسی منتفع به مال غیر شود و منفعت مال غیر را استیفاء کند ضامن آن منفعت مستوفی می باشد چرا که اتلاف یعنی از بین بردن و منفعت قابلیت است و قابلیت را کسی از بین نمی تواند برد بلکه قابلیت به مرور زمان خودش نسبت به مقطعی از زمان از بین می رود لذا کسی قادر به اتلاف آن نمی باشد. خوب حال اگر این استیفاء بدون اذن باشد در سیره عقلاء ضامن اجرة است مثلاً من از عبا یا کتاب یا ماشین کسی بدون اذن او استفاده کنم اگر آن منفعت اجرة داشته باشد باید اجرة را به مالک آن عین بدهم. پس این فرمایش سید یک فرمایش فنی نمی باشد بلکه می تواند بگوید منفعت مستوفی را ضامن است چون بدون اذن استیفاء کرده است و منفعت مستاجر را چه استیفاء کند یا نکند فرقی نمی کند ضامن است که انشاء الله در وجه دوم خواهیم گفت. این استدلال سید استدلال نادرستی است.

الدلیل المنقول من المرحوم الخوئی: أن المسمأة مضمّن بالعقد و المثل بالإستيفاء.

اما وجه مرحوم خوئی: مرحوم آقای خوئی رحمه الله خیلی سعی و تلاش کرده است که این را کاملاً مدلل کند ایشان فرموده اند ضامن هر دو اجرة است هم اجرة المسمى و هم اجرة المثل یعنی باید سیصد تومان جمعاً بدهد. آقای خوئی رحمه الله ابتداءً یک استدلال روشنی کرده و بعد اشکالات استدلال را رد کرده است.

گفته اند ضامن اجرة المسمى است بالعقد می دانید عقد اجاره باعث ضمان اجرة المسمى است. هیچ فرقی نمی کند در سیره عقلاء این منفعت مستاجر را استیفاء کند یا نکند. خانه را اجاره کنید و اصلاً در سال پای داخل خانه نگذارید در سیره عقلاء این امر واضحی است که ضامن اجرة المسمى است. مثل اینکه کسی خانه

را اجاره کند و بعد از اتمام عقد اجاره او را تا یکسال به زندان ببرند این شخص اجرة المسمى را ضامن است.

یعنی عقد الایجار در اجاره سبب ضمان اجرة المسمى است. این با تلف سماوی فرق می کند در تلف سماوی کشف از بطلان عقد اجاره از اول است.

اما ضامن اجرة المثل است در سیره عقلاء قطعی است که اگر ما انتفاع از عینی ببریم و منفعتی را استیفاء کنیم بدون اذن اجرة آن را ضامن است و این شخص نه مالک این ماشین بود و نه اذن در استیفاء در رفتن به اصفهان داشت لذا باید اجرة المثل را بدهد.

این وجهی است روشن از مرحوم آقای خوئی. مرحوم آقای خوئی مهم برای او دلیل بود ولو کسی به آن فتوا نداده باشد و با ارتکاز هم موافق نباشد.

ان قلت: أن المنافع متضادة فلا يجتمع فكيف الضمان لها.

اشکال می کند این دو منفعت متضاد است وقتی قابل جمع نمی باشد چطور ضامن است؟ مثل کسی که چیزی را غصب کرد چطور ضامن تمام منافع نمی باشد این هم همینطور.

قلت: أن المنافع لا تجتمع و لكن الملكية امر اعتبارية قابلة للجمع.

جواب می دهد که منفعت قابل جمع نمی باشد اما ملکیت امر اعتباری است و مقوم به اعتبار معتبر است و مانعی ندارد در عالم اعتبار اعتبار کند ملکیت مالک را بر دو منفعت و لو در عالم خارج این دو منفعت قابل جمع نباشد.

إن قلت: لا بد أن يكون متعلق الإعتبار مقدورا في الجمع.

بعد اشکال کند در اعتبار باید متعلق مقدور باشد.

قلت: إن المعتبر في الإعتبار مقدوريته في نفسه لا في الجمع.

ایشان می گوید چه کسی گفته است باید در اعتبار باید متعلق مقدور باشد بلکه باید فی حد نفسه مقدور باشد نه جمع بین آنها مقدور باشد خوب در اینجا هر دو فی حد نفسه مقدور است.

بعد مثالی می زنند می گویند: متعلق ترخیص باید مقدور باشد و الا این ترخیص عرفاً و عقلاً لغو است مثلاً من اذن می دهم عبای من را بپوشی یا کتاب من را بخوانی اما اگر به شخص نابینائی بگوید که به تو اذن می دهم کتاب من را بخوانی این در نظر عقلاء این اذن لغو است چرا که مقدور و ماذون له نمی باشد. اما اگر جمعش مقدور نیست مثل اینکه کسی وارد منزل ما می شود و می گوییم به شما اذن می دهم در ساعت اول در اینجا بنشینی و همچنین اذن می دهم در همان ساعت اول در آنجا بنشینی این لغو نمی باشد و لو جمعشان ممکن نمی باشد یا مثال سکون و حرکت که قابل جمع نمی باشد اما در عین حال در هنگام زوال هم حرکت و هم سکون مباح است و اباحه امری است اعتباری و این اباحه لغو نمی باشد چرا که هر کدام از سکون عند الزوال و حرکت عند الزوال فی حد نفسه مقدور است.

إن قلت: ليس ثمرة للملكية لهذه المنافع المتضادة.

ان قلت دیگری مطرح کرده اند که فایده این ملکیت همزمان بر این دو منفعت متضاد چیست چرا که اعتبارات عقلائی نباید لغو باشد.

قلت: ثمرة ظاهرة في ما نحن فيه و هي ضمان الأجرتين.

ایشان می گویند در مثل ما نحن فيه این فایده ظاهر می شود اگر یکی را اجاره کرد و یکی را استیفاء کرد هر دو را می شود ضامن چون در واقع ملک دیگری را تملک کرده است و یکی را هم استیفاء کرده است در اولی به عقد ضامن می شود و یکی را هم به مجرد استیفاء ضامن می شود.

این بحثهای استدلالی را می‌کنیم تا سیره را روشن کنیم چون سیره خیلی واضح نمی‌باشد و با این تنبیهات می‌خواهیم سیره را واضح کنیم.

شروع کردند به اشکال کردن به مرحوم آقای خوئی که عبارت است از:

المناقشة الأولى: أن أحد من المنافع فائتة قهرا و لا يكون مضمنا عند العقلاء.

اشکال اولی که بر مرحوم خوئی کرده اند این است که گفته اند علی ای تقدیر یکی از دو منفعت به خاطر تضاد فائت است و وقتی فوت یکی قهری باشد در سیره عقلاء انسان ضامن نمی‌شود.

رد المناقشة: السيرة نافية لهذه المناقشة.

این اشکال درست نمی‌باشد یکبار می‌گوییم که در سیره عقلاء ضامن نمی‌باشد خوب از همان اول بگویید که ضامن دو اجرة نمی‌باشد اگر می‌خواهید استدلالی کنید یعنی می‌خواهید سیره را مدلل کنید و نکته آن را بیان کنید که ما هم به سیره برسیم این باز درست نمی‌باشد مثلا یکی یک ماشینی دارد که اصلا قادر به استیفاء از آن منفعت نمی‌باشد نه بالمباشرة و نه بالتسبیب و نه بالاجاره اما اگر کسی این منفعت را استیفاء کرد که مالک، این شخص را هم نمی‌توانست اجاره کند، معلوم است که در سیره عقلاء این را ضامن می‌باشد. لذا شما باید به این استدلال ایشان روشن اشکال کنید که مثلا به این دلیل این را ضامن نمی‌باشد. فوت علی ای تقدیر این دلیل نمی‌شود مثل اینکه مالی است اگر الان ما آن را استیفاء نکنیم از بین می‌رود و هیچ استفاده ای نمی‌توان از آن بعدا کرد نه مالک می‌تواند استفاده کند و هیچ کس دیگری هم نمی‌تواند از این مال منتفع شود در اینجا اگر کسی آمد استیفاء کرد بدون شک در سیره عقلاء ضامن است.

پس این فرمایش که احد المنفعتین تالف است علی ای تقدیر این درست نمی‌باشد.

۱ المناقشة الثانية: لازم هذا البيان ضمان الغاصب للمسمأة قبل العقد و لمجموعهما بعد العقد و لا يقول به العقلاء.

اشکال دومی که شده است یک اشکال نقضی است بر مرحوم آقای خوئی. اینها گفته اند این مطلب شما لازمه ای دارد که به این لازم نمی توان ملتزم شد و آن اینکه اگر شخص غاصب بیاید ماشین مالک را غصب کند و به اصفهان برود و و بیاید طبق نظر شما باید دویست تومان بدهد حال اگر مالک، ماشین را به مستاجر اجاره داد و بعد غاصب ماشین را غصب کرد باید سیصد تومان بدهد صد تومان را باید به مستاجر بدهد چرا که منفعت المستأجره که رفتن به تهران بود و ملک مستأجر به عقد اجاره بود را تفویت کرد و دویست تومان باید به مالک بدهد چون منفعتی را که ملک مالک بود و آن رفتن و برگشتن به اصفهان بود را استیفاء کرد که گفتیم استیفاء به منزله اتلاف است. این عقلائاً درست نمی باشد این عقلائاً احتمالش نمی باشد که یک شخص که یک منفعت را در دو حالت استیفاء کرده است مقدار ضمان در هر یک متفاوت از دیگری باشد به واسطه عقد اجاره ای ربطی به او ندارد.

رد المناقشة: يمكن أن يقول به المرحوم الخوئي.

اولاً بعید نمی باشد که مرحوم خوئی قبول کند و قائل باشد و دلیلی نداریم که ایشان قبول نکند و مدعی شود که عقلائاً اینطور است ظاهراً مستشکل این را مفروق عنه گرفته است که عقلائاً قبول نمی کنند. ظاهراً مفروق عنه نمی باشد.

دقت کنید نظر مشهور را در این مسئله نمی دانیم چرا که در نزد مشهور این مسئله طرح نشده است که ببینیم نظر مشهور چه می باشد بله این مقدار را داریم که اگر شخصی عینی را غصب کرد باید باید اجرة المثل منفعت را بدهد. لذا معلوم نمی باشد این نقض بر ایشان وارد شود. چرا که مرحوم خوئی ممکن است بگوید خیر سیره اینطور است که من گفتم.

ثانیا: اشکالی بر مرحوم خوئی داریم که بر این نقض هم وارد است.

مناقشتنا: آن کلامه صحیح و لکن تطبیقه خطاء.

اشکالی بر مرحوم خوئی داریم که با این اشکال، مختار خود مان هم مشخص می شود چون مختار ما غیر از این پنج قول است.

این را دقت کنید مرحوم آقای خوئی مقدماتی را که فرمودند همه درست بود اما در عین حال نتیجه درست نمی باشد پس این شکال در کجاست؟ اینکه گفته اند به عقد اجاره ضامن اجرة المسمى است این درست است یعنی در نزد عقلاء به اختیار خود مستأجر است که منفعت مستاجر را استیفاء کند یا خیر در هر دو صورت باز ضامن است و بعد گفتند که منافع مستوفی را ضامن است به قاعده اتلاف چون عند العقلاء استیفاء منفعت به منزله اتلاف است و ضامن است و این هم درست است و تردیدی در آن نمی باشد.

اما در عین حال با نتیجه و مختار ایشان موافق نمی باشیم چرا که محاسبه و تعیین اجرة المثل از ایشان نادرست بوده است یعنی اجرة منفعت المثل را اشتباه محاسبه می کردند این را می خواهیم توضیح دهیم یعنی مقدمات درست است اما در تطبیق و مقام محاسبه اشتباه می شده است.

دقت کنید می دانید اجرة المثل امری است نسبی به حسب زمان و مکان و مستوفی مختلف است مثلاً اگر کسی با ماشین در یک جاده صعب العبوری برود و لو یک فرسخ این اجرة المثلش متفاوت است نسب به زمانی که ماشین در جاده صافی برود. دقت کنید اجرة المثل بین قم و اصفهان در مثال ما دویست تومان بود این دویست تومان نسبت به چه کسی؟ نسبت به کسی که مالک منفعت متضادش نباشد. اما اگر کسی مالک منفعت متضاد این منفعت مستوفی است در عین حال آن منفعت را که مالک است استیفاء نمی کند و غصباً متضاد آن را استیفاء می کند اجرة المثل این منعتی که استیفاء کرده است نسبت به این شخص چه مقدار است؟ ما به التفاوت بین این دو اجرة است یعنی اجرة المثل منفعت مستوفی و منفعتی را که مالک بوده است

که در مثال ما این ما به التفاوت صد تومان است. برای اینکه مطلب روشن شود یک مثال تقریبی می زنیم: اگر کسی ماشینی را غصب کرد که ده درصد مشاء ای ماشینی که غصب کرده است برای خودش است رفت اصفهان و برگشت اجرة المثل منفعت نسبت به این شخص ۲۷۰ تومان است بخلاف شخص ثالث که می بایست سیصد تومان دهد. پس مالک مشاء فقط نود درصد را ضامن است دیگر معنا ندارد که سیصد تومان بدهد به زید.

این مثال دقیقاً مثل ما نحن فیه نمی باشد فقط برای تقریب به ذهن است در اینجا غاصب مالک منفعت متضاده بوده است. مالک منفعت متضاده بوده است یعنی چه؟ یعنی هر منفعتی را که استیفاء کند این منفعت متضاده و مملوکه را نمی تواند استیفاء کند لذا اگر منفعت مستوفی را استیفاء کند منفعت مستاجر را نمی تواند استیفاء کند مثلاً اگر منفعت اصفهان را استیفاء کند دیگر قادر به استیفاء منفعت تهران نمی باشد لذا در نزد عقلاء اجرة المثلی را که این شخصی که مالک منفعت متضاد منفعت مستوفی است، باید بدهد، چقدر است؟ ما به التفاوت بین این دو اجرة المثل اجرة المثل منفعت متضاده و منفعت مملوکه متضاده غیر مستوفی. یعنی اجرة المثل منفعت مملوکه متضاده از اجرة المثل منفعت مستوفی کسر می شود و ما بقی را می دهد. خوب فرض کردیم اجرة المثل تهران ۱۵۰ تومان است و اجرة المسمای تهران صد تومان است و اجرة المثل اصفهان هم دویست تومان است. خوب این شخص باید چه مقدار به مالک به عنوان اجرة المثل بدهد؟ اجرة المثل منفعت متضاده مملوکه را که فرضاً ۱۵۰ تومان بود را از اجرة المثل منفعت مستوفی که فرضاً ۲۰۰ تومان بود کم می کند ما بقی را به مالک می دهد که ۵۰ تومان باشد. اجرة المسمى را هم که به عقد ضامن شد باید بدهد که مجموعاً با این اجرة المثل می شود ۱۵۰ تومان. کلاً باید ۱۵۰ تومان بدهد.

لذا باید اجرة المسمى را تماما بدهد اما اجرة المثل ما به التفاوت بين دو اجرة است يعنى اجرة المثل منفعت مملوکه متضاده و اجرة المثل منفعت مستوفى است گاهى اوقات چيزى نبايد بدهد چون اجرة المثل تهران و اصفهان هر دو دويست تومان است و اجرة المسمى هم دويست است در اینجا فقط بايد اجرة المسمى را بدهد چون بين دو اجرة المثل تفاوتى نمى باشد که اين فرد نادر است. يا اجرة المثل منفعت مستوفى کمتر است از اجرة المثل منفعت مملوکه متضاده در اینجا هم ما به التفاوت چيزى نمى باشد و فقط بايد اجرة المسمى را بدهد. پس مختار ما اين است که اجرة المسمى را تماما مى دهد و ما به التفاوت بين اجرة المثل منفعت مستاجره و اجرة المثل منفعت مستوفى را مى دهد چرا که در ادعاى ما اين است که در نزد عقلاء اجرة المثل نسبى است که نسبت به مالک منفعت متضاد با کسى که مالک اين منفعت متضاد نمى باشد فرق مى کند.

اين مسئله مشکلى بوده است حتى مرحوم اصفهاني هم نتوانسته بودند اين مشکله را حل کنند چرا که از یک طرف مى دید که با ارتکاز نمى سازد و از طرف ديگر دیده بودند کلام سيد فنى هم است لذا توقف کرده بودند پس ما هم قائل به جمع بين دو اجرة المسمى و اجرة المثل مى باشيم اما در محاسبه اجرة المثل بايد ما به التفاوت بين دو اجرة المثل منفعت مستاجره و منفعت مستوفى را در نظر بگيرد.

در دروه قبلى گفته بوديم برای محاسبه اجرة المثل بايد ما به التفاوت اجرة المسمى و اجرة المثل را در نظر بگيرند نمى دانم نکته چه بوده است اما ظاهرا نکته اى ندارد و آن حرف را ديگر قبول نداريم. ادعاى ما اين است که سيره به اين منوال حکم مى کند. مراد ما از سيره ارتکازات عقلاء است يعنى اگر اين مورد مصداق خارجى هم نباشد با توجه به ارتکازات عقلاء مى گوييم که اگر همچنين اتفاقى بيافتد سيره اين چنين حکم مى کند.

پس ما قائلیم اجرة المسمى را باید تماماً بدهد که به عقد ضامن شد و بعد اجرة المثل اصفهان را باید بدهد که اجرة المثل نسبت به مالک منفعت متضاده ما به التفاوت بین دو اجرة المثل است و دلیل آن هم سیره است. این سیره خیلی واضح است اگر توجه بکنید برای شما هم روشن خواهد شد. لذا اگر به فرمایش ما دقت کنید جمع بین فرمایش آقای خوئی که فنی و تمام است، تمام می باشد و این تنافی بین فرمایش ایشان و ارتکاز حل خواهد شد.

خوب با این بیان آن اشکال نقضی هم مندفع شد چرا که ما ثابت کردیم که باید هر دو اجرة را بدهد اما در عین حال لازمه قول ما این نمی باشد که غاصب در بعد و قبل از اجاره ای که مربوط به آن نمی باشد متفاوت ضامن باشد چرا که در غاصب چه قبل از اجاره و چه بعد از اجاره یک قیمت می دهد فقط در قبل از اجاره همه را به مالک می دهد اما بعد از اجاره آن پول را تقسیم می کند بین مالک و مستاجر ما به التفاوت را به مالک می دهد^۱ و اجرة المثل منفعت متضاده مملوکه^۲ را هم به مستأجر می دهد^۳. پس ما جمع کردیم بین مختار خودمان و ارتکازی که در ذهن مستشکل بود.

^۱ چرا که مالک بعد از اجاره دیگر مالک منفعت متضاده مملوکه نمی باشد بلکه در قبال اجرة المسمایی که از مستأجر گرفت آن را تملیک ب مستأجر کرد و فقط ضامن مقداری است که بیش از منفعت متضاده مملوکه غاصب استیفاء کرده است.

^۲ چرا که غاصب ضامن اجرة المسمایی نمی باشد که مستأجر می دهد چه بسا موجر آدم کلاهبرداری بوده است و به بیش از مقداری که ارزش دارد اجاره داده است لذا در سیره عقلاء فقط ضامن اجرة المثل است یعنی مقداری که می ارزد فارق از اینکه اجرة المسمایی که مستأجر پرداخت کرده است چه مقدار است. (اس مد)

^۳ ممکن است که کسی بگوید که منفعت مستوفی را باید اجرة المثل آن را به تمامه غاصب به مالک این اجرة المثل منفعت مستوفی را بدهد چرا که ملک مالک بوده است نه ملک مستأجر و در جایی که غاصب منفعت مستوفی مستأجر باشد باید ما به التفاوت بدهد اما در اینجا که غاصب آمده است مال مالک را غصب کرده است باید به تمامه اجرة المثل منفعت مستوفی را بدهد کما اینکه اگر قبل از اجاره غصب می کرد چطور می بایست اجرة المثل منفعت مستوفی را به تمامه بدهد در اینجا هم همینطور. جواب این است که این محذوری ندارد اما ما تابع سیره می باشیم و در این مورد مثال ما یعنی مثال غصب بعد از اجاره سیره مالک را مالک ما زاد از منفعت متضاده مملوکه مستأجره می دانند.

۱ احتمال الرابع: اكثر الأجرتين و هو فى الواقع مجموع اجرة المسماة و اجرة مثل المنفعة المستوفاة التى تكون ما زاد على اجرة المسماة من الأجرة المثل.

احتمال چهارم احتمال معروف بين علمای ما است و آن اینکه که اکثر الأجرتين را باید بدهد بینند که اجرة المسمى چه قدر است و اجرة المثل چه مقدار است هر کدام بیشتر بود آن را بدهد اگر اجرة المسمى بالاتر بود اجرة المسمى را اگر اجرة المثل بیشتر بود اجرة المثل را بدهد که در مثال ما باید اجرة المثل را بدهد که دویست تومان بود یا ماشین را اجاره کرده بودن برای رفتن به اصفهان به سیصد تومان و به تهران رفت و اجرة المثل آن دویست تومان است لذا باید سیصد تومان بدهد. وجهی را مرحوم آقای خوئی برای این قول مشهور نقل کرده است، که این وجه همان وجهی است که ما در مطلب گذشته به آن اشاره کردیم. ایشان گفته اند کأنه در نظر اینها اجرة المثل منفعت مستوفی، مبلغ زائد بر اجرة المسمى است مثلاً اجرة المسمای تهران دویست تومان بوده است و اجرة المثل اصفهان سیصد تومان. زیاده صد تومان است. کأنه در نظر اینها اجرة المثل اصفهان آن مبلغ زائد بر اجرة المسمى است که آن مبلغ زائد، صد تومان است در واقع دویست می دهد بابت اجرة المسمى و صد تومان هم به عنوان اجرة المثل اصفهان می دهد. چون منفعت متضاد منفعت مستوفی، ملک خودش است اجرة المثل منفعت مستوفی کأنه بیش از ما به التفاوت اجرة المسمى و اجرة المثل منفعت مستوفی نمی باشد. توضیحی نداده اند که چرا فقط گفته اند که اجرة المثل نسبت به این شخص این است. پس باید دویست تومان بابت اجرة المسمى بدهد و صد تومان هم ما به التفاوت بین اجرة المسمى و اجرة المثل منفعت مستوفی می باشد. لذا جمعا باید سیصد تومان بدهد.

مناقشة: هذا صحيح و لكن أجرة مثل المنفعة المستوفاة ليس ما زاد على الأجرة المسماة و الأجرة المثل بل بين الأجرتين المثليتين.

احتمال چهارم را وجهش را قبول داریم اما ما به التفاوت را نسبت به اجرة المثل منفعت مستأجره می سنجیم نه اجرة المسمى. کسی که مالک منفعت ذهاب به تهران است اجرة المثل ذهاب به اصفهان چه مقدار است؟ مقدار زائد بر اجرة المثل رفتن به تهران است. اجرة المثل ذهاب به اصفهان چه مقدار است؟ دویست تومان. اجرة المثل ذهاب به تهران چه مقدار است؟ صد و پنجاه تومان. اجرة المثل منفعت مستوفی که در مثال ما ذهاب به اصفهان باشد نسبت به این آقا که مالک منفعت متضاده ی منفعت مستوفی می باشد، ما به التفاوت این دو اجرة المثل می باشد که پنجاه تومان باشد. که این ۵۰ تومان مقدار زائد بر اجرة المثل ذهاب به تهران است به اضافه اجرة المسمای ذهاب به تهران که صد تومان بود که مجموعاً می شود ۱۵۰ تومان لذا این شخص باید ۱۵۰ تومان به جناب مستأجر بدهد.

این احتمال چهارم همان اشکالی را دارد که قبلاً در وجه سوم، وجه مرحوم سید و مرحوم آقای خوئی گفتیم و آن اینکه اجرة المثل منفعت مستوفی اجرة المثل به تمامه نمی باشد بلکه اجرة المثل در نزد عقلاء نسبت به شخصی که مالک منفعت متضاده ی منفعت مستوفی می باشد عبارت است از ما به التفاوت بین اجرة المثل منفعت مستأجرة و اجرة المثل منفعت مستوفاة.

الإحتمال الخامس من المرحوم الحاج الشيخ عبد الكريم الحائري: أكثر الأجر.

احتمال پنجم از مرحوم آ شیخ عبد الكريم حائری است. ایشان فرموده اند این عین در ما نحن فيه سه منفعت دارد: یکی منفعت مستأجرة و مملوکه که در مثال ما ذهاب به تهران است و یک منفعتی به نام منفعت مستوفات دارد که در مثال ما عبارت است از ذهاب به اصفهان است و یک منفعت ثالثه هم دارد که منفعت غیر مستوفی

است مثلاً روز جمعه از صبح تا شب می توانست برود به کاشان یا شیراز یا شمال و برگردد اینها را منافع غیر مستوفی می گویند پس ما سه منفعت داریم منفعت مملوکه و منفعت مستوفی و منفعت غیر مستوفی که منافع ممکنه ای است که استیفاء نشده است. ایشان فرموده اند که این شخص مستأجر اکثر اجرة را در مجموعه این منافع را ضامن است لذا حساب می کند و می دهد مثلاً روز جمعه می توانست به شمال برود و برگردد و منفعت شمال ۴۰۰ تومان است و به اصفهان رفت که اجرة المثل آن ۲۰۰ بود و و اجرة ذهاب به تهران را هم که مالک بود صد تومان بود که در میان اینها منفعت غیر مستوفی اجرتش بیشتر است که رفتن به شمال است لذا منفعت شمال را باید بدهد.

بیان ایشان چیست؟

مقدمه ای ذکر شود: اگر کسی یک عینی را غصب کرد که این عین چندین منفعت دارد که اجرة های آنها متفاوت است چه از آن عین استیفاء منفعت بکند چه استیفاء منفعت نکند ضامن اجرة می باشد حال کدام اجرة؟ مثلاً اسبی را غصب کرد که اجرت منفعت حمل آن صد تومان است و منفعت رکوب آن دویست تومان است و نه سوار این اسب شد و نه چیزی را با آن حمل کرد اینجا چه اجرتی را باید به مالک اسب بدهد؟ باید اکثر اجرتا را بدهد لذا باید دویست تومان را بدهد در منافع غیر مستوفی باید اکثر اجرتا را بدهد چرا؟ ایشان قائلند که عقلاء در منافع متضاد وقتی مجموعه منافع را در نظر می گیرند در منافع متضاد اجرتها را با هم جمع را نمی زنند بلکه اجرت اکثر می شود اجرة آن منافع متضاد چرا که دو منفعت در عرض هم قابل استیفاء نمی باشد مثلاً اسبی را برای حمل کرایه کنی به صد تومان و اگر برای رکوب اجاره کنید کرایه آن دویست تومان است حالا این اسب را کرایه کنید و بگویید اگر دلم خواست سوارش می شوم و اگر دلم خواست حمل بار می کنم عرفاً کرایه این حیوان

چه مقدار است؟ دویست تومان این طور نمی باشد که دو کرایه را از او بگیرند چرا که این دو منفعت متضاد است و قابل استیفاء در عرض هم نمی باشد.

در ما نحن فيه همین پیاده می شود اجرة المسمى چه مقدار بود؟ صد تومان کجا رفت؟ اصفهان و وقتی به اصفهان رفت ید او ید عدوانی است لذا به اکثر اجرة ضامن است و لو آن منفعت غیر مستوفی باشد.

این فرمایش دو اشکال دارد:

الإشكال الأول: الید العدوانی لیس مانعا للأجرة المسماة الواجبة بالعقد عند العقلاء.

اشکال اول این است که چرا اجرة المسمى را ضامن نباشد و لو ید او عدوانی شد اما ضمانش نسبت اجرة المسمى به عقد بود نه ضمان به ید و لو ید او ید عوانی باشد در بیان ایشان این است که ضامن اجرة المسمى نمی باشد چون منشأ ضمان اجرة المسمى عقد است به مجرد وقوع عقد می شود ضامن و باید اجرة المسمى را بدهد.

الا اینکه گفته شود که اعلی القیم به عنوان اجرة المثل می باشد یعنی اجرة المسمى را باید به مجرد عقد بدهد و نسبت به منفعت مستوفی اعلی القیم را به عنوان اجرة المثل بدهد یعنی این شخص ضامن مجموع اجرة المسمى و اعلی القیم به عنوان اجرة المثل می باشد. احتمال پنجم می شود شبیه احتمال چهارم می شود. اگر مراد او این باشد آنگاه اشکال دوم وارد است.

در عقد اجاره به محض این که اجاره محقق شد من به سیره عقلاء ضامن اجرة المسمى می شوم چه به مفاد عقد عمل کنم یا خیر از آن تجاوز کنم.

الإشكال الثاني: أن الأعلى القيم مضمن اذا لم يستف الغاصب منفعة و كان المجموعة المنافع المتعارفة.

اشكال دوم اينكه گفته اند كه غاصب در منافع غير مستوفى اعلى القيم را ضامن است اين در صورتى است كه هيچ منفعتى را استيفاء نكرده باشد. اين يك قيد آن است و قيد ديگرى دارد كه خواهيم گفت. اين قيد را مشهور گفته اند.

اما مقدمه اى كه ايشان گفت. تارة غاصب منفعتى را استيفاء مى كند و تارة استيفاء نمى كند اگر منفعتى را استيفاء كرد قيمت منفعت استيفاء شده را به مالك مى دهد و اما اگر منفعتى را استيفاء نكرد اگر منافع متعارف و غير متعارف دارد اعلى القيم منافع متعارف را مى دهند اما منافع غير متعارف را حساب نمى كنند مثلاً ماشين را داد براى ركوب و متعارف آن حمل پنج نفر است اما با اين ماشين هشت نفر را هم مى توان سوار كرد كه اجرة آن هم بيشتر است اين شخص ديگر نبايد منفعت حمل هشت نفر را از او گرفت. قيمت حمل يك نفر را هم حساب نمى كنند بلكه اعلى القيم در بين منافع متعارف را حساب مى كنند كه در اينجا مى شود اجرة منفعت حمل پنج نفر مى شود.

يعنى مى گوييم كه اين اطلاقى كه بيان کرده اند و گفته اند اعلى القيم اين به اطلاقه درست نمى باشد بلكه اعلى القيم بين منافع متعارف را حساب مى كنند. لذا بيان ايشان دو قيد داشت يك قيد اين كه بايد هيچ منفعتى را غاصب استيفاء نكرده باشد و الا بايد اجرة المثل منفعت مستوفى را بدهد و قيد دوم هم اين است كه اعلى القيم از ميان قيمت منافع متعارف را بايد بدهد.

بله اگر خانواده خودش هشت نفره بود و با ماشين هشت نفر را حمل كند در اينجا بايد اجرة المثل ركوب هشت نفر را بدهد.

پس ما خودمان احتمالی را که اختیار کردیم احتمال ششم است که شبیه احتمال چهارم است در احتمال چهارم زیاده بر اجرة المسمى محاسبه می شود و در نظر ما زیاده بر اجرة المثل را محاسبه و سنجیده می شود.

مناقشة المرحوم الخوئی فی ذیل کلام المرحوم صاحب العروة:

مرحوم سید در ذیل مطلبی را ذکر کرده اند و آن اینکه اگر مستأجر شخصی را اجیر کرده بود برای یک عمل و بعد در روز عمل به او کار دیگر داد مستأجر باید به اجیر دو اجرة را بدهد اما این در صورتی است که اجیر غافل و مستأجر عالم باشد. مرحوم خوئی اشکال می کند که در صورت بالعکس هم همینطور است یعنی اجیر عالم باشد و مستأجر غافل باشد. بین این دو صورت فرقی نمی باشد چرا که قاعده ای داریم که اگر شخصی از کسی به امر او عملی بخواهد و قصد مجانی هم نکند مستأجر باید به اجیر اجرة المثل را بدهد.

مناقشة: أن هذا القيد بالنسبة الى الأجرة المسماة لا الأجرة

المثل التي توهمه رحمته الله.

این مناقشه مرحوم خوئی درست نمی باشد.

اگر اجیر کتابه را به جای خیاطت انجام دهد باید مستأجر هم اجرة المثل کتابت و هم اجرة المسمى خیاطه را بدهد به شرط این که اجیر غافل و مستأجر عالم باشد. سید این قید را به خاطر اجرة المثل کتابه زده است یا اجرة المسمای خیاطه؟ مرحوم خوئی فکر کرده اند مرحوم سید این قید را برای اجرة المثل زده است در حالی که سید این قید را به خاطر اجرة المسمى زده است و در صورت غفلت اجیر این شخص خودش منفعت اجیر را که مالک بود تفویت کرده است. اما اگر خود اجیر عالم باشد منفعت مستأجره را خود اجیر تفویت کرده است و مستند به مستأجر نمی باشد لذا اجرة المسمى را مستحق نمی باشد. لذا این قید ناظر به اجرة المثل نمی باشد بلکه

ناظر به اجرة المسمى می باشد و این هم درست است چرا که علم و جهل اجیر استناد تفویت را عوض می کند.

که ما در اینجا تابع کلام مرحوم سید شیدیم اما اجرة المثل را همان به صورت ما به التفاوتی که در احتمال ششم گفتیم حساب می کند.

مسألة ۷: لو أجر نفسه للخياطة مثلاً في زمان معين

فاشتغل بالكتابة للمستأجر مع علمه بأنه غير العمل
المستأجر عليه

لم يستحق شيئاً أما الأجرة المسماة فلتفويتها على نفسه بترك الخياطة
و أما أجرة المثل للكتابة مثلاً فلعدم كونها مستأجراً عليها فيكون كالمبتدع
بها بل يمكن أن يقال بعدم استحقاقه لها و لو كان مشتتاً غير متعمد خصوصاً
مع جهل المستأجر بالحال.

اگر کسی اجیر شد برای خیاطت روز جمعه و بعد به جای خیاطت مشغول کتابت
برای مستأجر شد سید می فرمایند مستحق چیزی نمی باشد اما اجرة المسمى را مستحق
نمی شود چرا که خودش آن منفعت را تفویت کرد به ترک خیاطت و اجرة المثل کتابت
را مستحق نمی باشد چرا که اجیر برای کتابت نشده بود بعد می فرماید که حتی اگر از
روی غفلت این کار را انجام دهد باز مستحق چیزی نمی باشد از روی غفلت یعنی اینکه
اجیر شده بود برای خیاطت اما روز جمعه یادش رفت که اجیر شده برای خیاطت فکر

کرد اجیر شده است برای کتابت و در روز جمعه مشغول کتابت شد در اینجا هم مستحق چیزی نمی باشد به همان بیان قبل. این متن مسئله.

رفع اشکالات المتن:

قبل از ورود به شرح وارد توضیح متن شویم:

الإشكال الأول: أن عدم استحقاق اجرة المسمى لعدم استناد التفويت الى المستأجر لا لتفويت الأجير على نفسه.

سید فرمود اجرة المسمى را ضامن نمی باشد چرا؟ «فلتفويتها على نفسه» چرا که تفويت من قبل خودش بود این تفويت من قبل خودش برای عدم استحقاق اجرة المسمى موضوعیتی ندارد این اجرة المسمى را در صورت تفويت منفعت، زمانی اجیر مستحق می باشد که تفويت از ناحیه مستأجر باشد مثلاً روز جمعه می رود برای خیاطت و مستأجر می گوید که پارچه را نمی دهم در اینجا شب که شد باید اجرة المسمى را بدهد اما اگر تفويت منفعت از جانب غیر مستأجر باشد در این صورت باز اجیر مستحق اجرة المسمى نمی باشد مثلاً کسی دست اجیر را می گیرد و نمی گذارد خیاطت کند یا خود اجیر این کار را نمی کند در این صورت جناب مستأجر ضامن نمی باشد پس این کلام سید: «فلتفويته على نفسه» تسامحی است همینکه تفويت منفعت از جانب مستأجر نباشد و لو تلف سماوی باشد یا غاصب تلف کرده باشد یا ظالم تفويت کرده است، مستأجر ضامن اجرة المسمى نمی باشد حال تفويت از جانب نفس اجیر باشد یا از جانب غیر او و غیر مستأجر.

الإشكال الثاني: قال السيد ﷺ عدم استحقاق للأجرة المثل لعدم الإجارة على الكتابة و أن الإجارة عليها يضمن الأجرة المسماة لا المثل.

دقت کنید مرحوم سید فرمودند: ضامن اجرة المثل نمی باشد چرا که برای این عمل اجیر نشده بود اجاره اجرة المثل را نمی آورد بلکه اجرة المسمى را می آورد سید فرمود

ضامن اجرة المثل کتابت نمی باشد چرا که اجیر برای کتابت نشده بود خوب اگر اجیر برای کتابت شده بود اجرة المثل کتابت به گردن مستأجر نمی آمد بلکه اجرة المسمى به گردن مستأجر می آمد لذا این تعبیر هم تسامحی است. بله می بایست بگوید: «لعدم الامر بها».

الإشكال الثالث: أن قيد خصوصية جهل المستأجر ليس دخيلا في استحقاق الأجرة المثل بل في الأجرة المسماة.

بریم سر عبارت بعدی ایشان. دقت کنید سید فرمود: « لم يستحق شيئا أما الأجرة المسماة ... و أما أجرة المثل للكتابة ... بل يمكن أن يقال بعدم استحقاقه لها و لو كان مشتبهها غير متعمد خصوصا مع جهل المستأجر بالحال.» سید فرمود اجیر مستحق اجرة المثل نمی باشد خصوصا اگر مستأجر ملتفت نباشد و غافل باشد. اگر مالک ملتفت باشد یا غافل باشد در عدم استحقاق اجرة المثل اثری دارد؟! خیر چه ملتفت باشد و چه ملتفت نباشد در استحقاق اجیر نسبت به اجرة المثل اثری ندارد و اجیر مستحق آن نمی باشد. فرض این است که این عمل یعنی کتابت به امر مستأجر نمی باشد. خوب این «خصوصا» به کجا می تواند نظر داشته باشد؟ کجا می تواند اثر داشته باشد؟ نسبت به اجرة المسمى. چرا؟ چون اگر مستأجر التفات داشته باشد این شبهه است که این تفویت مستند به مستأجر باشد یعنی با اینکه التفات داشته است چیزی نگفته است کأن او رضایت داده است به تفویت منفعت مستأجرة وقتی رضایت داده است تفویت مستند می شود به مالک و گفتیم که اگر تفویت منفعت مستند به مستأجر شود، مستأجر ضامن اجرة المسمى و اجیر مستحق آن می باشد. پس مرحوم سید «خصوصا» را ذیل عبارت مربوط به عدم استحقاق اجیر نسبت به أجرة المثل آورد در حالیکه در عدم استحقاق اجرة المثل جهل و علم مستأجر اثری ندارد فرق نمی کند که مالک ملتفت باشد یا ملتفت نباشد. بلکه در استحقاق و عدم استحقاق اجرة المسمى است که شبهه تأثیر علم و جهل مستأجر است لذا «خصوصا» را می بایست در ذیل عبارت مربوط به عدم استحقاق اجیر برای اجرة المسمى می آورد.

نگویید که در صورت التفات به کتابت این شبهه است که امر به این کار کرده است چنین ظهوری نمی باشد که سکوت ظهور در امر داشته باشد لذا این کلام ایشان را نمی توان توجیه کرد. اگر کسی مشغول کاری برای شما باشد و شما نگاه کنید این ظهور در امر دارد؟! الا اینکه تداول عرفی پیدا کند مثل کسانی که در خیابان می آیند و در پشت چراغ قرمز ماشین را تمیز می کنند و شما سکوت می کنید در آنجا ظهور به امر دارد چرا که یک شغل شده است و اگر شخص نخواهد باید نهی کند و عدم نهی ظهور در امر دارد.

لذا در سه جا عبارت ایشان درست نمی باشد و سه اشکال عبارتی بر سید وارد است.

پس سید مطلبی را گفته است و ما با مطلب ایشان موافقیم منتها با تعلیل ایشان در دو مورد و تقیید ایشان در مورد سوم موافق نمی باشیم.

اما توضیح و شرح المسئلة:

أما عدم إستحقاق الأجرة المسماة:

اما اجرة المسمى را مستحق نمی باشد. گفتیم وقتی عقد اجاره منعقد می شود مالک و مستأجر، مالک عمل در ذمه اجیر می شود و اجیر مالک اجرة المسمى در ذمه مستأجر می شود و اجیر زمانی حق مطالبه اجرة المسمى را دارد که عمل را تسلیم کند خوب اجیر عمل را تسلیم نکرد و بعد از عدم تسلیم خیاطت در روز جمعه دیگر قدرت بر تسلیم خیاطت در روز جمعه را از دست می دهم چرا که در روز جمعه مشغول کتابت بودم تا روز جمعه گذشت. اگر عمل زمانش یک روز است نیم ساعت از روز جمعه بگذرد دیگر قدرت تسلیم عمل در روز جمعه را ندارد. حالا که قدرت بر تسلیم عمل ندارم عقد اجاره چه می شود؟

قول المشهور في هذه المسئلة: انفساخ العقد و عدم استحقاق الاجير للأجرة المسماة.

مشهور قائل به انفساخ عقد اجاره می باشند.

قول المرحوم الخوئي: للمستأجر التخيير في ابقاء العقد و مطالبة بدل العمل المستأجرة أو فسخ العقد.

مرحوم خوئی خلافاً للمشهور بنائی دارند ایشان می فرمایند که عقد اجاره منفسخ نمی شود عقد اجاره باقی است و مستأجر می تواند عقد را فسخ کند که در این صورت اجیر دیگر مستحق چیزی نمی باشند. یا می تواند فسخ نکند و عقد را ابقاء کند در این صورت به اجیر می گوید که عمل را به من تسلیم کن. اجیر می گوید نمی توانم. مستأجر می گوید که بدل آن را به من تسلیم کن که بدل عمل اجرة المثل آن است. این کار یعنی ابقاء العقد و مطالبه بدل عمل زمانی فایده دارد که اجرة المثل از اجرة المسمى بیشتر باشد. مرحوم آقای خوئی هم با توجه به قوانین عقلائی این نظر را می دهند یعنی ادعای ایشان این است که سیره سلوکش در این موارد این است که اینک مشهور هم چنین ادعایی دارند.

مختارنا: مختار المشهور لأرتكازنا من السيرة العقلانية.

ما گفتیم در ارتکاز ما کلام مشهور است. بلکه مقتضای صناعت فرمایش مرحوم خوئی است که می گوید که من مالک عمل می باشم و این شخص قدرت تسلیم ندارد و یا فسخ می کنم یا مطالبه بدل می کنیم. اما ارتکاز ما می گوید در سیره عقلاء عمل منفسخ می شود و مهم هم برای ما سیره عقلاء است و لو وجهش مشخص نباشد و کلام مرحوم خوئی کلامی است فنی لذا باید بگردیم وجه سیره عقلاء را پیدا کنیم مهم نمی باشد وجه را پیدا کنیم چرا که تابع سیره عقلاء می باشیم و ارتکاز عقلاء برای ما مهم است. آیا اگر کارگری را اجیر کردیم و کارگر نیامد عقلائی است که بگوییم بیا و اجرة عملت را به من بده که اجرة المثل را بگیریم و اجرة المسمى را بدهیم؟!!!

با فرمایش سید موافقین بر اساس ارتکاز اجرة المسمى را ضامن نمی باشد.

و أما عدم استحقاق الأجرة المثل: لعدم الأمر بها.

اما اجرة المثل را ضامن نمی باشد چرا که عملی را انجام داد بدون امر بود که عمل بدون امر در نزد عقلاء احترام ندارد.

اما صورت اخیر که اجیر فکر کرد که اجیر شده است برای کتابت و مشغول کتابت شد این اشتباه باعث می شود که اجرة المثل را از صاحب کتابت بگیرند؟ چرا که امر نکرده بود و لو علم و التفات داشت که اجیر برای خیاطت شده است و برای کتابت نشده بود. آیا اجرة المثل را مستحق است؟ در اینجا هم کلام سید را قبول داریم. با مختار سید موافقین اما استدلال ایشان را مخالفین و تقیید در ذیل را هم موافق نمی باشیم.

مسألة ۸: لو أجر دابته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر

فاشته و حملها متاع عمرو

لم يستحق الأجرة^۲ على زيد ولا على عمرو^۳.

اگر شخصی که صاحب اسب یا ماشین است، اجیر شده بود که متاع زید را با دابة خودش از قم به تهران ببرد اما اشتباها متاع عمرو را به تهران برد سید می فرمایند صاحب این دابه نه مستحق اجرة المسمى است و نه مستحق اجرة المثل است مستحق اجرة

^۱ سه شنبه ۹۷/۰۸/۰۱.

مسألة ۸: لو أجر دابته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر فاشته و حملها متاع عمرو لم يستحق الأجرة على زيد ولا على عمرو.

^۲ ای اجرة المسمى.

^۳ یعنی اجرة المثل

المسمى نمی باشد چون عمل مستأجر علیه را که انتقال متاع زید به تهران بود را انجام نداد چون گفتیم که زمانی اجیر می تواند اجرة المسمى را مطالبه کند که عمل را تسلیم کند و مستحق اجرة المثل نمی باشد درست است که این متاع عمرو را انتقال به تهران داد اما این انتقال به امر عمرو نبود لذا می شود تبرعی. لذا نه مستحق اجرة المسمى است و نه مستحق اجرة المثل است.

لذا این کلام سید درست است و وجه آن هم همانی است که گفته شد.

دقت کنید سید در اینجا فرمود « فاشتبیه و حملها متاع عمرو » یعنی اشتباهها این متاع را برد چرا صورت عمد را نفرمودند؟ چون صورت عمد واضح است یعنی اگر عمدا متاع عمرو را برد این واضح است که نه زید ضامن اجرة المسمى است و نه عمرو ضامن اجرة المثل است لذا مثال اشتباه را زد چون می خواست مثال اخفی را بزند مثال عمد حکمش واضح بود.

مسألة ۹: لو آجر دابته من زید مثلاً

فشردت^۲ قبل التسليم إليه أو بعده في أثناء المدة

بطلت الإجارة و كذا لو آجر عبده فأبق...

مسئله این است که مالک حیوانش را به زید اجاره داد و بنا بر این بود که اسب را به او تسلیم کند که فردا برای سوار شدن یا حمل بار استفاده کند قبل از تسلیم حیوان، حیوان گریخت یا این که حیوان را تسلیم کرد بنا بود که یک هفته در دست او باشد که بعد از دو سه روز فرار کرد همچنین در مثال عبد که عبدی را اجاره داد قبل از اینکه این

^۱ مسألة ۹: لو آجر دابته من زید مثلاً فشردت قبل التسليم إليه أو بعده في أثناء المدة بطلت الإجارة و كذا لو آجر عبده فأبق و لو غصبهما غاصب فإن كان قبل التسليم فكذلك و إن كان بعده يرجع المستأجر على الغاصب بعوض المقدار الفائت من المنفعة و يحتمل التخيير بين الرجوع على الغاصب و بين الفسخ في الصورة الأولى و هو ما إذا كان الغصب قبل التسليم

^۲ فرهنگ ابجدی متن ۸۰ شَرَدَ - شَرَدًا و شُرُودًا و شَرَادًا و شَرَادًا: رمید،

عبد را به مستأجر بدهد عبد فرار کرد یا بعد از تسلیم، این عبد فرار کرد سید می فرمایند نسبت به هر دو فرع اجاره باطل می شود خوب در فرض اول باطل می شود نسبت به تمام مدت عقد در فرض دوم که در اثناء مدت آن اسب فرار کرد یا عبد گریخت نسب به الباقی عقد می شود باطل. این عبارت سید بالاجمال. خوب حالا تفصیلاً مسئله را بررسی کنیم و ببینیم که این بیانی که سید داشته اند درست است یا خیر؟ خواهیم گفت فتوای سید اجمال دارد.

أما الفرض الأول في شرود الدابة قبل التسليم:

اما فرض اول این بود که حیوان را اجاره داد به زید قبل از تسلیم حیوان به زید، حیوان فرار کرد و حیوان رفت که رفت و نتوانستند این حیوان را برگردانند. دقت کنید هر چه را در مورد حیوان فراری گفتیم به عینه در مورد عبد فراری هم می آید.

قول السيد رحمه الله: كشف بطلان العقد من الأول لأن عدم المنفعة في زمان العقد، كاشف عن عدم قابلية العين للمنفعة المستأجرة.

در اینجا عنایت شود بعضی گفته اند کشف می شود که این عقد اجاره از اول باطل بوده است. چرا؟ خوب دقت کنید در این مثال فرض کنید روز پنجشنبه اسب را اجاره داد که زید در روز جمعه با این اسب به مسافرت برود یعنی این اسب را برای منفعت رکوب در روز جمعه اجاره داد قرار بود صبح جمعه اسب را بگیرد روز جمعه یا شب پنجشنبه اسب فرار کرد از این کشف می کنیم این اسب در روز پنجشنبه هنگام عقد منفعت رکوب در روز جمعه را نداشته است و توهّم منفعت رکوب بوده است حقیقت عقد اجاره تملیک منفعت بعوض است و اگر منفعتی را تملیک کنیم که معدوم است این عقلاً باطل است چرا که عقلاً تملیک منفعت بوجود آن منفعت است اگر عینی منفعتی را نداشته باشد تملیک آن معنا دارد؟ خیر معنا ندارد پس این عقد اجاره از اول منعقد نشده است و باطل است این تملیک منفعتی کرده است که موجود نبوده است چرا که اسب معدوم که منفعت رکوب را ندارد اسب موجود است که منفعت رکوب را

دارد. لذا در ما نحن فیه تملیک منفعتی را کرده است که این منفعت را این اسب نداشته است وقتی این اسب این منفعت را نداشته است این شخص مالک این منفعت نبوده است منفعتی را تملیک کرده است که موجود نبوده لذا این عقد اجاره از اول باطل است وقتی فرار محقق شد آن وقت تازه ما می فهمیم این اسب در روز پنجشنبه اصلاً این منفعت روز جمعه را نداشته است. این را دقت کنید در باب منافع مراد از منفعت، قابلیت است قابلیت در زمان متقدم است مثلاً این ماشین قابلیت سفر در روز جمعه و روز بعد را همین الان دارد این قابلیت است که ما آن را به مستأجر تملیک می کنیم اما اگر این منفعت در زمان عمل به عقد معدوم شد مشخص می شود این قابلیت توهمی بوده است. در واقع این قابلیت برای این شیء نبوده است. این بیان برای قول به بطلان است که این عقد اجاره باطل می شود چرا که عقلاً این منفعت را نداشته است و از اول باطل بوده است یعنی موجر منفعتی را تملیک کرده است که وجود نداشته است آیا این اسب قابلیت حمل بار در روز جمعه را داشت یا خیر؟ این قابلیت را نداشت اصلاً پس بنابراین در ما نحن فیه این عقد اجاره از اول باطل بوده است.

این وجهی است که برای بطلان گفته شده است نظیر آن مثل آنجائی است که اسبی را اجاره می دهم بعد معلوم می شود این اسب مرده بوده است. پنجشنبه این اسب را اجاره می دهم برای روز جمعه و بعد مشخص می شود شب پنجشنبه مرده بوده است این ما نحن فیه نظیر این مثال است. اسب شارد در روز پنجشنبه این قابلیت در روز جمعه را نداشت این یک احتمال در قول سید است آیا این قول تمام می باشد یا خیر؟

تعليقتان علی قول السيد:

این را دقت کنید ما در اینجا دو تعلیقه داریم:

التعليقة الأولى: عدم الشرطية الوجود للمملوك عند العقلاء.

تعلیقه اول این است که گفته اند تملیک معدوم، عقلاً محال است یعنی عقلاً این تملیک باطل است یعنی تملیک ممکن نیست. چرا؟ چون شیء معدوم چیزی نمی باشد

که تملیک کنم و شخص بشود مالک لذا اگر در ما نحن فیه این قابلیت معدوم باشد این عقد اجاره عقلا باطل است نه اینکه عقلا باطل است اگر در عقلاء هم باطل است به خاطر اینکه این تملیک عقلا باطل است.

تعلیق اول ما این است که ما در اشیاء معدوم گفته ایم این استحاله عقلی ندارد انسان مالک امور معدوم شود چون ملکیت امر اعتباری است و می توانم مالک امر موهوم شوم لازم نمی باشد مملوک در عالم حقیقت، موجود باشد بلکه می تواند در عالم وهم باشد موید هم داریم که عقلاء امور معدوم را تملیک می کنند مثلاً باغی داریم که میوه ای ندارد من میوه یکسال این باغ را تملیک می کنیم الان خریدار مالک چه شده است؟ نگوئید من مالک میوه های سه ماه بعد شده ام چرا که میوه این باغ در سه ماه دیگر موجود است و در ظرف خودش موجود است. فرض کنید این باغ اصلاً میوه ندارد من مالک چه شده ام؟ آیا این معامله باطل است؟ کشف می کند این معامله از اول باطل بوده است؟ خیر معامله درست است.

دقت کنید نگوئید که این درخت قابلیت اثمار را دارد درست است عقلاء کجا بر امر معدوم معامله می کنند؟ در جایی که این درخت قابلیت اثمار داشته باشد اما این معنایش این نمی باشد که این قابلیت را معامله می کنند خیر خود میوه را معامله می کنند که فرض ما این است که معدوم است. بله در جایی که قابلیت نباشد معامله نمی کنند اما نه اینکه اگر معامله کردند پس معامله باطل است چرا که غرض عقلائی دارند می آید الان درخت من را می خرد و مالک میوه درخت ما می شود که الان معدوم است و در سه ماه بعد موجود می شود.

ممکن است که گفته شود که عقلاً معدوم نمی باشد اما عقلاً که معدوم است و اعتبار عقلاء که شیء معدوم را موجود نمی کند.

گفته نشود که میوه موجود در ظرف خودش را می فروشند این درست نمی باشد چرا که اگر واقعاً میوه موجود در ظرف خودش را فروختم بعد از اینکه میوه نداد معامله

باید باطل شود در حالیکه این طور نمی باشد این شاهد بر این است که که بر این میوه معدوم مالک است.

لذا تعلیقه اول این است که لزوما نیاز نمی باشد که مملوک حتما باید امر موجود باشد عقلا محذوری ندارد که من مالک چیزی شوم که معدوم است و موجود در عالم وهم است.

التعليقة الثانية: الفرق بين الدابة الميتة حين العقد و هذا الدابة الشاردة بعد العقد.

تعلیقه دوم این است که این مثالی که در اسب گفتیم با مثال اسب مرده فرق می کند الان اسب مرده را اجاره می دهیم بعدا که مشخص می شود که در زمان عقد مرده بوده است یعنی در زمان عقد اصلا این اسب قابلیت حمل و رکوب را نداشته است اما در اسب شارد قابلیت در اسب موجود است و همین الان که زمان عقد است قابلیت حمل و رکوب در روز جمعه را دارد اما لعارض از بین می رود در اثر گریختن و فرار. یعنی می گوئیم این مثال اسب مرده نظیر این هم نمی باشد. لذا در اینجا که اسب گریخته است عقد صحیح است و باطل نمی باشد و کشف نمی کند که عقد از اول باطل بوده است به خلاف اجاره بر اسب مرده که بعد از مردن اسب، عقد بسته می شود و بعد معلوم می شود در آنجا مشخص و کشف می شود که عقد از اول باطل بوده است. اما در اسب گریخته کشف نمی کنم که از اول قابلیت را نداشت. لذا باید برویم در سیره عقلاء ببینیم چه معامله ای با این عقد اجاره می کنند. ما قائلیم در نزد عقلاء من حین الفرار عقد منفسخ می شود و اجرة المسمى بر می گردد نه این که عقد اجاره از اول باطل بود.

احتمال دارد که مراد سید که می گوید بطلت الإجارة بطلان اجاره از اول باشد که مراد بطلان باشد و امکان دارد که بطلت الاجاره من حین الشرد مراد مرحوم سید باشد که انفساخ می شود. این فرض اول.

اما الفرض الثانی:

فرض دوم این است که اسب را تحویل داد حالا که اسب را تحویل داد نصف روز اسب در اختیار مستأجر بود و اسب فرار کرد.

مختار المرحوم السید: بطلان أو الإنفساخ بالنسبة الى ما بقى من المدة.

سید می فرمایند بطلت الاجاره. دقت کنید بطلت الاجاره نسبت به باقی است یعنی کشف می کنیم از اول این اسب منفعت تا نصف روز جمعه را داشت نه منفعت یک هفته را لذا تا نصف روز جمعه عقد منعقد شد و در ما بقى منعقد نشد و احتمال دیگری هم این است که بطلت الاجاره من الان یعنی انفساخت الاجاره یعنی نسبت به ما بقى عقد اجاره منفسخ می شود و تا نصف عقد اجاره درست بود. در صورت انفساخ بالنسبه عملی که استیفاء کرده است از اجرة المسمى بردارد و ما بقى را برگرداند. احتمال دارد مراد سید از بطلت الاجاره انفساخ عقد اجاره باشد. دقت کنید چه قائل به کشف بطلان شویم و چه قائل به انفساخ شویم در نتیجه فرقی نمی باشد.

مختارنا: انفساخ العقد من الأول إن لم يكن العقد انحلاليا عند العقلاء و انفساخه من حين الشرذ إن يكن انحلاليا.

مختار ما: اولاً بطلانی نمی باشیم بلکه انفساخی هستیم اما نسبت به کل منفعت منفسخ می شود یا نسبت به ما بقى منفسخ می شود؟ تفصیل می دهیم یک دفعه این عقد اجاره عرفاً انحلالی است یعنی در قبال هر مقدار مسافت که رفت باید پول دهد گاهی اوقات انحلالی نمی باشد به این معنا که اگر در وسط راه عمل را نصف کاره گذاشت مستحق هیچ اجرتی نمی باشد مثلاً به تهران می رویم به ده هزار تومان اگر در بین راه او را پیاده کرد این مستحق هیچ چیزی نمی باشد. اما اگر انحلالی است مثلاً می گوید ده تن برنج را به تهران ببر ظرفیت ماشین پنج تن بود پنج تن را برد و بعد ماشین خراب شد در اینجا نسبت به پنج تن برنج حمل شده عقد درست است و باید نصف

اجرة المسمى را بدهد و نسبت به ما بقی منفسخ می شود. لذا اگر عقد انحلالی باشد نسبت به ما بقی منفسخ می شود اما اگر عرفاً انحلالی نباشد نسبت به کل من حین المانع منفسخ می شود و مستحق اجرتی نمی باشد نه کل اجرة المسمى و نه به مقداری که عمل انجام داده است.

این تمام نظر ما در این فردی که اسب فرار بکند.

طبق فرقی که بین انحلالی و غیر انحلالی گذاشتیم اگر ما بطلانی می شدیم نه انفساخی در آنجا هم فرق می گذاریم به اینکه اگر انحلالی باشد باید به مقداری که وفاء نکرده است اجرة المسمى را پس دهد و اگر انحلالی نباشد اجرة المسمى را مستحق نمی باشد به هیچ عنوان و فقط به مقداری که از عمل انجام شده مستأجر ضامن اجرة المثل این مقدار می باشد.^۱

در عبد هم اگر فرار کند این بیان تکرار می شود.

۲...و لو غصبهما غاصب

فإن كان قبل التسليم فكذلك^۳ وإن كان بعده يرجع المستأجر على الغاصب بعوض المقدار الفائت من المنفعة و يحتمل^۴ التخيير بين الرجوع على الغاصب و بين الفسخ في الصورة الأولى و هو ما إذا كان الغصب قبل التسليم.

^۱ این پاراگراف در بعد از کلاس گفته شده است.

^۲ چهارشنبه ۹۷/۰۸/۰۲.

^۳ ای بطلت الاجاره.

^۴ بر می گردد به اول مسئله که قبل از تسلیم بود.

در این بخش مرحوم سید مسئله ای شبیه مسئله قبل مطرح می کند می فرمایند که اگر انسان عینی مثل خانه یا ماشین یا اسبی و... را اجاره کرد و غاصب این عین مستأجره را غصب کرد. این حکمش چه می باشد؟

مختار السید:

سید می فرمایند این مسئله دو فرض دارد:

**الفرض الأول: الغصب بعد تسليمها اليه: صحت العقد للتسليم
المنفعة المقوم في صحة الإجارة و له الرجوع إلى الغاصب و مطالبة
اجرة مثل المنفعة المستوفاة.**

فرض اول این است که جناب مالک، عین مستأجره را به جناب مستأجر تحویل داده است مثلاً مالک، خانه را به زید تحویل داد و غاصب از زید غصب کرد. این یک صورت. حکم این صورت این است که زید نمی تواند این عقد اجاره را فسخ کند یا عقد اجاره منفسخ نمی شود من مستأجر نمی توانم که به مالک مراجعه کنم و بگویم که غاصب از من غصب کرد مالک می گوید که مشکل من نمی باشد مشکل شما است و به غاصب مراجعه کن که مستأجر به غاصب مراجعه می کند و از او اجرة المثل مدتی را که غصب کرده بوده است را می گیرد فرق نمی کند این اجرة المثل بیش از اجرة المسمی باشد یا کمتر و یا مساوی باشد که در صورت تفاوت در یک صورت به نفع من مستأجر و در یک صورت به ضرر من مستأجر خواهد بود. این وجه مشخص است و واضح لذا کسی هم اشکال نکرده است چرا که منفعت تسلیم شد و تسلیم منفعت به تسلیم عین است و جناب مالک، منفعت را به من تسلیم کرد مثل اینکه من عبائی یا کفشی می خرم و بعد از تحویل به درس می روم و کسی این کفش را می برد معنا ندارد که به فروشنده مراجعه کنیم مسئله ما هم مثل این مسئله کفش است معنا ندارد که به مالک مراجعه کند و بگوید که عین غصب شد.

الفرض الثانی: الغصب قبل تسلیمها الیه: التوقف بین البطلان مجملا و التخییر بین فسخ العقد و ابقائه.

اما صورت دیگر مسئله. این صورت این است که عین را کرایه کردم و قبل از اینکه مالک، آن ماشین یا اسب را به من تحویل دهد غاصب آمد و ماشین و اسب را غصب کرد در اینجا چطور می شود؟

سید در اینجا دو نظر را می فرماید نظر اول این است که در این مسئله بطلت الاجاره. گفتیم بطلت الاجاره در کلام سید دو معنا می تواند داشته باشد: یک احتمال این است که یعنی بطلت من راسها و یک احتمال هم این است که بطلت من حین غصب این یک مطلب را ایشان مطرح می کند و بعد می گوید که بعید نمی باشد که احتمال دیگری هم باشد و آن اینکه جناب مستأجر مخیر بین دو کار است می گوید که این عین را تسلیم کن و نمی تواند تسلیم کند شرط ارتکازی است که اگر منفعت تسلیم نشد من حق فسخ دارم یا معامله را فسخ می کنم و اجرة المسمی به مستأجر بر می گردد یا خیر معامله را فسخ نمی کند و به سراغ غاصب می رود و می گوید منفعت این خانه مال من بود و الان یک ماه دو ماه در دست تو است باید اجرة المثل را به من بدهی اجرة المثل منفعت فائده را از ید غاصب می گیرد این هم احتمال دومی است که سید می دهد.

از این کلام سید معلوم می شود که سید در این فرع از مسئله، فتوا نداده است و تردید کرده است که آیا بطلت الاجاره یا للمستأجر فسخ أو ابقاء العقد.

مختارنا:

اما مختار ما در این مسئله چه می باشد؟

فی فرض الغصب بعد التسليم: مختارنا مختاره رحمته الله مع ذاک البیان.

نسبت به بعد از تسلیم روشن است که رجوع به مالک حق مستأجر نمی باشد چرا که مالک منفعت را تسلیم کرد و تلف مال بعد از انتقال بر منتقل منه نمی باشد مثل مثال کفش. منفعت عین، ملک مستأجر بوده است که تحت ید غاصب تلف شده است

و یکی از اسباب ضمان تلف تحت ید است اگر مال دیگری تحت ید عدوانی تلف شود تالف ضامن است.

أما في فرضه قبل التسليم: السيرة يحكم بإبقاء العقد و حق الفسخ للمستأجر.

اما آن فرض اول که قبل از تسلیم غاصب عین را ببرد دقت کنید در اینجا باید صحبت کنیم آیا این عقد اجاره منفسخ می شود؟ یا من راسها باطل است؟ یا این که احتمال سوم است که جناب مستأجر حق الفسخ و الابقاء دارد.

اما بطلان العقد من رأسه یعنی کشف کنیم از اول باطل بوده است این را قبول نمی کنیم چرا که در صحت عقد آن که مهم است این است که عین حین العقد این قابلیت را داشته باشد و فرض این است که در حین العقد این قابلیت را داشته است و به من تملیک کرد. این اسب حین العقد قابلیت رکوب در روز جمعه را داشته است. لذا نمی توان قائل به بطلان عقد شد.

اما نسبت به انفساخ و یا حق الفسخ نسبت به مستأجر ما باید به سیره عقلاء رجوع کنیم باید ببینیم عقلاء انفساخی شده اند یا گفته اند فقط حق الفسخ دارد یعنی در واقع می خواهیم ارتکاز عقلاء را بخوانیم طبیعتاً مدلل نمی توانیم صحبت کنیم بگوییم به این دلیل و آن دلیل باید ببینیم عقلاء ارتکازاً برای حفظ نظامات اجتماعی عقد را منفسخ می بینند یا عقد را باقی می بینند و برای مسأجر حق الفسخ قائلند؟ ما قائلیم که ارتکاز عقلاء بر ابقاء است و دلیلی ندارد که منفسخ بدانند لذا مستأجر می تواند فسخ کند و می تواند ابقاء کند و به غاصب رجوع کند لذا ما قائلیم له الخيار و الابقاء.

این مختار ماست پس ما شق دوم احتمال سید را اختیار کردیم یعنی یحتمل مختار ماست. در صورت فسخ باید مالک رجوع به غاصب کرده و اجرة المثل منفعت مستوفاة را بگیرد.

نکته:

در صورتی که بعد از تسلیم غاصب می آمد و عین را غصب می کرد، گفتیم مستأجر رجوع به غاصب می کند و عین و اجرة المثل منفعت فائته را می گیرد سوال این است که مالک هم می تواند رجوع به غاصب کند و عین را بگیرد؟ بله. خود جناب مالک هم می تواند به غاصب مراجعه کند چرا که عین منهای منفعت یکسال، ملک مالک است منفعت یکسال ملک مستأجر است غاصب در واقع ملک دو نفر را غصب کرده است هم ملک مالک عین و هم ملک مالک منفعت عین را لذا هر دو می توانند به غاصب رجوع کنند یعنی جناب مستأجر به غاصب مراجعه می کند و اجرة المثل منفعت فائته را هم می گیرد و مالک هم برای عین خودش می تواند مراجعه کند و آن را از غاصب بگیرد. پس اینکه گفتیم مستأجر رجوع می کند به غاصب به این معنا نمی باشد که مالک نمی تواند رجوع کند.

خوب وقتی مالک عین را از غاصب می گیرد فوری به مستأجر تحویل می دهد چون منفعت یکساله این عین، مال مستأجر است و تسلیم منفعت به تسلیم عین مستأجره است و اگر تحویل نداد این خودش غصب است. ملک هر شخصی تحت ید ما آمد باید فوراً آن را رفع مانع کنیم که اگر خواست بتواند بردارد. بله در اجاره باید علاوه بر رفع مانع، تحویل مستأجر هم دهم چرا که مقتضای هر عقدی وفاء به آن عقد است و وفاء به عقد اجاره به تسلیم منفعت است و تسلیم منفعت عند العقلاء به تسلیم عین است فرق نمی کند بقاء و حدوثا یعنی مقتضای هر عقدی تسلیم عوضین است حدوثا و بقاء.

غاصب می تواند عین را به هر یک از مالک و مستأجر بدهد اما اگر به مالک داد باید اطمینان داشته باشد که به دست مستأجر می رسد چون در منفعت دست گذاشت اما اگر به مستأجر داد لازم نمی باشد که این اطمینان برای او حاصل شود که مستأجر این عین را بعداً به مالک می دهد چرا که عین باید الان تحت ید مستأجر باشد.

هذا تمام الکلام فی المسئلة ۹.

در فرض قبل از تسلیم کشف نمی باشد چرا که واقعا قابلیت داشت اینجا عرفا قابلیت برداشته می شود نه این که کشف می شود که از اول قابلیت نداشته حتی در فرض تلف هم قبول نکردیم بلکه در فرضی گفتیم که کشف شود اصلا قابلیت نداشته مثلا ما یک اسبی را اجاره داده ایم که این اسب بقاء حیاتش شش ماه بود سرطان داشته است که آمد عمرش شش ماهه بوده است و آن را یکساله اجاره داده است اما اگر اسب در حادثه بمیرد این ها را فرق گذاشتیم یکبار از اول اسب مرده بوده است اصلا اسبی نبوده است قابلیت نبوده است اما یکبار زنده بوده است و بعد از شش ماه می میرد یکبار در حادثه سماوی از دنیا می رود یکبار مشخص می شود که از اول قابلیت شش ماه را داشته است عقد اجاره از اول باطل بوده است اما اگر به حادثه سماوی بوده است این کشف نمی کند اگر بعد از شش ماه زلزله آمد کشف می کند از اول این خانه قابلیت سکونت را نداشته است بطلانی می شویم این عرفی است. یعنی از اول به شش ماه منعقد شد و نسبت به ما بقی از اول باطل بود. زلزله اتفاقی نمی باشد قدرت بر حفظی نمی باشد در فرار دابه انفساخی می باشیم می توانست فرار نکند اگر در اتاق زندانی بود یا مریض شده بود فرار نمی کرد. بین فرار و زلزله فرق گذاشتیم در فرار انفساخی هستیم و در زلزله بطلانی شدیم یعنی تا زلزله عقد اجاره درست بود و از اول نسبت به ما بعد زلزله باطل بوده است. عرف در زلزله می گوید که قابلیت سکونت نداشت دقت فلسفی نمی خواهیم کنیم که اگر خواست خداوند بر این بود زلزله نمی آمد عرف کشف می کند نسبت به ما بعد زلزله قابلیت نداشت. صحبت این است که در حین عقد قابلیت سکونت به آن مدت اجاره را داشت یا خیر؟ در زلزله حین العقد قابلیت را نداشت عرفا یعنی فقط قابلیت سکونت شش ماه را داشته است حتی نسبت به انسان اینطور نمی باشد مثلا در زلزله مرد و اجیر بود این کشف نمی کند از اول قابلیت این عمل را نداشته ست چرا که می توانست در آن خانه که زلزله آمد نباشد اگر مثلا اجیر بود برای یکسال شده بود و بعد از شش ماه در زلزله مرد اینجا ما انفساخی می شویم یعنی از حین الموت عقد باطل است اما در بطلان از حین العقد کشف می کنیم که نسبت به ما بقی باطل بوده است و عقد اصلا نسبت به شش ماه باقی مانده منعقد نشده است. انفساخ بطلان حین الحادته است

اما بطلان، بطلان حین العقد است حال یا حین العقد نسبت به همه باطل می شود یا نسبت به مقداری که انجام نشده است.

مسألة ۱۰: إذا أجر سفينته لحمل الخل مثلاً من بلد إلى بلد

فحملها المستأجر خمراً

لم يستحق المؤجر إلا الأجرة المسماة ولا يستحق أجره المثل لحمل الخمر لأن أخذ الأجرة عليه حرام فليست هذه المسألة مثل إجارة العبد للخيطة فاستعمله المستأجر في الكتابة...^۲

مسئله این است که اگر کسی کشتی خودش را اجاره داده بود که برای حمل خل و شخص خمر جابه جا کرد در اینجا سوال این است مالک سفینه مستحق چه می باشد؟ جناب مستأجر چه اجرتی باید به جناب مالک بدهد؟ مرحوم سید می فرمایند اجرة المسمى را بدهد مثلاً ده دینار اما نسبت به خمر لازم نمی باشد اجرة المثل را بدهد چرا که حمل خمر فعل حرام است و فعل حرام مالیت ندارد لذا منفعتی را استیفاء کرده است که حرام است و مالیت ندارد لذا لازم نمی باشد بابت حمل خمر اجرة المثل بدهد. بعد مرحوم سید می فرمایند این مثال با مثال عبد فرق می کند که من عبد را برای خیاطت اجاره داده ام اما شخص مستأجر عبد و اجیر را به کتابت امر می کند که در آنجا سید فرمودند که اجرة المسمى خیاطت را باید بدهد به عقد و اجرة المثل کتابت را هم

^۱ سه شنبه ۹۷/۰۸/۲۲.

^۲ مسألة ۱۰: ... لا يقال فعلى هذا إذا غصب السفينة و حملها خمراً كان اللازم عدم استحقاق المالك أجره المثل لأن أجره حمل الخمر حرام لأننا نقول إنما يستحق المالك أجره المثل للمنافع المحللة الفاتئة في هذه المدة و في المسألة المفروضة لم يفوت على المؤجر منفعة لأنه أعطاه الأجرة المسماة لحمل الخل بالفرض.

باید بدهد چون منفعت کتابت را استیفاء کرده بود و استیفاء منفعت به منزله اتلاف است و ضامن است. خوب چرا این دو مثال با هم فرق می کند؟ چرا که در مثال عبد منفعت کتابت حلال است اما در ما نحن فیه حمل خمر عمل حرام است و مالیت ندارد لذا باید فقط اجرة المسمى را بدهد.

این مسئله.

یک بحث کلی است و آن بحث این است که اگر ما یک وسیله ای را اجاره دادیم برای حمل خمر این اجاره باطل است یا صحیح است؟ و اگر کسی وسیله ما را برداشت و با آن خمری را جا به جا کرده است آیا ضامن اجرة است یا خیر؟

این مسئله دوم را خود سید متعرض می شود مسئله اول را هم که آیا این اجاره صحیح است یا خیر بعد از اتمام مسئله ۱۰ وارد آن خواهیم شد.

اما آنچه را می خواهیم شرح دهیم در همین حد است که ما کشتی را اجاره دادیم برای حمل خل و مستأجر خمر حمل کرد. این هم مفروق عنه است که حمل خمر عمل حرامی است اما تفصیل در این مسئله که آیا جا به جایی خمر از محرمات است یا خیر این را بعدا خواهیم گفت. مسئله محل ابتلائی است به جهت اینکه در دیگر کشورها این اتفاق می افتد که یکی شغلها، شاگردی سوپری ها است که کمک می کنند در جابه جایی، در ماشین می گذارند یا از ماشین پایین می گذارند یا گاری خمر را جا به جا می کنند آیا این جایز است یا خیر؟ این را در آخر مسئله که فارق شدیم یکجا حکم آن را خواهیم گفت.

وجه الضمان بالنسبة إلى الأجرة المسماة: تحقق العقد و تسليم المنفعة.

سید گفته است که اجرة المسمى را ضامن است خوب چون عقد بسته است و در ضمان اجرة المسمى، استیفاء منفعت شرط نمی باشد بلکه عقد سبب ضمان اجرة المسمى است همین که خانه را در اختیار شما قرار داد کفایت می کند و شما ملزم نمی

باشید که داخل آن بنشینید الا اینکه شرط ارتکازی باشد که خانه برای مدت زیاد خالی نباشد یا ماشین اجاره می کنید ملزم نمی باشید که سوار آن شوید لذا ضامن اجرة المسمى هست به عقد.

وجه عدم الضمان بالنسبة إلى الأجرة المثل: لأنه عمل محرم و لا مالية للعمل المحرم.

اما نسبت به اجرة المثل ببینیم حکم چه می باشد؟

اولا ببینیم در مسئله مشابه آن چه گفتیم که ببینیم در اینجا هم می گوئیم یا خیر؟ مسئله مشابه آن اجیر کردن عبد برای خیاطت بود که آن را در کتابت به کار گرفتیم که در آنجا گفتیم باید اجرة المسمى خیاطت را بدهیم و اجرة المثل کتابت را که اینطور حساب می کردیم اگر اجرة المثل کتابت بیشتر از اجرة المثل خیاطت بود باید این ما به التفاوت را بدهیم یعنی اگر اجرة المثل خیاطت یک دینار بود و در کتابت دو دینار بود یک دینار علاوه بر اجرة المسمى می بایست به عبد بدهد.

بیان و توضیحاتش گذشت. در اینجا اگر فرض کردیم اجرة المثل حمل سرکه مثلاً ۵ دینار است و اجرة المثل حمل خمر ۱۰ دینار است در نظر جناب سید فقط اجرة المسمى حمل سرکه را می دهم هر چه قدر بوده است اما ما به التفاوت بین دو اجرة المثل که ۵ دینار است را نمی دهم چون این عمل محرم است و عمل محرم مالیت ندارد وقتی مالیت نداشت فقط اجرة المسمى حمل سرکه را می دهم.

مناقشة: نحن تابع للعرف إن كان قائلاً بماليته فهو ضامن و إلا فلا.

این فرمایش سید را قبول نکردیم.

ما گفتیم که حمل خمر حرام است این را قبول کردیم یعنی حمل خمر از محرّمات است اما این که حمل خمر از محرّمات است یک منفعتی برای این سفینه است که

قابلیت سفینه برای حمل خمر است که این قابلیت را استیفاء کردیم گفتیم در نظر عقلاء استیفاء به منزله اتلاف است اتلاف سبب الضمان است. در ما نحن فیه من کدام منفعت این سفینه را استیفاء کردم؟ قابلیت حمل خمر. استیفاء به منزله اتلاف است و سبب الضمان است. بر می گردیم به مبنای خودمان در عرف مسلمین: این قابلیت حمل خمر یا مالیت دارد یا مالیت ندارد. اگر مالیت داشت در عرف مسلمین من ضامنم و لو این فعل من حرام است. چرا که من استیفاء قابلیت را کردم که مالیت دارد اما اگر در عرف مسلمین مالیت ندارد من ضامن نمی باشم.

یک مثالی برای روشن شدن مسئله می زنیم. اگر به کسی بگویید که ماشین ما را هول بده و این عمل در نظر عرف مالیت ندارد، در این صورت شخص هول دهنده نمی تواند بگوید که اجرة هول دادن را به من بده اما اگر در جای دیگر و عرف دیگر این هول دادن مالیت داشت اجیر می تواند بگوید که اجرة من را بده و شخص آمر هم باید بدهد. لذا در عرف اول هول دادن مالیت ندارد اما در عرف دوم مالیت دارد.

لذا ما هم گفتیم اگر این منفعت که قابلیت برای حمل الخمر است، مالیت داشته باشد در عرف مسلمین و مومنین اگر استیفاء کرد به منزله اتلاف است و مضمّن است که باید ما به التفاوت اجرة المثل این و اجرة المثل حمل خمر را بدهد. بله عمل محرم است اما حرمت یک عمل ملازمه ای با عدم مالیت داشتن آن در نزد عرف ندارد. اگر مالیت داشته باشد اجرة به ذمه مستأجر آمده و اداء دین ما فی الذمه، واجب شرعی است. این مسئله فرق می کند با مسئله اجیر کردن برای خمر در آنجا عقد اجاره باطل است.

در نزد ما ضمان، ضمان عند العقلاء است که یک مسلک واحدی ندارند و تابع اعراف خاصه می باشند اما مبنای سید و دیگران خیلی تفکیک شده و روشن نبوده است این طور نبوده است که به این تفصیل دقت داشته اند. حرمت، قابلیت، ضمان و مالیت در نزد اینها روشن تفکیک نشده است. مثلاً کسی خانه را اجاره کند و دائماً در آن کار

حرام انجام دهد این دلیل نمی شود که اصلاً اجرة المثل ندهد این اشکال را سید متوجه بودند لذا جواب دادند اما جواب او درست نبوده است.

اشکال نشود که سید چرا منفعت محلله ای را فرض نکرد خوب این کشتی منفعت محلله ای هم دارد که استیفاء نشد و این شخص با این کارش منفعت محلله ی آن را با حمل خمر تلف کرد؟ این اشکال وارد نمی باشد فرض کردیم یک منفعت متضاده مال خودش بوده در منافع متضاده وقتی مالک شد دیگر سایر منافع را مالک نمی باشد و اینطور نمی باشد که عقلاء اگر یک منفعتی را استیفاء کرد اجرة المثل غیر آن عمل را به عنوان ضمان حساب کنند مثلاً در مثال عبد مستأجر اجیر را امر به کتابت کرد و فرض این است که می توانست نجاری کند و اجرة نجاری هم فرضاً بیشتر است اینطور نمی باشد که عقلاء او را ضامن اجرة المثل نجاری بدانند بلکه ضامن اجرة عملی می دانند که آن را به استیفاء تلف کرده است. اجرة المثل مال منفعتی است که استیفاء کرده است که من اتلف مال الغير شامل حال او شود اگر می گفت که برو چای بخور دیگر ضامن نبود چرا که منفعتی را استیفاء نکرده است در حالیکه در این مدت چای خوردن ممکن بود که کاری دیگر هم بتواند بکند. باید استیفاء منفعت کند تا من اتلف مال الغير در مورد او صدق کند. اگر کسی آب دیگری را می ریخت اینجا ضامن آن آب نمی باشد چرا که من اتلف مال الغير صدق نمی کند چون یک لیوان آب مالیت ندارد در اینجا هم چیزی را استیفاء کرده است که مالیت ندارد لذا من اتلف مال الغير در مورد او صدق نمی کند. لذا ضامن نمی باشد.

اشکال نشود که اگر هم قائل به ضمان شویم سبب ضمان خود استیفاء است و لازم نمی باشد که آن را به اتلاف برگردانیم کما اینکه قبلاً گفتید که خود استیفاء در نزد عقلاء سبب الضمان است این اشکال اینجا نمی آید آن استیفاءی که گفتیم سبب الضمان است استیفاء منفعت مملوکه بود نه استیفاء منفعت غیر مملوکه در استیفاء منفعت غیر مملوکه باید به اتلاف برگردد تا ضامن شود.

پس در ما نحن فيه بله اگر گفتیم این منفعت قابلیت حمل خمر مالیت ندارد دیگر مستحق نمی باشد.

حتی اگر گفتیم اجاره بر حمل خمر باطل است - کما اینکه خواهیم گفت باطل است - ، این معنایش این نمی باشد که لازمه آن این است منفعت قابلیت حمل خمر عند المومنین و مسلمین مالیت ندارد. در ذهن این آقایان این بوده است که از بطلان عقد اجاره در نزد مسلمین و مومنین می فهمیم این قابلیت حمل خمر مالیت ندارد. ما گفتیم اینچنین ملازمه ای نمی باشد. اگر گفته اند شارع از این عمل الغاء احترام کرده است از این بطلان عقد اجاره این را استنباط کرده اند و فهمیده اند. لذا ما می گوئیم این ملازمه نا تمام است.

۱... لا يقال فعلى هذا إذا غصب السفينة

و حملها خمرًا كان اللازم عدم استحقاق المالك أجره المثل لأن أجره حمل الخمر حرام لأننا نقول إنما يستحق المالك أجره المثل للمنافع المحللة الفاتئة في هذه المدة و في المسألة المفروضة لم يفوت على المؤجر منفعة لأنه أعطاه الأجرة المسماة لحمل الخل بالفرض.

سید اشکالی را مطرح می کند و بعد از این اشکال جواب می دهد مستشکل می گوید که لازمه قول شما این است که اگر کسی ماشین یا کشتی کسی را غصب کرد و با این ماشین یا کشتی خمر را حمل کرد اصلاً ضامن نمی باشد فقط باید کشتی و ماشین را برگرداند چون حمل خمر عمل محرمی است و مالیت ندارد. بعد سید جوابی می

۱ چهارشنبه ۹۷/۰۸/۲۳.

مسألة ۱۰: إذا أجر سفينة لحمل الخل مثلاً من بلد إلى بلد فحملها المستأجر خمرًا لم يستحق المؤجر إلا الأجرة المسماة و لا يستحق أجره المثل لحمل الخمر لأن أخذ الأجرة عليه حرام فليست هذه المسألة مثل إجارة العبد للخياطة فاستعمله المستأجر في الكتابة ...

دهد که وقتی ما کشتی را غصب می کنیم و خمر جا به جا می کنیم برای خاطر این حمل خمر نباید اجرت دهیم باید بابت غصب اجرت دهیم اگر غصب می کردیم و جایی نگه می داشتیم باید اجرت آن را می داد در اینجا هم باید اجرت منفعت محله ای که در تحت ید او تلف شده است را بدهد.

گفته نشود که در اینجا هم باید اجرة منافع محله را ضامن باشد چرا که ما می گوئیم در اینجا ضامن است و بابت منفعت محله، اجرة المسمى را می دهد.

این بیان سید یعنی مسئله ای را که گفته است. کدام مسئله؟ اینکه اجرة المثل حمل خمر را ضامن نمی باشد این درست است که اگر غصب کند باید اجرة المثل منفعت محله را بدهد اما تعلیل و بیان سید نا درست است پس آنکه گفته به عنوان نتیجه درست است اما استدلالش درست نمی باشد.

بینید اگر ما در مسئله مفروضه به نظر سید قائل شدیم گفتیم اگر اجاره کرد برای حمل سرکه و بعد خمر حمل کرد فقط اجرة المسمى را بدهد اگر این را بگوئیم - که البته این را قبول نکردیم و با مختار ایشان موافق نمی باشیم - اگر این مختار سید را قبول کنیم می گوئیم اگر کسی بدون اجاره سفینه را غصب کرد و خمر جابه جا کرد، و در مسئله مفروضه کلام سید را بگوئیم یعنی در فرع سابق مختار ما مختار سید باشد سوال این است که اگر شخصی کشتی و ماشین را غصب کرد و با آن خمر حمل کرد چه باید بدهد؟ می گوئیم باید اجرة منفعت محله ای را که تحت یدش تلف شده ضامن است. مثلاً این کشتی برای حمل مایعات است مثل سرکه و آبلیمو و اجرة المثل آن ده تومان است باید ده تومان بدهد و لو اجرة المثل حمل خمر ۱۵ تومان باشد. @@ یعنی فتوای سید را قبول داریم اما دلیل سید نا درست است دلیل سیرد ی بخش داشت بخش اول این بو که ما بذاید اجرة منفعت محله تالفه تحت ید را می دهیم این مطلب درست است می دانید یکی از اسباب ضمان تلف تحت ید است تلف تحت ید یعنی چه؟ یعنی اگر کسی بر مال دیگری ید عدوانی گذاشت ید عوانی یعنی یدی که ید امانی نمی ابشت ۱۱ ید امانی را قبلاً توضیح دادیم اما بر نمی گردیم مراد فقهاء از ید عدوانی ره زن است

یعنی یدی که امانی نداشت اگر ید عدوانی گذاشت و منافع تحت ید تلف شد آن منافع را ضامن است ید غاصب بر این کشتی ید عدوانی است منفعت محله تلف شد این ضامن اجرة المثل منفعت محله است. مشکله قسمت بعدی است گفت چرا در مسئله سابق نگفتید اجرة المثل منفعت محله را بدهد سید جواب داد این منفعت محله راتفویت کرد و در ازاء آن اجرة المسمى را داد. گفت منفعت محله را نفویت کرد بر مالک و در ازاء آن اجرة المسمى را به مالک دارد پس در آنجا گفتیم اجرة المثل نمی خواهد &&& مراد ایشان منفعت محله منفعت حمل الخل است مال مالک نبود و مال خود سمتأجر بود ربطی به مالک ندارد اگر کسی مال خود را تلف کرد که ما به ازاء ندارد اگر کسی عباء خود را از بین برد ما به ازاء دارد؟!!!! مراد ایشان منفعت محله منفعت حمل خل است که مال مالک نبود ثانياً اجرة المسمى در مقابل تفویت منفعت محله نمی باشد ضمان اجرة المسمى ضماً نعقدی است یعنی به عقد بدهکار شد تا اجاره بر حمل خل کرد ضامن شد فرقی نمی کند که حمل کن یا حمل نکند خانه ارا جاره کردم مضامن اجرة المسمى هتسم چه استفاده کنم یا خیر.

اشکال دوم که خیلی مهم است که در کلام سید مطرح نشده تو حل شود تا حمل خمر کرد ید او می شود به عدوانی از ید عدوانی منقلب می شود به ید عدوانی چرا که در مقتضای اجاره اگر بکار برد ید او امانی است اما در غیر مورد اجاره عدوانی است اگر ید او عدوانی است چرا منفعت محله این مدت را ضامن نمی باشد؟ چرا همان را که در مورد غصب گفتید در اینجا نمی گوئید در آنجا گفتید که ید او عدوانی است در اینجا هم ید عدوانی دارد ید او امانی نمی باشد که اجرة المثل منافع محله را ضامن نباشد.

این را خوب دقت کنید ما می گوئیم اگر قبلاً اجاره کرده باشد برای حمل خل اجرة المثل این یک هفته که خمر حمل کرد هاست ما به التفاوت اجرة المثل بین حمل خمر و حمل خل می باشد. این اشکال بر اطلاق کلام سید است که این کلام سید که

فقط اجرة المسمى را باید بدهد و اجرة المثل را ضامن نمی باشد این در جایی است که
اجرة المسمى از اجرة المثل &&&

لذا اشکال هم می شود که این مسئله با مسئله عبد هم فرق نمی کند درست است
که حمل خمر مالیت ندارد اما در این زمان حمل خمر منفعت محله داشته است و باید
اجرة آن را بدهد.

&&& یکی ما به التفاوت بین اجرة المثل حمل سرکه و بین اجرة المثل حمل
خمر در آنجا گفتیم پس ما در مسئله قبلی می گوئیم دو اجرة می دهد یکی اجرة المسمى
را بک به عقد ضامن شد و یکی ما به التفاوت بین حمل خل و حمل سرکه در مسئله دو
چه می گوئیم در مسئله غضب هم روشن شد مختار ما حمل خمر محرم است اما منفعت
حمل خمر مالیت دارد اگر با آن خمر حمل کرد و اجرة المثل آن ۱۵ دینار است باید ۱۵
دینار به او بدهد و لو اجرة المثل منفعت فائده ۱۰ دینار است یعنی ملازمه می دیدند بین
حرمت حمل و عدم مالیت ما می گوئیم که ملازمه ای در کار نمی باشد در عین حالی
که حمل خمر حرام است اما در عین حال این حمل مالیت دارد.

&&& اگر قابلیت حمل خمر مالیت نداشته باشد فقط منفعت فائده را ضامن اما
منفعت مستوفی را که حمل خمر باشد را ضامن نمی باشد.&&&

پس این فرمایش مرحوم سید بنا بر فتوایی که در فرع اول در مسئله داده است
درست است اما استدلالش غلط است اما با فتوایش مخالفیم در هر دو چرا که قائل به
حرمت حمل خمر هستیم در عین حال قائل به مالیت آن می باشیم.

لذا باید در غیر غضب دو منفعت بدهد هم اجرة المسمى و ما به التفاوت بین
اجرتین المثلیتی.

میخواهیم وارد شویم در تصرفات تکوینی و اعتباری در خمر مثل خرید و فروش
خمر یا اجاره دادن مغازه برای ساختن خمر یا خرید و فروش خمر و تصرفات تکوینی
مثل جابه جا کردن و ... یا حکم فروش خمر به من يستحل الخمر مثل فروش خمر به

کفار حتی خمر در صدر اسلام از محرّمات نبوده است و در ادیان قبلی شرب خمر حرام نبوده است. این مباحث را به مناسبت می خواهیم وارد شویم.

ما روایاتی داریم که از این روایات استفاده می شود هر نوع تصرفات تکوینی یا مقدمات آن رد خمر حرام السمثلا انگوری بکارد که خمر درست کند کشت این انگور حرام است یا انگوری را بفروشد که کسی با آن خمر درست کند این فروش حرام است یا خمر را بفروشد به کسی که شرب خمر می کند این حرام است این تصرفات تکوینی یا اعتباری در خمر حرام است به معنای حرمت تکلیفی نه وضعی حرمت وضعی بعدا می آید مرحوم صاحب وسائل بابی دارد در این باب روایات را آورده است دارد لعن رسول الله حامل الخمر از کثرت این امثله استفاده می شود این موارد ذکر شده خصوصیت ندارد و هر گونه تصرفات تکوینین حرام است یک روایت معتبر این است:

لعن رسول الله الخمر و عاصرها و معتصرها در لغت عصر و وسائل الشیعة؛ ج ۲۵؛ ص ۳۷۵

۳۲۱۶۴-۲-۱ و عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلْوَانَ عَنْ عَمْرِو بْنِ خَالِدٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ آبَائِهِ ع قَالَ: لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ص الْخَمْرَ وَ عَاصِرَهَا وَ مُعْتَصِرَهَا وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ سَاقِيَهَا

وسائل الشیعة، ج ۲۵، ص: ۳۷۶

وَ آكَلَ ثَمَنَهَا وَ شَارِبَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ مِثْلَهُ^۱.

در این باب روایات مربوط به آن آمده است اما به مناسبت حکم و موضوع مراد خمری است که در شرب مصرف می شود اما در معالجه یا برای تبدیل به سرکه یا می خواهیم منفعدمش کنیم یا می بریم خارج شهر تا خالی کنیم حاملها دیگر این را نمی گیرد. به مناسبت حکم و موضوع اولاً باید برای شرب باشد و ضمن این که باید مقدمه انعدام و ... اینها نباشد این تصرفات را ما قبول کردیم که حرام است انشاء بیع حرام است و بعداً خواهیم گفت باطل است. گفتیم اطلاق دارد این روایات بیع خمر کنیم به مستحق یا غیر مستحق حمل کنیم برای مستحق یا غیر مستحق. من جمله گذاشتن در قفسه یا دادن به مشتری یا بردن به ماشین مشتری یا محاسبه این خمر چرا که حتی غارس انگور آن هم کار حرامی است لذا &&& اگر مغازه را اجاره دهیم برای بیع خمر نفس ایجار حرام است گرفتن پول خمر و گذاشتن پول داخل هم حرام است. اینها نسبت به احکام تکلیفی است که هر نوع کاری مثلاً شیشه درست کردن برای نگه داشتن خمر این درست کردن شیشه حرام است یا نوشتن کاغذ برای فروش خمر این حرام است. یا درست کردن مارک برای شیشه خمر این حرام می باشد بلکه اگر مسافری در کیف خود خمر دارد این جابه جا کردن مسافر مشکلی ندارد الا اینکه عنوان حمل خمر پیدا کند مثلاً یک باکس شیشه خمر را مسافر بگذارد داخل صندوق عقب و خودش در ماشین بنشیند این صدق حمل خمر می کند.

خمر یعنی مسکری که از انگور گرفته می شود اما اگر از غیر انگور گرفته شود فهم عرفی این است که انگور خصوصیتی ندارد. تمام احکام در مورد آن هم می آید. عرفاً در اینجا اعانه بر اثم صدق نمی کند و البته اگر جایی صدق کند منافاتی ندارد و دو عنوان حرام در یکجا منطبق می شود.

^۱ (۱) - التهذيب ۹ - ۱۰۴ - ۴۵۱.

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

۱ احکامی در مورد خمر:

علماء احکامی را در مورد خمر گفته اند: یکی اینکه گفته اند خمر مالیت ندارد. بعضی گفته اند که خمر مالی است غیر محترم. بعضی گفته اند که معامله ای که در مورد خمر صورت بگیرد مثل بیع، اجاره و رهن و مهر و ... هر نوع معامله ای که بر خمر واقع شود باطل است. فرق نمی کند که این معامله با مسلمان یا غیر مسلمان صورت بگیرد. در عقد دائم مهر مقوم نمی باشد لذا اگر خمر مهر باشد عقد درست است اما مهر باطل است و در عقد موقت عقد باطل است چرا که مهر مقوم است.

اول شروع می کنیم از مالیت و بعد سراغ احترام می رویم و بعد سراغ صحت و بطلان معامله بر خمر می رویم.

اما مالیت خمر:

در نزد فقهاء اشاید دئو قسم دارند: اشیاء ای که مالیت دراد و اشیائی که مالیت ندارد. مالیت ربطی به ملکیت ندارد و رابطه بین این دو عموم من وجه است تارة مالیت است ملکیت نمی باشد و تارة ملکیت سات و مالیت نمب اشد و تاة هر دو می باشد. دقت کنید مالیت عبارت است اشیائی که مردم به ازاء آن بذل مال می کنند یعنی حاضرند برای او پول بدهند این که بذلم ال یا پول می کنند مراد اذین اسنمی باش همه حاضرند که برای آن بذل مال کنند بلکه فرد یا افرادی هستند برای آنا حاضرند در مقابل آن شیء بذل مال کنند و لو در عالم یک نفر باشد که حاضر است که در مقابل آن شسء بذل مال کند و در دسترس هم باشد آن شیء مالیت دارد مثل طلا و پارچه و خوردنی ها و امثال ذلک. اما اشیائی که افراد خاصی بذل مال می کنند مثلاً قبا را طلبه بذل مال می کند ضمن اینکه باید اندازه او هم باشد. یا در مورد کفش را هر کسی حاضر نمی باشد که بذل مال کند بلکه کسانی که مطابق سلیقه آن باشند بذل مال می کنند گاهی اوقات کسانی هستند که نادر بذل مال می کنند مثل عکس پدر زید که فقط زید بذل مال می کند بر فرض

اینکه زیدی است که می خواهد پول بدهد. باید بالفعل باشد. مالیتها کجا به دردر می خورد؟ در ضمان چرا که اگر کسی مال دیگری را تلف کرد ضامن آن مال می باشد و اگر مالیت نداشته باشد ضامن نباشد. اگر الان زیدی در کار نمی باشد اما اگر در آینده به دنیا بیاید حاضر است بخرد اما الان زیدی در کار نمی باشد این دیگر مالیت ندارد لذا اگر کسی این عکس را تلف کند ضامن نمی باشد. بعضی اشیاء همه خواهان آن می باشند یا اکثرا خواهان آن می باشند مثل نان و برنج. یعنی هر کسی که در معرض دسترس من است خواهان آن باشند. این مالیت یک صفت واقعی در یک شیء است مثل یک صفت اعتباری نی باشد مثل زوجیت و ملکیت نمی باشد که صفت اعتباری است. بله پاره از اشیاء مالیت ندارد یک دانه و یک چوب کبریت و یک دانه گندم اینها مالیت ندارد. شما که کبریت که می خرید مالک همه آن جعبه و چوب کبریت می باشید اما یک دانه چوب آن مالیت ندارد.

پس مالیت امری واقعی است در اشیاء که مردم حاضرند در قبال آن بذل مال کنند. خوب حالا با این تعریف خمر مالیت دارد؟ بله معلوم است که مالیت دارد چرا که افرادی هستند که برای آن بذل مال کنند فرض کنید هیچ مسلمانی حاضر نمیشود که بذل مال کند اما غیر مسلمانهای در دسترس می باشند که برای این شیشه خمر بذل مال کنند. شاربین الخمر حاضرند در قبال این شیشه خمر بذل مال کنند حتی در همین قم کسانی هستند که حاضرند در قبال این شیشه خمر بذل مال کنند.

پس اینکه می گویند مالیت ندارد درست نمی باشد مالیت دارد مالیت معنایش این نمی باشد که اگر ما تلف کردیم ضامن می باشیم چرا که در ضمان غیر از مالیت احترام هم نیاز است که بعدا می آید. و لو شارع مقدس هم بگوید که لا مالیه للخمر عندی باز خمر مالیت دارد چرا که مالیت امر واقعی است لذا آن لا مالیه را باید معنای دیگری کنیم.

کسانی که گفته اند مالیت ندارد دقت نکردند یا مرادشان احترام بوده است یا در ذهن اینها این بوده است که مالیت امر اعتباری است یا از عدم ضمان فکر کردند که مالیت ندارد خیر مالیت دارد احترام ندارد.

در هر زمان و مکانی که ما به یاد داریم خمر شیئی بوده است که تعدادی از افراد حاضر بوده اند که در قبال بذل مال کنند.

امر دوم احترام خمر است. بنیم خمر از اموالی است که احترام ندارد یا اموال محترم است؟

دقت کنید ما دو احترام داریم قبل از بحث از احترام خمر و عدم احترام خمر بحث کنید از احترام مال صحبت کنیم. احترام دو دسته است احترام تکلیفی و احترام وضعی. وقتی می‌گوییم این مال تکلیفاً احترام ندارد یعنی تصرف در این مال بدون اذن مالک حرام نمی‌باشد ممنوع نمی‌باشد. اگر بدون اذن مالک تصرف تکوینی در مالی حرام نباشد می‌گویند که احترام تکلیفی ندارد. اما احترام وضعی وقتی می‌گوییم این مال احترام وضعی ندارد یعنی عدم الضمان یعنی اگر شخصی بدون اذن مالک مالی از بین برد ضامن نمی‌باشد. این را می‌گویند عدم احترام وضعی. پس مالی وضعاً محترم نمی‌باشد که ما بدون اذن مالک از بین ببریم و ضامن نباشیم. رابطه بین این دو احترام عموم من وجه است.

پس ما دو احترام را در مال داریم احترام تکلیفی و احترام وضعی.

احترام تکلیفی:

دقت شود گفتیم تصرف در مال بدو اذن مالک ممنوع نمی‌باشد ما در واقع چهار منع داریم:

یکی عبارت است از منع شرعی. مثل منع شرعی از شرب خمر.

یک عبارت است از منع عقلائی. منع عقلائی منع عقلاء از خیانت در امانت

یکی عبارت است از منع عرفی. بی احترامی فرزند نسبت به والدین مراد عرف خاص است.

یکی عبارت است از منع قانونی. مثل عبور از مرز بدون جواز و گذرنامه. تارة شارع منع می کند تارة عقلاء منع می کند و تارة عرف منع می کند و تارة قانون منع می کند.

این چهار منع را ما داریم. کلا وقتی می گوئیم امری ممنوع است مرادمان است که یا نزد شارع ممنوع است یا در نزد عقلاء یا عرف یا قانون ما دو عرف داریم اگر بدون قرینه بگویند عرف مراد عرف خاص است اگر مراد عرف عام باشد قرینه می آید.

اما احترام تکلیفی عبارت است که بدون اذن ممنوع باشد تصرف حال یا ممنوع باشد از ناحیه شارع یا ممنوع باشد از ناحیه عقلاء یا عرف یا قانون منافاتی ندارد با هم جمع شوند یعنی عملی هم شرعا هم عقلا و هم عرفا و هم قانونا ممنوع باشد یا به سه یا دو منع ممنوع باشد لذا وقتی می گوئیم که امری ممنوع است باید قیدی بیاوریم که شرعا مراد است یا قانونا یا عقلا. مثلا فقهاء گفته اند اموال غیر مسلمان تکلیفا احترام ندارد یعنی در ماشین و خانه غیر مسلمان می توانید تصرف کنید و منع شرعی ندارد.

اگر مال غیر مسلمان را بردید و تصرف کردید مالک نمی باشید اما این تصرف شما حرام نمی باشد. الان صحبت ما در خمر است گفته اند که این خمر مالی است غیر محترم در نزد شارع مثلا می توانید هر تصرفی در آن بکنید مثلا خمر زید را می توانید بریزید زمین یا تبدیل به سرکه کنید اگر خمر زید را شرب کردید دو چوب نمی خورید یک چوب می خورید به خاطر شرب خمر نه برای تصرف در مال زید. این خمر در نزد شارع محترم نمی باشد.

اما عند العقلاء آیا محترم است یا خیر؟ گفتیم ماها عقلاء پاره از احکام دارند که اکثر احکام عقلائیة اینطور می باشد که تابع عرف می باشند اگر مالی در عرفی محترم بود در نزد عقلاء هم محترم است و اگر نبود محترم نمی باشد. آیا در عرف مسلمین و

در عرف مومنین خمر محترم است یا خیر؟ اگر فرض کنید در عرف مسلمین خمر محترم نمی باشد در نزد عقلاء هم محترم نمی باشد. منتهی در ما نحن فیه که بحث احترام تکلیفی است می خواهیم بینیم آیا در نزد شارع محترم است یا خیر؟ اکثر فقهاء گفته اند که خمری که اتخاذ می کند برای شرب این محترم نمی باشد اما اگر تهیه یا اتخاذ می کند برای درمان یا تبدیل به سرکه این خمر محترم نمی باشد اگر شما تبدیل کردید به سرکه بدون اذن مالک این تصرف شما حرام نمی باشد اگر ریختید زمین این کار حرام نمی باشد.

دلیل فقهاء که خمر برای شرب احترام تکلیفی ندارد، چه می باشد؟ مشهور فقهاء به یک نکته ای اشاره کرده اند که عدم مالک شدن مسلمان نسبت به خمر گفته اند که انسان مالک خمر نمی شود لذا معلوم است که احترام تکلیفی هم ندارد ملکش نمی باشد مثل اینکه شما اب مباحی را تلف کنی مشخص است که حرام مرتکب نشده ای خوب چرا مالک نمی باشد در نزد فقهاء ما؟ به جهت اینکه معامله ای که می کند باطل است انشاء الله در بحث بعدی متعرض می شویم که خرید و فروش خمر باطل است وقتی باطل است معلوم است که باطل است پس یک چیزی که در ذهن فقهاء بوده است که یک وجهش این بوده اسکه مالک نمی شود.

ما گفتیم بطلان معامله دلیل بر عدم ملکیت نیم باشد بله نیم تواند معامله کند اما می تواند خمر بسازد لذا صرف بطلان معامله دلیل نمی شود که مالک نمی شود.

لذا ای مسله را باید به مناسبت مطرح کنیم که آیا مسلمان مالک خمر می شود پس بحث ما در احترام تکلیفی بود که عدم احترام تکلیفی این بود که مالک نمی شود که گفتیم این بطلان معامله باعث نمی شود که مالک نمی شود می تواند که خمر بسازد به مناسبت این که گفته اند که بطلان عقد دلیل عدم ملکیت می باشد می خواهیم وارد این بحث شویم که آیا شخص مسلمان مالک خمر می شود یا خیر؟ دقت کنید این مسائلی که می گوئیم سیال است و در امثله دیگر می آید. یعنی شارع الغاء احترام کرده است نسبت به همه اما کسانی که قائل هستند که دایره شریعت مسلمان است و غیر

مسلمان از دایره شریعت خارج است یعنی شارع مسلمین نسبت به مسلمین الغاء احترام کرده است اگر گفتیم شریعت مختص همه است یعنی شارع از خمر نسبت به همه الغاء احترام کرده است.

بله شارع نجاست را برای دم جعل کرده است و معنی ندارد برای مسلمان جعل کرده است نسبی نمی باشد اما حرمت شرب را نسبت به مسلمان جعل کرده است.

مال مثل مرحوم خوئی هستیم که گفتیم شریعت مختص مسلمانها است شرب خمر و شرب نجاست حرام است اما نسبت به مسلمان.

بله شارع گفته است که خمر غیر مسلمان را هم می توانی تلف کنی. بله اگر کافری ذمی مال و ملکش غیر محترم است.

پس بحث به اینجا رسید که اگر مسلمانی خمر درست کرد آیا مالک است یا خیر؟ مشهور گفته اند مالک نمی باشد حتی گفته اند که آن خمری را که می خواهد تبدیل به سرکه کند مالک نمی باشد فقط حق پیدا می کند. این را عنایت کنید این خمر را که مثال زدم به مناسبت وارد شدیم اما این مسائل سیال است در مورد خنزیر و آلات قمار و آلات محرمة این مسائل می آید.

اما احترام خمر که در بین متأخرین بیشتر مطرح می شود که می گویند که خمر احترام دارد بخلاف قدما که بیشتر می گفتند که خمر مالیت ندارد. ما دو احترام داریم احترام تکلیفی و احترام وضعی. احترام تکلیفی را گفتیم که عبارت بود از حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن مالک که به تبع معنای عدم احترام تکلیفی یعنی عدم حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن. مراد از حرمت در اینجا هم در نزد ما حرمت تصرف عند الشارع است یعنی از نظر شارع این تصرف مشکلی دارد یا ندارد. ما از نظر شرعی می توانیم خمر را از بین ببریم که اگر شیشه مالیت نداشته باشد، خود شیشه را هم می توانیم از بین ببریم یعنی به شکستن شیشه، خمر را از بین ببریم کما اینکه فقهاء ما در آلات

قمار این مطلب را گفته اند که گفته اند که غیر می تواند هیئت آلات قمار را از بین ببرد البته اگر ماده مالیت دارد نمی تواند ماده را از بین ببرد. مثلاً چوب آلات قمار را نمی توانیم از بین ببریم اما اگر از کاغذ است مثلاً فرضاً مالیت ندارد می توان داخل آتش انداخت یا در مورد سی دی هایی که غنا در آن ضبط شده است می تواند آن را از بین ببرند یا خط خطی کنند. گفتیم دلیل آنها بر عدم احترام تکلیفی، عدم ملکیت بر خمر بود گفته اند که شخص، مالک خمر نمی شود گفته اند که انسان نسبت به خمر نه مالک است و نه ذو حق خوب در این صورت وقتی که مالک خمر نشد اتلاف آن حرام نمی باشد چرا که موضوعی برای حرمت نمی باشد موضوع حرمت، تصرف در ملک و حق غیر است. لذا به مناسبت ملکیت با احترام تکلیفی، وارد ملکیت فرد مسلمان بر خمر شدیم.

مشهور بین فقهاء این است که انسان مالک خمر نمی شود. دو وجه برای عدم مالکیت ذکر شده است:

الوجه الأول: بطلان المعاملات علیه شرعاً.

معاملاتی که بر خمر واقع می شود، شرع باطل کرده است و وقتی معامله باطل باشد، چطور می توانیم مالک خمر شویم؟! جواب دادیم در مالکیت بر یک شیء لازم نمی باشد حتماً معاوضه یا معامله ای صورت گیرد یکی از اسباب ملکیت، حیاضت است یکی از اسباب ملکیت زراعت است کسی که انگور می کارد و آب آن را می گیرد و خمر می کند، مالک آن می شود. لذا تنها سبب مالکیت معامله نمی باشد. خوب بیع باطل است خوب نوعاً بایع بعد از بیع اعراض می کند خوب بعد من حیاضت می کنم و مالک می شوم یعنی تملک به حیاضت می کنم نه تملک به شراء. معامله به بیع فاسد نوعاً اعراض است عرفاً و عقلاً. گفتیم در این معاملاتی که طرفین می دانند معامله باطل است اقدام بر معامله عرفاً اعراض^۱ است و به محض اینکه اعراض کرد می توانیم تملک

^۱ مال اعراض شده ملک کیست؟ مرحوم صدر می گوید که می رود داخل اموال مباح و هر کسی می تواند تملک کند. اما بعضی مثل مرحوم خوئی می گویند که من با اعراض الغاء احترام می کنم و اذن می دهم که هر کسی می خواهد بیاورد و تملک کند و وقتی که کسی

کنیم ما قائلیم که اعراض مخرج از ملک نمی باشد اما در طول اعراض نسبت به کسی که اعراض شده آن می تواند تملک کند یعنی اقدام بر معامله باطل عرفا و عقلا تا اعراض است و مقدمه ای است برای اینکه تملک دیگران را عقلاء امضاء کنند.

لذا این وجه که گفته است که مالک نمی شود چون معامله باطل است، این وجه نا تمام است.

وجه دوم که عمده وجوه است:

گفته اند ملکیت شرعی بر خمر ثابت نمی باشد به این صورت که گفته اند ملکیت در نزد عقلاء دارد اما دلیل بر امضاء ملکیت عقلائی ما نداریم کدام دلیل می گوید که شارع این ملکیت عقلائی را امضاء کرده است؟! با این همه مخالفتی که کرده است این همه لعن کرده ست لعن الله حاملها و شاربها و ساقیها و ... از کجا امضاء شارع را احراز می کنیم؟! فرضا زید مسلمان شیشه خمر دارد عند العقلاء مالک است درست است اما آیا عند الشارع هم مالک است؟! از کجا این ملکیت شرعی را می آورید؟! اگر دلیلی بر امضاء نداشته باشیم و شک در امضاء کنیم، امضاء ثابت نمی شود. خوب مالی را که نه زید مالک است شرعا و نه شرعا ذو حق است، چرا اتلافش جایز نباشد؟! مناقشة:

ما در مقابل این وجه دو حرف و جواب داریم:

یک جواب تسلیمی داریم و یک جواب غیر تسلیمی.

جواب تسلیمی:

می گوئیم سلمنا این عند العقلاء مالک است و به قول شما عند الشارع هم مالک نمی باشد خوب دلیلی که می گوید ظلم حرام است و دلیلی که می گوید که تصرف در مال غیر بدون اذن حرام است، همان کافی است که تصرف در ملک عقلائی بدون اذن

آن را برداشت بعد از تملک او است که از ملک من خارج می شود. ثمره اش در فوت مالک حاصل می شود اگر قول اولی باشیم که به ورثه منتقل نمی شود و اگر قول دومی باشیم به ورثه داده می شود و داخل در ملک اینها می شود. (در همین جلسه گفته شد)

بشود ظلم ملک به معنای عرفی ملاک است، ملکیت عرفی یعنی ملکیت عقلائیه یعنی در نزد عرف زمانی شخصی را مالک چیزی می دانند که عند العقلاء هم مالک باشد یعنی ما یکون ملکا عند العقلاء. پس می گوئیم خوب ملکیت شرعیه اثبات نشد اما ملکیت عقلائیه را که قبول دارید، همین ملکیت عقلائی کافی است که اتلاف آن بشود ظلم به معنای عرفی و ظلم عرفی یعنی سلب حق عقلائی.

اشکال نشود که در نزد اینها ظلم عرفی، سلب حق شرعی است نه سلب حق عقلائی این اشکال وارد نمی باشد چرا که اولاً تسلیم ما همین مقدار بود که عدم ملکیت شرعیه را از اینها قبول و تسلیم کردیم نه بیشتر بله در معنای عرفی ظلم، ما با مبنای خودمان جلو آمدیم و ثانیاً باز در اینجا هم این اشکال را می کنیم و می گوئیم آن دلیلی که می گوید تصرف در مال غیر حرام است « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِبْيَةِ نَفْسٍ مِنْهُ^۱ » تصرف در ملک مسلمان جایز نمی باشد مرادش از ملک مسلمان یعنی ملک به معنای عرفی ملک به معنای عرفی یعنی ما یکون ملکا عند العقلاء. از بحث ظلم دیگر جلو نیامدیم بلکه از دلیل حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن جلو آمدیم خوب مال اضافه شده است « مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ » یعنی ملک غیر، نگوئید که مراد مالکیتی است که شارع آن را قبول کرده باشد آخر این کلام شما که مراد مالکیتی است که شارع امضاء کرده باشد، وجهش چه می باشد؟ اینجا دیگر خود مشهور هم چیزی نگفته اند.

لذا تمام کلام این شد مراد از حق و ملک آنی است که عند العقلاء ملک و حق است اما عند الشارع ملک نمی باشد خوب باشد اشکال ندارد سلمنا که عند الشارع ملک نمی باشد عند العقلاء که ملک است ما ها قائلیم که دلیل حرمت ظلم و دلیل حرمت تصرف در ملک غیر به معنای عرفی اینجا را می گیرد. شما هم قبول کردید عند العقلاء مالک است و لو عند الشارع مالک نمی باشد.

^۱ وسائل الشیعة؛ ج ۱۴؛ ص ۵۷۲؛ شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

جواب غیر تسلیمی:

ملکیت، شرعی و غیر شرعی ندارد ملکیت علقه ای است اعتباری عند العقلاء بین یک شیء و شخص اما کجا این علقه را عقلاء امضاء می کنند؟ هر جا عرفی ملکیت را اعتبار کرد عقلاء هم این ملکیت را اعتبار می کنند و هر کجا عرف اعتبار نکند، عقلاً هم اعتبار نمی کنند اگر حیاضت در عرفی مملک باشد، عقلاء هم امضاء می کنند و اگر در عرفی حیاضت مملک نباشد عقلاء هم امضاء نمی کنند و عقلاء تابع عرف می باشند و اصلاً به شریعت کاری ندارند و نظر به عرف خاص دارند. فرض کنید شارع تصریح کرد که من ملکیت مسلمان بر خمر را امضاء نمی کنم سوال می کنیم آیا مسلمین ملکیت را نسبت به خمر اعتبار می کنند؟ اگر مسلمانها اعتبار ملکیت بر خمر کردند، عقلاء امضاء و اعتبار می کنند و اگر عرف مسلمین اعتبار نمی کنند عقلاء هم اعتبار نمی کنند. حالا کاری به این ندارند که شارع ملکیت را قبول کرده است یا خیر مهم عرف مسلمین است پس وقتی صحبت از مالکیت مسلمان بر خمر شد، ما یک ملکیت بیشتر نداریم که مالکیتی است در نزد عقلاء که تابعی است از ملکیت عرفی. چرا مالکیت عرفیه نمی گوئیم؟ چون موارد نادری است که عرف اعتبار ملکیت می کنند اما عقلاء امضاء نمی کنند.

خوب حالا می رویم سراغ خمر: آیا مسلمان مالک است یا خیر؟ یعنی آیا عند العقلاء مسلمان مالک خمر است یا خیر؟ از عقلاء سوال می کنیم می گوید که ببینید در نزد مسلمین مالک است یا خیر. اگر مالک است عند العرف، عند العقلاء هم مالک است و اگر مالک نمی باشد عند العرف، عند العقلاء هم مالک نمی باشد. حالا برویم سراغ عرف مسلمین در حال حاضر برای زمان خودمان صحبت می کنیم آیا در نزد مسلمین حال حاضر در این عرف مالک است یا خیر؟ با عرف مسلمین شاید خیلی آشنا نباشیم چرا که در عرف مومنین زندگی می کنیم آیا در عرف مومنین مالک می باشد یا خیر؟ این یک قضیه حقیقیه نمی باشد بلکه یک مسئله خارجی می باشد در نظر ما در عرف مومنین شخص مالک خمر است یعنی ما قائلیم که اگر کسی خمری را حیاضت

کرد، یا اگر کسی خمری را درست کرد این عند المومنین مالک این خمر است. فرض کردیم مومنین نمی دانند که شارع شخص را مالک خمر نمی داند یا لا ابالی هستند یا جاهل می باشد و فرض هم کنیم که اگر التفات دهیم آنها هم می گویند که مالک نمی باشد، اما در حال حاضر فعلا این التفات را پیدا نکردند و مالک می دانند می گوییم عند العقلاء هم مالک است. فرض هم کنید که شارع گفته است عندی لیس بمالک ملکیت شخصی و فردی نمی باشد ملکیت عقلائیه است. فرض کنید الان من اعتبار کنم که مالک این ساختمانی که قبلا مالک نبودم، باشم آیا من مالک این خانه می شوم عند العرف؟! آیا به معنای عرفی درست است بگویم که من مالکم؟! فرض کنید از چند نفر از رفقا هم بخواهم که من را مالک بدانند آیا باز من مالک این خانه می شوم عرفا؟! خیر چون ما ملکیت عقلائیه می خواهیم و ملکیت عقلائیه تابع عرف است. بله عرف در خیلی وقتها می تواند تابع شارع باشد اگر شارع امضاء نکرد و عرف هم امضاء نکرد، عند العقلاء هم مالک نمی باشد اگر در عرف مسلمین مالک است در نزد عقلاء هم مالک است و اگر در نزد مسلمین مالک نمی باشد در نزد عقلاء هم مالک نمی باشد. در دنیای امروز که آزادی ها فردی در حال افزایش است و به آن دارند اهمیت می دهند امکان دارد که کم کم بعدها به سمتی رویم که عقلاء عرف را در نظر نگیرند بلکه طرفین را در نظر بگیرند لذا بعدها لا ابالی ها بشوند یک عرف. الان در عرف مومنین و لو اینکه اکثرا غافل از فتاوی مراجع می باشد و اگر فتاوا را بدانند نظر آنها تغییر پیدا می کند در این عرف غافل فعلا خمر را مالک می دانند خمر ملک مسلمین و مومنین می باشد. فتاوا در خیلی از موارد تشکیل ارتکاز نمی دهد و عرف تشکیل نمی دهد. اگر مومنین و مسلمین مالک می بینند در نزد عقلاء هم مالک می باشد. لذا و لو شارع امضاء نکرده است چون عرف مالک می داند عقلاء هم مالک می دانند. بله معامله باطل است عند العقلاء اما تملکی که بعد از شراء حاصل می شود این مملک است و شخص می شود مالک.

بله امکان دارد که برداشت من از این عرف مومنین اشتباه باشد بر اساس یک حدس شخصی است چون ما استقراء نکردیم ممکن است که اگر بیشتر دقت کنیم ببینیم که در نزد اکثر عرف مومنین، ملکیت قائل نباشند بعد عقلاء هم امضاء می کنند این عدم ملکیت را.

اما حتی اگر ما ملکیت عرفی را هم منکر شویم اما حق را نمی توانیم منکر شویم که برای مسلمان حقی را قائل هستند چرا که استفاده محلل هم دارد می تواند تبدیل به سرکه کند. اصلاً برای شرب استفاده می کند اما می تواند استفاده حلال کند ما قائلیم همین مقدار که می تواند استفاده حلال کند برای اینکه عرف برای او حق ببیند کفایت می کند. پس بنابراین اینکه مالک نمی باشد و ذو حق نمی باشد، این درست نمی باشد، ما ملکیت را قبول کردیم و اگر ملکیت را هم قبول نکنیم اما ذو حق بودن را قبول کردیم.

۱ حالا اگر ما ادله این آقایان را رد کردیم دلیل بر حرمت این تصرف چه می باشد؟ ما دلیل می خواهیم. اگر آنها گفتند که تکلیفاً تصرف حرام نمی باشد اگر ما ادله اینها را قبول نکردیم دلیل ما بر احترام تکلیفی این خمر چه می باشد؟ یعنی دلیل بر اینکه ما نمی توانیم این خمر را بریزیم چیست؟ بنابراین ما دلیل می خواهیم بر حرمت چون مقتضای اصل عملی، حلیت کل شیء است و هیچ زمانی جواز دلیل نمی خواهد اگر گفتیم اتلاف خمر مسلمان جایز می باشد برای جواز دلیل نمی خواهد بلکه برای حرمت دلیل می خواهیم پس اگر دلائل اینها تمام نباشد یک اصل عملی با اینها همراه است «کل شیء حلال» و یکی از آن کارها که حلال است اتلاف خمر این مسلمان است.

پس باید یک عنوان محرمی صدق کند تا بگوییم این اتلاف حرام است و تا بگوییم این مال تکلیفاً محترم است یعنی تصرف در او بدون اذن مالک آن حرام است.

ما ها این را به عنوان بغی و تعدی، به عنوان عدوان، به عنوان ظلم حرام می دانیم اگر کسی مالک خمری است یعنی کسی که عند العقلاء آن را مالک می دانند، بنابراین

کسی که عند العقلاء مالک است هر گونه تصرفی بدون اذن صاحب یا من فی یده باشد آن مصداق عدوان و تعدی می باشد.

اینکه اینها ظلم را به غیر از معنایی که ما کردیم معنا کرده اند دو اشکال بر اینها کرده ایم: یک اشکال این که وقتی می گوید «ینهکم عن الفحشاء و المنکر و بغی» بغی یعنی تعدی این بغی باید به معنای عرفی حمل شود و دلیلی نداریم بر غیر معنای عرفی حمل کنیم همچنین در موارد غصب و ظلم و تعدی... اگر کسانی که می گویند که ظلم سلب حق شرعی است این دیگر اشکال مبنائی ما می باشد که ما می گوییم غصب سلب حق عقلائی است. اما این اشکال مبنائی جایش همینجا است چرا که غیر از اینجا جای دیگری برای بحث ندارد این مثل این نمی باشد که کسی که اصالة الوجودی شد دیگر اشکال بر اصالة الماهیه را نمی تواند در مسئله متفرع بر اصالة الماهیه مطرح کند باید در همان مسئله اصالة الوجود مطرح کند و آنجا به این نزاع بپردازند. یعنی شما در این مبحث اشکال ندارید بلکه اشکال شما در اصالة الماهیه است اما اینجا از آن قبیل نمی باشد که جایی برای بحث مستقلی در مورد آن باشد. اینجا بحث در مورد این است که آیا عنوان محرمی صدق می کند یا خیر ما می گوییم صدق می کند و اثبات این هم جایش همینجاست جای دیگری ندارد. یکی از عناوین محرمه است گفتیم عدوان و تعدی به معنای عرفی است و این هم مصداق تعدی و ظلم به معنای عرفی است.

بنابراین در ما نحن فیه قائل به احترام خمر شدیم به این معنی که بدون اذن مالک یا کسی که در اختیار او است نمی توان در آن تصرف کرد.

بله گاهی اوقات به عنوان دیگر جایز می شود که می شود باب تزاحم چون مفسده دارد و اگر دفع مفسده اهم شود معنایش این است که اتلافش جایز و واجب است نظیر آنچه که فقهاء در کشیدن کوچه و عریض کردن این خیابانها و خراب کردن خانه هایی در کوچه می افتد، گفته اند اینها از باب تزاحم درست کردند و گفته اند که این عریض کردن اهم از تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک است چرا که اگر به اندازه لازم خیابان را توسعه ندهی دیگر در این شهر نمی توان رفت و آمد کرد خوب از این طرف حفظ

نظام اجتماعی واجب است و از طرفی تصرف بدون اذن در ملک دیگر حرام است خوب حفظ نظام اجتماعی اهم است لذا در اینصورت بر حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن مقدم می شود لذا دیگر تصرف در مال غیر بدون اذن حرام نمی باشد.

اصلا مشهور برای جواز اتلاف دلیل نمی خواستند چرا که حرمت دلیل می خواست.

که گفتیم که اگر مصداق تعدی و عدوان باشد می شود حرام. این را قبلا گفتیم که عقلاء در اعراف امضائی هستند اگر در نزد عرفی خمر محترم باشد عقلاء امضاء می کنند و اگر بالعکس احترام نداشته باشد یعنی عدم احترام تکلیفی باشد نزد عقلاء هم محترم نمی باشد.

بله مشهور که قائل به مراحل نهی از منکر می باشند که مراحل بالاتر نهی عملی باشد اما باز نمی توانند از آن باب، جواز اتلاف را اثبات کنند چرا که اشکالی می شود که آن نهی عملی خودش نباید از عناوین محرم باشد.

لذا در عرف مسلمین اگر منعی نداشته باشد عقلاء می گوید احترام ندارد و اگر احترام داشته باشد عقلاء می گویند که احترام دارد. در عرف ما معلوم نمی باشد که محترم است یا خیر؟ اما در اعراف مسلمانهای دیگر بعید نمی باشد که محترم باشد.

بحث ما در مورد مسلمانها است اما کفار به چهار دسته تقسیم می شوند کافر ذمی، معاهد و مستعمل و حربی خمر سه دسته اول را گفته اند خمرشان محترم است و فقهاء گفته اند که قسم سوم خمرشان محترم نمی باشد. حتی دیگر اموال این دسته چهارم هم محترم نمی باشد و حتی خودش هم محترم نمی باشد. رایج بین فقهاء متأخر این است که همه را جزء دسته چهارم می دانند. لذا بحث ما در مورد مسلمان است اعم از مومن و غیر مومن.

بحث ما در مورد مطلق مسکرات است و خمر از باب مثال است. البته مستی با تخدیر فرق می کند یعنی مستی و سکر یک معنای عرفی دارد و ما به کسی که مواد مخدر

استعمال می کند مست نمی گوئیم و ضمن اینکه اگر دلیل گفت که اسکار حرام است این به الویت اثبات نمی کند که اگر اثرات آن بدتر از مستی باشد باز حرام است مثلاً دلیلی نداریم که شخص اگر چیزی را استعمال کند که به کماء رود که اثر آن به مراتب بیش از مستی است، این هم حرام باشد. شاید به خاطر خصوصیتی در این موارد که مسکر هستند شرب را حرام کرده باشد که این نکته در مواد مخدر نباشد مثلاً خواسته است جلوی مشروبات الکلی را بگیرد. لذا ما قائل به ملازمه و اولویت عرفیه نمی باشیم و این روشن نمی باشد.

اما نسبت به احترام وضعی:

احترام وضعی یعنی ضمان نسبت به اتلاف مال دیگری بلا اذن.

دو بیان برای احترام وضعی خمر مسلمان گفته اند:

۱- احترام وضعی خمر:

آیا وضعاً محترم است اگر مسلمانی خمری داشته باشد که برای شرب استفاده می شود آیا این خمر محترم است وضعاً یا خیر؟ مراد از احترام وضعی یعنی ضمان یعنی اگر این خمر را کسی تلف کرد ضامن است یا خیر؟ بین احترام تکلیفی و وضعی ملازمه نمی باشد مثلاً شخصی مضطر است و می تواند بدون اذن مالک گوسفند مردم را برای حفظ جان ذبح کند و بخورد و این کار او کار حرامی نمی باشد اما در عین حال ضامن است ولی فعل او حرام نمی باشد. بالعکس هم مثال دارد.

مشهور بین علمای ما این است که وضعاً احترام ندارد یعنی اگر شما شیشه مشروب زید را شکستی آن مشروب را ضامن نیستی حتی اگر برداشت و خودش خورد ضامن نمی باشد و لازم نمی باشد که پول آن را بدهد کار او حرام است اما یک حرمت مرتکب شده است که شرب خمر است اما نسبت به اتلاف مال دیگری کار حرامی انجام نداده

است و ضامن نمی باشد. مراد از خمر برای شرب یعنی کارهایی که برای شرب انجام می گیرد.

دقت کنید ما اختلافی در مسئله ضمان داریم با مشهور. مشهور بین فقهاء ما در باب ضمان و احترام مال گفته اند ما دو نحوه ضمان داریم یکی ضمان عند العقلاء و یکی ضمان عند الشارع یکی احترام عند العقلاء و یکی احترام عند الشارع. وقتی می گوئیم این مال وضعاً محترم است به دو قسم محترم عند الشارع و محترم عند العقلاء تقسیم می شود و وقتی فقهاء ما می گویند این خمر وضعاً محترم نمی باشد یعنی عند الشارع شما ضامن نمی باشی عند الشارع شما مدیون نمی باشی. این بر اساس ذهنیتی است که اینها در ضمان و احترام دو قسمی شده اند احترام عند الشارع و احترام عند العقلاء. تارة ضمان شارع تأسیسی است یعنی با عقلاء مخالف است و تارة امضائی است یعنی با عقلاء موافق می باشند، که این مهم نمی باشد.

ما در این مسئله با آنها اختلاف داریم و گفتیم یک ضمان بیشتر نداریم و آن هم ضمان عند العقلاء است. عقلاء تبعی می باشند و تابع عرف خاص می باشند و موضع مخصوص به خود ندارند. به این حساب در این مسئله خمر فرض کنید که شارع بگوید که متلف ضامن نمی باشد سوال می کنیم در عرف مسلمین یا مومنین ضامن است یا خیر؟ إِمَّا و إِمَّا است یا می گویند ضامن است یا می گویند ضامن نمی باشد اگر گفتند ضامن است عقلاء هم می گویند ضامن است و اگر گفتند ضامن نمی باشد عقلاء هم می گویند که ضامن نمی باشد. پس اصلاً شارع را نباید دخالت دهیم باید ببینیم عند عرف خاص ضامن است یا خیر؟ بعد آثار شرعی ضمان را بار می کنیم.

در باب رباء اگر گفتیم عقد ربوی و معاملاتی که در آن حیل ربوی است، باطل است عند العرف و عند العقلاء هم باطل است. اگر صحیح است عند العرف، عند العقلاء هم صحیح است لذا مشهور فقهاء هم قائل به صحت شده اند اما حرمت تکلیفی را قائل می باشند یعنی اثر قرض را دارد اما حرام است.

خداوند فرموده اند متلف خمر ضامن نمی باشد فرض کردیم در عرف مسلمین ضامن است عند العقلاء هم معلوم است که ضامن است عقلاء اصلاً کاری به شارع ندارند کار به عرف خاص دارند. آثار شرعی ضمان بار می شود. خوب سوال می شود که اگر اینطور است پس هدف شارع از این جعل عدم ضمان چه بوده است؟! این کار شارع لغو بوده است؟! اگر عند العرف خاص ضامن باشد هدف شارع این بود که عرف را عوض کند و در این کار موفق نشده است.

@@@ لذا اگر ضمان موضوع یک تکلیف شرعی بود موضوع محقق شده است. حالا در عرف مسلمین و مومنین متلف خمر، ضامن می باشد؟ به لحاظ اعراف فرق می کند اگر موجب هنجار در بین مومنین و در یک زمانی هنجار باشد لذا محترم نباشد اما در یک عرف دیگر و در یک زمان خاص اصلاً کار به کار امور شخصی طرف ندارند لذا محترم بدانند. لذا اگر در عرفی خمر احترام وضعی داشت عقلاء ضامن است وقتی عقلاً ضامن بود بنابراین موضوع احکام شرعی قرار میگیرد یعنی اگر شارع ضمان را موضوع یک حکم شرعی قرار دهد آثار شرعی آن بار می شود. لذا در احترام و عدم احترام عرفی هستیم و این امر نسبی است و لو در بلد قم و لو به خاطر اینکه اینجا حوزه علمیه است و حرم معصومین باشد شاید در این عرف یک عمل نا هنجاری باشد و احترامی برای آن قائل نباشند لذا ائتلاف آن ضمان نیاورد اما مثلاً شاید در مصر اینطور نباشد اگر کسی خمر داشته باشد این یک نا هنجار اجتماعی حساب نشود لذا این احترام وضعی دارد و لو احترام تکلیفی نداشته باشد. لذا خیلی اشتباه می شود و گفتیم که در روایت داریم که شخصی خمر کسی را ریخت و امام فرمودند که این شخص ضامن نمی باشد این به این معنا نمی باشد که در این زمان هم ضامن نمی باشند اینطور نمی باشد ممکن است در آن زمان نا هنجار بوده است و الان نا هنجار نبوده است. لذا الان ضامن می باشد.

عقلاء اصولاً در دستگاه معاملاتی موقفی ندارند اصلاً کار ندارند که بیع صحیح باشد یا باطل باشد اگر در عرفی خیار مجلس باشد عقلاء هم قائل به خیار مجلس می

باشند و اگر در عرفی خیار مجلس نباشد این ها هم قائل به عدم خیار مجلس می باشند
ذهنیت فقهاء از عقلاء ذهنیت غلطی بوده است اصلا عقلاء موقفی ندارند و کاری به
این کارها ندارند فقط تابع اعراف خاص می باشند مگر در موارد خیر معدود و فقط نظر
می کنند که آیا موجب حفظ نظام اجتماعی می شود یا خیر اگر شد.

اینکه گفته اند شارع اذن در اتلاف داده است پس ما ضمان &&& اگر محترم بود
ضامن است و اگر محترم نبود ضامن نمی باشد. فرض کنید که ضمان عند العقلاء را
درست کردیم فایده اش چیست؟ ما برای آخرت عمل می کنیم کاری به نظامات
اجتماعاتی نداریم و گفتیم در فقه هیچ ملازمه ای نمی باشد و بین وجوب الاداء ممکن
است که من ضامن باشم اما اداء ما فی الذمه واجب نباشد. مثلاً به زید مدوین هستم به
هزار تومان اما زید می گمید از تو مطالبه نهمی کنم فقهاء می گویند اداء دین واجب نمی
باشد. اما در عین حال آن را نمی بخشم ضامن هستم اما اداء آن بر من واجب نمی باشد
یا مثلاً مالی از غیر مسلمان حربی به نسیه خریداری کردیم بعد از خرید به آن بایع ثمن
این مال را بدهکار و ضامن می باشیم خوب حالا اداء دین واجب است یا خیر؟ گفتند
خیر واجب نمی باشد می توانی قرض را بدهی یا ندهی معنایش این نمی باشد که این
بدهی از ذمه تو پاک می شود خیر اما کسی تو را مواخذه نمی کند فردای قیامت. پس
ملازمه نمی باشد. پس بین اشتغال ذمه و ضمان و اداء دین ملازمه ای نمی باشد. مثال
دیگر در بحث مالکیت دولت است که آیا مالک می شود یا خیر؟ ما قائلیم به مالکیت
است اما اداء آن واجب نمی باشد اگر به دارایی مدیون شدی اما اداء دین شرعاً واجب
نمی باشد و لو فرضاً پول شهرداری را ندادیم معصیت الهی را نکردیم از تلفن استفاده
کردمی واقعاً به مخبرات بدهکاریم منتها شرعاً ادای دین آن واجب نمی باشد اینطور
نمی باشد که باید برویم پول را بدهیم. نگویید این جعل ضمان لغو است این طور نمی
باشد چرا که عند العقلاء هم این دو یعنی وجوب اداء دین و ضمان دو تاست. گفته اند
که بدهکار می شوی چون معامله عقلاً درست است و ضامن می باشد.

بحث حقوق الناس هم در جایی می آید که اداء دین واجب باشد.

پس بنابراین ملازمه ای نمی باشد و این عدم ملازمه از مسلمات فقه است و هم
هقبول دارند حال برویم سراغ ما نحن فیه:

یعنی مسلمانی که خمر او را از بین بردیم و عند العقلاء هم ضامن شدیم آیا اداء
دین واجب است یا خیر؟ ما گفتیم وجوب اداء دین یک عنوان مستقل نمی باشد بلکه
از باب ظلم است ثمن المطیة ظلم && خوب حالا صاحب خمر که مسلمان است و
فرض کردیم عند العقلاء ضامن می باشد چون در عرف مسلمین یا مومنی یا یک عرفی
ضامن می باشد این اداء دین اگر مصداق ظلم به معنای عرفی باشد باید بدهد و اگر
نباشد نباید بدهد. گفتیم حق ثابت عند العقلاء ظلم به معنای عرفی یعنی سلب حق
عقلائی اما عقلاء در اکثر حقوق تابع عرف خاص می باشند لذا باز می گردد به حق عند
المومن و مسلم اگر این حق را مسلمین و مومنین قائل بودند اداء واجب است و الا نه
لذا در اموال دولت هم این است که می گوئیم اداء دین واجب نمی باشد چرا که در
صورت ندادن دین به کسی ظلم نشده است لذا اداء واجب نمی باشد. پس اداء دین
عنوان مستقلى نمی باشد بلکه از باب ظلم حرام است.

&&&

اما اگر مخبرات متعلق به شخص حقیقی بود اداء دین واجب است چرا که عدم
آن ظلم است. &&&

عدم اداء دین ظلم که شد سوال می شود ظلم عرفی چیست؟ &&&

^۱ به مناسبت وارد حکم خمر شدیم و گفتیم سه امر را باید در مورد خمر بررسی
کنیم: مالیت خمر، احترام تکلیفی و احترام وضعی. در قسمت مالیت قائل به مالیت
شدیم و در قسمت احترام تکلیفی و وضعی خمر گفتیم مربوط به عرف می شود خود
تصرف و اتلاف خمر اگر مصداق تعدی و ظلم شد حرام است و الا نه اما نسبت به
احترام وضعی این مربوط به این است که در نزد عرف این احترام را برای او قائل شوند

اگر در نظر عرف مسلمین و یا مومنین احترام داشت، ما هم قائل به احترام آن می شویم و اگر در عرفی احترام وضعی نداشت ما هم قائل به عدم احترام وضعی می شویم چون احترام امری است عقلائی و دائر مدار احترام عند العرف می باشد.

بله در تکلیف دنبال عرف نمی باشیم اما گاهی اوقات عرف موضوع ساز است و اگر برای او حق قائل شوند اتلاف آن می شود مصداق تعدی و ظلم و حرام چرا که در شریعت چیزی به عنوان اتلاف مال الخمر از محرمات نداریم یعنی یکی از عناوین محرمه داخل شریعت اتلاف الخمر نمی باشد. گفتیم تصرفات عدوانی در مال غیر حرام است. وقتی این حق را برای او قائل شوند این می شود مصداق تصرفات عدوانی و ظلم که در شریعت حرام است. گفتیم در شریعت تعدی و ظلم به هر کسی که باشد و لو غیر مسلمان باشد، حرام است.

بحث عقد:

مشهور بین فقهاء ما این است که هر گونه معامله ای بر خمر باطل است اگر خمر را به کسی فروختیم بیع باطل است اگر مصالحه کردیم صلح باطل است و اگر وصیت کردیم وصیت باطل است اگر مهر نکاح قرار دادیم آن مهر باطل است اگر کسی را اجیر کردیم که این خمر را بفروشد این اجاره باطل است اگر وکالت در معامله ای دادیم این وکالت باطل است اگر حسابداری را اجیر کند که معاملات و تجارت بر خمر را محاسبه کند آن عقد اجاره بر محاسبه آن باطل است و اگر ما مثلاً کسی را اجیر کردیم برای اینکه مثلاً این شیشه های خمر را بسازد یا آماده کند یا تمیز کند و امثال ذلک فقهاء قائلند تمام این معاملات باطل است فرقی نمی کند که این معامله را با مسلمان منعقد کنیم یا با غیر مسلمان این عقد را ببندیم، هر دو باطل است هر نوع عقدی که به نسبت به خمر صورت می گیرد باطل است. هیچ نحو قرارداد صحیحی در رابطه با خمر نمی توانید برای کسی ببندید.

این را دقت کنید. این فرمایش مشهور را قبول کردیم بینیم دلیل آن چیست؟ و این دلیلی که ذکر می کنیم چگونه بر ما نحن فیه تطبیق می شود؟ قاعده ای در معاملات

است که هر عقدی اگر وفاء به آن عقد ممنوع باشد آن عقد باطل است. دقت کنید یک عقد داریم و یک وفاء به عقد داریم اشتباه نشود، وفاء به عقد ممنوع باشد چه خود عقد ممنوع نباشد چه خود عقد هم ممنوع باشد فرقی نمی کند هر کجا که وفاء به عقد ممنوع شد عقلاء آن عقد را امضاء نمی کنند حال این ممنوعیت که برای وفاء به عقد است چهار قسم است یعنی ما چهار قسم ممنوعیت داریم: یکی ممنوعیت شرعی و یکی ممنوعیت عقلایی و یکی ممنوعیت عرفیه و یکی ممنوعیت قانونیه. اگر وفاء به یک عقد ممنوع باشد به یکی از انحاء ممنوعیت عقلاء این عقد را امضاء نمی کنند. اگر عند الشارع ممنوع باشد و لو عرف مسلمین لا ابالی هستند و آن را صحیح می دانند، باز همین که شریعت آن را ممنوع کرده است این عقد را عقلاء امضاء نمی کنند. عقلاء درست است کاری به شرع ندارند اما با شرع درگیر هم نمی شوند.^۱ کلاً یک قاعده ای است که عقلاء هر عقدی که وفاء به عقد - نه خود عقد - ممنوع باشد به یکی از ممنوعیتها در اینجا امضاء نمی کنند.

مثلاً اگر فرض کردیم جا به جایی مواد مخدر قانوناً ممنوع است فرض کردیم عرفاً و شرعاً و عقلاً ممنوع نمی باشد اگر کسی اجیر بر جابه جایی شود این عقد باطل است. اینطور نمی باشد که عقلاء امضاء کنند که بگویند که بر تو واجب است با قانون مخالفت کنی.

در این موارد ما گفتیم که هر کجا که وفاء به عقد ممنوع باشد به یکی از ممنوعیت های اربعه این عقد را عقلاء امضاء نمی کنند. این قاعده در خمر می آید دقت کنید شارع مقدس در باب خمر ده تا عنوان را محرم کرد غرس و بیع و شراع و ... از این تحریمها استفاده کرده ایم شارع هر نوع تصرفاتی را که انسان در خمر انجام می دهد تحریم کرده است جابه جا کند، به دیگری تسلیم کند، برای دیگری ثبت کند، برای دیگری مارک و

^۱ خوب اگر فرض کنیم عقد امضاء شد عقلاء می گویند به تو واجب است بر این عقد عمل کنی و اگر بگویند که واجب است عمل کنی این درگیری با شرع است. بله این درگیری در باب تکلیف است و درگیری در باب تکالیف است اما در غیر موارد تکالیف دیگر درگیری نمی باشد مثل بحث ضمان و ... در باب غیر تکالیف. (هم جلس).

علامتی درست کند، برای دیگری شیشه خمر را نظافت کند، عرف از آن ده تا عنوان، الغاء خصوصیت می کند و خصوصیتی برای آنها نمی بیند می فهمد هر تصرفی در خمر را شارع حرام کرده است لذا هر عقدی بر خمر ببندیم وفاء به آن حرام است اگر بیع کردید یا مهر قرار دادید باید تسلیم کنی، این تسلیم حرام است. وفاء به هر عقدی بر خمر شرعا حرام است لذا عقلاء هم امضاء نمی کنند لذا در باب معامله بر خمری که برای شرب استفاده می شود ما قائلیم که باطل است.

دقت کنید این اباحت در مورد کلب و خنزیر و آلات قمار نمی آید چرا که در کلب و خنزیر و... این عناوین ده گانه تحریم و نهی نشده است. آلات لهو و لعب هم اینطور است و تنها استفاده حرام از آنها که استفاده لهو و لعبی است، این است که به عنوان اولی حرام است اما تسلیم آن، خرید و فروش آن، نگهداری آن و ... به عنوان اولی حرام نمی باشد. الا اینکه به عنوان دیگری حرام باشد. و الا جا به جایی و نظافت آن حرام نمی باشد به عنوان ثانی مثل این که هتک باشد مثلاً یک طلبه آلات را در مرآی و منظر غیر طلبه ها قرار دهد.

فقط خمر است که تمام معاملات آن باطل است البته فقهاء در مورد کلب و خنزیر و آلات قمار هم گفته اند که ما قبول نکردیم و دلائلی را ذکر کرده اند که در نزد ما تمام نمی باشد.

پس قاعده کلی این است که هر عقدی که وفاء آن به ممنوع باشد به هر ممنوعیتی، آن عقد باطل است.

این راجع به خمر و تمام بحث ما در مورد خمر که تمام شد. نکاتی گفته شد که به درد دیگر مباحث هم می خورد.

مسألة ۱۱: لو استأجر دابة معينة من زيد للركوب إلى مكان

فاشتمه و ركب^۱ دابة أخرى له

لزومه الأجرة المسماة للأولى وأجرة المثل للثانية...^۲

اگر کسی رفته است که اسبی را کرایه کند و اسبی را معین کند و مثلاً به ده دینار اجاره کند و مستأجر و مالک اسب هم قبول کرد و گفت برو اسب را بردار و رفت اسب را برداشت و معلوم می شود که اسب را اشتباهی برداشته است و اسبی را که اجاره نکرده بود برداشته است در اینجا نسبت به اجرة چه باید بکند؟

سید می فرماید وقتی رفت و برگشت اجرة المسمى را باید بدهد که ده دینار بود و اجرة المثل را هم باید بدهد که اگر مثلاً پانزده دینار است باید پانزده دینار دیگر هم بدهد لذا باید ۲۵ دینار بدهد مثال امروزی در کرایه ماشین است. شخص ماشینی را اجاره می کند و ماشین دیگری را که مشابه آن ماشین است، بر می دارد وقتی رفت و برگشت سید می گوید که باید دو اجرة بدهد اجرة المسمى که فرضاً ۱۰۰ تومان بود و اجرة المثل ماشینی که برداشت ۱۵۰ تومان بود در اینجا باید ۲۵۰ تومان بدهد. این متن سید.

دقت کنید کسانی که تعلیقه بر عروة دارند هیچ یک با سید مخالفت نکرده است و تعالیقی زده اند که ربطی به کلام سید ندارد اما در فتوا کسی با سید مخالفت نکرده است. این نشان می دهد که این کلام سید در ارتکاز فقهاء درست در نیامده است اما به لحاظ صناعت هم این کلام درست بوده است.

^۱ المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير ج ۲ ۲۳۶ رَكِبْتُ: الدَّابَّةَ وَ (رَكِبْتُ) عَلَيْهَا (رُكْبًا) وَ (مَرَكَبًا)

^۲ مسألة ۱۱: ... كما إذا اشتمه فركب دابة عمرو فإنه يلزمه أجرة المثل لدابة عمرو و المسماة لدابة زيد حيث فوت منفعتها على نفسه.

وجه کلامه: **العقد موجب المسمأة و استيفاء المنزل منزل الاتلاف موجب المثل.**

وجه سید چیست که موافق صنعت هم می باشد؟

خوب اجرة المسمى را باید بدهد چون عقد اجاره بسته است و اجرة المثل را باید بدهد چرا که منفعت آن را استيفاء کرده است و استيفاء المنفعة به منزله اتلاف مال غیر است که موجب ضمان اجرة المثل است. لذا این کلمات ایشان که مخالفی با کلام سید نبوده است و ربطی هم به کلام سید نداشته است نشان دهنده این بوده است که در اذهان اینها خلجانی بوده است اما به فتوا کسی اشکال نکرده است همه معلقین عروه در متن با سید موافقت کرده اند اما نشان می دهد که این کلام سید با ارتکاز آنها نمی سازد که باید ۲۵ دینار بدهد اما به لحاظ صنعت درست است باید ۲۵ دینار بدهد چرا که اجرة المسمى تابع عقد است و اجرة المثل هم به خاطر استيفاء است که مصداق اتلاف مال غیر است که سبب ضمان است. یعنی این کلام سید موافق صنعتی بوده است که مخالفت ارتکاز است.

مناقشة: **أن الاجرة المثل بالنسبة الى المستأجر ليست التي تكون بالنسبة الى غيره بل ما به التفاوت بين المثليين.**

ما ها قائل شدیم به یک مسئله ای که قبلا به آن اشاره کردیم که این مسئله که به آن قائل شدیم خیلی کار ساز است و آن نسبی بودن اجرة المثل است نسبت به این شخص در نزد عقلاء. در ذهن فقهاء این بوده است که این اجرة المثل نسبی نمی باشد لذا این تعارض بین ارتکاز و صنعت پیش آمده است.

در ما نحن فيه بله اگر کسی این اسب را غصب کند اجرة المثل آن ۱۵ دینار بوده است اما اگر کسی که مالک منفعت اسبی شده است و این اسب را بر می دارد اشتباها در سیره عقلاء اجرة المثل این اسب برای این شخص چه قدر است؟ ما به التفاوت بین اجرة المثليين است. مثلا اجرة المثل آن اسب اجاره کرده ۲۰ دینار بود اما به ۱۰ دینار

اجاره کرد و اجرة المثل این اسبی را که اشتباها برداشته ۳۰ دینار است. در نزد عقلاء اجرة المثل نسبت به این شخص ده دینار است لذا باید ۱۰ دینار بابت اجرة المسمى و ۱۰ دینار هم باید بابت اجرة المثل بدهد که ما به التفاوت بین دو اجرة المثلین است. لذا اجرة المثل ما به التفاوت بین دو اجرة المثل است نه تمام و کمال اجرة المثل آن اسبی که اشتباها برداشته است.

بله اگر اختلاف نداشت و اجرة المثل هر دو یکی بود لذا در این استیفاء ضامن اجرة المثلی نمی باشد باید فقط اجرة المسمى را بدهد و اگر کمتر باشد باز لازم نمی باشد از مستأجر چیزی بگیرد چون وقتی اسب را اجاره کرد چه استیفاء کند و چه استیفاء نکند ضامن آن اجرة المسمى است پس اگر اجرة المثل دومی بیشتر نشد چه مساوی یا انقض باشد فقط اجرة المسمى را می دهد.

بعد سید فرعی را بیان می کند که این حکمش روشن است:

۱... كما إذا اشتبه فركب دابة عمرو

فإنه يلزمه أجرة المثل لدابة عمرو و المسماة لدابة زيد حيث فوت منفعتها على نفسه.

اگر رفت اسب زید را اجاره کرد این اسب زید شبیه اسب عمرو است و هر دو هم در یکجا نگه داشته می شدند لذا این شخص مستأجر اشتباها اسب عمرو را برداشت چرا که هر دو اسب در یک اصطبل بود. در اینجا واضح است باید اجرة المسمى اسب زید را باید بدهد چرا که اجاره کرد و باید اجرة المثل اسب عمرو را هم کامل دهد.

۱ مسألة ۱۱: لو استأجر دابة معينة من زيد للركوب إلى مكان فاشتبه و ركب دابة أخرى له لزمه الأجرة المسماة للأولى و أجرة المثل

دقت کنید « حیث فوت منفعتها علی نفسه » تعلیل برای ضمان اجرة المسمى است فقط. تفویت من قبل نفسه در نزد عقلاء به منزله استیفاء است.

این تعلیل را قبول نکردیم گفتیم همین که شخص اجاره کرد ضامن اجرة می باشد و لو تفویت بر نفسه نکرده باشد و ظالمی این تفویت را کرده است باز ضامن است. اجاره مثل بیع است در بیع عین جا به جا می شود در اجاره منفعت و عین جابه جا می شود در بیع وقتی به شما ملکی را فروخت شما ضامن عوض آن می باشی فرقی نمی کند که استیفاء کنی یا نکنی کس دیگری بگذارد یا نگذارد در اجاره هم اینطور است که به مجرد عقد منفعت منتقل می شود چه تفویت علی نفسه بکند چه نکند چه خودش این کار را بکند چه دیگری. پس علت ضمان اجرة المسمى، نفس عقد است نه تفویت بر نفس.

مسألة ۱۲: لو آجر نفسه لصوم يوم معين عن زيد مثلاً

ثم آجر نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو

لم تصح الإجارة الثانية و لو فسخ الأولى بخيار أو إقالة^۲ قبل ذلك اليوم

لم ينفع في صحتها بل و لو أجازها^۳ ثانياً بل لا بد له من تجديد العقد لأن

۱ چهارشنبه ۹۷/۰۹/۱۴.

۲ در خيار حق فسخ دارد و اقاله این است که حق فسخ ندارد اما می رود در خواست فسخ می کند و آن اجازه می دهد که بعد از اجازه ذو حق می شود.

۳ اجاره ثانیه.

الإجازة كاشفة و لا يمكن الكشف هنا لوجود المانع^۱ حين الإجازة فيكون

نظير من باع شيئاً ثم ملك بل أشكل.

شخصی اجیر شد برای روزه زید در روز جمعه که برای زید این روزه را قضاء کند شخص که قرار است روزه بگیرد می شود اجیر یا ماجر و کسی که از اجیر خواسته است روزه بگیرد می شود مستأجر و زید می شود منوب عنه لذا زید مستأجر نمی باشد پس شخصی اجیر شد برای روزه زید که در روز جمعه برای زید این روزه را قضاء کند و قبل از روز جمعه، دوباره اجیر شد برای روزه عمرو که از قبل عمرو هم روز جمعه روزه بگیرد. دو اجاره متعاقب دارد که قدرت عمل به هر دو اجاره را معاً ندارد. این شخص نمی تواند روز جمعه هم برای زید و هم برای عمرو روزه بگیرد. سید می فرماید که اجاره اول درست است و اجاره دوم باطل است و باید این شخص عمل کند به اجاره اول یعنی روز جمعه را روزه بگیرد برای زید.

بعد سید این مسئله را مطرح می کند که اگر مستأجر اول اجازه داد که برای عمرو روزه بگیرد در این صورت آیا اجاره دوم تصحیح می شود یا خیر؟ یا اگر خود اجیر رفت خدمت مستأجر اول و به او گفت که من اجاره را فسخ کردم یعنی اجیر اجاره اول را فسخ کند، آیا اجاره دوم تصحیح می شود یا خیر؟ یا اگر شخص اجیر اجاره اول را فسخ کرد و اجاره دوم را اجازه داد آیا اجاره دوم درست است یا خیر؟ سید می فرماید این اجاره دوم قابل تصحیح نمی باشد در هر سه صورت چه مستأجر اول اجازه دهد چه اجیر فسخ کند و چه اجیر فسخ کند و اجاره دوم را امضاء کند این فایده ای در تصحیح عقد ندارد.

این متن مسئله.

^۱ مانع در اجاره ثانیه می باشد. که مانع را اشاره خواهیم کرد.

در بحث عقد فضولی گفته شده که اگر عقد فضولی بر کتاب زید بستیم زید می تواند اجازه دهد اما اگر رفتم کتاب زید را فضولتا فروختم و بعد من بایع فضول رفتم کتاب را از زید خریدم آیا وقتی خریدم عقد اول فضولی که من انجام داده بودم، درست می شود یا خیر؟ سه قول در مسئله است:

قول اول اینکه به مجرد اینکه که رفتم خریدم آن عقد فضولی تصحیح می شود و کتاب مال مشتری می شود.

قول دوم این است که مجرد بیع کفایت نمی کند، باید اجازه هم دهم اگر اجازه دادم عقد اول تصحیح می شود و الا نه.

قول سوم که لعل قول مشهور باشد گفته اند که اگر خودش رفت خرید و اجازه هم کرد، عقد اول دیگر قابل تصحیح نمی باشد بلکه اگر می خواهد این کتاب را به مشتری بفروشد این بایع فضول در عقد اول، باید دوباره بعد از اینکه از زید این کتاب را خرید، یک عقد دیگر بخواند و معامله کند آن عقد فضولی دیگر قابل تصحیح نمی باشد یعنی نه تنها به مجرد ملکیت، تصحیح نمی شود حتی با اجازه هم تصحیح نمی شود. چطور در آنجا می گوئیم که عقد تصحیح نمی شود در اینجا هم اینطور است که با اجازه، عقد دوم قابل تصحیح نمی باشد.

مختار السید: صحت الإجارة الأولى و بطلان العقد الثانی و عدم قابلیته للتصحیح.

این تمام مسئله بود یکبار دیگر مسئله را مرور کنیم شخصی اجیر شده بود که از طرف زید در روز جمعه روزه بگیرد و بعد همین شخص رفت پیش یک نفر دیگر اجیر شد که در روز جمعه از طرف عمرو روزه بگیرد سید می فرمایند اجاره اول صحیح است و اجاره دوم باطل و غیر قابل تصحیح است حتی اگر اجیر اجاره اول را فسخ و اجاره دوم را امضاء کند این اجاره دوم قابل تصحیح نمی باشد. دراین مسئله ما دو بحث

داریم: یک بحث راجع به بطلان اجاره ثانیه و یک بحث داریم راجع به عدم قابلیت اجاره ثانیه للتصحیح و لو بالاجازه. پس این دو بحث را از هم جداگانه مطرح کنیم.

المقام الاول فی بطلان الإجارة الثانية:

شخصی اجیر شد برای روزه از طرف زید و قبل از روز جمعه دوباره اجیر می شود برای روزه از طرف عمرو سید فرمودند اجاره اول صحیح است و اجاره دوم باطل است.

وجوه بطلان الإجارة الثانية:

علماء در اجاره اول بحث نکرده اند چون اجاره اول تام الاجزاء و الشرائط است آنها که می گویند که عقد دوم باطل است حتما یک شرطی و جزئی را ندارد که باطل است چرا که این هم ظاهرا ارکانش تمام است چرا باطل است؟ وجوهی را ذکر کرده اند:

الوجه الأول للمرحوم الحکیم: عدم مالکيته علی المنفعة الثانية المتعلقة للإجارة الثانية.

وجه اول از مرحوم حکیم است: ایشان فرمودند بعد از اینکه این شخص اجیر شد برای صوم از طرف عمرو، مالک منفعت صیام نمی باشد چرا که اجیر ما مثلا دو منفعت در روز جمعه داشت صیام از طرف زید و صیام از طرف عمرو صیام از طرف زید را تملیک کرد به مستأجر اول اما صیام از طرف عمرو را دیگر مالک نمی باشد چرا که صیام از جانب عمرو، منفعت متضاده با صیام از طرف زید است. صیام از طرف عمرو را قبل از اجاره اولی مالک بود اما بعد از اجاره اولی، دیگر منفعت صیام از طرف عمرو را مالک نمی باشد به صرف عقد از ملکیت آن خارج می شود و شرط صحت اجاره این است که آن چه را که تملیک می کند، باید مالک باشد چون این صیام از طرف عمرو، منفعت متضاده با منفعت صیام از طرف زید است خوب فرضا صیام از طرف زید را قبلا تملیک کرده بود لذا این منفعت صیام برای عمرو را نمی تواند به مستأجر دوم تملیک کند لذا عقد اجاره باطل است.

دقت کنید علت عدم اعتبار ملکیت عدم قدرت بر فعل نمی باشد بلکه نکته عدم ملکیت این است که متضاد با منفعتی است که قبلاً به دیگری تملیک کرده است و چون قدرت برای جمع بین دو صیام را ندارد لذا عقلاً او را مالک منفعت متضاده دوم نمی دانند و اما قدرتی که شرط در تکلیف است، قدرت بر عمل است نه قدرت بر جمع و فرض این است که این شخص قدرت بر عمل و صیام برای عمرو را دارد اما قدرت بر جمع را ندارد.

المناقشات الثلاثة:

این بیان چندین اشکال دارد که به سه اشکال اشاره می کنیم:

المناقشة الأولى: هذه اجارة على الأعمال لا المنفعة و فيها تمليك العمل لا المنفعة و لا يملك شخص عمله عند العقلاء.

اولاً در باب اجاره بر اعمال منفعت را تملیک نمی کنیم عمل را تملیک می کنیم در اجاره بر اعیان است که منفعت را تملیک می کنیم منفعت یعنی قابلیت و عمل هم که مشخص است و اینطور نمی باشد که اجیر مالک عمل خود باشد هیچ کس مالک عمل خودش نمی باشد اما در طول تملیک، مستأجر مالک عمل من می شود در ذمه من. صیام روزه گرفتن است من روزه گرفتن را مالک نبودم اما وقتی تملیک کردم به مستأجر او می شود مالک و اگر تملیک کنم به مستأجر دوم، آن هم می شود مالک عمل دیگر من. اصلاً ربطی به منفعت ندارد و تملیک عمل است و اجیر مالک عمل نمی باشد و کسی قائل نمی باشد که اجیر مالک عمل است و عمل مملوک را تملیک به جناب مستأجر می کند. این را همه قبول دارند که انسان مالک عمل خود نمی شود چرا که در سیره عقلاء ملکیت اشخاص را بر اعمال خودشان اعتبار نمی کنند.

المناقشة الثانية: إن الإنسان مالك لجميع منافعه المتضادة عند المشهور.

اشکال دوم در منفعت متضاده این است که مشهور قائلند که انسان مالک تمام منافع متضاده است اینکه گفته اند شخص مالک منفعت متضاده نمی باشد این درست

نیست در نزد مشهور انسان مالک همه منافع متضاده خودش می باشد. اما ما اصل ملکیت بر منفعت را قبول نکردیم دلیل هم فقط سیره است. ما مالک قابلیت به ملکیت اعتباریه نمی باشیم.

المناقشة الثالثة: المناقشة التي تورد على جميع الوجوه و هو مفروقة صحة العقد الأول و بطلان الثاني.

اشکال سوم این است که یک مغالطه ای است که در همه این جوابها صورت گرفته است دقت کنید اینها وقتی صحبت کرده اند در وجه بطلان و صحت عقد دوم، صحت عقد اول را مفروق عنه گرفته اند با فرض صحت عقد اول صحبت کرده اند از صحت و بطلان اجاره ثانیه سوال این است که چرا ترجیح می دهید اجاره اول را بر اجاره دوم می گوئید اولی صحیح و دومی باطل است؟ اشکال این است که چرا ترجیح می دهید؟ اشکال این نمی باشد که چرا هر دو را تصحیح نمی کنید شما به جای اینکه بگوئید اجاره اول صحیح و اجاره دوم باطل است بالعکس بگوئید بگوئید اجاره اول باطل و اجاره دوم صحیح است دائماً اجاره آخری صحیح باشد این چه اشکالی دارد؟! چه ترجیحی دارد که شما دائماً اولی را صحیح می دانید و دومی را باطل می دانید؟! شما اگر ده اجاره می بندید همیشه اجاره دهمی درست باشد این اشکالی است که در همه جوابها است و اشکال این است که در همه این جوابها این پیش فرض است که اجاره اول صحیح است ما که بحث می کنیم در بطلان عقد دوم حرف ما این است که چرا می گوئید اولی صحیح و دومی باطل است؟! چرا بالعکس نمی گوئید بگوئید عقد اول باطل است و عقد دوم صحیح است نه اینکه بگوئید هر دو صحیح است بلکه بالعکس بگوئید بگوئید عقد اول باطل و عقد دوم صحیح است این چه ترجیحی است که شما بین این دو عقد می دهید؟! کسی دنبال صحت هر دو نمی باشد و حرف ما این نمی باشد که بگوئید هر دو صحیح است خیر بلکه ما می گوئیم بالعکس بگوئید بگوئید عقد اول باطل و عقد دوم صحیح است. چه نکته ای دارد که دائماً شما صحت عقد اول را مفروق عنه گرفتید و بحث می کنید از صحت و بطلان عقد دوم. این نکته اش چیست؟!!

اگر کسی بالعکس گفت مالک منفعت می شود اگر گفتیم عقد اجاره اول باطل و عقد دوم صحیح است خوب جناب اجیر مالک منفعت خود می باشد و عقد دوم صحیح می شود.

پس یکبار سوال ما این است که عقد دوم هم درست باشد این سوال درست نمی باشد چرا که امکانش نمی باشد که هر دو صحیح باشد چرا که معنایش وجوب عقلائی و شرعی وفاء به هر دو عقد است و این وفاء به این دو عقد با هم برای او مقدور نمی باشد محال عقلی است نه محال عادی سوال این است که چرا نمی گوئید که عقد اول باطل و عقد دوم صحیح است این اشکالی است که بر همه وجوه وارد است که شما صحت عقد اول را مفروق عنه گرفته اید. بگوئید عقد دوم صحیح است و عقد اول باطل دیگر هیچ یکی از محذورهایی که اینها گفته اند پیش نمی آید. پس ترجیح عقد اول بر دوم چیست؟

الوجه الثانی: عدم قدرة الأجیر علی تسلیم العمل.

وجه دومی که بیان کرده اند برای اینکه عقد دوم باطل است این است که گفته اند اجیر قدرت بر تسلیم عمل را ندارد یکی از شرائط صحت عقد، قدرت بر تسلیم است.

مناقشه: أن القدرة التي مقوم في صحة العقد، القدرة التكوينية التي موجودة هنا و المفقود القدرة الشرعية.

اینکه قدرت نداریم قدرت تکوینی نداریم یا قدرت شرعی؟ قدرت تکوینی داریم و قدرت شرعی نداریم یعنی بدون معصیت نمی توانیم وفاء به عقد دوم کنیم یعنی باید به عقد اول وفاء نکنیم تا به عقد دوم بتوانیم عمل کنیم که آن اشکال سوم هم به اینجا می آید که خوب بگوئید که عقد اول باطل است و عقد دوم صحیح است که این شکال پیش نیاید.

الوجه الثالث: عدم السلطنة على العقد الثانى التى يكون مقومة لصحة العقد.

وجه سومى که گفته شده است این است که می گویند شرط صحت عقد این است که علاوه بر اینکه باید مالک عین و منفعت باشیم باید سلطنت بر این عقد را هم داشته باشیم مثلاً سفیه را در نظر بگیرید هبه او باطل است چون عقلاً سلطنت و ولایت بر تملیک را ندارد گفته شده است در ما نحن فیه هم از این قبیل است اجیر ولایت و سلطنت بر عقد دوم را ندارد.

المناقشة الثانية: يرد عليه الإشكال المشترك الورود.

باز اشکال مشکل الورود می آید بله بر عقد دوم نمی تواند ولایت و سلطنت داشته باشد چرا که سلطنت و ولایت او را به عقد اول دادید خوب چرا این سلطنت و ولایت را به عقد اول دادید؟! به عقد دوم بدهید تا این مشکل حل شود.

الوجه الرابع من المرحوم الخوئى: عدم قدرته على تمليك مملوكة أى المنفعة المتضادة.

وجه چهارم این است که ایشان فرمودند این شخص بعد از اجیر شدن مالک منفعت مضاده می شود اما نمی توان این منفعت مضاده را تملیک کند.

المناقشة: هذا الوجه يرجع الى الوجه السابق و هو عدم السلطنة على العقد الثانى فضلا على الإشكال المشترك الورود.

اشکالش این است که این برگشت به اشکال قبلی است که برای او ولایت و سلطنت برای تملیک منفعت مضاده نمی باشد و ضمن اینکه اشکال مشترک الورود را هم دارد.

الوجه الخامس منه ﷺ أيضا: لا يشملها دليل الإمضاء مطلقا.

وجه پنجم این است که گفته شده است می رویم سراغ اجاره ثانیه بینیم آیا دلیل امضاء این را می گیرد؟ دلیل امضاء چیست؟ یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود. خیر این

را نمی گیرد چرا که یا به صورت مطلق باید بگیرد یا به صورت مشروط اگر به صورت مطلق بخواهد بگیرد معنایش این است که حتی اگر به عقد اول وفاء کردی، باید به این عقد دوم وفاء کنی خوب قدرت بر عمل به عقد دوم را ندارد این عقد صحیح است حتی اگر عقد اول باقی باشد قدرت ندارد به هر دو عمل کند. اگر به صورت مشروط باشد یعنی اگر به عقد اول وفاء نکردی به این عقد وفاء نکن. اگر این معنای آیه باشد ایشان می گوید این طور هم نمی شود چرا که وقتی شخص این عقد دوم را انشاء کرد، مشروطا انشاء نکرد بلکه مطلقا انشاء کرد. یعنی اجیر شد برای روزه عمرو مطلقا نه در صورت عدم عمل به عقد اول. پس عقد مطلق واقع شده است و دلیل امضاء می خواهد عقد را مشروطا امضاء کند این امکان ندارد و معنا ندارد چرا که دلیل امضاء عقد را همانطور که واقع شده است، می گیرد عقد مطلق واقع شده است لذا مطلقا هم آن را می گیرد. یعنی به عقد دوم باید عمل کنی چه به عقد اول وفاء کنی و چه نکنی لذا این دلیل امضاء هر دو عقد را به صورت مطلق می گیرد یعنی بر تو واجب است به هر دو عقد عمل کنی و این هم امکان ندارد چرا که قدرت بر عمل به هر دو را ندارد.

مناقشه: أن الشرط للإمضاء لا للممضاء.

اشکال کلام مرحوم خوئی این است که اینکه می گوئیم امضاء علی تقدیر عدم عمل به عقد اول، این عدم عمل به عقد اول شرط امضاء است نه شرط ممضاء. ممضاء عقد است و عقد به صورت مطلق است و لکن امضاء مشروط است یعنی اگر مخالفت کرد شارع امضاء می کند شرط ممضاء نمی باشد شرط امضاء است مغالطه ای است بین شرط می گوئیم شرط ممضاء نمی باشد شرط امضاء است مغالطه ای شده است ممضاء که عقد است و امضاء که فعل شارع است شارع کی امضاء می کند؟ بر این تقدیر خاص. این وجه هم نا تمام است.

وجه چهارم و پنجم و ششم از مرحوم خوئی است.

۱ الوجه السادس:

در وجه ششم گفتند خوب دلیل امضاء که «اوفوا بالعقود» باشد عقد دوم را به صورت ترتبی بگیرد به این معنا که اگر به هر ترتیب به عقد اول وفاء نکرد، عقد دوم می شود لازم الوفاء. دقت کنید عقد اول چه بود؟ نیابت از زید بود اگر به او وفاء نکرد آیه «اوفوا بالعقود» می گوید پس به عقد دوم وفاء بکن عقد دوم نیابت از طرف عمرو است. پس «اوفوا بالعقود» ابتداء می گوید به عقد اول وفاء بکن و بعد «اوفوا بالعقود» می گوید اگر به عقد اول وفاء نشد به عقد دوم وفاء بکن.

پس «اوفوا بالعقود» عقد اول را می گیرد و عقد دوم را نمی گیرد اما اگر اجیر به عقد اول عمل نکرد یا فسخ کرد یا مستأجر عقد دوم را اجازه داد یا اینکه نه این اجیر شخصی است متمرّد و نخواست به عقد عمل کند به هر ترتیب معصیت کرد و عمل نکرد «اوفوا بالعقود» این عقد دوم را می گیرد به نحو ترتب.

در هر باب تزاممی این مسئله است که اگر به اهم عمل نکردیم باید برویم سراغ مهم. اول واجب است به سراغ اهم برویم و اگر اهم را معصیت کردیم باید مهم را امتثال کنیم لذا بعضی از راه ترتب عقد دوم را درست کرده اند. در اینجا هم می گویند عقد اول اهم است و عقد دوم مهم است و اگر اهم را معصیت کردی در عقد دوم وفاء کن. این وجه ششمی است که برای بطلان عقد دوم و تصحیحش به نحو ترتب ذکر شده است.

اشكال المرحوم الخوئی علی هذا الوجه:

مرحوم خوئی بر این وجه ششم اشکال کرده است. اشکال ایشان این است ترتب در باب تکالیف محضه امری است عرفی اما در باب معاملات و امضاء این نحو ترتب غیر عرفی است. لذا ما نمی توانیم عقد دوم را تصحیح کنیم.

مناقشة فی الوجه و الإشکال علیه:

نه وجه درست است نه اشکال مرحوم خوئی.

اما المناقشة فی الوجه: لا يشملہ لا بالإطلاق و لا بالترتب لفساده و العقد عند العرف يطلق علی الصحيح عند العقلاء.

این وجه هم درست نمی باشد دقت کنید «اوفوا بالعقود» فقط و فقط عقود صحیح عند العقلاء را شامل می شود چرا که «عقد» به معنای عرفی است در معنای عرفی به چه عقدی، عقد می گویند؟ عقد صحیح عند العقلاء. عقد فاسد عند العقلاء، اطلاق عقد، اطلاق بیع و اجاره بالمسامحه است لذا چون در معنای عرفی وضع شده است برای عقود صحیح، «اوفوا بالعقود» عقد صحیح عند العقلاء را می گیرد جناب اجیر چه به عقد اول عمل کند چه عمل نکند، عقد دوم عند العقلاء باطل است یعنی عقلاء این عقد دوم را کالعدم فرض می کنند چه به عقد اول عمل کند چه عمل نکند. این برداشت ما است از سیره عقلاء که عقلاء این عقد دوم را امضاء نمی کنند.

بنابراین دلیل «اوفوا بالعقود» و لو بالترتب شامل عقد دوم نمی باشد لذا این وجه ششم هم درست نیست چرا که «اوفوا بالعقود» عقد صحیح را می گیرد و عقد دوم چه به عقد اول عمل کند و نکند باطل است.

المناقشة فی اشکاله: ۱: ليس العقد الثانی صحیحا حتی یحکم بأنه غیر عرفی.

لذا از این بیان، مشکل اشکال مرحوم خوئی هم مشخص می شود. اشکال ایشان هم درست نمی باشد چرا که در نظر ایشان این عقد دوم بالترتب درست است اما غیر عرفی است در حالیکه اصلا بحث عرفی و غیر عرفی نمی باشد اصلا نمی تواند این عقد دوم را بگیرد چرا که ما می گوئیم «اوفوا بالعقود» عقودی را می گیرد که عند العقلاء صحیح باشد اما اصلا عقود فاسده عند العقلاء را نمی گیرد و قائلیم این عقد دوم به هر ترتیب در نزد عقلاء صحیح نمی باشد.

پس این تقریب و اشکال مرحوم خوئی تمام نمی باشد اصلاً فی نفسه موضوعی نمی باشد که «اوفوا بالعقود» آن را شامل شود خود مرحوم خوئی هم قبول دارند که «اوفوا بالعقود» شامل عقود صحیحه می شود اگر من با طفل یا مجنونی عقد بستم «اوفوا بالعقود» می گوید که باید به آن عقد باطل، عمل کنم؟!!!

دقت کنید اشکال ما با حفظ مبنای ایشان که امضائی بودند، است.

پس بنابراین این وجوهی که ذکر شده است درست نبود.

الوجه السابع، مختارنا:

وجه هفتم که مختار ما است: گفتیم تنها دلیل این است که در سیره عقلاء اگر دو عقد بسته شود که در مضمون به گونه ای باشند که نتوان بین هر دو جمع کرد در نزد عقلاء عقد دوم باطل است. خوب سوال این است که چرا عقلاء بالعکس عمل نکرده اند؟ چرا که تصمیمات عقلاء برای حفظ نظام است اگر قرار باشد عقد اول باطل و عقد دوم صحیح باشد این اختلال نظام حاصل می شود چرا که اگر اینطور باشد برای بطلان عقد اول، همه می روند عقد دومی را انشاء می کنند اصلاً نکته این که عقود در نزد عقلاء لازم است نه جایز نکته اش حفظ نظام است و اگر عقد جایز بود اختلال نظام حاصل می شد برای حفظ چنین نظامی می بایست عقد اول را صحیح بدانند اگر عقد دوم را صحیح می دانستند و عقد اول را باطل می دانستند، هر کس می توانست عقد سابق را به هم بزند مثلاً دیشب با زید ازدواج کرده است و از ازدواج پشیمان است الان می رود با عمر ازدواج می کند و عقد با زید می شود باطل لذا نکته اش اختلال نظام است. هر دو را باطل نمی دانند چرا که در بطلان دو عقد هم اختلال نظام حاصل می شود باز برای بطلان عقد اول می رود یک عقد دیگر می بندد و عقد اول و دوم باطل می شود، خانه را به شما فروخته است و پشیمان شده است می رود خانه را به کسی دیگر می فروشد که هر دو عقد باطل باشد. لذا نکته سیره عقلاء است حفظاً للنظام و دفعاً للاختلال.

المقام الثانی: فی قابلیة التصحیح للعقد الثانی أو عدمها.

آیا مستأجر اول می تواند به اجیر اجازه دهد که به عقد دوم عمل کند؟ می گوید لازم نمی باشد به عقد من وفاء کنی. یا اگر اجیر فسخ کرد عقد دوم تصحیح می شود یا نه؟ و سوم این که بگوییم اجیر عقد را فسخ کرد یا مستأجر فسخ کرد نیاز داریم به اجازه اجیر، اگر اجیر عقد دوم را اجازه دهد عقد دوم تصحیح می شود و اگر اجازه ندهد باطل می شود؟ این احتمالات باید بررسی شود:

الإحتمال الأول: إذا أجاز الأجير فی العمل بالعقد الثانی لا أثر له لأنه أجنبي إليه.

اما احتمال اول که مستأجر اول اجازه دهد آن درست نمی باشد چرا؟ به خاطر این که وقتی اجازه می دهد یا عقد اول باقی است یا فسخ می شود اگر عقد اول باقی است فرض این است که بر اجیر واجب است شرعا و عقلاء که به عقد اول عمل کند و اگر اذن می دهد در اینکه عمل نکند اما نمی تواند اجازه دهد که به اجاره دوم عمل بکن اجاره دوم تازه می شود مثل حالت دوم که اجیر عقد اول را فسخ کرده است اما هنوز عقد دوم را اجازه نکرده است. پس احتمال اول را باید بگذاریم کنار چرا که نسبت به عقد دوم اجنبی است.

الإحتمال الثانی و هو تصحیحها بمجرد فسخ العقد الأول: تصحیحها بمجرد الفسخ مع عدم الإمضاء غیر عقلائی.

می رویم سراغ احتمال دوم به مجرد فسخ عقد اول فرق نمی کند که از جانب مستأجر یا اجیر باشد عقد دوم می شود صحیح. این هم قابل قبول نبود این عقد دوم مشککش این بود که از جانب کسی که سلطنت و ولایت نداشت صادر شده است عقلائی نمی باشد که الان هم که سلطنت پیدا کرده است که امضاء کند و امضاء نکرده این عقد درست شود. بحث ما در جایی است که قبل از اینکه روز جمعه برسد عقد اول فسخ شده است.

الإحتمال الثالث و هو تصحيحها بإجازة الإجير الثانية:

احتمال سوم این است که آیا می تواند اجازه دهد یا خیر؟ اگر اجازه داد عقد اول تصحیح می شود یا اگر هم اجازه دهد فایده ای ندارد باید عقد مجددی را انجام دهد؟ فقهاء متوجه شده اند که عقود دو قسم است: بعضی از عقود صحیح نمی باشد اما اجازه لاحق آنها را تصحیح می کند مثل بیع فضولی که کتاب زید را به عمرو بفروشم این درست نمی باشد اما اجازه لاحق زید، آن عقد را تصحیح می کند اما بعضی عقود این طور نمی باشد مثلاً من زید را اکراه کردم که خانه اش را بفروشد بعد از رفع اکراه اجازه لاحق فایده ندارد باید عقد دوباره بسته شود یکی از موارد هم عقد سفیه و صبی است اگر سفیهی عقدی انجام داد و بعد از رفع سفاهت و صبا بت اگر امضاء کند این درست نمی باشد آیا ما نحن فیه مثل بیع فضولی است یا مثل بیع سفیه و مکره و صبی است؟ بعضی گفته اند مثل بیع فضولی است و بعضی گفته اند مثل بیع فضولی نمی باشد مثل بیع سفیه و مکره است؟ واقع این است که در ارتکاز من روشن نمی باشد که در سیره عقلاء اجازه لاحق را موثر و کافی می دانند یا خیر؟ اما ظن من این است که کافی نمی دانند لذا در اینجا بحث این است که اگر اجیر عقد دوم را اجازه داد آیا این اجازه اجیر نافذ است یا خیر؟ این برای من محل تأمل است هنوز برای من اطمینان به یک طرف حاصل نشده است در نفوذ و تأثیر اجازه یا عدم آن باید بیشتر تأمل کرد در سیره و ارتکازات عقلائی.

البته لزوماً این طور نمی باشد که عقلاء در اینجا ارتکازی داشته باشند لذا باید در اینجا احتیاط کند و عقد دوباره ای ببندد. اما اگر عقد نبندیم نمی دانم این عقد عقلائی صحیح است یا باطل است لذا نمی دانیم آثار عقد صحیح عقلائی بار می شود یا خیر. یعنی در مواردی که ارتکاز روشنی ندارند دائماً به لحاظ تکلیف احتیاطی می باشند اما اگر احتیاط نکردیم و رفتیم عقد را انجام دادیم مستحق اجرة می باشیم.

۱ وجه اشذیت اشکالا این اجاره ثانیه نسبت به من باع شیئا ثم ملک در کلام سید را باید بگوییم.

ظاهرا نکته اش این است که در بیع فضولی مقتضی برای صحت است مالک وجود دارد فقط شرطش که اجازه مالک است وجود ندارد اما در ما نحن فیه حتی مقتضی برای صحت هم موجود نمی باشد چرا که قدرت بر وفاء به عقد نمی باشد نه اینکه استناد به مالک و ولایت نمی باشد بلکه قدرت بر وفاء به عقد دوم نمی باشد چون فرض کردیم این شخص با فرض صحت عقد اول به عقد دوم عمل کند لذا این نکته در ذهن مرحوم سید بوده است که گفته است که از بیع فضولی هم مشکل تر است.

هذا تمام الکلام فی المسئلة ۱۲.

فصل ۶ [في العين المستأجرة]

لا يجوز^۱ إجارة الأرض لزرع الحنطة

أو الشعير^۲ بما يحصل منها من الحنطة

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

^۱ أي يبطل.

^۲ حنطة و شعير موضوعيت دارد که خواهیم گفت.

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

^۴ الشعير و الحنطة.

^۵ وجود اعتباری عرفی.

الضمیمة^۱ فإنها^۲ لا يجعل غیر الموجود موجودا مع أن البیع وقع علی المجموع^۳ بل للأخبار الخاصة...^۴

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

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

^۲ الضمیمة.

^۳ در حالیکه ثمار موجود نمی باشد.

^۴ فصل ۶ [فی العین المستأجرة]: ... و أما إذا أجرها بالحنطة أو الشعير في الذمة لكن بشرط الأداء منها ففي جواز إشكال والأحوط العدم لما يظهر من بعض الأخبار وإن كان يمكن حمله على الصورة الأولى ولو أجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونها منها فالأقوى جواز نعم لا یبعد کراهته و أما إيجارها بغير الحنطة و الشعير من الحبوب فلا إشكال فيه خصوصاً إذا كان في الذمة مع اشتراط كونه منها أو لا.

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

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

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

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

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

در اینجا باید در دو جهت بحث کنیم:

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

الجهة الأولى فی حکمها علی القاعده:

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

وجوه البطلان:

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

الوجه الأول: شرط صحة المعاملة وجود العوضين و الأجرة معدومة.

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

این دلیل تمام است یا خیر؟

الأشکالات النقضیة من المرحوم السید:

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

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

رد الإشکالات النقضية:

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

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

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

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

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

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

مناقشتنا فی الوجه الأول: المعاملة علی المعدوم لا یستحیل عقلا و عقلا و وقع عندهم صحیحا معلقا.

آیا این استدلال درست است یا خیر؟

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

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

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

اما اینکه می‌گوییم اگر بعدا کشف شد که عقد باطل است یا صحیح است به نحو کشف حقیقی است نه کشف حکمی اگر در عالم واقع در آن ظرف موجود باشد واقعا عقد درست است و اگر موجود نباشد واقعا باطل است و باید اجرة المثل را بدهم به نظر می‌آید که این عقد در نزد عقلاء به این صورت صحیح است.

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

الوجه الثانى للمرحوم الخوئى: لأن الشرط فى صحة العقود المعاوضية مملوكة عوضين حقيقتا أو كالحقيقة و الشئ المعدوم ليس كذلك.

مرحوم آقای خوئی: ایشان فرمودند این عقد اجاره على القاعده باطل است. چرا؟ ایشان گفتند ما عقودى داریم که به آن عقود معاوضه ای می‌گویند که ما در این عقود معاوضه ای طرفین را که مالیت دارند، معاوضه می‌کنیم یعنی دو مال را معاوضه می‌کنیم مثل بیع که متعاقدين در بیع دو مال را عوض می‌کنند مثل اجاره در اجاره متعاقدين دو مال را عوض می‌کنند مثلاً یکی منفعت را و دیگری اجرت را در قبال منفعت، می‌دهد ایشان می‌گویند در سیره عقلاء در این عقود معاوضه ای عوضین باید مملوک

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

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

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

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

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

مناقشتان:

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

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

اما اختلاف مبائی: اینها معتقد بودند که عقلاء به ما هم عقلاء سیره های مستقلى داشتند يعنى عقلاء عالم در گذشته و حال و آينده سيره هاى دارند و اين عقلاء گفته اند در صحت عقد مملوكيت عوضين شرط است اين مطلب را از اساس قبول نكرديم گفتيم عقلاء بما هم عقلاء در باب معاملات سيره و سلوكى ندارد و تابع اعراف خاصه مى باشند و هر چه را عرف خاص صحيح دانستند اينها هم صحيح مى دانند و اگر باطل دانستند اينها هم باطل مى دانند و اصلا سيره مستقلى ندارند الا در موارد نادر كه امضاء نمى كنند مثل نكاح اگر مجوسى با محارم ازدواج كرد اين عقد صحيح است عقلا تا به خلاف عقد مسيحى با محارم چرا كه در عرف مسيحيت عقد با محارم باطل است و در عرف مجوسيت عقد با محارم صحيح است. اصلا ما دنبال سيره عقلايى نمى باشيم

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

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

این اختلاف مبائی ما با ایشان است.

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

مسئله بيع ثمار است ایشان قائلند بيع ثمار عند العقلاء باطل است و شارع تعبدا تصحيح کرده است ما گفتیم عقد صحيحی است عند العقلاء نهایتا شارع قيد زده است باید دو سال باشد و اگر یکسال باشد باید ضمیمه باشد مثلا این کتاب را با میوه های یکساله این درخت بفروشد. حتی اگر این ضمیمه یا این دخل و تصرف شارع را عرف قبول نکرد و در عرف، بيع بدون ضمیمه یکسال میوه صحيح بود ما می گوئیم عقلائي این عقد صحيح است.

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

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

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

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

الوجه الثالث: أن هذا الإجارة باطلة للغرر.

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

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

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

^۱ تابعین و مقلدین که گفتیم یعنی نظر مرجع را قبول کرده اند و یک نفر مقلد عرف نمی‌سازد باید به عدد معتنا بهی برسد که عرف تشکیل دهند و این خودش خیلی شبهه معنائیه دارد به خصوص زمانیکه یک شخص در مسائل مختلف از فقهاء مختلفی تقلید می‌کند این باعث می‌شود که عرف شکل نگیرد. (ت ب ک اج اس مد هم جلس)

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

لذا تا اینجا دلیل محکمی بر بطلان نداریم.

مختارنا: نستظهر من العرف صحة هذه المعاملة استظهاراً ظنياً قوياً.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

هذا تمام الكلام في الجهة الأولى.

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

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

الجهة الثانية: في حكمها عند الروايات.

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

الرواية الأولى، رواية فضيل بن يسار:

روایت اول از فضیل بن یسار است:

٢٤١٣٩-٥-٢ و عَنْ عَلِيٍّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ صَالِحِ بْنِ السَّنْدِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ بِشِيرٍ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرِ عَنْ الْفُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَنْ إِجَارَةِ الْأَرْضِ بِالطَّعَامِ قَالَ: إِنْ كَانَ مِنْ طَعَامِهَا فَلَا خَيْرَ فِيهِ.^٣

البحث عن الرواية:

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

^١ چهارشنبه ۹۷/۱۰/۱۲.

^٢ (١) - الكافي ٥ - ٢٦٥ - ٦.

^٣ وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ٥٥، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

البحث السندی: فی الروایة «صالح بن سندی» و کل صالح طالح.

در سند صالح بن سندی آمده است که توثیق خاصی ندارد و ضعف این روایت از ناحیه این شخص می باشد بد نیست به یک نکته رجالی اشاره کنم افرادی که اسم اینها «صالح» است نسبتاً زیاد هستند و از باب اتفاق هیچ یک توثیق خاص ندارند فقط دو سه نفر از اینها است که گفته شده است که توثیقات عامی دارند مثلاً که یکی در اسناد کامل الزیارة است یا یکی دیگر اینکه صفوان از او نقل روایت کرده است یا ابن ابی عمیر از او نقل روایت کرده است که اگر آن توثیقات عام را کسی نپذیرفت که ما هم نپذیرفتیم تمام روایاتی که در آن صالح باشد صحیح نمی باشد لذا تمام روایاتی که شامل صالح است آن روایت سندا ضعیف است. لذا معروف شده است: «کل صالح طالح» هر صالحی ضعیف است لذا این هم نکته ای است که می توان خیلی از روایات را به خاطر وجود صالح در روایت متوجه ضعف سندش شد.

اما این ضعف سند باعث نمی شود که روایات را نادیده بگیریم چرا که اگر دلالتش درست باشد می تواند با روایت دیگر استفاضه بسازد. لذا به صرف ضعف نمی توان روایت را رد کرد.

البحث الدلالي: فی الروایة معنیان:

در روایت دارد: «إِنْ كَانَ مِنْ طَعَامِهَا فَلَا خَيْرَ فِيهِ.» در این روایت دو معنا احتمال

می رود:

المعنى الأول: لا حاصل له.

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

المعنى الثانى مختار المرحوم الخوئى: دالة على الفساد لأنها معلومة الخير.

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

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

مناقشة فی کلامه علیه السلام: أن الإجارة فی الرواية بمعنى الإيجار لا الإستئجار.

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

الرواية الثانية، موثقة ابی بصیر:

روایت دوم: موثقه ابی بصیر است:

۲۴۱۳۶-۲-۱ و عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بصيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: لَا تُؤَاجِرُ الْأَرْضَ بِالْحِنْطَةِ وَلَا بِالشَّعِيرِ وَلَا بِالتَّمْرِ وَلَا بِالْأَرْبَعَاءِ^۲ وَلَا بِالنُّطَافِ وَلَا لَكِنْ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِأَنَّ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ مَضْمُونٌ وَ هَذَا لَيْسَ بِمَضْمُونٍ^۳.

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

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

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

^۱ (۱) - الکافي ۵ - ۲۶۴ - ۱.

^۲ (۲) - الربيع - النهر الصغير و الأربعاء جمعه (النهاية ۲ - ۱۸۸).

^۳ وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۵۴، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

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

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

لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالتَّمْرِ وَلَا بِالْحِنْطَةِ وَلَا بِالشَّعِيرِ وَلَا بِالْأَرْبَعَاءِ وَلَا بِالنِّطَافِ قُلْتُ وَمَا الْأَرْبَعَاءُ قَالَ الشَّرْبُ وَالنِّطَافُ فَضْلُ الْمَاءِ وَلَكِنْ تَقْبَلُهَا بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالنِّصْفِ وَالثُّلْثِ وَالرُّبْعِ^۱.

وَالنِّصْفِ وَالثُّلْثِ وَالرُّبْعِ یعنی اجرة را نصف یا ثلث یا ربع قرار بده. به قرینه مقابله، مشخص می شود که اجاره در صدر روایت در معین بوده است و اینجا مراد اجاره در کسر مشاع است.

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

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

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

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

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

این روایت سندش خوب است اما معلوم نمی باشد که روایت چه می خواهد بگوید اجاره یا مزارعه.

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

الرواية الثالثة معتبرة أبي المغراء:

روایت سوم معتبر ابی المغراء است:

۲۴۱۴۱-۷-۲ و بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ قَالَ: سَأَلَ يَعْقُوبُ الْأَحْمَرُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ وَ أَنَا حَاضِرٌ فَقَالَ أَصْلَحَكَ اللَّهُ إِنَّهُ كَانَ لِي أَخٌ قَدْ هَلَكَ وَ تَرَكَ فِي حَجْرِي يَتِيمًا وَ لِي أَخٌ يَلِي ضِيْعَةً^۳ لَنَا وَ هُوَ يَبِيعُ الْعَصِيرَ مِمَّنْ يَصْنَعُهُ خَمْرًا وَ يُؤَاجِرُ الْأَرْضَ بِالطَّعَامِ فَأَمَّا مَا يُصِيبُنِي فَقَدْ تَنَزَّهْتُ^۴ فَكَيْفَ أَصْنَعُ بِنَصِيبِ الْيَتِيمِ فَقَالَ أَمَّا إِجَارَةُ الْأَرْضِ بِالطَّعَامِ فَلَا تَأْخُذْ نَصِيبَ الْيَتِيمِ مِنْهُ إِلَّا أَنْ تُؤَاجِرَهَا بِالرُّبْعِ وَ الثُّلُثِ وَ النِّصْفِ الْحَدِيثَ^۵.

بالربع و الثلث و النصف یعنی به کسر مشاع اجاره داده شود.

وجه الدلالة: نهی الإمام من أخذ مال الیتیم منه دل علی بطلان الإجارة:

این روایت سندش تمام است انما الکلام در نهی امام علیه السلام است امام علیه السلام فرمودند: « فَلَا تَأْخُذْ نَصِيبَ الْيَتِيمِ مِنْهُ » اینکه فرمودند نصیب یتیم را از آن انتخاب نکن یعنی اجاره باطل است.

مناقشة: أن العقد بالمشاع دل أنها مزارعة لا الإجارة.

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

^۱ سه شنبه ۹۷/۱۰/۱۸.

^۲ (۴) - التهذيب ۷ - ۱۹۶ - ۸۶۶، و أورد ذيله في الحديث ۷ من الباب ۵۹ من أبواب ما يكتسب به.

^۳ ملک برای کشاورزی.

^۴ نصيب خود را ظاهر می کنم یا مراد این است که در زندگی صرف نمی کنم مثلا صدقه می دهم یا مثلا رد مظالم می دهم.

^۵ وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۵۵، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

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

الرواية الرابعة، رواية ابي بُردة:

روایت ابی برده:

۲۴۱۴۳- ۹- ۱ و بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ

عَنْ أَبِي بُرْدَةَ قَالَ:

سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ إِجَارَةِ الْأَرْضِ الْمَحْدُودَةِ^۱ بِالْدَّرَاهِمِ الْمَعْلُومَةِ قَالَ لَا بَأْسَ
قَالَ وَ سَأَلْتُهُ عَنْ إِجَارَتِهَا بِالطَّعَامِ فَقَالَ إِنْ كَانَ مِنْ طَعَامِهَا فَلَا خَيْرَ فِيهِ.^۲

گفته شده است که طعام در زمان معصومین علیهم السلام به معنای حنطه و شعریر بوده است.

^۱ (۱) - التهذيب ۷ - ۲۰۹ - ۹۱۷.

^۲ (۲) - في نسخة - المخابرة، وفي الصحاح هي - المزارعة (هامش المخطوط).

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

مناقشة فيها:

سندا: لا توثيق لـ «أبي بردة».

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

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

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

الرواية الخامسة: ما نقله الصدوق رحمته الله في العلل:

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

۲۴۱۴۵ - ۱۱ - ۱^۱ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي الْعِلَلِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ الصَّفَّارِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مَرَّارٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ وَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ أَنَّهُمَا سُئِلَا مَا الْعِلَّةُ الَّتِي مِنْ أَجْلِهَا لَا يَجُوزُ أَنْ تُؤَاجَرَ الْأَرْضُ بِالطَّعَامِ وَ تُؤَاجَرُهَا بِالذَّهَبِ وَ الْفِضَّةِ قَالَ الْعِلَّةُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الَّذِي يَخْرُجُ مِنْهَا حِنْطَةٌ وَ شَعِيرٌ وَ لَا تَجُوزُ إِجَارَةُ حِنْطَةٍ بِحِنْطَةٍ وَ لَا شَعِيرٍ بِشَعِيرٍ.^۲

این روایت یک بحث سندی دارد و یک بحث دلالتی:

^۱ (۴) - علل الشرائع - ۵۱۸ - ۱.

^۲ وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۵۶، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

الإشكال السندی فیها: لا توثیق خاص لإسماعیل بن المرار و التوثیق العام لیس بتمام.

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

اولا اصلا ثابت نمی باشد این تفسیر علی بن ابراهیم علیه السلام مال خود علی بن ابراهیم باشد بعضی از علماء تردید کرده اند که مال این شخص است. یعنی در صحت استناد این کتاب به علی تردید کرده اند.

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

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

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

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

الاشکال الدلّالی: لا معنی محصل للروایة و نرد علمها إلی أهلها.

گفته شده است که آنجا که امام علیه السلام فرمودند: «لَا تَجُوزُ إِجَارَةُ حَنْطَةٍ بِحَنْطَةٍ وَلَا شَعِيرٍ

بِشَعِيرٍ» خوب این که اجاره حنطه به حنطه نمی باشد بلکه ما زمین را اجاره می دهیم،

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

لذا سند و دلالتا تمام نمی باشد.

الرواية السادسة صحيحة الحلبي:

روایت ششم صحیح حلبی است:

۲۴۱۳۷-۳-۱ و عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ

ابنِ مُسْكَانَ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالْحِنْطَةِ ثُمَّ تَزْرَعُهَا حِنْطَةً.^۲

البحث عنها: الرواية صحيحة ولكن لا تدل على محل النزاع و أنها ناظر الى الذي لا يكون موردها الحنطة الحاصلة.

مشکل سندی ندارد بلکه مشکل دلالتی دارد و آن اینکه امام علیه السلام که فرمودند ثم تزرعها حنطه مشخص است که این حنطه غیر حنطه این زمین است مال جایی است که اجرة، حنطه ی غیر حاصل است حال یا کلی در ذمه است یا شخصی فی الخارج و این اجنبی از بحث ماست. «ثم» در «ثم تزرعها» اشعار دارد که بعد تصمیم می گیرد که حنطه بکارد یعنی قصد و تصمیم نداشته است که حنطه بکار بلکه یکدفعه بدون تصمیم قبلی این طور پیش آمده است که اینکار را بکنی و حنطه بکاری و الا اصلا مورد اجاره کشت

۱ (۴) - الكافي ۵ - ۲۶۵ - ۳.

۲ وسائل الشيعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۵۴، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

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

وظيفة المستأجر فيما لم يكن حاصلًا للأرض إن نقل بصحتها:

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

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

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

نکته:

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

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

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

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

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

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

۱...و أما إذا أجرها بالحنطة أو الشعير في الذمة

لكن بشرط الأداء منها ففي جوازه^۲ إشكال و الأحوط العدم لما يظهر من بعض الأخبار^۳ و إن كان يمكن حمله^۴ على الصورة الأولى و لو أجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونهما منها^۵ فالأقوى جوازه نعم لا يبعد كراهته...^۶

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

سید می فرمایند دو صورت دارد:

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

۱ فصل ۶ [في العين المستأجرة]: لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير بما يحصل منها من الحنطة أو الشعير لا لما قيل من عدم كون مال الإجارة موجودا حينئذ لا في الخارج و لا في الذمة و من هنا يظهر عدم جواز إجارتها بما يحصل منها و لو من غير الحنطة و الشعير بل عدم جوازها بما يحصل من أرض أخرى أيضا لمنع ذلك فإنهما في نظر العرف و اعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة و هذا المقدار كاف في الصحة نظير بيع الثمار سنتين أو مع ضم الضميمة فإنها لا يجعل غير الموجود موجودا مع أن البيع وقع على المجموع بل للأخبار الخاصة ...

۲ جواز ایجار که مراد جواز وضعی مراد است که صحت مراد باشد.

۳ روایت پنجم که امام فرمودند: « لَا تَجُوزُ إِجَارَةُ حِنْطَةٍ بِحِنْطَةٍ وَلَا شَعِيرٍ بِشَعِيرٍ ».

۴ حمل آن بعض اخبار.

۵ الارض.

۶ فصل ۶ [في العين المستأجرة]: ... و أما إجارتها بغير الحنطة و الشعير من الحبوب فلا إشكال فيه خصوصا إذا كان في الذمة مع اشتراط كونه منها أو لا.

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

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

سید در مورد اول احتیاط می کند و می گوید علی الاحوط باطل است و در صورت دوم می گویند صحیح است اما علی وجه الکراهة.

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

این متن سید.

البحث عن المسئلة في الفرعين:

این دو فرع را به لحاظ تکلیفی بررسی کنیم:

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

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

« لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالْحِنْطَةِ ثُمَّ تَزْرَعُهَا حِنْطَةً. »^۱

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

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

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

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

اگر شرط به قید بر نگردد که ما از این گروه هستیم یعنی اجرت صد من گندم فی الذمه است اما شرط فعل است که تطبیق بر این گندم حاصل از زمین شود اگر شرط متعذر شد و نتوانست عمل کند چون زمین حاصلی نداشت خوب باید به عقد وفاء کند و باید از جای دیگر بدهد نتیجه تعذر از عمل به شرط این است که جناب مالک حق فسخ معامله را دارد و بعد از فسخ، اجرة المثل این زمین را از جناب مستأجر می گیرد که ممکن است معادل صد من گندم یا کمتر یا بیشتر باشد. پس اجاره داد به صد من گندم فی الذمه به شرطی که آن صد من را از حاصل زمین اداء کند. مسئله اول این است که این عقد صحیح است چرا که در بحث ما فی الذمه می آید که اگر متعذر شد، عقد باطل نمی باشد و در ما نحن فیه حتی اگر گفتیم در سیره &&& باطل است اینجا می گوئیم درست است اما به حسب نصوص ما دلیلی بر بطلان به حاصل ارض نداشتیم چه برسد به ذمه. خوب حالا اگر متعذر شد اگر به قید بر گشت مثل مرحوم آقای خوئی که شرط را به قید بر می گرداند معنایش این است که اجرت فردی ندارد تبدیل می شود به بدل که یا مثل یا قیمت است و اما اگر شرط به قید برنگشت و شرط متعذر شد وفاء به عقد واجب است و وفاء به شرط دیگر واجب نمی باشد وفاء به عقد واجب است چرا که ممکن است و وفاء به شرط واجب نمی باشد چرا که وفاء به شرط متعذر است و مالک می تواند اجاره را فسخ کند و اجرة المثل را از مستأجر مطالبه کند.

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

معامله یک فعل است و شارع می تواند یک معامله را جعل کراهت کند. در صحت و بطلان گفتیم که ما عقلائی هستیم اما در احکام تکلیفی تابع شرع می باشیم. کما اینکه نظر رایج بین علماء ما این است که قرض ربوی قرضٌ حرامٌ و لکن صحیح است.

۱... و أما إجارتها بغير الحنطة و الشعير من الحبوب

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

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

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

^۱ سه شنبه ۹۷/۱۰/۲۵.

فصل ۶ [في العين المستأجرة]: لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير بما يحصل منها من الحنطة أو الشعير لا لما قيل من عدم كون مال الإجارة موجودا حينئذ لا في الخارج ولا في الذمة و من هنا يظهر عدم جواز إجارتها بما يحصل منها و لو من غير الحنطة و الشعير بل عدم جوازها بما يحصل من أرض أخرى أيضا لمنع ذلك فإنهما في نظر العرف و اعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة و هذا المقدار كاف في الصحة نظير بيع الثمار سنتين أو مع ضم الضميمة فإنها لا يجعل غير الموجود موجودا مع أن البيع وقع على المجموع بل للأخبار الخاصة و أما إذا آجرها بالحنطة أو الشعير في الذمة لكن بشرط الأداء منها ففي جوازه إشكال و الأحوط العدم لما يظهر من بعض الأخبار و إن كان يمكن حمله على الصورة الأولى و لو آجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونها منها فالأقوى جوازه نعم لا يبعد كراهته ...

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

مسألة ۱ :

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

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

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

قسم سوم:

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

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

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

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

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

لا بأس بإجارة حصة من أرض معينة مشاعة

كما لا بأس بإجارة حصة منها على وجه الكلي في المعين مع مشاهدتها

على وجه يرتفع به الغرر

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

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

لذا غرر مشکلی ندارد.

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

و أما إجارتها على وجه الكلي في الذمة

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

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

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

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

مسألة ۲: يجوز استیجار الأرض لتعمل مسجداً

لأنه منفعة محللة

و هل یثبت لها آثار المسجد من حرمة التلویت و دخول الجنب و الحائض
و نحو ذلك قولان أقواهما العدم نعم إذا كان قصده عنوان المسجدية لا
مجرد الصلاة فيه و كانت المدة طويلة كمائة سنة أو أزيد لا یبعد ذلك^۱
لصدق المسجد علیه حينئذ.

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

شرح المسئلة فی جهتين:

خوب حالا برویم دنبال شرح:

^۱ چهارشنبه ۹۷/۱۰/۲۶.

^۲ احکام مسجد.

اگر اجاره می کنیم برای نمازخانه و مصلی این معلوم است که این اجاره صحیح است به هر مقداری که باشد به جهت اینکه عقدی است که در آن محذوری نمی باشد.

اما اگر مکانی را اجاره می کند که می خواهد مسجد قرار دهد سید تفصیل داد گفت اگر مدت اجاره صد سال یا بیشتر باشد این مسجد است چرا که اگر صد ساله اجاره دهد این مفهوم عرفی مسجد بر این صدق می کند. ضمناً در مدت اجاره لازم نمی باشد که به اندازه عمر یک طرف باشد سیره دلیل ماست اوفوا بالعقود این عقد را می گیرد و اگر مالک مرد این زمین مسلوب المنفعة به ورثه انتقال پیدا می کند.

اما اگر کمتر باشد سید سکوت کرده اند یا فتوا می دهند به بطلان یا احتیاط می کند اما در مدت زیاد احتیاط نکردند. خوب باید دو بحث از هم تفکیک شود:

یک اینکه آیا می شود زمینی را به صورت اجاره، مسجد قرار داد و لو زمان طولانی باشد

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

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

الجهة الأولى: فی صحة جعل الأرض المستأجرة مسجداً.

عنایت کنید در جهت اول بحث می کنیم که آیا می توانیم زمین اجاره ای را و لو اجاره هم طولانی است مثلاً صد سال، مسجد قرار دهیم؟ آیا من می توانم آن زمین را مسجد قرار دهم که به مدت طولانی مسجد باشد. این کلماتی که در مورد مسجد می گوئیم در مورد سایر موقوفات هم می آید.

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

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

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

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

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

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

^۱ سه شنبه ۹۷/۱۱/۰۹.

مالک است شخصیت حقوقی اصلا قابلیت تصرف را ندارد اصلا معنا ندارد که غیر قاصر باشد. در نزد عقلاء در غیر قاصر، باید رشید باشد و اگر گفتیم بلوغ معتبر است یعنی شرعا معتبر است نه عقلا و اگر در عقلاء هم گفتیم معتبر باشد به تبع اعتبار شرع است. نه اینکه خود عقلاء بلوغ را معتبر می دانند و لو شرع معتبر نداند.

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

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

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

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

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

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

۱ الجن ، الجزء ۲۹ ، الصفحة: ۵۷۳ ، الآية: ۱۸

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

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

دقت کنید این دو فرض دارد:

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

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

مسألة ۳: يجوز^۲ استیجار الدراهم

و الدنانیر^۳ للزينة

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

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

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

^۱ چهارشنبه ۹۷/۱۱/۱۰.

^۲ يجوز وضعی است یعنی یصح.

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

^۴ مثل جلب اعتماد خانواده.

^۵ چون یکی از مقومات اجاره این است که باید عین متسأجره باقی ماند.

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

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

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

حکم المسئلة عندنا: هذا متوقف على مبائنا و نذكرها تحت أمور:

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

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

الأمر الأول: يقسم المشهور المعاملات بالشرعية و العرفية و العقلانية و أولى هي الملاك و نحن نقول بالعقلانية فقط.

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

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

الأمر الثاني: سلوك المشهور في إثبات المعاملة الشرعية طريقان:

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

الطريقة الأولى: وجود الدليل اللفظي.

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

الطريقة الثانية الرائجة: امضاء الشارع السلوك المعاملی العقلانی.

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

مناقشة: ليس للعقلاء سلوك عقلائی فی المعاملات بل هم تابع للأعراف الخاصة غالباً.

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

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

شود این عقد در عرف «الف» در نزد عقلاء جایز است اما اگر این عقد در نزد عرف «ب» عقد لازمی باشد در نزد عقلاء هم این عقد اگر صادر شود از فردی از افراد عرف «ب»، عقلاً عقدی است لازم. در مواردی که عقلاء عقدی عرفی را امضاء نمی کنند، لذا دیگر آثار شرعی آن عقد بر آن بار نمی شود چرا که وقتی امضاء نکردند عقد می شود باطل خوب وقتی عقد باطل شد، دلیل «اوفوا بالعقود» این را نمی گیرد چرا که گفتیم «عقودی» که در دلیل آمده است مراد عقد عرفی است و عقد عرفی یعنی عقد صحیح عند العقلاء. نقش عقلاء امضاء و عدم امضاء است که در اکثر اوقات امضاء می کنند اما دستگاهی عقلانی در معاملات ندارند. بله عقلاء در این امضاء و عدم امضاء ضابطه دارند اما اسم این ضابطه را دستگاه نمی گذارند. مثلاً رقیّت را در این زمان امضاء نمی کنند بله در یک عصری امضاء می کردند اما در این عصر امضاء نمی کنند.

این فرق ما با علماء است ما گفتیم دستگاهی به نام دستگاه عقلانی نداریم لذا وقتی می گوئید این عقد صحیح است یا خیر باطل است باید بگوئید از کدام عرف صحبت می کنید اگر در عرف مسلمین صحیح باشد عقلاء امضاء می کنند و اگر باطل باشد عقلاء باز این بطلان را امضاء می کنند.

^۱ پس نکته اول این بود که فقهاء در معاملات سه دستگاهی هستند عرفی و عقلانی و شرعی و مراد آنها از عرفی ظاهراً عرف خاص می باشد و ما گفتیم ما عقلانی هستیم که عقلاء هم تابع عرف خاص می باشند و در دایره آن عرف دائماً امضائی می باشند.

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

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

الأمر الثالث: ما الملاك فى صحة الإجارة؟

امر سوم در شروط صحت يك اجاره است.

عند المشهور: لابد أن تكون محللة و عقلانية.

در نزد مشهور منفعتى كه اجاره مى كنيم بايد آن منفعت دو خصوصيت داشته باشد يكى اينكه منفعت عقلائى باشد و ديگر اين كه استيفاء منفعت حلال باشد مثلاً كسى ماشين كسى را براى حمل و نقل خمر اجاره مى كند حمل و نقل خمر در شريعت حرام است اين منفعت محرم است پس اجاره هم باطل است يا گاهى اوقات منفعت عقلائى نمى باشد مثلاً ماشينى دارد مى گويد كه ماشين را اجاره مى كنم كه بگذارم داخل خانه و به آن نگاه بكنم و لذت ببرم اين منفعت عقلائى نمى باشد منفعت ماشين عند العقلاء لذت بردن به نگاه نمى باشد بلكه براى جابه جايى است لذا اين منفعت عقلائى نمى باشد لذا اين اجاره باطل است. پس بنا بر اين معروف بين علماء ما اين است كه در باب اجاره اولاً آن منفعت بايد محلل باشد نه محرم و ثانياً بايد آن منفعت عقلائى باشد نه غير عقلائى.

عندنا:

اين را دقت كنيد ببينيم اين دو شرطى كه اينها گفته اند در نزد ما تمام است يا خير؟

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

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

من اجاره بدهید برای بیع خمر آیا اگر ما مغازه همینطوری واگذار کنیم برای بیع خمر اصلا اجاره هم ندهیم این واگذاری حرام است یا حلال؟ حرام است واگذاری مغازه برای بیع خمر شرعا حرام است وقتی در عرف مسلمین ممنوع است و در نزد شرع ممنوع است، عقدش هم باطل است این را توضیح دادیم هرگاه وفاء به عقد یعنی تسلیم اگر عرفا یا شرعا یا عقلا یا قانونا ممنوع باشد عقد باطل است عقلا. پس اگر مراد از منفعت محله این است این درست است هر کجا وفاء به عقد ممنوع است این عقد عقلا باطل است.

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

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

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

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

ان قلت:

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

قلت:

این مصداق اعانه بر اثم نمی باشد اما مصداق اعانه بر ظلم و اعانة الظالم می باشد. بله اگر بگویند که بده تا دیگری را بکشم این هم مصداق اعانة بر اثم و هم مصداق اعانه الظالم است. در اعانه بر اثم یک نحوه از تقصد افتاده است لذا اگر گفت این مغازه را بده برای خمر فروشی این می شود مصداق اعانه بر اثم و اگر برای کسب اجاره دهد و می داند که خمر می فروشد این مصداق اعانه بر اثم نمی باشد. مثلاً زن می آید آرایشگاه و شخص آرایش کننده می داند که این شخص به بیرون می رود برای معصیت

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

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

أما كون المنفعة عقلانية:

اما اینکه گفتند که مقصود عند العقلاء باشد:

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

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

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

ان قلت:

عرف می گوید که تو پول خود را دور ریختی.

قلت:

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

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

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

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

و دیگران اصلاً یک تومان هم نمی‌خرند چون نه پدر ایشان قیافه دارد و نه شخصیت برجسته‌ای است و نه ... اما این معامله عقلانی است و غرض عقلانی دارد چرا که اگر دیگران جای این شخص بودند این کار را می‌کردند. پس مراد از عقلاء این نمی‌باشد که اقدام می‌کنند خیر بلکه اگر جای این شخص باشند این اقدام را می‌کنند. در این مثال عکس اگر عقلاء پول نمی‌دهند چون این صاحب عکس، پدر دیگران نمی‌باشد و پدر این شخص است فقط. اگر پدر همه عقلاء بود عقلاء هم این کار می‌کردند. مثال پز دادن در جایی است که لذت نمی‌برد بلکه برای نفس پز دادن است اگر از این پز دادن لذت می‌برد این هم عقلانی می‌شود.

کسانی که قائل به بطلان معامله سفهی شدند قائلیم که التفات نداشته‌اند و اشتباه کرده‌اند بین معامله سفهی و معامله سفیه و الا سلطنت بر مال را قبول داشته‌اند نهایتاً گفته‌اند که در نزد عقلاء این معامله باطل است و این سلطنت محدودیت دارد.

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

الأمر الرابع: في إعتبار المالية في العقود المالية؟

ما عقودی داریم که اصطلاحاً عقود مالی می‌گویند که در آن مالی انتقال پیدا می‌کند از ملک کسی خارج می‌شود و به ملک دیگری داخل می‌شود مثل عقد اجاره و عقد بیع و عقد صلح و امثال اینها.

عند المشهور: تعتبر المالية.

عقودهایی که در آن مالی جا به جا می‌شود در این عقود مالی مشهور قائلند که عوضین باید مالیت داشته باشند. مالیت عبارت است از خصوصیتی که «ببذل بازائه مال» عقلاء در ازاء آن مالی بذل می‌کنند لذا گفتند اگر عقدی باشد که عوضین یا احد

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

قول المرحوم الخوئی: لا تعتبر للسيرة العقلانية.

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

تعليقة على القول المرحوم السيد الخوئی: نوافقه في عدم الإعتبار و لكن لا للسيرة بل للعرف الخاص لنا.

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

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

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

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

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

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

بعد از این صحبتها تطبیق بر ما نحن فیه:

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

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

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

مسألة ۴: يجوز استیجار الشجر

لفائدة الاستئصال و نحوه

کربط الدابة به أو نشر الثياب عليه.

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

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

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

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

نکته دوم:

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

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

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

مسألة ۵: يجوز استیجار البستان لفائدة التنزه

لأنه منفعة محللة عقلائية.

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

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

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

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

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

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

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

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

مسئله ۶:

این مسئله ۶ مسئله ای است که سید به مناسبت وارد شده است در استیجار برای حیازه و به مناسبت، بحث حیازه را مطرح کرده است و فقهاء هم در شرح این مسئله وارد مبحث حیازه شده اند وقتی وارد حیازه شدند بعضی از قواعد حیازه را هم به مناسبت مطرح کردند لذا این مسئله حیازه بسیار مسئله سیال و پرفائده ای است چرا که مجموعه ای از مسائل در ذیل این مسئله مطرح می شود.

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

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

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

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

۱. سید می گوید احتمال اول این است که حیازه مملک قهری است یعنی

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

۲. احتمال و قول دوم این است که حیازه وقتی مملک است که قصد بکنی یعنی

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

۳. اما احتمال سوم این است که حیازه مملک قهری می باشد برای هر کسی که

حیازت کرد لذا نظریه اول رفت و اینطور هم نمی باشد که برای هر کسی

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

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

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

۱... يجوز الاستيجار لحيازة المباحات

کالاحتطاب^۲ و الاحتشاش و الاستقاء^۳

فلو استأجر من يحمل الماء له من الشط مثلاً ملك ذلك الماء بمجرد
حيازة السقاء فلو أتلّفه متلف قبل الإيصال إلى المستأجر ضمن قيمته له و كذا
في حيازة الحطب و الحشيش نعم لو قصد الموجد كون المحوز^۴ لنفسه
فيحتمل القول بكونه^۵ له^۶ و يكون ضامناً للمستأجر عوض ما فوته عليه من
المنفعة^۷ خصوصاً إذا كان الموجد آجر نفسه على وجه يكون تمام منفعه

۱ چهارشنبه ۹۷/۱۲/۰۱

۲ احتطاب یعنی حيازه هیزم، برود و از جنگل برای او هیزم ها را جمع و حيازه کند این غیر این است که هیزمها را خودش حيازه کند و دیگری را اجیر کند برای آوردن آن هیزمهای حيازه شده.

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

۴ شیء حيازه شده.

۵ المحوز.

۶ الاجیر.

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

في اليوم الفلاني للمستأجر أو يكون منفعته من حيث الحيازة له^۱ و ذلك^۲
لاعتبار النية في التملك بالحيازة و المفروض أنه^۳ لم يقصد كونه^۴
للمستأجر بل قصد نفسه و يحتمل القول بكونه للمستأجر لأن المفروض أن

۱ در اجاره اعمال گفتیم اجیر دو جور می تواند اجاره ببندد:

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

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

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

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

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

۳ الحائز.

۴ المحوز.

منفعته^۱ من طرف الحیازة له فیکون نية کونه^۲ لنفسه لغوا^۳ و المسألة مبنية على أن الحیازة من الأسباب القهرية لتملك الحائز^۴ و لو قصد الغير و لازمه عدم صحة الاستیجار لها^۵ أو^۶ يعتبر فيها نية التملك^۷ و دائرة مدارها و

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

^۲ الاجیر و الحائز.

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

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

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

^۶ چرا که نمی تواند برای مستأجر حیازت کند.

^۷ سه شنبه ۹۷/۱۲/۰۷.

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

لازمه صحة الإجارة و كون المحوز لنفسه إذا قصد نفسه وإن^١ كان أجير
الغير و أيضا لازمه عدم حصول الملكية له^٢ إذا قصد كونه^٣ للغير^٤ من دون
أن يكون أجيرا له^٥ أو وكيلا عنه^٦ و بقاءه^٧ على الإباحة إلا إذا قصد بعد
ذلك^٨ كونه له^٩ بناء على عدم جريان التبرع في حيازة المباحات و السبق إلى

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

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

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

تا اینجا با دو قول آشنا شدیم یکی مملکت قهری و مملکت بالقصد.

١ ان وصليه.

٢ الحائز.

٣ المحوز

٤ متبرع عليه من اجير زيد نمی باشیم اما ماهی را برای زید گرفتیم.

٥ الغير.

٦ الغير.

٧ المحوز. بقاءه عطف است بر عدم حصول الملكية.

٨ الحيازة.

٩ نفسه که حائز باشد.

المشترکات^۱ وإن كان لا یبعد جریانه^۲ أو أنها^۳ من الأسباب القهرية لمن له تلك المنفعة^۴ - فإن لم یکن أجیرا یكون له^۵ وإن قصد الغير فضولا فیملك بمجرد قصد الحیازة وإن كان أجیرا للغير یكون لذلك الغير قهرا وإن قصد نفسه أو قصد غیر ذلك الغير^۶ و الظاهر عدم كونها من الأسباب القهرية مطلقا^۷ فالوجه الأول غیر صحیح و یبقى الإشکال فی ترجیح أحد الآخرین و لا بد من التأمل.^۸

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

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

^۳ الحیازة.

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

^۵ الحائز.

^۶ ذلك الغير یعنی غیری که در عبارت قبلی گفتیم که مستأجر بود پس غیر ذلک الغير یعنی غیر مستأجر.

^۷ مطلقا یعنی چه صاحب منفعت باشد چه نباشد.

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

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

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

شرح المسئلة:

در جهاتی بحث می کنیم:

الجهة الأولى في ملكية الحيازة:

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

قول المرحوم الخوئي: الحيازة مُملَكة مطلقاً لرواية واحدة:

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

۲۹۸۲۴- ۱- ۱ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع قَالَ: فِي رَجُلٍ أَبْصَرَ طَيْراً فَتَبِعَهُ حَتَّى وَقَعَ عَلَى شَجَرَةٍ فَجَاءَ رَجُلٌ فَأَخَذَهُ فَقَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع لِلْعَيْنِ مَا رَأَتْ وَ لِلْيَدِ مَا أَخَذَتْ.

و رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ^{۳، ۲}.

۱ (۴) - الكافي ۶ - ۲۲۳ - ۶، و أورده عن الفقيه في الحديث ۲ من الباب ۱۵ من أبواب اللقطة.

۲ (۵) - التهذيب ۹ - ۶۱ - ۲۵۷.

۳ وسائل الشيعة ؛ ج ۲۳ ؛ ص ۳۹۱، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

قول امیر المومنین علی (ع): «لِلْعَيْنِ مَا رَأَتْ وَ لِلْيَدِ مَا أَخَذَتْ» یعنی نصیب چشم همان است که دید و نصیب دست آنی است که گرفت یعنی مال شخصی است که گرفته است.

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

مناقشات ثلاثة:

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

الإشكال الأول: الإشكال السندی و هو ضعف السكونی.

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

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

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

لذا اگر احتمال بدهیم که بلوغ در مملکت حیازه شرط است به این روایت دیگر نمی توانیم استدلال کنیم. لذا نهایتا دال بر این است که حیازه جزء السبب است و بحث در این است که حیازه سبب تامه ملکیت است.

الإشكال الثالث، إشكال دلالي أيضاً: أن الرواية في مورد الصيد الذي لا يعتبر فيها الحيابة.

اشكال سوم يك اشكال دلالي ديگر است كه دال بر مملكت في الجملة هم نمي باشد چرا؟ چون به جهت اينكه اين موردش صيد است صيد يك خصوصيتي در آن است كه حتى لازم نمي باشد حيازة كنيد همينكه از حركت بياندازيد مي شويد مالك مثلاً چوبي به سر حيوان بزنيد يا تيري بزنيد و لو حيازة نكرده باشيد يعني استيلاء نداشته باشيد سنگ زدن و تير زدن ديگر استيلاء نمي باشد سنگي پرتاب به سمت حيوان كرديد اينجا مي شود ذو حق يا مالك اين روايت در طير آمده است كه صيد باشد لذا في الجملة هم دال بر حيازة نمي باشد.

مناقشة: أن الظاهر في سبب الملكية للصيد هو الحيابة.

اين اشكال سوم را نپذيرفتم چرا كه در صيد ظاهرش اين است كه از باب حيازة است بله صيد يك خصوصيت زائد دارد كه اگر استيلاء هم نكنيم باز ذو حق يا مالك مي شود بدون حيازة اين كه مي گوييم ذو حق يا مالك مي شود اين به خاطر اين است كه روشن نمي باشد كه مالك مي شويم يا ذو حق اگر بگوييم ذو حق مي باشيم بعد از گرفتن آن مالك مي شويم پس ظاهر اين روايت اين است كه ملكيت او بر اين صيد و طير به حيازة است. لذا اين روايت دال بر حيازة است اما في الجملة دال است. پس اين روايت دليل نمي باشد نتيجه اين است كه روايت معتبر بر مملكت تامه حيازة نداريم.

پس مملكت به روايت تا اينجا ثابت نشد.

نكته: فقهاء ما در باب معاملات دائماً دو دستگاهي هستند قائلند كه ما يك ملكيت عقلائي و يك ملكيت شرعيه داريم و فقيه دائماً دنبال ملكيت شرعيه است آن ملكيتي كه شارع آن را اعتبار كرده است. ما ها در مقابلش يك ملكيتي داريم كه علقه

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

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

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

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

این دو دلیل را بررسی کنیم:

اثبات المملکة بالسيرة المتشرعة: أن المتيقن وجود الحيابة في عصر الأئمة عليهم السلام و مملکيتها فيه و امضاء الشارع بسکوته.

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

گفته شده است در عصر ائمه عليهم السلام مسلمین حیابة داشتند قطعا و این حیابة مملک بوده است قطعا و ائمه عليهم السلام مخالفت نکرده اند قطعا نتیجه ثابت می شود ملکیت شرعیه یا مملکیت شرعیه در اثر حیابة.

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

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

این وجه اول.

مناقشة: يمكن أن يكون سبب الملكية العمل والصناعة لا الحيازة.

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

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

ان قلت:

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

قلت:

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

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

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

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

اثبات المملکة بالسيرة العقلاء: الحیازة عند العقلاء مملکة.

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

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

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

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

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

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

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

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

شرائط الحیازة عند عرفنا الخاصة:

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

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

شرائط عرفی است با توجه به ذهنیت عرفی خودمان که این را نسبت می دهیم به عقلاء وقتی نسبت به عقلاء می دهیم این نسبت درست است چرا که وقتی در عرف خاص ما اینطور باشد در نزد عقلاء هم اینطور است چرا که عقلاء موقوفشان امضائی است.

الشرط الأول: قصد الحیازة.

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

التفات یعنی توجه در مقابل غفلت.

اراده در مقابل اضطرار است گاهی اوقات فعلی را که انجام می دهید مسبوق به اراده شما نمی باشد اصلاً مثلاً شما پایتان لیز می خورد و روی شیشه می افتید و می شکند این فعل شماست اما فعل ارادی شما نمی باشد یا می خواهید به پرندۀ سنگ بزنید، به شیشه همسایه می زنید و می شکند این شکستن فعل شماست و ارادی است و مضطر به پرتاب نبودید عن ارادة سنگ را از زمین برداشتید و پرتاب کردید در اینجا اراده است اما هیچ التفاتی هم نداشتید چرا که اصلاً التفاتی نداشتید که در اینجا شیشه ای هم است. این شکستن شیشه ارادی است اما عن غیر التفات.

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

^۱ این اختیاری که در اینجا می گوئیم اختیار فلسفی نمی باشد بلکه اصطلاحی است که اصولیین درست کرده اند اینها متوجه شدند که فعل ارادی دو قسم است: اختیاری و غیر اختیاری. و این نکته بسیار خوبی است در مسئله حسن و قبح عقلی مطرح می شود که فعل ارادی متصرف به حسن و قبح می شود یا فعل اختیاری؟ وقتی سنگ را پرتاب می کنم و اشتباه می خورد به شیشه این فعل ارادی من بوده است و مضطر به پرتاب این سنگ نبودم اما فعل اختیاری من نبوده است آیا این متصرف به حسن و قبح می شود یا خیر؟ (اس مد هم جلس)

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

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

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

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

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

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

الشرط الثانی و الثالث: التمييز و العقل.

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

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

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

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

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

الشرط الرابع: كون المحوز منقولاً.

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

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

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

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

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

پس منقول به متصل و منفصل تقسیم می شود.

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

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

پس باید در دو بخش بحث کنیم یکی در اراضی و یکی در منقول. ببینیم نظر رایج فقهاء چه می باشد؟

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

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

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

پس این شرط درست است اما معنایش این نمی باشد که هر شیئی منقولی حیاتش مملک است.

انظار الفقهاء فی باب الأراضی:

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

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

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

اول برویم سراغ اراضی موات:

نظر الفقهاء فی الأراضی الموات:

اینها نقل قول است و اشاره به دلیل آنها می کنیم و بعد مختار خود را می گوئیم.

در احیاء موات ما دو قول رایج داریم:

✚ **نظرية المشهور: مملکيتها بالحياسة.**

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

✚ **نظرية المرحوم الصدر: أن الحيازة موجب لحق الأولوية لا الملكية.**

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

نظر الفقهاء فی الأراضی العامرة:

اراضی عامره اراضی هست که در آنجا خودش گندم روئیده اما کسی اینجا گندم نکاشته است عمده اراضی عامره دو ارض است: مراتع و سبزه زارها و یکی هم جنگلها خوب آیا انسان به استیلاء و حيازت مالک می شود یا خیر؟ چهار قول در مسئله است:

✚ **القول الأول، قول المشهور: أن الحيازة ليست مملكة.**

قول مشهور علماء ما این است که حيازت در اراضی عامره مملک نمی باشد.^۱

✚ **القول الثاني، قول المرحوم الحكيم: الحيازة مملكة.**

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

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

🔹 القول الثالث، قول المرحوم السيد الخوئي: أن استيلاء المؤمن عليه مملكة.

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

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

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

🔹 القول الرابع، قول المرحوم السيد الصدر: أن الإستيلاء موجب لحق الإنتفاع لا الملكية.

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

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

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

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

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

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

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

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

مناقشة فی دلیل مشهور الفقهاء فی مملکة الإحياء فی الأرض الموات: لا أثر فی هذه الروایات إن لم يحدث عرفاً علی طبقه.

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

پس این دلیل اینها را قبول نکردیم.

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

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

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

دقت کنید اینکه گفتیم امام اذن در تملک داده اند این اذن را از نظیر روایات: «الأرض لمن احيها» به دست آوردیم.

أنت و مالک لأبيه، این ملکیت تشریفیه است.

قبل از بعثت حضرت رسول ﷺ این زمین ملک ایشان نبود و بعد از بعثت اینها قائلند که شارع تملیک به رسول کرده است. چرا که اینها قائلند به ملکیت شرعیه.

این اشکال اول بر مرحوم صدر.

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

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

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

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

مختارنا فی الأراضی الموات: نحن تابع لعرف زماننا و مکاننا و إرتکازنا یحکم بعد مملکة الإحیاء.

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

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

مناقشة فی انظار الفقهاء بالنسبة إلى الأراضي العامرة: أن الأرض ليست للإمام بالملیكة الاعتبارية بنکتین:

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

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

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

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

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

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

این تفصیل را در اراضی موات نداده بودند گفته بود من احیی ارضا فهی له.

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

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

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

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

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

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

یکی مستند این باشد آن دلیل که می گوید من احیاء ارضا فهی له، گفتیم رابطه بین احیاء و حیازت عموم و خصوص من وجه است و در ذهن ایشان این بوده است که اگر احیاء مملک است حیازت به طریق اولی مملک است چرا که در احیاء هیچ گونه استیلائی نمی باشد فقط گندمی را روی زمین پاشیده است باران که آمده است سر سبز شده است و شده است مال این شخص. در اینجا که استیلاء است به طریق اولی مملک است. فرقی در این نمی باشد که احیاء در اراضی موات است نه اراضی عامره. این احیاء که در اراضی موات مملک است این حیازت به طریق اولی مملک است چرا که حیازت مهمتر از احیاء است چرا که احیاء خیلی راحتتر است مقوم احیاء این نمی باشد که درخت بکارید همین که گندم بپاشید در جایی که باران می آید این می شود احیاء و مملک اما دیوار و حصار کشیدن آن هم به صورتی که دیگری به راحتی نتواند تصرف کند این می شود حیازت.

وجه مرحوم آقای خوئی که می تواند وجه برای آقای حکیم هم باشد و آن اینکه ایشان قائلند که ارض ملک امام علیه السلام است خوب دلیل بر اذن امام علیه السلام چه می باشد؟ در احیاء دلیل داریم «من احیاء ارضا فهی له» اما در حیازت که دلیل نداریم. در حیازت فقط سیره داریم در سیره متشرعه اینطور بوده است که وقتی حیازت می کردند با او معامله مالک می کردند اگر مالک نبوده است باید در روایات منعکس می شده است اینطور نبوده است که زمینهای موات را احیاء کنند می خواستند خانه ای بسازند مکانی تهیه کنند اینطور نبوده است که در زمین موات فقط بروند بسازند لذا می رفتند در مراتع سر سبز این کار را می کرده اند. این مملکیت حیازت در اراضی عامره در سیره متشرعه بوده است. این سیره متشرعه، هم می تواند دلیل برای مرحوم حکیم باشد و هم دلیل برای مرحوم آقای خوئی باشد و به این سیره می گوئیم حیازت مملک است اما از آنجائیکه سیره لسان ندارد اگر این سیره را وسیع دیدیم می شود دلیل مرحوم حکیم و اگر ضیق دیدیم قدر متیقن حیازت فرد مومن است. منتها عجیب این است که در کتب استدلالی این اراضی عامره را اصلاً بحث نکرده اند.

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

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

از این فرمایشات و اقوال در مسئله فهمیده می شود که همه اینها مبتنی بر این است که الارض کلها للإمام علیه السلام که ما قبول نداریم.

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

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

۳۲۲۴۶-۲-۱ وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي خَالِدٍ الْكَابَلِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ وَجَدْنَا فِي كِتَابِ عَلِيِّ ع إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ^۱ - أَنَا وَ أَهْلُ بَيْتِي الَّذِينَ أَوْرَثْنَا الْأَرْضَ وَ نَحْنُ الْمُتَّقُونَ وَ الْأَرْضُ كُلُّهَا لَنَا^۲ فَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَلْيَعْمُرْهَا وَ لِيُؤَدِّ خَرَجَهَا إِلَى الْإِمَامِ مِنْ أَهْلِ بَيْتِي وَ لَهُ مَا أَكَلَ مِنْهَا فَإِنْ تَرَكَهَا وَ أَخْرَجَهَا فَأَخَذَهَا رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِنْ بَعْدِهِ فَعَمَرَهَا وَ أَحْيَاهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مِنَ الَّذِي تَرَكَهَا فَلْيُؤَدِّ خَرَجَهَا إِلَى الْإِمَامِ مِنْ أَهْلِ بَيْتِي وَ لَهُ مَا أَكَلَ مِنْهَا حَتَّى يَظْهَرَ الْقَائِمُ ع مِنْ أَهْلِ بَيْتِي بِالسَّيْفِ فَيَحْوِيَهَا وَ يَمْنَعَهَا وَ يُخْرِجَهُمْ مِنْهَا كَمَا حَوَاهَا رَسُولُ اللَّهِ ص وَ مَنَعَهَا إِلَّا مَا كَانَ فِي أَيْدِي شِيعَتِنَا فَإِنَّهُ يُقَاطِعُهُمْ عَلَى مَا فِي أَيْدِيهِمْ وَ يَتْرُكُ الْأَرْضَ فِي أَيْدِيهِمْ.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ مِثْلُهُ^۳ وَ كَذَا الَّذِي قَبْلَهُ^۴.

النکته الأولى: لا دلالة في صحيحة الكابلي على المكلية الاعتبارية.

در روایت قرینه ای است که اینکه امام ع فرمودند: « وَ الْأَرْضُ كُلُّهَا لَنَا » ملکیت اعتباریه نیست. در روایت کابلی است که در مکتوبه امیر المومنین ع آمده است: « إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ » و بعد امام ع فرمودند که: « أَنَا وَ أَهْلُ بَيْتِي الَّذِينَ أَوْرَثْنَا الْأَرْضَ وَ نَحْنُ الْمُتَّقُونَ وَ الْأَرْضُ كُلُّهَا لَنَا ». وقتی این آیه می گوید: « إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ » این که مورد اتفاق است که مالکیت خداوند مالکیت اعتباری نمی باشد لذا وقتی می گویند: « أَنَا وَ أَهْلُ بَيْتِي الَّذِينَ أَوْرَثْنَا الْأَرْضَ » اینکه خداوند می فرماید ما به ارث می دهیم

^۱ (۷) - الکافی ۵ - ۲۷۹ - ۵.

^۲ (۸) - الأعراف ۷ - ۱۲۸.

^۳ (۱) - قوله "و الأرض كلها لنا" قد ورد مضمونه في عدة أحاديث تدلّ على أن الأرض كلها للإمام، و الظاهر أنّها مخصوصة كما يفهم من هنا بالأرض الموات، و ما لا يعرف له مالك، و بأرض الأنفال من ذلك، و يمكن حملها على أنّهم أولى بالتصرف بها، و ان أحكامها ترجع اليهم و تؤخذ عنهم، و انه يجب على المالكين لها طاعتهم، و نحو ذلك و الله أعلم (منه. قده).

^۴ (۲) - في المصدر: أو أخر بها.

^۵ (۳) - التهذيب ۷ - ۱۵۲ - ۶۷۴ و الاستبصار ۳ - ۱۰۸ - ۳۸۲.

^۶ وسائل الشيعة ؛ ج ۲۵ ؛ ص ۴۱۴، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

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

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

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

جعل الولاية والإمامة لهم (ع) عليهم غير عرفی.

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

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

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

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

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

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

إِذْ قَالَ اللَّهُ يَا عِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ إِنِّي مُتَوَفِّيكَ وَرَافِعُكَ إِلَيَّ وَمُطَهِّرُكَ مِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا وَجَاعِلُ الَّذِينَ اتَّبَعُوكَ فَوْقَ الَّذِينَ كَفَرُوا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ ثُمَّ إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأَحْكُمُ بَيْنَكُمْ فِيمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴿٥٥﴾

ان قلت:

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

قلت:

اولا ما قائلیم که غیر مسلمان مکلف نمی باشد.

ثانیا اطاعت امام علیه السلام در دایره ولایت امام علیه السلام لازم است و فرض کردیم که این ولایت در دایره مسلمین است فقط.

ان قلت:

در آیه شریفه داریم که امامت امام علیه السلام بر جمیع ناس بوده است قال انی جاعلک للناس اماما.

قلت:

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

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

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

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

الشرط الخامس: یكون للمحوز مالیه.

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

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

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

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

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

ارتکاز فقهاء مجرد شکسته شدن از ملک خارج می شود، آنجا هم اعتبار ملکیت ا بوده است که وقتی کوزه و کاسه می کند به نسبت به آن مگس و شپش اعتبار ملکیت نمی کنند این نشان می دهد که در ارتکاز فقهاء اشیاء بی منفعت مملوک نمی شود به قصد تملک. پس بنابراین مالیت فی الجملة معتبر است نه بالجمله اگر کسی یک لیوان آب را از دریا برداشت یک شاخه درخت را برداشت می تواند تملک کند. آقای خوئی این مثال کوزه شکسته را قبول کرده است اما در مثل سوسک و پشه گفته است که مالک می شود و این از مواردی است که بین این دو حکم همخوانی نمی باشد&&

بله در عرف کشورهایی که مگس و سوسک خوراک آنها است چون منفعت دارد با قصد تملک مالک می شود.

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

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

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

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

۱ چهارشنبه ۹۸/۰۱/۲۱.

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

از روایت هم جواب داده اند که این که ما نمی گوییم ال بایع است به خاطر این که قصد حیازت نداشت اما قصد حیازت ما فی البطن را نداشت اصلاً اطلاق نداشت که این ماهی را که صید می کند د رشکمش در است لذا اینکه می گوییم در مال بایع نمی باشد نه اینکه چون قصد تملک نداشته است بلکه به خاطر این که قصد حیازت نداشته است مثل انسان خواب که در خواب چیزی را بگیرد اینجا استیلاء است اما قصد حیازت نمی باشد لذا مالک نمی شود.

بنابراین ایشان قائل شده اند که در مملکت حیازت قصد تملک معتبر نمی باشد همینکه انسان مال مباحی را حیازت کند و این حیازت عن قصد و اراده باشد مالک آن محوز می شود بدون این که قصد تملک معتبر باشد. این بیان مرحوم خوئی.

مشتري به بيع مالک نشد همینکه یافت آن را و برداشت این مساوی است با ملکیت.

یک وجه سوم ذکر شده است در کتاب مبسوط از مرحوم شیخ طوسی که دلیل ذکر کرده ست بر اعتبار قصد تملک. ایشان فرمودند وزان حیازت وزان ایحازء الاحیاء د رارضی اس تو حیازت در اغیر راضی در ایحازء ایشان فرمودند بدو شبهه قصد تملک شرط است پس در حیازت که وزانش ویزان احیاء است قصد تملک معتبر ا در احیاء چطور قصد تملک معتبر است اگر کسی گندم بچاشد در بیابان قصد تملک این زمین را ندارد بلکه قصد تملک گندم را دارد لذا این زمین را مالک نمی شود وزان حیازت هم به وزان احیاء است اگر سکی ماهی را حیازت کرد و قصد تملک نکرد مالک نمی شود و نهایتاً حقی پیدا می کند لذ ایشان قائل است که وزان احیاء به وزان حیازت است و در

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

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

ببینیم مختار ما چه می باشد؟

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

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

۱ اما مثالهای نقض مرحوم خوئی:

در روایت سمکه اشکال ایشان بوده است که صیاد حیات نداشت است مالک نشده است لذا روایت سمکه اعتبار ندارد و ما هم فرمایش مرحوم خوئی ار قول می کنیم و قبلاً گذشت که قصد حیات در مملکت شرط است. در حالیکه مستشکل می گفت مالک نمی باشد چرا که قصد تملک نداشت است.

اما در سیره عقلاء ایشان اشکال کرده اند که اگر پرنده ای را گرفتیم که به زید بدهیم و بعد فهمیدیم که مال زید نمی باشد و از مباحات است و مرحوم خوئی فرمودند مالک است و لو قصد تملک نداشت است و مثال دوم این است که اگر چوبی را برارد

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

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

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

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

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

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

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

احتمالات در این مسئله حیات با اعراف مختلفی سر و کار داریم در ذهن عقلاء بوده است که عقلاء مسلکی دارند که در همه ی زمانها و مکانها از هزارها سال قبل تا روز قیامت عقلاء قوانینی دارند که لا یتغیر است و تمام زمانها و مکانها را پوشش می دهد مثلا در حیات قائلند که قصد تملک معتبر است قائلند که این زمان و مکان بر نمی دارد.

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

^۱ فی الجمله یعنی اینکه قطعا قصد این عنوان تملک نیاز نمی باشد اما اینطور هم نمی باشد که حیات مطلقا مملک باشد.

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

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

هذا تمام الکلام فی الجهة الأولى.

الجهة الثانية: فی جریان التبرع فی الحیازة.

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

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

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

۱ چهارشنبه ۹۸/۰۱/۲۸

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

ظاهر لام در لید در ملکیت است.

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

مناقشه:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

&&&

جمع کردن بساط دست فروش توسط مأور دولت فقهاء &&&

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

این را در سبق گفتیم.

السبق للغير:

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

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

دلیل این مسئله سیره و ارتکاز عرف است

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

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

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

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

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

الجهة الثالثة: الإجارة على الحيازة.

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

المقام الاول: في صحة الاجاره.

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

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

وجه اول از مرحوم آقای خوئی است. ایشان فرمودند وقتی ما این شخص را اجیر می کنیم برای حیات مالک عمل این شخص می شویم تا مالک این عمل شدیم اجیر به منزله آلت و وسیله است و در واقع حیات مستند می شود به مستأجر مثل اینکه ما با نیزه ماهی را صید کنیم این نیزه یک وسیله است فقط، وقتی این را اجیر کردیم عمل او می شود ملک من، وقتی عمل او که حیات باشد ملک ما شد او می شود به منزله آلت و حیات مستند می شود عرفاً به مستأجر دلیلی که می گوید حیات مملک است این را می گیرد و حیات من مستأجر می شود مملک اما من حیات کردم ماهی و هیزم را به توسط یک آلت و وسیله ای که جناب اجیر است.

این وجهی است که مرحوم خوئی فرموده اند. فرض کردیم که حیات مملک است و این حیاتِ اجیر می شود حیات من لذا مملک است. دلیل مملکیت حیات سیره است و این سیره اطلاقی دارد که این نوع حیات را هم می گیرد.

مناقشه:

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

اشکال اول:

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

این اشکال اول.

اشکال دوم:

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

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

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

&&&

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

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

فرع عبارت است از مال و اصل عبارت است از عمل و عمل ملک مستأجر است. مناقشة: هذا الأصل، ثابت بالسيرة العقلية و هذه السيرة في النمائات فقط.

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

اگر می گوئید که قاعده ای داریم که الفرع لمن له الاصل ما می گوئیم این اصل در اینجا تطبیق نمی شود و اگر گفته باشد در سیره اینطور است که این سیره را در اینجا داریم که ما می گوئیم این وجدان را از سیره نداریم.

الوجه الثالث: إطلاق روايات باب الإجارة شامل لهذه الإجارة.

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

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

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

الوجه الرابع: السيرة المتشرعية.

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

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

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

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

الوجه الخامس و هو المختار: السيرة العقلائية.

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

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

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

ان قلت:

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

قلت:

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

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

المقام الثانی: فی ملکۃ المحوز اذا حاز الأجير لنفسه.

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

الأقوال فی المسئلة:

اقوال در مسئله چهار قول است:

القول الأول: ملك للمستأجر لأن عمل الحيازة ملك للمستأجر.

قول اول اين است كه ملك مستأجر است استدلال کرده اند عملية الحيازة ملك مستأجر بوده است چون عمل حيازة ملك مستأجر بوده است لذا مالى كه حيازة شده است مال مستأجر است.

القول الثانى: ملك للأجير لأن مملكية الحيازة تابع للقصد و لم يقصد الإجير ملكيته للمستأجر.

قول دوم اين است كه ملك اجير است چرا كه گفته اند در باب حيازة تملك و ملكيت تابع قصد است تابع حيازة نمى باشد چون قصد کرده است ملكيت خودش و تملك خودش را لذا ملك خود اجير مى شود.

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

قول سوم اين است كه اين محوز نه ملك اجير است و نه ملك مستأجر. چرا ملك مستأجر نمى باشد چرا كه قصد او را نكرده ست چرا ملك اجير نمى باشد چرا كه حيازة ملك او نبوده است و عمل حيازة مال ديگرى بوده است چون در اينجا بين عمل و قصد تنافى شده است لذا ملك كسى واقع نمى شود. اين قول مملكت حيازة را به قصد نسبت به كسى كه صاحب منفعت است مى داند.

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

قول چهارم تفصيلى است كه بعضى فرموده اند و گفته اند در اجاره بر اعمال ما دو گونه اجاره داريم تارة اجير عمل ما فى الذمه را به مستأجر تمليك مى كند و تارة منفعت خودش را تمليك مى كند به مستأجر، اگر عمل ما فى الذمه را تمليك کرده است آن ماهى ملك اجير مى شود اما اگر منفعت خارجى را تمليك کرده است ملك مستأجر است وجهش روشن است چرا كه در آنجا يكه عمل را تمليك کرده است اين عمل را

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

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

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

ان قلت:

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

قلت:

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

ان قلت:

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

قلت:

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

ان قلت:

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

قلت:

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

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

هذا تمام الكلام فی الجهة الثالثة.

الجهة الرابعة: فی جریان الجعالة و الوكالة فی الحیازة.

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

۱ سه شنبه ۱۳۹۸/۰۲/۱۰.

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

اول وکالت:

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

بعد دقت شود عده ای وارد شده اند در تحیلی حقیقت وکالت آیا با توحهبه حقیقت وکالت آیا وکالت در حیازت می آید یا خیر؟ می دانید این روش و رویه نادرست است؟ چرا که ما وقتی تفسیر می کنیم حقیقت وکالت که ببینیم ک وکالت در نزد عقلاء کجا جاری است از عدم جریا و جریان وکالت می فهمیم که حقیقت وکالت چه می باشد لذ باید بروزم سراغ ارتکاز عرف و عقلاء یا ا در تارتکاز عرف و عقلاء وکالت در حیازت می آید ای خیر اگر آمد بر این اساس باید تفسیری ارائه دهیم و اگر نیامده باید تفسیرشی اراده دهیم اما اینکه داخل شوم در وکالت که حقیقت آن چه می باشد این درست نمی باشد. راه به جایی نمی بریم چرا که باید اول ببینیم که آیا ارتکاز بر جریان وکالت در حیازت است و اگر این ارتکاز را پیدا کردیم یا نکردیم می توانیم وارد شویم حقیقت وکالت. یک نکته را در مورد وکالت بگویم که در بین علماء که این ارتکاز است که وکالت در تکنیات محضه نمی آید مثلا ما کسی را وکیل قرار دهیم مثلا تو وکالتا از طرف من راه برو یا غذا بخور یا دارو مصرف کن وکالتا از طرف من ورزش کن این وکالت در امور محضه نمی آید وکالت در امور و رفتار و افعال اعتباری و تصرفات اعتباریه محضه می آید چه عقد باشد چه ایقاع باشد مثل بیع و اجاره و نکاح و مثل طالق و امثال ایها یک امروی داریم که اینها نه تکوینیات محضه است و نه اعتبار محضه است مثل مسئله قبض و اقباض مثلا کس به ما بدهکار است ما کسی را وکیل می کنیم ه دین

را از ظطرف ما قبض کن گفته اند که قبض نه تکوینی محض است و نه اعتباری محض لذا وکیل اگر قبض کن به منزله قبضماست و ذمه دایل پاک می شود. در حیازت تکوین محض نمی باشد چرا که بحث ما در حیازت مملکه اس تیعی یحازت که مملک شود نسبت به موکل از اعتباریت محضه نمی باشد یک از عقود یا یقاعات حیازت نمی باشد یک حد وسط است نه تصور و تکوین محض است و نه اعتباری محض است. تکوینی محض نمی باشد چرا که صبحت ما رد حیازت مملکه است و اعتباریات محض نمی باشد چرا که از عقود و یقاعات نمی باشد.

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

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

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

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

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

تردید ایشان شاید در سیره باشد.

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

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

اما جعالة :

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

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

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

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