

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بحث در عکس قاعده یعنی: « کَلَّمَا لَا يَضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لَا يَضْمَنُ بِفَاسِدِهِ » بود، شیخ انصاری مواردی را به عنوان نقض بر عکس قاعده ذکر کردند من جمله اینکه: « و یمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً (مثل گاو یا شتری که حامله است) ، علی ما صرح به فی المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير : من كونه مضموناً علی المشتري (زیرا حمل جزء نیست بلکه مستقل است لذا مال بایع می باشد و بایع خود حامل را فرخته نه حمل را) ، خلافاً للشهیدین و المحقق الثانی و بعض آخر تبعاً للعلامة فی القواعد ، مع أن الحمل غیر مضمون فی البیع الصحیح ؛ بناءً علی أنه للبائع (زیرا در واقع حمل نماء آن حیوان است) . و عن الدروس توجیه کلام العلامة بما إذا اشترط الدخول فی البیع ، و حينئذ لا نقض علی القاعدة » .

شکی نیست که حمل نماء حامل می باشد مثل میوه که نماء درخت است لذا هرکسی که مالک حامل است مالک حمل او نیز می باشد منتهی بحث در این است که آیا حمل جزء حامل است یا اینکه جزء او نیست و مستقل می باشد؟ در بعضی از حیوانات شکی نیست که حمل جزء آنها می باشد لذا نیازی به ذکر و شرط آن

نیست مثل مرغ و تخم مرغ منتهی بحث ما (حمل جزء است یا جزء نیست) در حمل حیوان و أمة می باشد ، که اگر جزء باشد داخل در مبیع و متعلق به مشتری است و دیگر ذکر و شرط آن لازم نیست اما اگر جزء نباشد و مستقل باشد دیگر داخل در مبیع نیست لذا نیاز به ذکر و شرط دارد که اگر شرط شود متعلق به مشتری است و اگر شرط نشود متعلق به بایع می باشد .

شهید ثانی در شرح لمعه در این رابطه فرموده : « الحمل یدخل فی بیع الحامل مع الشرط ای بشرط دخوله لابدونه فی أصح القولین . والقائل بدخوله مطلقاً ینظر إلی أنه كالجزء من الأمّ ، و فرّع علیه عدم جواز استثنائه ، ... إلی آخر کلامه » .

أصح القولین آن است که حمل جزء حامل نیست بلکه مستقل است و نیاز به ذکر و شرط دارد لذا در صورت عدم شرط متعلق به بایع می باشد ، و اما در مقابل قول دیگر است که می گوید حمل جزء حامل است و نیاز به شرط ندارد که در این صورت متعلق به مشتری است البته ممکن است که در این صورت در زیادی ارزش و قیمت حامل تأثیر داشته باشد ، خلاصه اینکه شهید آخر الأمر می فرماید که حمل مستقل است و مع الشرط داخل در حامل می باشد .

صاحب جواهر در ص ۱۵۴ از جلد ۲۴ جواهر ۴۳ جلدی می فرماید که حمل مستقل است و اگر شرط نشود متعلق به بایع می باشد و اگر کسی حمل را مثل جزء حقیقی حامل بداند چنین چیزی واضحة المنع می

بها ، فأخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجب للضمان .»

وجوهی برای تحقق شرکت تصور شده من جمله اینکه گاهی شرکت قهریه است مثل مالی که مشترکاً با هم حیات کرده اند و یا مثل مالی که مشترکاً به آنها به ارث رسیده ، اما گاهی شرکت اختیاریه می باشد مثل شراکت در تجارت ، خلاصه اینکه شرکت یعنی اینکه یک مالی بین دو نفر یا بیشتر مشاع باشد .

شیخ اعظم می فرماید که در شرکت اختیاریه ی صحیحه تصرف هرکدامشان در مال مورد شراکت جائز است و لازمه اش آن است که اگر تصرف کردند و تعدی و تفریط نکردند ضامن نیستند (یعنی لایضمن بصحیحه) ، اما اگر همین شرکت فاسد شود چونکه صاحب مال إذن نداده دیگر تصرفشان جائز نیست و لازمه اش آن است که اگر تصرف کردند ولو اینکه تعدی و تفریطی هم نکنند و تلف سماوی هم باشد باز ضامن می باشند زیرا ید آنها عدوانی بوده لذا طبق حدیث «علی الید» ضامن هستند که این بر خلاف قاعده می باشد .

در جواب این نقض عرض می کنیم که اگر شرکت فاسد هم بشود ولی باز با اجازه و اراده و خواست خودش به دیگری تحویل داده و نگفته که تصرف نکن یعنی جواز تصرف و عدم جواز تصرف متوقف بر شرکت صحیح نیست بلکه متوقف بر إذن آن شخص می باشد فلذا ولو اینکه شرکت فاسد باشد باز اگر آن شخص إذن داده باشد در هر دو (صحیح و فاسد) ضامن نیست اما اگر إذن نداده باشد در هر دو (صحیح و فاسد) ضامن

باشد خصوصاً که در شرع برای آن حمل احکامی ذکر شده مثل تحریر یعنی فروختن امة به شرط اینکه بچه اش حرّ باشد و یا مثل تدبیر یعنی اینکه شرط کند و یا وصیت کند که : أنت حرّ بعد وفاتی ، و خلاصه اینکه صاحب جواهر می فرماید که ما از أدله شرعیه استفاده کرده ایم که حمل استقلال دارد لذا اگر شرط نشود چونکه نماء مبیع است متعلق به بایع می باشد ولی اگر شرط شود متعلق به مشتری می باشد ، صاحب جواهر در ادامه یک بحث مفصل اصولی را درباره اینکه اگر بایع و مشتری بر سر حمل اختلافشان شود حکمش چیست مطرح کرده و بحث استصحاب را به پیش کشیده که خودتان مراجعه و مطالعه کنید .

خوب علی ای حال اگر بگوئیم حمل جزء حامل است هم در عقد صحیح و هم در عقد فاسد جزء آن می باشد فلذا لایضمن فی البیع الصحیح بخصوصه و لایضمن فی البیع الفاسد بخصوصه ، اما اگر حمل را مستقل از حامل بدانیم که حق همین است در این صورت اگر شرط شود در هر دو (صحیح و فاسد) یضمن ، و اگر شرط نشود در هر دو (صحیح و فاسد) لا یضمن ، بنابراین با بیانی که عرض شد نقضی به قاعده وارد نمی شود منتهی چونکه شیخ مقداری از هر دو قول (۱ : حمل جزء حامل است ۲ : حمل جزء حامل نیست و مستقل است) را أخذ کرده و به سراغ ریشه بحث نرفته به مشکل برخورد .

خوب و اما چهارمین اشکالی که شیخ به عکس قاعده وارد کرده این است که : « و یمكن النقص أيضاً : بالشركة الفاسدة ، بناءً علی أنه لا يجوز التصرف

می باشد بنابراین دیگر عکس قاعده نقض نمی شود .
شیخ اعظم انصاری در ادامه به سراغ مبنای عکس قاعده رفته و مبسوطاً در این زمینه بحث کرده که البته ما بحث مبسوط ایشان را لازم نمی دانیم لذا خودتان آن را مطالعه کنید ، مثلاً ایشان اولاً به سراغ اولویة رفته و گفته وقتی که در صحیحش ضمان نیست به طریق اولی در فاسدش ضمان نیست که البته به نظر ما اولویة نمی تواند دلیل برای مانحن فیه باشد ، وثانیاً به سراغ اقدام رفته که اقدام نیز نمی تواند مستقلاً دلیل برای مانحن فیه باشد .
علیٰ ائی حال ما تابع کلیات و قواعد و أدله ای هستیم که قبلاً از آنها بحث کردیم و گفتیم هرکجا که ید استیمان باشد مثل عاریة و اجاره و مضاربه و... ولو اینکه عقد فاسد باشد ضمان نیست اما هرکجا که ید عدوانی باشد ضمان وجود دارد بنابراین ما بر اساس کلیات و قواعد و اصولی که داریم مشی می کنیم لذا دیگر خود این قاعده نفسیّت ندارد بلکه خود این قاعده را از همان اصول و قواعد و روایات گرفته ایم .
بحث بعدی وجوب ردّ است که إن شاء الله فردا از آن بحث خواهیم کرد ...

والحمد لله رب العالمین و صلّی الله علی

محمد و آله الطاهیرین