

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 4, Issue 115

Winter 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v50i4.46720>



انفجور

سال پنجاهم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۵

زمستان ۱۳۹۷، ص ۲۴-۹

تحلیل ضمان بر مبنای «معاوضه قهری» و آثار آن در دعاوی مسئولیت مدنی*

دکتر محمد مهدی الشریف

دانشیار دانشگاه اصفهان

Email: m.alsharif@ase.ui.ac.ir

سمیه سعیدی^۱

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان

Email: ssaeedi88@yahoo.com

چکیده

در تحلیل ماهیت ضمان قهری دو دیدگاه اصلی در فقه وجود دارد. یک دیدگاه ضمان را بر مبنای غرامت صرف و دیدگاه دیگر بر مبنای معاوضه قهری تحلیل می‌کند. مراد از معاوضه قهری در حوزه ضمان قهری آن است که مال تلف شده به حکم شارع به ملکیت عامل زیان و بدل آن به ملکیت زیان دیده در می‌آید. با این تحلیل، ضمان قهری معاوضه بین بدل و مبدل به حکم شارع است که پذیرش آن آثار مهمی در حوزه مسئولیت مدنی دارد. مثلاً بر اساس این نهاد اجزاء باقیمانده از مال تالف و حقوق متعلق به آن، از آن عامل زیان است و یا در مواردی که مال مخصوب در جایی به کار رفته و در فرض جدایی فاقد ارزش است، زیان دیده صرفه مستحق مطالبه بدل آن خواهد بود و نمی‌تواند علاوه بر خسارت، انتزاع عین را از مال غاصب درخواست کند. همچنین پذیرش معاوضه قهری می‌تواند منجر به ارائه نظریه جدیدی در خصوص ماهیت بدل حیلوله تحت عنوان معاوضه بین منافع مال دور از دسترس و بدل گردد.

کلیدواژه‌ها: معاوضه قهری، غصب، مسئولیت مدنی، غرامت، اتلاف.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۲/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۵/۱۴.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

در فقه در خصوص ماهیت و حقیقت ضمان یا مسئولیت مدنی، موشکافی‌ها و ژرف‌نگری‌های بسیار شده ولی متأسفانه به دلیل غلبه فضای مسئولیت مدنی غربی بر ادبیات حقوقی مسئولیت مدنی ایران، این میراث ارزشمند چندان مورد توجه قرار نگرفته است. البته نمی‌توان انکار کرد که نحوه طرح اینگونه مباحث در کتب فقهی و پراکندگی، فقدان عنوان و نظم مألوف در کتب دانشگاهی، در این بی‌مهری و غفلت بی‌تأثیر نبوده و پژوهشگر برای یافتن این تحلیل‌های فقهی راه همواری در پیش رو ندارد. فقها باب ویژه‌ای را به موضوع تحلیل ماهیت ضمان اختصاص نداده‌اند بلکه به مناسبت برخی از فروع که بعضاً به حسب ظاهر خود هیچ ارتباطی به ضمان قهری و مسئولیت مدنی ندارند، برای یافتن پاسخ مسأله به تحلیل ماهیت ضمان پرداخته‌اند. به عنوان مثال یکی از این مواضع که به حسب ظاهر خود هیچ ارتباطی با مسئولیت مدنی و ماهیت ضمان ندارد، مسأله صحت وضو با آب غصبی است که فقها برای پاسخ به این مسأله به بحث کلی حقیقت ضمان قهری پرداخته‌اند. یکی دیگر از فروعی که فقها در آن به مناسبت به تحلیل ماهیت ضمان پرداخته‌اند و جای آن در مباحث مسئولیت مدنی ایران خالی است، موضوع تعیین کسی است که اجزاء باقیمانده از مال تالف به وی متعلق است. به بیان روشن‌تر وقتی مالی مثلاً یک ماشین در نزد غاصب یا در اثر فعل فاعل زیان، تلف می‌گردد و غاصب یا متلف (سبب زیان) مجبور به پرداخت قیمت یا مثل ماشین به زیان‌دیده می‌شوند، آیا اجزای باقیمانده ماشین همچنان متعلق به زیان‌دیده است یا اینکه او با دریافت بدل مال خود، دیگر حقی بر بازمانده مال تالف نداشته و این حق به ضامن خسارت (عامل زیان) تعلق دارد و یا اینکه این اجزاء نه ملک مالک سابق است و نه ملک ضامن (غاصب یا متلف) بلکه مانند اموال مباح بلا مالک است و نسبت ضامن قهری و مالک سابق به این اجزاء یکسان است؟ (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۸۱). از دیگر مواردی که فقیهان به بحث از حقیقت ضمان پرداخته‌اند، مسأله بدل حیلوله و تعیین تکلیف مالک مالی است که بدل آن به عنوان بدل حیلوله به مالک پرداخته شده و اکنون مجدداً دسترسی به مال میسر گردیده است. مورد دیگری که از قضا بسیار مهم و مبتلا به است و فقیهان پاسخ مسأله را در گرو تعیین ماهیت ضمان دانسته‌اند موردی است که شخصی از مال دیگری در مال خود استفاده نموده و اکنون اگر حکم به لزوم رد عین مال داده شود، مال مغضوب مالیت و ارزش خود را از دست می‌دهد. مثلاً غاصب با نخ‌های متعلق به دیگری، لباس خود را دوخته و اکنون اگر قرار باشد نخ‌ها را از لباس جدا سازند، تکه‌های به دست آمده هیچ ارزشی ندارد. همین مسأله در مورد استفاده از چوب متعلق به دیگری در بنای متعلق به غاصب نیز مطرح شده است. فقها پاسخ خود به این مسائل را در گرو تعیین ماهیت ضمان دانسته‌اند. برای تبیین آثار تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری، در این مکتوب ابتدا

به بررسی دو دیدگاه فقهی در خصوص ماهیت ضمان پرداخته شده است. پس از آن آثار تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری به تفکیک نسبت به انواع بدل بررسی می‌گردد.

دیدگاه‌های فقهی در خصوص ماهیت ضمان

در بین فقها در خصوص تحلیل ماهیت ضمان قهری دو دیدگاه وجود دارد این در حالی است که متأسفانه از این بحث مهم و دارای آثار عملی جدی، در ادبیات حقوقی ایران خبری نیست. گروهی از فقها ماهیت ضمان قهری را نوعی «معاوضه» و برخی دیگر «غرامت» دانسته‌اند. باورمندان به دیدگاه نخست معتقدند وقتی شارع در اثر اتلاف، تسبیب یا ید (استیلاء بر مال غیر)، حکم به «ضمان» می‌دهد معنایی جز این ندارد که معاوضه‌ای قهری را بر عامل تلف یا متصرف تحمیل می‌کند به این معنا که مال تلف‌شده را از دارائی مالک خارج و به ملکیت متلف یا متصرف در می‌آورد و بدل آن اعم از مثل یا قیمت را به عنوان عوض به ملکیت زیان‌دیده داخل می‌کند. بر بنیاد این تحلیل، لزوم پرداخت مثل یا قیمت از آثار این معاوضه ناخواسته و از باب عوض چیزی است که قانونگذار به ملکیت ضامن درآورده است. در واقع طرفداران تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری (کاشف الغطاء، ۸)، بر آنند که با وقوع سبب ضمان آور شارع دو هدف را مد نظر قرار می‌دهد و با دو اعتبار به آن‌ها دست می‌یابد که در نهایت به معاوضه قهری می‌انجامد:

۱- از آنجا که عامل زیان مستحق تحمل خسارت است این ضرر باید به دارایی عامل زیان وارد گردد. به همین دلیل در عبارات برخی از فقها در خصوص مفهوم ضمان به «از کیسه ضامن رفتن» اشارت شده است (رشتی، ۶۴؛ غروی نائینی و عراقی، ۵۷۲) و گروهی از فقها بر آنند که در این راستا شارع فرض می‌کند که مال تلف‌شده یک لحظه قبل از تلف وارد کیسه دارایی عامل زیان گردیده است و در زمان تلف، این، مال عامل زیان است که از بین می‌رود^۱ (رشتی، ۱۲۲). گروه دیگر بر این عقیده‌اند که مال تلف‌شده در زمان دادن بدل وارد کیسه دارایی عامل زیان می‌گردد. در واقع این دسته از فقها ضمان را سبب معاوضه نمی‌دانند بلکه تأدیبه است که معاوضه را سبب می‌شود.^۲ (خویی، موسوعة الامام الخویی، ۱۷۷/۶ - ۱۷۸). میرزای نائینی از جمله مخالفان معاوضه قهری است. وی ماهیت ضمان را غرامت و جبران خسارت

۱ «توضیحه ان الضمانه كما عرفت عبارة عن التعهد بالخسارة فالمال ما دام كونه في يد المضمون له يكون خسارته عليه و تلفه من كيسة و ان حصل بيد الضامن انستقل تلك الخسارة إليه و ألا لم يكن عليه خسارة المال فمعنى انتقال الخسارة من المالك الى الضامن أنه لولاه لفاتت الخسارة من كيسة ضرورة ان مال الشخص متى لم يغرض عليه سبب ضمان يكون تلفه خسارة على المالك لا على غيره و اذا طرا عليه سبب ضمان من يد و نحوه انتقل تلك الخسارة الي من يقوم به ذلك السبب»
 ۲ «مقتضى السيرة و بناء العقلاء عدم ثبوت حق الاختصاص للمالك في تلك الموارد لأن رد البديل عندهم معاوضة قهرية حينئذ و بتلك المعاوضة تنتقل الأجزاء الباقية و المواد الى الضامن دون المالك و ليس في ذلك حق الاختصاص بها»

می‌داند و مالکیت عامل زیان نسبت به مال مورد ضمان را نمی‌پذیرد. وی اشاره می‌کند که در تلف حقیقی زمان حصول ملکیت برای عامل زیان از دو حال خارج نیست: حالت اول آنکه گفته شود مال مورد ضمان، یک لحظه قبل از تلف، وارد کیسه دارایی عامل زیان گشته و بر همین اساس در زمان تلف، از دارایی او کسر می‌گردد و حالت دوم آنکه پذیرفته شود که قبل از اداء غرامت، مال تألف به دارایی عامل زیان می‌پیوندد و این، هر دو فرض، غیرقابل قبول و نادرست است. فرض اول نادرست است زیرا ملکیت فرضی عامل زیان یک لحظه قبل از تلف، ابزاری برای جبران خسارت مالک است در حالیکه قبل از تلف خسارتی وجود ندارد و جبران خسارت، ناشی از تلف و منقطعاً متأخر از آن است. در نتیجه ناگزیر باید ملکیت بعد از تلف رخ دهد وگرنه تقدم معلول بر علت لازم می‌آید که البته محال است. فرض دوم نیز اشتباه است زیرا مالی که متعلق ملکیت است به سبب تلف از صفحه خارج معدوم گشته است و معنایی برای اعتبار ملکیت چیزی که وجود خارجی ندارد متصور نیست و فرض وجود آن قبل از اداء غرامت نیز اگرچه ممکن است اما چون خلاف قاعده است نیاز به دلیلی قوی دارد که چنین دلیلی موجود نیست (نائینی، المکاسب و البیوع، ۳۸۱/۱ - ۳۸۲).

در مقابل، برخی از فقها معتقدند که اولاً مالکیت از مقولات حقیقی نیست بلکه یک مقوله اعتباری است و اگرچه عرف مالکیت افراد را نسبت به مال تألف نمی‌پذیرد اما اعتبار مالکیت مال تلف‌شده ممکن است و زمانی که بر این اعتبار اثر صحیحی مترتب گردد، شرعاً و عرفاً ایرادی وارد نخواهد بود (اصفهانی، ۳۲۵/۱). ثانیاً در باب خيارات بین فقها مسلم است که امکان فسخ معامله حتی بعد از تلف عین نیز وجود دارد که در این موارد مالک قبلی به مثل یا قیمت مالش رجوع خواهد نمود. این در حالی است که فسخ از زمان وقوعش تأثیر می‌کند و بنابراین ملکیت عین تلف‌شده برای مالک اولش اعتبار می‌گردد و وی به بدل آن رجوع می‌کند. پس برای این اعتبار وقتی که اثر صحیحی بر آن مترتب می‌گردد مانعی وجود ندارد کما اینکه در ضمان نیز چنین است (طباطبایی یزدی، ۱/۱۸۶).

۲- اعتبار اول خسارت زیان‌دیده را جبران نمی‌کند و در راستای جبران خسارت زیان‌دیده، وی باید به جای مال از دست داده‌اش، مالک مالی معادل آن گردد.^۳ این هدف نیز با اعتبار دیگری تأمین می‌گردد و آن اینکه شارع به محض تلف، ذمه عامل زیان را به مالی معادل مال تلف‌شده مشغول می‌گرداند. از این روست که در لسان اکثر فقها ضمان با «اشتغال ذمه» گره خورده است (رشتی، ۱۲۱؛ همدانی، ۸۴). ذمه، از جمله مفاهیم وضع شده در فقه اسلامی و ظرف اموال کلی و دیون است که توسط عقلاً اعتبار می‌شود^۴

۳. «فإن مقتضى تدارك التالف و كأنه لم يتلف، اعتبار بقائه في يد من تلفت عنده العين ... فهذه الخصوصية تقتضي اعتبار بقائها في ذمة من تلفت عنده...»

۴. «فالذمة: هو الوعاء الذي صاغه العقلاء و اعتبروه ظرفاً للامور الكلية...»

(هاشمی شاهرودی، ۱۴/۵۶). توضیح آنکه در بسیاری از موارد برای عقلا پیش می‌آید که در مقام تملیک و تملک‌اند ولی اعیان خارجی ای وجود ندارد تا موضوع این تملیک و تملک قرار گیرد. یکی از این موارد حوزه الزامات قانونی است، همچون زمانی که شارع به ایفاء مثل مال به کسی که مالش تلف گشته است حکم می‌کند، این در حالی است که مثل آن مال نزد عامل تلف وجود ندارد. پس در این موارد - که عقلا احتیاج به تملیک اموالی دارند بدون آنکه آن اموال یا اعیان خارجی را مالک باشند- ظرفی به نام ذمه اختراع گردیده است تا اموال در آن فرض گردد و ملکیت به آن‌ها الصاق شود. این اموال ذمی، آینه اموال خارجی هستند و آثار مربوط به اموال خارجی بر آن‌ها مترتب خواهد شد. همین تملک ذمی است که در کلمات فقها به اشتغال ذمه و از مال، به دین و از مالک، به دائن تعبیر شده است (همان، ۵۷ - ۵۸). به بیان دیگر، اینکه در اثر ضمان ذمه ضامن مشغول می‌گردد یعنی وی بدهکار مالی معادل مال تلف‌شده می‌شود و بدیهی است که روی دیگر این بدهکاری، طلبکاری و مالکیت زیان‌دیده نسبت به مال ذمی است و اینکه این مال ذمی که معادل مال تلف‌شده است آینه آن است بدین معنا است که هر اثر حقوقی بر مال تلف‌شده خارجی مترتب بود از این پس بر این مال ذمی بار می‌گردد. مثلاً مالک این مال تلف‌شده زیان‌دیده بوده است اکنون نیز مالک این مال ذمی وی خواهد بود.

با وجود عباراتی همچون از کیسه ضامن رفتن و اشتغال ذمه عامل زیان در تعریف ضمان، گو اینکه ضمان فرآیندی است که به موجب آن دو اثر اعتباری غیر قابل انکار ایجاد می‌گردد: یکی مالکیت عامل زیان بر مال تلف‌شده و دیگری مالکیت زیان‌دیده بر مال ذمی و این آثار هستند که معاوضه‌ای قهری را سبب می‌شوند. صاحب مقابیس را از باورمندان به دیدگاه معاوضه قهری یاد کرده‌اند (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۸۰). از نظر او در تمام موارد تلف اعم از تلف حقیقی، حکمی و بدل حیلول، مال تالف در لحظه تلف به مالکیت عامل زیان در می‌آید. او حکم برخی از اساطین فقه به جریان ربا در موردی که مال تلف‌شده از جنس طلا یا نقره بوده و بدل آن نیز از همان جنس باشد را مؤیدی بر پذیرش دیدگاه معاوضه قهری از سوی این دسته از فقها دانسته است. زیرا ربا اختصاص به موردی دارد که در آن مبادله بین دو مال صورت گیرد و اگر مال تالف را ملک ضامن بشماریم و اداء بدل صرفه از باب غرامت باشد نه از باب معاوضه قهری، طبعاً حکم به ربا به دلیل فقدان مبادله امکان نخواهد داشت.

اما همان‌گونه که گفته شد، فقها در خصوص تصویر ارائه شده از ضمان که به معاوضه قهری منجر می‌شود اتفاق نظر ندارند. در واقع جمع دیگری از فقها، تحلیل ضمان بر مبنای معاوضه را نمی‌پذیرند و ضمان را صرفه غرامت و جبران خسارت می‌دانند (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۸۰). شیخ انصاری را باید از زمره مخالفان دیدگاه معاوضه قهری به شمار آورد (انصاری، ۳/۲۶۴). بر بنیاد این دیدگاه، ماهیت

حکم ضمان ناشی از اتلاف، تسبیب و ید، چیزی جز حکم به پرداخت «خسارت» به مالکی که مال «متعلق به وی» در اثر فعل دیگری (اتلاف و تسبیب) یا نزد دیگری (غصب و شبه غصب) تلف شده، نیست. هر چند هر دو دیدگاه در تحمیل تلف بر عامل تلف مشترک‌اند اما اختلاف در تحلیل این مسئولیت است. در دیدگاه معتقد به معاوضه قهری، مال تألف در اثر یک معاوضه فرضی و قهری، به ملکیت عامل تلف وارد شده و از کیسه دارائی او خارج می‌شود و آنچه به مالک قبلی می‌پردازد، عوض چیزی است که در اثر معاوضه قهری به مالکیت وی درآمده اما در تحلیل دوم، مال تألف در لحظه تلف همچنان در ملکیت مالک آن بوده و مال از کیسه دارائی وی خارج می‌شود و آنچه عامل تلف به وی می‌پردازد، از باب غرامت و به جبران خسارتی است که بر مالک به دلیل تلف مالش، وارد کرده است.

بر اساس آنچه گفته شد می‌توان مقصود شیخ انصاری از دو تعبیر مختلف در معنای ضمان را دریافت. شیخ انصاری در بیان معنای ضمان در قاعده مایضمن دو احتمال را ذکر می‌کند. نخست اینکه مراد از ضمان این است که تدارک و «خسارت» مال مضمون بر عهده شخص است^۵ و احتمال دوم اینکه مراد از ضامن بودن شخص این است که در لحظه تلف، مال در ملکیت ضامن درآمده و در ملکیت وی تلف می‌شود^۶ (انصاری، کتاب المکاسب، ۱۸۳/۳). بنابر احتمال نخست، خسارت «مترتب» بر تلف مال است و در دیگری خسارت «نفس» مال تألف است (اصفهان‌ی، ۳۰۵/۱).

اگرچه پذیرش معاوضه قهری به عنوان ماهیت ضمان اجماعی نبوده و با موانعی روبروست اما دست کم پذیرفتن این نهاد در حل برخی از مسائل و فروع فقهی مبتنی بر سیره عرف و عقلا دانسته شده است و فقها اشاره نموده‌اند که اگر این سیره را تا زمان پیامبر (ص) جاری بدانیم با عدم ردع ایشان، دلیل قابل قبولی بر پذیرش معاوضه قهری خواهد بود (کوه‌کمری، ۲۱۶؛ خوئی، موسوعة الامام الخوئی، ۳۷۶/۶).^۷ بنابراین صرف نظر از تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری توسط برخی از فقها، پذیرش این نهاد به استناد سیره عقلا نیز امکان‌پذیر است. در ادامه به نقش معاوضه قهری در حل مسائل مربوط به انواع بدل پرداخته می‌شود. زیرا چنانکه اشاره شد اهمیت این بحث صرفه نظری نبوده و آثار عملی زیادی بر آن مترتب است. در واقع پذیرش یا عدم پذیرش معاوضه قهری -خواه بر اساس تحلیل ضمان بر این مبنا و خواه بر اساس حکم قطعی عقلا- در برخی از مسائل مسئولیت مدنی منجر به جواب‌های متفاوتی برای مسائل مطروحه

۵- «کون درک المضمون علیه بمعنی کون خسارته و درکه فی ماله الاصلی»

۶- «کون تلفه فی ملکه بحیث یتألف مملوفاً له»

۷- «مقتضی السیره و بناء العقلاء عدم ثبوت حق الاختصاص للمالك فی تلك الموارد لأن رد البدل عندهم معاوضه قهریه حینئذ و بتلك المعاوضه تنتقل الأجزاء الباقیه و المواد الی الضامن دون المالك و لیس فی ذلك حق الاختصاص بها».

در این زمینه می‌گردد (طباطبایی بروجردی، ۱۵۷؛ حکیم، ۵۴۸/۲؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۳/۲۱۸). به منظور بیان منظم مطالب می‌توان، انواع بدل را بر اساس مواضع کاربرد آن به سه نوع بدل حقیقی، بدل حکمی و بدل حیلولة تقسیم کرد. بدل حقیقی زمانی مورد حکم قرار می‌گیرد که مال زیان‌دیده حقیقتاً تلف گشته است مانند کتابی که سوخته است اما بدل حکمی در دو موضع (تلف به حکم عرف و تلف به حکم شرع) کاربرد دارد که در هیچ یک از آن دو، مال حقیقتاً تلف نشده بلکه به حکم عرف یا شرع تلف شده محسوب می‌شود و در نهایت بدل حیلولة نیز زمانی متعلق حق زیان‌دیده قرار می‌گیرد که مال وی نه حقیقتاً و نه حکماً تلف شده به حساب نمی‌آید بلکه مال از دسترس خارج گشته است و هنوز امید به دستیابی به آن وجود دارد.

نقش معاوضه قهری در بدل حقیقی

همان‌گونه که اشاره گردید در زمانی که مال زیان‌دیده به واقع - نه به حکم شرع یا عرف - از بین می‌رود تلف حقیقی رخ می‌دهد، در نتیجه شارع برای جبران خسارت زیان‌دیده به بدل حقیقی اعم از مثل یا قیمت حکم می‌نماید. اثر پذیرش معاوضه قهری در تلف حقیقی را در حل دو مسئله زیر می‌توان مشاهده نمود:

مسئله اول: چنانچه برای مال تلف‌شده ارزشی هرچند ناچیز باقی مانده باشد با پذیرش معاوضه قهری این ارزش وارد دارایی عامل زیان می‌گردد. مثلاً اگر کتاب تلف‌شده را به قیمت ۲۰۰ تومان برای بازیافت کاغذهای آن بتوان فروخت مالک این ۲۰۰ تومان عامل زیان است نه زیان‌دیده زیرا با معاوضه قهری بین بدل و مال تألف، مال تلف‌شده از آن عامل زیان گشته است. مثال جالب دیگری که در فقه اشاره شده است، آن است که اگر کسی حیوانی که مرکب قاضی بوده است را معیوب کند ملزم به پرداخت قیمت آن است (مجلسی اول، ۱۲۶). حال سؤالی که مطرح می‌گردد آن است که آن حیوان معیوب از آن کیست؟ آیا باید بر اساس اصل استصحاب و عدم وقوع سبب مملک، به مالکیت زیان‌دیده قائل شد یا آنکه قاعده ممنوعیت جمع عوض و معوض اقتضای مالکیت عامل زیان را دارد؟ اگر معاوضه قهری پذیرفته گردد دیگر استناد به عدم وقوع سبب مملک و جهی نخواهد داشت و در نتیجه عین یا حیوان معیوب در ملکیت عامل زیان محسوب خواهد شد.

مسئله دوم: چنانچه به عین تلف‌شده حقی تعلق داشته باشد، پس از وقوع سبب ضمان‌آور این حق به چه کسی اختصاص دارد؟ تصور این فرض در جایی ممکن است که مثلاً مالک عین تلف‌شده حق رجوع به مسئول دیگری را داشته باشد. پاسخ این مسئله است که مطابق نظر برخی از فقها چرایی امکان رجوع ایادی متعاقبه در غصب را توجیه می‌کند. در مباحث مربوط به غصب یکی از مسائل بحث‌برانگیز آن است

که چرا غاصبی که از عهده پرداخت مثل یا قیمت مال تلف شده برآمده است حق مراجعه به ایادی بعدی خود را دارد؟ پاسخ‌های زیادی ارائه شده است (اصفهانی، ۱/ ۳۳۲-۳۱۶). اما از این میان دو پاسخ با توسل به نهاد معاوضه قهری مطرح گشته است. پاسخ اول را صاحب جواهر می‌دهد. بدین توضیح که از آنجا که ایشان اشتغال دو یا چند ذمه به مال واحد را نمی‌پذیرد در بحث تعاقب ایادی تنها ذمه کسی که مال نزد وی (ید اصلی) تلف گشته است را مشغول و به اصطلاح «مدیون» می‌شمارد و بقیه ایادی (ایادی فرعی) را «مکلف» به دادن بدل می‌دانند. سپس در امکان رجوع ید سابقی که بدل را تأدیه نموده است به ید لاحق، بیان می‌دارند؛ این امکان بدان علت است که ایادی فرعی، بدل یدی هستند که مال نزد وی تلف شده است و مقتضای بدل بودن آن است که با ادای ید مکلف (ید فرعی)، وی مالک ما فی الذمه ید اصلی گردد و این یک معاوضه قهری همچون معاوضه اختیاری است که بین تأدیه‌کننده و کسی که مال نزد وی تلف گشته است رخ می‌دهد (اصفهانی، ۱/ ۳۲۳). پاسخ دوم با کمی تفاوت متعلق به سید یزدی است بدین بیان که حق مطالبه از ایادی غاصبه به عین تلف شده تعلق دارد و هر کس مالک این عین باشد، حق مذکور به وی اختصاص می‌یابد (طباطبایی یزدی، ۱/ ۱۸۶). فرض کنید الف، ب، ج و د به ترتیب بر مال مغضوبه مسلط بوده‌اند و در نهایت مال در دست «د» تلف گشته است. حال اگر مالک به «الف» رجوع کند و مثل یا قیمت مال خود را دریافت کند از آنجا که «الف» مالک مال تلف شده می‌گردد حق رجوع نیز به وی تعلق می‌گیرد. در نتیجه این که غاصبی که مثل یا قیمت مال تلف شده را می‌پردازد حق مراجعه به ایادی مابعد خود را دارد ریشه در معاوضه قهری بدل پرداخت شده و مال تلف شده دارد که پیامد آن تعلق حقوق متعلق به عین تلف شده به مالک آن است و حق مراجعه، به غاصبی اختصاص می‌یابد که خسارت را جبران کرده و بدل مال تالف را به مالک اصلی تأدیه نموده است. همان‌گونه که مشخص است سید یزدی معاوضه را بین تأدیه‌کننده و مالک تصور کرده است چرا که اگر عوض داده شود ولی معوض یعنی عین تلف شده در کیسه مالک باقی بماند جمع بین عوض و معوض رخ می‌دهد که منافی جانشینی عوض به جای معوض است. ایشان معتقدند مالک عین تالف شدن به اعتبار تلف شده بودن آن نیست بلکه به اعتبار موجودیت آن در عهده ضامن است و زمانی که تأدیه‌کننده به جای مالک، مالک عین موجود در عهده می‌شود حق رجوع به ایادی لاحق را می‌یابد زیرا اثر ملکیت شیء موجود در عهده غیر، جواز مطالبه بدل آن است وگرنه قائم مقامی وی از مالک محقق نمی‌شود (اصفهانی، ۱/ ۳۲۵).

نقش معاوضه قهری در بدل حکمی

فقها به سه قسم ملک از حیث شدت و ضعف اشاره نموده‌اند: مالکیت عین، مالکیت منفعت و ملک

انتفاع (بحر العلوم، ۱/۳۰۴؛ شهید اول، ۱/۳۴۸). از آنجا که منظور ایشان از قسم اخیر، حق انتفاع است (الشریف، ۶۴۳) و با توجه به آنکه حق و ملک قسیم یکدیگرند مال تألف ممکن است عین باشد یا منفعت. برای تلف شدن عین دو صورت قابل تصور است. اولین فرض، تلف حقیقی عین است که اشاره گردید و دومین صورت، تلف حکمی عین است که خود، دو حالت دارد:

مورد اول حالتی است که عین مال باقی است ولی به نحوی از دسترس خارج شده است که عادتاً امید دستیابی مالک به آن وجود ندارد. در نتیجه عرف مال را در حکم تلف می‌داند مثل آنکه مال در دریا بیفتد یا در خزانه سلطانی قرار گیرد که امکان بازگرفتن از وی وجود ندارد (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۷۲). در این موارد فقها متفق‌اند که عین، مورد ضمان قرار می‌گیرد و عامل زیان به دادن بدل ملزم می‌گردد. حال سؤال آن است که مال غرق‌شده در دریا یا موجود در خزانه سلطان از آن کیست؟ نائینی در خصوص تلف حکمی عرفی نیز معاوضه قهری را منتفی می‌داند ولی اشاره می‌کند که در این موارد بر خلاف تلف حقیقی به لحاظ ثبوتی محذوری برای ملکیت ضامن نسبت به مال غیرقابل دسترس وجود ندارد زیرا محتاج فرض وجود مال معدوم نیستیم اما در مرحله اثبات دلیلی بر آن وجود ندارد و قائل شدن به ملکیت ضامن بر مال خارج از دسترس، قولی است که دلیلی از کتاب و سنت برای آن نمی‌یابیم (المکاسب و البیع، ۱/۳۸۲). در نتیجه مطابق نظر ایشان همچنان زیان دیده مالک مال دور از دسترس خواهد بود. اما مطابق نظر موافقان معاوضه قهری، مال خارج از دسترس و در حکم تألف، از اموال عامل زیان محسوب خواهد شد. یکی دیگر از فروع فقهی در خصوص تلف حکمی عرفی، مسأله تعیین مالک مال مغبوبی است که غاصب از آن در ساخت کالای دیگر استفاده نموده است. در واقع در این موارد مال غصب‌شده هنوز باقی است اما تحویل آن به مالک مستلزم نقص یا عدم مالیت آن خواهد بود. مثل نخ‌های مغبوبی که غاصب با آن‌ها لباس دوخته و یا چوب‌های مغبوبی که غاصب از آن‌ها در ساخت کالای دیگر استفاده نموده است. آیا مالک می‌تواند انتزاع آن‌ها از لباس یا کالای ساخته شده را مطالبه کند؟ فقیهانی که معتقدند حکم به ضمان، ماهیتی جز غرامت و جبران خسارت ندارد، دریافت خسارت و بدل را مانع از استحقاق مالک نسبت به مطالبه و انتزاع نخ‌های مغبوب نمی‌دانند هرچند این نخ‌ها پس از انتزاع از لباس غاصب، ارزشی نداشته باشد (شهید ثانی، ۱۲/۱۷۵ - ۱۷۸؛ نائینی، الرسائل الفقهیه، ۶۰۰). روشن است که این دیدگاه بر بقاء مالکیت مال مغبوب در ملکیت مالک اولیه حتی پس از دریافت خسارت، استوار است. در مقابل این دیدگاه فقیهانی که با تحقق غصب یا با دفع بدل و جبران خسارت، مال را در پی یک معاوضه فرضی و به حکم قانونگذار، از ملکیت مغبوب‌منه خارج و داخل در ملکیت غاصب می‌شمارند، چنین حقی را برای صاحب نخ‌ها قائل نبوده و رابطه مالکیت او با مال مغبوب را گسیخته و صرفه وی را مستحق مطالبه

مثل یا قیمت نخها می‌دانند (صاحب جواهر، ۳۷/۸۰).

مورد دوم نیز صورتی است که عین مال باقی است و حتی در دسترس نیز می‌باشد ولی به حکم شارع مقتضای و ویژگی ذاتی آن از بین رفته است در نتیجه این مال نیز شرعاً در حکم تلف است کما اینکه برخی از فقها از این تلف، به تلف شرعی یاد کرده‌اند و مثال معروف آن مسأله دابه موطوئه است (سبزواری، ۲۸/۱۴۸). ویژگی اصلی و یا مقتضای ذاتی عین به عنوان یکی از اقسام مال، آن است که مالک بتواند آن را بفروشد. به تعبیر دیگر مالی که خرید و فروش آن را قانون کشوری منع کرده است در نظر قانون ارزشی ندارد اگرچه در خارج از کشور آزادانه فروش برود زیرا مال مزبور از دید قانون در حکم چیزی است که مالیت ندارد (امامی، ۱/۴۱۸). بنابراین قابل تصور نیست کسی را مالک عین، ولی حکم امکان فروش آن را برای وی منتفی بدانیم. از آنجا که هرگاه مقتضای ذاتی امری منتفی گردد گویی خود آن امر منتفی شده است، در مواردی که شارع امکان فروش مالی را از مالک آن سلب می‌کند ولو آنکه اقتضانات دیگر آن مال هنوز قابل دسترسی باشد آن مال را باید تلف شده دانست.

مطابق نظر برخی از فقها در این موارد مقتضای قاعده آن است که چنانچه منفعت از بین رفته واجد مالیتی جدای از مالیت عین باشد، آن منفعت مورد ضمان قرار می‌گیرد ولیکن عین مورد ضمان نیست زیرا عین، متعلق تلف قرار نگرفته است. این در حالی است که مفاد نصوص وارده در این زمینه با مقتضای مذکور منافعی است و بر ضمان خود عین دلالت دارد^۸ (کوه کمبری، ۲۱۷؛ سبزواری، ۲۸/۱۴۸؛ نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۷۳).

حال برای آنکه منظور نویسنده از تلف حکمی شرعی روشن گردد به این مثال توجه کنید: اگر قانونگذار به موجب حکمی چنین مقرر کند: «داروهای وارد شده در سال ۸۵ پس از پایان سال ۸۷ قابل فروش در ایران نیست.» صرف نظر از علت وضع چنین مقرره‌ای - که مثلاً ممکن است به علت آن باشد که قانونگذار قصد حمایت از تولیدات داخلی را داشته باشد در حالیکه تولیدات سال ۸۵ خارجی‌اند - اگر شخصی داروهای متعلق به داروفروش را در اواسط سال ۸۵ از وی غصب نماید آیا دادگاه با حکم به رد عین در سال ۸۸ ضرر وارده به مالک را جبران نموده است؟ یا این که عین اگرچه موجود است و حتی به حسب فرض تاریخ انقضایش منقضی نشده است اما به دلیل عدم قابلیت فروش در حکم تلف است و باید به قیمت آن حکم نمود؟ باید خاطر نشان ساخت که در حوزه مسئولیت مدنی ضرر با در نظر گرفتن شرایط

۸. «مقتضی القاعده ضمان المنفعة الفائتة، لو كانت واجدة لمالية وراء مالیه العین بحيث تقابل بالمال فی نفسها. و اما العین و غیر الفائتة من منافعتها فلا تكون مضمونة بالبدل، و أما یضمن به خصوص المنفعة الفائتة، لعدم وقوعها فی حیز التلف و الفوات، و کون الفائت خصوص منفعه من منافعتها، فالمضمونة بالقیمه هی وحدها إذا حازت شرائط التضمین. و لکنه ینافیہ مفاد النصوص الواردة حیث تدل علی ضمان نفس الدابة الموطوئه بأداء قیمتها.»

مالک سنجیده می‌شود (الشریف و سعیدی، ۱۸۲) و استدلال به اینکه مالک مثلاً می‌تواند داروهایش را در ترکیه به فروش برساند و در نتیجه هیچ ضرری نکرده است موجه نیست زیرا بی‌گمان فروش مال واقع در ایران در یک کشور بیگانه، مستلزم هزینه بسیار بوده و چه بسا هزینه اولیه و قیمت خرید نیز به دست نیاید یا دست کم سود مورد انتظار در ایران، برآورده نمی‌شود. بنابراین در این موارد (تلف حکمی شرعی) دادگاه باید حکم به پرداخت قیمت داروها نماید کما اینکه در روایتی از معصوم (ع) نیز که فعل عامل زیان باعث گردیده تا مالک نتواند مالش را در شهر خود به فروش برساند امام (ع) در مقام جبران خسارت حکم می‌فرمایند که غاصب باید قیمت مال را به صاحبش پرداخت نماید (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۷۳). با این اوصاف سؤال بعدی به ذهن خطور می‌کند و آن، اینکه آیا داروها نیز باید به زیان‌دیده مسترد گردد؟ پاسخ این سؤال با توجه به پذیرش یا عدم پذیرش معاوضه قهری متفاوت خواهد بود. نظر مرحوم نائینی در خصوص تلف حکمی شرعی متفاوت است. ایشان علی‌رغم مخالفت با معاوضه قهری در تلف حقیقی و حکمی عرفی، آن را در خصوص این قسم از تلف به دلیل وجود نص خاص می‌پذیرند زیرا در روایت مذکور امام (ع) اشاره می‌کنند که پس از فروش مال در شهر دیگر، غاصب مالک ثمن خواهد بود. در مثال مطرح شده نیز بین داروهای در حکم تلف و قیمت آن‌ها که پرداخت گردیده است معاوضه رخ داده، پس همانگونه که زیان‌دیده مالک قیمت گشته، عامل زیان نیز مالک داروهاست و اگر به حسب فرض در ازای فروش آن‌ها در ترکیه ثمنی دریافت دارد از آن خود اوست.

نقش معاوضه قهری در بدل حیلولة

موضع کاربرد بدل حیلولة زمانی است که عین مال باقی است ولی رد آن به مالک به دلایلی غیر از تلف ممکن نیست با این وجود هنوز امید به بازگشت آن به مالک وجود دارد^۹ (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۷۳). به عبارت دیگر در مواردی بین مالک و مالش فاصله ایجاد می‌شود این در حالی است که امکان تسلط دوباره وی بر مالش وجود دارد. حال چنانچه تا زمان فراهم آمدن این امکان، مالک بدل مال خود را تقاضا نماید، بدل مذکور، بدل حیلولة خواهد بود. در خصوص جواز یا عدم جواز مطالبه این نوع بدل اختلاف آراء وجود دارد. مرحوم خوئی پس از رد دلالت قاعده لاضرر، اصل سلطه مردم بر اموالشان، قاعده ضمان اتلاف و علی‌البدل بر جواز مطالبه بدل حیلولة، ادعای اجماع بر این جواز را نفی کرده و می‌نویسد: اگر بپذیریم اجماعی در این زمینه وجود دارد حتمه مستند به یکی از این قواعد یا اصول بوده است وگرنه اجماع تبعیدی وجود ندارد (مصباح الفقاهه، ۳/۲۰۹). نائینی نیز پس از بررسی اصول متفاوت بیان

۹- «ما إذا زالت سلطنة المالك زوالا يرجع عودها اليه»

می‌دارند: «فظهر من جمیع ما ذکرناه ان الأقوی عدم قیام دلیل علی ثبوت بدل الحیلولة و انه کما قال المحقق الثانی مما لم يتضح معناه.» (المکاسب و البیع، ۱/ ۳۷۶). شیخ انصاری احتمال می‌دهد که امکان تقاضای بدل حیلولة به دلیل جبران سلطنت از میان رفته مالک باشد (انصاری، ۳/ ۲۶۱)، ولی شارح مکاسب ایراد می‌کند؛ سلطنت یک حکم شرعی است و جبران آن بی معناست چرا که جبران باید ناظر به مال باشد در حالی که سلطنت مال تلقی نمی‌شود (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۷۴). به نظر می‌رسد که تقاضای بدل حیلولة در جهت جبران منافی است که هر لحظه از مالک در حال تقویت است و منفعت قطعاً یکی از اقسام مال است. همان‌گونه که در جبران عین تلف‌شده درخواست بدل مثلی عین بر دریافت قیمت آن تقدم عقلی دارد برای مالک منافع نیز دریافت بدل مثلی منافع در قالب بدل حیلولة بر دریافت اجرت‌المثل منافع اولویت دارد. در نتیجه به دلیل ترتب عقلی مثل بر قیمت حق زیان‌دیده است که منتظر تلف منافع و دریافت اجرت‌المثل نمانده و بدل حیلولة تقاضا کند. حال با فرض جواز مطالبه آیا در خصوص بدل حیلولة نیز تصور معاوضه قهری ممکن است؟ توضیح آنکه برای اثبات معاوضه قهری در مورد بدل حیلولة دشواری بیشتری پیش روی محقق است زیرا در سایر موارد جبران خسارت در اینکه بدل ملک زیان‌دیده می‌گردد شکی نیست و برای تصور معاوضه قهری فقط باید مالکیت ضامن نسبت به عین تلف‌شده را توجیه کرد اما در خصوص بدل حیلولة هم در مورد مالکیت زیان‌دیده بر بدل حیلولة و هم در خصوص مالکیت غاصب بر عین مغصوبه اختلاف نظر وجود دارد.

اختلاف مربوط به مالکیت یا عدم مالکیت زیان‌دیده بر بدل حیلولة، همان مبحث مشهور به ماهیت حقوقی بدل حیلولة است (کوه‌کمری، ۲۱۴). برخی از فقها به اباحه انتفاع زیان‌دیده بدون ایجاد مالکیت گرایش دارند. یکی از ایشان در خصوص رابطه زیان‌دیده با بدل حیلولة بدون پذیرش معاوضه قهری دو احتمال را مطرح می‌کنند: ۱- عدم پذیرش معاوضه قهری اما پذیرش مالکیت بدل حیلولة برای مالک مال اصلی خواه موقتی یا دائمی. در واقع مطابق این نظر بدون آنکه غاصب، مالک مال اصلی باشد، مالک مال اصلی، مالک بدل حیلولة نیز می‌گردد. ایراد این نظر آن است که هیچ اقتضائی برای ملکیت نه از جانب مالک و نه از جانب شارع وجود ندارد زیرا مفروض عدم انشاء ضامن و مالک بر تملیک و تملک بدل است و از ناحیه شارع نیز چیزی که دلالت بر تحقق ملکیت قهری کند وجود ندارد و منافاتی بین قول به اباحه و اجازه جمیع تصرفات حتی تصرفات متوقف بر ملکیت نخواهد بود زیرا می‌توان همانند باب معاطات به ملکیت یک لحظه قبل از تصرف ملتزم گردید (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۷۷). ۲- عدم پذیرش معاوضه قهری و پذیرش اباحه تصرف و مالکیت آنکه ما مثل معاطات. مطابق این نظر مالک مال اصلی، مالک بدل نمی‌گردد و صرفاً تصرف برای او مباح است. نهایت آنکه چنانچه قصد تصرف ناقل ملک را نمود

یک لحظه قبل از تصرف، مالک بدل می‌شود (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۷۶). ولی بجنوردی بین دو نظر مالکیت بدل حیلوله و اباحه جمیع تصرفات بدون حصول ملکیت، اولی را قبول می‌کند و بیان می‌دارد که بدل حیلوله به صورت موقت به ملکیت زیان‌دیده وارد می‌شود. سپس با توجه به اینکه ایشان عین مغضوبه را نیز در ملکیت زیان‌دیده می‌دانند ایراد می‌کنند که با این تعبیر عوض و معوض در ملکیت زیان‌دیده جمع می‌شود و پاسخ می‌دهند که دادن بدل حیلوله از باب غرامت و جبران خسارت است نه معاوضه. در نتیجه ایراد مذکور وارد نیست. همان‌گونه که میرهن است ایشان برای رد این ایراد از معاوضه قهری دست می‌شویند (بجنوردی، ۴/۸۷). در حالی که به نظر می‌رسد حتی اگر به معاوضه نیز قائل شویم ایراد جمع عوض و معوض وارد نخواهد بود زیرا همان‌گونه که با معاوضه، بدل به ملکیت زیان‌دیده وارد می‌شود مبدل یعنی عین مغضوبه نیز به دارایی غاصب می‌پیوندد و این دو در یک دارایی جمع نخواهند شد. ایراد اصلی پذیرش معاوضه بین اعیان در خصوص بدل حیلوله همان عدم وجود اقتضاء برای این امر است که نائینی اشاره کرد.

در خصوص اختلاف مربوط به مالکیت یا عدم مالکیت غاصب نسبت به عین مغضوبه نیز برخی از فقها اشاره کرده‌اند؛ از آنجا که در این مورد معاوضه‌ای (اعم از مالکی یا قهری) رخ نداده است در نتیجه مالک، همچنان مالک عین مغضوبه باقی می‌ماند چرا که معاوضه مالکی احتیاج به قصد مالک و غاصب دارد که در این مورد اشخاص چنین اراده‌ای ندارند و معاوضه قهری هم نیاز به دلیل دارد که چنین دلیلی نیز وجود ندارد (بجنوردی، ۴/۸۹). امام خمینی نیز از جمله فقهای مخالف معاوضه قهری هستند که معتقدند ضمانات نه در عرف و نه در شرع از باب معاوضه نیستند بلکه از باب غرامت و جبران خسارت‌اند (۲/۴۸۳ - ۴۸۴). لکن برخی از فقها اشاره کرده‌اند که سیره عرف بر آن است که عین مغضوبه ملک غاصب شود و با وجود عدم ردع شارع این سیره دلیل خواهد بود^{۱۰} (کوه‌کمری، ۲۱۶). برخی نیز مالکیت ضامن نسبت به عین مغضوبه را مقتضای ادله ضمانات می‌دانند^{۱۱} (حاتری یزدی، ۳/۳۳۳). با این حال به نظر می‌رسد الزامی به تصور معاوضه قهری بین بدل حیلوله و مال مغضوبه نیست زیرا با توجه به عدم تلف عین نیازی به جبران در این خصوص وجود ندارد. مضافاً آنکه معاوضه اعیان نظر درستی نیست چرا که فقها معتقدند پس از تمکن نسبت به مال اصلی غاصب باید آن را به صاحبش برگرداند بدون آنکه نیاز به ایجاد

۱۰. «لکن المعهود من العرف صیرورة العین المتعذرة ملکا للغاصب برد بدله الی المالك، نظیر بقایا العین التالفة كقطععات الزجاجة المنكسرة، فإنها تصیر ملکا للغاصب بعد رد بدلهای الی مالک العین التالفة فلو أمكن تلقيه سيرة مستمرة إلى زمن النبی صلی الله علیه و آله تكون ذلك مع عدم ردع ثابت منه حجة متبعة»
 ۱۱. «أن مقتضى أدلة الضمانات: حصول المعاوضة العرفية أو الشرعية بين المالك و الضامن بصرف الحكم بلزوم أداء البديل سواء أذاه إلى المالك أو لا»

سببی برای تملیک باشد و این بدان علت است که مال مغضوبه هنوز در ملکیت مالک اصلی است^{۱۲} (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۸۶).

با این حال به نظر می‌رسد تصور معاوضه قهری در این مورد نیز امکان‌پذیر است. البته معاوضه بین منافع بدل حیلوله و مال مغضوبه خواهد بود نه اعیان آن‌ها. اینکه در خصوص بدل حیلوله اقتضائی برای ملکیت اعیان نیست سخن حقی است ولی اینکه با این دلیل معاوضه قهری را به کلی منتفی بدانیم و به اباحه انتفاع حکم کنیم نادرست است. زیرا با ایجاد صرفه اباحه تصرف در قالب دادن بدل حیلوله، جبران کاملی برای مالک مال اصلی رقم نخواهد خورد زیرا اباحه تصرف النهایه به خود او امکان انتفاع می‌دهد در حالی که باید فرصتی را فراهم نمود که به موجب آن، مالک بتواند بدل حیلوله را اجاره دهد و این ممکن نیست مگر با جعل مالکیت منافع برای وی. در نتیجه به نظر می‌رسد پذیرش معاوضه قهری در خصوص منافع بدل و مبدل و مالکیت آن‌ها معین، تحلیل صائب‌تری در خصوص ماهیت بدل حیلوله خواهد بود.

نتیجه‌گیری

در میان فقها در خصوص تحلیل ماهیت ضمان قهری دو دیدگاه وجود دارد: برخی ماهیت ضمان را نوعی معاوضه و گروه دیگر غرامت می‌دانند. باورمندان به دیدگاه نخست معتقدند که حکم شارع به ضمان به معنای معاوضه‌ای قهری است که بر عامل تلف تحمیل می‌گردد و به موجب آن مال تلف شده از دارائی مالک خارج و به ملکیت متلف در می‌آید. در مقابل، بدل اعم از مثل یا قیمت به دارائی زیان‌دیده داخل می‌شود. البته برخی از فقها زمان تحقق این معاوضه را زمان وقوع سبب ضمان و برخی دیگر پس از پرداخت خسارت به زیان‌دیده می‌دانند اما در هر حال تحلیل ضمان بر این اساس دارای آثار عملی و حائز اهمیتی است. از جمله آنکه به واسطه این معاوضه در موارد تلف حقیقی اموال، ارزش هر چند ناچیز مال تلف شده یا معیوب از آن عامل زیان می‌شود و یا اینکه چنانچه به مال تالف حقیقی همچون حق رجوع به سایر مسئولین تعلق داشته باشد این حق به عاملان زیان اختصاص می‌یابد. دیگر اثر پذیرش معاوضه قهری در تلف حکمی نمودار می‌گردد. جایی که مال عرفه به گونه‌ای از دسترس خارج است که در حکم تلف محسوب می‌شود با پذیرش معاوضه، این مال دور از دسترس جزء اموال عامل زیان محسوب می‌شود. همچنین چنانچه انتزاع مال مغضوب از مال دیگر منجر به نقص یا عدم مالیت مال مغضوب شود همچون نخ‌هایی که در دوخت لباس استفاده شده‌اند، با استناد به معاوضه قهری، زیان‌دیده حق مطالبه مال را

۱۲. «إذا تمكن الغاصب من العين بسبب زوال العذر، فهل يجب عليه الرد إلى المالك أو أنه خرج عن عهده ضمانه بواسطة أداء بدله فلا شيء عليه بعد التمكن (وجهان) أقواهما الأول، و ذلك لأن العين كانت للمالك»

نخواهد داشت و فقط می‌تواند بدل آن را مطالبه کند. در تلف حکمی شرعی نیز با توجه به وجود نص و روایت بدون هیچ اختلاف نظری مالی که به حکم شرع در حکم تألف است، از آن فاعل زیان است. اثر دیگر پذیرش معاوضه قهری در بدل حیلولة، ارائه نظریه جدیدی در خصوص ماهیت حقوقی آن است. با پذیرش معاوضه قهری در ضمان و از آنجا که قول به معاوضه بین اعیان صحیح نخواهد بود نظر دیگری تحت عنوان معاوضه بین منافع بدل و مبدل و مالکیت یک لحظه قبل از تصرف در عین طرح می‌شود که از ایرادات سایر نظریات میراست.

منابع

- اصفهانی، محمد حسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، أنوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیة، چاپ بیست و ششم ۱۳۸۵.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیة*، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقیه*، تهران، منشورات مکتبة الصادق، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ ق.
- حائری یزدی، مرتضی بن عبد الکریم، *شرح العروة الوثقی (للحائری)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.
- حکیم، محسن، *مستمسک عروه الوثقی*، قم، مؤسسه دار التفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- خمینی، امام روح الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، بی‌تا.
- خویی، ابو القاسم، *مصباح الفقاهة (المکاسب)*، چاپ سنگی، بی‌تا.
- _____، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- رشتی، حبیب الله، *کتاب الغصب*، چاپ سنگی، بی‌تا.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مهذب الأحکام*، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق.
- الشریف، محمد مهدی، *منطق حقوق*، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
- الشریف، محمد مهدی، و سمیه سعیدی، «مکان ارزیابی میزان خسارت در دعاوی مسئولیت مدنی از منظر فقه امامیه و حقوق ایران»، *پژوهش‌های فقهی*، دوره دهم، ۱۹۶-۱۶۷، (۱۳۹۳).
- شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد والفوائد*، قم، کتابفروشی مفید، چاپ اول، بی‌تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه. چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، لبنان، دار الاحیاء التراث العربی،

چاپ هفتم، بی تا.

طباطبایی بروجردی، حسین، *تقریرات ثلاث (للبروجردی)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب (للیزدی)*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، *أنوار الفقاهة - کتاب الغصب*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

کوه کمری، محمد بن علی حجت، *کتاب البیع (للكوه کمری)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، *یک دوره فقه کامل فارسی*، تهران، مؤسسه و انتشارات فراهانی، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.

نائینی، محمد حسین، *الرسائل الفقهیه*، قم، انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

_____، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

نائینی، محمد حسین، و آقا ضیاء عراقی، *الرسائل الفقهیه (تقریرات، للنجم آبادی)*، قم، انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

هاشمی شاهرودی، محمود، *مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام (بالعربیة)*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام. چاپ اول، بی تا.

همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، مؤلف، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.