

## دو فصلنامه بین المللی تحقیقات حقوق قضایی

License Number: 86227 Article Number: YQ27590 ISSN-P: 2717-1132

### ضمان قیمت در مقبوض به عقد فاسد بر مبنای فقه مذاهب خمس و

#### قانون مدنی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۹/۰۵/۱۲)

#### امیر بارانی بیرانوند<sup>۱</sup>

دانش آموخته‌ی کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهیدمطهری (ره)

#### دکتر عبدالله مختاری

دکتری رشته فقه و حقوق جزا، دانشگاه شهیدمطهری (ره) سطح ۴ حوزه علمیه قم

#### چکیده

در صورت بطلان و فساد بیع، بایع و مشتری نسبت به مالی که در دست دارند ضمان و مسؤولیت دارند این مسأله تحت عنوان مقبوض به عقد فاسد عنوان می‌شود. فقهاء غالباً محور بحث را بر روی مبیع عنوان کرده و مشتری را ضامن عین، مثل، قیمت و منافع مبیع می‌دانند. در رابطه با لزوم رد عین مبیع به عنوان حکم تکلیفی و رد مثل در صورت مثلی بودن مبیع به اعتبار قاعده «علی الید» و «لایحل مال امرء مسلم» اختلاف نظر وجود ندارد. روی سخن موردی است که مبیع قیمی بوده و باید قیمت آن پرداخت شود در این خصوص فقهاء اختلاف دارند، برخی قائل به قیمت روز پرداخت، برخی قیمت روز قبض، برخی قائل به قیمت بالاتر از روز قبض تا روز تلف و مشهور قائل به قیمت روز تلف هستند. این جستار که به روش توصیفی-تحلیلی صورت پذیرفته، با امعان نظر به ادله، تنها قیمت روز پرداخت را صحیح می‌داند، چرا که حسب عرف و قاعده «علی الید» ضمان از روز تلف شروع شده و تا روز پرداخت ادامه دارد، بنابراین عرفاً مشتری مسؤول قیمت روز پرداخت است. همین نظریه را قانون مدنی در ماده ۳۱۲ اتخاذ نموده است.

**واژگان کلیدی:** مقبوض به عقد فاسد، ابی‌ولاد حناط، تلف مبیع، اموال قیمی، اموال

مثلی

<sup>۱</sup> نویسنده مسئول

## مقدمه

عقدی که یکی از شروط اساسی معامله در آن رعایت نشده باشد، عقد فاسد است. در صورتی که با وجود فساد عقد، نقل و انتقالی صورت گرفته باشد فقها مسأله را تحت عنوان «مقبوض به عقد فاسد» مطرح کرده‌اند. (امامی، ۱۳۹۱، ج ۳: ۷) بر مسأله مقبوض به عقد فاسد مباحث متعددی مترتب است، از جمله می‌توان به مواردی چون؛ عدم مالکیت و ضامن بودن -چنانچه شیخ طوسی در خلاف می‌گوید: «المقبوض ببيع الفاسد لا يملك بالعقد و لا بالقبض» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷؛ ج ۳: ۴۰۳). و جوب رد فوری مال به مالک، (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۹۹) پرداخت منافع مال مقبوض (همان، ج ۳: ۲۰۰) پرداخت مثل در صورت مثلی بودن، (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۵۹) تهیه مثل به بالاترین قیمت در صورت گرانی مثل، (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۰۵)، تعذر تحویل مثل در مثلی و ضمان قیمت در قیمتات اشاره نمود. مسأله مورد بحث در این جستار مورد اخیر است، که اگر تحویل مثل کالای تلف شده ممکن نباشد، اقتضای قاعده، وجوب دفع قیمت است. در ضمان کالای قیمی مقبوض به عقد فاسد

اختلاف است، مشهور قیمت یوم التلف را معتبر دانسته ولی برخی مانند محقق حلی اعتبار یوم‌القبض در باب بیع و یوم‌الغصب در باب غصب را معتبر می‌دانند. برخی بالاترین قیمت از روز قبض تا روز تلف را مدنظر دارند. برای اتخاذ قول صحیح در مسأله ابتدا باید هر قول با ادله آن بیان شود، سپس نظریه مقبول قانون مدنی و مذاهب اربعه نیز بیان گردد. قبل از بیان اقوال نیز ضمان مقبوض به عقد فاسد در عین و مثل نیز باید مورد بررسی قرار گیرد.

## بخش اول: ضمان مقبوض به عقد

## فاسد

قبض و اقباض در عقد بیع زمانی صورت می‌گیرد که عقد به صورت صحیح واقع شود و صحت عقد به آن است که عقد واجد شرطی باشد. در صورتی عقد یکی از این شروط را نداشته باشد عقد فاسد تلقی شده و دیگر آن احکام عقد صحیح را ندارد. بنابر فرض اگر قبض و اقباض در عقد صورت گرفته به این صورت که مبیع به ملک مشتری درآمده و ثمن در ملک بایع قرار دارد اما به هر دلیلی عقد واقع شده باطل است. بنابراین بحث مزبور از

چیزی بخواهد. (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۲: ۲۴۱) شیخ در مکاسب دومین حکم از احکام مقبوض به عقد فاسد را وجود رد فوری عین مال عنوان می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۲۶)، در واقع مشتری در این خصوص نه تنها ضامن کالا است، بلکه از نظر شرعی و تکلیفی باید کالا را به مالک آن رد کند، چرا طبق عقد مالکیت اولیه او زائل شده و در این صورت ید عدوانی و ضمانی بر مال دارد. بنابراین بر طبق روایت «لایحل مال امرئ مسلم» (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۷۳۷) و قاعده «لایجوز لاحد أن یتصرف فی مال أخیه» (جمعی از مؤلفان، بی تا، ج ۲: ۲۷۵) و قاعده «علی الید ما أخذت» موظف به رد عین است.

#### **بند دوم: ضمان مثل و قیمت در مقبوض به عقد فاسد**

در صورتی که مبیع و کالا در دست مشتری تلف شود در این صورت حکم دیگر مقبوض به عقد فاسد جریان دارد بدین صورت که اگر مبیع مثلی بود باید مثل و در صورتی که قیمی بود باید قیمت آن پرداخت شود. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۰۹) تفکیک به پرداخت مثل و قیمت مورد اجماع امامیه است و تنها ابن جنید در مثلی قائل به پرداخت قیمت است.

متفرعات «شروط عقد»، و همچنین از فروعات و جزئیات قاعده معروف «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و کلُّ عقد لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» می‌باشد. در اینجا بحث ضمان و مسؤولیت ناشی از مبیع و ثمنی که در دست هر یک از بایع و مشتری است پیش می‌آید. در این صورت هر یک از طرفین در قبال مال دیگری مسؤولیت دارند. در این خصوص مشتری نسبت به مبیع سه وظیفه دارد: وجوب رد عین مال به مالک (بایع). در صورت تلف عین ملزم به پرداخت مثل مبیع (کالا) در فرضی که مبیع مثلی باشد. و در صورتی که قیمی باشد باید قیمت آن پرداخت شود و لزوم پرداخت منافع مستوفات و غیر مستوفات مبیع. هریک از این سه مورد ذیلا مورد بحث قرار می‌گیرد.

#### **بند اول: ضمان عین در مقبوض به عقد فاسد**

در صورتی که عین مال باقی باشد مشتری ملزم به رد عین مال است این وجوب، وجوب تکلیفی است (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۹) با رد عین، لزوم رد عوض المسمی نیز منتفی است. بایع نیز نمی‌تواند جز مبیع که مسترد شده از مشتری

• مثلی کالایی است که از حیث قیمت، آثار و صفات متساوی باشند، به نحوی که اگر دو یا چند فرد از آن به هر دلیلی با یکدیگر مخلوط شود به علت همسانی و شباهت زیاد قابلیت تمایز وجود نداشته باشند؛ نظیر حبوبات، غلات، نقره، طلا در حالی که اموال قیمی این چنین نیست و کاملاً قابل تمایز و جداسازی است، زیرا که افرادش از حیث صفات و آثار و قیمت با یکدیگر متساوی نیستند.

• تعیین مثلی یا قیمی بودن یک مال بر عهده‌ی عرف است و بر حسب ظاهر مصنوعات کارخانه‌ها مثلی است، همچنین کالاهایی مانند روغن و جواهرات قیمی هستند. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱: ۸۱) همین معنا مورد نظر مقرر قانون مدنی است که در بخش سوم مورد بحث قرار خواهد گرفت.

**بند سوم: ضمان منافع در مقبوض به عقد فاسد**

منافع مبیع شامل منافع مستوفات و غیر مستوفات است. مستند به قاعده احترام تنها منافع مستوفات قابل مطالبه است (خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۴۲) اما بر طبق قاعده ضمان «ما لایضمن بصحیحه...» و

(خوئی، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۴۵) دلیل ضمان در مثل و قیمت بر طبق سیره عقلاء این است که غاصب و مشتری باید تلاش کند وضعیت مالک را تا حد ممکن به وضعیت سابق برگرداند. نزدیکترین حالت ممکن این است که در مثلی، مثل و در قیمی، قیمت آن پرداخت شود. (همان، ج ۳: ۱۵۰) در این خصوص دو مسأله باقی می‌ماند: نخست اینکه مراد از مثلی و قیمی چیست؟ ثانیاً قیمت چه روزی ملاک است؟ سوال دوم مسأله اصلی این جستار است که به آن پاسخ داده خواهد شد. اما در خصوص سوال اول، در شناخت کالایی مثلی و قیمی سخن بسیار است اما اهم تعریفات بدین قرار است:

• مثلی کالایی است که اجزایش از حیث قیمت به نسبت متساوی باشند. مانند جو که اگر دویست کیلو از آن بیست هزار تومان باشد، صد کیلو آن ده هزار تومان است و به موازات کم یا زیاد شدن مقدار آن، قیمت هم تغییر می‌کند، در صورتی که قیمی، نظیر قالیچه و گوسفند، این چنین نیست و تناسب مذکور در اجزای آن وجود ندارد. گرچه کثیری از فقها در تعریف مثلی، بر این نظر می‌باشند، ولی این نظر به شدت مورد انتقاد فقه پژوهان قرار گرفته است.

۴) توقف در صورت قبل. (علم فروشنده به فساد عقد) این قول را محقق ثانی و سید عمید از ظاهر قواعد علامه استفاده کرده اند؛

۵) توقف مطلقا (چه فروشنده علم به فساد معامله داشته باشد یا نداشته باشد) این قول شهید در دروس و صاحب تنقیح و مسالک و قواعد بنابر احتمالی است. (به نقل از: جمعی از مولفان، بی تا، ج ۲۱: ۱۲۴) شیخ انصاری در مکاسب نیز ضمان منافع غیر مستوفات را پذیرفته است. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۲۹)

**بخش دوم: ملاک قیمت در مقبوض به عقد فاسد**

در صورت تعذر مثل بر طبق قول مشهور مشتری باید قیمت آن را پرداخت کند. شیخ انصاری در مکاسب پرداخت قیمت را منوط به مطالبه مالک دانسته است. ولی اگر مالک مطالبه نکند ضامن نمی تواند او را به پذیرفتن قیمت مجبور کند و مالک می تواند صبر کند تا مثل پیدا شود و به او تحویل داده شود. دلیلی که ضامن نمی تواند مالک را الزام کند، فقدان دلیل است. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۲۶)، شیخ برای این قول دو دلیل ذکر می کنند:

عکس قاعده باید گفت در صورتی که عقد امانی باشد ضمانتی نسبت به منافع وجود ندارد. چنانچه در مورد تلف عین و نقص آن نیز ضمانی وجود ندارد. اما اگر از عقود ضمانی باشد در این صورت اگر مورد عقد در اصل منفعت باشد مثل عقد اجاره قابض ضامن منافع است و اگر مورد عقد ضمانی عین باشد بر طبق قول مشهور فقهاء در صورتی که معامله باطل باشد بر مبنای قاعده «علی الید» ضمان منافع مستوفات ثابت است. شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۰۹)، آخوند خراسانی (خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۴۲) و محقق نائینی (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۳۳۴) این نظر را دارند. تنها ابن حمزه در الوسیله الجاه، قائل است که بر مبنای روایت «الخراج الضمان» قائل به عدم ضمان است. (طوسی، ۱۴۰۸: ۲۴۹) اما در خصوص منافع غیر مستوفات پنج قول مطرح است:

۱) ضمان منافع غیر مستوفات، که قول بیشتر فقها است؛

۲) عدم ضمان. این قول از صاحب ایضاح است؛

۳) ضمان مگر در صورتی که فروشنده، از بطلان عقد آگاه باشد. این قول از برخی حاشیه نویسان برشرایع الاسلام است؛

نخست در صورت نداشتن چنین حقی از جانب مالک، ظلم بر او لازم می‌آید. و دوم آیه (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ). (البقره: ۱۹۴) بر طبق این آیه اعتداء به مثل و و غیر آن جایز است. تعبیر به مثل در آیه برای بیان منتهای اعتداء است. با این بیان مشخص می‌شود که به مجرد تعذر، مافی الذمه از مثل به قیمت مبدل نمی‌شود. این مطلب در کتاب ایضاح و تذکره مورد اشاره واقع شده است. علامه در تذکره مجرد تعذر را کافی نمی‌داند. (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۳۸۳) در این خصوص برخی از محشین مکاسب بر این مطلب که در صورت تلف شدن عین مالک حق مطالبه مثل را دارد اشکال شده، زیرا بنای عقلا با تلف عین بر ضمان قیمت است نه مثل، چراکه نسبت بین مثل و قیمت از حیث نسب اربعه، عموم و خصوص من وجه می‌باشد و ممکن است مثل پرداخت گردد ولی قیمت آن کاهش یافته باشد و ممکن است قیمت را پرداخت کند که غیر از مثل است.<sup>۱</sup> (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۹). در پاسخ باید گفت قاعده اولی در صورت فقدان اجماع ملاحظه هر دو هم مثل و هم قیمت است.

اما با وجود مثل مال حق دارد همان را بستاند. اشکال دیگری که متوجه این مطلب است را مرحوم آخوند در حاشیه مکاسب بیان نموده: «خداوند در آیه مذکور مثل را الزام کرده است، ولی دلیلی بر این مطلب نداریم که در اثر تعذر، مثل تبدیل به قیمت شود. سپس بیان می‌کند اتفاقاً مقتضای ادله این است که فرد، ضامن مثل و قیمت نباشد و خود عین تلف شده یا متعذر بر شخص لازم می‌آید. وقتی که شخص نسبت به عین عهده‌دار شد، این تعهد ضمان آور است من جمله اگر شخص نتواند عین را رد کند، عهده‌اش با رد عین ساقط می‌شود، ولی اگر نتواند عین را رد کند، اما عین موجود بوده، باید بدل حیلوله را به مالک بپردازد، چراکه هنوز عین تلف نشده است. ولی مالک قصد دارد در آن تصرف کند بنابراین باید چیزی در اختیار داشته باشد تا در آن تصرف کند. اما اگر عین تلف شده باشد، در صورت ممکن باید مثل را به مالک بدهد، اگر مثل مقدور نباشد، باید قیمت آن را بپردازد، پس به طور کلی مثل بر ذمه‌ی ضامن نیامده و شخص متعهد به عین است و رها کردن تعهد در صورت تلف شد عین و تهیه مثل ممکن نباشد، با مطالبه‌ی مالک، باید قیمت را به

<sup>۱</sup> «العبرة فی یوم القیمة هنا هی العبرة فی القیمات»

کرده است<sup>۱</sup> (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۲۲۷) و مرحوم شیخ نیز سه احتمال و مرحوم سید در عروه پانزده احتمال (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۰۰) افزوده است.

در میان این نظریات سه نظریه مطرح است:

• نظریه اول: «قیمت یوم القبض» این قیمت در باب بیع مطرح است که در باب غصب تعبیر به یوم الغصب یا یوم المخالفة یا یوم الضمان می‌شود.

• نظریه دوم: «قیمت یوم التلف» این قیمت نظریه مشهور فقهاء است.

• نظریه سوم: «أقصى قیمته من یوم الغصب الی التلف» یعنی بالاترین قیمت از روز غصب تا روز تلف.

تفصیل هریک در زیر بیان خواهد شد.

**بند اول: نظریه اول (قیمت یوم القبض) و ادله آن**

برخی از فقهاء مبنای قیمت را قیمت یوم القبض می‌دانند. محقق حلی (حلی، ۱۴۰۸، ج ۳: ۳۳) و شیخ مفید (بغدادی، ۱۴۱۳: ۵۹۳) و فاضل آبی (آبی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۳۴۵) سلار بن عبدالعزیز (دیلمی، ۱۴۰۴: ۴۵۶) و شیخ طوسی در مبسوط و نهاییه قائل به این نظریه هستند. قائلین به

او پرداخت کند». (خراسانی، ۱۴۰۶: ۳۶) سپس می‌گوید: «بلکه می‌توان گفت اگر مثل بر عهده‌ی شخص بیاید و مالک آن را مطالبه نماید و محیا کردن مثل ممکن نباشد، شخص می‌بایست قیمت را به مالک پرداخت نماید و لازم نیست صبر نماید تا موقعی که بتواند مثل را پیدا کند، چون که در روایات باب ضمان، نفیاً و اثباتاً دلیلی دال بر این مطلب وجود ندارد و تنها راه، رجوع به بنای عقلاست که باید طبق آن حکم نمود و این بنای عقلا در حقیقت مورد تأیید شرع می‌باشد و همانگونه که فقها در فرض وجود عین، قائل به بدل حیلوله هستند و می‌گویند به جای عین، بدل حیلوله به مالک داده می‌شود در این فرض نیز باید گفت مثل بر عهده‌ی شخص آمده است ولی امکان محیا نمودنش فعلاً وجود ندارد به همین جهت می‌توان قائل به بدل حیلوله شویم که بدل حیلوله در اینجا قیمت است» (خراسانی، ۱۴۰۶: ۳۶)

حال که قول مشهور را پذیرفتیم و ضامن را به وجوب پرداخت قیمت ملزم کردیم این سوال پیش می‌آید که ضامن باید قیمت چه روزی را بدهد؟ در اینکه قیمت چه روزی ملاک است، اختلاف می‌باشد. علامه در قواعد پنج احتمال ذکر

<sup>۱</sup> «و لو تلف المثلی فی ید الغاصب - و المثل موجود فلم یغرمه حتی فقد - ففی القیمه المعتمره احتمالات».

این نظریه دلائلی دارند که ذیلاً بررسی می‌شود.

### ۱. وقت تعلق خطاب

یوم القبض مبیع روزی است که خطاب ضمان به مشتری متوجه شده و نسبت به مبیع ذمه او مشغول شده است. از این رو با تلف شدن عین کالا باید قیمت یوم القیض ملاک قرار گیرد. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲: ۴۱۴) توضیح بدین صورت است که خطاب ترتیبی بوده یعنی در اول مشتری نسبت به پرداخت ثمن در قابل مبیع مکلف است سپس در صورتی که معامله باطل و فاسد شود و مبیع تلف شود مشتری به پرداخت بدل واقعی مبیع که ارزش و قیمت کالا در بازار است مکلف می‌شود. (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۷۴) از آن رو که معامله فاسد شده، توافق قبلی آنها بر ثمن نیز باطل شده و باید ارزش واقعی مبیع که بدل واقعی نماینده می‌شود پرداخت گردد. این ارزش و قیمت همان ارزش در بازار است و قیمت روزی باید باشد که مسؤولیت و ضمان مشتری شروع گشته و آن روز یوم القبض است.

### ۲. صحیحه ابی ولاد

روایت ابی ولاد مهمترین روایت این باب است که قائلین به سه نظریه بدان استناد می‌کنند البته استناد قائلین به یوم القبض

روشن تر است. از این رو لازم است بحث مبسوط در خصوص این روایت بیان شود. سند روایت: در سند روایت یک عبارت «عده من اصحابنا»، و چند راوی قرار دارد: الف: مرحوم کلینی از کسانی نقل روایت کرده که به «عده من اصحابنا» مشهوراند. این عده از مشایخ کلینی بوده که وی جهت اختصار، به نام آنها تصریح نکرده است. باید گفت که شناسائی این افراد از چند جهت حائز اهمیت است. اولاً این عده چه کسانی هستند؟ ثانیاً در صحت و عدم صحت روایت چه تأثیری می‌توانند داشته باشند. پس از تعبیر «عده من اصحابنا» نام یکی از سه نفر زیر وجود داشته باشد: ۱- عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى. این عده پنج نفرند: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَلِيُّ بْنُ مُوسَى الْكُمَيْدَانِي، دَاوُدُ بْنُ كُورَةَ، أَحْمَدُ بْنُ إِدْرِيسَ وَ عَلِيُّ بْنُ إِبرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ. ۲- عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدِ الْبَرْقِيِّ (احمد بن ابی عبدالله برقی) این عده نیز پنج نفرند: عَلِيُّ بْنُ إِبرَاهِيمَ، عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِالله، ابْنِ اذِينَه، اَحْمَدُ بْنُ عَبْدِالله، بِنِ اُمَيَّه وَ عَلِيُّ بْنُ الْحَسَنِ السَّعْدِ اَبَادِي. ۳- عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ. این عده چهار نفرند: عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَلَانَ، مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي



تنها برقی و ابن عیسی اشعری می‌ماند. اما با توجه به اختلاف اندک زمانی و تفاوتی که بین استاد و شاگردان این دو شخصیت وجود دارد در این روایت منظور از احمد، احمد بن محمد عیسی اشعری است. (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۵۳) از این رو کلینی به واسطه یکی از این پنج نفر «محمد بن یحیی، علی بن موسی الّکَمِیذانی، داوُد بن کُورَة، أحمد بن إدْرِیس و علی بن اِبْرَاهِیم بن هاشم» از احمد بن محمد بن عیسی نقل روایت کرده و چون اعتبار این عده نزد علماء ثابت است، وثاقت آنان نیز مورد تأیید می‌باشد. (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۱۳)

ب: احمد بن محمد بن عیسی: ابوجعفر احمد بن محمد بن عیسی بن عبدالله بن سعد بن مالک بن احوص بن سائب بن مالک بن عامر اشعری از بزرگان امامیه و از شاگردان امام جواد و امام هادی (ع) بوده است. ابن عیسی در قم در قرن سوم می‌زیست لذا او را شیخ القمیین و وجه الاشاعره نامیده‌اند. (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۳۸)

در میان مشایخ او احمد بن ابی نصر بزنطی و حسن بن علی بن فضال کوفی، صفوان بن یحیی بن بجلي، محمد بن ابی عمیر ازدی از مهمترین اساتید او می‌باشند. احمد بن عیسی مورد وثاقت شیخ در فهرست و نجاشی و دیگر بزرگان

عبدالله محمد بن الحسن و محمد بن العقیل الّکَلِینی. (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۴۳۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۳۰: ۱۴۵)

عده‌ی مجهول هر عده‌ای غیر از این سه نفر نقل کند. مانند: عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ اِبْرَاهِیمِ بْنِ إِسْحَاقِ الْأَحْمَرِ. عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرٍ. (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۳: ۲۶۶) طبق نقل علامه در الخلاصة و نجاشی مرحوم کلینی در بیان این عده این سه نفر را بیان کرده و اصحاب هرکدام را مشخص کرده است. (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۴۳۰) این افراد همگی از مشایخ اجازه کلینی نسبت به کتب راویان می‌باشد، مثل برقی چون وثاقت شیخ مجیز در این زمینه شرط نمی‌باشد. بنابراین تشخیص این عده ضرورتی ندارد و نیازی به جرح و تعدیل آنها نیست گرچه بسیاری از آنها از بزرگان امامیه می‌باشند. بنابراین عده‌ای که از سه نفر مذکور یعنی احمد بن محمد بن عیسی و احمد بن محمد بن خالد برقی و سهل بن زیاد روایت نقل کرده‌اند معلوم بوده و موجب ارسال در سند روایات نمی‌شود. گرچه نام این عده در سند روایات ذکر نشده باشد. بنابراین چون در سند «احمد بن محمد» آمده احتمال سوم یعنی سهل بن زیاد منتفی است و

قرار گرفته است. (طوسی، بی تا: ۲۵؛ نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۳۸)

ج: ابن محبوب: حسن بن محبوب از اصحاب امام کاظم و امام رضا و امام جواد (علیهم السلام) و از بزرگان حدیث در اواخر سده دوم و اوایل سده سوم هجری و ساکن کوفه بود. (تهرانی، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۶۹) ابن محبوب بر طبق نقلی در شمار اصحاب اجماع طبقه سوم یعنی امام کاظم و امام رضا (علیهما السلام) ذکر کرده‌اند. (کشی، ۱۴۹۰: ۵۵۶) اصحاب اجماع کسانی بودند که طایفه‌ی شیعه بر صحت روایات و علم و فقهانشان اجماع داشتند. (همان: ۵۵۶)

د. ابی‌ولاد حناط: این شخص در کتب رجالی به دو فرد اطلاق می‌شود: ۱- حفص بن سالم ۲- حفص بن یونس. گرچه اکثر رجالیون همان شخص اول یعنی حفص بن یونس را تقویت کردند. حناط به فتح حاء و نون مشدد به معنای گندم فروش است که از حرفه حفص بن سالم حکایت دارد. (واسطی، ۱۴۱۴، ج ۱۰: ۲۲۳) در وثاقت و عدم وثاقت فرد مذکور اختلاف وجود دارد. منظور حفص بن سالم ابی‌ولاد حناط است. آقای سبحانی ابی‌ولاد الحناط را حفص بن یونس دانسته

(همان: ۳۲۱) از آن جهت که بین رجالیون ابی‌ولاد حناط به شخص حفص بن سالم شهرت دارد و حفص بن یونس به عنوان قولی در مسأله ذکرگردیده و آن از آن جهت که بعضی این دو را یکی می‌دانند نگاه ما به شخص حفص بن سالم معطوف می‌شود. حفص بن سالم از اهالی کوفه و از دوستان و شیعیان اهل بیت (ع) بوده و و از شاگردان امام صادق (ع) است. او در زمینه حدیث کتابی دارد که بر اعتبار و منزلت او افزوده است. (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۵۸) شیخ در فهرست نیز او را تأیید کرده است (شیخ طوسی، بی تا: ۱۱۲) نجاشی نیز او و برادرش را ثقه دانسته است. (نجاشی، ۱۴۰۷: ۲۸۵ و ۷۵۸) مجلسی در وجیزه نیز او را ثقه می‌داند. (اصفهانی، ۱۴۱۵: ۴۹) با این توضیحات سند روایت بدین شکل است «محمد بن یعقوب الکلینی عن عدة من اصحابنا (یعنی محمد بن یحیی، علی بن موسی الکمیزانی، داود بن کوره، أحمد بن إدريس و علی بن إبراهيم بن هاشم) عن احمد بن محمد بن عیسی اشعری عن حسن بن محبوب عن حفص بن سالم بن ابی‌ولاد الحناط عن ابی‌عبدالله جعفر بن محمد علیه السلام» بنابراین روایت از جهت سند در نهایت اتقال و اعتبار است.

از یوم الاکتراء در واقع یوم المخالفه و یوم الغصب باشد و تعبیر به یوم الاکتراء مخل به مطلوب نیست، زیرا در فرضی که سؤال مطرح شده است یوم الغصب و یوم الاکتراء یکی می‌باشند.

### بند دوم: نظریه دوم (یوم التلف) و ادله آن

مشهور فقهاء قائل هستند که مشتری (ضامن، غاصب) باید قیمت یوم التلف را بپردازد. باید توجه داشت اختلاف در قیمت از آن رو است که از زمان تلف عین (طبق فرض) تا زمان پرداخت آن افزایشی یا کاهشی در مبیع ایجاد شده است. بنابراین اگر در این طول مدت هیچ افزایش یا کاهش نداشته باشد ملاک در قیمت هم مهم نیست چرا که قیمت‌ها یکسان است. فرض بحث جایی است که قیمت‌ها اختلاف دارند آن هم در صورتی که زیادی ایجاد شده باشد. در این فرض مشهور می‌گویند باید قیمت روز تلف مبیع را بدهد. این قول مشهور در صورتی است که افزایش یا کاهش قیمت مبیع به خاطر زیادی سوقیه یا میزان عرضه و تقاضای بازار باشد. اما در صورتی که زیادی از ناحیه مبیع باشد چه زیادی عینی (مثل چاقی گوسفند) یا زیادی

۲. وجه استدلال به روایت بر یوم القبض  
قائلین به ملاک دانستن یوم الغصب و یوم القبض به دو عبارت از صحیحه ابی ولاد استناد می‌کنند:

عبارت اول «نعم، قیمه بغل یوم خالفته» که بر قیمت یوم الغصب دلالت دارد. این عبارت در جواب سوال ابی ولاد آمده است که پرسید: «أرأیت لو عطب البغل أو أنفق ألیس یلزمینی؟»، اگر حیوان هلاک می‌شد آیا من ضامن بودم؟ حضرت فرمودند: «بله ضامن قیمت بغل هستی روزی که مخالفت کردی». مقصود از روایت این است که همان روزی که شخص مخالفت کرده است، ضامن می‌باشد، منتهی به نحو واجب معلق، به این معنی که وجوب بعد از تلف فعلیت پیدا می‌کند. شیخ در مکاسب این احتمال را رد می‌کند، (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۴۸) زیرا ابی‌ولاد اصل لزوم را می‌دانسته ولی از اینکه قیمت چه روزی را باید بپردازد جاهل بوده لذا معنای «نعم» در جواب سوال یعنی «یلزمک بعد التلف بسبب المخالفه قیمه بغل یوم خالفته». عبارت دوم «أو یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون أن قیمه البغل یوم اکتري» مراد

کالا تدارک شود. (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳: ۱۲۴)

۴. روایاتی وجود دارد که قیمت یوم التف را معتبر دانسته اند:

الف: روایات باب دین: در یک روایت این باب آمده است از امام (ع) سوال شد: «در صورت تلف عین مرهونه آیا باید مرتهن چیزی به راهن پرداخت کند؟ امام (ع) فرمود: البته، اگر ارزش رهن بیشتر از مقدار دین بوده مرتهن باید به اندازه مقدار زیادی به راهن پس بدهد و اگر کمتر از مقدار دین اسن راهن به مرتن به مقدار نقصان بپردازد».<sup>۱</sup> (عاملی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۶۹) مستفاد از این روایت آن است که کالای قیمی به صرف تلف مبدل به قیمت می شود و اینکه کالای تلف شده در مقابل دین محاسبه شده و تهاتر قهری رخ می دهد.

ب: روایات باب عتق: از روایات این باب آن است که از امام (ع) سوال شد: «با کسی که سهم خود را از عبد آزاد کرده چه باید کرد؟ امام (ع) فرمود: از او به

وصفی (مثل تعلیم اسب) در این صورت بالاترین قیمت از روز قبض تا روز تلف مدنظر است. محقق ثانی (عاملی، ۱۴۱۴، ج ۴: ۱۰۸) و ابن براج (طرابلسی، ۱۴۰۸، ج ۱: ۴۳۷) و شهید اول (عاملی، ۱۴۱۰: ۹۴) و فاضل مقداد (حلی، ۱۴۰۴، ج ۲: ۳۲) و شهیدثانی (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۷۴) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲: ۴۱۴) و شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۷۶) و محقق خوانساری (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳: ۱۲۴) و محقق خوئی (خوئی، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۷۸) قائل به این نظریه هستند. این گروه به ادله برای اعتبار قیمت یوم التلف استناد کردند:

۱. وقت انتقال ضمان از عین به قیمت روز تلف است. چراکه در این روز است که بایع مستحق دریافت قیمت مبیع شده است. (عاملی، ۱۴۱۴، ج ۴: ۱۰۸)

۲. هنگام شک در اینکه آیا بعد از تلف قیمتی بیش از قیمت یوم التف بر ذمه مشتری است از قیمت های که روز قبض تا تلف است، اقتضای اصل عملی، برائت از زائد است. (حلی، ۱۴۰۴، ج ۲: ۳۲)

۳. بنای عقلاء بر ضامن دانستن مشتری بر قیمت یوم التلف استوار است. چراکه عقلاء در این روز لازم می دانند که بدل

<sup>۱</sup> - «قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنْ كَانَ الرَّهْنُ أَفْضَلَ مِمَّا رُهِنَ بِهِ ثُمَّ غَطِبَ رَدَّ الْمُرْتَهِنُ الْفَضْلَ عَلَى صَاحِبِهِ وَ إِنْ كَانَ لَا يَسْوَى، رَدَّ الرَّاهِنُ مِمَّا نَقَصَ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ، قَالَ: وَ كَذَلِكَ كَانَ قَوْلُ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْحَيَوَانَ وَ غَيْرِهِ».

قیمت در پانزده روز به این دلیل است که با وجود اینکه در این مدت در قیمت تفاوتی به وجود نیامده ولی از زمانی که قاطرچی، قاطر را خریداری نموده است تا الان، به صورت متعارف، اختلاف قیمت به وجود می‌آید؛ بنابراین مقصود از جمله «قیمه بغل یوم خالفته» این مطلب است که هر چند در زمان مخالفت (پانزده روز) قیمت ثابت مانده، ولی نباید قیمت حیوان را در آن زمانی که خریده شده است در نظر گرفت.

(۲) روایت بعد از ثابت کردن ضمان برای شخص، به سؤال ابی‌ولاد اشاره دارد که بیان می‌دارد اگر پای حیوان دچار شکستگی شد یا پشتش مجروح شد، تکلیف چه می‌باشد و به عبارت دقیق تر شخص مذکور ضامن چیست؟ امام در پاسخ می‌فرماید: علاوه بر اینکه باید حیوان ناقص را ردّ نماید، باید ما به تفاوت صحیح و معیب و صحیح را هم به صاحب حیوان پرداخت کند. ابی‌ولاد سؤال می‌کند که ملاک تشخیص این ما به تفاوت صحیح و معیب چیست؟ که امام در پاسخ می‌فرماید که اگر هر دو مشخص باشند، حل و فصل این قضیه با قسم است، یا قاطرچی به میزان ما به تفاوت صحیح از معیب سوگند می‌خورد

مقدار باقی مانده اخذ کنید».<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴: ۳) در کافی این روایت ادامه دارد «یَوْمَ أُعْتِقَ» ادامه روایت است، بنابراین بر طبق این روایت مبنای محاسبه قیمت، قیمت روز عتق یا روز تلف است.

ج: صحیحه ابی ولاد حنات: دلالت روایت بر یوم التلف به دو صورت است:

(۱) از این روایت قید بودن یوم المخالفة استفاده نمی‌شود، زیرا چنین استفاده‌ای در فرض این است که قیمت سوقیه‌ی حیوان در مدتی که شخص برده و برگردانده است، متفاوت شده باشد که در این صورت می‌توانیم از روایت استفاده کنیم که میزان قیمت یوم المخالفة است، ولی یک قاطر در شرایط آن زمان بعید است که چنین تنزل و یا ترقی معتناهایی پیدا کرده باشد، لذا از عبارت «قیمه بغل یوم خالفته» بالاضافه یا بالظرفیه نمی‌توانیم استفاده کنیم که این قید در مقابل یوم التلف یا یوم الاداء است. اما چرا در روایت تعبیر به «قیمه بغل یوم خالفته» شده است؟ شیخ در پاسخ می‌فرماید: وجود این قید عدم اختلاف

<sup>۱</sup> - «عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ قَوْمٍ وَرَثُوا عَبْدًا جَمِيعًا فَأَعْتَقَ بَعْضُهُمْ نَصِيبَهُ مِنْهُ كَيْفَ يُصْنَعُ بِالذِّي أُعْتِقَ نَصِيبَهُ مِنْهُ هَلْ يُؤْخَذُ بِمَا بَقِيَ قَالَ يُؤْخَذُ بِمَا بَقِيَ يَوْمَ أُعْتِقَ».

**بند سوم: نظریه سوم (اعلی القیم) و**

### **ادله آن**

شهیدثانی در کتاب الغصب مسالک (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۲۰۹)، و روضه (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۷: ۴۳) از روایت ابی ولاد استفاده کرده است که میزان اعلی القیم است شیخ در مکاسب می فرماید برای این مطلب وجه صحیحی پیدا نکردم (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۵۳) اما توجیهاتی از جمله خود شهید ثانی بر این قول نقل شده است:

الف) فاضل مقداد (حلی، ۱۴۰۴، ج ۴: ۴۳)، ابن فهد حلی (ابن فهد، ۱۴۰۷، ج ۴: ۲۵۲) و خود شهید ثانی در مسالک (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۲۰۹) چنین توجیه کرده اند که عین در تمام مدت در ضمان مستأجر بوده و از جمله این مدت زمانی است که ارتفاع قیمت پیدا کرده پس او ملزم است این قیمت را به مالک مسترد دارد. در جواب باید گفت مراد از این کلام چیست؟ اگر منظور این است که در صورت تلف شدن حیوان در این زمان مستأجر ضامن است قیمت در این زمان را به مالک بدهد. این حکم مسلم است ولی فرض آن است که حیوان در این زمان تلف نشده است. اگر مقصود آن است که

که بر تو (ابی ولاد) لازم خواهد شد که علاوه بر رد قاطر، آن مقدار را هم پرداخت نمایی و اگر قاطرچی حاضر به سوگند خوردن نبود، تو سوگند بخور که در این صورت بر قاطرچی واجب است ادعای تو را قبول کند. اما فرض دیگر این است که مسأله با ارائه بینه و شهادت شهود حل شود، حال اگر قاطرچی برای تعیین میزان ما به التفاوت شهادی ارائه نماید، در این رابطه دو ایراد اساسی وجود دارد، اول اینکه در این روایت هم به حلف و قسم و هم به بینه و شهود اشاره گردیده است، که این امر برخلاف موازین حاکم بر باب قضاء است، زیرا قاعده‌ی عمومی باب قضاء عبارت است از این که منکر باید سوگند یاد کند نه مدعی، ولی در مسأله حاضر، که اختلاف در زیاده و نقصان قیمت است و نظر قاطرچی به مقدار بیشتر است، به همین جهت اصل با ابی ولاد است که نظر به مقدار اقل دارد، به همین جهت ابی ولاد باید سوگند بخورد نه قاطرچی، در حالی که طبق نص روایت قاطرچی باید سوگند بخورد. ثانیاً بر فرض اینکه وظیفه‌ی قاطرچی سوگند خوردن باشد، طبق عمومات قضاء، طرف مقابل باید بینه بیاورد، و نمی توان گفت قاطرچی هم سوگند بخورد و هم بینه بیاورد.

را دانستی، و کلام در این باب مفصلاً بیان شد»<sup>۱</sup> (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۱۰۵: ۳۷)

ب) شیخ در مکاسب توجیه قبل را به صورت دیگری بیان می‌کند بدین صورت که عین در تمام مدتی که در اختیار مستأجر غاصب است در ضمان او می‌باشد به این معنا که اگر قیمت در زمانی بالا رفت و مالیتش به این قیمت وابستگی پیدا نمود همانطوری که اگر در همین هنگام تلف شود بر ذوالید و غاصب واجب است آن را تدارک کرده و قیمت وقت تلف را به مالک بدهد در صورتی که غاصب بین مال و مالک حائل شده و آن را به مالکش ندهد تا تلف گردد، باید قیمت اعلا را به او مسترد دارد، زیرا وقتی غاصب مالک را از مالش محروم نمود و او را از آن متمکن ساخت و بدین ترتیب عدوان به خرج داد دیگر فرقی نمی‌کند بین اینکه مال تلف گشته یا باقی بماند در هر دو صورت غاصب مکلف و موظف است بالاترین قیمت این مدت را که عین در اختیارش بوده به مالک رد نماید. (ذهنی، ۱۳۶۹، ج ۶: ۱۷۸)

قیمت این زمان بر عهده مستأجر فعلاً مستقر می‌شود اگرچه بعداً کاهش یابد این حکم با آنچه فقهاء بر آن تسالم دارند مخالف است، زیرا اجماع فقهاء منعقد است بر اینکه ضامن با رد نمودن عین ارتفاع قیمت در عهده‌اش مستقر نیست. اگر هم مراد این باشد که قیمت مرتفع به مجرد تحقق بر عهده ضامن مستقر گشته منتهی اگر متاع تلف شد ضامن مکلف است قیمت مزبور را بدهد، در غیر این صورت ضمانش زائل می‌گردد. این حکم اگرچه با اتفاق علماء مخالف نیست ولی در عین حال با اصالة البرائة از مقدار زائد مخالف بوده بدون اینکه دلیل شاغلی در دست باشد مگر آنکه دلیل شاغل را همان قاعده نفی ضرری بدانیم که بر مالک وارد می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۵۳) ولی در دلالت این حدیث اشکال است. صاحب جواهر در بیان دلالت قاعده لاضرر می‌گوید: «جز اینکه قبلاً بیان شد قاعده لاضرر ضمان قیمت بالاتر با تلف آن را اقتضاء دارد و هرچند خود عین را رد کرده باشد، درحالی که این مطلب مخالف هر دو قسم اجماع (منقول و محصل) است بلکه قبلاً در موردی که از بیع مال به قیمت بالاتر را منع کرده باشد عدم ضمان

<sup>۱</sup> «إلا أنك قد عرفت فيما تقدم اقتضاء القاعدة المزبورة ضمان الأعلى مع فواته وإن رد العين نفسها، و هو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمة عالية، كما تقدم الكلام في ذلك كله مفصلاً»

بیاید، حکم چیست؟ امام می‌فرماید: هنگامی که حیوان را رد می‌کند، ما به التفاوت بین صحیح و معیب را هم در نظر بگیرد. ممکن است اینجا بگویند که باید به التفاوت بین صحیح و معیب در زمانی که قیمت بالا می‌رود، در نظر گرفته شود در این صورت است که ما به التفاوتی وجود دارد و بر همین اساس تعبیر شده است که باید ما به التفاوت داده شود. در نتیجه از این عبارت استفاده می‌شود که باید شخص ما به التفاوت صحیح و معیب را در زمان ترقی قیمت بپردازد. (شیری زنجانی، بی‌تا، ج ۲: ۱۴۰) به عبارت دیگر عبارت وقتی شخص حیوان را غصب کرده و تجاوز غاصبانه می‌کند، در تمام ایام غصب ضامن این حیوان بوده است و یکی از این ایام هم عبارت از همان موقعی است که ترقی قیمت واقع شده است. در نتیجه شخص در زمان ارتفاع قیمت ضامن خواهد بود که بالاترین قیمت است و در نتیجه شخص باید اعلی‌القیم را به مالک بپردازد. البته چنین برداشتی ضعیف است، زیرا اگر این عبارت اطلاق داشته باشد، با توجه به اینکه اطلاق عبارت به این معنی نیست که به نحو عام استغراقی همه‌ی ایام را در نظر گرفت، در این صورت مراد قدر مشترک بین تمام ایام

(ج) برخی مانند ابن ادریس (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۴۸۱)، صاحب ریاض (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۳۰۴) و سید مجاهد (سید مجاهد، بی‌تا: ۲۹۹) چنین توجیه کرده‌اند که اعلی‌القیم بر عهده ضامن است که به مالک اداء کند زیرا اصالة الاشتغال مقتضی است ذمه او به حق مالک مشغول بوده و براءت از آن حاصل نشود مگر به اداء اعلی‌القیم و به عبارت دیگر ذمه ضامن قطعا به حق مالک مشغول شده و با اداء قیمت‌های نازل براءت ذمه و فراغت آن یقینی نیست بنابراین مقتضای قاعده اشتغال (اشتغال یقینی خواهان براءت یقینی است) آن است که قیمت اعلا را بدهد، زیرا با پرداخت آن فراغت یقینی حاصل می‌شود. (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹، ج ۶: ۱۵۶) صاحب جواهر در رد این توجیه فرموده است: اصل در این مقام براءت است نه اشتغال، چون تکلیف نسبت به مقداری قطعی بوده و بر میزان زائد بر آن شک می‌باشد و پر واضح اینکه نسبت به زائد اصل براءت جاری می‌شود نه اشتغال. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۱۰۶) از بعضی عبارات در صحیح‌ه می‌توان وجهی برای این قول پیدا کرد مثل اینکه در روایت وقتی سؤال می‌شود که اگر کم و کسری برای حیوان پیش



اخذ عین مال مانعی برای این توافق نیست. چراکه مستفاد از ماده ۲۹۲ قانون مدنی چین برمی آید: وقتی که متعهد و متعهد له به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن میشود به سبب از اسباب تراضی نمایند در این صورت متعهد نسبت به اصل تعهد بری میشود.

در ماده ۳۱۱ قانون مدنی اعتبار مثل در مثلیات مورد نظر است. این ماده مقرر می‌دارد: «غاصب باید مال مغضوب را عینا به صاحب آن رد نماید و اگر عین آن تلف شده باشد، باید مثل آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد، باید بدل آن را بدهد». بر طبق این ماده مالک در انتخاب مثل و قیمت مال تلف شده آزاد نیست، و در صورت دسترسی به مثل نمی‌تواند قیمت آن را بدهد و مالک نیز حق ندارد، درخواست قیمت کند. (همان، ج ۲: ش ۳۷۹) مراد از بدل در این ماده بدل حیلولة است و آن در زمانی است که رد عین ممکن نباشد. دادن بدل درحالتی است که اصل مال موجود ولی در دسترس نباشد که عنوان آن بدل را حیلولة گویند این مال حایل است بین اصل مال و بدل آن تا زمانی که اصل مال پیدا شده و تحویل صاحبش گردد. بدل حیلولة باید از جنس غرامت باشد با پرداخت بدل حیلولة

خواهد بود و قدر مشترک هم کمترین مقدار است و در نتیجه پرداختن کمترین مقدار و انقاص القیم واجب خواهد بود، نه اینکه اعلی القیم را معیار قرار بدهیم. اگر هم اطلاق در روایت را به نحو استغراقی ندانیم، بلکه به نحو علی البدل بدانیم و معنی عبارت این باشد که باید یکی از ایام را در نظر گرفت، در اینجا هم اقل و انقاص کفایت خواهد کرد. (همان)

### بخش سوم: ضمان مقبوض به عقد

#### فاسد در قانون مدنی ایران

قانون مدنی در این خصوص در مواد ۳۱۱ و ۳۱۲ به بیان احکام فوق پرداخته است. در خصوص تکلیف اول در مقبوض به عقد فاسد ماده ۳۱۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «غاصب باید مال مغضوب را عینا به صاحب آن رد نماید» از آن رو که در مقبوض به عقد فاسد مشتری به مانند غاصب است چنین حکمی در خصوص او نیز جریان دارد. چنانچه عین مال موجود باشد اما نقصی در آن بوجود آمده باشد مشتری مکلف است عین را به همراه تفاوت قیمت صحیح و معیب آن به مالک رد نماید. (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۲: ۵۲۹) هرگاه مالک (بایع) با مشتری توافق کنند که مالی غیر از عین به مالک مسترد شود

به ملک مالک در می‌آید اما همراه با شرط فاسخی است که به موجب آن هرگاه عین مغضوب بدست آید و غاصب بتواند آن را رد کند بدل حیلولة به آن بازگردانده شود. (همان، ج ۲، ش ۴۰۲)

در ماده ۳۱۲ مقرر می‌دارد: «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد»، بنابراین در فرض تعذر مثل در مثلیات غاصب باید قیمت را پرداخت کند. در تعریف مثلی و قیمی سه نظریه بیان شد قانون مدنی تعریف مثلی و قیمی نظر صاحب جواهر (نظریه سوم که بیان شد) را پذیرفته است. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۸۵) در ماده ۹۵۰ مقرر می‌دارد: «مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد، مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آن است، مع ذلک تشخیص این معنا با عرف می‌باشد».

### بخش چهارم: ضمان مقبوض به عقد فاسد در مذاهب اربعه

در منابع اهل سنت سه اصطلاح، بیع صحیح، بیع باطل و بیع فساد به چشم

می‌خورد. این درحالی است که در فقه امامیه بیع فاسد همان بیع باطل است. (رستم‌باز، ۱۹۸۸: ۱۰۶) فقهای حنفی معتقدند: عناصر اساسی عقد عبارت است از اعلام اراده، طرفین عقد و موضوع عقد. اعلام اراده را رکن عقد و مجموع عقد و موضوع عقد را اصل عقد می‌گویند. (الجزیری، ۱۴۱۹، ج ۲: ۲۰۰؛ السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۲۵) اگرچه عقد با این سه عنصر اساسی تشکیل می‌شود اما برای اینکه صحیح تلقی شود باید دارای شرایط اساسی باشد. تفاوتی که عقد باطل و فاسد از نظر احکام و آثار دارد این است که عقد فاسد در صورت قبض مورد معامله افاده ملکیت می‌کند اما عقد باطل تأثیری در ملکیت ندارد. (رستم‌باز، ۱۹۸۸: ۳۷۰، الجزیری، ۱۴۱۹: ۲۷۵) البته چون ملکیت حاصل از عقد غیر شرعی است لذا فقهای حنفی عقیده دارند که هر یک از متعاملین حق فسخ عقد مزبور را دارد. (ماده ۳۷۲) در نزد شافیه باطل و فساد به یک معنا است فقط در کتابت، خلع، عاریه و وکالت معنای متفاوتی دارد. (سیوطی، بی‌تا: ۴۷۹) در فقه مالکیه و حنابله نیز همانند دو مذهب پیشین بین عقد باطل و فاسد تفاوت چندانی وجود ندارد. (قرطبی، ۱۴۰۲: ۱۲۵) این درحالی است که به

که قبل از معامله داشتند بازگردانده می‌شوند». بنابراین باید هرآنچه را در اثر معامله باطل دریافت داشتند، به صاحب اصلی مسترد شود. (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۱: ۵۳۴) حقوقدانان مصری در مورد منابع مال مأخوذه در معامله باطل معتقدند: چنانچه عقد بیع باطل باشد و توسط دادگاه حکم به بطلان صادر شود در صورتی که طرفین حسن نیت داشته باشند مشتری مبیع را به همراه منافعی از زمان درخواست بطلان از دادگاه به بایع رد می‌کند. بایع نیز تنها نسبت به منافع ثمن از زمان درخواست بطلان از دادگاه ضامن است. (ابوالسعود، ۱۹۸۶: ۱۹۳).

#### بخش پنجم: ارزیابی نهایی

با احصای آراء و اقوال در زمینه ملاک قیمت در صورت تعذر مثل یا حتی در صورت مثلی بودن کدام قول صحیح به نظر می‌آید؟ در خصوص نظریه اول که روز قبض را عنوان کرده بود قول صحیحی به نظر نمی‌رسد چرا که تعلق خطاب به مشتری هرچند در این روز بوده لکن ضمانی که در اینجا مطرح است ضمان به پرداخت ثمن است اما ضمان به بدل واقعی روز تلف آغاز می‌شود. در خصوص صحیحه ابی ولاد نیز با وجود تعدد

اتفاق فقهای امامیه عقد باطل همان عقد فاسد بوده و مفید نقل ملکیت نیست حتی عده‌ای معتقدند که در این موارد اجماع منقول و محصل وجود دارد. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷: ۲۵۶)

اکثر فقهای عامه بر مبنای روایت «الخراج بالضمن» ضمان منافع (اعم از مستوفات و غیر مستوفات) را نسبت به مشتری قبول ندارند. (ابن ماجه، ۱۴۱۸، ج ۳: ۷۵۴) به این معنا که هرچند مشتری با فساد عقد ملزم به رد عین است اما از آن جا که مشتری در بیع قصد بیع داشته و به این امید که مبیع به ملیت او درآمده ضامن دانستن او در قبال عین و حتی منافع معقول نیست. (نسائی، ۱۴۱۱، ج ۷: ۲۵۴) روایت مزبور نیز بدان دلالت دارد چراکه بر طبق روایت «الخراج بالضمن» و «من له الغنم فعلیه الغرم» بدیهی است که با ضمان دانستن او در خصوص عین نباید او را در خصوص منافع ضامن دانست. البته فقهای شیعه هم در سند این روایت و هم در محتوای آن تشکیک کردند. (خمینی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۴۶۸)

قانون مدنی مصر که مبتنی بر فقه اسلامی است، در این خصوص در ماده ۱۴۲ ق. م مقرر می‌دارد: «در دو حالت بطلان و ابطال عقد، طرفین به وضعیتی

احتمالات تنها به مورد خودش اختصاص دارد.

در نظریه دوم که قیمت روز تلف ارائه شد گرچه رأی مشهور است اما دلیل اول آنها مخدوش است؛ زیرا ضمان هرچند در روز تلف آغاز شده اما این ضمان تعلیقی است. اصل براءت ذمه از زائد نیز اینجا جای نیست چون با وجود دلیل، جایی برای اجرای اصل نیست. به فرض اینکه بنای عقلاء در میان باشد بناء عقلاء فقط بر ضمان مشتری است از آن رو که در بنای عقلاء دلیل لبی بوده در دلیل لبی باید به قدر متقین اکتفاء شود بنابراین از بنای عقلاء چیزی جز ضمان به دست نمی‌آید. روایات باب رهن نیز مجمل بوده و روایات باب عتق نیز اختلاف بوده است شاید اختلاف نسخ به دلیل اضافات مولف باشد. صحیحه ابی ولاد نیز قیمت یوم المخالفه (یعنی قیمت یوم القبض یا یوم الغصب) را در نظر دارد. درحالی که این روایت چند ایراد دارد:

• روایات اختصاص به باب غصب دارد. نه باب عقود. ضمان قیمت در باب غصب با باب عقود تفاوت خواهد داشت. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۵۲)

• وجود چند احتمال در روایت مانع تمسک به قول صحیح خواهد بود.

• در روایات مطالبی است که در تعارض با قواعد باب قضاء است. در این روایت امام (ع) فرمود: در صورت اختلاف طرفین مالک باید قسم بخود. درحالی که مالک مدعی است و باید بینه اقامه کند. (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۱۰۲) به فرض مالک باید قسم یاد کند در فقره بعدی روایت امام فرمود: «باید شهود اقامه کند» یعنی در یک دعوا هم قسم و هم بینه برای مالک است. (همدانی، ۱۴۲۰: ص ۱۳۵)

بنابراین تنها ملاکی که برای تعیین قیمت باید مدنظر باشد قیمت روز پرداخت (یوم الاداء) است. محقق نائینی در بیان علت اینکه این قیمت مورد نظر است بیان کرده است: «زیرا ذمه مشتری به قیمت عین مضمونه مشغول است و لازم است از عهده آن برآید و خروج از عهده در هر زمانی است که قرار بر پرداخت دارد (یعنی قیمت روز پرداخت)». (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۳۴۰) امام خمینی به استناد به قاعده «علی الید» بیان کرده است مشتری ضمان و مسؤولیت دارد این مسؤولیت تا زمان اداء قیمت ثابت است. (خمینی، ۱۴۲۰: ۲۳۲)

مبیع ناقص باید باید ناقص آن را به همراه تفاوت صحیح و ناقص آن به مالک پرداخت شود.

در صورتی که عین مبیع تلف شده باشد ضمان مشتری از عین به مثل در صورت مثلی و به قیمت در صورت قیمی انتقال می یابد. در خصوص مثلی و قیمی بودن صاحب جواهر تعریف این دو را به عرف موکول کرده است قانون مدنی نیز در ماده ۹۵۰ همین مبنا را اتخاذ کرده است.

بر مبنای این که مشتری در قیمی بودن باید قیمت کالا را پرداخت کند، بین فقهاء اختلاف است که قیمت چه زمانی ملاک است. از میان زمان های چون زمان قبض، زمان تلف، زمان قبض تا تلف، و روز پرداخت، قیمت روز پرداخت اختیار شد از آن رو که ضمانی که مشتری ذمه مشتری بدان مشغول است تا این روز بوده و قاعده علی الید نیز بدان دلالت دارد. ادله دیدگاه های دیگر مثل اصل براءت، وقت خطاب، روایات باب رهن و عتق همه مترلزل است زیرا اصل براءت در صورت فقدان دلیل قابل تمسک بوده و وقت خطاب تنها در مورد ثمن بوده و روایات باب رهن و عتق اجمال در اولی و اختلاف نسخه در دومی مانع تمسک به آنها می شود. تنها صحیحه ابی ولاد است که با

همین موضع را قانون مدنی در ماده ۳۱۲ اتخاذ کرده است. نه تنها این قول شاذ نیست بلکه کثیری از فقهای متقدم و متاخر بر آن قائل هستند از جمله: علامه حلی (حلی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۴۰۲) و محدث بحرانی (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰: ۲۸۳) و آقارضا همدانی (همدانی، ۱۴۲۰، ص ۹۱) و علامه مامقانی (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۲: ۳۰۲) و سید یزدی (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۶۰۱) و محقق ایروانی (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۶۴) و میرزای نائینی (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۳۴۰) و علامه مظفر (مظفر، بی تا، ج ۱: ۷۸) و محقق سبزواری (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۱: ۷۲) و آیت الله اراکی (اراکي، ۱۴۱۹: ۶۰۵) و آیت الله منتظری (نجف آبادی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۲۱۸). علاوه بر ادله فوق عرف نیز مشتری را تا زمان اداء و پرداخت قیمت ضامن می داند بنابراین قیمت این روز ملاک است.

### نتیجه گیری

در خصوص مقبوض به عقد فاسد باید توجه داشت:

مشتری ملزم به رد فوری عین مبیع است. این الزام وجوب تکلیفی بوده و از قاعده علی الید و «لایحل مال امرء مسلم» مستفاد است. بر این مبنا حتی اگر عین

زمان پرداخت ملاک تعیین قیمت است و کثیری از فقهای متقدم و متأخر نیز بدان قائل بوده قانون مدنی نیز در ماده ۳۲۱ همین قول را اختیار کرده است.

وجود صحت سند، اما در محتوای آن اختلاف است علاوه بر اینکه در چند مورد باب قواعد باب قضاء در تعارض است، نهایت این که این روایت در مورد خودش (اجاره) قابل تسری است. بنابراین قیمت



## منابع و مأخذ

۱. آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی(۱۴۱۷)، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ سوم؛
۲. ابن فهد، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی(۱۴۰۷)، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول؛
۳. ابوالسعود، رمضان(۱۹۸۶)، مبادئ الالتزام فی القانون المصری و اللبناني، قاهره: الدار الجامعیه، چاپ اول؛
۴. ابن ماجه، محد بن یزید(۱۴۱۸)، سنن ابن ماجه، لبنان: دار الجیل، چاپ اول؛
۵. ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی(۱۴۰۶)، حاشیة المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی؛
۶. اراکی، محمد علی(۱۴۱۹)، کتاب النکاح، قم: نور نگار، چاپ اول؛
۷. امامی، سید حسن(۱۳۹۱)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیة؛
۸. اصفهانی، محمد باقر بن محمد تقی(۱۴۲۰)، الوجیزة فی الرجال، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول؛
۹. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم(۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول؛
۱۰. بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری(۱۴۱۳)، المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول؛
۱۱. الجزیری، عبدالرحمن(۱۴۱۹)، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت: نشر دارالثقلین؛
۱۲. جمعی از مؤلفان(بی تا)، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام؛
۱۳. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی(۱۳۸۱)، رجال العلامة - خلاصة الأقوال، نجف: منشورات المطبعة الحیدریة، چاپ دوم؛
۱۴. حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن(۱۴۰۸)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم؛

۱۵. حائری، سید محمد مجاهد طباطبایی (بی تا)، المناهل، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام؛
۱۶. حلی، مقداد بن عبد الله سیوری (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چاپ اول؛
۱۷. حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم؛
۱۸. حائری طباطبایی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸)، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول؛
۱۹. خراسانی، آخوند محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۶)، حاشیه المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.

