

بررسی فقهی و حقوقی بدل حیلولة

علی عسگری مروت^۱ * مسلم واحدی^۲

دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۱۷ پذیرش: ۱۳۹۷/۵/۳

چکیده

«بدل حیلولة» عوض مالی است که بر عهده حائلی (بازدارنده) است که به علت یکی از اسباب ضمان، مثل غصب یا سرقت، باعث تعذر در رد مال شده است. تعذر رد عین، به معنای این است که مال به علتی غیر از تلف قابل رد نباشد و مراد از تعذر، تعذر عرفی است، نه عقلی. درباره ماهیت حقوقی بدل حیلولة دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد که دو مورد از مهم‌ترین آن‌ها نظریه «اباحه تصرف» و نظریه «مالکیت بدل» است. قائلان به دیدگاه اول معتقدند که بدل باید به شکل اباحه مطلق در اختیار مالک قرار گیرد و این اباحه مطلق تا زمانی که عین تلف نشده است به ملکیت تبدیل نخواهد شد. در بین قائلان به نظریه مالکیت بدل حیلولة، نظر اقوا این است که ملکیت بدل برای مالک است، منتها این تملیک همراه با شرط پاسخی است که

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی پردیس فارابی دانشگاه تهران، نویسنده

مسئول، ایمیل: asgari.morovat@ut.ac.ir.

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی پردیس فارابی دانشگاه تهران..

به موجب آن، هرگاه عین به دست آید و غاصب بتواند به تعهدات خود در خصوص رد عین وفا کند آنچه را به عنوان بدل داده است، به او باز می گردد.
واژگان کلیدی: بدل حیلولة، ضمان، تغذر، غصب، تصرف، مالکیت.

مقدمه

«ضمان قهری» مسئولیتی است که به حکم قانون و بدون وجود قراردادی خاص ایجاد می‌شود، مبنی بر اجرای امری و یا جبران زیانی که کسی بر اثر عمل خود به دیگری وارد کرده است. قانون مدنی در ماده ۳۰۷ از چهار مورد به عنوان اسباب ضمان قهری نام برده است که عبارتند از: غصب و آنچه در حکم غصب است، اتلاف، تسبیب و استیفاء. طبق ماده ۳۰۸ قانون مذکور، غصب عبارت است از استیلا بر حق غیر به نحو عدوان. همچنین اثبات ید بر مال غیر بدون اجازه او در حکم غصب می‌باشد. عین، منفعت، حق و یا ترکیبی از این امور ممکن است موضوع غصب باشد. غاصب ضامن است و باید عین مغضوب را به مالک رد کند و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن را باید بدهد. همچنین در مورد نقص و عیب مال، اگرچه به فعل او مستند نباشد نیز مسئول است. مواد ۳۰۸ تا ۳۲۷ ق.م. راجع به غصب است که بحث ما در مینه ماده ۳۱۱ ق.م. است. در این ماده باید سه حالت را از هم تفکیک کرد: حالت اول درباره تکلیف به رد مال مغضوب می‌باشد و آن در صورتی است که مال مغضوب، موجود و در دسترس باشد. حالت دوم در مورد تلف عین مغضوب است که غاصب مکلف به رد مثل (در صورت مثلی بودن) و قیمت (در صورت قیمی بودن) آن است. حالت سوم جایی است که عین مغضوب موجود است؛ اما رد آن به مالک به دلایلی غیر از تلف، ممکن نیست و متعذر است. در این حالت با توجه به ذیل ماده مذکور، غاصب به دادن بدل حیلولة مکلف می‌باشد.

محور بحث این نوشتار همین حالت سوم است که به بررسی زوایای مختلف آن از جمله ماهیت حقوقی بدل حیلولة، مالکیت منافع و... بپردازیم.

واژه‌شناسی

«بدل» در لغت به معنای «هر چه به جای دیگری بود، هر چیز که به جای دیگری واقع شود، عوض، نائب و قائم مقام» است (دهخدا، ۱۳۷۷، ۴۴۶۴). «بدل» در اصطلاح فقها بر دو نوع است: الف) بدل اضطراری، که به معنای جایگزینی چیزی به جای دیگری در مواقع ضروری است؛ ب) بدل مُکافیء (کفایت‌کننده) عبارت از بدلی است که با مبدل منه خویش برابر است؛ مخصوصاً از لحاظ ارزش اقتصادی، مثل برابری ثمن با کالا و بالعکس در عقد بیع. بدل به اعتبار دیگری بر دو نوع است: الف) بدل توافقی که بر مبنای توافق و قرارداد است؛ ب) بدل قهری که مبنای آن حکم قانون یا شارع است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ۵۳۵). بدل حیلولة به معنای عوض مالی است که بر عهده حائلی (بازدارنده) است که به علت یکی از اسباب ضمان مثل غصب یا سرقت، بین مال و مالک آن فاصله انداخته و مال هنوز موجود است. اگر مال تلف شود به عوض آن، بدل تالف گفته می‌شود (فرهنگ فقه، ۱۳۸۴، ۷۹). برخی از حقوقدانان معتقدند از ظاهر ماده ۳۱۱ ق.م.ا^۱ چنین استنباط می‌شود که موضوع تعهد غاصب در دادن بدل حیلولة باید چیز دیگری غیر از مثل یا قیمت مال باشد؛ زیرا دادن مثل یا قیمت به موارد تلف مال اختصاص دارد؛ درحالی که در این جا

۱. ماده ۳۱۱ ق.م.ا: «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده

باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد.»

مال تلف نشده است؛ اما با توجه به مبانی تاریخی قانون مدنی، نمی‌توان به این ظاهر استناد کرد و در نتیجه «بدل» مال مغضوب، مثل یا قیمت آن است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۴۰۶).

«حیلولة» از لحاظ لغوی به معنای «حائل شدن میان دو چیز، میان دو چیز آمدن و حائل شدن» است (دهخدا، ۱۳۷۷، ۹۲۵۵). در اصطلاح فقها، حیلولة بیانگر حالتی است که مالک از مالش بازداشته می‌شود تا این که به تلف شدن آن مال منجر شود. در خصوص ضمان شخص بازدارنده بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی حیلولة را فقط در اموال منقول موجب ضمان می‌دانند و در صورت تلف شدن مال غیر منقول، بازدارنده را ضامن نمی‌دانند (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ۸۸۳). در این که بدل حیلولة مختص مواردی است که مال از اعیان باشد یا شامل آنچه در ذمه است نیز می‌شود؛ اختلاف دیدگاه است. صاحب مصباح الفقاهة در این زمینه بیان می‌دارد: «وَعَلَيْهِ فَلَا وَجَهَ لِمَا ذَكَرَهُ السَّيِّدُ وَشَيْخُنَا الْمُحَقِّقُ مِنَ الْإِيرَادِ عَلَى الْمُصَنِّفِ مِنْ أَنَّ بَدَلَ الْحِيلُولَةِ مُخْتَصٌّ بِالْأَعْيَانِ، وَمَحَلُّ الْبَحْثِ - هُنَا - فِي الذَّمِّ، فَلَا صِلَةَ بَيْنَهُمَا بِوَجْهِ. وَذَلِكَ لِأَنَّ مَدْرَكَ وَجُوبِ بَدْلِ الْحِيلُولَةِ إِنَّمَا هُوَ قَاعِدَةُ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ وَمِنْ الْوَاضِحِ أَنَّهُ لَا اخْتِصَاصَ لِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ بِالْأَعْيَانِ، بَلْ تَعَمُّ الذَّمُّ أَيْضاً...» (خویی، ۱۳۷۷، ۱۷۱-۱۷۲)؛ این که السَّيِّدُ [= السَّيِّدُ الْيَزْدِيُّ، صاحب کتاب حاشیة المکاسب] والشیخ [الانصاری] می‌گویند که بدل حیلولة به اعیان اختصاص دارند؛ هیچ وجهی ندارد و محل بحث در این جا در مورد ذمه‌هاست و به هیچ وجه این دو به هم ربطی ندارند؛ به این دلیل که دلیل وجوب بدل حیلولة فقط همان قاعده جمع بین دو حق است و روشن است که بر اساس این قاعده، بدل حیلولة به اعیان اختصاص ندارد، بلکه علاوه بر آن، ذمه را شامل می‌شود.

۲. ادله ضمان حیلولة

فقه‌های شیعه معمولاً در این خصوص به ادله احترام مال مسلم و قاعده سلطنت مالک بر مال خود اشاره کرده‌اند. فقها برای حجّیت ضمان حیلولة به این موارد اشاره می‌کنند:

۱. اجماع

۲. روایات وارده در ابواب عاریه، ودیعه، اجاره و مثل روایتی از محمد بن مسلم از ابو جعفر علیه السلام که از امام علیه السلام در مورد انسانی سؤالی شده است که مالی را به عاریت می‌گیرد و سپس از بین می‌رود یا دزدیده می‌شود. امام علیه السلام می‌فرماید: «اگر امین باشد، توانی بر او نیست».

۳. قاعده «لا ضرر»؛ قطع سلطنت مالک، هرچند کوتاه به ضرر اوست؛

۴. حدیث «علی الید ما أخذت حتی تؤدی»؛ ضمانی که از این روایت استنباط می‌شود، اعم از تلف و تعدّ در برهه‌ای از زمان است؛

۵. قاعده «من أ تلف ...»؛ زیرا ضامن با اقدام خود، سلطنت مالک بر مالش را از بین برده است و باید سلطنت او را اعاده کند و جایی که این امکان وجود ندارد، قدر متیقّن، بدل آن است؛

۶. قاعده «الناس مسلّطون علی أموالهم»؛ این قاعده مقتضی مطالبه عین است و هرگاه تعذر پیش آید، به جای آن بدل داده می‌شود؛

۷. قاعده احترام اموال مردم و جمع بین حقوق؛ زیرا مقتضی جبران خسارت مالک را همراه دارد مال به او در صورت تمکن است؛ و این امر امکان ندارد، مگر با دادن بدل، حتی اگر موقت باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳، ۲۱۸-۲۲۲).

۳. موارد تعذر رد عین در ماده ۳۱۱ ق.م.

قانون‌گذار در ماده ۳۱۱ ق.م، به تعذر در رد عین و بدل حیلولة اشاره کرده است.^۱ تعذر رد عین یعنی این‌که مال به علتی غیر از تلف، قابل رد نباشد. ابتدا باید با مفهوم «تلف» آشنا شویم: اگر مالی چنان دگرگون شود که هیچ ویژگی محسوسی از آن برجای نماند؛ مثل این‌که پارچه‌ای بسوزد، یا این‌که ویژگی اساسی آن از بین برود، مثل خودرویی که تصادف می‌کند و دیگر غیرقابل تعمیر می‌شود، آن مال تلف شده است. این موارد «تلف حقیقی» محسوب می‌شود. از طرف دیگر، می‌توان از نوع دیگری از تلف به نام «تلف حکمی» یاد کرد. از جمله می‌توان به ماده ۳۱۲ ق.م.^۲ اشاره کرد که از مالیت افتادن چیزی را در حکم تلف محسوب کرده است. از موارد دیگر تلف حکمی، قطع سلطه دائمی مالک از مال خود است، مانند این‌که انگشتی در دریای عمیقی بیفتد که عادتاً امکان یافتن آن وجود نداشته باشد. اما درباره «تعذر رد عین» پرسشی که مطرح می‌شود، این است که آیا این تعذر شامل مواردی هم می‌شود که نتایج استرداد چنان زیان‌بار است که در حکم ناممکن است؟ مانند این‌که تیرآهن مغضوبی در بنایی به کار رود و استرداد آن مستلزم تخریب بنا باشد. در این جا ظاهراً می‌توان با توجه به آثار زیان‌بار و لطمه به منافع عمومی پاسخ مثبت داد.

۱. ماده ۳۱۱ قانون مدنی: «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد.»

۲. ماده ۳۱۲ قانون مدنی: «اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد، باید آخرین قیمت را

به رغم این، با استناد به ظاهر ماده ۳۱۳ ق.م و نظر مشهور فقهی، غاصب به استرداد عین مغضوب به مالک آن ملزم است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ۴۰۳-۴۰۶). شیخ انصاری، از حیلولة با عبارت تعذر وصول به مالک نام برده است و از این رو غصب، گم شدن، غرق شدن و سرقت را از عوامل تعذر وصول به مال محسوب کرده است. تعذر وصول به مال مختص فرضی نیست که مالک از دسترسی به مال خود ناامید شده است، بلکه اگر معلوم شود که در مدتی دسترسی به آن حاصل خواهد آمد و در این مدت مالک زیان خواهد دید، این مورد نیز تعذر محسوب می شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ۱۸۴). مراد از تعذر، تعذر عرفی است، نه عقلی و به محض تعذر عرفی از دسترسی به مال، پرداخت بدل حیلولة لازم است.

مثالی که معمولاً فقها برای «بدل حیلولة» استفاده می کنند، مثال انگشتی است که شخصی در دریا انداخته و دیگر امکان بیرون آوردن آن نیست. در این جا مال از دسترس خارج شده است و وضع ید بر آن ممکن نیست؛ عملیاتی مانند چشم بندی و سحر و شعبده، نوعی حیلولة بین مال و مالک آن محسوب می شود. یکی از نمونه های حیلولة، حبس مال دیگران است که برخی از فقها آن را از موجبات ضمان به حساب آورده و برخی دیگر آن را موجب ضمان ندانسته اند (همان، ۱۸۳). بدل حیلولة در صورتی باید رد شود که دسترسی به عین غیر ممکن شود؛ به نحوی که مالک نتواند از مال بهره مند شود؛ اما اگر بتواند به شکلی از آن استفاده کند، مثل این که عینی به عین دیگر ممزوج شده باشد، نمی توان به لزوم رد بدل حیلولة حکم کرد. البته مالک می تواند از این مال ممزوج استفاده کند و به علت شرکتی که بین او و مالک دیگر بر اثر امتزاج پدید آمده، گویا عیبی در مال او به وجود آمده است. لذا بر غاصب واجب است که این عیب را با پرداخت ارش جبران کند (گری، ۱۳۷۸،

۲۲۲-۲۲۳). بیش‌تر فقها این مسئله را در مبحث غصب بررسی کرده‌اند؛ ولی حکم آن شامل مواردی غیر از غصب نیز می‌شود. به عنوان مثال در بحث اقرار، در فرضی که شخص مقر در حق کسی اقرار کند که باید مالی معین (عین) را به او بپردازد و سپس در حق فرد دیگری درباره همان مال معین اقرار کند، از آن‌جا که دادن این مال به هر دو نفر ممکن نیست، مقر باید به شخص دوم (از این‌رو که موجب «حیلولة» بین او و مالش شده است) خسارت پرداخت کند. شیخ طوسی در این خصوص می‌نویسد: «إِذَا قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ لِفُلَانٍ لَا بَلَّ فُلَانٍ أَوْ قَالَ غَصَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ لَا بَلَّ مِنْ عَمْرٍو فَإِنَّ إِقْرَارَهُ الْأَوَّلَ لَا يَزِمُّ وَ يَكُونُ الدَّارُ لَهُ، وَ هَلْ يَغْرِمُهَا لِلثَّانِي أَمْ لَا؟ قِيلَ فِيهِ قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا لَا يَغْرِمُهُ لِأَنَّهُ يَقُولُ قَدْ أَخْطَأْتُ فِي الْإِقْرَارِ الْأَوَّلِ وَ قَدْ رَجَعْتُ عَنْهُ وَ الدَّارُ لِلثَّانِي، وَ إِنَّمَا تَحْكُمُونَ عَلَى بِلْزَوْمِ إِقْرَارِي لِلأَوَّلِ بِالشَّرْعِ فَلَا يُلْزِمُنِي الضَّمَانُ عَنْهُ، وَ الْآخَرُ وَ هُوَ الصَّحِيحُ أَنَّهُ يَغْرِمُهَا لَهُ لِأَنَّهُ حَالٌ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ مَا أَقْرَرَهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ ذَبَحَ شَاةً لَهُ وَ أَكَلَهَا ثُمَّ أَقْرَرَ بِهِ لِفُلَانٍ، فَإِنَّهُ يُلْزِمُهُ غَرَامَتُهُ» (طوسی، ۱۳۸۸، ۱۷). اگر فردی بگوید که این خانه مال فلان کس است و بعد بگوید خیر، مال فلان کس است، یا این‌که بگوید آن را از زید غصب کردم و بعد بگوید از عمر غصب کردم، در این صورت، اقرار اولش لازم است و خانه برای مقرّ له اول خواهد بود. آیا مقر باید غرامت خانه را به مقرّ له دوم دهد یا خیر؟ دو دیدگاه در این‌باره وجود دارد: یکی این‌که لازم نیست غرامت بپردازد؛ زیرا مقر می‌گوید که درباره اقرار اول خطا کرده و از آن رجوع کرده‌ام و خانه مال مقرّ له دوم است و شرع هم مرا به ضمانت از مقرّ له اول ملزم نکرده است. نظر به دیگر - که همین دیدگاه صحیح می‌باشد - این است که مقر باید غرامت خانه را به مقرّ له دوم بپردازد؛ زیرا او بین مقرّ له دوم و مقرّ به حائل شده است؛ همان‌طور که اگر گوسفندی مقرّ له را ذبح

می‌کرد و آن را می‌خورد و سپس به آن اقرار می‌کرد، یا این‌که مال کسی را اتلاف و به آن اقرار می‌کرد، باید غرامت آن را می‌داد.

۴. ماهیت حقوقی بدل حیلوله

عین مغضوبه پس از غصب و دادن بدل، همچنان در مالکیت مالک است. اختلاف اصلی دیدگاه فقها بر سر حکم بدل قبل از تلف عین مغضوبه است؛ بدین بیان که آیا به ملکیت مالک درمی‌آید یا خیر؟ اگر جواب مثبت باشد، این ایراد مطرح می‌شود که هم بدل و هم مبدل منته به مالکیت مالک درآمده است و اگر جواب منفی باشد، این پرسش مطرح می‌شود که ماهیت بدل حیلوله چیست؟ در این مورد دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد که به بررسی دو مورد از مهم‌ترین آن‌ها می‌پردازیم:

۱-۴. اباحه تصرف

برخی معتقدند که غاصب با عمل خود سلطه‌ای که مالک بر مال خود داشته است، با مانع روبه‌رو کرده و ضامن این سلطه از بین رفته است. بنابراین، بدل باید به شکل اباحه مطلق در اختیار مالک قرار گیرد. این اباحه مطلق تا زمانی که عین تلف نشده است، به ملکیت تبدیل نخواهد شد و بدین شکل، ایراد جمع مالکیت عوض و معوض در دست مالک نیز مرتفع می‌شود؛ یعنی بدل زمانی به ملکیت مالک درمی‌آید که مال مغضوب تلف شده باشد. برخی از حقوقدانان گفته‌اند: «در صورتی که ملکیت بدل متعلق به مالک دانسته شود، کلیه منافع و نمائات آن متعلق به او می‌شود؛ اما با دسترسی به مال اصلی، غاصب باید آن را به مالکش برگرداند و در مقابل، مالک باید بدل را به غاصب رد کند تا عوض و معوض یا بدل و مبدل منته در یکجا جمع نشود. به نظر می‌رسد منطقی‌تر آن است که مالک مال مغضوب را در این مدت صرفاً مالک منافع (به نظر می‌رسد نحوه استفاده مالک از منافع بدل به صورت مالکیت منافع باشد

نه، حق انتفاع) بدل بدانیم؛ چون بدل درواقع جبران موقت و وسیله‌ای برای جلوگیری از ضرر مالک در مدت عدم دسترسی به مال خود می‌باشد و انتقال ملکیت بدل موردتوجه نبوده است. به همین جهت، غاصب با جلب رضایت مالک می‌تواند بدل حیلوله را به شخص ثالث بفروشد یا به نحو دیگری واگذار نماید» (ره پیک، ۱۳۹۰، ۱۲۲). ایراداتی به این نظر وارد است از جمله این‌که لازمه جبران تسلط مالک، دادن اختیاراتی به اوست که جز به تملیک محقق نمی‌شود و اباحه با چنین وسعتی معنایی جز تملیک ندارد. علاوه بر این، مالک حق دارد که بدل مال مغضوب را مطالبه کند و غاصب را بدین اقدام وادار سازد درحالی‌که اباحه در اختیار مالک است و با تعهد سازگار به نظر نمی‌رسد.

۲-۴. مالکیت بدل

برخی معتقدند که بدل به ملکیت مالک درمی‌آید؛ از جمله صاحب جواهر در این زمینه می‌نویسد: «عَلَى أَنْ دَفَعَ الْبَدَلَ لِلْحِلُولَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى وَجْهِ الْمِلْكِيَّةِ لِلْمَالِكِ لَمْ يَجِدْ فِي دَفْعِ ضَرَرِ الْمَالِكِ، بَلْ رُبَّمَا يَكُونُ ضَرَرًا عَلَيْهِ بِوَجوبِ حِفْظِهِ وَنَحْوِهِ عَلَيْهِ، كَمَا أَنَّ جَوَازَ التَّصَرُّفِ فِيهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى وَجْهِ شَمْلٍ مَا يَعْتَبَرُ فِيهِ الْمَلِكُ كَذَلِكَ أَيْضًا، فَلَيْسَ حِينَئِذٍ إِلَّا الْمِلْكِيَّةُ الَّتِي لَا تَسْتَلْزِمُ خُرُوجَ الْمَبْدَلِ عَنْهُ عَنْ مَلِكِ الْأَوَّلِ، بَلْ لَعَلَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَام "حَتَّى تُوَدَّى" ظَاهِرٌ فِي خِلَافِهِ. مُضَافًا إِلَى أَصَالَةِ بَقَائِهِ عَلَى مَلِكِهِ وَإِلَى مَا عَرَفْتَهُ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ، وَلِذَا لَمْ يَذْكُرُوا خِلَافًا بَلْ وَلا إِشْكَالًا فِي مَلِكِ نَمَائِهِ الْمُنْفَصِلِ لَهُ، وَدَعْوَى أَنَّهُ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ الْعَوَضِ وَ الْمُعَوَّضِ عَنْهُ الْمَمْنُوعِ مِنْهُ شَرْعًا وَاضِحَةٌ الْفَسَادِ، بَلْ هِيَ مُجَرَّدُ مَصَادَرَةٍ. (نجفی، ۱۳۸۷، ۱۳۱-۱۳۲)؛ اگر به عدم ملکیت بدل حیلوله برای مالک قائل باشیم، در این صورت از مالک دفع ضرر نخواهد کرد. چه‌بسا ممکن است به ضرر او باشد به

خاطر وجوب حفظ آن بر عهده مالک، همان گونه که جواز تصرف در بدل اگر بر وجه ملکیت نباشد این حکم جاری است. پس در این جا ملکیتی محقق می شود که مبدل^۱ عنه هم از ملکیت فرد خارج نمی شود، بلکه ممکن است حدیث " علی الید ما أخذت حتی تؤدی " ظهور در خلاف آن داشته باشد. به علاوه این که اصل بر بقای آن در ملکیت فرد است و در این زمینه اتفاق نظر وجود دارد و لذا خلاف آن بیان نشده است و هیچ اشکالی وجود ندارد که فرد، مالک منافع منفصل آن شود، و این که ادعا می شود که جمع بین عوض و معوض^۲ عنه از لحاظ شرعی ممنوع است و فساد آن آشکار است، صرف مخالفت و مصادره به مطلوب است.

«همچنین محقق کرکی (محقق ثانی) می نویسد: « وَ یَجِبُ رَدُّ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ مادامت باقیه ، فَإِنْ تَعَذَّرَ دَفْعُ الْغَاصِبِ الْبَدَل . وَ یَمْلِكُهُ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ وَ لَا یَمْلِكُ الْغَاصِبُ الْعَيْنَ الْمَغْصُوبَةَ ، فَإِنْ عَادَتْ فَلِکُلِّ مِنْهُمَا الرَّجُوعُ. (کرکی، ۱۴۱۰، ۲۷۱)؛ مادامی که عین مغضوب باقی است، رد آن واجب است؛ اما اگر متعذر الرد باشد غاصب باید بدل آن را بپردازد. زیان دیده، مالک بدل می شود، ولی غاصب، مالک عین مغضوب نمی شود و اگر عین ممکن الوصول شود، هر یک از آن ها می تواند رجوع کند. این گروه ماهیت بدل را نوعی غرامت می دانند که به مالک تملیک می شود و این تملیک به معنای مالکیت غاصب نسبت عین مغضوب نیست و همچون اجتماع ارش و عین معیوب هردو به ملکیت مالک درمی آید.^۱ این نظر ایراداتی دارد، از جمله

۱ دیدگاه آیت الله گلپایگانی نیز چنین است: «مالک علاوه بر این که مالک عین مغضوبه است ، مالک چیزی که به عنوان بدل مالش به او داده شده، نیز هست». (آیت الله سید محمد رضا گلپایگانی ، مجمع المسائل ، ج ۲ ، ص ۱۱۹ ، سؤال ۲۹۸).

این که وقتی در ملکیت و عدم ملکیت شک حادث می شود، اصل عدم ملکیت است؛ زیرا اسباب نقل و انتقال و ملکیت در شرع و قانون معین است و مالکیت از طریق بدل حیلولة خلاف اصل است. ایراد مهم تری که بر این نظر وارد است، همان طور که قبلاً بیان شد، این است که چگونه ممکن است مالک بتواند عوض و معوض را باهم در مالکیت خود داشته باشد. برخی از حقوقدانان ضمن این که به ملکیت بدل برای مالک قائل هستند، این تملیک را همراه با شرط فاسخی می دانند که به موجب آن، هرگاه عین به دست آید و غاصب بتواند به تعهدات خود در خصوص رد عین وفا کند، آنچه را به عنوان بدل داده است به او باز می گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲۵۹) و بدین شکل مشکل جمع بین بدل و مبدل نیز مرتفع می گردد. مالکیت ضامن نسبت به عین مال پس از پرداخت بدل آن، مورد بحث است. صاحب مصباح الفقاهة در این زمینه بیان می دارد: «هَلْ تَنْتَقِلُ الْعَيْنُ إِلَى الضَّامِنِ بِإِعْطَاءِ الْبَدْلِ أَمْ لَا؟ قَدْ يُقَالُ بِأَنَّ الْمَضْمُونَةَ لَهُ يَمْلِكُ بَدْلَ الْحِيلُولَةِ، وَالضَّامِنُ يَمْلِكُ الْعَيْنَ الْمُتَعَذِّرَةَ، لِإِسْتِحَالَةِ بَدْلِيَّةِ شَيْءٍ عَنْ شَيْءٍ إِلَّا بِقِيَامِ الْبَدْلِ مَكَانَ الْمُبَدَّلِ فِي جِهَةٍ مِنَ الْجِهَاتِ، وَتِلْكَ الْجِهَةُ فِي الْمَقَامِ هِيَ الْإِضَافَةُ الْمِلْكِيَّةُ. وَقَدْ يُقَالُ بِأَنَّ الْمَالِكَ يَمْلِكُ الْبَدْلَ، أَمَّا الضَّامِنُ فَلَا يَمْلِكُ الْمُبَدَّلَ، لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ بِعُنْوَانِ الْبَدْلِيَّةِ لَيْسَ عَوْضاً حَقِيقِيّاً حَتَّى تَسْتَحِيلَ الْبَدْلِيَّةُ إِلَّا بِدُخُولِ الْعَيْنِ الْمُتَعَذِّرَةِ فِي مِلْكِ الضَّامِنِ، بَلْ هُوَ غَرَامَةٌ خَالِصَةٌ نَظِيرُ دِيَةِ الْمَقْتُولِ أَوْ الْمَجْرُوحِ وَكَالْمَبْدُولِ عِنْدَ تَلَفِ الْعَيْنِ. وَ مِنْ الْبَيِّنِ أَنَّ عُنْوَانَ الْغَرَامَةِ لَا يَسْتَلْزِمُ خُرُوجَ الْبَدْلِ مِنْ مِلْكِ الضَّامِنِ وَلَا دُخُولَ الْعَيْنِ الْمُتَعَذِّرَةِ فِي مِلْكِهِ لَكَيَّ يَكُونَ ذَلِكَ مُعَاوَضَةً قَهْرِيَّةً شَرْعِيَّةً (خویی، ۱۳۷۷، ۲۱۶-۲۱۷)؛ آیا با دادن بدل، عین به ضامن منتقل می شود یا نه؟ برخی می گویند: مضمون له بدل حیلولة را و ضامن، عین متعذره را مالک می شود؛ زیرا جایگزینی چیزی به چیز دیگر، امکان پذیر

نیست، مگر به جهتی از جهات، بدل به جای مبدل قرار گیرد که این جهت همان افزایش ملکی است. برخی دیگر نیز می‌گویند بدل از آن مالک است؛ اما مبدل از آن ضامن نیست؛ زیرا آنچه به عنوان بدل اخذ می‌شود، عوضی حقیقی نیست تا این‌که فقط در صورت دخول عین متعذر در ملکیت ضامن، دادن بدل امکان‌پذیر باشد، بلکه غرامت ساده‌ای است مانند دیه مقتول یا مجروح و مانند چیزی است که هنگام تلف عین داده می‌شود. واضح است که عنوان غرامت مستلزم خروج بدل از ملکیت ضامن و دخول عین متعذر در ملکیت او نیست تا این‌که معاوضه قهری شرعی محسوب شود.

۵. مطالبه و قبول بدل

مالک یا می‌تواند بدل را مطالبه کند و یا تا زمان برطرف شدن عذر صبر کند؛ لیکن اگر ضامن بخواهد بدل را بپردازد، در مورد اختیار مالک در امتناع از گرفتن آن یا و در مورد حق ضامن بر الزام مالک بر پذیرش بدل و برعکس؛ در مورد الزام مالک بر پرداخت بدل توسط ضامن، مسئله اختلافی است. برخی براین عقیده‌اند که ضامن حق الزام ندارد. صاحب مصباح الفقاهه بیان می‌دارد: «مَا هُوَ شَأْنُ الْقِيَمَةِ مَعَ تَعَذُّرِ الْوَصُولِ إِلَى الْعَيْنِ، وَهَلْ لِلضَّامِنِ إِجْبَارُ الْمَالِكِ حِينَئِذٍ عَلَى اخْذِهَا؟ لَا شُبْهَةَ فِي أَنَّ الْعَيْنَ إِذَا تُلِفَتْ إِنْتَقَلَ الضَّمَانُ إِلَى بَدْلِهَا مِنَ الْمَثَلِ أَوْ الْقِيَمَةِ كَمَا لَا شُبْهَةَ فِي أَنَّ بَقَاءَ الضَّامِنِ مَشْغُولَ الذِّمَّةِ ضَرَرٌ عَلَيْهِ، وَ إِذَنْ فَيَجُوزُ لَهُ إِجْبَارُ الْمَالِكِ عَلَى قَبُولِ حَقِّهِ. وَلَكِنَّ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ لَا يَجْرِي فِيهَا نَحْنُ فِيهِ، لِأَنَّا لَوْ سَلَّمْنَا تَمَامِيَّةَ الْإِدْلَةِ الْمَتَقَدِّمَةِ الدَّالَّةِ عَلَى ثُبُوتِ بَدْلِ الْحِيلُولَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا دِلَالَةَ فِيهَا عَلَى جَوَازِ إِجْبَارِ الضَّامِنِ الْمَالِكَ عَلَى قَبُولِ الْبَدْلِ. وَلَيْسَ هُنَا دَلِيلٌ آخَرٌ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ غَيْرُ تِلْكَ

الادلة. وعليه فَيَخِيرُ المالكُ بينَ قبولِ البدلِ و بينَ الصبرِ إلى زمانِ زوالِ العذرِ. بل هذا المَعْنَى هو الَّذِي تَقْتَضِيهِ قاعدةُ السلطنةِ ، ضرورةً أنَّ المالكَ يَسْتَحِقُّ على الضامنِ العينَ بنفسِها، وَمِنْ الظَّاهِرِ أنَّ إجبارَ الضامنِ إِيَّاهُ على قبولِ بدلِها خلافُ سلطنتِهِ.... (خویی، ۱۳۷۷، ۲۱۲-۲۱۳)؛ شأنِ قیمت با تعذر وصول به عین چیست و آیا ضامن می‌تواند در این حال مالک را به اخذ آن اجبار کند؟ هیچ شکي در این نیست زمانی که عین تلف شود، ضامن به بدل مثلی یا قیمی منتقل می‌شود؛ همان‌طور که هیچ شکي در این نیست که مشغول الذمه ماندن ضامن به ضرر اوست. بنابراین، او می‌تواند مالک را مجبور کند که حقش را قبول کند؛ ولی چیزی از آن در ما نحن فيه جریان پیدا نمی‌کند؛ زیرا اگر ما تمامیت ادله متقدم را که بر ثبوت بدل حیلولة دلالت دارند، بپذیریم؛ در آن صورت بر جواز اجبار مالک توسط ضامن مبنی بر قبول بدل دلالتي وجود نخواهد داشت و نیز هیچ دلیل دیگری غیر از آن ادله وجود ندارد و بر این اساس، مالک بین قبول بدل و بین صبر تا زمان رفع عذر مخیر است. این معنا همان است که قاعده " السلطنة " اقتضا می‌کند و ظاهر این است که اجبار مالک توسط ضامن بر قبول بدل، خلاف سلطنت اوست. برخی از حقوقدانان معتقدند که مطالبه بدل حق مالک است و نمی‌توان او را به گرفتن آن ملزم کرد؛ همچنان که کسی را نمی‌توان به گرفتن خسارت ملزم کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۴۱۰).

۶. منافع بدل و مبدل

نمای منفصل بدل در دوران تعذر به مالک متعلق است؛ زیرا بنا به فرض، بدل به او تملیک می‌شود؛ اما نمائات متّصل به تابعیت از عین بدل به غاصب تعلق دارد (همان، ۴۱۱). برخی از فقها معتقدند: «الظاهر أنَّ نماء البدلِ أنما هو للمالك لا للضامن، بل

هو من أغراض المهمة لدفع البدل، و هذا الحكم إن قلنا بالملكية واضحة، و إن قلنا بالإباحة المطلقة فالظاهر أن النمائات مباحة له أيضاً كإباحة أصل العين، تدخل في ملكه بالتصرفات المتوقفة على الملك أنا ما قبله، أو يُقال بتمليك المنافع و إن كان العين مباحة (مكارم، ۱۴۱۳، ۲۲۴)؛ ظاهر این است که نمای بدل فقط از آن مالک است، نه ضامن؛ زیرا این حکم از اهداف مهم پرداخت بدل است. این حکم در صورتی است که ما به ملکیت قائل باشیم؛ اما اگر به اباحه مطلق قائل باشیم، ظاهر این است که تصرف در نمائات، مانند اصل عین مباح می‌شود که بلافاصله با تصرف در آن به ملکیت او درمی‌آید، یا به قول برخی، منافع به ملکیت او درمی‌آید اگرچه تصرف در عین مباح باشد. اما ضامن منافع مال (مبدل) اعم از افزایش قیمت و منافع متصل و منفصل کیست؟ آیا ضامن مبدل منته (اصل مال) ضامن منافع آن نیز هست؟ این مسئله اختلافی است. برخی از فقها معتقدند که منافع پیش از پرداخت بدل و نه پس از آن برعهده ضامن است. از جمله فقهایی که بر این اعتقاد هستند، شیخ انصاری است. وی معتقد است مقتضای صدق غرامت بر بدل خارج شدن ضامن از عهده مال است. بنابراین، ضامن افزایش قیمت مال پس از رد بدل نیست، اعم از این که افزایش ناشی از بازار و یا منافع متصل یا منفصل باشد (رهپیک، ۱۳۹۰، ۱۲۳).

۷. حکم عین پس از رفع تعذر

در این خصوص اختلاف دیدگاه وجود دارد. برخی معتقدند به دلیل عموم «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» رد مال به مالک واجب فوری است؛ هرچند رد آن مستلزم مؤونه باشد. در برابر، برخی دیگر، نه تنها وجوب فوری، بلکه اصل وجوب رد آن را از نظر ادله لفظی مورد انکار قرار داده‌اند و معتقدند آنچه با قاعده علی الید بر ذمه

ضامن آمده با رد بدل، بر عهده ضامن نباشد. پس، لزوم تکلیفی رد بدل، نیازمند دلیل است. ریشه اختلاف به این برمی گردد که آیا پرداخت بدل، در حکم معاوضه قهری است؛ حال یا شرعی و یا عرفی و یا عقلایی؟ یا این که پرداخت بدل به خاطر جبران خسارتی است که به علت ایجاد فاصله بین مالک و مال او حاصل گشته است؟ بر اساس مبنای اول، بدل ملک مالک اصلی است و نسبت به مال اصلی هیچ گونه حقی ندارد. در غیر این صورت، مستلزم آن است که او مالک عوض و معوض شود. به عبارت دیگر، او مالک بدل و مبدل منه شود و جمع بین این دو ممکن نیست. اما بر اساس مبنای دوم، مال همچنان بر ملک مالک باقی است. از این رو، با رفع تعذر رد آن به مالک واجب است. حضرت امام بر این باور است که پرداخت بدل از باب جبران خسارت مالک می باشد و نه از باب معاوضه قهری (رحمانی، ۱۳۸۵، ۳۵).

۸. حکم بدل پس از رفع تعذر

در این خصوص نیز اختلاف دیدگاه وجود دارد. برخی از فقها معتقدند به مجرد رفع تعذر، بدل حیلوله نیز به ملک ضامن برمی گردد؛ زیرا با رفع تعذر، موضوع بدل حیلوله منتفی می شود؛ در نتیجه بدل به ملک مالک برمی گردد. برخی دیگر بر این عقیده اند که تا مال به دست مالک نرسد، ملک همچنان در اختیار مالک است و ضامن نمی تواند آن را مطالبه کند. برخی بر این باورند که حتی با رد مال اصلی، بدل همچنان ملک مالک است. حضرت امام معتقدند با وصول مال به مالک اصلی بدل به ضامن برمی گردد. پیش از این ذکر شد که بعضی بدل را ملک مالک دانسته و برخی دیگر به اباحه تصرفات برای مالک معتقد هستند. کسانی که بدل را ملک مالک می دانند، دیدگاه سوم را پذیرفته اند. در غیر این صورت، چون بدل ملک مالک نشده بر ملک ضامن باقی است و با رفع تعذر، بدل حیلوله منتفی می شود و به ملک ضامن برمی گردد. اما در مورد قول اول و دوم ریشه اختلاف در این است که تعذر از حیث تعلیلی است یا

تقیدی. در صورتی که دوم بدل حیلوله به وجوب تعذر مقید شده است، پس با رفتن این قید بدل حیلوله هم منتفی می شود؛ در نتیجه بدلی که به عنوان بدل حیلوله نزد مالک بوده و در آن تصرف داشته است، به ضامن برمی گردد (همان، ص ۳۷)

نتیجه گیری

ادله ضمان حیلوله عبارتند از اجماع، روایات زیادی که در باب عاریه و ودیعه و اجاره و غیره وارد شده است و قاعده های «لاضرر»، «علی الید...»، «من أتلف مال الغير...»، «الناس مسلطون علی أموالهم» و «احترام مال مسلم». مراد از تعذر، تعذر عرفی است، نه عقلی. بنابراین، به محض تعذر عرفی از دسترسی به اصل مال، بدل حیلوله بر عهده ضامن است. مالک - پس از این که دادن بدل حیلوله بر عهده ضامن ثابت شد - می تواند بدل را مطالبه کند و یا تا زمان برطرف شدن عذر و امکان گرفتن اصل مال، صبر کند و امکان الزام او بر اخذ بدل وجود ندارد. بدل حیلوله نوعی خسارت عدم اجرای تعهد است و به ملکیت مالک درمی آید؛ اما این تملیک با شرط فاسخی همراه است که طبق آن، هرگاه عین مغضوب به دست آمد و غاصب توانست به تعهد خود در زمینه رد عین عمل کند، آنچه را به عنوان بدل داده است، به او باز می گردد. اگر مالک در بدل تصرفی کند که آن را از ملکیت او خارج کند، مثل این که آن را بفروشد یا هبه کند؛ این عمل صحیح است؛ زیرا هدف از دادن بدل تسلط مالک در هرگونه تصرف نسبت به آن است. نمای منفصل بدل در دوران تعذر متعلق به مالک است؛ زیرا بنا به فرض بدل به او تملیک می شود؛ ولی نمائات متصل به تابعیت از عین بدل متعلق به غاصب است؛ اما نسبت به عین مغضوب، همه منافع و نمائات از آن اوست؛ زیرا دادن بدل مالکیت او را قطع یا معلق نمی کند و غاصب نیز مالک عین مغضوب نمی شود. هرگاه جهتی که مانع رد عین شده است، از بین برود؛ هم مالک می تواند با دادن بدل آن را مطالبه کند و هم غاصب حق دارد با دادن عین مغضوب بدل را بگیرد.

منابع

۱. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، ۱۳۸۸، مجموعه دانشنامه حقوق - دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱، تهران، انتشارات جنگل و جاودانه.
۲. جزائری المروّج، محمد جعفر، ۱۴۲۸، هدی الطالب إلى شرح المكاسب، الجزء الثالث، مؤسسة التاريخ العربی، بیروت - لبنان.
۳. خمینی، روح الله الموسوی، ۱۳۹۰، تحریر الوسيله، الجزء الثاني، النجف الأشرف، دار الكتب العلمیّة.
۴. خوانساری، موسی بن محمد، ۱۴۱۸، منیة الطالب فی شرح المكاسب، الجزء الأول، قم، مؤسسة النشر الإسلامی.
۵. خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۷، مصباح الفقاهه، الجزء الثالث، قم، مكتبة الداوری.
۶. دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۷، لغت نامه دهخدا، ج ۳، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۷. رحمانی، محمد، ۱۳۸۵، بدل حیلولة از نگاه امام خمینی، مجله فقه اهل بیت فارسی، شماره نوزدهم و بیستم، ۳۰، ۵۲.
۸. رهپیک، حسن، ۱۳۹۰، حقوق مسئولیت مدنی و جبران ها، تهران، انتشارات خرسندی.
۹. طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۸، المبسوط فی فقه الإمامیّة، الجزء الثالث، طهران، المكتبة المرتضویة لإحياء آثار الجعفریّة.

۱۰. عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۲، موجبات ضمان (درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامی)، تهران، نشر میزان.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۰، ضمان قهری - مسئولیت مدنی، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۲. _____، ۱۳۸۵، دوره مقدماتی حقوق مدنی - وقایع حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۳. _____، ۱۳۸۷، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان.
۱۴. کرکی، علی بن الحسین، ۱۴۱۰، جامع المقاصد فی شرح القواعد، الجزء السادس، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لإحياء التراث.
۱۵. گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۷۸، مقالات حقوقی، ج ۱، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۶. گروه مولفان مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۴، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۱۷. گلپایگانی، سید محمد رضا، ۱۳۶۴، مجمع المسائل، ج ۲، مؤسسه دار القرآن الکریم.
۱۸. مکارم الشیرازی، ناصر، ۱۴۱۳، انوار الفقه (کتاب البیع)، الجزء الأول، قم، مدرسه الإمام امیر المؤمنان.
۱۹. نجفی، محمد الحسن، ۱۳۸۷، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، الجزء السابع و الثلاثون، قم، دار الکتب الإسلامية.