

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 ابتدائاً متعرض مفردات روایت شد و بعد هم و اما المدرك، تا این جا رساندیم. گفتیم حالا که عبارت شیخ را خواندیم، بعد هم ایشان مدرك 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 ۱۰۶ جلد ۱ چاپ دارالکتب العلمیه. 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 فساد. 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 قبلاً گفتیم.

بعد ایشان یک تنبیهی دارد در کتاب الاشباه و النظائر، المراد من القاعده الاولى 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 الوالی إذا استاجر علی عملٍ للصبی اجاره فاسده تكون الاجرة علی الوالی 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 الصحيح في البيع 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 بالقيمة أو المثل، این که فاسده بالقيمة 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 صحيح القرض مضمونٌ بالمثل مطلقا، در باب قرض مثل است.

و فاسده بالمثل أو القيمة و صحيح المساقات و القراض و الاجارة و المساوقة و الجعالة مضمونٌ بالمسمی و فاسده باجرة المثل و الوطیء فی النکاح الصحيح 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 كل عقد بمسمی الفاسد یسقط المسمی.

اگر عقد به مسمی بود و فاسد بود إلا فی مسئله، در یک مورد همان مسمی است. هی ما إذا عقد الامام مع اهل الذمة السكنی بالحجاز علی مالٍ فهي اجارة فاسدة فلو سكنوا أو مضت المدة و جب المسمی لتعذر ایجاب عوض المثل فإن منفعة دار الاسلام سنة لا يمكن 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 ۴۲۲ 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، یکی 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 رد الثمن علی المبتاع، ثمن را باید به آن فروشنده برگرداند، به آن خریدار برگرداند.

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

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

فإن کان له مما له مثلٌ ضمنه مثله و إن کان بما لا مثله ضمنه بقيمة يوم القبض لا يوم 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، ۴۲۸ وفاتش است، شیخ طوسی ۴۶۰ 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 باستيفاء 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 نشست، اجاره کرد، عقد بست اما نشست، 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 نشست ندهد.

لا تجب الاجرة فی الاجارة الفاسدة إلا باستيفاء 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 نشست، اگر جهت عقد بود فرق نمی کند، بنشیند یا نشیند، 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 المدّة و العین فی ید المستاجر لزمه الاجرة انتفع بها أو لم ينتفع.

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، فکر 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 باستيفاء 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 يجب البذل فيه إلا باستيفائه، أصله النكاح. و إذا قال من جاء بعبدہ الآبق فله أربع، دنبال بحث جعله می رود که الحمد لله حذف کردند و ما هم نمی خواستیم وارد بحث کلی بشویم.

احتجوا بأنها منفعة تلفت فی یده و اجاره فاسدة فوجب أن تكون مضمونة عليه. 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 نشست، پول را باید بدهد یا نباید بدهد، البته اجرة المثل نه اجرة المسمى.

احتجوا بأنها كانت بأنها منفعة تلفت فی یده باجاره فاسدة فوجب أن تكون مضمونة عليه. 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.

أصله إذا انتفع بها فقد استوفى المنفعة بحكم العقد الفاسد و إذا لم ينتفع لم يستوفى فلم يجب، بدلها مع الفساد. أصله النكاح الفاسد، اصل آن در نكاح فاسد است.

و لأنه لو استاجر خياط يخطط له ثوبا باجاره فاسدة ضمن الاجرة إذا استوفى 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 كل منفعة وجب ضمانها إذا انتفع بها وجب ضمانها إذا تلفت فی یده و لم ینتفع.

أصلش الاجارة الصحيحة که در، قلنا الاجارة الصحيحة اوجب التسليم، در اجاره صحیح باید خانه را تسلیم بدهد. فإذا تلف المنافع فی یده فقد وجدت تسليم الذى اوجبه العقد فوجب البذل، و العقد الفاسد لا يوجب التسليم، ایشان از این راه رفته، ظاهرا شبیه حرف نائینی که در دستش رسیده یا نه.

فلم يوجد التسليم الموجب بالعقد و لا استيفاء المعقود عليه فلم یضمن البذل كالنكاح، روشن شد؟

قالوا تلف فی یده عن عقد معاوضة فوجب أن يكون مضمونا عليه. 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 المبيع عن عقد صحيح، 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 المبيع عن عقد صحيح و لأن ضمنه إذا تلف فی یده عن عقد صحيح ضمنه إذا 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 گویند پس در اجاره فاسده هم بگویید.

قلنا يبطل بالنكاح الفاسد إذا وجد التخلية على ما قررناه أن المنافع تتلف فی یده و لأنه لا فرق بين البیع و الاجارة لأن البیع الصحيح

يضمن المبيع بالتخلية و إن لم يستوف المبتاع و كذلك يضمن المنافع فی الاجارة الصحيحة و النكاح الصحيح و البیع الفاسد لا يدخل فی

ضمان المشتري بالتخلية لأنه ضمانه عندنا كضمان المغصوب و إنما يضمن بالقبض الذي هو استيفاء المعقود عليه.

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

كذلك المنافع فی الاجارة الفاسدة لا تضمن إلا بالاستيفاء.

عرض کردم احناف در مسئله مخالفند و لكن صحيح مسئله این است که همچنان که در اجاره صحیح 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 کاملاً واضح است که این قاعده ما یضمن بصحیح 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 بصحیح یضمن بفاسده.

از جمله فقهای نسبتاً مطرح شوافع که من سابقاً هم توضیحاتش را عرض کردم شخصی است معروف به رویانی، بهش امام هم می گویند، الامام الرویانی و انصافاً من آرائش را هم در فقه دیدم و هم در اصول، خوب است یعنی انصافاً خوب است. ایشان از شافعی نقل می کند و ما هلك فی یده المرتهن من رهن صحیح و فاسد فلا ضمان علیه.

عرض کردم من همه اش در ذهنم این بود که این باید به قرن دوم برگردد، اگر این مطلبی که احناف نقل کردند از ابوحنیفه باشد اصلاً 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 اصطلاحاً. 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 كما قال صحيح الرهن و فاسده عندنا غير 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 ۱۵۰ است، پس از اوائل قرن دوم مطرح شده.

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

.....
علی أن فاسد كل عقد فی حكم 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 ترى أن البیع الفاسد كالصحیح فی وجوب الضمان و اشترک و المضاربات الفاسده كالصحیحه فی سقوط الضمان و كذلك الرهن.

غرض 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 كل من باع بیعا فاسدا فهو باطلٌ و لا یملکه المشتري و هو باقٍ علی ملک البائع و هو مضمونٌ

علی المشتري إن قبضه ضمان الغصب. اگر قبضش کرد.

اگر قبض نکرد به خاطر كل 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 المشتري 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 غایه 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 یحبہ الله عزوجل و قال الله تعالى إن الله لا یصلح عمل المفسدین و من اجاز شیئا نصر الله علی أنه لا یصلح فقد عارضه الله تعالى فی حکمه و هذا عظیم جداً.

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

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

اجمالاً 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 انصافاً هم خیلی جزء ائمه شأن حساب می شود، جزء بزرگان این مذهب حساب می شود. عجیب این است که ایشان در بعثتک بلا ثمن وارد بحث شده، شبیه بحث نائینی اما انصافاً نائینی خیلی بهتر وارد شده بین و بین الله. خب زمان هم زیاد شده.

و وراء ذلك نظر آخر، ببینید دقت بکنید، ایشان دارد إذا قال لانسان بعثتک منك عبدی هذا بلا ثمن. خیلی عجیب است. ایشان متوفای ۴۷۸ است. نائینی متوفای ۱۳۵۵ است، یعنی ۲۳ سال آن طرف، ۴۰۰ تا ۱۳۰۰، 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 بعثتک بلا ثمن که نداریم. من عرض کردم لیس عقدا، حالا ایشان می گوید لیس بیعا.

و لكنه هبة مملكة صحيحة أم ليست هبة في ذلك وجهان ذكرهما القاضي، مراد عبد الجبار است و غيره، احدهما أنه هبة كه نائيني هم گفت اگر صحيحش باشد هبه است.

لإشعار اللفظ بالتمليك، بعكك يعنى ملكتك، مع التنصيص على نفى العوض و هذا معنى الهبة. همین كه نائینی هم نقل می كرد كه آن مقصد اصلی را حساب می كنیم.

و الثانى إنه ليس هبة كه ما هم عقیده مان این بود. فإن البيع فى وضعه صريحٌ فى اقتضاء العوض. من عرض کردم، عين حرف من، سبحانه الله! يعنى نزدیک هزار سال یک چیزی کمتر.

فإذا قرن بنفى العوض كان جمعا بين التقيضين، نمی شود بيع باشد و بلا ثمن.

و العقود الصحيحة لا تنتظم من العبارات الفاسدة، خیلی كه من عرض کردم كه عقد قوامش به لفظ است و لذا ایشان. و عبر المحققون عن الوجهين، این مال حدود هزار سال قبل است كه حالا خیلی عجيب است. هزار سال مثلا چهل سال كم.

و عبر المحققون عن الوجهين بأن الاعتبار بمعنى اللفظ و مقصود الالفاظ أو بصيغة التلف. همین حرف هاى كه ما این جا گفتیم. دقت كردید؟

و عبر المحققون عن الوجهين بأن الاعتبار بمعنى اللفظ و مقصود الالفاظ أو بصيغة اللفظ و إن اعتبرنا مقصود الالفاظ اقتضى ذلك تصحيح الهبة و إن اعتبرنا صيغة اللفظ فهى فاسدة و معتمد العقول الالفاظ. همین كه ما هی می گفتیم. ایشان متوفای چهارصد و، عرض کردم امام الحرمین انصافا مرد دقیقی است. خیلی عجيب است. نزدیک هزار سال، دقیقا همین مطالبی را كه ما در این جا طرح می كنیم و لذا ما عرض كردیم نه بيع است و نه هبه است. هیچ کدام نیست.

التفريع على الوجهين إذا حکمنا بصحة الهبة لم يخف حکمها و افتقارها إلى القبض. فرقس این است كه اگر بيع فاسد باشد كه فاسد است و إن لم نصح من هذا اللفظ هبة فلا شك أن ما يقبضه ملك للبائع. هنوز ملك بائع است.

و لكن اختلف اصحابنا فی أنه امانة فی یده أو مضمون، 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 معذک 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 لكن اختلف اصحابنا، شوافع یعنی.

فی أنه امانة فی یده أو مضمون فمنهم من قال هو مضمون 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 كان علی الفساد و إذا قال بعثک بلا ثمن فلیس فی ما جاء به ما یتضمن عهده، عهده ای ندارد و لا علقه من طریق العوض. یعنی چیزی به عهده نگرفته. چون اگر چیزی به عهده نگرفته پس، یعنی دقت کردید؟ یعنی بعبارة اخرى 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 بعثک بلا ثمن آن جایی ضمان هست که به عهده بگیرد یعنی اگر گفت بعثک بمائة تومان یعنی مائة تومان را تو به عهده گرفتی و وقتی گفت بلا ثمن به عهده نگرفته. از آن ور بیع گرفته، بعثک 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 بعثک 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 اولاً کل عقد مراد فرد است. خود فرد را تحلیل می کنیم، نه بگوئیم 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 بعثتک 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 اصلاً عقد نیست، بیع نیست. این که تفسیر به هبه بشود خلاف ظاهر است.

إِذَا قَالَ وَ مِنْ هُنَا وَ عَنْ هَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ إِذَا قَالَ رَجُلٌ لِمَرْثَةٍ أَنْتَ طَالِقٌ عَلَى ذِقِ خَمْرٍ فَقَبِلَتْ بَأْتٍ وَ عَلَيْهَا مَهْرُ الْمَثَلِ وَ إِذَا قَالَ أَنْتَ

طَالِقٌ عَلَى الرِّيحِ وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا وَ لَمْ يَقْبُضْ عَوْضًا.

فرق می کند بین یک چیزی که عنوان دارد، دارد هیچی، لا شیء، می خواهد بین این دو تا. هذا حقيقة القول في ذلك.

البته نتوانست هم باز هم به نظر ما مطلب را درست تحلیل بکند اما به هر حال اجمالاً اصل این مطلب روشن شد. دیگه وقت ما هم تمام

شد، فردا شاید یکی دو نکته متفرقه دیگه بگوئیم و بقیه عبارت شیخ را تمام بکنیم.

و صلى الله على محمد و آله الطاهرين