

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 بحثی را که مرحوم شیخ قدس الله نفسه مطرح فرمودند راجع به احکام و آثار المقبوض بالعقد الفاسد، ما در فقه دو تا بحث در این جهتی که هست داریم، یکی المقبوض بالسوم، سوم یعنی چانه زدن، یک پارچه ای را گرفته، این چند است، چند می ارزد، کم یا زیاد بکن، در اثنائی که دست ایشان بود دزد آمد از دستش برد، اصطلاحا این را المقبوض بالسوم می گویند، سوم با سین و وام و میم، مساومه را ما در فارسی چانه زدن، بحث کردن، صحبت کردن می گوئیم، یک دفعه یک پارچه کتابی را گرفته که نگاه بکند دزد آمد از دست ایشان برد، از دست مشتری برد، این را اصطلاحا المقبوض بالسوم می گویند و یکی هم المقبوض بالعقد الفاسد می گویند که عقدی است که فاسد است، این را به اصطلاح گرفته و مطرح کرده است.

راجع به اقسام عقد به طور طبیعی، این ها کلیاتی است که بد نیست، به طور طبیعی در فقه اسلامی معروف چهار قسم عقد را قائل هستند، یکی عقد صحیح است که آثار بر آن بار می شود. عقد صحیح بود شما قبض کردید. یکی عقد فاسد یا باطل است که آثار بر آن بار نمی شود، این دو تا. یکی هم عقد متزلزل یا به اصطلاح قدما موقوف است، مثل عقد فضولی، عقد فضولی را اصطلاحا عقد متزلزل می گویند یعنی هنوز عقد تمام نشده، مالکش باید اجازه بدهد، یکی هم عقدی که حق خیار بهش تعلق گرفته، عقدی که حق خیار دارد عقدش تام است، خوب دقت بکنید! حق خیار یک امر زائدی است خارج از حقیقت عقد است، سلطنة فسخ العقد، اگر در مکاسب یادتان باشد، این است که شارع یا قانون می آید برای شخصی این صلاحیت را قرار می دهد، خوب دقت بکنید، فسخ عقد، یعنی عقد تمام است، این صلاحیت را به او می دهد که بیاید این را فسخ بکند. آنی که الان بین ما ها الان مشهور است این چهار قسم عقد است، عقد صحیح، عقد فاسد، عقد موقوف و عقد خیاری یعنی عقدی که حق به آن تعلق گرفته، متعلق حق است، حق خیار که می تواند آن عقد را فسخ بکند، این چهار تاست.

یکی از حضار: موقوف و خیاری از اقسام صحیح نیست؟

آیت الله مددی: صحیح دیگر تام و تمام است، هیچی توش ندارد یعنی دیگر هیچ جای بحثی ندارد اما موقوف هنوز عقد نشده، تا مالک نگوید هنوز عقد نشده. دقت کردید؟ اما باطل هم نیست، بله اگر کسانی بگویند عقد حضوری باطل است آن هم می شود باطل، مثل مرحوم نراقی، کسانی که قائلند مثل مرحوم صاحب مقابس، مرحوم آقای تستری، ایشان هم قائل است که عقد فضولی باطل است. در اهل سنت هم داریم از لا تبع ما لیس عندک به اصطلاح. علی ای حال اگر عقد فضولی را باطل بدانیم آن هم باطل می شود.

مشهور بین علمای اسلام چهار نحوه عقد است که این مباحث عقود به لحاظ حقوقی بحث های لطیفی است که حالا ما ان شا الله سعی کنیم اینجا را یکمی زودتر رد بشویم و به آن قسمت هایی برسیم که لطف بیشتری دارد، من برای تذکر بیشتر عرض می کنم که این مشهور بین علمای اسلام است. مشهور بین علمای اسلام چهار قسم عقد است، احناف ابوحنیفه بالخصوص شذوذ های زیادی دارند که یکیش هم همین جاست، ایشان پنج قسم می داند. این چهار قسمی را که ما گفتیم ایشان دو قسم می کند، یک عقد فاسد قائل است و یکی هم عقد باطل. بطلان را غیر از فساد می گیرد. عقد باطل را با عقد فاسد فرق می گذارد و در کتب احناف، فرض کنید بدائع و صنایع کاسانی نسبتاً کتاب قشنگی است که جمع و جور نوشته، خیلی روی مبانی فکری حنفی هاست اما به تفصیل نیست، جمع و جور نوشته. ایشان مثلاً جزء آثار عقد فاسد و جزء آثار عقد باطل، همین مسئله ای که ما الان داریم. اما در کتاب شافعی که الان می خوانیم چون نمی خواهم خیلی وارد تمام اقوال بشویم یا همین مغنی ابن قدامه که ایشان هم یکی گرفته، باطل و فاسد را یکی گرفته، اگر جلد ۳ باشد صفحات ۲۸۷، من فقط آدرس می دهم، همین یکی را هم که می خوانیم زیادی است، همین کتاب شافعی را می خوانیم بس است..

علی ای حال مقبوض به عقد فاسد یا باطل را احناف دو تا گرفتند، در صورتی که در فقه ما و فقه عامه مسلمین، اختصاص به فقه ما ندارد. خود مغنی حنبلی مسلک است، من ابن حزم را نگاه نکردم، نشد مراجعه بکنم لکن تا آن جایی که در ذهنم است یکی گرفته، باطل و فاسد را یکی گرفته است.

.....

علی ای حال و لذا در این جا ببینید لو كان المقبوض بیع فاسد، این در این کتاب مجموع نووی، البته مجموع اساسا مال نووی است اما تا جلد هشت و نه، این که جلد ۹ صفحه ۳۵۳ در این چاپی که دست من است، این کتاب های چاپ های خیلی فراوان دارد و کتاب خوبی است. عمر ایشان تمام می شود، بقیه اش را پسر برادرش نوشته، الان دقیقا نمی دانم این مال خود نووی است یا مال پسر برادرش است و انصافا هم من چند بار عرض کردم انصافا نووی مرد فوق العاده ای است که نمی شود انکار کرد. در حدود ۴۵ سال عمرش بوده این همه آثار درست کرده.

البته این کتاب شرح المذهب است، المذهب مال ابواسحاق نیشابوری از علمای بزرگ شافعی عراق است، ایشان بغدادی است که در قرن چهارم بوده، خود ابواسحاق هم انصافا مرد ملایی است، این صفحه ۳۴۹ این جا متن خود کتاب المذهب ابواسحاق است. در این صفحه ۳۴۹ ایشان یک بحث شرط را مطرح می کند و بعد در ذیلش می گوید: فَإِنْ قبض المبيع، من چون می خواستم یک مقدار هم با کتاب ها آشنا بشویم هر مدتی یکی از این کتابها را می خوانیم. این کتاب مذهب ابواسحاق شیرازی است که از علمای بزرگ شافعی بغدادی است. لم يملكه لأنه قبضٌ في عقد فاسد فلا يوجب الملك كالوطي في النكاح الفاسد، عرض کردم از مثل ابوحنیفه نقل شده که وطی در نکاح فاسد وطی به شبهه است، ایشان می گوید نه، مشهور بین مسلمان ها هم همین است که زنا حساب می شود، توضیحاتش گذشت.

فإن كان باقيا وجب ردّه، دقت بکنید! همین که ما می گوئیم يجب رده فوراً، این مطلبی را که الان شیخ انصاری نوشته که الان محل بحث ما است این در قرن چهارم در یک متن شافعی برایتان می خوانم.

و إن هلك ضمنه بقيمته، اکثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف

من احيان و ایام را حساب کردم. این که اینها دارند چون خود شافعی دارد، این مطلب مال خود شافعی است. دیروز در آخر بحث خواندم که خود شافعی در کتاب الام دارد که اعلی الثیم لکن از حين قبض تا حين تلف، چون عرض کردیم:

یک: حين العقد، همان عقد صوری

دو: حین این که اقباض می کند، قبض می کند.

سه: حین التلف

چهار: حین مراجعه بایع و مطالبه بایع.

پنج: حین حکم حاکم، حاکم حکم کرد که تو باید رد بکنی. می گوید خودش به من داد، می گوید بله عقد فاسد بود باید رد بکنی.

بینید ما اگر بخواهیم حساب بکنیم پنج تا حین الان حساب شد، در همین عقد فاسد، البته در مثل غصب یکی یوم القبض است، گرفتن،

یوم الاخذ است و یکی یوم التلف است و یکی هم یوم المطالبه که یوم حاکم، چون ممکن است روزی که حاکم به دادگاه برد و خواست

حکم بکند قیمتش از تمام آن ایام سابق بیشتر بود، قیمتش یک مقدار بالاتر رفت. اگر اعلی القیم را گفتیم و من توضیحاتش را عرض

کردم و این عبارت شافعی را هم ایشان در این جا آورده است. در صفحه ۳۵۲ عین عبارت شافعی است. در کتاب غصب آورده است.

یضمن المغصوب بقیمته اکثر ما کانت یوم الغصب إلى التلف.

دیگه مطالبه و اینها را حساب نکرده، قبض و تلف. این را هم اعلی القیم. این هم ان شا الله در بحث های خود ما خواهد آمد که مشهور

بین علمای ما یوم التلف است، اعلی القیم نیست. حالا در باب غاصب یک عبارتی مشهور است که الغاصب یؤخذ بأحوال الاحوال علیه یا

باشد الاحوال و عرض کردیم ثابت نیست، بعد خود شافعی دارد، قال و کذلک فی البیع الفاسد و لذا عرض کردیم در عده ای از کتب

شوافع و این عبارت توسط شیخ طوسی هم به مبسوط راه پیدا کرد، بعد هم عده ای از علمای ما تکرار کردند که المقبوض بالعقد الفاسد

کالمغصوب، روشن شد اصلش از کجا بود؟ در قرن دوم در عبارت شافعی در الام آمده است و عرض کردیم ظاهرا مراد شافعی و لذا

ظاهرا ابن ادریس است، خود شیخ انصاری هم دارد، حالا امروز کتاب مکاسب را نیاوردند، إلا فی الاثم. به نظرم از ابن ادریس نقل می

کند، المقبوض بالعقد الفاسد، بالبیع الفاسد کالمغصوب إلا فی الاثم، گناه نمی کند و مراد شافعی از آن عبارت این بود اعلی القیم. در

مقبوض به عقد فاسد هم اعلی القیم. تشبیهش به مغصوب به خاطر اعلی القیم بود و عرض کردیم انصافا در غصب هم اعلی القیم ثابت

نشد چه برسد به مقبوض به عقد فاسد، اصل مطلب در غصب هم ثابت نیست چه برسد به اعلی القیم و اگر آقایان حال داشتند کتاب

غصب جواهر را ملاحظه بفرمایید برای مطالعه خارج خوب است آن جا معنای غصب را می گوید. ما عرض کردیم بعید نیست این طور قائل بشویم که یک عنوان غصب داریم که استیلاء است. استیلاء بر مال غیر عدوانا و یک تصرف غیر ماذون. این دو تا را فرق بگذاریم، ممکن است انسان استیلاء نداشته باشد. فرض کنید صاحبخانه است اما نمی تواند، می گوید من حاضر نیستم روی این سجاده من نماز بخوانی، راضی نیستم، می خواند، استیلائی ندارد، نمی خواهد سجاده را غصب بکند و لذا ما عرض کردیم اهل سنت حدیث علی الید را به غصب زدند، این بنده سراپا تقصیر گفتم شاید احتمالا اعم از غصب و غیر الماذون باشد، علی الید ما اخذت، چه غصب کرده باشد و چه اجازه بهش نداده باشد، اگر ماذون هم نباشد نمی خواهد استیلاء داشته باشد، تصرفی را که انجام بدهد که ماذون نیست. این هم ضامن است مگر این که به صاحبش رد بکند.

علی ای حال من یک مقداری از عبارات ایشان را خواندم دیگه حالا نمی خواهم بقیه اش را بخوانم. ایشان این متن کتاب المذهب را خواندم که اجمالا آشنا بشوید، آن وقت در شرحش این جا البته ایشان وارد یک فرع شده که حالا من نمی خواهم آن فرع را بخوانم. وارد فرع خاصی است.

فتستقر علیه القیمه، در باب این که دو تا ید بشود.

عرض کنم که در صفحه ۳۵۵:

فرع إذا اشتری شیئا شرائا فاسدا، البته آن فرعی را هم که من گفتم همین بحث بود. در صفحه ۳۵۱ دارد:

فصل: متى اشتری شیئا فاسدا لشرط مفسد أو لسبب آخر.

ظاهرا اشاره به این باشد که ما فاسد را مطلقا قبول داریم، چه بخواد باطل باشد و چه فاسد باشد.

لم یملکه بالقبض، به مجرد این که قبض کرد مالک نیست.

سواء علم فساد البیع أم لا ولا یصح تصرفه فیہ ببیع و لا اعطاء

این در کتب اهل سنت چون این مسائل را تفریعی دارند خیلی انواع امور را نوشتند، در مقبوض به عقد فاسد یکی آیا ملکش می شود یا نه؟ دوم این که تصرفات ناقل را می تواند انجام بدهد یا نه؟ بفروشد، یک چیزی مقبوض به عقد فاسد بود را بفروشد. این و لا یصح تصرفه فیه بیع و لا اعتاق، این اصطلاحاً در کتب همین فقهی لا یصح تصرفه بتصرفات ناقل، تصرف ناقل.

و لا هبة و لا غیرها، این تصرف درست نیست و یلزمه ردّه الی البائع. دقت کردید؟ این همینی است که الان مرحوم شیخ انصاری هم نوشتند، اثر دوم یلزمه ردّه الی البائع فوراً، یک کلمه فوراً را این جا نوشته است. بعد اگر یادتان باشد از شیخ هم نقل کردیم و عبارت شیخ را خواندیم موونه رد بر کیست؟ ایشان می گوید و علیه موونه الرد که عرض کردیم آقایانی که بعد از شیخ آمدند خیلی هایشان اشکال کردند که دلیل نداریم که ردّ بر مشتری واجب باشد. حالا بیع فاسد است نهایتش این که مشتری باید تخلیه بکند. بگوید این کتاب را از شما خریدیم فاسد بود، این کتاب را هر وقت می خواهی بردار ببر اما من بردارم کتاب را بروم بهش برسانم؟ مرحوم شیخ نوشته یجب الرد فوراً، بعد هم می گوید از عبارت در می آید، آن عبارت شیخ یک معنای دقیقی هم دارد که من بعدها ملتفت شدم، یعنی چون ایشان یک مطلبی را از مجمع الفائده اردبیلی نقل می کند، دیدم بعضی از محشین نوشتند مراد از آن نکته این است، دیدم حرف بدی هم نیست، حالا من در متن عبارت هم نقل می کنم.

غرض مرحوم شیخ رضوان الله تعالی علیه آثار مقبوض به عقد فاسد را یک: گرفتند ضامن است اگر تلف شد، دو: یجب الرد فوراً. و فرمودند که این امساکش هم یک نوع تصرف است، بعد فرمودند که می توانیم بگوییم امساک هم حرام است غیر از این که تمسک حرام است و رد هم بر مشتری گرفتند، موونه را هم گفتند بر مشتری باشد مگر این که کثیر باشد و آن وقت آن به خاطر لا ضرر برداشته بشود.

من عرض کردم آقایان هی با مرحوم شیخ بحث کردند. من عرض کردم نکته فنیش روشن شد چی بود، این نکته فنیش این بود که شافعی گفته بود مقبوض به عقد فاسد مثل غصب است، مثل این که با زنی ازدواج بکند عقدش فاسد است ابوحنیفه می گفت و طی به شبهه است، شافعی ها می گویند زناست، و طی به شبهه نیست، همان مثالی که عرض کردم. فرض کنید با خواهرش عقد ببندد، ابوحنیفه می

گوید عقد خودش شبهه درست می کند و وطی به شبهه می شود، مشهور بین علمای اسلام اصلا این را زنا می دانند، اصلا وطی به شبهه معنا ندارد. عقد بستن بر خواهر هیچ اثر ندارد.

ببینید مثل آن را در این جا آورده است. پس آن بحثی که مطرح شد اساسا این بود المقبوض بالعقد الفاسد كالمغصوب، روشن شد؟ اگر كالمغصوب شد اولاً ضامن است، دو: يجب ردّه فوراً، همچنان که مغصوب هم يجب ردّه فوراً. باشق الاحوال دارد، اعلی القیم است. آقایان هی به شیخ اشکال کردند و عرض کردم من عبارت شیخ را خواندم و بعدی ها هم یک مقدارش را خواندم. یعنی از آقای خوئی خواندیم که جامع عبارات بود، و این روشن شد که این مسئله از کجا وارد فقه شیعه شده، دقت کردید؟ چون در این مسئله که روایت ندارد و وارد فقه شیعه شده و این تلقیاتی که شیعه دارند که آقایان بعدها آمدند اشکال کردند. مثلاً ایشان نوشته و علیه مونة الرد كالمغصوب، ببینید! و كالمقبوض بالسوم، سوم یعنی همان معامله. مشغول چانه زدن با طرف است، می گوید این کتاب خوبی است و این نسخه کذاست و فلان دارد، یک دزدی از دست این می برد خب ایشان ضامن است. چون با مجرد قبض در حال سوم مالک نمی شود، چون هنوز معامله نشده است. چون معامله نشده ملک ایشان نیست. اگر ملک ایشان نیست و ملک مالک است باید بدهد. ببینید كالمغصوب و كالمقبوض بالسوم، حالا مقبوض به سوم هم خیلی شدید نیست اما مغصوب خیلی شدید است.

و لا يجوز له حبسه لاسترداد الثمن، می گوید تو پول من را بیاور تا بهت بدهم، ایشان می گوید نمی شود چون مغصوب است. و لأنه یقدم به علی، این جا دارد، یک وقتی هم من به نظرم این عبارت را خواندم، حالا یادم است یا نه، و لأنه یقدم به علی الغرماء، این جا این جور چاپ شده اما من فکر می کنم لا یقدم به علی الغرماء، به نظرم لا افتاده چون می گوید و فيه قول غریب و وجهٌ لاستخري، از علمای خودشان است.

أن له حبسه و یقدم به الغرماء، از این که بعد دارد و یقدم ظاهراً آن بالاایش لا یقدم، و هو شاذٌ ضعیفٌ.

و یلزمه، ان شا الله تعالی باذن الله ما می خواهیم این بحث را جمع بکنیم.

سوم: چون احکام مقبوض به عقد فاسد سوم هم دارد، نماء است، اگر این گوسفندی که به عقد فاسد گرفته مثلاً شیر داشت یا بچه ای از آن به دنیا آمد. نماء، چه نماء متصل، چاق شده باشد، و چه نمای منفصل مثل شیر، مثل بچه و کذلک اجرت، مثلاً خانه ای را به عقد فاسد گرفت، یک ماه پیش از آن بود، اجرت خانه را باید بدهد، پول اجاره خانه را باید بدهد یا نه؟ و ایشان این مسئله سوم است. حالا این جا هم اشاره بکنم. ایشان می گوید و یلزمه اجرت له للمدة التي كان في يده، ان شا الله خواهد آمد در کلام شیخ قدس الله سره منافع مستوفاه، شیر حیوان را خودش خورده، نه شیر حیوان نخورده. همین جور مانده و تلف شده.

سواء استوفى المنفعة ام تلف تحت يده لأنه مضمونٌ عليه غير ماذونٌ في الانتفاع به فضمن اجرتة که فی المغصوب.

آن وقت آثار دیگر، فإن كان تعيب في يده لزمه ارش نقصه و إن تلف لزمه ضمانه

این آثار مقبوض به عقد فاسد است پس معلوم شد که ریشه این بحث در حقیقت از کجا وارد فقه شیعه شده و نکته اساسی این است و لذا یک نکته ای که برای ما تعجب آور است این است که چون در فقه شافعی به منزله مقبوض بود امساکش هم جائز نبود و یلزمه ردّه. باید حتما رد بکند.

شیخ دارد که امساکش اشکال ندارد، لاذنه فيه، این خیلی عجیب است.

لذا مشکلی که ما الان در مبسوط شیخ داریم از آن طرف ظاهرش این است که ایشان مثل مغصوب گرفته، از آن طرف گفته اشکال ندارد. نمی دانیم حالا یک خلطی به مبنای دیگری و مذهب دیگری شده یا نه؟

و فی القيمة المعتبرة ثلاثة اوجه اصحابها باتفاق الاصحاب، مراد از اصحاب در این جا شافعی هاست. عرض کردم شافعی ها یک اصطلاحی دارند، به اصطلاح شافعی های خراسان و شافعی های عراق یا بغداد، دو جور شافعی هستند، همین غزالی معروف جزء شافعی خراسان است.

بالاتفاق الاصحاب تجب القيمة اكثر مما كانت من حين القبض إلى حين التلف

ببینید کالمغصوب، روشن شد؟ و لذا عرض کردیم شیخ یک مطلبی را گفت که لأنه اذن فی قبضه این را از کجا آورده این مشکل بود و إلا بقیه مطالبش با همین فتوای شوافع مناسب است.

لأنه مخاطبٌ فی کل لحظة من جهة الشرط برده. و الثانی تجب قیمته يوم التلف كالعاریة لأنه ماذون فی امساکه. احتمالا مرحوم شیخ از این گرفته، ماذونٌ فی امساکه. حالا این رای کدام یکی از شوافع است من نمی دانم. آن مبنائی که شیخ در مبسوط دارد با این می خورد، لأنه ماذونٌ فی امساکه.

لکن خوب دقت بکنید این معنایش این نیست که شیخ از آن ها تقلید کرده، این معنای تقلید نیست. نظرش این بوده، و لذا عرض کردیم مرحوم سید یزدی هم ظاهرا اذن را قبول می کند با این که قطعا متاثر به اهل سنت نیست و عرض کردیم این قیمت يوم التلف از همه این اقوال قوی تر است و الان هم مشهور ما همین است، قیمت يوم التلف و دلیلش هم واضح است که گفتند تا ما دام عین موجود است خب عین را رد می کند، قیمت معنا ندارد. لحظه ای که تبدیل به قیمت می شود آن لحظه ای است که تلف می شود، تا مادام موجود است خب موجود است، می دهد. چه وقتی قیمت را باید بدهد؟ وقتی تلف بشود. حالا می خواهد مطالبه بکند یا نکند. معنا ندارد يوم المطالبه را حساب بکنیم و بگوییم روزی که مطالبه می کند را حساب بکنیم. نکته ای برای يوم المطالبه ندارد. آن نکته فنی که دارد عبارت از این است که علی الید ما اخذت حتی تودیّه، تودی، تردّ، این تا وقتی که خود عین موجود است جای ضمان نیست، چون خود عین موجود است، صحبت ضمان ندارد. ضمان عبارت از این است که به عهده شخص قرار بگیرد، این به عهده شخص از حین تلف قرار می گیرد.

یکی از حضار: حقیقی یا جعلی؟ همان جا هم حقیقی و جعلی است.

آیت الله مددی: اگر عقد درست باشد جعلی که آن از همان لحظه بیع واقع می شود. قبض است. یعنی بعد از بیع و قبض. اگر بیع فاسد باشد ضمان حقیقی.

رای سوم هم: و الثالث يوم القبض، بعد می گوید این رای خیلی غریب است

و المذهب الاول و هو المنصوص، مراد ایشان از منصوص یعنی عین عبارت شافعی است، مراد منصوص در عالم شوافع نه در عالم ما.

و هو المنصوص.

بعد صحبت های دیگری می کند و بعد عبارت شافعی، بعد می گوید اصحاب راجع به عبارت ایشان چی گفتند.

مثلا ببینید و حملوا نصه علی أن المراد أنه كالمغصوب فی اصل الضمان دون کیفیته. روشن شد؟

و فرّق المصنف و الاصحاب بینه و بین العاریة بفرقین، در عاریه که ما اصلا ضمان قائل نیستیم. نمی خواهم حالا تمام عبارات ایشان را.

اما الزوائد الحادثه منه، مثل شیر و اینها، فیلزمه ضمانها إذا تلف عنده. سواء كانت منفصلة أم متصلة.

فرع بعدی هم مسئله امه و آثاری که بر امه دارد است. یک فرع دیگر هم دارد که إذا اشترى شيئاً فاسداً فباعه لآخر. با این که

شراء فاسد بود به دیگری. فهو كالغاصب يبيع المغصوب فإذا حصل فی يد الثانی و علم الحال لزمه ردّه الى المالك، نه به کسی که به او

فروخته است.

و لا يجوز ردّه الى المشتري الاول و إلى آخره و بقیه فروعی که در باب مقبوض است.

انصافاً حق همین است، این كالمغصوب را عرض کردیم حتی خود شافعی ها حمل کردند که مراد ضامن است، نه مراد تمام خصوصیات

غصب را دارد، انصافاً عرف این طور نیست و عرض کردیم، به نظرم عبارت ابن ادریس را نگاه بکنید، این عبارت به نظرم مال ابن

ادریس است، فهو كالمغصوب إلا فی الاثم، این عبارت را بیاورید.

شیخ دارد و لکن این عبارت هم نقل می کند إلا فی الاثم که گناه نکرده و انصافش این است که ما می توانیم مقبوض به عقد فاسد را

بگوییم مقبوض به سببی است که شارع امضا نکرده است.

یکی از حضار: اذن مالک را ما داریم.

آیت الله مددی: اذن مالک را عرض کردیم اثر ندارد. آن درس های بحث قبلی بود. آن اذن مالک تاثیر ندارد.

آنی که هست لا يحل مال امری مسلم، شیخ می خواهد از این در بیاورد.

موضوع غصب را عرض کردیم استیلاست ولی این جا استیلا نیست. این جا تصرف بدون اذن شرعی است.

یکی از حضار: شما فرض کنید ما وارد فروشگاه بشویم و یک شیئی را با اذن مالک برداریم و از دستان بیفتد ما ضامن نیستیم، چون اجازه گرفتیم. ما کتاب را برداشتیم و سارق آمده در منزل مالک، این جا ضامن نیستیم.

آیت الله مددی: یعنی اذن نداده به تو که به این معنا یعنی این تصرف شما جائز بود، به این معنا که ملک شما داخل ملک باشد. چون تا داخل ملک نشود ضمان ثابت نمی شود، ضمان می ماند.

خدمتتان عرض کنم که این راجع به این قسمت.

بعد در این مطلبی که الان روشن شد و با این سابقه ای که روشن شد اولاً معلوم شد که این که مقبوض به عقد فاسد این به منزله مغضوب است انصافاً روشن نیست که این مطلب باشد. حالا شافعی هم مطلبی را گفته باشد مسئله این که مراد ایشان اعلی القیم از حین تلف تا حین قبض است این هم شواهد روشنی ندارد. در خود غصب هم ندارد چه برسد در غیر غصب، ظاهرش حتی در غصب هم قیمت یوم التلف است یعنی آن وقتی که ضامن می شود که پیش ایشان تلف شده است. اما قیمت یوم القبض بی معناست.

و اما مسئله رد که ایشان دارد که یلزمه ردّه، انصافاً برای این هم دلیلی نیست، این اشکالی که آقایان متاخر شیعیه مثل آقای خوئی و دیگران کردند، عده زیادی از آقایان اشکال کردند که ردّش يجب الردّ الی المشتري که بر مشتری واجب است رد بکند این هم انصافاً دلیل روشنی ندارد. اصولاً من دیروز در بحث عرض کردم یک نکته فنی که به ذهن بنده می آید و ندیدم که آقایان متعرض بشوند مسئله ردّ و موونه الردّ و مکان الردّ، این خصوصیات این ها هیچ مربوط به مقبوض به عقد فاسد نیست. اینها یک بحث سر خود عقد است و عقد فاسد است یا عقد باطل است و چه آثاری دارد؟ این مربوط به عقد است، این مباحثی است که در این جا الان مطرح می شود. آیا در عقد فاسد اذن در می آید لا اقل؟ شیخ انصاری می گفت نمی آید، مگر اجازه جدید بیاید، انشای جدید بیاید اما دیدیم که مرحوم سید می گوید چرا بالاخره عقد هم فاسد است از اذن، و ما عرض کردیم انصافاً به این می خورد که این مسئله مثل همان باشد، هیچ فرقی نمی کند یعنی انصافاً در می آید که اذن نباشد و حق با شیخ است. چون اگر یعنی این مثال را ما خیلی واضح این طور زدیم،

یک دفعه یک کسی می آید تسبیحش را خانه شما می گذارد یا دست شما می دهد، خب این جا الان اذن داده، اذن تکوینی داده، ضامن هم نیستیم. یک دفعه می آید این تسبیح را می دهد بنائاً بر عقد فاسد، آنی که مشکل درست کرده این است. مرحوم سید یزدی می خواهد بگوید درست است که بنائاً بر عقد فاسد، بالاخره ذاتاً اذن هست کافی است. بحثی که هست این است که این اذن ذاتی با تصرف شرعی دیگه الغا می شود. این بحثی را که ما مطرح کردیم که این اذن تکوینی و اذن خارجی مادام شارع آمد و یک راه معینی را گفت و ایشان راه معینی را نرفت آن اذن دیگه اثر ندارد.

یکی از حضار: چون اذنش مشروع نیست.

آیت الله مددی: اذن عقدیش مشروع نیست، اذن تکوینیش.

و لذا مرحوم سید یزدی می خواهد بگوید تملیک نیست اما اذن هست، آنی که شارع نهی کرده تملیک است.

و عرض کردیم انصافاً ظاهراً حق با مرحوم شیخ انصاری است که اذن نیست و راهی را که مرحوم شیخ رفتند گفتیم و راه خودمان هم خدمتتان عرض شد و عرض کردیم آن چه که این مسئله را انصافاً اگر بخواهیم دقیقاً از راه حقوقی مطرح بکنیم که حالا حق هم با سید یا شیخ باشد ظاهراً برگشتش به این است که ما تاثیر عقود شکلی را نگاه بکنیم. اگر ما بگوییم ما در باب عقود شکلی فقط دنبال اذن تکوینی و رضا هستیم و به عبارة اخری عقود را به رضائی برگردانیم. بگوییم هر نحوه رضا که پیدا شد، می خواهد در ضمن عقد فاسد باشد یا نباشد. آنی که پیش ما اهمیت دارد وجوب رضاست، عقد فاسد بودن و نبودن تاثیر ندارد. من دو سه بار تا حالا در این چند روز عرض کردم که عده ای از علمای حقوق الان بیشتر حرفشان این است که ما الان در دنیای فعلی، حتی قبلی ها هم گفتند، الان دویست سیصد سال است که مطلبی را که مطرح شده ما دنبال عقود شکلی اصلاً نرویم، دنبال آنی که رضاست، آن چه که تراضی بر آن واقع شده است، حالا می خواهد به شکل بیع باشد یا به شکل اجاره باشد، یک تراضی واقع بشود به یک عقدی که نصفش بیع است و نصفش اجاره است، نصفش مساقات است، نصفش عاریه است، هیچ اشکال ندارد. آنی که الان اهمیت دارد مسئله رضایت است. اصطلاحاً ما گفتیم این را اصطلاحاً عقود رضائی می گویند. عقود رضائی اصولاً شکل ندارد. عقود شکلی اصولاً شکل دارد. عرض کردیم در دنیای

اسلام در همین بحث هایی که ما در مکاسب می خوانیم تمام این بحث ما یک روحی دارد که روحش این است که ما دنبال عقود شکلی رفتیم. یعنی تمام این بحث هایی را که ما می خوانیم شرایط صیغه، شرایط عوضین، شرایط متعاملین، تمام این شرایطی را که می خوانیم مبنی بر این است که باید شکل داشته باشد. اگر مسئله شکل را دست برداشتیم هیچ کدام شرط نیست، مثلاً باید علم به مبیع داشته باشد نه، یک مقداری گندم این جاست، می گوید این گندم را به این قدر فروختم و آن آقا هم قبول کرد می خرد، چه اشکال دارد. البته در این خصوص علم مثل مرحوم شیخ ابراهیم قطیفی هم قائل است که درست است و ما توضیحاتش را ان شاء الله امسال یا سال دیگر برسیم توضیحاتش را در همین مکاسب عرض می کنیم. این ها در حقیقت آمدند گفتند یعنی ایشان هم می گوید تجارة عن تراض، تراضی این جا هست و تراضی کافی است. اصطلاح امروزی را عرض کردم اسمش عقود رضائی است و عرض کردم بهترین و عمده ترین دلیلی که در عقود رضائی ذکر می شود عمده اش آزادی اراده است یعنی بحث آزادی که در جامعه های بشری امروز از حدود سه قرن در اروپا شروع شده، مثلاً آزادی حکومت و آزادی رای و آزادی فلان، یکی از آن مظاهر آزادی را هم به عقود کشاندند، به قراردادها کشاندند. در همین بحث من سابقاً عرض کردم قوام جامعه بشری به قراردادهاست، این را فراموش نکنید یعنی شما اگر از جامعه بشری قرارداد را بردارید جامعه به هم می خورد، اصلاً جامعه بشری قوامش به قراردادهاست. به خاطر این که انسان ها محدودیت دارند و با قرارداد ها این را با همدیگر ربط می دهند، ازدواج قرارداد است، طلاق قرارداد است، تمام اینها جزء قراردادهاست. و در میان قراردادها امّ العقود عبارت از بیع است، آنی که از همه بیشتر رواج دارد و از همه بیشتر محل حاجت است بیع است، این امّ العقود است، جامعه بدون قرارداد تصویر نمی شود. اینها می آیند می گویند همچنان که ما در اصل جامعه آزادی اراده داریم در قراردادها هم آزادی اراده داریم، من هر چه می خواهم تصمیم بگیرم، قانون نباید من را محدود بکند، شما باید بیعی را داشته باشید که این شکل باشد، در این چارچوب معین باشد. نه، من آزادم هر چی دلم می خواهد قرارداد می کنم. یک قرارداد می بندم نصفش بیع است و نصفش اجاره است. حالا قانون اجازه نمی دهد ببخود، اصلاً قانون باید عوض بشود.

و لذا عرض کردم به نظر من آن چه که در این جا موثر است، طرحی که مرحوم سید یزدی و شیخ فرمودند یا ایشان هم به ذهن مبارکشان خطور کرده که ما متعرض شدیم ظاهرا نکته فنی در حقیقت همین است که آیا روی عقود شکلی تاکید بکنیم یا عقود رضائی؟ و عرض کردیم آن چه که در دنیای اسلام مطرح است، نه فقط شیعه، بیع را جزء عقود شکلی گرفتند، تصادفا در این کتاب الوسیط سنهوری ایشان در همان اوائلش می گوید لأن البیع من العقود الرضائية، تعجب می کنم، ظاهرا ایشان قیودی را آورده. هر کسی برای بیع قید و قیود آورد باید شکلی باشد یعنی رضائی می گوید ما نمی توانیم هیچ قیدی را بزنیم، قانون قید نزنند، من هر جور می خواهم تصرف بکنم و عرض کردیم این که الان معروف است که این عقود رضائی از قرن هفدهم در اروپا مطرح شده این اساس ندارد، این عبارت الناس مسلطون علی اموالهم هم مفادش همین است. الناس مسلطون علی اموالهم، من مسلط به مالم هستم، هر جور می خواهم معامله می کنم، به هر کسی که بخواهم می دهم. بچه باشد، بزرگ باشد، مجنون باشد، سفیه باشد، این اختیار خودم است، بخواهم در دریا هم بیندازم می اندازم. دقت کردید؟

در حقیقت این عقود رضائی ریشه در اطلاق مثل الناس مسلطون علی اموالهم هم دارد، من هر کار می خواهم بکنم، من مسلطم به مال خودم هستم، دقت کردید؟

پس بنابراین حق این است که اگر ما مقید به عقود شکلی هستیم آن راهی را که الان علمای اسلام دارند قطعا این جا این اذن مشکل دارد همچنان که ایشان گفت، ضامن هست، و من حتی دیدم ابوحنیفه در همین بدایع و صنائع ایشان هم ضمان را گفته است که اگر تلف شد ضمان را قبول کرده است، این اگر تلف شد ضمان را قبول کرده و این اذن را قبول نکرده.

و لذا عرض کردیم اصولا این مسئله دوم با مسئله اول ارتباط واقعی دارند یعنی یکی اند، مسئله اول این بود که اگر تلف شد ضامن است، مسئله دوم يجب الردّ أم لا، ظاهرا یکی اند، هیچ فرقی نمی کند. إنما الکلام آن ضمان مال جهت عقد است، آن شبهه را می آورد که عقد ضمان بردارد یا نه، این جا رد ربطی به عقد ندارد. ظاهرش اگر ما باشیم و طبق قواعد رد تابع کیفیت حصول این عمل است نه کیفیت عقد. مثلا گاهی اوقات کتاب خانه من است یا خود شخص به خانه من می آید و کتاب را این جا می گذارد، می گوید این کتاب

.....

را فروختم به عقد فاسدی مثلا، یا حالا عالم بود یا عالم هم نبود، من هم گفتم خریدم. ظاهرا رد بر مشتری نباشد، آن آورده که کتاب را بردارد. ربطی به عقد ندارد. خوب دقت بکنید! اینها آمدند جزء آثار عقد گرفتند، نکته فنی روشن شد؟ من می خواهم بگویم این جزء آثار عقد نیست، آثار فعل است نه آثار عقد، اگر من رفتم کتاب را از خانه آقا آوردم خب باید برگردانم، آن آمد کتاب را خانه من گذاشت بیاید ببرد، این که آقای خوئی نوشتند آن که لازم است تخلیه است، ظاهرا فرق می کند، موارد فرق دارد.

یکی از حضار: استیلا لازم نیست، همین که بگوید هم کافی است.

آیت الله مددی: اگر من کتاب را از خانه اش آوردم ظاهرا باید به خانه اش برگردانم.

من دیگه آن دنبال عقد نیستیم، نکته روشن شد چی می خواهم بگویم؟ این که بگویم رد تخلیه است یا رد یعنی این که مشتری به مالک برساند. اگر مرتبط با عقدش کردیم این جای بحث می آید، به نظر من رد ربطی به عقد ندارد. نکته فنی روشن شد؟ رد ربطی به عقد ندارد. ربط به عمل خارجی دارد. دقت کردید؟ بایع کتاب را این جا آورد و گفت به تو فروختم. گفتم خیلی خوب خریدی، بعد معلوم شد باطل است. بهش گفتم بیا بردار ببر، کتاب را که آوردی بردار ببر، این ربطی به عقد ندارد. رد را مشتری رد بکند یا بایع رد بکند، موونه الرد هم همین طور سات. آن جایی که وظیفه من است موونه بر من است، آن جایی که وظیفه مالک است موونه بر مالک است.

یکی از حضار: اصلا لحاظ این که این فعل مترتب بر این عقد بوده نمی شود.

آیت الله مددی: نه نمی شود، ربطی به عقد ندارد. به ذهن من ربطی به عقد ندارد، عقد تاثیرگذار در عقد نیست. الان عبارتی که از فقه شافعی خواندیم و عبارت شیخ انصاری، رد را به آثار عقد فاسد زدند، روشن شد؟ به ذهن من نمی آید، هر چه فکر می کنم، چون عرض کردم مسئله که نصی ندارد. عرف هم همین است دیگه، من رفتم گرفتم خب برو برگردان، آقای خوئی مطلقا می گوید تخلیه، شیخ مطلقا می گوید رد، من به نظرم فرق می کند، نه مطلقا رد است و نه مطلقا تخلیه است. تخلیه جایی است که مالک آورده من می گویم این کتاب را که این جا آوردی عقد هم فاسد بود، بیا کتابت را ببر، این ملک من نشده است. من واجب باشد بردارم در خانه او برسانم اثبات این مطلب از کجا؟ دقت کنید! ولو من گفتم قبلت، این قبلت من در این جهت تاثیر ندارد لذا آن چه که به ذهن ما می آید در این دو سه

تا مسئله، یکی رد و یکی موونه الرد، یکی این که رد به شهر بایع باشد یا اگر جابجا شده به شهری که الان هست باشد، ظاهرا این ها همه اش دائر مدار عمل خارجی است و جزء آثار عقد نیست. بلکه ضمان جزء آثار عقد است، این مسئله ای که این جا الان مطرح کرد که باید به هر حال ایشان حتی آنا ما تصرف نکند و فوراً رد بکند رد به این معنا، در بعضی از موارد رد است و در بعضی از موارد هم تخلیه است. انصافاً این مطلب ثابت نیست. مغضوب نیست، استیلاء نیست اما تصرف بلا اذن شارع است. تصرف بلا اذن شارع جائز نیست ولو مغضوب نباشد. نمی خواهد مغضوب باشد. ظاهراً شافعی هم همین طور که عرض کردم بعضی از شوافع هم نوشتند، نوشتند که مراد ایشان کالمغضوب در اصل ضمان نه در خصوصیات، فردا ان شا الله اثر سوم.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين