

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 این بحث ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده دیگه رو به تمام است، چون اصل مطلب را از کتاب مرحوم شیخ متعرض شدیم باز برای نتیجه نهایی و جمع بندی نهایی عبارات شیخ، موارد استثنا را هم متعرض می شویم که ان شا الله روشن بشود.

عرض کنم که مرحوم شیخ در این بحث ما یضمن ابتدائا شرح دادند برای مفردات روایت که مراد از عقد چیست، مراد از ضمان در جملتین به چه معناست که توضیح دادیم و این تدارک را گفتیم مرحوم نائینی می گوید ضمان همیشه به یک معناست، آن در صحیح هم کذا.

بعد ایشان یک اشکال کرد که یضمن بفاسده وجوب اداء العوض المسمی که احتمالا مال شیخ جعفر کاشف الغطاء باشد که ایشان جواب دادند.

بعد مرحوم شیخ، این مرحوم شیخ سعی کردند این مطالب را توضیح بدهند و ما عرض کردیم این اشکال را خب ندارد، مفردات این عبارت را توضیح دادند خیلی هم خوب است و نکته خاصی ندارد اما حالا این به این مقداری که ایشان فرمودند این را نمی شود قبولش کرد. بعد هم چون عرض کردیم این مطلب روایت نیست شرح مفردات خیلی نمی تواند موثر باشد، خیلی تاثیر ندارد چون عمده مدرک را باید نگاه کرد، از مدرک چی در می آید. بعد ایشان که عموم در عقود لیس باعتبار خصوص الانواع، به اعتبار انواع نیست لیکن افراد مثل البیع و الصلح و الاجارة لجواز کون نوع لا یقتضی بنوعه الضمان و إنما المقتضی له بعض اصنافه. فالفرد الفاسد من ذلک الصنف یضمن به دون الفرد الفاسد من غیر ذلک.

عرض کردیم مرحوم شیخ تمایلشان به اصناف است، مثلا عاریه کلا نوع عاریه ضمان ندارد، آن وقت صنف عاریه ای که ذهب و فضه باشد ضمان دارد، این طوری. آن وقت فاسد عاریه ذهب و فضه به نوع بر نمی گردد، به صنف بر می گردد و عرض کردیم مرحوم

استادمان آقای خوئی، البته من در این جا به محاضرات ایشان کم مراجعه می کنم متعمدا چون به نظرم می آید که مباحثی که ایشان در آن وقت نوشتند به آن قدرت علمی که بعدها ما از ایشان سراغ داشتیم تناسبی ندارد، من خیلی اجمال عرض می کنم لذا به ایشان خیلی نسبت نمی دهیم، مشکل می دانیم.

علی ای حال مرحوم نائینی قدس الله نفسه هم به معنای فرد گرفتند، آن وقت یک جا مشکل پیدا کردند، چون ایشان هم دارد، مثلا ایشان مرحوم شیخ صنف گرفتند، این خلاف است. البته این بحث فنی فقهی نیست که از یک روایت باشد.

یکی از حضار: می خواهید بگویند این مفهوم کلی که عرض هست و داخل در ماهیت است اینها را می خواهند لحاظ بکنند یا چیز دیگری است. ببینید یک تصنیف داریم و یک تنويع. تصنیف را می گویند مفهوم کلی است که عرض است که خارج از حقیقت است. تنويع را می گویند آن فصلی که داخل در ماهیت است.

آیت الله مددی: این جا مراد از نوع یعنی آن کلی یک عقد است و صنف یعنی بعضی از اصناف و بعضی از افراد یعنی بعضی از خصوصیات آن کلی، افراد نه، عناوین، مثلا فرض کنید عاریه، اولاً خود عقود، عقود تقسیم می شود به عقود معاوضی و غیر آن. اینها را به اصطلاح آن که خیلی عام است جنس می گیرند، اصطلاحا مثلا می گویند در همین کتبی که نحو و اینها هست که الکلمة صوت فلان، می گویند این بمنزلة الجنس، نه جنس، بمنزلة الجنس برای همین است. هر وقتی که یک مفهوم عامی باشد اعم باشد آن را به منزله جنس می گیرند، یکی باشد که عموماً از آن یعنی حیثیاتش از آن کمتر است آن را نوع می گیرند. اصلاً مرادشان کلی نیست به آن معنایی که در ذهن هست، فرض کنید به این که عقد را جنس می گیرند، بیع و هبه را نوع می گیرند، باز در هبه مثلا، در بیع مثلا بیع صرف و بیع سلم و بیع اشجار و حیوان را باز صنف می گیرند، مرادشان از صنف این است نه آن اصطلاحی که شما فرمودید. مثلا عاریه نوع است، نوع عقد است، این عاریه در نوعش ضمان ندارد پیش اهل شیعه ضمان ندارد اما طلا و نقره یا ذهب و فضه یا دینار و درهم یا یک کدامشان یا هر دویشان این ها ضمان دارند. حالا اگر عاریه فاسد در طلا و نقره بود روی نوع عاریه می بریم که ضمان نداشت یا روی صنف عاریه که ضمان دارد. روشن شد؟ مرحوم شیخ روی صنف می برد. مرحوم نائینی روی فرد می برد. یعنی فرد عقد را نگاه می

کنیم. آن وقت ایشان این جا گیر می کند، گیر این جا مرحوم نائینی به این است که گاهی آن عقد فقط یک فرد دارد، دیگه صحیح ندارد. شما آنجا چکار می کنید؟ مثل این که بعثت بلا ثمن این یک فرد دارد و آن هم فاسد است. صحیح ندارد بعثت بلا ثمن، این را چکار بکنیم؟ ایشان پیشنهادش این است که در این جا فرض بگیریم اگر این صحیح بود ضمان نداشت، فاسدش هم پس ندارد، این طری فرض بگیریم چون گفت بعثت بلا ثمن، آن وقت این فرض ایشان را اضافه کرد که اگر صحیح بود ما چطور بیع بلا ثمن، آن وقت تحول و نظریه تحول را هم ایشان اینجا داخل کردند چون بعثت بلا ثمن اگر بخواهد صحیح باشد می شود هبه، در هبه ضمان نیست پس در این فاسد هم ضمان نیست، روشن شد؟ آن وقت چون این مطلب یک مقداری خلاف قاعده به نظر می آمد مستقلاً یک تنبیه قرار دادند که خواندیم، چهار پنج تا احتمال دادیم، هبه صحیح باشد، هبه فاسد باشد، بیع فاسد باشد، توش ضمان باشد، بیع فاسدی باشد به لحاظ الی آخره. احتمالات متعدد دادند، یک احتمال هم این که این اصلاً عقد نباشد، خود بنده احتمال این بود که این کلاً عقد نباشد و از موضوع این بحث خارج است.

یکی از حضار: پس دیگه نوع و صنف معنا ندارد

آیت الله مددی: دیگه معنا ندارد.

و به ذهن می آید حق با مرحوم نائینی است یعنی کل عقد چون لفظ کل را عرض کردم در لغت عرب وضع نشده برای اصناف، برای افراد و خصوصیات فردی وضع شده است. بله اگر عنوان این بود ما یضمن، بله احتمال دارد صنف یا نوع باشد اما کل عقد عرفاً به حسب شواهد لغوی به فرد بیشتر می خورد، کل افراد عقد، بیشتر به این می خورد.

به هر حال این هم یک نکته ای است که مرحوم شیخ این را توضیح می دهد، ایشان صنف گرفته، بعد وارد این بحث می شود. البته ببینید این بحثی را که مرحوم شیخ و مرحوم نائینی انجام دادند این انصافش چون ابهام انگیز است این باید در عبارت توضیح داده می شد. ببینید من یک توضیحی را عرض بکنم. من در کتاب سنهوری در حاشیه هایش گاهی اوقات یک ماده قانونی که می آورد و بحث هایی که می کند بعد در حاشیه اش می نویسد، من نمی دانم در کتاب های فارسی که در حقوق نوشتند این هست یا نه، من چون خبر ندارم.

.....

معلوم می شود که فرض کنید قانون مدنی ای که در مصر یا جای دیگر بوده غیر از خود جعل قانون، جلسات بحثی را قرار دادند راجع به متن خود قانون، مثلاً قانون قبلی این بوده، قانون کشور دیگر این است، این عبارت باید حک و اصلاح بشود، باید کم و زیاد بشود که هدف این جلسات توضیح ماده قانونی، نقد و بررسی، حکاکی تقریباً، بررسی دقیق الفاظ، چه الفاظی را قرار بدهند و چه چیزهایی را به عنوان تبصره قرار بدهند، در متن قانون قرار بدهند، این نکاتی است، آن وقت این ها چاپ شده، این طور که ایشان اشاره می کند. من نمی دانم در فارسی همچنین کتاب هایی در قوانین مدنی ایران چاپ شده یا نه اما ایشان در این کتاب خودش این ها چاپ شده. بحث های ما اگر بخواهیم چون این روایت نیست، بحث های ما از این قبیل است یعنی بحث هایی که ما می کنیم یک متن قانونی است که روی این متن قانونی کار می کنیم و حک و اصلاحش می کنیم. مثلاً کل عقد، مرحوم شیخ گفت که مراد از عقد شامل شائبة الايقاع باشد فیشمل الجعال و الخلع، حالا ببینید اگر مراد از عقد این باشد بگوید کل عقد و ما يلحق به، این جوری. این متن قانونی را باید دستکاری بکنیم یعنی به اصطلاح من هدفم این است که الان این بحثی را که می کنیم ارزش این بحث را اگر بخواهیم مطابق با کتاب سنهوری که حالا نوشته، نمی دانم واقعا چجوری بوده، این یک جلسات تبیین و توضیح و بیان این ماده قانونی و حک و اصلاح هایی که باید در آن بشود. مثلاً مرحوم شیخ در این جا می فرماید مراد نوع و صنف است. اگر مراد نوع و صنف باشد این باید توضیح روشن تری داده بشود و إلا کل عقد اگر باشد نه، این عبارت مشعر نیست، این به فرد بیشتر می خورد یعنی بعبارۀ اخری اگر مراد مرحوم شیخ این باشد که مراد من از عقد خصوص صنف است نه نوع است، نوع را حساب نمی کنیم، صنف را حساب می کنیم، اشکال ندارد، مشکل ندارد، بگوید نوع را حساب می کنیم، آن وقت مشکل ندارد. این مبنای قانونی است یعنی ما در حقیقت این لفظی را که حضرات آوردند را توضیح می دهیم و بیان می کنیم، گاهی بعضی از این توضیحات را می شود به عنوان تبصره داد، مثلاً بگوییم کل عقد و بعد بگوییم تبصره ۱، بعضی از افرادی که عقد نیستند همین حکم را دارند مثل جعالة به تعبیر ایشان یا خلع مثلاً، این را به عنوان تبصره، یا باید گفت کل عقد و ما يلحق به، این طوری گفت. ببینید هدف ما از این بحث در حقیقت این است که این ماده قانونی، کل عقد یا ما یضمن بصحیحه، این را بررسی قانونی بکنیم و مرحوم نائینی در همین تحقیقات خودش نکاتی را اضافه فرمودند، اینها را هم باید ببینیم. خود

ما هم به ذهنمان آمد یک نکاتی و توضیحاتی باید ابتدائاً داده بشود که مراد ما عقد شکلی است یا عقد رضائی است، آیا قائل به تعهد هستیم یا قائل به تملیک هستیم؟ این نکات را باید در مواد قانونی قبلی توضیح داد تا این ماده قانونی مبتنی بر آن ها باشد، این نکاتی است که من دارم یعنی ما الان در حقیقت مرادمان از نکات این است و موارد استثنا هم که باید بعد جداگانه بیاید.

بعد مسئله ضمان صید الذی استعاره المحرم، که خب طبعاً این مورد خاصی است و این یک نکته خاصی ممکن است به لحاظ حج داشته باشد و این عاریه به خاطر این که در باب احرام مسئله صید به اشکال مختلفی دارد نکته خاص مال احرام باشد، ربطی به عقود متعارف نباشد.

بعد ایشان دارد ثم المتبادر من الاقتضا الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح ففي نفی الضمان تمسكاً اشکالاً، در جایی که با شرط. این را هم مرحوم نائینی رضوان الله تعالی علیه آوردند، این باید در شرح داده بشود، مرحوم نائینی مثلاً عبارتی را آوردند که اصلاً مورد این قاعده این است که مصب عقد را نگاه بکنیم و چیزهایی که موجب ضمان و خارج از عقد است آن را حساب نکنیم مثل شرط، چون شرط التزام فی التزام. مصب عقد را نگاه بکنیم،

مثلاً کما لو استاجر اجاره فاسده و اشترط فيها ضمان العين و قلنا بصحة هذا الشرط فهل يضمن بهذه الفاسد؟ لأن صحيحه يضمن به ولو لأجل الشرط أم لا و كذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة.

ایشان این را در نکاح فاسد. حالا من ان شا الله تعالی یک عبارتی از اهل سنت می خوانم که اصولاً در اجاره اصلاً نوشته که اگر اجاره، شاید مرحوم شیخ تفریعا بر او بوده درست مطلب را نیاوردند. دقت بکنید من مطلب را عرض بکنم:

بحث این است که اگر کسی اجاره فاسد کرد، خانه ای را فاسداً اجاره کرد یک ماهه، حالا یا نشست یا ننشست، در خلال این یک ماه زلزله آمد و خانه تلف شد یا دزد آمد مثلاً اساس خانه را برد، عین، نه منافع، آیا مستاجر ضامن هست یا ضامن نیست؟ خب آنها آمدند گفتند اگر در اجاره صحیحاً باشد عین تلف بشود ضامن نیست، اگر اجاره صحیح باشد، عین تلف بشود ضامن نیست پس در فاسدش هم ضامن نیست، بعد ایشان می آید می گوید شرط ضمان بکنند! ببینید این شرط را برداشت در این جا آورد، شرط ضمان. آن وقت از آن

طرف و قلنا بصلحه هذا الشرط، مرادش این است که بگوییم این شرط صحیح است، در اجاره صحیحه ضمان می آورد. آیا در اجاره فاسده هم ضمان می آورد یا نه؟ نکته این است، اولاً روشن شد که اولاً در باب اجاره، خوب دقت بکنید، عین اصولاً ربطی به عقد ندارد. آن نکته فنیست همانی است که نائینی گفت، این شرح قانون است. در باب اجاره آنچه که عقد بر آن واقع می شود و مصب عقد است منافع است، اصلاً عین نیست. در باب اجاره صحیح اگر اجاره صحیح بود خانه را گرفت در او نشست یا ننشست و خانه تلف شد، چه استیفاء منافع بکند و چه نکند، خانه تلف شد ضامن نیست، چون ید امانی است، ربطی به عقد ندارد. اگر این شرط مرحوم نائینی به نظر ما خیلی لطیف است. شرح خود شیخ هم لطیف است. یعنی این را ما شرح قانون می دهیم. بحث سر این است که باید خود مصب عقد ضمان آور باشد، آنی که عقد بر آن واقع شده است. آنی که عقد بر آن واقع شده است اجاره است و اجاره ضمانش به منافع می خورد نه به عین. اجاره یعنی اگر در باب اجاره صحیح قائل هستیم که عین مضمون نیست، ضامن عین نیست به خاطر قاعده ید است، چون ید امانی است، ربطی به عقد ندارد. نکته فنی را خوب دقت بکنید! بله اگر اجاره فاسد کرد یک ماهه، چه نشست و چه ننشست، یک ماه تمام شد باید پول را بدهد، چون در اجاره صحیح باید اجرت را بدهد و در اجرت فاسده هم باید بدهد. آنی که در عقد است اجرت است نه عین، عین جزء عقد نیست، آن وقت اگر شرط کرد من این خانه را به تو اجاره می دهم به این شرط، این اشکال ندارد. شرط خارج از عقد است. این معنایش این نیست که در اجاره فاسد هم باید این شرط تاثیرگذار باشد چون این ضمان به شرط خورد، به عقد نخورد. روشن شد؟

پرسش: شرط شرعی است؟

آیت الله مددی: بله چه اشکال دارد.

یکی از حضار: مثلاً بگویید من این را به تو تملیک می کنم به شرط این که

آیت الله مددی: غیر از آن است، اجاره می دهد به شرط این که عین دست شما باشد، مثل عاریه مضمونه، عاریه مضمونه ید امانی است دیگه، این هم مثل همان است، ید امانی است بگویید ضامن باشید. من خانه را این قدر ماهی به تو اجاره می دهم به شرط این که

اگر زلزله آمد و خراب شد تو این را ضامن باشی، می گوید خیلی خب ضامنم. حالا اگر اجاره فاسد بود باز هم باید بدهد؟ می گوید نه، می گوید خب اگر شرط صحیح بود، می گوئیم بله، شرط صحیح بود به خاطر شرط است نه به خاطر عقد است، اشتباه نشود، این قاعده در جایی است که مربوط به عقد است نه مربوط به شرط است، شرط یک امر خارجی است، التزام فی التزام. روشن شد؟ این نکته ای که مرحوم شیخ، البته عبارت شیخ شاید خالی از ابهام نباشد، این نکته ای را هم که مرحوم نائینی رحمه الله علیه در شرح این ماده قانونی دارد ببینید باید توضیح داده بشود که خود عقد و مصب عقد را حساب نکنیم، ضمان عین در اجاره صحیح نیست، عین مضمونه نیست در اجاره صحیح، چون مصب عقد روی عین نیست اصلاً، مصب عقد روی منافع است. این تملیک منافع کرده است. مصب عقد این است. اما برای این که تملیک منافع کرد خانه را در اختیار او گذاشته، این ضمان نیست چون ید ید امانی است، چون ید امانی است ضمان نیست. نه به خاطر عقد ضمان نیست که حالا بگوئیم در عقد فاسد هم باید ضمان نباشد. اهل سنت نوشتند در عقد فاسد هم ضمان ندارد یعنی اگر اجاره صحیح کرد عین تلف شد ضامن نیست، اجاره فاسده کرد یک ماه، در خانه هم نشست و اجاره هم فاسد بود اجرت را باید بدهد، اجرت را باید بدهد اما اگر عین تلف شد ضامن نیست، چرا؟ گفتند چون لا یضمن بصحیح، این ربطی به آن ندارد، این ربطی به قاعده لا یضمن بصحیح ندارد. چون اصلاً ضمان عین جزء عقد نیست، جزء عقد اجاره نیست، ضمانش تابع این است که ید ید امانی باشد یا نباشد، اگر اجاره فاسده بود گفتیم اجاره فاسده در حکم غصب است پس ید، ید امانی نیست و ضامن عین است. در اجاره فاسده ضامن عین است. در اجاره صحیح ضامن نیست، در اجاره فاسده. ربطی به بحث عقد ندارد. این نکته روشن بشود. اگر گفتیم نه مقبوض به عقد فاسد هم باز با اجازه او بوده. خودش داده و این کافی است که ید ید امانی باشد پس ضامن نیست، ضامن عین نیست، مثل این که در صحیحش هم ضامن نبود. اگر آن را به حکم غصب گرفتیم ضامن می شود، اگر نگرفتیم ضامن نمی شود. ربطی به قاعده ما یضمن بصحیح ندارد که ایشان گفته است.

و يظهر من الریاض اختیار الضمان بفاسدها مطلقاً

اگر کسی گفته نه به خاطر شرط است، نه به خاطر عقد است

و يمكن جعل الهبة المعوّضة من هذا القبيل؛ بناءً على أنّها هبة مشروطة لا معاوضة.

این بحث را هم سابقاً عرض کردیم در باب هبه اصولاً این بحث هست که هبه معوضه، هبه و شرط یا نه اصلاً ماهیت آن هبه این است؟ یعنی هبه معوضه یک نحوی از هبه است. می بخشد، یک نحوی از هبه است، می بخشد در مقابل این که شما هم ببخشید و لذا عرض کردیم این دو تا هبه مقابلند. یک نکته دیگر هم آن جا در بحث هبه است که آیا فقط به این معناست که مقابل باشد یا نه عملاً هم هبه انجام بگیرد یا نه اصلاً هبه معوضه این نیست. یک هبه عادی است شرط می کند، می گوید من به تو هبه کردم به این شرط، آن وقت این عوض که می آید عوض حکم شرط را پیدا می کند، از قاعده ما یضمن بصحیحه خارج می شود.

و ربما یحتمل فی العبارة أن یكون معناه: أن کلّ شخصٍ من العقود یضمن به لو كان صحیحاً، یضمن به مع الفساد.

این حرف نائینی است، آن وقت نتیجه اش کجا می شود؟ در بعثت بلا ثمن، مرحوم نائینی هم در بعثت بلا ثمن همین را گفت، گفت اگر گفت بعثت بلا ثمن، آن وقت لذا در این جا بیع فاسد است. اگر صحیح بود، اگر این صحیح بود هبه می شد و لذا بعثت بلا ثمن را ایشان آمد گفت بعضی ها گفتند هبه فاسده است، بعضی ها گفتند بیع فاسده، ایشان چند وجه نقل کرده که ما، نه این که گفتند، ایشان احتمالات داد، اقوال نداد.

و یتربّ علیه عدم الضمان فیما لو استأجر بشرط أن لا أجره و یضعّف: بأنّ الموضوع هو العقد الذی یوجد له بالفعل صحیح

این عقدی که له فاسد

لا ما یفرض تارةً صحیحاً و أخرى فاسداً، فالمتعیّن بمقتضى هذه القاعدة: الضمان فی مسألة البیع؛ لأنّ البیع الصحیح یضمن به.

نعم، ما ذكره بعضهم من التعلیل لهذه القاعدة: بأنّه أقدم على العین مضمونة علیه، لا یجری فی هذا الفرع، لكنّ الکلام فی معنی القاعدة، لا فی مدرکها.

تفکیک بین معنای قاعده و مدرک هم در این جور جاها خیلی مشکل است. عرض کردیم و تکرار نکنیم.

ثمّ إنّ لفظة «الباء» فی «بصحیحه» و «بفاسده»،

این جا گفته احتمالا به معنای فی به معنای ظرفیت باشد و به معنای سببیت باشد، مرحوم شیخ. این احتمال و شیخ و بعد از شیخ در میان فقهای شیعه خیلی بحث رویش شد. این بحث اصولا در فقهای عامه وجود ندارد. مطلب هم از عامه گرفته شده، حالا اشکال سر چی بود؟ اشکال سر این بود که باء ظاهر در سببیت است، البته باء به معنای الصاق است، توضیح دادیم، ظرفیت نجیناه بسحر در جایی است که زمان و مکان باشد، این به عقد که زمان و مکان نیست. حالا باء که ظاهر در سببیت است، کجا گیر کردند؟ گفتند عقد فاسد که فاسد است. تاثیر ندارد پس چطور می گوید یضمن بفاسده؟ مرحوم ایروانی آمد گفت این جا بای بفاسده یعنی فی فاسده، به قرینه مقابله هم آن اولی هم فی است، کل عقد یضمن فی صحیحه یضمن فی فاسده، این نکته ای که فی گرفتند این بود چون این شبهه برایشان پیدا شد که عقد فاسد ترتیب اثر ندارد و شیخ هم متعرض این نکته شده است.

خدمت با سعادتان عرض کردم، مسئله را همیشه در شهود تاریخیش و در وجه تاریخیش. افرادی را که تا آن جایی که ما دیدیم. من عرض کردم احتمال می دهم از اواخر قرن دوم این قاعده مخصوصا چون شیخ هم در مبسوط آورده از شوافع باشد، در حقیقت شیخ متأثر به فقه شافعیه بیشتر است تا غیرش، از شوافعی باشد و با یک گردش اجمالی از ابوالمعالی امام الحرمین جوینی هم نقل شده، از عده ای از سنی ها از شوافع نقل شده. در این نقل هایی که ما دیدیم، از شیعه هم علامه در تذکره دارد، کل عقد فاسده مردودٌ اِلٰی صحیحه، اصلا باء ندارد. بعدها شهید اول در قواعد خودش دارد، کل عقد ما یُضمَّن صحیحه ضَمَّن فاسده و ما لا فلا، اصلا توش باء ندارد که حالا بیایم بحث بکنیم که باء برای سببیت است یا نه. اگر آقایان به جای این بحث هایی که بعد از مرحوم شیخ هم عده ای فرمودند عبارات را نگاه می کردند هیچ شبهه ای در مطلب نمی ماند که مراد از باء که فقهای متاخر شیعه آوردند سببیت است و عبارتی را که عده ای از اهل سنت دارند چون ما دیگه الان مفردات را در عبارت شیخ شرح دادیم برگردیم یک مقدار عبارات اهل سنت را که در حقیقت اصل این مطلب بوده بخوانیم. یک عبارتی را است. شما آن عبارت سبکی را هم بیاورید. الاشباه و النظائر، الاشباه و النظائر همان قواعد فقهیه است که اهل سنت تعبیر به اشباه و نظائر می کنند. ما هم کتاب اشباه و نظائر داریم ولی آن فروع فقهی است، قواعد فقهیه نیست. آن وقت این عده ای از اهل سنت این مسئله را آوردند من جمله همین من عبارت را که نگاه کردم به نظرم عبارت سبکی در الاشباه و

النظائر لطیف تر بود، روشن بود که لطیف تر است. ایشان جلال سیوطی خودش بعد از سبکی است لکن در عبارت سبکی دقت بیشتر از عبارت سیوطی است. ایشان در این الاشباه و النظائر جلال الدین سیوطی نوشته است که این در جلد اول در این چایی که من دارم صفحه ۱۰۵ متعرض این مسئله شده است و فروع مسئله و استثنایا، چون شیخ متعرض استثنایا هم شده است. ما ابتدائاً از کلمات اهل سنت که اصل هم در این جاست متعرض بشویم تا ببینیم بقیه مطالب چجوری است.

البته حضور با سعادتتان عرض کنم که اینها عبارات مختلفی دارند، این عبارت را از این جا. آن وقت هم من چند بار عرض کردم در میان اهل سنت من دیدم اما خودم چون ندارم و مالک کتاب نیستم الاشباه و النظائر روی مذاهب اربعه دارند، فقه حنفی دارد، فقه حنبلی و مالکی دارد. من این را از اشباه و النظائر سبکی یا سیوطی هر دو روی فقه شافعی هستند. الان اگر می خوانم معنایش این نیست که بقیه فقه ها هم همین طور است. چون نداشتم نگاه نکردم. علی ای حال ایشان در این جا بحثی دارد فی احکام یکتر دورها و یقبح بالفقیه جهلها، یکی از آنها هم این است القواعد الاولی، قال الاصحاب. عرض کردم این مطلب بین شوافع، اصحاب مراد شوافع است.

کل عقد اقتضی صحیحه الضمان فکذلک فاسده و ما لا یقتضی صحیحه الضمان فکذلک فاسده. دیگه خیلی روشن است که باء سببیت است و هیچ شبهه ای ندارد. اولاً تا آن جایی که من دیدم، حالا من نمی دانم قبل از شیخ انصاری رحمه الله چند تا از اصحاب ما هستند که تعبیر به باء کردند، ما چون در حوزه های ما متعارف است و مکاسب شیخ را دیدیم فعلاً قبل از شیخ را نمی دانم چیست، چند نفر قبل از شیخ به باء کرده است. اصلاً کلمه باء نیست، در شهید اول نیست، در علامه نیست، در کتب دیگر اصلاً کلمه باء نیست که این بحثی که مرحوم شیخ انجام دادند و علمای بعدی هم آمدند مناقشه و بحث کردند و شواهدش را پیدا کردند و نتیجه گیری کردند. نکته همان نکته سببیت و اقتضاء است، تصریح دارد دیگه، از این تصریح فکر نمی کنم بالاتر باشد، از ما یضمن بصحیحه قبل از شیخ چه کسی را در شیعه داریم؟ قبل از شیخ انصاری. الان من در ذهنم نیست و نسبت نمی دهم چون مسئله را در کتب سابقین نگاه نکردم. البته احتمال می دهم شیخ جعفر کبیر هم داشته باشند یا جواهر مثلاً. جواهر هم تعبیرش همین باشد احتمال می دهم. نگاه نکردم، نشد که جواهر

.....
را هم در این جا نگاه نکنم. به نظرم عوائد را نگاه کردم یا نداشت، عوائد نراقی، بقیه قواعد فقهیه را نشد، بعضی هایش را که دارم و خیلی هایش هم ندارم، آن هایی هم که داشتم را نگاه نکردم.

پس ایشان هم اصل را آورده و هم عکس را آورده در این کتاب جلال سیوطی، عبارت سبکی را بخوانید، سبکی هم همین عبارت را دارد.

یکی از حضار: قاعده فاسد کل عقد کصاحیه فی الضمان و عدمه.

آیت الله مددی: ببینید اصلاً ربطی به باء و اینها ندارد. بعد چی می گوید؟

یکی از حضار: بعد آن استثناها را می آورد، قال قاضی الحسین إلا ما شذ عن ذلك إذا كان الصحيح فعل كل واحد منهما في مال صاحبه لا يكون عمله مضموناً وإذا كانت فاسدة يكون مضمونا و عكس هذا المساوقة على الخير

آیت الله مددی: این مساوقه و رمی را هم مرحوم نائینی آوردند، سبق و رمایه، فقط مرحوم نائینی، این جا را ببینید، بخوانید:

یکی از حضار: لا يكون مضمونا بخلاف فاسدها و قال موطا (مبهم ۱۰: ۳۱) فی الهیه الفاسده

آیت الله مددی: آن بحث دیگری است هبه فاسده.

این جا تعلیل ندارند. این جا تعلیل ندارند. البته در عقد مسابقه، نمی دانم آن جا ایشان نقل کرد یا نه، در این جا در کتاب جلال سیوطی دارد المساوقة إذا صحت و عمل فيها مضموناً و إذا فسدت لا یضمن فی وجهه. خود شیخ هم دارد فی وجهه، دقت بکنید! معلوم می شود در آن جا هم دو قول است. دقت بکنید!

مرحوم نائینی در آن جا نکته را این گرفته است، خوب دقت بکنید، ببینید ما هی داریم شرح می دهیم قاعده را. می گوید در مساوقه نکته اش این است که چون در آن جا دست طرف چیزی نمی آید، چون به دستش نمی آید لذا ضامن نیست. یعنی اگر گفت بیایید اسب سواری بکنید، هر کدام جلو زدند این قدر می دهم، ببینید پول می دهد، چیزی دست این نمی آید اما اگر همین مسابقه فاسد بود چون چیزی دستش نمی آید یکی جلو زد دیگه ضامن نیست.

یکی از حضار: به خاطر این که

آیت الله مددی: نه

نائینی تحلیل می کند به خاطر این که دستش نرسید. می گوید بحث در این قاعده باید جایی فرض بکنیم که دستش چیزی نرسد. مثل اجاره خانه یا بیع یا حتی هبه، این جا چیزی به دستش نرسیده. این توجیهی است که مرحوم نائینی دارد. توجیه مرحوم نائینی این است.

یکی از حضار: به خاطر این است که ملکیتش معلق است. ملکیت سبق و رمایه

آیت الله مددی: ملکیتی ندارد که.

یکی از حضار: تیراندازی می کند و بعد آن وقت هم اصلاً ممکن است متساوقاً با همدیگر مساوی باشند و اصلاً هیچ چیزی نباشد.

آیت الله مددی: بحث تساوق نیست. بحث این است که سابق هم معین است، این مساوقه باطل بود، حرام بود، این فاسد بود.

این نائینی این جا تحلیل ندارد اما نوشته فی وجه، شیخ هم دارد اصح الوجه، مکاسب شیخ را نگاه بکنید از بعضی از علما نقل کرده ضامن

است در همان مسابقه فاسده، مرحوم نائینی تحلیلش این است، ما در حقیقت در بحث های خودمان این قانون را حک و اصلاح می کنیم،

درستش می کنیم، ایشان می گوید در مسابقه صحیحه ضامن است، اگر گفت بدهید باید پول را بدهد اما اگر فاسد بود لازم نیست،

ضامن نیست. آن وقت تحلیل مرحوم نائینی این است که این قاعده در جایی است که چیزی دستش بیاید. این جا چیزی دستش نیامده

است. من گفتم عبارت نائینی را بعدها توضیح می دهیم. آیا می شود این عبارت نائینی را قبول کرد؟ عرض کردم خیلی مشکل است.

چرا؟ چون مرحوم نائینی یک ذهنیتی دارد. قاعده ما یضمن را فرع قاعده علی الید گرفته است. روی ضمن علی الید حساب کرده است.

اصل آن مطلب روشن نیست، اصلاً معلوم نیست این قاعده فرع علی الید باشد. در این قاعده ما یضمن بصحیحه. من تعجبم از مرحوم

نائینی است که اگر معیار مصب عقد است، در مصب عقد ید نیامده، ملک نیامده، در این مصب عقد این است که هر کدام جلو زد من

بهبش می دهم، این مصب عقد این است. بخواهد چیزی دست من بیاید، اصلاً نیامده که چیزی باشد و لذا من به عکس مرحوم شیخ و

اینجا به عکس این آقا معتقدم انصافاً در فاسدش هم ضامن است، همان طور که ایشان مرحوم شیخ نقل می کند. مرحوم شیخ در اقوال

در صفحه ۱۹۱: و یبقی الکلام حیث فی بعض الاعمال المضمونه التي لا يرجع نفعها الى الضامن، شیخ دارد لا يرجع نفعها الى الضامن و لم يقع بامرہ كالسبق فی المسابقة الفاسدة، حیث حکم الشیخ و المحقق و غیرهما بعدم استحقاق السابق اجره المثل، خلافا لآخرین منهم العلامة فی القواعد و التذکره و ولده فخر المحققین فی الايضاح و المحقق الثانی فی جامع المقاصد و وجهه أن عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر، شیخ تعبیرش این است. نائینی تعبیرش این است که به دست او چیزی نرسیده. تعبیر نائینی ید است. تعبیر نائینی فنی تر از تعبیر شیخ است. چون آن نائینی گرفته فرع قاعده علی الید. چون چیزی به دست من نرسید چرا ضامن باشم؟ روشن شد؟ مرحوم شیخ گرفته لم يعد نفعه إلى الضامن، اگر ما باشیم و طبق قاعده حق با علامه و جامع المقاصد است، ضامن است. چرا؟ چون نکته فنی خود عقد است نه نکته فنی يعود نفعه إليه أم لا. در عقد صحیح هم لا يعود نفعه إليه، چه برسد به عقد فاسد. در عقد فاسد هم لم يقع فی یده شیء، لذا من این نکته را عرض کردم چون ایشان هم دارد و لذا آن جا مثل این که مسلم گرفته، سبکی مسلم در مسابقه فاسده ضمان ندارد. این جا ایشان نوشته و لا یضمن فی وجه و عرض کردم ما بین اصحاب ما قائل به، من معتقدم اگر قائل به قاعده باشیم گفته باشد سبق بدهید هر کدام برنده شد ولو فاسد بود باید پول را بدهد چون طبیعت این عقد ضمان می آورد. عقد اگر ضمان آورد کار نداریم، عاد نفعه إليه أم لا، به آن اصلا کار نداریم، آن نگاه به عقد می خواهد بشود. نه نگاه به جوانب ثانی یا نگاه به قاعده دیگه بشود، قاعده علی الید. اصلا ربطی به او ندارد.

فردا این موارد استثنا را در کلمات، چون مرحوم شیخ هم دارد، موارد استثنا را بحث می کند ما ابتدائاً از و سبکی را هم ان شا الله تعالی می خوانیم، اگر تشریف آوردید سبکی را هم بخوانید چون یک مواردی را هم سبکی استثنا کرده است که به نظر ما خیلی واقعا عجیب است. مثلاً اگر نکاح صحیح بود، این جا نداشت تصادفاً، سبکی داشت. نکاح صحیح بود و این زن حامله شد و وقت زایمان مُرد. در این جا ایشان گفته خب مهرش را باید بدهد، این ضامن است اما اگر نکاح فاسد بود و مُرد، می گوید ضمان ندارد. ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده. اصلاً آن از بحث خارج است کلاً، چون آن مصب عقد نیست. اصلاً مهر جزء مصب عقد نیست. اصلاً آن کلاً از بحث خارج است، آن شرط است، مهر که شرط است. بعد مسئله زایمان و اینها ربطی به عقد ندارد. حالا در زایمان بمیرد یا نمیرد، چه ربطی به عقد دارد؟

.....

کلا از بحث عقد خارج است. چون دیشب ایشان این مثال را خواندند، عبارت سبکی را دیشب خواندند دیدم اشباه و نظائر سیوطی این مثال را ندارد. اصلاً آن بحث ضمان نیست، جای ضمان نیست. حالا بحث آیا عقود معاوضی. ما یواش یواش در این یعنی نتیجه نهایی می خواهیم شکل نهایی این قانون را روشن بکنیم، چه مبانی ای دارد و بعد چه نکات فنی دارد.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین