

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 مرحوم شیخ جمله آثاری که برای عقد فاسد قرار دادند در مقبوض به عقد فاسد، اصل اولیش یضمن بصحیحه یضمن بفاسده بود، بحث دومش فوریت رد و وجوب ردّ فوراً بود. هم رد وجوب دارد و هم فوری است، این مقبوض به عقد فاسد را به مالکش رد بکند، بعد ایشان از مرحوم شیخ طوسی آخر بحثش نقل می کند که ظاهرش این است که اشکال حرام نیست، و کلامش ناقص است چون ایشان فرمودند مراجعه کردم، البته عبارت شیخ در خصوص عبد است، نفهمیدم، هر چه فکر کردم سر در نیاوردم، لو باع عبدا، چرا مثال عبد زده را نفهمیدم چون مقبوض به عقد فاسد خصوص خصوص عبد نیست، نفهمیدم چرا این مثال را زده، علی ای حال در صفحه ۱۴۹ جلد ۲ مبسوط متعرض این بحث شدند و ایشان دارد که گناه نکرده است اما حالا عبارتش را بخوانید، ۱۴۹، عدم الاثم دارد، حالا نمی دانم در رد است، خیلی هم نگاه کردم قبلش و بعدش را، چون یک چیزهای دیگه هم داشت، نکات دیگری هم داشت که مراجعه کردم. انصافاً خب کتاب پر محتوایی است. عرض کردم انصافاً اهل سنت از همان قرن دوم کتاب های زیادی دارند چون در قرن اول یکیش کتابت حدیث بود که آن دومی مخالفت بود، کتابت نه، با کتابت هم نسبتاً مخالف بود. عرض کردم کتابت حدیث را اهل سنت خیلی به دومی نسبت نمی دهند. به ابو سعید خدری نسبت می دهند، آقایان ما اشتباه کردند. حدیث در بخاری هم هست و آن را می گویند خود پیغمبر فرموده. این بحث دومی نیست. می گویند پیغمبر فرمود من کتب عنی غیر القرآن شیئاً فلمیحوا، پاکش بکند، هر چه غیر از قرآن نوشته پاکش بکند. این حدیث در بخاری هم هست، حدیث ابو سعید خدری در بخاری هم هست، آن هایی که می گفتند کتابت نشود نظرشان به این بود و چیزهای دیگری که گفته شده و نمی خواهم وارد بشوم، اساساً آن چه که دومی با آن مخالف بود تدوین سنن بود، این بحث مطرح شد که سنن رسول الله مصدر دوم تشریع در اسلام است، بیاییم سنن را مدون بکنیم، دومی با تدوین سنن مخالف بود. حالا چه زمینه هایی بود، چند جور هم از او نقل شده، نه یک جور، مثلاً من جمله از او نقل شده که ادیان سابق و

انبیای سابق سنن را نوشتند، با کلام الله شان و با کتاب اصلی مخلوط شد و عرض کردیم یکیش هم که عملاً در مدینه وجود داشت کتابی به نام مشنا بود یا میشنا، ما به فارسی می گوئیم، این به عنوان سنن شفاهی حضرت موسی است. مثلاً هم همان است، گاهی به آن مشنا گفتند، گاهی مشنا گفتند، گاهی مثلاً گفتند، مثلاً از تنبیه، در حقیقت این مشنا لفظ عربی و عبری خیلی به هم نزدیکند. مشنا عبری است، مشنا تعریبش است یعنی به عربی کردند، مثلاً ترجمه اش به عربی است. این به عنوان المثنای تورات بود، این را احبار و ربیون یهود نوشته بودند به عنوان سنن شفاهی حضرت موسی سلام الله علیه و به عنوان مکمل و مثنای تورات، تورات به عنوان وحی الهی بود، این را علما از سنن حضرت موسی جمع کردند. عرض کردم چاپ شده و بیشترین شهرت در بین یهود هنوز هم که هنوز است شرحش است، تلمود، تلمود شرح همین کتاب است، تلمود هم لفظ عبری است و این لفظ هم به عربی آمد شد تلمیذ، یعنی شاگرد. خود تلمود یعنی تعلیم، متعلم شد تلمیذ، این تلمیذ عربی هم از همان است. المثنای عربی هم از همان میشنا است که بعد مشنا شد و بعد میشنا شد، این میشنا بین یهود کاملاً معتبر است، فقط یک طائفه ای از یهود هستند که شبیه معتزله ما هستند، چطور خبر واحد را حجت نمی دانند آنها هم میشنا را حجت نمی دانند. آن سنن شفاهی را غرض در یهود هم در سر کتاب مشنا اختلاف هست.

و عمر با این کتاب آشنا بود، من اول خیال می کردم یهود مدینه به این کتاب اعتقاد ندارد چون عمر با یهود مدینه رفیق بود، این مسلم است و من خیال می کردم عمر از یهود مدینه. بعد یک متنی را اخیراً در کتاب محلی ابن حزم دیدم که علمای یهود یک چیزی می گویند عمر می گوید این در تورات نیست، می گویند بله در تورات نیست ولی در میشنا هست، عمر می گوید میشنا چیست؟ می گوید یک کتابی است که علماء و احبار و بزرگان نوشتند، می گویند نه من قبول ندارم، هر چیزی غیر از تورات باشد را قبول ندارم. این را هم اهل سنت دارند و نقل کردند. من از این مطلب فهمیدم که عمر، چون من چند دفعه گفتند که ظاهراً یهود مدینه، از این نصی که آمده معلوم می شود که یهود مدینه میشنا را قبول داشتند، میشنا محل قبولشان بوده چون کرارا و مرارا و تکراراً عرض کردم یهود اصولاً اول که بخت النصر پادشاه آشور اینها را از بیت المقدس یا اورشلیم بیرون کرد، همین کلمه شلیم یعنی سلیم، با عربی یکی است. او هم یعنی زمین یعنی سرزمین سلامت و لکن در عربی بیت المقدس به خانه قداست، آن شهر سلامت و این خانه قداست است. اینها را که

بیرون کرد اینها به بابل آمدند که همین اطراف حله فعلی در عراق است، بعد هم برگشتند، کوروش اینها را برگرداند، از آن زمان تدریجا دو مکتب در عالم یهود پیدا شد، بابلی ها و فلسطینی ها، تلمود هم دو تا تلمود است، تلمود فلسطینی و تلمود بابلی. ظاهرا این دو تا فرهنگ مجموعا در یهود مدینه هم بوده، قرآن هم به این اشاره دارد، در سوره بقره من چند دفعه گفتم، و نبذوا، آیه ۱۰۱ سوره بقره است. نبذوا کتاب الله، این کتاب الله در این جا به معنای تورات است، خدا خبر می دهد که یهود تورات را کنار زدند و اتباعوا ما تتلوا الشیاطین یا اوراد و ادعیه و طلسماتی را نقل می کردند و به جای تورات به این ها مراجعه می کردند، و اتباعوا، این اتباعوا به صیغه ماضی است، نه این که فعل امر باشد. تورات را کنار زدند و اتباعوا ما تتلوا الشیاطین علی ملک السلیمان، این یهود فلسطینی است و ما انزل علی الملکین ببابل، این یهود بابلی است، دو تا یهود مطرح بودند، یک یهود فلسطینی و یکی هم یهود بابلی، خیلی عجیب است که قرآن دقیقا اوصاف یهود اهل مدینه را می دهد، معلوم می شود هر دو فرهنگ یهود، هر دو تلمود یهودی در میان علمای یهود مدینه بود. من چون همیشه خیال می کردم یهود مدینه مثل قرائیم به میشنا بدبین هستند. بعد این عبارت ابن حزم را اخیرا دیدم، یکی دو ماه پیش دیدم، معلوم شد که اشکال سر علمای یهود نبوده، خود عمر بدبین بوده. جای دیگر هم دارد که عمر گفت ما این را قبول نمی کنیم. در کتب انبیای سابقین افرادی چیزهایی نوشتند که با کلام انبیاء مخلوط شد، ما نمی خواهیم چیزی بنویسیم که با قرآن مخلوط بشود.

علی ای حال تعبیر مختلفی از ایشان هست، از آن ور هم می دانید از ایشان نقل شده، متعتان کانتا علی عهد رسول الله. معلوم می شود که یک حالت دیگه هم داشته که اگر سنن مدون بشود شاید نتواند مخالفت بکند، می خواسته دستش باز باشد. البته این حدیث متعتان را هم باز دقت بکنید، ممکن است سنی های متعصبی پیدا بشوند این در بخاری نیامده است، حدیث کاملا صحیح است اما در بخاری نیست، در مسلم هست، سندش هم صحیح است لکن در مسلم است، بخاری از علی امیرالمومنین نقل می کند که پیغمبر حرم المتعه در سال عام خیبر، بخاری آن حدیث را نقل می کند که إن رسول الله حرم المتعه و بالحرر الاهلیه عام خیبر اما متعتان کانتا علی عهد رسول الله را مسلم در صحیحش از عمران ابن حسین نقل می کند، سندش صحیح است لکن مثل بخاری نیست، بخاری این را نیاورده است.

به هر حال به نظر من بحث سنن یک بحث پیچیده ای است و این بحث سنن یک پیچیدگی خیلی سنگینی دارد که باید روی آن کار جداگانه بشود لکن شاید مثلا یک خطی بود که فکر می کرد که سنن را جزء مصادر تشریع قرار ندهد. این خیلی مهم است، مهم این نیست که تدوین حدیث را منع بکنند، اگر این باشد خب خطی است. به هر حال آن کاری را که عمر انجام داد قطعا بعد از چهل پنجاه سال از بین رفت یعنی قطعا تابعین و فقها، شاید مثلا یکی دو تا از تابعین داریم که گفتند حدیث را ننویسیم، دیگه نداریم. اسمی که در تاریخ نوشتند، از اهل سنت طبعاً. به عکس مخصوصاً امیرالمومنین، اصلاً امیرالمومنین کتابی که به ایشان بعد از، ایشان ۳۷ تا ۴۰ در کوفه بودند، در این مدت حالا دقیقاً کتاب در زمان ایشان نشر پیدا کرد یا بعد از ایشان، اصلاً اسم کتاب السنن و الاحکام بود، اصلاً اسم کتاب سنن است، اسم کتاب این است یعنی دقیقاً این خط آمد، این که الان بین ما مشهور هم شده که سنت مصدر دوم تشریع است، کتاب مصدر اول و سنت مصدر دوم است، دقت فرمودید؟ این راهی بوده که اهل بیت خیلی روی آن تاکید داشتند و اصرار داشتند که این کار انجام بگیرد.

علی ای حال یک مقداری از بحث خارج شدیم، بحث سر این قسمت بود یعنی بحث سر سنن و تدوین سنن بود، خب قطعا بعدها قرن فقها پیدا شد، فقها نوشتند و عده ای از مسائل یعنی انصافاً تفریعات خیلی زیاد شد و عرض کردم تا آن سال ۴۱ هجری که امام حسن مجتبی است تقریباً خیلی تفریعات نبود چون در این تاریخ آن که خلیفه بود حکم هم از او می گرفتند، یا به عنوان فقیه و یا به عنوان این که صاحب رسول الله یا نوه رسول الله یا پسر عمو بود می گرفتند. بعد که از زمان آن خبیث معاویه قضایا جدا شد بخش فقهی و بخش علمی به دست فقها افتادس، دیگه خلیفه جزء خلفای راشد نبود بلکه تعبیرشان پادشاهی بود. و از آن زمان هم که فتوحات بود اسلام توسعه پیدا کرد لذا هر چه مسئله جدید بود به حوزه های علمی مثلاً مدینه یا کوفه می آمد، این فقهای سبعة که در مدینه بودند اینها تمام کار اساسی این بود لذا فقه هی تفریع پیدا کرد، مثلاً یکی از کارهایی که عمر انجام داد، غیر از آن سنن که صحبت می کردند. تفریعی را هم قبول نمی کرد، آقای امینی در جلد ۶ دارد که مثلاً یک کسی رفت سوال کرد، گفت اگر فلان چیز این طور باشد، گفت این واقع شده؟ گفت نه، تازیانه اش را بالا برد و گفت چیزی که واقع نشده سوال نکنید. خب اگر چیزی واقع نشده سوال نکنید فقه

محدود می شود، این مطلب را دقت بکنید، در قرن دوم ابوحنیفه فقه فرضی، آنها خودشان فقه فرضی و فقه تقدیری، فقه تخمینی می گویند. قرن اول این طور.

قرن دوم می گفت پیش ابوحنیفه نشسته بودم، کتاب پیشش بود به مقداری که پشت کتاب دیده نمی شد، گفت تمام این ها در فروع طلاق است، این مقدار هجمه از کتاب این در حقیقت بر اثر فقه تفریعی بود. آن وقت مخصوصا اهل سنت چون طلاق سه طلاقه را، مثلا اگر گفت أنت طالق عشرة إلا ثمانية، أنت طالق عشرة بحالات رفع و ضم، أنت طالق بعدد نجوم سماء، یک فرض های عجیب و غریب که آدم اصلا، نه آن طور شدت که اگر کسی از فقه فرضی سوال کرد با تازیانه برخورد بشود و نه این طور حرف های عجیب و غریب. اصلا این بحث طلاق را نگاه بکنید واقعا یک فروض عجیب و غریب است و یک تخیلاتی است. بعضی هایش شاید به قول امروزی ما به جوک است، گفت مردی وارد شد مثلا دید خانمش در پلکان سوم است، گفت اگر بالا بروی طالق و اگر پایین بیایی طالق هستی، هر دو جورش را گفت طالق، زن خودش را از بالا به پایین پرت کرد، گفت الحمدلله معلوم شد که این زن ملا بوده، چون بالا می رفت طالق، به جوک شبیه است. حالا این همه کتاب نوشته ولی پیش ما همه اش باطل است، احتیاج به بحث ندارد. پیش ما همه این فروض باطل است، بروی بالا طالق، بیایی بالا طالق. آن طلاق احتیاج به کذا نباشد و شاهدین می خواهد و حساب کتاب دارد و ... این حرف ها تعلیق بر نمی دارد یعنی یک جهت بطلان ندارد، جهات متعدد از بطلان دارد، حالا این بیچاره مجبور شد خودش را از پله چهارم به پایین بیندازد که به هر حال مطلقه نشود!

علی ای حال این را خوب دقت بکنید، انصافا بعدها اهل سنت در تفریع خیلی جلو رفتند و طبعا ریشه های این تفریع را، حالا خودشان هم نمی خواهند بگویند، ریشه هایش به خود اهل بیت بر می گردد. اصلا اسم امام باقر، باقر است دیگه یعنی بقر العلم، این بقر العلم یعنی تفریعات، تفریعات علم غیر از آن هاییک ه ماثور است توسط حضرت سلام الله علیه اولین بار است، اهل سنت تصریح دارند که اول من فتح با فقه تقدیر یا فرضی ابوحنیفه است، ابوحنیفه در وقت رحلت امام باقر ۲۴ ساله بوده، قطعا شأنی نداشت، ابوحنیفه متولد ۸۰ است و ۸۳ هم گفته شده و امام باقر متوفای ۱۱۴ است و متولدا ۵۷ هستند، اصلا قابل قیاس نیستند، من که اسم می برم به خاطر تاریخ است.

غرض این است که خوب دقت بکنید این فقه خیلی اثر گذاشت، آن وقت در میان شیعه مخصوصا در خط قم چون فقه تفریعی باز یک مقداری محل کلام بود و شبهه بود شیخ طوسی رحمه الله فقه تفریعی را باز کرد و انصافا عرض کردم کتاب مبسوط خیلی فروع دارد، متأسفانه خوب چاپ نشده و من هم هنوز کتاب اصلی را پیدا نکردم، اگر آن کتاب اصلی پیدا بشود ممکن است غلط های عبارت هم روشن بشود، تصحیفی، تحریفی در متن عبارت باشد این را می شود پیدا کرد، هنوز پیدا نکردم آن کتاب اصلی که ایشان نوشته است. آن وقت این به این معنا نیست که شیخ تقلید شافعی کرده باشد. مثلا در همین عبارت ایشان می گوید، مثلا ببینید إذا باع، من خیلی فکر کردم، چرا ایشان عبد را مثال زده؟ نفهمیدم چه نکته ای در سر عبد دارد، إذا باع، حالا عبد باشد و چه غیر عبد، فعلا که نفهمیدم. احتمالا همان کتاب اصلی را باید پیدا کرد تا ببینیم آن نکته ای بوده، پس قبلش یا بعدش نکته ای بوده؟ خوب دقت بکنید باید روی کلمه به کلمه این متون فقهی حساب بکنیم، این که می گویم إذا باع عبد نکته ای دارد، إذا باع شیئا.

یکی از حضار: إذا باع عبدا بیعا فاسدا و أقبضه لم يملك بالقبض و لم ينفذ عتقه و لا شيء من تصرفه من البيع و الهبة و الوقف و غیر ذلک

آیت الله مددی: یعنی ایشان می خواهد بگوید چون بیع فاسد است مقبوض به بیع فاسد تصرفات، چه تصرفات نقلی و چه تصرفات فعلی درست و صحیح نیست، این تصرفات درست نیست. فقط می ماند تصرف خودش، تصرفات ناقل درست نیست.

یکی از حضار: و يجب عليه رده و رد ما كان من نمائه المنفصل منه لأن ملك الأول لم يزل عنه

آیت الله مددی: این از زال یزول است، ما زال یزال هم داریم، آن لم یزل مال یزال است. علی ای حال لم یزل عنه، ملک اولش از بین نرفته، مراد از ملک اول ملک دافع که بایع باشد.

یکی از حضار: فالتصرف فيه لا يصح و يلزمه رده علی البائع لأنه ملكه

آیت الله مددی: و التصرف فيه لا يصح، ببینید تصرفات ناقل درست نیست، درست نیست این حکم وضعی است، بعد می گوید و يجب

ردّه علی البائع، بعدش؟

یکی از حضار: و لا إثم عليه لأنه قبضه بإذن مالک

آیت الله مددی: این حرام نیست اما تصرفات نمی تواند، تصرفاتش هم نافذ نیست. بین حکم وضعی و حکم تکلیفی فرق گذاشته است. به لحاظ وضعی نمی تواند بفروشد، نمی تواند کاری بکند اما نگه داشتنش هم حرام نیست. لأنه قبضه باذنه، اثر این قبض که خود مالک با بیع فاسد به او داده حرمت تصرف را برداشت، تصرف شخصی اما حرمت بطلان نقل و انتقال جای خودش است. روشن شد؟ اگر فروخت و اگر هبه کرد و کاری کرد درست نیست، آن تصرفات درست نیست اما خودش اگر نگاه داشت حرام نیست.

یکی از حضار: در متن این نبود که فروشنده باید بردارد ببرد؟

آیت الله مددی: نه ندارد، یجب ردّه.

یکی از حضار: علی البائع نبود؟

آیت الله مددی: نه، رد از طرف مشتری.

یکی از حضار: یجب ردّه علی البائع

آیت الله مددی: نه، یجب ردّه، ظاهراً علی البائع مراد این است که به او برگرداند. حالا آن بحث دیگه که آن احتمال دارد، این هم یک بحث دیگری است، چون این بحثی است که چون می خواهیم محاضرات مرحوم استاد را بخوانیم این معنایش این است که احتمال دارد مراد ردّش بر بائع واجب باشد.

یکی از حضار: اگر این باشد دیگه نگهداری من هم جرم نیست، آن نیامده ببرد.

آیت الله مددی: خب می گوید جرم نیست لذا می گوید جرم نیست، گناه هم نیست.

یکی از حضار: اذن هم نمی خواهد

آیت الله مددی: نه دیگه ایشان می گوید اذن داده، همین که ایشان قبضه را داده اذن است.

ببینید این دقت بکنید ما مرادمان از این که مرحوم شیخ طوسی حسب القاعده، مثلاً در این جا ممکن است این فتوای یک فقیه شافعی هم بوده اما این مطلب قاعده ای است، ربطی به فقه ندارد، ربطی به مذهب ندارد، این می خواهد بگوید همین که اقبضه، اقبضه به او داد، خود مالک و بایع به او داد، همین اقباض کافی است، این اذن کافی است. دقت بکنید! این اقباض اذن هست، اثر این اذن حرمت را بر می دارد، آثار وضعی را درست نمی کند.

یکی از حضار: یعنی عدوانی نیست

آیت الله مددی: عدوانی نیست، اما به معنای این که به مشتری منتقل بشود هم نیست. دقت کردید چی می خواهم بگویم.

حالا مرحوم شیخ طوسی این مطلب را دارد، حالا بعضی ها خیال می کنند که شیخ طوسی تقلید شافعی را کرد، ممکن است یک فقیه شافعی هم گفته باشد لکن شیخ این را حسب القاعده گفته، به اصطلاح امروزی توارد خاطرن می گویند، این که هر دو به یک نتیجه برسند این معنایش این نیست که از آن تقلید بکند، خب دلیلش هم این است که مرحوم سید یزدی هم همین حرف را بعینه می زند. اصلاً مرحوم سید یزدی عبارت شیخ را هم نقل نمی کند و از طرف دیگر هم قطعاً مرحوم سید یزدی متأثر به آرای اهل سنت نیست، یعنی هیچ احتمالش نیست که متأثر به آرای اهل سنت باشد. ایشان هم همین را می گوید، می گوید اذن داده پس تصرفش و نگاه داشتنش حرام نیست، اذن داده است. فقط ایشان گفته این اذن تأثیرش در رفع حرمت نیست اما احکام وضعی درست نمی شود، مرحوم سید یزدی می گوید این کاری که کرده اذن هست اما تملیک نیست، این دو تا را فرق بگذارید. اذن معنایش این نیست که همیشه تملیک بیاورد. من به عنوان مالک اجازه دادم که شما در مالم تصرف بکنید، معنایش این نیست که ملک شما بشود. ملک شما شدن دست من نیست، شارع باید امضا بکند، چون عقد فاسد است تملیک است، اصلاً سید یزدی حرفش این است، اذن و لا تملیک، درست است که عقد فاسد است، درست است که مقبوض به عقد فاسد است لکن در عقد فاسد مالک بهش داده، تسلیمش کرده و به تعبیر مرحوم شیخ طوسی اقبضه، مالک بهش داده، حالا که بهش داده اذن هست، ببینید مرحوم شیخ طوسی می گوید این اذن حرمت را بر می دارد اما تصرفات را تصحیح نمی کند، حکم وضعی نمی آورد، نمی تواند بفروشد، پیشاش بماند اشکال ندارد، گناه ندارد اما نمی تواند بفروشد، مرحوم سید یزدی

چی می گوید؟ می گوید اذن و لا تملیک، اذن هست، مثل هم اند، فرق نمی کند. دقت کردید؟ هر دو عبارت مثل هم است، آیا می شود گفت مرحوم سید یزدی متأثر به اهل سنت یا شافعی هاست؟ حتی متأثر به شیخ طوسی هم نیست چه برسد به آن ها. و إلا می گفت بله مفاد عبارت شیخ در مبسوط هم همین است که من می خواهم بگویم یعنی دقیقا مطلبی را که در قرن پنجم شیخ طوسی گفته در قرن چهاردهم سید یزدی گفته، لکن دقت کردید که عبارتش با همدیگر فرق کرد.

پس بنابراین این مطلب را خوب دقت بکنید، شیخ طوسی قدس الله نفسه کلام را، فرع را از کلمات اهل سنت گرفته اما نه به این معنا که متأثر در نتیجه باشد، خودش فکر کرده، مثل مرحوم سید یزدی که خودش فکر کرده و به این نتیجه رسیده، چرا؟ چون مسئله روایت نداشته، برگشتند حسب القاعده، این قاعده هم تا حدی عقلایی است دیگه، ایشان می خواهد چون اذن داد ولو این اذن را شارع امضا نکرده است، خوب دقت بکنید! اگر اذن را شارع امضا می کرد می شد تملیک. چون امضا نکرده می شود اذن. مرحوم سید یزدی حرفش این است یعنی اذن یک نکته واقعی را خودش دارد، یک نکته تعبدی دارد، نکته تعبدیش به امضاست، شارع این عقد را امضا نکرده پس تملیک نمی آید، ملک نمی آید، اما از آن طرف عملا بهش اذن داده، خودش دست خودش داده است پس در این جا این اذن تاثیر می کند و حرمت را بر می دارد.

یکی از حضار: این جا حرمت اصلا یعنی چه؟ وقتی ما روایت نداریم جرم انگاری کردن دلیل می خواهد. باید روایت داشته باشیم، یعنی چه حرام است؟

آیت الله مددی: لا یحل مال امری مسلم إلا باذنه

یکی از حضار: آن را روایت داریم، می گوید اگر قاعده ای بگویند باید وضعی بگویند، دلیل نداریم که جرم انگاری بکنیم.

آیت الله مددی: و لذا این لا یحل را مرحوم سید یزدی هم قبول می کند، می گوید این مال تملیک است، مال اذن نیست. بله ما قبول داریم شرعی ملک نمی شود اما بالاخره مالک بهش داده خصوصا ایشان فرض علم دافعه می کند یعنی خود بایع می داند بیع فاسد است.، کتاب را بهش فروخت و می داند بیع فاسد است، بهش داد و کتاب پیش او تلف شد، خب تقدم الکلام که ضامن است و لذا بحث

ما این است که اگر این مطلب را، من نمی خواستم حالا بگویم، یک اشاره می کنم، چون بعد یک توضیح کافی می دهیم که اصلا مرحوم شیخ و بزرگان ما چطور شده حواسشان در این مسئله پرت شده.

ببینید شما در مسئله اول، اول اثر از مقبوض به عقد فاسد این بود، ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، می دانید این عقد فاسد است کتاب را بهش داد، درست؟ بعد کتاب تلف شد، آن وقت آمد گفت این عقد فاسد بود، کتاب من را برگردان، می گوید کتاب پیش من تلف شد، می گوید خب بدلش را بده، ضامن هستی، همین مسئله بعینه آن جا هم گذشت، آقایان توجه نکردند. آنجا هم گفت ایشان به اذن داد، خودش داد، خودش کتاب را بهش داد، پس چرا ضامن باشد؟

پرسش: چون اقدام می کرد،

آیت الله مددی: اقدام کرده، می دانم اقدام بر بیع کرده اما اذنش که تکوینی است یعنی این آقایان و لذا ما در آن مسئله خوب دقت بکنید، عرض کردم اینها واقعا در قرن دوم فرض کنید علمای شافعیه به این بحث رسیدند، خب بحث بسیار زنده ای است و من هم به شواهدش از قوانین معاصر عرض کردم. کتابی را به شخص داد به بیع فاسد، کتاب پیش شخص تلف شد، درست؟ می گوید کتاب تلف شد، می گوید خب باید بدلش را بدهی، در این جا عرض کردم سه تا احتمال به طور طبیعی است، این مباحث را گاهی تکرار می کنیم چون واقعا برای انفتاح ذهن خیلی مهم است:

یک: بگویم آقا ضامن نیست، چون اذن داد، خودش کتاب را داد. غصب که نبوده، خودش کتاب را داد و این اذن لا اقل ضمان را بر می دارد، ضامن نیست.

دو: ضامن هست لکن به همان مقداری که قرارداد بستند که اصطلاحا به آن ثمن می گویند، ثمن اصطلاحا به اصطلاح آن چیزی است که در قرارداد می آید، قیمت آن چیزی است که در بازار است، به اصطلاح نرخ. مثلا کتاب را به ۱۵۰ هزار تومان فروخت ولی قیمتش در بازار ۳۰۰ هزار تومان است یا کتاب را به ۱۵۰ هزار تومان فروخت قیمتش در بازار ۱۰۰ هزار تومان است.

احتمال دوم ضامن باشد به قیمتی که قرار دادی، مثلاً ۱۵۰ هزار تومان، در صورتی که قیمت کتاب در بازار ۱۰۰ هزار تومان است، این احتمال دوم.

خیلی عجیب است، چرا؟ چون می گوید اقدام کردند، درست است که من اذن دادم، لکن اذن دادم در مقابل ۱۵۰ هزار تومان نه در مقابل ۱۰۰ هزار تومان، حالا که تو ضامن هستی ۱۵۰ هزار تومان را به من بده، همانی که من بهت دادم.

رای سوم: ضامن هست به آن قیمت نه به ثمن، اگر قیمتش در بازار صد هزار تومان است ضامن هست به صد هزار تومان.

ببینید سه تا رای در همین مثال است، این در فرع اول بود، این ۱۲۰۰ سال قبل در فقه اسلامی مطرح شده است:

یک: ضامن نباشد، ضامن به مقدار ثمن یا مسمی باشد، ضامن به مقدار قیمت یا بدل حقیقی است، اصطلاحاً اصطلاحی دارند که بدل حقیقی و بدل جعلی، آنی که در قرارداد می آید می شود بدل جعلی و آنی که در بازار هست بدل حقیقی است. اصطلاحاً این طور است. بدل حقیقی و بدل جعلی. آنها آمدند گفتند نه به بدل حقیقی ضامن است.

این بحث اول بود، این اثر اول بود. آن جا هم بعضی ها گفتند، من تعجب می کنم آن جا مرحوم شیخ بحث اذن را به این دقت نگفتند یعنی آقایان به این شدت مطرح نکردند، این بحث آن جا هم می آید، چه فرق می کند؟ این بحث الان در این جا مطرح شده، نه به لحاظ زمان بلکه به لحاظ حکم تکلیفی. مرحوم سید یزدی می گوید به لحاظ حکم تکلیفی نگه داشتنش حرام نیست. از شیخ طوسی هم نقل شده، روشن شد مسئله چیست؟ مسئله سر مقبوض به عقد فاسد است، بحث اول ضمانش است و بحث دوم وجوب الرد فوراً است فی اول ازمناً الامکان.

یکی از حضار: ظاهراً در این دو تا بحث باید بحث را کامل جدا می شد، یکی این که طرفین نمی دانند عقد باطل است، این طرف می گوید اذن ندارد، این را به آن می دهد چون این مال آن است. این جور نیست که من کتاب آقا را بهش می دهم و اذن هم می دهم. مال خودم را می توانم اذن بدهم. معامله که کردم یقین کردیم این ملک آن است، خب بفرمایید ملک تو است، هر جا می خواهی برو، اذنی وجود ندارد، فقط یک معامله است، یک بیع است. یک موقع است که می دانم معامله باطل است، من فروشنده می دانم.

آیت الله مددی: خب حالا ان شا الله بحث ها را که من دنبال می کنم روشن می شود، چون خیلی وقت گذشته و خیلی هم توضیح دادیم و از بحث خارج شدیم.

مرحوم آقای خوئی در این شرحی که در بحث فرمودند مسائل را در چند مورد قرار دادند، جهت اول بحث را این قرار دادند که اصلا حرام است یا نه؟ در تصرف در مقبوض به عقد فاسد، مراد از تصرف در این جا یعنی نگه داریش، ایشان جهت اولی را این قرار دادند: و قد يستدلّ على الجواز بأن التصرف يكون بإذن المالك ضمنا إذا كان عالما بالفساد.

اصولا به طور طبیعی علم و جهل در اعتبارات قانونی تاثیرگذار نیست، مگر در مسائلی مثل برداشتن عقوبت و احکام جزائی، عده ای هستند، من عرض کردم هر حکم باید دارای یک اثری باشد، این آثار به طور طبیعی دو جور است، یک آثاری بر عنوان مخالفت با قانون مترتب می شود، سرکشی در مقابل قانون، طغیان در مقابل قانون، یک آثاری که مترتب بر واقع می شود، این بحث حقوقی را ما همیشه عرض کردیم. آن آثاری که مترتب بر عنوان مخالفت نظام و مخالفت قانون می شود آن در حالات جهل برداشته می شود. در حالات اکراه و جهل و همین حالات شش گانه ای که در حدیث رفع است، اصلا مفاد حدیث رفع این است و لذا مرحوم شیخ هم می گوید که مراد عقوبت است، این عقوبت را بردارید و به جایش بگذارید احکام جزائی ای که مترتب بر عنوان مخالفت قانون می شود. عقوبت مرادش این است، مثلا اگر کسی از چراغ قرمز رد شد از او مثلا دویست هزار تومان می گیرند یا جریمه اش می کنند یا زندانش می کنند یا ممنوع السفر می کنند، همه اینها احکام جزائی است، این احکام جزائی در آن صور ششگانه که در روایت آورده برداشته بشود، خطا، نسیان، اجبار، آقا چرا از چراغ قرمز رد شدی؟ می گوید نگاه بکن ماشین هست، یک نفر پشت سر من اسلحه گرفته بود من را گفت از چراغ قرمز رد بشم، به این کار مکره بودم، مجبورم کرد رد بشوم. این معنایش این است که احکام جزائی که مترتب می شود بر عنوان عصیان و نافرمانی از قانون، این احکام در این حالات برداشته می شود. این که شیخ در رسائل دارد که یراد به نفی العقوبة، مرادش از عقوبت این است، اصطلاحا در آن زمان می گفتند عقوبت، الان می گویند احکام جزائی مترتب بر عنوان مخالفت بر نظام. یک سنخ احکام جزائی به عنوان واقع بار می شود، کاری به مخالفت نظام ندارد. شیشه کسی را شکانید باید بدلتش را بدهید، این ربطی به

مخالفت نظام ندارد. آن احکام با حدیث رفع برداشته نمی شود. شما خواب بودید، بیدار بودید، کاری کردید که شیشه مردم شکست ضامن هستید، آن احکام به اصطلاح خودشان اروش و دیات و ضمانات این ها با حدیث رفع برداشته نمی شود، حدیث رفع آنها را بر نمی دارد. خودش یک ریشه تاریخی هم دارد که الان نمی خواهیم وارد بشوم، ان شا الله در حدیث رفع باز اگر یک مناسبتی آمد آن جا توضیح می دهیم.

چون عده زیادی از اهل سنت مثل بخاری و مسلم حدیث رفع را نیاوردند، این را آشنا بشوید، حدیث رفع آنها سه تاست، اشتباه نشود. خطا و نسیان و اکراه. حدیث رفعشان سه تاست. حدیث رفع شش تایی یا نه تایی مال ماست، مال آنها سه تاست لکن بزرگان شأن و ائمه الشان مثل بخاری و مسلم قبول نکردند، حواستان باشد آنها زیر بار نرفتند تا احمد ابن حنبل اشکال می کند، حالا من نمی خواهم وارد بحثش بشوم.

در ما هم حدیث رفع ثلاثی با سند صحیح در کتاب محاسن برقی آمده که مشکلات دیگری دارد، آن را هم ما نداریم إلا همین کتاب. در کتب موجوده ای که ما الان داریم، یک کتاب دیگر هم هست که خیلی موجود نبوده، مشهور نبوده، نمی خواهم وارد بحثش بشوم، اما حدیث رفع شش تایی در کتاب های مشهور ما آمده، در کافی آمده، در فقیه آمده، در خصال شیخ صدوق آمده، بله مرحوم شیخ طوسی اصلا آن را نقل نکرده، این هم از عجائب است. مرحوم شیخ طوسی حدیث رفع شش تایی را اصلا نقل نکرده، حالا سرش چیست احتیاج به یک شرح داد، دقت می فرمایید؟ پس علم و جهل در آن آثاری که مربوط به مخالفت قانون است تاثیر می کند، احکام تابع علم و جهل نیستند، عالم باشی یا جاهل باشی، ضمان به حال خودش محفوظ است.

بعد آقای خوئی نقل می کنند به این که فی الحاشیه فی الرد علی المصنف إن دعوی کون الاذن بالملکیه غیر حاصل مدفوعه ثم ذکر فیه إن الاذن إنما تكون علی الملکیه الانشائیة، این اذن به خاطر ملکیت انشائی است، یعنی به حسب اعتقاد مالک و بنائه ولو تشریعا، یعنی یک چیزی است که اسم اینها را ایشان گذاشته به حسب بناء، یک امر تکوینی داریم و یک امر تشریعی داریم. اذن به عنوان امر تکوینی حاصل است. اذن به عنوان تشریعی حاصل نیست، اگر به عنوان تشریعی حاصل بود ملکیت باهاش بود.

و هی حاصله لا علی المملکیه الشرعیه،

حالا چون آقای خوئی خیلی مقید نیستند عین عبارت را بیاورند، من دیگه دیدم طول می کشد و إلا عبارت سید را می آوردم. سید می خواهد بگوید اذن داریم و تملیک. آنی که تابع فساد عقد و صحت عقد است تملیک است، دقت می کنید؟ اما با قطع نظر از آن اذن که حاصل است، من خودم کتاب را به ایشان دادم. حالا من اسمش را تکوین گذاشتم، سید هم نگفته تکوین. آقای خوئی یک جور نوشته و من جور دیگری تعبیر می کنم. این یک امر واقعی است، اذن یک امر واقعی است، تملیک امر اعتباری است. آنی که شارع در آن تاثیر می گذارد تملیک است.

یکی از حضار: یعنی هیچ فرق ندارد که این اذن به علم من باشد یا نباشد؟

آیت الله مددی: فرق نمی کند، اذن دادم.

در حقیقت خیلی عجیب است، شما شاید تعجب بکنید، اگر عبارت شیخ را در مبسوط بیاورید با حاشیه سید یکی است، هر دو یک مطلب است. شیخ هم می گوید نگه داشتنش حرام نیست لکن اگر فروخت درست نیست. سید یزدی می گوید اذن هست تملیک نیست چون اگر تملیک بود می توانست بفروشد، وقتی تملیک نبود یعنی نمی تواند بفروشد. دقت کردید؟

لذا عرض کردیم مطلب را علی القاعده گفته نه متأثر به فقه سنی ها، سید یزدی هم علی القاعده گفته است، خلاصه اش این است که اذن که هست، می دانست که این عقد فاسد است و داد، پس اذن هست. اما شارع امضا نکرده تملیک نیست. نکته فنی را هم روشن شد من به این تعبیر می گویم. شما باید تا فردا فکر بکنید که تفکیک بین این دو تا درست است یا نه از نظر حقوقی؟ ما بحث را روح حقوقی می دهیم که قابل طرح باشد چون این طرحی که هست اختصاص به مذهب ندارد، طرح اختصاص به دین هم ندارد، این در سطح جهانی در حقوق قابل طرح است. آیا این اذن هست؟ تملیک که نیست، سوال: تفکیک بین اذن و تملیک درست است یا نه؟

یکی از حضار: این اذن مشروط است، مشروط به تملیک است

آیت الله مددی: پس دیگه نمی شود تفکیک کرد. مرحوم شیخ این را می گوید، می گوید این اذن مقید به تملیک است و چون تملیک نیست لذا شیخ اشکالش این است که این اذن باید مقید به تملیک بشود، سید یزدی می گوید اذن مقید به تملیک نمی شود.

یکی از حضار: علم به فساد که ندارد.

آیت الله مددی: در علم به فساد واضحتر است، مرحوم شیخ می خواهد بگوید حتی با علم به فساد، اذن نیست، اذن رفته در ضمن تملیک انشائی، اگر تملیک نشد اذن هم نیست.

یکی از حضار: علم به فساد دارد، می داند تملیک محال است،

آیت الله مددی: محال نه، شارع قبول نکرده. محال نگوییم.

یکی از حضار: یعنی در جامعه اتفاق نخواهد افتاد. حمایت قانونی ندارد.

آیت الله مددی: قانون ندارد، حمایت قانونی ندارد اما اذن هست. بحث سر این است که دقت بکنید، اگر فهمید حمایت قانونی ندارد اذن هم تکوینا می آید؟

یکی از حضار: اذن که می دهد، داد

آیت الله مددی: داد، می شود؟ تاثیر دارد؟ این نکته فنی است.

شیخ انصاری می گوید نمی شود.

یکی از حضار: اگر بحث تکوین شد که دیگه دست طرف نیست.

آیت الله مددی: خب همین، می گوید اذن تکوینی باشد اما این اذن تکوینی که اباحه تصرف می آورد این در ضمن تملیک رفت، تملیک را که شارع باطل کرد این اذن هم باطل است.

یکی از حضار: غربی ها با اصل حسن نیت در معاملات این را حل کردند

آیت الله مددی: بله غربی ها یک اصل دیگری دارند، خود من هم این را خواندم، از سنهوری نقل کردم. یک اصل دیگری را غربی ها دارند به نام حسن نیت در معاملات، ما این را از سنهوری در همین درس مکاسب خواندیم و آن را قبول نکردیم، عرض کردیم نیت در معاملات بی تاثیر نیست، در معاملات تابع الفاظ است، حسن نیت در معاملات را قبول نکردیم. همین جا در همین بحث مکاسب خواندیم اما الان دارند، قبول دارند، مثال هایش را هم خواندیم.

یکی از حضار: بعد از اصلاحیه ۲۰۰۶ که در قانون مدنی فرانسه است باز این اصل تثبیت شده است.

آیت الله مددی: قبول دارم، با این که سنهوری مطلبی که نوشته مال هفتاد هشتاد سال قبل است اما هنوز هم تثبیت شده است، یک اصلی است به نام حسن نیت در معاملات که یک معامله ای که باطل باشد چون حسن نیت داشته قبول نکنیم. این مطلب هست و مثال هایش را هم از سنهوری نقل کردیم.

روشن شد؟ اصلاً بحث را من روی یک بحث فنی بردم. غیر از این اصل دوم که حاکم شد که حسن نیت در معاملات، آن نکته فنی هم روشن است. بحث سر این است که وقتی می داند فاسد است و تملیک نمی آید اذن هم نیست. چون اذن رفت روی رضا. اذن یعنی ابراز رضای قلبی آن به این تصرف، اذن اصطلاحاً این است. این ابراز رضا اگر قبل از عمل باشد اسمش اذن است ولی اگر بعد از عمل باشد اسمش اجازه است. اجازه با اذن یکی است. اذن هم بنفسه مهم نیست، عمده اش این است که ابراز رضای باطنی است، من قلباً راضی هستم که شما این کار را بکنید، این ابراز رضا اگر قبل از این که این لیوان را از من بگیرید من ابراز رضا بکنم اسمش اذن است، اگر لیوان را گرفتید و مصرف کردید گفتند آقا اجازه دادم این اسمش اجازه است. ابراز رضا قبل از عمل اذن است، ابراز رضا بعد العمل اسمش اجازه است. روشن شد؟

پس اذن عبارت است از ابراز رضاست. خیلی خب، بسیار خوب، مطلب خیلی واضح است، آقای خوئی هم می خواهد همین حرف را به تعبیر دیگری بگوید. مرحوم شیخ می گوید نه اذن چون در ضمن تملیک است و تملیک را هم شارع امضا نکرد این رضا کفایت نمی

.....
کند، مرحوم سید یزدی می خواهد، شیخ طوسی هم می گوید این اذن کفایت می کند. از هزار سال قبل تا حالا. طبعاً نسبت به زمان سید یزدی نهصد سال.

یکی از حضار: شاید اختلاف نباشد یعنی آن یک طرف تصور این است که فروشنده می داند باطل است. شیخ انصاری تصورش این است که خبر ندارد.

آیت الله مددی: نه حتی اگر بداند.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين