



## تقریرات درس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسّی طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۴-۱۳۹۳

جلسه سی و چهارم؛ دوشنبه ۱۳۹۳/۹/۱۰

### دلیل ششم بر اثبات قاعده‌ی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»

دلیل دیگری که بعضی برای اثبات قاعده اقامه کرده‌اند، تمسک به حدیث لاضرر است. به این تقریب که مقصود از لاضرر، یعنی «لا حکم ضرری» - که مختار ما هم چنین بود - و حتی اگر عدم الحکم هم ضرری باشد و شارع در هیچ مرتبه‌ای جلوی ضرر را مُنسدّ نکرده باشد، با لاضرر می‌توان عدم الحکم را برداشت و در نتیجه اثبات حکم کرد. در ما نحن فیه هم - یعنی در مسأله‌ی مقبوض به عقد فاسد، در صورتی که مقبوض در ید مشتری تلف شود - عدم حکم به ضمان، ضرر بر مالک است، پس با لاضرر برداشته می‌شود و در نتیجه نقیض آن که حکم به ضمان مشتری است، ثابت می‌شود.

### نقد دلیل ششم

اولاً: همان‌طور که در مباحث اصول بیان کردیم، لاضرر فقط ضررهای مربوط به حیطة‌ی تشریح را برمی‌دارد، اما اگر ضرری در حیطة‌ی تشریح نباشد بلکه ناشی از حوادث طبیعی و سنت‌های تکوینی الهی باشد، لاضرر شامل آن نمی‌شود. و از آن‌جا که بحث ما در این قاعده در فرض تلف است که شیء خود به خود و به واسطه‌ی آفت سماوی از بین رفته و قابض هم نقشی در آن نداشته است. لذا ما نحن فیه اصلاً مجرای قاعده‌ی لاضرر نیست و نمی‌توان با استناد به آن، قاعده‌ی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» را اثبات کرد.

ثانیاً: سلّمنا لاضرر جاری باشد، اما در صورتی که قیمة المثل بیشتر از قیمة المسمی باشد، جریان لاضرر در حق مالک، معارض با جریان لاضرر در حق مشتری است.

## توضیح مطلب

اگر قيمة المثل به اندازهی قيمة المسمى باشد، ممکن است کسی [با استناد به قاعدهی اقدام] بگوید چون مشتری خود اقدام بر چنین ضرری کرده است پس لاضرر در حق او جاری نیست. اما اگر قيمة المثل بیشتر از قيمة المسمى باشد، در این صورت لاضرر در حق مشتری نسبت به مازاد از قيمة المسمى جاری است؛ چراکه مشتری فقط به اندازهی قيمة المسمى اقدام بر ضرر کرده است. بنابراین جریان لاضرر در حق مالک، معارض با جریان لاضرر در حق مشتری است، در نتیجه هر دو تساقط می‌کنند، و دیگر نمی‌توان با استناد به جریان لاضرر در حق مالک، ضمان مشتری را اثبات کرد.

مضافاً به این که می‌توانیم بگوییم جریان لاضرر در حق مالک، مطلقاً - چه ضمان المثل به اندازهی ضمان المسمى باشد و چه بیشتر از آن - معارض با جریان لاضرر در حق مشتری است؛ زیرا در بررسی دلیل هفتم خواهیم گفت این کلام که چون مشتری - ولو فی الجملة - اقدام بر ضرر کرده پس لاضرر در حق او جاری نیست، مورد مناقشه است. پس از ابتدا «لاضرر» در حق مشتری جاری است [حتی نسبت به ضمان المسمى، و در نتیجه با لاضرر در حق مالک تعارض کرده و تساقط می‌کند].

## دلیل هفتم بر اثبات قاعده

دلیل<sup>۱</sup> دیگری که از زمان شیخ طوسی<sup>۲</sup> تا امروز بر اثبات قاعده اقامه شده، تمسک به دلیل اقدام است.<sup>۱</sup> به

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۸:

ثم إنَّ المدرك لهذه الكلية على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل هو: إقدام الآخذ على الضمان، ثم أضاف إلى ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

و الظاهر أنه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط، حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع و الإجارة الفاسدين - بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة.

۲. المبسوط في فقه الإمامية، ج ۳، ص ۵۸:

فإذا غرم المستعير فهل يرجع على المعير بذلك؟ قيل فيه قولان:

أحدهما لا يرجع، لأنه اختص بتلف المنافع و الأجزاء في يده فاستقر عليه الضمان و الثاني يرجع على الغاصب لأنه دخل في العقد على أن لا يكون عليه ضمان الأجرة و الأرض فإذا بان أنه مغضوب كان الغاصب غاراً له بذلك، فكان له الرجوع به عليه.

✓ همان، ص ۶۴:

و لو غصب عبداً قيمته ألف فخصاه فبلغ ألفين رده و قيمة الخصيتين، لأنه ضمان مقدر المنافع تضمن بالغصب كالأعيان سواء و جملته أن كل منفعة تضمن بعقد الإجارة فإنها تضمن بالغصب كمنافع الدار و الدابة و العبيد و الثياب المقبوض عن بيع فاسد [فإنه] لا يملك بالبيع الفاسد و لا ينتقل به الملك بالعقد، و إذا وقع القبض لم يملك به أيضاً لأنه لا دليل عليه، و إذا لم يملك به كان مضموناً.

فإن كان المبيع قائماً رده، و إن كان تالفاً رد بدله، إن كان له مثل، و إلا قيمته لأن البائع دخل على أن يسلم له الثمن المسمى في مقابلة ملكه

این بیان که:

آخذ (قابض) - مثلاً مشتری در بیع و مستأجر در اجاره - داخل در معامله شده بنابر این که ضمان المسمای مال مقبوض، بر عهده‌ی او باشد. حال که شارع حکم به فساد عقد کرده، ضمان المسمی ثابت نمی‌شود و در نتیجه ضمان، تبدیل به ضمان واقعی (ضمان به مثل یا قیمت) می‌شود.

### مناقشه‌ی شیخ انصاری<sup>رحمه‌الله</sup> در استدلال به دلیل اقدام

عده‌ای از جمله شیخ انصاری<sup>رحمه‌الله</sup> در این استدلال مناقشه کرده‌اند.<sup>۲</sup> مرحوم شیخ ابتدا بیانی بر بطلان این

---

فإذا لم يسلم له المسمى اقتضى الرجوع إلى عين ماله، فإذا هلكت كان له بدلها، وكذلك العقد الفاسد في النكاح يضمن المهر مع الدخول، وكذلك الإجارة الفاسدة، الباب واحد.

✓ همان، ص ۶۸:

و أما الكلام في الرجوع نظرت فان رجع على المشتري بذلك، فهل يرجع المشتري [به] على الغاصب أم لا؟ فان كان المشتري قد دخل مع العلم بالحال لم يرجع على أحد بشيء، لأنه غر نفسه.

و إن كان مع الجهل بالحال فكلما دخل المشتري على أنه يملكه بدل و هو أرش البكارة و نقصان الولادة و قيمتها إن ماتت لا يرجع به على الغاصب، لأنه قد دخل على أنه مضمون عليه بالثمن فإذا تلفت في يده استقر الثمن عليه.

۱. بعض ادله‌ی سابق که ذکر کردیم، کاملاً متأخر هستند یعنی فقط متأخرین به آن‌ها تمسک کرده‌اند. بر خلاف قاعده‌ی اقدام که از زمان شیخ طوسی بعض ادله‌ی سابق که ذکر کردیم، کاملاً متأخر هستند یعنی فقط متأخرین به آن‌ها تمسک کرده‌اند. بر خلاف قاعده‌ی اقدام که از زمان شیخ طوسید استناد فقهاء بوده است و ادعا شده که شیخ طوسی در موارد بسیاری در بحث بیع و اجاره‌ی فاسده، به این بیان برای اثبات ضمان تمسک کرده است.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۸:

و هذا الوجه لا يخلو عن تأمل؛ لأنهما إنما أقدما و تراضيا و توطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص، لا الضمان بالمثل أو القيمة، و المفروض عدم إضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية أخرى، فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت، فحكم شرعي تابع لدليله و ليس مما أقدم عليه المتعاقدان.

هذا كله، مع أن مورد هذا التعليل أعم من وجه من المطلب؛ إذ قد يكون الإقدام موجوداً و لا ضمان، كما قبل القبض، و قد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، و كما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو «أجرتك بلا اجرة». نعم، قوتی الشهدان في الأخير عدم الضمان، و استشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم.

و بالجملة، فدليل الإقدام مع أنه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله منقوض طرداً و عكساً.

✓ حاشية المکاسب (لليرزدي)، ج ۱، ص ۹۴:

أقول الأولى أن يقال إن الإقدام لا يكون موجبا للضمان أصلاً لعدم الدليل عليه و هذا هو الوجه لا كونه إقداماً على ضمان خاص و بانتفائه ينتفى القدر المشترك إذ لو فرض الإقدام على الضمان بالقيمة الواقعية أيضاً لا يكون نافعاً إذا لم يعضه الشارع كما هو واضح و كذا لو كان المسمی مقدارا معيناً كلياً من نقد البلد ينطبق على القيمة الواقعية.

✓ نهج الفقاهة، ص ۱۲۲:

لو فرض إقدامهما على الضمان بالمثل أو القيمة كما لو باعه بمثله أو بقيمته لم يجد ذلك في ضمانه بعد كون المفروض فساد العقد و عدم ترتب

استدلال ارائه کرده و سپس مواردی را به عنوان نقض بر آن ذکر کرده است.

### الف: بیان شیخ بر بطلان استدلال مذکور

مرحوم شیخ می‌فرماید: هرچند متبایعین اقدام بر عقد فاسد کرده‌اند به گونه‌ای که ضامن مسمی باشند، اما اقدام آن‌ها بر ضمان مسمی شرعاً ممضی نیست؛ چراکه متبایعین در ضمن عقد بیع اقدام به معامله و ضمان کردند، ولی از آن‌جا که شارع حکم به فساد عقد و عدم ترتب اثر بر آن کرده، پس اقدام آن‌ها بر ضمان مسمی ممضی نیست، ضمان به مثل و قیمت هم که مورد اقدام متبایعین نیست و اثبات آن احتیاج به دلیل خاص دارد.<sup>۱</sup>

به تعبیر دیگر اقدام متبایعین بر ایجاد عقد، حصه‌ی خاصه‌ای از اقدام بوده که مقتضی ضمان به مسمی است نه ضمان به مثل و قیمت، و از آن‌جا که شارع حکم به فساد عقد کرده، پس هیچ اثری بر اقدام متبایعین مترتب نیست. ضمان به مثل و قیمت هم احتیاج به دلیل دارد. بنابراین با دلیل اقدام نمی‌توان قاعده‌ی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» را اثبات کرد.

### شبهه و پاسخ به آن

در این جا شبهه‌ای ممکن است مطرح شود و آن این‌که:

اقدام متبایعین بر عقد، مرکب از جنس و فصل است. جنس آن اصل اقدام و فصل آن تخصیص در ضمن بیع است. هرچند با حکم شارع به فساد عقد، فصل اقدام که همان تخصیص در ضمن عقد و ضمان بالمسمی است از بین می‌رود، اما اصل اقدام بر ضمان هم‌چنان باقی است و چون ردعی از جانب شارع نسبت به اصل اقدام بر ضمان وارد نشده، عدم الردع کافی برای کشف امضاء شارع است. بنابراین چون اصل اقدام بر ضمان هم‌چنان باقی است، مشتری باید عند التلّف، مثل یا قیمت مبیع را به بایع بپردازد.

در پاسخ به این شبهه گفته می‌شود:

اقدام، در نظر عرف و عقلاء یک واحد بسیط است که امرش دائر بین وجود و عدم است و مرکب از دو بخش (اصل اقدام و اقدام به ضمان مسمی در ضمن بیع) نیست تا با حکم شارع به فساد عقد و ذهاب حصه‌ی خاصه‌ای از اقدام، اصل اقدام باقی باشد.

---

اثر علیه فالإقدام علی الضمان إذا لم یمضه الشارع الأقدس لیس من أسباب الضمان مطلقاً فلا تتم دعوی کونه من أسباب الضمان.

۱. کما این‌که خود شیخ به ادله‌ی خاصه مانند روایت «علی الید» و نیز روایات امه‌ی مسروقه، ضمان به مثل یا قیمت را اثبات می‌کند.

مضاف به این که فرضاً اقدام، مرکب از دو امر باشد، اما در صورتی که قیمة المثل بیشتر از قیمة المسمی است، به چه دلیلی ضمان به مثل یا قیمت را به عنوان فصل جدیدی برای جنس (اصل اقدام) قرار می‌دهید؟ بلکه اثبات ضمان به مثل یا قیمت در صورتی که شارع ضمان المسمی را امضاء نکرده باشد، احتیاج به دلیل خاص دارد، در حالی که چنین دلیلی وجود ندارد.

**إن قلت:** طبق سیره‌ی عقلاء، در چنین جایی که آخذ اقدام بر ضمان مقبوض کرده، حکم به ضامن او می‌کنیم، هرچند عقد و ضمان المسمی فاسد باشد.

**قلت:** چنین سیره‌ای اصلاً وجود ندارد و اصل این کلام که عقلاء ملتزم به ضمان هستند، بعید به نظر می‌رسد. به هر حال فرضاً هم سیره‌ی عقلائیه بر حکم به ضمان در صورت اقدام بر عقد فاسد وجود داشته باشد، از آن جا که شارع این اقدام را که در ضمن عقد فاسد انجام می‌شود ملغی می‌داند، نمی‌توانیم سیره‌ی عقلائیه‌ای را که ناشی از چنین اقدامی است، ممضی بدانیم. به تعبیر دیگر حکم شارع به فساد عقد، کافی در ردّ چنین سیره‌ای است.

**نتیجه:** به نظر ما نیز اشکال شیخ رحمته‌الله بر استدلال به دلیل اقدام برای اثبات قاعده‌ی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» اشکال واردی است و با این دلیل نمی‌توان قاعده را اثبات کرد.

### **ب: نقوض مرحوم شیخ بر قاعده‌ی اقدام**

#### **نقض اوّل: این دلیل مانع اغیار نیست**

مرحوم شیخ می‌فرماید: اگر مدرک قاعده‌ی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» دلیل اقدام باشد، این دلیل طرداً و عکساً نقض می‌شود. اما این دلیل مطرد و مانع اغیار نیست؛ زیرا در مواردی اقدام بر ضمان شده اما در عین حال ضمان وجود ندارد. مثلاً کسی که عقد بیع را انجام داده اما هنوز مبیع را قبض نکرده، اقدام بر ضمان المسمی کرده است، اما در عین حال اگر مبیع تلف شود خسارت آن بر عهده‌ی بایع است؛ زیرا «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال مالک». در حالی که طبق قاعده‌ی اقدام، باید مشتری ضامن باشد.

#### **مناقشه در نقض اوّل مرحوم شیخ**

حقیقت آن است که این نقض اساساً وارد نیست؛ زیرا:

**اولاً:** بحث در ضمان به عقد فاسد، در جایی است که مشتری مبیع را اخذ کرده باشد، لذا قائلین به این قاعده، تعبیر به ضمان مقبوض به عقد فاسد می‌کنند. به تعبیر دیگر، در نظر قائلین به ضمان، دو عنصر

دخیل در ضمان به عقد فاسد است؛ یکی اصل اقدام و دیگری استیلاء خارجی بر عین مقبوض که فرد بارز آن، اخذ به ید است. البتّه از این جواب به گونه‌ای از جانب شیخ می‌توان پاسخ داد.

ثانیاً: فرضاً دلیل ضمان، قاعده‌ی اقدام باشد، اما از آن‌جا که هر قاعده‌ای قابل تخصیص است، می‌توانیم بگوییم فی الجملة قاعده‌ی اقدام در مواردی که اخذ استیلاء بر مقبوض ندارد، تخصیص خورده است.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی