

اعوذ بالله من الشیطان الرجیم، بسم الله الرحمن الرحیم و الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا رسول الله و آله الطیبین الطاهرین

المعصومین و اللعنة الدائمة علی اعدائهم اجمعین

اللهم وفقنا و جمیع المشتغلین و ارحمنا برحمتک یا ارحم الراحمین

بحث راجع به روایت الخراج بالضمان بود که عرض کردیم مرحوم نائینی قدس الله نفسه روایت را قبول می فرمایند سند هم به عنوان ایشان مجبور است به عمل اصحاب، منجبر است به عمل اصحاب و مخصوصا که ایشان فرمودند من القبولات بین الفریقین، هم سنی ها قبول کردند هم اهل تشیع قبول کردند که عرض کردیم مطلب ایشان هم درست نیست. با قطع نظر از این مطلب بعد ایشان فرمودند که روایت به مناسبت حکم و موضوع فقط جایی را می گیرد که تضمین باشد و ممضاة باشد یعنی به اصطلاح ضمان توش باشد و شارع این ضمان را امضاء کرده باشد، به شرط امضاء لذا ایشان فرمود که پنج مورد را ایشان تصور می کنند که این روایت از این پنج مورد فقط یکی را می گیرد، چهار مورد دیگر را شامل نمی شود اصطلاح مرحوم نائینی و توضیح می دهند.

مورد اولی که ایشان نوشتند همان معامله صحیح باشد که بعد به هم بخورد، بعد از قبض و این ها، این می گویند مشمول است، مورد اولی که مشمول نیست ضمان قهری، غصب باشد خلافا لابی حنیفه و اصحابه، مورد دوم ضمان تبعی است، یعنی مرحوم نائینی می فرمایند ضمان جعلی باشد نه ضمان قهری، جعلیش هم اصلی باشد نه تبعی، اصلیش هم فعلی باشد نه فرضی و تقدیری، یعنی ایشان سه نحوه ضمان را از این جا خارج می کند، یکی این که قهری باشد در مقابل جعلی، یکی این که تبعی باشد در مقابل اصلی، یکی این که فرضی و تقدیری باشد در مقابل فعلی، به تعبیر ایشان ضمان جعلی اصلی فعلی، یکی دیگه هم آخرش اضافه می کند از این ها خارج که شارع هم او را امضا کرده باشد پس مجموعا ایشان پنج قسم ضمان را نقل می کند، حالا اگر ضمان باشد، از این پنج قسم یک قسمش را داخل روایت کرده، بقیه را کلا از روایت خارج کرده و عرض کردیم این مطلبی که ایشان فرموده اجمالا در مخالفش در اصحاب ما همین پنجمیش است یعنی اگر شارع امضا نکرده مقبوض به عقد فاسد مثل مرحوم ابن حمزه قبول کرده این را که عقد فاسد هم باشد آن ضمانش هست، الخراج بالضمان شاملش می شود، اصحاب قائل نیستند و لکن به استثنای یکی آن سه مورد دیگه هم

.....
قائل نیستند یعنی بین اصحاب هم همین طور است اما حالا نکته اش این است که ایشان فرمودند یا نکته دیگری آن بحث دیگری است. یک بحث هم راجع به تبعی بود که من عرض کردم انصافا دیروز گفتیم عبارت ایشان یکمی ابهام دارد، آن روز هم صحبت کردیم، به نظرم هنوز هم بهتر است اعتراف بکنیم که خالی از ابهام نیست و من باز شبهه کردم که نکند این اصطلاح را علمای قبل از ایشان بکار بردند چون بحث الخراج بالضمنان در کتاب مکاسب به طور طبیعی در بحث المقبوض بالعقد الفاسد می آید، در این بحث معاطات آقایان دیگه این روایت الخراج بالضمنان را مطرح نکردند، مرحوم نائینی مطرح کرده، آن جایی که مرحوم شیخ انصاری رحمه الله روایت را مطرح میکند امر سوم در بحث المقبوض بالعقد الفاسد است و مرحوم شیخ می گوید این روایت هم به لحاظ سند و هن دارد هم به لحاظ دلالت، اجمالش را قبول می کند، روایت عقبه ابن خالد را اشاره می کند، اسم عقبه را نیاورده و روایت رهن را آورده که آن هم انصافا ربطی به مانحن فیه ندارد.

علی ای حال حالا دیگه وارد بحث شیخ انصاری نشویم اما شیخ هم سند روایت را اشکال می کند هم و هن در دلالت را که روشن نیست و کلماتی که من دیدم بعد از مرحوم شیخ آقای یزدی هست که انصافا عباراتش خیلی، ایشان هم قبول نمی کند سند روایت را، عبارت مرحوم آقای اصفهانی هست محقق اصفهانی، ایشان می گوید ضعف سند منجر به عمل اصحاب است مثل ایشان، البته مرحوم محقق اصفهانی یک کلامی از یکی نقل می کند که مثلا مورد روایت این طور بوده ایشان اشکال می کند که این روایت در کتبی که آمده صدر و ذیل ندارد، فقط همین مقدار است، این هم ظاهرا ایشان در کتب شیعه را دیده و إلا در کتب سنت صدر دارد، آن قصه ای که دارد، آن روایت عائشه دو تاست، در یک روایتش (مبهم ۴:۵۰) ندارد، در یکیش دارد، این به خاطر عدم مراجعه به مصادر است، بعد هم ایشان سه چهار تا احتمال دادند که انصافا و بعد هم مرحوم آقای ایروانی را هم دیدیم ایشان هم چند تا احتمال دادند، مرحوم آقای خوئی هم که پنج شش تا احتمال دادند خواندیم.

انصافا در مجموعه این چند تایی که من الان اسم بردم انصافا کلمات مرحوم نائینی مرتب تر و جمع و جورتر و سر و سامان بیشتری دارد، حالا قبول نکنیم بحث دیگری است، به هر حال کلمات ایشان در معنای روایت یک مقداری سعی شده انسجام بیشتری پیدا بکند

در بحث تبعی عرض کردم احتمالی که ما دادیم این باشد مراد ایشان، حالا چون برای ما واضح نیست فعلا به همین مقدار اجمالی، آنی که الان فعلا برای ما روشن است اولاً این فسخ و انفساخ را که من به آن معنا عرض کردم همین جور است که ایشان فرمودند، فسخ یعنی اختیاری و انفساخ غیر اختیاری و درست هم هست یعنی حکم شرعی، من خیال می کردم این فسخ و انفساخ ایشان فرع بر تلف قبل از قبض است، نه این بعد از قبض است لذا فسخ و انفساخ به معنای خودش است، این که من دیروز و پریروز گفتم تصحیح بشود. به هر حال آن چه که اجمالا، حالا دقت بفرمایید من بحث اجمالی را عرض بکنم، اگر معامله ای واقع شد و قبض شد، دقت بکنید! قبض که شد انتقال ضمان پیدا می کند لکن آن جا ضمان اصلی می شود یعنی فرض کنید مثلاً من باب مثال، همین مثالی که دیروز عرض کردیم ده تا مرغ فروخت به پنج تا پتو و هر دو هم قبض کردند، بعد معلوم شد بجهة من الجهات یا فردا تفاسخ کردند، تقایل کردند، ما بر می گردیم، خیلی خب! وقتی می خواهند برگردند ده تا مرغ مرده است، در این جا این طوری می شود که بدل آن ده تا مرغ را باید بدهد یا قیمت یا مثل، این هم پتو را، اگر ثمن موجود است ثمن را برگرداند، ببینید در آن جا معامله درست است، تا آن وقت درست است، بعد هر کدام جای خودش، آن وقت چون عین مبیع متعذر است بدل است، اما اگر قبل از قبض باشد اصلاً بیع به هم می خورد یعنی به این معنا مبیع بر می گردد به ملک بائن نه این که بدلش را بدهد، آن جا هم تلف است فرق نمی کند، اگر تلف پیدا کرد لازم نیست بدلش را بدهد. حالا آیا مراد ایشان از اصلی و تبعی این است؟ چون در اصلی عبارت ایشان، آنی که من به عبارت خودم می فهمم ایشان می خواهد بگوید که اگر در این جا می گوییم به بائن بر می گردد این اساساً مراد نبوده، این تبعاً، چون در ثمن بعد از قبض آن جا ضمان اصلی است، به تبع آن در این جا ضمان قبل از قبض هم قرار می گیرد، این ضمان ضمان، ظاهر عبارت این است. به هر حال اگر ظاهر عبارت این باشد این به این معنا قابل قبول نیست، این هم اصلی است، این تبعی نیست یعنی به عبارة اخرى این مطلب که ایشان تعهد می دهد که این شرط تسلیم به قول ایشان، این در حقیقت در خود بیع هست، نمی خواهد از آن راه وارد بشود، اصولاً عرض کردیم در مبانی ای که در بیع هست گفتند یک تملیک است با چند تا تعهد، یکی از این تعهد ها این است یا ایشان می گذارد شرط تسلیم، خب طبعاً یک مبنا هست که این تعبدی است اصلاً، شرط هم نیست، شارع حکم کرده، ایشان می

خواهد از این راه وارد بشود که این حکم چون تبعی است آن عین به خودش بر می گردد به بائع لکن منافع مال بائع نیست، ایشان می خواهد از این راه درستش بکند، خلاصه اگر حالا مراد این باشد. چون می دانید که من در احتمالات عبارات وارد نمی شوم و خیلی هم احتیاط نمی کنم.

این اصطلاح تبعی را من اسم این مصادر را بردم در این کتبی که من نگاه کردم این مقداری که در اختیار من بود حواشی و متن کتاب مرحوم شیخ انصاری در بحث الخراج بالضمان تعبیر ضمان تبعی را ندیدم، خواستم بگویم شاید یک کسی گفته مرحوم نائینی هم از ایشان گرفته باشد، این تعبیر را ندیدم ضمان تبعی، به هر حال هر چی مراد ایشان باشد، حالا هر کدام که مراد ایشان باشد و هو اعلم بما قال، آن نکته فنی را در نظر بگیرید:

نکته فنی این است ایشان می گوید به مناسبت حکم و موضوع ضمان تبعی خارج است، آن وقت ضمان تبعی هم به نظر ایشان جعلی است یعنی شارع این را جعل کرده، قبول، امضا هم کرده، این ضمان تبعی یعنی ضمان جعلی اصلی نیست، تبعی است. اگر این باشد یعنی مراد مرحوم نائینی، این که مراد ایشان است واضح است، این اشکال دارد، مناسبت حکم و موضوع بگوئیم این ضمان خارج است، این روشن نیست، ببینید ما یک قاعده کلی داریم اگر در لسان یک روایت یک دلیلی یا یک عنوانی آمد بعد در لسان دلیل های دیگر راجع به آن عنوان بحث شد عاداتاً ناظر است، اصطلاح امروزی ها حکومت دارد، عاداتاً این طور است دیگر مثلاً اگر گفت لا صلوة إلا بطهور من باب مثال و آمد گفت الطواف بالبيت صلوة یعنی آن هم طهور می خواهد دیگر، وقتی گفت الطواف بالبيت صلوة یعنی آن هم طهور می خواهد، از آن ور هم آمد گفت کل شیء طاهر یعنی اگر یک لباسی است احرامش را شک می کنید طاهر است یا نه من حکم به طهارت می کنم، این حکم به طهارت یعنی چی؟ یعنی با آن طواف انجام بده، معنایش این است که طواف انجام بده، اگر گفت کل شیء طاهر و گفت لا صلوة إلا بطهور نمی شود با آن نماز بخوانی، معنایش این است؟ اگر شما قبول کردید که کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه که ضمانش به عهده بائع است و شارع جعل کرد لکن می گوئیم جعلش تبعی است، خیلی خب، قبول کردید جعل کرد، طبق قاعده اگر گفت الخراج بالضمان یعنی آن ضمانی که من جعل کردم، باید در این جا هم بگوئید

.....
الخراج بالضمان، چون جعل شده است، قاعده اش این است به طور کلی، یا باید انصراف ادعا بکنید یا تخصیص یا راه دیگری باید بروید، این عنوان مناسبه الحکم و الموضوع بله مناسبه الحکم و الموضوع ضمان است، چون شارع می گوید الخراج بالضمان، آن ضمانی را که شارع جعل کرده مثل غصب، عرض کردیم اهل سنت هم عده ایشان قائلند که این روایت غصب را نمی گیرد چون گفت الخراج بالضمان، شارع که اجازه غصب نداده بود، شارع که اجازه غصب نداده پس نمی شود الخراج بالضمان اما دقت بکنید من می خواهم به مرحوم نائینی عرض بکنم اگر شما جعل را قبول کردید یکیش اصلی است و یکیش تبعی، طبق قاعده این است که اگر گفت الخراج بالضمان این ضمان هر دو را می گیرد، روشن شد؟ این ضمان هر دو را می گیرد.

پرسش: تبعی هیچ اثری ندارد؟

آیت الله مددی: چرا ندارد، جعل هست، آن غیری است، واجب غیری است و واجب نفسی، شاید ایشان تبعی را با غیری و نفسی اشتباه گرفتند، به هر حال اگر جعل بهش خورده قاعدتا این ضمان را شارع جعل کرده، حالا تبعی هر تصویری که بشود، اگر شارع جعل کرده می گوید خراج در مقابل آن، یا مقابل است یا به سبب آن است، دقت کردید؟ اگر ما باشیم و طبق این قاعده مطلب این جوری است.
به هر حال چون بنده الان نمی دانم

پرسش: مناسبت حکم و موضوع را می گوید وقتی کسی ما یبحث استفاده می کند یک چیزی شبیه همان من له الغنم علیه الغرم می شود

آیت الله مددی: این من له الغنم روایت که نیست، این ضرب المثل عرفی است، ما نمی توانیم روی این حساب بکنیم اما الخراج بالضمان روایت است، قابل حساب است.

پرسش: مرحوم نائینی می خواهد استفاده بکند

آیت الله مددی: اشکال کار این است

پرسش: این شبیه آن می شود

آیت الله مددی: بشود، اولاً این که آن هست یا نه آن را ان شاء الله بعد دیگه عرض می کنم، چون دیگه آقایان فرمودند عرض می کنم که آن نیست، بعد توضیحش را می دهم، اضافه بر این خوب دقت بکنید آن روایت نیست، در باب روایت وقتی نبود شما جمع بین ادله نمی کنید اما وقتی روایت بود یعنی پیغمبر هر جا ضمان گفت خراج هم، منافع هم با اوست، از آن ور پیغمبر گفت ضمان این عیب قبل از تلف، قبل از قبض، به بائع، خب منافع هم مال بائع است

پرسش: این جا نائینی می گوید این آقا این صد هزار تومان، این پنج تا پتو را می خواست مالک بشود و استفاده بکند، دیگه آن تخم مرغ ها را می خواسته بدهد، نمی خواست از منافع آن ها استفاده بکند، چرا ضمان آن را بر عهده اش بگذاریم؟

آیت الله مددی: خب شارع گذاشته خب، گفته اگر تلف شد مال توست، این ده تا مرغ از توست، اگر مال من است خب تخم مرغش هم مال من است، یعنی از لحاظ فنی، ایشان ببینید آقا می گوید مناسبه الحكم و الموضوع، پس الان خودش این را می گوید یقتضی این، فمناسبه الحكم مع موضوعه تقتضی خروج الضمان التبعی

چون تا این جا رسیدیم نخواندیم، حالا بقیه عبارت:

لأن هذا الضمان على عكس ما اقتضاه المعاوضة؛ فإن البائع أقدم على المعاوضة لأن يملك منافع الثمن

از ایشان تعجب است، لأن يملك الثمن، لان يملك المبيع لكن يملك المبيع با تعهد به ایصال، به قبض و اقباض، ایشان می خواهد بگوید اصل آن است، اصل أقدم على المعاوضة لأن يملك منافع الثمن، درست شد؟

و حيث إن هذا الأقدام يقتضی تسليم المبيع

بابا تسليم مبيع مستقيم هست، تبعی نیست

فلا يمكن أن تكون منافعه للبائع

این چجور؟ ما که سر در نیاوردیم از این عبارت ایشان، اگر شارع این کار را کرده و گفته که ضمان این عین قبل از تلف مال بائع است، از پول بائع تمام می شود خب تخم مرغ ها هم باید مال بائع باشد، طبق قانون این طور باید باشد، ایشان می خواهد بگوید نه

این چون تبعی است مال مشتری است، انصافاً من که از این بیان سر در نیاوردم، به هر حال چون سر در نیاوردیم بر می گردیم به خود ایشان.

پرسش: ما که الخراج بالضمن را فعلاً قبول نکردیم

آیت الله مددی: خب این که رفت پی کارش دیگه، قبول نکردیم

پرسش: به مشتری

آیت الله مددی: به قواعد بر می گردیم مثل همان آقا که گفت به قواعد، اگر بگوییم از حین تلف برگشت به بائع این جا مال مشتری است، تا حالا ملک مشتری بوده، اگر گفتیم این کاشف بود که عقد از اول باطل است خب مال بائع می شود، روی قاعده حکم کردند دیگه، الخراج بالضمن را که قبول نکردند روی قاعده حکم می کنند، روشن شد قاعده؟ اگر بگویید از حین تلف عقد به هم خورد یعنی تا حالا ملک مشتری بود این مرغ ها، خب تخم مرغ ها هم مال همان است، اگر بگویید تلف نشان داد که این عقد از اول باطل بوده پس ملک مشتری نبوده پس مال بائع است، عده ای هم از این راه، یعنی روی قاعده رفتند، الخراج بالضمن می خواهد قاعده را دور بزنند، می گوید نه مطلقاً مال مشتری است، این بحث سر این است که این را می شود اثبات کرد یا نه؟ روشن شد؟ این که سوال می فرمایید ببینید دقت بکنید من بحثم الان این نیست که الخراج بالضمن ثابت است یا نه، پیش ما هم ثابت نیست اما بحث سر آن نکات فنی که حالا در باب معاوضات و عقود و تفسیر و تحلیل این خیلی مهم است.

پرسش: بر فرض قبول

آیت الله مددی: آهان به قول شما.

اصلاً الان کار به فرض هم ندارم، می خواهم بگویم تحلیل های اصولی و قانونی خیلی ذهن را در این مدت باز می کند، این را لازم نیست که ما تبعی بگیریم، ایشان آمده از راه ثمن وارد شده، آن را اصلی گرفته، این این نیست، این خودش هم اصلی است، تملیک مبیع لکن متعهداً به اقباض، یا این را متعهد می دهید یا می گوئیم شارع گفت کل مبیع، تعهد هم نمی خواهد حساب بکنید، این تبعی

.....
است، شاید هم مراد ایشان اگر ایشان می فرمود به جای این مطلب ضمان تعبدی شاید از تعبدی بهتر بود، چون این ضمان تعبدی است این ضمان روی قاعده نیست که، اگر ما گفتیم عقد مملک است، با عقد مالک شدی بعد تا تلف شد به تو بر می گردد خب این تعبد است، اگر ایشان، البته من نسبت به ایشان نمی دهم، نمی خواهیم در کلمات ایشان تصرف بکنیم، ایشان بگویند اگر ضمان تعبدی خارج می شود، آن ضمانی که شارع تعبداً به ما می گوید و إلا مقتضای قاعده این باید از مال مشتری، چون ملک مشتری است، تلف هم باید به مشتری واقع بشود لذا نماء هم مال مشتری است، قواعد را حساب بکنید این طوری است، تلف از مال مشتری، تخم مرغ هم مال مشتری اما شما می گوئید تلف از مال بائع، تخم مرغ ها هم مال مشتری، خب این تعبد است، من فکر می کنم، البته عرض کردم ما با بزرگان خیلی سر به سر نمی گذاریم، فکر می کنم اگر ایشان به جای این تعبیر می فرمود تعبدی شاید از تبعی یکمی روشن تر بود، واضح تر بود، این تعبد داده به ما که این ضمان مال بائع است، اگر تعبدی بود نماء مال مشتری می بود. چون تعبد در ضمان، این جا حرف ایشان بد نیست، مناسبت حکم و موضوع خوب است، این تقریب من، ایشان گفت این ضمان تعبدی است، ضمان اصلی نیست، واقعی نیست

پرسش: تعبد یعنی به همین الخراج بالضمان

آیت الله مددی: نه نه، که تو ضامنی، تعبد به این که بائع ضامن است، این در مال تو حساب می شود، اگر این تعبد نبود مال مشتری حساب می شود، آخه شما می گوئید با بیع ملک شد

پرسش: همان اشکال از قبلی می آید دیگه، این ضمان را خود شارع جعل کرده

آیت الله مددی: خب می گویم این ضمان برای بائع مقتضای عقد نیست، ایشان می گویند علی خلاف مقتضای المعاوضة، این مقتضای عقد نیست، عقد این بود که این ده تا تخم مرغ ملک مشتری، این ده تا مرغ، ده تا تخم مرغ هم ملک مشتری، طبیعتاً اگر تلف شد از مشتری، قاعده این است

پرسش: تعبداً چی؟

آیت الله مددی: تعبداً گفت اگر تلف شد از بائع، این را می گوئیم تعبد است، شارع آمد ضمان را تعبدی به بائع، این ضمان تعبدی نماء را دنبالش ندارد، ایشان این طور بگویند

پرسش: این دلیل می خواهد

آیت الله مددی: چی دلیل می خواهد

پرسش: همین فرمایش شما

آیت الله مددی: خب این را که قبول کردند کل مبیع تلف قبل، به هر وجهی که آن جا قبول کردند.

پرسش: پس به الخراج بالضمن نیست

آیت الله مددی: دیگه نمی رسد، نه الخراج بالضمن شاملش نمی شود یعنی الخراج بالضمن جایی است که علی القاعده باشد، اگر شما می گفتید مرغ ها از پول مشتری حساب می شود تخم مرغ ها هم مال او این حسب قاعده است، این جا درست است الخراج بالضمن می آید، شما می خواهید بگویید مرغ ها از بائع حساب می شود، ببینید دقت بکنید، این می شود تعبدی، من فکر می کنم اگر مرحوم نائینی به جای کلمه تبعی تعبدی، عرض کردم این فکر من است، شب در خانه نشستم فکر کردم که چکار بکنیم با کلمات نائینی به ذهن من آمد که ایشان به جای تبعی، تعبدی را بکار می برد یعنی آن جایی که روی قاعده ضمان است الخراج بالضمن می گیردش، آن جایی که تعبدی ضمان می آید الخراج بالضمن نمی گیرد، روشن شد چی می خواهم بگویم؟ نمی خواهم این تصریح کلام نائینی است، اشتباه نشود، ما در کلمات بزرگان دخل و تصرف نمی کنم لکن مراد بنده این است که اگر این جور تعبیر می کرد باز به نظر من بهتر بود، این مناسبت حکم و موضوع جاری می شود.

پرسش: یعنی ضمان تعبدی شامل نمائات نمی شود

آیت الله مددی: آهان، ضمان تعبدی خراج باهاش نمی آید، این که گفته بائع ضامن است این تعبدی است نه طبق قاعده، طبق قاعده از مشتری باید حساب بشود، روشن شد؟ فکر می کنم یکمی باز بهتر شد، تبعی ایشان یکمی سر و سامان پیدا کرد.

پرسش: چاپخانه اشتباه کرده

آیت الله مددی: نه بعید است، تقریب را عرض میکنم، به ذهن خودم، من نسبت نمی دهم، من فکر کردم خودم اگر این طور بگوییم، بگوییم این الخراج بالضمان آن ضمان هایی که روی قاعده است می گیرد، اگر یک جایی ضمان روی تعبد آمد الخراج دیگه مال او نیست چون تعبد به ضمان آمده، خراج را نمی گیرد.

پرسش: آن وقت باید بین این دو تا دلیل هم جمع بکنیم

آیت الله مددی: طبعا جمع می کنیم، جمعش این جوری شد که طبق قاعده باید ضمانش بر مشتری باشد، از مشتری حساب بکنیم، ملک مشتری است لکن در این جا شارع تعبد داد ملک از بائع حساب می شود، اگر این جور تعبد داد دیگه لازم نیست لوازمش خراج هم با او بشود، تعبد در حد خود ضمان است، بگوییم این جور پس خراجش که منافعش مال مشتری است طبق قاعده، ضمانش بر عهده بائع علی خلاف القاعدة تعبد، به نظر من یکمی جمع و جورتر شد، به نظر خود من عرض میکنم یکمی سر و سامان پیدا کرد.

پرسش: این تعبد دلیل قوی می خواهد

آیت الله مددی: خب همان کل مبیع را قبول بکنیم یا به عنوان این نص را قبول بکنیم یا آن روایت عقبه ابن خالد را که گفتم.

پرسش: یعنی آن ها حاکم بر این می شود؟

آیت الله مددی: یعنی به عبارة اخرى این جا علی خلاف القاعدة نائینی چی می خواهد بگوید؟ ضمان بر عهده بائع هست لکن این ضمان تعبدی است، قاعده ای نیست، اگر این ضمان تعبدی آمد نمائاتش و خراجش لازم نیست برای بائع باشد، روشن شد؟ تعبد به مقدار ضمان است.

پرسش: نمائاتش را تبعی بگیریم دیگه

آیت الله مددی: نمائات که بالاخره ضمان را بگوییم شارع، چون این ضمان را ایشان گفته جعلی تبعی، ببینید ایشان قبول کرده جعلی است، فقط من گفتم جعلی تعبدی نه جعلی ای که به اصطلاح، ایشان از راه اصلی و تبعی وارد شدند.

و یرج عنه ایضا الضمان التقديری

مراد ایشان از ضمان تقدیری جایی است که بالفعل ضمان نیست، عملاً نیست، البته خروج ضمان تقدیری حسب القاعده است، نمی خواسته ایشان بنویسد چون تقدیر هم نیست، من همیشه عرض کردم الفاظ ظهور در فعلیت دارند، اگر گفت مثلاً یک قلم برو بخر برو مثلاً یک مقدار چوب بیاورد، بگوید این چوب می رود کارخانه بعد قلم می شود، هیچ کس عرف نمی فهمد، شانی را هیچ کس نمی فهمد، تقدیری را کسی نمی فهمد، پس این مطلب ایشان که ضمان تقدیری باشد این قاعدتا خارج است، ایشان نمی خواسته بگوید، یعنی فعلاً ضمان نیست، فعلاً نیست چرا خراج مال او باشد؟ فعلاً نیست، اگر آن طور بشود می شود، آن به درد نمی خورد.

كالضمان فی باب أعتق عبدك عنی

اگر بهش گفت اعتق عبدك عنی خب این که نمی شود عبدك و عنی بشود چون لا عتق إلا فی ملك، پس این معنایش این است که تو عبدت را اول به من تمليك بكن، بعد از طرف من و کیلی آن را آزاد بکنی، این اعتق عبدك عنی معنایش این است، الان که بهش گفتم اعتق عبدك عنی الان اگر عبد منافعی داشت تا وقتی که آن آزاد کرد آن مال من می شود یا نه؟ هنوز ملك من نشده که، این

تقدیری یعنی این

پرسش: بر فرض

آیت الله مددی: آهان، بر فرض

البته ایشان نوشته:

فإن منافع العبد

این منافع العبد ببینید، حالا و السبق و العوض ليس للآمر، چون آمر مالک می شود بعد از تمليك آن اما به مجردی که گفت اعتق عبدك عنی مالک نمی شود، البته این فکر می کنم تعجب آور است، بله اصلاً چون این جا ظاهراً هبه است یعنی تمليك مجانی است، این هم روشن نیست این مثال، البته این مطلب ایشان درست است، این مطلب ایشان که ضمان تقدیری خارج است، چون ضمان نیست

خب معلوم است ادله اش شاملش نمی شود، الخراج بالضمن شاملش نمی شود چیزی که نیست، این که از نظر فنی واضح است، این مثال من احتمال می دهم حالا ایشان شاید این را از جایی گرفتند، احتمال می دهم، ببینید دو تا مطلب داریم، یکی اعتق عبدک عنی است، یکی اعتق عبدک عنی بالف، این دومی ضمان دارد، ایشان بالف را ندارد. اعتق عبدک یعنی تو از طرف من عبت را به من بفروش به هزار تومان یعنی تو هزار تومان از من می خواهی، این عبد هم ملک من می شود، این جا تصور، این احتمال می دهم شاید این بالف اش افتاده، یا مرحوم نائینی عنایت فرمودند، این اعتق عبدک عنی بالف یک چیز است. در مقابل پول، آن وقت چون در مقابل پول است بگوییم منافع عبد مال من می شود

پرسش: آن وقت آنا ما

آیت الله مددی: آنا ما نه، آنا ما ندارد، می گوید این عبد را فروختم به فلانی به هزار تومان یعنی مالک هزار تومان می شود، بعد هم از طرف من به وکالت می رود آزاد می کند، احتمال می دهم ایشان و إلا در اعتق عبدک عنی، احتمال

پرسش: مبهم ۵۳:۲۵

آیت الله مددی: نه بگویند در آن توکیل

در اعتق عبدک عنی بالف چون اگر وارد این بحث ها بشویم خودش یک سر رشته ای دارد، عده ای از اهل سنت این را جز الفاظ بیع می دانند، روی همان قاعده ای که من یک وقتی هم اگر درس های سابق دقت بشود یک وقتی اشاره کردیم و رد شدیم، این جا نمی خواستیم وارد بشویم، آن ها معتقدند العبرة بالمعانی لا بالالفاظ، اگر عبرت را به معانی گرفتند ولو می گوید اعتق عبدک عنی چون معنایش این است که بالف، یعنی تو اول این عبد را به من بفروش به هزار، من مالک عبد شدم، بعد از این که مالک شدم از طرف من به وکالت او را آزاد بکن، پس این بیع است، لفظ بیع توش نیامده، لفظ بیع توش نیامده. شبیه استیجابی که فرمودند.

اگر همین بحث های سابق را در بحث الفاظ و معانی یک بار دیگه گوش بکنید من آن جا یک دفعه همین را مثال آوردم و اشکال کردم که این واضح نیست، این مطلبی که این ها گفتند، اهل سنت دارند، در اشباه و نظائر سیوطی آمده، اعتق عبدک عنی بالف نه

اعتق عبدک عنی، آن جا چون گفته شده بیع است، اگر بیع باشد خب ضمان در آن طبیعی است دیگه، فرق نمی کند با الفاظ بیع. مرحوم نائینی می خواهد بگوید، هنوز چون ملک من نشده، حالا اگر گفت اعتق عبدک عنی بالف، شب آزاد کرد، از الان که من گفتم تا شب این عبد درآمد داشت، این مال من است؟ می گوید نه، مرحوم نائینی می گوید چون تقدیری است، تا ملک نشود منافعتش مال من نیست، تقدیری مراد ایشان این است، این تا شب اگر عبد آمد، البته عرض کردم این احتیاج به بحث و مثال هایی که ایشان دارند. پرسش: مبهم ۲۷:۴۵

آیت الله مددی: نه آن تملیک می کند، بعد هم آزاد می کند، این اصولا اعتق، اولاً اعتق عبدک عنی بالف به معنای بیع باشد واقعا پیش ما اشکال دارد چون گفتیم عبرت به الفاظ است نه به معانی، به هر حال من به همین مقدار اکتفا می کنم. و يخرج عنه المقبوض بالعقد الفاسد؛ لعدم كون الضمان الجعلي ممضيا شرعا

این جا مخالف از خود شیعه هم داریم مثل ابن حمزه در وسیله، این راجع به، بعد ایشان وارد معاطات شدند و تفصیلی دادند که در معاطات قائل به اباحه باشیم یا ملک، چون بحث معاطات را بعد می خواهم متعرض بشوم، چون دیگه حالا رسیدیم به روایت الخراج بالضمان یک مقداری راجع به این صحبت بکنیم.

البته مطلبی که در این جا خواستم عرض کنم مرحوم کاشف الغطاء عرض کردم سابقا که یک تحریر المجله دارد که سعی کرده کتاب مجلة الاحکام العدلیة که قوانین مدنی است که در دولت عثمانی در ضمان خلافت عثمانی به قول خودشان بودند آن را به اصطلاح بررسی بکند و آرای شیعه را در مقابلش بنویسد، عرض کردیم این مجله به طور کلی روی فقه حنفیه است، عثمانی ها حنفی بودند لکن فوائد علمی خوبی دارد چون این مجموعه افکار مثلاً علمای احناف تا حدود هزار سال بود یعنی فکر را زیاد کار کردند و مجله یک مقدمه ای دارد و بعد مواد قانونی، در مقدمه ای که در مجله دارد سه تا ماده قانونی دارد، ماده ۸۵ الخراج بالضمان، این ماده ۸۵ است، ماده ۸۷ الغنم بالغرم، این ماده ۸۷ است، ماده ۸۶ این را از الخراج بالضمان استظهار کردند، این همان حرفی است که ابوحنیفه در غضب هم می گفت، الاجر و الضمان لا یجتمعان، چهار تا ماده، گفتم سه تا ماده، چهار تا ماده است، الخراج بالضمان، الاجر و

الضمان، اجر در این جا یعنی به اصطلاح اجرت و منافی که دارد، و الضمان یا یجتمعان. ماده بعیدش النعم بالغرم، همین که شما خیلی اصرار فرمودید، غنیمت در مقابل غرامت، یک ماده دیگر هم دارد ۸۸ النعمة بقدر النعمة، این چهار تا ماده که در مقدمه کتاب آمده خیلی با هم مشابه اند، آن وقت من فعلا الان می خواهم کلام مرحوم آقا شیخ محمد حسین قدس الله سرّه را در این جا، البته می دانید مرحوم آقای کاشف الغطا خیلی به فقه و اصول معروف نبود در حوزه ها لکن به عنوان یک چهره ای که خیلی مطرح کرد مسئله تقریب یا وحدت و این کتاب را هم روی همین جهت، خب این فکر خوبی است که افکار اهل سنت بیاید و شیعه هم در مقابل دقیقا مطالب خودش را بنویسد یا حالا چون این ها محل کلام بوده، گاهی می گفتند ما فقط فکرمان را بنویسیم، دو: استدلالمان را بنویسیم، سه: کلام آن ها را مناقشه بکنیم، در اصطلاح فقه خلاف هر سه را می گیرد، یکی نیست، یکی این که ما مطلب خودمان را بنویسیم در مقابل آن ها، دو این که دلیل خودمان را بنویسیم که آن ها نوشتند ما هم بنویسیم، سه این که روی ادله آن ها مناقشه بکنیم، دقت می کنید؟ این مسئله، مسئله خیلی لطیفی است، کار ایشان و اصل ایشان کار خوبی است، چون این کار را ایشان، من هدفم را می دانید در این جور جاها که کلمات این جور افراد خوانده می شود غرض بیشتر این بحث علمیش است نه این که مخصوصا برای آقا شیخ محمد حسین عنوان امام هم می نوشتند الامام کاشف الغطاء برای ایشان عنوان امام می نوشتند و این بحث را ایشان مطرح کرده است.

ایشان در ذیلی که دارد الظاهر الخراج بالضمان:

الظاهر انها كلمة نبوية كقاعدة اليد و أمثالها

این قاعدة اليد را من نفهمیدم کلمه نبویه است.

من جوامع کلمه القصار القليلة اللفظ الكثيرة المعنى

خیلی از این تجلیل می کند که این جوامع کلم است که لفظش کثیر

این اول، ظاهر عبارت ایشان، تجلیل و این ها که قبول کرده، ظاهرش این طور است، بدون این که بحث علمی را مطرح بکند، آیا

سندش کجاست، کی گفته، اصل این کجاست؟ گفته کلمه نبویه من جوامع کلمه

و المراد بالخراج ما يخرج من العين من غلة و منافع و الظاهر ان الباء سببية يعنى ان منافع العين تملك بسبب ضمانها و لازم هذا ان

كل من عليه ضمان العين فمنافعها له غير مضمونة عليه و بهذا تمسك الحنفية

تصریح می کند که احناف به این تمسک کردند

لما ذهب إليه امامهم من ان الغاصب لا يضمن ما استوفاه من منافع العين المغصوبة لأنه ضامن و ضمان العين لا يجتمع مع ضمان

منافعها و حيث تضافرت أخبار الإمامية عن أئمتهم، حالا عليهم السلام ندارد، ما اضافه می کنیم

أن الغاصب يضمن العين و المنفعة

اگر این تضافرت است آن کلمه نبویه را چکارش بکنیم؟

و صحيحة "أبي ولاد" عندهم مشهورة معروفة و قد تضمنت ردّ تلك الفتوى بأبلغ بيان

البتة ایشان احتمال کرده شاید به خاطر تقيه، چون در آن روایت دارد که فی مثل هذا القضا و شبهه تحبس السماء مائها، این ابلغ بیان

درست است چون امام به شدت با کلام ابوحنیفه مخالفت کرد، این فتوا اگر باشد آسمان دیگه باران نمی کند و تمنع الارض برکاتها

لهذا التزم فقهاؤهم يعنى فقهای امامیه

بتأويل هذه الجملة المتقدمة

این را خوب بود تعرض می کردند که کدام علمای شیعه آوردند، کدام تاویل کرده؟ از ایشان خیلی عجیب است، از آن ور کلمه

النبوية من جوامع الکلم، از آن جا هم بعد با آن مقدمه می گوید فقها قبول نکردند.

فحملها بعض أعلام المتأخرين

.....
مراد ایشان اعلام متاخرین مرحوم نائینی است چون نمی دانم مطلعید یا نه مرحوم آقا شیخ محمد حسین و اخوی ایشان آقا شیخ احمد، آقا شیخ احمد جهت فقهیش معروف تر بود، حاشیه بر عروه هم داشت، چاپ هم داشت، چاپ جامعه مدرسین حاشیه ایشان را چاپ کرده، حاشیه بر عروه هم دارد و معروف تر بود به لحاظ فقهی و اصولی، آقا شیخ محمد حسین به لحاظ اجتماعی و همین قضایایی که هست و آقا شیخ محمد حسین انصافا قلم قوی ای هم دارد، ادیب بزرگواری است انصافا، این دو برادر از اخص اصحاب مرحوم آقای یزدی بودند حتی معروف است کتاب عروة که انصافا هم متن عروه قوی است، معروف است که این دو برادر تصحیح کردند، خود مرحوم سید یزدی هم ادبیاتش خوب است اما خب انصافا بقیه کتاب هایش متن عروه یک متن سنگینی است، در نجف این طور معروف بود، اما تاریخا چه عرض بکنم که این دو برادر متن کتاب عروه را تصحیح کردند و به این صورت قشنگ در آوردند، انصافا متن عروه خیلی متن قشنگی است.

آن وقت ایشان چون با مشروطه بود مرحوم سید یزدی، طبیعتا این ها دنبال خط استاد بودند و از آن طرف هم مرحوم نائینی که رئیس مشروطه بود دیگه، این ها شاگرد رئیس استبداد بودند، آن وقت ایشان هم با مرحوم نائینی که رئیس مشروطه است، لذا ظاهرا خواسته هم مطلب ایشان را نقل بکند و هم اسم ایشان را نبرد

فحملها بعض أعلام المتأخرین

مراد ایشان از کلمات کاملا واضح است که مرحوم نائینی است لکن ظاهرا به خاطر همان جهات سیاسی و مشروطه و استبداد اسم ایشان را نبرده، مرحوم یزدی هم در حاشیه بر مکاسب حرف دارد اما این جا حرف مرحوم نائینی را نقل کرده است و انصافا عرض کردم این چند تا حاشیه یا متن مکاسب و چند تا حاشیه ای که من امروز اسمش را بردم من این ها را دیدم انصافش کلام نائینی از همه روشن تر است، صاف تر است، حالا قبول کردیم یا نه بحث دیگری است اما انصافا کلامش صاف تر است و انصافا این کاری که مرحوم آقای کاشف الغطا کردند که خلاصه کلام نائینی آوردند کار لطیفی است، این کارش معلوم می شود دیده، بقیه کلمات را دیده بقیه به این زیبایی نیستند

فحملها بعض أعلام المتأخرين على ما حاصله بعد توضيح و تنقيح منا

ملعوم می شود ایشان هم در عبارت مثل ما گیر کرده، چطور ما در ضمان تبعی گیر کردیم ظاهرا ایشان هم گیر فرمودند لذا فرمود بعد

توضیح و تنقیح منا، ظاهرا مثل ما گیر کرده

أن المراد بالضمان في النبوي هو الضمان الجعلي الاختياري

این تبیین عبارت ایشان دقیق نیست، مرحوم نائینی فرمودند هو الضمان الجعلي الاصلی الفعلي، ایشان ظاهرا، مثل ما گیر کردند،

بالاخره به نظر من نمی فرمودند جعلی الاختیاری، این اختیاری در کلمات نائینی نیست، ظاهرا ایشان هم مثل ما گیر کردند آخرش

آوردند جعلی الاختیاری، عبارت نائینی این نیست، الجعلي الاصلی الفعلي، عبارت نائینی این است، البته ایشان در توضیحش همان

تبعی نائینی را آوردند، حالا آن جا هم ظاهرا گیر کردند

ضرورة أن كل عاقل إذا ضمن ملك الغير

حالا ایشان آمدند این طوری، كل عاقل، اگر كل عاقل شد دیگه تمسکی به روایت نیست، به قاعده عقلائی می شود، روشن شد چی

می گویم؟ پس چرا تمسک به روایت می کنند؟ جوامع کلم را؟ از جوامع کلم و فلان بعد می گوید كل عاقل، بله رحمة الله عليه

إذا ضمن ملك الغير و جعل غرامة تلفه عليه فإنما يصنع ذلك بغرض استيفاء منافعه، فالخراج يكون له بسبب ضمانه الاختياري لا

الضمان القهري

این را درست آورده، این عبارت نائینی است

المجعول شرعا كضمان الغاصب

البته مرحوم نائینی قهری را در مقابل جعلی آورده، ایشان هم باز بد معنا کرده که این جا نوشته الضمان القهري المجعول شرعا، ملتفت

نشده، مراد نائینی این است که آن ضمان طبیعی است وقتی چیزی را تلف کرد باید به جایش بگذارد، آن غاصب است این را، این را

ایشان المجعول شرعا

و لا الضمان التبعی

این را درست آورده، ضمان تبعی را درست آورده

كضمان البائع درك المبيع و المشتري درك الثمن

یعنی اگر تلف شد، البته باید قبل القبض را اضافه می کرد، حالا در ذهن مبارکشان قبل از قبض است

ضرورة ان البائع هنا مع انه ضامن للمبيع و لكن منافعه ليست له

نتوانسته این تبعی را توضیح بدهد مثل ما که گیر کردیم، نوشته اگر تلف شد مال بائع است، از بائع حساب می شود لکن منافعه مال

بائع نیست، تخم مرغ ها مال بائع نیست

بل للمشتري

ببینید این که گفت توضیح و تنقیح منا معلوم می شود مثل ما هم گیر کرده، مطلبش درست است اما نتوانسته بگوید این چرا تبعی

است، عبارت نائینی را هم خواندیم

پرسش: از روایت خارج می شود

آیت الله مددی: آهان، از روایت خارج می شود

ضرورة ان البائع هنا مع انه ضامن للمبيع و لكن منافعه ليست له و هكذا في المشتري؛ فان الخراج هنا ليس بالضمان قطعا

خب این بیان می خواهد، ادعا که کافی نیست

نعم، خراج الثمن للبائع بالضمان

این را ببینید ضمان ثمن را بعد از قبض حساب کرده، همان حرف نائینی

ای بضمانه لأن تلف الثمن عليه و من ماله كما ان خراج المبيع للمشتري بعد تلف لأنه ضامن له و تلفه يكون عليه و من ماله فليس

المراد الضمان القهري و لا التبعی

معلوم شد که عبارت نائینی را خیلی دست و پا شکسته معنا فرمودند و باید اثبات هم بکنند.

و لا الضمان التقديری

این ضمان تقدیری را هم که ما امروز

کما فی "أعتق عبدک عنی"؛

همان مطلب نائینی را آورده، کاملاً واضح است که متن نائینی را آورده لکن به نظرم خوب جا نیفتاده است برای ایشان، به نظرم باید

اعتق عبدک عنی بالف باشد که ضمان تصویر بشود چون می گوید در مقابل هزار تومان که از من می گیری، این تصویر ضمان توش

می شود

فإن الضمان علیه و منافع العبد لیست فتعین کون المراد هو الضمان الجعلی الاختیاری

ظاهراً به قول ایشان بعد توضیح منا

کما فی ضمان المعاملات و المعاطاة

معلوم شد کلام نائینی را در همین باب معاطات دیده. لکن نائینی در معاطات تفصیل داده، بعد می خوانیم چون بحث ما در معاطات

بود

فلا تصلح القاعدة دليلاً على عدم ضمان الغاصب للمنافع و يمكن ان يكون المراد منها ان خراج العين بسبب ضمانها ای من كان تلفت

العين عليه و من ماله فخارجها و منافعها له فيكون محلها ان خراج العين لمالك العين الذي لو تلف العين كان تلفها عليه و من ماله

فيكون مفادها مفاد مادة (۶۷) الغنم بالغرم ای غرامة العين و تلفها على من تكون له منافعها و غنيمتها و قد يعبر عنها بعبارة أخرى و

هی من له الغیم فعليه الغرم، و من جميع ما ذكرناه يتضح لك وجه القدرح فی مادة (۸۶)، اشکال دارد ماده ۸۶

الأجر والضمان لا يجتمعان، و الحق أنهما يجتمعان

.....
خیلی عجیب است، آن که گفته الاجر و الضمان لا یجتمعان همان کلام الخراج بالضمان را معنا کرده است، آن را هم گفتیم از جوامع کلم است، یک دفعه این جا می گوید نه

و لا مانع من اجتماعهما عقلا و شرعا فالمقبوض بالسوم أو بالعقد الفاسد یضمن العین قابضها و یعطى اجرة ما استوفاه من منافعها و هكذا الغاصب و نظائره و کذا ما فی : (مادة : ۸۷) الغنم بالغرم و قد سبق ان من المعلوم کون منافع الشیء لا یملکها الإنسان إلا إذا کان مالکا

خب این خلاف الغنم بالغرم است

أو متلقيا من المالك فمعنی هاتین المادتين أو الثلاث ان المالك له منافع الشیء و غلته و علیه خسارته و غرامته و إليها أيضا ترجع مادة ۸۶ النعمة بقدر النعمة و ان كانت لا شیء عند التحقيق

این ها هیچ فائده ای ندارند، درست نیستند، خب این قواعد را از الخراج بالضمان در آوردند.

بله انصافا من تمام مطلب ایشان را خواندم، با این نحو نمی شود فقه شیعه را در مقابل فقه اهل سنت عرضه داشت، خلاصه بحث من این است، من هدف اساسیم این بود که این تفکر که ما بیاییم مطالب علمی خودمان را در مقابل اهل سنت مطرح بکنیم این راهی که ایشان رفتند درست نیست

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين