

ماهیت تقاص و آثار حقوقی آن^۱

علی اکبر ایزدی فرد^۲، محمد محسنی دهکلانی^۳، فاطمه بابانیا^۴

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۲/۰۵/۰۷ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۳/۰۲/۱۴)

چکیده

تقاص به منظور ایجاب بدهکاران در برابر طلبکاران و با انگیزه پشتیبانی از بستانکارانی ایجاد شده است که برای احقاق حقوق خود، مدرکی مقبول مراجع قانونی در دست ندارند. اعمال تقاص گاه با اخذ عین مال مغضوبه و گاه با دریافت بدل حیلولة اجرایی می‌شود. فقها در نحوه سلطنت مقاص در جایی که وی به اخذ بدل اقدام می‌کند اختلاف دارند. برخی اعمال تقاص نسبت به بدل را موجب اباحه تصرف دانسته‌اند و برخی دیگر آن را محصل ملکیت دائم می‌دانند و حتی بعضی از آنان قول به تفصیل را انتخاب کرده‌اند. پذیرش هر یک از این نظرها، آثار و نتایج متفاوتی را به دنبال دارد، به‌ویژه آنجا که مقاص پس از اعمال حق تقاص و اخذ بدل، ممکن از تحصیل مبدل می‌شود. نویسندگان اجمالاً معتقدند که اخذ بدل حیلولة اثر واحدی ندارد و در فرض‌های مختلف، پیامدهای متفاوتی خواهد داشت. این مقاله با هدف تبیین قول مختار و نقد اقوال رقیب سامان یافته است.

کلید واژه‌ها: بدل حیلولة، تقاص، حق، دین، ملکیت دائم.

۱. این مقاله برگرفته از پایان‌نامه کارشناسی ارشد با موضوع بررسی فقهی و حقوقی ماهیت تقاص است که در تاریخ ۳۰ بهمن ۱۳۹۱ در دانشگاه مازندران دفاع شد.

Email: Ali85akbar@yahoo.com

۲. استاد دانشگاه مازندران، نویسنده مسئول:

Email: mmdehkalany@yahoo.com

۳. استادیار دانشگاه مازندران،

۴. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران
Email: goodnightmare1986@yahoo.com

۱. طرح مسئله

تجارت و تبادل کالا جزء جدایی‌ناپذیر زندگی بشری و پایه معاش و حیات اجتماع است، از این رو میان افراد، دیون و تعهداتی برقرار می‌شود که با پرداخت آن و بری شدن ذمه خود، می‌توانند حقوق بین خویش را سامان بخشند؛ اما آن هنگام که بدهکار در مقام انکار دین برآید یا حتی با پذیرفتن دین، از تأدیه آن سر باز زند، مقاصه راهیست که داین برای توصل به حق و بازپس‌گیری مالکیت خود (با رعایت مواردی که مخل نظم عمومی نمی‌شود) به اعمال آن مجاز خواهد بود. از سوی دیگر برای اجرای مقاصه، باید این نکته را مد نظر قرار داد که هر کدام از فرض‌های مختلف تقاص، چه آثار حقوقی را در پی خواهد داشت.

با بیان این مطالب چهار سؤال پیش می‌آید: ۱. ماهیت تقاص هنگام اجرا در جامعه چگونه متبلور می‌شود؟ ۲. آیا آثار تقاص، همان آثار بدل حیلولة است؟ ۳. آیا مقتص ملک دائم مقاص خواهد شد؟ ۴. آیا تقاص با شرایط اعمال متفاوت، نیازمند در نظر گرفتن فروض متعدد و در نتیجه آثار گوناگون نخواهد بود؟ در ادامه، فرض‌های مختلف تقاص بررسی می‌شوند.

۲. مفاهیم بنیادی

۱.۲. مفهوم‌شناسی تقاص

۱.۱.۲. لغت

کلمه تقاص از ماده ق - ص - ص (قص) است و معانی ذیل را برای آن نقل کرده‌اند: به حساب یکدیگر رسیدن و تلافی (ابن‌منظور، ۷۶/۷ و ۷۷)، از یکدیگر قصاص نمودن (رازی، ۲۷۷/۲؛ زبیدی، ۴۲۳/۳)، مقابله به مثل (فیروزآبادی، ۳۱۴/۲)، تلافی کردن (جبران مسعود: ۵۱۲؛ معلوف: ۶۳۱)، قرار دادن دیون در برابر یکدیگر و بی حساب کردن آن (فیومی: ۵۰۵). تقاص در امور مالی، همانند قصاص در احکام جراحات و نفوس است. اقتصاص نیز به معنای پیگیری کسی در حساب و ... است (جوهری، ۱۰۵۲/۳). از مفهوم لغوی «تقاص»، مفاهیم تتبع و استیفای حق نیز برداشت می‌شود. از آنجا که این کلمه مصدر باب تفاعل است، مفهوم شدت و انتقام را می‌رساند؛ چرا که به جای تقاص، تقاص تلفظ می‌شود.

۲.۱.۲. اصطلاح

تقاص در اصطلاح فقها به گونه‌های مختلفی تعریف شده است. زمانی که داین، با رعایت شرایط خاصی و بدون مراجعه به قاضی، حق خود را از اموال مدیون (که در دسترس اوست) استیفا کند، تقاص صورت پذیرفته است (محقق حلی، ۱۰۰/۴). برخی فقها، مقاصه را به دو دسته قهری و اختیاری تقسیم کرده‌اند. مقاصه قهری همان تساقط دیون متقابل در صورت اتحاد دو دین و مقاصه اختیاری، تراضی طرفین بر سر انجام دادن تقاص در صورت عدم اتحاد دو دین است (شهید اول، ۲۴۹/۲) تأمل در فروع فقهی این باب، نشان از آن دارد که تقاص به معنای استیفای حق از اموال مدیون منکر به کار رفته است (نجفی، ۱۷۹/۲۵). شیخ انصاری تقاص را به اخذ مال مدیون توسط داین، جهت طلبی که از او دارد، تعریف کرده است (صیغ‌العقود و الایقات: ۱۸۰). صاحب جامع‌المدارک، پس از پذیرش مشروعیت تقاص، شروطی را برای تحقق تقاص معتبر می‌داند (خوانساری، ۲۳۹/۳). در مصطلحات‌الفقه شخصی که حشش را از دیگری، بدون اطلاع و رضایت او بگیرد، تقاص کرده و در ظاهر مقاصه، مشروط به امتناع مدیون در ادای دین است (مشکینی: ۱۵۹). یعنی به ازای آنچه از دیون طلب دارد، بگیرد و در حقیقت نوعی تهاوتر است (صدر، ۲۸۷/۹). برخی از فقهای معاصر، قصاص را با عنوان «استیفای اثر جنایت» آورده‌اند و در پرتو این عبارت، تعریف تقاص مال را «استیفای اثر غصب» دانسته‌اند. از آنجا که منکر دین، غاصب (در حکم غاصب) است و عمل او غصب (شبه غصب) محسوب می‌شود، تعبیر تقاص به استیفای اثر غصب، به صراحت به بیان مقصود می‌انجامد (مرعشی، ۲/۱).

گاهی تقاص به گرفتن مال دیگری در مقابل دینی که بر گردن اوست، تعریف می‌شود؛ اخذ مال المدین فی قبال ما علیه من دین (علی خازم: ۱۰۰). در اینجا طلبکار، از آنچه که از بدهکار به دستش می‌رسد، استیفای طلب می‌کند. گاهی دو فرد، در عین اینکه از هم طلب دارند، بدهکار یکدیگر هم هستند. در اینجا، دو دین در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند و هر دو مورد مذکور، تقاص در نظر گرفته می‌شود؛ المقاصه هو اخذ المال المدین فی قبال ما علیه من الدین، ای جعل ماللغریمین مقابل ما علیه الآخر (فتح‌الله: ۱۲۱).

مسئله تقاص در فقه، ذیل ابواب دیگر (همانند رهن، اجاره و بیع) مطرح شده است و در قوانین موضوعه ایران، نصی درباره تقاص یافت نمی‌شود. عبارت «توصل به حق» عنوان عامی است که تقاص ذیل این عنوان عام چنین تبیین شده است: «اگر استیفای طلب بدون استمداد از مقامات اجرایی باعث بروز فتنه نشود، طلبکار می‌تواند از دارایی

بدهکار ممتنع طلب خود را بگیرد. اگر از اموال بدهکار چیزی در اختیار بستانکار قرار گرفته باشد، به هر سبب از اسباب - حتی ودیعه و عاریه - بستانکار می‌تواند از آن اموال به قدر طلب خود بر دارد و تملک کند؛ خواه آن اموال با طلب وی همجنس باشند یا نباشند؛ که در صورت اخیر، مجاز است که بفروشد و از ثمن آن استیفای طلب کند» (جعفری لنگرودی، مبسوط، ۱۳۷۹/۲).

روایات امامان شیعه نیز بیانگر این معناست.

جمیلین درآج: «از امام صادق علیه السلام درباره شخصی سؤال کردم که از دیگری طلبکار است و او انکار می‌کند. به همان اندازه از مال بدهکار به دست طلبکار می‌افتد. آیا می‌تواند آن را به جای طلب خویش بردارد، هر چند بدهکار از آن بی‌خبر باشد؟ امام علیه‌السلام فرمودند: «آری» (شیخ طوسی، الاستبصار، ۵۱/۶). در روایت دیگری از ابوالعباس بقباق نیز ماجرا به همین منوال نقل شده است (همو، ۵۳/۳). تقاص به تصاحب قهری مال خود - که نزد دیگران است - از طرف بستانکار، رأساً و بدون مراجعه به دادگاه‌ها اطلاق می‌شود (عباس قدیانی: ۲۹). در واقع آنچه در قانون مدنی به‌عنوان تهاتر مطرح شده، در فقه ذیل عنوان تقاص آمده است. در اصطلاح حقوقی، تقاص، تصاحب مال مدیون منکر دین یا ممتنع از پرداخت، بدون مراجعه به دادگاه‌هاست؛ اگر خوف فتنه نباشد و باید تشابه (از حیث ذات دین: جنسی یا نقدی) تا حد امکان رعایت شود؛ مگر اینکه میسر نباشد که در این صورت می‌تواند از غیرجنس طلب و به قدر طلب بردارد (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق: ۱۷۳).

با نگاهی اجمالی می‌توان بیان کرد که فقهای امامیه، تقاص را نوعی سقوط دین می‌دانند که در مواقع خاصی انجام‌پذیر است و اعمال آن تنها به همراه عناصری مانند: جحد مدیون، عدم امکان اخذ حق از طرق معمول و... امکان‌پذیر خواهد بود. برخی نیز آن را به دو قسم قهری و اختیاری دسته‌بندی کردند. با این تفسیرها و با در نظر گرفتن محدوده عملیاتی تقاص از دیدگاه شیعه، مقاصه در منظر برخی از فقها^۱ استیفای دین از اموال مدیون جاحد است و از نگاه عدّه دیگری^۲، تساقط دیون متقابل که برای داین بدون اعمال خشونت، زور، هتک و ... دسترس‌پذیر است را نیز شامل می‌شود.

۱. شیخ انصاری، مرحوم خوانساری، محقق حلی، مشکینی و ...

۲. شهید صدر، فتح الله و شهید اول.

۲.۲. مفهوم‌شناسی بدل حیلولة

۲.۲.۱. لغت

بدل در لغت به معنای جایگزین شدن چیزی به جای چیز دیگر است (فراهیدی، ۴۵/۸). در حقیقت بدل، یاور و پشتیبان شیء اصلی است و در نبود آن ارائه می‌شود (صاحب، ۳۱۸/۹) که آن را قائم مقام آنچه می‌شمارند که اکنون در دست نیست (احمدبن فارس، ۲۱۰/۱). برخی بدل را زائل شدن شیء اول و قرار دادن شیء دوم به جای آن معنا کرده‌اند (فیومی، ۳۹/۲) و این جعل را اعم از عوض می‌دانند (راغب: ۱۱۱). می‌توان گفت بدل، عوض آوردن شیئی در قبال شیء دیگر است (طریحی، ۳۱۸/۵). معنای حیلولة نیز از ریشه آن (ح - و - ل) به‌خوبی یافت می‌شود. حیلولة در معنای حائل و فاصل شدن میان دو چیز است و از آن به‌حجز و منع اتصال تعبیر می‌کنند (فیومی، ۱۵۷/۲). بدل حیلولة در تعریفی اجمالی عبارت است از: پرداخت مال جایگزین توسط شخصی که میان مال و مالک فاصله انداخته است و مال اصلی برای استرداد به مالک در دسترس نیست. در تقاص آنجا که مالک قصد استیفا داشته است ولی دسترسی به عین برای بازستاندن حقیقت میسر نیست، مالی از غاصب، که از نظر ارزش با مال اصلی برابری می‌کند، به‌عنوان بدل حیلولة برمی‌دارد.

۲.۲.۲. اصطلاح

بدل، عوض مالی است که در پی حصول یکی از اسباب ضمان بر عهده شخص می‌آید. اصطلاح حیلولة در کتاب‌های فقهی امامیه بعد از شیخ طوسی دیده می‌شود و در آثار فقهی اهل سنت نیز این اصطلاح به‌کار رفته است. از این دست می‌توان به نووی اشاره کرد که این واژه را برای بیان مبنای حکم به ضمان استفاده کرده است (نووی، ۵۵/۵). مراد از حیلولة آن است که چون غاصب بین مالک و حق او حائل شده است، به‌گونه‌ای که نمی‌توان تصرفی در آن کرد، این در عوض آن است، نه عوض مال مغضوب (میرزای قمی، ۱۱۰/۳). شیخ انصاری معتقد است در همه مواردی که مشمول ضمان مثل یا قیمت می‌شود و همچنین مواردی که عین مال مستهلک و تلف نشده است، در حقیقت نوعی تعذر رد عین وجود دارد. ایشان در کتاب مکاسب حالاتی را برای بیان تعذر پرداخت مال برشمردند: ۱. مایوس بودن از دستیابی بر مال؛ ۲. ناامیدی از یافتن کالا؛ ۳. طی زمانی طولانی امید یافتن کالا موجود باشد و منتظر شدن مالک، موجب ضرر وی شود؛ ۴. اگر امید یافتن کالا در زمانی نیز موجود باشد، مال محکوم به تلف است (شیخ انصاری، المکاسب، ۲۵۷/۳).

کلام در بدل حیلوله و قدر متیقن از جواز مطالبه آن زمانی است که انحصاری سلطنت مالک بر عین به صورت دائمی زائل شود، به گونه‌ای که عین باقیست، اما به بازگشت آن امیدی نیست، ملحق به تلف حکمی (نایینی، ۳۷۳/۱). در صورت تلف شدن و نبود عین، به عوض آن، بدل تالف گفته می‌شود (خویی، ۲۰۳/۳).

بدل عوض مال اصلی است و به دو نوع تقسیم می‌شود: بدل قراردادی که مبنای آن توافق و قرارداد است که بین دو مال رابطه متقابل مانند مبیع و ثمن وجود دارد و از بحث ما خارج است (جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصرشناسی: ۴۴۲) و بدل قهری که مبنای آن اساس آن قانون است. در حقیقت بدل به معنای خاص تنها شامل بدل قهری می‌شود (مسعود انصاری، ۵۳۵/۱). همین بدل قهری است که هنگام تلف یا تعذر در استرداد عین با وجود اصل مال، باید پرداخت شود و غاصب قانوناً مسئول جبران آن و پرداخت بدل خواهد بود (جعفری لنگرودی، مبسوط، ۸۲۴/۲). حال اگر مدیون، منکر یا مماتل باشد، داین از اموالی که از مدیون در دستش دارد، می‌تواند تقاص کند تا به حق خویش نائل آید. ماهیت حقوقی بدل، نوعی غرامت است که به مالک داده می‌شود تا در برابر سلطه‌ای که از دست داده است، از آن بدل بهره‌مند شود (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد: ۵۲). حکمت دادن بدل این است که مالک از منافع مال خود بی‌بهره نماند و اکنون که به عین دسترسی ندارد، شبیه‌ترین منافع برای او فراهم آید (کاتوزیان، وقایع حقوقی: ۱۳۰). از نظر حقوق مدنی کنونی، بدل حیلوله نوعی خسارت عدم انجام تعهد است (مواد ۲۲۶ به بعد ق.م) به این تعبیر که چون پیش از تلف عین، غاصب عهده‌دار رد آن است و هیچ عذری این تعهد را از بین نمی‌برد، اکنون که نمی‌تواند آن را به‌جا آورد، باید بدل آن را به‌عنوان خسارت بدهد (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد: ۵۴). هرگاه عین مغصوبه موجود باشد ولی به عللی رد آن امکان‌پذیر نباشد، غاصب موظف است بدل آن را به مالک بدهد. این بدل را در اصطلاح فقه «بدل حیلوله» می‌نامند (محقق داماد، ۸۰/۱).

در مانحن فیه، مقتض بدل از مال غصب‌شده مقاص است. حقیقت مطلب آن است که مدیون، خود باید بدل را به داین بپردازد؛ اما از آنجا که او مماتل یا منکر بدهی است و داین برای توصل به حق، مدرکی ارائه‌شدنی به محاکم قضایی در دست ندارد، چاره‌ای جز تقاص نخواهد داشت. در نتیجه از اموال مدیون، مالی به اندازه طلبش تقاص می‌کند و آن مال (مقتض) بدل از مال اصلی مالک به حساب خواهد آمد.

۳. ضمانت در تقاص

از آنجا که رابطه میان تقاص و بدل حیلوله، عموم و خصوص من وجه است؛ ضمانت در تقاص به یکی از این دو حالت امکان‌پذیر است: ۱. اخذ مبدل؛ ۲. اخذ بدل.

حالت اول) اخذ مبدل: اگر مالک قصد وصول به حق خویش را داشته باشد و به تقاص اقدام کند، در صورتی که عین مال مغضوبه را به‌عنوان تقاص از غاصب بازپس‌گیرد، به طلب و حق خود نائل آمده است و دیگر دینی میان مالک و غاصب باقی نخواهد ماند؛ زیرا حرمت مال مغضوب در شرع با ادله عقلی و نقلی به وضوح تبیین شده است. از آن جمله آیات «لاتأكلوا اموالکم بینکم بالباطل...» (نساء: ۲۸)، «انّ الذین یأکلون اموال الیتامی ظلماً» (نساء: ۱۰)، «ویلٌ للمطففین...» (مطففین: ۱-۳) و روایاتی مانند: «حرمة مال المسلم کحرمة دمه» (احسائی، ۴۷۳/۳)، «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» (محدث نوری، ۸/۱۴)، «لایحلّ مال إمراء مسلم الا بطیب نفس منه» (شیخ عاملی، ۵۷۲/۱۴) و... است. براساس همین آیات و روایات، حرمت غضب اجماع ثابت شده است (شیخ طوسی، ۵۹/۳؛ شهید اول، ۱۰۹/۳؛ نجفی، ۷۵/۳۷).

با عنایت به ادله مذکور، فقها بر این امر متفقند که اگر کسی شیئی را غصب کرد، رد عین بر او واجب می‌شود؛ هر چند که برای بازگرداندن آن به سختی بیفتد (شیخ طوسی، ۶۰/۳؛ ابن‌زهره: ۲۷۸؛ محقق حلی، شرایع‌الاسلام، ۱۸۹/۳؛ مختصر، ۲۵۶/۲؛ علامه، ۵۲۷/۴؛ شهید اول، ۱۰۹/۳؛ شهید ثانی، ۱۵۷/۱۲؛ نجفی، ۷۵/۳۷ و...). همچنین در ضمان مقبوض به عقد فاسد، اگر فساد عقد بعد از قبض آشکار شود، قابض، مالک نمی‌شود و عین، مضمونه خواهد بود (شیخ انصاری، ۱۰۷/۳؛ سید مصطفی خمینی، ۱۸۴/۱؛ سبزواری، ۲۵۸/۶) و شیخ طوسی در خلاف (۲۸۸/۳) بر آن ادعای اجماع کرده است؛

حالت دوم) اخذ بدل: اگر مالک قصد وصول به حق خویش را داشته باشد و به تقاص اقدام کند، ولی عین مال مغضوبه در ید غاصب یافت نشد (به هر دلیلی مانند سرقت از غاصب یا فرار از ید او) مالک می‌تواند از اموال دیگری در ازای طلب خود، مالی برگیرد و این مقتض، در حکم بدل است. پرداخت بدل حیلوله به دلایل متفاوت و در شرایط ویژه بر ذمه غاصب واجب می‌شود. از این‌رو می‌توان پیرامون ضمانت این بدل، به نتیجه مشخصی دست یافت.

یکی از این دلایل، قاعده نفی ضرر است. با عنایت به آن می‌توان دریافت که بدل حیلوله برای جلوگیری از ضرر مالک به او پرداخت می‌شود. پس مالک می‌تواند با دریافت بدل حیلوله و استفاده از آن، ضری را که از نبود عین مال بر او وارد شده است،

جبران کند. دلیل دیگر قاعده سلطنت است که مالک، بدل را عوض سلطنت از دست‌رفته خویش دریافت می‌کند. از این‌رو بدل، خسارت سلطنت فوت‌شده مالک است؛ پس او می‌تواند با تصرف در بدل و بهره‌مندی از آن، جبران مافات کند. قاعده ضمان متلف بر این امر استوار است که غاصب، ضامن مال از دست‌رفته مالک است و حال با اتلاف آن باید جایگزینی (بدل) به مالک مسترد کند تا با استفاده از آن، حقوق از دست رفته خود را بازیابد. قاعده ضمان ید نیز به همین منوال، غاصب را ضامن دانسته است و بدل پرداختی از سوی او به مالک را نوعی جبران خسارت وارده بر مالک می‌داند تا مالک به واسطه بهره‌وری از بدل زیان نبیند. حکم عقل و بنای عقلا هم حاکی از آن است که خسارت ناشی از عدم استرداد عین به مالک، باید از طریق پرداخت بدل جبران شود (خویی: ۲۰۴). در نهایت به این مهم نائل می‌آییم که پرداخت بدل حیلوله با در نظر گرفتن تمامی ادله اثبات آن، دادن مالی همانند عین به مالک است تا با تصرف و بهره‌گیری بدون محدودیت از آن، دچار ضرر مالی نشود.

برخی معتقدند که پس از رد عین از سوی غاصب، مالک موظف به استرداد بدل به غاصب است. بیان این مطلب آن هنگام که مالک در بدل تصرف و آن را مصرف کرده، درخور توجه است؛ زیرا دیگر بدل نزد مالک موجود نیست تا پس از رد عین مال از سوی غاصب، او نیز بدل را به وی بازگرداند. از طرفی استفاده همه‌جانبه از بدل نیز برای مالک جایز بوده است، پس می‌توان چنین گفت که اگر بدل نزد مالک موجود نباشد و او موظف به بازپس‌دادن بدل باشد، با توجه به مثلی و قیمی بودن بدل، باید مثل یا قیمت آن، در ازای عین مغضوبه از سوی مالک اصلی به غاصب پرداخت شود. نهایت چیزی که در ضمانت بدل حیلوله می‌توان گفت این است که اگر عین مغضوبه به مالکی برگردد که بدل دریافت کرده است، وی ضامن پرداخت عین بدل به غاصب نیست؛ زیرا مالک مجاز به بهره‌برداری از بدل بوده است و این امر میسر نیست، مگر آنکه بدل را به مصرف برساند. پس بر اساس دیدگاه قائلان به استرداد بدل حیلوله، مالک در برابر اخذ عین مغضوبه در حقیقت ضامن پرداخت بدل، مثل یا قیمت آن به غاصب خواهد بود.

۴. تحلیل محل نزاع (امکان یا عدم امکان اقامه دعوی از سوی داین)

یکی از مسائل بسیار مهم در باب تقاض، بررسی امکان یا عدم امکان اقامه دعوی است. پیرامون این امر، علما نظریات متفاوتی را مطرح کرده‌اند. همه محققان معتقدند که اگر اقامه دعوی برای صاحب حق ممکن نباشد، در صورت فراهم بودن دیگر شرایط، داین

اجازة تقاص خواهد داشت. اما بحث بر سر آن است که اگر امکان اقامه دعوی فراهم باشد، آیا باز هم مدعی می‌تواند بدون مراجعه به محاکم قضایی، برای وصول به حقش، خودسرانه عمل و مدیون را تقاص کند؟ این امر سبب اختلاف آرای میان فقها شده است.

۱.۴. ادله موافقان

گروهی به جواز تقاص در این زمینه معتقد هستند و تعلیل آنان به این شرح است: رجوع به مراجع قضایی یا حاکم شرع امر زمان‌بری است و موجب از دست رفتن زمان و وقت می‌شود (نووی، ۸۷/۱۰) علاوه بر این، مشقت دارد یا احتمال جرح شهود می‌رود؛ پس اصل، براءت از رفع این امر به حاکم و دستگاه قضایی است (فاضل هندی، ۱۳۳/۱۰). همچنین با تمسک به عمومیت و اطلاق آیات مربوط به تقاص، همانند: فعاقبوا بمثل ما عوقبتم (نحل: ۱۲۶)، فمن اعتدی علیکم ... (بقره: ۱۹۴) و ... می‌توان دریافت که حرفی از امکان یا عدم امکان اقامه دعوی به‌میان نیامده است (نجفی، ۱۳۲/۳۷). از طرفی ترافع نزد حاکم، بی‌تردید دربردارنده هزینه خواهد بود و مدعی به تضییع مؤونه مجبور می‌شود (شعرانی، ۷۲۰/۲).

با نگاهی اجمالی به روایات نیز مطلق و عام بودن آنان، در مورد امکان اقامه دعوی روشن می‌شود. مرحوم سبزواری (ره) صریح به این امر اشاره و بیان کرده است که اگر حق و تعهد، دین بوده و مدیون، جاحد یا مامل؛ مقاصه جایز است، اگرچه اخذ حق از مدیون به‌واسطه رجوع به حاکم امکان‌پذیر باشد. در تعلیل این امر، اطلاق ادله را بیان کردند که شامل هر دو صورت امکان و عدم امکان رجوع است (سبزواری، ۱۴۹/۲۷).

۲.۴. ادله مخالفان

گروهی از فقها، ادله موافقان را رد کرده‌اند و این امر را ناپذیرفتنی دانسته‌اند و معتقدند تسلط بر مال غیر، خلاف اصل است. اصل بر این است که «الناس مسلطون علی اموالهم»، پس به میزان ضرورت کفایت می‌شود. میزان ضرورت، همان زمان نبود بینه و نداشتن عذر برای اقامه دعوی و وصول به حق از طریق حاکم است (صیمری، ۲۵۴/۴). ایشان براین باورند که هیچ‌کس اجازه ندارد به مال دیگری تجاوز و تعدی کند و تصرف در مال دیگران، شرعی و قانونی نیست. تنها زمانی امکان این امر وجود دارد که تعذری پیش آید یا اخذ حق از دیگر طرق ممکن نباشد؛ اما در این بحث، امکان اقامه دعوی وجود دارد (احمد اردبیلی، ۳۴۹/۱۲). مرحوم آشتیانی معارضه دو اصل عدم تصرف در مال غیر

و اصل عدم وجوب ترافع نزد حاکم را فاسد و غریب دانسته و این‌گونه استدلال کرده است که: «شک در وجوب ترافع الی الحاکم، واجب نفسی نیست تا اینکه با اصل دفع شود. بلکه بر تقدیر به ثبوتش، وجوب شرطی خواهد داشت. پس اصل در آن، اشتراط اصالت عدم انتقال مال از مالک به غریب و عدم جواز تصرف در آن مال است؛ مگر با اذن خود مالک و این امر از اموری است که بر هیچ کس پوشیده نیست» (آشتیانی، ۱/۳۴۴).

مرحوم خوانساری در توضیح و شرح مختصرالنافع معتقد است که اگر دینی وجود داشته باشد و مدیون باذل یا جاحد باشد، اما داین برای اثبات حقیقت حجتی در دست داشته باشد، اجازه ندارد به صورت مستقل عمل و مدیون را تقاص کند، بلکه باید به حاکم رجوع کند؛ زیرا تعیین دین کلی بر عهده مدیون است (البته اگر مدیون باذل باشد) ولی اگر ممتنع باشد، این تعیین بر عهده حاکم خواهد بود. هنگامی که مدیون مقرّ نبوده، داین هم حجتی برای اثبات حق به دست نیاورده باشد و امکان اقامه و اثبات دعوی نزد حاکم نیز موجود نباشد، داین می‌تواند از مال مدیون تقاص کند (احمد خوانساری، ۶/۶۹).

پس مقاصه در صورت امکان اخذ حق، ولو به واسطه رجوع به حاکم، به نحوی که این امکان به سهولت صورت گیرد، همانند: در دسترس بودن حاکم عادل یا قاضی غیر جائز و همچنین امکان اقامه آسان بینه و شاهد، تجویز نمی‌شود. در غیر این حالت، اگر رجوع به حاکم یا اقامه بینه، با عسر و حرج انجام پذیرد، بین مقاصه و ترافع برای مقاص تخییر ثابت می‌شود (فاضل لنکرانی: ۴۰۲).

صاحب جواهر (بر خلاف مرحوم آشتیانی) معتقد است که اصل عدم تصرف در مال غیر با اصل عدم وجوب ترافع نزد حاکم، متعارض است. این دلیل، سست و ردشدنی است؛ زیرا اصل اولی یعنی همان حرمت تصرف در مال غیر محکم است و تنها با دلیل و قطع می‌توان آن را کنار گذاشت و در این میان بر اصل دوم یعنی عدم رفع به حاکم، اثری مترتب نمی‌شود (سبحانی، ۲/۷۱).

حال که ادله موافقان و مخالفان جواز تقاص در صورت امکان اقامه دعوی بیان شد، می‌توان گفت: از آنجا که تقاص امری استثنایی و برخلاف قاعده است، پس در عملی کردن آن باید به حداقل‌ها اکتفا کرد و قدر متیقن از آن را به اجرا درآورد. در مانحن‌فیه، حداقل، همان عدم امکان اقامه دعوی و ترافع نزد حاکم برای داین یا در دست نبودن بینه‌ای است که حق او را اثبات کند.

اگر در غیر این حداقل و خارج از میزان یقینی تقاص، عملی صورت پذیرد، این امر خلاف قاعده و مقاصه بی‌دلیل توسعه یافته است و محدوده قضا و دادرسی را ضیق

می‌کند. جدای از این مطلب، تجویز تقاص در حد گسترده و بسط آن حتی برای دایینی که بینه یا امکان اقامه دعوی دارد؛ امنیت اجتماعی، انتظام امور جامعه و مصالح عمومی مردم را بر هم خواهد زد و بی‌تردید در جامعه‌ای این‌چنینی، هرج و مرج رخ می‌دهد. در این‌صورت هر دایینی، قاضی مستقلی خواهد بود که خودسرانه و مختار عمل می‌کند و حق خود را باز می‌ستاند و شاید پس از مدتی باب قضاوت بسته و تعطیل شود.

اصل عدم وجوب ترافع الی الحاکم، اصلی است که مبنای صریح و مشخصی ندارد و تنها زمانی می‌توان آن را صحیح دانست که مدعی بینه‌ای نداشته باشد و این عدم دسترسی به بینه سبب شود که در ترافع نزد حاکم، به نفع او حکمی صادر نشود. در این‌حال او به حق خود که نزد مدعی علیه است، نخواهد رسید. پس در این هنگام است که مقاصه برای وصول شرعی به حقیش تجویز می‌شود؛ مانند روایتی که شیخ صدوق در این زمینه نقل کرده‌اند:

و روی محمد بن عیسی بن عبید بن سلیمان بن حفص المروزی قال: کتبتُ الی ابی الحسن (ع) ... ان کان له علی المیت مال و لا بینه له علیه فلیأخذ ماله مما فی یده و لیرد الباقی علی ورثه ... (شیخ صدوق، ۳/۳۱۰).

محمد بن عیسی گفت: به ابی الحسن (ع) نامه‌ای نوشتم ... امام (ع) فرمودند: اگر برای او در ذمه میت حقی باشد و او شاهی بر آن حق نداشته باشد، از مالی که در دستش است، حق خویش را بردارد و باید باقی مال میت را به ورثه او بازگرداند. پس می‌توان از کلام امام (ع) به روشنی دریافت که تجویز مقاصه برای وصول به حق، به عدم امکان ترافع نزد حاکم و نبود شاهد و بینه مشروط است.

۵. آثار حقوقی تقاص و ارتباط آن با بدل

صاحب‌نظران ماهیت تقاص را در صورت تلف عین یا تعذر از رد عین، دادن بدل می‌دانند؛ اما بر سر آثار این ماهیت که پیرامون مالکیت یا عدم مالکیت مالک بر مقتض است، اختلاف کرده‌اند؛ به این نحو که:

آیا بدل، به ملکیت مالک (مقاص) در می‌آید؟ اگر پاسخ مثبت باشد، چگونه بدل و مبدل را همزمان مستقر در ید مالک بدانیم؟
آیا این ملکیت دائمی است؟ و اگر پاسخ منفی باشد، بدل که به ملکیت مالک در نمی‌آید، پس چه ماهیتی دارد؟

در تبیین آثار ماهوی تقاص، دو نظر ابراز شده است:

الف) برخی صاحب‌نظران آن را معاوضه غیردائم و موجب اباحه تصرف می‌شمارند؛
ب) در مقابل عده دیگری تقاص را معاوضه دائم و موجب ملکیت می‌دانند.

قول اول: اباحه تصرف

صاحب‌نظران این دسته^۱ بر این باورند که غاصب، مانع دسترسی مالک به عین و منفعت مال خویش گشته و از این‌رو، ضامن این سلطنت از دست رفته است. حال برای جبران خسارت ناشی از این غصب، باید بدلی به مالک پرداخت شود. در اینجا بدل (مقتص) در ید مالک، مباح مطلق است و تنها زمانی اباحه تصرف به ملکیت تغییر پیدا می‌کند که تلف عین مال احراز شود. با این پاسخ، مشکل جمع ملکیت میان عوض و معوض در دست یک شخص (مالک) نیز مرتفع می‌شود.

سیر طبیعی امور نشان می‌دهد که رابطه ملکیت بین مالک و مال چندان ضعیف است که نمی‌توان ادعا کرد بدل و اصل، در ملکیت وی جمع شده است. بنابراین گرفتن خسارت عدم انجام تعهد در چنین وضعی، دور از رعایت قواعد حقوقی نیست (طاهری، ۳۰۳/۲). اگر بعد از تقاص، مقاص به واسطه بینه یا بازگشت مدیون منکر از جحد، توانایی اخذ مال خود را یافت، با باقی بودن مقتص، باید مال خود را دریافت کند و مقتص را تحویل دهد (نراقی، ۴۵۸/۱۷).

محقق کرکی (ره) نیز قائل به اباحه تصرف بوده و معتقد است اگر عبد از ید غاصب بگریزد، غاصب فی‌الحال ضامن قیمت آن در برابر مالک خواهد بود و مالک، قیمت پرداختی را صاحب می‌شود. اگر عبد گریخته، بازگردد؛ رد هر کدام از آن دو مال به صاحبشان هنگامی که مال خود را طلب کنند، واجب است؛ بلکه رد عبد، بنا بر فوریت، مطلقاً بر غاصب واجب خواهد بود (محقق ثانی، ۲۶۱/۶).

هرگاه عین مغصوبه در اختیار مالک قرار گیرد، ملکیت او نسبت به بدل از بین می‌رود؛ زیرا با انجام تعهد اصلی، دیگر موجبی برای تملک بدل یا خسارت ناشی از عدم انجام دادن تعهد باقی نمی‌ماند (کاتوزیان، وقایع حقوقی: ۱۷۸).

عده‌ای از علما بر این مسئله تأکید کرده‌اند. از آن جمله شیخ طوسی در مبسوط می‌گوید: «مالک می‌تواند از غاصب مطالبه قیمت نماید؛ زیرا او حال میان مال و مالک است. پس اگر قیمت را بگیرد - بلاخلاف - مالک آن می‌شود - البته به صورت متزلزل -

۱. از جمله: شیخ انصاری، شیخ طوسی، محقق کرکی، ابن ادریس، ابن زهره، شهید ثانی، نراقی، سبزواری و ...

زیرا این قیمت را به‌عنوان بدل حیلولة دریافت می‌کند» (مبسوط، ۹۵/۳). ایشان این امر را در خلاف نیز بارها بیان کرده و به‌وضوح معتقد است که «اگر غاصب عین را به مالک رد نماید، قیمت از ملک مالک منفسخ شده و بر ایشان واجب می‌شود که پس از اخذ عین، آن را به غاصب بازگرداند» (۲۱۴/۳). در غنیه (ابن‌زهره: ۲۸۲) و سرائر (ابن‌ادریس حلی، ۴۸۶/۲) نیز وجه اشتراک، عدم تحقق تدارک سلطنت از دست رفتۀ مالک توسط غاصب، مگر به‌واسطه ملکیت (متزلزل) بر بدل مبذول به وی بیان شده است.

باید اذعان داشت که اباحه‌ای این‌گونه، به تملیک مال شبیه است؛ اما ماجرا این است که در این اباحه، مالک به پرداخت بدل هنگام استرداد عین به وی ملزم خواهد بود؛ اما اگر بدل به ملکیت مالک در می‌آمد، اوضاع به گونه دیگری رقم می‌خورد.

شارع تقاص را راه برائت ذمه قرار داده که جهت تسهیل برای امت مقرر شده است و نوعی معاوضه قهری مادامیه صورت می‌گیرد، نه معاوضه دائمیه. پس معاوضه قهری مادامیه پس از رد عین منفسخ خواهد شد و هر کدام از اموال (عین و مال مبذول) به ملک مالکان خویش (مالک اصلی و غاصب) بازمی‌گردند (سبزواری: ۱۵۱).

پس با وجود این روشن است که تقاص جزو ایقاعات است و از معاوضات نیست. هیچ‌یک از علما و فقها نیز هنگام برشمردن معاوضات، سخنی از تقاص نگفته‌اند و آن را از مصادیق معاوضات نشمرده‌اند. در نتیجه تقاص همانند بدل حیلولة‌ای است که عنوان ملکیت دائمی شبیه به بیع در آن تحقق ندارد (فاضل لنکرانی، سلسله مباحث دروس خارج فقه، جلسه ۱۴۲). حال اگر این بدل، مالک را به معاوضه با عین راضی کرد، این ملکیت با یافتن عین زائل نمی‌شود؛ اما اگر مالک، بدل را تنها بر وجه بدلیت از عین به‌دلیل تعذر از رد آن پذیرفته، این بدل، ملک محض مالک محسوب می‌شود، اما تا آن هنگام که عین به او بازگردانده شود. شهید ثانی (ره) اشکال اجتماع عوض و معوض در ملک مالک را نیز وارد ندانسته است و می‌فرماید: «ملک هر کدام از دو طرف، مالکیتی متزلزل است و مالکیت مالک بر بدل، متوقف بر یأس از وصول عین به وی و یا تلف شدن عین در دستان غاصب است، اگرچه برای او جایز است که در بدل تصرف کند و این قول، قول وجیهی است» (شهید ثانی، ۲۰۱/۱۲).

مالک حق تصرف در بدل را داراست، ولی تملیک بدل، تا زمان ناامیدی از امکان رد عین، صورت نمی‌گیرد. با در نظر گرفتن این موارد، پس مقاص صاحب مقتص می‌شود و مقاص عین مغضوبه؛ ولی نه به‌طور قطعی، بلکه به‌صورت متزلزل تا وقتی که وضعیت نهایی عین مغضوبه مشخص شود که بالاخره آیا تلف شده است یا خیر؟ و اگر

تلف نشده چه زمانی قابل استرداد به مالک خواهد بود؟ تملیک بدل همراه با شرط فاسخی است که به موجب آن، هرگاه عین به دست آید و غاصب بتواند به تعهد خود در زمینه بازگرداندن عین عمل کند، آنچه را به عنوان بدل پرداخت کرده است، به او باز می‌گردد (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۵۴/۲؛ طاهری، همان: ۳۰۳).

در پایان می‌توان نتیجه گرفت مالی که به جهتی، رد آن به مالکش ممکن نباشد، از ملکیت مالک خارج نمی‌شود و همچنان در ملکیت او باقی می‌ماند و الزام غاصب به دادن بدل، در مقابل محرومیت مالک از انتفاع آن عین است؛ بنابراین پس از یافتن و به دست آمدن مال مغضوب، باید به مالکش رد شود و بدل، به مالک آن (غاصب) مسترد شود؛ زیرا پس از رد مال مغضوب به مالک، اگر بدل نزد او باقی بماند، بدل و مبدل نزد یک نفر جمع می‌شود و موجب استفاده بلاجهت خواهد بود.

قول دوم: ملکیت دائم بدل

اگر برای مالک حقی در گرفتن بدل ثابت شود؛ آن بدل، ملک او خواهد بود و اگر مالک حقی در دریافت بدل نداشته باشد، حتی اباحه تصرف هم برای او به وجود نخواهد آمد. از این رو موجبی وجود ندارد که ما را ملتزم به مباح بودن تصرف در بدل کند تا اینکه جمع میان عوض و معوض در ملک مالک پیش نیاید؛ بلکه وجوب بدل فقط از باب غرامت است که از جانب غاصب به مالک پرداخت می‌شود. پس هنگامی که بدل و عین متعذرالرد، ملک مالک باشد، محذوری ایجاد نمی‌شود؛ زیرا اجتماع عوض و معوض همانند اجتماع ارش و عین معیوب است؛ ولیکن قول صواب آن است که گفته شود اگر بدل پرداختی، بدل از مالیت مال او بوده و وجوبش را از عموم قاعده علی‌الید دریافتیم؛ پس بدل، ملک مالک خواهد بود و اگر بدل پرداختی، بدل از سلطنت از دست رفته مالک باشد؛ پس مقتضای بدل آن است که مباح باشد. برای مالک، عوض عین متعذرالرد، بدلی که تصرف در آن جایز باشد در نظر گرفته می‌شود. مقتضای این مسئله التزام به ملکیتی است که آن در هنگام تصرف متوقف بر ملکیت صورت می‌پذیرد، نه ملکیتی از ابتدای امر. این گونه است که بدل و مبدل نزد مالک جمع نمی‌شوند (میرزای نایینی، منیه الطالب، ۱/۱۵۹).

صاحب جواهر نیز با نظریه ملکیت متزلزل مخالف بوده است و توقف ملکیت بدل برای مالک، بر اینکه عین مال مغضوبه که در ید غاصب است از تملیک به مالک خارج شده و متعذرالرد شود، معتبر نخواهد بود. همانند آنچه که ادله ضمان به واسطه ضایع کردن، سرقت و ... به آن اشاره دارد. پس در این هنگام بدل و قیمت در ملک مالک است

و این به ضرورت، معنای ضمان خواهد بود که به اشتغال ذمه غاصب به مثل یا قیمت تعبیر می‌شود. نص و فتوا نیز بر ضمان غاصب دلالت می‌کنند. حال این بدل، ملک مالک می‌شود. نسبت این بدل به مالک، همانند دینی است که هنگام پرداخت دین به او هیچ شکی در ملکیت صاحبش راه ندارد. اکنون بدل پرداختی به مالک تملیک می‌شود و عین مغصوبه نیز بنا بر اصالةالبقاء در ملکیت وی باقی می‌ماند و از آن حیث که این عین، مغصوبه است و "کلُّ مغصوبٍ مردودٌ" و گرفتن بدل، غرامت و خسارت است، دلیل شرعی منافی آن یافت نمی‌شود. در حقیقت پرداخت بدل حیلوله اگر به وجه تملیک به مالک صورت نپذیرد، در دفع ضرر از مالک واجدیتی ندارد. بلکه چه بسا بر او ضرر نیز وارد آورد، از آن نظر که مالک مکلف به نگهداری از بدل و حفظ آن است (نجفی، ۱۳۱/۳۷).

حال آیا این بدل برای عین، دائمی است؟ یا مادامی که تعذر وجود دارد، این بدل موجود است؟ اگر این بدل، بدل از سلطنت باشد، از آن نظر که بدل از سلطنتی از دست رفته است که ابداً و به هیچ وجه بازگشت آن به مالک امکان‌پذیر نیست، این بدل هم همچنان بر بدلیت خود به صورت دائمی باقی می‌ماند. بلکه حتی شاید گفته شود بنا بر قول به ملکیت از جهت عدم ثبوت ملکیت موقت در شرع، این ملکیت، دائمی است (میرزای نایینی، همان). با بیان این مطالب احوال ثلاثه عین مغصوبه مشخص می‌شود:

حالت اول: وجود عین و تمکن از رد آن به مالکش؛ **حالت دوم:** تلف عین و خروج از قابلیت تملیک بر مالک به سبب از دست رفتن آن و **حالت سوم:** وجود عین و تعذر و تعسر از رد آن به مالکش که در این صورت ضمان بر عهده غاصب می‌آید تحقیقاً نه تقدیراً و از این ضمان، به ضمان بدل حیلوله نام برده می‌شود.

با این اوصاف مغصوبه مننه، به اعتبار دینی که بر ذمه غاصب است، مالک قیمت مضمونه می‌شود. اگرچه عین مملوکه نیز بنا بر اصالةالبقاء همچنان در ملکیت خود مالک باقی می‌ماند (نجفی، همان: ۱۳۲). آنان چنین استدلال می‌کنند که دلالت روایات بر جواز اخذ تقاص به عنوان عوض و بدل از عین، دلالت بر حصول ولایت برای مقاص دارد؛ همانند تقاص از دین بیع مال و مقاصه کردن از ثمن آن (آشتیانی: ۳۴۸). اگر مدیون منکر و مماطل که طلبش را جحد می‌کرده، باذل و حاضر به استرداد مال شود، انعقاد معاوضه جدید لازم است (مامقانی: ۴۸۵). تقاص منشأ تحقق ملک لازم می‌شود، نه متزلزل. چنانچه هرگاه مالک، ملک خود را بفروشد یا در عوض طلب بدهد، ملک مشتری و صاحب طلب در آن لازم و مستقر می‌شود (میرزای قمی، ۲۲۵/۲).

نهایت استدلال‌های این دسته به این مطلب منتهی می‌شود که تصرف مالک در بدل، تصرفی مالکانه، آن هم نه به صورت متزلزل، بلکه دائمی است و در این میان اجتماع عوض و معوض را در ید مالک به منزله اجتماع ارش و عین معیوب بر می‌شمارند.

قول سوم: تفصیل بر اساس ادله ضمان بدل حیلوله

از این منظر بر اساس ادله بدل حیلوله، حکم بدل پیش از تلف، نیازمند تفصیل است. به این صورت که بنا بر ادله‌ای که در اثبات بدل حیلوله بیان شده است، در برخی موارد قائل به ملکیت مالک و در موارد دیگری قائل به اباحت تصرف وی در بدل باشیم. اگر دلیل بدل حیلوله را **قاعده نفی ضرر** بدانیم، مقتضای قاعده این است که بدل برای مالک مباح باشد، نه ملک او؛ زیرا اگر شمول ادله نفی ضرر را بر احکام عدمیه مسلم بدانیم، این قاعده تنها به مقداری که ضرر مالک از بین برود، اقتضای تشریح دارد و بدیهی است که تضرر مالک تنها از ناحیه عدم تمکن وی از تصرف در مال است و این ضرر، با اباحت تصرف در بدل حیلوله مرتفع می‌شود و دخول بدل حیلوله در ملکیت مالک، دخالتی در ارتفاع ضرر از ایشان ندارد. اگر مدرک بدل حیلوله، **قاعده سلطنت** باشد، از آنجا که غاصب، موجب از دست رفتن سلطنت مالک بر مالش شده، پس بر او واجب است که این سلطنت را برای مالک تدارک کند. بر این اساس جز اباحت تصرف مالک در بدل به همان نحو که در مالش تصرف می‌کرد، چیز دیگری ثابت نمی‌شود؛ چون دلیل سلطنت، به جز لزوم اعاده سلطنت مالک که از او زائل شده است، دلالت دیگری ندارد و شکی نیست که این معنا با جواز تصرف در بدل حیلوله حاصل خواهد شد، حتی اگر بدل، ملک مالک نشود. اگر مدرک بدل حیلوله را **اجماع** بدانیم، شک و شبهه‌ای نیست که قدر متقین از اجماع این است که بدل در خصوص تصرفات مالکیتی، قائم مقام مبدل می‌شود، نه در ملکیت. اگر مدرک بدل حیلوله **قاعده «من اتلف...»** باشد، مقتضای آن به ملکیت در آمدن بدل بر مالک است از آن نظر که بدیهی است ضمان، جز به ملکیت مالک، مرتفع نمی‌شود. اگر مدرک را **قاعده ضمان ید** در نظر بگیریم، مقتضای آن، وجوب رد عین به مالکش خواهد بود و اگر عین مغصوبه، تلف شده باشد، رد بدل بر آخذ واجب است. حال به وضوح می‌توان دریافت که مقتضای بدلیت، تملیک بدل به مالک است (خویی: ۲۱۴).

قول چهارم: تفصیل بر اساس نوع خسارت وارده

عده دیگری از فقها در مورد ماهیت بدل چنین قائل به تفصیل شده‌اند که اگر عین مال هنگامی که در ید غاصب بوده به دریا افتاده یا مانند آن، به گونه‌ای که امید دستیابی به آن مال وجود ندارد، بدل ملک مالک می‌شود، ولی اگر عین مغضوبه هنوز موجود بوده، اما ارجاع به مالک اصلی به‌طور موقت با تعذر روبه‌رو شده باشد، در این هنگام فقط اباحه تصرف برای مالک ثابت خواهد بود (امام خمینی، ۱/۶۴۲). شیخ انصاری نیز به نوعی قائل به این تفصیل بوده است و می‌نگارد: «تحقق مالکیت و سلطنت مطلق بر بدل به همراه بقای مالکیت بر عین، هنگامی صورت می‌پذیرد که معظم انتفاعات و بهره‌های عین، در اثر اقدام غاصب از بین رفته باشد، به گونه‌ای که پرداخت بدل، غرامت و تدارک سلطنت مطلقه فوت شده به‌شمار آید. اما اگر منفعت از دست رفته، منفعتی نباشد که قوام مالکیت بر آن استوار شده، در این صورت تدارک یا تسلط مطلق مالک بر بدل را ایجاب نخواهد کرد؛ به‌طور مثال: اگر کسی با حیوانی که متعلق به دیگری است، عمل جنسی انجام دهد، تنها منفعتی را از بین برده که قوام مالکیت بر آن منفعت استوار نیست؛ زیرا در نتیجه اقدام فرد غاصب، آنچه که لازم می‌گردد خروج حیوان از شهر محل سکونت است. بدیهی است بهره‌برداری از این حیوان متوقف بر بودن آن در همان شهر مورد نظر مالک نیست» (همان: ۲۶۲).

قول پنجم: نظر مختار

به‌نظر می‌رسد با توجه به ماهیت تقاص و فرض‌های مختلفی که در آن وجود دارد، می‌توان به تفصیل دیگری دست یافت. توضیح مطلب اینکه تاکنون دانستیم تقاص در حقیقت نوعی توصل به حق است که داین بدون استمداد از مقامات قضایی و تا آنجا که سبب بروز فتنه و فساد نشود، از اموال مدیون منکر یا مامل حق، طلب خویش را استیفا می‌کند. استیفاء طلب همواره بر یک سیاق نخواهد بود؛ زیرا با در نظر گرفتن ملاک دسترسی به عین مغضوبه یا عدم آن، با وضعیت متفاوتی روبه‌رو خواهیم شد.

۱. امکان دسترسی به عین

اگر عین مغضوبه در دسترس مقاص و برداشت آن ممکن باشد، در این وضعیت مقاص ملزم به اخذ همان عین است، نه چیزی غیر از آن. حال توجه به این نکته ضروری است که آیا مقاص حین انجام عمل تقاص، همچنان محق عین مغضوبه است یا خیر؟ اکنون با در نظر گرفتن این امر، به تحلیل فروض تقاص در این بند می‌پردازیم.

الف) حق مقاص باقی است

اگر مالی به واسطه تصرف غیرشرعی غاصب از سلطنت مالک خارج شود و مالک قصد وصول به حق داشته باشد، می‌تواند با رعایت موازین و شرایط، به تقاص اقدام کند. هنگامی که عین مغضوبه در ید غاصب یافت شود و مغضوب‌عنه امکان دسترسی و تقاص آن عین را داشته باشد، با توجه به اینکه گواهی مبتنی بر مالکیت برای اثبات نزد قاضی در دست ندارد، می‌تواند هر جا که عین مال خود را یافت، آن را بردارد و مال خویش را از متصرف غاصب بازستاند (شعرانی، ۷۱۱/۲).

ب) حق مقاص منتفی است

۱. عین، حق غاصب شده باشد

در حین فرض دسترسی به عین مال برای انجام عمل تقاص، عین مغضوبه حق غاصب شود، مانند آنجا که غاصب، وارث است و مغضوب‌عنه متوفی. حال پس از فوت مغضوب‌عنه، اگر عین مال حق غاصب شود، ذمه غاصب از تصرف غیرشرعی که مرتکب شده بود بری خواهد بود؟ در حقیقت از این پس (پس از فوت مغضوب‌عنه) عین مال حق غاصب شده، اما ذمه او بری نیست؛ زیرا غصب او در مدت زمان میان ارتکاب عمل تا فوت مغضوب‌عنه، منافع متوفی را از بین برده و غاصب، ملزم به جبران خساراتی خواهد بود که از عدم سلطنت و منفعت بر متوفی وارد کرده است.

۲. عین، متعلق حق غیر شده باشد

در فرض دیگری امکان دسترسی مالک به عین مغضوبه برای اعمال تقاص وجود دارد، اما مشکلی که راه انجام دادن مقاصه را در این فرض مسدود کرده، این است که عین مال متعلق حق غیر شود. در واقع عین موجود است و برای مالک که قصد تقاص دارد،

۱. این قسمت، قدر متیقن از تقاص است و با ادله اثبات آن، مشروعیت می‌یابد که عبارتند از: الف) مستندات لفظی: ۱. کتاب: «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَوْقَبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ (نحل: ۱۲۶) وَ الْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَى عَلَيْكُمْ (بقره: ۱۹۴) وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا (شوری: ۴۰)؛ ۲. سنت: و قد روی محمد بن ابی عمیر عن داوود بن زربی قال: قلت لابی الحسن (ع) انی اعامل قوماً فرّما ارسلوا الیّ فأخذوا منی الجاریه و الدّابّه فذهبوا بها منی ثمّ یدورلهم المال عندی فأخذ منه بقدر ما أخذوا منی. فقال (ع): خذ منهم بقدر ما أخذوا منك، و لاتزد علیّه (شیخ صدوق، ۱۸۷/۳) و روایات دیگری مانند: شیخ طوسی، تهذیب، ۳۴۷/۶ و شیخ حر عاملی، ۲۷۳/۱۷ و...؛ ۳. قواعد: لاضرر و لا ضرار، ضمان متلف، علی البید، تسلط. ب) مستندات لّبی: ۱. اجماع: سید عبدالاعلی سبزواری، ۱۴۶/۲۷ و محمد حسن نجفی، ۳۸۷/۳۷ و شهید ثانی، ۳۸۸/۲؛ ۲. عقل: محمد حسن نجفی، ۳۸۸/۳۷ و سبزواری، همان؛ ۳. بنای عقلا.

ستاندن عین مزبور ممکن است، اما عین مغصوبه دیگر جزو دارایی‌های غاصب محسوب نمی‌شود، بلکه اینک عین مال، در تصرف و سلطنت شخص یا اشخاصی دیگر است. تقاص عین مال در این حال، مانند گرفتن حق از فردی غیرمدیون خواهد بود که عملی غیرشرعی و به دور از مناسبات عقلی است.

۲. عدم امکان دسترسی به عین

در بعضی موارد که غاصب با تصرف عدوانی خویش، تسلط و تصرف در مال و منفعت را از مالک سلب می‌کند، عین مغصوبه در ید او باقی نمی‌ماند. این امر یعنی اگر مالک قصد باز ستاندن مال خویش را داشته باشد و به تقاص اقدام کند، به عین مغصوبه دسترسی نخواهد داشت. در این صورت عین مغصوبه یا به نحوی از انحا تلف شده است یا شاید فی‌الحال قابلیت وصول نداشته باشد. حقیقت امر آن است که اگر شخص، مال دیگری را بدون اذن اوتملک کند و عین مال در دسترس او نباشد، با در نظر گرفتن نوع تعذر، دو حالت متصور خواهد بود که در ادامه به بیان آنها می‌پردازیم.

الف) عین تلف شده باشد (تعذر عقلی)

یکی از حالت‌های ممکن آن است که عین مغصوبه تلف شود. در این زمان عین مغصوبه را از دست رفته، به هیچ‌وجه قابل رد به مالک اصلی خود نیست. همانند آنجا که رهن‌دهنده یا شخص ثالثی مال مورد رهن را تلف می‌کند که مطابق ماده ۷۹۱ ق.م.تلف‌کننده باید بدل آن مال را به صاحب اصلی پرداخت کند (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۴۸/۲). در این حال است که مال از دست رفته را به مثلی و قیمی دسته‌بندی می‌کنند. ضمان غاصب به معنای واقعی خود در این فرض مطرح می‌شود (همو، ۴۷/۲). در ماده ۳۱۱ ق.م. آمده است: «غاصب باید مال مغصوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد» (همو، قانون مدنی: ۲۶۶). ابن‌ادریس پس از بیان مسئله غصب و در فرض تلف عین مغصوبه با استناد به آیه ۱۹۴ سوره بقره^۱، مثل آن عین را بر ذمه غاصب می‌داند (۴۸۰/۲). حال که عین مال در ید غاصب تلف شده است و بازگشت‌پذیر نیست، مقاص می‌تواند از دیگر اموال غاصب، مثل یا قیمت عین مغصوبه را تقاص کند. حال، مقتص در حکم بدل تالف خواهد بود.

۱. «فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ»

ب) عین متعذرالوصول باشد (تعذر عرفی)

در ماده ۳۱۱ ق.م.آمه است: «...اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد، باید بدل آن را بدهد». پس فرض دیگری که تصورپذیر خواهد بود، آن است که عین مغضوبه باقی است، اما امکان رد آن فی الحال غیرممکن و در این صورت غاصب ملزم به پرداخت بدل است. در این شرایط اگر مالک قاصد تقاص باشد، از آنجا که عین مغضوبه متعذرالوصول است، مقاص می تواند مالی را که در قیمت با آن برابری می کند، به عنوان مقتص بردارد. مقتص در این فرض، در حکم بدل حیلوله است.

ابن زهره در غنیه به همراه مثالی مرقوم کرده است که اگر غاصبی عبدی را غصب کند و آن عبد از دست وی فرار کند، آن غاصب در برابر مالک عبد، ضامن و مسئول جبران خسارت وارده است. پرداخت بدل به معنای آن نیست که غاصب، مالک عبد فراری شده است، بلکه این خسارت پرداختی، به دلیل حائل موجود میان عبد و صاحبش است (غنیه: ۲۸۲). ابن ادریس در سرائر (۴۸۶/۲) و شیخ طوسی (ره) در مبسوط نیز همین امر را بیان کرده اند (۹۵/۳). شیخ انصاری حکم تعذر وصول به عین هنگام عدم استهلاک مانند سرقت، غرق یا ضایع شدن و فرار کردن را در حکم تلف عین برشمرده است و آن را در باب امانات مضمونه وارد می داند و این امر را با مثال تبیین کرده اند که اگر در جدا کردن تخته مغضوبی که در کشتی به کار رفته، ترس از غرق مال کسی غیر از غاصب باشد، تا رسیدن به ساحل، عوض تخته، قیمت معادل آن (به عنوان بدل) به مغضوب عنه پرداخت می شود (همو: ۲۵۷). محقق حلی نیز در شرایع، آنجا که عین مغضوبه قابلیت رد به مالک را نداشته و غاصب متعذر از استرداد باشد، او را مکلف به پرداخت بدل می داند (۱۸۶/۳).

ماده ۳۱۳ ق.م.می گوید: «هرگاه کسی در زمین خود با مصالح متعلقه به دیگری بنایی بسازد یا درخت غیر را بدون اذن مالک در آن زمین غرس کند، صاحب زمین یا درخت می تواند قلع یا نزع آن را بخواهد، مگر اینکه به اخذ قیمت تراضی نمایند». در ادامه بیان شده است که هرگاه مالک در مقام سوءاستفاده از حق خود باشد، طبق اصل ۴۰ قانون اساسی، دادگاه او را محکوم می کند (کاتوزیان، قانون مدنی: ۲۶۸). هر چند مطابق این ماده و نظر مشهور فقها، غاصب ناگزیر از هدم بنا و دادن عین به مالک است؛ اما بنا بر منطق انصاف و در نظر گرفتن تعذر عرفی استرداد عین، پرداخت بدل در این موارد کفایت می کند؛ اگر چه از نظر عقلی این مورد، تعذر به حساب نیاید و عین مال بازگشت پذیر به مالک باشد (همو، الزام های خارج از قرارداد، ۵۰/۲). با در نظر گرفتن

تمامی مطالب مذکور در این بند، می‌توان گفت آن مالی که مقاص از اموال مقاص منته به تصرف خویش در می‌آورد، در واقع بدل مالی است که از وی غصب شده است. این امر زمانی صورت می‌پذیرد که سلطنت از عین به نحوی زائل شود، به گونه‌ای که بازگشت عین به مالک امکان‌پذیر نباشد. این مانع، یا تعذر عقلی و حقیقی است؛ مانند از بین رفتن عین و نابودی آن، که مقتص در این هنگام در حکم بدل تالف یا تعذر عرفی و حکمی است؛ مانند افتادن عین مال در دریا، فرار عبد و دابّه از ید غاصب یا اینکه عین مال جزو خزانه سلطان شود که ارجاع عین مال، میسر نیست؛ اگرچه عین همچنان باقی باشد (نایینی، المکاسب و البیع، ۳۷۲/۱).

اکنون پس از تبیین فرض‌های مختلف تقاص، اشاره به این نکته ضروری است که در قسم تعذر عرفی، اگر پس از گذشت مدتی عذر برطرف شود، وضعیت عین مال و بدل حیلوله چگونه خواهد بود؟ آیا هر کدام از آنها به صاحبان اصلی خویش تحویل داده می‌شوند؟ یا اینکه با اعمال تقاص، بدل حیلوله جزو مایملک دائمی مالک می‌شود و عین نیز در ملکیت وی باقی است؟ و شاید از آنجا که غاصب، مقاص عنه و مالی از او به‌عنوان بدل اخذ شده است؛ مالک عین می‌شود؟ با توجه به آنچه ذکر شد، در تحلیل نظر مختار می‌توان گفت: آنجا که امکان دسترسی به عین برای مقاص فراهم است، او در تقاص، به اخذ همان عین ملزم است و به برداشتن مالی جز آن عین مجاز نخواهد بود. حال پس از تقاص از مقاص عنه و گرفتن عین مال، مقتص همان‌گونه که پیش از آن در ملکیت مقاص بوده، از این پس نیز در ملکیت او باقی است. این در صورتی است که در زمان اعمال تقاص، مقاص همچنان محق عین مغصوبه باشد. در غیر این صورت اگر عین، حق غاصب شده باشد (غاصب، وارث عین شود) یا متعلق حق غیر شود (غاصب عین را هبه یا معاوضه کرده باشد) مقاص به اخذ عین مال به‌عنوان مقتص مجاز نخواهد بود؛ اما اگر دسترسی به عین مغصوبه برای مقاص ممکن نباشد، او به برداشتن مال دیگری مجاز است که در ارزش با عین برابری کند. در این صورت اگر عین در ید غاصب تلف شده باشد، مقتص نزد مقاص به‌عنوان بدل تالف است و به ملکیت دائم وی در می‌آید و اگر عین، عقلاً تلف نشده است، بلکه فی‌الحال در ید غاصب موجود و دسترسی به آن عرفاً امکان‌پذیر نباشد، مقتص مأخوذ از اموال غاصب، تا هنگام برطرف شدن تعذر عرفی دسترسی به عین، به‌عنوان بدل حیلوله نزد مقاص باقی می‌ماند تا اگر مدیون منکر دست از جحد خویش برداشت و به استرداد عین مال به داین کرد، او نیز مقتص را به وی بازگرداند.

مقتص جایگزین مال از دست رفته مقاص محسوب می‌شود و تا هنگامی که عین به

او رد نشود و او سلطنت از دست رفته خویش را باز نیابد، به واسطه جواز اباحه تصرف بر آن مقتص می‌تواند منافع زائله خود را به دست آورد. اما آن هنگام که منکر یا مامل عین مغضوبه را به مالک مسترد کند، دیگر لزومی برای بقای بدل در ید مالک وجود ندارد؛ زیرا او به عین مال دست یافته و منافع این مدت را که بر مالش دسترسی نداشته، به واسطه دریافت و تصرف در بدل حیلولة، به دست آورده است؛ پس اموال به مالکان اولیه خویش باز می‌گردند؛ اما اگر قائل به تملک دائم بدل حیلولة توسط مالک باشیم، وی پس از دریافت عین، صاحب بدل هم شده و در واقع امر، چیزی اضافه بر حقیقش به او رسیده است. وی در این مدت از منافع بدل سود برده و به صورت اباحه مطلق در آن تصرف کرده است، پس حق سلطنتی که با غصب عین از او فوت شده بود، فراهم شده است و به ملکیت بدل نیاز احساس نمی‌شود.

البته اعمال تقاص در جامعه، نیازمند شناخت شرایط^۱ و موانع^۲ موجود بر سر آن است که مسئولان می‌توانند با استفاده از نظریات و تجارب فقها و حقوقدانان در صد تدوین قانونی و عملی شدن این قاعده برآیند تا به صورت ماده‌ای الحاقی به قانون مدنی تصویب شود، تا پس از انجام دادن این مهم، بتوان برای اجرای این قاعده در اجتماع، به جایگاهی رسمی و مجوزی قانونی قائل شد، به این امید که با توسل به آن، راهی برای توصل به حق گشوده شود. اجرایی کردن متناسب قاعده تقاص در تعهدات و معاملات (که یکی از ابداعات حقوقی اسلام به‌شمار می‌رود) آثار مطلوبی در روابط حقوقی به بار خواهد آورد و به‌طور حتم عامل تأثیرگذاری در کاهش پرونده‌های مالی و اقامه چنین دعاوی اقتصادی خواهد بود.

دست‌اندرکاران ذی‌ربط با تبیین قانونی، شرایط طرفین تقاص و موانع موجود در مسیر اعمال آن، حدود و ثغور اجرایی شدن تقاص در میان اقشار جامعه را صریح اعلام کنند و برای تخطی و عبور از مرز قانونی آن، مجازات‌هایی را در نظر بگیرند.

از سوی دیگر، انبوهی از پرونده‌های مال‌باختگان و طلبکاران که به عناوین مختلف از دریافت حق خویش محروم شده‌اند، حاکی از اهمیت عملی شدن این قاعده خفته در شرع است. تقاص به تمامی آنان فرصت توصل به مطالبات معوقه و استیفای حقوقشان را

۱. وجود حق، اتحاد مکان و زمان تأدیه، مسلم بودن دو تعهد، اهلیت و علم مقاص، مسالمت‌آمیز بودن عمل وی، داشتن قصد و نیت انشایی، جحد مدیون، انکار عالمانه دین و...

۲. مرافعه قبلی، قسم مدیون، فراهم بودن امکان اقامه دعوی، اعسار مدیون، خروج مال از متعلقات مال غاصب و تقاص از اموال دولت.

خواهد داد؛ همچنین سبب آسایش افرادی است که ضامن متقاضیان وام و اخذ تسهیلات می‌شوند و انگیزه آنان را برای ضمانت این افراد قوی‌تر خواهد کرد.

نتیجه‌گیری

اینک با نگاهی اجمالی به اقوال مطروحه، می‌توان به این مهم دست یافت که آثار حقوقی تقاص، در هر یک از آنان متفاوت خواهد بود.

بر اساس قول اباحه تصرف، پس از برطرف شدن تعذر غاصب و رد عین به مغضوب‌عنه، مقاص موظف به بازپس‌دادن مقتص (که در حکم بدل است) خواهد بود. بازگرداندن مقتص به غاصب سبب عدم اجتماع عوض و معوض در ید غاصب است و از این اشکال جلوگیری می‌کند.

قائلان به ملکیت دائم معتقدند اگر مقاص، حقی در گرفتن مقتص داشته باشد، آن حق سبب ملکیت وی می‌شود. آنان بر این باورند که مقتص همانند بدل از باب غرامت است، از این‌رو هم مقتص و هم عینی که ردش برای غاصب متعذر است، در ملکیت مالک خواهد بود. ایشان ایراد اجتماع بدل و عین در ید مالک را با شبیه‌سازی به اجتماع ارش و عین معیوب توجیه می‌کنند.

عده دیگری قائل به تفصیل بر اساس ادله بدل حیلوله و نیز میزان و نوع خسارت وارده شده‌اند. دسته اول با اشاره به مقتضیات قواعد مثبت بدل حیلوله، در پاره‌ای موارد قائل به اباحه تصرفند و در برخی دیگر، ملکیت دائم را مقبول می‌دانند؛ گروه دوم نیز چنین استدلال کرده‌اند که در صورت عدم امید دستیابی به عین یا از بین بردن معظم انتفاعات آن، مقتص به ملکیت دائم مالک در خواهد آمد و اگر امید بازیافت عین باقی باشد یا میزان منفعت از بین‌رفته زیاد نباشد، مقاص با اباحه تصرف، مقتص را در دست خواهد داشت.

اما قول مختار بر اساس فرض‌های مختلفی بیان شده است که برای عمل تقاص پیش‌بینی می‌شود. در فرض امکان دسترسی مقاص به عین و باقی بودن حق وی، عین همانند سابق در ملکیت او باقی می‌ماند و در صورت انتفای حق مقاص (عین حق غاصب یا متعلق حق غیر شده باشد) تقاص موضوعیت ندارد. در فرض عدم امکان دسترسی به عین و تعذر عقلی، مقتص در حکم بدل تالف است و به ملکیت مالک در می‌آید و در صورت تعذر عرفی، مقاص تنها در تصرف مقتص مباح خواهد بود.

منابع

الف) کتب و مقالات

- [۱]. قرآن کریم.
- [۲]. آشتیانی، محمدحسن بن جعفر (۱۳۶۹ق). کتاب القضاء. تهران، چاپخانه ی رنگین.
- [۳]. ابن ادریس حلی، محمدبن منصور (۱۴۱۰ق). سرائر. چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۴]. ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق). غنیه النزوع. قم، مؤسسه امام صادق (ع).
- [۵]. ابن منظور، محمد (۱۴۰۵ق). لسان العرب. بیروت، دارالاحیاء.
- [۶]. ابوالحسین، احمد بن فارس (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة. قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
- [۷]. احسائی، محمد (۱۴۰۵ق). عوالی اللثالی. قم، دارالسیدالشهداء.
- [۸]. اردبیلی، احمدبن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده و البرهان. قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۹]. اصفهانی، راغب (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن. لبنان، دارالعلم.
- [۱۰]. امامی، حسن (؟). حقوق مدنی. تهران، انتشارات اسلامی.
- [۱۱]. انصاری، مرتضی (۱۴۲۱ق). صیغ العقود و الایقات. قم، مجمع اندیشه اسلامی.
- [۱۲]. ——— (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- [۱۳]. انصاری، مسعود (۱۳۸۴ش). دانشنامه حقوق خصوصی. تهران، محراب فکر.
- [۱۴]. بحرانی صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق). غایه المرام. بیروت، دارالهادی.
- [۱۵]. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲ش). فرهنگ عناصرشناسی. تهران، گنج دانش.
- [۱۶]. ——— (۱۳۷۸ش). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران، گنج دانش.
- [۱۷]. ——— (۱۳۷۶ش). ترمینولوژی حقوق (چاپ هشتم). تهران، گنج دانش.
- [۱۸]. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق). الصحاح. بیروت، دارالعلم ملاتین.
- [۱۹]. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق). مختصرالنافع (چاپ ششم). قم، مؤسسه المطبوعات الدینی.
- [۲۰]. ——— (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام (چاپ دوم). قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۲۱]. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام. قم، مؤسسه امام صادق (ع).
- [۲۲]. خازم، علی (۱۴۱۳ق). علم الفقه. بیروت، دارالغرب.
- [۲۳]. خوانساری، احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). جامع المدارک (چاپ دوم). قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۲۴]. خویی، ابوالقاسم (؟). مصباح الفقاهه. بی. جا. بی. نا.
- [۲۵]. رازی، عبدالقادر (۱۴۱۵ق). مختار الصحاح. بیروت، دارالاحیاء.
- [۲۶]. زبیدی، محمد (؟). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت، دارالاحیاء.

- [۲۷]. سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق). نظام القضاء. قم، مؤسسه امام صادق (ع).
- [۲۸]. سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مذهب الاحکام. قم، مؤسسه المنار.
- [۲۹]. شعرانی، ابوالحسن (۱۴۱۵ق). تبصره المتعلمین (چاپ پنجم). تهران، منشورات الاسلامیه.
- [۳۰]. صاحب، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغه. بیروت، عالم الکتاب.
- [۳۱]. صدر، محمدباقر (۱۴۱۸ق). ماوراء الفقه. بیروت، دارالاضواء.
- [۳۲]. صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق). من لایحضر الفقیه (چاپ دوم). قم، انتشارات اسلامی.
- [۳۳]. طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی (چاپ دوم). قم، انتشارات اسلامی.
- [۳۴]. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق). مجمع البحرین (چاپ سوم). تهران، کتاب فروشی مرتضوی.
- [۳۵]. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۳۶]. _____ (۱۳۹۰ق). الاستبصار. تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- [۳۷]. _____ (۱۳۹۰ق). تهذیب الاحکام. تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- [۳۸]. _____ (۱۳۸۷ق). المبسوط (چاپ سوم). تهران، المکتبه لاحیاء آثار الجعفریه.
- [۳۹]. عاملی، حر (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم، مؤسسه آل البیت (ع).
- [۴۰]. عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام. قم، مؤسسه معارف الاسلامیه.
- [۴۱]. عاملی، محمدبن مکی (۱۴۱۲ق). الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه. قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۴۲]. فاضل لنکرانی، محمد جواد (۱۴۲۰ق). تفصیل الشریعه. قم، مرکز فقهی ائمه اطهار.
- [۴۳]. فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). کشف اللثام. قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۴۴]. فتح الله، احمد (۱۴۱۵ق). معجم الفاظ الفقه الجعفری. بی جا. بی نا.
- [۴۵]. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). العین (چاپ دوم). قم، نشر هجرت.
- [۴۶]. فیروزآبادی، نصرالهونینی (؟). القاموس المحيط. بی جا. بی نا.
- [۴۷]. فیومی، احمدبن محمد (؟). المصباح المنیر. بیروت، دارالفکر.
- [۴۸]. قدیانی، عباس (۱۳۸۵ش). فرهنگ اصطلاحات حقوق جزاء. تهران، انتشارات عابدزاده.
- [۴۹]. قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ق). جامع الشتات. تهران، مؤسسه کیهان.
- [۵۰]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴ش). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران، انتشارات میزان.
- [۵۱]. _____ (۱۳۸۲ش). الزامهای خارج از قرارداد، تهران، انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- [۵۲]. _____ (۱۳۷۴ش). وقایع حقوقی. تهران، مؤسسه نشر یلدا.
- [۵۳]. کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد (چاپ دوم). قم، مؤسسه آل بیت (ع).
- [۵۴]. مامقانی، عبدالله (بی تا). مناهج المتقین. قم، مؤسسه آل البیت (ع).
- [۵۵]. محدث نوری، حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل. بیروت، مؤسسه آل بیت (ع).
- [۵۶]. محقق داماد یزدی، مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (چاپ دوازدهم). تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- [۵۷]. مرعشی، محمدحسن (۱۳۶۵ش). شرح قانون حدود و قصاص. تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

- [۵۸]. مسعود، جبران (۱۳۷۶ش). الرائد. مشهد، مؤسسه آستان قدس رضوی (ع).
- [۵۹]. مشکینی، علی (۱۳۷۹ق). مصطلحات الفقه (چاپ دوم). قم، مؤسسه انتشارات الهادی.
- [۶۰]. معلوف، لويس (۱۳۸۳ش). المنجد فی اللغة. تهران، انتشارات اسلام.
- [۶۱]. موسوی خمینی، روح الله (؟). کتاب البیع. تهران، مؤسسه آثار امام خمینی (ره).
- [۶۲]. موسوی خمینی، مصطفی (۱۴۱۸ق). کتاب البیع. تهران، مؤسسه آثار امام خمینی (ره).
- [۶۳]. نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). المكاسب والبیع. قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۶۴]. _____ (۱۳۷۳ق). منیه الطالب. تهران، المكتبه المحمديه.
- [۶۵]. نجفی، محمد حسن بن باقر (۱۳۹۴ق). جواهرالکلام (چاپ ششم). تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- [۶۶]. نراقی، احمدبن محمد (۱۴۱۵ق). مستندالشیعه. قم، مؤسسه آل البيت (ع).
- [۶۷]. نووی، محی الدین (۱۴۲۲ق). روضة الطالبین. لبنان، دارالفکر.

ب) منبع اینترنتی

(۸ آبان ۱۳۹۱) دروس خارج فقه / www.fazellankarani.com. [68]