

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 کنم که بحثی که ما داشتیم اولاً ما هنوز بحث فراموش نشود، هنوز شرح خود قاعده را عرض می کنیم، اولاً خود شرح قاعده چون مرحوم نائینی در این تنبیهاتش نکاتی را گفتند که در شرح خود قاعده موثر است و لو ایشان آخر آوردند. حتی بعد از عکس هم آوردند اما انصافاً نکات لطیفی بود که در ضمن آن هم نکاتی گفته بشود لذا عرض شد که نکته متعرض این مطالب ایشان شدیم. یک تنبیه اولش را خواندیم، حالا چون نخواندیم اجازه بدهید تنبیه سومش را بخوانیم و بعد به اولی برگردیم. تنبیه سومی که ایشان فرمودند که تنبیه لطیفی است، آن تنبیهی است که، یک تنبیهی است که ایشان می فرمایند موارد استثنایی که از این قاعده نقض کرده، نقض هایی که شیخ در مکاسب وارد کرده غیر از او نقض های دیگه هم می شود. قاعدتاً ما باید این تنبیه سوم را بعد از نقض، چون ما متعرض نقض های شیخ نشدیم. باید تنبیه سوم را بعد از نقض های شیخ می خواندیم. تنبیه سوم ایشان چون تکمیل کلام شیخ است لکن چون در ضمن تنبیه سوم یک نکته اساسی داریم در ضمن تنبیه سوم بود. کاش که این را سابقاً.

بعد ایشان در ضمن تنبیه، من تنبیه سوم را می خوانم، حالا می خواهم بگویم. آخر تنبیه سوم فتحصل مما ذکرنا کله امور، این اموری که ایشان در این جا آورده پنج تا امر را ایشان آورده که اصلاً کجا جای تمسک به قاعده ما یضمن بصحیحه دارد؟ اصلاً جاش کجاست؟ ایشان پنج شرط و پنج نکته را بیان کرده. این برای مقامی که ما هستیم این ذیل کلام ایشان به درد مقام ما می خورد چون مقام ما الان شرح قاعده است. ایشان عده ای از موارد نقض را غیر از نقض شیخ، چون ما هنوز می خواهیم قاعده کاملاً شرح داده بشود مواردش روشن بشود بعد ببینیم نقوضی که گفته شده وارد هست یا نه؟

ایشان عنوان تنبیه راجع به نقوضی است که گفته شده لکن آخر این تنبیه فتحصل، کاش که این را در اول می آوردند. فتحصل مما ذکرنا کله امور، پنج تا مطلب را راجع به قاعده ما یضمن بصحیحه گفتند که این روح تحقیق ایشان است. متأسفانه آخر بحث بعد از عکس هم

آوردند.

الثالث، حالا ما چون نمی خواهیم خیلی کلام ایشان پریشان بشود همان تنبیه سوم و اولش را تند می خوانیم تا ببینیم به آن مطلب نهایی برسیم.

الثالث أنه قد يتوهم نقوض اخرى لم يعترض لها المصنف

چون ما اصلا وارد بحث نقوض نشدیم، به ما اشکال نکنید که چرا این تنبیه را الان می خوانید، هنوز وارد بحث نقوضی که در کتاب مکاسب آمده نشدیم.

لخروجها عن عنوان العقود المعاوضيّة

حالا ایشان فقط یک اشاره اجمالی کردند، اشاره اجمالی ایشان قاعده ما یضمن بصحیحه در جایی است که اصلا عقد معاوضی باشد. حالا اگر عقدی بود که معاوضی نبود این دیگه جای آن قاعده نیست، ولو توش پول باشد چون ما این. بعد می گوید:

منها النکاح الدائم و المتعة الفاسدين فإن الزوج لا یضمن المهر إذا كان جاهلا بفساد العقد

یعنی گفت شما باید این قدر پول بدهید، بعد گفتند اصلا زوجیت پیدا نشده، عقد فاسد بوده، این عقدی که شما خواندید عقد فاسدی بود پس آیا زوج ضامن مهر هست؟ مثلاً گفت مهر این فرش، بعد فرش نبود. ضامن به این معنا که اگر عین بود عین، نبود مثلش را بدهد.

و كانت الزوجة عالمة به مع أن الصحيح منهما

صحيح از نکاح یا متعه

یوجب الضمان

چون باید مهر را بدهد اما اگر فاسد بود می گوید نه.

فيرد النقص على الأصل و فيه أن مجرى القاعدة

.....  
حالا من جواب ایشان را می خوانم و بعد توجیه خودم را عرض می کنم.

مجرى القاعدة فى الضمان المعاوضى

اولا بايد ضمان معاوضى باشد.

إنّما هو بالنسبة إلى ما دخل تحت اليد لا فى الضمان مطلقا بجعل من المتعاقدين

این تحت اليد را به خاطر مهر نیاورده، این به خاطر بحث سبق و رمایه است که بعد عرض می کنم.

لا فى الضمان مطلقا بجعل من المتعاقدين من غير عنوان المعاوضة مع أنّ عدم الضمان لدليل خارجي و لكونها بغيا لا ينافى اقتضاء العقد

للضمان و لذا لو كانت جاهلة بالفساد فله حق على الزوج

حق در این جا مراد مهر مثل است و إلا حقى ندارد به خاطر آن کار.

این مطلب اول ایشان، لا فى الضمان مطلقا بجعل من المتعاقدين من غير عنوان المعاوضة، حالا این مراد ایشان چیست؟

ایشان مرحوم نائینی، حالا نمی دانم مرادشان دقیقا این هست یا نه، چون عرض کردم اگر ما باشیم و طبق قاعده در عقد زواج، در عقد

نکاح مهر اصولا رکن نیست، شرط است. یعنی در باب بیع ثمن و مثن رکن هستند، اصلا رکن عقد هستند، اصلا خود عقد به این دو

تا خورده. در باب مهر عقد به آن نخورده، به مهر نخورده. عقد به چه چیزی خورده؟ به عنوان زوجیت خورده، علقه زوجیت، در علقه

زوجیت پول نخواهیده، لذا عقد معاوضی نیست اصلا، مهر را عرض کردم ماهیت حقوقیش ماهیت شرط است نه رکن عقد باشد. بله

کرارا عرض کردم در بعضی از کتب اهل سنت مهر را به منزله، مهر را عوض قرار دادند یعنی خیال کردند مهر این رکن است یعنی این

زوجیت به ازای مهر است و تمسک هم کردند إن امرأة وهبت نفسها، سابقا هم شرح دادیم. گفتند وهبت نفسها یعنی پول نگرفت، پس

معلوم می شود آن پول هست.

در کتاب مبسوط شیخ این مطلب آمده، این مطلب متأثرا به آنها آمده، منشا این شده که بعدها هم در کتب ما بیاید، لکن چون دیدند

عوض نیست بمنزلة العوض یا عوض نوشتند یا بمنزلة العوض لکن صحیحش این است که نه عوض است و نه بمنزلة العوض، هیچ

کدامش نیست، چرا؟ چون ما عرض کردیم اصولاً در باب عقود چون امور اعتباری هستند، تنزیلی هستند، شما آنها را یک وجود ایقاعی انشائی دارند ایجاد می کنید، در باب عقود آن مطلبی که مقصود اصلی است آن باید در نظر گرفته بشود.

دو: آن لفظی هم که با آن ابراز می شود طبق همان مبنائی که هست ابراز بشود.

سه: به همان مقدار ابراز هم ثابت می شود.

دقت می کنید؟ در باب عقد نکاح مطلب این نیست که شما این خانم را در مقابل صد میلیون تومان بگیرید، اصلاً این نیست. در باب عقد نکاح اصلاً این نیست، در باب عقد نکاح آنی که مقصد و مقصود است عبارت از علقه زوجیت است، چطور خداوند متعال یک زوجیت واقعی و تکوینی من کل شیء زوجین اثنین، یک زوجیت تکوینی قرار داده، یک زوجیت اعتباری هم شما ایجاد می کنید و لذا شاید آن روایت مبارکه که می گوید لو لم یکن علی ما کان لفاطمه کفوا، کانما اشاره به این است که اصلاً زوجیت آنها تکوینی هم هست، واقعی است، بلکه فوق واقعی، در وجود. البته یک روایت از امیرالمومنین دارد که راجع به غسل که پیغمبر را شما شستید، ایشان می فرماید که پیغمبر طاهر مطهر بود لکن جرت السنه و ما هم لذا شستیم. این هم چون جرت السنه که عقد زوجیت خوانده بشود و إلا از آن عبارت در می آید که اصلاً این فوق تکوین است، از زوجیت هم بالاتر است اما زوجیت ما اعتباری است، زوجیتی نبوده. علقه زوجیت نبوده، علقه زوجیت را ایجاد می کنیم. در علقه زوجیت پول نخواهی داشت، لذا ببینید یعنی خود مفهوم عقد یعنی آن مقصد اصلی عقد نکاح ایجاد علقه زوجیت در وعای اعتبار است. توش پول ندارد. بله این خانم به خاطر این که این علقه زوجیت را قبول بکند و انشاء بکند و این را هم عرض کردیم آقای خوئی دارد که علقه زوجیت قائم به طرفین است، درست است قائم به طرفین است قبول کردیم لکن یک عرفی آمده که ایجاد علقه را از طرف زن گرفتند. فرق نمی کند از طرف مرد هم باشد چه فرق می کند؟ لذا اگر مرد هم بخواهد مثلاً عقد نکاح بکند می شود بگوید زوجتک نفسی اما بنای عرف این نیست. بنای روایت هم این نیست.

یکی از حضار: ممضا به امضای شارع هم نیست

آیت الله مددی: آهان، این اصلاً عرف نبوده.

لذا در آن روایتی که در باب عقد متعه هست وقتی صیغه نکاح را از طرف زوج می گوید اتزوجک علی کتاب، نمی گوید زوجتک نفسی، راجع به زن زوجتک می گوید اما راجع به مرد اتزوج، کانما اشاره به این است که وظیفه مرد علی ای حال قبول است، حتی اگر مقدم هم شد قبول مقدم است نه ایجاب از طرف مرد. این دو تا. و این نکته یک نکته عرفی است نه این که این نکته واقعی و تکوینی باشد، علقه زوجیت فرق نمی کند. عرف به این قرارداد آمد که علقه زوجیت ایجادش از طرف زن باشد.

و لذا عرض کردیم همراه ایجاد این اگر به اصطلاح آن خانم می خواهد این علقه زوجیت را انشاء بکند ربطش به پول داد، انشاء را ربط داد نه خود عقد را، یعنی قبول کرد که انشاء بکند، به قول مرحوم نائینی تکوینی، قبول کرد که عقد زوجیت را، این را مربوط به پول کرد، این عادتاً شرط است.

یکی از حضار: در عقد بیع چی؟

آیت الله مددی: عقد بیع رکن است، چون عقد بیع می گوید کتاب را دادم، نقل و انتقال کتاب، مبادله کتاب به کتاب، مال.

یکی از حضار: نفسم را مبادله نمی کنم

آیت الله مددی: نمی کند.

و لذا آنجا احتمال دادند بعضی ها که مبادله مالکین باشد، دو تا مالک را عوض بکنند، در حالی که آن خلاف ظاهر است ولو گفته شده خلاف ظاهر است. مبادله مال بمال.

پس لذا خوب دقت بکنید در باب همان اوائل بیع در بحث صلح لذا مرحوم نائینی و دیگران در بحث صلح بحث معاوضی نیست، بحث صلح اساساً تسالم است، انشای تسالم است. آنی را که انشاء می کند تسالم است. خوب دقت بکنید، این طبق قواعد بسیار مهم در باب عقود است. من هی اینها را تکرار می کنم تا این حالت ارتکازی پیدا بکند که آیا مراد مرحوم نائینی هم همین است؟

عرض کردم مرحوم نائینی توضیح نداد چون از زمان شیخ آمد که مهر عوض است، بعدها کردند بمنزله العوض، در صورتی که هیچ کدام نیست، آن إن امرأة وهبت نفسها للنبی واضح است، یعنی زنی بیاید بدون این که شرطی بکند، بدون شرط خودش را در اختیار

پیغمبر قرار داد و زوجیت را قبول کرد، این وهبت یعنی این. نه این که این عوض است. این که مرحوم نائینی اول مطلب آمد که باید عقد معاوضی باشد. روشن شد؟ چرا؟ چون در عقد معاوضی اقدام هست، این اقدام کرد که این پول و این کتاب ملک او باشد در عوض و در مقابل، اصلاً قاعده اقدام در عقد معاوضی است، این جا اقدام عقد معاوضی نیست. این جا اقدام روی عقدی است که اصلاً مفادش ربطی به معاوضه ندارد. آن عوض خارج از عقد است به عنوان شرط است اصلاً. آن ربطی به عقد ندارد و لذا دقت بکنید مجری القاعده فی الضمان المعاوضی إنما هو بالنسبة إلى ما تحت اليد را حالا می گویم، لا فی الضمان مطلقاً بجعل من المتعاقدين، خوب دقت کردید؟ درست است گفته من زوجیت قرار دادم لکن بجعل من المتعاقدين که صد میلیون تومان است، این جعلی است، شرط است. این شرط خارجی است، من غیر عنوان المعاوضة، اصلاً دنبال عنوان معاوضه است. عرض کردم شبهه معاوضه بودن از این جا پیدا شده است. مع أن عدم الضمان لدلیل خارجی و لكونها بینا لا ینافی اقتضاء العقد للضمان.

این به خاطر این که چون عالم بود که فاسد است این کاری که انجام داد او ضامن است و لذا لو كانت جاهله بالضمان فلها حق علی الزوج.

این هم باز حق بر زوج نیست، این به خاطر این که إذا دخل فقد وجب المهر و العدة و الغسل، این از آن باب است اگر جاهل به فساد بود، آن مهر را روی آن جهت می گیرد.

و منها بیع الغاصب مال الغير فإنه لا یضمن الثمن للمشتري إذا تلف عنده عند الأكثر مع أن صحیح البیع یوجب الضمان برداشت کتاب یک کسی را غصب کرد و آمد به شما فروخت، شما هم در مقابل کتاب یک پتو به او دادید، پتو پیش مشتری و پیش آن بایع تلف شد، آیا شما می توانید؟ می گوید خب این جا عقد بود، بیع یضمن پس ایشان ضامن است، در مال غاصب.

و فيه أولاً أن عقد الغاصب ليس بفاسد

درست است، این اصلاً فضولی است. البته عرض کردم ان شا الله خواهد آمد و ما توضیحاتش را عرض خواهیم کرد که اگر قائل باشیم یعنی تفسیر ما از بیع فرق می کند، یک تفسیر یک جوری است که فضولی را قبول می کند ولی یک تفسیر قبول نمی کند. ان شا الله

بعد عرض می کنیم.

حتى يدخل في المقبوض بالعقد الفاسد بل يقع موقوفا و ثانياً أنّ العقد لم يقع معه و بعنوان شخصه بل وقع مع مالك المبيع

این عقد در حقیقت با آن است.

فتعهد الغاصب بالثمن ليس تعهدا بعنوان المعاوضة مع شخصه لأنه تعهد مال المشتري بمال المالك لا على كون المال في ذمته و من وقع

معه العقد حقيقة

آن کسی که عقد با او حقیقتاً واقع شده است.

ضامن للثمن لو أجاز المعاملة

و لذا اگر فضولی و مالک اصلی آمد گفت قبول کردم، این آقا فروخت. بعد گفتند آقا فاسد است. آن ضامن است، چون عقد اصلاً طرف

ضمان یعنی آن نیست، اقدام به ضمان از مال غاصب نشده است.

فلو تلف الثمن عند الغاصب و قلنا بأنه لا يضمن لأنّ المشتري سلّطه عليه مجاناً و جب على المشتري ردّ ثمن آخر على المالك و كلّ من

المالك و المشتري يضمنان لما وصل بيدهما و بالجملة من هو طرف المعاوضة فهو ضامن للعوض و من ليس ضامناً لا يكون طرفاً

چون ایشان طرف معاوضه نیست، طرف معاوضه کس دیگری است.

و منها که از آن مشکلترش

و منها اشتراء الصبي و المجنون و هبتها و عاريتها فإن اشتراءهما نقض للأصل و هبتها و عاريتها نقض للعكس لأن المبيع لو تلف

عندهما لا يضمنان مع أنّ صحيح البيع يوجب الضمان و كذا يضمن المتهب و المستعير لما وهبه أو أعاره الصبي أو المجنون مع أنّ الصحيح

من الهبة و العارية لا يوجب الضمان

اما در متهب موجب ضمان است با این که در آن جا نگفته است.

و كذا يضمن المتهب و المستعير لما وهبه أو أعاره الصبي أو المجنون مع أن الصحيح من الهبة و العارية لا يوجب الضمان و فيه أن عقدهما كلا عقد

این همان نکته ای بود که لو قال بعثک بلا ثمن یعنی آن نکته اساسی را که ما عرض کردیم، لذا ایشان تحصل آوردند. ما عرض کردیم نکته اساسی این است که باید عقد باشد از نظر عرفی یعنی از نظر عرفی خود عقد محقق بشود. اگر ما آمدم گفتیم صبی و مجنون، مجنون که واضح است، صبی اصلاً عبارتش ارزش ندارد عقدی واقع نشده است. عقد عبارت از ابراز است یعنی ابراز آن امر انشائی، تا ابراز نکند. آن وقت این ابراز فقط به عنوان ابراز نیست، پشت سرش باید پشتوانه باشد، صبی ای باشد که ممیز نباشد که خب قطعاً پشت سر ندارد، مجنون هم که کلاً ندارد.

و فيه أن عقدهما كلا عقد و الأفعال القصدية منهما كالعدم و محل الكلام في الصحيح و الفاسد فيما يضمن و لا يضمن هو العدم و الملكة أي محل البحث فيمن كان قبضه معتبرا و إنشاء الصغير و المجنون و قبضهما كالعدم فإنهما غير قابلين للتعهد فعدم ضمانهما للمبيع إنما هو لضعف مباشرتهما فيسند التلف إلى السبب و هو البائع و كذا ضمان المتهب و المستعير إنما هو لعدم أهليتهما للهبة و الإعارة فتحصل مما ذكرنا كله أمور

نتیجه بحث را ان شا الله فردا، این نتیجه خلاصه قاعده است فردا می گوئیم و بعد بر می گردیم، یک نکته دیگر را هم ایشان در تنبیه فهمیدند، به تحلیل اصل مطلب و نقوضی را که مرحوم شیخ فرمودند.

و صلى الله على محمد و آله الطاهرين