

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 کردیم راجع به قاعده کل عقد یا کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفساده، این را متعرض شدیم ابتدائاً از کتاب مرحوم شیخ ابتدائاً و یک مقدار هم کلمات مرحوم نائینی و بعضی از اصول مسئله را بررسی کردیم، بحث کردیم و الان چون دیگه می خواهیم نتیجه بندی نهایی بشود متعرض می شویم. با همان طبق عبارت شیخ چون در حوزه های ما متعارف است نتیجه بندی نهایی را با کلمات ایشان.

عرض کردم به این که مرحوم شیخ ابتدائاً از این کتاب ما صفحه ۱۸۲ سعی کرده مثلاً قدیمی تری که ما در این جهت داریم را بررسی بکند. یک مواردی است که در مبسوط شیخ طوسی آمده. من خودم نشد نگاه بکنم اما فکر می کنم اگر در مبسوط شیخ طوسی حالا همین مقدار یا بیشتر باشد عادتاً باید از کتب شافعیه گرفته باشد عادتاً و احتمالاً آنها هم به خود شافعی برگردانند از قرن دوم. احتمالاً این جور باشد. من این را چون نشده مراجعه شخصی بکنم چیزی نمی توانم بگویم. به هر حال با این متن که نیست ما یضمن بصحیحه. اگر باشد مضمونش است و بعد از شیخ طوسی ایشان عده ای از موارد را متعرض شدند و به شهید در مسالک رساندند که شهید ثانی هم دارد در باب سبق و رمایه مطلبی دارد. تصادفاً من هم نتوانستم مراجعه بکنم چون این جلد مسالک پیش من نبود، گم شده بود. حالا باید دو مرتبه نگاه بکنم که دقیقاً چیست و لکن خوب بود مرحوم شیخ متعرض، شهید اول هم در قواعد دارد. من عرض کردم تا آن جایی که بنده خودم مراجعه کردم آمدن اینها به صورت قاعده بیشتر در فقه شیعه از زمان شهید اول است. ایشان کتابی دارد به نام القواعد و الفوائد که معروف به قواعد شهید است، در آن جا در این چاپ سنگی. من چاپ جدید هم دارد ولی نشد نگاه بکنم. در این چاپی که افست است صفحه ۳۱۷ در آن جا مرحوم شهید اول آورده.

اما فکر می کنم قبل از ایشان، حالا نزدیک این در ایضاح پسر علامه استاد شهید اول، آنجا آمده و قویاً احتمال می دهم که یک جایی دیدم که علامه هم دارد، نشد به کتاب علامه مراجعه بکنم. تعابیر مختلف است، آن جا دیگه کلمه باء ندارد. حالا ایشان یک بحثی هم

راجع به باء کرده. ما ضَمَنَه صحیحه ضَمَن فاسده، ایشان این جا دارد. ضَمَن دارد و صحیحه و فاسده دارد و ما لا ف لا، این طوری تعبیر ایشان.

بعد هم قاعده لأن المالك دخل على ذلك، آن تعبیری که ایشان دارد، تمسک به قاعده علی الید هم نیست، تمسک به همین قاعده اقدام است که این اقدام کرد. این در عبارت.

ظاهرا احتمالا ابتدای ورودش در فقه شیعه، چون مسلم در روایت که نیست، ابتدای ورودش که در روایات نیامده مکتب بغداد باشد، مکتب دوم بغداد باشد که اطلاع داشته بر آن چه که در عالم اسلامی در جریان بوده و طبق قاعده هم بوده و قبولش کردند. احتمال قوی این است و عباراتی هم که در این جهت آمده همان عبارات قاعده اقدام است. قاعده دخل علی أن یكون المال مضمونا علیه. به این عنوان وارد شده است.

عرض کنم که و یک عبارتش که خب همینی است که ما الان می گوئیم. عده ای به جای تعبیر از خود قاعده مثل مشاركة الحد و البرهان، به جای این که خود قاعده را بیاورند دلیلش را آوردند، خود دلیل را، نگفته لقاعده ما یضمن بصحیحه، دلیل قاعده ما یضمن اقدام است. اقدام را آوردند، لأن المالك دخل به این حساب. خود اقدام را ذکر کردند و من امروز نگاه می کردم باز به غیر طریق شیعه یک کتابی است که اخیرا نوشته شده از معاصرین، از مال عمان، مال اباضیه در عمان. آنجا دیدم این تعبیر دیگری داده اما انصافا همان تعبیر هم قشنگ است حقا یقال و از یک جای دیگه نقل می کند چون آن مصدر را الان نشناختم، از فقه اباضیه است یا از فقه کیست نمی توانم بگویم اما آن تعبیرش این است که کل عقد فاسد مردودٌ إلی صحیحه. این جوری آورده، به جای ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و این موید همان نکته ای است که من عرض کردم. حالا من یک نکته ای هم روی وجدان و ارتکاز فقهی خودم گفته بودم. گفتم این عبارت نظرش روی فاسد است، صحیح که خب صحیح است و بحث ندارد. لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، این که جای بحث ندارد. نظر این ها روی این عبارت روی فاسد است. این دیگه کاملا واضح شد که شخصی که این عبارت را نوشته کاملا روشن کرده کل عقد فاسد مردودٌ إلی صحیحه، الان هم نمی دانم این عبارت در چند تا کتاب اهل سنت یا غیر اهل سنت هست الان نمی دانم اما

انصافاً هم فکر می کنم عبارت قشنگی است مردودٌ إلی صحیحه یعنی نگاه می کنیم و ظاهراً مردودٌ إلی صحیحه نه در تمام خصوصیات، فکر نمی کنم. به هر حال احتمال هم دارد که تمام خصوصیات باشد. اگر تمام خصوصیات گرفتیم در صحیح عوض مسمی است باید در فاسد هم مسمی باشد اما این نیست، بنای اصحاب به این نیست، شاید روی همین جهت هم اصحاب ما این تعبیر را کردند، تعبیر اصل ضمان، ناظر به اصل ضمان نه خصوصیات ضمان.

علی ای حال اگر این عبارت چون عرض کردم این مصدر را ایشان نوشته از کجا، آن کتاب را الان نمی دانم چیست، اگر عبارت دقیق باشد معلوم می شود اهل سنت این مطلب را به این تعبیر آوردند، کل عقد فاسد مردودٌ إلی صحیحه.

یکی از حضار: خود تذکره الفقها هم دارد کل عقد فاسد فاسده مردودٌ إلی صحیحه.

آیت الله مددی: نمی دانستم، گفتم من خودم از کجا آورده ملتفت نبودم.

یکی از حضار: این هم الحاوی الکبیر. فقه مذهب امام الشافعی، آن هم دارد و لأن فاسدٌ، کل عقد مردودٌ إلی صحیحه فی وجوب الضمان و سقوطه، این هم یکی. دیگه مقدمات الممهدات هم دارد.

آیت الله مددی: این را از شافعیه نقل کرد.

عرض کردم من به حسب ارتکاز خودم، پس معلوم شد ارتکاز ما درست است چون کل عقد فاسد مردودٌ إلی صحیحه دیدم عبارت بدی نیست معلوم می شود علامه هم آورده است. به هر حال بعید می دانستم این فاضل معاصر، این کسی که این کتاب را نوشته مال خودش باشد. از جای دیگه هم نقل کرده.

یکی از حضار: این هم جلد ۲ صفحه ۲۴۸ است، همین تذکره الفقها.

آیت الله مددی: احتمالاً چاپ قدیم مرادش باشد.

کل عقد فاسد مردودٌ إلی صحیحه، در اصل ضمان.

علی ای حال پس معلوم شد که این قاعده آمده است و همین طور که من عرض کردم این فقط مرحوم شیخ وارد این بحث شده، بعد فرمودند بیان قاعده.

بعد مفردات این عبارت کل عقد که اینها را خواندیم و احتیاج هم ندارد که توضیح بدهیم.

بعد نوشته و المراد درک المضمون علیه، این را ما قبول نکردیم که مراد درک این مضمون بر آن باشد.

بمعنی کون خسارته و درکه فی ماله الاصلی فإذا تلف وقع نقصانٌ فیه لوجب تدارکه، و اما مجرد، این یک معنای ضمان را به این گرفتند که اگر تلف شد ملک او می شود و بعد از ملک او خارج می شود. این را توضیح دادیم دیگه. از عبارت نائینی هم توضیح دادیم. این مطلبی که ایشان فرمودند به نظر ما درست نیست این که درک یعنی خسارت بر آن است. ضمان به نظر ما از همان کلمه ضمن یعنی این را ضمن شخصیت خودش گرفت یعنی تعهد داد، ضمان داد یعنی این مال را در ضمن، نه این که این مال جزء مال آن شده، در ذمه او شده، نه ذمه نه، تعهد داده، به عهده گرفته، یعنی همان پرتوی شخصیت به قول من که هی تعبیر می کردیم یعنی من این کتاب تو را می گیرم نه به عنوان این که مجانی باشد، من در عهده خودم می گیرم که عوضش را می دهم و این عوض هم مثلاً صد هزار تومان است. ببینید این طوری است، صحبت این است. به عهده می گیرد، نه این که مال او می شود، نه این که اگر تلف شد مال اوست. من فکر نمی کنم ضمان مراد این باشد که این آقایان نوشتند. مراد از ضمان یعنی این را در ضمن شخصیت خودش را می گیرد، مرتبط با خودش می گیرد، نه این که در ذمه می شود، نه این که ملک می شود، هیچ کدام از این ها نیست. یک معنای دیگری است.

یکی از حضار: تعهد می شود؟

آیت الله مددی: آهان، تعهد می شود.

این در حقیقت این است من این کتاب را از تو می گیرم و متعهد می شوم که بدلت را به تو بدهم، این ضمان است. خب وقتی متعهد شد اگر خودش موجود بود خودش ولی اگر نبود بدلش را می دهد، روشن شد؟ به نظر ما می آید که حقیقت ضمان این است، چون ما اینها را در کلمات مرحوم نائینی توضیح دادیم در این جا تکرار می کنیم. مراد از ضمان در این جا این است، در هر دو عقد این است.

بله آن وقت دقت بکنید! مشکلی که بود. حالا من عبارت را بخوانم و جلو برویم. بعد یک عبارتی گفته که نوشتند که چه کسی گفته.

بعد مرحوم شیخ می فرمایند چون ما تند تند می خوانیم که روشن بشود.

تدارک تارة یكون بأداء عوضه الجعلى که مسمى باشد، این در عقد صحیح است.

بأداء عوضه الواقعى و هو المثل أو القيمة و إن لم يتراضيا عليه

روی آن تراضى پیدا نشده.

و ثالثة بأداء أقل الأمرين

در این اداء اقل الامرین عرض کردم یک بحثی بین آقایان است و انصافاً هم من باز دو مرتبه خود این مسئله، سابقاً نگاه نکردم، امروز

باز دو مرتبه خود این مسئله را بررسی کردم، مثلاً گفت من هبه می دهم به شرط این که شما مثلاً این کتاب را به شما هدیه می دهم به

شرط این که شما هم یک قلم به جای آن به من بدهید. بعد که این کتاب را داد قبل از این که ایشان قلم را بدهد آن تلف شد، کتاب

تلف شد، سوال این است آیا باید قلم را بدهد یا ندهد؟ این جا عده ای از علما مثل مرحوم صاحب شرائع، حتی خود مرحوم گفته نه

ضامن نیست، ضمان ندارد. عده ای هم گفتند ضمان دارد، یعنی باید قیمت قلم را بدهد، خود قلم را بدهد. بعضی ها هم گفتند اقل الامرین،

این مراد ایشان از اقل الامرین من العوض الواقعى و الجعلى.

پرسش: یعنی هر چی به نحوی متحد باشد؟

آیت الله مددی: بله

كما ذكره بعضهم فى بعض المقامات

شهید ثانی و عده ای قائل به اقل الامرین شدند.

حالا این خود فرض، به ذهن من می آید با تاملی که در مسئله کردم که ضمان ندارد چون هبه هم ندارد ضمانی در آن نیست و این جا اگر هم عوض قرار داده از ناحیه شرط است، این قاعده اصلا شاملش نمی شود. حالا این اجمال بحث چون وارد بحث های خصوصیش بشویم طول می کشد و آن خارج می شود.

فإذا ثبت هذا فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تدارك بعوضه الواقعي

اصلا تدارك نیست و عوض واقعی هم نیست، مرحوم نائینی هم همین مطلب را گفتند، این نکته اش این بود که ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده به اصطلاح ضمان در صحیح غیر از ضمان در فاسد است. ضمان در صحیح مسمی است و در فاسد مثل و قیمت است.

لأن هذا هو التدارك حقيقة و لذا لو اشترط ضمان العارية لزمت غرامة مثلها أو قيمتها. و لم يرد في أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات و غيرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق و أما تدارك بغیره فلا بد من ثبوت من طریق آخر مثل تواطئهما علیه بعقد صحیح یمضیه الشارع

اگر می خواهد چیز دیگری باشد این طوری است، و لذا یک شبهه ای را قبل از مرحوم شیخ مطرح شده که ما یضمن بصحیحه اقتضا می کند که اگر عقد فاسد شد همان عوض مسمی را بدهد.

هو وجوب أداء العوض المسمى نظير الضمان في العقد الصحيح ضعيف في الغاية

این را نقل کردند که مراد از این شیخ جعفر کبیر در شرح قواعد است که مخطوط است، یک جلد این شرح قواعد چاپ شده، حالا بقیه اش هم چاپ شده را من خبر ندارم. یک جلدش را می دانم چاپ شده، آیا این جلدش شامل این بحث هم هست الان نمی دانم. این بحث را نمی دانم لکن چون نوشته ورقه ۵۲، عادتاً باید چاپ شده باشد این بحث ضمان چون من این کتاب را ندارم فعلاً از آن نمی دانم چه چیزی نوشته است.

بعد مرحوم شیخ می گوید: ضعيف في الغاية، لا لأن ضمانه بالمسمى يخرج عن فرض الفساد

بعد جواب می دهد:

إذ يكفى في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين

حالا وارد بحثش می شود که از آن جهت نه.

یکی از حضار: یعنی وجه ضعفش را از روی لأجله می خواهند بگویند؟

آیت الله مددی: آهان

بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان

که اصلا ضمان به یک معناست.

و أن التدارك بالمسمى في الصحيح لإمضاء الشارع على ما تواطأ على عوضيته لا لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد

حتى يوجب ذلك تفكيكا في العبارة فافهم

نه خب ضمان در صحيح یعنی عبارت که این طور است، ضمان در صحيح که مسمى است، ضمان در فاسد هم ضمان واقعی است.

من فکر می کنم اولاً ما دیروز یک بحثی را مطرح کردیم گفتیم قبل از ورود در این مسئله چون این را بعداً خواهیم گفت باید این بحث

می شد که اصلاً، چون بعد می خواهیم توضیحش را بدهم، ما در باب بیع قائل به تعهد باشیم یا قائل به تملیک باشیم که دیروز توضیحش

را عرض کردم و این که مرحوم نائینی می گوید اصلاً ضمان یک معناست برگشتش به همان تعهد است، اشتباهی که شده این است و

من عرض کردم و توضیحاتش را عرض کردم و دیگه نمی خواهد بیان بکنم.

یکی از حضار: یعنی می خواهد قدر جامع را بگیرند؟

آیت الله مددی: آهان. ایشان می گوید اصلاً ضمان یکی است و ضمان منشأ قبض است چون قبل از قبض باید ینفسخ العقد.

پس ضمان جامع بین مسمى و مثل و قیمت است، این مطلب ایشان را هم توضیح دادیم.

یک نکته این است که ما که در این بحث وارد می شویم چون آقایان ظاهراً این مبانی را ندیده بودند که عده ای را عده ای تعهد می

دانند، عده ای که علمای اسلام باشد تملیک می دانند.

نکته دوم که این جا مرحوم شیخ جعفر دارد و مرحوم شیخ این طور رد می کند به نظر من نکته دوم چیز دیگری است، این نیست که مرحوم شیخ رد می کند، نکته دوم این است که اگر ما بیع را تملیک گرفتیم آیا بیع جزء عقود شکلی است یا جزء عقود رضائی است؟ و من عرض کردم سنهوری صراحتاً می گوید بیع فی عندنا عقد رضائی یعنی شاید نظر مرحوم شیخ جعفر رحمه الله این احتمالی که به ایشان آمده روی آن ذهنیت خاص فقهاتی خودش و حقوقی خودش این طوری بوده که ما بیاییم بگوییم بیع عقد رضائی است. اگر بیع عقد رضائی شد این احتمال اگر مال شیخ جعفر باشد خیلی قوی است که شما هم گفتید به ذهن می آید ضمان مسمی باشد، عقد فاسد است، گفته کتاب به صد هزار تومان حالا کتاب تلف شد خب این صد تومان، حالا قیمت کتاب ۱۵۰ هزار تومان، چه نکته ای دارد ۱۵۰ هزار تومان بدهد؟ آنی که ایشان اقدام کرد روی صد هزار تومان بود. حالا هم که فاسد در آمد همان ۱۰۰ هزار تومان را بدهد، معنا ندارد که ۱۵۰ هزار تومان یا ۸۰ هزار تومان، معنا ندارد ۸۰ هزار تومان بدهد!

یکی از حضار: طبق همان عقد بسته

آیت الله مددی: آهان، احسنتم.

این مطلب را از شیخ جعفر می گوید، ایشان می گوید ضعیف فی الغایه، این ضعیف فی الغایه را دقت کردید؟ نکته روشن شد چی می خواهم بگویم؟ من فکر می کنم که خوب بود مرحوم شیخ یا نائینی یا دیگران اول این مبانیشان را در باب بیع روشن می کردند تا معلوم بشود کجای گیر دارد و آن گیر کار برداشته بشود.

ببینید عبارتی را که ما از مصباح المنیر خواندیم عبارت بسیار دقیقی است، ایشان می گوید بیع در اصل به معنای مبادله مال بمال است، ایشان می گوید اصل یعنی یک معنای عرفی. در این معنای عرفی اگر دقت بکنید مبادله مال بمال هم با تعهد می سازد هم با تملیک عبارت خیلی دقیق است. یعنی بیع یک روحی دارد روحش مبادله مال به مال است، این با تعهد هم می سازد، با تملیک هم می سازد. دو: این مبادله مال به مال با عقد شکلی هم می سازد، با عقد رضائی هم می سازد و لذا می گوید در اصطلاح به معنای عقد است، بعد می گوید. آقایان ما همان اول کلمه آوردند، ما تا آخر آوردیم. یعنی بعد می گوید بیع عقد شکلی است، دقت کردید؟ عقد رضائی نیست.

اگر این مطلبی را که مرحوم شیخ جعفر نوشته باشند چون من این کتاب را مراجعه نکردم و عبارت را ایشان نقل کرده و مرحوم مامقانی آورده، به کتاب مرحوم مامقانی هم مراجعه نکردم. چون مراجعه نکردم. من فکر می کنم آنی که در ذهنشان بوده عقد بیع را رضائی گرفتند، عرض کردم فقهای شیعه عقد بیع را رضائی نگرفتند. بله خواهد آمد در بحث غرر و جهالت مرحوم آقای شیخ ابراهیم ابن سلیمان قطیفی می گوید اشکال ندارد ولو مجهول باشد، مادام رضا هست کافی است چون اصحاب ما و اهل سنت شرط کردند علم، جهالت را می گویند بیع باطل است، فاسد است به اصطلاح. غرر می شود. ایشان می گوید نه. حالا فرض کنید مثلاً به این که یک مقداری گندم است من راضی شدم و او هم راضی شد، نمی خواهد که حتماً بکشیم. ایشان می گوید اگر مادام رضا هست، ببینید این بحث سر غرر و نکته غرر نیست، نکته این است که آیا ما مستفاد از روایات و مستفاد از خود قرآن و روایات اهل بیت و فتاوی علمای اسلام این را در بیاوریم که بیع عقد رضائی است یا عقد شکلی؟ شما ممکن است بگویید کسی احتمال نداده بیع عقد رضائی باشد، اولاً در علمای ما مثل مرحوم شیخ قطیفی را اسم بردم، در میان حقوق دان ها مثل همین سنهوری، تصریح می کند که عقد بیع رضائی است. اگر عقد بیع رضائی شد انصافاً قاعده همین است که این جا گفته، همین هم که به ذهن شما آمد، این تراضی ای که پیدا شد، البته آن وقت مرحوم شیخ اشکال می کند که اگر این شد یکی دیگه.

لا لأن الضمان بالمسمى يخرجه عن فرض الفساد، این يخرجه عن فرض الفساد مراد این است. معلوم شد؟ شیخ این طوری آورده است که ضمان مسمى يخرجه عن فرض الفساد.

دقت کنید چی می خواهم بگویم؟ شیخ می گوید چرا؟

إذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة وإن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للوضيئة

شیخ رضوان الله تعالی علیه ملتفت نشده است، آن که می گوید یکنفی این مخالف فرض فساد است ملتفت شدید چی می خواهم بگویم نکته فنی را؟ شیخ می گوید نه می شود فرض بکنیم که فساد است و در فساد هر کدام به ملک مالش می ماند. نه، مراد آن قائل این نیست. از عبارت من خودتان به معنا رسیدید؟ مراد آن قائل که می گوید يخرجه عن فرض الفساد یعنی اگر شما آمدید گفتید رضا بوده

به این ولو عقد فاسد است پس بگوئید بیع عقد رضائی است. اگر شد عقد رضائی پس می شود صحیح، یخرجه، ملتفت شدید؟ شیخ آمده از آن اشکال جواب می دهد، لأن ضمانه بالمسمی یخرجه عن فرض الفساد، این اشکال.

بعد جواب می دهد إذ یکفی فی تحقیقه، شیخ رضوان الله تعالی علیه نکته فنی را عنایت فرمودند. نکته فنی را.

یکی از حضار: آخه وجه ضعف این نیست.

آیت الله مددی: آهان، ایشان می گوید نه فاسد است، نه آن می گوید اگر شما گفتید رضا کافی است یعنی شکلی نیست، عقد رضائی است. اگر عقد رضائی شد چون رضا هست فاسد نیست دیگه، صحیح است. روشن شد؟ مراد آن قائل این نیست که شیخ می گوید فرض فساد کافی است که مثلاً بقاء کل من، نه، دیگه بقاء کل من المالین علی ملک مالک نیست، بقاء کل من المالین علی ملک مالک نیست چون شیخ می گوید یکفی بقاء کل من العوضین علی ملک مالک، آن می خواهد بگوید نیست، دیگه نمی ماند، چرا؟ چون اگر شما گفتید مسمی را باید بدهد دیگه فرقی بین فاسد و صحیح ندارد، چرا؟ چون نکته این می شود که این عقد رضائی است، با این رضا پیدا کردم. اگر با این رضا پیدا کردند اوفوا بالعقود شاملش می شود یعنی در حقیقت آن این نکته را می خواهد بگوید که اگر شما در فاسد هم آمدید گفتید مسمی، دیگه نگویید فاسد. چون فاسد نیست.

یکی از حضار: یک فرض صحیح دارد.

آیت الله مددی: آهان

چرا؟ چون عقد آن است که تراضی باشد و تراضی هم هست، این یخرجه عن فرض الفساد، روشن شد مراد آن قائل چیست یعنی چون مرحوم شیخ و نائینی و آقایان دیگه اصلاً این نکاتی را که من می خواهم عرض بکنم، گفتم می خواهم جمع بندی بکنم، به نظر ما قبل از ورود در این بحث این دو نکته را خوب باید در نظر گرفت، بیع عقد شکلی است یا نه؟ یا تملیک است یا تعهد؟ این دو تا نکته را باید در نظر گرفت.

چون این دو تا نکته در ذهن آقایان نبوده کلا در نظر نگرفتند، اگر ما بگوییم این فاسد است چرا؟ چون بیع را عقد شکلی می دانیم، چون عقد شکلی می دانیم حالا که عقد شکلی است رضا باشد کافی است یعنی رضا برای این که مسمی باشد کافی نیست. رضائی که این جا پیدا شده برای اصل تعهد کافی است نه برای مسمی. دقت کردید؟ نکته فنی روشن شد؟ یعنی نکته فنی این است که این کلمه العقد الصحيح، العقد الفاسد، این کلمه العقد الصحيح دو نکته دارد: یکی عقدیتش، این قائم به عمل طرفین است. یکی صحتش که این قائم به امضای شارع است. دقت کردید؟ این قائم به امضای شارع است. در این عبارت کل عقد یضمن بصحیحه نظرشان به این است که خود هر عقدی که در اصلش ضمان بود در فاسدش هم ضمان هست، لکن نه این که ضمان مسمی، اصل ضمان. اما ضمان مسمی یا آن ضمان حقیقی آن بر می گردد به نکته ثانوی، اگر شارع آمد ضمان مسمی را قبول کرد ضمان و إلا اگر نیامد به قاعده کلی بر می گردد. این نکته روح آن قانون این است و بعدش هم باید قبول بکنیم که عقد شکلی است و نباید قبول بکنیم که عقد رضائی است و إلا عقد رضائی که درست است. آن کسی که اشکال کرده می خواهد به شیخ جعفر اشکال بکند که اگر شما این مطلب را می گوید مسمی و فاسد تاثیر ندارد یعنی باید بگویید عقد رضائی است، نباید بگویید. یا آن مطلبی را که مرحوم نائینی گفت باید بگویید تعهد است نه تملیک است پس آن نکته اساسی این است که در باب عقد تملیک است، خوب دقت کردید؟ و این تملیک، این می خواهد این را بگوید این تملیک با ضمان است یعنی تملیکی است که به عهده طرف چیزی را گذاشته، نه مطلق تملیک است یا به عهده اش گذاشته. این تملیک این نکته را دارد، اگر به عهده او گذاشت و آن عقد صحیح بود، شارع امضا کرد همان، شارع امضا نکرد اصل ضمان محفوظ است. یعنی این نکته اساسی، نمی دانم ملتفت هستید؟

آن نکته اساسی این است که شما نمی آئید بگویید تعهد، اگر تعهد گفتید خب هیچی نیامده است. هیچی نیست. اما اگر گفتید تملیک الان مالک شد، حالا که مالک شد اگر تلف شد یک احتمال اصلا دیگه ضامن نباشد، چون شما تملیک کردید. یک احتمال این است که اگر فاسد بود، احتمال این است که اگر هم فاسد بود تملیک، یعنی شما باید این نکته را، ظرافت نکته این است که شما یا باید بگویید اگر این تملیک شد و عقد فاسد بود دیگه ضامن نیست، چون فاسد بود دیگه، دو: اگر ضامن است مسمی را ضامن است، این می خواست

این را بگوید یعنی اصل آن قاعده به نظر من روی این نکته بود که ما بیایم بگوییم هم قائل به مسمی هستیم و هم قائل به فساد هستیم، در عین حال در فساد مثل و قیمت است، ظرافتش این جا بوده است. این نکته باید شرح داده می شد. عقد را هم شکلی می دانیم، عقد رضائی نمی دانیم. و إلا اگر عقد رضائی بدانیم باید بگوییم صحیح است، روشن شد؟ یک مقدار عبارت شیخ را گفتم توضیح بدهم که مطلب واضح بشود.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين