

## **Identifying Criteria of ‘Waste in Law’ in Islamic Jurisprudence; by Analyzing the Rule of ‘Transfer to a Third Party of Good Faith’ in the Judicial Practice and a Plan to Amend the Iranian Civil Code**

Mohammad Hadi JavaherKalam\*

Received: 2022/11/08

Samad Haddadi Ardakani\*\*

Accepted: 2023/05/05

### **Abstract**

In this article, the criteria for identifying ‘waste in law’ or ‘as waste’ in Islamic law, by studying the rule of ‘transfer to a third party of good faith’ in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim of resolving disputes between courts and creating a uniform practice in courts have been analyzed. The fundamental question is what the rule and criterion for the realization of ‘waste in law’ is, which has been used and cited in Iranian laws and judicial practice in recent years, and whether it is possible to analyze and present the various criteria that have been proposed in Imamiya jurisprudence to a single criterion format or more general criteria? With an analytical-descriptive research method and extensive study in Imamiya jurisprudential texts and judicial practices, it was concluded that the majority of the various criteria accepted by the Imamiya jurists can be interpreted in a general rule, i.e., ‘absence of dominance’. However, this lack of dominance is sometimes used in a very broad sense, sometimes in a very narrow sense, and sometimes in a conventional sense. In recent years, the judicial practice has adopted the transfer of property to a third party of good faith as a criterion for ‘waste in law’, especially if changes have been made in the subject-matter of contract. This is an idea that has also been applied in the proposal to amend some articles of the Civil Code. From an analytical point of view and in terms of compliance with Imamiya jurisprudential foundations, it is suggested that if the ‘Volenti non fit injuria’ rule is applied and the transferee is in ignorance of right of others, waste in law, which is a legal presumption, is realized.

**Keywords:** Waste in Law, Dominance, Transfer of Property to Another, Impossibility of Transfer, Transferee of Good Faith, Volenti non fit injuria, Legal Presumption.

---

\* Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

javaherkalam@atu.ac.ir

\*\* LLM Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Tehran, Iran.

s.haddadi1371@yahoo.com



## معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی؛ با تحلیل ضابطه «انتقال به ثالث با حُسن نیت» در رویه قضائی و طرح اصلاح قانون مدنی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۱۷

محمدهادی جواهر کلام\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۵

صمد حدادی اردکانی\*\*

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

در این نوشتار، معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی، با مطالعه ضابطه «انتقال به شخص ثالث با حُسن نیت» در رویه قضائی و طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ قانون مدنی ایران، با هدف رفع اختلاف بین محاکم و ایجاد رویه واحد بین دادگاه‌ها، مورد تحلیل قرار گرفته است. پرسش بنیادین آن است که تحقق تلف حکمی که در سالیان اخیر در قوانین و رویه قضائی ایران بسیار مورد استفاده و استناد قرار گرفته، چه ضابطه و معیاری دارد و آیا می‌توان معیارهای گوناگونی را که در فقه امامیه برای شناسایی این قاعده مطرح گردیده، در قالب معیار واحد یا معیارهای کلی‌تری تحلیل و ارائه کرد؟ با روش تحقیق توصیفی تحلیلی و با مطالعه گسترده در متون فقهی و رویه قضائی، این نتیجه حاصل شد که غالب معیارهای گوناگون مورد پذیرش فقیهان امامیه، در یک ضابطه کلی یعنی «فقدان سلطنت» قابل تفسیر است؛ منتها این عدم سلطنت گاه در معنای بسیار وسیع، گاهی به معنای بسیار مضیق و گاه هم در معنای متعارف استعمال شده است. رویه قضائی نیز در سالیان اخیر، ضابطه تلف حکمی را انتقال مال به شخص ثالث با حُسن نیت قرار داده است؛ به‌ویژه اگر در مبیع تغییرهایی ایجاد شده باشد؛ ایده‌ای که در پیشنهاد اصلاح برخی از مواد قانونی مدنی نیز اعمال شده است. لذا از حیث تحلیلی و با لحاظ انطباق با مبانی فقهی، پیشنهاد شد که در صورت جریان قاعده اقدام و جهل منتقل‌الیه به تعلق حق غیر، تلف حکمی، که یک فرض حقوقی است، تحقق یابد.

**واژگان کلیدی:** تلف حکمی، سلطنت، انتقال مال به دیگری، عدم امکان نقل و انتقال، منتقل‌الیه با حُسن نیت، قاعده اقدام، فرض حقوقی.

\* استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران  
(نویسنده مسئول).  
javaherkalam@atu.ac.ir

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.  
s.haddadi1371@yahoo.com

#### مقدمه

استناد به «تلف حکمی» در سال‌های گذشته از سوی قانون‌گذار و رویه قضائی برای حمایت از شخص ثالث با حُسن نیت و مصالح عمومی بسیار رواج یافته است؛ برای نمونه، ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی<sup>۱</sup> مصوب ۱۳۹۴ و ماده ۱۱۷ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا<sup>۲</sup> مصوب ۱۳۸۷ این اصطلاح را به کار برده است. دادگاه‌های ما نیز در موارد متعددی، به‌ویژه در بحث بیع فضولی، درجایی که مبیع به شخص ثالث با حُسن نیتی منتقل شده است، به‌خصوص اگر تغییرهایی نیز در مبیع صورت گرفته باشد، مانند اینکه خریدار بر روی زمین متعلق به دیگری ساختمانی احداث کرده یا ساختمان قبلی را تخریب و تجدید بنا نموده، برای حمایت از منتقل‌الیه ناآگاه، به‌جای صدور حکم بر بطلان تمامی معاملات بعدی و قلع مستحقات خریدار، به «تلف حکمی مبیع» تمسک جسته‌اند و با نافذ شناختن معاملات بعدی و مالکیت متصرفان بر مستحقات، تنها آنان را مکلف به پرداخت خسارت به مالک پیشین (اصلی) دانسته‌اند. این تدبیر حتی در قالب طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۳۵ قانون مدنی به شماره ۵۶۵ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۲۲ در مجلس شورای اسلامی اعلام وصول شده و بدین ترتیب، حق متصرف با حُسن نیت بر حق مالک مقدم شمرده شده است.

این درحالی است که تاکنون مفهوم روشن و معیار مشخصی از «تلف حکمی» ارائه نشده و انطباق طرح پیشنهادی یادشده با مبانی فقهی و حقوقی و ضابطه‌های ارائه‌شده از تلف حکمی در فقه امامیه نیز محل مناقشه و تردید است. سؤال اصلی این است که تلف حکمی چیست و چه معیاری برای شناسایی آن وجود دارد؟ از طرف دیگر، در متون فقهی قرائت‌ها و تفسیرهای گوناگونی از تلف حکمی ارائه شده و معیارهای متفاوتی برای تحقق آن در ابواب مختلف فقهی مطرح گشته است؛ بنابراین، باید دید آیا

---

۱. «در مواردی که وضعیت سابق مدیون دلالت بر ملائت وی داشته یا مدیون در عوض دین، مالی دریافت کرده یا به هر نحو تحصیل مال کرده باشد اثبات اعسار برعهده اوست مگر اینکه ثابت کند آن مال تلف حقیقی یا حکمی شده است...».

۲. «هرگاه مورد وثیقه واقعاً یا حکماً تلف شود، سند تابع مقررات اسناد ذمه‌ای خواهد بود». وانگهی، به‌نظر می‌رسد که آیین‌نامه شماره ۷۹ شرایط عمومی بیمه باربری مصوب ۱۳۹۱/۱۰/۲۶، در بند ۱۳ از خطرات تحت پوشش، با عنوان خسارت کلی فرضی، شامل تلف حکمی نیز می‌شود.

از این معیارهای گوناگون می‌توان قدر مشترکی را استخراج کرد؟ آیا در بحث غصب و در حکم غصب (محل اجرای قاعده «علی الید ما إخذت حتی تؤدیه») نیز می‌توان به تلف حکمی استناد کرد؟ در پاسخ به این پرسش‌ها، فقیهان امامیه نیز پاسخ‌های صریحی نداده‌اند و حتی به صورت منسجم به این بحث نپرداخته‌اند و همین امر، بر دشواری‌های ناشی از تدارک قاعده عمومی برای تحقق تلف حکمی افزوده است.

برای پاسخ به پرسش‌های یادشده، در آغاز مفهوم و اقسام تلف و تعریف و صور تحقق تلف حکمی و مبانی استناد فقها به این فرض حقوقی بررسی می‌شود. در ادامه مهم‌ترین معیارهای تحقق تلف حکمی در فقه امامیه مطالعه و تلاش می‌شود ضابطه‌های گوناگون ارائه‌شده ذیل عنوان‌های کلی‌تر و جامع‌تر استخراج و عرضه گردد. در نهایت، انتقال به ثالث با حسن نیت به عنوان ضابطه تلف حکمی در رویه قضائی و طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ ق.م. و نیز نقش «اقدام» مالک در تمسک به تلف حکمی، از حیث مبانی فقهی و حقوقی مطالعه می‌شود.

#### ۱. مفهوم و اقسام تلف؛ تعریف و صور تلف حکمی و مبانی استناد فقها به آن

پس از بررسی مفهوم و اقسام تلف و روشن شدن معنای تلف حکمی، به صور تحقق تلف حکمی و مبانی استناد فقها به این فرض حقوقی پرداخته می‌شود.

##### ۱-۱. مفهوم و اقسام تلف (حقیقی و حکمی)

تلف در لغت به معنای «هلاک گردیدن» و «نابود شدن» به کار رفته است؛ بدین معنا که یک شیء نابود شده و معدوم گردد (ابن منظور، ۱۴۱۰ق، ج ۹، ص. ۱۸۰). طبق تقسیم‌بندی مرسوم در فقه امامیه، «تلف» به دو دسته تلف حقیقی (یا واقعی) و تلف حکمی (یا اعتباری یا معنوی) تقسیم شده است:

۱- تلف حقیقی بدان معناست که عین مالی که در خارج وجود دارد، حقیقتاً و واقعاً از بین برود؛ مانند اینکه میوه‌ای به دلیل فاسد شدن، زایل شود یا خانه‌ای در آتش بسوزد یا در اثر زلزله منهدم شود و یا اینکه خودرویی در اثر صاعقه بسوزد و نابود گردد و یا مواد خوراکی در اثر استفاده از بین بروند یا شیشه ساختمانی فرو بریزد یا لباسی پاره شود و یا عینکی شکسته شود و نظایر آن. همچنین، ممکن است منافع

مالی در اثر استفاده یا هدر دادن منفعت (مانند مخفی نمودن مال یا معطل گذاشتن آن)، حقیقتاً تلف گردد.<sup>۱</sup> در تمام موارد یادشده، ممکن است مواد اولیه و اجزای تشکیل دهنده مال تلف شده، کاملاً از بین برود، مانند اینکه لباسی در اثر سوختن، تبدیل به خاکستر شود، یا آنکه اجزای مال تالف (تلف شده) موجود باشد، مانند اینکه مصالح ساختمان یا شیشه یا پارچه و نظایر آن همچنان در خارج وجود داشته باشد؛ اما به دلیل آنکه «هیئت اجماعی» مال تلف شده است، بر آن «تلف حقیقی» صدق می‌کند. همچنین، تلف حقیقی ممکن است کلی و ناظر به تمام اجزای مال باشد، مانند اینکه کل خانه فرو ریزد؛ یا جزئی و نسبت به بخشی از مال، مثل اینکه قسمتی از سپر ماشین از بین برود، که از آن به «نقص» مال نیز تعبیر می‌شود.

۲- تلف حکمی یا اعتباری بدین معناست که عین مال در خارج وجود دارد؛ یعنی هم هیئت افرادی و هم هیئت اجماعی مال در جهان خارج موجود است، اما مالک به مال خود دسترسی ندارد و سلطه او بر آن مال قطع شده است؛ مانند حیوانی که به سرقت رفته یا فرشی که دزد آن را برده است یا مالی که در بیابان یا صحرا یا شهری گم شده و هیچ نشانی ندارد که به کمک آن بتوان مال مزبور را پیدا کرد. در تمام این موارد، اگرچه عین مال در جهان خارج وجود دارد، ولی در دسترس و تحت سلطه مالک آن نیست و عادتاً هم امید یافتن آن نمی‌رود؛ یعنی سلطه مالک بر مال خویش عادتاً و عرفاً برای همیشه قطع شده است. به همین جهت، فقها در این حالت از «تلف حکمی» مال سخن می‌گویند؛ یعنی عین مال واقعاً تلف نشده و موجود است، ولی به دلیل عدم دسترسی مالک بدان، در حکم تلف تلقی شده است (جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، صص. ۶۱۷-۶۱۸).

#### ۲-۱. صورت‌های تحقق تلف حکمی

تلف حکمی دو صورت دارد: ۱- مال از دسترس مالک خارج شود، به نحوی که عادتاً امکان دستیابی بدان نباشد؛ مانند انگشتری که داخل اقیانوسی افتاده است. در این

۱. افزون بر تلف عین و منفعت، تلف ویژگی و صفت مال یا مالیت آن نیز در متون فقهی از مصادیق تلف حقیقی قلمداد شده است (ر.ک: جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، صص. ۱۹۸-۱۹۹).

