

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

عرض شد که راجع به جمله ای از این مباحث قواعد فقهیه و یا مکاسب مخصوصا بعد از مرحوم شیخ و مکاسب ایشان در حوزه های ما بحث های نسبتا مفصلی انجام شده، اطلاع بر آن ها انصافا خوب است و هر کدام از زوایای مختلف جنبه های مختلف بحث را دیدند و مجموعا کارهایی که در این جهت شده مثل فرض کنید تا حدی کارهای مرحوم یزدی در حاشیه اش بر مکاسب، البته از زوایای خاص ایشان، مرحوم آقای ایروانی نکات جالبی دارند، مرحوم آقای نائینی تحلیلات و تحقیقات خوبی دارند. مرحوم آقای شیخ محمد حسین اصفهانی کذلک نکات خیلی، یک مقداری هم در بحث های صاحب کفایه و حاشیه ایشان بر مکاسب و انصافا در این جهت زحمات خوبی کشیده شده، کار شده و ما اگر بخواهیم تمام اینها را بگوییم انصافا طول می کشد. سعی ما این است که بیشتر یکی یا دو تا از این حواشی را که به نظر ما ارزش بیشتری دارد و نکات بیشتری دارد بگوییم و در ضمن آن نکات دیگر هم گفته بشود، اشارات بشود و دیگه انصافا اگر بخواهیم همه را بررسی بکنیم خیلی طول می کشد و لکن اجمالا نکات خوبی دارد و چیزی که در حوزه های ما اخیرا باز اضافه می شود و هنوز رسما جا نیفتاده است بیشتر نظرات خارج از دنیای اسلام است. البته نظریات خارج از دنیای شیعه سالهاست مطرح شده، از زمان شیخ طوسی مطرح شده، اهل سنت، خیلی تحلیل های خاص خودشان را دارند، آن ها پیش ما نیامده و خیلی مطرح نشده اما خیلی از مباحث تدریجا شکل قاعده مند پیدا کرده به اسم قواعد فقهیه که تقریبا می شود گفت مبدع این کار در میان شیعه همان شهید اول است در قواعد خودش، القواعد و الفوائد و تا حدی نسبتا، البته شهید اول انصافا خیلی قوی وارد شده و خیلی نکات دارد و خیلی به ایجاز در قواعد خودش صحبت کرده، نکات خیلی فنی دارد. تا حدی هم در قواعد مرحوم شهید ثانی، تمهید القواعد، مرحوم نضد القواعد الفقهیه، فاضل مقداد است یا ابن فهد است، به نظرم ابن فهد باشد و اِلَی فیما بعد، طبعا در بحث قواعد فقهیه بعدی های ما انصافا خوب کار کردند، انصافا آوردند. حتی مرحوم نراقی در این کتاب عوائد خودش مرحوم شیخ انصاری عده ای را در رسائل

.....  
خاصی آورده مثل تسامح و کتاب هایی که بعدها به اسم قواعد فقهیه نوشته شده و ضوابطی را که در این جهت فرق بین مسئله اصولی و مسئله فقهی و قاعده فقهی، انصافا بحث های نسبتا خوبی است.

یک چند سالی هم هست طبیعتا مخصوصا بعد از جریان حکومت در ایران باز یک بحث مقارنه ای با دنیای خارج از اسلام، حالا مخصوصا غرب یا شرق فرق نمی کند. در این جهت کارهای نسبتا خوبی انجام می گیرد، البته هنوز کار زیاد دارد چون آنجا هم پراکندگی زیاد است کار زیاد دارد و انصافا خیلی کار می خواهد، انصافا آشنایی به آن مبانی مختلف خیلی کار می خواهد و این باز می تواند غنای بیشتری به مباحث این طوری ما، این مباحثی که قابل طرح در سطح جهانی هستند و غالبا تعبد ندارند مطرح بشود.

آن وقت به طور کلی ما عرض کردیم کلیتا از بعد از صحابه خیلی از مسائلی که جدید برای دنیای اسلام بود، برای صحابه جدید بود، مثلا در آیات قرآن نبود، در روایاتی که معروف عن رسول الله بود نداشتند اینها تدریجا در دنیای اسلام هم هی به شکل های مختلف مطرح شد و پیدا کردن این سر نخ ها هم خیلی کار لطیف و ظریفی است، هم به لحاظ دنیای اسلام و هم به لحاظ خصوص مذهب شیعه و فروع مذهب شیعه، مثل زیدی ها، مثل اسماعیلی ها، مثل امامی ها، اینها خودش باز به دنبالش بوده و با طرح هایی که شده تقریبا می شود ریشه های این ها را تقریبا پیدا کرد و اتجاه کلی هم الان به همین است یعنی اتجاه کلی پیدا کردن ریشه ها و بررسی و تحقیق آنهاست. این یک نمای کلی بحث.

راجع به این بحثی که این آقایان بعد از مرحوم شیخ به قول خودشان به عنوان اصل و عکس بیان کردند، ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و عکسش ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، انصافا خود مرحوم شیخ نسبتا لطیف وارد شدند، بحث ها را خوب انجام دادند، بحث های خوبی است. یک مقدار زیادی این روش بحث این جوری از زمان علامه، چون مرحوم شیخ ولو آرای اهل سنت را آورده، علامه بیشتر تحقیقات و تحلیلات عامه را آورده و بعد از علامه رحمه الله پسر ایشان مرحوم فخر المحققین در این جهت تاثیرگذار است، بعد از ایشان شهید اول تا حد زیادی در این جهت. بعد از ایشان مرحوم جامع المقاصد تاثیر گذاشته. یک تاثیری که بخواهیم بگویم تقریبا احاطه دارد به اینها بیشتر توسط مقدس اردبیلی، ایشان مطرح شده یا محقق اردبیلی رضوان الله تعالی علیه و انصافا باز کردند

یک مقداری ایشان ادله را، آن ادله اولیه را بررسی کردن و ریشه یابی کردن و آزادانه فکر کردن، کار بزرگی را مرحوم اردبیلی شروع کردند و طبعا دو شاگرد ایشان صاحب معالم و صاحب مدارک در یک زوایای خاصی در عالم خودشان، این که فقه را بر اساس احادیث صحیح و حسن تنظیم بکنند اینها خیلی تاثیرگذارند. البته خب انصافا مشکل دارد، فقه با صحیح و حسن نمی شود و بعد هم که آقایان اخباری ها آمدند که کل اوضاع را به هم ریختند، خدا رحمتشان کند و این تحقیقات جدید فقهی و این تفریعات و این نکته ها و این ظرافتها را باید باز بیشتر مدیون مرحوم وحید بهبهانی هستیم، ایشان زمینه این کار را شروع فرمودند و انصافا هم تا حدی واقعا تاثیرگذار بودند. این قافله به حرکت افتاد، انصافا این قافله علمی و در بخش مکاسب مرحوم شیخ جعفر کبیر یک حاشیه ای بر قواعد دارد، انصافا خیلی از نکات را دارند، همین کشف الغطای ایشان هم خیلی ظرافتها را دارد، خیلی نکات خاص دارد و بعد از ایشان کسانی که تا حدی تاثیرگذار بودند همین مرحوم شیخ اسدالله تستری صاحب مقابس است، البته چون هر کدام زوایای خاصی دارند، دیگه من نمی خواهم وارد این بحث بشوم و انصافا یک مجموعه ای از این بحث های لطیف را مرحوم شیخ انصاری جمع کردند. یک مجموعه ای را انصافا تنظیم کردند، هم نسبتا نقل دارد و نسبتا مسئله تحلیل دارد، در این مکاسب و بحث های مکاسب تحلیل خیلی تاثیرگذار است به خلاف عبادات، خیلی تحلیل های نسبتا خیلی خوبی را ایشان ارائه کرده، بحث ها را خوب مطرح کرده و بعد از مرحوم شیخ مخصوصا بعد از صاحب کفایه این چند نفری که متعرض شدند خیلی خوب وارد شدند انصافا، مرحوم آقای آقا ضیاء هست، البته از مرحوم آقا ضیاء در ذهنم یک تقریرات مکاسب در ذهنم هست، ظاهرا این قسمت را مرحوم نجم آبادی نوشتند و مرحوم نائینی که واقعا در این جهت خوب است. خیلی خوب است. مرحوم آقای اصفهانی که شاید بشود گفت به یک معنایی تقریبا گل سرسبد این تحقیقات مکاسب بیشتر مال ایشان است. در اصولش نه ولی در مکاسبش انصافا خیلی فکر باز و روشنی را مطرح می کنند، خیلی تاثیرگذار است و مرحوم سید یزدی هم که تقریبا نیم دوره قبل از ایشان است از آن زاویه خاص خودش انصافا ایشان هم تاثیرگذار است و تقریبا می شود گفت تقریبا ما آنچه که الان سراغ داریم ایروانی هم خیلی روشن و آزاد وارد بحث می شود و ظرافت های خاصی را دارد لکن احساس ما این است که خیلی آن بن مایه قوی و قدرت قوی را مثل مرحوم نائینی یا مرحوم آقای اصفهانی نداشته باشد.

.....

علی ای حال مجموعه کارهایی که شده کارهای بسیار لطیفی است، کارهای بسیار خوبی است، اگر این مباحث با لغت جدید و با دنیای جدید تلفیق بشود، هماهنگ بشود، تعبیر بشود خیلی تاثیرگذار است. شاید در این بخش از مطالب من حیث المجموع عرض می کنم ما الان در زمان معاصرمان بر کل اهل سنت رجحان داشته باشیم یعنی مجموعه حوزه شیعه در این مباحث بر حوزه اهل سنت در این مباحث رجحان داشته باشیم، انصافا این خیلی قوی است و چون خیلی تحلیل های آزادانه انجام شده و روایت هم کم بوده خیلی قابل طرح و قابل شانه به شانه شدن با خود تفکری که در سطح جهانی مطرح است هست. حالا نمی خواهم بگویم آنها حتما تفکر ما را دارند، خب معلوم است آنها دین ندارند و ما داریم، از زمین تا آسمان فرق داریم اما به هر حال می شود مطرح کرد یعنی قابلیت طرح را دارد، همین قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده قابلیت طرح دارد و عرض کردیم مخصوصا روی مبنای ما که هر دو قسمت را هم عقلائی قرار دادیم، هم آن ضمانش را و هم قاعده علی الید را به صورت عقلائی قرار دادیم.

علی ای حال و مباحث قشنگی است، ما یک مقدار مباحث نائینی را متعرض شدیم، دیگه خودمان می گوئیم، حالا مرحوم آقای اصفهانی چند کلمه هم از مرحوم اصفهانی خواندیم، روی جهاتی، لکن دو سه کلمه هم از مرحوم آقای ایروانی گفتیم، لکن من حیث المجموع فکر می کنم مطالب روشن شد.

آن وقت در این جا چون می خواهیم به یک جمع بندی برسیم باز برای جمع بندی همان کتاب شیخ را مبنا قرار می دهیم که ان شا الله الان عرض می کنم. قبل از وصول به این مبنا یکی دو تا مطلب مرحوم نائینی داشتند، یکی این که این روایت برای تمییز موارد ید مجانی است، عرض کردیم این مطلبی که ایشان فرمودند خیلی علمی نیست یعنی انصافا.

ببینید یک مطلبی است که خوب دقت بکنید، مثلا این که در این جا آمدند گفتند یضمن بصحیحه ناظر به قاعده علی الید است مثلا قاعده علی الید کجا جاری می شود و یا نمی شود. ببینید ما الان این تفکر را بررسی می کنیم نه این که حالا در خصوص مورد. اگر ما می خواهیم گاهی اوقات یک مجموعه روایات متفرق را به یک اصل واحد و بگوئیم ناظر به یک کلام کلی است این باید همان کلی هم مطرح بشود یعنی همان کلام کلی کلا مطرح باشد و در آن خصوصیات هم اشاره ای به آن باشد مثلا اگر فرمود به این که اگر یتضرر

من القيام، ضرر می بیند مثلاً، إن كان يضره القيام، قیام برای او ضرر دارد، بگوئیم این ناظر به حدیث لا ضرر است، این طوری باید بگوئیم. این ناظر به حدیث لا ضرر است، آن وقت این جور تحلیل علمی فقهی می کنیم چون حدیث لا ضرر ظاهر در کل عمل است، کل عمل ضرری باشد، این می گوید اگر قیام ضرر دارد این کار را بکند، این ناظر به اجزاء است، پس این در حقیقت ناظر به شرح لا ضرر است که لا ضرر در اجزاء هم جاری می شود، روشن شد؟ این بحث علمی و تحقیق علمی، این مشکل ندارد. هست.

یکی از حضار: مثل حکومت

آیت الله مددی: آهان این مشکل ندارد.

این به اصطلاح شرح است، حالا حکومت هم نباشد شرح است، شرح می دهد لا ضرری را که گفتیم و مشهور بوده اما این یک نکته ای دارد، یک: آن اصل اولی باید مشهور باشد، اصل دومی مشعر باشد که از آن مشهور تصور می شود، این دو تا باید بشود و إلا مجرد این که یک اصل اولی را ما تصور بکنیم و دومی هم مشعر نباشد این کافی نیست، مثلاً در باب لا ضرر، خب ما در باب لا ضرر چون مرحوم آقای شیخ الشریعه اشکال کرده که ما لا ضرر داریم لکن خیلی جاها اصحاب به اطلاقش عمل نکردند. ایشان توجه فرمودند که آنی که لا ضرر صحیح داریم یکی است و آن روایت زراره است، معتبر داریم این است، بقیه اش قابل خدشه است دیگه و آن لا ضرری هم که در کلام زراره آمده در بحث خارجی است، این شخص از دست آن شخص ضرر دیده به خاطر آن درخت خرمایی که «آ» جا گذاشته بود، پیغمبر فرمودند. خوب دقت بکنید، باید شما اول اثبات بکنید که امام صادق از پیغمبر نقل فرمودند قال رسول الله لا ضرر و لا ضرار، این را اول باید اثبات بکنیم، مشکل این است که ما این اطلاق را نداریم چون چند تا سند دارد اما روشن نیستند، آنی که می شود قبول کرد این است، اسناد این است. الان در ذهنم یک سندش قابل قبول است، بقیه اش الان در ذهنم نمی آید.

پس باید، مگر بله شما بگوئید چون چند تا سند دارد ولو ضعیف است یقوی بعضها بعضا، پس این سند تام است، بله، اگر این شد چرا.

دو: این که در این روایت اشاره باشد، يضرّها القيام به آن اشاره دارد، این اشاره دارد.

یکی از حضار: علی ابن محمد بن قدار، احمد ابن عبدالله عن بعض اصحابنا عن عبدالله ابن مسكان عن زراره

آیت الله مددی: نه، عبدالله ابن بکیر عن زراره. در کافی هم هست. کافی چند تا دارد، خود متن عبارت کافی باب الضرار یا باب الضرر و الاضرار است، دو جور دارد. نسخه بدل دارد، اصلا عنوان باب قرار داده است، مرحوم کلینی عنوان باب قرار داده است. بگوییم چون اینها کردند پس مجموعا این، پس آن نکته ای که گفتیم روشن شد.

آن وقت حالا بیاییم در مائحن فیه تطبیق بکنیم، باید شما این جور بگویید که علی الید بین اصحاب ما معروف بوده، ما در اینجا می خواهیم با قاعده لا یضمن یا یضمن موارد ید مجانی را از غیر مجانی تشخیص بدهیم، باید این طور بگوییم دیگه. عرض کردیم در روایات ما کلا علی الید نیامده، در هیچ روایت ما علی الید نیامده ولو ضعیفا، آن چه که آمده در شیخ طوسی است از قرن پنجم، و آن هم از مصادر عامه است. بله در مصادر عامه هم مثلا بخاری و مسلم علی الید را نیاوردند، قبول نکردند. ابن حزم هم علی الید را قبول نمی کند. این قرن های بعد است، ابن حزم هم در قرن پنجم است اما در سنن اربعه شان آمده، این کتاب در باب سنن اربعه شان این حدیث وارد شده، این قبول اما در مشهورشان، در ما که اصلا نیامده.

پس این که بگوییم این قاعده ناظر به شرح علی الید است اصلا خود علی الید نیامده. تازه اهل سنت هم که علی الید را آوردند تقریبا مشهور و معروفشان به غصب زدند و عده ایشان هم تصریح دارند که حدیث ضمان را شامل نمی شود، مادامت العین موجوده یجب ردّها، پس نه این حدیث در ارتکاز اهل سنت هست، مضافا به این که فقط یک راه هم دارد، حسن عن سمره عن رسول الله.

یکی از حضار: طبق مبنای عقلا بگیریم چه؟

آیت الله مددی: مبنای عقلا ربطی ندارد، این شارح آن نیست.

یکی از حضار: یعنی مبنای عقلا مشرح نیست؟

آیت الله مددی: نه، مگر این که شارع امضا بکند. مبنای عقلا بگیریم جنبه لفظی پیدا نمی کند، مبنای عقلا روی جنبه واقعی می رود، روی جنبه خود عنوان می رود. بعدش هم ما یضمن بصحیحیه یضمن بفاسده که روایت نیست. این کلامی است که عده ای از فقها گفتند،

این اصلاً روایت نیست. ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده جزء روایات نیست که بگوییم این ناظر به آن است، پس این مطلبی که ایشان مرحوم نائینی رحمه الله علیه دارد.

بعد هم در مطالبی که فرمودند که دیروز خواندیم ایشان پنج تا نکته را فرمودند، یکیش این که باید ید باشد، لذا در سبق و رمایه ید نیست، این از کجا؟ اگر ما یضمن بصحیحه گرفتیم این شامل سبق و رمایه هم می شود. این که توش ید باشد این مطلب هم هست. من بعضی از مطالب مرحوم نائینی را الان، دقت بکنید این نحوه کار را نمی شود قبول کرد. چرا؟ چون ایشان ذهنیتش این است که قاعده ما یضمن مکمل قاعده علی الید است پس باید در آن جا ید باشد، در مثل سبق و رمایه ید نیست پس چیزی جاری نمی شود، ما همچنین چیزی نداریم! ما اصلاً همچنین چیزی نداریم که قاعده علی الید باشد و بگوییم در آنجا چون ید نیست که ایشان شرط فرمودند.

یا ایشان فرمودند که، این را هم گفتیم چون جمع می کنیم، ایشان فرمودند که ما در عقد صحیح همیشه ضمان است، ضمان هم تابع قبض است، و إلا قبل از قبض ینفسخ العقد، پس این قبض است که ضمان می آورد، فقط قبض بعضی موارد ضمان مسمی می آورد، بعضی وقت ها ضمان مثل و قیمت می آورد، و فرق هم نمی کند یعنی هیچ فرق خاصی ندارد. قبل از قبض هم ضمان نیست، در عقد صحیحش هم ضمان نیست، در عقد فاسد هم اگر باشد مال قبض است پس نکته قبض است.

من این را هم باز توضیح دادیم این مطلبی که ایشان فرمودند قابل قبول نیست، نکته قبض نیست، این نکته این است، نکته را خوب دقت بکنید، آن نکته این است که ایشان یک حکمی کردند که بیع یعنی تملیک، خیلی خوب، بسیار خوب، از آن ور گفتند اگر تملیک باشد و مبیع تلف قبل القبض من مال بائعه، خب این نمی شود، این با تملیک نمی سازد. با تملیک این نمی سازد پس بیایم بگوییم این چون روایت آمده، بیایم بگوییم که در حقیقت تملیکش بعد از قبض است یعنی آن ضمانش بعد از قبض است.

خب مرحوم نائینی ظاهراً این مبنا را تعهد را در باب بیع ندیده بودند یعنی ایشان آمدند بگویند حسب قاعده بعد از قبض است، خب اگر حسب قاعده شد برگشت به تعهد می شود اصلاً، به تملیک نمی شود. چون ایشان در ذهن مبارکشان نبود که ما در بیع تعهد هم داریم یعنی قبل از این که وارد این خصائص بشویم آن نکات فنی را باید بررسی بکنیم که آیا بیع تعهد است یا بیع تملیک است؟ مرحوم

نائینی می گوید چون تلف قبل از قبض پس این معلوم می شود که با قبض پیدا می شود. جواب ما این بود که نه آقا با همان عقد پیدا می شود، چرا با قبض پیدا بشود؟ با خود عقد ملک پیدا می شود. این مالک مبیع می شود و آن هم مالک ثمن می شود، با خود عقد پیدا می شود نه این که با قبض و اینها. مثلاً مثل هبه، این این طور نیست.

و لذا خوب دقت بکنید یک مبنای کار، دو سه تا مبنای دیگه هم هست که در متن مکاسب متعرض می شوم. یک مبنای کار که به نظر ما درست این بود، در این مطلب از این مبانی این جا وارد بشوند که آیا بیع تملیک است یا بیع تعهد است؟ اگر آن مطلب شما را قبول بکنیم باید بگوییم بیع تعهد است اما ما می گوییم بیع تملیک است. عرض کردیم بین عامه مسلمان ها آنی که رایج است بیع تملیک است، خب چرا قبل از قبض من مال البائع؟ گفتیم تعبد است، تعبد به این خورده و إلا طبق قاعده قبل از قبض هم باید از مال مشتری حساب بشود. ایشان که قطعاً قائل به تملیک است، توجه نکردند اگر بگوییم با قبض، به مسلک تعهد بر می گردد و اصلاً مسلک عوض می شود و لذا این که ایشان می گوید با قبل از قبض ضمان نیست، این مطلب واقعی نیست نه، با عقد ضمان می آید نه با قبض. به قبض ربطی ندارد. بله یک تعبد دیگر. تعبد نه تعهد، یک تعبد دیگر شارع داد که اگر قبل از قبض تلف شد فهو من مال بائعه، این به همان مقدار خودش تعبد را قبول می کنیم، مشکل ندارد که، اما این معنایش این نیست که معنای بیع را عوض بکنیم.

پس بنابراین لو کان نحن به حسب قاعده ضمان مسمى از وقت عقد است نه از وقت قبض، از وقت خود عقد است، ظاهر عقد هم همین است، اصلاً میثاق غلیظش همین است، اصلاً نکته عقد همین است، دقت می کنید؟ نکته ای که در باب عقد است این است.

پس این مطلب دیگری که ایشان فرمودند این مطلب ایشان هم قابل قبول نیست، نکته فنی را عرض کردیم این نکته است.

پس بنابراین این جور تا این جای کار معلوم شد که ما قبل از این که وارد این بحث بشویم ببینیم آیا عقد مملک است یا موجب تعهد است، تملیک است یا تعهد است؟ و عرض کردیم هر دویش انصافاً در عالم اعتبار ممکن است، گفته شده در یونان باستان روی مشکلی تعهد گرفتند. الان هم هستند کشورهای غربی که تعهد گرفتند.

این طور که سنهوری نوشته، من از او نقل می کنم، در این جا به جای دیگه مراجعه نکردیم، نشده به کتب دیگه مراجعه بکنیم.

پس بنابراین این مطلبی که مرحوم آقای نائینی فرمودند که طبق قاعده حسب القاعده ضمان مال قبض است، چه مسمی باشد و چه مثل و قیمت. این مطلبی هم که ایشان فرمودند این مطلب هم قابل قبول نیست، قابل قبول نیست.

آن وقت تا این جا باز نکات دیگری دارد، اگر ما باشیم و طبق قاعده، عرض کردیم این مطلبی را که مرحوم شیخ در این جا آوردند این طور که ایشان آدرس دادند و ظاهرا هم همین طور باشد قدمای اصحاب ما مشعر به این هستند که قاعده ما یضمن بصحیحہ ناظر به قاعده اقدام است، دخل المالك على الضمان و ایشان نقل می کند که شهید ثانی اولین کسی است که علی الید را به آن اضافه کرد یعنی اضافه بر اقدام علی الید اما خبر در خیلی از عبارات اقدام فقط آمده، علی الید نیامده، ظاهرا از زمان شهید ثانی به بعد قاعده علی الید اضافه شده است.

یکی از حضار: خود اقدام که مدرکی ندارد؟

آیت الله مددی: نه دیگه به عنوان این که مال شخصی خودم است و هر کار بخواهم بکنم. می خواهم به نحو مضمونا بهش بدهم یا به نحو غیر مضمون بهش بدهم. اختصاص به خودم دارد.

این هم راجع به این قسمت، دقت بشود!

پس بنابراین آنچه که ما الان داریم یک: باید ثابت بکنیم که آیا در عقد تملیک است یا در عقد تعهد است؟ آنی که می تواند در مانحن فیه اثرگذار باشد. آنی که اثرگذار است این است.

دو: اضافه بر این نکته ای که الان عرض کردم به این که تاثیرگذاری آن اقدام را ببینیم، از زمان شهید ثانی قاعده علی الید هم به آن اضافه شد بنا بر تعمیم علی الید که تمام مواردی که ید انسان می آید جاری می شود و عرض کردیم قاعده علی الید از زمان شیخ طوسی در حوزه های ما آمد و انصافا هم مشهور شد و این اختصاص به این ندارد. همین تازگی من با دو تا از فضلا بحث می کردم به یک مناسبتی حدیث الطلاق بید من اخذ بالساق، این حدیث علی ما ببالی در مسلم و بخاری و اینها نیامده، آنی که من الان در ذهنم مصدر دارم، البته نمی گویم مصدر منحصر به فرد است، در کتاب سنن قطبی از ابن عباس آمده و در روایات ما اصلا نیامده. در

.....

احادیث اهل بیت کلمه الطلاق بید من اخذ بالساق نیامده، بلکه یک روایتی آمده که معارض با این است اصلاً. اصلاً با قاعده الطلاق بید من اخذ بالساق اصلاً کلاً معارض است و مورد این روایت هم اصلاً این نبوده که الان ما خیال می کنیم طلاق به دست مرد یا زن بوده. اصلاً مورد این روایت این نیست. مورد این روایت چه بوده؟ عبد است، ابن عباس نقل می کند که رسول الله روی منبر فرمودند که بعضی از مولاها و بعضی از مالکین برای عبد خودشان زن می گیرند چون عبد قدرت ندارد. بعد که برایش زن گرفتند خودشان از زنش جدا می کنند. پیغمبر فرمود نه دیگه تو حق نداری، گرفتن حق تو بود اما حالا که زن و شوهر شدند حق نداری زن و شوهر را از هم جدا بکنی، مالک حق طلاق ندارد، این حق طلاق ندارد شد إنما الطلاق بید من اخذ بالساق، به این صورت آمد و إلا اصلاً در این مقام نبود، اصلاً این روایت در این نکته نیست. این روایت در این نکته است که مولا می تواند عبد خودش را داماد بکند، ازدواج بدهد و لکن نمی تواند آن را طلاق بدهد، طلاق به دست شوهر است، همان عبد است. بید من اخذ بالساق.

یکی از حضار: العبد و ما بیده کان لمولا

آیت الله مددی: ما فی یده ظاهراً املاک اما این در اختیار خود عبد است اما الان در زمان ما این حدیث خیلی مشهور شده، با این که در طبقه های سابق هم این مشهور نبوده. حالا علی الید بعد از شیخ تقریباً شهرت گرفته، پس این که مرحوم شهید ثانی آورده که قاعده علی الید را به آن اضافه کرده این هم دارای مشکلات است که در بحث شرح قاعده علی الید یک مقدارش را توضیح دادیم، این هم راجع به این قسمت.

یکی از حضار: الان چه استفاده ای از این حدیث می شود؟

آیت الله مددی: اصلاً ربطی ندارد. برای شما خواندیم عبارتی که شهید اول دارد کل عقد ضمن صحیحه ضمن فاسده، اصلاً این حرف ها را ندارد. علی الید هم لأنه دخل المالك علی ذلک.

یکی از حضار: نه این الطلاق بید من اخذ بالساق، استفاده خاصی دارد؟ همان می گویند حق طلاق به دست مرد است.

آیت الله مددی: ببینید حق طلاق با مرد است روایت دیگری هم داریم قد ولّ من لیس اهلا له امره، مثلا همچنین تعبیری، این که مثلا ما مورد روایت داشته باشیم بحثی نیست. بحث در این قسمت است که آیا ما روایت علی الید را داریم که به او تمسک بکنیم در مواردی که به قول ایشان مشکوک است؟ انصافا عرض کردیم این مطلب را نداریم.

یکی از حضار: این را تمثیل بودید زدید اخذ بالساق

آیت الله مددی: نه حکم است، تمثیل است

یکی از حضار: نظیر منظورم است

آیت الله مددی: نه نظیرش هم نیست، آن اخذ بالساق از این جهت که یک چیزی که مشهور می شود.

حالا این روایت علی الید باز بهتر است چون یک مقداری از شیخ طوسی مشهور شده، الطلاق بید من اخذ بالساق این جور نیست، بعدش هم علی الید بین عامه خیلی جاری شده است، خیلی. بعدش هم مرحوم نائینی خودش علی الید را به غضب زد، اصلا ربطی به ما نحن فیه ندارد مگر بگوییم مغبوض به عقد فاسد چه صحیحش ضمان آور باشد یا نباشد این خودش مقبوض به عقد فاسد یک نوع غضب است، این را به عنوان غضب حساب بکند که این خودش واقعا اشکال دارد. ممکن است انسان به اتاق کسی برود و بدون اجازه او نماز بخواند اما خانه را غضب نکرده، خود صاحب خانه هم نشسته لکن کاری نمی تواند بکند، این هم عدوانا نماز می خواند. این لازم نیست که همه جا غضب باشد و صدق غضب بکند، حالا به هر حال این نکات مقدماتی.

یک نکته هم هست و لذا خوب دقت بکنید مراد از این روایت را خوب دقت بکنید، مراد این است که اگر شما اقدام کردید اقدامی که به شما به عنوان عقلا انجام می دهید و این اقدامی که کردید روی این بود که برای مال خودتان یا بدل بگیرید یا نگیرید و بدل را معین کردید این جا اگر هم فاسد بود باید بدل را بدهید، بدل هم معین نکردید باید به بازار برگردد و مثل و قیمت.

لکن اگر ما باشیم و این قاعده یعنی بدل را معین کرده است یا بدل را معین نکرده، اگر ما باشیم خیلی خوب و إلا انصافا یعنی حق در مقام این است که این قاعده مبارکه ناظر به این نکته است که اگر عقد در جایی صحیحش ضمان آور باشد همان عقد در فاسدش ضمان

آور است پس این بحثی را هم که مرحوم آقای ایروانی گفتند بآء به معنای ظرفیت است این هم قابل قبول نیست. اصلاً عبارت شهید ثانی صریح است، کل عقد ضامن اصله، اگر اصلش ضامن باشد فاسدش هم یضمن. می گوید خلاف جایی که اصلاً تضمین اصل نیست، این در کتاب مرحوم شهید اول هم در همین بحث آمده، در قواعد ایشان دارد. در قواعدش دارد کل عقد ضمن صحیح، دیگر این جا احتمال هم این نیست که بآء برای ظرفیت باشد، اصلاً بحث ظرفیت ندارد.

پس بنابراین نتیجه ای که می خواهیم بگیریم این است که اگر که ثمن یا مثنی که هر دو متعهدانه رد و بدل شده تلف بشود و عقد فاسد باشد يرجع کلٌ إلیه، آن وقت این جا نکته لطیفش این است که یک کتابی را می خواستند به او بفروشد به سه تا پتو فروخت، به جای پول سه تا پتو گرفت، آن وقت این پتوها این جور بودند، این پتوها فرض کنید معلوم شد عقد فاسد است، ایشان باید پتوها را برگرداند، از آن طرف هم پتوها فاسد شدند. اگر ما آمدیم گفتیم ضمان هست یعنی این جا را چجوری تصویر بکنیم. من رفتم کتاب را به این آقا فروختم به سه تا پتو، بعد هم پتوها را دزد برد و بعد هم معلوم شد که این عقد فاسد بوده، عقد درست نبوده، خب سوال این است این اشکال شیخ هم هست، اشکال این است که آیا در این جا، البته این در فرع ثمن نیست کلام شیخ، در فرعی که به این کتاب دیگر غیر از آن کتاب بر می گردد. کتاب غصب آنجا آمده است، این کلام شیخ این کلام ناظر به این است که، این کلامی که این جا مطرح شده، اگر من کتاب را در مقابل سه تا پتو قرار دادم خب، بعد سه تا پتو سوخت یا دزد برد، سوال: ایشان الان بر می گردد می گوید، بعد معلوم می شود عقد فاسد است، می گوید عقد فاسد است خیلی خوب من کتاب را به تو رد می کنم، عقد فاسد است. شما هم بیا پتو را به من رد بکن، می گوید پتو نیست، نکته فنی را دقت بکنید، خب چون پتو موجود نیست عادتاً به مثل، حالا مثل هم ندارد، پتوهای خاصی است و هر کدام برای خودش یک عالمی دارد و مثل ندارد، باید به قیمت برگردیم. حالا سوال این است قیمت خود کتاب صد هزار تومان است، قیمت سه تا پتو سیصد هزار تومان است. عوض مسمی را بدهد یا عوض عین را بدهد؟ عرض خواهیم کرد ان شا الله تعالی که حسب قاعده مسمی را باید بدهد، عوض مسمی را بدهد که حالا بعد توضیحاتش می آید.

خب تا این جا اگر مطلب روشن شد اجمالا هم کلمات شیخ را چون یک بار خواندیم یک بار دیگه. عرض کردیم اولاً مرحوم شیخ متصدی اقوال شده و اقوال به این صراحتی که ما الان داریم نداریم، این اقوال به این نحوه نیست. ایشان متعرض می شود و بحث را هم ابتدائاً که می آورد از کلمات شیخ طوسی شروع می کند و عبارات شیخ طوسی بلکه عباراتی که بعد از شیخ طوسی هستند همه شان مشعر به همین قاعده اقدام هستند و در کتب شیعه من تا آن جایی که من دیدم، فعلاً تتبع ندارم، ظاهراً اولین کسی که قاعده اقدام را به این صورت صریح دارد آن مرحوم علامه هست که به این صورت نیست اما شهید اول در فوائد به این صورت آورده و در فوائد که ایشان آورده به این صورت است که کل عقد ضمن صحیح، اصلاً بآه هم ندارد که دیگه واضح است سببیت است، احتمال ظرفیت در آن نیست. بعد ایشان این عبارت را علی الید تدریجاً در این مسئله وارد کردند. از زمان شهید ثانی در این مسئله وارد شده و حتی در شهید اول در این کتاب قواعد که دارد ایشان متعرض همین لأن المالك دخل علی ذلک، تعبیرش این است. یعنی بحث علی الید مطرح نشده اصولاً. بعدها چرا مطرح شده است و بحث را روی علی الید بردند پس معلوم می شود این مسئله علی الید یک مسئله قانونی بوده، یک مسئله ای راجع به عقود بوده و همین طور که سابقاً من چند هفته پیش مطرح کردم اساس این مسئله آن ذیل است یعنی اساس این مسئله این است که در کدام عقد فاسد ضمان هست و در کدام عقد فاسد ضمان نیست، اساسش ناظر به آن است چون در عقد صحیح که خب اگر مبنی بر ضمان باشد و معاوضه باشد ضمانش واضح است، جای بحث ندارد که عقد صحیح. إنما الکلام در جایی است که عقد فاسد باشد و آن شا الله توضیحات این را عرض می کنم.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين