

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

فصل کلی که؛ البته ما یک مقداری از بحث سابق را هم می خوانیم تا انسجام بحث معلوم شود، ذهنم بود که این بحث کجا رسیده است؛ آن چیزی که نوشته شده است در سایت درست است، حالا یک مختصری از مرحوم شیخ در مکاسب متعرض می شویم برای انسجام بحث. عرض کنم که بحثی را که مرحوم شیخ قدس الله نفسه عنوان کرده اند به طور کلی «شروط متعاقدين» بود؛ عنوانی که داشت شروط متعاقدين. ان شاء الله بحث بعدی شروط عوضین. این یک نکته فنی است که این نکته فنی را در نظر داشته باشید، البته این را ما چند بار گفته ایم. امروزه اصطلاحاً چون این اصطلاح در کتب فقهی ما نیامده است، این می آید و الان ابتلای جهانی دارد؛ این مسئله ای است که در سطح جهانی مطرح است. یک اصطلاحی در سطح حقوقی مطرح است؛ عقود را به طور کلی به دو قسم تقسیم می کنند؛ تقسیمات مختلفی دارد، یکی از آن ها «عقود رضایی» و «عقود شکلی» است.

عقود شکلی عقدهایی است، قراردادهایی است، عقد یا قرارداد به اصطلاح امروزه یا پروتکل به قول غربی ها، عرض کردیم در اصطلاح آقایان امری است، تعهدی است که از طرفین؛ خوب دقت کنید، تعهد ممکن است از یک طرف باشد؛ نه، یک تعهدی که از طرفین و این تعهد گره خورده است به حیثی که قابل جدا شدن نیست؛ این را اصطلاحاً «عقد» می گویند. مثل دوتا نخ، طناب بیاورید این را بچسبانید گره؛ خودش «عقده» به معنای گره است اصلاً در لغت عربی عقده به معنای گره است.

و لذا تعریفی را که به طور متعارف در کتب فقهی ما آمده است، عقد را «عهد مشدد» گرفته اند. عده ای از آن ها هم «عهد مؤکد» گرفته اند، تعبیر به عهد مؤکد کرده اند. همان عهد است اما قوی تر از عهد است. عهد تعهد است، تعهدی است که طرف می دهد؛ عرض کردیم که کراراً و مراً یک نسبتی که بین شیء و یک چیز خارجی پیدا می شود این را اصطلاحاً تعهد می گویند، نسبتی را که ایجاد می کند. مثلاً تعهد می دهد فلان ساعت بیاید منزل شما، به عهده می گیرد بیاید درس بدهد مثلاً؛ این را عهده می گیرد. آن وقت این نسبتی که پیدا می شود بین شخص، بین مکلف، بین مواظن به قول امروزی ها یا به قول ایرانی ها شهروند یا سیتیزن، این نسبتی که پیدا می شود با عمل را عهده تعهد می گویند و آن چیزی که انجام بنا است داده شود عهده می گویند؛ عهده اش این است که این کار را انجام دهد، عهده گرفته است که تعلیم بکند، بچه تان را درس بدهد. و اگر این عهده از دو طرف باشد و به تعبیری شان مشدد باشد یا مؤکد باشد، این را اصطلاحاً عقد می گویند؛ اصطلاح عقد متعلق به این است.

البته ما یک روایت واحد داریم، بیش از آن روایت هم نیست، در این تفسیر علی بن ابراهیم آمده است سند روشنی ندارد، یعنی در کتاب سندش صحیح است اما تفسیر برای علی بن ابراهیم نیست که اوفوا بالعقود یعنی العهود، خیلی عجیب است؛ یعنی وجوب وفا فقط به عقد نیست، به عهد هم می خورد. لکن معروف این است که به عهد وجوب وفا ندارد؛ این یک اصطلاح فنی است ها، این اصطلاحات فنی را دقت کنید. و بنده‌ی سرا پا تقصیر عرض کردم ما در قرآن یک موردی داریم که «کیف تأخذونه و قد افضی بعضکم الی بعض و اخذن منکم میثاقاً غلیظاً»؛ زن‌ها با یک میثاق، میثاق همان عهد است. در خود قرآن دارد «و ان کان من قوم بینکم و بینهم میثاق»، میثاق یعنی عهد.

امروزه در کشورهای عربی همین لفظ کنوانسیون که توی ایرانی‌ها می‌گویند، آن را تعبیر به معاهده می‌کنند، میثاق می‌کنند؛ کنوانسیون بین الملل می‌گویند میثاق الدولی، میثاق الدولی یعنی کنوانسیون بین المللی. در خود قرآن اصل این مطلب که کشور اسلامی می‌تواند با یک کشور دیگری میثاق و تعهدنامه داشته باشد این امضا شده است اصل این مطلب. این نکته‌ای است خیلی نکته جالب توجهی است، خوب دقت کنید چون در بین علمای اسلام رسم بر این بود، همان قرن‌ی که الان در بحث اصول عرض کردم بعد از زمان ملوکیت و این‌ها، یک کاری که بین فقهای اسلام شد که مسائل جدیدی که در دنیا پیش می‌آید چه کار بکنند، برنامه تقریباً به‌طور طبیعی این طوری شد؛ هر چیزی که اصل قرآنی داشته باشد آن را انطباق می‌دهند. مثل همین که در قرآن آمده «و ان کان من قوم بینکم و بینهم میثاق»، درست شد؟ یک تعهدی، یک کنوانسیونی بین شما و بین یک قوم باشد؛ این را خود قرآن دارد. این‌ها آمده‌اند تمام میثاق‌های دولی؛ می‌گویند می‌توانیم تعمیم بدهیم، چون اصل میثاق قرآن اثباتش کرد. دقت کردید چه می‌خواهم بگویم؟ اصل میثاق در قرآن آمده، این خیلی نکته مهمی است که در استنباط خیلی تأثیرگذار است. اصل میثاق در قرآن آمده، ما می‌توانیم میثاق‌های بین المللی را هم با این امضا بکنیم، چون همیشه قرآن قبول کرده است که اصل میثاق باید به آن عمل بشود.

آن وقت در آیه مبارکه دارد که «کیف تأخذونه»، این «تأخذونه» به مهر برمی‌گردد، چطور شما این مهر را از زن‌ها می‌گیرید و «قد افضی بعضکم الی بعض»، «افضی» کنایه از آن آمیزش جنسی است چون در قرآن لامستم و این‌ها دارد کنایه دارد، یکی اش هم «افضی» است؛ دیگر نمی‌خواهم معنا کنم. و «اخذن منکم»، یکی دیگر اینکه اضافه بر اینکه «افضی بعضکم الی بعض»، و «اخذن منکم» زن‌ها از شما میثاق غلیظ گرفته‌اند؛ مراد از میثاق غلیظ عقد نکاح است. در قرآن به‌جای اینکه تعبیر بشود میثاق مؤکد، عهد مؤکد، تعبیر شده است به میثاق غلیظ. یعنی زن به شما گفت که «زوجتک نفسی» به این قدر، وقتی که این مطلب را گفت، پس هم چنان که با این کلمه؛ خوب دقت کنید، با این کلمه زن زوجه شما می‌شود، با همین کلمه هم این پول به‌عهده شما می‌آید؛ آن میثاق غلیظ است یعنی این، با همین کلمه این مهر و لذا اگر ما باشیم و طبق قاعده، طبق قاعده باید مرد هر صورتی که زنش را طلاق بدهد مهر را کامل بدهد.

روایت آمده است که در باب طلاق اگر قبل از دخول بود نصف مهر است و لذا در عده‌ای از موارد که مثلاً نیست گفته‌اند نه آنجا مهر کامل؛ مثلاً متعه، در باب متعه اگر زنی را متعه کرد حالا فرض کن ۱۰ ساعته، یک روزه، ۱۰ روزه، ۵ روزه و بعد مهری قرار داد، طلاقش داد؛ یا مدتش را بخشید، چون طلاق ندارد، آنجا باید مهر را کامل بدهد. چرا؟ چون طلاق نیست آنجا. نصف مهر، تنصیف مهر علی خلاف القاعده است، دقت کردید؟ امری که علی خلاف القاعده شد مورد خودش است؛ یا اگر زن مرد یا اگر زن شوهر مرد، اینجا البته روایت چندتا روایت داریم که مهر نصفه می‌شود، اما روایت هم داریم که تنصیف می‌شود. ما باشیم و مقتضای قاعده، تنصیف باید بشود نه کامل باید بدهد، چون عنوانی که هست عنوان طلاق است؛ عرض کردیم طبق قاعده؛ روشن شد؟ طبق قاعده باید مهر را کامل بدهد، این میثاق غلیظ هم چنان که با این لفظ زوجیت حاصل شد، انشاء است دیگر، زوجیت حاصل شد، در ضمن آن هم مهر حاصل شد، فرق نمی‌کند یکی است.

«کیف تأخذونه»، چطور می‌خواهید مهر از این زن بگیرید؟ و «قد افضی بعضکم الی بعض و اخذن منکم»، زن‌ها... چون عقد نکاح هم از طرف زن خوانده می‌شود، زن می‌گوید «زوجتک نفسی»؛ عرض کردیم مرحوم آقای خویی نوشته‌اند زوجیت یک امر قائم بین طرفین است و لذا هر دو طرف می‌شود؛ نه، این قبول نکردیم فقها معظم. زوجیت درست است قائم بین طرفین است، اما انشاءش از طرف زن است؛ ایجاب از طرف زن است. از طرف مرد را ایجاب نمی‌دانند؛ حتی خوب دقت کنید، حتی اگر مثلاً جوری بشود که مرد اول بگوید، روایت داریم این طور روایت داریم؛ اگر می‌خواهد؛ دقت کنید، اگر زن می‌خواهد ایجاب بکند می‌گوید «زوجتک نفسی»، اگر مرد بخواهد انجام بدهد این کار را که قبول مقدم بشود اصطلاحاً می‌گویند قبول مقدم، آن می‌گوید «اتزوجک» نمی‌گوید «زوجتک»، اتزوجک علی کتاب الله، در روایت ابان بن تغلب است؛ اتزوجک علی کتاب الله و سنة نبیه بكذا و كذا، لمدة كذا بكذا، ببینید؛ در روایت دارد فاذا قالت نعم فهی زوجته، اصطلاحاً به این نمی‌گویند ایجاب را مرد انجام داد؛ اصطلاحاً به این می‌گویند مرد قبول را مقدم کرد، دقت می‌کنید؟ آنجا صیغه ماضی بود باب تفعیل بود، اینجا صیغه مضارع باب تفعیل هم است؛ دوتا باب، خیلی ظرافت کار این نکته‌ای است که در کارها است. این می‌خواهد به همان بحثی را که اول مطرح کردم، این‌ها را به آن اصطلاحاً عرض کردیم ما «عقد شکلی» داریم، «عقد رضایی» داریم.

عقد شکلی عقدهایی است که دارای شکل معینی است، ضوابط معینی دارند. مثلاً بیع در فقه اسلامی ما شکلی است، یعنی صیغه معین، لفظ معینی می‌خواهد؛ فرض کنید به اینکه متعاقدين می‌خواهد، شرایط متعاقدين، شرایط عوضین می‌خواهد. این را اصطلاحاً می‌گویند عقد شکلی؛ عقدی است که شکل معینی دارد. الان هم در کنوانسیون بین‌المللی یک چیزهایی است که این‌ها شکلی است یعنی منظم است. در مقابلش عقد رضایی است؛ دقت کنید، عقد رضایی این است که شکل ندارد، با همدیگر اتفاق می‌کنید. مثلاً من می‌گویم آقا این خانه را به شما فروختم تا مدتی یک ماه شما این قدر بدهید، من مثلاً برای شما بنشین توی خانه‌ات تا دو ماه این قدر بدهید، بعد از سه ماه توی خانه بنشینید، بعد مثلاً فصل بعد

این قدر بدهید؛ این پول کل خانه می شود؛ یعنی قراردادی است که خودمان امضا، ایجاد می کنیم؛ تویش بیع است، اجاره است، جعاله است، چندتا عقد را با همدیگر مخلوط می کنید. دقت می کنید؟ این را اصطلاحاً به آن می گویند عقد رضایی. سابقاً هم چند دفعه مطرح کردم و عرض سنهوری که این کتابش در حدود ۷۰ سال قبل نوشته، اعتقادش این است که با وضعی که الان ما در سطح جهانی داریم، خوب دقت کنید، طبع روابط بین الملل اقتضا می کند رو به عقد رضایی بروند؛ عقدهای شکلی کم می شود. و طبیعتاً ما عرض کردیم عقد رضایی یک مشکل کلی دارد، چون مثلاً می گوید آقا این تا یک ماه این قدر می دهیم ماه دوم مثلاً این قدر می دهیم ماه سوم بعد اجاره باشد بعد دومرتبه این قدر نصف خانه ملک شما بشود؛ یک جمع بین اجاره و بیع و این ها. حالا اگر سر ماه نشد و این پول را نداد، مشکل درست می کند دیگر.

ما عرض کردیم عقد رضایی، خوب دقت کنید، از مصادیق غرر است؛ عقد رضایی. یک متنی است نهی النبی عن الغرر، یک متن دیگر است نهی النبی عن الغرر؛ نه بیع. اصولاً معامله ای که در آن غرری باشد پیغمبر نهی کرد؛ عرض کردیم غرر در لغت عربی هم تفسیر شده به معنای خدعه و نیرنگ، هم تفسیر شده به معنای جهل، هم تفسیر شده به خطر که ما به فارسی می گوئیم ریسک؛ غرر همان ریسکی است در فارسی لفظ خارجی را به کار می بریم، خطر. و مرحوم آقای نائینی قدس الله نفسه می فرمایند صحیحش این است که این سه تا معنا طولی اند؛ اصلاً نهی النبی عن الغرر در طول هم هستند. اولاً جهل است، دو جهل منشأ می شود برای اینکه خدعه در کار بیاید، خدعه در منشأ می شود برای اینکه خطر پیدا بشود. پس ما هر سه معنا را می توانیم بکنیم؛ هم جهل باشد و لذا فقهای ما در اینکه باید علم به عوضین باشد به همین روایت تمسک کردند.

به همین مناسبت مرحوم نائینی می فرمایند درست است هر سه معنا اصطلاحاً سه تا معنا در عرض هم نیستند، سه تا معنا در طول هم هستند؛ غرر به معنای جهل است، جهل منشأ خدعه است، اگر آدم جاهل بود سرش کلاه می گذارند، منشأ نیرنگ است، اگر سرش کلاه گذاشتند در خطر واقع می شود؛ پس می توانیم بگوئیم نهی النبی عن الغرر شامل همه می شود؛ هم جهل می شود، هم خدعه و نیرنگ می شود و هم خطر ریسک داشته باشد. این جور معاملات دائماً در معرض ریسک است؛ دائماً. یعنی چون ممکن است یک قسطش بعد از دو ماه با پس انداز نشود بعد از سه ماه نشود، این مشکل پیش می آید دیگر؛ طبیعی است اصلاً.

و لذا حتی المقدور سعی کلی؛ البته هست این ها با تمام این ریسکی که هست ببینید بشر امروز خیلی کله شق است دلش می خواهد ریسک انجام بدهد، اما هنوز که هنوز است در خیلی از این کنوانسیون های؛ البته در کنوانسیون های بین المللی سعی می کنند بیشتر شکلی باشد، یک قواعد کلی داشته باشد؛ اما باز هم باز مواردی پیش می آید که جنبه رضایی دارد. و خود سنهوری در این کتاب بیعش نوشته بیع در پیش ما عقد رضایی است؛ اشتباه کرده است، بیع عقد شکلی است. دقت کردید چه شد؟ بیع اگر عقد شکلی شد شرایط می خواهد.

اینکه می‌گوییم الکلام فی شروط المتعاقدين، الکلام فی شروط العوضين، روشن شد؟ اگر عقد رضایی باشد کلام نمی‌خواهد دیگر، شروط متعاقدين نمی‌خواهد، شروط عوضين نمی‌خواهد. روشن شد؟ اینکه مرحوم شیخ فصلی را در شروط؛ مثلاً صیغه، صیغه باید به چه شکل باشد؛ آیا به مضارع می‌شود انجام داد یا نه، مثل ابی‌عک هذا الكتاب؟ آقایان گفته‌اند نمی‌شود.

این نکته را هم دقت بفرمایید خیلی لطیف است اینجا بگوییم و قبلاً هم سابقاً گفتیم، چون به اصطلاح عقود جزو امور انشایی هستند؛ عرض کردیم امور انشایی اعتباراتی هستند که انجام می‌دهد؛ اعتبار را ان شاء الله من توضیح می‌دهم به دو شکل اساسی قانونی و اعتبارات شخصی می‌گیرند. اعتبارات قانونی همین قوانینی است که هست، اعتبار شخصی آنچه که شما اعتبار می‌کنید؛ عقود، ایقاعات، قسم، این‌ها همه جزو اعتبارات شخصی هستند. مثلاً این کتاب به شما فروخته به این قدر، ممکن است قیمت کتاب در بازار بیشتر باشد ممکن است کمتر باشد؛ اعتبار شخصی است این، عقود اعتبار شخصی هستند. در این اعتبارات شخصی نکته اساسی، چون امر اعتباری، این را مرحوم آقای طباطبایی در اصول فلسفه دارد در اعتبارات؛ ادراکات اعتباری، البته بعضی‌ها گفتند ایشان ادراکات اعتباری قانونی هم دارد؛ آنچه که ما خواندیم اعتبار ادبی است، اعتبارات قانونی‌اش کم است، خیلی کم است. و ما بالعکس آنچه که بحث می‌کنیم اعتبارات قانونی است بیشتر، نه اعتبارات ادبی؛ اعتبارات ادبی که ایشان فرمودند ما کمتر مراد داریم؛ اعتبارات ادبی مثل تشبیه، مثل مجاز، زید اسد، این‌طوری؛ به این می‌گویند اعتبار ادبی. اعتبار قانونی این واجب است، حرام است، این مال توسع، مال من است؛ این‌ها هم اعتبار قانونی هستند. این فرق بین اعتبارین. ان شاء الله توضیحاتش می‌آید.

بینید؛ در اعتبارات؛ در امر اعتباری، قوام امر اعتباری دقت کنید؛ یک، اینکه این چیز نیست، این باید احراز؛ قبول بکنیم؛ دو، ما می‌خواهیم او را ایجاد بکنیم، این نکته اساسی است؛ سه، ایجاد این معنا با لفظ است، با لفظ او را ایجاد می‌کنیم؛ چهار، دقیقاً لفظی را باید بیاوریم که دقیقاً همان معنای اعتباری را اراده بکند؛ خیلی نکته ظریفی است. مثلاً اگر بگوید بعتک سکنی هذه الدار، سکنای این خانه را به تو دادم؛ این اجاره نمی‌شود، چون بعت در لغت برای نقل عین است؛ شما می‌خواهید نقل منافع بکنید، نقل منافع آجرتک هذه الدار است؛

یکی از حضار: این شکلی باشد تحول می‌شود.

آیت الله مددی: آها، مگر آن‌طور بشود. دقت کردید؟ بعتک، و لذا این مثال هم زدیم بعتک بلا ثمن؛ بعضی‌ها آن‌ها هدیه می‌شود، آن تحول به عقد آخر. هدیه می‌شود، هدیه صحیح؛ بعضی‌ها هدیه فاسد، البته بیع فاسد الی آخره؛ بعضی‌ها بیع صحیح لکن به ثمن المثل بر می‌گردد. لکن عرض کردیم رأی پنجم صحیح است که اصلاً این عقد باطل است، کلاً باطل است بعتک بلا ثمن باطل است. چرا؟ چون ما بیع را عقد شکلی می‌دانیم؛ یک، دو، در عقد شکلی شما باید لفظی را به کار ببرید که دقیقاً همان معنا را بگوید. و در لغت عربی ما برای امور انشایی لفظ کم داریم، مثل امر

صیغه افعّل. لذا در امور انشایی آمده‌اند از جملاتی، از الفاظی که اساساً خبری هستند وام گرفته‌اند، دقت کردید چه شد؟ اساساً الفاظی که وضع برای معانی خبری بوده برای اخبار بوده از او وام گرفته‌اند؛ مثلاً بعثک داری، این بعثک خبر است دیگر خانه‌ام به تو فروختم. چرا این کار را کرده‌اند؟ چون آمدند دیدند یک، ما می‌خواهیم بگوییم آقا این معنا مسلم است، این قطعی است، بیع قطعی است؛ اگر می‌خواهیم بگوییم قطعی است صیغه ماضی بیاوریم چون صیغه مضارع قطعی اثبات نمی‌کند. اگر گفت ابی‌عک، معلوم نیست قطعی این کار؛ فرداً مثلاً به تو فروختم؛ ممکن است الان مراد باشد. پس ما باید یک لفظی را بیاوریم که دلالت بر قطعیت بکند؛ آن لفظی که دلالت بر قطعیت می‌کند صیغه ماضی است. ولو صیغه ماضی در لغت عربی وضع شده برای اخبار، لکن چون برای این الفاظ در لغت عربی وضع نشده است؛ آمده‌ایم از وام گرفتیم از الفاظی که برای اخبار است، از آن‌ها وام گرفتیم. لذا گفتیم بعثک، صیغه ماضی به کار بردیم، دقت کردید؟ تا دلالت؛ و لفظ بیع را هم به کار بردیم؛ مثلاً لفظ اجاره می‌گوییم آجرتک.

این نکته اساسی است مال این جهت که اگر عقود را شکلی بدانیم این قواعد باید مراعات بشود؛ اگر عقود را رضایی بدانیم لازم نیست. این تمام روشن شد؟ پس کلامی را که الان مرحوم شیخ دارند در این جلد سوم؛ الکلام فی شرائط المتعاقدين، ان شاء الله در جلد چهارم الکلام فی شروط العوضین، جلد چهارم بیع است این تجزیه این کتاب؛ چرا شروط عوضین، معاوضین، صیغه چرا آوردند این نکته را؟ نکته‌اش این بود که بیع عقد شکلی است، نه عقد رضایی. آن وقت چه آثاری بیع دارد؟ چه التزاماتی دارد؟ شما باید تسلیم بکنید، باید تسلیم بکنید؛ تمام این آثار در وقتی است که شما آن شکل را مراعات بکنید، دقت کردید؟ در عقد رضایی خودتان باید ذکر بکنید آثار را، روشن شد؟ نکته فنی را ملتفت شدید؟ در عقد رضایی شما باید بگویید کی من از تو خانه می‌گیرم، کی تویش اجاره می‌کنم، کی می‌نشینم؛ این‌ها را شما باید بگویید؛ اما در عقد شکلی لازم نیست، همان شکل را انجام می‌دهید تمام آثار بار می‌شود؛ یعنی فرق؛ روشن شد؟ چه نکته‌ای دارد؟

و لذا عقد شکلی غرر ندارد، نمی‌دانم روشن شد نکته؟ چرا؟ چون عقد شکلی آثار خودش را دارد، اگر شما با این شرایط انجام دادید می‌شود بیع؛ اگر بیع شد این آثار را دارد، نقل و انتقال هست، این هست آن چنان هست، انتقال زمانش کی خواهد شد الی آخر مباحثی که ما در بیع می‌خوانیم در عقود می‌خوانیم. یک نکته‌ای است که کلاً شما الان در قواعد حقوق بین الملل با آن روبرو هستید که آیا این عقد، عقد شکلی است یا عقد یا عهد، عهدی که هست تعهدی است کنوانسیون یا پروتکل که به اصطلاح عقدها باشد؛ قراردادهایی که داریم، قراردادهای مثل عقد است یعنی بالاتر از عهد است بالاتر از کنوانسیون. این‌هایی که هست به چه شکلی خواهد بود، این تابع این نکته است که ما عرض کردیم. اگر بنا بشود کاری بشود به نظرمان برای اینکه جلو غرر گرفته بشود؛ حالا من نمی‌خواهد مثال بزنم، بعضی مشکلات که پیدا می‌شود الان هم پیدا شده مال همین جهتی که این به صورت عقد رضایی بوده و طبیعت عقد رضایی غررآفرین است، طبیعتش است اصلاً.

مگر اینکه غرر را تحمل نکنیم چیزی نگوییم؛ غربی‌ها غالباً این جوری است چیزی نمی‌گویند والا غرر آفرین است، غرر می‌آورد دنبالش. دیگر نمی‌خواهم وارد تطبیقات خارجی بشوم. این یک نکته اساسی است.

آن وقت این چه ربطی به ولایت پدر و مادر دارد؟ چون شیخ فرمودند متعاقدين يا بايد بالغ باشند يا مأذون از طرف مالک باشند. وقت مأذون هم به دو قسم است؛ يا مأذون از طرف شارع است، این پدر و مادر است؛ ولایت پدر و مادر، ما این مورد را متعرض شدیم. يا مأذون از طرف خود مالک است، مثل وکالت و این‌ها؛ به آدم وکالت می‌دهد مالش را بفروشید. پس بنابراین بیع عقد شکلی است، متعاقدين هم باید شرایط خاصی داشته باشند، عوضین هم شرایط خاص داشته باشند، روشن شد؟ جزو شرایطی را که شیخ قدس الله نفسه آورده مسئله ولایت اب و جد است؛ این ولایت اب و جد را به این مناسبت شیخ آورده، به مناسبت اینکه این‌ها مأذون‌اند از قبل شارع؛ شارع اجازه داده به پدر که در اموال پسر تصرف بکند. پس می‌شود يا خود مالک باشد يا کسی که مأذون است از طرف مالک است مأذون است. مأذون يا از طرف مالک است يا از طرف شارع است. اصطلاحاً به آن می‌گویند اذن شخصی، اذن شرعی. البته این نکته را هم دقت کنید آقایانی که؛ چون ما آقایانی که فارسی‌زبان‌اند مشکل؛ کلمه شرعی در لغت عرب امروز به معنای قانونی، نه شرعی یعنی دینی؛ شرعی پیش ما یعنی دینی. در اصطلاح در کتب عربی می‌خوانید وقتی می‌گوید اذن شرعی، شرعی یعنی قانونی، اذن قانونی؛ کلمه شرعی در کتب جدید عرب به معنای قانونی است. در کتب ما روحانیت به معنای شرعی یعنی دینی، دین اجازه بدهد. این دوتا را با همدیگر فرق بگذارید. اذن يا اذن قانونی است که به اصطلاح امروز شرعی است، يا اذن، اذن شخصی است، شخص اجازه می‌دهد. دقت کردید؟ رضا يا رضای قانونی است يا رضای شرعی است، يا رضای شخصی است. من راضی هستم یک دفعه شارع راضی است، شارع این رضا را حساب می‌کند؛ یک دفعه نه، خودتان انجام می‌دهید. اگر خودتان بود می‌شود شخصی، اگر شارع بود می‌شود شرعی می‌شود قانونی؛ این روح مطلب روشن بشود.

لذا مرحوم شیخ قدس الله نفسه در اینجا متعرض ولایت اب و جد شده‌اند. چون من یک مقداری اش را می‌خواهیم از بحث از اول درست بشود، برای انسجام بحث از اول می‌خوانیم که مثلاً همین الان هم عرض می‌کنم که بحث تا کجا رسیده بود و الان کجا می‌خواهیم متعرض شویم ان شاء الله تعالی.

یکی از حضار: شکلی بودنش در طول تاریخ ممکن است تغییر بکند، عقد شکلی باشد ولی شکل عوض بشود؟

آیت الله مددی: طبیعتاً هست دیگر، ما سعی مان این است که بگوییم در شریعت مقدسه شکلی که در اول بوده محفوظ مانده؛ اما در قوانین بشری می‌شود عوض بشود، چرا. در قوانین بشری حتی آثار عوض می‌شود؛ مثلاً الان ببینید شما بیع اثری که بیع را دارد به معنای تملیک است وقتی

گفتند بعثت کتاب ملک شما می شود با کلمه بعثت ملک شما می شود. روشن شد؟ کافی است. اما در قوانین روم باستان ملک الکتاب ابتدائاً به معنای تملیک بود بعد عوض شد؛ به معنای اینکه اباحه کردم، التزام دادم، التزام شما باشد. ببینید؛ چه وقت ملک طرف می شود؟ وقتی که ببرد خانه تصرف بکند ملکش می شود، وقتی گرفت از شما ملکش می شود.

سنهوری نوشته به خاطر اینکه در روم باستان تدریجاً مسئله حمله به کشورهای دیگر و بردگی زیاد شد، معاملات را غالباً دیگر برده ها انجام می دادند. آن وقت به برده نمی گفت کتاب به تو فروختم، خب برده که مالک نبود. التزام می داد، یعنی التزام می داد که اگر تصرفی شد مالکانه باشد؛ وقتی برده این را برد خانه، مالک اصلی تصرفی کرد آن وقت ملک می شد.

یکی از حضار: آها یعنی تصرف ملکیت می آورد یا...

آیت الله مددی: ها، تصرف ملکیت می آورد. الان هم در قوانین به نظرم قانون فرانسه است یا قانون آلمان است؛ هنوز همین مبنا را دارند، همین بنای روم باستان دارند. اما در فقه اسلامی ما نه، خود عقد تملیک است، دقت کردید؟ خود عقد تملیک است. البته یک نکته فنی و قانونی هم باز بگویم حالا چون این ها کمتر جایی مطرح می شود، ما در شریعت مقدسه داریم «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال مالک»؛ این با آن قانون التزام روم باستان می خورد. و لذا آقایان گفته اند این خلاف قاعده است، این حکم خلاف قاعده است؛ چون اگر من عقد بستم تملیک شد حالا فرض کنید من این کتاب مال شما فروختم این قدر، گذاشتم اینجا که بیایم بردارم دزد آمد برد؛ می گویند از مال من حساب می شود برمی گردد به من؛ خب اگر تملیک است باید از مال مشتری باید حساب بشود. دقت کردید؟ می گویند نه، هنوز مشتری نگرفته از مال مالک حساب می شود.

لذا خوب دقت کنید، اصطلاحاً به این؛ ما در فقه مان اسمش را گذاشتند قبضی که انتقال ضمان می دهد، این اصطلاح فقهی ماست؛ قبض در اینجا انتقال ضمان می دهد. یعنی مالک وقتی آمد کتاب را گرفت، مشتری کتاب را گرفت، ضمان از من به او منتقل می شود، تا نگرفته من ضامنم؛ اگر تلف شد به عهده من است، آن که گرفت به عهده او می شود. این با قانون روم باستان می خورد؛ روشن شد؟ از نظر قانونی با آن می خورد، که با مجرد عقد تملیک نیست. خیلی دقت کنید ظرافت هایی در مطالب هست که این ها خیلی مهم است؛ یعنی خیال نکنید خیلی مثلاً همین قوانین غربی و این ها کشک و مشکلی خیلی صحبت کرده داشتند، خیلی ها روش فکر کردند. حالا قبول نداریم بحث دیگری است؛ در مثل قانون فرانسه است، آلمان است آن ها هم هنوز همین مطلب می گویند، یعنی تا تصرف نکند ملک نمی شود. بعد از؛ نه تصرف، وقتی بگیرد؛ تا نگرفته مشتری ملک نمی شود. لذا این اثر خیلی راحت بار می شود؛ اگر تلف شد از مال مالک است چون ملک نشده؛ اما ما که می گوئیم ملک می شود مشکل پیدا کرده است علی خلاف القاعده است، دقت کردید؟

و لذا اینجا معتقدند علی خلاف القاعده است، عقد فسخ می شود برمی گردد به ملک مالک؛ خب این خلاف قاعده است دیگر. اما با آن قانون التزام می سازد، نه قانون تملیک؛ با قانون التزام می سازد، با قانون تملیک نمی سازد. دقت کنید تمام این مطالب یک ظرافت هایی است که باید دقت کرد در آن مراعات بشود. بله آقا؟

یکی از حضار: شرط مقارنی که داشتیم با شرط متأخر نمی شود؟

آیت الله مددی: نه شرط مقارن نه شرط متأخر؛ هر وقت، هر وقت گرفت، تصرف یعنی قبض، نه اینکه تصرف؛ من تصرف را گفتم اجمالاً گفتم، قبض؛ قبض که کرد طرف، آن وقت انتقال؛ در اصطلاح ما در کتب فقهی ما گفته اند انتقال ضمان. چون این قبض انواع مختلف دارد، دیگر نمی خواهم وارد قبض انواع بحث قبض بشوم؛ یک قبض برای خود ملکیت است مثل در باب هبه؛ اگر گفت وهبتک تا قبض نکند مالک نمی شود، یکی از حضار: تصرف لزومش...

آیت الله مددی: آها، دقت کردید؟ تا قبض نکند نمی شود و تصرف که کرد لزوم می آورد. بعد یک قبض هم است اینجا، این قبض در اینجا برای نقل است، برای انتقال ضمان است. تا قبل از قبض، ضمانش به عهده بایع است، این علی خلاف القاعده است ها؛ بعد از اینکه او قبض کرد به عهده مشتری می شود، اگر مشتری کتاب را گرفت به دست خودش دزد برد او دیگر ضامن است، تا کتاب نگرفته اینجا باشد دزد برد من ضامنم من مالک ضامنم.

یکی از حضار: بازار مسلمین هم همین است آقا، قبض با قبض ملکیت می آید یعنی با پول را بدهی او را بگیری یا کارت خوان را بکشی...

آیت الله مددی: آن معاطات است آخر به خاطر معاطات، چون عقد جاری نمی کنند. بازار مسلمین معاطات درش زیاد است.

دقت فرمودید ان شاء الله تعالی؟ این مطلب روشن بشود. پس بنابراین مرحوم شیخ قدس الله نفسه بحث ولایت اب و جد را اینجا مطرح کرده، در شروط متعاقدين؛ شروط متعاقدين را چرا مطرح کرده چون بیع عقد شکلی است، باید این شکل معین پیدا بشود تا آن آثار بار بشود. این اختیار من و شما نیست، بعضی از آقایان نوشته اند که این مسئله عقد رضایی از قرن هفدهم میلادی و عصر رنسانس در اثر بیدار شدن؛ مثلاً این مسئله ای که در اروپا خیلی مطرح شد آزادی انسان، این ها از تبعات آزادی است؛ من آزادم شما هم آزادید هر جور می خواهیم قرارداد می بندیم، نمی خواهد مقید به یک شکلی بشویم. این از لوازم این سه قرن اخیر است که در غرب پیدا شده به خاطر آزادی از فروع آزادی است. من مقید بشوم بیع به یک شکل معین باشد چرا مقید بشوم؟ من آزادم مال خودم است.

عرض هم کردیم خدمتتان الناس مسلطون علی اموالهم معنای واقعی اش این است اصلاً؛ و این جزو قوانین روم باستان است، در ما روایت نیست آقایان نسبت دادند گفتند نبوی مشهور است اساس ندارد؛ اصولاً عباراتی که در آن «ناس» است غالباً روایت نیست؛ روایت غالباً «المؤمنون»، «المسلمون» این طوری است؛ اما مثلاً «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» این روایت نیست، حالا بعضی ها نوشته اند که تواتر هم دارد خدا رحمتش کند با هم بحث کردیم. اصلاً این روایت نیست؛ مرحوم ابن ادریس در سرائر دارد «معقد اجماعهم» علی ان «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز»، این را معقد اجماع گرفته؛ اصلاً حدیث واحد هم نیست خبر واحد هم نیست که بخواهیم بگوییم جبران به عمل اصحاب شده باشد، منجبر باشد.

علی ای حال ان شاء الله مطلب تا حدی روشن شد؛ «يجوز للاب والجد ان يتصرفا في مال الطفل بالبيع والشرء». ان شاء الله توضیحات ایشان، مرحوم شیخ در اینجا متعرض شده اند اما انصافاً خواهیم گفت نحوه ولایت که می گویند ولایت پدر و مادر، یعنی ولایت نیست اصلاً، چون معنای ولایت را ایشان متأسفانه در اینجا شرح نداده مرحوم شیخ در ولایت اب و جد؛ در ولایت فقیه متعرض شده معنای ولایت را چند احتمال داده در ولایت. ان شاء الله هم خود ما در اینجا متعرض می شویم.

بعدش هم ما در خود قرآن راجع به این مطلب آیاتی داریم که شیخ یکی اش را ذکر کرد؛ «و لا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن». یکی دیگر هم آیه مبارکه «حتى اذا بلغوا النکاح»، که اگر صبی رسید به مرحله «بلغوا النکاح»، کنایه از بلوغ؛ اگر مرحله بلوغ رسید، بالغ شد «فان آنستم منهم رشداً»، اگر دیدید این ها رشیدند تصرفاتشان درست است «فادفعوا الیهم اموالهم». ولایت بیشتر به اینجا می خورد، من توضیحات این مطلب بعد عرض می کنم ان شاء الله تعالی.

«و یدل علیه قبل الاجماع»، عرض کردیم مرحوم شیخ این یک اصطلاحی بود مثل جواهر و این ها گاه گاهی دارند؛ می گویند قبل الاجماع بعد الاجماع، اصطلاحی است قبل الاجماع بعد الاجماع. اگر گفتند قبل الاجماع یعنی اجماع حجت نیست چون دلیل دیگر داریم، این اجماع مستند به آن ادله است؛ اگر اجماع خودش حجت بود می گویند بعد الاجماع، یعنی اجماع یک حجت این هم حجتی دیگر اضافه می کنند؛ اگر گفتند بعد الاجماع یعنی اجماع در این مسئله حجت است، اضافه به اجماع این طوری می گوئیم. اما گفت قبل الاجماع، زیربنای اجماع این است، زیربنای اجماع روایت است. الان اصطلاحاً از زمان اخیر ما مثل مرحوم نائینی اجماع مدرکی؛ این ها اعتقادشان این است که اجماع اگر مدرکی بود یا محتمل المدرکیه بود به آن قبول نمی کنند. دیگر این یک تاریخی دارد که الان جایش اینجا نیست.

یکی از حضار: استاد عذر می خواهم اینکه فرمودید اجماع بعد از آن مدرک بفروماید که خودش بشود مدرک و حجت، اصلاً در بحث اصول هم

عقیده دارید این مسئله را چون اصلاً اجماع یک پدیده مجعول متأخر دینی است که شارع اصلاً برداشتی ندارد؟

آیت الله مددی: نه مجعول؛ نه مجعول نیست؛ اهل سنت چیز دارند اهل سنت...

یکی از حضار: امکان هست در عالم اثباتش هم محقق باشد؟

آیت الله مددی: خود اهل سنت...

یکی از حضار: محصل است که بفهمید که لا؛ یا این چیزی که محصل که لایحصل لایتحقق؛ یا منقولی که حجت نیست؛ اصلاً اجماع در

اصل واحد امکان ندارد در عالم اثبات؟

آیت الله مددی: خود اهل سنت هم این اشکال را دارند، خود اهل سنت عین این عبارت گفتند؛ احتیاج به این نگیرید اهل سنت، اصلاً سال‌ها

قبل از فخر رازی این‌ها که خب اجماع با اینکه اسلام منتشر شده شرق و غرب عالم را گرفته، چطور ما می‌توانیم اجماع علمای اسلام را جمع بکنیم؟

اصلاً تحصیل اجماع مشکل است، این‌ها نوشته‌اند اهل سنت نوشته‌اند.

یکی از حضار: پس این اجماع که آقایان...

آیت الله مددی: ما اجماعش تاریخ دارد، اجماعی که این‌ها می‌گویند تاریخ دارد حالا من شرحش در بحث اجماع گفتم اینجا جایش نیست.

«و یدل علیه قبل الاجماع الاخبار المستفیضة المصرحة فی موارد کثیره»، معذرت می‌خواهم. ایشان مرحوم شیخ فقط اشاره اجمالی کرده‌اند؛ یک

مقداری‌اش در حاشیه آمده، یک مقداری‌اش هم در منیة الطالب مرحوم نائینی آورده باب حجر و باب کذا روایاتی که در ابواب مختلف آمده. عرض

کردم این مسئله طفل و صبی در خود قرآن هم آمده اختصاص به او ندارد.

و ما احتمال؛ من نشد مراجعه کنم، احتمال قوی می‌دهم که در؛ حالا در کتب چیز هم آمده در کتب قانون جدید هم هست و بحث‌های خودش؛

احتمال می‌دهم در اصل این‌ها هم ریشه‌هایش در کتاب قانونی معروف، فتوای معروف یهود به نام مشنا، مشنا به اصطلاح لفظ عبری است به معنای

المثنی. این‌ها یک کتابی نوشتند المثنی تورات، چون سفر دوم تورات لاویان یا تثنیه این متعرض احکام است؛ در تورات پنج سفر است سفر دومش

متعرض احکام. این‌ها برداشتند علمای یهود، ربیون به اصطلاح، ربیون یهود مفصل احکام را نوشته‌اند خیلی هم متن قشنگی است قانون، من دارم

کتابش را پنج، شش جلد است؛ من متن عربی‌اش را دارم که خیلی شرح دارد، شرحش تلمود است. مشنا زیربنای کلمه المثنی عربی است، المثنی؛

و تلمود هم زیربنای ریشه کلمه تلمیذ عربی است، تلمود یعنی تعلیم، آموزش، تلمیذ هم کسی که یاد می‌گیرد شاید دانشجو به اصطلاح. این تلمود

هم یک لفظ عبری است که به لفظ عربی تلمیذ از آن گرفته شده است؛ و المثنی از لفظ مشنا. این در این احکام به اصطلاح تورات آمده، احکام

یهودی آمده آن‌هایی که در تورات نیست؛ اصطلاحاً سنن شفاهی حضرت موسی. تورات سنن و حیانی حضرت موسی است احکام و حیانی است؛ این‌ها احکامی است که خود حضرت موسی قرار داده. این مشنا تقریباً می‌شود گفت شبیه بخاری پیش مسلمان‌هاست مثلاً، شبیه او؛ شش جلد است شش تا باب دارد، یک بابش نساء فلان؛ فکر می‌کنم احکام اطفال را یا دیدم یا دارد. به هر حال الان تازه مراجعه نکردم از این بیماری و گرفتاری‌هایی که داریم مراجعات ما هم خیلی کم شده است.

علی ای حال من فکر می‌کنم آنجا هم داشته باشد؛ یعنی خود یهود هم چون عرض کردم چند دفعه کراراً پیغمبر اکرم در مکه که بودند، اهل مکه نه قانون مدنی داشتند و نه قانون دینی داشتند؛ حتی عباداتی مثل مثلاً حج انجام می‌دادند اما قانونی نبود، مثلاً اگر شک در طواف کردند بین دو و سه چه کار کنن سه و چهار چه کار کنن چنین چیزی نداشتند؛ خب مثل به نظرم مثلاً بهائمی چه دور کعبه می‌چرخیدند؛ «و ما کان صلاتهم عند البیت الا تصدیه و مکاء»، همین جوری جیغ می‌زدند سوت می‌زدند الی آخره.

علی ای حال اما پیغمبر که مدینه آمدند، مدینه قانون مدنی نبود، خوب دقت کنید؛ اما قانون دینی بود. قانون دینی‌شان دوتا بود؛ یک خود تورات، دو مشنا؛ مشنا در مدینه بود، چون مشنا در سال ۴۱۷ میلادی تکمیل شد، تکمیل پیش یهود. دقت می‌کنید؟ کتاب مشنا ۴۱۷ میلادی یعنی ۴۰۰؛ ۲۱۷ حواسم پرت شد؛ می‌خواستم بگویم ۴۰۰ سال اشتباه کردم؛ ۴۰۰ سال قبل از اسلام، ۴۰۰ سال قبل از اسلام کتاب مشنا تکمیل شد، مشنا؛ اهل مدینه هم به آن مشنا می‌گفتند چون عربی وقتی می‌خواهند فارسی بکنند مثل نیشابور، نیشابور نیشابور می‌گویند. علی ای حال نشد من آنجا مراجعه کنم اما فکر می‌کنم آنجا هم داشته باشد؛ ما احکامی که در مدینه، البته پیغمبر در مدینه قانون دینی را آوردند، احتمال می‌دهیم که خیلی تعابیر مثلاً مثلاً قانون دینی از همین، چون مسیحی‌ها هم ندارند این تعابیر را؛ از تعابیر رایج بین یهود، لکن چون تحریف شده بود تعابیر صحیح؛ همین تعبیر لطیف قرآن «انزلنا علیک الکتاب مهیناً»، این قرآن مهین است بر کتاب‌های سابق، یعنی غلط‌ها را درست می‌کند صواب‌ها را تصویب، هم تویش صواب دارند هم تویش غلط دارند درست کرده کارها را درست. و مشنا در مدینه رایج بود و یهود مدینه به مشنا عمل می‌کردند؛ اصولاً یهود به طور کلی به مشنا عمل می‌کنند الا یک طایفه قرائیم، شبیه معتزله ما هستند که خبر واحد را حجت نمی‌دانند، آن‌ها هم یک عده‌ای از یهود هستند. آن تاریخ در مدینه ما نداریم؛ و یکی از مشکلاتی که بعد پیدا شد این عمر عقیده‌اش این بود که اگر سنن پیغمبر را بنویسی مثل مشنا می‌شود، مشنا که مشنا است و لذا جلو تدوین سنت را گرفت. یعنی عمر نمی‌دانم حالا چون عمر مسلم با میراث یهود آشنا بود، اصلاً عبری بلد بود عبری می‌خواند توراتی می‌خواند آشنا بود با میراث یهود، بیاورید بگذارید اشکال ندارد. اما مشنا را قبول نداشت صراحتاً می‌گفت مشنا را قبول ندارم؛ در کتاب محلی ابن حزم جلد ۱۱ آمده،

متن کامل مطابق با صوت دروس خارج فقه حضرت آیت الله استاد حاج سید احمد مددی الموسوی (حفظه الله)

یکشنبه - ۲۰۲۶/۰۹/۰۶ - ۱۴۰۵/۰۶/۱۵

موضوع: خارج فقه - مکاسب بیع

صفحه ۱۳

جلسه: ۱

یکی از حضار: گفتند یهودی است؛

آیت الله مددی: بله حالا غیر از یهودی بودن خودش.

علی ای حال این هم یک چیز عجیبی است. آنجایی که ما داریم شواهد در مدینه یهود مدینه قبول داشتند مسنا را، عمر می گوید من قبول ندارم،

فقط آن و حیانی را قبول دارم سنن خود حضرت موسی را قبول ندارم؛ اینکه حضرت موسی سنن داشته باشند قبول ندارند.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين