



## The Feasibility of Transfer from “Property” (‘Ayn) to “Substitute” (Badal) in Responsibility Arising from Usurpation

Hamid Masjedsaraie<sup>1</sup>  | Hojjat Mobayen<sup>2</sup>  | Mohamad Baghr Amerinia<sup>3</sup> 

1. Corresponding Author, Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran. Email: [h\\_masjedsaraie@profs.semnan.ac.ir](mailto:h_masjedsaraie@profs.semnan.ac.ir)
2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran. Email: [mobayen@shirazu.ac.ir](mailto:mobayen@shirazu.ac.ir)
3. Associate Professor, Department of Law, Yasouj Branch, Islamic Azad University, Yasouj, Iran. Email: [5159601384@iau.ir](mailto:5159601384@iau.ir)

### Abstract

It has become known among the scholars of jurisprudence and law, based on the jurisprudential and legal advice, that the responsibility of the usurper is an objective responsibility. Responsibility for the objective realization of usurper has been raised in absolute terms, and often according to the famous principle, "The usurper is punished in the most severe conditions", no distinction has been made between assuming the imposition of enormous costs on the usurper or inflicting immaterial losses such as loss of life, honor and psychological harm on the usurper in case of an assignment to reject the same, assumption of the mingling of the property of the usurped with another's property and the possibility of its separation along with the extent of the destruction, the assumption of the mingling of the same usurped property with the equivalent property and between the assumption of conditions that do not have such consequences; and this assignment, is emphasized as irrevocable or inconvertible. In this regard, the question arises as to whether a solution can be found to depart from this application and resort to substitution in the assumption of the existence of the property or not? And if the answer is affirmative, what is its jurisprudential basis? The present study, using a descriptive-analytical method, has concluded that according to the famous view, or perhaps the consensus of jurists on the obligation to reject the absolute in favor of the usurper, this ruling is a primary ruling and its abolition is possible as a secondary ruling based on conditions such as harm (darar), distress and constriction, and desperate necessity. The present research defends and confirms this theory and emphasizes it through processing the theoretical foundations mentioned.

**Keywords:** objective responsibility of the usurper, primary ruling, secondary ruling, removal of objective responsibility.

Print ISSN: 2008-8744  
online ISSN: 2228-7612

# Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law

University of Tehran  
Faculty of Theology  
and Islamic Studies



**Cite this article:** Masjedsaraie, H., Mobayen, H., & Amerinia, M. B. (2024). The Feasibility of Transfer from “Property” (‘Ayn) to “Substitute” (Badal) in Responsibility Arising from Usurpation. *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, 57 (1), 53-69. (in Persian)

**Publisher:** University of Tehran Press.

© The Author(s).

DOI:<https://doi.org/10.22059/jjfil.2024.374110.669661>



**Article Type:** Research Paper

**Received:** 9-Apr-2024

**Received in revised form:** 4-Jul-2024

**Accepted:** 14-Jul-2024

**Published online:** 25-Oct-2024



## امکان سنجی انتقال از «عین» به «بدل» در مسئولیت ناشی از غصب

حمید مسجد سرائی<sup>۱</sup> | حجت مبین<sup>۲</sup> | محمد باقر عامری نیا<sup>۳</sup>

۱. نویسنده مسئول، استاد، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران. رایانامه: [h\\_masjedsaraie@profs.semnan.ac.ir](mailto:h_masjedsaraie@profs.semnan.ac.ir)
۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: [mobayen@shirazu.ac.ir](mailto:mobayen@shirazu.ac.ir)
۳. دانشیار، گروه حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران. رایانامه: [iau.ir@5159601384](mailto:iau.ir@5159601384)

### چکیده

در میان دانش پژوهان فقه و حقوق، مبتنی بر مبانی فقهی و نصوص قانونی، چنین شهرت یافته که مسئولیت غاصب، مسئولیتی عینی است. مسئولیت عینی غاصب به صورت مطلق مطرح گردیده و غالباً با استناد به قاعده معروف «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال»، بین فرض تحمیل هزینه‌های هنگفت بر غاصب یا تحمیل خسارات غیر مادی از قبیل ضررهای جانی، آبرویی و روحی روانی بر غاصب در صورت تکلیف به رد عین، فرض ممزوج شدن مال مغضوب با مال دیگری و امکان جداسازی آن همراه با حدوث خرابی، فرض ممزوج شدن عین مغضوب با مال مماثل و بین فرض شرایطی که چنین پیامدهایی نداشته باشد، فرق گذاشته نمی‌شود و این تکلیف غیر قابل تخفیف یا تبدیل، تأکید می‌شود. در همین راستا جای طرح این سؤال است که آیا چاره ای برای خروج از این اطلاق و روی آوردن به بدل در فرض وجود عین، می‌توان یافت یا خیر؟ و در صورتی که پاسخ مثبت باشد مبنای فقهی آن چیست؟ تحقیق حاضر با روش توصیفی تحلیلی به این نتیجه دست یافته است که در فرضی که رد عین، مستلزم ورود ضرر هنگفت مادی به غاصب باشد اگرچه نظریه مشهور بلکه اجماعی فقها، مبنی بر وجوب رد عین بر غاصب است، لیکن این حکم، حکمی اولیه بوده و رفع آن به صورت حکم ثانوی و بر پایه شرایطی از قبیل ضرر، عسر و حرج و اضطراب امکان پذیر می‌باشد. پژوهش پیش رو با پردازش مبانی نظریه مذکور، از آن دفاع نموده و مورد تأیید و تأکید قرار داده است.

**کلیدواژه‌ها:** مسئولیت عینی غاصب، حکم اولی، حکم ثانوی، رفع مسئولیت عینی.

**استناد:** مسجد سرائی، حمید، مبین، حجت، و عامری نیا، محمد باقر (۱۴۰۳). امکان سنجی انتقال از «عین» به «بدل» در مسئولیت ناشی از غصب. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۷ (۱)، ۶۹-۵۳.

نوع مقاله: علمی-پژوهشی

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۲۱

© نویسندگان

بازنگری: ۱۴۰۳/۰۴/۱۴ DOI: <https://doi.org/10.22059/jzfil.2024.374110.669661>

پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۲۴

انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۰۴



## مقدمه

عبارت «مسئولیت غاصب، مسئولیتی عینی است» جمله ای شناخته شده نزد آشنایان به علم حقوق و فقه است. شهرت این حکم به اندازه ای است که نیاز به معرفی منبع قانونی یا فقهی ندارد. مطابق این حکم، غاصب می‌باید عین مالی را که از تصرف حقیقی یا حکمی صاحب مال خارج و غصب نموده است، مسترد نماید. ردّ عین در مسأله غصب دارای دو جنبه تکلیف و حق است. بدین توضیح که غاصب، مکلف به ردّ عین است و نمی‌تواند به جای آن مثل یا قیمت را برگرداند و از آن سو، صاحب مال نیز حق دارد عین مال خود را به هر نحو که برایش ممکن باشد از استیلائی غاصب، خارج و تحت سلطه دوباره خود در آورد.

حمایت فقهی از این حق تا بدانجاست که فقها نسبت به آن، حکمی قاعده گونه داده‌اند. عبارت معروف «الغاصب یؤخذ بأشَقِّ الأحوال»<sup>۱</sup> در همین خصوص است. عبارت مزبور چنین دلالت دارد که با غاصب به سخت‌ترین حالت رفتار می‌شود. واژه «اخذ» یعنی «گرفتن» که با نوعی استیلاء، قهر و غلبه همراه است و به همین خاطر به اسیر، «مأخوذ» گفته می‌شود. (مصطفوی، ۱۴۰۲: ج ۱: ۴۱) در این عبارت کنایه از اعمال شدت عمل نسبت به اوست. همانگونه که لفظ «أشَقِّ» از نظر صرفی، افعال تفضیل است و بیشترین سختگیری ممکن را افاده می‌نماید. بر این اساس، اموری همچون مهلت ندادن به غاصب برای بازگرداندن عین و الزام او به ردّ عین، مصداق سختگیری مورد نظر در این عبارت می‌باشد.

آنگونه که برخی از اهل تحقیق گفته‌اند، این اصطلاح را نخستین بار فخرالمحققین به کار برده و به آن به عنوان دلیل استناد جسته است (علی شاهی، ۱۳۹۰: ۱۵۰). البته اگر مفاد جمله مزبور قاعده‌ای فقهی به شمار آید، همانگونه که برخی از فقها چنین دیدگاهی نسبت به آن دارند؛ (فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ج ۲: ۱۸۱) باید آن را یک قاعده اصطیادی عقلایی دانست؛ چه این که نصّ خاص شرعی که متضمن عبارت مورد بحث باشد، وجود ندارد. برخی برای قاعده انگاری آن، به حدیث نبوی معروف «لیس لیرق ظالم حق» استناد کرده‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۹: ج ۹: ۱۶۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ج ۱: ۱۰۹؛ رشتی، ۱۳۸۸: ۱۴۵). بر پایه همین حکم سختگیرانه است که گفته‌اند می‌توان عین مال را از غاصب بازپس گرفت؛ حتی اگر منجر به ورود خسارت به غاصب باشد (روحانی، ۱۴۱۲: ج ۱۵: ۲۱۵). برخی از حقوقدانان ردّ عین مغضوب را حکمی عرفی و از تکالیف بدیهی و از حقوق فطری دانسته‌اند. نه این که حکمی تأسیسی از ناحیه شارع باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ج ۴: ۱۷۶).

<sup>۱</sup> برخی معتقدند تنها امری که از این قاعده حمایت می‌کند شهرت بین فقیهان است؛ زیرا در مسائل بسیاری از آن یاد کرده‌اند. برخی نیز این عبارت را معروف بین محصلین دانسته و برخی نیز آن را نشأت گرفته از فقیه غیر مسلمانان تلقی کرده‌اند (خدابخشی، ۱۳۸۹: ۱۱۵-۱۱۴)؛ برای مطالعه بیشتر همچنین رجوع کنید به: علیشاهی قلعه جوقی، ۱۳۹۱: ۱۲۶-۱۲۷).

برخی از فقها مسئولیت عینی غاصب را اینگونه بیان کرده‌اند: «ردّ عین مغضوب واجب است مطلقاً، حتی نسبت به غاصب ورشکسته و در فرضی که ردّ عین، متوقف بر صرف کردن هزاران کرور باشد تا چه رسد به غیر چنین شخصی، زیرا باقی گذاردن مال مغضوب نزد غاصب، همانند غصب ابتدایی آن، به واسطه متضرر شدن غاصب، هیچ‌گونه مجوّزی ندارد (رشتی، ۱۳۸۸: ۱۴۵). البته این فقیه، فرضی را که ردّ عین موجب ضرر غیر مالی (آبرویی و جانی) بر غاصب شود را مستثنی نموده و گفته در چنین حالتی ممکن است حکم به وجود ردّ عین، منع شود؛ زیرا حفظ جان و آبرو از مهم‌ترین واجبات است و بر تکالیف دیگر حتی اگر حق الناس باشد، تقدم و ترجیح دارد (همان).

ماده ۳۱۱ قانون مدنی ایران نیز همین حکم را بازتاب داده و چنین مقرر داشته‌است: «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن ردّ نماید و اگر عین تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری ردّ عین ممکن نباشد، باید بدل آن را بدهد»؛ از اینرو، شارحین قانون مدنی گفته‌اند مسئولیت غاصب درباره تلف و نقص عین مال مغضوب، مسئولیتی عینی است و قطع نظر از سبب حادثه بر عهده غاصب قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۴). علاوه بر ماده مزبور که ناظر به جنبه تکلیفی ردّ مال و متوجه غاصب است، ماده ۳۱۶ به جنبه حق بودن رجوع به غاصب برای صاحب مال اشاره دارد: «مالک می‌تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا هریک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند.»

ماده ۶۶۷ از بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی نیز متضمّن همین حکم است: «در کلیه موارد سرقت و ربودن اموال مذکور در این فصل، دادگاه علاوه بر مجازات تعیین شده، سارق یا رباینده را به ردّ عین و در صورت فقدان عین به ردّ مثل یا قیمت مال مسروقه یا ربوده شده و جبران خسارت وارده محکوم خواهد نمود.» بدین ترتیب، موضوع مسئولیت عینی غاصب امری مسلم در حقوق ایران و فقه امامیه می‌باشد. ظاهراً در فقه اهل سنت نیز به همین صورت است. یکی از فقیهان معاصر ضمن اعلام اجماعی بودن این حکم در میان مذاهب اهل سنت، مستند آن را قاعده فقهی «علی الید ما أخذت حتی تؤدّیه» و حدیث منتسب به پیامبر (ص): «لَا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ جَادًّا وَلَا لَاعِبًا وَلَا إِذَا أَخَذَ أَحَدُكُمْ عَصَاً فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ» دانسته‌است (الزحیلی، ۱۴۲۷: ج ۶: ۴۸۰۰).

اما در اینجا چند سؤال اساسی وجود دارد. اولین سؤال این است که مسئولیت عینی غاصب تا چه اندازه دارای مبنای فقهی-حقوقی است؟ سپس آن که این حکم استثناء پذیر هست یا نیست؟ چه این که ممکن است حکم مورد بحث به موجب حکمی ثانوی، تغییر یابد و در نتیجه، غاصب در برخی شرایط نسبت به تکلیف ردّ عین، معاف شود. همچنین فلسفه مسئولیت غاصب مبنی بر ردّ عین، چیست؟ بدیهی است که اگر بتوان با بازخوانی مبانی به این نتیجه رسید که فلسفه مسئولیت، جبران زیان وارده به صاحب مال است، در این صورت نمی‌توان به طور جزم گفت جبران مورد بحث فقط با ردّ عین حاصل می‌شود؛ بلکه ممکن است فرضی یافت که عین برای صاحب مال اهمیت نداشته باشد و با بدل نیز جبران صورت می‌گیرد. اما اگر فلسفه آن، علاوه بر جبران زیان وارده به صاحب مال، تنبیه

غاصب است، در این صورت، حکم به ردّ عین به طور مطلق، غیر منطقی نیست. گو این که راه دیگری هم برای تنبیه غاصب وجود داشته باشد. مانند کیفرهایی که در قوانین جزایی مقرر شده است. به هر روی مسأله را باید با تفصیل و بر اساس فرض‌های مختلف مورد بررسی قرار داد که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

### ۱. فرض موجود بودن عین و امکان ردّ آن بدون تحمل هزینه گزاف

گاهی اوقات عین مغضوب نزد غاصب موجود بوده و یا اگر نزد او نیست به آن دسترسی دارد. حالتی که غاصب می‌تواند بدون تحمل هزینه هنگفت یا به تعبیر دیگر، بدون این که خسارت قابل توجهی به وی وارد شود، عین را به صاحبش مسترد نماید. در این فرض، تردیدی نیست که نمی‌تواند با دادن بدل (اعم از قیمت و مثل) خود را از مسئولیت ردّ عین رها سازد، زیرا اولاً؛ بقاء عین متعلق به غیر نزد او، هیچ توجیه حقوقی ندارد و شرع و قانون آن را بر نمی‌تابد. ثانیاً؛ شرایطی که اقتضای حکم ثانوی معافیت بخش را داشته باشد، وجود ندارد. نه خسارت سنگین بر غاصب وارد می‌آید که فی‌المثل بتوان با استناد به قاعده لاضرر، او را از این جهت معاف از ردّ عین کرد و نه جایی برای قاعده نفی عسر و حرج است که از این بابت از او رفع تکلیف کرد.

درواقع باید گفت قدر متیقّن از شمول قاعده مسئولیت عینی غاصب، همین فرض است. ادله ای چون قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه»، «لیس لیرق ظالم حقّ»، «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال»، به روشنی، فرض مورد بحث را شامل می‌شود. فقهای امامیه نسبت به حکم لزوم ردّ عین، اجماع دارند (نجفی، ۱۴۴۰: ج ۳۸: ۱۱۱) و حتی برخی، این احتمال را قریب دانسته‌اند که از ضروریات مذهب امامیه، تلقی شود (عاملی، ۱۳۹۱: ج ۱۸: ۲۱۲). اهل سنت نیز به شرحی که گذشت نسبت به آن اتفاق نظر دارند. فقها با استناد به قواعد یاد شده در فوق و نیز روایات فقهی متعدد، تحت عنوان «المغصوبُ مردودٌ کله» یا «کُلُّ مغصوبٍ مردودٌ»، لزوم ردّ عین را به عنوان یک اصل اولی و مهم، مطرح کرده‌اند (نجفی، ۱۴۴۰: ج ۳۸: ۸). در کتب مربوط به احادیث فقهی بابی تحت عنوان «باب تحریمه و وجوب ردّ المغصوبِ الی مالک» گشوده شده و ذیل آن احادیث ناظر به همین حکم، آورده شده است (حرّ عاملی، ۱۳۶۷: ج ۱۷: ۳۰۸-۳۱۱). علاوه بر ادله نقلی شرعی، اساساً ردّ مال در فرض مورد بحث، دارای پایگاه عرفی است و پشتوانه ای از حکم عقل را دارد. معاف نمودن غاصب از ردّ عین و دادن اختیار انتخاب بدل، مفهومی جز مسلط ساختن او بر مال متعلق به غیر بدون مجوّز شرعی و قانونی، ندارد. به لحاظ قواعد کلی حقوقی نیز هیچ موجبی برای سلب رابطه مالکیت صاحب مال با مال به غصب رفته اش در این فرض وجود ندارد؛ لذا از نظر حقوقی این فرض، قدر متیقّن حکم مسلم ردّ مال مغضوب به صاحبش به شمار می‌آید.

## ۲. فرض موجود بودن عین و امکان رد آن همراه با ورود خسارت به غاصب

گاهی عین مغضوب موجود است و امکان رد آن نیز برای غاصب وجود دارد؛ ولی مستلزم هزینه‌های سنگینی بر او می‌باشد. این فرض را به لحاظ مبنایی می‌توان از دو جهت مورد بررسی قرار داد. مبنایی که مسئولیت عینی غاصب را جبران زیان وارده بر صاحب مال می‌داند چه این که سلب سلطه مالک بر مال خود، زیان بر او به شمار می‌آید و مبنای دیگر که با رویکرد تنبیهی است. بدین توضیح که باید بر غاصب سخت گرفت، زیرا به حریم مال دیگران تجاوز کرده است. البته این مبنا قابل خدشه است، زیرا آن چه که از بُعد حق خصوصی صاحب مال در مسأله غصب مورد نظر است، فلسفه ای است که حکم رد مال را اقتضا می‌کند.

بدین ترتیب، رویکرد تنبیهی غاصب در قالب الزام او به رد مال در هر صورت [حتی بر فرض تحمل هزینه‌های هنگفت] نمی‌تواند فلسفه حتمی مسئولیت غاصب تلقی شود. لذا چه بسا بتوان غاصب را به نوعی دیگر از انواع تنبیه‌ها محکوم کرد و در عین حال، او را معاف از رد عین در فرض مورد بحث کرد. منظور این که با این مبنا نمی‌توان امکان سلب مسئولیت رد مال را منتفی دانست و آن را مانع جدی تلقی کرد. لیکن اگر مناقشه مزبور مورد پذیرش واقع نشود و رد مال به طور قطع به عنوان تنبیه غاصب و حکم تکلیفی متصور باشد، در این صورت امکان تخفیف بر او و معاف نمودنش از رد مال، منتفی خواهد بود.

اما از جهت مبنای اول؛ یعنی مبنایی که فلسفه مسئولیت غاصب را جبران زیان به صاحب مال [مغضوب عنه] می‌داند؛ در این صورت، امکان معاف نمودن با جبران به نحو دیگر، قابلیت بحث و بررسی دارد. شاید به همین جهت است که برخی از فقها، معافیت غاصب را در فرض تحمیل هزینه‌های زیاد، از طریق حکم ثانوی ممکن دانسته‌اند، بخصوص در فرضی که تحمیل خسارت بر غاصب، از نوع خسارت غیر مادی باشد که باید در سه فرض: خسارت مادی زیاد، خسارت مادی اندک و خسارت غیر مادی، به طور جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

### ۲-۱. فرض امکان رد عین همراه با ورود خسارت هنگفت مادی

گاهی عین مال مغضوب موجود است، ولی رد آن به صاحب مال، موجب تحمیل خسارات هنگفت مادی بر غاصب می‌شود. بدین معنا که غاصب باید با تحمل هزینه‌های زیاد مال را برگرداند. در این خصوص بین فقها دو نظریه وجود دارد که به شرح آتی بررسی می‌شود.

#### ۲-۱-۱. نظریه عدم امکان سلب مسئولیت غاصب

بنابر یک نظریه، هیچ معافیتی در فرض مورد بحث برای غاصب نیست. او بنا به قاعده «الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال» و «خودکرده را تدبیر نیست»، باید هزینه‌ها را متحمل شود و ذمه خود را برئ نماید. برای تأیید این دیدگاه، استناد به قاعده اصولی «اشتغال ذمه یقینی، مستلزم تحصیل برأث ذمه یقینی



است» نیز ممکن است، زیرا ذمه غاصب نسبت به عین مغضوب، مشغول گردیده است که در این حقیقت تردیدی نیست؛ حال شک می‌کنیم که با شرایط پیش آمده، آیا با دادن بدل، ذمه او بری می‌شود یا نه؟ پاسخ این است که با شک، ذمه یقینی از بین نمی‌رود. همچنان که استصحاب بقاء حق صاحب مال بر عین مغضوب، نتیجه الزام غاصب را به ردّ عین حتی با تحمل خسارت، دنبال دارد. برخی از فقها تکلیف به ردّ عین را در این فرض تا آنجا تأکید کرده‌اند که باید عین را برگرداند حتی اگر به قول ایشان با صرف آلف کرور باشد: «وجوب رد المغضوب و إن استلزم أو توقّف علی ضرر کثیر أو اکثر بأضعاف» و نیز «رد المغضوب، الظاهر أنّه واجب مطلقاً حتی الفلّس فیما لو توقّف رده علی صرف آلف کرور فضلاً عن غیره، لأن ابقاء الغاصب کابتداء الغصب لایرخص فیہ بسبب تضرر المال» (رشتی، ۱۳۸۸: ۱۴۵). از نظر این گروه، همان‌گونه که غصب ابتدایی یعنی اصل غصب شرعاً و عقلاً حرام است، تداوم آن و باقیماندن مال مغضوب نزد غاصب یا هر شخصی که به هر حال غاصب سبب آن بوده، ممنوع می‌باشد.

گاهی نیز به این جمله امام علی (ع) استناد می‌کنند که «الحجر الغصیب فی الدار رهنّ علی خرابها: سنگ غصبی در بنای خانه، گرو ویرانی آن است» (نهج البلاغه، قصار ۲۴۰). البته این عبارت همان‌گونه که سید رضی در ذیل آن یاد آوری نموده، از پیامبر نیز نقل شده است. هرچند در بسیاری از منابع با مضامینی چون «الحجر المغضوب رهن لخرابها»، «الحجر الغصیب فی البنیان رهن علی الخراب»، «الحجر المغضوب رهن بخرابها»، همگی منتسب به امام علی (ع) شده است (حسینی الخطیب، ۱۴۰۵: ج ۴: ۱۸۸). به هر روی، این نص دلالت بر آن دارد که خارج نمودن سنگ غصبی حتی اگر منجر به تخریب بنا شود، حقّ مغضوب عنه است. واژه به کار رفته در تشبیه به رهن بدین معناست که همان‌گونه که فک رهن با پرداخت بدهی فوریت دارد، ردّ نمودن سنگ غصبی به صاحبش همین حکم را دارد.

جالب توجه این که فقها، یک فرع فقهی را در مبحث غصب مطرح نموده‌اند مبنی بر این که اگر شخصی، لوحی [تخته‌ای] را غصب کرده و در کشتی خود وارد نماید، ولی نداند که در کدام یک از کشتی‌های او بوده، کندن همه الواح مشابه نصب شده در کشتی هایش بر وی واجب است (شهید ثانی، ۱۳۸۷: ۵۷). روشن است که چنین اقدامی موجب ورود چه اندازه خسارت به غاصب می‌شود. این سختگیری نشان دهنده شدت مسئولیت غاصب نسبت ما ردّ مال مغضوب به صاحبش می‌باشد. این فقیه در فرعی دیگر چنین نظر داده که اگر شخصی یک صاع گندم را از کسی غصب نماید و با گندم‌هایی دیگر مخلوط شود، از آنجا که حکم به انتقال به مثل [ردّ مثل] نمی‌شود، غاصب می‌باید هر دو صاع را به مغضوب عنه در صورت مطالبه او، تسلیم نماید؛ زیرا استرداد گندم‌های غصب شده جز از این طریق ممکن نیست و او در این فرض شریک گندم‌ها می‌شود. این فقیه آنگاه دیدگاهی را که مال غصب شده در فرض مورد بحث، در حکم مال تلف شده می‌انگارد را بر نمی‌تابد و آن را خارج از موضوع مورد بحث می‌داند (همان: ۵۸).

ظاهراً ماده ۳۱۳ قانون مدنی بر گرفته از همین فرع فقهی باشد: «هرگاه کسی در زمین خود با مصالح متعلق به دیگری بنایی بسازد و یا درخت غیر را بدون اذن مالک در آن زمین غرس کند، صاحب مصالح یا درخت می‌تواند قلع یا نزع آن را بخواهد؛ مگر اینکه به اخذ قیمت تراضی نمایند.» البته همانگونه که برخی از حقوقدانان نیز گفته‌اند (باریکلو، ۱۳۹۷: ۱۸۶)، منظور از مصالح در این ماده مصالحی است که در صورت کندن و جدا ساختن از بنا، قابلیت استفاده مجدد را داشته باشد؛ مانند تیر آهن، درب و پنجره، آجر و غیره؛ اما اگر مصالح مغضوب چنین قابلیت را نداشته باشد، در این صورت، در حکم تلف است و باید حسب مورد مثل یا قیمت را بپردازد. هرچند برخی دیگر حتی در این فرض نیز حق مغضوب عنه را نسبت به استرداد عین مصالح مزبور، برای وی محفوظ می‌دانند؛ با این استدلال که هرچند مصالح با فرض مورد بحث در حکم تلف است، ولی حق صاحب آنها با این تلف سلب نشده است، (امامی، ۱۳۸۵: ج ۱: ۳۶۴) ولی این استدلال مورد مناقشه برخی واقع شده و گفته‌اند «این وجه معقول نیست، زیرا حق مالکیت مال نسبت به چیزی، تا زمانی معتبر است که آن مال لا اقل بالقوه قابل استفاده باشد. در صورتی که مال، اقتضا و شرایط انتفاع مشروع را نداشته باشد، عقلاً حق مالکیتی نسبت به آن برای کسی اعتبار نمی‌نمایند و در موضوع مورد بحث چون دیگری از مال استفاده کرده است، در حکم اتلاف است که باید مثل یا قیمت آن را پرداخت نماید؛ همانگونه که در فقه امامیه نیز اگر مال کاملاً قابل استفاده نباشد، حکم به پرداخت قیمت شده است؛ علاوه بر این قاضی باید به خواسته‌های معقول و متعارف طرفین رسیدگی و بر حسب سیره عقلا، حکمی صادر نماید که برای محکوم به دارای منفعت و از لحاظ اجتماعی نیز حافظ منافع جامعه یا حداقل ضرری نسبت به منافع جامعه نداشته باشد؛ در حالی که حکم به قلع مصالح ساختمانی که قابل استفاده مجدد نیست، نه تنها سودی برای محکوم به ندارد، نسبت به جامعه نیز زیانبار است؛ زیرا مصالح مزبور، سرمایه جامعه است...» (باریکلو، ۱۳۹۷: ۱۸۷). این دیدگاه در واقع با نگاه عقلی به موضوع پرداخته و سلب مالیت را در قالبی عقلی مطرح نموده است. استدلال مذکور بنابر دیدگاهی که مسئولیت غاصب را بر مبنای فلسفه جبران تحلیل می‌کند، استدلالی متین و پذیرفتنی است اما اگر مسئولیت مورد بحث، مبتنی بر تنبیه غاصب بدانیم در این صورت، استدلال مقبولی نخواهد بود. به علاوه اغراض مردم نسبت به اموال یا مال انگاری اشیاء تحت سلطه خود، متفاوت است. گاهی اشیاء خراب شده نیز برای آنها دارای اهمیت و ارزش مالی است؛ لذا نمی‌توان مالیت مال را لزوماً با معیار نوعی سنجید.

در هر صورت، فرع فقهی فوق‌الاشاره، در آشکال مختلف در کتب فقهی فراوان دیده می‌شود و همگی متضمن دیدگاهی است که رد مال مغضوب را الزامی می‌داند؛ حتی اگر موجب تحمیل ضررهای زیادی به غاصب شود. از نقطه نظر ادله، استناد به روایاتی که ضمن نهی از غصب مال دیگران، وجوب رد مال مغضوب را علی‌الاطلاق گوشزد کرده‌اند، حکم عقل به رد مال مغضوب به همین صورت و این که این هزینه‌ها در واقع ناشی از اقدام خود غاصب است از جمله مهم‌ترین ادله آنان می‌باشد (ر. ک: رشتی، ۱۳۸۸: ۱۴۳-۱۴۶).

**۲-۱-۲. نظریه امکان سلب مسئولیت غاصب**

گروهی دیگر از فقها با روی آوردن به قاعده ثانوی، امکان منتفی نمودن مسئولیت غاصب به ردّ عین در فرض مورد بحث را مطرح نموده‌اند. این گروه، موضوع مسئولیت غاصب را نسبت به ردّ عین ولو با تحمل هزینه‌های زیاد و ورود ضرر هنگفت بر او مردود نمی‌دانند؛ لیکن این مسئولیت را حکم اولیه تلقی کرده و سپس با استدلالاتی، عدم مسئولیت را به عنوان حکم ثانوی، محتمل یا منطقی عنوان می‌نمایند.

از نظر اصولی، گاهی احکام اولیه شرع تحت الشعاع شرایط خاص قرار می‌گیرند و تکلیف مرتفع می‌شود و جای خود را به حکم آسان می‌دهد. گاهی از حکم اولی به تکلیف اصلی و از حکم ثانوی به حکم عارضی تعبیر می‌شود (اصفهانی، ۱۴۰۴: ۳۳۵). حکم اولیه، حکمی است که مؤدای ادله نقلی یا منطبق بر دلیل قطعی عقلی است لیکن عواملی چون اضطرار، تقیه، عسر و حرج، ضرر، عجز مکلف، خوف، به وجود آمدن شرایط اهم، مریضی و ... موجب رفع تکلیف اولیه و عروض حکم جدیدی می‌شود که از آن به حکم ثانوی تعبیر می‌نمایند. احکام ثانویه آن دسته احکام است که شارع طبق مصالح و مفاسدی که در ذات موضوع وجود دارد، آنها را وضع می‌کند و احکام ثانویه احکامی است که با لحاظ وضعیت خاص و استثنایی که مکلف با آن مواجه می‌شود، صادر می‌گردد (الهیان و خادمی، ۱۳۹۱: ۷۷). در این که تقدم حکم ثانوی بر حکم اولی از باب تخصیص (تخصیص عمومات مرتبط با حکم اولی به وسیله ادله ناظر به حکم ثانوی) یا حکومت (حکومت ادله حکم ثانوی بر ادله حکم اولی) یا تعارض (تعارض ادله حکم ثانوی و ادله حکم اولی) است، بین علمای علم اصول اختلاف نظر وجود دارد (ر. ک: لطفی، ۱۳۷۹: ۵۱۳). به نظر می‌رسد توجیه آن بر مبنای تعارض، مقبول تر باشد؛ زیرا شرایط جدید به وجود آمده در واقع معارض با ادله تشریح اولیه می‌باشد؛ همچنان که برخی از مشاهیر فقه و اصول روی آوردن به حکم ثانوی را بر مبنای تعارض تحلیل کرده‌اند (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۸۶؛ شیخ انصاری، ۱۴۴۲: ج ۲: ۴۶۲).

به هر صورت، حکم ثانوی قابل طرح در مسأله مورد بحث، عمدتاً بر دو مبنای ضرر و غیر و حرج قابل بررسی می‌باشد که لازم است جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

**۲-۱-۲-۱. حکم ثانوی به استناد قاعده لاضرر**

پس از آشنایی اجمالی با حکم اولی و ثانوی و نسبت بین آنها، اکنون به مسأله مورد بحث پرداخته می‌شود. برخی از فقها روی آوردن به بدل در مسئولیت غاصب نسبت به ردّ عین در فرض موجود بودن عین همراه با تحمل هزینه‌های زیاد را بر مبنای حکم ثانوی با استناد به قاعده لاضرر امکان سنجی کرده‌اند. یکی از فقها با طرح این مسأله که اگر در غصب مال مثلی، تهیه مثل پیدا نشود مگر با قیمت بیشتر از آن و امثالش، آیا در این صورت مسئولیت غاصب منتقل به درجه سوم [پرداخت قیمت] می‌شود و مثل موجود به منزله عدم وجود است یا اینکه باید مثل را با قیمت بیشتر بخرد و به مغضوب

عنه تحویل دهد چراکه این غرامتی است که باید بابت عین تلف شده، تحمل نماید، ضمن پاره ای تفصیل در نهایت می‌گوید: «انصاف این است که در چنین فرضی، مقتضای ارتکاز عرفی، این است که ذمه خود را فارغ [برئ] نماید و آنچه را گرفته با پرداخت مثل ادا نماید و واجب است مثل را هرچند با پرداخت چند برابر قیمت بخرد [لیکن] این تکلیف به عنوان اولیه آن است ولی به عنوان [دیگر] که در چنین فرضی وجوب تهیه مثل، ضرری است و از طرفی حکم ضرری در شریعت اسلام نفی شده است، پس موضوع چیزی دیگر خواهد بود که به ناچار باید به دقت در این موارد نگریست که آیا محل اجرای قاعده لاضرر هست یا نیست» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ج ۴: ۷۱). وی آنگاه چنین نتیجه می‌گیرد که: «اگر زیادتی قیمت مثل نسبت به نمونه‌های آن، به علت احتکار نمودن کسی است که مثل را دارد و موارد شبیه این، در این فرض قاعده لاضرر جاری می‌شود. اما اگر زیادتی قیمت مثل به خاطر کمبود آن در بازار است در این صورت قاعده لاضرر جاری نمی‌شود؛ زیرا طبیعی است که کالاهای کمیاب، ترقی قیمت پیدا می‌کنند و قیمتی افزون بر شرایط عادی دارند» (همان: ۷۲). ملاحظه می‌شود که این فقیه تحمیل هزینه‌های زیاد را بر غاصب در فرضی که خارج از شرایط متعارف است، بر نمی‌تابد و عدم مسئولیت اونسبت به مثل و جایگزینی قیمت که مرحله بعد از ردّ مثل در مبحث غصب است را به عنوان حکمی ثانوی بر مبنای قاعده لاضرر، حکم داده است.

در استدلالی دیگر چنین گفته شده که ردّ نمودن مال مغضوب به جهت جبران ضرر وارده بر مغضوب عنه است؛ آنگاه اگر این جبران مستلزم ضرر غاصب باشد در این صورت تعارض بین دو ضرر پیش می‌آید و صرف این که شخص، غاصب بوده موجب نمی‌شود که مراعات مغضوب عنه و ترجیح دادن ضرر وارده بر او به صورت مطلق و در هر صورت داده شود (ر. ک: رشتی، ۱۳۸۸: ۱۴۴) و بر این اساس ممکن است فرضی تصور شود که قاعده لاضرر شامل حال غاصب شود. به عنوان مثال، اگر غاصب واقعاً نسبت به بازگرداندن مال مغضوب اعلام آمادگی نماید و اقدامات جدّی نیز معمول دارد لیکن به علت عروض موانع خارج از اختیار او، نتواند عین مغضوب را برگرداند در این صورت، تحمیل هزینه‌های سنگین بر وی که مصداق بارز ضرر است، می‌تواند مشمول عنوان ضرر نفی شده در قاعده لاضرر شود.

در اینجا ممکن است گفته شود اجرای قاعده لاضرر در جانب غاصب، خلاف امتنان نسبت به مالک (مغضوب عنه) است و در نتیجه، تمسک به قاعده برای رفع مسئولیت عینی غاصب مخدوش شود. ایرادی که جای تأمل جدی دارد لیکن می‌توان چنین پاسخ داد که منتفی نمودن تکلیف ردّ عین همراه با تبدیل آن به بدل مناسب، امتنان مورد اشاره را تأمین می‌نماید. دیدگاهی که امکان تبدیل به بدل را در فرض مورد بحث پیشنهاد می‌دهد، این حالت را لحاظ می‌نماید که ضرر وارد بر مغضوب عنه با هزینه‌هایی که حسب فرض بر غاصب تحمیل می‌شود، برابری نمی‌نماید و از سوی دیگر، با دادن بدل مناسب به غاصب ضرر وارد بر او جبران می‌شود و در نتیجه، امتنان حاصل می‌شود.

ایراد دیگر این که غاصب با غصب مال غیر، علیه خود اقدام نموده است. توضیح این که کسی که عدواناً بر مال غیر استیلاء ید می نماید، در واقع خود را در معرض مسؤولیتی قرار داده که اقتضای عمل خود اوست که این مسؤولیت، امری وجدانی و منطقی است؛ لیکن دقت نظر این ایراد را نفی می نماید. به طور خلاصه می توان چنین گفت که تمسک به قاعده اقدام برای ردّ اجرای قاعده لاضرر و استنتاج حکم ثانوی مورد بحث، صحیح به نظر نمی رسد، زیرا اقدام غاصب نسبت به غضب لزوماً تمام اتفاقات بعد از غاصب را شامل نمی شود. از طرفی اجرای قاعده لاضرر همانگونه که در جای خود به اثبات رسیده (ر. ک: رشتی، ۱۳۷۷: ۱۴۳؛ حسینی مراغی، ۱۴۲۹: ج ۱: ۳۲۲)، مشروط و محدود به فرضی نیست که شخص، خود منشأ ورودش در ضرر نباشد بلکه ادله نفی ضرر عمومیت دارد و حتی فرضی را که خود شخص در منشأ ضرر نقش داشته نیز می شود. لذاست که در بحث خیار غبن که مبنای آن لاضرر است، حتی اگر مشتری ترک تفحص کرده و کالا را گران خریده، باز هم حق فسخ دارد (شیخ انصاری، ۱۴۴۲: ج ۵: ۱۶۷). به ندرت، فقیه (نجفی، ۱۴۴۰: ج ۲۴: ۷۴) و حقوقدانی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ج ۲: ۴۱۹) پیدا می شود که بین جاهل ملتفت و جاهل غیر ملتفت فرق گذاشته باشد.

نکته دیگری که قاعده ثانوی مورد بحث را تأیید می نماید این که در تعارض بین ضرر بیشتر و ضرر کمتر، باید جانب ضرر بیشتر را گرفت؛ یعنی قاعده لاضرر، نفی ضرر بیشتر را اقتضاء می کند (حسینی مراغی، ۱۳۷۷: ج ۱: ۲۳۸). در مانحن فیه ضرر مغضوب عنه، معادل بدل عین غضب شده می باشد، در حالی که ضرر غاصب-در فرضی که بخواهد عین مغضوب را با تحمل مبالغ هنگفتی که ارزش آنها بیش از ارزش عین خواهد شد ردّ کند-قهرماً ضرر بیشتر می باشد و در نتیجه، مطابق قاعده لاضرر باید او را معاف از این مسؤولیت کرده و مسؤولیت را حسب مورد، از عین به مثل یا به قیمت منتقل ساخت. با وجود این، همان گونه که در آغاز بحث اشاره شد، برخی از فقها جریان قاعده لاضرر را نسبت به غاصب نپذیرفته و چنین استدلال می نمایند که ضرری که خود غاصب به واسطه عمل عدوانی اش بر خود وارد کرده، قابل تخفیف نمی باشد (نجفی، ۱۴۴۲: ج ۳۸: ۱۱۵) در هر صورت، مسأله، مشکل و به لحاظ مبانی، اختلاف بر انگیز است.

#### ۲-۲-۱-۲. حکم ثانوی به استناد قاعده نفی عسر و حرج

از جمله اموری که سازنده قاعده ثانوی در تکالیف می باشد، وقوع شخص در عسر و حرج است. بدین توضیح که هرگاه تکلیف شرعی یا قانونی منجر به افتادن شخص در عسر و حرج شود، تکلیف ساقط می گردد. به بیانی دیگر، عسر و حرج، ضرر و مشقتی شدید یا فاحش است که عادتاً قابل تحمل نیست (کاتبی و همکاران، ۱۴۰۱: ۳۳۷)؛ مشقتی که در اثر تحمل هزینه های سنگین یا بیماری یا بی آبرویی یا رنج شدید بدنی یا فشارهای روحی و روانی می شود از جمله مصادیق عسر و حرج است. قاعده فقهی «نفی عسر و حرج» که در قوانین موضوعه نیز تا حدودی بازتاب یافته، عرصه های مختلفی از تکالیف عبادی و غیر عبادی را شامل شده و دارای کاربرد است. در خصوص مسؤولیت مدنی می توان به بند

۲ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ اشاره کرد که امکان تخفیف خسارت را در صورتی که اخذ کل خسارت از مسبب خسارت موجب تنگدستی او شود، پیشنهاد داده است.

بدواً باید توجه داشت که امکان سنجی اجرای قاعده نفی عسر و حرج نسبت به مسئولیت غاصب، مبتنی بر این است که این قاعده از اطلاق یا عمومیتی برخوردار باشد که حتی شامل فرضی شود که خود شخص منشأ ورود در عسر و حرج باشد که ظاهراً اینگونه است (رشتی، ۱۳۸۸: ۱۴۳). آنگاه شمول قاعده نسبت به غاصب، در فرضی است که تحمیل هزینه‌های هنگفت برای ردّ عین، واقعاً موجب عسر و حرج شود به مفهومی که در قاعده مزبور مورد نظر است؛ مثلاً یافتن و عودت عین مغضوب، مستلزم مسافرت طولانی و موجب مشقت بدنی شود که تمام آن سخت است و یا عین مغضوب، نزد شخص قدرتمندی باشد که هزینه‌های موجب حرج را طلب می‌کند؛ و یا به طور کلی، بازگرداندن عین مغضوب، سبب تحمیل هزینه‌هایی می‌شود که با صرف آنها در این راه، غاصب دچار تنگدستی می‌شود. در این صورت، ممکن است مسئولیت او را از جهت عسر و حرج و به عنوان حکمی ثانوی تبدیل به مثل یا قیمت کرد.

با وجود این، برخی از فقها با اشاره به آیه قرآنی «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ» (بقره: ۱۷۳؛ انعام: ۱۴۵؛ نحل: ۱۱۵)، لحاظ نمودن حالت اضطرار را که درجه ای شدید تر از عسر و حرج است، نسبت به غاصب نمی‌پذیرند؛ با این استدلال که آیه شریفه به روشنی دلالت دارد که اضطرار شامل کسانی می‌شود که اقدام آنها عدوانی و ستمگرانه نبوده باشد. بدین ترتیب غاصب از امتنان و احترامی که شرع برای شخص مضطر قائل شده، برخوردار نخواهد بود (نجفی، ۱۴۴۰: ج ۳۸: ۱۱۶). فقیهی دیگر در این باره گفته است: «رد مال مغضوب واجب است حتی اگر منجر به حرج غاصب و از دست رفتن مال او شود؛ مانند جایی که چوب غصبی در ساختمان یا تخته غصبی در کشتی نصب نموده باشد؛ چراکه بنای بر غصب، محترم نیست همچنان که مال غاصب در کشتی باشد و به واسطه جدا سازی عین مغضوب در معرض تلف یا حتی غرق کشتی او واقع شود، همین حکم را دارد (شهید ثانی، ۱۳۷۵: ج ۳: ۱۰۰). این فقیه فقط فرضی را مستثنی می‌کند که بیم غرق خود غاصب یا حیوان محترم یا مال متعلق به غیر غاصب برود که در این صورت فوریت کندن مال مغضوب منتفی و موکول به بعد از رسیدن کشتی به ساحل می‌شود.

## ۲-۲. فرض موجود بودن عین و امکان ردّ آن با تحمیل هزینه‌های جزئی بر غاصب

فرضی را می‌توان تصور کرد که امکان ردّ عین توسط غاصب وجود دارد؛ لیکن مستلزم صرف هزینه می‌شود. اما هزینه‌هایی که عرفاً هنگفت به حساب نمی‌آید. به نظر می‌رسد شمول ادله وجوب ردّ عین، شامل این فرض می‌شود؛ زیرا آن چه محل اختلاف بین فقها است و یا می‌تواند تحت قاعده ثانوی قرار گیرد این مورد را در بر نمی‌گیرد. دلیل مستثنی‌کننده دیگری نیز وجود ندارد. از این روست که فقها

تحمیل هزینه‌های استرداد عین مغضوب که به جای دیگری خارج از مکان غصب برده شده را مجاز دانسته و به وضوح حکم داده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۲۵: ج ۲: ۴۹۳).

نکته‌ای که به لحاظ قواعد اصولی می‌توان پذیرفت این است که تحمل چنین هزینه‌هایی توسط غاصب مصداق بارز مقدمه واجب است. بدین توضیح که رد مال مغضوب تکلیفی است که مقدمه آن صرف نمودن هزینه‌های متعارف می‌باشد. نسبت به وجوب مقدمه واجب بین علمای اصول اختلافی وجود ندارد. تنها اختلاف به این موضوع بر می‌گردد که این وجوب ذاتی یا تبعی است (ر. ک: مظفر، ۱۳۸۳: ج ۲: ۱۶۸) که به نظر می‌رسد نباید برای آن وجوب استقلالی قائل شد. یکی از حقوقدانان در همین خصوص می‌گوید: «عرف، امر قانونگذار را به دو فرمان مستقل تجزیه نمی‌کند و خطاب او را ناظر به مقدمه کار واجب نمی‌داند. مکلفان به حکم عقل ناگزیر از فراهم ساختن مقدمات تکلیف خود هستند ولی این الزام به خاطر اجرای تکلیف اصلی است و جدای از آن وجود ندارد. به بیان دیگر با واجب ساختن ذی المقدمه، قانون‌گذار نخواسته است که دو تکلیف مستقل برای مردم ایجاد کند» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ج ۳: ۲۳۸). غاصب به حکم عقلی مقدمه واجب، واجب است. برخی از بزرگان علم اصول تصریح کرده‌اند که در وجوب عقلی مقدمه واجب تردیدی وجود ندارد (نائینی، بی‌تا: ج ۱: ۲۱۳) باید هزینه‌های جزئی را متحمل شود. این مقدار هزینه نمی‌تواند بهانه خروج او از تکلیف شود.

### ۲-۳. فرض موجود بودن عین و امکان رد آن با تحمیل خسارت غیر مادی بر غاصب

گاهی اوقات امکان رد عین وجود دارد، لیکن صرفاً مستلزم هزینه‌های هنگفت نیست؛ بلکه موجب آسیب بدنی یا جانی یا آبرویی غاصب می‌شود. رفع مسئولیت رد عین در این فرض، حتی مورد قبول گروهی از فقهاست که نهایت سختگیری را بر غاصب روا می‌داشتند. یکی از همان فقیهان در این باره می‌گوید: «البته اگر رد عین مغضوب، مستلزم ضرر غیر مالی بر غاصب باشد، ممکن است وجوب آن منع شود زیرا حفظ جان و آبرو از مهم‌ترین واجبات است و در نتیجه بر غیر آنها مقدم است؛ حتی اگر آن تکالیف از جمله حقوق الناس باشد (رشتی، ۱۳۸۸: ۱۴۵). به نظر می‌رسد حکم مزبور اجماعی است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۹: ج ۱۰: ۵۲۰).

به نظر نگارندگان، این مسأله را می‌توان از باب قاعده تزامم، مورد تحلیل و بررسی قرار داد؛ بدین صورت که ادای تکلیف رد عین به عنوان امر مهم تلقی و نهی از اصرار به جان و آبروی شخص به عنوان تکلیف اهم لحاظ شود و روشن است که رعایت جانب اهم بر مهم تقدم و اولویت دارد. علمای اصول در مسأله تزامم، جانب اهم را مقدم دانسته و آن را بر اساس دلیل عقل ساخته و پرداخته کرده‌اند (ر. ک: آخوند خراسانی، ۱۴۱۴: ۱۸۳)؛ نتیجه این که، در فرض مورد بحث، غاصب، ملزم به رد عین است و امکان تبدیل مسئولیت او از عین به بدل وجود ندارد.

### ۳. ممزوج شدن مال مغضوب با مال دیگری و امکان جداسازی آن همراه با خرابی مال غیر

گاهی غاصب پس از اقدام به غصب، عین مغضوب را با مال خود یا مال دیگری ممزوج می‌نماید یا این‌که این اتفاق توسط ایادی غصب صورت می‌گیرد. در چنین مواردی وضع بر دو گونه است. گاهی جداسازی عین از مال غاصب یا غیر غاصب بدون به بار آمدن خرابی در آن مال امکان پذیر است که در این فرض، تردیدی در الزام غاصب به انجام آن نمی‌باشد زیرا جای اعمال هیچ‌یک از قواعد معافیت ساز نمی‌باشد؛ ضمن این‌که تفسیر محدود مبانی حکم یا قاعده ثانوی، همین اقتضا را دارد. اما گاهی جدا سازی منجر به خرابی می‌شود؛ حال یا خرابی کلی یا جزئی و به اصطلاح موجب ورود نقص در مال دیگری می‌شود. این مسأله، مشکل‌ترین مسأله مربوط به مسئولیت عینی غاصب است.

فقها این مسأله را تحت چند فرع فقهی از قبیل ممزوج شدن مصالح مغضوب ساختمانی با مصالح متعلق به شخص غاصب یا غیر غاصب و سپس نصب به کار رفتن آنها در ساختمان، نصب تخته در کشتی متعلق به غاصب یا غیر او، دوختن لباس با نخ غصبی، ممزوج شدن گندم و مانند آن در جنس مشابه، مطرح نموده و به تفصیل مورد بررسی قرار داده‌اند.

در این فروض، آن چه به نظر اجماعی می‌آید، فرضی است که جدا سازی مال مغضوب موجب به بار آمدن خرابی در مال شخص غاصب می‌شود و چنین حکم داده‌اند که اگر جدا سازی عین مغضوب به منظور رد آن به مغضوب عنه، منجر به خرابی یا نقص مال ممزوج شده متعلق به خود او گردد، مانع تکلیف به جداسازی و رد آن به مغضوب عنه نمی‌باشد (نجفی، ۱۴۴۰: ج ۳۸: ۱۱۲)؛ دلیل آن هم روشن است چراکه اولاً؛ غاصب علیه خود اقدام کرده‌است. ثانیاً؛ چنین الزامی مطابق قاعده‌است. ثالثاً؛ ادله سازنده حکم ثانوی نسبت به این فرض، قابل استناد نمی‌باشد.

فرض دیگری که باز به نظر اجماعی می‌رسد، جایی است که ممزوج شدن به نحوی باشد که دیگر ارزشی برای عین مغضوب در صورت جداسازی باقی نماند؛ مانند نخ‌های به کار رفته در لباس دوخته شده که در این فرض، مال مغضوب را در حکم تلف یا مصداق تلف عرفی می‌دانند و روشن است که نوبت به بدل می‌رسد (همان: ۱۱۲).

اما فرضی که مال مغضوب با مال غیر ممزوج و جداسازی آن موجب خرابی یا نقص مال غیر شود در این مورد برخی تکلیف به رد آن را با جداسازی اصرار دارند. البته باید خسارت وارده به غیر نیز توسط غاصب جبران شود و برخی دیگر آن را مصداق تلف دانسته و غاصب را موظف به پرداخت بدل به مغضوب عنه می‌دانند. (ر. ک: همان). در این فرض، ممکن است تبدیل مسئولیت غاصب از عین به بدل اقوی به نظر آید؛ با این استدلال که در اینجا دو تلف متصور می‌باشد: یکی تلف مال غاصب و آن در صورتی است که غاصب معاف از رد عین شود و دیگر، تلف مال غیر در صورتی که همچنان حکم



بر عدم معافیت غاصب شود. این در حالی است که بین دو تلف هیچ تفاوت و اولویتی وجود ندارد و از طرفی با مسؤل انگاری غاصب به جبران از طریق مثل یا قیمت، حق غیر ادا می‌شود لیکن در مقابل می‌توان چنین استدلال کرد که صرف متضرر شدن غیر در نتیجه عمل غاصب، موجب سلب حق مالکانه عینی مغضوب عنه از مال خود نمی‌شود، لذا باید عین مسترد گردد و غاصب ضرر وارد به غیر را جبران نماید.

#### ۴. فرض ممزوج شدن عین مغضوب با مال مماثل

گاهی عین غصب شده مالی است مثلی و با مال مشابه آن که متعلق به شخص غاصب یا غیر است ممزوج می‌شود. بدیهی است که در چنین مواردی بواسطه مشابهت دو مال، امکان جدا سازی وجود ندارد. این عدم امکان به نوعی محال عرفی به نظر می‌رسد و در نتیجه، ردّ عین به معنی واقعی کلمه به مغضوب عنه عملاً ممکن نخواهد بود. در خصوص این فرض با صرفنظر از احتمالات عدیده‌ای که بعضاً فاقد دلیل قابل توجه می‌باشد، عمدتاً دو احتمال مهم وجود دارد: یکی این که امتزاج صورت گرفته، در حکم تلف عین مغضوب به شمار آید و دیگر این که این امتزاج، به منزله حصول شرکت قهری برای مغضوب عنه و شخص غیر قلمداد شود. با این توجیه که مال هر دو عرفاً هویت متمایز و استقلال خود را از دست داده و هویت امتزاج یافته ثانوی یافته است. احتمال دوم منطقی تر به نظر می‌رسد همچنان که برخی از فقها به اقوی بودن آن تصریح کرده‌اند (رشتی، ۱۳۸۸: ۲۷۰)؛ لیکن باید توجه داشت که منطقی تر بودن احتمال حصول شرکت در فرضی است که عین مغضوب با مال ممزوج شده از نقطه نظر مرغوبیت با عدم مرغوبیت و به طور کلی از جهت کیفیت، مساوی باشد اما در صورت تفاوت، مسأله به این آسانی نیست. این فرض در دو حالت قابل طرح می‌باشد. حالتی که مال مغضوب از کیفیت برتری بر خوردار و حالتی که کیفیت آن پایین تر بوده است. پرداختن تفصیلی به این فرض خارج از ظرفیت مقاله حاضر است. اجمالاً اینکه در اینجا برخی نظر بر حصول شرکت و بعضی رأی بر تلف مال مغضوب داده‌اند (ر. ک: رشتی، ۱۳۸۸: ۲۷۵-۲۸۸؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۵: ج ۲: ۴۹۷-۵۰۲).

#### نتایج

از آن چه گفته شد این نتایج حاصل می‌شود که در مسأله ردّ مال مغضوب به مغضوب عنه در صورتی که عین موجود بوده و ردّ آن موجب ورود خسارت به غاصب یا غیر او نشود، غاصب می‌باید عین را مسترد نماید؛ اما اگر ردّ عین، مستلزم تحمیل هزینه و ورود ضرر به غاصب شود در این صورت باید بین ضرر مالی هنگفت و ضرر اندک فرق گذاشت. در فرض دوم، مسؤلیت ردّ عین، قابل رفع نیست بلکه تحمل هزینه‌ها از باب مقدمه واجب قابل توجیه می‌باشد. همچنین در فرض دوم اگرچه حکم اولیه، تکلیف وجوبی ردّ عین بوده و این حکم، مقتضای ادله شرعی و نصوص قانونی ناظر به جبران زیان

وارده به مغضوب عنه می‌باشد و ادله در این خصوص اطلاق دارد. لیکن رفع تکلیف به ردّ عین را در چنین فرضی می‌توان از رهگذر حکم ثانوی قابل توجیه دانست، هرچند همین امکان نیز می‌باید با تفسیر محدود اعمال شود. بر این اساس، چنانچه ردّ عین، مستلزم تحمیل هزینه‌هایی که عرفاً سازنده شرایط به وجود آمدن حکم ثانوی نمی‌شود یا محل تردید باشد در این صورت نمی‌توان حکم اولیه را نادیده گرفت. همچنین اگر ردّ عین، منجر به خسارت غیر مالی از قبیل ضرر بدنی یا آبرویی بر غاصب شود، رد عین حتی از نظر موافقان تحمیل هزینه‌های هنگفت مادی به غاصب، منتفی است. مطلب دیگر این که در مسأله ممزوج شدن عین غصبی با مال متعلق به غاصب حتی اگر جداسازی عین، منجر به تلف مال او شود باز هم تکلیف پابرجاست؛ اما اگر امتزاج در مال شخص دیگری غیر از غاصب، صورت گرفته باشد در این خصوص، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

## منابع

- آخوند خراسانی، ملا محمدکاظم (۱۴۱۴ق). کفایه الاصول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اردبیلی (مقدس)، احمد بن محمد (۱۴۰۹ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. تحقیق مجتبی عراقی و علی پناه اشتهاردی. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اصفهانى، شیخ محمدحسین (۱۴۰۴ق). الفصول الغریبه فی الاصول الفقہیہ. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیہ، چاپ اول.
- الهیان، مجتبی؛ خادمی، مریم (۱۳۹۱). واکاوی نسبت بین احکام و عناوین ثانویه با احکام و عناوین اولیه در فقه. پژوهش های فقهی، ۸ (۲)، ۵۹-۹۶.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۴۲ق). فرائد الاصول، چاپ بیست و نهم. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۴۲ق). کتاب المکاسب. چاپ بیست و ششم. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- جبعی عاملی (شهید ثانی). زین الدین بن علی (۱۳۸۷). تمهید القواعد. چاپ دوم. قم: بوستان کتاب
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). الفارق-دائرة المعارف عمومی حقوق. چاپ دوم. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حزّ عاملی، محمد بن حسن (۱۳۶۷). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. چاپ ششم. تهران: اسلامیه.
- حسینی الخطیب، سید عبدالزهراء (۱۴۰۵ق). مصادر نهج البلاغه و اسانیده. چاپ سوم. بیروت: دار الأضواء.
- حسینی روحانی، سید محمدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق. چاپ اول. قم: مؤسسه دار الکتاب.
- حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح (۱۴۲۹ق). العناوین، چاپ سوم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۹). الغاصب یؤخذ بأشقی الاحوال. فقه اهل بیت علیهم السلام، ۱۶ (۶۱)، ۱۰۷-۱۳۶.
- رشتی، میرزا حبیب الله (۱۳۸۸). کتاب الغصب. تصحیح و تحقیق حسن قاسمی. چاپ اول. تهران: مدرسه عالی شهید مطهری.
- الزحیلی، وهبه (۱۴۲۷ق)، الفقه الاسلامی و ادلته. تهران: احسان.

طوسی (ششیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۲۵ق). چاپ اول. المبسوط فی فقه الامامیه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

عاملی، سید محمد جواد (۱۴۹۱ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

علی شاهی، ابوالفضل (۱۳۹۰). مفهوم و مذاق شریعت در فرایند استنباط احکام فقهی، چاپ اول. قم: بوستان کتاب.

علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل (۱۳۹۱). نقد و تحلیل آرای فقهی در باب قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال» و قلمرو مصداقی آن. فقه و اصول، ۴۴ (۲)، ۱۲۵-۱۵۰.

فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۹). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. تصحیح سید حسین موسوی، عین پناه اشتهاردی و عبدالرحیم بروجردی. چاپ اول. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

کاتبی، محمدحسین؛ پورقصاب امیری، علی؛ بهنیافر، احمدرضا (۱۴۰۱). تأملی در مبانی حقّ بر محیط زیست در اسلام، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۴ (۲۹)، ۳۱۵-۳۴۴.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). ضمان قهری. چاپ اول. تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

\_\_\_\_\_ (۱۳۹۳). فلسفه حقوق. چاپ پنجم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

لطفی، اسدالله (۱۳۷۹). رابطه ادله احکام ثانویه با ادله احکام اولیه، فقه و اصول، ۴۹، ۵۱۱-۵۳۰.

مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. چاپ اول. تهران: مرکز کتاب لترجمه و النشر.

مظفر، محمدرضا (۱۳۸۳). اصول الفقه. چاپ اول. قم: دار الفکر.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیه. چاپ اول. قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع).

موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۷). القواعد الفقهیه. چاپ اول. قم: الیهادی.

نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۴۰ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. چاپ سوم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

نائینی، میرزا محمدحسین (بی تا). أجود التقریرات، تقریرات سید ابوالقاسم خویی. قم: مصطفوی.