

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

متعرض کلمات مرحوم نائینی شدیم در ذیل عبارت شیخ و به مناسبت کلمات ایشان بعضی از عباراتی را هم که گفتند متعرض شدیم یک مقداری هم آنچه به ذهن این حقیر می رسد متعرض شدیم لکن چون تکه تکه شد من گفتم بهترین قسمتش این است که متعرض کلمات ایشان یک جا بشویم و اشکالات را هم که می خواهیم بکنیم یکی دو تا تعلیقه ایشان را بخوانیم.

اولا ایشان ضمان را به معنای کون المال فی الذمة و من آثار ثبوت المال فی الذمة غرامت و خسارت. ضمان به معنای غرامت و خسارت نیست، راست است، این حرف به نظر من درست است اما کون المال فی الذمة یعنی به عنوان کلی بشود فکر می کنم اگر ما شواهد محل مراجعه ضمان را نگاه بکنیم که کلمه ضمن هم از آن هاست ظاهرا ضمان در حقیقت این است که این مالی را، چیزی را، شخصی را در عهده، بهتر از این که در عهده بگیرد نه ذمه، در عهده خودش بگیریم، جزء شخصیت خودش بگیریم، مثل این که در باب قسم می گوید بالله یعنی من این مطلب را ربط می دهم به خدا، الصاق، باء برای الصاق است. بالله که مثلا من از این جا بلند نمی شوم. و الله، این واو هم برای عطف است، حقیقتش اصلا این بوده، یعنی تصور این بوده، وقتی ما بیایم یک کاری را، یک عملی را مرتبط بکنیم با یک ذات مقدس آن عمل هم تقدس پیدا می کند و به مقدار اعتقادی که ما به تقدس داریم یا شخص دارد آن عمل هم تقدس دارد، خب بالاترین مقدسات هم حضرت حق است، اگر آمد عملی را منتسب کرد دیگه این عمل مقدس ترین عمل است، نمی شود از آن رفع ید کرد و لذا مثلا اگر گفت لا نذر فی معصیه شما نمی توانید معصیت را به خدا مرتبط بکنید، این در حقیقت تخصیص نیست که آقایان خیال کردند تخصیص است، اصلا با ماهیت نذر نمی سازد، آن وقت لذا به ذهن من این طور می آید با در نظر گرفتن شواهدی هم که اقامه کردیم ضمان عبارت از این است که یک چیزی در عهده شخص قرار بگیرد و لذا برای این که در عهده باشد و متعهد باشد باید صلاحیت داشته باشد، رابطه با شخص پیدا بکند، یا به اصطلاح بعضی از امروزی ها کیش شخصیت یا پرتوی شخصیت یا شعاع شخصیت، این

تبدیل به آن بشود، چون شعاع شخصیت او می گیرد این اسمش را ذمه گذاشتند. من به نظرم می آید بهترین تعبیر، حالا ایشان عهده هم دارد، ایشان تعبیر ذمه ندارد لکن عهده را این جوری بگیریم عهده با تعهد یکی است. اگر خود آن را در نظر بگیریم عهده است، اگر ارتباطش را با شخص بگیریم تعهد است، فرقی فقط همین است و إلا عهده و تعهد بلانسبت مثل کسر و انکسار است، شبیه آن است، مثل آن نیست، شبیه آن است. این یک نوع تعهد می دهد و غرامت و خسارت که بر او می شود نکته اش این است و کذلک تعهد می دهد زید را حاضر بکند که اگر حاضر نکرد زید را مثل شخصیت خودش حساب کرده است، زید باید زندان برود ولی این زندان می رود چون مرتبط به شخص خودش کرد، این اسمش کفالت شد و لذا عرض کردیم یک ضمان به معنای خاص است که همین در ذمه بودن به قول ایشان یا در عهده بودن. یک ضمان به معنای عام است، عام شامل کفالت هم می شود، یعنی به قول آقایان یک ضمان عام داریم و یک ضمان خاص، حالا دیگه وارد این بحث نشویم چون این باید جداگانه خودش بحث بشود، بعد از او متعرض کلام مرحوم علامه شد، بعد از آن متعرض ایشان شد، ثم إن اختلاف آثار الضمان و احکامه لا یوجب اختلافا فی معناه. این مطلب درست است، نحوه ضمان فرق کرد اصل ضمان محفوظ است. البته این به استظهار ما از آن نکته ای بر می گردد که ضمان را آورده که من ان شا الله بعد توضیح می دهم.

بعد یک مطلبی در باب اقل امرین دارد، این مطلب اقل امرین مبنائی است، عده ای از علمای ما قائلند ولی عده ای هم قائل هستند که همان مثل و قیمت باید باشد و جماعتی هم دفع مسمی را گفتند، گفتند باید خود مسمی را بدهد، لأن تعذر ردّ العین اوجب تعیین احد، إلى آخره. حالا این چون بحثش بعد هم شاید ما اشاره ای بکنیم در باب هبه معوضه است که ان شا الله آن جا عرض می کنم.

بعد مرحوم نائینی قدس الله نفسه یک مبنائی را اختیار کردند که ضمان اصولا مثل و قیمت است نه ضمان مسمی. این مطلب را ما مستقلا سابقا متعرض شدیم و گفتیم قابل قبول نیست، این که و ضمان منشأش قبض است، قبض هم فرقی نمی کند، چه در عقد صحیح و چه در فاسد موجب ضمان مثل و قیمت می شود، خلاف ظاهر است. این ها دیگه این دفعه می خواهیم حرفش را جمع بکنیم.

و علی هذا فلا وجه للالتزام، یک اشکالی شده که اگر یضمن بصحیحه یضمن بفاسده در صحیح مسمی را ضامن است پس باید در فاسد هم مسمی، ایشان می گوید لا وجه للالتزام بأن الخروج عن العهده فی العقد الفاسد ایضا باداء المسمی حتی لا یلزم التفکیک بین لفظی الضمان فی قولهم، برای این که نشود این طور.

عرض کردم من توضیحاتش را کافی تر و روشن تر عرض کردم، خود نائینی هم دارد، یک مطلبش را سابق گفته و یک مطلبش را این جا، اگر عقد بیع انجام داد و بیع فاسد بود سه تا احتمال عرض کردیم هست:

یک چون خودش می دانسته عقد فاسد است و داده دست طرف مقابل، اصلا ضمان ندارد. تلف هم شد شد دیگه.

دو: ضمان مسمی دارد چون اگر صحیح بود مسمی بود، حالا هم که فاسد است مسمی است، این دو

سه: آنی که الان فتوا بر آن است ضمان مثل و قیمت است، این جا اشکال شده، این اشکال شیخ است که اگر بنا بشود یضمن بصحیحه به مسمی، پس بفاسده هم بمسمی، چرا در فاسد را گفتند به مثل یا قیمت؟

ایشان جواب می دهد به این که، لما عرفت من عدم لزوم الاختلاف مع أن کیفیة الخروج خارجٌ عن حقیقة الضمان. راست است، این مطلب ایشان درست است و من بعد توضیح بیشتری می دهم، چون بنا شد الان عبارت ایشان را یک جا بخوانیم. در ذیل این مطلب ثم لا یخفی ما فی کلام المصنف، مرحوم شیخ انصاری می گوید خب این اشکال ندارد یعنی این مطلب درست است اگر در عقد صحیح ضمان بود، ضمانش مسمی بود فاسد هم همین طور. می گوید دلیلش این است، در باب معاطات بنا بر قول به اباحه قصد اباحه هست، لکن اگر در یکیش تصرف بکند یا تلف بشود ملک می شود و اگر هم تلف شد باید همان مسمی را بدهد. خب این با این که الان این جا شما در مثل این جا همانی که یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، در آن جا هم همین طور است. بعد مرحوم شیخ به این مطلب جواب داده:

نظیر معاطاء فإن الجمع بین الفساد و تعیین المسمی للعوضین جمعٌ بین المتناقضین و تعیین العوض المسمی فی المعاطاء. بعد این انتهى، انتهى عبارت شیخ است.

فإن الجمع جواب مرحوم نائینی است، مرحوم نائینی از این اشکال شیخ می خواهند جواب بدهند. فإن الجمع بین الفساد و تعیین المسمى للعوذیة جمعٌ بین المتناقضین، شما از یک طرف می گوئید عقد فاسد است و از یک طرف می گوئید باید مسمى را بدهد. مرحوم شیخ نمی گوید باید مسمى را بدهد، مرحوم شیخ می خواهد بگوید این عبارت معنایش این است، این عبارت یضمن بصحیحه یضمن بفساده شما در صحیح مسمى را ضامنید، در فاسد هم باید مسمى، این جمع است بین متناقضین.

و تعیین العوض المسمى فی المعاطاة لیس مع فرض فسادها. مرحوم نائینی یک نکته ای را می گوید که شما عقد فاسد را به معاطات قیاس نکنید. آن معاطات صحیحش این طوری است یعنی معاطات در صحیحش هم این طوری است، فرق نمی کند، چرا؟ چون اصلاً در آن جا تملیک نیست، اباحه است، مرحوم نائینی از این باب می خواهد وارد بشود. در صحیحش اباحه است، اما در مانحن فیه عقد فاسد است، آن جا فرض این است که صحیح است، خوب دقت بکنید، آن جا فرض صحت معاطات است و ایشان دیگه مفصل این مطلب را توضیح دادند.

و علی ای حال تصحّ المعاطاة لا أنها تبسط و معذلک یتبین المسمى للعوذیة فقیاس العقد الفاسد علی المعاطاة علی القول بالاباحه قیاسٌ مع الفارق، این مطلب ایشان به نظر من درست است اما به نظر من نکته این نیست که مرحوم نائینی فرمودند. نکته را من بعد عرض می کنم. دیگه داریم یک دفعه عبارت ایشان را کامل می خوانیم. یک جوابی هم از شیخ دادند.

قوله ثم العموم فی العقود، پریروز خواندیم که بعضی ها گفتند کل عقد و بعضی ها گفتند ما یضمن بصحیحه، ایشان فرمودند و علی ای حال المقصود واحدٌ، بله المقصود واحدٌ، هدف یکی بوده اما از نظر قانونی این دو تا با همدیگر فرق می کنند، کل عقد عام است و این مناسب به این است که هر عقد را بفرده نگاه بکنیم، ما یضمن بصحیحه مطلق است، باید مقدمات حکمت در آن جاری بشوند، با همدیگر فرق می کنند. این که ایشان هر دو را یکی گرفت روشن نیست. مطلب یکی است.

بعد ایشان متعرض می شوند که مراد از عقد خصوص ما لم یکن فیه شائبة الايقاع است. این مطلب را مرحوم شیخ هم فرمودند بحث جعاله و خلع را هم مرحوم فرمودند.

بعد ایشان، چون اینها در کلمات شیخ گذشت من اشاره می کنم، و اما توضیح خارجیش راجع به بحث فقهیش را ان شا الله بعد.

ثم بعد ما ظهر أن هذه القاعدة إنما استلزامها عن غيرها فلا بد من أن يكون معناها مطابقا لما هو عنوان مدرکها،

یعنی این قاعده را، این مطلبی را که مرحوم نائینی می رمانند ما هم عرض کردیم، مرحوم شیخ گفت مهم این است که اول بیان الفاظش

بکنیم، خب وقتی که این الفاظ در روایت نیامده مهم بیان مدرک است نه بیان الفاظ و اگر بناست بیان الفاظ بشود به مقداری که مدرک

است. این حرف مرحوم نائینی درست است.

بعد می گوید آن مطلبی را که مرحوم شیخ فرمودند با قاعده نمی سازد.

و حاصله و الصحيح هو الذی ذکرناه و حاصله أن المراد من الاصل، مراد از اصل ما یضمن بصحیحه. مراد از عکس ما لا یضمن، این

اصطلاح اصل در این جا مراد این است.

کل عقد صحیح صدر علی وجه التعویض فالفساد منه یوجب الضمان، مراد این است، این طور که ایشان فرمودند.

و المراد من العکس کل ما صدر صحیحه مجانا فالفساد منه لا یوجب ضمانا و هذا المعنی جامعٌ و مانع، معنای ایشان بد نیست، عرض

کردم معانی نزدیک هم اند، ما اگر بخواهیم از نظر فنی کار را درست بکنیم این مقداری که ایشان فرمودند کافی نیست، توضیحش را

می دهم.

و لا یحتاج إلى نوع فی العقد و لا الصنف و لا خروج ما کان موجب الضمان فیه هو الشرط دون العقد، اما آن جایی که شرط موجب

است که این شرطش فاسد شده و لذا عقد فاسد است این هم، چون التزام فی التزام است و لا فرض وجود بالفعل للصحیح و الفاسد. نه

این که بالفعل، چون یک بحثی هم دارند که ممکن است فرد صحیح و فاسد نداشته باشد.

لأن کل ما صدر مجانا کالهیبة الغیر المعوضة و الصلح فی مقام البراء فالصحیح هو الفاسد منه لا یوجبان الضمان کما لو فرض صحة بیع

بلا ثمن و اجارة بلا اجرة فکذلک لا یوجبان الضمان.

اگر گفت بعُتک بلا ثمن، اگر گفتیم صحیح است خب در آن، در فاسدش هم ضمان نیست، شما نگوئید در صنف بیع و در نوع بیع ضمان هست، این جا بحث سر این است که بعُتک بلا ثمن، بر فرض هم صحیح باشد در حقیقت مرجعش به یک نوع هبه است، هبه لا یضمن بصحیحه، پس در فاسدش هم نیست، در بعُتک بلا ثمن فاسد هم بود نیست. اگر قائل بشویم که ثمن، لَأَن فرض صحته معناه مجانیة المبیع و العمل، مجانی است. این را هم توضیح دادیم در قوانین غربی تعبیرش تحول بود. دیگه اصطلاحات گاهی عوض می شود. من عرض کردم من مخصوصا گاهی اوقات عبارت را می خوانم می خواهم بگویم که گاهی مطلب واضحی است و این را عرض کردیم در کتاب مبسوط هم دارد، اگر گفت این غذا یک بشقاب برنج گفت این غذا را دست شما عاریه گذاشتم، به شما عاریه دادم، می گویم خب این که عاریه نمی شود، بگوید ودیعه، این به هبه می شود، به هبه بر می گردد یعنی بخور اشکال ندارد، چون عاریه استفاده نکند، خب بخواهد بخورد تمام می شود، غذایی نمی ماند، چیزی نمی ماند که به آن برگرداند. لذا تحول پیدا می کند به هبه، من تعجب می کنم آقایان چرا تحول پیدا نمی کنند به ودیعه، بگوید پیشست ودیعه گذاشتم، چون ودیعه با عاریه در این جهت هر دو ید امانی هستند، فقط در ودیعه حفظ می کند و در عاریه مصرف هم می کند، فرقی این است. یک دفعه یک کتاب را پیش شما ودیعه گذاشتم یعنی این کتاب را نگه بدارید تا من برگردم. یک دفعه می گوید عاریه دادم می خواهید بخوانید بخوانید. حق انتفاع است. این اسمش عاریه است. اینها آمدند گفتند اگر گفت این بشقاب پلو را به شما عاریه گذاشتم معنایش این است که هبه کردم چون اگر بخواهد بخورد تمام می شود، خب بگوییم اگر بناست که لفظ جوری، بگوید ودیعه گذاشتم یعنی نخور، اگر گفت هبه کردم یعنی بخور، ببینید دقت فرمودید؟ این که یک عقد تحول به یک عقد دیگه پیدا بکند خب آن ورش هم می شود، بگوییم نه این ودیعه است، این گفت بشقاب پلو گذاشتم ودیعه است، امانت گذاشتم، ما به فارسی امانت می گوئیم، امانت گذاشتم تا بیایم بگیرم، نه این که به شما بخشیدم که هبه باشد.

پس بنابراین مرحوم نائینی، از مرحوم نائینی تعجب است، به نظر ما اصلا باطل است، این مطلب اصلا خودش باطل است، تحول اصلا خودش باطل است و توش غرر هم دارد، غررش هم روشن شد؟ چون گفت این بشقاب پلو را عاریه گذاشتند اگر تحول به هبه پیدا بکند می تواند بخورد، اگر تحول به ودیعه پیدا بکند نمی تواند بخورد. می گوید تو گفתי عاریه گذاشتم یعنی بخور، گفتم درست است عاریه

گذاشتم، تا برگردم یعنی نخور، نگهش بدار تا برگردم. این دو معناست. وقتی عقد اصلی مراد نشد، وقتی عاریه مراد نشد، اگر هبه مراد شد جواز انتفاع یعنی به حساب ملک او می شود مجانا، اگر ودیعه مطرح شد حق انتفاع ندارد. باید نگه بدارد تا بیاید.

لأن فرض صحة معناه مجانية المبيع و العمل ففساده ولو كان ناشيا من قبل الشرط لا يوجب الضمان. نعم لو كان الشرط فاسدا بعد التعويض كما لو جعل بازاء المبيع الثمن ثم شرط، البته نظر ما این است که بیع بلا ثمن باطل است. اصلا قول به صحتش نیست، آن وقت اگر باطل باشد چون بیع صحیح است آیا در این جا هم شما ضمان قائل می شوید؟ آقا گفت این کتاب را بدون پول به تو فروختم، این کتاب را بدون پول فروختم، این هم کتاب را گرفت، بعد تلف شد دزد آمد برد. ایشان ضامن است یا ضامن نیست؟ چون خودش آن را که گفت بلا ثمن یعنی چیزی بازایش نمی خواهد بدهید، دزد هم برد برد، از آن طرف خود بیع طبیعت بیع ضمان می آورد، این بحث همان فرد و صنف و نوع است، طبیعت بیع ضمان می آورد، این بیع را هم که می گوئیم فاسد است، دزد هم برده. پس باید. این نکته این است یعنی اینها آمدند گفتند اگر فرض فساد کردید بیع بلا ثمن فرض صحت ندارد، مگر نوعش را حساب بکنید، نوع بیع و إلا اگر فرد بخواهیم حساب بکنیم این فرد فاسد است، صورت صحیح ندارد فرد اگر حساب بکنیم. بیع کتاب اگر فاسد بود صورت صحیح دارد، اما این بیع اگر فاسد بود صورت صحیح ندارد. و لذا مرحوم نائینی می گوید اگر گفتیم بیع بلا ثمن صحیح است یعنی هبه، برگشتش به هبه است. ما گفتیم نه اگر برگشتش به هبه هم باشد باطل است، چون باید.

یکی از حضار: یعنی ایشان تحول را قبول کردند؟

آیت الله مددی: اینجا قبول کرده ظاهرا، می گوید کسی که قائل به صحتش است. باید به هبه برگردد. روشن شد چی می خواهم بگویم؟ معلوم شد ما ضابطه گذاشتیم، گفتیم چون عقود جزء اعتباریات هستند یک، اعتباریات امر واقعی نیستند دو، این امر واقعی نبودن بخواهد ایجادش بکند باید به موونه لفظ این را ایجادش بکند، به یک وضع روشنی، وضع روشن تر از همه همان لفظ است، فعل و تقریر و سکوت و اینها روشن نیستند.

سه: لفظی را هم باید انتخاب بکند که با آن مقصود خودش بخورد. می خواهد مجانی بشود باید بگوید وهبتک، می خواهی بگویی بعُتک بلا ثمن یعنی مجانی، باید بگوید وهبتک، یعنی چه بگوید بعُتک بلا ثمن، لفظی را هم باید انتخاب بکند که با آن مقصودش بخورد، صریح به آن مقصود باشد اما اگر لفظی را انتخاب کرد که صریح نبود، لازمست هست باطل است. نه بیع واقع می شود و نه هبه واقع می شود. هیچ کدامش واقع نمی شود، روشن شد؟ ما روی قواعدی که داریم تحول را هم قبول نکردیم، تحول به عقد جدید و این خودش منشا اختلاف است، مثل همان اعرُتک هذا الطعام مثلا، اگر گفت اعرُتک خب دو تا احتمال است، این که اودعتک هذا الطعام، این که وهبت هذا الطعام، دو تا احتمال می آید، ودیعه باشد و هبه باشد، آن می گوید تو وقتی گفتی این دیگ و بشقاب پلو را پیش تو عاریه گذاشتم، پیش تو عاریه باشد یعنی مجانی بخور، من هبه فهمیدم، می گوید نه من مرادم این بود که پیش تو امانت باشد، من ودیعه قصد کردم لذا ما عرض کردیم برای این که ریشه خلاف کننده بشود و امر اعتباری است، امر اعتباری درست نمی شود، ایجاد نمی شود، به مجرد این که این عقد صحیحش این است این کافی نیست، می خواهم این را بگویم. من عرض کردم در امور اعتباری شما دائما به مقدار ابراز نگاه می کنید نه به مقدار واقع، آن نکته فنی این بود. مقدار واقع این است که عاریه دادن ولو گفت عاریه، با دادن غذا جور در نمی آید، چون عاریه یعنی انتفاع، بخواید انتفاع به غذا بکند و بخورد تمام می شود، موضوع تمام می شود. چون با آن جور در نمی آید، ببینید پس یک واقعی وجود دارد که آن واقع هبه است، ما حرفمان این است که درست است که واقع وجود دارد اما آن واقع باید بیان بشود و تا ابراز نشود فائده ندارد.

یکی از حضار: آن به یک چیز دیگه ممکن است برگردد

آیت الله مددی: بله ممکن است به یک چیز دیگه هم برگردد، روشن شد؟

پس این مطلبی را که مرحوم آقای نائینی یعنی اینها آمدند این جا گیر کردند که اگر گفت بعُتک بلا ثمن، خوب دقت بکنید! اگر گفتیم این فرد صحیح دارد، به نظر ما که ندارد، اصلا فاسد است، اگر فاسد است حالا به طرف داد، بعد از این که به طرف داد این مال سرقت شد، دزدی شد، تلف شد، سوال: آیا ضامن هست یا ضامن نیست؟ چون بیع خودش طبیعتا ضامن می آورد، این جا فاسد است پس ضامن

است، روشن؟ ما می خواهیم بگوییم نه، مرحوم نائینی می خواهد بگوید اگر گفت بعتک بلا ثمن مرجعش را اگر صحیح دانستیم، مرجعش به هبه است. هبه هم ضمان ندارد. شما نوع بیع را حساب نکن، مرجعش به آن است.

بعد می گوید اگر فساد از ناحیه شرط بود خارج است، راست هم می گوید، چون التزام فی التزام است.

و ما احتمال بعضهم فی العبارة من أن يكون معناه كل شخص، این بعدها هم آقای خوئی شاگرد آقای نائینی همین معنا را گرفته که اعتبار به شخص است.

كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد و رتب عليها عدم الضمان في مثل بعتك بلا ثمن. این ما احتمال بعضهم هو المعنى الصحيح للقاعدة، یعنی ایشان گفته اگر این فرد صحیح بود، اگر بعتک بلا ثمن صحیح بود ضمان نمی آورد. این فرد، بیع ضمان دارد، این یکی ندارد. اگر صحیح بود ضمان نداشت، حالا هم که فاسد است ضمان ندارد. ایشان از این راه وارد شده است.

یکی از حضار: اصلا اگر جهل باشد جهل در اجرت

آیت الله مددی: جهل حالا واقع اجرت هست، اجرت مثل حساب می شود.

یکی از حضار: این حالت در اجرت را باطل می دانند

آیت الله مددی: آن جهت دیگری است که حالا من توضیحش را عرض می کنم.

هذا هو المعنى الصحيح للقاعدة لأن هذه القاعدة كجميع القضايا الحقيقية، دیگه حالا این را بحث کردند که مرحوم نائینی اصطلاح قضایای حقیقیه را خلاف مصطلح بکار برده است. حالا این بحث ها خیلی تاثیر ندارد و اصولا ما عرض کردیم اعتبارات قانونی از سنخ قضایا نیستند که ایشان نوشتند. الحكم فيها مرتب على فرض وجود الموضوع، لذا نائینی یک مبنائی دارد که فعلیت حکم به فعلیت موضوع است، این را هم قبول نکردیم به معنای فعلیتی که ایشان فرمودند.

فمعناها أن كل ما يضمن لو كان صحيحا يضمن بفاسده، و كل ما لا يضمن لو كان صحيحا لا يضمن بفاسده و فرض صحة البيع بلا ثمن عبارة أخرى عن فرض مجانبية ففساده لو كان من قبل نفس هذا الفرض ففساده ولو كان من قبل نفس هذا الفرض، این جا واو دارد. حیث إن البيع بلا ثمن باطل، این فساد لا يقتضى الضمان. این مقتضى ضمان نیست، حالا نکته این است.

بعد ایشان متعرض ظرفیت و فعلیت شدند که با در ما یضمن بصحیحه برای ظرفیت یا فعلیت است عرض کردیم مرحوم آقای ایروانی هم اشکال کرده و نتیجه گرفته که باء برای ظرفیت است، نائینی برای سببیت گرفته. مشکل سببیت کجاست؟ در آن بفاسده است، چون عقد فاسد است و اگر فاسد شد ضمان نمی آورد، یضمن بصحیحه عقد صحیح ضمان می آورد چون مقابل دارد و إلا نمی آورد. این خلاصه کلماتی که مرحوم نائینی قدس الله نفسه آن بحث باء را مطالعه بکنید عرض می کنم که چطور در می آید.

خدمت با سعادتان عرض کنم آنی که من فکر می کنم، آنی که به ذهن من می آید و العلم عند الله سبحانه و تعالی، اولاً این قاعده همان طور که گفته شد یک روایتی نیست، آیه ای نیست و به اصطلاح به عنوان قاعده ای است که عده ای از فقهای اسلام از قدیم استظهار کردند و در حقیقت حکم علی وفق القاعده هم هست یعنی حکم، حکم عقلائی است. کما این که روایت علی الید ما اخذت، باز هم ما عرض کردیم، ولو من گفتم علی الید برای فاسد است، اقدام برای صحیح است لکن نکته اساسی در ذهن بنده این است که قاعده علی الید هم عقلائی است. ما اگر گاهی به قاعده علی الید تمسک می کنیم به خاطر اطلاق لفظیش است و إلا قاعده علی الید عقلائی است به این معنایی که من عرض کردم. اگر انسان، البته به معنای غصب که کاملاً واضح است و عرض کردیم در طول تاریخ اسلام این روایت چند جور برداشت شده، برداشت هایش را نوشتیم. عده ای او را صحیح می دانند، عده ای مثل ابن حزم او را صحیح نمی دانند. اشکال این بوده. در روایت شیعه هم کلاً وارد نشده، این در بخش روایت ما، در میان اهل سنت هم کسانی که اشکال کردند به خاطر خبر واحد این را خبر واحد می دانند، دیگه این از مصداق بارز خبر واحد است چون فقط حسن از سمره از رسول الله، کس دیگری هم این وسط واقع نشده، دو نفر از سمره نقل نکردند. از مصداق بارز خبر واحد است که عده ای کلاً خبر واحد را حجت نمی دانستند. این راجع به سندش.

راجع به منتش هم عرض کردیم عده ای به معنای غصب گرفتند و حتی با این فقط ردّ العین را ثابت کردند، ضمان را هم گفتند توش در نمی آید، مثل و قیمت. عده ای هم گرفتند تا آن معنای واسع به هر نحوی ید بر یک مالی آمد ضامن است، مادام خودش موجود است، خودش نبود مثل و قیمت. یک عرض عریضی در وسط واقع شده، روشن شد؟ به ذهن ما رسید که بهترین معنا این باشد که اگر بدون اجازه کسی و بدون این که نکته شرعی داشته باشد، یا قانونی یا نکته شخصی داشته باشد مالی را در اختیار قرار بگیرد این مال اگر تلف شد ایشان ضامن است. این باید رد بکند سریعاً، اگر هم نشد بدّلش را بدهد و خواندیم روایتی از رسول الله هم هست و روایت دیگر هم بعد می آید، حتی لو اخذ عصا اخیه یردّها إلیه. آن دیگر این تعبیر موجز نیست علی الید ما اخذت اما این حکم اجمالاً هست لکن ما معتقدیم که این حکم اجمالاً عقلائی است. در مثل غصب که قطعاً عقلائی است، هیچ بحث ندارد. در مثل بلا اجازه هم همین طور است. حالا بلا اجازه اگر مال کسی را گرفت طرف می گوید چرا مال من را گرفتی، می گوید چرا مثلاً گوسفند من، تو بیابان بود و برداشتی بردی، می دانستی که از من که اجازه نداشتی. مگر این که یک نکته ای را بگویند که، مثل قاعده ما علی المحسنین من سبیل و إلا انصافاً اگر تلف شد او ضامن حساب می شود یعنی به ذهن می آید که این قاعده هم عقلائی است، اگر بناست به آن تمسک بکنیم به خاطر اطلاق لفظی است، اگر بناست و إلا اگر گفتیم به همان مقدار عقلائی قبول داریم که به این جهت هم تمسک نمی شود کرد.

پس بنابراین خوب دقت بکنید چه در صحیح عقد و چه در فاسد عقد ما می خواهیم بگوئیم مطلب از نظر عقلائی درست است، آن وقت تعبیرش و نکته اش را این قرار بدهیم که اولاً ببینید تعبیر کل عقد یضمن بصحیحه، یکی عنوان عقد است و یکی عنوان صحیح. عقد و فاسد، این دو تا عنوان است. عنوان عقد یک عنوان عرفی است، امر اجتماعی است، چیزی نیست که شارع در آن تصرف کرده باشد. عقد یعنی گره زدن، در این جا گره زدن در موارد مختلف فرق می کند، بحثی که در باب عقد هست این است که مثلاً در باب بیع، تملیک می کند، می گوید کتابم را به تو دادم، آن هم می گوید صد تومان را به تو دادم یا در مقابل کتاب یک پتو به تو دادم، آن هم دارد، این به آن داده کتاب را و آن هم فرض کنید پتو را به ایشان داده. اینها تملیک هست و نمی شود انکار کرد لکن تملیک را مجانی نداده، به این عنوان کتاب را دادم که تو در عهده ات باشی پتو بدهی، یعنی کتاب را در مقابل تعهد آن به پتو قبول کرده است. تملیک

و تملک. یعنی بعبارة اخرى کتاب را مجانی نداده، کتاب را داده با التزام طرف مقابل که به عهده بگیرد، چیزی را که به عهده گرفته پتو بوده، خب این کاری است که طرفین انجام دادند.

خوب دقت بکنید، این کاری که طرفین انجام می دهند در صحیح هم هست، در فاسد هم هست، فرق نمی کند، یک نکته عقد بودن است و یک نکته صحیح بودن و فاسد بودن است، نکته عقد بودن به طرفین قائم است، ربطی به قانون ندارد طرفین التزام. قانون می آید می گوید این عقد را با این شرایط قبول می کنم ولی این عقد را قبول نمی کنم. صحیح و فاسد مال حکم شارع است، مال حکم قانون است، مال حکم مقنن است. آن وقت نکته فنی این است که اینها می خواهند این طور بگویند شما وقتی که این کتاب را به این آقا دادید این کتاب را در اختیار ایشان گذاشتید که ایشان به عهده بگیرد و بدش را بدهد، به عهده بگیرد مسمی را بدهد، این به عهده گرفت. با این تعهدی که او داد و به عهده ای که گذاشت که پول را بدهد آن هم به شما پتو داد و این دو تا باید به هم گره بخورند. این دو تا باید، پس فقط التزام و تملیک نیست، این دو تا به هم متصل شدند، متصل نه، گره خوردند. عهد موکد، عهد مشدد، یا به قول این حقیر میثاق غلیظ، این ها باید با همدیگر ارتباط پیدا بکنند و ارتباطشان هم محکم باشد، خب اگر شارع آمد گفت من این عقد را قبول کردم یعنی کتاب ملک آقا شد و ایشان هم باید به شما پتو را بدهد. همانی که مسمی بوده، بدل جعلی بوده و بدل قراردادی بوده. اما اگر شارع گفت من این التزام را قبول نکردم، آمد گفت من التزام را قبول نکردم، به چه معنا؟ به این معنا که شما که آمدید تملیک کردید گفتید در عهده طرف، شما این عقد فاسد هم این کار را کردید، خوب دقت بکنید! خود این کار شده، یعنی خود این مطلب که شما اقدام کردید به تملیک مضمونا، در عقد صحیح و فاسد در هر دو هست، چون اقدامتان برای تملیک به نحو ضمان بوده، به نحو اشتغال عهده بوده، به نحو تشغیل عهده بوده، آن قبول کرده که در مقابل تملیک مجانی نباشد و به عهده او باشد ردش، پس عاداتاً ولو عقد فاسد باشد این اقتضایش این است که ضمان باشد، حالا آیا ضمان مسمی باشد؟ چون شارع این را فاسد کرده، ضمان مسمی معنا ندارد. بر می گردد به قاعده کلی. هر چیزی ضمانش به مثل یا قیمت است.

پس بنابراین یک احتمال ضمان مسمی، ضمان مسمی که معنا ندارد به خاطر فسادش. می ماند ضمان مثل و قیمت، این قاعده است، احتمال دیگه می ماند که اصلاً ضمان نباشد، می گوئیم این با اقدام منافی است. یعنی این مطلب را آقایان ولو روایت علی البید نباشد، روشن شد؟ پس آن نکته اساسی این است که باید عقدی باشد، این عقد دو تا نکته را به هم ربط بدهد و محکم بکند، گره بزند، تنها ربط عادی نیست، گره بزند و محکم بکند، این مطلبی که هست این مطلب از شرعی نیست، این مطلب عرفی است، این مطلب عقلایی است، این مطلب مطلب عرفی است. اگر ما معیار را این قرار بدهیم خیلی راحت است دیگه. پس آن نقضی که شیخ به معاطات کرد برداشتیم چون در معاطات عقد نیست اصلاً، به هم گره نخورده. پول را گذاشت و نان را برداشت، این گره نخورده. اگر کسی گفت معاطات اباحه است یعنی عقد ندیده، اصلاً آن جا نوبت عقد نمی رسد، صحبت عقد مطرح نیست، آن اباحه کرده در مقابل پتو فرض کنید، خیلی خوب حالا آن کتاب تلف شد یا مثلاً در کتاب آمد تصرف کرد، من هم پتو را می گیرم، این اصلاً صحبت، این دو تا را به هم ربط نداده. آن قبض کرده و آن هم اباحه کرده، دو تا قبض انجام گرفته، این دو تا قبض که انجام گرفته به مقدار حدود مالکیت خودشان که اباحه بوده. اگر تلفی پیدا شد این باید همان چیزی را که قبض کرده بدهد، همان مسمی را بدهد. به خلاف مثل بیع، در بعثک بلا ثمن هم مشکل این است، نه این که بگوئید فرض صحت بکنید، اصلاً بعثک بلا ثمن عقد نیست، رکش نیست. تمام شد. اگر می گوئیم ضامن نیست، اگر گفت بعثک بلا ثمن کتاب را به او داد عقدی صورت نگرفته، اقدامی نیامده،

یکی از حضار: نه اقدام کرده اما رکن را نداشته.

آیت الله مددی: نه اقدام کرده برای چی؟ کتاب را در اختیارش گذاشته، یعنی قبض است، قبض و اقباض شده است. دو تا قرارداد، تعهد،

دو تا التزام را به هم ربط نداده، بعثک بلا ثمن یعنی من این را به تو دادم، بیع انجام دادم

اولاً این معلوم است که بیع بلا ثمن، آن که هیچی، جای خودش، یعنی ایشان برداشته به یک عمل باطلی که اسمش بیع هم نیست، اصلاً

بعثک بلا ثمن اسمش بیع نیست.

یکی از حضار: پس الان حضرتعالی بین بیع فاسد با باطل فرق می گذارید؟

آیت الله مددی: نه یکی است، فاسد است.

اصلا بیع نیست که فاسد باشد یا باطل، نمی خواهد فرض صحت بکنیم، فرض صحت نمی خواهد. اصلا این بیع نیست، عقد نیست. ما معیار در باب عقد قرار دادیم، معیار این شد که یک تملیکی باشد و این تملیک یا به نحو این است که طرف ضامن باشد مثل بیع یا طرف به عهده نگرفته مثل هبه. اسم این عقد است، اما بعثک بلا ثمن چنین چیزی اصلا نیست، می گوید شما بعثک بلا ثمن را باطل می دانید، خیلی خوب، پس اگر تلف شد با این که نوع بیع که ضمان می آورد، این یکی چرا؟ چون خودش صحیح ندارد، می گوید فرض صحت اگر بکنید، اگر فرض صحت کردید حکمش حکم هبه است، مجانی است در هبه ضمان نیست، پس در این جا هم نیست، این روشن شد اصلا فرض این مجرد فرض است، این واقعیت ندارد. اصلا بیعی واقع نشده.

یکی شوخی می کرد می گفت اینها به من نمی فروشند، گفت چرا؟ گفت مجانی نمی فروشند، خب مجانی نمی فروشند که معنا ندارد، فروش مجانی که معنا ندارد. اصلا عقدی مطرح نیست لذا با این تعبیری که من عرض کردم فکر می کنم حدود قاعده کاملا روشن شد، بآه هم بای سببیت است نه ظرفیت که مرحوم ایروانی فرمود. این که ایشان می گوید عقد فاسد ضمان نمی آورد ضمانش مال عقد است، فاسدش اشکال دارد. عقد که احتیاج به شرع ندارد، عقد کاری است که طرفین اقدام کردند. آنچه که طرفین اقدام کردند بیع اقدام کردند، اصلا یعنی دو تا نکته است، یکی مال شخص است یعنی قاعده اقدام به آن می خورد، یکی هم مال شرع است که آن صحیح و فاسد است، این مال شرع است اما به لحاظ عقد بودن به طرف، می گوید تو چطور اقدام کردی؟ می گوید اقدام کردم که این به بدلتش بخورد. خب می گویند این فاسد است، شارع امضا نکرده، می گوید بالاخره التزام داد، من که مجانی اقدام نکردم، حالا مسمی نمی شود چون شارع فاسد کرده، این معنایش این نیست که ضمان کلا برداشته بشود پس طبق قاعده اولی ما به ضمان مثل و قیمت می بریم، ممکن است کسی بگوید این معنای ضمان مثل و قیمت را از قاعده علی الید هم در می آوریم و به قاعده علی الید هم بر می گردیم. روشن شد؟ اگر کسی گفت از قاعده علی الید ضمان در نمی آوریم، غصب در می آوریم، استیلاء، و ماخوذ به بیع فاسد را مقبوض به

.....
عقد فاسد را اصلا غصب نمی دانیم، خب هیچی دیگه، اصلا از علی الید خارج می شود. یعنی ما آمدیم گفتیم ممکن است این مطلب را با قاعده عقلائی، فقط شرح این قاعده را این جوری دادیم.

یکی از حضار: عقلا مختلفند حضرت استاد

آیت الله مددی: در این جا؟

یکی از حضار: بله، مثلا طرف قمار می کند. این که به ممضای شارع همه جا نیست. اگر عقلائی بخواهیم بگوییم آن می گوید من می خواهم، تو راضی و من راضی.

آیت الله مددی: خب بنا شد این را اجازه ندهیم، عقود رضائی را اجازه ندادیم.

باید یک قراردادی باشد، بله اگر گفت، آن دیگه اصلا کلا چون فاسد است خودش پول قمار زد و به طرف مقابل داد، بعد آن پول تلف شد نباید بگیرد، ضامن نیست. چون خود این کار اصلا فاسد است. آن وقت به او داده، تسلیط به مال کرده مجانی، دیگه پول نداده، معنا ندارد که ضامن باشد.

پس بنابراین بآء به معنای سببیت است، تو عقد فاسد، فردا توضیح بیشتری عرض می کنم.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین