

ارزیابی مالکیت بدل و مبدل منه در بدل حیلولة

حسین داورزنی*
احسان الهام‌پور**

چکیده

در باب ضمان، در صورت تلف عین مغمصوبه یا مسروقه در صورت مثلی بودن، غاصب یا سارق ضامن رد مثل و در صورت قیمی بودن ضامن، قیمت مال می‌باشد؛ اما در صورتی که عین مال موجود باشد؛ ولی به دلایلی تسلیم آن متعذر باشد - مثلاً از غاصب ربوده شده باشد یا اینکه در قعر دریا واقع شده باشد - فرد غاصب یا سارق در چنین شرایطی به دلیل حائل و مانع شدن میان مالک و مال او باید مالی را به مالک تحویل بدهد که از آن به بدل حیلولة تعبیر می‌شود. اکنون این پرسش مطرح است که آیا بدل به ملکیت مالک عین مضمونه درمی‌آید یا خیر؟

در پژوهش حاضر به دنبال ارائه تعریفی جامع از بدل حیلولة و بیان اقوال وارده درباره تملیک یا عدم تملیک آن و بیان اشکالات اقوال دیگر و انتخاب قول صحیح‌تر هستیم.

واژگان کلیدی: غاصب، ضامن، سارق، مالک، بدل.

تاریخ تأیید: ۹۴/۱۲/۴

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۱/۱

* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (davarzani@ut.ac.ir).

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه علوم و تحقیقات اصفهان.

مقدمه

در باب ضمان قهری مانند غصب و اتلاف مال، در صورتی که عین مال با همه خصوصیات شخصیه باقی باشد، بر فرد ضامن واجب است عین را به مالک تحویل دهد و در صورت تلف مال، به شرط مثلی بودن، متلف ضامن تأدیه مثل و در صورت قیمی بودن، ملزم به تأدیه قیمت به مالک می‌باشد؛ ولی در بعضی موارد عین مال موجود بوده؛ اما بنا به دلایلی امکان دسترسی به آن نیست و تأدیه آن به مالک فعلاً میسر نمی‌باشد؛ مانند صورتی که مال مغصوبه از ید غاصب سرقت شده یا مفقود گشته است که در چنین مواردی، غاصب ملزم به دادن بدل مال به مالک عین مضمونه می‌باشد و از این بدل، به بدل حیلوله تعبیر می‌شود؛ چون غاصب میان مالک و منافع مال او حائل و مانع شده، مالک را از انتفاع از مالش محروم کرده است.

بسیاری از فقها برای جبران قطع سلطه مالک بر مالش، به ثبوت بدل حیلوله حکم کرده‌اند و برخی به اجماعی بودن آن معتقدند و بیان می‌کنند اگر شخصی مرکب شخص دیگر را غصب کند و سپس آن مرکب از ید غاصب بگریزد، باید قیمت آن را به مالک بپردازد. مهم‌ترین دلیل فقها برای اثبات این مطلب، اجماع است؛ ولی برای اثبات ادعای خود به قاعده لاضرر، سلطنت و قاعده اتلاف استناد کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۷، ص ۱۳۱ / طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۶ / توحیدی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۵۴).

قانونگذار نیز به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۴۱۳ / انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۵۷ / خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۶۳۰)، در ماده ۳۱۱ قانون مدنی مقرر داشته است: «اگر به دلیل دیگری رد عین ممکن نباشد، باید بدل آن را بدهد». در متون فقهی به بعضی از عواملی که می‌تواند در بازگرداندن مال دیگری مؤثر باشد، اشاره شده است؛ مانند: «حیوانی را به سرقت برند و آن حیوان بگریزد»، «حیوانی را غصب کند و نفر سومی آن را به سرقت برد» و «شخصی مال دیگری را غصب کند و در ساخت یک بنا یا یک دستگاه به کار برد؛ به گونه‌ای که بازگرداندن آن مستلزم خراب کردن آن بنا یا از میان رفتن آن دستگاه شود و زیان زیاد یا خطر جانی به دنبال داشته باشد» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۹۵ / ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۸۲ / ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۸۶ / محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۲۴۱ / علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۳۰).

شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۰۹ / فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۸۲).
 فقهای اهل سنت نیز بحث بدل حیلوله را در ضمن مسائل غصب مطرح کرده‌اند و
 همچون فقهای امامیه آن را در قالب مثال‌هایی مورد بحث قرار داده‌اند (ر.ک: رافعی،
 [بی‌تا]، ج ۱۱، ص ۲۶۵ / ابن‌قدامه، [بی‌تا]، ج ۵، ص ۴۲۴ / سرخسی، ۱۴۰۶، ج ۱۱،
 ص ۹۴-۹۵ / نووی، [بی‌تا]، ج ۴، ص ۱۱۶ / کاشانی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۱۵۲ / شربینی، ۱۳۷۷،
 ج ۲، ص ۲۸۳).

پرسشی که در اینجا مطرح است اینکه آیا بدلی که به مالک عین مضمونه داده
 می‌شود، به ملکیت مالک درمی‌آید یا آن‌گونه که بعضی فقها قائل شده‌اند، مالک
 فقط حق انتفاع از بدل را دارد؟ در صورت قائل شدن به تملیک، این ایراد که لازمه
 قول به تملیک، مالک‌شدن بدل و عین مضمونه در آن واحد می‌باشد، چگونه توجیه
 می‌شود؟ چگونه بدون واقع‌شدن معاوضه میان طرفین، بدل به تملک مالک عین
 مضمونه درمی‌آید؟

در این پژوهش کوشیده شده است دیدگاه‌ها و نظرات وارد بر این مسئله بررسی و
 تبیین گردد و ثمره نزاع بیان شود. اهمیت بحث این‌گونه نمایان می‌گردد که نظریه
 تملیک بدل حیلوله یا حق انتفاع از بدل، هر یک آثار متفاوتی را به بار می‌آورند؛ در
 نتیجه قائل شدن به هر یک از نظرات در محدوده تصرف مالک عین مضمونه، در بدل
 حیلوله تأثیر زیادی می‌گذارد؛ زیرا گستره تصرفات مالک بسیار بیشتر از هنگامی است
 که شخص فقط حق انتفاع دارد.

۱. بحث لغوی و اصطلاحی

«بدل» در لغت به معنای عوض، جانشین و هر چیزی است که به جای دیگری واقع
 شود و «ابدال» قراردادن چیزی در مکان چیز دیگری است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۳،
 ص ۴۴۶۴ / طریحی، ۱۳۲۱، ص ۱۶۵ / انصاری و طاهری، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۵۳۶). «حیلوله»
 نیز در لغت به معنای «حائل‌شدن میان دو چیز، میان دو چیز درآمدن و حائل‌شدن» است
 (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۱۸۷ / جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۸۲۴).

منظور از «بدل حیلوله» در اصطلاح فقهی، عوض مالی است که به دنبال حصول

یکی از اسباب ضمان همچون غصب و عدم امکان بازگرداندن آن مال، به عهده ضامن آمده است و ضامن باید به مالک مال پرداخت کند (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۷۲-۳۷۶ / خویی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۲۰۳-۲۱۰): «إذا تعذر علی الغاصب عادة تسلیمه (المغصوب)، كما إذا سرق أو دفن فی مكان لا یقدر علی إخراجہ أو أبق العبد أو شردت الدابة و نحو ذلك فإنه یجب علیه إعطاء مثله أو قیمته مادام كذلك و یسمى ذلك البدل، بدل الحیلولة» (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱، ص ۳۳۰).

در متون حقوقی نیز تعریف‌هایی کم و بیش مشابه با آنچه در منابع فقهی آمده، بیان شده است:

هرگاه مال، نزد غاصب تلف نشده باشد ... چنانچه مال در رودخانه‌ای افتاده باشد و یا دزد آن را برآید و نتوان به آن دسترسی پیدا کرد؛ در اینجا به مالی که غاصب باید در عوض به مالک بپردازد، بدل حیلولة می‌گویند؛ زیرا غاصب در اثر عمل خود، بین مال و مالک حائل و مانع شده است؛ به گونه‌ای که مالک نمی‌تواند از مال خود استفاده کند (امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص ۳۶۶-۳۶۷).

از این رو، برای تحقق بدل حیلولة، وجود چند عنصر ضروری است: «مالی که در دسترس نیست، عین خارجی باشد»، «شخصی غیر از مالک در آن مال تصرف کند»، «تصرف غیرقانونی باشد»، «مال تلف نشده باشد»، «رد مال به مالک ممکن نباشد»، «الزام قانونی به دادن بدل وجود داشته باشد» و «دریافت بدل به وسیله مالک مال باشد» (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۱۳۷ / همو، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۹).

۲. ماهیت حقوقی بدل حیلولة

همان‌گونه که پیش‌تر مطرح شد، حکم بدل حیلولة در حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده، در ماده ۳۱۱ ق.م. بیان شده است. از نظر حقوقی، حکم به تأدیه بدل در صورتی است که عین مال از میان نرفته باشد؛ ولی در دسترس نبوده، امکان رد آن در شرایط فعلی به مالک میسر نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۵۰).

طبق ماده ۳۱۱ ق.م. نیز غاصب موظف است در صورت بقای عین مال، آن را به مالک مسترد نماید؛ ولی چنانچه مالک بخواهد از حق خود مبنی بر لزوم رد عین در

صورت بقای آن سوء استفاده کند و سبب اضرار به غاصب یا دیگر افراد شود، می‌توان از اجرای حق او جلوگیری کرد و در صورت مثلی بودن مال، مثل و در صورت قیمی بودن، قیمت مال به وی تأدیه شود؛ مانند صورتی که مال مغضوبه تیرآهنی است که در آپارتمان چندطبقه به کار رفته باشد و مالک بر دریافت عین مال خود اصرار دارد که مستلزم ضرر گزافی بر فرد غاصب است، در حالی که تیرآهن هیچ خصوصیت ویژه‌ای ندارد.

بر این اساس، بدل حیلوله نوعی خسارت عدم انجام تعهد است؛ زیرا پیش از تلف عین، غاصب موظف به رد عین است؛ هرچند به آن دسترسی نداشته باشد؛ بنابراین در صورتی که عین مال تلف نشده باشد؛ ولی امکان رد آن به وسیله غاصب وجود نداشته باشد، باید بدل آن را به عنوان خسارت بدهد که در ماده ۳۱۱ نیز بدل برای جبران خسارت تأدیه می‌شود (همان، ص ۵۴ / ره‌پیک، ۱۳۸۸، ص ۱۲۲).

باید توجه داشت حکم به تأدیه بدل، در صورتی است که دسترسی به عین وجود نداشته باشد و تفاوتی ندارد که این عدم دسترسی موقت یا دائمی باشد؛ مانند هنگامی که مالی در اقیانوس افتاده و بیرون‌آوردن آن غیرممکن است یا مال در شهر دیگری است و تا مدتی دیگر تحویل مالک می‌شود (زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۲).

۳. ادله ضمان بدل حیلوله

در منابع فقهی جهت اثبات ضمان بدل حیلوله به دلایل استناد گردیده است:

۳-۱. قاعده ضمان ید

با توجه به مفاد این قاعده، در صورت وجود عین، آنچه بر ضامن واجب است، رد عین مال است و در صورت تلف عین، ضامن در صورت مثلی بودن، به تأدیه مثل و در صورت قیمی بودن، به پرداخت قیمت مال ملزم و ضامن می‌باشد؛ ولی چنانچه عین موجود باشد؛ اما در شرایط فعلی امکان دسترسی به آن نباشد، از آنجا که مالک به دریافت مال خود سزاوار است و از سوی دیگر، امکان رد آن به وسیله ضامن وجود ندارد، ضامن به تأدیه بدل مال مالک به وی ملزم است که از این بدل به بدل حیلوله

تعبیر می‌شود؛ زیرا ضامن، میان مالک و مالش حائل شده است و او را از تصرف و انتفاع از مالش محروم کرده است.

۳-۲. قاعده لاضرر

طبق مفاد قاعده، ضرر به افراد نفی شده است و در صورت ایراد ضرر به وسیله ضار، جبران آن واجب می‌باشد؛ ولی چون جبران ضرر وارده به مالک (متضرر) جز از راه رد بدل میسر نیست، می‌توان برای وجوب تأدیه بدل حیلولة به این قاعده استناد کرد.

۳-۳. قاعده سلطنت

طبق مفاد قاعده سلطنت، هر فردی حق تصرفات مالکانه و انتفاع از عین مالش را دارد؛ بنابراین اگر فردی بدون اذن در مال وی تصرف کرده باشد، به رفع ید از مال و تسلیم آن به مالک ملزم است؛ ولی از آنجا که در شرایط فعلی، رد عین برای ضامن متعسر و متعذر است، مالک می‌تواند از ضامن، مطالبه خسارت کند؛ زیرا ضامن میان مالک و عین مال او حائل و مانع شده است؛ بنابراین مالک، حق مطالبه بدل را دارد (محقق داماد، ۱۳۶۳، ص ۱۶۰/ انصاری، ۱۳۷۵، ص ۱۱۲).

۴. اقوال موجود درباره بدل حیلولة

درباره اینکه آیا بدل به ملکیت مالک درمی‌آید یا خیر؟ سه قول وجود دارد:

۴-۱. مالکیت قطعی

نظر این دیدگاه بر این است که مالک مال خارج از دسترس، با گرفتن بدل، مالک آن می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۹۵/ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۱۹۳/ قمی، ۱۴۱۳، ص ۲۱۸/ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۱۲/ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۳۰/ کاتوزیان، ۱۳۶۲، ص ۴۱۰). طرفداران این دیدگاه برای اثبات آن به این مطالب استناد کرده‌اند: «ضرر وارد بر مالک فقط زمانی جبران می‌شود که بدل به ملک وی درآید» (جزائری، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۵۶۶/ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۵۹/ خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱،

ص ۴۴۰)، «دلایلی که اثبات‌کننده مسئولیت (ضمان) نسبت به مال خارج از دسترس است، مقتضی ملکیت مالک نسبت به بدل آن است» (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۴۴۰/ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۱۳۱)، «وجوب پرداخت بدل به مالک از سوی غاصب، ظهور در تملیک دارد؛ زیرا اصل در مواردی که امر به دفع و قبض شیئی شده، تملیک و تملک است» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۴۵) و «اگر دادن بدل به منظور به ملکیت درآوردن آن نباشد، نه تنها ضرر مالک از میان نمی‌رود، بلکه نگهداری از بدل، خود سبب ضرر مالک خواهد شد» (همان/ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۱۳۱).

برخی فقهای شافعی نیز بر این باورند که مالک عین مضمونه، مالک قیمت مأخوذه (بدل) می‌شود، وگرنه بدل، جانشین مال مغضوب به حساب نمی‌آید و مالک نمی‌تواند از آن بهره‌برداری کند (شربینی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۲۸۳/ نووی، [بی‌تا]، ج ۴، ص ۱۱۶).

۴-۲. تملیک متزلزل

طبق این دیدگاه، بدل به ملکیت مالک عین مضمونه و عین که در شرایط فعلی تسلیم آن برای ضامن متعسر و متعذر است و ضامن قدرت تسلیم آن را ندارد، به ملکیت ضامن درمی‌آید؛ ولی ملکیت هر دو متزلزل است و در صورت دسترسی ضامن به عین، بر او واجب می‌شود آن را به مالک مسترد کند و در این صورت نیز بدل به ضامن عین مضمونه (مالک قبلی آن) مسترد می‌شود (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۱۰، ص ۵۳۸/ کرکی، ۱۴۰۸، ج ۶، ص ۲۶۱).

۴-۳. اباحه انتفاع

طبق این دیدگاه، بدل به ملکیت مالک عین مضمونه منتقل نمی‌شود؛ ولی مالک حق هرگونه تصرف را در بدل دارد؛ حتی تصرفات متلفه و ناقله. از نظر این دسته از فقها که به عدم تملک بدل برای مالک و اباحه انتفاع قائل‌اند، از آنجا که ضامن میان مالک و منافع مالش حائل و مانع شده است و او را از انتفاع از منافع مالش محروم کرده است، مالک عین مضمونه فقط حق انتفاع از مال ضامن را دارد و مال همچنان در ملکیت مالکش (ضامن) باقی می‌ماند؛ ولی اگر مالک عین مضمونه تصرفات ناقله یا متلفه در

بدل انجام دهد، بدل به ملکیت او منتقل شده، عین مضمونه در صورت وصول و دستیابی به آن، به وسیله ضامن به ملکیت او منتقل می‌شود و علت مسترد شدن بدل به ضامن در صورت وصول عین و دستیابی به آن و استرداد آن به مالک عین، منتفی شدن سبب - یعنی حیلولة - است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۲۰۱/ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۵۹/ میرزای قمی، ۱۳۰۳، ص ۳۶۵/ نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۷، ص ۱۳۱).

۵. قول صحیح‌تر

درباره اینکه بدل به ملکیت مالک درمی‌آید یا فقط اباحه انتفاع دارد، آنچه نزدیک‌تر به واقع به نظر می‌رسد اینکه با توجه به حائل شدن ضامن میان مالک و مالش و محروم کردن مالک از انتفاع از منافع مالش و اینکه اگر مال در ید مالک بود، می‌توانست هرگونه تصرف مالکانه‌ای در آن داشته باشد - از جمله فروش آن در صورت افزایش قیمت - باید بپذیریم این قول که بگوییم بدل به ملکیت مالک در نمی‌آید و فقط اباحه تصرف دارد، قول درستی نیست؛ زیرا ضامن، مالک را از تصرف در مال خود محروم کرده است؛ بنابراین باید حق مالکیت بر بدل را به مالک داد. از سوی دیگر، هدف از تأدیه بدل به مالک، جبران خسارت وارده به اوست؛ زیرا مالک حق تصرفات ناقله از جمله فروش، هبه و... در مورد عین مال خود دارد و این امر امکان‌پذیر نیست، مگر با قائل شدن به ملکیت بدل. علاوه بر این، بدل باید جانشین و جایگزین عین مال شود و این امر فقط در صورتی ممکن است که به تملیک بدل قائل باشیم؛ ولی در صورت قائل شدن به اباحه انتفاع، بدل، جانشین منافع شده است. از سوی دیگر، مستفاد از مواد ۳۶۷، ۳۶۸ و ۳۶۹ق.م. که در صورت وصول عین مضمونه و استرداد آن به مالک، بدل به مالک آن مسترد می‌شود، سبب تقویت نظریه ملکیت است که از فحوای این مواد استنباط می‌شود که بدل به ملکیت مالک عین مضمونه درمی‌آید و در صورت استرداد عین مال به وسیله ضامن به مالک، بدل به مالک قبلی خود مسترد می‌شود؛ اما اینکه بگوییم مالکیت مالک عین مضمونه بر بدل دائمی نیست، بلکه با رد عین خاتمه می‌یابد، صحیح نیست؛ زیرا در صورت تحقق ملکیت، اصل بر استقرار آن است؛ بنابراین تملیک بدل به مالک عین، قطعی و مسلم بوده، در واقع بدل نوعی خسارت عدم اجرای تعهد

است که ضامن باید آن را ادا کند و تعذر از رد عین، سبب سقوط حق مالک نسبت به عین مال خود نیست.

۶. بدل حیلوله و مالکیت مبدل منه

آیا با پذیرش مالکیت مالک (مضمون‌له) نسبت به بدل حیلوله، مال خارج از دسترس، همچنان در ملک وی باقی می‌ماند یا به ملکیت ضامن درمی‌آید؟ در این مسئله سه دیدگاه مطرح است که در ذیل بدان می‌پردازیم.

۱-۶. عدم انتقال به ضامن

گروهی از فقها با تأکید بر مالکیت مالک نسبت به ملک خود، بر این باورند که مالکیت عین مضمونه به ضامن منتقل نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۳۰ / بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۱۹۳ / امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص ۳۶۷)؛ زیرا انتقال مال به دیگری نیازمند عامل انتقال (مُملک) است که دریافت بدل از جمله آنها به حساب نمی‌آید (طوسی، ۱۴۱۷، ص ۴۱۲ / خمینی، ۱۳۷۹، ص ۴۴۶). گرفتن بدل از سوی مالک، غرامت است، نه عوض تا سبب مالکیت ضامن شود (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۴۱۳ / جزائری، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۵۶۹ / خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۴۴۶ / نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۵۹ / انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۵۹). افزون بر این، با یقین سابق بر مالکیت مالک بر مال غیرقابل دسترس خود و شک در خروج مال از ملکیت او، به حکم استصحاب، عین مضمونه همچنان در ملک او باقی می‌باشد (جزائری، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۵۷۴ / نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۱۳۱). مالکیت مالک نسبت به عین مضمونه و بدل آن نیز، سبب اجتماع عوض و معوض نزد مالک نمی‌شود؛ زیرا مالکیت نسبت به بدل، فقط برای جبران سلطنت از دست‌رفته مالک نسبت به مال خود است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۱۳۱ / انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۵۹).

۲-۶. انتقال به ضامن

دیدگاه دیگری بر این باور است که با پذیرش اینکه بدل به ملکیت مالک درمی‌آید، مال

خارج از دسترس نیز به واسطه معاوضه قهری شرعی، به ملکیت ضامن درمی آید؛ زیرا از یک سو، بدل بودن یک شیء نسبت به شیء دیگر، جز از جهت اضافه ملکیت قابل تصور نیست؛ از سوی دیگر، اگر عین مضمونه به ملکیت ضامن درنیاید، اجتماع عوض و معوض در ملک مالک عین لازم می آید و دلیلی نیز بر صحت مالکیت همزمان مالک نسبت به بدل (عوض) و مال خارج از قابل دسترس (معوض) وجود ندارد (خویی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۲۱۶-۲۱۷ / کرکی، ۱۴۰۸، ج ۶، ص ۲۶۱ / شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۲۰۱).

فقهای حنفی نیز با پذیرش ملکیت مالک بر بدل، برای جلوگیری از اجتماع بدل و مبدل در ملکیت مالک عین مضمونه، به زوال مالکیت مالک از عین مضمونه و داخل شدن آن در مالکیت ضامن قائل شده‌اند (کاشانی، ۱۴۰۹، ص ۱۵۲).

۳-۶. تفصیل

دیدگاهی نیز بر این باور است که اگر پرداخت بدل به عنوان ثمن و نتیجه معاوضه قهریه شرعیه باشد، مال خارج از دسترس (مبدل منه) به ملکیت ضامن درمی آید؛ ولی اگر دلیلی بر ثمن بودن بدل وجود نداشته باشد، معاوضه قهری تحقق نخواهد یافت و مال خارج از دسترس، به ملکیت ضامن در نمی آید؛ زیرا تلف - چه حقیقی باشد و چه عرفی - مقتضی ملکیت ضامن نیست، بدل غرامت از عین نبوده و فقط غرامت از مالیت یا سلطنت از دست رفته مالک نسبت به عین است. بر فرض که عین از قابلیت تملک خارج شود، حق اختصاص مالک نسبت به آن از میان نرفته است و همچنان باقی می باشد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۵۹).

نقد و بررسی: شکی نیست که بیرون رفتن مال از ملکیت مالک، نیازمند سبب است؛ همان گونه که داخل شدن مال در ملکیت آن فرد نیز بدون سبب ممکن نیست. خارج از دسترس شدن یک شیء، عامل خروج آن از ملکیت مالکش نیست؛ همچنان که گرفتن بدل نیز سببی برای چنین کاری نیست. افزون بر اینکه اصل عملی استصحاب نیز دلالت بر باقی ماندن مال خارج از دسترس در ملک مالک خود دارد. همچنین غرامت بودن بدل سبب می شود مالکیت مالک نسبت به بدل و مبدل منه مستلزم جمع میان عوض و معوض نباشد؛ زیرا هیچ معاوضه‌ای میان آن دو تحقق نیافته است.

نتیجه

بدل حیلوله در اصطلاح، عوضی است که فردی که میان مالک و مالش حائل شده است، برای جبران خسارت به مالک می‌دهد. همه فقهای امامیه اتفاق نظر دارند که خسارت وارده به مالک، جبران شود و فرد حائل شده باید بدل عین مضمونه را به مالک بدهد و در صورت دستیابی به عین مال و رد آن به مالک، وی به استرداد بدل به مالک آن (ضامن) موظف است؛ ولی درباره اینکه آیا بدل به ملکیت مالک عین مضمونه درمی‌آید یا فقط اباحه انتفاع دارد، سه نظر مطرح شده است که برخی فقهای عظام همچون مرحوم صاحب جواهر، حضرت امام خمینی و... به اباحه انتفاع قائل‌اند که طبق این نظریه، بدل به ملکیت مالک عین مضمونه در نمی‌آید؛ ولی حق هرگونه تصرف - حتی تصرفات ناقله - دارد و در صورت نقل و انتقال بدل به وسیله مالک و دستیابی به عین مضمونه به وسیله ضامن، عین به ملکیت ضامن درمی‌آید (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۷، ص ۱۳۱ / خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۶۳۳).

گروه دیگری از فقها با بیان برخی ادله، به تملیک بدل برای مالک قائل شده‌اند (کرکی، ۱۴۰۸، ج ۶، ص ۲۶۱ / شهید ثانی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۱۰ / سبزواری، [بی‌تا]، ص ۲۵۸)؛ زیرا مالک حق فروش، به رهن‌گذاردن و اجاره مال خود را دارد و بدل نیز جانشین عین شده است؛ بنابراین مالک حق هرگونه تصرفی را در بدل دارد؛ همان‌گونه که این حق را درباره عین مال خود داشت؛ ولی با قول به اباحه تصرف بدل، جانشین منافع شده است. به عبارت دیگر، ضامن باعث محرومیت مالک از استیلا بر مالش شده است و به همین دلیل، باید بدل به ملکیت مالک عین درآید. از سوی دیگر، هدف از تأدیه بدل، جبران خسارت وارده به مالک است؛ زیرا مالک حق فروش و اجاره را دارد و این تصرفات فقط با قائل شدن به مالکیت امکان‌پذیر است، نه اباحه انتفاع. نتیجه نهایی اینکه چون بدل جانشین عین شده است، در واقع علت تأدیه بدل به مالک به وسیله فرد ضامن، جبران خسارت وارده به مالک است و فرد ضامن، مالک را از استیلا در عین مالش با همه منافع آن محروم کرده است و برای جبران خسارت وارده به مالک، به تأدیه بدل ملزم می‌شود؛ بنابراین این بدل، خسارت عدم اجرای تعهد به وسیله ضامن است که به ملکیت مالک عین مضمونه درمی‌آید و از سوی دیگر چون معاوضه

و سبب ناقله‌ای واقع نشده که عین به تملیک ضامن درآید و همچنین با استصحاب ملکیت سابق در صورت شک در ازاله ملکیت، ملکیت عین مضمونه برای مالک آن استصحاب می‌شود؛ زیرا در صورت تحقق ملکیت، اصل بر استقرار آن است و بدل نوعی خسارت می‌باشد که ضامن به مالک می‌دهد و تعذر ضامن از تأدیه عین مال و پرداخت بدل به مالک، سبب ساقط شدن حق مالک نسبت به عین مال خود نیست.

منابع

۱. ابن قدامه، عبدالله؛ (بی تا)، المغنی؛ بیروت: دارالکتاب العربی.
۲. امامی، حسن؛ (۱۳۳۵)، حقوق مدنی؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳. انصاری، مرتضی؛ (۱۳۷۵)، کتاب المکاسب؛ تبریز: مطبعة الإطلاعات.
۴. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری؛ (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی؛ تهران: انتشارات محراب فکر.
۵. بصری بحرانی، زین‌الدین محمدامین؛ (۱۴۱۳ق)، کلمة‌التقوی؛ ج ۳، قم: سیدجواد وداعی.
۶. تبریزی، جواد؛ (۱۳۶۹)، إرشاد الطالب؛ قم: [بی نا].
۷. توحیدی، محمدعلی؛ (۱۴۱۲ق)، مصباح الفقاهة؛ بیروت: [بی نا].
۸. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین؛ (۱۴۱۳)، مسالک‌الافهام؛ قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۹. جزائری، سیدمحمدجعفر؛ (۱۴۱۲ق)، هدی الطالب فی شرح المکاسب؛ قم: مؤسسه دارالکتاب.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ (۱۳۸۷)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق؛ تهران: گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ (۱۳۸۸)، الفارق (دائرة‌المعارف عمومی حقوق)؛ تهران: گنج دانش.
۱۲. حسینی ابن‌زهره حلبی، حمزه‌بن‌علی؛ (۱۴۱۷ق)، غنیة‌النزوع؛ قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۳. حلی (علامه)، حسن‌بن‌یوسف؛ (۱۴۱۳ق)، قواعد‌الأحكام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۱۴. حلی (محقق)، نجم‌الدین جعفر بن حسن؛ (۱۴۰۹ق)، شرائع الإسلام؛ ج ۲، تهران: انتشارات استقلال.
۱۵. حلی، ابن‌ادریس محمد بن منصور؛ (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، قم: جامعه مدرسین.
۱۶. خمینی، سیدروح‌الله؛ (۱۳۷۹)، کتاب‌البیع؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام.
۱۷. خویی، سید ابوالقاسم؛ (۱۳۷۱)، مصباح‌الفقاهة؛ ج ۳، [بی‌جا]: انتشارات وجدانی.
۱۸. دهخدا، علی‌اکبر؛ (۱۳۳۴)، لغت‌نامه؛ تهران: دانشگاه تهران.
۱۹. رافعی، عبدالکریم بن محمد؛ (بی‌تا)، فتح‌العزیز فی شرح الوجیز؛ بیروت: دارالفکر.
۲۰. ره‌پیک، حسن؛ (۱۳۸۸)، حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها؛ تهران: انتشارات خرسندی.
۲۱. سبزواری، محمدباقر؛ (بی‌تا)، کفایة الأحکام؛ اصفهان: چاپ افست.
۲۲. سرخسی، شمس‌الدین؛ (۱۴۰۶ق)، المبسوط؛ ج ۱۱، بیروت: دارالمعرفة.
۲۳. شریینی، محمد؛ (۱۳۷۷)، مغنی‌المحتاج؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۴. طباطبایی یزدی، محمد کاظم؛ (۱۳۷۸)، حاشیة‌المکاسب؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۵. طریحی، فخرالدین؛ (۱۳۲۱)، مجمع‌البحرین؛ تبریز: مطبعة حاج احمد آقا.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن؛ (۱۳۸۸)، المبسوط فی‌الفقه‌الإمامیة؛ تهران: چاپ محمدباقر بهبودی.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن؛ (۱۴۱۷ق)، الخلاف؛ قم: مؤسسه النشر الإسلامية.
۲۸. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی؛ (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعية؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۹. عمید زنجانی، عباس‌علی؛ (۱۳۸۲)، موجبات ضمان؛ تهران: انتشارات میزان.
۳۰. فاضل‌آبی، حسن بن ابی‌طالب؛ (۱۴۱۷ق)، کشف‌الرموز فی شرح مختصر النافع؛ ج ۳، قم: جامعة‌المدرسین.
۳۱. کاتوزیان، ناصر؛ (۱۳۸۶)، الزام‌های خارج از قرارداد؛ تهران: دانشگاه تهران.
۳۲. کاشانی، ابوبکر بن مسعود؛ (۱۴۰۹ق)، بدائع‌الصنائع؛ پاکستان: مکتبة‌الحبیبه.
۳۳. کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر؛ (۱۴۲۲ق)، أنوار‌الفقاهة (کتاب‌الغصب)؛ نجف:

مؤسسه كاشف الغطاء.

۳۴. كركى، على بن حسين؛ (۱۴۰۸ق)، جامع المقاصد فى شرح القواعد؛ قم: مؤسسه آل البيت ع.

۳۵. كركى، على بن حسين؛ (۱۴۰۸ق)، جامع المقاصد فى شرح القواعد؛ قم: مؤسسه آل البيت ع.

۳۶. محقق داماد، مصطفى؛ (۱۳۶۳)، قواعد فقه مدنى؛ تهران: نشر علوم اسلامى.

۳۷. مقدس اردبيلى، احمد؛ (۱۴۱۲ق)، مجمع الفائدة والبرهان؛ قم: چاپ مجتبى عراقى و حسين يزدى.

۳۸. مكارم شيرازى، ناصر؛ (۱۴۲۵ق)، أنوار الفقهية (كتاب البيع)؛ قم: انتشارات مدرسه امام على بن ابى طالب ع.

۳۹. موسى بجنوردى، سيد حسن؛ (۱۳۹۱)، القواعد الفقهية؛ نجف: مطبعة الآداب.

۴۰. ميرزاى قمى، ابوالقاسم؛ (۱۴۱۳)، جامع الشتات؛ تهران، مؤسسه كيهان

۴۱. نائينى، ميرزا محمد حسين؛ (۱۴۱۳ق)، المكاسب والبيع؛ قم: جامعة المدرسين.

۴۲. نجفى، محمد حسن؛ (۱۳۶۷)، جواهر الكلام؛ تحقيق محمد قوچانى؛ [بى جا]، دارالكتب الإسلامية.

۴۳. نووى، يحيى بن شرف؛ (۱۴۱۲ق)، روضة الطالبين؛ بيروت: [بى نا].

