

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 به این که در مسئله مقبوض به عقد فاسد ما دیروز بعد مطالب را جمع و جور کردیم چند تا مطلب شد، یکی دو تا مطلبش ماند، یادم رفت، رفتم خانه یادم آمد، یکیش این که آیا تحول به عقد دیگری پیدا می کند یا نه؟ که این را عرض کردیم در کلمات مثل مبسوط سرخسی آمده و در سنهوری هم در قوانین نقل کرده و قبول نکردیم. یکی هم نظریه خطاء عند تکوین العقد بود که آن را هم قبول نکردیم، این دو تا اثر را یادم رفت دیروز نقل بکنیم.

یک نکته ای راجع به عبارت شیخ، عرض کردیم شیخ دو سطر آخر مطلب نوشته که همچنین یک جوری است و حتی احتمال دادیم اساسا مال ایشان نباشد اما به هر حال ظاهرا مراد مرحوم شیخ، عبارت شیخ را باز دو مرتبه چون امروز می خواهیم از شیخ بخوانیم اولاً ایشان در این که مقبوض به عقد فاسد انسان ضامن عین است، اگر تلف شد عین باید بدش را بدهد، بعد از تمسک به حدیث علی الید تمسک کردند به روایتی که در امه مبتاعه وارد شده به نحو اولویت، ایشان نوشته فإن ضمان الولد بالقيمة مع كونه نمائاً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الاصل، مراد از اصل یعنی خود عین بطریق اولی، چون ضمان اصل محل کلام است.

خب ظاهرا این جا این شبهه بوده احتمالا، بعد شیخ می گوید و لیس استیلاها، استیلاها از قبیل اتلاف نماء نیست بل من قبیل احداث نمائها غیر قابل للملك فهو كالتالف للمتلف فافهم. یک فافهمی هم دارند و عباراتی را هم دیروز از نائینی در این جا خواندیم. ظاهرا به قول معروف یک مطلبی در تقدیر است، این يستلزم ضمان الاصل بطریق اولی این جا ممکن است یعنی کانما شبهه شده که این جا این ولد نماء جاریه هست لکن اگر ضامن نماء است به خاطر اتلاف است. من اتلف مال الغير.

پرسش: یعنی با فافهم در حقیقت اتلاف را می خواهند برسانند؟

آیت الله مددی: حالا فافهم را بعد عرض می کنم که دقیقا در فافهم چه چیزی می خواهد بگوید روشن است. دقت کردید؟

شما اگر می گوئید نماء یا ولد را قیمتش را باید بدهد از باب قاعده اتلاف است، من اتلف مال الغير فهو له ضامن، این به درد ما نحن فيه نمی خورد چون در مانحن فيه نکته تلف است، تلف عین است نه اتلاف، نکته نکته اتلاف نیست، نکته نکته تلف است، اگر نکته تلف شد پس یستلزم ضمان بطریق اولی این دیگه ثابت نیست چون در مانحن فيه اگر مقبوض به عقد فاسد را اگر تلف کرد آن قاعده اتلاف است، ربطی ندارد. بحث در مانحن فيه سر این است که کتابی را گرفته با عقد فاسد، کتاب خودش تلف شد یا دزد آن را برد یا تلف سماوی آن را از بین برد، این محل کلام است اما در این امه مبتاعه این نماء که ولد باشد ایشان اتلافش کرده، قاعده اتلاف است. منشا ضمان قاعده اتلاف است که مرحوم نائینی شرح دادند اتلاف نیست، سببیت هم نیست، می ماند قاعده ید که تلف، تلف یعنی قاعده ید به اصطلاح، شیخ می خواهد این نکته را بگوید این استیلا، این که بچه را به اصطلاح یعنی بعبارۀ اخری انتفاع او فقط مسئلۀ به تعبیر نائینی وطی بود اما این که این بچه تلف شد، این تلف شدن. چون اگر این امه در اختیار مولی بود این بچه تابع مادر بود اما الان که تلف شد در حقیقت اتلاف نکرده، نه این که بچه ای بود و اتلاف کرده. اصلاً این بچه متلفاً یعنی بچه تالفاً به دنیا آمده، بچه ای است که حر است، اصلاً عبد نیست، نمائی است که تابع اصل نیست، تابع مادر نیست. لذا ایشان می خواهد بگوید که در مانحن فيه اگر ضامن نماء هست به خاطر قاعده تلف است یعنی این نماء تلف شد و اتلاف نیست.

بعد مرحوم شیخ می گوید کالتالف که مرحوم نائینی در شرح این عبارت گفت، چرا گفت کالتالف؟ تالف آن است که به سبب سماوی باشد به قول آقایان یا دزد بیاید ببرد. در این جا به منزله تالف است چون شارع حکم کرد که تو باید قیمت ولد را بدهی پس معلوم شد به منزله تلف است. از باب اتلاف نیست، حکم شارع به حریت، به این که این بچه حر است این حکم منشأ تلف شد فهو کالتالف للمتلف. این ظاهر عبارت مرحوم شیخ قدس الله نفسه است.

یکی از حضار: روایت طبق آن يأخذ الجارية صاحبه

آیت الله مددی: مع قیمته، قیمت الولد.

یکی از حضار: و يأخذ الرجل ولده بقیمته. طبق این می فرمائید حکم شارع؟

آیت الله مددی: بله دیگه همین.

روشن شد مطلب چی می گوید؟ من عبارت شیخ را خواندم. آن وقت ممکن است مرحوم شیخ در فافهم چه چیزی اراده کرده، چون می دانیم فافهم را هر کسی برای خودش یک جور معنا می کند، من احتمال می دهم مراد شیخ این باشد که اگر بر فرض ما تلف گرفتیم این به قاعده علی الید بر می گردد چون تلف که بعنوانه ضمان نمی آورد. تلف در جایی است که ید انسان ید امانی نباشد، مشروع نباشد، مجاز از طرف مالک یا از طرف شارع نباشد و تلف بشود و مفروض این است که شما بخواهید دلیل دیگری بیاورید، اگر به قاعده علی الید برگشتید همان قاعده علی الید است، آخه دلیل اولش علی الید است، شاید نظر ایشان به این باشد، شاید، من حالا نمی دانم. احتمالا هم که ایشان نظرشان این باشد که نه آقا این جا اتلاف است، تلف نیست. آن وقت عده ای از محشین حاشیه زدند که این جا از باب اتلاف است، اگر از باب اتلاف شد دیگه به مانحن فیه ربطی ندارد، به مقبوض به عقد فاسد ربطی ندارد یعنی اینی که شارع آمد گفت این یاخذ ولده بقیمته چون این باب اتلاف است، ربطی به باب تلف ندارد، قاعده علی الید ندارد. این راجع به این مطلب.

یکی از حضار: شما با خود روایت مشکل ندارید بچه را عبد فرض کرده؟

آیت الله مددی: نه حر است، می گوید حر است لکن قیمت بگذار. البته یک بحث دیگری هست که قیمت یعنی چه؟ اصلا قیمت یعنی چه؟ این را مرحوم ایروانی هم دارند، قیمت یعنی مثلا بگوید بچه ای که مملوک است این قدر قیمت یا نه می آید خصوصیت بچه، شکل بچه، سفیدی، سیاهی، این خصوصیات را نگاه می کند قیمت را روی این بچه می گذارد، با این خصوصیات. یا قیمت مملوک، یک مملوک کلی، بچه عبد در حدود این قدر است مثلا. دقت می کنید؟ یک دفعه می گوئیم با خصوصیات. حالا که عرض کردیم چون فعلا وارد نمی شویم.

یا ممکن است در این جا ایشان بگوید در ما نحن فیه اولویت نیست چون به هر حال ضمان عین هم هست خودش، این جا یعنی به تعبیر مرحوم نائینی این از مواردی نیست که ضمان منافع باشد مستقلا از عین، چون نائینی گفت گاهی اوقات ضمان منافع تابع عین است، گاهی اوقات هم عین هست، منافع نیست. گاهی اوقات هم منافع هست عین نیست. این که ایشان می گوید ضمان منفعت بالطریق اولی

می گوید ضمان عین، این در جایی است که خود عین مضمون نباشد، در مانحن فیه خود عین هم مضمون است پس این دیگه اولویت ندارد. ممکن است، ممکن است فافهم اشاره به اولویت باشد. حالا به هر حال ظاهراً مراد شیخ اصل مطلب شیخ را حالا بگوییم، فافهم را چون هر کس برای خودش گفت هر کسی از ظن خود شد یار من، دیگه حالا نمی خواهم دنبال آن فافهم برویم.

پس مرحوم شیخ نظر مبارکشان این است که در این جا ضامن است، منشا ضمان هم قاعده علی الید است، خب این عین اصل خود مطلب، از اول به آن قاعده علی الید که در مقبوض به عقد فاسد اولاً قاعده علی الید را آورده، نمی خواهد به روایت بیاوری. این روایت به آن بر می گردد.

و اما با قطع نظر از این مطلب، دقت بکنید، ما الان در دنیای اسلام که این مسئله مطرح شده عرض کردم تا آن جایی که من دیدم به نظرم اولین نفر هم همان دومی است، از دومی نقل شده راجع به این مطلب که شخصی آمد کنیز شخصی را فروخت و این بچه دار شد آیا این بچه، البته عبارتی که از او نقل شده مختلف است، دارد که بچه را به مالک امه داد، عمر بچه را داد، بعد آن پدر که آزاد بود گفت این بچه من است، چرا دادید؟ بعد عمر گفت دع ولده إلیه، بچه اش را ول بکن برو. ما نفهمیدیم، این بچه او حساب کرده یا بچه این حساب کرده، در محلی ابن حزم آمده، خیلی روشن نبود.

ببینید دقت بکنید من می خواهم یک نکته ای را عرض بکنم ما در بحث فقه خلاف، این یک نکته مهمی است، عرض کردم یک جور دیگری این مطلب را در کتاب کشف الظنون دارد به عنوان فقه الخلاف، در فقه خلاف که مطرح شده کراراً عرض کردیم، من این نکته را گاهی تکرار می کنم به خاطر اهمیتش. ما چند جور فقه خلاف داریم نه یک جور. یک جورش این است که ما آرای فقهای اسلام و علمای اسلام را بیاوریم دلیلشان را نقل بکنیم، مناقشه بکنیم تا خودمان یک رأی را انتخاب بکنیم، این یک راه فقه خلاف است. یک راه فقه خلاف این است که نه ما آرای علمای اسلام را بیاوریم، فقط اطلاع پیدا بکنیم مثلاً این که اهل بیت این را فرمودند بعد دنبال راه اهل بیت بیفتیم و بگوییم مثلاً اهل بیت رایشان با فلانی موافق شد، این جهت یعنی فلانی رایی است که اهل بیت فرمودند.

حالا ما اگر بخواهیم فقه خلاف را به این معنا مطرح بکنیم، همین مسئله امه مبتاعه. عرض کردیم سه احتمال بلکه سه قول شاید پیدا شده، یکی همین قول که ولد حر است، فقط باید پدرش قیمت او را بدهد. آن وقت این قیمت هم چه قیمتی است؟ اعلم القیم است؟ قیمت یوم ولادت است؟ گفتیم ظاهرش این است که قیمت یوم ولادت باشد، قیمت یوم ولادت را بدهد، این یک رای.

رای دوم این که این ولد تابع مادرش است چون نماء مادر است تابع مادرش است، اگر مادرش کنیز است این هم کنیز است، عبد است، یا عبد است یا کنیز است. این هم حالت بردگی دارد. همچنان که مادرش به مالک اصلیش بر می گردد این بچه هم با مادرش است. پس در حقیقت این رای چه چیزی می خواهد بگوید؟ این رای می خواهد بگوید تلف نیست که حالا شما بگویید اتلاف یا تلف است، هیچ کدام نیست. من می خواهم اول فقه خلاف را به این معنا نقل بکنم. این اصلا می گوید بچه هست، چرا شما بچه را تلف حساب کردید یا چرا اتلاف؟ نماء که هست، نه تلف است و نه اتلاف است. این نکته ای که دارد نه تلف است و نه اتلاف است. موجود است، نه تلف سماوی و نه تلف، آن حکم شارع را هم خوب دقت بکنید این که شارع حکم می کند این چون در روایات شما از اهل بیت آمده، ما اگر فرض کنیم گفتیم نه روایت اهل بیت را قبول نداریم، قاعده را بررسی می کنیم، طبق قاعده بچه موجود است.

یکی از حضار: از طرفی که الان دست این از آن ید صاحب اصلی خارج شده اتلاف شده، اگر دست آن بود یک بچه از خود آن صاحب داشت نه از اینی که الان مربوط به این است.

آیت الله مددی: خب این بناست که منافع به این صورت تضمین نشود، مثل این که خانه کسی را بگیرد که کسی در خانه اش تلف نشود. آن وقت آمدند گفتند نماء را، بچه حر است، فقط باید قیمتش را بدهد، بقیه منافع را باید بدهد مثلاً اگر فرض کنید این کنیز روزی پنج ساعت ظرفشویی می کرده، این پول را باید به مالکش بدهد چون منافع کنیز است. دقت کردید؟ چرا؟ چون حر نیست، آن که شما می گوید در جایی که حر باشد اگر مانع از او شد می گویند اگر مانع شد ضامن نیست. این جا مانع نشده، البته این جا مانع نشده، این جا اصلا منعی هم مطرح نبوده، خیال کرده زن خودش است یعنی این جا بعبارۀ آخری وطی شبهه است، وطیش حرام نیست لکن چون ولد نماء است بله.

پس ببینید دقت بکنید این که شیخ در این جا مطرح کرده و محشین مطرح کردند که آیا از باب قاعده اتلاف است یا تلف است یا سببیت است که مرحوم نائینی این احتمال را هم منشا مطرح کردند این رأی که در مثل ابن حزم، ابن حزم قائل به این رای است، می گوید این نمائش است، باید به خودش برگردد. این جزء نماء است، ولد جزء نماء است و این نماء باید به خودش برگردد. کنیز به مالکش بر می گردد و این هم بر می گردد. دقت کردید؟ پس بنابراین این مسئله.

یک رای سومی هم هست و حاصلش این است که این چون وطی حلال بوده و پدرش حر بوده این جا از باب حریت چون تکوینا بچه ی حر است.

پرسش: این تابع اشرف ابوین بین فریقین است یا ما فقط قبول داریم؟

آیت الله مددی: بین فریقین است، یعنی غلبه حریت هست. اما این که همه فریقین قائل باشند را الان نمی دانم.

بحث اشرفا ابوین نیست، تغلیب جانب حریت است، یعنی اگر یک جهتی اقتضای حریت دارد و یک جهتی اقتضای عبدیت، جهت حریت مقدم است. این جا پدر جهت حریت دارد، تغلیب جانب حریت اقتضا می کند بچه حر باشد. وطی هم که شرعا جائز بوده. چون اباحه داشته پس بنابراین این ولد حر است، قیمت هم نمی خواهد بدهد، از آن مطلبی هم که از آن دومی نقل کرد همین طور است، به او می گوید بچه اش را ول بکن برود. دع ولده.

یکی از حضار: این را هم فقط همین ابن حزم می آورد، کس دیگری ندارد.

آیت الله مددی: و عبارتش هم روشن نیست، این دع ولده قال دع ولده،

یکی از حضار: دعنی ولدی، فقال له دع له ولده.

آیت الله مددی: همین، دع له ولده یعنی دیگه ضمانی هم توش نیست و قیمتی هم نیست، مطلق است.

آن وقت در آن روایت ما هم یکیش این بود، ما چون یک مقداری خواندیم ولی بعد ول کردیم که به حضرت گفت پسر من را گرفته، حضرت فرمود برو پسر او را بگیر، آن روایت داشت که خذ ولده، بعد آمد به حضرت گفت این پسر من را گرفته، گفت تو تا پسر من را ول نکنی، آن هم پسرش را ول کرد این هم ول کرد. آن جا هم توش قیمت ندارد.

یکی از حضار: پس آن هم مطلق است.

آیت الله مددی: آن هم مطلق است، هیچی ندارد.

پس چند تا احتمال شد؟ سه تا احتمال. این روایت می گوید نه ولد حر است لکن ضامن قیمت است لذا اگر ما باشیم و طبق قاعده و این روایت را قبول بکنیم یا باید این جوری بگوییم نکته در این روایت تغلیب جانب حریت است، از آن ور چون نماء جاریه بوده ضامن است، یا احتمال می دهیم تعبد صرف است. احتمال می دهیم تعبد صرف است، اگر تعبد صرف شد دیگه یستلزم ضمان العین بطریق اولی نمی شود دیگه.

پرسش: آن جا دارد که امیرالمومنین فرمودند هذه شفاعة من عمر؟ ادامه اش دارد هذه شفاعة من عمر و رغبة و ليس فسحا لقضائها به و ولدها لسيدها. ادامه همین دارد. دعنی ولدی فقال له دع له ولده، قال علی هذه شفاعة من عمر و رغبة و ليس فسحا لقضائها بها و بولدها لسيدها، ادامه همان ابن حزم است، این چی می خواهد بگوید؟

آیت الله مددی: این می خواهد بگوید که اینجا. این مال امیرالمومنین نیست، یعنی ابن حزم. از بعضی های دیگه هم دیدم که همین را اشتباه کردند. یک عبارت طولانی بوده، خیال کردند قال علی یعنی علی ابن ابی طالب. علی ابن احمد ابن حزم. این رسم بوده سابقا، قال علی، روشن شد چی می خواهم بگوییم؟ خوب شد خواندید، چون دیدم که بعضی ها نوشتند، نوشته بود برای من آورد، گفتم مرد حسابی این علی یعنی علی ابن احمد ابن حزم. ابن حزم می گوید این نمی خواهد بگوید آن فسخ است، شفاعت کرده بچه اش را ول کرده یعنی کار درخواست شخصی عمر است نه حکم کلی. عمر آمد گفت بابا بچه این است، این حر بوده به هر حال گرفته، ول کن بچه اش برود. قال علی یعنی قال ابن حزم، نه امیرالمومنین. این به نظرم روح الامین به زبانش خواند که من توضیح بدهم چون دیدم، اصلا در این

اشتباه واقع شدند و خیال کردند امیرالمومنین مطلب را فرموده. نه این ابن حزم، هذه شفاعة من، یعنی در حقیقت عمر از او تقاضا کرد،

نه حکم شرعی این بوده که این بچه او باشد.

یکی از حضار: و لیس فسخا لقضائها بها و بولدها لیسیدها.

آیت الله مددی: آهان، اولاً گفت لیس فسخا، اولاً گفت که این کنیز به سیدش بر می گردد، بچه هم مال همان سیدش است. بچه، این

نیامد فسخش بکند و حکم دوم بکند. و لیس فسخا لقضائه، لقضائه متعلق به فسخ است، نه این که آن حکمش را برداشت. روشن شد

چی می خواهیم بگویم؟

ابن حزم می خواهد این طور بگوید که این دومی عقیده اش این بوده که بچه مال مالک امه است، امه با بچه اش به مالک بر می گردد،

این را می گوید وقتی گفت دع ولده این را خیال نکنید که حکمش را عوض کرد، نه گفت حالا که این طور می گوید بچه اش را

برگردان. این درخواست شخصیش بوده و إلا حکم این است که این کنیز با بچه اش باید به مولایش برگردد. حکم این است، حکمش را

عوض نکرد، حکمش همان اولی است.

در بعضی از روایات ما هم این آمده، گفت بچه اش را بگیر تا او بچه تو را ول بکند، دیگه توش ندارد که قیمت را بدهد. این جا هم

توش قیمت ندارد، اگر گفت دع ولده هذا، این جا هم توش قیمت ندارد.

پس بنابراین دقت بکنید، ما یک دفعه این مسئله را در فقه، این که می گوید کالتالف یعنی به برکت آن روایاتی که در فقه اهل بیت

آمده که ولد حر است لکن با قیمت. يدفع قیمته و لکن این در کل فقه اسلامی برخورد، یعنی بعبارۀ دیگر انصاف قصه این است که در

این مسئله ما طبق قاعده حکم نکردیم، طبق روایت خودمان حکم کردیم. ابن حزم می گوید طبق قاعده ولد موجود است، نماء موجود

است، تلف نشده، اتلاف هم نشده، سببیت هم در بین نیست، تابع نمای مادر است به مادر بر می گردد و عبد و امه می شود، برده می

شود. عده ای هم گفتند نه چون جانب حریت هست، پدرش حر است، تکویناً از حر متکون شده و طی او هم که و طی شبهه بوده، جائز

بوده پس این حر است. آنی که ما الان داریم جمع هر دو است، هم حر باشد و هم ضامن باشد، ضامن قیمت باشد. خب این ممکن است

ما بگوئیم قاعده تلف است، ممکن است بگوئیم قاعده اتلاف است، ممکن است بگوئیم قاعده سببیت است لکن همین طور که مرحوم نائینی در همه شروع به شبهه کردن کرد ممکن است بگوئیم قاعده، این جا اصلا خاص است، لذا هم نائینی گفت حکم شارع به ضمان این منشا تلف است.

یکی از حضار: شما از این روایت، البته وسطش عن بعض اصحابنا دارد، همین که علی ابن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن جمیل ابن دراج عن بعض اصحابنا عن ابی عبدالله فی رجل اشتری جاریتا فاولدها فوجدت مسروقه قال يأخذ الجاریة صاحبها و یاخذ الرجل ولده بقیمته.

آیت الله مددی: غیر از این هم داریم، آخه منحصر به این است.

یکی از حضار: آنها را قبول دارید؟

آیت الله مددی: فتوا بین اصحاب ما بر این است. معلوم شد می خواهم دائره مطلب روشن شد؟

پس بنابراین این که مرحوم نائینی می گوید قاعده علی الید را می گیریم به ضمان علی الید این باید به برکت این تعبد بیاید یعنی شما تاره می خواهید در مسئله طبق قاعده حکم بکنید مثل همان حرف ابن حزم می شود یا حرف آن طرف مقابل می شود که این حر است و ضمان ندارد.

پرسش: این حیوان است که تخم مرغ باشد. آن تخم مرغ را گفتند اگر با آن باشد این تخم مرغ به آن بر می گردد.

آیت الله مددی: خب جواب دادیم دیگه، نائینی گفت این نماء نیست، منافع نیست، گفتیم این در عرف آن زمان بوده. جواب این را که دادیم.

پرسش: عرف آن زمان

آیت الله مددی: خب لذا می گوید چون نماء است بر می گردد، ابن حزم می گوید بر می گردد. این قاعده می گوید نه چون غلبه حریت دارد حر است و بر نمی گردد.

یکی از حضار: اهل بیت ما فرای آن زمان حکم دادند، حکم اسلام را می گفتند.

آیت الله مددی: ما بیا بگویم تعبد است و لذا نائینی گفت با این تعبد حکم تلف پیدا می شود، بر می گردیم به قاعده علی الید یعنی ایشان به ضمیمه به قاعده علی الید برگشت. مضافا که مثل ابن حزم قاعده علی الید را فقط در غصب می گیرد، این جا که غصب نبوده، عقدش صحیح بوده، بعد معلوم شد این سرقت شده، دزدیدند، ایشان که خبر نداشت، گرفته، دو سال هم پیشش بوده، بعد صاحبش آمد گفت این کنیز من است، این هم شواهد و قرائن می آورد، بینه می آورد ثابت بشود که این کنیز ایشان است، دزدی آمده و دزدیده به ایشان فروخته، ایشان هم خریده، خبر هم نداشته.

یکی از حضار: اسم این عقد چه می شود؟

آیت الله مددی: عقدش فاسد است یعنی بیع فضولی می شود دیگه.

وقتی دزدی باشد مالکش اجازه داد اشکال ندارد که، داخل در بیع فضولی می شود، ملحق به آن می شود.

پس این عبارت ماتن روشن شد، مرحوم شیخ می خواهد بگوید اتلاف نیست، تلف است، اگر تلف شد به ضمان علی الید درست می شود، نه ضمان تسبیب نه ضمان اتلاف. من چی می خواستم بگویم؟ این که ایشان می گوید به برکت، این در فقه ما می شود اما مسئله را اگر در خارج فقه ما بخواهیم با قواعد مطرح بکنیم ممکن است او بگوید نه تلف هست و نه اتلاف، بچه موجود است، بچه نمای آن است به مادرش برگردد و از آن طرف هم باز چون قاعده تغلیب حریت داریم بگویم این بچه نطفه اش نطفه حر است، تابع پدرش است و کار حرامی هم نکرده، نکته ای هم ندارد که ایشان، کاری ندارد که، بچه حر است، علی الید جایی است که تلف بشود، این جا اصلا تلف نشده.

یکی از حضار: الان دو تا قاعده، طبق این قاعده این جور شد، دو تا قاعده است این ها

آیت الله مددی: الان ما بگویم اینی که در روایت آمده تعبد از راه اهل بیت است. با قواعد نمی توانیم درست بکنیم، به تعبد برگردیم.

بله اگر تعبد در منافع آمد در عین به طریق اولی می آید؟ معلوم نیست. چون تعبد است دیگه، وقتی تعبد شد معلوم نیست. روشن شد؟

این هم چون عبارت مانده بود ما چند روز هی صحبت کردیم مبهم بود گفتم این را چون امروز آوردیم کتاب شیخ را.

آن وقت این مطلب را که اینجا خدمتتان عرض کردم در صفحه ۱۹۵ هم باز دو مرتبه شیخ یک عبارتی دارد، در بحث ضمان و یشکل

اطراد القاعده ایضا فی المبیع فاسدا بالنسبة الی المنافع الی لم یستوفها. این همین مثال امه مبتاعه است، فإن هذه المنافع غیر مضمونة

فی العقد الصحيح مع أنها مضمونة فی العقد الفاسد إلا أن یقال إن ضمان العین یستتبع ضمان المنافع فی العقد الصحيح و الفاسد و فیہ نظرٌ

لأن نفس المنفعة غیر مضمونة بشیء فی العقد الصحيح لأن الثمن بازاء العین دون المنافع، این هم باز یعنی این مشکل قاعده در این جا

هم می آید که طبق قاعده نباید مضمون باشد که ان شا الله بعد عرض می کنیم. این راجع به آن مسئله حالا چون بعد می آید ما یک

دفعه دیگر هم این جا متعرض شدیم.

بعد از این مسئله مقبوض به عقد فاسد شیخ متعرض این قاعده معروف کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه لا

یضمن بفاسده، متعرض این شدند، خدمتتان عرض کنم که اصل این مطلب خب مثال هایش خیلی واضح و خیلی روشن است. مثلا آن

جایی که عقد صحیح ضمان می آورد مثل بیع، اگر کتاب را فروخت این فروختن کتاب، کتاب را داده لکن مضمونا، یعنی در مقابل

چیزی، مثلا کتاب را به صد هزار تومان فروخت، خب در مقابل صد هزار تومان. حالا اگر بیع فاسد بود باید بدل این کتاب بیاید. فرق

نمی کند. اگر صحیح بود همان صد هزار تومان. اگر فاسد بود بدل کتاب. مثل یا قیمت، البته این جا هم یک شبهه هست که اگر فاسد

هم بود باید همان ثمن بیاید، همانی که قرار داده که حالا این بعد توضیحش خواهد آمد. بدل جعلی نه حقیقی.

و جایی که ضمان نیست مثل هبه، من وقتی یک کتابی را به یک کسی صحیحا هبه دادم دیگه مقابل ندارد، دادم دیگه، صحیح است،

حالا اگر هبه فاسد بود، من کتاب را به او هبه کرد و هبه فاسد بود این هبه فاسد هم ضمان ندارد، هم چنان که صحیحش ضمان نداشت

فاسدش هم ندارد، هبه داد لکن این هبه فرض کنید مثلا من باب مثال هبه به عمال دولت یا به قاضی جائز نیست، هدایا العمال غلول، این

را اهل سنت دارند. اگر هدیه داد به این استاندار یا مثلا، عمال یعنی مثل استاندار و شهردار یا به قضیه هدیه داد اینها غلول است، این

ها خیانت است، این ها دزدی است. حالا اگر آمد و هدیه داد، گفت من این پول را به قاضی هدیه دادم، به استاندار هدیه دادم، بهش می گویند شرعا این پول حرام است. می گویم خیلی خب، حالا آن تلف شد یعنی آن قاضی این پول را خورد، دیگر ضامن نیست چون اگر هبه صحیح بود ضامن نبود، حالا که هبه فاسد است باز هم ضامن نیست. کاری اقدام کرده که خودش بدل ندارد. الان هم که این عمل فاسد است باز هم بدل ندارد. این خلاصه این کلام اصلا و طردا.

آن وقت مرحوم شیخ قدس الله نفسه می گوید چون مقبوض به عقد فاسد در باب بیع جزء صغریات این قاعده هست این قاعده را با مواردش و نقضش و اشکالش و دلیلش را اصلا و طردا و عکسا، هم اصلش و هم عکسش را هر دو را بیان بکنیم. آن وقت وارد شرح این قاعده ما یضمن بصحیحه می شود.

البته عده ای از آقایان اشکال کردند که مادام این قاعده ثابت نیست یعنی روایت و آیه نیست دیگر شرح الفاظ فائده ای ندارد. این به طور کلی مهم بیان مدرک است، البته این مطلب ایشان درست است، این مطلب اجمالا درست است. توضیح این مطلب این است که ما بعضی از عناوین را که داریم گاهی بعنوانه حرام است، اگر یادتان باشد ما در بحث مکارم محرمه غیبت، چون غیبت بعنوانه حرام است، کذب بعنوانه حرام است و بعضی عناوین را حرام دانستند یعنی بیع و معامله اش هم درست ندانستند، خودش بعنوانه حرام نیست ولو معروف شده مثل تشبیب، غزلی بگوید، شعری بگوید راجع به یک زنی که محترمه است و دیده نمی شود بخواهد او را توصیف بکند. این تشبیب بالمرأه المحترمه این را هم گفتند حرام است لکن در همین مکاسب شیخ شرح دادیم، خود شیخ هم دارد، خود شیخ هم این حکم تشبیب را از جاهای دیگر استفاده کرده، وقتی خود عنوان تشبیب در روایات نیامده اگر بخواهیم بگوییم حرام است باید دنبال عناوین دیگر برویم، آن عناوین مثلا از عناوین این است که إن الذین یحبون أن تشیع الفاحشه فی الذین آمنوا. تشبیب یکی از مصادیق شیاع فاحشه است مثلا. آن وقت در آن جور جاها این طور اصطلاح می گویند که اگر بعنوانه وارد نشد ما باید از آن عناوینی که می خواهیم حکم این را در بیاوریم آن عناوین را متعرض بشویم، آن وقت این موضوع شناسائی می شود. مثلا اگر گفتیم دلیل ما شیاع

فاحشه است، مراد از تشبیب، تشبیبی باشد که منتهی به شیاع فاحشه می شود، دقت کردید؟ اصلاً گفتیم مثلاً تشبیب جائز نیست چون ایذای مومن و مومنه جائز نیست پس مراد از تشبیب آن تشبیبی است که موجب ایذاء می شود، نتیجه اش این است.

در این جا هم مرحوم نائینی عبارتی دارد مضمون کلام ایشان است. اگر ما ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده را نداشته باشیم اما این که الفاظش را ذکر می کنیم به این معناست، این قاعده به این معناست اما دلیلی که الان اقامه شده به این مقدارش است. اگر دلیل این است، مثلاً فرض کنید دلیلش علی الید است. این تابع مقدار صدق علی الید است، حالا ما چون عرض کردیم در باب قاعده علی الید احتمالات متعددی را نقل کردیم، طبق آنها معنای قاعده عوض می شود.

و نکته دیگری که به نظر ما هست اگر ما بتوانیم این لفظ را یعنی این ما یضمن بصحیحه را بالفاظه معین بکنیم، حدودش را معین بکنیم و بعد اقامه دلیل بکنیم انصافاً یک نکته فنیست این است که ماده قانونی می شود، می شود آن را به عنوان ماده قانونی در قانون قرار داد.

پس شرح لفظ کار بدی نیست، این طور نیست که حالا مرحوم شیخ که شرح الفاظ عبارت را داده بگوییم این کار درستی نیست، کار درستی است و این جور آثار دارد. البته مهمش این است که اگر ما بیان مدرک کردیم آن وقت باید دقیقاً طبق مدرک بگوییم مراد جدی از ضمان این است. مراد جدی از بصحیحه این است، مراد جدی از بفاسده این است. مثلاً چرا صحیح و فاسد؟ چون ما یک عقد به عنوان نوع داریم، یک عقد همان عقد به عنوان صنف داریم، همان عقد به عنوان شخص داریم. ممکن است یک عقد به عنوان نوعش ضمان نیاورد اما به عنوان صنفش ضمان بیاورد. نوع با اصناف فرق می کند، مثلاً عاریه نوعاً خودش ضمان ندارد اما یک صنفش ضمان ندارد، عاریه ذهب و فضه، روشن شد؟ عاریه ذهب و فضه، اینها را شیخ گفته، می خواهم توضیح یعنی یکی از اهداف ما این است که این را، مثلاً آقای خوئی اعتقادشان این است که اینجا مراد نه نوع است و نه صنف است. مرادشان شخص است. یعنی هر عقدی را شخص آن عقد را نگاه می کنیم. مثلاً نوع عقد عاریه ضمان نمی آورد، درست شد؟ یک صنفش که عاریه ذهب و فضه باشد ضمان می آورد، درست شد؟ در عاریه ذهب و فضه اگر شرط کرد عدم ضمان را، باز ضمان نمی آورد. این شخص از عاریه ضمان نمی آورد پس نوع

.....

عاریه ضمان ندارد، صنف عاریه ضمان دارد، اگر شرط در ذهب و فضا کرد باز ضمان ندارد، روشن شد؟ حالا اگر این عاریه ذهب و فضا را با شرط داد و فاسد در آمد، ضمان دارد چون عاریه ذهب و فضا ضمان دارد، یا ضمان ندارد چون این فرض ضمان ندارد. روشن شد؟ مثلاً آقای خوئی می گوید مراد از صحیح و فاسد شخص است، شخص عقد را نگاه می کنیم، آیا مراد شخص است؟ یا عاریه ذهب و فضا داد، فاسد بود، خود عاریه ضمان ندارد پس بگوئیم ضامن نیست، این ما لا یضمن بصحیح، لکن از آن طرف عاریه ذهب و فضا بصفه ضمان دارد، پس بگوئیم این یضمن بفاسد.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهیرین