

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 در خلال بحثی که راجع به مطلب ما یضمن بصحیحه یضمن بفاصده بود در آن جا ما متعرض ترتیب بحثمان این شد که اول کلمات شیخ را به نحو اجمال و بعد از بحث هایی که انجام شد بنا شد دو مرتبه کلمات شیخ را با بررسی ها و مناقشاتی که دارد. یک بخش اول کلمات شیخ که دو مرتبه شروع کردیم بخش اولش راجع به مفردات این قاعده بود که به این مناسبت گفتیم یک شرح تاریخی هم از این عبارت داده بشود و معلوم شد که این عبارت در کتب علمای اسلام در فقه، در قواعد فقهیه به عبارات مختلف آمده است و تا آن جایی که توانستیم پیدا بکنیم بیشتر به قرن پنجم بر می گردد لکن من فکر می کنم از آن جایی که چون به ابوحنیفه هم نسبت داده شده باید به قرن دوم برگردد، حالا شاید مثلا از عباراتی که نقل شده و خصوصا بعد هم به شافعی نسبت داده شده که این قاعده را قبول کرده که آن هم باز قرن دوم است، این به ذهن ما این طور می آید. به هر حال ظاهرا از قرن دوم این مطلب مطرح شده، عبارات مختلف است، البته از قرن چهارم و پنجم دیگه این خیلی جا افتاده، پنجم هم در بین اهل سنت و هم در بین شیعه، بین شیعه که تقریبا می شود گفت از قرن هشتم اگر کتاب علامه را بگیریم چون علامه ۷۲۶ وفاتش است، حالا فرض کنید این کتب را ۷۱۰ نوشته باشد از قرن هشتم، در عبارات علامه نسبتا آمده و بعد پسر ایشان فخر المحققین بعد شاگرد ایشان شهید اول و هلم جرا تا زمان ما. ما یک مقداری متعرض کلمات عامه شدیم و معلوم شد که اجمالا عبارات مختلفی دارد، کل عقد فاسد مردودُ اِلَی صحیحه، کل عقد فاسد مردودُ اِلَی صحیحه، کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاصده یا کل ما یضمن بصحیحه، کل عقد یضمن بصحیحه یضمن فاسده و ما لا فلا یعنی ما لا یضمن، که این عبارت را عرض کردیم در مثل فوائد عبارات قواعد شهید اول آمده، این عبارت قواعد شهید ثانی تقریبا تا یک حدی شبیه عبارتی هست که یضمن بصحیحه که استاد شهید اول مرحوم فخر المحققین در ایضاح این مطلب را گفته که شاید الان عبارت ایشان را بخوانیم.

عرض کنم که عده ای از عبارات اهل سنت را خواندیم، البته توضیحات کافی راجع به این عبارات داده نشد، چون این عبارات در فروع مختلفی هستند، یکنواخت نیستند، اگر بخواهیم باز آن فروع را توضیح بدهیم و عبارت را هم در آن باره بگوییم خیلی از بحث خارج می شویم. ما فعلاً تاکیدمان روی خود عبارت است.

مثلاً در این کتاب بحر المذهب فی فروع مذهب الشافعی مال رویانی معروف ابوالمحاسن رویانی عبدالواحد ابن اسماعیل است و هم در فقه و هم در اصول در مذهب شافعی کتاب دارد. انصافاً مرد ملایی هم هست یعنی خیلی مورد تأمل آنهاست. مثلاً یک جا دارد که لو بطلت العاریة بالشرط الفاسد و تصرف فیها هل یلزمه اجرة المنفعة و جهان، احدهما یضمن لأن فسادها رافع لحکمها و الثانی لا یضمن لأن کل عقد فسد فحکمه فی وجوب الضمان و ثبوته حکم الصحیح منه کفاسد القرض و صحیحه.

ببینید ایشان در آنجا دو وجه گفته، این که یکی این که ضامن باشد چون فسادش رافع حکمش است که بی ضمان بوده و یکی این که نه چون در صحیحش ضمان نیست در فسادش هم نیست. باز در همین کتاب رویانی دارد و إذا كانت الاجارة فاسدة فبنی المستأجر و غرس ولو فی الاقرار و الترتک علی ما ذکرناه فی الاجارة الصحیحة.

اقرار یعنی ساختمان را نگه بدارد و ترک هم یعنی بردارد.

لأن الفاسدة من کل عقد حکمها حکم الصحیح فی الامانة و الضمان. کل عقد فاسد.

بله بعد از عباراتی که در این جا هست در کتاب مغنی ابن قدامه چون ابن قدامه این کتابش تاثیرگذار در فقه ما است. سرّ تاثیرگذاری این کتاب را عرض کردم که ابن قدامة یک پسر برادری دارد که ایشان هم یک کتابی، خود ابن قدامة غیر از مغنی که شرح است یک متن فقهی هم دارد خود ابن قدامة. پسر برادرش آن متن فقهی را شرح کرده که معروف به الشرح الکبیر است و خیلی از مطالب عمومی خودش را در شرح کبیر آورده. علامه رحمه الله خیلی متأثر به این شرح کبیر است یعنی عبارات تذکره خیلی با این شرح کبیر و بالتبع با مغنی. این دو تا با هم چاپ شدند اما تشابهش با شرح کبیر بیش از، خود شرح کبیر هم تشابه با مغنی دارد و لذا این تاثیرگذار است تاثیرگذار به این معناست که حتی ما اگر جایی، به نظر خود من این جور می آید، کمتر دیدم تنبه پیدا کرده باشند. جایی اگر در عبارت

تذکره علامه ابهام باشد، مثلاً غلط غولوطی باشد یا غلط املائی باشد، چاپی باشد، یکی از راه های تصحیحش به نظرم همین کتاب شرح کبیر و مغنی است از بس که متأثر به این دو تاست، می شود با مراجعه به شرح کبیر و مغنی بعضی از موارد خطا و اشتباه را در تذکره تصحیح کرد و واضح کرد، خیلی کتاب تذکره علامه تاثیر.

و کتاب تذکره علامه رحمه الله هم به لحاظ سعه مطالب و هم به لحاظ احتجاجش قوی تر است در مثل خلاف شیخ طوسی پیش طائفه مقدم بوده. علی ای حال این دو کتاب خلاف شیخ طوسی و کتاب تذکره علامه در میان فقهای شیعه خیلی تاثیرگذار بوده برای اطلاع شیعه بر فقه اهل سنت. این دو کتاب خیلی تاثیرگذار بوده.

و کتاب تذکره را، من در شرح حال یکی از علما می دیدم از او پرسیده بودند که بهترین کتاب فقهی ما چیست، ایشان گفته بود تذکره علامه، بهترین کتاب فقهی ما تذکره علامه است. علی ای حال انصافاً هم کتاب، کتاب بزرگی است. نه این که حالا بخواهم بگویم که از کتاب شرح کبیر نسخه برداری کرده، نه، شرح کبیر در مقابلش بوده، عبارات ایشان را آورده و سعی کرده آرای شیعه و بلکه روایات شیعه را هم اضافه بکند، بعد که ایشان رأی خودش را می گوید روایات شیعه را هم اضافه می کند غیر از مسئله آراء، روایات را هم اضافه می کند.

علی ای حال کتاب مغنی و شرح کبیر الان در وضع موجود ما در فقه شیعه در بین علمای شیعه تاثیرگذارتر از بقیه کتب است، چرا؟ چون این دو تا در کتاب تذکره خیلی تاثیرگذارند و کتاب تذکره علامه بین علمای شیعه حتی مثل صاحب جواهر و اینها چون اینها اعتقاد شدیدی به کتاب تذکره دارند و عرض کردیم الان بعد از ابتلاء بر مصادر ریشه های کتاب تذکره الان واضح است دیگه، ابهام ندارد اما در سابق خیلی برای این کتاب ارزش فوق العاده ای قائل بودند و انصافاً هم ارزش دارد، نه این که بخواهم بگویم ندارد اما این که آیا دقیقاً آرای اهل سنت را نقل کرده باشد عرض کردم یک مشکل کلی اهل سنت دارند، گاهی از امام واحدشان دو سه تا قول نقل می شود، گاهی هم اقوال را بزرگانسان نقل کردند. خود ابن قدامه مرد بزرگی است و نمی شود انکار کرد، البته پسر برادرش به آن جلالت

شأن است اما انصافاً مرد ملایی است و در فقه حنبلی این کتاب مغنی فوق العاده ارزشمند است یعنی یک کتابی نیست که یک نفری که خیلی سهل و سبک بوده نوشته، مرد مطلعی در فقه حنبلی است و کتاب بسیار لطیفی است.

علی ای حال در کتاب مغنی ابن قدامه این طور آمده، البته عرض کردم یک بحثی راجع به فروع یعنی تطبیقات قاعده است مثلاً این جا نوشته و إذا فسد الرهن و قبضه المرتهن، مثلاً ماشینش را رهن گذاشت و مرتهن هم گرفت، ماشین را گرفت و در خانه خودش برد. لم یکن علیه ضمانه، حالا بعد هم دزد آمد شب این ماشین را برد، ایشان به عنوان وثیقه گرفته بود. ایشان می گوید ضامن نیست، لم یکن علیه ضمانه لأنه قبضه بحکم أنه رهن و کل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضموناً ففاسده كذلك، بعد دو مرتبه مسئله شرط و اینها را مطرح می کند که فعلاً از مانحن فیه خارج است. دیگه وارد بحث بقیه نمی شویم، عرض کردم راجع به خصوصیات بحث ایشان ما الان وارد نمی شویم چون از محل کلام ما خارج است.

فقط یک نکته را من ظاهراً در بحث گذشته از کتاب اشباه و نظائر سبکی که از شافعی هاست نقل کردم، این را شاید دو مرتبه بخوانم، فلا یجب المسمی، ایشان تصریح می کند، فائدة لیس مرادنا من قولنا الفاسد كالصحيح فی الضمان أنه یجب فیه المسمی كما فی الصحيح. مراد مسمی نیست، بل أنه مثله فی اصل الضمان، فیجب فی الاجارة الفاسدة اجرة المثل و نحو ذلك لا خصوص المسمی فلا یجب المسمی فی شیء من العقود الفاسدة إلا فی مسئله واضحة و هی ما إذا بدل الكافر مالا، حالا اگر این عقد باشد یعنی مثل گرفتن مال نباشد.

علی الدخول فی حرم مکه، کافر یک پولی را بدهد و بگوید من این ماشین را می دهم اجازه بدهید من وارد حرم مکه بشوم. فإن الامام لا یجیبه، امام این را قبول نمی کند، فإن فعل فالصلح فاسد، امام حق ندارد ماشین را قبول بکند این آقا در حرم مکه برود. فإن فعل اخرج، اگر این کار را کرد و این کافر هم وارد مکه شد، فإن فعل اخرج و ثبت العوض المسمی، این جا همان ماشین را که داده، حالا اگر این ماشین تلف شد، این را می خواهم بگویم، دزد آمد این ماشین را برد، امام باید عوض ماشین را بدهد؟ ایشان می گوید نه، فقط خود همان ماشین، اگر ماشین موجود بود خود ماشین را می دهد ولی اگر ماشین موجود نبود دیگه عوضش نه. این مراد از مسمی این است.

و لذا عرض کردیم بعضی از اهل سنت در قاعده علی الید هم همین جور فهمیدند، مثلاً اگر شما عصای یک کسی را گرفتید و در خانه به صورت غضب بردید باید همان عصا را برگردانید. حالا اگر عصا را دزد برد باید مثل یا قیمت، می گفتند مثل و قیمت نه، خودش و لذا عبارت بیهقی را خواندیم، يجب ردّ المغصوب إذا كان باقیا، این به اصطلاح مسمی است. این جا مسمی.

و ثبت العوض المسمی بخلاف الاجارة الفاسدة فإنه إنما ثبتت فيها اجرة المثل فإنه هنا استوفی فی العوض و ليس لمثله اجرة و این کار را کرده و این دخل و لم ينته إلى الموضع المشروط وجبت الحصّة من المسمی، مثلاً بهش گفت اگر من تا ده کیلومتری مکه برسم یک میلیون تومان، تا نه کیلومتری دو میلیون تومان و همین جور حساب کرد، حالا به سه کیلومتری رسید، یک پولی داد، یا گفت اگر ده کیلومتر است اصلاً این قالی را می دهم، اگر تا پنج کیلومتر رسیدم مثلاً فرض کنید این موکت را می دهم. بعد تصادفاً تا همان پنج کیلومتری رسید و موکت را هم داد لکن بعد موکت تلف شد، باید مثل موکت را بدهد؟ نه اگر به اندازه ای که داده به اندازه همان حصه انجام داده به همان حصه هم از مسمی، از غیر مسمی نه.

پس این هم راجع به این نکته، پس این که ایشان آمده گفته که عقد است یعنی این عقد در مسمی است مرادش این است، منتقل به بدل نمی شود.

ما در بحث اصول یک بحثی شد دیگه حالا چون علامه این بحث را در این جا دارد ما این بحث را باز متعرض می شویم. یک بحثی شد به نام انقلاب نسبت و مثالش هم همین مثال عاریه بود که مرحوم نائینی زدند چون یک روایاتی بود که در عاریه ضمان نیست مگر با شرط ضمان. روایاتی بود که در عاریه ضمان نیست إلا دنائیر، روایتی بود، بعضیش هم دو تا بود، روایتی بود که در عاریه ضمان نیست إلا دراهم و روایتی بود که عاریه ضمان نیست إلا ذهب و فضه، إلا أن يشترط عدم ضمان که ضامن نباشد و إلا آنها ضامنند.

مرحوم نائینی کیفیت جمع را گفت، خب همه علمای ما این جا بحث انقلاب نسبت را و من سابقاً عرض کردم اگر یادتان باشد و نوار اصول من هم هست گفتم من فعلاً صحبت را روی همین قاعده ای که این جا هست می گویم، احتمالاً مسئله یک نکته فنی دیگری دارد، احتمالاً نکته اش این ها نیست که الان ما در این جا می گوییم. بعد خب که کلمات عامه را نگاه کردم معلوم شد، آن نکته اش، البته

هنوز هم کامل واضح واضح نیست که آیا روایات ما هم به همان نکته است یا نه؟ آن نکته اش در روایات عامه این است که اولاً عده زیادی از عامه در عاریه مطلقاً ضمان قائلند، خب اگر ضمان قائل باشند در درهم و دینار و ذهب و فضه به طریق اولی ضمان قائلند. عده ایشان من خواندم عبارت شمس الائمه سرخسی از فقهای حنفیه در آخر قرن پنجم، ایشان دارد که اگر درهم یا چیزی که با انتفاع از بین می رود. حالا من به یک کاسه بشقاب غذا مثال زدم، مثلاً یک بشقاب برنج را به ایشان عاریه بدهد و بگوید اعرتک، به تو عاریه دادم، این آمد گفت که این نمی شود، این عاریه نمی شود، چرا؟ چون عاریه شرطش این است که عین محفوظ باشد و انتفاع بکند، این اگر بخواهد برنج را بخورد دیگه عینش محفوظ نیست، درهم و دینار عاریه نمی شود، ودیعه می شود ولی عاریه نمی شود چون معنای ودیعه این است که پیش طرف امانت باشد و انتفاع توش نباشد.

در خانه اش نگه دارد و بگوید می خواهم به سفر بروم، این امانت پیش تو باشد تا برگردم، این را ودیعه می گویند پس ودیعه این است که پیشش امانت باشد تا به اصطلاح یک ماه، دو ماه لکن در آن تصرف نکند اما در عاریه پیشش امانت هست لکن انتفاع هم ببرد لذا در عاریه آن چیزی را که نقل می دهد برای نقل حق انتفاع است لذا همیشه ما عرض کردیم در باب بیع نقل عین است، در باب اجاره نقل منافع است و در باب عاریه نقل انتفاع است. در باب ودیعه فقط امانت است، نقل نکرده، چیزی را نقل نکرده و لذا هم در روایات ما دارد که در ودیعه ذهب و فضه ضمان نیست اما در ودیعه دنانیر و درهم ضمان هست.

آن وقت الان فقهای ما از این تعبیر تخصیص فهمیدند، ما این را چند سال قبل هم گفتیم و اخیراً هم در بحث تخصیص اشاره کردیم و در تعارض هم اشاره کردیم که خیلی از موارد در بحث تخصیص است که راجع به اصول عملیه و اینها بود آنجا هم تعرض کردیم، گفتیم خیلی از مواردی را که آقایان قائل به تخصیصند به نظر ما اصلاً تخصیص نیست، اشتباه پیش آمده است، تخصیص نیست. مثلاً همین جا را تخصیص گرفتند و گفتند در عاریه ضمان نیست مگر عاریه درهم که ضمان هست إلا این که آن یشرط عدم الضمان، شرط بکند که ضمان نباشد و إلا اگر شرط نکرد ضامن است.

بعد ما نگاه کردیم دیدیم در کتاب سرخسی اصلاً نکته چیز دیگری است. می گوید اگر چیزی را که اگر خواست انتفاع بکند عین از بین می رود این را به او عاریه بدهد این اصلاً عاریه نیست. این اصلاً عاریه حساب نمی شود. اگر آمد گفت من این درهم و دینار را به تو عاریه دادم این عاریه نیست، این در حقیقت عاریه نیست، چرا؟ چون در عاریه اگر بخواهد با درهم و دینار تو چیزی بخرد از بین می رود، چطور این عاریه است؟ لذا ایشان آمد گفت که يتحول إلى عقد جدید، این نکته اش این است که این تحول به عقد جدید پیدا می کند، اگر گفت این پیش تو باشد عاریه باشد این ضمان می آورد یعنی چه؟ یعنی اگر گفت من عاریه دادم و تو حق انتفاع داری و بعد هم باید برای من برگردانی، یعنی برگردانی عاریه معنایش این است که برگردانی، حق انتفاع هم داری پس این در حقیقت قرض است، عاریه نیست، يتحول إلى قرض و ما این مطلب را متعرض شدیم در عبارات اهل سنت هم هست، در عبارت سنهوری هم هست، اصلاً معلوم است که در قوانین جدید غربی هم هست و آن این است که اگر یک عقدی را انجام داد لکن آن خصوصیتی که در عقد هست قابل انطباق نیست آن وقت این به یک عقد دیگری تغییر پیدا می کند که قابل انطباق است. این را خواندیم نظریه تحول إلى عقد جدید، پس این تخصیص نیست، به شما عرض کردم.

حالا آیا مراد اهل بیت هم همین است، تحول است؟ الان من نمی توانم نسبت بدهم، فقهای ما این را عاریه گرفتند لکن تخصیص قائلند، در فقه این که از اهل سنت است می گوید این که اصلاً عاریه نیست که شما تخصیص قائل بشوید، عاریه معنایش این است که یک چیزی را می دهد و این را از شما می خواهم شما حق انتفاع هم دارید. خب اگر بخواهید پول را بفروشید و با آن کتاب بخرید دیگه آن نیست پس اگر گفت تو باید بدهی یعنی بدل این پول را بدهی، بدل این پول می شود قرض چون قرض معنایش همین است. قرض عبارت از تملیکی است که عینش را دیگه بر نمی گرداند، بدلش را می دهد. تملیک مال است، در قرض مال را به او تملیک می کند او در مال تصرف می کند بعد از مدتی بدل آن را یا مثل یا قیمتش را می دهد، این اصطلاحاً قرض است.

پس در حقیقت آن چیزی را که ما الان این جا داریم در حقیقت عاریه نیست، این اصلاً قرض است. اگر این بشقاب پلو را گفت من به تو عاریه دادم یعنی به تو قرض دادم چون به او نبخشیده، هبه که نیست، بدلش را می خواهد، بدلش را که خواست و از آن ور هم بهش

گفته بخور، خوردن هم بدون ملک نمی شود پس اگر این خواست بخورد ملکش می شود و باید بدلش را هم بدهد، این می شود قرض،

کانما یک بشقاب پلو به ایشان قرض داده. بعد از مدتی هم یا مثلش را یا قیمتش را به این آقا برگرداند.

من عرض کردم این روایت تعبیرش تعبیر تخصیص نیست، یک نکته دیگری دارد. آیا مراد این روایت همین تحول است که تصریح

آمده؟ احتمال دارد اما عرض کردم روی مبانی ای که ما الان داریم تحول را قبول نکردیم، مشکل کار این شد.

و بعد عرض کنم خدمتان که چه در فقه جدید اینهایی که قبول کردند و چه در فقه قدیم نکته فنی ترش را باز عرض کردیم، ببینید یک

مطالبی هست در این مسئله ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده یک مجموعه ضوابط عمومی است، یک نکات خصوصی در مسئله هست،

خوب دقت بکنید یعنی منشا اختلاف بین فقها این است.

آن چیزهایی که به طور عمومی است در همین مثال عاریه، آن نکته اش این است، این را بحث کردیم و مفصل هم گفتیم، عبارت مجله

که مال علمای احناف بوده در عثمانی بوده آن را هم خواندیم، آنها تعبیرشان این است که العبرة فی العقود بالمعانی لا بالالفاظ، این حرف

هم مال همین جدیدی هایی است که سنهوری از ایشان نقل می کند که العبرة فی العقود بالمعانی، این یک بحث کبروی است. یعنی چه؟

یعنی مثلاً اگر گفت بعُتک بلا ثمن، ببینید، در بعُتک چه چیزی خوابیده؟ تملیک، بعث یعنی تملیک، تا گفت بعُتک یعنی ملکُتک یعنی

این ملک تو می شود، از آن طرف آمد گفت بلا ثمن، خب بیع ثمن می خواهد، بدون ثمن که نمی شود. اگر گرفتیم العبرة بالالفاظ می

گوییم این باطل است، این غلط است. چون بعُتک بلا ثمن که نمی شود، العبرة بالالفاظ، اگر گرفتیم العبرة بالمعانی، اشکال ندارد، معنا

چیست؟ تملیک کردم پول نمی خواهم، می شود هبه، تملیک کردم این نظریه تحول است. تملیک کردم پول نمی خواهم یعنی هبه.

و انصافاً هم توضیح دادیم مرحوم نائینی خیلی قشنگ این مطلب را شرح داد یعنی احتمالاتی را هم متعرض شد و لذا یک احتمال این

بود که اگر گفت بعُتک بلا ثمن این اصلاً هبه صحیحه باشد یا هبه فاسده باشد یا بیع فاسد باشد یا اصلاً عقد نباشد، این تقدم الکلام فیه

که تحلیلات خوبی را مرحوم نائینی در این جا فرمودند که ما توضیح دادیم.

در عبارات عده ای از اهل سنت لذا عده ای از اهل سنت می گویند اگر گفت بعثک بلا ثمن اجاره، هبه صحیح است و آن وقت اگر هبه صحیح شد نتیجه اش این می شود این ملک او می شود و دیگر ضمان هم توش ندارد چون در هبه صحیح که ضمان نیست. بله اگر هبه فاسده بود در هبه فاسده عده ایشان ضمان فائند که حالا می گویم در مفردات بحث وارد نمی شویم.

پس نکته را خوب دقت بکنید، این که می گوید عاریه نیست و قرض است، این یعنی چه؟ عاریه نیست، این همان نکته ای است که العبره بالمعانی لا بالالفاظ، می گوید آن معنا را باید نگاه بکنید، معنایش این است که این را در اختیار ایشان قرار داده گفته می توانی انتفاع ببری، می توانی مصرف بکنی لکن باید بدلش را بدهی، این عاریه است، تملیک نیست، هبه هم نیست، این عاریه است، این همچنین تعبیری مناسب با قرض است. آن وقت امام فرمود مگر شرط بکند عدم ضمان را یعنی مگر شرط بکند مثلا بگوید من این درهم را پیش تو عاریه گذاشتم و ضامن نیستی، به شرطی که ضامن هم نباشی. در این جا کانما امام، اگر این تحول درست باشد، کانما می خواهد بگوید اگر شرط ضمان کرد این اصلا در حقیقت ودیعه است، عاریه نیست. پس طبق قاعده اگر عاریه داد عاریه نیست، قرض است. اگر شرط کرد که ضامن نباشد می شود ودیعه چون در ودیعه هم ضامن نیست. اگر ودیعه شد دیگر حق تصرف ندارد، نکته اش این است، یعنی عقدش ولو به صیغه عاریه است لکن یک دفعه مرادش قرض است و یک دفعه مرادش ودیعه است. اگر قرض بود نه این که فقط حق انتفاع دارد، ملکش هم می شود، اگر قرض بود ملکش می شود، باید بدلش را در وقت معین برگرداند. اگر ودیعه بود دیگر حق انتفاع ندارد، آن درهم و دینار را باید نگه بدارد تا بیاید بهش برگرداند. آیا مراد روایت این است؟ اگر مراد روایت این باشد که این دو تا عوض می شوند، این عاریه عوض می شود، این دیگر تخصیص نیست. آیا مراد روایت این است؟ چون در این تصریح در کلمات عامه آمده؟ مخصوصا این مطلب را من در فقه حنفی دیدم. من همیشه عرض کردم دو تا فقه در فقه ما موثر است:

یکی فقه حنفی به خاطر این که اصحاب ما کوفی بودند و یکی هم فقه مدنی به خاطر این که خود امام در مدینه بودند. این دو تا فقه خیلی موثر در ما هستند، یکی فقه حنفی و یکی فقه مالکی، این دو تا تاثیر عجیبی دارند، آن وقت در فقه حنفی این به عنوان تحول آمده.

پس بنابراین دقت بکنید: نکته فنی در این جا در حقیقت این است که اگر ما این مطلب را قبول کردیم، البته اصحاب ما قبول کردند که در درهم و دینار یا مطلق ذهب و فضه ضمان هست مطلقا ضمان هست لکن این را تخصیص گرفتند، یعنی اصحاب ما فهمیدند عاریه است مثلا دینار را واقعا عاریه به آن داده، می رود بازار خرید و فروش می کند و بعد هم ضامن است، باید به او برگرداند. ضامن یعنی اگر عین دینار بهش برگشت همان دینار را بدهد، برگشت باید بدش را بدهد و هکذا اگر ذهب و فضه باشد لکن روی آن مبنا اصلا عاریه نیست، نه این که تخصیص است.

فقهای ما آنچه که در لفظ روایت است را تخصیص فهمیدند لکن با این توضیحاتی که من دادم ممکن است بگوییم ائمه علیهم السلام در این مورد. البته تصریح هم نشده که قرض است که آثار قرض بر آن بار بشود و در شرط ضمان و در شرط عدم ضمان تصریح نشده که ودیعه است که آثار ودیعه بر آن بار شده است. خب طبیعتا چون فقهای ما طبیعتا طبیعتش این طوری بوده که از متن روایت تعدی نمی کردند. این معنایش توجیه روایت بوده، این کار را انجام نمی دادند.

علی ای حال این چون نکته را من در اصول عرض کردم ممکن است اصلا کسی با این تقریباتی که من عرض کردم بگوید اصلا این تخصیص نیست، شما اصلا چرا این جا گفتید یک کلی آمده و دو تا تخصیص خورده و سه تا تخصیص، این ها اصلا تخصیص نیست. این در این موارد تخصیص نیست.

نکته این مطلب هم همین است که آیا در باب عقود اعتبار به معانی است؟ یک

اعتبار به الفاظ است؟ دو

اعتبار به هر دو است و هو الصحيح یعنی باید اول معنا کاملا روشن بشود، قصد بیع کرده، بیع نقل عین است، قصد اجاره کرده، اگر گفت بعثک منفعة الدار، نمی شود، قصد اجاره کرده باید بگوید آجرتک الدار، بعثک منفعة الدار، بعثک سکنی الدار نمی شود، باید بگوید آجرتک الدار.

ببینید پس بنابراین باید قصدش معین باشد که چه چیزی می خواهد، دوم باید لفظ بیاورد. سه: لفظ دقیقاً با آن قصد بخورد. اگر قصدش منافع است لفظ بیع را نیاورد، لفظ آجرتک را بیاورد. اگر قصدش ودیعه است اعرتک را نگوید، اگر قصدش قرض است اعرتک نگوید، باید اقرضتک بگوید. این روی مبنائی که ما عرض کردیم و لذا روی این مبنائی که ما داریم گفتیم تحول هم قبول نکردیم. به نظر ما صحیح در باب معاملات این است و نکات فنی هم، استظهاراتش هم عرض کردیم.

پس یک باید معانی کاملاً روشن باشد، دو: لفظ باید کاملاً واضح باشد، بعد لفظ هم دقیقاً همان معنا را انطباق بر آن معنا پیدا بکند. بخواهیم از آن معنا به معنای دیگری خارج بشویم نمی شود انجام داد.

پس نکته روشن شد، یک مقداری روی این مسئله که کار شده یعنی اگر فرض کنید گفت این عاریه فاسد است مثلاً بعُتک بلا ثمن، این بعُتک بلا ثمن آمد گفت این بیع فاسد نیست، این اصلاً هبه است. این روی چه جهتی است؟ روی جهت این که لفظ بعُتک را بکار برده مراد ملکُتک، ملکُتک بلا ثمن یعنی مجانی، مجانی یعنی هبه، إنما الکلام هبةً صحيحةً پس ضمان نیست، هبه فاسده، چرا هبه فاسده؟ چون هبه هم باید لفظ هبه باشد، لفظ هبه را بکار نبرده پس هبةً فاسده، این جا هم ضمان نیست. یا بیع، بیع فاسد، بیع فاسد اگر باشد بیع صحیح ضمان دارد پس این ضمان دارد، اگر گفت بعُتک بلا ثمن و به او داد، کتاب را به او داد کتاب پیشش تلف شد باید بدلتش را بدهد. این سه تا رای شد.

رای چهارم: این شد که در همین عبارت اهل سنت خواندیم، به نظرم شاید ابوالمعالی بود، یادم رفته باید نگاه بکنم. آن آمد یک نکته فنی دیگری گفت، گفت درست است که گفته بعُتک لکن تعهد توش نیامد، گفت بعُتک بلا ثمن، بیعی که در آن ضمان است آن جایی است که اقدام بایع بر اساس تعهد باشد، اقدام بایع بر اساس تعهد نبود لذا این بیع فاسدی است که ضمان ندارد ولو بیع صحیح ضمان دارد ولی این بیع فاسد ضمان ندارد. نکته روشن شد؟ چرا؟ چون تعهد توش نیست، اقدام کرد گفت این ملک تو، بعُتک، دیگه نگفت بعُتک در این که تو متعهد بشوی به این که به من بدهی، نگفت که متعهد بشوی و به من بدهی فلذا این بیع فاسد است و ضمان ندارد، این شد چهار تا احتمال.

احتمال پنجم هم که بنده سراپا تقصیر عرض کردم و آن این که اصلا این عقد نیست، از موضوع این بحث خارج است. این اصلا کلا عقد نیست، بعُتْک بلا ثمن عقد نیست، این لقلقه لسان است، هیچ تاثیری ندارد، نه هبه صحیحه است، نه هبه فاسده است، نه بیع فاسد است. نه بیع فاسدی است که تعهد ندارد إلی آخره. هیچ کدام از اینها نیست، اصولا عقد نیست و از موضوع این بحث کلا خارج است. حالا این مطلب را من به چه مناسبت عرض کردم؟ چون تصادفا عبارتی را که این جا برای من از علامه آوردند إذا استعار الدراهم و الدنانیر کانت مضمونة علیه، این عبارت علامه است.

سواء شرط المالك ضمانها عليه أو لا و إن كانت العارية في غيرها غير مضمونة على ما سيأتي و العامة اوجبوا الضمان في جميع العواري و للشافعية وجه في أن عارية الدراهم و الدنانير خاصة غير مضمونة و إن قالوا بالضمان في البواقي. این سه تا رای در مسئله.

من فکر می کنم اینی که آمدند گفتند غیر مضمونه این را برگردانند به باب ودیعه مثلا، عوضش کردند.

بعد علامه رحمه الله دلیلش را ذکر می کند که چرا مضمون نیست، بعد ایشان علامه این طور می گوید:

و لأن المنفعة فيهما، منفعت در باب درهم و دنانیر ضعیفه، لا يعتد بها، مثلا برای زیبایی نگه دارد، در طاقچه، چون تا بخواید با آن خرید و فروش بکند از عاریه خارج می شود.

لا يعتد بها في نظر الشرع و النفع المقصود بالذات فيهما الاتفاق فكانت مضمونة عملا بالغاية الذاتية، تعبیر علامه این است. عملا بالغاية الذاتية. حالا اگر به جای این تعبیر عملا بالغاية الذاتية، حالا نمی دانم مراد ایشان از غایت ذاتیه چیست، همان که العقود تابعه، العبرة في العقود بالمعاني، اگر العبرة في العقود را بالمعاني گرفتیم در این جا آن معنای عاریه از درهم و دینار نمی شود.

احتجت قائل بعدم ضمانها بأن العارية سواء صحت أو فسدت تعتمد منفعة المعتبرة فإذا لم توجد فما جرى بينهما ليس بعارية، اصلا دیگه عاریه نیست، لأنه عارية فاسدة و من قبض مال الغير بأذنه لا لمنفعة كان امانة و اگر امانت بود دیگه قاعده علی الید جاری نمی شود.

.....
حالا یا از این راه یا قاعده اصالة البرائة، احتج الآخرون بأن العارية الصحيحة مضمونة فكذا الفاسدة، لأن كل عقد يضمن صحيحه يضمن فاسده و عارية الدراهم و الدنانير فاسدة لكن علامه رحمه الله به نظر من، من فكر می کنم آن راهی را که ما توضیح دادیم فکر می کنم عبارت روشن تر شد.

علی ای حال این هم راجع به این عبارتی که ما امروز، این مجموعه عباراتی بود که این جا آمد. فردا ان شا الله تعالی، در کتاب ایضاح الفوائد هم ما یضمن بصحیحه دارد، آن یُضمّن در کتاب تذکره این یُضمّن بصحیحه دارد، این مجموعه عباراتی را که اصحاب دادند و اهل سنت دادند و اجمالا قبول و معلوم شد اگر مواردی خارج شده معلوم نیست تخصیص باشد، این اجمالا روشن شد، من الان می خواستم اجمالا بگویم، نمی خواستم الان بگویم مبنا بر این هست یا نه یعنی ما همیشه یک نکته ای را عرض کردیم، عده ای از موارد الان در عبارات ما به عنوان تخصیص مطرح است و اصولا تخصیص نیست، اصلا نکته فنیست این است که تخصیص نیست. مثل همین که فرض کنید نسبت بین اصول را، گفتند مثلا قاعده استصحاب جاری می شود و تخصیص می خورد به جایی که قاعده سوق مسلم باشد، دیگه قاعده استصحاب جاری نمی شود، اصلا عرض کردیم آن جا تخصیص نیست، جای تخصیص نیست و الی آخره موارد زیاد چون این مسئله تخصیص یک مقدار زیادی خلاف قاعده است این تخصیص نیست، نه این که این دراهمی و دنانیر یا ذهب و فضه این تخصیص خورده باشد، این طور نیست، تخصیص نخورده و بلکه نکته یا علامه گفت منفعت غیر ذاتیه مثلا، منفعت ذاتیه در نظر گرفته است، نکته دیگری است که در مقام هست، حالا آیا این نکته ثابت است یا نه یا این نکته را در خصوص این جا قبول بکنیم آن بحث دیگری است.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين