

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

خلاصه بحث گذشته

سخن در جواب مرحوم اصفهانی از مرحوم آخوند خراسانی است که مقداری از آن را بیان کردیم که اجمال آن این است که مرحوم آخوند فرمودند ما در اجاره و در عقد تمتع (نکاح موقت)، اگر به صورت فضولی انجام شد، نمی‌توانیم بگوئیم که این اجازه عنوان ناقلیت را دارد؛ زیرا اگر بخواهیم بگوئیم اجازه ناقل است، لازمه‌اش این است که مثلاً دو سه ماه از عقد اجاره یا نکاح موقت بگذرد (یعنی از آن زمانی که اجازه داد) و مستأجر در اجاره مالک منفعت شود و مرد در عقد نکاح موقت، مالک حق استمتاع بشود و نسبت به گذشته‌اش، دیگر هیچ اثری ندارد و در نتیجه تبعض لازم می‌آید یعنی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌گوید به تمام این عقد باید وفا کنیم، از اول تا آخر، از مبدأ تا انتها و برای اینکه تبعض لازم نیاید، چاره‌ای نداریم جز اینکه بگوئیم با اجازه، از ابتدا در این عقد اجاره، مستأجر مالک منفعتش می‌شود و همچنین در نکاح موقت.

در جایی که بیع یا نکاح دائم باشد نیز، مرحوم آخوند فرمودند در آنجا نیز مضمون عقد، یک ملکیت و زوجیت مرسله است یعنی مبدأ ندارد (و این‌گونه نیست که یک حدی به نام مبدأ داشته باشد). اگر بخواهیم قائل به ناقلیت شویم، به این معناست که ما یک حد و مبدایی را برای این ملکیت و برای این زوجیت قائل شویم.^[1]

محقق اصفهانی در جواب، به همین سبک مرحوم آخوند در دو قسمت، پاسخ مرحوم آخوند را دادند؛ یکی در باب اجاره و عقد موقت و دیگری در باب بیع و نکاح دائم. مرحوم اصفهانی در جواب از مرحوم آخوند می‌فرماید در اجاره و در عقد موقت، اجازه نسبت به سابق اصلاً اثری ندارد. ایشان فرمود اگر اصیلین، یک اجاره یا عقد موقتی را برقرار کنند، آیا نسبت به گذشته می‌توانند اعتباری کنند؟ نه. فرمود اجازه که دیگر قوی‌تر از اصیلین نیست که بگوئیم با اجازه، یک ملکیت منفعت سابقه محقق شود.

ایشان فرمود ما طبق قول به انقلاب (که معنای انقلاب این بود که از اول عقد تا زمان اجازه، این ملکیت منفعت مال مجیز است و مجیز که اجازه داد، این ملکیت منفعت برای مجیز، انقلاب پیدا می‌کند برای اینکه ملک برای مجاز له می‌شود)، باید بگوئیم که این انقلاب، هیچ اثری نسبت به منفعت سابقه ندارد مگر اینکه بحث تلف را مطرح کرده و بگوئیم حال که انقلاب شده، این منفعت سابقه تلف شده و این مجیز باید بدلش را بپردازد.

البته این سخن طبق این مبناست که بگوئیم اگر تلف بر یک امر فرضی و اعتباری وارد شد، آن هم موجب ضمان است، در حالی که در محل خودش ثابت شده که اگر تلف، یک تلف حقیقی باشد موضوع برای ضمان است و تلف اعتباری یا تلف فرضی

موضوع برای ضمان نیست.

به همین دلیل، محقق اصفهانی می‌فرماید بر اساس مسئله‌ی انقلاب که روشن است. طبق مبنای شرط متأخر که این قسیم برای نظریه‌ی انقلاب است؛ زیرا مبنای شرط متأخر به این معناست که بگوئیم این ملکیت، از اول می‌آید به شرط اینکه در آینده اجازه‌ی مجیز بیاید، اما ملکیت از ابتدا برای مجاز له است و دیگر انقلابی در ملکیت به وجود نمی‌آید.

طبق نظریه‌ی انقلاب می‌گفتیم از زمان عقد تا زمان اجازه، ملکیت برای مجیز است بعد انقلاب پیدا کرده و برای مجاز له می‌شود، اما روی نظریه‌ی شرط متأخر مسئله این‌گونه نیست؛ می‌گوئیم از ابتدا ملکیت برای مجاز له است، اما «علی نحو شرط المتأخر». طبق مسأله شرط متأخر، مسئله تلف می‌شود تلف حقیقی و دیگر اینجا تلف اعتباری و فرضی نیست. ایشان می‌فرماید چه کنیم که مرحوم آخوند، خودش شرط متأخر را قبول ندارد.

بنابراین، یا مسئله‌ی انقلاب است یا شرط متأخر که هر دوی اینها کنار می‌رود. مرحوم اصفهانی حرف اصلی‌اش این عبارت است که بالأخره ما نسبت به منفعت سابقه، اگر بخواهیم ملکیت را اعتبار کنیم، این یک امر لغو است؛ زیرا روی قول به انقلاب، می‌شود تلف اعتباری و تلف اعتباری موضوع ضمان نیست. روی قول به شرط متأخر، موضوع ضمان هست، اما ایشان این مطلب را قبول ندارد.

مرحوم اصفهانی می‌فرماید اگر ما ملکیت را یک امر اعتباری محض بدانیم، همان‌گونه که نسبت به منفعت آینده می‌تواند در یک زمان، ملک برای کسی باشد و در زمان دیگر، ملک برای دیگری باشد، در منفعت مقدمه نیز همین‌گونه است یعنی در اثناء بحث، مرحوم اصفهانی باز اشاره کرد به اینکه بالأخره ما در این بحث باید ببینیم ملکیت از مقولات حقیقیه است یا عنوان اعتباری را دارد؛ اگر از مقولات واقعیّه باشد، محذورش دیگر انقلاب هم نیست.^[2]

ادامه کلام محقق اصفهانی

ایشان می‌فرماید اگر ملکیت یک امر اعتباری باشد، هم اعتبار نسبت به آینده معنا دارد و هم اعتبار نسبت به گذشته معنا دارد. منتهی قبلاً گفتیم اعتبار نیاز به مصحح دارد و بنابر اینکه ملکیت یک امر اعتباری باشد نسبت به آینده مصحح دارد، اما نسبت به گذشته که از بین رفته (و ما می‌گوئیم تلف اعتباری موضوع برای ضمان نیست) مصحح نداریم.

اساس کلام مرحوم اصفهانی در همین جاست که اگر مجیز الآن اجازه داد، نسبت به گذشته ما مصحح نداریم. اگر نسبت به گذشته می‌توانستیم تلف را موضوع برای ضمان قرار بدهیم، می‌گفتیم نسبت به گذشته تلف شده، این تلف موضوع برای ضمان است و باید خسارتش را بپردازد، اما می‌گوئیم تلف اعتباری و فرضی ضمان‌آور نیست و ضمان منتفی می‌شود. ضمان که منتفی شد، مصحح برای اعتبار ملکیت منفعت سابقه برای مجاز له چیست؟ مصحح ندارد.

به بیان دیگر؛ ایشان به مرحوم آخوند می‌فرماید شما که می‌گوئید با اجازه، منفعت فائده‌ی سابقه، ملک برای مجاز له می‌شود، این اجازه و اعتبار چه مصححی دارد؟! مصحح ندارد. لذا اگر اعتبار کنیم منفعت سابقه مال مجاز له است، «هذا الاعتبار لغو».

می‌فرماید «إلا أنه لابد من أثرٍ مصححٍ للإعتبار»؛ اعتبار مصحح می‌خواهد «و لا أثر للملكية بالاضافة إلى المنفعة الفائتة بناءً على هذا التقدير»؛ اگر ملکیت نسبت به منفعت فوت شده، اعتبار کنیم اثری ندارد «حتی بناءً على كفاية ورود التلف بالإعتبار». (اگر گفتیم تلف اعتباری موضوع ضمان نیست، مسئله روشن است. بالاتر می‌گویند) یعنی اگر قبول کنیم تلف اعتباری ضمان‌آور

است و این هم کفایت در ضمان می‌کند، باز هم می‌فرماید «لا أثر». چرا؟ «لأن المفروض أن ضمان اعتبار الملكية و ضمان الملكية المعتمدة حال الاجازة»؛ («حال الاجازه»، خبر «أن» است) زمان اعتبار ملکیت و زمان ملکیت معتبره حال اجازه است یعنی وقتی مجیز اجازه داد، الان ملکیت اعتبار می‌شود، و الآن ملکیت معتبره می‌آید «فالتلف واردٌ على ما لا إضافة له إلى المجاز له، في ظرف وروده»؛ در آن ظرفی که ظرف برای ورود تلف است، اصلاً آن موقع به مجاز له اسنادی نداشته است.

خلاصه‌ی مطلب مرحوم اصفهانی آنکه؛ اگر بگوئیم نسبت به گذشته، تلف اعتباری است و تلف اعتباری، موضوع ضمان نیست، مسئله روشن است. اگر تلف اعتباری را نیز موضوع ضمان بدانیم، باید همین تلف اعتباری در ظرف خودش مسند و منسوب به مجاز له باشد. منسوب به مجاز له نبوده یعنی در زمانی که این تلف و این منفعت فوت شد، این منفعت و این تلف منسوب به این مجاز له نبوده است.

ایشان می‌فرماید این دو زمان (یعنی زمانی که مجیز، ملکیت را اعتبار می‌کند و زمانی که ملکیت معتبره می‌آید) در حال اجازه است یعنی تا اجازه نیاید، اصلاً چیزی به نام ملکیت برای مجاز له معنا ندارد. پس این فوت منفعت در زمان خودش وقتی واقع شده که این منفعت، منسوب به مجاز له نبوده «فالتلف واردٌ على ما لا إضافة له إلى المجاز له في ضعف وروده ولو بالاعتبار المبني على الانقلاب» یعنی ولو ما انقلابی شویم (و بگوئیم آن زمان انقلاب پیدا می‌کند)، اما حین ورود التلف این منفعت به چه کسی منسوب بوده؟ به مجیز منسوب است.

همه‌ی سخن مرحوم اصفهانی این است که اگر حین ورود التلف، این منفعت به مجاز له منسوب بود و می‌گفتیم تلف اعتباری نیز موضوع برای ضمان است، دیگر بحثی نبود می‌گفتیم اثر مصحح دارد، اما حین ورود التلف این منفعت، منسوب به مجیز است نه به مجاز له.

در ادامه می‌فرمایند «و على هذا فاعتبار الملكية بالإضافة إلى المنفعة السابقة على حال الاجازة لغو»؛ اعتبار ملکیت نسبت به آن منفعت سابقه لغو است «فلا يعقل أن يتحقق حين تمامية العلة بالإجازة»؛ معقول نیست که بگوئیم تحقق پیدا کند این ملکیت آن منفعت «بل العلة التامة إنما تؤثر في المورد القابل و هي المنفعة الباقية حين الاجازة»؛ نسبت به منفعت باقیه تأثیر پیدا می‌کند.^[3]

پاسخ محقق اصفهانی از اشکال مرحوم آخوند

اشکال: به مرحوم اصفهانی می‌گوئیم شما تا اینجا خیلی محکم، در مقابل آخوند جلو آمدید و می‌گوئید این اجازه، نمی‌تواند منفعت سابقه را ملک برای مجاز له قرار دهد و این اعتبار اثری ندارد و اعتبار اثر، مصحح لازم دارد. می‌گوئیم این مطلب آخوند را چه می‌کنید؟ آخوند فرمود در عقد موقت و در اجاره، اگر مرد یا زن بعد از دو سه ماه که از عقد گذشته اجازه بدهند، این موجب تبعّض در عقد می‌شود و این را شما چکار می‌کنید؟ «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» می‌گوید به تمام این عقد اجاره وفا کن، اما اگر گفتیم از حین اجازه باید وفا کند، به این معناست که عقد از اولش تا این زمان وجوب وفا نداشته «و هذا تبعّضٌ في العقد» و خلاف آیه‌ی شریفه‌ی «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» است.

پاسخ: مرحوم اصفهانی این اشکال را نیز پاسخ داده و می‌فرماید «و لا يلزم تبعّض العقد البسيط من نفوذه في مقدار من المنفعة دون مقدار الآخر»؛ اگر گفتیم این عقد در یک مقداری از منفعت نافذ است و در مقدار دیگر نافذ نیست، تبعّض لازم نمی‌آید؛ زیرا ما قبول داریم که عقد، یک امر بسیط است «بل أشدّ بساطةً من الاعراض»؛ در بساطت، شدیدتر از اعراض است (زیرا عقد جنس و فصل حقیقی ندارد، اعراض تسعه جنس و فصل دارد)، اما اینجا بحث تبعّض نیست، بلکه بحث تعدد است.

این امر بسیط «یتعدّد بلحاظ ما وقع علیه من ملكية كل جزء من المنفعة»؛ می‌گوئیم تا این زمان ملکیتش مال مجیز بوده، از این زمان به بعد، ملکیتش برای مجاز له است، چه اشکالی دارد؟! به لحاظ زمان تعدّد پیدا می‌کند؛ «إذ من البدیهی أن الإضافات تتشخص بتشخص أطرافها»؛ هر اضافه‌ای وقتی اطرافش تغییر و تشخّص پیدا می‌کند (مثلاً فرض کنید سقف و تحت نسبت به یکدیگر اضافه است، حالا اگر این سقف آهنی را بردارند، طرف که تغییر پیدا می‌کند، اضافه نیز تغییر پیدا می‌کند. مثل اینکه در قضیه می‌گوئید «زید قائم»، اگر زید را بردارید و جایش عمرو بگذارید، اضافه نیز تغییر پیدا می‌کند؛ زیرا اضافه یک امری است که (خودش، معنای حرفی دارد و) با تغییر اطرافش (که معنای اسمی دارد) تغییر پیدا می‌کند.

می‌فرماید «فهنالك بحسب أجزاء المنفعة ملكيات، معقودٌ عليها بعبارّة جامعة»؛ درست است یک عقد است، اما اینجا ملکيات متعدده است. در حقیقت در اینجا یک عقد فضولی که خوانده شده، بعد مالک می‌آید اجازه می‌دهد، در حقیقت منحلّ به دو تا عقد می‌شود، عقود متعدده است.

خلاصه‌ی پاسخ ایشان آنکه؛ درست است که عقد، یک امر بسیط است و بسیط نیز تبعض پیدا نمی‌کند، اما تعدد پیدا می‌کند. نظر مرحوم اصفهانی در اجاره‌ی فضولی و در عقد موقت این شد از زمانی که آن کسی که باید اجازه بدهد، آمد اجازه داد، از آن زمان می‌شود برای مجاز له، قبش برای مجیز است و این اشکال مرحوم آخوند که اینجا عقد، تبعض پیدا می‌کند، وارد نمی‌باشد، بلکه تعدد پیدا می‌کند یعنی ملکيات متعدده به سبب إضافات متعدده، تعدد پیدا می‌کند. خلاصه آنکه؛ این عقد به حسب ظاهر یک عقد است، اما به حسب واقع دو عقد است.

روی این مطلب فکر کنید، آیا می‌شود ملتزم شد به اینکه در عقد فضولی در اجاره و عقد موقت، به حسب واقع عقود متعدده است یا خیر؟

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين

[1] «و قد بنى شيخنا الأستاذ العلامة في تعليقه المباركة على الكتاب على موافقة هذا المسلك للأدلة والقواعد أيضا، لكنه لا من حيث إنه مقتضى مفهوم الإجازة المساوقة للإنفاذ، بل من حيث إنّ مضمون العقد نحو مضمون إذا تحققت علته التامة لا بد من اعتباره من حين صدور العقد، وإن كان وعاء الاعتبار زمانا حال تمامية العلة بالإجازة، نظرا إلى أنّ العقد إن كان مثل الإجازة و عقد التمتع، فمضمون العقد ملكية منفعة الدار من أول السنة مثلا إلى آخرها، أو زوجية المرأة في تلك المدة. فلا بد من اعتبار هذا المضمون عند تحقق الإجازة، و إلّا فملكية المنفعة من حين الإجازة، أو الزوجية من حين الإجازة بعد مضي مدة منهما ليست تمام مضمون العقد، فيكون تبعيضا في مضمون عقد الإجازة و عقد التمتع، مع أنّ عموم **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** الوفاء بتمام ما عقد عليه عند تمامية علته. و إن كان العقد مثل البيع و النكاح الدائم، فمضمون العقد هي الملكية المرسلّة الغير المحدودة من حيث المبدء و المنتهى، و كذلك الزوجية اللامؤقتة من حيث البداية و النهاية، فلو لم يجب ترتيب الأثر على هذا المضمون المرسل، لكان التزاما بالملكية المبعوضة و الزوجية المبعوضة المحدودتين من حيث المبدء، مع أنّه لا حد لهما من حيث المبدء بحسب مضمون عقدهما.» حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديث)، ج2، ص147-145.

[2] «قلت: أمّا الإجازة و عقد التمتع فتحقيق القول فيهما: أنّ اعتبار الملكية السابقة فعلا و اعتبار الزوجية السابقة فعلا - إن كان صحيحا عند العرف و العقلاء بالعقد عليهما من الاصيلين - صح اعتبارهما بإجازتهما، و إلّا فالإجازة لا تكون أقوى تأثيرا من مباشرة العقد من الأصيل. و من الواضح أنّ اعتبار ملكية المنفعة السابقة الفائتة بنحو الانقلاب لا أثر له الا الرجوع بالبذل، مع أنّ التلف على الفرض لم يرد خارجا إلّا على المنفعة الغير المملوكة للمجاز له، و إنّما اعتبرت ملكيتها له فعلا بنحو الانقلاب، فالاعتبار متأخر عن التلف، و فرض الانقلاب - و إن كان لازمه فرض ورود التلف على المملوك بالملكية السابقة للمجاز له - إلّا أنّ ورود التلف عليه بالاعتبار لا بالحقيقة، و لا دليل إلّا على كون التلف الحقيقي مضمنا لا التلف الفرضي الاعتباري. نعم إن كان اعتبار الملكية محققا من أول الأمر في الواقع كان التلف الحقيقي واردا على الملك حقيقة في علم الله تعالى، إلّا أنّ المفروض بناء كلامه

على عدم الالتزام بالشرط المتأخر، هذا بناء على أن الملكية المعتبرة هي الملكية المحدودة بنفسها. وأما إذا كانت الملكية في الإجارة غير محددة بالزمان، بل كانت المنفعة محددة بالزمان فلا انقلاب في الملكية حتى عنوانا، بل الملكية الفعلية متعلقة بالمنفعة المتقدمة، كما أنه في تملك منفعة السنة الآتية، تكون الملكية الفعلية متعلقة بالمنفعة المحدودة من أول السنة الآتية إلى آخرها مثلا، فلا انقلاب في الملكية بل المنفعة الواحدة تارة مملوكة لزيد، و أخرى مملوكة لعمرو. و لو كانت الملكية من المقولات الواقعية لم يكن محذورها الانقلاب، بل كون شيء واحد مشخصا لغرض تارة و مشخصا لغرض آخر أخرى، و لازمه تعدد الواحد، إذ الشخص رقيق الواحدة و الوجود، لكن حيث إن الملكية اعتبارية فكما يصح أن تكون منفعة السنة الآتية بحدها طرفا لملكية زيد في زمان، و لملكية عمرو في زمان آخر، فكذلك في المنفعة المتقدمة إلا أنه لا بد من أثر مصحح للاعتبار، و لا أثر للملكية بالإضافة إلى المنفعة الفائتة بناء على هذا التقدير، حتى بناء على كفاية ورود التلف بالاعتبار، لأن المفروض أن زمان - اعتبار الملكية و زمان الملكية المعتبرة - حال الإجازة، فالتلف وارد على ما لا اضافة له إلى المجاز له في ظرف وروده، و لو بالاعتبار المبني على الانقلاب.» همان.

[3] «و على هذا فالاعتبار الملكية بالإضافة إلى المنفعة السابقة على حال الإجازة لغو، فلا يعقل أن يتحقق حين تمامية العلة بالإجازة، بل العلة التامة إنما تؤثر في المورد القابل، و هي المنفعة الباقية حين الإجازة، و لا يلزم تبعض العقد البسيط من نفوذه في مقدار من المنفعة دون مقدار آخر. فإن العقد و إن كان من حيث كونه أمرا اعتباريا بسيطا، بل أشد بساطة من الاعراض، لعدم كونه من المقولات حتى يمكن فرض جنس و فصل له كما في الاعراض، إلا أن هذا الأمر البسيط يتعدد بلحاظ ما وقع عليه من ملكية كل جزء من المنفعة، إذ من البديهي أن الإضافات تتشخص بتشخص أطرافها، فهناك بحسب أجزاء المنفعة ملكيات معقود عليها بعبارة جامعة، ففي الحقيقة عقود متعددة بتعدد الملكية بتعدد ما تضاف إليه، و البسيط لا يتبعض و لكنه يتعدد، هذا كله في مثل عقد الإجارة و التمتع. و أما عقد البيع و النكاح الدائم فتحقيق الأمر فيهما: أن الملكية في البيع المتعلقة بالعين و كذا الزوجية المتعلقة بالعين من دون ملاحظة توقيت فيها على أي حال مرسلة مطلقة غير محدودة، و إن فرضنا في زمان قليل، كما إذا فرض ورود عقود متعددة على العين في أزمنة متعاقبة، فإن الحاصل بكل واحد من العقود في كل واحد من الأزمنة ملكية مرسلة أو زوجية مرسلة، فكما لا يكون العقد الثاني بالإضافة إلى العقد الأول مقتضيا لملكية مبعوضة لسبق حصولها في زمان، و كذا العقد الثالث بالإضافة إلى العقد الثاني، فكذلك ما يحصل عقيب الإجازة ليس مبعوضا بالإضافة إلى الملك الباقي ببقاء سببه إلى حين حصول الإجازة.» حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديثة)، ج2، ص148-147.