

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

بحثی که مرحوم شیخ مطرح فرمودند و اصولاً در فقه اسلامی مطرح شده در مقبوض به عقد فاسد است، البته در مقبوض به عقد فاسد به طور طبیعی یک بحث کبروی داریم، یک بحث کلی داریم که اگر عقد فاسد بود مثلاً آثاری بر آن بار شد این چجوری است؟ یک بحث صغروی هم در آن هست که در خلال بحث ها به آن اشاره می کنیم غیر از بحث کبروی، مثلاً ممکن است در باب مقبوض به عقد فاسد در عقد بیع یک چیز بگوییم و در عقد نکاح چیز دیگری بگوییم، در باب عقد نکاح نکته اش با نکته بیع فرق بکند پس بنابراین وقتی صحبت مقبوض به عقد فاسد می شود بحث در حقیقت دو جور است، یکی بحث به صورت کلی است که اگر مقبوض به عقد فاسد بود، البته الان بحث در بیع است و بیع فاسد است لکن در عقد فاسد هم بحث می آید یعنی فرق نمی کند. این عقد فاسد احتمالاً کلام شیخ عهد ذکری باشد یعنی مراد بیع فاسد است.

و عرض کردیم ادعای اجماع شده که انسان اگر عقد فاسدی واقع شد، آن وقت فرقی هم نمی کند هر دو عالم باشند فاسد بوده یا هر دو جاهل باشند، یکی عالم و یکی جاهل و آن نکته بیشتر مهمش همان چیزی است که اینها جاهلند، هر دو جاهلند که این عقد فاسد است و معذک انجام دادند و بعد فهمیدند عقد فاسد بوده، از آثارش همین ضمان است و ضامن است، به این معنا که اگر ثمن یا مثن یا هر دو تلف شد باید بدلش را بدهند، بدل حقیقیش را بدهند، می گویند عقد فاسد بوده، حالا کتاب را به پتو خریده باید بدل پتو را بدهد، بدل کتاب را بدهد، ممکن است بیشتر یا کمتر حساب بشود. بحث سر این قسمت بود چون این شبهه هست که به هر حال عقد فاسد بوده مخصوصاً اگر جاهل باشد، بالاخره خود مالک داده، مالک کتابی در اختیارشان قرار داده است و چون با اذن مالک بوده مقتضای قاعده نباید ضامن باشد.

آن وقت مدرک را همین اولاً روایت علی الید گرفتند، ان شا الله خواهد آمد باز بحث بعدی و بعضی از بحث های بعدی که حالا مرحوم شیخ ندارد و ما باز متعرض می شویم ان شا الله که مدرک را همین روایت ما یضمن بصحیحہ یضمن بفاسده گرفتند، عرض کردیم این روایت در مصادر عامه آمده اساساً، در مصادر ما نیامده و در مصادر عامه مثلاً در همین کتاب جواهر که چاپ شده از بیهقی، از سنن بیهقی نقل می کند، سنن کبرای بیهقی و این روایت در سنن بیهقی هست، حالا یک دفعه بحث های خود سند و روایتی که از عامه است آن یک بحثی است که واردش نمی شویم چون برای ما خیلی تاثیرگذار نیست لکن اساسش قسمت دیگری است و آن همین طور که مرحوم نائینی فرمودند علی الید ما اخذت حتی تودیه، این را ایشان، حتی ظاهراً تودی ذکر می کند، ها ندارد، یعنی من دو سال پیش نگاه کردم و باز می ترسم کم و زیاد شده باشد لکن ایشان عنوان باب را این قرار داده است، تصادفاً در همین باب هم یک روایت دارد، اولاً ایشان در کتاب غصب این روایت را آورده است، همان طور که مرحوم نائینی احتمال داده مراد از این روایت اخذت، یعنی اخذت غصباً، نه مجرد و مطلق اخذ و ثانیاً خیلی عجیب است، نوشته فی وجوب، این طور که در عنوان کتاب سنن بیهقی هست، فی وجوب ردّ المغصوب إذا کان باقیاً، حالا اصحاب ما صورت تلف هم نوشتند، ایشان اصلاً گذاشته و إذا کان باقیاً یجب ردّه، مگر مرادش عین مغصوب باشد که اگر باقی نباشد مثلاً بدلتش را بدهد و إلا خیلی عجیب است اگر از روایت این جور فهمیده که رد مغصوب واجب است اگر باقی باشد. این که خلاف ظاهر است یعنی واقعا معنای عجیب غریبی است، مگر مرادش این باشد و طبعاً این مطلب واضح هم هست دیگه، چیزی را که آدم غصب کرده اموال مردم است، اگر مرادش از وجوب، وجوب تکلیفی باشد امر واضحی هم هست، حالا شاید ایشان از علی الید وجوب تکلیفی فهمیدند مثل این که از مرحوم آقای ایروانی هم نقل کردیم لکن انصافاً خلاف ظاهر است.

علی ای حال در عده ای از کتب آمده لکن در باب غصب و لذا دیروز هم عرض کردیم نائینی می فرمایند ظاهراً این است که قهر و استیلاء باشد، اخذ عن قهر و استیلاء بلا حق، این مراد باشد و عرض کردیم انصافش، مرحوم نائینی از کلمه اخذت، علی الید ما اخذت. حرف بدی نیست انصافاً، خود من هم تمایل به همین است، همین طور که الان نقل کردم روایت در مورد غصب است، فقط اختلاف ما

با نائینی از کلمه اخذت معلوم نیست در بیاید، همان روایتی که آن روز خواندند للعين ما رأَتْ و لیلید ما اخذت، اخذت اعم از این است که غصبی باشد یا غیر غصبی باشد، این که از کلمه اخذت فکر نمی کنم.

بله بعید نیست از این کلمه علی الید یعنی مجموع کلام، مثل این هیئت مجموعی که در بحث اصول است، از مجموع کلام بعید نیست، چون دارد علیه، این مثلاً علیه و این همین طور روی دستش هست تا تودیه یعنی کانما در می آید این وظیفه اش ادا بوده باید ادا می کرده، این کاری کرده که باید به آن ادا می کرده، اگر تا ادا نکرده همین جور روی کانما روی دستش است، روی ذمه اش است، روی گرده اش است، ما به فارسی می گوئیم به گردنش است، روی گردنش است، روی گرده اش است، روی دستش است، روی عهده اش است، ببینید تعابیر مختلف، این بعید نیست انصافاً از این تعبیر علی و مخصوصاً با آن ذیل حتی تودیه کانما معلوم می شود که این ادا به خاطر این است که آن اخذ درست نبوده، باید هر چه زودتر پرداخت بکند و ادا بکند، ادا نکرد هر چه تاخیر کرد این روی دستش است، این از کلمه علی و تودیه، از مجموع سیاق کلام به نظر من حق با مرحوم نائینی است. اعتقاد من از قدیم همین بود که این روایت مبارکه اگر روایت باشد ناظر به غصب است نه مطلق ید، ولو امانی باشد و عرض هم کردیم خود حسن هم از این معنا برگشت که مراد مطلق ید باشد، حتی امانی باشد. ظاهراً باید حدیث را زد به مسئله، حالا شاید اول حدیث حسن این جور فهمیده، بد فهمیده، بعد از این مطلب برگشته، علی ای حال آنچه که ما الان می فهمیم من البته گفتم حسن خودش از این حدیث برگشت به این معنا که قبول نکرد، نه برگشت به این معنا که حمل بر غصب ظاهراً کرده است، در ید امانی قائل نبوده، نه این که کلاً برگشت. حالا عبارت سابق تصحیح بشود.

پس بنابراین تمسک به علی الید در مانحن فیه انصافاً مشکل است و در قاعده ما یضمن بصحیحه باز هم آنجا مرحوم نائینی متعرض این قاعده علی الید می شوند و چه مواردی از آن خارج است و حالا ان شاء الله چون بحث آینده است در آنجا متعرض می شویم.

پس بنابراین این مطلبی را که مرحوم شیخ فرمودند و مشهور شده، البته مشهور انصافاً در کتابهای زیادی آمده، در شیعه و در کتب شیعه زیاد آمده، این را که نمی شود انکار کرد اما این به معنای این که این خبر را حجت بکند آن را هم نمی شود قبول بکند چون همه شهرت ها متاخر از شیخ است و ما یک شهرتی قبل از قرن پنجم، اصلاً اسم این حدیث قبل از قرن پنجم نیامده که حالا شهرتی هم باشد

لذا انصافاً قبول این متن. مسئله غصب و انسانی که غاصب باشد این باید مال مردم را رد بکند این عقلی و عقلانی است، یعنی عقلاً قبول دارند، عقل قبول دارند چون ظلم است و مصداق ظلم است و باید رفع ظلم بکند، این که جای بحث ندارد، این قسمتش که اگر ما به غصب زدیم. آن که اصلاً جای بحث ندارد.

بخواهیم یک زمان جدیدی غیر از غصب و اتلاف درست بکنیم این جای بحث دارد که با این حدیث و با این وضع نمی شود اثبات کرد. این راجع به این.

