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

اللهم وفقنا و جمیع المشتغلین و ارحمنا برحمتک یا ارحم الراحمین

**بحث راجع به قاعده ما یضمن بصحیحه بود چون گفتیم که مرحوم شیخ و عبارت شیخ را دو مرتبه به عنوان بحث نهایی متعرض بشویم، شیخ هم ابتدائا متعرض مفردات روایت شد و بعد هم و اما المدرک، تا این جا رساندیم. گفتیم حالا که عبارت شیخ را خواندیم، بعد هم ایشان مدرک را نوشتند و مناقشه کردند و هم موارد استثنا، گفتیم برای این که این موارد استثنا هم روشن تر بشود ما از این قاعده از کلمات شیخ خارج بشویم این قاعده را در موارد خودش در دنیای اسلام ببینیم، در فقه اسلامی ببینیم و مواردی هم که برای استثنا نوشتند یعنی این استثنائاتی که مرحوم شیخ فرموده اینها سابقه دارد، اینها را متعرض بشویم.**

**بعد دارد و یستثنی من الثانی مسائل، من الثانی مرادش عکس، به قول مرحوم شیخ که می گوید اصل و عکس، عکسش لا یضمن بصحیحه. بعد موارد استثنا را نوشته، الان بحث نمی کنیم، فقط می خواهم بگویم که اگر به کلمات شیخ رسیدیم الان از اشباه و نظائر صفحه 106 جلد 1 چاپ دارالکتب العلمیة. یکی شرکت است، یکی هبه است، یکی رهن و اجاره است. ما صدر من السفیه و السبی ما لا یقتضی صحیحه الضمان فإنه یکون مضمونا علی قابضه منه مع فساده. در باب صبی و سفیه ضمان در سفیهش نیست اما در فاسدش هست. چون اینها را بعد باید ان شا الله تعالی توضیح بدهم یک مقداری قبلا گفتیم.**

**بعد ایشان یک تنبیهی دارد در کتاب الاشباه و النظائر، المراد من القاعده الاولی استواء الصحیح و الفاسد فی اصل الضمان، ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، لا فی الضامن و لا فی المقدار. اما به لحاظ ضامن و مقدار فرق می کند.**

**اما فی الضامن فإن الولی إذا استاجر علی عملٍ للصبی اجارة فاسدة تکون الاجرة علی الولی لا فی مال الصبی، پس ضامن عوض می شود. و اما المقدار، ما این بحث مقدار را ما هم داریم، همین که زیاد متعرض شدیم.**

**فلأن الصحیح فی البیع مضمونٌ بالثمن، مراد ایشان از کلمه ثمن مسمی است. عرض کردیم در اصطلاح گاهی می گویند ثمن که در مقابل قیمت است، قیمت همان مثل است یا قیمتی که در بازار هست.**

**و فاسده بالقیمة أو المثل، این که فاسده بالقیمة أو المثل، این هم یک احتیاجی به شرح دارد، فعلا الان وارد این بحث نمی شویم، در عبارات شیخ که در بحث کل ما یضمن بصحیحه آنجا متعرض می شویم.**

**و صحیح القرض مضمونٌ بالمثل مطلقا، در باب قرض مثل است.**

**و فاسده بالمثل أو القیمة و صحیح المساقات و القراض و الاجارة و المساوقة و الجعالة مضمونٌ بالمسمی و فاسده باجرة المثل و الوطیء فی النکاح الصحیح مضمونٌ بالمسمی و فی الفاسد بهمر المثل.**

**پس بنابراین تصریح دارد دیگه، حالا دیگه چون ما توضیح دادیم و مرحوم نائینی هم فرمود ضمان یکی است. نه، معلوم شد که این آقایانی که این قاعده را نوشتند ضمان را دو تا حساب کردند. یک ضمان در صحیح است که به مسمی است و یک ضمان در فاسد است که به مثل یا قیمت است که البته توضیحی دارد، بعضی ها گفتند دائما به مثل است. آن وقت اگر نبود آن هم قیمت مثل، حالا بعد ان شا الله توضیحاتش را می گویم.**

**بعد ایشان دارد:**

**ضابطٌ کل عقد بمسمی الفاسد یسقط المسمی.**

**اگر عقد به مسمی بود و فاسد بود إلا فی مسئلة، در یک مورد همان مسمی است. هی ما إذا عقد الامام مع اهل الذمة السکنی بالحجاز علی مالٍ فهی اجارة فاسدة فلو سکنوا أو مضت المدة وجب المسمی لتعذر ایجاب عوض المثل فإن منفعة دار الاسلام سنة لا یمکن أن تقابل باجرة مثلها.**

**لذا همان مقداری که مسمی بوده، این هم کل مسئله ای که تا این جا تمام شد. این کل مقداری که در کتاب الاشباه و النظائر ایشان متعرض شده است.**

**بنده در بحث اول عرض کردم یک مقداری گفتیم عبارات را ببینیم، البته این عبارتی که از این جا برای ما نقل کردند از سال های اولینش مال قاضی عبدالوهاب است که از علمای معروف مالکی است که متوفای 422 است یعنی همان سال هایی که شیخ در بغداد اوج پیدا می کند، اوج بغداد شیخ است و با تمام این حرف ها من اعتقادم این است که مسئله به قرن دوم باید برگردد، این که قرن پنجم است، به اعتقاد من با شواهد ذهنی این است که این باید به این برگردد. آن وقت با ملاحظه این اقوال که حالا من بعضی هایشان را می خوانم، با ملاحظه این اقوال ظاهرش این است که شافعی ها مخصوصا خیلی روی این قاعده تاکید کردند. بیشترین تاکید از ناحیه شافعی هاست، مالکی ها و حنبلی ها، مالکی ها هم قبول کردند و حنبلی ها هم، مثل این که ابوحنیفه قبول ندارد این قاعده را قبول ندارد.**

**ابن حزم هم کلامش یک جوری است، یکمی ایشان چون نقل کرده من می خوانم. إذا ابتاع شیئا بیعا فاسدا، این در کتاب قاضی عبدالوهاب المعرفة علی مذهب عالم المدینه، مال قاضی عبدالوهاب که راجع به مذهب مالک نوشته است.**

**إذا ابتاع شیئا بیعا فاسدا فسخ البیع و ردّ الثمن علی المبتاع، ثمن را باید به آن فروشنده برگرداند، به آن خریدار برگرداند.**

**فإن تلف فی البائع فتلفه منه، اگر پیش بائع ثمن باشد.**

**لأنه علی ملکه لم ینتقل عنه فإن قبضه المبتاع و تلف فی یده فضمانه منه لأنه لم یقبضها علی الامانة و إنما قبضه للشبهة العقد فضمنه، این به خاطر امانت نیست، به خاطر شبهة العقد است یعنی به خاطر این که اقدام شده است.**

**فإن کان له مما له مثلٌ ضمنه مثله و إن کان بما لا مثله ضمنمه بقیمة یوم القبض لا یوم العقد، یکی هم این که قیمت کدام یکی اعتبار است که خواهد آمد.**

**بعد دنبال مطالب دیگر می رود که الان در این جا جایش نیست.**

**بعد صحبت های فرع بعدی دارد که عرض کردم ربطی به ما نحن فیه ندارد و اگر هم بخواهیم شرح بدهیم از مطلب خارج می شویم.**

**از افراد دیگر از علمای حنفی این جا نقل شده که ایشان هم معاصر شیخ طوسی است، 428 وفاتش است، شیخ طوسی 460 است به نام التجرید، به اصطلاح قدوری عالم معروفشان. ایشان متعرض این مسئله شده است.**

**قال اصحابنا، مراد از اصحابنا حنفی هاست، لا تجب الاجرة فی الاجارة الفاسدة إلا باستیفاء المنفعة.**

**مطلب روشن است، یک خانه ای را اجاره کرد که یک ماهه در آن بنشیند این اجاره فاسد بود، آیا باید اجرت را بدهد یا نه؟ سوال.**

**ایشان می گوید اگر در این خانه نشست یک ماه نشست اجرت را بدهد اما اگر ننشست، اجاره کرد، عقد بست اما ننشست، فقط عقد فاسد بود این جا نباید بدهد، لازم نیست بدهد، برایش این جا چیزی نیست، این همین مخالفت احناف با قاعده است چون ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، در اجاره صحیح که خب ضامن است و در اجاره فاسد هم ضامن است. حالا می خواهد بشود، این معلوم می شود که ایشان فکر می کنم تمایلشان به قول مرحوم علمای ما به قاعده ید بیشتر بوده، اگر نشست استفاده کرد بدهد، اگر ننشست ندهد.**

**لا تجب الاجرة فی الاجارة الفاسدة إلا باستیفاء المنفعة، من سابقا امروز که این را خواندم گفتم مرحوم نائینی این قاعده ما یضمن را با قاعده علی الید جمع کرده و نیست، معلوم می شود اجمالا در علمای اهل سنت هم اشاراتی بوده، حالا تصریح به قاعده ید نشده، این معلوم می شود که حتما ید دیگه چون یک ماه در خانه نشسته، اما اگر ننشت، اگر جهت عقد بود فرق نمی کند، بنشیند یا ننشیند، جهت عقد فرق نمی کند پس معلوم می شود که شاید ایشان قاعده ید را نگاه کرده است اما تعبیر ندارند قاعده ید، می گویم شاید.**

**و قال الشافعی فی کتاب الضاربة، عرض کردم إذا مضت المدة و العین فی ید المستاجر لزمه الاجرة انتفع بها أو لم ینتفع.**

**من عرض کردم باید به شافعی برگردد، من هم چند روز گفتم، امروز که خواندم داشتم، چون دیشب برای ما آوردند، امروز که خواندم گفتم عجب پس آن ذهنیت من درست بود، فکرم این است که اصل مطلب باید مال شافعی باشد. البته ایشان از ابوحنیفه هم نقل می کند.**

**بعد ایشان می گوید لنا برای احناف، عقدٌ یقتصد به المنفعة فلا یجب البذل فی فاسده إلا باستیفاء المنفعة کالنکاح، دقت کردید چی شد؟ می گوید در باب نکاح هم همین طور است چون در باب نکاح اگر عقد نکاح فاسد بود در صحیحش ضمان هست، مهر را باید بدهد، در فاسدش مهر ندارد مگر این که مثلا زفاف کرده باشد، مگر استیفاء منفعت باشد که کالنکاح، ما دیروز توضیح مفصل دادیم که اصلا بحث نکاح خارج است، نباید بکشند.**

**و لأنه عقدٌ لا یستحق به تسلیم، این جا نوشته عقود علیه، معقود علیه.**

**فلا یجب البذل فیه إلا باستیفائه، اصله النکاح. و إذا قال من جاء بعبده الآبق فله اربع، دنبال بحث جعاله می رود که الحمدلله حذفش کردند و ما هم نمی خواستیم وارد بحث کلی بشویم.**

**احتجوا بأنها منفعة تلفت فی یده و اجارة فاسدة فوجب أن تکون مضمونة علیه. پس معلوم شد که این قاعده از همان قرن دوم مطرح است، راست هم هست، خانه ای را اجاره کرد یک ماهه، این اجاره فاسد بود، در خانه هم ننشست، پول را باید بدهد یا نباید بدهد، البته اجرة المثل نه اجرة المسمی.**

**احتجوا بأنها کانت بأنها منفعة تلفت فی یده باجارة فاسدة فوجب أن تکون مضمونة علیه. اصله، این اصل را در اهل سنت زیاد است مخصوصا احناف، چون قیاسی هستند، یکی را اصل می گیرند و بقیه را فرع بر او می گیرند. این در اصطلاحات ما نیست، امروز خواندم اما در اصطلاحات ما نیست، در اصطلاحات احناف مخصوصا هست.**

**اصله إذا انتفع بها فقد استوفی المنفعة بحکم العقد الفاسد و إذا لم ینتفع لم یستوفا فلم یجب، بدلها مع الفساد. اصله النکاح الفاسد، اصل آن در نکاح فاسد است.**

**و لأنه لو استاجر خیاط یخیط له ثوبا باجارة فاسدة ضمن الاجرة إذا استوفی المنفعة، یعنی این اجاره اعیان را روی اجاره اشخاص برده است.**

**و لو حبسه تلفت المنعة تحت یده و لم یضمنها، همان بحثی که آیا عمل حر کسوب مضمون هست یا نه، این اشاره به آن است.**

**قالوا کل منفعة وجب ضمانها إذا انتفع بها وجب ضمانها إذا تلفت فی یده و لم ینتفع.**

**اصلش الاجارة الصحیحة که در، قلنا الاجارة الصحیحة اوجب التسلیم، در اجاره صحیح باید خانه را تسلیم بدهد. فإذا تلف المنافع فی یده فقد وجدت تسلیم الذی اوجبه العقد فوجب البدل، و العقد الفاسد لا یوجب التسلیم، ایشان از این راه رفته، ظاهرا شبیه حرف نائینی که در دستش رسیده یا نه.**

**فلم یوجد التسلیم الموجب بالعقد و لا استیفاء المعقود علیه فلم یضمن البدل کالنکاح، روشن شد؟**

**قالوا تلف فی یده عن عقد معاوضة فوجب أن یکون مضمونا علیه. انصافا بد ننوشته اما خیلی هایش تکرار است، به ذهن من تکرار است، شاید چون بحث ها اولیه است همچین پخته نیست، خیلی تعابیر پخته ای ندارد.**

**اصله إذا تلف المبیع عن عقد صحیح، حالا نکته این است که این که قالوا یعنی شوافع. عرض کردم احناف دو تا طائفه خیلی مخالف دارند، یکی شوافع است و یکی مالکی ها و حنبلی هم که کلا با این نحوه کار موافق نیستند. اصله یعنی این اصله کلام مال حضرات شافعی ها در ضمان که ضامن است.**

**اصله إذا تلف المبیع عن عقدٍ صحیحٍ و لأن ضمنه إذا تلف فی یده عن عقدٍ صحیح ضمنه إذ ا تلف فی یده عن عقد فاسد. اصله البیع. اصله یعنی معلوم شد که اجاره را قیاس کردیم به بیع، اصله البیع، چطور در بیع فاسد ضامن بود در اجاره فاسده هم ضامن است ولو استیفای منفعت نکرده باشد.**

**اصله البیع، ما این تعبیر را خواندیم برای این که با تعبیراتشان آشنا بشویم، ما این تعبیرات را اصلا نداریم. آنها چون دنبال قیاس هستند می گویند چطور شما در بیع فاسد می گویید پس در اجاره فاسده هم بگویید.**

**قلنا یبطل بالنکاح الفاسد إذا وجد التخلیة علی ما قررناه أن المنافع تتلف فی یده و لأنه لا فرق بین البیع و الاجارة لأن البیع الصحیح یضمن المبیع بالتخلیة و إن لم یستوفا المبتاع و کذلک یضمن المنافع فی الاجارة الصحیحة و النکاح الصحیح و البیع الفاسد لا یدخل فی ضمان المشتری بالتخلیة لأنه ضمانه عندنا کضمان المغصوب و إنما یضمن بالقبض الذی هو استیفاء المعقود علیه.**

**این ذیل عبارتش خیلی موهم این است که بیع را تعهد گرفته، تملیک نگرفته است.**

**کذلک المنافع فی الاجارة الفاسدة لا تضمن إلا بالاستیفاء.**

**عرض کردم احناف در مسئله مخالفند و لکن صحیح مسئله این است که همچنان که در اجاره صحیحه ضامن است در اجاره فاسده هم ضامن است. استیفاء بکند یا نکند. در خانه بنشیند یا ننشیند.**

**خب از جمله مذاهبی که اینجا هست، این عبارت قدوری ایشان این عبارتش را که الان ملاحظه فرمودید کاملا واضح است که این قاعده ما یضمن بصحیحه را به این توسعه اش قبول نکرده. در باب اجاره فاسده چون گرفته قبض کرده است، حالا به قول نائینی حرف همین است، نائینی هم خب حرفش این بود که به خاطر ید است، چون ید آمده است، اگر ضامن است به خاطر ید است نه به خاطر قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده.**

**از جمله فقهای نسبتا مطرح شوافع که من سابقا هم توضیحاتش را عرض کردم شخصی است معروف به رویانی، بهش امام هم می گویند، الامام الرویانی و انصافا من آرائش را هم در فقه دیدم و هم در اصول، خوب است یعنی انصافا خوب است.**

**ایشان از شافعی نقل می کند و ما هلک فی یده المرتهن من رهن صحیح و فاسد فلا ضمان علیه.**

**عرض کردم من همه­اش در ذهنم این بود که این باید به قرن دوم برگردد، اگر این مطلبی که احناف نقل کردند از ابوحنیفه باشد اصلا قبل از شافعی است چون معروف این است و شاید شنیده باشید که شافعی در همان شبی که ابوحنیفه فوت کرد به دنیا آمد، این طوری است اصطلاحا. در وقتی که ابوحنیفه حتی بعضی هایشان نوشتند که این مدتی در شکم مادر به مدت دو سال، سه سال، چهار سال در شکم مادرش بود تا ابوحنیفه فوت بکند، بعد از فوت ابوحنیفه به دنیا آمد.**

**و قال الماوردی و هذا کما قال صحیح الرهن و فاسده عندنا غیر مضمون، روشن شد؟ عندنا یعنی عند الشافعیه**

**و اوجب ابوحنیفه ضمان صحیحه دون فاسده.**

**این جا رهن آورده، در بحث رهن است. روشن شد؟**

**و اوجب ابوحنیفه ضمان صحیحه دون فاسده.**

**عرض کردم مخالف ابوحنیفه، اگر ابوحنیفه باشد چون ابوحنیفه متوفای 150 است، پس از اوائل قرن دوم مطرح شده.**

**و هذا مخالفٌ للاصول. ببینید تعبیر رویانی را دقت بکنید: و هذا مخالفٌ للاصول، چرا؟ لأنها، اصولی که درست شده، اصول در این جا یعنی قواعد. قاعده ای که درست کردیم، موضوعةٌ، این طور قرار داده شده است.**

**علی أن فاسد کل عقد فی حکم صحیحه فی وجوب ضمانه أو فی سقوطه، سقوط ضمان.**

**اگر فی وجوب ضمانه أو سقوطه، وجوب ضمانه اصل است و سقوطه عکس است. مراد ما روشن شد؟ یعنی اگر ما یضمن یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، این دو طرف این طوری است.**

**ألا تری أن البیع الفاسد کالصحیح فی وجوب الضمان و اشترک و المضاربات الفاسدة کالصحیحة فی سقوط الضمان و کذلک الرهن.**

**غرضم ایشان این قاعده را همین رویانی در بحر المظهر، حالا نمی دانم شاید اسم کتاب بحر المذهب هم گذاشته.**

**در کتاب محلی ابن حزم مطلبی دارد، و کل من باع بیعا فاسدا فهو باطلٌ و لا یملکه المشتری و هو باقٍ علی ملک البائع و هو مضمونٌ علی المشتری إن قبضه ضمان الغصب. اگر قبضش کرد.**

**اگر قبض نکرد به خاطر کل مبیع تلف قبل قبضه.**

**و الثمن مضمونٌ علی البائع إن قبضه و لا یصححه طول الازمان و لا تغیر إلی آخره.**

**و قال ابوحنیفه فی بعض من باع بیعا فاسدا فقد قبضه المشتری فقد ملکه ملکا فاسدا، این ملک دارد اما ملک فاسد است یعنی ضامن نیست و اجاز عتقه فیه و قال مالک فی بعض ذلک کما قلنا.**

**بعد ابوحنیفه گفت ملکه ملکا فاسدا، ابن حزم این طور می گوید فکلام فی غایة الفساد. عرض کردم ابن حزم نسبت به اهل سنت تندتر از ما است، خیلی بد عبارت است.**

**و ما علم احدٌ قط فی دین الله تعالی ملکا فاسدا، ملک فاسد یعنی چه؟ إنما هو ملکٌ فهو صحیحٌ أو لا ملک فلیس صحیحا و ما عدی هذا فلا یعقل و إن اقروا أن الملک فاسدٌ فقد قال تعالی و الله لا یحب الفساد.**

**من این را هم توضیح دادم این هم نکته ای است آقایان در بحث فقه به آیات زیادی تمسک کردند که ظهور در آن حکم ندارد، الله لا یحب الفساد یعنی بیعی که فاسد است محبوب نیست یعنی باطل است. باطل است پس هیچی ندارد.**

**فلا یحل لأحد أن یحکم بانفاذ ما یحبه الله عزوجل و قال الله تعالی إن الله لا یصلح عمل المفسدین و من اجاز شیئا نصر الله علی أنه لا یصلح فقد عارضه الله تعالی فی حکمه و هذا عظیمٌ جداً.**

**و احتج بعضهم بأن البائع سلطه علیه، قال ابومحمد، مراد از ابومحمد خودش است، ابن حزم است.**

**لیس لأحد أن یسلط علی غیره علی شیء من ماله بما لم یأذن الله تعالی فیه فلیجیز علی هذه أن یسلطه علی وطیء ام ولده و هذه ملاعب لا خلال فیه.**

**اجمالا معلوم می شود که ایشان قاعده را قبول ندارد و این مقداری که الان برایتان خواندم و من دیدم و باید دو مرتبه خودم به مسئله برگردم.**

**بعد ایشان یعنی کتاب های دیگری هم هست، آنی که محل کلام است را من می خوانم.**

**یک عبارت دیگر هست از امام الحرمین، این امام الحرمین از بزرگان شافعیه است، در کتاب نهایة المطلب فی درایة المذهب، ایشان دارد که این را چون حالا ما به یک مناسبتی متعرض شدیم حالا بد نیست که یک تعرضی هم بکنیم. می خواهم مقابله بشود، واقعا امام الحرمین در میان شوافع مقام بالایی دارد و انصافا هم خیلی جزء ائمه شأن حساب می شود، جزء بزرگان این مذهب حساب می شود. عجیب این است که ایشان در بعتُک بلا ثمن وارد بحث شده، شبیه بحث نائینی اما انصافا نائینی خیلی بهتر وارد شده بینی و بین الله. خب زمان هم زیاد شده.**

**و وراء ذلک نظرٌ آخر، ببینید دقت بکنید، ایشان دارد إذا قال لانسان بعتُک منک عبدی هذا بلا ثمن. خیلی عجیب است. ایشان متوفای 478 است. نائینی متوفای 1355 است، یعنی 23 سال آن طرف، 400 تا 1300، نهصد سال فاصله است. خیلی فاصله معناداری است. ما شا الله فاصله خیلی زیاد است. علی ای حال مرحوم نائینی هم این مسئله را بعینه آورده.**

**فلا شک أن ما اجراه لیس بیعا، چون بعتُک بلا ثمن که نداریم. من عرض کردم لیس عقدا، حالا ایشان می گوید لیس بیعا.**

**و لکنه هبة مملکة صحیحة أم لیست هبة فی ذلک وجهان ذکرهما القاضی، مراد عبدالجبار است و غیره، احدهما أنه هبة که نائینی هم گفت اگر صحیحش باشد هبه است.**

**لإشعار اللفظ بالتملیک، بعتُک یعنی ملکتک، مع التنصیص علی نفی العوض و هذا معنی الهبة. همین که نائینی هم نقل می کرد که آن مقصد اصلی را حساب می کنیم.**

**و الثانی إنه لیس هبة که ما هم عقیده مان این بود. فإن البیع فی وضعه صریحٌ فی اقتضاء العوض. من عرض کردم، عین حرف من، سبحان الله! یعنی نزدیک هزار سال یک چیزی کمتر.**

**فإذا قرن بنفی العوض کان جمعا بین النقیضین، نمی شود بیع باشد و بلا ثمن.**

**و العقود الصحیحة لا تنتظم من العبارات الفاسدة، خیلی که من عرض کردم که عقد قوامش به لفظ است و لذا ایشان. و عبر المحققون عن الوجهین، این مال حدود هزار سال قبل است که حالا خیلی عجیب است. هزار سال مثلا چهل سال کم.**

**و عبر المحققون عن الوجهین بأن الاعتبار بمعنی اللفظ و مقصود اللافظ أو بصیغة التلف. همین حرف هایی که ما این جا گفتیم. دقت کردید؟**

**و عبر المحققون عن الوجهین بأن الاعتبار بمعنی اللفظ و مقصود اللفاظ أو بصیغة اللفظ و إن اعتبرنا مقصود اللفاظ اقتضی ذلک تصحیح الهبة و إن اعتبرنا صیغة اللفظ فهی فاسدة و معتمد العقول الالفاظ. همین که ما هی می گفتیم. ایشان متوفای چهارصد و، عرض کردم امام الحرمین انصافا مرد دقیقی است. خیلی عجیب است. نزدیک هزار سال، دقیقا همین مطالبی را که ما در این جا طرح می کنیم و لذا ما عرض کردیم نه بیع است و نه هبه است. هیچ کدام نیست.**

**التفریع علی الوجهین إذ ا حکمنا بصحة الهبة لم یخف حکمها و افتقارها إلی القبض. فرقش این است که اگر بیع فاسد باشد که فاسد است و إن لم نصحح من هذا اللفظ هبة فلا شک أن ما یقبضه ملکٌ للبائع. هنوز ملک بائع است.**

**و لکن اختلف اصحابنا فی أنه امانة فی یده أو مضمونٌ، همین مطلبی که نائینی گفت ولو بیع فاسد است لکن چون بائع به او داده پس می شود ید امانی و ضامن نیست. عین این مطلب را یعنی الان بائع می داند بیع فاسد است و معذلک به او داده پس ید می شود ید امانی و ید عدوانی نمی شود، ضمان ندارد، اما از آن طرف نائینی جواب داد که درست است که به او داده ولی داده به عنوان بیع، نه مجانی پس ضامن است. نکته روشن شد؟ این اول بحث مرحوم نائینی فرمود.**

**ببینید دقت بکنید:**

**فلا شک أن ما یقبضه ملک البائع و لکن اختلف اصحابنا، شوافع یعنی.**

**فی أنه امانة فی یده أو مضمونٌ فمنهم من قال هو مضمونٌ لأنه مقبوض، همین نائینی گفت که مجرد قبض کافی نیست. این قبض عنوان داشته، قبض از بیع لکن بیع فاسد است پس آن شرعی نمی شود اما اصل ضمان نمی ماند.**

**و منهم من قال هو امانة لأنه علائق الضمان نتیجة ما فی العقد الفاسد من اقتضاء العوض و إن کان علی الفساد و إذا قال بعتک بلا ثمن فلیس فی ما جاء به ما یتضمن عهدة، عهده ای ندارد و لا علقة من طریق العوض. یعنی چیزی به عهده نگرفته. چون اگر چیزی به عهده نگرفته پس، یعنی دقت کردید؟ یعنی بعبارة اخری ایشان آمده یعنی اگر بخواهیم به حرف نائینی حرف ایشان را درست بکنیم، با مبانی ای که الان مرحوم نائینی توضیح داد.**

**ایشان چه چیزی می خواهد بگوید؟ حرف ایشان را دقت بکنید! ایشان می گوید اگر گفت بعتُک بلا ثمن آن جایی ضمان هست که به عهده بگیرد یعنی اگر گفت بعتُک بمائة تومان یعنی مائة تومان را تو به عهده گرفتی و وقتی گفت بلا ثمن به عهده نگرفته. از آن ور بیع گفته، بعتُک یعنی به تو مسلط می کنم و در اختیار تو قرار می دهم از آن ور هم به عهده نگرفته. چون به عهده نگرفته پس ضامن نیست، بله اگر گفت بعتُک بمائة تومان به عهده گرفته است. این اشکال.**

**و لذا آمد گفت که این عقد فاسد هست ضمان هم توش ندارد، مرحوم نائینی از چه راهی آمد درست کرد؟ گفت درست است که این عقد فاسد است لکن لو کان صحیحا لکان هبة، در هبه ضمان نیست و این جا هم ضمان نیست، یعنی این عقدی است که فاسد است. به اصطلاح امام الحرمین خود این عقد را تحلیل کرده، روشن شد؟ مثل کاری که دیروز. ایشان می گوید بیع گفته، بیع است. از آن طرف چون این بیع باید یک چیزی را به عهده بگیرد طرف مقابل چون گفته بلا ثمن پس در عهده او نگذاشته.**

**پس اولا کل عقد مراد فرد است. خود فرد را تحلیل می کنیم، نه بگوییم به صنف و نوع، خود فرد. این عقد چون فاسد است این عقد فاسد است لکن فسادش در این جا ضمان نمی آورد، چرا ضمان نمی آورد؟ به خاطر این که گفت بعتُک بلا ثمن، این فرد تملیک کرد بدون ثمن، همین که تملیک بدون ثمن کرد به عهده او چیزی نگذاشت. پس ضمان نیست.**

**نائینی آمد گفت بله، آمد گفت لو فرض صحیحا لما کان فیه ضمان.**

**بحث لو به درد نمی خورد، تقدیر به درد نمی خورد. به تقدیر نمی شود کاری درست کرد.**

**اشکال ما این بود که این اصلا عقد نیست، بیع نیست. این که تفسیر به هبه بشود خلاف ظاهر است.**

**إذ ا قال و من هنا و عن هذا قال الاصحاب إذا قال رجل لأمرته أنت طالقٌ علی ذق خمر فقبلت بانت و علیها مهر المثل و إذا قال أنت طالق علی الریح وقع الطلاق رجعیا و لم یقبض عوضا.**

**فرق می کند بین یک چیزی که عنوان دارد، دارد هیچی، لا شیء، می خواهد بین این دو تا. هذا حقیقة القول فی ذلک.**

**البته نتوانست هم باز هم به نظر ما مطلب را درست تحلیل بکند اما به هر حال اجمالا اصل این مطلب روشن شد. دیگه وقت ما هم تمام شد، فردا شاید یکی دو نکته متفرقه دیگه بگوییم و بقیه عبارت شیخ را تمام بکنیم.**

**و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین**