

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

جلد اول از بسته دکتری

متون فقه پیشرفته

(دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی)

شامل:

درسنامه کاربردی جهت دکتری

پاورقی (نظرات آزمونی)

ترجمه لغات مهم

تست و خودسنجی

سرشناسه: دپارتمان تخصصی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی.

عنوان: متون فقه پیشرفته (جلد اول از بسته دکتری شاخه فقه و مبانی حقوق اسلامی).

مشخصه نشر: تهران، انتشارت عدلیه، ۱۳۹۹

مشخصات ظاهری: ۹۴۸ ص / جدول / تصویر.

نوبت ویرایش: اول/۱۳۹۹.

موضوع: معاملات- فقه و مبانی حقوق اسلامی- آزمون دکتری - ۱۴۰۲-۱۴۰۱

موضوع: فقه جزا- فقه عمومی- فقه خصوصی- متون فقه (بخش معاملات).

شناسه افزوده: متاجر- اجاره- دین- رهن- ضمان- شرکت- مضاربه- ودیعه- عاریه- حواله- شفعه- وصیت- ارث- وقف.

شناسه افزوده: حدود- قصاص- دیات- قضا- شهادت- امر به معروف و نهی از منکر.

شناسه افزوده: شهید اول- شهید ثانی- مرحوم کلانتر- شیخ طوسی- علامه حلی- امام خمینی- آیت الله خوئی.

شناسه افزوده: محقق حلی- آیت الله خویی- شیخ مفید- علامه حلی- محقق حلی- ابن ادریس.

شناسه افزوده: علی شیروانی- حمید مسجد سرایی- عباس زراعت- اسدالله لطفی- حسن تبریزی قاروویی.

شناسه افزوده: لمعه دمشقیه- ترجمه و تبیین تحریر الروضه - شرح کلانتر- شرایع الاسلام- نهاییه- خلاف- متون فقه استدلالی.

شناسه افزوده: آزمون دکتری نیمه متمرکز - ۱۴۰۲/۱۴۰۱/۱۴۰۰

قیمت: ۳۰۰ هزار تومان

عنوان: متون فقه پیشرفته

به کوشش: دپارتمان تخصصی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی

ناظر: ابوالقاسم شم آبادی

ناشر: تهران، انتشارت عدلیه، ۱۳۹۹

تیراژ: ۵۰۰ نسخه

بهاء: ۳۰۰ هزار تومان

تلفن:

۰۲۱-۶۶۹۲۱۰۰۲

۰۲۱-۶۶۵۸۱۷۴۸

آدرس انتشارات:

تهران - انقلاب - جمالزاده جنوبی - ساختمان ۱۴۰ - پلاک ۹۴ - واحد ۱۷ - طبقه ۴

Email: nashreadliye@gmail.com

http://www.adlpub.com

کانال تلگرام عدلیه را در گوشی خود دنبال کنید:

کانال دکتری حقوق

https://t.me/PHDdoktori

حق چاپ برای ناشر محفوظ است

فقط اخلاق است که باعث احترام به حقوق معنوی می شود.

فهرست مختصر مطالب

سخنی با خوانندگان کتاب

حدود:..... ۷

قصاص:..... ۲۲۱

دیات:..... ۲۸۱

قضاوت:..... ۳۱۰

شهادت:..... ۳۳۴

غصب:..... ۳۵۸

اجاره:..... ۳۹۱

وکالت:..... ۴۲۵

جعاله:..... ۴۴۱

متاجر:..... ۴۵۰

شفعه: ۶۰۸

وصایا: ۶۲۴

میراث: ۶۵۰

مزارعه: ۶۷۰

مساقات: ۶۸۵

وقف: ۶۹۹

نکاح: ۷۰۷

طلاق: ۷۴۵

عطیه: ۷۵۹

امر به معروف و نهی از منکر: ۷۶۱

دین: ۷۷۹

رهن: ۸۰۷

حجر: ۸۴۱

ضمان: ۸۵۰

حواله: ۸۶۵

کفاله: ۸۷۵

صلح: ۸۸۷

شرکت: ۹۰۳

مضاربه: ۹۱۲

ودیعه: ۹۲۲

عاریه: ۹۳۸

کتاب پیشرفته متون فقه - انتشارات عدلیه ۰۲۱۶۶۹۲۱۰۰۲ و ۰۲۱۶۶۹۱۱۰۰۹
۰۲۱۶۶۵۱۱۷۴۸ و ۰۲۱۶۶۵۱۱۷۳۶۶۱۱۰

سخنی با خوانندگان کتاب:

فقه و مبانی حقوق اسلامی یکی از شاخه‌های آزمون‌های دکترای نیمه متمرکز می‌باشد که سرفصل‌های تخصصی آن شامل «متون فقه/زبان عربی / اصول فقه» بوده و ضریب هر یک در آزمون دکتری ۴ می‌باشد. ضریب دروس عمومی نیز ۱ است. (که شامل زبان انگلیسی و استعداد تحصیلی است.) از همین رو، متون فقه نیز یکی از دروس تخصصی شاخه فقه و مبانی حقوق است که ضریب آن (همانطور که بیان شد) در آزمون دکتری ۴ می‌باشد.

با اینکه داوطلبان شاخه دکتری فقه و مبانی در درس متون فقه بسیار قوی هستند و غالباً این درس پاشنه آشیل داوطلبان این شاخه محسوب نمی‌شود؛ اما گستردگی مباحث متون فقه باعث شده که مطالعه آن برای داوطلبان فقه و مبانی بسیار سخت و زمان‌بر شود؛ چنانچه اگر داوطلبی به کتاب مناسبی دسترسی نداشته باشد؛ بایستی کتاب‌های زیادی جهت این درس مطالعه نماید.

عنوان کتابی که برای داوطلبان این شاخه برای اولین بار به صورت حرفه‌ای و کاربردی ارائه داده‌ایم؛ **متون فقه پیشرفته** نام دارد که در حقیقت جلد اول از بسته دکتری متون فقه عدلیه محسوب می‌گردد.

داوطلب با مطالعه این کتاب مفید به همراه برنامه‌ریزی منظم (و البته مطالعه مستمر) خواهد توانست بسیاری از تست‌های این درس را در روز آزمون دکتری پاسخ داده و در نهایت رتبه خوبی در آزمون دکتری کسب کند که این موضوع کمک فراوانی به گذر بی‌دغدغه از مصاحبه دکتری خواهد کرد. (چرا که کسب رتبه مفید و مخصوصاً کسب رتبه بین ۱ الی ۵۰ یعنی عبور نسبتاً بی‌دغدغه از سد اساتید مصاحبه‌کننده) داوطلبان از ذکر این نکته غافل نباشند که در سال‌های قبل از ۱۳۹۵ سوالات دکتری بیشتر به صورت نکته‌ای بود و کمتر به مباحث فنی مانند ضمایر، بررسی اصول، قواعد، نظریات فقها پرداخته می‌شد؛ اما در سال‌های اخیر سوالات متون فقه چند درجه‌ای سخت‌تر و البته حرفه‌ای‌تر طرح می‌شود.

از جمله ویژگی‌های این کتاب این است که:

۱. تفسیری است (به نظرات شاذ - قول قیل - نظرات فقهای امامیه مانند شیخ طوسی، محقق حلی اشاره شده است).
۲. فنی است؛ (به قواعد عربی کلمات و افعال حتی المقدور توجه شده است).
۳. به لغات مهم و ترجمه آن (در آخر هر مبحث) اشاره شده است.
۴. و نهایتاً اینکه سوالات دکتری و یا آزمون‌های در آخر هر مبحث، مورد اشاره قرار گرفته است.

منابع مورد استناد: دپارتمان، تالیف کتاب متون فقه پیشرفته را بر پایه چند منبع اصلی بنا نهاده که در ذیل مورد اشاره قرار می‌گیرد:

دوره ۱۵ جلدی ترجمه و تبیین تحریرالروضه با ترجمه علی شیروانی و محمود عباسی؛

دوره ۲ جلدی لمعه دمشقیه با ترجمه علی شیروانی؛

دوره ۶ جلدی متون فقه با ترجمه دکتر عباس زراعت؛

دوره ۱۰ جلدی نموداری حمید مسجدسرای و کتاب گزیده مباحث حقوقی تحریرالروضه این استاد؛

دوره ۲ جلدی تحریرالروضه علیرضا امینی و محمد رضا آیتی (به همراه ترجمه آن، کتاب متون فقه استدلالی)؛

دوره ۴۲ جلدی التضمین تالیف شیخ حسن قاروبی تبریزی؛

مباحث حقوقی شرح لمعه ترجمه دکتر اسدالله لطفی؛

شرح کامل سید محمد کلانتر (دپارتمان برای اولین بار شرح (پاورقی‌های) این کتاب را ترجمه کرده است)؛

در نهایت اینکه داوطلب اگر در جریان سوالات دکتری قرار داشته باشد؛ متوجه این نکته خواهد شد که بیشتر از این نیازی نبوده تا منابع دیگر

و نظریات فقهای معاصر مورد بررسی قرار گیرد؛ (البته به غیر از تست و آزمون‌های دکتری که ما در این کتاب آنها را گردآوری کرده‌ایم).

از داوطلبان دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی یک درخواست داریم؛ اینکه این کتاب هنوز ویرایش اول خود را می‌گذارند و ممکن است در لابه لای مباحث با ایرادات جزئی همراه باشد؛ در صورت مشاهده لطفاً ما را از موضوع مطلع نمایید.^۱

دپارتمان دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی

(هر آنچه انسان بخواهد به آن می‌رسد)
«وین دایر»

۰۲۱۶۶۵۱۱۷۴۸

گوشزد:

هر چند محتوای این کتاب بسیار کامل است اما در نحوه ارائه محتوا (در این کتاب) از سبک های گوناگون استفاده کرده‌ایم؛ به طور نمونه برخی صفحات ممکن است مبحثی، پاورقی داشته باشد و در مبحثی دیگر بدون پاورقی باشد. اما از لحاظ کامل بودن، مسلماً کاملترین کتاب موجود در بازار است.

ضمناً نمونه‌ها انتخابی است و نهایتاً چند صفحه از یکی دو مبحث جهت آشنایی با محتوای کتاب آمده است؛ مثلاً از باب غصب فقط چند صفحه را مورد اشاره قرار داده‌ایم و یا چند تست را از تعداد مجموعه تست‌های مربوط به یک مبحث آورده‌ایم که با سبک عدلیه آشنا شوید.

انتشارات عدلیه ۰۲۱۶۶۹۲۱۰۰۲
۰۲۱۶۶۵۱۱۷۴۸ و ۰۲۱۶۶۹۱۱۰۰۵

نمونه صفحات از باب غضب، متاجر و اجاره انتخاب شده است؛ معمولاً بالای صفحه متن و ترجمه است و در نصف پایین صفحه (معمولاً) پاورقی‌ها مورد اشاره قرار گرفته است.

ضمناً همه پاورقی‌ها در حقیقت برای آزمون نیاز به مطالعه ندارد بلکه با مطالعه سوالات دکتری، خود متوجه این نکته خواهید شد که کدام پاورقی را حفظ کنید و کدام پاورقی را مطالعه نکنید!

متون فقه - انتشارات عدلیه ۰۲۱۶۶۹۲۱۰۰۲ و ۰۲۱۶۶۹۱۱۰۰۲

کتاب الغصب

وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً. والمراد بالاستقلال: الاقلال وهو الاستبداد به لا طلبه كما هو الغالب في باب الاستفعال وخرج به (۱):

اول: ما لا إثبات معه أصلاً **كمنعه** (۲) من ماله حتى تلف

دوم: وما لا استقلال معه (۳) كوضع يده على ثوبه الذي هو لابسه فإن ذلك (۴) لا يسي غصبا وخرج بالمال الاستقلال باليد على الحر. فإنه لا تتحقق فيه الغصبية فلا يضمن وبإضافة (۵) المال إلى الغير ما لو استقل باثبات يده على مال نفسه عدواناً كالمهون في يد المرتهن، والوارث على التركة مع الدين فليس بغاصب وإن أثم (۶)، أو ضمن (۷)

باب غصب {۸}

غصب عبارت است از اینکه شخصی مستقلاً از روی تعدی و عدوان نسبت به مال دیگری سلطه و تصرف داشته باشد؛ {۹} و منظور از کلمه استقلال: اقلال {۱۰} است یعنی با وجود اینکه کلمه (استقلال) از باب استفعال است و باب استفعال غالباً به معنای طلب کردن چیزی است اما در اینجا {معنای باب افعال را می دهد و} منظور (از اقلال یا استقلال) انجام دادن کار به تنهایی است و به معنای درخواست برداشتن چیزی به تنهایی نمی باشد.

به وسیله قید «الاستقلال باثبات اليد» دو چیز از تعریف غصب خارج می شود:

اول: موردی که شخص اصلاً مال دیگری را تصرف نمی کند؛ مانند اینکه غاصب مالک را از تصرف در مال خود منع می کند تا اینکه آن مال تلف گردد.

دوم: موردی که متصرف، تصرف مستقل ندارد مانند دست گذاشتن بر جامه کسی که آن را پوشیده است که چنین تصرفی را غصب نمی گویند.

به وسیله قید مال: تصرف کردن استقلالی بر غیرمال نظیر انسان آزاد از تعریف خارج می شود زیرا در مورد انسان آزاد غصب تحقق نمی یابد لذا (در صورت تلف شدن) شخص متجاوز ضامن نیست. {۱۱}

به وسیله قید اضافه کردن مال به غیر «مال الغير»: موردی خارج می شود که کسی مستقلاً و از روی تعدی و عدوان مال خودش را متصرف شود؛ مانند تصرف کردن مالی که (بابت قرض) در دست مرتهن به رهن گذاشته است (که چون مال خود راهن است غصب محسوب نمی شود ولی با این کار گناه کرده است) یا تصرف وارث در ترکه مورث در حالی که میت بدهکار است که در این صورت راهن و وارث، غاصب محسوب نمی شود (چون در مال خودش تصرف کرده اند) ولی (در صورت تلف شدن مال الرهن) راهن مرتکب گناه شده است و (در صورت تلف شدن ترکه قبل از ادای دیون) وراث ضامن است.

نکته: مرجع ضمیر هو در هو الاستقلال: غصب

پاورقی ۱- شرح کلانتر: مرجع ضمیر ه در (به): الاستقلال باثبات اليد

پاورقی ۲- شرح کلانتر: مرجع ضمیر ه در كمنعه: مالک (را از تصرف در مال منع کند: ای الغير كمنع الغاصب صاحب المال عن التصرف فيه.)

پاورقی ۳- شرح کلانتر: مرجع ضمیر ه در (معه): تصرف

پاورقی ۴- شرح کلانتر: چنین تصرفی را (ای هذا الاثبات.)

پاورقی ۵- شرح کلانتر: اضافه کردن کلمه مال به غیر (ای وخرج باضافة (المصنف) المال إلى الغير في تعريفه الغصب بقوله: (وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير.)

پاورقی ۶- شرح کلانتر: در صورت تلف شدن مال الرهن، راهن مرتکب گناه شده است (في صورة تلف مال المرتهن.)

پاورقی ۷- شرح کلانتر: و در صورت تلف شدن ترکه قبل از ادای دیون وراث ضامن است (تلف مال التركة قبل اداء الدين.)

پاورقی ۸- شرح کلانتر: غصب، مصدر وهو أخذ الشيء قهراً رغم أنف صاحبه: غصب مصدر است و عبارت است از گرفتن چیزی به قهر و غلبه و بدون رضایت صاحب آن

پاورقی ۹- شرح کلانتر: عدواناً ای ظلماً من دون ان يكون للغاصب حق: عدواناً به معنی اینکه از روی ظلم و بدون اینکه از طرف غاصب حق محسوب شود.

پاورقی ۱۰- شرح کلانتر: اقلال: وهو الانفراد بالشيء: منظور از اقلال (یا استقلال) انجام دادن کار به تنهایی است.

پاورقی ۱۱- شرح کلانتر: ای الحر لو تلف بوضع يد المتعدى عليه (یعنی انسان آزاد اگر با وضع يد غاصب، تلف گردد)

وبالعدوان:

إثبات المرتين، والولي، والوكيل، والمستأجر، والمستعير أيديم على مال الراهن، والمولى عليه، والموكل، والمؤجر، والمعير

ومع ذلك فينتقض التعريف في عكسه (۱)

مورد اول: بما لو اِشترک اثنان فصاعدا في غضب بحيث لم يستقل كل منهما باليد.

فلو أبدل الإستقلال بالإستيلاء لشملة، لصدق الاستيلاء مع المشاركة.

مورد دوم: وبلاستقلال بإثبات اليد على حق الغير كالتحجير (۲) وحق المسجد (۳) والمدرسة والرباط ونحوه مما لا يعد مالا فإن الغضب متحقق

به وسیله قید «عدوانا» این موارد از تعریف غضب خارج می شود:

- اثبات ید مرتهن بر مال راهن
- اثبات ید ولی بر مال مولی علیه
- اثبات ید وکیل بر مال موکل
- اثبات ید مستاجر بر مال موجر
- اثبات ید مستعیر (عاریه گیرنده) بر مال معیر (عاریه دهنده) «لذا در هیچ یک از این موارد تصرف عدوانی نبوده و به آن غضب نمی گویند.»

با این وجود (موارد ذکر شده)، تعریف غضب جامع افراد نیست و برخی موارد را که مسلما غضب به شمار می رود شامل نمی شود؛ از قبیل:

مورد اول: در موردی که دو نفر یا بیشتر مشترکا مالی را غضب کنند به طوری که هیچ یک از آن دو استقلال در تصرف نداشته باشند **(که در این صورت عمل آنها غضب محسوب می شود ولی تعریف مذکور شامل آن نمی شود)** بنابراین اگر به جای استقلال در تصرف کردن، استیلاء گفته می شد تعریف غضب شامل این مورد نیز می گشت؛ زیرا استیلاء با مشارکت نیز صدق می کند.

مورد دوم: در موردی که کسی به طور مستقل و انفرادی، حق کسی را تصرف می کند از قبیل **حق تحجیر** (که اگر کسی زمین مواتی را برای آباد کردن دور آن حصار ببندد و کسی آنجا را تصرف کند غضب محسوب می شود) و **حق مسجد** (که اگر کسی زودتر از دیگران جایی از مسجد را اشغال کند تا زمانی که برای انجام عبادت در آنجا مستقر است کسی نمی تواند او را بلند کند و اگر کسی بر این کار مبادرت کند، غاصب خواهد بود) و **حق مدرسه** (که اگر طلبه ای زودتر از دیگران اتاقی را در مدرسه تصرف کند دیگری حق ندارد او را بیرون کند و اگر چنین کند این عمل غضب است) و **حق کاروانسرا** (که هرکس زودتر از دیگران به آنجا وارد شود و اتاقی را تصرف کند اولویت دارد و بیرون راندن او توسط دیگران غضب محسوب می شود) و امثال اینها که **مال محسوب نمی شوند؛ اما غضب تحقق یافته است (مهم است)**

پاورقی ۱- شرح کلانتر: تعریف غضب ارائه شده توسط مصنف جامع افراد نیست و برخی موارد را که مسلما غضب به شمار می رود؛ شامل نمی شود؛ (ای ینتقض تعریف (المصنف) فی انه لا یکون جامعا للافراد)

پاورقی ۲- شرح کلانتر: الذی یحجره الانسان من (الاراضی الموات) ثم یستولی علیه شخص آخر. فالتعريف لا یشمله، لعدم وجود مال مع تحقق الغضب: اگر کسی زمین مواتی را برای آباد کردن دور آن حصار ببندد و کسی آنجا را تصرف کند غضب محسوب می شود.

پاورقی ۳- شرح کلانتر: كما لو كان شخص جالسا في (المسجد) ثم جاء آخر ودفعه عنه وجلس في مكانه. فان دفع الاول والجلوس في مكانه يعد غصبا، لحق الاسبقية للاول: اگر کسی زودتر از دیگران جایی از مسجد را اشغال کند تا زمانی که برای انجام عبادت در آنجا مستقر است کسی نمی تواند او را بلند کند و اگر کسی بر این کار مبادرت کند، غاصب خواهد بود.

نکته: کدام یک جزء مواردی هستند که مال محسوب نمی شود اما غضب آنها امکانپذیر است؟ حق تحجیر - حق کاروانسرا - حق مسجد - حق مدرسه

مورد سوم: وكذا غصب ما لا يتمول عرفا { مفهوم متمول: چیزی که عرفا مال شمرده نشده اما لفظ مال روی آن گذاشته شده است. } كحبة الحنطة فإن يتحقق به (۱) أيضا على ما اختاره المصنف **ويجب رده (۲)** على مالكة مع عدم المالية، إلا أن يراد هنا (۳)

جنس المال، أو يدعى إطلاق المال عليه (۴).

ويُفرق بينه (۵) وبين المتمول وهو (۶) بعيد

نظر شهید اول مهم است: تصاحب یک دانه گندم غصب تلقی می شود.

مورد چهارم: وعلى الحر والصغير والمجنون إذا تلف تحت يده بسبب. كدغ الحية، ووقوع الحائط. فإنه يضمن عند المصنف وجماعة كما اختاره في الدروس فلو أبدل المال **بالحق** لشمع جميع ذلك.

مورد سوم: در موردی که چیزی نظیر یک **دانه گندم که عرفا مال محسوب نمی شود** تصاحب شود که در این صورت بنا به نظر شهید اول تصرف عدوانی چیزهایی نظیر دانه گندم که مال نیست از مصادیق غصب می باشد (سوال آزمونی بوده) و بر متصرف لازم است که آن را به مالکش برگرداند. با وجود اینکه یک دانه گندم مالیت ندارد مگر اینکه منظور شهید اول از مال در غصب، جنس مال باشد (یعنی هر چیزی که در واقع لفظ مال بر آن اطلاق شود اگر چه عرفا به آن مال نگویند) و یا اینکه ادعا شود که بر یک دانه گندم مال اطلاق می شود.

و **بین مال و متمول {۶} فرق وجود دارد** (که در این صورت مشمول تعریف غصب می گردد) اما چنین ادعایی (از نظر شهید ثانی) بعید است (و معلوم نیست که بین این دو کلمه فرقی باشد).

بین مال و متمول از نظر شهید اول تفاوت وجود دارد اما شهید ثانی نظر مصنف را نمی پسندد؛ بنابراین از نظر او مال و متمول یک معنا دارد.

مورد چهارم: در موردی که طفل صغیر یا دیوانه‌ای در تصرف شخصی قرار گیرند و آنها در زمانی که در اختیار شخص متجاوز بوده‌اند به سببی از اسباب نظیر گزیدن مار یا خراب شدن دیوار بر سر آنها تلف شوند که در چنین حالتی از نظر شهید اول و گروهی از فقها، شخص متجاوز ضامن است و شهید اول در کتاب (الدروس شرعیه) همین نظریه را انتخاب کرده است (اما از آنجایی که طفل و دیوانه مال محسوب نمی شوند غصب تحقق نمی یابد) بنابراین اگر مصنف در تعریف غصب به جای مال، حق می گفت تعریف مذکور شامل تمامی موارد مذکور می گردید.

پاورقی ۱- شرح کلانتر: ای بوضع الید علی حب الحنطة وان لم یعد مالا: به نظر شهید اول تصرف عدوانی چیزهایی نظیر دانه گندم که مال نیست از مصادیق غصب می باشد

پاورقی ۲- شرح کلانتر: ای رد ما لا يتمول إلى صاحبه: یعنی رد چیزی که مال شمرده نمی شود (حبه گندم) به صاحبش

پاورقی ۳- شرح کلانتر: ای فی تعریف (الغصب): یعنی در تعریف غصب

پاورقی ۴- شرح کلانتر: ای یقال: إن المال يطلق على حبة الحنطة. اذن التعریف یشملة: اینکه ادعا شود که بر یک دانه گندم مال اطلاق می شود.

پاورقی ۵- شرح کلانتر: ای یفرق بین حب الحنطة الذی يطلق علیه المال، و بین المتمول: یعنی بین دانه گندم که بر آن مال اطلاق می شود و بین متمول (چیزی که مال محسوب می شود) فرق وجود دارد. که در این صورت مشمول تعریف غصب می گردد.

پاورقی ۶- شرح کلانتر: ای اطلاق المال علی غیر المتمول بعید، لان الظاهر من المتمول ما كان مالا حقیقه و عرفا. و اطلاق المال علی حب الحنطة لیس اطلاقا حقیقیا عرفیا، بل اطلاق حقیقی فقط، اذا العرف لا یری اطلاق المال علیه اطلاقا صحیحا: یعنی اطلاق مال بر غیر متمول (غیر چیزی که مالیت دارد) بعید است. چرا که ظاهر از متمول داشتن مال در **حقیقت و عرف است و اطلاق مال بر دانه گندم حقیقت عرفی نیست بلکه فقط اطلاق حقیقی است.**

پاورقی ۶: مفهوم متمول: چیزی که عرفا مال شمرده نشده اما لفظ مال روی آن گذاشته شده است. (مهم است)

وأما من ترتبت يده (۱) على يد الغاصب جاهلا به، ومن سكن دار غيره غلطا، أو لبس ثوبه خطأ فإنهم ضامنون وإن لم يكونوا غاصبين، لأن الغصب من الأفعال المحرمة في الكتاب (۲) والسنة (۳) بل الاجماع (۴)، ودليل العقل (۵) فلا يتناول غيرالعالم وإن شاركه في بعض الأحكام (۶) وإبدال (۷) العدوان بغير حق ليتناولهم من حيث إنهم ضامنون ليس بجيد، لما ذكرناه (۸) وكذا (۹) الاعتذار

گوشزد مهم: ممکن است در آزمون پرسیده شود «قید» در این جمله اشاره به چه چیزی دارد؟

بگونه بمعناه او دعوی (۱۰) الاستغناء عن القید (۱۱) أصلا لیثملهم، بل الاجود الافتقار إلى قید العدوان الدال على الظلم.

کسی که ید او بر ید غاصب مترتب شده است (غصب بر غصب یا تعاقب ایادی) و از روی جهل و عدم اطلاع در مالی که غاصب، غصب کرده، تصرف کرده است (مانند اینکه غاصب مال غصبی را به کسی بفروشد یا هبه کند و طرف مقابل از غصبی بودن مال آگاه نباشد) و کسی که اشتباها در خانه دیگری تصرف می کند یا اشتباها لباس دیگری را می پوشد. این افراد **اگر چه ضامن هستند ولی غاصب نیستند؛** زیرا غصب از جمله اعمالی است که در قرآن و سنت عمل حرام می باشد و اجماع و دلیل عقل نیز بر حرمت آن دلالت دارد؛ بنابراین **غصب شامل عمل شخص غیر عالم نمی شود** هر چند که عمل جاهل با عالم در پاره ای از احکام (نظیر ضامن بودن) یکی است.

این توهم که اگر شهید اول به جای کلمه عدوانا «بغیر حق» می گفت تا اینکه تعریف غصب شامل افراد جاهل تصرف کننده در مال غیر بشود چون در این موارد نیز متصرف ضامن است بجا و مناسب نیست به خاطر مطلبی که بیان کردیم (مبنی بر اینکه غصب یک عمل حرام است که از شخص عالم و آگاه صادر می شود در حالی که صدور آن از شخص غیرعالم و آگاه حرام نیست و غصب محسوب نمی شود) همچنین اگر کسی بگوید که لفظ

عدوان به معنای به غیر حق می باشد (و مفهوم آن دو یکی است) و یا اینکه ادعا شود که اصلا **به قید عدوان یا به غیر حق** در تعریف غصب نیازی نیست و در این صورت تعریف غصب همه موارد مذکور را شامل خواهد شد. چنین توهم هایی نیز بجا و مناسب نمی باشد بلکه بهتر آن است که بگوئیم در تعریف غصب به قید عدوانا که بر ظلم دلالت می کند (و غصب از مصادیق ظلم است) **نیاز می باشد** (و بدون آن تعریف ناقص خواهد بود).

مخلص کلام: بنابراین غصب از شخصی که آگاه به کار خود است، سر می زند؛ پس برای آزمون یادتان باشد که در تعریف غصب نمی توان به جای «عدوان» از کلمه «غیر حق» استفاده کرد. (دقت کنید به جای کلمه عدوان)

پاورقی ۱- شرح کلانتر: منظور تعاقب ایدی و یا ترتب ایدی است.

بأن وصله المال المغصوب من يد الغاصب، أو وصله ممن وصله من الغاصب وهو لا يعلم أنه مغصوب (ترتب الايدي)، أو (تعاقب الايدي): کسی که مال غاصب را غصب می کند یا مالی را از غاصب بگیرد بدون اینکه بداند مال غصبی است.

پاورقی ۲- شرح کلانتر: في قوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) البقرة: الآية ۱۸۸

پاورقی ۳- شرح کلانتر: في قوله رسول الله ص: (المسلم أخو المسلم لا يحل ماله الا عن طيب نفس منه) و قوله.... على اليد ما اخذت حتى تؤدي

پاورقی ۴- شرح کلانتر: إذ الامة الاسلامية أجمعت على عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه. فعدم جواز التصرف أصبح من (الضروريات الدينية): اگر امت اسلامی بر عدم جواز تصرف در مال غیر بدون اذن مالک اجماع داشته باشند؛ عدم جواز تصرف از ضروریات دینی شده است.

پاورقی ۵- شرح کلانتر: وهو قبح التصرف في مال الغير بدون اذنه: تصرف بر مال غیر بدون اذن مالک از ضروریات دینی شده است.

پاورقی ۶- شرح کلانتر: كالضمان: نظیر ضامن بودن

پاورقی ۷- شرح کلانتر: ابدال لفظ (العدوان) بكلمة (غير حق) لشمول هذه الموارد المذكورة التي يضمن فيها المال وإن لم يكن الاستيلاء عدوانيا: استفاده از لفظ عدوان به کلمه به غیر حق شامل موارد مذکوره است که تصرف در مال غیر است اما استیلاء عدوانی نیست. (مبتدأ خبر آن (لیس بجید) است)

پاورقی ۸- شرح کلانتر: (من ان هؤلاء ليسوا بغاصبين: مواردی که غاصب نیستند). غصب یک عمل حرام است که از شخص عالم و آگاه صادر می شود در حالی که صدور آن از شخص غیرعالم و آگاه حرام نیست و غصب محسوب نمی شود.

پاورقی ۹- شرح کلانتر: أي وكذلك ليس بجيد لو اعتذر معتذر عن قبل (المصنف) بان تعاقب الايدي على المغصوب بمعنى الغصب فيشملة التعريف. ووجه كونه ليس بجيد: أن الغصب مأخوذ في مفهومه الاعتداء والظلم. وهنا ليس كذلك، لعدم علم الآخر بالغصب. فلا يصدق مفهوم الغصب: به نظر شهید اول کسی که به خاطر جهل و تعذر مال غصب شده را مجددا غصب نماید معنای غصب شامل او نمی شود و صحیح نیست به او غاصب گفته شود چرا که غصب از مفهوم تعدی و ظلم گرفته شده و در اینجا تعدی و ظلم وجود ندارد به خاطر عدم علم شخص به غصب که در اینجا مفهوم غصب صدق نمی کند.

پاورقی ۱۰- شرح کلانتر: أي وكذا ليس بجيد لو قيل: بالاستغناء عن قید العدوان. و یا اینکه مناسب نیست گفته شود که نیازی به قید عدوان نیست.

پاورقی ۱۱- منظور از قید: عدوان یا به غیر حق

وقد تلخص: أن الاجود في تعريفه أنه الاستيلاء على حق (١) الغير عدوانا، وان أسباب الضمان غير منحصره فيه (٢).
وحيث اعتبر في الضمان الاستقلال والاستيلاء

اول - فلو منعه من سكنى داره ولم يثبت المانع يده عليها أو منعه من امساك دابته المرسله كذلك (٣) فليس بغاصب لهما (٤) فلا يضمن العين لو تلفت، ولا الاجرة (٥) زمن المنع، لعدم اثبات اليد الذي هو جزء مفهوم الغصب. ويشكل (٦) بانه لا يلزم من عدم الغصب عدم الضمان، لعدم انحصار السبب فيه (٧)، بل ينبغي أن يختص ذلك (٨) بما لا يكون المانع سببا في تلف العين بذلك (٩) بأن اتفق تلفها (١٠) مع كون السكنى غير معتبرة في حفظها والمالك غير معتبر في مراعاة الدابة كما يتفق (١١) لكثير من الدور وللدواب أما لو كان حفظه متوقفا على سكنى الدار ومراعاة الدابة لضعفها أو كون أرضها مسبعة (١٢) مثلا. فان المتجه الضمان (١٣) نظرا إلى كونه (١٤) سببا قويا مع ضعف المباشر.

حفظ عباراتی مانند این برای آزمون پیش رو بسیار اهمیت دارد.

خلاصه اینکه: بهتر است که در تعریف غصب گفته شود: غصب عبارت است از استیلاء بر حق غیر (که شامل مال نیز می شود) از روی عدوان و ظلم و اسباب ضمان منحصر در غصب نمی باشد (بلکه اعم از آن است).

خاطراتان هست که، گفتیم استفاده از کلمه (برخلاف حق) به جای عدوان صحیح نیست - (حق) در جمله فوق کاملا جدا و متفاوت با موضوع قبلی است.

از آنجایی که برای ضامن بودن، استقلال و استیلاء شرط می باشد؛ بنابراین:

اول - اگر شخصی مانع سکونت کسی در خانه خودش شود و خود شخص منع کننده خانه را تصرف کرده باشد و یا اینکه نگذارد صاحب چهارپا حیوان خود را که رها و آزاد است ببندد بدون اینکه حیوان را تصرف کرده باشد؛ آن شخص غاصب خانه و چهارپا محسوب نمی شود.

بنابراین اگر عین (خانه یا چهارپا) این موضوع سابقه طرح سوال داشته و در آینده نیز خواهد داشت؛ بنابراین دقت نمایید. و چهارپا در زمان مانع شدن مالک نیست زیرا ید و تصرف و تسلط بر مال که جزئی از مفهوم و ماهیت غصب می باشد؛ تحقق نیافته است.

نکته مهم: رابطه بین غصب و ضمان: عموم و خصوص من وجه است.

اما اشکال شهید ثانی این است که **غاصب نبودن مستلزم ضامن نبودن آن شخص نیست زیرا سبب ضمان منحصر در غصب نیست** بلکه سزاوار است که ضامن نبودن به موردی اختصاص یابد که شخص منع کننده به واسطه ایجاد ممانعت برای مالک سبب تلف شدن عین نشده باشد (و او را سبب تلف ندانند) به این صورت که تلف شدن عین (خانه یا چهارپا) اتفاقی و به طور طبیعی واقع گردد به علاوه اینکه سکونت در خانه در نگهداری آن شرط نباشد و یا اینکه حیوان بدون اینکه مالک در نگهداری آن نقش داشته باشد تلف گردد؛ چنانکه در مورد **بسیاری از خانه ها و حیوانات** اتفاق می افتد؛

اما چنانچه حفظ و نگهداری از خانه یا چهارپا موقوف به سکونت در خانه و نگهداری و مراقبت از حیوان باشد مثل جایی که حیوان ضعیف است و یا در منطقه **حیوان درنده** وجود دارد در این صورت قول نیکو آن است که شخص ممانعت کننده ضامن است زیرا اگر چه مالک که مباشر است؛ ضعیف می باشد **ولی شخص ممانعت کننده سبب اتلاف است و از مباشر قوی تر می باشد.**

پاورقی ۱ - شرح کلانتر: وهو يشمل المال أيضا. لان لكل مالك حق التصرف في ماله: که همچنین شامل مال نیز می شود چرا که هر مالک حق تصرف در مالش را دارد و اگر غاصب آن را غصب کند.

پاورقی ۲ - شرح کلانتر: فیه: یعنی در غصب (أي في الغصب)

پاورقی ۳ - شرح کلانتر: اي من دون ان يستولي عليها: بدون اینکه حیوان را تصرف کرده باشد.

پاورقی ۴ - شرح کلانتر: أي للدار، والدابة. (یعنی خانه یا چهارپا)

پاورقی ۵ - شرح کلانتر: أي ولا يضمن اجرة الدار، والدابة أيضا: یعنی ضامن اجرت خانه و همچنین چهارپا نمی باشد.

پاورقی ۶ - شرح کلانتر: عدم ضمان العين والاجرة في الدار، والدابة: عدم ضامن بودن عین و اجرت خانه و چهارپا

پاورقی ۷ - شرح کلانتر: مرجع ضمير ه در فیه: غصب

فبين الغصب والضمان عموم و خصوص من وجه: بین غصب و ضمان عموم و خصوص من وجه وجود دارد.

مادة اجتماعهما اسوال الناس. ففي ذلك الضمان، والغصب.

مادة الافتراق من ناحية عدم الضمان مع كونه غصبا غصب حق المسجد، والمدرسة، أو الرباط وغيرها، لصدق الغصب، دون الضمان. مادة الافتراق من ناحية الضمان مع عدم كونه غصبا، ما تعاقبت الايدي على مال الغير المغصوب منه مع الجهل بكونه غصبا، حيث يثبت الضمان ولا يصدق الغصب.

پاورقی ۸ - شرح کلانتر: منظور عدم ضمان است (أي عدم الضمان)

پاورقی ۹ - شرح کلانتر: أي بسبب منع الغاصب المالك: به سبب منع مالک توسط غاصب

پاورقی ۱۰ - شرح کلانتر: أي تلف العين: تلف عین (خانه و یا چهارپا)

پاورقی ۱۱ - شرح کلانتر: أي يتفق عدم توقف حفظ الدار على سكنها، وعدم توقف حفظ الدابة على مراعاة المالك: اتفاق بر اینکه عدم توقف حفظ خانه بر سکونت در آن و عدم توقف حفظ حیوان چهارپا بر مراعات توسط مالک

پاورقی ۱۲ - شرح کلانتر: أي ذات سباع، وذئاب من الحيوانات المفترسة: یعنی (ذات) درنده خو بودن و گرگ از حیوانات درنده خوه است.

پاورقی ۱۳ - شرح کلانتر: لان المانع هو السبب في الاتلاف: چراکه شخص ممانعت کننده سبب اتلاف است.

و
و
و
و
و
و
و
و
و
و
و

بعد از اینکه مبحث غصب در حدود ۴۰/۳۰ صفحه تمام می‌شود؛ نوبت تست‌ها می‌رسد. تست‌ها از آزمونهای دکتری، کارشناسی ارشد بوده و برخی از تست‌های تالیفی است (ما به آن تست‌های شبیه سازی شده می‌گوییم) ضمن اینکه سوالات در آخر همه مباحث وجود دارد و در برخی از موارد در پاورقی‌ها مباحث نیز مورد اشاره قرار گرفته است. (به طور نمونه، چند صفحه‌ای که از مبحث اجاره قرار داده شده را نگاه کنید.)

خودسنجی

گوشزد: سوالات ذیل انتخابی و موردی از باب غصب آورده شده است و فقط در اینجا به همین چند تست اکتفا کرده ایم.

سوال دکتری: در تعریف غصب گفته شده است: «هو الاستقلال بإثبات اليد علی مال الغير عدواناً» نقض تعریف به جامع الافراد نبودن مربوط به کدام مورد است؟

(۱) الاستقلال بإثبات ید علی مالی نفسه

(۲) منع الغير من ماله حتی تلف

(۳) الاستقلال بالید علی الحر

(۴) لو اشترک اثنان فی مال الغير بحیث لم یستقل کل منهما بالید

پاسخ تشریحی: شهید ثانی در یکی از ایرادهای خود نسبت به جامع افراد نبودن تعریف شهید اول می نویسد: فینتفض التعریف فی عکسه بما لو اشترک اثنان فصاعدا فی غصب بحیث لم یستقل کل منهما بالید فلو أبدل الاستقلال بالاستیلاء لشملة، لصدق الاستیلاء مع المشاركة. یعنی شهید اول که در تعریف غصب نوشته: و هو الاستقلال بإثبات اليد علی مال الغير عدواناً جامع افراد نیست، زیرا شامل موردی که دو نفر به شراکت مالی را غصب کنند عمل شان مشمول تعریف یاد شده نیست، چون هیچ یک استقلال ید ندارند. اما چنانچه به جای واژه استقلال، از عبارت استیلاء استفاده می شد، تعریف از این جهت نقضی نداشت.

گزینه ۴ صحیح است.

تست شبیه سازی شده: در کدام مورد از موارد اختلاف بین مالک و غاصب، سوگند با مالک است؟

(۱) لو اختلفا فی الرد

(۲) لو اختلفا ف یالقیمه

(۳) لو ادعی الغاصب التلف

(۴) لو ادعی المالك اثبات صناعة یزید بها الثمن

پاسخ تشریحی: تنازع:

لو اختلفا فی القیمه حلف الغاصب، لأصاله البراءه من الزائد، و لأنه منکر:

اگر غاصب و مالک در قیمت مال غصبی با هم اختلاف داشته باشند، غاصب قسم می خورد چرا که اصل برائت ذمه غاصب از مقدار زائد است و نیز او منکر است.

و کذا «یحلف الغاصب» لو ادعی المالك اثبات صناعة یزید بها الثمن لأصاله عدمها:

همچنین اگر مالک ادعا کند که عملی را در مال غصبی انجام داده باشد که موجب افزایش قیمت آن شده بود همین حکم را دارد چرا که اصل عدم است.

و کذا «یحلف الغاصب» لو کان الاختلاف فی تقدمها لتکثر الأجره لأصاله عدمه:

همچنین اگر در تقدم آن صنعت با هم اختلاف کنند تا بدین وسیله اجرت زیاد شود چرا که اصل عدم تقدم است.

و کذا «یحلف الغاصب» لو ادعی التلف و ان کان خلاف الأصل لامکان صدقه.

همچنین اگر غاصب مدعی تلف مال شده باشد هر چند ادعایش مخالف اصل باشد چرا که امکان صدق ادعایش وجود دارد.

فلو لم یقبل قوله لزم تخلیده الحبس: وگرنه اگر قول او مقبول واقع نشود حبس ابد می شود.

سوگند غاصب و اختلاف در رد مال:

متی حلف علی التلف طولب بالبدل و ان کانت العین باقیه بزعم المالك للعجز عنها بالحلف کما یستحق البدل مع العجز عنها، و ان قطع بوجودها:

در صورتی که غاصب قسم بخورد که عین تلف شده است، بدل آن از او خواسته می شود و هر چند به گمان مالک عین مال باقی باشد، چرا که با قسمی که خورده از آوردن عین مال عاجز شده است. همانطور که اگر به وجود عین یقین داشته باشد، ولی غاصب از آوردن آن ناتوان باشد، مالک مستحق بدل می شود.

و لو اختلفا فی الرد، حلف المالك، لأصاله عدمه:

در صورتی که مالک و غاصب در برگرداندن عین غصب شده به مالک اختلاف کنند، مالک قسم می خورد زیرا اصل عدم برگرداندن است.

نکته کنکوری تنازع: در غصب مطلقاً غاصب قسم می خورد، مگر در مورد رد مال به مالک، که در این صورت مالک قسم می خورد.

گزینه ۱ صحیح است.

(باب) متاجر

(المتاجر) جَمْعٌ مَتَجَّرٍ وَ هُوَ مَفْعَلٌ مِنَ التَّجَارَةِ [۱]، إِمَّا مَصْدَرٌ مِيميُّ بِمَعْنَاهَا كَالْمَقْتَلِ وَ هُوَ " هُنَا " نَفْسِ التَّكْسِبِ، أَوْ اسْمٌ مَكَانٍ لِمَحَلِّ التَّجَارَةِ وَ هِيَ الْأَعْيَانُ الْمُكْتَسَبَةُ بِهَا وَ الْأَوَّلُ أَلْيَقُ بِمَقْصُودِ الْعِلْمِ، فَإِنَّ الْفَقِيهَ يَبْحَثُ عَنِ فِعْلِ الْمُكَلَّفِ وَ الْأَعْيَانُ مُتَعَلِّقَاتٌ فِعْلُهُ وَ قَدْ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ إِلَى الْأُمْرَيْنِ [۲] مَعَ فِإِلَى الثَّانِي [۳] بِتَقْسِيمِهِ الْأَوَّلِ [۴]، وَإِلَى الْأَوَّلِ [۵] بِقَوْلِهِ أَخِيرًا:

ثُمَّ التَّجَارَةُ تَنْقَسِمُ بِأَنْقِسَامِ الْأَحْكَامِ الْخَمْسَةِ وَ الْمَرَادُ بِهَا [۶] هُنَا [۷] هُنَا التَّكْسِبُ بِمَا هُوَ أَعْمٌ (۸) مِنَ الْبَيْعِ: فَعَقْدُ الْبَابِ بَعْدَ ذِكْرِ الْأَقْسَامِ لِلْبَيْعِ (۹) خَاصَّةً غَيْرُ جَيِّدٍ (۱۰)، وَ كَانَ إِفْرَادَهَا (۱۱) بِكِتَابٍ، ثُمَّ ذِكْرُ الْبَيْعِ فِي كِتَابٍ كَغَيْرِهِ مِمَّا يَحْصُلُ بِهِ الْإِكْتِسَابُ كَمَا صَنَعَ فِي الدَّرُوسِ أُولَى،

باب متاجر

الف - متاجر، جمع «متجر» و بر وزن «مفعل» است و از ماده «تجارت» گرفته شده است؛
و متجر: ۱- یا مصدر میمی است به معنای تجارت، همانند «مقتل» [که به معنای قتل است] و مقصود از متجر در اینجا، خود کسب کردن می باشد.
۲- یا اسم مکان است برای محل تجارت؛ و محل تجارت، کالاها و اعیان خارجی است که با آنها کسب و تجارت صورت می گیرد.
← شهید ثانی: معنای اول [مصدر میمی بودن] با مقصود علم فقه [و موضوع آن] مناسب تر است زیرا فقیه درباره فعل مکلف بحث می کند [که چه حکمی بر آن مترتب می شود] و اعیان خارجی [و کالاها] متعلقات فعل مکلف می باشد [که مورد بحث فقیه نمی باشد] و **شهید اول [ممکن است در آزمون مطرح شود] به هر دو مطلب [تکسب کردن و اعیان خارجی] اشاره کرده است.** بنابراین: به مطلب دوم: در آنجایی که در ابتدای فصل اول تقسیمی انجام داده است [و گفته است: ینقسم موضوع التجاره] اشاره کرده است. به مطلب اول: با سخن خود در آخر فصل اول اشاره کرده است؛ آنجا که فرمود: «ثم التجارة تنقسم بانقسام لأحكام الخمسة». **شهید ثانی [ممکن است در آزمون مطرح شود]: منظور از تجارت در اینجا [یعنی در ابتدای باب بیع] کسب کردن از طریق هر عقدی است و اعم از بیع می باشد [و منحصر به عقد بیع نیست]**، بنابراین [باید گفت] این که شهید اول پس از بیان اقسام تجارت، این باب را که به بیع اختصاص داده است [یعنی از فصل دوم تا آخر این باب] نیکو نمی باشد و بهتر بود که اقسام تجارت را در یک باب [و تحت عنوان «کتاب المکاسب»] جداگانه می آورد و سپس بیع [و احکام آن را] در یک باب دیگر بیان می کرد [و آن را «کتاب البیع» می نامید] همانند سایر عقود غیر از بیع، که به واسطه آنها کسب انجام می گیرد [از قبیل اجاره و صلح که هر کدام را در باب مستقلی ذکر کرده است] چنانکه در کتاب «الدروس الشرعیة» این کار را کرده است.

[۱] التجارة: تعاطی البیع والشراء لغرض الاسترباح سواء كانت بجلب المتاع من خارج البلاد وهو المصطلح عليه اليوم ب (الاستيراد). أم بالتصدي للشراء والبيع في داخل البلاد: خرید و فروش کردن برای کسب سود اعم از اینکه کالا از خارج بلاد گرفته شود و آن مصطلح است به روز استيراد و یا تصدی به خرید و فروش در داخل بلاد (کشور)

ويستعمل الفعل منه: مجردا، يقال تجر يتجر.

ومن باب المفاعلة: تاجر يتاجر.

ومن باب الأفعال: أتجر يتجر.

ومن باب الافتعال: أتجر يتجر.

[۲] أي المصدر الميمي، واسم المكان لمحل التجارة: یعنی مصدر میمی و اسم مکان محل تجارت

[۳] أي المراد منه اسم المكان لمحل التجارة: مراد از آن اسم مکان محل تجارت

[۴] وهو قوله: ینقسم موضوع التجارة

[۵] المراد منه المصدر الميمي: مراد از آن مصدر میمی

[۶] مرجع الضمير (التجارة): مرجع ضمير: التجارة

[۷] أي في أول كتاب البیع: در اول کتاب بیع

[۸] أي بما هو أعم من البیع لشمولها الإجارة والمساقاة وغيرها من أقسام التجارة: یعنی آنچه که اعم است از بیع برای شمول اجاره- مساقات و موارد دیگر از اقسام تجارت

[۹] جار ومجرور متعلق به (فَعَقْدُ الْبَابِ).

[۱۰] هذا إيراد علی (المصنف): أن التجارة تشمل الإجارة والجماعة والوكالة والوصاية والمساقاة والمزارعة والشفعة وغيرها من أقسام التجارة والتكسب: این ایراد بر مصنف وارد است: که تجارت شامل اجاره و جماعه و وکالت و وصایت و مساقات و مزارعه و شعه و موارد دیگر از اقسام تجارت و تکسب می شود.

(فالمصنف) ذكر التجارة وهي تشمل المذكورات كلها لكنه بعد ذلك خصها بالبيع: مصنف تجارت را ذکر می کند که شامل همه موارد مذکور است اما بعد از آن را به بیع تخصیص می زند.

[۱۱] مرجع الضمير (الأقسام) أي أفراد أقسام التجارة بكتاب مستقل: مرجع ضمير: الاقسام: یعنی جدا کردن اقسام تجارت به کتاب مستقل

وفیه (۱) فصول:

الفصل الأول (ینقسم موضوع التجاره)

وَهُوَ مَا يَكْتَسَبُ بِهِ وَيُبْحَثُ فِيهَا عَنْ عَوَارِضِ اللَّاحِقَةِ لَهُ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ (إِلَى مُحْرَمٍ وَ مَكْرُوهٍ وَ مَبَاحٍ/سؤال دکتری در چندین سال بوده است) وَ وَجْهُ الْحَصْرِ فِي الثَّلَاثَةِ أَنَّ الْمُكْتَسَبَ بِهِ إِمَّا أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهِ نَهْيٌ، أَوْ لَا وَ الثَّانِي الْمُبَاحُ وَ الْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ النَّهْيُ عَنْهُ مَانِعًا مِنَ النَّقِيضِ، أَوْ لَا وَ الْأَوَّلُ الْحَرَامُ وَ الثَّانِي الْمَكْرُوهُ وَ لَمْ يَذْكَرِ الْحُكْمَيْنِ الْأُخْرَيْنِ وَ هُمَا: الْوَجُوبُ وَ الْإِسْتِحْبَابُ، لِأَنَّهُمَا مِنْ عَوَارِضِ التَّجَارَةِ كَمَا سَيَأْتِي فِي أَقْسَامِهَا، (فَالْمُحْرَمُ الْأَعْيَانُ النَّجِسَةُ كَالْخَمْرِ) الْمَتَّخَذِ مِنَ الْعِنَبِ، (وَ النَّبِيذُ)^۱ لِمَتَّخَذِ مِنَ التَّمْرِ وَ غَيْرِهِمَا مِنَ الْأَنْبِذَةِ كَالْبَيْعِ [۲] وَ الْمَزْرِ [۳] وَ الْجِعَةِ [۴] وَ الْفُضِيخِ [۵] وَ النَّقِيعِ [۶] وَ ضَابِطُهَا الْمُسْكِرُ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَانِعًا كَالْحَشِيشَةِ إِنْ لَمْ يُفْرَضْ لَهَا [۷] نَفْعٌ آخَرَ وَ قُصِدَ بَيِّنَتُهَا [۸] الْمَنْفَعَةُ الْمُحَلَّلَةُ (وَ الْفَقَاعِ [۹] وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْكِرًا، لِأَنَّهُ خَمْرٌ اسْتَصْغَرَهُ النَّاسُ، (وَ الْمَائِعِ النَّجِسِ غَيْرِ الْقَابِلِ لِلطَّهَارَةِ) إِمَّا لِكَوْنِ نَجَاسَتِهِ ذَاتِيَّةً كَالْيَاتِ [۱۰] الْمَيْتَةِ وَ الْمُبَانَةِ مِنَ الْحَيِّ، أَوْ عَرَضِيَّةً كَمَا لَوْ وَقَعَ فِيهِ نَجَاسَةٌ وَ قُلْنَا بَعْدَ قَبُولِهِ لِلطَّهَارَةِ مَا هُوَ أَصَحُّ الْقَوْلَيْنِ فِي غَيْرِ الْمَاءِ النَّجِسِ، (إِلَّا الدَّهْنَ) بِجَمِيعِ أَصْنَافِهِ [۱۱]، (لِلضَّوِّ تَحْتَ السَّمَاءِ) لَا تَحْتَ الظَّلَالِ [۱۲] فِي الْمَشْهُورِ

«باب متاجر شامل چند فصل می شود که فصل اول درباره موضوع تجارت می باشد»

الف - موضوع تجارت: عبارت است از چیزی که با آن کسب صورت می گیرد و در باب تجارت درباره عوارضی که بر آن ملحق می شود از جهت این که حکم شرعی آن کدام است مباحثه صورت می گیرد [مثلاً عوارض لاحق بر خمر، حکم شرعی آن از لحاظ خرید و فروش، هبه و صلح بر آن و ...

می باشد]. ب: موضوع تجارت تقسیم می شود به: ۱- مکاسب حرام ۲- مکاسب مکروه ۳- مکاسب مباح

← علت منحصر شدن موضوع تجارت در سه قسم مذکور آن است که اعیان و کالاهایی که با آنها کسب صورت می گیرد یا [در شرع] نهی به آنها تعلق گرفته است و یا این که مورد نهی قرار نگرفته اند، و صورت دوم موضوع تجارت مباح می شود و در صورت اول [که از آنها نهی صورت گرفته است] طوری است که: یا نهی، مانع از نقیض آن می شود = که این قسم اول، که: موضوع تجارت حرام قرار می گیرد. یا نهی، مانع از نقیض آن نمی-

شود = که این قسم دوم، موضوع تجارت مکروه قرار می گیرد. مصنف دو حکم دیگر را ذکر نکرد که عبارتند از:

۴- موضوع واجب

۵- موضوع مستحب

← دلیل: زیرا دو حکم مذکور، از جمله عوارض [و صفات] خود تجارت اند [نه این که جزء صفات موضوع تجارت باشند] همان گونه در بحث اقسام تجارت [در آخر همین فصل] بیان خواهد شد.

(۳) چیزهایی که تجارت با آنها حرام است عبارتند از:

۱- خرید و فروش چیزهایی که نجس است [و نمی توان از آنها انتفاع برد] مانند: {برای آزمون موارد ذیل را مهم در نظر بگیرید}

الف - خمر: شرابی که از انگور گرفته می شود.

ب - نبیذ: شرابی که از خرما گرفته می شود؛

و مانند سایر شرابها غیر از خمر و نبیذ از قبیل:

ج - بتع [شرابی که از عسل گرفته می شود].

د - مرز [شرابی که از گندم یا ذرت گرفته می شود].

هـ - جعه [شرابی که از جو گرفته می شود].

و - فضیخ (شرابی که از خرما نرسیده گرفته می شود).

ز - نقیع [شرابی که از کشمش گرفته می شود].

← ضابطه کلی در تشخیص این مشروبات آن است که مست کننده باشد هر چند به صورت مایع نباشد مانند حشیش، البته به شرطی فروختن حشیش، حرام است که:

اولاً - یا منفعت حلالی [علاوه بر منفعت حرام] برای آن نتوان فرض کرد.

۱- نبیذ: شراب خرما

ثانیاً - [اگر هم منفعت حلال [مانند معالجه] داشته باشد] به قصد آن منفعت حلال فروخته نشود.

ح - فقاع [شرابی که از جو گرفته می‌شود هر چند مست کننده نباشد.

← دلیل حرمت آن، این است که فقاع نیز خمر محسوب می‌شود ولی مردم آن را کوچک شمرده‌اند.

ط - مایع نجسی که نتوان آن را تطهیر نمود [و نجاست آن را از بین برد]؛ و قابل تطهیر نبودن به خاطر آن است که:

۱- یا نجاست آن **ذاتی** است مانند دنبه و چربی حیوان مرده و دنبه‌های جدا شده از حیوان زنده.

۲- یا نجاست آن **عرضی** است مانند این که نجاستی در مایع نجس بیفتد و ما قایل شویم به این که چنین مایعی قابل تطهیر نیست همان گونه که قول صحیح‌تر درباره هر مایع متنجس، غیر از آب نجس همین است.

استثناء: تمام اقسام روغن که:

برای استفاده روشنایی **زیر آسمان** {خیابان} به کار می‌رود نه زیر سقف: طبق نظر مشهور

[۱] مرجع الضمیر (کتاب المتاجر): مرجع ضمیر: کتاب متاجر

[۲] بکسر الباء وسکون التاء وبعدها العین المهملة هو نبیذ العسل وخرم أهل الیمن: و آن شرابی است که از عسل گرفته می‌شود و آن شراب اهل یمن است. (مهم)

[۳] بکسر المیم وسکون الزای بعدها راء مهملة: الشراب المتخذ من الشعیر: شرابی که از گندم گرفته می‌شود. (مهم)

[۴] بکسر الجیم وفتح العین مع تخفیفها - والفتح أكثر - هو نبیذ الشعیر: و آن شراب جو است. (مهم)

وفي الحديث نهی رسول الله صلی الله علیه وآله عن الجعة: و در حدیث رسول الله (ص) از جعه نهی کرد. (مهم)
وفي الحديث (الجعة شراب یتخذ من الشعیر والحنطة حتی یسکر) ویسمى فی العصر الحاضر (بیرة): و در حدیث جعه شرابی است که از جو و گندم به دست می‌آید؛ زمانی که مسکر است و در عصر حاضر بیرت گفته می‌شود. (مهم)

[۵] بفتح الفاء وآخره الخاء: شراب یتخذ من التمر: شرابی که از خرما به دست می‌آید. (مهم)

[۶] بفتح النون: شراب یتخذ من الزبیب ینقع فی الماء من غیر طبخ: شرابی که از کشمش به دست می‌آید که در آب بدون طبخ درست می‌شود. (مهم)

[۷] مرجع ضمیر (الحشیشة).

[۸] مرجع ضمیر الحشیشة).

[۹] بضم الفاء وتشدید القاف: شراب یتخذ من الشعیر: شرابی که از جو گرفته می‌شود.

[۱۰] بفتح الهمزة: جمع ألیة بفتحها أيضا.

[۱۱] من دهن الزيت، أو السمس، أو البنفسج، أو اللوز، وکل ما یتصبح للضوء: از روغن زیتون - کنجد- بنفشه- بادام و همه مواردی که برای روشنایی استفاده می‌شود.

[۱۲] المراد من الظلال: السقف: منظور از ظلال: سقف

و النَّصُوصُ مُطْلَقَةٌ فَجَوَازُهُ مُطْلَقًا [۱] مُتَّجَةً وَ الْاِخْتِصَاصُ بِالْمَشْهُورِ [۲] تَعَبُّدٌ، لَا لِنَجَاسِهِ دُخَانِهِ، فَإِنَّ دُخَانَ النَّجْسِ عِنْدَنَا طَاهِرٌ، لِاسْتِحَالَتِهِ. وَقَدْ يُعَلَّلُ بِتَصَاعُدِ شَيْءٍ مِنْ أَجْزَائِهِ مَعَ الدُّخَانِ قَبْلَ إِحَالِهِ النَّارَ لَهُ بِسَبَبِ السُّخُونَةِ إِلَى أَنْ يُلْقَى الظَّلَالَ فَتَتَأَثَّرَ [۳] بِنَجَاسَتِهِ. وَفِيهِ عَدَمُ صَلَاحِيَّتِهِ [۴] عَ تَسْلِيمِهِ لِلْمَنْعِ. لِأَنَّ تَنْجِيسَ مَالِكِ الْعَيْنِ لَهَا غَيْرُ مُحَرَّمٍ. وَالْمَرَادُ الدُّهْنُ النَّجْسُ بِالْعَرَضِ كَالزَّيْتِ تَمُوتُ فِيهِ الْفَأْرَةُ وَ نَحْوُهُ، لَا بِالذَّاتِ كَالْيَةِ الْمَيْتَةِ، فَإِنَّ اسْتِعْمَالَهُ مُحَرَّمٌ مُطْلَقًا [۵]، لِلنَّهْيِ عَنِ اسْتِعْمَالِهِ كَذَلِكَ. [۶].

(وَالْمَيْتَةُ) وَ أَجْزَاؤُهَا الَّتِي تَحِلُّهَا الْحَيَاةُ، دُونَ مَا لَا تَحِلُّهُ، مَعَ طَهَارَتِهِ أَصْلِهِ بِحَسَبِ ذَاتِهِ [۷]، (وَ الدَّمُ) وَ إِنْ فُرِضَ لَهَا نَفْعٌ حُكْمِيٌّ [۸] كَالصَّبْغِ [۹]، (وَأَرْوَاتِ [۱۰] وَ أَبْوَالِ غَيْرِ الْمَأْكُولِ) وَ إِنْ فُرِضَ لَهُمَا نَفْعٌ [۱۱]، أَمَّا هُمَا مِمَّا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ فَيَجُوزُ مُطْلَقًا، [۱۲]، لَطَهَارَتِهِمَا وَ نَفْعِهِمَا وَ قِيلَ: بِالْمَنْعِ مُطْلَقًا [۱۳]، إِلَّا بَوْلَ الْإِبِلِ، لِلِاسْتِشْفَاءِ [۱۴] بِهِ (وَ الْخِنْزِيرُ وَ الْكَلْبُ) الْبَرِّيَّانِ مُطْلَقًا، [۱۵]، (إِلَّا كَلْبَ الصَّيْدِ وَ الْمَاشِيَةَ [۱۶] وَ الزَّرْعَ وَ الْحَائِطَ) كَالْبُسْتَانِ وَ الْجِرْوِ [۱۷] الْقَابِلِ [۱۸] لِلتَّعْلِيمِ وَ لَوْ خَرَجَتْ الْمَاشِيَةُ عَنِ مِلْكِهِ، أَوْ حَصِدَ الزَّرْعُ، أَوْ اسْتَعْلَ [۱۹] الْحَائِطُ

روایات مطلق است بنابراین جواز استفاده از روشنایی آن مطلقاً [چه زیر آسمان و چه زیر سقف] نیکو می‌باشد: طبق نظر شهیدثانی اختصاص داشتن جواز استفاده از روغن نجس مطابق نظر مشهور [یعنی زیر آسمان] تعبد است نه این که به خاطر نجس بودن دود روغن نجس باشد زیرا دود چیزی که نجس است از نظر امامیه پاک است **چون استحاله شده است.**

← چه بسا برای قول مشهور چنین دلیل آورده‌اند که: مقداری از اجزای روغن نجس، قبل از آن که آتش آن را به سبب حرارت استحاله کند همراه با دود به بالا متصاعد می‌شود تا این که به سقف می‌رسد و در نتیجه سقف به واسطه نجاست آن جزء نجس می‌شود. جواب این دلیل: به فرض که این علت را قبول کنیم می‌گوئیم که علت مذکور صلاحیت ندارد که عدم جواز استفاده از روشنایی زیر سقف را ثابت کند زیرا نجس کردن عین [سقف خانه] توسط مالک آن، کار حرامی نیست.

← مقصود از روغن نجس [که بیع آن جایز است] روغنی است که نجاست آن عرضی باشد مانند روغن زیتونی که [ابتدا پاک بوده و بعداً] موشی در آن مرده باشد و مانند این نمونه؛ نه این که نجاست آن ذاتی باشد مانند دنبه حیوان مرده، زیرا استعمال روغن نجس بالذات، حرام است مطلقاً [چه در زیر آسمان و چه در زیر سقف] زیرا [در روایات] از استعمال چنین روغنی نهی شده است چه زیر آسمان باشد چه زیر سقف.

ی - مردار، و اجزایی از بدن مردار که روح در آنها حلول کرده باشد [در زمان زنده بودن] اما اجزایی که روح ندارند خرید و فروش آن حرام نیست به شرط اینکه خود حیوان ذاتاً پاک بوده باشد [مثلاً سگ یا خوک نباشد].

ک - خون، هر چند برای آن، منفعتی که در حکم نفع حقیقی است [و عقلاً بدان اعتنا می‌کنند] فرض شود مانند رنگریزی کردن.

ل - سرگین (پشگل) و بول حیوان حرام گوشت، هر چند برای این سرگین و بول بتوان منفعتی [مانند کود زراعی] فرض کرد. ← اما سرگین و بول حیوان حلال گوشت:

جایز است مطلقاً [خواه بول شتر باشد یا غیرشتر]، زیرا بول و سرگین حیوان حلال گوشت پاک بوده و منفعت دارند = شهیدثانی حرام است مطلقاً [هر چند از حیوان حلال گوشت باشند] بجز بول شتر برای معالجه و درمان.

م - خوک صحرائی [که در خشکی زندگی می‌کند]

ن - سگ صحرائی [که در خشکی زندگی می‌کند] مطلقاً [یعنی تمام انواع سگها به استثنای:

۱- سگ شکاری

۲- سگ گله

۳- سگ نگهبان زراعت

۴- سگ نگهبان برای جایی مانند باغ [و خانه]

۵- توله سگی که قابلیت تعلیم [برای شکار کردن] را دارد.

← اگر گله از ملکیت شخص خارج شود [مثلاً آن را بفروشد] و یا زراعت، درو شود یا غله باغ جمع آوری شود

[۱] أي سواء كان الاستصحاب تحت الظلال أم غيره من دون قيد: اعم از اینکه افروختن زیر روشنایی باشد یا جایی دیگری بدون قید

[۲] أي اختصاص استصحاب الدهن النجس تحت الظلال بالمشهور تعبد صرف لا يعرف وجهه: یعنی اختصاص روشن کردن روغن نجس زیر روشنایی به قول مشهور تعبد صرف است نه شناخت وجهی از آن

[۳] أي الظلال: یعنی روشنایی

[۴] مرجع الضمیر (التعلیل) المتّصّد أي عدم صلاحية التعلیل المذكور للمنع عن الإسراج تحت الظلال بالدهن النجس، لأنه مع تسلیم تصاعد الأجزاء اللطيفة مع الدخان أو تأثر السقف بها فلا مانع إذ يجوز للمالك تنجيس سقف بيته بلا محذور شرعي: مرجع ضمير: التعلیل - متّصّد یعنی عدم صلاحیت تعلیل مورد نظر برای منع از روشن کردن چراغ زیر روشنایی با روغن نجس برای اینکه همراه با متصاعد شدن به همراه دود است یا سقف بدان متاثر می‌شود. (سیاه شدن سقف بر اثر دوده) مانعی نیست البته اگر مالک اجازه دهد سقف خانه اش کثیف شود بدون محذوریت شرعی

[۵] سواء كان تحت السقف أم غيره: اعم از اینکه زیر سقف باشد یا جای دیگر

[۶] أي مطلقا سواء كان تحت الظلال أم لا: یعنی مطلق اینکه زیر روشنایی باشد یا خیر

[۷] غیر الکلکب والخنزیر: غیر سگ و خوک

[۸] **النفع الحکمی** هو ما لا یزید فی الشئ عینا، أو قيمة، بل یزیده جمالا فحسب، أو المراد منه ما لا نفع فيه نفعا معتدا به عند العقلاء: نفع حکمی و آن (عبارت است از) آنچه در عین یا قیمت چیزی اضافه نکند بلکه اضافه کند صورت آن را بر حسب مورد یا مراد از آن آنچه که نفع قابل توجهی نزد عقلا ندارد.

[۹] با فتحه و کسره

[۱۰] جمع الروث وهي فضلة ذوات الحافر: جمع سرگین و آن فضولات موش است.

[۱۱] کالتسمید: مانند سرگین

[۱۲] سواء كانت الأبوال الإبل، أم غيرها: خواه بول شتر باشد یا غیر آن

[۱۳] سواء كانت أبوال الإبل، أم غيرها: خواه بول شتر باشد یا غیر آن

[۱۴] المقصود بالاستشفاء التداوي فإنه قد يتداوي بأبوال الإبل في بعض الأحيان: مقصود از استشفاء التداوی (شفا و دارو) عبارت است از بولهای شتر در برخی از حیوانات که برای درمان بیماری است.

[۱۵] أي جميع أجزائهما حتى ما لا تحله الحياة: یعنی جميع اجزای آن تا زمانی که زنده نمی‌ماند.

[۱۶] الماشية المال من الإبل والبقر والغنم جمعها مواش: نگهبان مال (اعم) از چهارپایا از شتر و گاو و چهارپایا - جمع ماشیه، مواش است (ضمننا ماشیه در لغتنامه‌ها مانند لغتنامه دهخدا به معنای چهارپایان و ستوران هم آمده است).

[۱۷] مثلث الجیم وهو صغیر کل شیء وغلب علی ولد الکلکب، والأسد، والمقصود منه هنا ولد الکلکب: و آن توله هر چیزی است و اغلب به توله سگ، شیر گفته می‌شود و مقصود از آن در اینجا توله سگ است.

[۱۸] بالكسر صفة للجرو.

[۱۹] أي أخذت غلة البستان ولا يحتاج الآن إلى الکلکب: یعنی غله باغ جمع آوری شود و الان احتیاجی به سگ نباشد.

(خلاصه) اعیان نجسه.

- ۱- خمر [شراب انگور]
- ۲- نیبذ [شراب خرما]
- ۳- بتع [شراب غسل]
- ۴- مرز [شراب گندم یا ذرت]
- ۵- جعه [شراب جو]
- ۶- فضیخ [شراب خرما نرسیده]
- ۷- نقیع [شراب کشمش]
- ۸- فقاع [شراب جو]
- ۹- مایع نجسی که نتوان آن را تطهیر نمود
- ۱۰- مردار
- ۱۱- خون
- ۱۲- سرگین و بول حیوان حرام گوشت
- ۱۳- خوکی که در خشکی زندگی می‌کند
- ۱۴- سگی که در خشکی زندگی می‌کند

و

و

و

و

خودسنجی

سوال دکتری حقوق خصوصی سال ۱۳۹۶: در عبارت «التوكيل في الشراء يقتضيه بئمن المثل حالاً»، مراد از «حالاً» چیست؟

(۱) ثمن المثل، به نقد بلد باشد.

(۲) ثمن المثل، حال باشد.

(۳) مبیع، مدت دار نباشد.

(۴) ثمن المثل، حال بوده و مبیع، مدت دار نباشد.

گزینه ۳ صحیح است. مقتضای اطلاق وکالت:

اطلاق الوکاله البیع يقتضی البیع بئمن المثل، الا بنقصان عنه يتسامح بمثله عادةً کدرهم في مائة: مقتضای اطلاق وکالت در انجام معامله، فروش کالا به ثمن المثل است، مگر در صورتی که نقصان حاصله در ثمن المثل آنچنان کم باشد که بتوان از آن چشم پوشی نمود، مانند آنکه یک درهم از مقتضای صد درهم معامله کمتر بفروشد.

و ان بذل حالاً، فلا يجوز بالمؤجل مطلقاً بنقد البلد: و نیز مقتضای اطلاق وکالت، نقدی بودن معامله است، بنا براین مطلقاً جایز نیست که ثمن المثل را به طور نسیه بفروشد و باید آن را به پول رایج شهر بفروشد.

و کذا التوكيل في الشراء يقتضيه بئمن المثل حالاً بنقد البلد: وکالت داشتن در خرید نیز همین طور است، یعنی خرید ثمن المثل به طور نقدی و به پول رایج شهر.

سوال دکتری حقوق خصوصی سال ۱۳۹۷: کدام مورد، صحیح است؟

(۱) یصح بیع الدین بحال، کان الدین حالاً ام موجلاً.

(۲) یصح بیع الدین بحال، اذا کان الدین موجلاً.

(۳) یصح بیع الدین بحال، اذا کان الدین حالاً.

(۴) یصح بیع الدین بحال، ام بموجلاً.

گزینه ۲ صحیح است.

انتقال ضمان: و به ای بالقبض کیف فرض ینتقل الضمان الی المشتري اذا لم یکن له خيار مختص به: به واسطه قبض کردن، ضمان مال از بایع به مشتری انتقال پیدا می کند مشروط بر آنکه مشتری خيار (چه مختص به خود چه مشترک) نداشته باشد.

فلو تلف قبله فمن البائع مطلقاً مع أن النماء المنفصل المتجدد بین العقد و التلف، للمشتري (و لا بعد فی ذلك): و در صورتی که مبیع قبل از قبض کردن تلف شود ضمان آن مطلقاً بر عهده بایع است و نمائات منفصل آن که در فاصله میان عقد و تلف به وجود می آیند به مشتری تعلق می گیرند.

لأن التلف لا يبطل البیع من أصله، بل یفسخه من حیثه: چرا که تلف مبیع سبب بطلان بیع از اصل نمی شود بلکه موجب فسخ عقد از حین تلف می شود.

سوال دکتری حقوق خصوصی سال ۱۳۹۸: از عبارت زیر، کدام مورد برداشت می شود؟

«لاندخل الثمرة بعد ظهورها فی بیع الاصول مطلقاً و لا غیره من العقود الا ثمره النخل فانها تدخل فی بیعه خاصه.»

(۱) میوه درخت نخل (خرما) فقط در صورت فروش اصل درخت، به دیگری منتقل می شود.

(۲) در فروختن اصل درختان، میوه های آشکار شده آن جزو مبیع محسوب نمی شود، خواه میوه، خرما باشد یا غیر آن.

(۳) میوه درخت نخل (خرما) در صورت فروش اصل درخت خرما یا انتقال آن به وسیله عقود دیگر، به دیگری منتقل می شود.

(۴) میوه های آشکار شده درختان در فرض فروش اصل درخت یا انتقال آن از طریق عقود دیگر، به دیگری منتقل نمی شود.

گزینه ۳ صحیح است.

ولا تدخل الثمرة بعد ظهورها (فی بیع الاصول) مطلقاً، و لا غیره من العقود، (إلا فی) ثمره النخل) فإنها تدخل فی بیعه خاصه (بشرط عدم التأییر، ولو نقل أصل النخل بغير البیع فکغیره من الشجر: در فروختن اصل درختان: میوه های آشکار شده آن، جزء مبیع محسوب نمی شود مطلقاً [هر میوه ای که باشد]؛ و نیز در سایر عقود غیر از بیع نیز همینطور است [که مثلاً اگر کسی درخت را به کسی هبه کند میوه آن جزء هبه نیست]. استثنائاً در مورد میوه نخل [یعنی خرما]، خود میوه فقط در صورت فروختن نخل، جزء درخت محسوب می شود [نه در سایر عقود]، به شرط این که هنوز خرماي آن تلقیح نشده باشد.

•••••

کتاب الإجارة

و هِيَ الْعَقْدُ عَلَى تَمَلُّكِ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْلُومَةِ بِعَوْضٍ مَعْلُومٍ) فَالْعَقْدُ بِمَنْزِلِهِ الْجِنْسِ يَشْمَلُ سَائِرَ الْعُقُودِ وَ خَرَجَ بِتَعَلُّقِهِ بِالْمَنْفَعَةِ الْبَيْعُ وَ الصَّلْحُ الْمُتَعَلِّقُ بِالْأَعْيَانِ وَ بِالْعَوْضِ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ وَ بِالْمَعْلُومِ إِصْدَاقُهَا إِذْ لَيْسَ فِي مُقَابِلِهَا عَوْضٌ مَعْلُومٌ وَ إِنَّمَا هُوَ الْبُضْعُ وَ لَكِنْ يُنْتَقَضُ فِي طَرْدِهِ بِالصَّلْحِ عَلَى الْمَنْفَعَةِ بِعَوْضٍ مَعْلُومٍ فَإِنَّهُ لَيْسَ إِجَارَةً بِنَاءً عَلَى جَعْلِهِ أَصْلًا. (وَإِجَابَتُهَا أَجْرَتُكَ وَ أَكْرِيَتُكَ، أَوْ مَلَكْتُكَ مَنْفَعَتَهَا سَنَةً) قَيْدَ التَّمْلِيكِ بِالْمَنْفَعَةِ؛ لِيَحْتَرِزَ بِهِ عَمَّا لَوْ عَبَّرَ بِلَفْظِ الْإِجَارِ وَ الْإِكْرَاءِ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ تَعَلُّقُهُ إِلَّا بِالْعَيْنِ فَلَوْ أوردَهُمَا عَلَى الْمَنْفَعَةِ فَقَالَ: أَجْرَتُكَ مَنْفَعَةَ هَذِهِ الدَّارِ مَثَلًا لَمْ يَصِحَّ، بِخِلَافِ التَّمْلِيكِ؛

توجه: بخش اجاره در برخی سالها بسیار مهم بوده و محل طرح چندین سوال بوده است؛ به طور نمونه به سوالات ۹۶ و ۹۷ دکتری حقوق خصوصی در آخر این باب نگاهی بیاندازید.

باب اجاره

الف - تعریف اجاره: اجاره عبارت است از عقدی که به موجب آن، **منفعت مشخصی در مقابل عوض معلومی (مهم):** [که گرفته می شود] به دیگری تملیک می گردد [و بر دو نوع است:

۱- اجاره اعیان، ۲- اجاره ابدان] **(مهم):** بنابراین [در تعریف مذکور] کلمه «عقد» به منزله جنس می باشد که شامل سایر عقود می شود. ب - با:

الف - قید «تعلق عقد به منفعت»: بیع و نیز صلحی که بر عین واقع شود از تعریف اجاره خارج می شود.

ب - قید «در برابر عوض»: وصیت به منفعت از تعریف خارج می شود [مانند این که کسی وصیت کند که پس از فوت او، فلان شخصی به مدت پنج سال در خانه او سکونت کند].

ج - قید «معلوم»: مهریه قرار دادن منفعت [در عقد نکاح] از تعریف خارج می شود، زیرا در مقابل مهریه، عوض معلومی قرار نمی گیرد بلکه عوض آن، همان «بضع» [استمتاع جنسی] می باشد [که مقدار آن نامعلوم است].

ج - [اشکال بر تعریف مذکور]: اما این تعریف، **مانع اغیار نیست** زیرا عامل صلح بر منفعت در برابر عوض معلوم نیز می شود؛ چراکه اگر صلح را عقد مستقلی بدانیم [و آن را فرع بر اجاره ندانیم]، اجاره نیست [ولی اگر صلح را فرع بر عقود دیگر بدانیم، از افراد همان عقد محسوب خواهد شد، پس اگر صلح، نتیجه اجاره را بدهد از افراد اجاره خواهد بود و در نتیجه اشکال مذکور بر تعریف وارد نخواهد شد].

الف - صیغه های ایجاب در اجاره **(مهم - سوال دکتری سال ۱۳۹۷ بوده)**^۱

الف - «أجرتک...» به تو اجاره دادم [این خانه را به مدت یک سال مثلاً].

ب - یا «أکریتک...» کرایه دادم به تو [این خانه را به مدت یک سال مثلاً].

ج - یا «ملکتک منفعتها سنة» منفعت این خانه را به مدت یک سال به تو تملیک کردم.

مصنف (شهید اول) «تملیک» را به منفعت مقید کرد تا این که احتراز کرده باشد از آن صورتی که موجد [در صیغه ایجاب] اجاره را با لفظ «ایجار» (اجاره دادن) و «اکراء» (کرایه دادن) تعبیر کرده باشد **(مهم):**، زیرا این دو لفظ **تنها به عین تعلق می گیرند**؛ بنابراین اگر گوینده ایجاب، لفظ اجاره دادن و کرایه دادن را بر سر منفعت درآورد و مثلاً بگوید: «منفعت این خانه را به تو اجاره دادم» **صحیح نمی باشد (مهم)** [بلکه باید بگوید: این خانه را به تو اجاره دادم]؛ برخلاف لفظ تملیک،

۱ - سوال دکتری سال ۹۶- در عبارت زیر، کلمه «منفعتها» به کدام مورد تعلق دارد؟

«الاجارة هی العقد علی تملک المنفعة المعلومه بعوض معلوم و ایجابها اجرتک او اکریتک او ملکتک منفعتها سنة.»

۱) اکریتک

۲) اجرتک

۳) ملکتک

۴) اجرتک، اکریتک، ملکتک

گزینه ۳ صحیح است.

لأنه يفيد نقل ما تعلق به فإن ورد على الأعيان أفاد ملكها وليس ذلك مورد الإجاره؛ لأن العين تبقى على ملك المؤجر فيتعين فيها إضافته إلى المنفعة؛ ليفيد نقلها إلى المستأجر حيث يعبر بالتملك.

(و لو) عبر بالبيع

و (نوى بالبيع الإجاره فإن أوردته على العين) فقال:

بعثك هذه الدار شهراً مثلاً بكذا (بطل)، لإفادته نقل العين وهو مناف للإجاره (و إن قال:

بعثك سكنها سنة مثلاً ففي الصحه وجهان): مأخذهما أن البيع موضوع لنقل الأعيان و المنافع تابعة لها فلا يثمر الملك لو

تجوز به في نقل المنافع منفردة و إن نوى به الإجاره و إنه يفيد نقل المنفعة أيضاً في الجملة و لو بالتبع فيقوم مقام الإجاره

مع قصدتها و الأصح المنع. (وهي لازمة من الطرفين) لا تبطل إلا بالتقابل، أو بأحد الأسباب المقتضية للفسخ و سيأتي بعضها،

زیرا لفظ تملیک بیانگر انتقال آن چیزی است که تملیک به آن تعلق گرفته است [خواه آن چیز عین باشد یا منفعت]؛ بنابراین اگر لفظ تملیک بر

سر عین وارد شود [مثلاً گفته شود: خانه را به تو تملیک کردم] **افاده ملکیت آن عین را خواهد کرد در حالی که مورد اجاره، تملیک عین**

نمی‌باشد، زیرا [در عقد اجاره] عین در ملکیت موجر باقی می‌ماند [و فقط منفعت آن به دیگری تملیک می‌شود]، پس در مواردی که از اجاره با

لفظ «تملیک» تعبیر می‌شود باید واژه تملیک به منفعت اضافه گردد تا این که انتقال منفعت به مستأجر را برساند.

ب - اگر گوینده ایجاب، لفظ بیع را به کار ببرد و از لفظ بیع، اجاره را قصد نماید:

الف - اگر لفظ بیع را بر سر عین درآورد و بگوید: «این خانه را به مدت یک ماه مثلاً در مقابل فلان مبلغ به تو فروختم»: **عقد باطل است**، زیرا

صیغه مذکور، انتقال عین را افاده می‌کند و این امر با اجاره منافات دارد [چون اجاره تملیک منفعت است نه عین].

ب - اگر بگوید: «سکونت در این خانه را به مدت یک سال مثلاً به تو فروختم»: درباره صحت این اجاره:

از نظر شهید اول: دو احتمال است که مبنای این دو احتمال آن است که:

• الف - از طرفی بیع برای انتقال عین وضع شده است و منافع نیز تابع اعیان است بنابراین اگر مجازاً بیع در مورد نقل منافع به تنهایی [و

مستقل از اعیان] به کار رود افاده ملکیت منفعت را نمی‌کند، اگرچه از لفظ بیع، قصد اجاره شده باشد [پس صحیح نیست].

• ب - از طرف دیگر لفظ بیع فی‌الجمله افاده انتقال منفعت نیز می‌کند، اگرچه به تبع انتقال عین می‌باشد، بنابراین اگر از لفظ بیع، قصد

اجاره شده باشد جانشین اجاره می‌شود [پس صحیح است].

از نظر شهید ثانی

قول صحیح‌تر آن است که این نوع اجاره صحیح نیست.

مطلب اول: عقد اجاره نسبت به هر دو طرف عقد [یعنی موجر و مستأجر]، لازم می‌باشد [و حق برهم زدن آن را ندارند و باطل نمی‌گردد جز از

طریق]:

۱- اقاله [و توافق و رضایت طرفین].

۲- یا یکی از موجبات فسخ که به برخی از آن‌ها اشاره خواهد شد.

نکته: عقد اجاره از دو طریق باطل می‌گردد: اقاله و توافق طرفین و موجبات فسخ

و
و
و
و
و
و
و
و
و

صفه- انتشارات عدلیه ۰۲۱۶۶۹۲۱۰۰۲ و ۰۲۱۶۶۹۱۱۰۰۶ و ۰۲۱۶۶۵۱۱۷۴۸ و ۰۲۱۶۶۱۱۷۵۶۶۱۱۰

خودسنجی

سوال دکتری حقوق خصوصی سال ۱۳۹۳: کدام مورد از احکام عقد اجاره است؟

- (۱) يجوز اسقاط المنفعة المعينه
(۲) لا يجوز اسقاط الاجره ان تعلقت بالذمه
(۳) لا يجوز اسقاط المنفعة المطلقه
(۴) لا يجوز اسقاط الاجره ان كانت عيناً
- گزینه ۴ صحیح است؛ گزینه ۱ صحیح نیست؛ چون اسقاط صرفاً نسبت به تعهدات مافی الذمه ممکن است، اما نسبت به عین معین یا منافع عین معین ممکن نیست. گزینه ۲ نادرست است زیرا اسقاط اجرت مافی الذمه ممکن است. گزینه ۳ صحیح نیست؛ چون منفعت مطلق در ذمه مستقر می شود و اسقاط آن ممکن است: الخامسة لا يجوز إسقاط المنفعة المعينة أى الإبراء منها سواء كان بلفظ الإسقاط أم الإبراء أم غيرهما من الألفاظ الدالة عليه لأنه عبارة عن إسقاط ما فى الذمة فلا يتعلق بالأعيان، ولا بالمنافع المتعلقة بها، و يجوز إسقاط المنفعة المطلقة المتعلقة بالذمة و إن لم يستحق المطالبة بها، و كذا الأجرة يصح إسقاطها إن تعلقت بالذمة، لا إن كانت عيناً.

سوال دکتری حقوق خصوصی سال ۱۳۹۶: در عبارت زیر، مرجع ضمیر در «له» و «بنفسه» به ترتیب کدام است؟

«للمستأجر ان يوجر العين التي استأجرها الا مع شرط الموجر الاول عليه استيفاء المنفعة بنفسه فلا يصح حينئذ ان يوجر الا ان يشترط المستأجر الاول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه.»

- (۱) المستأجر الثاني - المستأجر الاول
(۲) المستأجر الاول - المستأجر الثاني
(۳) المستأجر الاول - المستأجر الاول
(۴) المستأجر الثاني - المستأجر الثاني

گزینه ۱ صحیح است. اجاره دادن عین مستأجره:

للمستأجر أن جر العين التي استأجرها، الامع شرط المؤجر الأول عليه، استيفاء المنفعة بنفسه فلا يصح حينئذ ان يوجر الا ان يشترط المستأجر الاول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه: مستأجر حق دارد که عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد، جز اینکه مؤجر شرط کند خودش شخصاً از منافع عین استفاده کند که در این صورت اجاره دادن عین مستأجره به دیگری صحیح نیست مگر آنکه مستأجره اول بر مستأجره دوم شرط کند که او خودش منافع عین مستأجره را به نفع مستأجر دوم استیفاء نماید.

سوال دکتری حقوق خصوصی سال ۱۳۹۷: با توجه به عبارت زیر، کدام مورد صحیح است؟

«لو شرط فى عقد الإجارة ضمانها بدونها، اى بدون التعدى و التفریط، فسد العقد لفساد الشرط من حيث مخالفته لمشروع و مقتضى الإجارة»

- (۱) فساد عقد اجاره، به دليل مخالفت با مقتضای اجاره و فساد شرط، به دليل مخالفت با شرع است.
(۲) بطلان عقد اجاره، به دليل مخالفت با شرع و بطلان شرط، به دليل مخالفت با مقتضای اجاره است.
(۳) فساد شرط، به دليل فساد عقد اجاره است، زیرا چنین عقدي با شروع و مقتضای اجاره منافات دارد.
(۴) بطلان عقد اجاره، به دليل بطلان شرط است، زیرا شرط مزبور، مخالف با شرع و مقتضای عقد اجاره است.

گزینه ۴ صحیح است.

شرط مبطل:

لو شرط فى عقد الإجارة، ضمانها بدونها فسد العقد، لفساد الشرط من حيث مخالفته للمشروع و مقتضى الإجارة: چنانچه در عقد اجاره شرط شود که مستأجر حتی در صورت عدم تعدی یا تفریط ضامن است، اجاره باطل می شود، چرا که شرط از آن جهت که مخالف شرع و مقتضای اجاره می باشد، فاسد است.

سوال شبیه ساز دکتری: بر اساس عبارت زیر، سه شیوه اصلی تعیین منفعت در عقد اجاره چیست؟

«و لا بد كونها، أى المنفعة معلومة اما بالزمان كالسكنى و اما به أو بالمسافة كالركوب و اما به أو بالعمل كاستئجار الادمى لعمل كالخياطة.»

- (۱) زمان - سکونت - مسافت
(۲) زمان - مسافت - عمل
(۳) سکونت - سواری - عمل
(۴) سکونت - مسافت - عمل

پاسخ تشریحی: سه شیوه تعیین منفعت در عبارت: «و لا بد كونها، أى المنفعة معلومة اما بالزمان كالسكنى و اما به أو بالمسافة كالركوب و اما به أو بالعمل كاستئجار الادمى لعمل كالخياطة.» شامل زمان - سواری و عمل می باشد.

گزینه ۳ صحیح است

کتاب پیشرفته متون فقه - انتشارات عدلیه ۰۲۱۶۶۹۲۱۰۰۲ و ۰۲۱۶۶۹۱۱۰۰۹
۰۲۱۶۶۵۱۱۷۴۸ و ۰۲۱۶۶۵۱۱۷۴۹