



Jurisprudential analysis of the exceptions to the rejection of usurped property

Reza Qasemi Rostami¹ | Mohammad Mahdi Alsharif² | Alireza Arashpour³ | Alireza Fasihizadeh⁴

1. PhD in private law, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. Email: reza.ghasemi1368@ase.ui.ac.ir

2. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. Email: m.alsharif@ase.ui.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. Email: a.arashpour@ase.ui.ac.ir

4. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. Email: fasihizadeh@ase.ui.ac.ir

Abstract

According to the Imami jurisprudence, in Article 311 of the Civil Law, the usurper is absolutely obliged to return the object of the usurpation to the owner, and this application has been allocated by the law approved in 1358 and the order to pay compensation has been made. The renowned majority of the jurists have not excluded the case where the rejection of the object entails the usurper's financial loss. Although the mentioned exception refers to a special assumption, but since it has no reason other than to accept the harmless implementation in the case of the ignorant, the lawgiver included the harmless rule in the special assumption of the law. It is considered applicable that its acceptance is limited to the case that does not require a huge loss to the ignorant possessor. Therefore, extending the ruling of this provision to similar cases is not a baseless development, but it is an example of the generalization of the ruling due to the generality of its cause and basis.

Keywords: huge loss: ignorant usurper: usurpation: usurped property..

Cite this article: Qasemi Rostami, R., Alsharif, M. M., Arashpour, A., & Fasihizadeh, A. (2024). Jurisprudential analysis of the exceptions to the rejection of usurped property. *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, 56 (2), 237-256. (in Persian)

Publisher: University of Tehran Press.

© The Author(s).

DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2023.356155.669505>



Article Type: Research Paper

Received: 7-Apr-2023

Received in revised form: 26-Jul-2023

Accepted: 8-Nov-2023

Published online: 30-May-2024

تحلیل فقهی حقوقی استثنائات رد مغضوب

رضا قاسمی رستمی^۱ | محمد مهدی الشریف^۲ | علیرضا آرش پور^۳ | علیرضا فصیحی زاده^۴

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. رایانامه: reza.ghasemi1368@ase.ui.ac.ir

۲. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. رایانامه: m.alsharif@ase.ui.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. رایانامه: a.arashpour@ase.ui.ac.ir

۴. دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. رایانامه: fasihizadeh@ase.ui.ac.ir

چکیده

در ماده ۳۱۱ قانون مدنی به تبعیت از فقهای امامیه، غاصب به نحو مطلق، مکلف به رد عین مغضوب به مالک شده است، که البته این اطلاق توسط ماده واحده مصوب ۱۳۵۸ در یک مورد خاص که غاصب جاهل بوده و ضرر مالک بالنسبه به زیان غاصب اندک است، تخصیص خورده و حکم به پرداخت غرامت شده است. فقیهان مواردی را که رد عین مستلزم ضرر جانی یا مالی غیر غاصب شود، نیز از این حکم استثناء کرده که در نظام حقوقی ایران نیز این‌ها را باید مستثنی دانست. مشهور فقها موردی را که رد عین مستلزم ضرر مالی غاصب می‌شود، هر چند ضرر هنگفت باشد و غاصب جاهل به غصب بوده باشد، استثناء ندانسته و قاعده لاضرر را در مورد غاصب جاری نمی‌دانند. اما برخلاف مشهور فقها، برخی از فقیهان معاصر، تمایل به توسعه استثناء، به جایی که متصرف جاهل بوده و رد عین مستلزم زیان هنگفت است، دارند. البته هر چند استثناء قانونی، ناظر به فرض ویژه‌ای است، اما چون که دلیلی جز پذیرش اجرای «لاضرر» در مورد غاصب جاهل ندارد، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار هم‌سو با برخی فقها، «لاضرر» را در فرض خاص ماده واحده، مجری دانسته که مقتضای پذیرش آن، محدود شدن وجوب رد عین، به موردی است که مستلزم ضرر هنگفت متصرف جاهل نباشد. بنابراین تسری حکم مقرر به موارد مشابه، توسعه بی‌مبنای استثنای بوده و مصداقی از تعمیم حکم به دلیل عمومیت علت و مبنای حکم است.

کلیدواژه‌ها: زیان هنگفت، غاصب جاهل، غصب، مغضوب‌منه.

استناد: فاسمی رستمی، رضا، الشریف، محمد مهدی، آرش پور، علیرضا، و فصیحی زاده، علیرضا (۱۴۰۲). تحلیل فقهی حقوقی استثنائات رد مغضوب. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۶ (۲)، ۲۳۷-۲۵۶.

نوع مقاله: علمی-پژوهشی

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۱۸

© نویسندگان

بازنگری: ۱۴۰۲/۰۵/۰۴ DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2023.356155.669505>

پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۱۷

انتشار: ۱۴۰۳/۰۳/۱۰



مقدمه

قانون مدنی در ماده ۳۰۸، استیلاء بر حق غیر به نحو عدوان را غصب و اثبات ید بدون مجوز بر مال غیر را «در حکم غصب» تعریف کرده و متعاقب آن در ماده ۳۱۱، غاصب را در صورت بقای عین، به صورت مطلق، به رد عین غصب شده، ملزم کرده است. بنا بر ماده اخیر، اگر غاصب در ملک متعلق به دیگری احداث بنا نماید، مالک می‌تواند، غاصب را از باب وجوب رد عین مغضوب، به خلع ید و قلع و قمع مستحدثات، محکوم نماید و اطلاق آن، نه تنها شامل غاصب عالم و جاهل، بلکه مشمول مواردی که تخریب و قلع و قمع بنا، ضرر هنگفتی را متوجه غاصب می‌نماید هم می‌شود. ماده ۳۱۳ قانون مدنی نیز به فرضی پرداخته که غاصب با استفاده از مصالح دیگری یا نهال دیگری در ملک خود بنا ساخته یا درخت کاشته است که به موجب آن، مالک می‌تواند قلع بنا یا نزع درخت متعلق به خود را درخواست کند و البته اطلاق ماده مذکور مثل مورد قبل، شامل غاصب و در حکم غاصب و نیز فرضی که رد مصالح غصبی به تخریب کل بنا و زیان‌های هنگفت می‌انجامد نیز می‌شود. ناگفته پیداست که با این احوال، دستگاه قضایی با شرایط امروز جامعه و فراوانی احکام ابطال تملک یا ابطال معامله و بویژه در فرض تعاقب ایادی و احداث مستحدثات پرهزینه توسط خریداران جاهل به غصب، با چه چالش‌هایی برای اجرای احکام، روبرو است.

در مجموعه مقررات قانونی، بجز یک یا دو مورد، استثناء دیگری برای آن حکم کلی یافت نمی‌شود؛ که یکی ماده واحده مصوب شورای انقلاب در سال ۱۳۵۸ با نام لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارت وارده به املاک^۱ و دیگری استثناء مصرح قانونی در ماده واحده قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه، مصوب ۱۳۷۱ و آیین نامه اجرایی آن، مصوب ۱۳۷۴ است^۲ که این‌ها نیز صرفاً موارد کاملاً محدودی را از شمول اطلاق حکم ماده ۳۱۱ خارج کرده و کماکان چالش یادشده در مورد سایر موارد، به قوت خود باقی است.

اما نخستین نکته‌ای که در باب تقیید اطلاق مواد ۳۱۱ و ۳۱۳ قانون مدنی باید بدان توجه نمود، این است که این امر، همچون بسیاری از اطلاقات قانونی دیگر، نشانگر اراده مطلق قانونگذار نیست و بر خلاف آن‌چه در خصوص روایات، از باب اصله الاطلاق مبنی بر اینکه از اطلاق در مقام اثبات

^۱ «به موجب این مصوبه، چنانچه احداث بنا در ملک مجاور، بدون قصد تجاوز و در اثر اشتباه در محاسبه صورت گرفته باشد و ضرر مالک در مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بنا متوجه طرف مقابل می‌گردد نیز نسبتاً جزئی باشد، دادگاه بجای حکم به قلع و قمع، حکم به پرداخت قیمت اراضی و کلیه خسارات وارده به مالک می‌دهد»

^۲ «بر آن اساس، موقوفاتی که بدون مجوز شرعی به فروش رفته و به وقفیت بازگشته است، موقوفه حق خلع ید و قلع قمع بنا را ندارد و مکلف است که با متصرف اجازه نامه تنظیم کند. اما اگر متصرف حاضر به اجازه نشد، موقوفه می‌تواند با پرداخت حقوق مکتسب متصرف، از وی خلع ید نماید. به موجب ماده ۷ آیین نامه مذکور، کلیه اعیانی و مستحدثاتی که زارعین صاحب نسق شخصاً احداث نموده باشند، متعلق به زارعین مزبور خواهد بود. بنابراین برخلاف قواعد قانون مدنی، اعیانی و مستحدثاتی که بر روی اراضی موقوفه، مشمول قانون یادشده ایجاد شده‌اند، به متصرف تعلق داشته و قابل قلع و قمع نیست.»

باید پی به اطلاق در مقام ثبوت برد، مطرح است. در قوانین بویژه قانون مدنی، شیوه قانون‌گذار بر اختصار و عدم ذکر استثنائات و قیود حکم است. در حقیقت، وجود استثنائات مسلم در فقه، می‌تواند قرینه‌ای انکار ناپذیر بر عدم اراده اطلاق بصورت جدی در قانون به حساب آید. به عنوان مثال، در بحث حاضر، تقریباً تمامی فقیهانی که متعرض مسأله وجوب رد عین مغضوب شده‌اند، مواردی که رد عین مستلزم تلف نفس یا مالی بجز مال غاصب شود را از شمول حکم استثناء کرده‌اند. از این رو، بی‌گمان مقصود قانون‌گذار مدنی از عدم ذکر این استثنائات، مخالفت با آن‌ها و اصرار بر رد عین حتی در فرض تلف نفس یا مال محترم نمی‌باشد، بلکه دلیل آن، باید شیوه قانون‌گذار مدنی بر اختصار و اعتماد به فقه به عنوان منبع تکمیلی، تلقی شود.

اما صرف نظر از استثنائات مسلم در فقه که به رغم عدم ذکر در متن قانون در حقوق ما با لحاظ اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۳ می‌بایست مراعات شود، مشکل عمده در مواردی است که میان فقها نیز در خصوص آن اختلاف نظر وجود دارد. بنابراین پرسش اصلی این پژوهش آن است که آیا استثنائات اختلافی را نیز می‌توان بر استثنائات مصرح قانونی و مسلم فقهی افزود؟ و به تعبیر دقیق‌تر، آیا با توجه به برخی دیدگاه‌های موسع فقهی، می‌توان از استثناء مصرح قانونی، یک قاعده عام استخراج نمود و در تمام مواردی که غصب غیر عمد بوده و تصرف در مال غیر با حسن نیت صورت گرفته و ضرر مالک نسبت به ضرر غاصب غیر عامد در فرض رد عین و قلع و قمع نسبتاً جزئی بوده‌است، حکم به پرداخت قیمت کرد؟

در پاسخ، با توجه به تفاوت موارد و وجود عناصر مختلف و تاثیر گذار در مسأله، باید صور مختلف موضوع را از یکدیگر تفکیک کرد. در صورت نخست که رد عین، نه مستلزم ضرر برای غاصب و نه مستلزم ضرر برای نفس محترمه یا مال غیر است، تردیدی در لزوم رد عین نباید داشت. اما در صورت وجود ضرر، یا متضرر غاصب است یا غیر غاصب و ضرر یا مالی است یا جانی. چنان‌که اشاره شد، در فرضی که مستلزم ضرر جانی است یا فرضی که ضرر مالی است و متضرر غیر شخص غاصب است، تقریباً بجز یک مورد که به آن اشاره می‌شود، هیچ اختلافی در تقیید حکم وجوب رد عین وجود ندارد. (ترحینی عاملی، ۱۳۸۵: ۸ ج: ۳۲، سیستانی، ۱۴۱۵: ۲ ج: ۲۳۱).

اما فرضی که محل اختلاف بین فقها و اتفاقاً مورد ابتلای هر روزه دستگاه قضائی است، صورتی است که رد عین و خلع ید و قلع و قمع مستحدثات، مستلزم ضرر مالی قابل توجه برای شخص غاصب و بطور خاص، غاصب جاهل است. مانند موردی که شخصی زمینی را خریداری و در آن اقدام به احداث بنا کرده و سپس معلوم شده که معاملات قبلی به دلایلی همچون فضولی بودن یا حجر مالک یا ابطال حکم تملک و امثال آن باطل بوده‌است که در این فرض، اجرای حکم، به رد عین مغضوب،

^۳ اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد که: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

قلع قمع بنا و خلع ید متصرف، منجر خواهد شد. آنچه بر اهمیت و فراوانی این چالش می‌افزاید، این است که این حکم در مواردی که صرفاً بخش ناچیزی از ملک، متعلق به غیر است نیز عیناً اجرا می‌شود. مثلاً مالکی که تنها یک حبه مشاع از ۷۲ حبه را دارد، می‌تواند الزام متصرف جاهل را به قلع و قمع و خلع ید درخواست کند، حتی اگر مالکان ۷۱ حبه دیگر، موافق با این امر نباشند. در این جا تنها تفاوت با موردی که مالک، تمامی شش دانگ را در تملک دارد، این است که مالک مشاعی پس از اجرای حکم، دیگر بدون رضایت سایر مالکین نمی‌تواند ملک را متصرف شود، اما از حیث امکان درخواست خلع ید و قلع و قمع مستحدثات تفاوتی میان فروض یاد شده وجود ندارد.

حال سؤال این است که آیا در فرض ذکر شده، می‌توان به اطلاق ماده ۳۱۱ قانون مدنی که از وجوب رد عین سخن گفته‌است، اعتماد نمود و گفت که باید عین مغضوبه «ولو بلغ ما بلغ»، مسترد شود؟ یا اینکه، علی‌رغم اطلاق این ماده، می‌توان به استناد منابع یا فتاوی معتبر (موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)، استثنائاتی برای آن حکم، در نظر گرفت و متعاقباً بر آن مبنا اقدام به قاعده‌سازی نمود؟

پیشینه تحقیق

در خصوص این موضوع در کتب مرتبط با ضمانات قهری (مسئولیت مدنی) بحث مستوفایی نمی‌توان یافت و آنچه تقریباً در همه آن‌ها مشترک است، صرفاً انتقاد از حکم سختگیرانه قانون‌گذار در مواد ۳۱۱ و ۳۱۳ قانون مدنی و لزوم تعدیل آن است. به دیگر سخن، در ادبیات حقوقی موجود، جای بررسی مبانی فقهی حکم وجوب رد عین و بررسی قوت ادله آن و امکان سنجی تعمیم استثنای مذکور در ماده واحده شورای انقلاب بر اساس برخی دیدگاه‌های فقهی معاصر، خالی به نظر می‌رسد.

برخی از این استادان، ضمن انتقاد از اطلاق حکم، به استثنایی بودن موضوع ماده واحده مصوب شورای انقلاب اشاره نموده و تصریح کرده‌اند که با توجه به قیود مذکور در آن، تفسیر موسع آن روا نیست و حل مشکل نیاز به مداخله قانون‌گذار دارد (صفایی؛ رحیمی، ۱۳۹۱: ۲۸). برخی دیگر از استادان، حکم الزام غاصب به رد عین را سخت‌گیری ناروای قانون‌گذار معرفی کرده و لزوم تعدیل آن را ضروری دانسته و در ادامه نیز بصورت مختصر، مواردی چون لزوم حفظ نفس یا مال اشخاص، جلوگیری از تلف اموال دیگران و افزایش قیمت مال غصب شده را بعنوان موانع رد مال مغضوب، معرفی کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۰۴). پاره‌ای دیگر از نویسندگان نیز برخورد یکسان، با غاصب آگاه و با سوء نیت و متصرف جاهل و با حسن نیت را با اصول عدالت ناسازگار دانسته و خواستار تعدیل این حکم از سوی قانون‌گذار شده‌اند (بابایی، ۱۴۰۱: ۲۲۴)؛ و بالاخره برخی دیگر از حقوق دانان نیز حکم رد عین را مقید به صورتی نموده‌اند که مالک در مقام سوء استفاده از حق نباشد و به مصادیقی چون چوب غصبی بکار رفته در کشتی یا سنگ غصب شده مستعمل در ساختمان اشاره و تصریح کرده‌اند که مالک نمی‌تواند در جایی که رد عین، مستلزم هلاک نفس یا زیان مالی است بر آن اصرار ورزد (قاسم

زاده، ۱۳۹۱: ۱۹۷). البته چنان که اشاره شد، فرض تلف نفس از استثنائات مسلم و جوب رد است، اما در مورد ضرر مالی، اگر منظور ضرر غاصب باشد، صرف نظر از مخالفت این استثناء با ظاهر قانون، مشهور فقها آن را مانع و جوب نمی دانند و برای چنین ادعایی نیاز به تحلیل و استدلال جدی داریم.

۱. نظرات فقها پیرامون استثنائات رد عین مغضوب

در واکاوی عقاید فقهای امامیه در این باب، می توان دو گروه اصلی را از یکدیگر تفکیک کرد (هر چند در میان هر یک از آن ها نیز در مصادیق محدودی، اختلاف نظرهای جزئی وجود دارد)؛ عده ای با توسل به اطلاق ادله موجود و بیان توجیهاتی که اشاره خواهد شد، اصرار به رد عین مغضوب، در هر فرض و صورتی دارند و تنها موارد اندکی را از این حکم کلی مستثنا می کنند. اما دسته ای دیگر، با عنایت به برخی دیگر از قواعد عام فقهی، همچون اجرای قاعده لاضرر یا لاجرح در مورد غاصب (بویژه متصرف جاهل به غصب)، حرمت اسراف در فرض قلع و قمع مستحدثات گسترده یا توسعه در مصادیق تلف حکمی در فرضی که استرداد عین مستلزم نابودی آن است، به گسترش استثنائات و جوب رد عین مغضوب پرداخته و عملاً در عین احترام به حقوق مالک و برخورد با پدیده غصب اموال، سعی کرده تا حد امکان از نتایج نامتعارف اجرای حکم رد عین بکاهند.

۱-۱. باورمندان به استثنائات حداقلی (نظر مشهور)

باور این گروه که بیشتر فقهای متقدم و متأخر را در بر می گیرد، این است که جز در مواردی که رد مغضوب، به تلف نفس یا مال محترمی (بجز اموال غاصب) منجر می شود، ولو اینکه رد مال، به ضرر، تعسر و یا حتی در حرج افتادن غاصب منتهی شود، غاصب باید در صورت بقای عین، نسبت به استرداد مال به مالک، اقدام کند (صیمری، ۱۴۲۰: ج ۴: ۸۸). کما اینکه ادعا شده است در این باره میان فقها اختلافی وجود ندارد (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳: ج ۲۵: ۳۵۵).

در این راستا، علامه حلی بعنوان یکی از فقهای متأخر، بر اساس روایت موسوم به «علی الید»، رد فوری عین مغضوب را در زمان بقای آن، جز ضروریات دین، معرفی و آن را اگرچه به ضرر غاصب یا حتی به تلف اموالش منجر شود، غیر قابل انکار می داند (حسینی عاملی، بی تا: ج ۶: ۲۶۳). این عقیده در میان فقهای دیگر نیز رواج بسیاری دارد، کما اینکه صاحب جواهر، بواسطه همان دلیل، تنها با فرض وجود علم اجمالی به استفاده از یک قطعه چوب غصبی، در ساخت یک کشتی از چند کشتی مشخص، به مالک مال غصب شده این حق را می دهد که همه کشتی های متعلق به غاصب را برای دستیابی به آن تکه چوب، تخریب کند (نجفی، ۱۴۲۱: ج ۱۹: ۵۰). همین طور محقق رشتی که با

وجود احتمال ورود زیان مالی گسترده به غاصب، او را موظف به رد فوری عین مغضوبه می‌داند (رشتی، بی‌تا: ۵۳).

یکی از مستندات دیدگاه مشهور، قاعده «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال» است. به موجب این قاعده، تخفیف و تسهیل در حق غاصب روا نیست. در این باره تقریباً تمامی فقیهانی که ضرر مالی غاصب را مانع از اجرای حکم ندانسته، به این عبارت استناد نموده‌اند (نجفی، ۱۴۲۱: ج ۳۷: ۸۱). اگر چه در مورد این قاعده نیز از دو جهت ایراد شده است؛ نخست اینکه این عبارت، روایت نیست و در هیچ کدام از مجامع معتبر حدیثی نیامده است (خدابخشی، ۱۳۸۹: ۱۱۴)؛ و دیگر، با فرض اینکه شهرت این عبارت را جابر ضعف آن قرار دهیم، این قاعده حداکثر در مورد غاصب عالم به غصب صادق است نه متصرف جاهل به غصب (صدر، ۱۴۳۰: ج ۴: ۳۵۶).

روایات «المغضوب مردود» و «الحجر الغصب رهن علی خرابها» و روایت «لیس لعرق ظالم حق» هم از دیگر مستندات نگاه مطلق گرایانه مشهور می‌باشد. به علاوه عدم امکان اجرای قاعده لاضرر و لاجرح نیز ریشه در همین نگاه سخت‌گیرانه به غاصب دارد. از منظر این دسته از فقیهان، قاعده لاضرر و لاجرح، احکامی امتنانی است و البته غاصب استحقاق امتنان را ندارد، مضافاً بر اینکه معتقدند، ضرر و جرح وارده به غاصب نیز ناشی از حکم شارع نیست و تنها ریشه در اقدام ظالمانه خود غاصب دارد (مکارم، ۱۳۹۰: ۲۳۸).

۲-۱. باورمندان به توسعه استثنائات (نظر اقلیت)

اما گروه اندکی از فقها، با مناقشه در یک یا چند دلیل از دلایل مورد استناد مشهور و یا استناد به ادله‌ای دیگر، باور به توسعه استثنائات حکم وجوب رد عین دارند. در همین راستا یکی از فقیهان معاصر، هر چند یادآوری می‌کند که بر اساس ظاهر روایات، نزدیک‌ترین قرائت به قواعد، رد فوری عین مغضوب است، ولی در مقابل، آن قرائت را دارای اشکال می‌داند و با خدشه در دلالت روایات مستند قول مشهور، نتیجه می‌گیرد، نباید به راحتی حکم به غرق کشتی‌ای داد که از بین رفتن آن، باعث ورود خسارت هنگفت به غاصب می‌شود یا هدم بنای مشتمل بر طبقات متعدد را به صرف وجود یک آجر غصب شده، مجاز شمرد، بلکه باید یا قائل به بدل جیلوله شد و یا باید آجر یا چوب مغضوب را در حکم تالف دانست و رأی به جبران بدل داد (همان، ۶۶۷). البته باید توجه داشت که این دیدگاه، تنها در مصادیقی قابل طرح است که مال مالک هم چون مصالح یا درخت متعلق به وی، در ملک غاصب بکار رفته و رد آن مستلزم خسارات زیاد باشد و برعکس مشمول مواردی که مال غاصب در ملک مالک واقع شده مثل اینکه کسی به عمد یا به اشتباه در ملک دیگری بنایی چند طبقه ساخته، نمی‌شود. یا یکی دیگر از فقیهان زمان کنونی که هر چند وجوب رد مغضوب در فرض بقاء عین را مورد اجماع فقها می‌داند و احتمال هم می‌دهد که این حکم مقطوع در دین اسلام باشد، ولیکن باور دارد که در عصر حاضر با وصف وجود اعیان و نظایر مشابه برای اموال به‌نحوی که حتی ممکن است از نظر قیمت

و کیفیت هم از مال غصب شده بهتر باشند، بعید نیست که بتوان بجای رد عین، رد مثل را پذیرفت. بالاخص در جایی که قیمت مثل، از خود عین، بیشتر هم باشد (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۶۴).

۲. استثنائات رد عین مغضوب

همان گونه که اشاره شد، هر چند در حکم کلی لزوم رد عین غصب شده، در فرض بقاء آن تردیدی وجود ندارد، اما نمی توان از عدم تخصیص آن حکم کلی سخن گفت. کما اینکه گفتیم، حتی در نظر بارومندان به توسعه همه جانبه حکم مزبور نیز لزوم حفظ حرمت خون یا مال دیگران، از آن نظر مستثنا شده است. با این وجود، تفتن در کلام فقیهان نشان می دهد که می توان مصادیق دیگری را نیز بعنوان استثناء نام برد که البته در پذیرش بخشی از آنها، تحت آن عنوان، اختلافات جدی وجود دارد.

۱-۲. تلف نفس، حیوان محترم یا مال شخصی ثالث

در نظر قریب به اتفاق فقها، اگر رد مغضوب به تلف انسان (و لو غاصب آگاه به غصب) یا حیوان محترمی منجر شود یا باعث از بین رفتن مال شخصی ناآگاهی بجز غاصب (اعم از غاصب عدوان یا در حکم غاصب) شود، رد عین یا بصورت دائمی و یا بر مبنای تعذر، بصورت موقت، منتفی است و مالک باید به دریافت بدل حقیقی یا بدل حیلوله، بسنده کند (سیستانی، ۱۴۱۵: ج ۲: ۲۴۲، ترحینی عاملی، ۱۳۸۵: ج ۸: ۳۲). اگر چه در یک فتوای شاذ بیان شده که چونکه اولاً غاصب علیه خویش اقدام کرده است و ثانیاً قاعده بذل مال برای حفظ نفس، باید در موضع نص و به شکلی حداقلی، تفسیر شود، استثناء لزوم حفظ نفوس، شامل غاصب آگاه به غصب نمی شود (عراقی؛ نائینی، ۱۴۲۱: ۶۰۵).

۲-۲. تلف حکمی (تلف عرفی)

به باور شیخ انصاری، ادله ضمان در سه فرض قابل بررسی است؛ اول، جایی که نفس عین از بین رفته است که مورد را باید، تلف حقیقی دانست. دوم، زایل شدن سلطنت مالک به نحوی که قوام دهنده مالیت به جهت حدوث «تعذر» از بین برود، مانند غرق مال در دریا و سوم، از بین رفتن اجزاء و اوصافی که با خروج آنها عین از قیمت گذاری خارج می شود. مثل وطی حیوان حلال گوشت (انصاری، ۱۴۱۱: ج ۱: ۴۲۸).

بر این اساس باید گفت که جدای از مورد اول که بواسطه حدوث تلف به معنای واقعی کلمه، از جمله مصادیق مورد ابتلاء در این جا به حساب نمی آید، موارد دوم و سوم مذکور در کلام شیخ انصاری را می توان، نمونه های متصوره در باب تلف عرفی دانست. اگر چه در این باره میان دو مورد اخیر در مسئولیت غاصب، تفاوت وجود دارد؛ در جایی که صرفاً بواسطه تعذر، رد عین ممکن نیست (مورد دوم)، فراغت عهده غاصب با رد بدل حیلوله محقق می شود ولیکن در جایی که عین مغضوبه، شرعاً قابلیت انتفاع خود را از دست می دهد (مورد سوم)، غاصب موظف به رد بدل (بدل حقیقی نه حیلوله) به مالک است (اشکوری، ۱۴۲۲: ج ۱: ۲۷۲).

یکی از مصادیق بارز در حکم تلف قلمداد شدن عین مغضوب، مربوط به جایی است که بر اساس اختلاط اموال، تمییز یا اعاده مال غصب شده، عملاً ممکن نباشد که بنا بر عقیده بعضی، در این صورت وجوب رد از بین می‌رود. البته این را نیز نباید از یاد برد که «دشواری در تمییز یا جداسازی اموال از یکدیگر»، باید به حدی باشد که عملاً امکان انتزاع وجود نداشته باشد و یا اخراج مال به تلف مغضوب منته، منجر شود (همان). بنابراین اگر امکان جدا سازی، حتی با فرض مشقت بسیار قابل تصور باشد، قول مشهور آن است که کماکان رد عین به قوت خود باقی است، چه اینکه غاصب، خود به این مشقت «اقدام» کرده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۶).

گفته‌اند که اگر چوبی، غصب و در بنایی به کار برده شود، غاصب موظف به رد عین آن به مالک است، مگر آنکه اخراج آن از مال، موجب خروج عین از مالیت شود، لذا در این صورت، بجای استرداد عین، رد قیمت آن (بعنوان بدل حقیقی) بر غاصب واجب می‌شود. البته این ابهام هم مطرح شده است که از یک طرف مالیتی برای عین قابل تصور نیست، و از طرف دیگر، حق مالک بر آن، کماکان برقرار است، لذا می‌توان بر این اساس، او را مستحق دریافت خود مال نیز دانست. اگرچه در مقابل بیان شده است که نمی‌توان غاصب را مجبور به رد عین به مالک کرد، زیرا عین مال، به منزله معدوم است (تسخیری، ۱۴۳۱: ج ۳: ۴۲).

به نظر می‌رسد، اساس آنچه عده‌ای را به محق بودن مالک برای دریافت عینی که در حکم تلف قلمداد و حتی غاصب، موظف به رد مثل یا قیمت آن شده، سوق داده است، تصور بقاء حق اولویت (حق اختصاص) برای مالک است، همچون جایی که سرکه خود به خود، به خمر تبدیل می‌شود. در فرض اخیر، عقیده دسته‌ای از فقها بر آن است که حتی اگر قائل به سلب مالکیت مالک سرکه تبدیل شده به خمر شویم، بازهم نمی‌توانیم سلطنت عقلایی او بر مال خود، شامل اختیار حفظ و منع از استیلاء غیر بر آن را که شارع مقدس در ذیل حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم»، امضا کرده است، نادیده بگیریم (خمینی، ۱۳۹۲: ج ۱: ۶۷۲). پس در این جا نیز اگر چه عین، تلف شده محسوب می‌شود، اما این نافی حق اختصاص و سلطنت ناقص مالک بر مال (حق اولویت) نیست. بنابراین جمع بین عوض و معوض را در این فرض، مجاز تلقی کرده‌اند.

حال سؤال اساسی این جاست که استثناء حاضر، تا کجا قابل توسعه است؟ آیا همان‌گونه که بعضاً در رویه قضایی مشاهده می‌شود، مثلاً زمین غصب شده‌ای که بر آن ملکی چندین طبقه ساخته یا عرصه مغضوبی که درختان غرس شده توسط غاصب در آن، چند ده ساله شده‌اند را می‌توان از جمله مصادیق تلف عرفی دانست؟ یا حتی فراتر از این رفت و در مواردی همانند آنچه مستمسک صدور رای وحدت رویه شماره ۸۱۰ دیوان عالی کشور نیز قرار گرفته، یعنی جایی که عین مورد دعوی، موضوع معاملات متعدد قرار گرفته است، ولی بعد از آن، به نحوی از انحاء، یکی از معاملات سابق فسخ یا باطل می‌شود را نیز مشمول قواعد تلف حکمی قرار داد و مالک را از عین محروم ساخت؟

در پاسخ، باید گفت که مثال‌های یاد شده، فاقد معیارهای مذکور در لسان فقها برای احصاء ذیل عنوان تلف عرفی می‌باشند، چه اینکه نه تنها نمی‌توان آن‌ها را نمونه‌هایی از موارد تعذر دسترسی به عین دانست، بلکه مصادیقی از اعیان فاقد مالیت شرعی نیز تلقی نمی‌شوند. کما اینکه این امر، مورد تصدیق قضات دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه مزبور نیز قرار گرفته است.

۲-۳. ورود ضرر به مالک یا غاصب

یکی دیگر از موضوعاتی که بعنوان مانعی بر سر راه حکم رد فوری عین مغضوب مطرح شده، موردی است که رد مغضوب، موجب ورود زیان به مالک، غاصب یا شخص ثالث می‌شود. البته نوع زیان نیز متفاوت است. برخی ضررها مالی و برخی دیگر غیر مالی‌اند. درباره زیان‌های غیر مالی و ضررهایی که ممکن است به شخص ثالث وارد شود، پیش‌تر صحبت به میان آمد. اما ممکن است به مالک یا غاصب، ضرر مالی وارد شود. این بحث در جایی که زیان وارده به غاصب از رد عین، بسیار بیشتر از ضرری است که مالک از عدم دریافت عین مال می‌بیند، مهم‌تر و عمده‌تر دیده‌ها هم پیرامون آن، شکل گرفته است.

۲-۳-۱. ورود ضرر به مالک

شکی نیست که رد مغضوب، نباید به ضرر مالک ختم شود. کما اینکه جدای از ملاک‌هایی نظیر حفظ نظم و مصلحت اجتماعی، یکی از مبانی تأکید فقها بر لزوم رد مغضوب، آن‌هم با وجوه سخت‌گیرانه مذکور، حفظ حقوق مالک است. بنابراین سؤالی که مطرح می‌شود، آن است که در جایی که رد مغضوب، باعث ورود ضرر به مالک خواهد شد، آیا تکلیف ابتدایی غاصب به رد عین، کماکان پابرجاست یا اینکه مالک می‌تواند از دریافت عین مال، سر باز زده و به دریافت مثل یا بدل عین غصب شده، اصرار ورزد؟

با توجه به آنچه تا کنون گفته شد، به نظر می‌رسد که اگر رد عین از سوی غاصب به تلف حقیقی یا حکمی آن منجر نشود، ولو اینکه به غاصب زبانی هم در این راستا وارد شود، مالک نمی‌تواند از دریافت عین سر باز زند، چه اینکه فراغت عهده غاصب بر مبنای ادله‌ای چون «علی الید» با رد عین محقق می‌شود. این نیز مزید بر علت است که نمی‌توان ترتب طولی بر جبران خسارت از سوی غاصب را نیز به نفع مالک نادیده گرفت، همان‌طور که این نتیجه به روشنی از ماده ۳۱۱ قانون مدنی که قانون‌گذار صراحتاً رد مثل یا قیمت را منوط به تلف عین می‌داند نیز مستنبط است.

بعبارت دیگر، همانگونه که دفع عین یا بدل مال مغضوب (اعم از مثل یا قیمت در موارد استثنائی) تکلیف ضامن برای فراغت عهده از مسئولیت غصب مال دیگری تلقی می‌شود، پذیرش آن‌چه بر عهده غاصب است نیز در این جا از جمله حقوق و تکالیف مالک می‌باشد. از این رو، مالک نمی‌تواند بدون دلیل موجه، از قبول عین مغضوب سر باز زده و اصرار به دریافت مثل یا قیمت کند، مگر در صورت مصالحه با غاصب. این را هم باید افزود که از منظر فقها، ادای تکلیف غاصب در خصوص رد عین،

منوط به مطالبه مالک نیست (بروجردی، ۱۳۹۴: ۳۸۲). پس چنانچه غاصب به ایفای وظیفه خود مبادرت ورزید و نسبت به رد عین اقدام کرد، ولی مالک از پذیرش آن سر باز زد، چاره‌ای جز رجوع به عموماً نیست. بنابراین غاصب باید امر را به حاکم شرع واگذار کند تا یا مالک را مجبور به دریافت عین کند یا به نیابت از او و از باب ولایت بر ممتنع، مغضوب را تحویل بگیرد. این به روشنی از ماده ۲۷۳ قانون مدنی نیز قابل برداشت است^۴ (همان، ۹۸).

ثانیاً، صرفاً از منظر خسارت وارده به مالک، باید میان جایی که رد عین به تلف حقیقی یا حکمی منتهی می‌شود، با غیر آن، تفاوت قائل شد. در فرض اخیر، عین باید مسترد شود، حتی اگر به زیان مالک ختم شود، زیرا با تصور ورود خسارت به مالک، جبران خسارت به‌عهدۀ غاصب است، کما اینکه ماده ۳۱۵ قانون مدنی هم غاصب را مسئول هر نقص و عیبی می‌داند که در زمان تصرف او به مال مغضوب وارد شده باشد، هرچند مستند به فعل غاصب نباشد. اما در مقابل، اگر رد عین به تلف آن (اعم از حقیقی یا حکمی)، ختم شود، مسئولیت غاصب، به رد مثل یا بدل خلاصه خواهد شد و او دیگر تکلیفی به رد عین ندارد. همان‌گونه که بیشتر فقها، اخراج مبیع در فرضی که به فساد آن منجر می‌شود، در مثال‌هایی چون غصب نخ و استعمال آن در لباس را بواسطه ضرر مالک، منتفی شمرده‌اند.

۲-۳-۲. ورود ضرر به غاصب

چنانکه گفته شد، چالشی‌ترین فرض مسأله وجوب رد عین، موردی است که اجرای حکم رد عین به ضرر غاصب جاهل به غصب می‌انجامد، بویژه اگر نفع مالک از اجرای حکم، در مقایسه با ضرر غاصب جاهل، اندک باشد. البته بدیهیست که ورود خسارت به غاصب، جزء جدایی‌ناپذیر اجرای تکلیف او در رد عین مغضوب است، لذا مسلماً صرف ورود زیان به غاصب را نمی‌توان از موانع اجرای حکم وجوب رد عین مغضوب دانست. اما با این وجود، زمانی که میزان ضرر وارده به غاصب، در برابر مقدار زیانی که ممکن است، مالک از دریافت بدل و محروم ماندن مال غصب شده، ببیند، بسیار بیشتر باشد، در منصفانه بودن حکم کلی رد عین غصب شده، تردیدهای عمده‌ای بوجود آمده و همین نیز موجب شده است که میل به داخل کردن ضرر وارده به غاصب، در چگونگی توصیف آن حکم کلی و تأثیر آن، بعنوان یکی از مستثنیات رد عین مغضوب، بیش از پیش فزونی یابد. هر چند، به نظر می‌رسد که هم‌چنان، راه دشواری برای نیل به آن مقصود، پیش‌رو قرار دارد. همان‌گونه که برخی از فقیهان، حتی با وجود اینکه به لزوم تأمل یا حتی بازنگری در آن حکم کلی، تصریح نموده، اما بعد از بررسی ادله موجود، چاره‌ای جز تمکین به آن و نادیده گرفتن زیان غاصب در وجوب رد عین مغضوب، ندیده‌اند. اما با همه این اوصاف، آیا می‌توان اصول نفی ضرر یا حرج در اسلام را بعنوان یک حکم ثانویه، بر وجوب رد عین که از احکام اولیه‌ای چون تسلیط نشأت می‌گیرد، حاکم دانست و در حالت ورود ضرر

^۴ «اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم‌مقام او بری می‌شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود»

کثیر به غاصب یا احتمال در عسر و حرج افتادن وی، وجوب رد عین را منتفی دانست و گفت که باید از طریق پرداخت مثل یا قیمت مال مغضوب، خسارت جبران شود؟

۲-۳-۱. نسبت «لاضرر» با ادله وجوب رد عین مغضوب

برخلاف برخی از فقهای عامه، مثل ابوحنیفه که به صرف در تعسر افتادن غاصب را برای انتفای حکم اولیه رد مغضوب کافی دانسته‌اند (به نقل از ترحینی، ۱۳۸۵: ج ۸: ۳۱)، در میان فقهای امامیه، قول مشهور آن است که با ورود زیان به غاصب، کماکان وجوب رد، پابرجا و حتی بر آن حکم نیز به مناسبت اقوالی هم چون «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال»، ادعای اجماع شده است (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵: ج ۵: ۲۱۰). اما آنچه در این جا ابهام بر می‌انگیزد، آن است که چرا نمی‌توان، دلیل «لاضرر» یا «لاخرج» را بعنوان یک حکم ثانویه، بر قاعده سلطنت که یکی از عمده دلایل حکم وجوب رد به عنوان یکی از احکام اولیه است، حاکم دانست؟

اول اینکه، در مواردی از این دست که ضرر مستند به «اقدام» متضرر است، نمی‌توان این قاعده را به نفع وی جریان داد و جلو ورود زیان به او را گرفت. چه اینکه وی با «اقدام» علیه خود، احترام مال خویش را از بین برده است (بروجدی، ۱۳۹۴: ۳۷۹). اگر چه محقق رشتی در رد این کلام، اقدام بر عمل منتج به ضرر را به دو شکل تصویر می‌کند؛ یکی اقدام بر نفس عنوان ضرر، مثل خرید کالایی با مبلغی افزون‌تر از ثمن الثمل با علم به قیمت واقعی و دیگری، اقدام بر عملی که نفس آن متضمن ضرر نیست، ولی ممکن است که نتیجه آن، به ضرر عامل منتهی شود. همانند آنچه در مانحن‌فیه با آن مواجهیم. لذا اقدام غاصب بر غصب که به زعم او، اقدام به نفع خویش است، نمی‌تواند با تمسک به قاعده اقدام، مستمسکی برای توجیه ورود ضرر به وی محسوب شود. زیرا در حکومت لاضرر بر احکام اولیه، تقصیر یا عدم تقصیر متضرر، جایگاهی ندارد. با این همه، او بازهم قواعد نفی ضرر و عسر و حرج را به نفع غاصب مجری نمی‌داند؛ زیرا باور دارد که آن دو قاعده از باب امتنان وضع شده‌اند و البته در نفی ضرر از غاصب که مستلزم ورود ضرر به مالک است، امتنانی قابل تصور نیست (رشتی، بی‌تا: ۵۳). اگر چه در پاسخ به کلام اخیر محقق رشتی نیز گفته شده که در وضع لاضرر بر مبنای امتنان، دلیل قاطعی وجود ندارد (فاضل، ۱۳۹۶: ۵۰۹).

دوم اینکه، عده‌ای موضوعاً حدوث ضرر را منتفی می‌دانند و بر آن اساس، تزاممی هم میان قاعده نفی ضرر با اصل تسلیط متصور نیستند. زیرا به اعتقاد ایشان، معنی ضرر، گرفتن مال دیگری و نفی سلطه وی بر ملک خویش است. در صورتی که در این جا، حتی در فرضی که مثلاً در مال غصب شده، احداث بنا شده است، نمی‌توان برای غاصب مالکیتی در مغضوب، تصور کرد، چه اینکه بقای ملک، مستلزم استحقاق و مالکیت او در جمیع اجزاء که یکی از آنها عین مغضوبه خواهد بود، می‌باشد و البته این استحقاق برای وی قابل تصور نیست. لذا صدور حکم بر تخریب ملک، اصولاً حکم ضرری محسوب نمی‌شود (بروجدی، ۱۳۹۴: ج ۲: ۱۲۱). اما پاسخ داده‌اند که اگر از جهت مذکور نتوان فرض ضرر نمود، از جنبه‌های دیگر ضرر محقق و بر آن اساس قاعده لاضرر قابل اجرا است، کما اینکه

امکان دارد، بعد از کندن چوب به سایر اجزای کشتی متعلق به غاصب یا به محموله آن زیان وارد گردد که بعید است، بتوان با این اوصاف، از قاعده لاضرر چشم پوشی کرد (روحانی، ۱۴۳۵: ج ۲۷، ۳۶۱).
سوم، بیان شده است که آنچه با آن مواجهیم، نه نفی ضرر و سلب مالکیت موجود، بلکه محروم ساختن غاصب، از منافی است که ممکن بود از غصب، عاید او شود (عدم النفع) و البته برای جریان قاعده نفی ضرر در عدم النفع نیز توجیه معتبری وجود ندارد (بروجردی، ۱۳۹۴: ۳۷۹). در پاسخ به این اشکال باید اشاره کرد که بر خلاف آنچه تصور می شود، در موضوع مرتبط با این بحث، آنچه ممکن است در پی رد مغضوب بر غاصب تحمیل شود، نه صرف عدم النفع، بلکه اتلاف مال موجود است. به دیگر سخن، بعید است بتوان گفت که در همان مثالهای مشهور و پرکاربرد فقها، آنچه که غاصب بعد از رد از دست می دهد، فقط منافی است که ممکن بود عاید او شود. مگر می توان با نادیده گرفتن بدیهیات قانونی و شرعی در باب تعریف مال و امکان مطالبه خسارت، گفت که رد چوب غصبی، حتی با فرض تلف تمام کشتی، عدم النفع است و زیان محقق بر غاصب تحمیل نمی کند و یا در مثال غصب مصالح و استفاده از آن در یک ساختمان، باور داشت که با حکم لزوم تخریب کامل بنا و اخراج مغضوب از آن، تنها منافع احتمالی محصل در آینده از غاصب گرفته شده است؟! لذا از دید عرف، شکی در حدوث زیان در چنین مواردی وجود ندارد و نمی توان هم از این باب، به شمول قاعده لاضرر ایراد وارد کرد.

چهارم، در مخالفت با حکومت لاضرر بر قاعده تسلیط در موضوع حاضر، با توسل به نظریه امام خمینی (ره) که «لاضرر» را در زمره احکام حکومتی (سلطانی) به شمار آورده، گفته شده که با آن قید، طرح جریان قاعده مذکور در بحث حاضر، موضوعاً منتفی است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: جلسه ۲۶). که به آن ایراد شده، احکامی از آن دست، در موضوعات خاصی وضع می شوند که در آنها مصلحت یا مفسده ای بوده و حاکم سعی در رفع آن فساد و یا حصول مصلحت جامعه را داشته باشد. مانند حکم به قلع مسجد ضرار. ولی از سیاق عبارات منقول از پیامبر اکرم (ص) در روایت مستند قاعده لاضرر، برداشت می شود که هر چند اقدام، از باب ولایت بر مسلمین بوده ولی ریشه در یک حکم الهی داشته است که آن نیز چیزی بجز نهی شارع مقدس بر زیان رساندن به دیگران، نیست (زارعی سبزواری، ۱۴۳۰: ج ۸: ۱۰۶).

و پنجم اینکه اشکال شده است، هر چند قاعده لاضرر بر ادله اولیه حکومت دارد و احکامی که ضرری هستند را از اطلاق و عموم ادله خارج، اطلاقات را تقیید می کند و عمومات را تخصیص می زند، اما این شامل همه موارد نمی شود؛ زیرا اگر حکمی، بر موضوعی با ضرر دائم جعل شود، مانند وجوب جهاد و خمس و زکات ... و یا نفس حکم، ضرری دائم را در خود داشته باشد، مانند حکم به ضمان (در غصب)، از باب تخصص، این احکام از مصب قاعده، خروج موضوعی خواهند داشت (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ج ۱: ۲۶۳). هر چند در این خصوص هم بیان شده که «مفاد قاعده لاضرر»، رفع حکم منشأ ضرر است، اعم از حکم تکلیفی یا حکم وضعی؛ در حکم تکلیفی، ضرر از نفس حکم ناشی

نیست، بلکه ضرر در مرحله امتثال، وقوع و ظهور پیدا می‌کند. در حکم وضعی نیز مانند لزوم معامله ضرری، خود حکم موجب وقوع ضرر است، بی‌آنکه مکلف اراده آن را کرده باشد؛ بنابراین قاعده بر اطلاعات ادله در جانب محمول حکومت واقعی دارد و از آن جانب تضییق و مقید به موردی می‌شود که ضرری نباشد و در نتیجه این قاعده رفع حکم ضرری از صفحه تشریح می‌کند که نتیجه‌اش تخصیص ادله اولیه است» (همان، ۲۶۵).

۲-۳-۲. ورود زیان هنگفت به غاصب

میان فقها در لزوم رد عین مغضوب، در جایی که ضرر وارده بر غاصب، از زیان وارده به مالک، بسیار بیشتر است، اتفاق نظر وجود ندارد. به دیگر سخن، ولو اینکه غالب فقها، با استدلالاتی که به آن اشاره شد، میزان ضرر وارده به غاصب (حتی اگر بسیار هنگفت باشد) را در موضوع موثر نمی‌دانند (رشتی، بی‌تا: ۵۴)، اما عده‌ای هم چون گروهی از فقهای معاصر، عقیده دیگری را مطرح می‌نمایند؛

امام خمینی در کتاب البیع باور دارد که روایات مورد استناد، آن قدر صریح نیست که بتوان بر آن اساس، حکم به تخریب بنا یا انهدام کشتی صادر کرد، بلکه بهتر است که به علت تعذر پدید آمده برای غاصب، او به رد بدل حیلولة الزام شود (خمینی، ۱۳۹۲: ج ۱: ۶۶۷). کما اینکه یکی از فقهای هم عصر وی نیز از عدم پذیرش ذوق فقهی برای صدور حکم به رد عین، بدون توجه به ضرر مالی عظیمی که ممکن است به غاصب پدید می‌آید، سخن به میان می‌آورد (بجنوردی، ۱۳۷۷: ج ۴: ۹۵). یا فقیهی دیگر از فقهای معاصر که باور دارد در مواردی هم که امر دائر مدار میان ضرر مالی کم و زیان مالی زیاد است، می‌بایست ضرر مالی کثیر را مقدم بداریم، چه اینکه مال مسلم، همانند خون او محترم است. لذا اگر با فرضی مواجه شدیم که در آن میان، مثلاً ضرر وارده به مالک ده و ضرر وارده به غاصب صد بود، نمی‌توانیم بگوئیم که در هر حال (ولو بلغ ما بلغ) غاصب ملزم به رد عین است. (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵: ج ۵: ۲۰۹).

به علاوه بیان شده، ادله‌ای که از آن برای رد عین، استفاده شده است، آن قدر قابل اتکا نیست که بتوان گفت، در هر حال، حتی اگر سیره عقلا رد عین را نپذیرد، غاصب موظف به استرداد عین مغضوب است (صدر، ۱۴۳۲: ج ۴: ۱۲۰، بجنوردی، ۱۳۷۷: ج ۴: ۹۵). البته هر چند فرعی که در آن به غرض عقلانی اشاره شده، در آنجایی که مثلاً علاوه بر زمین، درخت یا بناء هم از مالک است و غاصب زمین با نهال مالک یا مصالح وی بنایی ساخته، با مسأله متفاوت و تنها در آنجا این سؤال مطرح شده است که آیا مالک می‌تواند غاصب را به اعاده به وضع سابق الزام کند و بگوید ساختمانی که هم زمین و هم مصالحش از آن مالک است را خراب کند و به صورت قبل در آورد؟ که برخی از فقهاء در پاسخ، غرض عقلایی را شرط دانسته‌اند، اما به هر تقدیر، لحاظ قید غرض عقلانی در مواردی از این دست، خود می‌تواند نشان از این باشد که فقهاء برخی اطلاعات را به این قید، متصف ساخته‌اند و از آن نتیجه گرفت که در مصادیقی از قبیل احتمال ورود ضرر کثیر به غاصب در مقابل زیان اندک وارد آمده به

مالک، اصرار بر دریافت عین مال، نزد عقلا امر مستنکر می‌شود (صدر، ۱۴۳۲: ج ۴: ۱۱۶) و بر این اساس می‌توان غاصب را از رد عین معاف دانست.

جدای از این، یکی دیگر از نتایج لزوم وجود غرض عقلایی در رد مغضوب، تعبیری است که برخی فقها به آن اشاره کرده‌اند که رد عین نباید منجر به تذبذب حرام شود (همان، ۱۲۰) و البته یکی از مهمترین مصادیق آن، زمانی است که رد خود مال غصب شده، می‌تواند به ضرر کثیر غاصب منتهی شود. مثلاً یکی از تکالیف فرعی غاصب برای رد عین، وظیفه او برای جستجو، جهت پیدا کردن مال غصب شده است. حال این پرسش مطرح است که آیا می‌توان غاصب را ملزم به پرداخت هزینه‌ای هنگفت، برای یافتن یک شیء کم اهمیت کرد؟ و اگر بذل مال، قابل قیاس با مالی که غصب شده نباشد و مصداقی از تضییع اموال به حساب آید، آیا باز هم می‌توان اصرار مالک به دریافت عین مال غصب شده را قابل توجیه دانست؟ گروهی این را از جمله موانع حکم کلی مذکور می‌دانند و معتقدند که در این گونه موارد، باید تکلیف غاصب به رد عین، به اشتغال ذمه او به پرداخت غرامت، مبدل گردد (مدرسی، ۱۳۹۳: ۳۷۹).

۳. غصب حکمی

بجز بحث موانع رد عین، یکی از مهمترین ابهامات، این است که آیا احکام مربوط به غصب، بالأخص مبحث حاضر، در «غصب حکمی» هم جریان دارد یا خیر؟ پاسخ مرسوم فقها به این سؤال مثبت است. به باور ایشان کسی که نمی‌داند، مال غیر را دست دارد نیز غاصب است. بعبارت دیگر، در صدق عنوان غصب، علم و جهل دخالتی ندارد، هرچند با جهل نسبت به موضوع یا حکم، حرمت تکلیفی برداشته می‌شود (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳: ج ۱: ۱۴۶).

با این وجود، نباید از یاد برد که در فرض ورود ضرر به غاصب جاهل، به خصوص مواردی که زیان وارده به غاصب، قابل توجه است، حکم رد عین، با انصاف سازگاری ندارد و لذا برای التزام به چنین حکمی، محتاج دلایل روشن و قاطع هستیم. در این باره، صرف نظر از مطالبی که در بحث مربوط به تراحم «تسلیط» با «لاضرر» بدان اشاره شد، نکته مهمی که محل تأمل است، پاسخ به این پرسش است که چرا نباید در فرضی که غاصب، جاهل است، قاعده نفی ضرر را حاکم بر اصل تسلیط کرد؟ مگر نه این است که عده‌ای «لاضرر» را از باب امتنان توجیه کرده و بر این مبنا به نفع غاصب عالم به کار نمی‌بندند، حال اگر غاصب ناآگاه باشد، چرا جریان قاعده به نفع وی، خلاف امتنان است؟ شاید بواسطه همین ابهامات بوده که یکی از فقهای معاصر در فتوایی بدیع، جریان لاضرر را به نفع غاصب جاهل در فرض سؤال مورد طرح، تجویز نموده است^۵ و با فقیهی دیگر که با توسل به قاعده نفی ضرر،

^۵ «فردی زمین متعلق به دیگری را بدون رضایت مالک آن می‌فروشد، خریدار نیز زمین را به نفر دوم و او نیز به نفر سوم می‌فروشد. خریدار سوم، هم‌اکنون در زمین مذکور ساختمان احداث کرده است. با توجه به عدم رضایت مالک اولیه به معاملات انجام شده،

در فرض ورود زیان کثیر به غاصب، آن هم زمانی که جاهل است، به حکم رد عین مغضوب، با دیده تردید نگریده است که آیا مثلاً در جایی که مال شخص قاصر موضوع رد قرار می‌گیرد و وجوب آن بر عهده حاکم یا عدول مؤمنین، مستقر می‌شود، بر اشخاص اخیر واجب است که در مال مجنون یا صغیر و یا غایب، به هر نحوی تصرف کرده و باعث ورود ضرر زیاد به او شوند، در حالی که زیان وارده به مالک بسیار اندک است؟ (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵: ج ۵: ۲۰۹).

علاوه بر این‌ها، در مستندات فقها برای توجیه حکم مذکور هم از لحاظ سند و هم از نظر دلالت نیز بسیار مناقشه شده است (صدر، ۱۴۳۲: ج ۴: ۱۱۵، مدرسی، ۱۳۹۳: ج ۲: ۲۴۰، ۳۷۷).

۴. وضعیت مسأله در حقوق ایران

بنابر آنچه تاکنون گفته شد، معلوم شد که قانون مدنی در ماده ۳۱۱، همسو با دیدگاه مشهور فقها عمل و حکم به وجوب رد عین به نحو مطلق نموده و جز استثنائات مسلمی که در فقه برای حکم وجوب رد عین ذکر شده و مورد اتفاق تمامی فقها است (عدم وجوب رد در فرضی که به تلف نفس محترم می‌انجامد و یا فرضی که مال اشخاصی غیر از مال غاصب در معرض تلف قرار می‌گیرد)، استثنای دیگری برای این حکم ذکر نکرده است. این را از اطلاق ماده ۳۱۳ قانون مدنی نیز می‌توان برداشت کرد.^۶ قانون‌گذار در این ماده به نحو مطلق به مالک مصالح یا درخت اجازه قلع و نزع را داده و جز در فرض تراضی به قیمت، استثنایی را نپذیرفته که این اطلاق، علاوه بر اینکه شامل تخریب یک ساختمان عظیم برای مسترد نمودن یک تیر آهن غصبی می‌شود، شامل متصرف جاهل در فرض یاد شده نیز می‌گردد. با وجود این، ماده واحده مصوب سال ۱۳۵۸ شورای انقلاب، از مبنای مشهور فاصله گرفته و حکم به پرداخت قیمت مال مغضوب بجای قلع و قمع بنا داده است که ظاهراً، مبنایی جز پذیرش قاعده لاضرر در مورد غاصب جاهل به غصب، ندارد.

به بیان روشن‌تر، برخلاف قول مشهور فقها که قاعده لاضرر را در مورد غاصب مجری نمی‌دانند، تدوین‌کنندگان این ماده واحده، همسو با برخی فقیهان معاصر، معتقد به امکان اجرای قاعده لاضرر در مورد «غاصب جاهل» بوده‌اند. زیرا آن مقرر، صرفاً مواردی را شامل می‌شود که اولاً غصب از سوی مالک ملک مجاور صورت گرفته، شامل کل ملک مجاور نبوده باشد و عرفاً تنها صدق «تجاوز» نماید. ثانیاً تجاوز، غیر عمد و ناشی از اشتباه در محاسبه بوده، ثالثاً طرف مقابل مستحدماتی ایجاد کرده و رابعاً ضرر مالک نسبت به ضرر متجاوز از قلع و قمع نسبتاً جزئی باشد که این شروط بخوبی نشان می‌دهد،

خواهشمند است بفرمایید آیا باید قیمت زمین به مالک پرداخت شود و یا این که باید خود زمین به مالک باز گردد؟ پاسخ: معاملات مذکور، باطل است، ولی اگر خریدار سوم از روی ناآگاهی، در زمین مذکور بناء احداث کرده است، احتیاطاً، آن است که کسی که ضرر کمتری می‌کند، از ملک مذکور، رفع ید کند و دیگری، ضرر وی را بپردازد» (شیرازی، ۱۴۰۰: صفحه دوم، سؤال اول) ^۶ ماده ۳۱۳ قانون مدنی: «هر گاه کسی در زمین خود با مصالح متعلق به دیگری بنایی بسازد یا درخت غیر را بدون اذن مالک در آن غرس کند، صاحب مصالح یا درخت می‌تواند قلع یا نزع آن را بخواهد مگر اینکه به اخذ قیمت تراضی کنند»

قانون‌گذار قاعده لاضرر را همچنان‌که در مورد مالک قابل اجرا می‌داند، به «متجاوز» نیز تسری داده است. لذا بر این مبنا، در تعارض ضررین یعنی ضرر مالک و غاصب، زیان اشد بر خسارت اخف غلبه کرده و در نتیجه بر اساس همان ماده واحده، اگر ضرر مالک بیشتر از زیان متجاوز باشد، قاعده تسلیط بدون معارض باقی مانده و حکم به قلع و قمع داده می‌شود. در این باره، تنها نکته‌ای که می‌ماند، جنبه استثنائی ماده واحده است که تعمیم آن به موارد دیگر، همچون مورد کثیر الابتلائی ساخت بنا در ملک غیر توسط خریداران جاهل و ابطال معامله فضولی را با دشواری روبرو می‌سازد. از همین زاویه است که استادان حقوق، توسعه استثناء ماده واحده که صرفاً به تجاوز املاک مجاور تصریح دارد را نیازمند دخالت قانون‌گذار دانسته‌اند (صفائی؛ رحیمی، ۱۳۹۱: ۳۲).

اما به رغم این، به نظر می‌رسد که بتوان با توجه به آنچه در خصوص تغییر و تفاوت مبنای قانون‌گذار در تصویب ماده واحده با مقررات قانون مدنی در باب امکان اجرای قاعده لاضرر در مورد متصرف با حسن نیت گفته شد، با اتخاذ ملاک از این ماده واحده، در تمام مواردی که اجرای حکم رد عین، مستلزم ضرر قابل توجه به غاصب جاهل است، قاعده لاضرر را به نفع غاصب جاهل، اعمال کرد و بجای حکم به رد عین، حکم به پرداخت بدل و خسارت داد. در حقیقت، ما در این جا با قیاس ممنوع یا توسعه استثناء با ملاک‌های ظنی روبرو نیستیم، بلکه از باب قاعده «العله تُعمّم و تُخصّص» و بر این پایه که تصویب ماده واحده مستلزم پذیرش دیدگاه امکان اجرای قاعده لاضرر در خصوص غاصب جاهل است و لحاظ این مهم که این دیدگاه، آخرین عقیده منتخب قانون‌گذار تلقی می‌شود، می‌توانیم بگوییم که اجرای قاعده لاضرر در مورد غاصب جاهل در مواردی بجز مصادیق مشمول ماده واحده، تعدی از دیدگاه قانون‌گذار یا قیاس به حساب نمی‌آید.

جالب است بدانیم که در تحولات اخیر قانون مدنی فرانسه نیز مفهوم «عدم تناسب فاحش» که مبنایی شبیه به آنچه در خصوص مقایسه ضرر غاصب و نفع مالک از اجرای حکم رد عین گفته شد، دارد، در بحث اجرای عین تعهد به قانون مدنی آن کشور افزوده شده است. قانون‌گذار فرانسوی در ماده ۱۲۲۱ جدید، مقرر می‌دارد که در مواردی که بین هزینه‌هایی که بر متعهد در اثر اجرای عین تعهد تحمیل می‌شود، با نفعی که متعهدله از اجرای عین تعهد می‌برد، عدم تناسب فاحش وجود داشته باشد، اجرای عین تعهد منتفی می‌شود. مثال جالبی که برخی نویسندگان فرانسوی برای این مفهوم جدید زده‌اند و با مسأله موضوع این مقاله نیز شباهت بسیار دارد، این است که پیمانکار ساختمان در ساخت یک بخش الحاقی به آن، چند سانتی متر اشتباه می‌کند. حال اگر تنها راه اجرای دقیق عین تعهد، تخریب این بخش از ساختمان و بازسازی مجدد آن باشد، قاضی به مسأله عدم تناسب فاحش بین هزینه‌های اجرای عین تعهد و نفعی که متعهدله از اجرای عین تعهد می‌برد توجه نموده و در صورت وجود عدم تناسب فاحش، از الزام متعهد به اجرای عین تعهد خودداری کرده و وی را محکوم به پرداخت خسارت می‌کند. در واقع این مقررۀ جدید و منع متعهدله از اصرار بر اجرای عین تعهد یکی

از مصادیق قاعده سوء استفاده از حق است که به صورت صریح و شفاف در قانون فرانسه آمده است (Francois, 2109).

نتایج

هر چند که حکم مشهور فقها در لزوم رد فوری عین غصب شده، عیناً در ماده ۳۱۱ قانون مدنی تکرار شده است، اما به نظر می‌رسد، نمی‌توان به این اطلاق بسنده کرد. چه اینکه می‌توان با تکیه بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی و لحاظ منابع معتبر فقهی و آراء فقهای امامیه، بعنوان قواعدی معلوم در تبیین استثنائات حاکم بر حکم لزوم رد مغضوب گفت که اولاً در مواردی که بیم تلف نفس یا حیوان محترمی وجود دارد، تا زمان رفع خطر، مالک باید بجای طلب عین مال خود، به فرائض موضوع، به دنبال مثل یا قیمت مال غصب شده باشد. ثانیاً چنانچه رد عین مغضوب، به تلف اموال دیگرانی بجز غاصب منجر شود، می‌بایست بجای رد عین، مالک را محق به دریافت بدل دانست. ثالثاً اگر چه میان فقها اختلاف وجود دارد، ولی به نظر می‌رسد که چنانچه رد عین مال مغضوب، به تلف آن منجر شود یا آن را در حکم تلف قرار دهد، پافشاری مالک برای دریافت مال خود، بعلت اینکه یک اقدام غیر عقلایی به شمار آمده که می‌تواند به اسراف و تبذیر حرام نیز منجر شود، قابل قبول نیست و حکم رد عین، به رد بدل، تبدیل می‌شود. رابعاً، آنجایی که غاصب ناآگاه است و به اصطلاح «در حکم غصب»، رخ داده است نیز می‌توان با پذیرش وجود یک قاعده مشخص با اتخاذ ملاک از قیودی که در لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارت وارده به املاک آمده است، «لاضرر» را به نفع غاصب جاهل، اعمال کرد و بجای حکم به رد عین، تصمیم به پرداخت بدل و خسارت اتخاذ نمود که این خود به تنهایی می‌تواند به حل بسیاری از معضلات دستگاه قضایی در این رابطه، بیانجامد.

منابع

- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي (١٤١٤) لسان العرب: جلد ١٢، دار صادر.
اشكوري، ابوالقاسم (١٤٢٢) بغيه الطالب في شرح المكاسب: جلد ١، أنوار الهدى.
انصاري، مرتضى (١٤١١) المكاسب: جلد ١، دار الذخائر.
باباي، ايرج (١٤٠١) حقوق مسئوليت مدني: نشر ميزان، چاپ سوم.
بجنوردی، حسن، محقق محمدحسين درآيتی و مهدي مهريزي (١٣٧٧) القواعد الفقهيہ: جلد ٤، نشر الهادي.
بروجردی، حسين، مقرر حسينعلی منتظری (١٣٩٤) كتاب الإجاره و الغصب و الوصيه: سرايي.
بروجردی، حسين، محرر جواد خندق آبادی (١٣٩٤) الرسائل الفقهيہ: جلد ٢، طبا.
تسخيري، محمدعلي (١٤٣١) القواعد الأصوليه و الفقهيہ: جلد ٣، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلاميه، المعاونه الثقافيه.
ترحيني عاملی، محمد حسن (١٣٨٥) الزبده الفقهيہ في شرح الروضه البهيہ: جلد ٨، دار الفقه للطباعه و النشر.
جزايری، محمد جعفر (١٤١٦) هدى الطالب إلى شرح المكاسب: جلد ٣، طليعه النور.
جمعی از پژوهشگران (١٤٢٣) موسوعه الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام: جلد ٢٥، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بيت (عليهم السلام)
حسينی عاملی، حسن بن يوسف علامه حلی (بی تا) مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامه (ط. القديمه): جلد ٦، دار إحياء التراث العربي.
خدابخشی، عبدالله (١٣٨٩) الغاصب يؤخذ باشق الاحوال، فصلنامه فقه اهل بيت: سال ١٦، شماره
خمينی، روح الله (١٣٩٢) كتاب البيع (امام): مؤسسه تنظيم و نشر آثار الإمام الخمينی (قدس سره).
خوانساری نجفی، موسی (١٣٧٣) منيه الطالب: جلد ١، المكتبه المحمديه.
خوئی، سيد ابوالقاسم (١٤١٨) موسوعه الإمام الخوئي: جلد ٣٧، مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئي.
رشتی، حبيب الله بن محمد علي (بی تا) كتاب الإجاره (رشتی)
روحانی، محمد صادق (١٤٣٥) فقه الصادق: جلد ٢٧، آيين دانش.
زارعی سبزوارى، عباسعلی (١٤٣٥) القواعد الفقهيہ في فقه الإماميه، جلد ٨، جماعه المدرسين في الحوزه العلميه بقم. مؤسسه النشر الإسلامی.
سيستاني، علی (١٤١٥) منهاج الصالحين: جلد ٢، مكتب آيه الله العظمى السيد السيستاني.

شبییری زنجانی، سید موسی (۱۴۰۰) پایگاه اطلاع رسانی: سوالات شرعی، صفحه دوم، سوال اول.

صدر، محمد، نویسنده خمینی، روح الله (۱۴۳۲) کتاب البیع: جلد ۴، محبین
_____ (۱۴۳۰) ما وراء الفقه: جلد ۴، دار الأضواء.

صفایی، سید حسین؛ رحیمی، حبیب اله (۱۳۹۱) مسئولیت مدنی (الزمهای خارج از قرارداد): انتشارات سمت.

صیمری، مفلح بن حسن، محقق جعفر کوثرانی (۱۴۲۰) غایه المرام فی شرح شرائع الإسلام: جلد ۴، دار الهادی.

عراقی، ضیاء الدین، نائینی، محمد حسین، محرر ابوالفضل نجم آبادی (۱۴۲۱) الرسائل الفقهیه: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (علیه السلام).

فاضل، محمدجواد (۱۳۹۶) ضمان انخفاض قيمه النقد: مركز فقه الأئمة الأطهار (عليهم السلام).

فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۷) تفصیل الشریعه (کتاب الغصب و إحياء الموات و المشتركات و اللقطه): مركز فقه الأئمة الأطهار (عليهم السلام).

_____ (۱۴۲۵) خارج فقه غصب: جلسه ۲۶.

قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۹۱) الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد: میزان، چاپ نهم.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷) حقوق مدنی (وقایع حقوقی): شرکت سهامی انتشار.

محسنی، محمد آصف (۱۳۸۲) الضمانات الفقهیه و أسبابها: انشارات پیام مهر.

مدرسی، محمد رضا، محرر عبدالله امیرخانی، محقق جواد احمدی (۱۳۹۳) مقالات فقهی (معونه الظالمین، الولاية من قبل الجائر و جوائز السلطان): دار التفسیر.

مدرسی، محمد رضا، محرر عبدالله امیرخانی و جواد احمدی (۱۳۹۳) البیع: جلد ۲، دار التفسیر.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۰) قاعده لا ضرر: امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۷۹) قواعد فقهیه: جلد ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، مؤسسه چاپ و نشر عروج.

موسوی خوانساری، احمد، مصحح علی اکبر غفاری (۱۳۵۵) جامع المدارک فی شرح المختصر النافع: جلد ۵، مکتبه الصدوق.

میرشکاری، عباس (۱۳۹۰) بررسی استحقاق غاصب نسبت به افزایش قیمت مال مغضوب:

فصلنامه خبری و آموزشی قضاوت، پیاپی ۷۴ (بهمن و اسفند).

نجفی، محمد حسن (۱۴۲۱) جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام: جلد ۱۹ و ۳۷، مؤسسه دائره

المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (عليهم السلام).