



## بازجست و تبیین بدل حیلوله به مثابه رافع اختلال در رابطه مالک و اموال

اردوان ارژنگ\*

قباد محمدی شیخی\*\*

### چکیده

هرگاه برگرداندن عین مغضوب و مضمون ناشدنی و متعذر باشد، اکثریت فقیهان ضامن را مسئول پرداخت بدل آن دانسته‌اند و آن را «بدل حیلوله» نامیده‌اند. کارکرد این بدل برطرف کردن اختلالی است که غاصب در رابطه و علقه مالک با مالش پدید آورده است. از ادله فراوانی استمداد شده تا این مدعا بر کرسی اثبات و اعتبار بنشیند. اما هرکدام از ادله، به‌تنهایی نمی‌تواند، به‌گونه‌ای کامل، همه مصادیق تعذر را دربر گیرد. فروعاً بدل حیلوله، از قبیل مالکیت بدل و مبدل، و منافع آنها، به مفاد و توان اثباتی دلیل پذیرفته‌شده بستگی و وابستگی دارد. قصد و اراده طرفین که می‌تواند ناشی از پذیرش دلیل بنای عقلاً باشد، مغفول مانده است. بدون دخالت نیت و خواست طرفین، نمی‌توان احکام یکدست و ثابتی برای بدل حیلوله یافت. با ورود بنای عقلاً، قصد و اراده طرفین جایگاه خود را می‌یابد. گزارشی تبیینی از مناسبات و ملاک حکم، ارزیابی ادله، صورت‌بندی آنها، چستی بدل، به‌ویژه مالکیت که چون عویصه‌ای رخ نموده و نیز بررسی انگاره‌های گوناگونی که برای حل آن ارائه شده، تصویر اجمالی راه پیموده‌شده است.

**کلیدواژگان:** بدل حیلوله، تعذر، مالک، عین غصبی، عین مضمون، قصد، مالکیت.

arzhang1345@gmail.com

gms1349@gmail.com

\* دانشیار دانشگاه آیت‌الله حائری (میدان‌نویسنده مسئول)

\*\* استادیار دانشگاه یاسوج

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۲/۲۷

تاریخ تأیید: ۱۳۹۶/۰۸/۲۴

در آموزه‌های اسلام، مالکیت افراد تا بدان پایه محترم شمرده شده که حرمت اموال مسلمان همانند حرمت خون او انگاشته شده است: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» (کلینی، ۱۴۰۱ق: ج ۲، ص ۳۶۰). احکام وضعی و تکلیفی فراوانی به قصد ضمانت اجرای این آموزه مهم تشریح شده است. مثلاً استیلاى عدوانی بر مال غیر (غصب) جرم دانسته شده است؛ زیرا غاصب میان مالک و مال اختلال ایجاد کرده است. از این رو، غاصب موظف است علاوه بر برگرداندن مال مغضوب به مالک، حتی منافع ازدست‌رفته و تفویض شده این مدت را نیز جبران نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۷، ص ۳۶).

اما گاه برخی مواضع، برگرداندن عین مغضوب به مالک را ناشدنی می‌سازد. مثال معروف در فقه این است که اگر عین مغضوب، یک کِشتی باشد و این کِشتی به جهتی از دسترس خارج شود، در این حال نمی‌توان غاصب را به تحویل عین کِشتی ملزم نمود؛ زیرا چنین چیزی عرفاً ممکن نیست. از سوی دیگر، ضرر وارد شده به مالک با این الزام به امر غیرممکن جبران نمی‌شود. همچنین، نمی‌توان گفت در پی تعذر برگرداندن عین مغضوب، ضمانت غاصب برداشته شده و او دیگر تکلیفی ندارد. افزون بر این، هرچند مالک اصلی بر عین غصب شده استیلاى تام و کامل ندارد، رابطه و علقه وی و عین غصب شده کاملاً گسسته نیست و همچنان مالک آن به‌شمار می‌آید. فقیهان در چنین فرضی ضامن را موظف می‌دانند مثل یا قیمت عین مغضوب را به مالک بدهد. این عوض و بدل به «بدل حیلولة» موسوم و معروف است (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۱، ص ۳۳۰)؛ یعنی بدل و جانشینی که غاصب و ضامن می‌پردازد تا اختلال ایجاد شده در رابطه مالک و مالش، و فاصله پدیدآمده میان ملک و مالک جبران شود. سبب این نام‌گذاری آن است که غاصب با این عمل خود میان مال مغضوب و مالک «حائل» شده و مانع دسترسی مالک به مال خویش شده است. به دیگر سخن، بدل حیلولة ضمانتی است که از نظر مالیت و ارزش با مال مغضوب مساوی بوده و برای جبران آن چیزی است که از مالک (مغضوب‌منه) فوت شده است.

البته، این حائل شدن لزوماً در غصب اتفاق نمی‌افتد و گستره وسیع‌تری دارد.

خصوصیتی در غصب نیست که بدل حیلوله را مختص آن بدانیم؛ بلکه هر بدلی که متعهد به سبب تعذر نتواند عین آن را به مالک رد کند، بدل حیلوله است و آثار و احکام آن جاری می‌شود. برخی به این نکته تصریح کرده‌اند که تلف حکمی (مانند گم شدن و گم کردن) در حکم غصب شیء است (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۳۷۳). بدین ترتیب، ممکن است فردی بدون آنکه بر مال دیگری ید داشته باشد، میان وی و مالش ایجاد فاصله نماید؛ مثلاً با باز کردن درِ قفس موجب پرواز پرنده شود یا مال فرد دیگری را گم کند یا مال دیگری را از دست او رها کند و آن مال به رودخانه‌ای بیفتد یا سبب شود که مال غیر از دسترس وی خارج شود و، به گونهٔ تسبیب، گم شود یا به سرقت برود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۱۸۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۵۷). در هریک از این مثال‌ها، بدلی که ضامن در مقام ایفای تعهد به مالک می‌دهد، بدل حیلوله است و آثار آن را در پی دارد.<sup>۱</sup>

دانش‌واژه (اصطلاح) حیلوله در متون فقهی امامیه بعد از شیخ طوسی دیده می‌شود (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۳، ص ۹۵؛ ابن‌زهرة، ۱۳۷۵: ص ۵۳۸؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۱ق: ج ۲، ص ۴۸۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۲۴۱). فقیهان امامیه دلیل حکم به ثبوت بدل حیلوله را جبران قطع سلطنت مالک بر مالش دانسته‌اند. شیخ طوسی نخستین فقیه امامیه است که آن را مطرح کرده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۳، ص ۹۵). ایشان دربارهٔ ترکیبی غصبی که گریخته، گفته است غاصب باید قیمت مرکب را به مالکش بپردازد و صاحب مرکب مالک این قیمت می‌شود؛ هرچند مرکب غصب‌شده به ملکیت غاصب در نمی‌آید و باید پس از پیدا شدن، آن را به صاحبش بازگرداند. او نتیجه می‌گیرد که پرداخت قیمت به مالک فقط به دلیل فاصله افتادن میان مالک و مالش است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۳، ص ۲۱۴). فقیهان پس از وی، مانند ابن‌زهرة (۱۳۷۵: ص ۵۳۸) و ابن‌ادریس (۱۴۱۱ق: ج ۲، ص ۴۸۶)، فشرده‌ای از مطالب ایشان در این باره را ذکر کرده‌اند و جز اجماع (که مستند شیخ طوسی نیز بوده است)، به دلیل دیگری بر وجوب پرداخت بدل حیلوله اشاره نکرده‌اند. گویی حکم به اندازه‌ای مسلم بوده است که دلیل دیگری را لازم نمی‌دانسته‌اند. همچنین، ممکن است اصلاً دلیل دیگری نزد آنان غیر از اجماع نبوده باشد. با توجه به اشکالاتی که به این حکم و دلایل آن شده، برخی به ادله و مستندات دیگری مانند قاعدهٔ لاضرر پناه برده‌اند



(انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۵۸). البته، عده‌ای با تأملاتی درباره مالکیت مالک بر بدل و شماری دیگر با محاجه و مناقشه در دلایل، در اصل حکم نیز تردید روا داشته‌اند (کرکی، ۱۴۱۱ق: ج ۶، ص ۲۶۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۲۱۰).

پرسش‌های پیش‌روی این نوشتار عبارت‌اند از: تعذر که مناط حکم بدل حیلوله است، چیست؟ ادله این حکم، چه صورت‌بندی و تقریری متفاوت از آنچه که تاکنون بوده است، دارد؟ قصد طرفین، چگونه گزاره‌های دیگری را به این عرصه می‌آورد؟ آیا بدل حیلوله نوعی جبران خسارت است یا نوعی تملیک؟ اگر تملیک است، به‌گونه مستقر است یا متزلزل؟

بازپژوهی و بازجستی بدل حیلوله به لحاظ مناط حکم، تقریر و صورت‌بندی نوین از ادله، ارزیابی ادله، چیستی بدل و مالکیت بدل و منافع، مسیر (راه) ماست و منابع فقهی، سرمایه استدلالی‌مان. همچنین، بیان و تبیین بدل حیلوله با ادبیات فقهی مناسب و متناسب امروزی، بایسته ترسیم‌شده این نوشتار است. امید داریم که تبیین، مصیر (نتیجه)ی این واکاوی و جستار باشد.

### ۱. مؤلفه‌های بدل حیلوله

باید عناصری جمع شود تا بتوان از بدل حیلوله سخن گفت. مهم‌ترین مؤلفه، تعذر رد مال به مالک است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۱۸۸). دیگر عنصر اینکه، مال عین خارجی باشد نه منفعت. سوم، مال تلف نشده، بلکه موجود باشد. وصف حیلوله مبتنی بر موجودیت عین مال در هنگام دادن بدل به مالک است وگرنه به آن بدل مال تلف‌شده گویند، نه بدل حیلوله (خوئی، ۱۳۷۷: ج ۳، ص ۲۷۳). مؤلفه بعدی آنکه فردی غیر از مالک در آن مال تصرف نماید. عنصر پنجم، غیرشرعی و بی‌مجوز بودن تصرف است. سرانجام اینکه الزام شرعی به دادن بدل وجود داشته باشد. با اجتماع این عناصر و تعلق ذمه غاصب، این بدل عنوان «حیلوله» می‌گیرد و جانشین عین مال می‌شود، نه فقط جایگزین منافع آن. گفتنی است این شرایط از تحلیل ماهیت بدل حیلوله و احکام آن به‌دست می‌آید.

## ۲. چیستی و تنوع «تعذر»

از آنجا که موضوع و سبب بدل حیلوله تعذر بوده و در فرض تعذر است که این عنوان، خود را نشان می‌دهد، لازم است نگاهی از سر تأمل و درنگ به این مفهوم افکنده شود. تعذر به معنای این است که رساندن مال غضبی به مالک اصلی شدنی نیست. «هرگاه مال مضمونه ذاتاً ممکن‌الاداء بوده، اما به سبب مانعی خارجی، فعلاً ادای آن ناشدنی است [و تعذر رخ می‌دهد]» (امامی خوانساری، بی‌تا: ص ۱۸۳).

تعذر گاه در حکم تلف تلقی می‌شود؛ یعنی حالتی که عقلاً دستیابی به عین مغضوب امکان‌پذیر نیست (محال وقوعی). مثلاً عین مغضوب پرنده‌ای وحشی و بدون نشانه بوده و از قفس پرواز کرده است. در اینجا تقریباً و عادتاً پیدا کردن و گرفتن آن شدنی نیست (طباطبائی بروجردی، ۱۴۱۳ق: ص ۱۵۵).

گاهی تعذر، عرفی است؛ یعنی وضعیتی که عرفاً دسترسی دوباره به عین غضب‌شده ممکن نیست یا احتمال کم و ضعیفی دارد، مانند جواهری که به دریا افتاده یا کالایی که پس از غضب، مورد دستبرد قرار گرفته است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ص ۶۴۵). در این مورد، احتمال دسترسی به آن هرچند شدنی، اما ضعیف و کم است. گفتنی است اگر بازگرداندن عین مغضوب، ممکن اما همراه با سختی یا صرف و تحمیل هزینه‌های زیاد بر غاصب باشد، تعذر رخ نخواهد داد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۱۸۸؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ص ۸۵). مانند اینکه اگر فردی شیئی غضبی را در ساخت خانه‌اش به کار ببرد، صاحب آن شیء می‌تواند استرداد آن را درخواست نماید؛ حتی اگر باعث تخریب بخش زیادی از ساختمان شود.

تعذر نوع سوم، شرعی است. تعذر آنگاه شرعی است که بازگرداندن عین مغضوب، مستلزم یا همراه با یکی از محرّمات شرعی باشد؛ یعنی عقلاً و عادتاً شدنی باشد، اما به دلیل اینکه به حرام شرعی می‌انجامد، تعذر تلقی می‌گردد. مثلاً ممکن است کالای غضب‌شده‌ای نوشیدنی غیرمجاز (شراب) و متعلق به کافر باشد. بازگرداندن این کالا مستلزم امر حرام، یعنی زمینه‌سازی شرب خمر می‌شود. همچنین، ممکن است



بازگرداندن عین مغضوب باعث به خطر افتادن جان و نفس محترمی گردد، مانند جدا کردن تخته‌ای غصبی از قایقی در وسط دریا که موجب از بین رفتن و فوت انسانی می‌شود (خوئی، ۱۳۷۷: ج ۳، ص ۲۱۰).

گاه می‌توان از تعذر شخصی سخن گفت. تعذر شخصی در مقابل تعذر نوعی است. اگر در مقابل تعذر نوعی رد عین، تعذر شخصی وجود نداشته باشد، ذمه غاصب به دادن بدل حیلوله مشغول نمی‌شود. چنانچه مالی به سرقت برود یا در چاهی بیفتد، رد عین عرفاً و نوعاً ممکن نخواهد بود؛ باوجود این، اگر مالی در کف رودخانه‌ای بیفتد که نوعاً دسترسی به آن ممکن نباشد، اما غاصب، شناگر ماهری باشد و بتواند مال را از رودخانه بیرون بیاورد، به نظر می‌رسد تعذر نوعی وجود دارد، اما تعذر شخصی محقق نیست. البته، باید گفت تعذر وصف شخص نیست، بلکه وصف فعل (رد) است؛ یعنی می‌گوییم رد متعذر است. از همین رو می‌توان تعذر را حتی از ناحیه مالک تصویر و تصور نمود. در مثال پیش گفته چنانچه مالک در شناگری مهارت فوق‌العاده داشته و بتواند به‌آسانی آن شیء را از رودخانه در بیاورد، تعذر تحقق نیافته است. متفرع بر همین عدم تحقق تعذر، تضمین و ضامن دانستن غاصب روا و صحیح نیست؛ زیرا شرط حکم، وجود تعذر است. در این حالت، موضوع (موضوع مع الشرط) به‌وجود نیامده و در نتیجه، حکم (ضمانت) وی نیز رخ نمی‌نماید.

به عبارت دیگر، در اینجا مالک باید مال خود را بیرون بیاورد وگرنه اقدام به اضرار به خود کرده است. مالک اجازه سوءاستفاده از حق خود را ندارد، زیرا این عمل (سوءاستفاده از حق) از نظر اخلاقی، نادرست و از جهت قانونی و شرعی، ناروا است. پس آنچه مهم است و موضوعیت دارد، دسترسی مالک به عین و حق خویش است: چه توسط غاصب باشد یا شخص ثالث یا حتی به‌دست خود مالک.

تعذر می‌تواند موقت یا غیرموقت باشد. تعذر موقت را می‌توان همانند عدم تعذر (متعذر نبودن) دانست. از همین رو، برخی از فقیهان، تعذر بسیار کوتاه‌مدت را موجب الزام به پرداخت بدل ندانسته‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۸۶؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۳۶).

### ۳. درنگی در ادله

پرداخت «بدل حیلوله» وظیفه و تکلیفی است که باید مدلل و موجه باشد. برای توجیه و مدلل ساختن این حکم، ادله‌ای ذکر شده است. گفتنی است اختلاف‌نظر فقیهان در استناد به ادله، تفاوت‌هایی را در فتواهای صادرشده در پی داشته است. بخشی از باورهای دانشوران عرصه فقهت به سعه و ضیق، و به فراخ و تنگ دیدن دلالت ادله بستگی و وابستگی دارد.

#### ۳-۱. قاعده ضمان ید

بر پایه روایت مشهور «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» (نوری، ۱۴۰۹ق: ج ۱۴، ص ۸)، کسی که بر مال دیگری استیلا پیدا می‌کند، تا هنگامی آن را تحویل نداده، ضامن است. اگر کسی به گونه عدوانی بر مال دیگری ید و استیلا پیدا کند، بی‌شک، موظف به برگرداندن آن است و صرف متعذرالوصول شدن آن نمی‌تواند تکلیف او را مرتفع کند. حتی اگر شک شود که آیا او ضامن بدل هست یا نه، می‌توان ضمان و مسئولیت وی را استصحاب نمود؛ یعنی غاصب ضامن برگرداندن عین غصب‌شده است، اما از آن رو که استرداد عین غصبی ممکن نیست، باید مثل یا قیمت را برگرداند.

صورت‌بندی و تقریر دیگری از مدلول روایت، به این شرح ممکن است: آنچه غاصب بر آن ید پیدا کرده (ما أخذت)، مال است. هر مالی نیز دارای سه سویه (جهت) و حیثیت است: شخصی، نوعی، مالی. این جهات و حیثیات، در واقع، تحلیل عرفی ذمه است؛ یعنی عرف ذمه غاصب را در سه جهت، ضامن و مدیون می‌داند. اگر به دلیل متعذرشدن عین، پرداخت و ادای حیثیت شخصی (شیء با همان مشخصات خارجی و محقق‌شده) ممکن نباشد، مسئولیت درباره دیگر حیثیات (نوعی و مالی) به قوت خویش باقی است و با پرداخت بدل، جبران می‌شوند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۸۵).

مخالفان، این استدلال و استناد را بر نمی‌تابند. ایشان روایت را دچار ضعف سند می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ص ۱۹۸) و در اصل وجود عمل فقیهان امامیه که می‌تواند ضعف سند را جبران کند نیز به محاجه و مناقشه پرداخته‌اند؛ یعنی اشکال صغروی و



مصادقی هم وارد کرده‌اند (خوئی، ۱۳۷۷: ج ۳، ص ۲۰۷).

افزون بر آن، حتی با چشم‌پوشی از اشکالات سندی، مدلول روایت آن اندازه وسیع و فراخ نیست که همه موارد را فرا گیرد. گستره روایت چندان اجازه میدان‌داری نمی‌دهد. قدر مسلم و فهم عرفی از متن و مضمون روایت آن است که هرگاه کسی بر مال دیگری استیلا و تسلط یافت، وظیفه دارد همان (عین مال) را بازگرداند. به عبارت دیگر، روایت به عین مال انصراف دارد، نه به بدل. با تمسک به تحلیل عقلی یا عرفی مفهوم ذمه هم نمی‌توان لزوم بدل را نتیجه گرفت؛ زیرا برخلاف ظاهر حدیث است. از دلالت روایت، بایستگی جبران خسارت را می‌توان فقط در حالت معیوب شدن عین و آسیب دیدن آن استنباط کرد، نه در صورت انقطاع ید (امام خمینی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۲۶۵؛ خوئی، ۱۳۷۷: ج ۳، ص ۲۰۷). برخی برای حل این مسئله، ذمه و ضمان را موضوعی عرفی و عقلایی دانسته و بر این باورند که عرف در هنگام تعذر عین، مسئولیت را در پرداخت بدل می‌داند (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۳۱).

اما این رأی و باور، برکنار از فتور و ضعف نیست. چنین ادعایی ثابت نیست و دلیل مناسب و مکفی را به‌همراه و برای پشتیبانی خود ندارد؛ زیرا نمی‌توان گفت عرف در فرض تعذر عین، غاصب را ضامن منافع عین می‌داند؛ افزون بر آن، این‌گونه استدلال کردن، تغییر دادن دلیل از قاعده ضمان ید به بنای عقلاست. اکنون سخن بر سر مدلول و توان اثباتی روایت «علی الید» و قاعده ضمان ید است، نه درباره دلالت بنای عقلا.

### ۳-۲. قاعده اتلاف

بر پایه قاعده اتلاف، اگر فردی مال دیگری را تلف کند، ضامن آن است (من أتلف مال الغير فهو له ضامن). فقیهان بر این قاعده اجماع دارند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۲، ص ۲۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق: ص ۴۵). بهره‌گیری از قاعده اتلاف به‌منظور اثبات بدل حیلوله، مبانی ویژه‌ای دارد. یکی این است که تلف مفهومی عرفی تلقی می‌شود. اگر عرف تعذر را همان تلف (تلف حقیقی) نداند، بی‌شک آن را در حکم تلف (تلف حکمی) می‌داند. متفرع بر این تلقی، غاصب باید بدل را بپردازد.





این استناد بر پایهٔ درک عرفی و برای دلیلیت قاعدهٔ اتلاف است ولی دچار آسیب می‌باشد؛ زیرا هرچند مفهوم تلف عرفی است و نه شرعی، اما اینکه تعذر عین در حکم تلف باشد، ادعایی است نیازمند دلیل و محتاج اثبات. بیش از این نمی‌توان گفت در مواردی که عین دست‌یافتنی نیست یا امید دست‌یابی به آن هم وجود ندارد، عرف آن را در حکم تلف می‌داند. با وجود این، در مثال معروف فقهی (تختۀ چوبی غصبی به‌کاررفته در قایق) درحالی‌که قطعاً عرف آن را در حکم تلف نمی‌داند، فقیهان به بدل حیلوله رأی می‌دهند. از همین رو، این مورد و رأی به بدل حیلوله با این قاعده و با مبنای پیش‌گفته سازگار نیست. بنابراین، قاعدهٔ اتلاف از اثبات همهٔ موارد بدل حیلوله قاصر و عاجز است. اشکال دیگر اینکه در این صورت (در صورتی که تعذر عین در حکم تلف باشد)، آنچه غاصب به مالک می‌پردازد، عنوان بدل حقیقی به خود خواهد گرفت نه عنوان و نام بدل حیلوله. روشن است که بدل حقیقی، عنوانی خاص است و بدل حیلوله، عنوانی دیگر.

مقدمه یا مبنای دیگری هست که بیانگر دلالت قاعدهٔ اتلاف بر بدل حیلوله است: در این قاعده، علت و موضوع ضمان، تلف شدن عین نیست بلکه صرف انقطاع ید مالک است. چه کالایی تلف شود و چه وصول به آن متعذر شود، می‌توان غاصب را موظف به پرداخت بدل دانست (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۳۱).

در بررسی این تحلیل باید گفت، این سخنی است که به دلیل نیاز دارد و نمی‌توان آن را بدون سند و مدرک پذیرفت. به نظر می‌رسد این تحلیل بیش از آنکه مستدل و مدلل باشد، ذوقی است. به همین جهت، پذیرفتن آن دشوار است (همو، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۲۶۶). مشهور فقیهان موضوع قاعدهٔ اتلاف را صرف تلف دانسته‌اند، نه قطع ید مالک. نام‌گذاری قاعده به همین نام و عنوان «اتلاف» نشانگر موضوعیت تلف است، نه چیز دیگر. ضمن آنکه نمی‌توان منکر شد که تلف و اتلاف آثاری دارد. شاید نزدیک‌ترین اثر آن قطع ید مالک باشد. بلی، در غصب، اولاً و بالذات، صرف قطع رابطهٔ یدی موجب ضمان و مسئولیت غاصب است؛ اما در قاعدهٔ اتلاف، آنچه اولاً و بالذات به‌وجود می‌آید، انقطاع ید نیست، بلکه اتلاف است. افزون بر آن، به‌فرض درستی این سخن، باید انتظار پیامدی ناگوار داشت: حتی در فرضی که غاصب مالی را مدتی غصب نموده و باعث انقطاع ید به‌گونهٔ

موقت و محدود شود، می‌بایست او را ضامن پرداخت بدل برای این مدت بدانیم. چراکه براساس این سخن، عنوان ضمان بر انقطاع ید بار شده که در اینجا رخ داده است؛ درحالی‌که التزام هیچ فقیهی به این حکم و پذیرشش گزارش نشده است، بلکه غاصب مسئول و ضامن منافع عین دانسته شده است. شایان ذکر است در جایی که عرف، تعذر را در حکم تلف بداند، قاعده اتلاف می‌تواند بدل حیلوله را ثابت نماید (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۱۸۷؛ اراکی، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۱۶۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۶، ص ۴۴۸).

### ۳-۳. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر دلیل دیگری است که برای اثبات بدل حیلوله به کار گرفته شده است. تقریر و صورت‌بندی این دلیل چنین است: اگر رد بدل در فرض تعذر عین لازم نباشد، به ضرر مالک تمام می‌شود. حکم ضرری نیز در شریعت اسلام نفی شده است. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت حکم به پرداخت بدل، حکمی شرعی است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۴۲۹). استناد به این قاعده می‌تواند در قالب قیاس منطقی صورت‌بندی شود: عدم لزوم رد بدل در فرض تعذر عین موجب ضرر به مالک است (صغری)؛ هرگونه ضرر در اسلام نفی شده است (کبری)؛ پس عدم لزوم رد بدل نفی شده و پذیرفته نیست (نتیجه). بنابراین، لزوم رد بدل (بدل حیلوله) ثابت می‌شود. گفتنی است این استدلال وقتی پذیرفتنی است که دو مینا ثابت شود:

نخست اینکه قاعده لاضرر نه تنها رافع حکم باشد، بلکه بتوان به استناد آن، اثبات حکم نیز کرد؛ یعنی باید ثابت شود و بپذیریم که لاضرر می‌تواند حکمی را ثابت کند. درباره بدل حیلوله، قاعده لاضرر اثبات حکم می‌کند (وجوب پرداخت بدل) نه رفع حکم. اما برخی از فقیهان چنین سخنی را نپذیرفته‌اند (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۱۵۶؛ خوئی، ۱۳۷۷ق: ج ۳، ص ۲۰۴). به‌باور مشهور فقیهان، قدرت لاضرر در نفی حکم ضرری است، نه در اثبات حکم. وجوب پرداخت بدل از مقوله حکم اثباتی و اثبات حکم است، نه نفی حکم. اگر بخواهیم به کمک لاضرر، وجوب پرداخت بدل را ثابت کنیم، باید پیش‌تر پذیرفته باشیم که لاضرر، افزون بر نفی حکم، قدرت و مأموریت اثبات حکم را نیز دارد.

مبنا و پیش‌فرض دوم برای استناد به لاضرر این است که نفی ضرر از مالک، منحصر در پرداخت بدل دانسته شود؛ یعنی امکان جبران ضرر مالک از هیچ راه دیگری فراهم نباشد. مبنای دوم، سنگ‌بنایی است که وجودش شرط پرداخت بدل است. بنابراین، با این دو مقدمه و دو پیش‌فرض اثبات‌شده (یکی قدرت و توان اثباتی لاضرر و دیگری انحصار نفی ضرر در پرداخت بدل)، قاعده لاضرر، همراه با اثبات حکم، ماهیت بدل را نیز مشخص می‌نماید. به نظر می‌رسد اثبات مقدمه نخست بی‌اندازه دشوار باشد و با مبنای شناخته‌شده فقیهان سازگار نیست. کسانی که قاعده لاضرر را قادر به اثبات حکم نمی‌دانند، نمی‌توانند برای اثبات بدل حیلوله به قاعده یادشده تمسک کنند؛ هرچند برخی از فقیهان، مفاد قاعده لاضرر را اعم از اثبات یا رفع حکم دانسته‌اند (مکارم، ۱۴۲۵ق: ص ۱۹۷).

مقدمه دوم خدشه و اشکال دارد، زیرا جلوگیری از تضرر مالک در پرداخت بدل منحصر نیست؛ چراکه این ضرر را با دادن منافع عین و نیز مصالحه و راه‌های دیگر نیز می‌توان جبران نمود و دلیلی وجود ندارد که قاعده لاضرر، به‌طور ویژه، فقط پرداخت بدل را متعین کرده و اثبات نماید (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۳۵).

از آن رو که لاضرر از عناوین ثانویه است، استناد به آن در رتبه بعد از دلالت مفهومی و منطوقی ادله لفظی است؛ یعنی اگر دلالت ادله دیگر بر بدل حیلوله پذیرفته نشود، نوبت به عناوینی همچون لاضرر می‌رسد؛ چون در غیر این صورت، اصولاً ضرری متوجه مالک نخواهد بود تا به‌موجب لاضرر برداشته شود (تبریزی، ۱۴۱۳ق: ص ۳۸۹).

### ۳-۴. قاعده سلطنت یا تسلیط

قاعده سلطنت یا تسلیط (مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۸) دلیل دیگری است که برای اثبات و اعتبار بدل حیلوله به مدد طلبیده شده است. قاعده یادشده برگرفته از روایت نبوی «الناس مسلطون علی أموالهم» (احسائی، ۱۴۰۵ق: ج ۱، ص ۲۲۲) است. تقریر و صورت‌بندی استناد و استدلال به آن برای اثبات بدل حیلوله چنین است: برپایه روایت، مردم بر اموال خود مسلط هستند. حال اگر کسی موجب شود بین ملک و مالک جدایی افتد، این سلطنت مشروع را از مالک سلب کرده است. به همین جهت، مالک حق دارد جبران سلطنت

سلب‌شده خود را از او بخواهد که منوط به پرداخت بدل حیلوله است. حکایت دیگری از صورت‌بندی وجود دارد: اگرچه سلطنت مالک بر عین مال از بین رفته است، استیلائی او بر مالیت آن به قوت خویش باقی است و مالک می‌تواند با تمسک به این حق، از ضامن طلب بدل نماید (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۵۸).

مخالفان مستند قاعده مذکور را روایتی ضعیف می‌دانند و حتی بر این باورند که معلوم نیست ضعف آن به وسیله عمل اصحاب جبران شده باشد؛ یعنی آن را برکنار از اشکال صغروی و مصداقی تلقی نمی‌کنند (خوئی، ۱۳۷۷ق: ج ۳، ص ۲۰۶). به باور ایشان، این قاعده هم ضعف سندی (ضعف درونی) دارد و هم جابر ضعف (تقویت‌کننده بیرونی) ندارد؛ به بیان دیگر، از درون دارای آسیب است و از بیرون رافع آسیب ندارد. افزون بر این، مفاد این قاعده، گزاره‌ای سلبی است، نه گزاره‌ای ایجابی و ایجادی. به دیگر سخن، مضمون قاعده آن است که مالک می‌تواند از استفاده دیگران از مال و کالای خود جلوگیری نماید، نه آنکه سلطنت از دست‌رفته خود را به وسیله بدل جبران نماید (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق: ص ۱۹۸؛ حجت کوه‌کمره‌ای، ۱۴۰۹ق: ص ۲۱۲). افزون بر اشکالات یادشده، حتی می‌توان ادعا کرد که این قاعده، نه تنها لزوم بدل را ثابت نمی‌کند، بلکه نافی آن هم هست. به عبارت دیگر، به جای اینکه دلیل یاریگر (له) باشد، دلیل مزاحم (علیه) شده است؛ با این توصیف که ضامن با استناد به این قاعده می‌تواند مالکیت مالک عین بر بدل را نفی نماید، چون قاعده سلطنت اقتضا می‌کند که بدل در استیلا و تسلط مالک اصلی خود (ضامن) باشد (امام خمینی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۲۶۴). همچنین، به موجب این قاعده، هرگاه مالکیت یک نفر بر عین، مسلم و قطعی باشد، او بر آن عین تسلط خواهد داشت و نمی‌توان به وسیله همین قاعده، ملکیت بر آن مال را برای فرد دیگری ثابت کرد؛ به بیان دیگر، قاعده نمی‌تواند برای خود موضوع‌سازی کند (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۴۲۷). اشکال دیگر این است که به فرض پذیرش دلالت قاعده تسلیط بر تعذر عین، نمی‌توان آن را منحصر در پرداخت بدل کرد؛ بلکه از راه‌های دیگری نیز می‌توان سلطنت از دست‌رفته مالک را جبران کرد، مانند اجبار و الزام به مصالحه یا بیع و فروش آن به ضامن (همان، ص ۴۲۸). به دیگر سخن، در فرض تعذر عین، انحصاری در پرداخت و دادن بدل نیست؛ بلکه راه‌های دیگری قابل‌تصور است که هیچ منع شرعی هم ندارند.

### ۳-۵. بنای عقلا

بنای عقلا یکی از دلایل اثبات بدل حیلوله است. بدین معنا که خردمندان و عقلائی جامعه هنگامی که عین مضمون و مغضوب متعذرالوصول شد و دستیابی به آن ناممکن، غاصب را ضامن و مسئول پرداخت «بدل» می‌دانند و شرع مقدس نیز این رویه عقلائی را ردع و رد نکرده است (حسینی حائری، ۱۴۲۳ق: ج ۲، ص ۴۸۷؛ مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق: ص ۴۳۶)؛ به‌ویژه با عنایت به اینکه بخش قابل توجهی از احکام حوزه معاملات امضایی‌اند و داب و بنای شارع در این موارد تأیید روش‌های عقلائی بوده است. می‌توان گفت با پذیرش دلالت ادله پیشین به این دلیل نیازی نیست. این‌گونه نیست که در هر موردی که عین مضمون متعذر باشد، عرف و عقلا به وجوب پرداخت بدل حکم دهند. به سخن دیگر، حکم عقلا به پرداخت بدل نه مطلق است و نه عام و فراگیر؛ بلکه ایشان راهکارهای گوناگونی را پیش‌روی می‌نهند: مثلاً ممکن است ضامن را مسئول پرداخت منافع عین تا زمان استرداد عین بدانند؛ به‌ویژه اگر آن عین از کالاهای قیمی بوده یا مالک به‌هیچ‌روی، غیر از ملک و عین مال خود، چیز دیگری را نپذیرد. شایان ذکر است روایاتی (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۹، ص ۱۴۱) که بر ضامن بودن امین در صورت تفریط و رבוده شدن عین دلالت دارند نیز دلیلی بر وجوب پرداخت بدل از سوی ضامن تلقی می‌شود. البته، نمی‌توان با تمسک به آنها همه موارد تعذر عین را موجب ثبوت بدل حیلوله دانست؛ زیرا قدرمتمیقن مدلول روایات ذکر شده در جایی است که مالک نوعاً از پیدا شدن عین ناامید می‌شود، مانند جایی که عین به سرقت رفته است (مکارم، ۱۴۲۵ق: ص ۱۹۶).

### ۳-۶. ارزیابی ادله

در ارزیابی و بررسی ادله به‌نظر می‌رسد بنای عقلا اشکالات و عوارض کمتری داشته و می‌تواند فراگیرتر باشد. باقی ادله یا اساساً فاقد دلالت‌اند و بر مقصود و مطلوب دلالتی ندارند یا اینکه به‌گونه‌ای محدود، واجد دلالت هستند و تنها در برخی حالات (مانند آنکه عین در ید ضامن باشد یا تعذر به‌گونه‌ای باشد که عرفاً تلف به‌شمار آید) می‌توان به آنها استناد و استدلال نمود.

#### ۴. عوامل مؤثر بر ماهیت بدل حیلوله

به نظر می‌رسد بدل حیلوله چیزی همانند شیء غصب‌شده یا بهاء و ارزش آن باشد. با این توضیح که مالی است دارای اوصافی مشابه با عین مغضوب؛ منظور از بدل نیز همان مثل یا قیمت مال غصبی است. افزون بر این، بدل حیلوله را می‌توان خسارت عدم انجام تعهد به دست غاصب دانست. او موظف است عین کالای غصبی را بدهد، اما با عدم دسترسی به آن، بدل خسارتی است که پرداخت می‌کند تا تعهد به مالک اصلی را ایفا کرده باشد. علاوه بر آن، بدل جانشین عین مال می‌شود، نه فقط جایگزین منافع آن. طبق مباحث پیشین، برای اثبات بدل حیلوله هیچ دلیل کامل و بی‌چون و چرایی جز بنای عقلا بیان نشده است. در واقع، ادله‌ای که ذکر شده‌اند، نقش توجیه‌گر این حکم را دارند. عقلا نیز در همه موارد، حکم یکسانی ندارند. مثلاً میان تعذر کوتاه‌مدت و بلندمدت تفاوت می‌گذارند. چه بسا در برخی موارد، مالک را میان تادیبه منافع توسط ضامن یا اخذ بدل یا مصالحه مخیر بدانند؛ یعنی قصد و اراده او را دخیل می‌دانند.

بسیاری از مسائل مترتب بر بدل حیلوله به دلیل اثبات‌کننده‌شان در شریعت بستگی و وابستگی دارند، از جمله ماهیت بدل حیلوله و نیز مالکیت آن. گفتنی است هرگاه تعذر به گونه‌ای باشد که عرفاً تلف تلقی شود، قاعده اتلاف می‌تواند ثابت‌کننده بدل باشد. حتی چنین موردی تخصصاً از عنوان بدل حیلوله خارج دانسته شده است (نائینی، ۱۳۱۳ق: ج ۱، ص ۳۷۲). با وجود این، اگر تعذر در نظر عرف، تلف به‌شمار نیاید و در صورتی که ضامن بر آن ید داشته است، می‌توان به وجوب پرداخت بدل حیلوله رأی داد. این حکم بر پایه نظر برخی است که مفاد قاعده ضمان ید را ضامن بودن غاصب در فرض تعذر نیز دانسته‌اند. در مقابل، ممکن است ضامن بر عین ید نداشته باشد، مانند جایی که فردی در قفس پرنده‌ای را باز کرده و پرنده پرواز کرده است. در این صورت، عده‌ای با استناد به قواعدی مانند لاضرر، در اثبات وجوب پرداخت بدل کوشیده‌اند.

اما افزون بر ایراداتی که هریک از ادله دارد، آنچه که نادیده و مغفول مانده است، بی‌توجهی به قصد طرفین است. تعذر دارای مصادیق متنوعی است و هیچ‌یک از ادله و قواعد فقهی همه موارد آن را دربر نمی‌گیرد. گاه بر یک مصداق آن نیز چند قاعده

همپوشانی دارند؛ درحالی که احکام هریک با دیگری متفاوت است. بنابراین، عملاً نمی‌توان حکم یکسان داد و همه موارد را ذیل آن درآورد. به بیان دیگر، نمی‌توان به گونه‌ای مطلق و فارغ از هر قید و بی‌توجه به نوع تعذر به گفت‌وگو نشست که ماهیت بدل حیلوله چیست و ملکیت آن متعلق به چه کسی است. بلکه باید با دقت در مسئله و با تأمل در قصد طرفین، مسئله و موضوع را تبیین نمود. مثلاً ممکن است مالک در ازای اخذ بدل، عین متعذر را به غاصب تملیک کند. این قصد و عمل در موردی تحقق‌یافتنی است که صاحب مال از دست یافتن به عین ناامید شده باشد. همچنین ممکن است مالک بدل را تنها به منظور استیفای منافع در اختیار بگیرد؛ مانند وقتی که مدت تعذر عرفاً کوتاه‌مدت است و مالک، مال دیگری را به جای آن نمی‌پذیرد و در همین مدت نیز به استناد حق تضییع‌شده خود، یعنی عدم استیلائی کامل بر عین مغضوب، خواهان در اختیار داشتن بدل برای استفاده از منافع آن باشد. گزینه دیگر مالک این است که می‌تواند با غاصب مصالحه نماید که تا زمان پیدا شدن عین، بدل در زمره اموال خودش باشد و پس از پیدا شدن عین (در صورتی که بدل در اختیار او باشد) هریک از بدل و عین اصلی به مالکان اولیه خود برگردند.

اگر این سخن پذیرفته شود، مباحثی مانند جبران منافع عین اصلی یا جواز و لزوم عقود واقع‌شده بر بدل، تابع قصد طرفین خواهند بود. اصولاً مالک می‌تواند به جای اخذ بدل، تا زمان پیدا شدن عین صبر کند و منافع آن را از غاصب بگیرد یا راه‌های دیگری به اراده و قصد طرفین در پیش گرفته شود که برخی از این راه‌ها ذکر شد. اما اگر با تمسک به ادله ذکر شده، به قصد و گستره عملکردی مالک توجهی نشود، آنگاه این پرسش‌ها پاسخ خود را می‌طلبند: مالک بدل چه کسی است؟ اگر معامله‌ای بر آن واقع شود، چه حکم و احکامی خواهد داشت؟

## ۵. عویصه مالکیت

اگر بدل حیلوله به مثابه امری ثابت، نه تابع قصد طرفین، پذیرفته شود، آنگاه چند مسئله رخ می‌نماید. پاسخ به هر کدام از آنها به نوع نگاه به ادله بستگی دارد (خوئی، ۱۳۷۷: ج ۳،



ص ۲۱۴). پیداست که دو شیء در میان است: یکی عین اصلی که غصب شده و اکنون دست یافتن به آن متعذر شده است و دیگری بدل حیلوله. اکنون پرسش این است آیا مالک اصلی پس از گرفتن بدل، مالک آن نیز می‌شود؟ در این صورت، مالک عین اصلی (کالای غصبی) کیست؟

### ۵-۱. انگاره‌ها

برخی می‌گویند مالک بدل همان مالک نخستین است؛ به دلیل اینکه وی در ازای عین ازدست‌رفته، مالک بدل شده است. دیدگاهی نیز بر آن است که مالک عین اصلی (مالک نخستین)، هم مالک بدل است و هم مالک عین مغضوب. گویی این نظر مشهور فقیهان است که مالک عین متعذرالوصول پس از دریافت بدل حیلوله، مالک هردو می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۵۹؛ حکیم، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۲۶۴). چرایی مالکیت وی بر عین، مستند به استصحاب است. تعذر برگرداندن عین، موجب زوال مالکیت قطعی پیشین نمی‌شود؛ اما مالکیت بر بدل به استناد قاعده لاضرر و به قصد رفع ضرر از مالک است (بلاغی نجفی، ۱۴۲۸ق: ص ۶۲). با استصحاب، مالکیت او بر عین غصبی ثابت می‌شود و به مدد قاعده لاضرر، مالکیتش بر بدل.

### ۵-۲. تنگناها و راه‌حل‌ها

تأملی، نه حتی چندان دقیق، روشن می‌کند که انگاره فوق در تنگنای جمع عوضین (جمع بین عوض و معوض) گرفتار است. یعنی اگر مالک اصلی، هم مالک بدل و هم مالک عین متعذرالوصول باشد، آنگاه جمع بین عوضین رخ داده و او مالک عوض و معوض (هردو) شده است (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴ق: ج ۲، ص ۶۷۳). راه‌حل‌های گوناگونی برای حل این مشکل پیش‌روی ماست:

### ۵-۲-۱. راه‌حل نخست

یک راه برطرف کردن مشکل این است که گفته شود عین اصلی به ملکیت غاصب درآمده است. اما این نظر به‌گونه‌ای صورت مسئله را تغییر داده و گویی آن را پاک کرده است.



افزون بر آن، پیامد ناپذیرفتنی و مشکل جدیدی به وجود می‌آید: انتقال ملکیت راه‌های معروف و پذیرفته‌شده‌ای دارد و اصولاً غصب را نمی‌توان از اسباب ملکیت دانست. هیچ دانشور و حتی هیچ فقه‌آشنایی غصب را مالکیت‌ساز ندانسته است.

## ۵-۲-۲. راه‌حل دوم

برخی دیگر بر این باورند که مالک عین مغضوب فقط حق تصرف در بدل را دارد و برای او حق اباحه مطلق به وجود آمده است نه مالکیت. اگر این تلقی به قصد رفع مشکل جمع عوضین ارائه شود، باید اعتراف کرد که مؤثر است؛ زیرا مالک عین، دیگر مالک بدل نیست که جمع بین عوضین رخ داده باشد. اباحه مطلق حتی نسبت به تصرفات متوقف بر ملکیت از آغاز پرداخت بدل ممکن نیست؛ مگر اینکه مباح‌له (مالک اصلی) مالک مال شود. این بدل نوعی غرامت است که به مالک اصلی تملیک می‌شود و این تملیک با مالکیت غاصب نسبت به عین مغضوب ملازمه‌ای ندارد. اجتماع ارش و عین معیوب نیز مشابه این وضعیت است: هر دو به ملکیت مالک اصلی درمی‌آیند و در غیر این صورت، یعنی اگر مالک بر مال پرداخت شده مالکیت نیابد، کالایی که متعلق به او بوده و ضرری که به وی رسیده، جبران‌ناشده باقی می‌ماند. نتیجه آنکه، راه جبران ضرر، در مالکیت مالک بر بدل است.

اما اشکالاتی متوجه این تفسیر است. مثلاً اگر مالک عین را مالک بدل ندانیم، رغبت دیگران به خرید آن بدل از بین می‌رود. این پیامد به ضرر مالک است و با مفاد و مدلول قاعده لاضرر سازگار نیست (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۱۵۸؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۸۷؛ بلاغی، ۱۴۲۸ق: ص ۶۶). اشکالات دیگری نیز مانع اعتبار و اثبات این نگرش می‌شوند. یکی این است که رد بدل حیلوله گونه‌ای تعهد و تکلیف غاصب است درمقابل مالک کالای غصبی. درواقع، این حق مالک عین مغضوب است که بدل حیلوله را از غاصب بخواهد؛ درحالی که در نگرش اباحه، اختیار اجرا و تحقق بخشیدن به عمل اباحه در دست مالک (مُبیح) است و این با روح و ماهیت تعهد سازگار نیست. فرض این که فردی در صورت مطالبه صاحب حق، مجبور شود مال خودش را به وی اباحه نماید، منتفی است و با فلسفه اباحه همخوانی ندارد. در اباحه تصرف، لزوم و الزامی در کار نیست و در هر

زمانی که مبیح بخواهد، می‌تواند مانع تصرف شود. این در حالی است که در فرض ما، دادن بدل حیلوله با درخواست مالک الزامی شده و قطع رابطه مالک با آن، تنها در صورت استرداد کالای غصبی به مالک، شدنی است، نه هروقت که غاصب اراده نماید. ضعف دیگر این است که مبنای این سخن و نگرش، الزام به تدارک کامل سلطنت مالک انگاشته شده و راه رسیدن به آن نیز اباحه مطلق دانسته شده است. اما باید گفت تدارک و جبران کامل سلطنت مالک با دادن سلطنت و اعطای اختیارات به وی محقق می‌شود. بر این حالت نمی‌توان نام اباحه نهاد؛ بلکه فقط با تملیک، این مقصود عملی خواهد شد.

افزون بر آن، در جبران ضرر، قصد این است که وضعیت متضرر در حد توان به حالت پیش از ورود ضرر برگردد. از سویی، غاصب باعث شده که مالک استیلا و تسلط خود را بر عین مغضوب را از دست بدهد: به‌گونه‌ای که او را از تصرفات شرعی بر عین مغضوب محروم نموده و مالکیتش را بی‌ارزش و فاقد اثر کرده است. بنابراین، برای جبران این عمل باید بدل آن را به وی تملیک نماید تا وضعیت مالک به موقعیت پیش از غصب برگردد. فلسفه جبران ضرر اباحه را اقتضا نمی‌کند؛ بلکه امری فراتر از اباحه و معادل مالکیت (یا همان مالکیت) را می‌طلبد. مگر مالک، پیش از غصب اموالش، فقط اباحه انتفاع داشته که اکنون تنها منفعت بر وی مباح شود؟ عدالت و انصاف این حکم را بر نمی‌تابد. مالک عین غصبی، پیش از غصب می‌توانست مال خود را بفروشد، اجاره دهد یا رهن دین خود قرار دهد؛ اما چنین اختیاراتی از طریق اباحه ممکن نیست. علاوه بر این موارد، بدل باید جایگزین عین مال شود نه فقط منافع؛ درحالی که در نظریه اباحه انتفاع، بدل فقط جایگزین منافع می‌شود، نه عین مال. ناسازگاری این دیدگاه با روح قانون و فلسفه حکم، دردی بی‌درمان است.

ضعف دیگر این نگرش، همانند دانستن آن با داستان اجتماع ارش و عین معیوب است. در این قصه، مالک هم ارش می‌گیرد و هم عین معیوب را. از آن نتیجه می‌گیرند که جمع عوضین، در همه‌جا ممنوعیت ندارد و در برخی موارد شدنی است. اما در پاسخ باید گفت ارش، جبران‌کننده نقصان و کسری عین معیوب است و در کنار عین معیوب آنچه را که مقصود طرفین بوده است، تکمیل می‌کند. درحالی که طبق این نگرش، مالک

عین مغضوب، مالک بدل هم شده است. اگر عین مغضوب دوباره در دسترس قرار گیرد، باز مالک حق دارد آن را از غاصب بگیرد و این یعنی استفاده بدون جهت؛ زیرا هم بدل را در ملکیت خود دارد و هم عین مغضوب که در ملکیت وی بوده و هست. از همین رو، اگر عین مغضوب نیز آسیب ببیند، غاصب متعهد به جبران خسارت است، نه دادن بدل. به همین سبب، پذیرفتن این نظریه چاره اشکال جمع میان عوض و معوض نیست و آن را بر طرف نمی‌کند.

### ۵-۲-۳. راه حل سوم

گزینه دیگر معاوضه قهری و ناخواسته است: به محض تحویل بدل، میان بدل و عین مغضوب معاوضه قهری رخ می‌دهد؛ یعنی به گونه قهری و ناخواسته، بدل به ملکیت مالک اصلی و عین غصبی به ملکیت غاصب درمی‌آید. اشکال این تلقی در این است که چنین معاوضه‌ای، نه دلیل عرفی دارد و نه فهم عرف به آن مدد می‌رساند و نه مورد قصد بوده است (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۴۷؛ نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۳۷۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۸۹). معاوضه قهری که به قصد اثبات مالکیت ارائه می‌شود، فاقد دلیل قانع‌کننده‌ای برای تملیک عین غصبی به غاصب است.

اشکال دیگر این است که در معاوضه، باید کالاهای مورد نظر در مقابل هم ردوبدل شوند و «عملیات ردوبدل» صورت پذیرد. حال آنکه در این فرض، یقین به پیداشدن عین وجود ندارد یا معلوم نیست در دسترس قرار گیرد. این یعنی یکی از عوضین غایب است و مبادله نمی‌شود. در صورتی که معلوم شود که عین از بین رفته، بی‌شک، معاوضه باطل است. به عبارت دیگر، معاوضه مستلزم وجود دو عوض است و در اینجا تنها یک عوض وجود دارد. بطلان معاوضه یعنی اینکه بدل حیلوله باید به مالک سابق آن (غاصب) مسترد شود. التزام به این پیامدها ممکن نیست؛ چراکه برخلاف مصلحت و مغایر با فلسفه تضمین حق مالک است.

علاوه بر آن، پذیرش این دیدگاه، ترغیب و تشویق به عمل ناروای غصب را در پی خواهد داشت. ممکن است فردی تمایل داشته باشد مالی را از دیگری خریداری کند ولی او نمی‌خواهد بفروشد. در این حالت، فرد نخستین و راغب به معامله، به پشتوانه این

نگرش، می‌تواند مال مورد نظر را غصب کرده و آن را از دسترس خارج نموده تا بدل آن را به مالک بپردازد. او با این کار از طریق غصب، به هدف خود می‌رسد. بنابراین، پیامد این نظریه به‌جای تضمین حق مالک، تشویق تجاوز به حق وی خواهد بود.

#### ۵-۲-۴. راه حل چهارم

برای رفع مشکل جمع عوضین، می‌توان چاره «ملکیت متزلزل» را نیز پیشنهاد کرد: مالک نخستین، به‌گونه متزلزل و غیرمستقر (نه مالکیت قطعی و دایم)، مالک بدل می‌شود؛ در مقابل، ملکیت متزلزل غاصب نیز بر عین رسمیت می‌یابد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۱۲، ص ۲۰۱). درنگ و دقت، انگاره ملکیت متزلزل را متزلزل می‌بیند؛ یعنی نگرش ملکیت متزلزل خود متزلزل است. این نظریه نمی‌تواند مقصود شارع و فلسفه جبران ضرر را محقق نماید. جبران خسارت، به‌قصد و انگیزه اعاده وضع سابق و پیشین متضرر است. ضرر وارد شده، بی‌ارزش شدن مالکیت مالک بر اثر عمل غاصب است. راه جبران و اعاده به وضعیت پیشین، تملیک بدل به مالک عین است. به دیگر سخن، مالکیت متزلزل شَبَحی از مالکیت است. این شیخ و سایه قادر نیست اختیارات فراوانی را که حق هر مالکی است، به وی عطا کند. مشکل غرر، پیامد دیگر این دیدگاه است. تزلزل مالکیت، مدت زمان معینی لازم دارد که مالکیت، بعد از آن زمان، مستقر و قطعی شود، نه اینکه خود استقرار، احتمالی و مبهم باشد. اگر آن مدت زمان معین و مشخص وجود نداشته باشد، غرر پدید می‌آید که ناروایی آن از مسلمات فقهی است. افزون بر آن، اصل نخستین در عقود، استقرار است و تزلزل، نیازمند دلیل و اثبات است.

#### ۵-۲-۵. راه حل پنجم

گزینه و راه حل دیگر این است: جمع بین عوضین فقط در معاملات جایز نیست و در این موضوع، معامله‌ای رخ نداده است (بلاغی، ۱۴۲۸ق: ص ۶۵؛ نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۱۵۸). باور به اینکه مالک عین بر آن هیچ تسلطی ندارد و از دسترس او خارج است که مستلزم همزمانی تسلط و مالکیت عوض و معوض باشد، برای این است که مشکل جمع بین عوضین برطرف شود (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۶۴۷).

## ۵-۲-۶. تحلیل راه‌حل‌ها در پرتو ادله

هرچند راه‌حل‌های گوناگون و پرشماری ارائه شد، روشن است که همه آنها در یک رتبه و دارای ارزش یکسانی نیستند. پاره‌ای تقدم دلّالی دارند و برخی دارای پیامدهای ناپذیرفتنی‌اند. باوجود این، همه روی به سوی یک هدف و مقصد دارند: گریز از مخمصه و تنگنای جمع بین عوضین. گرچه نمی‌توان هیچ‌کدام از آنها را پذیرفت، من حیث المجموع قابل‌اتکا هستند. راه‌حل‌های پیش‌گفته درباره مشکل جمع بین عوضین، بالملازمه بر دیدگاه‌هایی درباره مالکیت و نوع آن دلالت دارد؛ اما حل عویصه مالکیت، تاحدودی به دلیل و مستند بدل حیلوله بستگی دارد. اگر قاعده اتلاف یا ضمان ید، دلیل وجوب پرداخت بدل باشد، بی‌شک، بدل به ملکیت مالک درمی‌آید؛ چراکه مقضای این دو قاعده همین است. براساس قاعده اتلاف، غاصب که مال را تلف کرده است، باید بدل آن را بدهد. مالک نیز در ازای عین تلف‌شده، مالک بدل می‌شود. برپایه قاعده علی‌الید، شخصی که بر مال فرد دیگری ید دارد، باید عین یا مثل یا قیمت آن را به مالک اصلی بدهد و او نیز مالک عوض می‌شود.

البته قرائت دیگری از قاعده علی‌الید و روایتی که مستند آن است، وجود دارد. این خوانش اباحه تصرفات را نتیجه می‌دهد، نه مالکیت را. آنگاه که برای اثبات بدل حیلوله دلّیلی، جز قاعده اتلاف و ضمان ید، به میدان آید، نتیجه می‌تواند اباحه مطلق باشد. البته، برخی از فقیهانی که دلالت قاعده ضمان ید را بر بدل حیلوله پذیرفته‌اند نیز باور به تحقق و پیدایش اباحه مطلق بدل برای مالک عین و یا آن را در صورت عدم انعقاد اجماع بر ملکیت بدل به صواب نزدیک‌تر دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۵۹).

صورت‌بندی این قرائت، بدین شرح، گزارش می‌شود: به‌موجب این قاعده، ضامن باید آنچه را از مالک تضییع کرده به او بازگرداند و در مورد تعذر وصول، آنچه که تضییع شده، سلطه و استیلا مالک بر عین است، نه مالکیت وی؛ یعنی سلطه و تسلط اوست که از بین رفته است، نه مالکیتش. برپایه قاعده علی‌الید، باید آنچه را ضایع کرده است (ما أخذت)، برگرداند (حتی تودیه). این موضوع با اباحه مطلق هم که همان سلطه و استیلا است، تأمین و عملی می‌شود.



اما اگر دلیل، قاعده لاضرر یا سلطنت یا اجماع دانسته شود، می‌توان در مالکیت مالک کالای غصبی بر بدل تردید کرد؛ زیرا براساس قاعده لاضرر، ضرر مالک از طریق اباحه مطلق هم برطرف می‌شود. قاعده سلطنت نیز بیش از این دلالت ندارد که مالک بر هر نوع تصرفی، حتی تصرفات متوقف بر ملکیت بدل، سلطنت داشته باشد. چنین چیزی با اباحه مطلق نیز میسور است و راه انحصاری آن، ایجاد و ایجاب مالکیت نیست. اجماع هم راه‌گشا نیست؛ چراکه اجماع، دلیل لئی است و تمسک به قدرمیتقن از آن، مبنای فقیهان و اصولیان است. قدرمیتقن اجماع نیز اباحه است، نه ملکیت. با ناکافی دانستن این ادله، اصل استصحاب، مالکیت غاصب را بر بدل اثبات می‌کند (خوئی، ۱۳۷۳: ج ۳، ص ۲۱۴؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۶، ص ۴۵۵)؛ چرا که قبلاً مالک بوده است و اکنون در زوال ملکیت یقینی پیشین، شک به وجود می‌آید. مفاد استصحاب، اثبات مالکیت پیشین است.

باورمندان به مالکیت مالک اصلی بر بدل، در مقام پاسخگویی می‌گویند: اباحه‌ای که همه تصرفات (حتی تصرفات متوقف بر ملکیت) را دربر گیرد، معنایی جز ملکیت ندارد و اصلاً چنین گستره وسیع و فراخی برای اباحه وجود ندارد. اصولاً چنین چیزی همان ملکیت است. آیا اباحه مطلق با این تفسیر و تعبیر، چیزی جز ملکیت است؟ اباحه مطلق، در واقع و به راستی، روی دیگر سکه ملکیت است (حجت، ۱۴۰۹ق: ص ۲۱۴؛ بروجردی، ۱۴۱۳ق: ص ۱۵۶). شاید از راه و سازوکار ملازمه، بتوان بر این سخن صحه گذاشت: یعنی گفته شود هرگاه تصرفات متوقف بر ملکیت برای کسی جایز باشد، بی‌شک پیش از آن، ملکیت اتفاق افتاده است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۲۷۳). تقریر و صورت‌بندی دیگر، از طریق برهان «ائی» است. در برهان «ائی»، با به وجود آمدن معلول، پی می‌بریم که حتماً پیش از آن، علت پیدا شده و تحقق یافته است: از طریق وجود معلول (روایی و جواز تصرفات) به وجود علت (مالکیت) راه می‌یابیم.

به نظر می‌رسد کشف ملکیت از مسیر دلالت التزامی و از راه برهان «ائی» ناتمام و ناکافی است، زیرا اباحه تصرفات (هرچند همه انواع تصرفات) کاشف از ملکیت نیست. نمی‌توان از اباحه همه تصرفات، ملکیت را نتیجه گرفت؛ زیرا هیچ‌گونه رابطه علی بین این دو نیست.

گزارش اختلاف نظر درباره گونه این ملکیت که آیا مطلق و مستقر است یا متزلزل، در بحث رفع مشکل جمع بین عوضین آمده است. افزون بر این، برخی از فقیهان که این ملکیت را متزلزل دانسته اند، بر این باورند که زمان ایجاد آن، هنگام تحویل بدل است و زمان ازاله آن، هنگام استرداد عین متعذر به مالک. باورمندان به مالکیت مطلق، زمان شروع مالکیت را همان زمان تعذر می دانند و به دلیل مطلق و قطعی بودن مالکیت، پایانی برای آن تصویر نمی کنند (بحر العلوم، ۱۴۰۳ق: ج ۲، ص ۳۷۱). برخی دیگر در این فرض نیز مالک را میان اخذ عین مال یا رضایت دادن به بدل مخیر دانسته اند (اراک، ۱۴۱۴ق: ص ۲۳۳).

برخی از فقیهانی که اباحه مطلق بدل را پذیرفته اند، اصرار دارند که مالک نخستین، حق دارد بدل را معامله کند. در این صورت، بدل یک «آن» و یک لحظه پیش از انتقال به خریدار جدید، به ملکیت او (مالک نخستین) درمی آید (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۱۵۸). هدف از این توجیه، سازگار کردن و مطابقت دادن این معامله با قاعده و ضابطه «لا بیع إلا فی ملک» است. در این صورت، اباحه نیز دارای همان مزیت های ملکیت خواهد بود. این خود می تواند نشانه و اماره ای بر مالکیت (البته لحظه ای و نیز مؤثر) باشد. شاید این گونه مالکیت، عبارت دیگری از ملکیت متزلزل باشد.

### ۳-۵. نگرش برگزیده

انگاره ای دیگر وجود دارد که نه تنها شایستگی بیان و تبیین دارد، بلکه تا سرحد دیدگاهی بی رقیب، طرح شدنی است. در این نگرش، مشکل جمع بین عوضین، راه حل و پاسخ مناسب خود را می یابد. این دیدگاه، مالک بدل را همان مالک نخستین می داند؛ اما مالکیت وی، متزلزل نیست، بلکه معلق و دارای شرطی به نام «شرط فاسخ» است. ویژگی شرط فاسخ این است که می تواند به مالکیت مالک نخستین خاتمه دهد. گویی مالکیت نسبت به بدل تا زمانی که عین مغضوب به مالک تسلیم نشود، باقی است و به محض تسلیم آن، مالکیت وی از بدل زایل شده و باید در اولین فرصت آن را بازگرداند. تصرفاتش در بدل بعد از زوال رابطه ملکیت نیز مشمول احکام تصرف در مال غیر است. ویژگی دیگر این نظریه توجه ویژه به عرف و بنای عقلاست. در این مسئله، عرف و عقلا سقوط حق

رجوع غاصب نسبت به بدل حیلوله را قلمرو تراضی طرفین نفوذ می‌داند و آن را مبنای تبنانی متعاقبین در انتقال عین مغضوب به غاصب قرار می‌دهد. وگرنه عرفاً توجیه ندارد که مالک مال خود را به کسی هبه یا صلح بلاعوض کند که به قهر و غلبه یا بدون جواز و غیرمشروع بر مالش مسلط شده است یا بدون اینکه مأذون از طرف او یا شارع باشد، بر حق وی تسلط یافته است.

برپایه این انگاره، چنین تعبیر و تفسیری وجود دارد: انتقال بلاعوض عین مغضوب، در قصد و نیت مالک، از بین بردن شرط فاسخی است که در مالکیت بدل وجود دارد. این همان شرط تبنانی است که به واسطه عرف در اراده طرفین و ضمن عقد راه یافته است. بدین شکل، قصد و اراده طرفین جایگاه خود را پیدا می‌کند؛ جایگاهی که، به باور ما، بسیاری از تفاسیر ناسازگار با اصل بدل حیلوله را برمی‌دارد و با روایت و خوانشی دیگر از دلالت ادله، به حل عویضه ملکیت دست می‌یازد. اراده مالک می‌تواند به گونه‌ای دیگر خود را نشان دهد: این خودنمایی به انضمام و پیوستگی عرف و بنای عقلا است. هبه مال مغضوب به غاصب، ظهور در سقوط حق رجوع غاصب نسبت به بدل دارد و این به عنوان اصل ظهور یا اماره ظاهر، چه عرفی و چه عقلایی، دلیلی بر سقوط حق رجوع غاصب به بدل است.

## ۶. آثار نگرش‌های گوناگون در دیگر احکام بدل حیلوله

### ۶-۱. پیدا شدن عین مغضوب

با پذیرش هریک از نگرش‌ها، حکم پیدا شدن عین اصلی و ملکیت آن نیز مشخص می‌شود. اگر گفته شود به محض پرداخت بدل، عین اصلی از راه معاوضه قهری به ملکیت ضامن درمی‌آید، پیدا شدن آن تأثیری نخواهد داشت. در این فرض، بدل همچنان در ملکیت مالک اصلی و عین مغضوبه نیز در ملکیت ضامن باقی خواهد ماند. اگر دیدگاه اباحه پذیرفته شود نیز حکم روشن است: در لحظه تحویل مال غصب‌شده به مالک، اباحه‌ای که برای او به سبب عدم استیلا به وجود آمده بود، از بین رفته و بدل در اختیار غاصب قرار می‌گیرد. شیخ طوسی دیدگاه مالکیت غاصب نسبت به عین غصبی بعد



از پرداخت قیمت (بدل) را چنین نقد می‌کند: مالک شدن غاصب نسبت به عین غصبی، مستلزم وقوع معاوضه‌ای مانند خرید و فروش است؛ حال آنکه چنین معاوضه‌ای صورت نگرفته است (۱۴۰۷ق: ج ۳، ص ۴۱۲). همچنان‌که بدل، بر مبنای نگرش ملکیت متزلزل در زمان تحویل عین، بار دیگر به ملکیت غاصب درمی‌آید.

بر مبنای نگرش مالکیت با شرط فاسخ نیز حکم روشن است و از بدهت لازم، برخوردار؛ چراکه مالکیت مغضوب‌منه بر بدل، مشروط به این است که بعداً مال غصبی پیدا نشود. یعنی اگر مال و کالای غصبی پیدا شده و مسترد شود، شرط فاسخ مالکیت تحقق می‌یابد و مالکیت مالک اصلی بر بدل پایان می‌پذیرد و آن مال به مالکش (غاصب) رد می‌شود. فرع دیگر تصرفات ناقل ملکیت است. این فرع اختلافی بوده و ناهم‌داستانی در آن ناشی از گونه خوانش و نوع نگاه به ادله است. لزوم عقود و قابلیت فسخ، دو سر طیف این اختلاف است. اگر معاملات واقع شده بر بدل، جایز بوده و قابل فسخ باشند، دیگران به خرید آن تمایلی نخواهند داشت. از این رو، این مسئله با اصل حکم بدل حیلوله که برای جبران ضرر مالک وضع شده است، منافات دارد. این استدلال یاریگر دیدگاه دوم هم هست (بلاغی، ۱۴۲۸ق: ص ۶۶). این حکم و رأی، به‌ویژه اگر مبنای مالکیت مالک نخستین بر بدل پذیرفته شود، موجه است؛ چراکه مالکیت جدید اثر قهقرایی ندارد و فقیهان در موارد مشابه، به لزوم معاملات واقع شده بر مال حکم داده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۵، ص ۳۵۴).

بنابر دیدگاه اباحه، معاملات باطل است و براساس نظر ملکیت متزلزل، قابلیت انفساخ، نتیجه‌ای روشن و بی‌نیاز از استدلال است.

## ۲-۶. منافع بدل و منافع مغضوب

از مباحث پیشین، حکم منافع بدل و منافع عین غصب‌شده معلوم می‌شود. بی‌شک، منافع بدل به مالک نخستین (مغضوب‌منه) تعلق دارد؛ چراکه در غیر این صورت، اعطای بدل فایده‌ای نخواهد داشت. در این جهت، تفاوتی ندارد که او را مالک بدل بدانیم یا دارای حق اباحه یا ملکیت متزلزل. در فرض مالکیت، بسیار روشن و طبیعی است؛ چراکه



مالک عین، مالک منافع هم هست. اگر او را مُجاز به انواع تصرفات بدانیم (اباحه) هم، بی‌گمان، مالک منافع است. اما منافع عین غصبی، براساس نگرش معاوضه قهری و دیدگاه ملکیت متزلزل، متعلق به غاصب خواهد بود. برپایه انگاره مالکیت قطعی بر بدل و با پذیرفتن جمع عوضین، باید بپذیریم که به استناد ضابطه «منافع تابع عین است»، غاصب مالک منافع عین است. با پذیرش رامحل‌های مشکل جمع عوضین، مالک عین، به‌طور طبیعی، مالک منافع نیز خواهد بود. در فرض اخیر، چنانچه بر اثر تعذر، منافع عملاً دست‌نیافتنی شده باشند (منافع غیرمستوفات)، نمی‌توان غاصب را نسبت به آنها نیز ضامن دانست؛ چراکه اعطای بدل برای جبران تعذر عین و نیز منافع ازدست‌رفته عین بوده است و پس از اعطای آن نمی‌توان غاصب را مجدداً نسبت به آن منافع ضامن دانست (بلاغی، ۱۴۲۸ق: ص ۶۸؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق: ص ۶۴۵؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۲۵۴؛ مکارم، ۱۴۲۵ق: ص ۲۰۱). هیچ‌گاه نمی‌توان غاصب را بیش از آنچه غصب کرده است، مؤاخذه و معاقبه کرد. «بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (بقره: ۱۹۴) و «فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلَهَا» (انعام: ۱۶۰) اجازه هرگونه رفتاری را نمی‌دهد. «أشد الأحوال و أشد الأقوال» (کرکی، ۱۴۱۱ق: ج ۶، ص ۲۷۱) نیز به معنای ظلم بر غاصب نیست. البته، حکم مشهور موجه‌تر می‌نماید. به‌ویژه اگر پذیرفته شود که پرداخت بدل به‌منظور جبران منافع عین اصلی است. اما اگر پرداخت بدل را به‌منظور جبران استیلائی مالک بر عین بدانیم، دیدگاه رقیب و مخالف، از وجاهتی شایان توجه برخوردار است (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج ۱، ص ۳۸۵). گفتنی است منافع متصل کالای غصبی به‌همراه عین اصلی به مالک بازمی‌گردد و از آن سو، منافع متصل بدل نیز به ضامن بر خواهد گشت (امام خمینی، ۱۴۱۵ق: ج ۲، ص ۱۸۳). اگر غاصب به‌نحوی از منافع آن استفاده کند، ضامن این منافع خواهد بود؛ چراکه از منافع مالی غیر، بدون اذن، بهره برده است (منافع مستوفات) (اصفهانی، ۱۴۲۲ق: ص ۶۴۵).

### نتیجه

بدل حیلولة در معنای عام خود دارای هیچ دلیل بی‌ایرادی نیست که همه مصادیق آن را دربر گیرد. بنای عقلا دلیلی است که اعتبار و ارزش کافی در همه موارد تعذر عین و دال بر اخذ بدل را دارد. متفرع بر این ادعا، برای یافتن احکام و فروعات بدل حیلولة نیز باید به

عرف رجوع کرد. هرچند بنای عقلا دلیلی است که در حوزه دلیل‌های مرسوم بررسی می‌شود، با قصد و اراده طرفین دو گونه ارتباط دارد: یکی در اهتمام ویژه آن به اصل نیت، خواست و قصد آنان است؛ دیگری در راه‌هایی است که نیت و قصد طرفین، بی هیچ مانع شرعی، می‌تواند پیش روی نهد. مصالحه، فروش، بیع، هبه عین غصبی و... گزینه‌هایی هستند که راه اثبات در آنها هموار است. به میدان آوردن انگاره‌های مختلف برای توجیه مالکیت ملک نخستین بر بدل و بر کالای غصبی و در پی آن، طرح انواع مالکیت‌ها (مالکیت قطعی و مالکیت متزلزل) و در تقابل با آن، پیش نهادن گزینه اباحه تصرف، همه ناشی از بی‌توجهی به قصد طرفین است. نگرش و انگاره مالکیت به شرط فاسخ نیز متأثر از دخالت دادن اراده و قصد طرفین در گونه مالکیت بدل حیلوله است. خود این انگاره هم، به گونه‌ای خاص و با تبیینی ویژه، وام‌دار دلیل عرف عقلا است. طرفه اینکه، برخی ادله فاقد اعتبار سندی‌اند و همچنین، از دلالت مناسب و متناسب بر مقصود برخوردار نیستند. پاره‌ای دیگرشان نیز دلالت ناقص و نارسا داشته و لازم می‌نمود که به پیوست و همراهی دلیل‌های دیگر دیده شوند تا مطلوب را در دسترس قرار دهند. به نظر می‌رسد زادگاه و منشأ اختلاف دیدگاه‌ها (از ادعای اجماع تا شک در اصل دلیل بدل حیلوله)، که کم هم نیستند، همین است که فارغ از قصد طرفین، نمی‌توان احکام بدل حیلوله را در قالب گزاره‌های ثابت بیان کرد که تمام مصادیق آن را دربر گیرد.

### پی‌نوشت:

۱. إذا تعذر علی الغاصب عادة تسليمه، كما إذا سرق أو دفن في مكان لا يقدر علی إخراجہ، أو أبق العبد أو شردت الدابة ونحو ذلك، فإنه يجب علیہ إعطاء مثله أو قيمته مادام كذلك، وبسمى ذلك البدل بدل الحيولة (امام خمینی، ۱۴۱۵ق: ج ۲، ص ۱۸۳).

## کتابنامه

۱. ابن‌ادریس، محمد بن منصور حلی (۱۴۱۱ق)، السرائر، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، چاپ دوم.
۲. ابن‌زهره، حمزه بن علی (۱۳۷۵)، غنیه النزوع، محقق: ابراهیم بهادری، قم، مؤسسة الإمام الصادق علیه السلام.
۳. احسائی، ابن ابی‌جمهور (۱۴۰۵ق)، عوالی اللثالی العزیزیه، قم، دار سید الشهداء علیه السلام للنشر، چاپ نخست.
۴. اراکی، محمد علی (۱۴۱۴ق)، الخیارات، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ نخست.
۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵ق)، البیع، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ نخست.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ق)، وسیله النجاة (مع حواشی الإمام)، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۷. امامی خوانساری، محمد (بی‌تا)، الحاشیه الثانیة علی المکاسب، قم، نشر مؤلف، چاپ نخست.
۸. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی شیخ انصاری، چاپ نخست.
۹. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶ق)، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ، چاپ نخست.
۱۰. بجنوردی، سید حسن موسوی (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، چاپ نخست.
۱۱. بحر العلوم، سید محمد تقی (۱۴۰۳ق)، بلغة الفقیه، تهران، منشورات مکتبه الصادق علیه السلام، چاپ چهارم.
۱۲. بلاغی نجفی، محمد جواد (۱۴۲۸ق)، الرسائل الفقهیه، قم، مرکز العلوم و الثقافة الإسلامیه، چاپ نخست.
۱۳. تبریزی، راضی بن محمد (۱۴۱۳ق)، تحلیل الکلام فی فقه الإسلام، تهران، امیر قلم، چاپ نخست.
۱۴. حجت کوه‌کمره‌ای، سید محمد (۱۴۰۹ق)، کتاب البیع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل‌البتی علیهم السلام، چاپ نخست.
۱۶. حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ق)، فقه العقود، قم، مجمع اندیشه اسلامی، چاپ دوم.
۱۷. حسینی روحانی، سید صادق (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتاب، چاپ نخست.



۱۸. حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، چاپ نخست.
۱۹. حلی، احمد جمال الدین (۱۴۰۷ق)، المہذب البارع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۲۰. خمینی (امام)، سیدروح اللہ موسوی (۱۴۱۵ق)، تحریر الوسیلة، قم، مؤسسہ دار العلم، چاپ نخست.
۲۱. خمینی (امام)، سیدروح اللہ موسوی (۱۴۲۱ق)، البیع، تہران، مؤسسہ تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمۃ اللہ علیہ، چاپ نخست.
۲۲. خمینی، سیدمصطفی موسوی (۱۴۱۸ق)، البیع، تہران، مؤسسہ تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمۃ اللہ علیہ، چاپ نخست.
۲۳. خوئی، سیدابوالقاسم موسوی (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهة، قم، نشر داوری، چاپ نخست.
۲۴. سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مہذب الأحکام، قم، مؤسسہ المنار.
۲۵. شہید ثانی (زین الدین عاملی) (۱۴۱۰ق)، الروضة البہیة، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ نخست.
۲۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفہام، قم، مؤسسہ المعارف، چاپ نخست.
۲۷. شیخ طوسی (محمدبن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقہ الإمامیة، تہران، المکتبۃ المرتضویة.
۲۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم، مؤسسہ النشر الإسلامی.
۲۹. طباطبائی بروجردی، سیدآقا حسین (۱۴۱۳ق)، تقریرات ثلاث، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۳۰. غروی اصفہانی (کمپانی)، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، حاشیة کتاب مکاسب، قم، أنوار الہدی، چاپ نخست.
۳۱. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ق)، القواعد الفقہیة، قم، چاپخانہ مہر، چاپ نخست.
۳۲. کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۱۱ق)، جامع المقاصد، قم، مؤسسہ آل البیت علیہم السلام، چاپ نخست.
۳۳. کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۱ق)، فروع کافی، بیروت، دار صعب و دار التعارف، چاپ سوم.
۳۴. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق)، أنوار الفقاهة، نجف، مؤسسہ کاشف الغطاء، چاپ نخست.
۳۵. محقق حلی (جعفر بن حسن) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۳۶. مراغہای، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقہیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، أنوار الفقاهة، قم، مدرسة الإمام علی علیہ السلام.

۳۸. موسوی قزوینی، سیدعلی (۱۴۲۴ق)، ینابیع الأحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۳۹. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۱۳ق)، هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، چاپ نخست.
۴۰. مومن قمی، محمد (۱۴۲۲ق)، مبانی تحریر الوسيلة (القضاء و الشهادات)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۴۱. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران، المكتبة المحمدیة، چاپ نخست.
۴۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق)، المکاسب و البیع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۴۳. نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.