مطلب دومی که در این جا هست مرحوم شیخ به این روایتی که در امه مبتاعه است تمسک فرموده، نائینی یک توضیحی راجع به این روایت امه مبتاعه داده است، در خلالش بعضی از تعبیر خوبی دارد، من تقریباً عبارت ایشان را می خوانم. ایشان می فرمایند به این که و يدلّ عليه بر ضمان، این که جاریه را بگیرد و ياخذ المشتري ولده بالقيمة، فإن حكمه بضمان الولد ليس إلا لكونه تابعا للعين، چون ولد را تابع عین می دانستند، نماء آن عین می دانستند، مراد از عین در این جا جاریه و کنیز، این بحث نماء و تابع یک بحثی است که در فقه اصولاً کاربرد زیادی دارد و مناقشات هم شده، همین مسئله زمین، یک کسی زمین داشت یک چاه کند فرض کنید مثلاً صد و بیست متر، خیلی هم خرج کرد تا به آب رسید، آب بسیار فراوانی دارد، آیا مالک آب هست؟ خب مشهور گفتند چرا دیگه فتوا هم بر همین است که مالک آب است، چون این چاه تابع زمین است. عده ای هم گفتند نه چاه نماء زمین نیست، تابع زمین نیست، چرا نمای زمین باشد؟ چاه به عنوان نماء حساب نمی شود، یک کار جدیدی است، ملک جدیدی است ایشان احداث کرده لذا آمدند گفتند نه اگر چاه زد چاه نیست، آن وقت دولت می آید مثلاً من باب مثال به عنوان حاکم و به عنوان ولی امر دولت می آید تعیین می کند مثلاً این چاهی را که شما این جا زدید این در بیست و چهار ساعت مثلاً بیست ساعت آب می دهد، آن مقدار زمینی را که الان شما دارید این به دو ساعت آب کفایت می کند، دو ساعت را بر آن می گذارند و بقیه را خودشان می گیرند، به جای دیگری می دهند. اصلاً روایت دارد که لا يمنع فضل ماء لیباع، این را هم به همین گفتند، اگر کسی چاهی داشت که بیش از اندازه اش بود حق ندارد که آبش را بفروشد، این صحبت ها هست، حالا نمی خواهم وارد آن بحث بشوم. بحث سر این مسئله نماء در این جاست، الان مشکل سر نماء است، آیا این جاریه،

کنیزکی که گرفته، الان از این مشتری دوم، از این مالک دوم بچه دار شده این در حقیقت یک نمائی داشته ولد تابع آن بوده، این نماء را از بین برده؟ آن وقت اگر تابع را از بین برد و ضامن بود اگر خود عین را از بین ببرد به طریق اولی ضامن است، این وجه استدلال است. اشکال در این استدلال در کلمات علما که آمده این است که ولد نماء نیست، ولد تابع نیست، بحث سر همین یک کلمه است، چون مرحوم نائینی این را توضیح می دهد من یک مقدار توضیحات نائینی را می خوانم که روشن بشود مراد ایشان چیست.

فإن حکمها علیه السلام بضمان الولد ليس إلا لكونه تابعا للعین فيقتضي كون العین مضمونة، پس عین باید مضمون. این جا ولد را از بین برد ضامن ولد است، اگر عین از بین رفت ضامن عین است.

و توضیح ذلک أن ضمان المنافع، این اصولا ضمانی که در این جاست ضمان منافع است، منفعت این جاریه است، بچه جزء منافی است که بر این کنیزک است. منافع جاریه، ضمان المنافع تارة يكون تبعا لضمان العین و اخرى يكون مستقلا، تابع عین نیست. و القسم الثانی علی اقسام، منها ما إذا تلف المنفعة باستيفائها، اگر استیفا کرد منفعت را اتلاف کرده، كما إذا سكنت دار المستاجرة بالاجارة الصحيحة أو الفاسدة فإن العین فی الاولی ليست مضمونة و تضمن المنفعة، و منفعت لكن مضمون است. و فی الثانية و إن كانت اجارة فاسدة مضمونة إلا أن ضمان المنافع ليس تبعا لها، بل إنما یضمنها من باب قوله علیه السلام من اتلف مال الغير فهو له ضامن. به نظرم به این نص و به این واضحی نیست، از سابق نشده مراجعه بکنم ولی به این نص واضحی نیست. این مال این قسمت.

و منها هذه الصورة یعنی ایشان می خواهد بگوید ضمان منافع گاهی جوری می شود که با ضمان عین نیست، منها هذه الصورة مع عدم كون العین تحت يد المتلف كمن ركب داب الغير أو جلس فی بيته مع كون الدابة و البيت تحت يد المالك، لكن رفته سوار آن شده یا خانه اش رفته است.

یکی دیگه از این ها أو احلّ، این نسخه ما، آن نسخه چاپ جدید ما هم گم شده، این نسخه هم خرابی دارد، شیر گوسفند غیر خودش را بدوشد، أو أكل من ثمرة بستانه که از ثمر بستان بخورد اما عین را ضامن نمی شود. و منها ما إذا تلف المنفعة بسبب منه، این جا خود منفعت از بین رفت، گاهی منفعت به سبب او از بین می رود، كما لو منع مستاجر الدار عن التصرف فيها، این جا منفعت را ضامن است

ولی خود عین را ضامن نیست مثلاً یک آقای آمده این خانه را اجاره کرده در این جا می خواهد زندگی بکند، یک ماهی مثلاً دو میلیون تومان، این نگذارد در خانه برود و زندانش بکند. این ماه تمام می شود این دو میلیون تومان از بین رفت، این منافع ایشان است، چون سبب بوده از باب قاعده تسبیب به قول آقایان.

أو شرب حليب شاة الغير، گوسفند دیگری، این نسخه بدجوری چاپ شده نمی توانم بخوانم. و منها ما إذا تلفت المنفعة كما لو منع مستاجر الدار عن التصرف فيها، فإنه يضمن المنفعة و علی ای حال اشکال کجاست؟ حالا ایشان اشکال را تکرار می کنند، چرا مرحوم شیخ به این حدیث امه مبتاعه در مانحن تمسک کردند، در مقبوض به عقد فاسد اگر از بین برود و تلف بشود.

و الاشکال در این جا در حقیقت این است که و الاشکال در این جا، و علی ای حال اشکال لیس استیلاذ الامه، بچه دار کردن کنیزک داخلا تحت هذه العناوين، نه خودش استیفای منفعت کرده و نه خودش منفعت را جداگانه استفاده کرده، نه گذاشته کسی مانع بشود تصویبا جلوی منفعت را گرفته است. لیس استیلاذ الامه داخلا تحت هذه العناوين فإنه لم يستوف منفعة الامه فإن استيفاء المنافع إنما هو من قبيل الركوع و الجلوس و الاكل و الشرب و الوطی و نحو ذلك، نکته اساسی که مرحوم نائینی می خواهند بفرمایند که این جا شما باید بگویید حالا که از این مشتری دوم، از این آزاد بچه دار شد این منفعت جاریه را از بین برده، نکته این است، این منفعت جاریه، نائینی می خواهد بگوید اشکال این است که این منفعت جاریه نیست، این منفعت منفعت جاریه نیست، حالا توضیحش را می خوانم تا روشن بشود:

و عد العرف حصول الولد له منفعة من الامه لا اعتبار به، این که عرف بیاید بگوید این منفعت امه است، یکی از نکاتی است که از امه استفاده می شود به خاطر همین بچه دار شدن است این لا اعتبار به، لأن نظر العرف لیس متبعا فی تعیین المصادیق. در تعیین مصادیق معتبر نیست.

نعم اوجد ما هو السبب لفوت المنفعة علی المالك لأن وطیه الذی استلزم الحمل صار سببا لفوت المنفعة علیه، مالک نمی تواند از این کنیز استفاده بکند، این درست اما خودش منفعت نیست، یعنی خود ولد منفعت نیست، آن وقت این همان بحثی است که در اول مکاسب

اگر یاد آقایان باشد در آن جا داریم آیا عمل حر کسوب یا غیر کسوب مضمون هست یا نه؟ نکته اش آن است. مثلاً شما یک دفعه یک کسی که کارگری می کند و روزی مثلاً دویست تومان می گیرد، شما امروز از صبح این را در اتاق زندانی می کنید تا بعد از ظهر، تا وقتی که نمی تواند کار برود، این را اصطلاحاً حر کسوب می گویند و کذلک حر غیر کسوب، یک فرد عادی است، روز جمعه هم هست، این را شما در خانه حبس می کنید، این اگر می خواست به کار خودش یعنی کار بنایی برسد حداقلش این است که یک روز دویست تومان بگیرد، ممکن است در یک روز یک میلیون تومان یا بیشتر بگیرد، طبق همان مبانی که بیشتر گرفته ممکن است کسوب هم باشد یا نباشد، طبق همان مقداری که گرفته این از مالک حساب می کند.

ایشان می گوید لا اعتبار به لأن نظر العرف ليس متبعاً في تعيين المصاديق، نعم اوجد ما هو السبب لفوت المنفعة على المالك لأن وطيه الذي استلزم الحمل صار سبباً لفوت المنفعة عليه. لكن ضمان منع المالك من التصرف حتى تلف المنفعة ممنوع، این را قبول نداریم و اگر عرف هم می گوید یک نوع تسامح است.

إلا إذا قيل بأن قاعدة لا ضرر كما ينفي الحكم السابق الذي يلزمه الضرر كذلك تثبت الحكم الذي لو لا تشريعه لزم منه الضرر، مگر از این باب بگوئیم، بگوئیم به قاعده لا ضرر تمسک بکنیم لکن قاعده لا ضرر برای نفی نبریم، برای اثبات. بگوئیم این ضرر زد به مالک، حالا که به مالک ضرر زد باید پول بچه را بدهد، با این بچه دار شدن کنیزک باید پول بچه را پرداخت بکند. این هم یک راهی که ایشان رفته است.

كذلك تثبت الحكم الذي لو لا تشريعه لزم منه الضرر، و بالجملة الذي استوفى المشتري إنما هو الوطى، آن منفعتی را که مشتری بکار برد همان ایشان بود و المفروض أن القيمة لم تحصل موجبا له بل للولد، نمی آید بگوید قیمت متعارف را، چند بار شده این را ما حساب بکنیم، برای ولد حساب می کنند.

و بالجملة الذي استوفاه المشتري إنما هو الوطى و المفروض أن القيمة لم تجعل عوضاً له بل للولد و الولد ليس من المنافع و لا مما كان المشتري سبباً لتلافها، لأن الولد لم يكن لمالك الامة حتى يكون مشتري الامة سبباً لتلافه، چون این ولد را این شخص مشتری درست

است که کنیزک را ام ولد کرد لکن اگر مشتری نکرده بود و پیش مالک بود، مالک آن را ام ولد می کرد باز هم ولد عبد نبود، رق نبود، باز هم ولد آزاد بود. دقت کنید! بله اگر امر این جوری بود که اگر پیش مالکش بود بچه اش عبد در می آمد، این جا تفویت منفعت بر مالک کرده است اما چون بچه آن هم باز هم این طور نبود که عبد در بیاید، اگر مالک این کنیزک را به یک عبد دیگری تزویج می کرد بچه عبد بود اما خودش بگیرد که بچه حر است، مثل این که مشتری گرفته است.

دقت فرمودید؟ لأن الولد لم یکن لمالک الامه حتی یكون مشتری الولد سببا لاتلافه. فلیس استیلاذ الامه إلا من قبیل منع المالك من السكون فی داره، مثل این که مالک را نگذارد در خانه خودش. ببینید یک دفعه انسان می آید، زید یک خانه ای را اجاره کرده من می آیم یک ماه این را جدا می کنم نمی گذارم خانه برود، در این جا من ضامن هستم و منفعت یک ماه را از او گرفتم، این جا ضامن هستم، یک دفعه می آیم زید را از خانه خودش بیرون می کنم یک ماه نگه می دارم این جا دیگه ضامن نیستم. آن خانه خودش است، در صورت اجاره مالک منافع بود، نگذاشتیم سبب شدم که مالک منافع در آن تصرف نکند، این جا مالک منافع نیست، مالک عین است، من چکار کردم؟ نگذاشتم در عین خودش تصرف بکند، مرحوم نائینی می خواهد بگوید این نحوه از اتلاف منافع این جزء سبب ضمان نمی شود.

فلیس استیلاذ الامه إلا من قبیل منع المالك من السكون فی داره فضمن الولد الذی یرجع إلى ضمان قیمته لکونه حرا إنما هو من جهة تبعیة المنافع التالفه للعین المضمونه فیدلّ الخبر علی ضمان العین لا للاولیة بل لأن ضمان العین صار سببا لضمان التالف، تالف را از علی ای حال مرحوم نائینی اشکالش در حقیقت این است که اگر کسی مشتری این امه را گرفت این ولد جزء امه حساب نمی شود، تابع او حساب نمی شود، اگر عرف هم می گوید این جزء نماء است یک نوع تسامح عرفی است، این مطلبی است که مرحوم نائینی قدس الله سره فرمودند. طبعا آقایانی که آمدند جواب دادند، آقایان توضیح دادند و من به نظرم می آید حق با آقایان است نه با مرحوم نائینی یعنی بعبارة اخرى اصولا ببینید، اولاً مطلب خیلی مهم این که آیا ولد تابع ام هست یا نه؟ نماء امه هست یا نه؟ نماء نه به عنوان حرّه، در حرّه چون فرزندش است، بحث نماء مطرح نیست. در امه، زمان ما چون مسئله عبد و امه نیست این مسائلی که می خوانیم کانما

.....

تاریخ می خوانیم، مثلاً قصه رستم و اسفندیار می خوانیم اما در آن زمان که خودش در جامعه عبد و امه هست اینها ارتکازات عرفی دارند، دقت می فرمائید؟ مثلاً اگر رفت یک امه ای را گرفت یکی از منافعش این بود، یک امه را با یک خصوصیات می گیرد، می گوید مثلاً من عبدی هستم که با این خصوصیات از این ها بچه هایی در می آید این جور، این را من می توانم به قیمت گران بفروشم، چنین بکنم یا چنان بکنم، الی آخره، همان کار، بالاخره ما در مسئله عبد و مولی یک دفعه اشکالمان مثل همین اشکال امروزی هاست که کل مسئله باطل است، یک دفعه نه بالاخره شریعت مقدسه عبد و مولی را اجازه داده، در آن حدودی که شریعت اجازه داده است ما سیر می کنیم. من کرارا عرض کردم این که الان در فقه به اصول بر می گردند، اصول هم به رابطه عبد و مولا بر می گردند این درست نیست، اصولاً رابطه عبد و مولا را فقه تعیین می کند، نه این که ما فقهمان را روی اصول بگذاریم و اصول را هم روی رابطه عبد و مولی بگذاریم، این را فقه تعیین می کند و اجمالاً مسئله بردگی در اسلام قبول شده، نمی شود انکار کرد و اجمالاً به برده ها ظلم هایی می شد مخصوصاً به زن هایشان، این را هم نمی شود انکار کرد، جای انکار ندارد که، این که نمی شود و لکن در آن جامعه، این که مرحوم نائینی فرض می کند، فرض نمی کند در جامعه ای که عبد و مولا و خودش هم مثلاً عبد دارد، چند تا کنیز دارد، چند تا برده دارد، این جوری اصلاً برخورد نمی کند، این که ایشان می آید می گوید این نماء نیست، بله الان ما وقتی تصور می کنیم می گوئیم نماء نیست، لکن انصاف قصه نماء است یعنی جزء تابع مادر می دانستند، اصلاً عمداً مثلاً کنیزکی را بهتر می خریدند تا بچه هایی که از او به دنیا بیاید، چون این جور هم نیست که هر کنیزکی سریعاً بچه دار بشود، سریعاً بچه بیاورد، خب مختلف است، حالات مختلف دارد، کیفیت، این خود کنیز و آن آمادگی رحم او برای پرورش بچه این خودش یکی از نماء ها و یکی از منافع بوده که تصور می کردند. مرحوم ایروانی اینجا این طور نوشته، راست است، البته به تعبیر دیگری، حق با ایشان است. یعنی من معتقدم این تصور که مرحوم نائینی می فرماید این نماء نیست، تابع نیست، این درست است یعنی در زمان ما الان ما باید بنشینیم فکر بکنیم این تابع هست یا تابع نیست؟ عرف هست یا نیست؟ اما وقتی آدم به تاریخ نگاه می کند خودش را در آن زمان قرار می دهد نگاه می کند از آن ور هم وضع کنیز و وضع عبد و بعد این که از این عبد، چون اگر از خود مولی بچه دار بشود آن هم آزاد است، آن هم از منافعش از بین می رود، مرحوم

نائینی می خواهد این تصور را بکند که مشتری که گرفت در حقیقت یک منفعتی تحت دست او بود اما این را از بین برد یعنی نه این که از بین برد، نگذاشت مولی از آن منفعت استفاده بکند، مثل این که یک شخصی را که مالک یک خانه بود برد باز در یک جا زندان کرد، بیاید بگویند تو منفعت خانه من را برای یک ماه از بین بردی چون من آن جا ساکن نشدم، می گویند آن عین ملک تو بود، دیگه آن جا منفعت جدای از ملک حساب نمی کنیم. ملک محفوظ است، منفعت هم محفوظ بوده، این فقط ظلم کرده و تو را زندان کرده، این قبول اما این که ضامن باشد برای منفعت یک ماه، سکنی یک ماه خانه، اجاره آن خانه فرض کنید ده میلیون تومان است، باید ده میلیون تومان به اجاره خانه بدهد، اجاره که معنا ندارد، خودت ساکن بودی، لذا می گویم مرحوم نائینی در این جا نکات ظریفی را در باب ضمان منافع نقل فرمودند لذا هم ما عبارت ایشان را خواندیم.

مرحوم نائینی می خواهد بگوید این جا دیگه کسی ضامن نیست، عرض کردیم این اختصاص به این جا ندارد، یکی حر کسوب است، کارگر است که می رود کارگری می کند، این را می آید حبس می کند یک شبانه روز، آیا این ضامن هست یا نه؟ یکی حر غیر کسوب است، اصلا حری است فرض کنید به طور طبیعی آدم زندگی می کند اما کاری هم ندارد، جایی هم مشغول نیست، در تحت اجاره کسی هم نیست، این را یک کسی یک روزی زندانی می کند، آیا باید پول یک روز و کارگر یک روز را بدهد، مثلا فرض کنید اگر ایشان مهندس بود، ایشان کارگر ساختمانی بود، آشنایی با برق داشت می توانست برود؟ می گوید اگر من امروز می رفتم برق کشی می کردم امروز می توانستم پنج میلیون تومان گیرم بیايد، شما با این کارت با حبس من، من را، آنجا بنا بر معروف این است که ضامن نیست، در حر کسوب هم بحث است، ضامن نیست، بله اگر عبد باشد ضامن است، اگر خانه اجاره است، طرف را از، ببینید نائینی چه قشنگ مباحث را، این ضمان منافع را ایشان قشنگ در این جا تصویر کرده است، گاهی تابع ضمان عین است و گاهی تابع ضمان عین نیست. ما نحن فیه در امه مبتاعه جز مواردی است که می خواهد بگوید تابع ضمان عین نیست. چرا؟ چون اصلا این نماء حساب نمی شود، این کنیزک اگر آنجا می رفت مالکش این را به یک عبد می داد بچه او عبد می شد، این منفعت از مالک، آنی که فوت شده این است، نه این که ایشان آمده منافع را، منفعی که برای ایشان بوده همان مسئله جنسی بوده که خب آن استیفای منفعت کرد چون شیخ می گوید

منفعة لم یستوفی، آن را استیفا کرد، ولد جزء منافع نیست، ظاهر عبارت شیخ منافع است، عرض کردم ایروانی و دیگران هم دارند که این جزء، حق هم همین است، انصافا حق همین است، حق همین است که اصولا، می گویم ما چون آشنایی ما با تاریخمان غالبا کم است و تاثیر زمان خودمان بر ما زیاد است، کسی که در محیط آن زمان قرار بگیرد و مشکلاتی که برای عبید و اماء بالخصوص مطرح بود کاملا این مطلب برایش جا افتاده است، این یک.

دو: در روایات امه مبتاعه که آن روز خواندیم، حالا امروز چون دستگاه نیاوردند، اگر یاد مبارکتان باشد چون می دانید مرحوم نائینی خیلی اهل دقت در متون روایت نبودند، در یک روایتش این طور آمده، ضمن منافعها، تعبیر منافعها شده، در امه مبتاعه، قال کان معناه قیمه الولد، این تصریح است دیگه که همان وقت عرض کردیم که عاداتا وقتی ما منافع می گوئیم یعنی خدمت جاریه، در خانه خدمت کرده یا مسئله انتفاع جنسی از ایشان برده، این مراد است اما در این جا این روایت، البته این نکته هست، خود مرحوم نائینی نقل فرمودند، اگر این روایت را نقل می فرمودند خیلی دیگه مسئله ایشان روشن بود. قال، البته قال را عرض کردیم مال راوی کلام است، امام نیست، ما قبول کردیم، فقط نکته اش این است که معنایش این در می آید کانه، همان نکته ای که من الان گفتم، در می آید در آن زمان که از منافع جاریه ولد است، این نکته در می آید و ما الان می خواهیم استفاده عرفی بکنیم، نمی خواهیم استفاده استناد به شارع بدهیم، این مسئله عرفی است، مسئله عرفی ولد را جزء منافع جاریه می دانستند. آن روایت را که آن روز خواندیم و این روایت فقط یک روایت واحده بود که این ذیل را داشت، قال معناه کان معناه قیمه الولد، در روایت است و لذا در روایت دیگه داشت ضمن خدمتها، این خدمتها داشت یعنی منافعش را، جاریه مثلا هشت ماه، یک سال، دو سال، پیش این آقا بوده، دو سال خدمت این آقا کرده، این منافع را باید برگرداند، این منافع جاریه، لکن در یک روایت دارد ضمن منافعها، قال کان معناه قیمه الولد، مراد از منافع جاریه قیمت ولد است. و تمسک بنده به این روایت به خاطر، البته عرض کردم روایت کاملا واضح است که کلام امام نیست، کلام یکی از روات است، حالا کدام راوی اخیر است، ماقبل اخیر است، چیزی است که یک روایت را در کتابش آورده. ما الان دقیقا نمی دانیم اما آن نکته ای را که من عرض کردم نکته اش کاملا واضح است، آن نکته این است که ولد را منافع جاریه می دانستند، مرحوم نائینی می خواهد اشکال

بکند که این منافع نیست و در این جا اگر منافع نبود و امام فرموده این از باب این که منافع و تابع عین باشد نیست. لذا این ضمان ولد و قیمت ولد نمی شود به اولویت ضمان عین را در بیاوریم، این نکته اش این است.

نمی توانیم از این روایت تعدی بکنیم به بحث مانحن فیه مقبوض به عقد فاسد، تعدی به مانحن فیه نمی شود کرد چون در آن جا منافع نیست، تعبد داده که باید قیمت ولد را بدهد و این جزء منافع نیست و اگر جزء منافع نباشد از ضمان منافع به طریق اولی ضمان عین را در نمی آوریم. نکته این است، در نمی آید که عین مضمون باشد، باید ضامن عین هم باشد.

فضمن الولد الذی یرجع إلی ضمان قیمته لکونه حراً إنما هو من جهة تبعیة المنافع التالفة للعین المضمونة، فیدل الخبر علی ضمان العین لا للاولیة بل لأن ضمان العین صار سبباً لضمان التالف، ایشان می خواهد از این راه وارد بشود یعنی معلوم می شود که امام وقتی می گوید خود جاریه را ضامن است یعنی منافعهش و إلا جزء، البته به نظر من به عکس می فرمود بهتر بود، در می آید یعنی می فرمود اینجا تعبد باشد، به نظر من بهتر در می آید.

و بالجملة منشا الضمان إما قاعدة الید، مراد ایشان قاعده ید یعنی علی الید، أو الاتلاف أو التسیب، و الاخیران منتفیان فی المقام أما الاتلاف فإن العبد لم یستوف المنفعة فإن الولد لا یعد من المنافع، از منافع نیست، فإن حکمه حکم الأب و الام، نمی دانم فلکماله نوشته. لا یكون، بدجوری چاپ شده، من المنافع، مع أنهما من اعظم ما یتصور من الفوائد فی الدنیا، مثل مادر و پدر.

فکذلک الولد فمراد المصنف قدس سره من أن الاستیلاء لیس استیفاءً أنه لیس مما استعمله و اتلفه المستول، نه این استیفا شده، و الاصل فی هذه التعبير العلامة رحمة الله فإنه قال فی التذکرة منفعة بدن الحر تضمن بالتفویت لا بالقوات فلو قهر حراً و استعمله فی شغل ضمن أجرته لأن استوی منافعه و هی متقومة، متقومة یعنی قیمت دارد.

متقومة کما لو استوفی منافع العبد، مثلاً عبد کسی را یک روز برای خانه خودش به کار بیندازد، و لو حبسه مدتها لمثلها اجرة و عطل منافعه و اما لو حبسه مدة لمثله اجرة و عطل منافعه فالاقوی أنه لا یضمن لاجرة لأن منافعه تابعة لما لا یصح غصبه. برای چیزی که غصبش درست نیست که تابع عین

و مراده من قوله فهو كالتالف أن الولد لو لم يكن حكم الشارع بحريته كان تابعا لأمه في الرقية و اما بعد حكمه بها فيكون كالتلف السماوی، اگر شارع گفت.

عرض کردم این روی این جهت است که اگر ولد را تابع ام ببینند اما اگر ولد تابع ام نباشد که شارع فرموده تابع پدر است، این مثل تلف است، لکن نکته این نیست، عرض کردم در عرف آن زمان این جزء منافعش حساب بوده.

و فی باب ضمان الید، یعنی علی الید، لا فرق بین التلف السماوی و ما بحکمه، فرق نمی کند، و اما باب التسبیب فواضح أن وطی المشتري، یعنی قاعده اتلاف را در تلف شخصی داده، قاعده علی الید را، لکن حق این است که قاعده علی الید هر دو را می گیرد، سماوی و غیر سماوی را می گیرد.

و اما باب التسبیب فواضح أن وطی المشتري ليس سببا لتلف المنفعة الموجودة المملوكة لمالك الامه، عرض کردم انصافا باب تسبیب صدق می کند، فلا یدخل تحت قاعدة الضمان بالتسبیب، فانحصر أن يكون منشأ ضمان علی الید لأن سائر ما یوجب الضمان منتف في المقام، نه این طور نیست، قاعده علی الید نیست، قاعده تسبیب هست و قاعده اتلاف هم هست، هم عنوان اتلاف کرده چون منافع آن بوده و هم عنوان این که یعنی اتلاف به نحو تسبیب در حقیقت، نه اتلاف ضمان بنفسه، یعنی این امه می توانست بچه رق داشته باشد، ایشان جلوی آن کار را گرفت که در نظر عرف به عهده این قرار گرفت، در نظر عرف آن زمان و لذا عرض کردیم در آن روایتی که من الان عرض کردم تصریح دارد ضمن منافعها قال كان معناه قيمة الولد، تصریح دارد. این تصریح به عنوان روایت حساب نمی شود و می گویم مرحوم نائینی چون روایت را ندیده بودند، و إلا قطعاً نتیجه را عوض می کردند.

پس صحیحش این است که در این جا نکته اش نکته ضمان منافع است و بد حرفی هم نیست، می شود، حالا اولویتش مشکل است چون به هر حال آن یک نکته خاصی است در باب امه مضافا به این که ظاهرا آن جا بیعش بیع فضولی بوده، اصلا نسبتش با مقبوض به عقد فاسد مشکل دارد، این که اشکال آقای خوئی بوده، آن جا اصلا باب دیگری است. چه مسروقه باشد و چه امه بدون اذن پسر بوده، در هر دو صورت باب فضولی است و ربطی به مانحن فیه ندارد که حالا مانحن فیه را به آن قیاس بکنیم، مقبوض به عقد فاسد، البته هذا

کله اگر آن حکم را در آن جا قبول کردیم چون بعضی از روایاتش در می آید که این رق است، مال مولی است، به مالک اول بر می گردد و از بعضی هایش در می آید که پسر ایشان است، پسر همین مشتری است، پول هم نمی خواهد بدهد، قیمت نمی خواهد بدهد، لکن مشهور بین فقها عملاً با قیمت است، حر هست، این مسئله را بالخصوص یکمی دیگه باز فردا می خوانیم و یکمی از عبارات اهل سنت، شاید یک مقدار جهات بحث روشن تر بشود.

به هر حال مسئله المقبوض بالعقد الفاسد را ان شاء الله عرض خواهم کرد حتی در عبارات اهل سنت هم دارد که به منزله غصب است و فضولی به منزله غصب نیست، این مقامی که در روایت وارد شده هیچ کدامش به منزله غصب نیست، اما در باب مقبوض به عقد فاسد را غصب گرفتند و ضمان هم حسب قاعده است چون غصب گرفتند، روایت علی الید هم بنا بر این که ظاهر در غصب است کاملاً به آن مطلب دلالت می کند.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين