

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

## بررسی اولین مورد نقض بر عکس قاعده

عرض کردیم یکی از مواردی که به عنوان نقض بر عکس قاعده مطرح شده؛ بحث «اجاره» است. به این بیان که در اجاره‌ی صحیح، در عین مستأجره اگر تلفی واقع شود، ضمان نیست، اما در اجاره‌ی فاسد، ضمان هست. لذا این «لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده»، با این مورد اجاره، نقض می‌شود. البته عرض کردیم که اختلافی وجود دارد در اینکه آیا در این اجاره‌ی فاسد، اگر عین مستأجره تلف شد، آیا ضمان وجود دارد یا خیر؟ که عرض کردیم کلمات فقها در اینجا مختلف است. صاحب ریاض (ره) تصریح به ضمان کرده، اما محقق ثانی (ره) قائل به عدم ضمان است. مرحوم شیخ (ره) در مکاسب در آخر مطالب، بعد از اینکه کلمات را نقل می‌کند می‌فرماید اقوی عدم ضمان است و فتوای شیخ (ره) هم این است که در این عین مستأجره، در اجاره‌ی فاسد، اگر تلفی رخ داد، اقوی این است که ضمانی در کار نیست.

## نقد استاد بر کلام مرحوم شیخ (ره)

این کلام شیخ (ره) را قبلاً نقد کردیم؛ ایشان می‌فرماید اساساً چون در اجاره، عین مستأجره متعلق عقد اجاره نیست، مورد عقد اجاره نیست، آنچه که مورد عقد اجاره است، عبارت از منفعت است، برای اینکه شما در باب اجاره، عوض (أجرت) را در مقابل منفعت قرار می‌دهید، عین از مورد عقد اجاره خارج است. اساساً این مورد تخصّصاً از این قاعده خارج است. در این قاعده می‌گوئیم «کلّ عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده»؛ یعنی هر موردی که متعلق یک عقدی است که در صحیح آن عقد ضمان است، در فاسد آن مورد هم ضمان است، اگر در صحیحش ضمان نیست، در فاسدش هم ضمان نیست. اما در اجاره، عین مستأجره از مورد عقد خارج است. لذا شیخ (ره) می‌فرماید این چون از مورد اجاره خارج است، از این قاعده تخصّصاً خارج است. آن وقت باید برویم سراغ قواعد ببینیم نسبت به این عین مستأجره، قاعده چه اقتضایی می‌کند. قاعده این است که آیا «ید»، «ید مأذون» است یا «ید عدوانی» است؟ می‌فرمایند در اجاره‌ی صحیح، ید مستأجر نسبت به عین مستأجره، هم ید امانی شرعی است و هم امانی مالکی است. بنابراین در اجاره‌ی صحیح، ید نسبت به عین، عنوان ید امانی را دارد، هم امانت شرعی و هم امانت مالکی.

اما ید در اجاره‌ی فاسد، نسبت به عین مستأجره، عنوان ید امانی را ندارد، بلکه ید عدوانی است و روی قاعده‌ی «علی الید ما أخذت» می‌فرمایند در اینجا نسبت به این عین مستأجره ضمان وجود دارد. در اجاره‌ی فاسد، موجر بنا را می‌گذارد بر اینکه مستأجر استحقاق دریافت عین مستأجره را دارد، یعنی اعتقادش بر این است، چون نمی‌داند که فاسد است، خیال می‌کند که این عقد صحیح است و باید به آن دفع کند و روی این بنا به او می‌دهد. لذا باید بگوئیم روی قاعده‌ی ید؛ ضمان هست.

اما با این که مرحوم شیخ(ره) می‌فرماید این مورد تخصصاً از قاعده‌ی «ما یضمن» خارج است و مشمول قاعده‌ی «علی الید» است، ابتدا این را فرموده‌اند، اما بعد در آخر می‌فرمایند «و الاقوی عدم الضمان»؛ اقوی این است که ضمانی وجود ندارد و نمی‌توانیم بگوئیم این قاعده‌ی «ما لا یضمن» در این مورد تخصیص خورده و این مورد، مورد نقض واقع شده است. شیخ(ره) اینجا دلیل اینکه چرا فتوا به عدم ضمان داده را بیان نمی‌کند. قبل از «و الاقوی» قائل به ضمان می‌شود و دلیلش را هم آورده، اما بعد از الاقوی، فتوا به عدم ضمان می‌دهد و دلیلش را ذکر نمی‌کند.

## کلام محقق اصفهانی(ره) در استدلال بر کلام شیخ(ره)

محقق اصفهانی(اعلی الله مقامه الشریف) در حاشیه‌ی مکاسب، ج 1، ص 331 دلیلی را آورده‌اند؛ ایشان می‌فرماید دلیل شیخ(ره) بر اینکه می‌گوید در اجاره‌ی فاسد، نسبت به عین مستأجره ضمان نیست، همین است که و لو اجاره، اجاره‌ی فاسدی است، اما یدی که مستأجر بر این عین پیدا کرده، ید مأذون است.

ممکن است بگوئید پس کلام شیخ(ره) در چند سطر قبل چه شد، که فرمود اگر در اجاره، موجر عین را تحویل مستأجر می‌دهد، به زعم این است که فکر می‌کند او استحقاق اخذ دارد، استحقاق گرفتن این مال را دارد، یعنی فکر می‌کند که عقد اجاره صحیح است و باید این عین را به او تسلیم کند. محقق اصفهانی(ره) این را جواب می‌دهد و می‌فرماید «و استحقاق التسليم مأخوذ بنحو الداعی لا العنوانية» - این دو لفظ(داعی و عنوانیت) را در ذهن‌تان بسپارید، چون در موارد متعددی مفید واقع می‌شود مخصوصاً در فقه؛ یک وقت چیزی عنوان «داعی» دارد، مثلاً من کتابم را به شما می‌فروشم، به «داعی» اینکه شما این کتاب را مطالعه کنید، اما شما کتاب را می‌گیرید و هیچ مطالعه نمی‌کنید، این همان است که می‌گویند تخلف داعی، مضر نیست و اشکالی ندارد و معامله را به هم نمی‌زد(که از لمعه خواندید).

اما اگر یک چیزی عنوان «داعی» نداشت بلکه عنوان «عنوانیت» داشت - در کلمات بزرگان، گاهی «موضوعیت» و «قیدیت» هم تعبیر می‌کنند -، تخلفش مضر است، اگر این جنس را مثلاً به قید اینکه مال قم باشد شما فروختی، بعداً این قید نبود، قابل به هم زدن معامله است و می‌دانید که خیار تخلف دارد، اما اگر به داعی این که مال قم باشد بفروشد، تخلفش مضر نیست -.

محقق اصفهانی(ره) می‌فرماید «و استحقاق التسليم مأخوذ بنحو الداعی - فلا یضر تخلفه - لا بنحو العنوانية، و هذا إنما یصح بعد الكشف عن أصل الاذن والرضا بالاستیلاء علی العین، و قد عرفت إمكان استکشافه نوعاً»؛ می‌فرماید این مطلب بعد از این است که ما بگوئیم علم و رضای به استیلا بر عین، نوعاً وجود دارد. «و أمّا کون الاستحقاق داعیاً لا عنواناً فواضح، بل العقد یدعوه إلی التسلیط، لا أن صحته و الاستحقاق به ملحوظ فی تسلیمه و تسلیطه»؛ از محقق اصفهانی(ره) سؤال می‌کنیم شما می‌گوئید اگر استحقاق تسلیم، به نحو «داعی» باشد، تخلفش مضر نیست، به نحو «عنوانیت» باشد، مضر است. حال سؤال این است که از کجا می‌گوئید که در ما نحن فیه؛ استحقاق تسلیم به نحو داعی است؟

می‌فرماید «فواضح»؛ این روشن است. ایشان برای این مطلب یک بیان مستقلاً را ذکر نمی‌کند و می‌فرماید این واضح است، بعد ترقی می‌کند و می‌فرماید خود نفس عقد - که می‌خواهد با کسی معامله کند - شخص را وادار می‌کند که جنس را به دیگری بدهد، اما صحت عقد در این تسلیم و در این تسلیط دخلتی ندارد.

همه‌ی ادعای محقق اصفهانی(ره) در این است که آنچه شخص را وادار به تسلیط به مشتری می‌کند، در هر عقد فاسدی، خود عقد است، با قطع نظر از صحت و فساد. من می‌خواهم معامله‌ای انجام دهم، بیع یا اجاره، نفس این که در مقام بیع و اجاره هستم، من را وادار می‌کند که جنس را تحویل مشتری دهم، یا در اجاره، خانه را تحویل مستأجر دهم، اما می‌فرماید صحت، امر ملحوظ و قید بر این تسلیم و تسلیط نیست. می‌گوئیم شما شاهی هم بر این معنا دارید؟ می‌فرماید «و إلا لکان فی جمیع العقود

التي لها مساس بالعين كالعارية و الوديعة و المضاربة و الوكالة في بيع عين أو شراء شيء بالثمن عنواناً، مع أنه لا يقول به القائل بضمان العين المستأجرة» ؛ اگر ما بخواهیم این را ملاک قرار دهیم که صحت عقد، من را وادار می‌کند که این مال را تسلیم کنم، پس بگوئید در عاریه‌ی صحیح هم همینطور است، بگوئیم وقتی شما جنس را به دیگری عاریه می‌دهی، به عنوان عاریه‌ی صحیح می‌دهی، پس اگر عاریه، عاریه‌ی فاسد شد، اینجا وجهی برای تسلیط ندارد.

در ودیعه هم باید همین حرف را بزنید، در مضاربه هم باید همین حرف را بزنید، در حالی که می‌فرماید از همین کسانی که در باب اجاره، قائل به ضمان هستند، سؤال می‌کنیم که شما در عاریه‌ی فاسد هم قائل به ضمان هستید؟ اگر کسی به نحو فاسد، مالش را به دیگری عاریه داد، اگر آن عین تلف شد، قائل به ضمان هستید؟ می‌گویند خیر. در ودیعه‌ی فاسد قائل به ضمان هستید؟ می‌گویند خیر. در مضاربه فاسد قائل به ضمان هستید؟ می‌گوید خیر. محقق اصفهانی(ره) می‌فرماید اینها شاهد بر این است که صحت، دخلی در استحقاق تسلیم ندارد. صحت، ملحوظ در تسلیم و تسلیط نیست. پس چه چیز دخالت دارد؟ خود «عقد» در مقام این است که می‌خواهد یک معامله‌ای انجام دهد، حالا یا صحیح یا فاسد. این بیانی است که محقق اصفهانی(ره) برای فتوای مرحوم شیخ(ره) دارد؛ که خلاصه محقق اصفهانی(ره) دو تا نکته را بیان می‌کند؛ یکی اینکه این «ید»، «ید مأذونه» است و اینکه شیخ(ره) به عدم ضمان فتوا می‌دهد، می‌گوید این «ید مأذونه» است.

دوم اینکه؛ تسلیم به مستأجر، به نحو داعی است نه به نحو عنوانیت و موضوعیت. چرا؟ برای اینکه آنچه وادار به تسلیم می‌کند؛ خود «عقد»، من حیث هو هو است، چه صحیح باشد و چه فاسد. صحت عقد، استحقاق تسلیم نمی‌آورد، خود عقد استحقاق تسلیم می‌آورد. مجموع کلام محقق اصفهانی(ره) این می‌شود که «صحت عقد»، موضوعیت ندارد، بلکه «داعی» است. از ایشان سؤال می‌کنیم که چه چیز موضوعیت دارد؟ می‌فرماید «عقد من حیث هو هو»، که اینجا بوده است.

## نقد استاد بر کلام محقق اصفهانی(ره)

نسبت به فرمایش محقق اصفهانی(ره) چند نکته وجود دارد. یک نکته این که؛ ایشان اجاره و ودیعه و عاریه که اصلاً در آن عوضی وجود ندارد، را تقریباً علی السویه قرار داده، در حالی که بین اجاره و بقیه، یک فرق واضحی وجود دارد و عجیب این است که خود ایشان هم یک تفتنی داشته، در آخر کلامش هم فرموده «و إن كان فرق بين الإجارة و غيرها من حيث استكشاف الرضا و عدمه، إلا أن الكلام في تقیّده بالاستحقاق بعد استكشافه» ؛ چون در اجاره، این کسی که خانه‌اش را می‌دهد، پولی را مالک می‌شود، الآن که به او بگویند اجاره فاسد است و تو این پول را مالک می‌شوی، می‌گوید مستأجر هم حق ندارد داخل خانه برود، نمی‌خواهم خانه دست او باشد، اما در عاریه و ودیعه، عوض وجود ندارد. لذا اگر عاریه و ودیعه، فاسد هم شدند، مشکلی ندارد. خود محقق اصفهانی(ره) هم به این نکته تفتن پیدا کرده‌اند. این نکته اقتضا می‌کند که ما بگوئیم در اینجا تسلیم عین در باب اجاره، بنحو موضوعیت و عنوانیت است و تسلیم عین در باب عاریه و ودیعه، با باب اجاره فرق دارد. در باب اجاره؛ صحت العقد موضوعیت دارد، اما در باب ودیعه و عاریه، صحتشان موضوعیت ندارد. عرض کردم محقق اصفهانی(ره) هم به این نکته تفتن داشتند، اما باز خواستند این را به نحوی توجیه کنند و می‌فرماید بحث و نزاع در این است که درست است که در اجاره، رضایت موجد به این است که این صحیح باشد، ولی در عاریه و ودیعه، خیر، اما بعد از این که این فرق موجود است، عمده‌ی بحث در این است که آیا این استحقاق تسلیم، مقید به این رضا هست یا نه؟

کلام در این است که آیا بعد از استکشاف این رضا، آیا این استحقاقی که الآن مستأجر استحقاق دارد مال را بگیرد، این رضا مقید به آن هست و او مقید به این است یا خیر؟ آیا ارتباطی بین اینها وجود دارد یا نه؟ ایشان می‌فرماید اینجا تقیّدی در کار نیست. یعنی باز هنر محقق اصفهانی(ره) در اینجا این است که می‌گوید ما یک مسأله‌ی رضا داریم و یک مسأله‌ی استحقاق تسلیم داریم، منشأ استحقاق تسلیم؛ اصل عقد است، و لو رضایت در اجاره، با رضایت در باب ودیعه فرق دارد. اینجا به نظر ما یک مقدار مسأله مشکل می‌شود و برای ما قابل قبول نیست. در باب اجاره، ما چند چیز داریم؛ أولاً عوض وجود دارد، معنایش

این است که موجر می‌گوید من اگر مالک عوض نشوم، خانه را تسلیم نمی‌کنم، راضی نیستم به اینکه مستأجر از خانه استفاده کند. چطور در اینجا، استحقاق، مقید به رضای موجر نیست؟ از خود موجر سؤال کنیم بگوئیم در فرض اینکه اگر واقعاً فاسد باشد، تو الآن خیال می‌کنی عالم است، اما اگر واقعاً هم فاسد باشد، تو او را مستحق تسلیم می‌دانی، رضایت تو به تصرف در این مال و استحقاق تسلیم او مقید به این رضایت نیست؟ محقق اصفهانی(ره) روی واقع تحلیل می‌کند می‌گوید خود عقد، منشأ برای استحقاق تسلیم است، و این استحقاق، مقید به رضا نیست.

اینجاست که با محقق اصفهانی(ره) جدا می‌شویم. در اجاره، ظهور روشنی دارد در اینکه استحقاق تسلیم، مقید به رضای این شخص است و این رضایتش هم مقید به این است که این عوض را مالک شود، الآن که عوض را مالک نمی‌شود، رضایت ندارد و رضایت هم که ندارد او هم استحقاق تسلیم ندارد. باز برای اینکه مسئله خیلی دقیق‌تر و عمیق‌تر بررسی شود، نیاز به این است که بگوئیم این پول در مقابل چیست؟ و حقیقت اجاره یعنی چه؟ کلام محقق اصفهانی(ره) را در حاشیه‌ی مکاسب، ج 1، ص 328 مطالعه کنید. ایشان مجموعاً دو احتمال در حقیقت اجاره داده‌اند. کلام امام(رض) را در کتاب البیع، ج 1، ص 439 ببینید، که ایشان مجموعاً در حقیقت اجاره، شش احتمال داده و یکی از این احتمالات را أقرب به واقع و فهم عرف قرار داده است. تا بعد ببینیم آیا این نقض وارد است یا نه؟

و صلی الله علی سیدنا محمد و آله اجمعین.