حالت، مال «واقعاً» قابل بازگشتن نیست؛ یعنی مالک به صورت «مادی و فیزیکی» نمی‌تواند مال خود را مجدداً به دست بیاورد. به همین دلیل، فقها آن را در حکم تلف می‌شمارند. بند آخر ماده ۳۱۱ ق.م. نیز در موردی که رد عین مال مغضوب امکان‌پذیر نیست، تلف حکمی را پذیرفته و غاصب را ملزم به دادن بدل شمرده است. ۲- مال در جهان خارج وجود دارد و «واقعاً» قابل رد است، اما به دلیل مانع شرعی یا قانونی رد آن به مالک امکان‌پذیر نیست؛ برای مثال، اگر پس از عقد بیع، عین مبیع به شخص دیگری فروخته شود یا اجاره داده شود، و سپس عقد بیع به دلیلی فسخ گردد، به خاطر آنکه مبیع متعلق حق خریدار دوم یا مستأجر قرار گرفته است، رد عین مبیع مطلقاً (در مورد بیع دوم) و یا موقتاً (در مورد اجاره) امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین، عقد بیع دوم یا اجاره به حال خود باقی می‌ماند و خریدار به جای عین مبیع، بدل آن را به فروشنده می‌دهد، زیرا مبیع در حکم تلف محسوب است. در واقع، قانون‌گذار یا شارع در این فرض، مال را در حکم تلف قرار داده و به همین جهت، بدان «تلف شرعی» نیز اطلاق می‌گردد (جمعاً از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص. ۶۱۸). مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی، به تبع متون فقهی، این قسم از تلف حکمی را به صراحت پذیرفته است.

### ۳-۱. مبانی استناد فقها به تلف حکمی

در فقه امامیه، افزون بر «تلف حقیقی» در برابر «تلف حکمی»، در موارد بسیاری، «حقیقت امری» یا «واقعیت چیزی» در مقابل «در حکم آن چیز» یا «به منزله آن شیء» قرار گرفته و حکم حالت نخست به فرض دوم نیز تسری یافته است. از جمله این مواد، می‌توان به مصادیق زیر اشاره کرد: کشف حکمی در برابر کشف حقیقی در بیع فضولی (انصاری، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۲۰۵)، قبض حکمی در برابر قبض حقیقی، اقرار حقیقی در برابر اقرار حکمی، زیادتی حکمی در برابر زیادتی حقیقی در بحث ربا، نجاست حکمی در برابر نجاست حقیقی، تصرف حکمی در برابر تصرف حقیقی (مؤمن قمی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۴۳۵؛ سرخسی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۵، ص. ۷۲)، رد حکمی در برابر رد حقیقی در بیع فضولی (مروجی، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص. ۴۴۷)، انحلال حکمی در برابر انحلال حقیقی در علم اصول (حسینی حائری، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۸۹). اینک، باید

پرسید که اساساً چرا فقیهان امامیه به «در حکم شیء» به طور عام، و «تلف حکمی» به نحو خاص، روی آورده‌اند؟ در حقوق ما تاکنون پژوهشی در این باره و علت سرایت و تعمیم حکم از حقیقت مادی و واقعی به حقیقت حکمی یا اعتباری انجام نشده است؛ اما به طور خلاصه می‌توان گفت: هرگاه مفهوم حقیقی امری، فاقد ارکان و عناصر معنای واقعی باشد، اما «ضرورت‌های اجتماعی» توسعه مصادیق یا حکم آن را اقتضا کند، فقیهان معنای حقیقی را به معنای حکمی نیز توسعه داده‌اند؛ برای نمونه، قبض اصولاً در معنای محسوس به کار می‌رود؛ اما اگر در مواردی ضرورت‌های اجتماعی اقتضاء کند، ممکن است قبض را به موارد غیر محسوس نیز سرایت دارد؛ مانند قبض ملک غیر منقول مشاع (عاصم بن منصور، ۱۴۳۴ق، ص. ۲۰۵). همچنین، در مواردی که بین معنای حقیقی و معنای حکمی از حیث نتیجه هیچ تفاوتی وجود نداشته باشد، فقیهان فارغ از اینکه آیا معنای حکمی ارکان معنای حقیقی را دارد، گرایش به مفهوم حکمی پیدا کرده‌اند؛ برای نمونه، هرگاه در عقد هبه، واهب دو طرف عقد را خود بر عهده دارد، عقد هبه بدون نیاز به قبض جدید واقع می‌شود (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۲۲)، زیرا عمل واقع شده هیچ تفاوتی با قبض حقیقی در نتیجه ندارد. بدین ترتیب، گرایش فقها به مفهوم «حکمی» و اینکه «یک شیء در حکم یک شیء دیگر» است، ناشی از ضرورت‌های اجتماعی و تساوی در نتیجه است (الریاحنه، ۲۰۰۵م، ص. ۱۰۸).

گفتنی است که در حقوق ما نیز برخی از حقوق‌دانان برای تعدیل سختی و خشکی قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقِّ الاحوال» به تلف حکمی استناد کرده‌اند؛ چنان‌که در بحث غصب سنگ یا شمش طلا و خلق شاهکار هنری از آن، به جای رد عین، حکم به دادن بدل، به جهت تحقق تلف حکمی مال مغضوب، داده شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ش ۳۸۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۲۰۵). در مذاهب اهل سنت هم در فرض غصب حبه متعلق به غیر و تبدیل شدن آن به محصول، مالک را مستحق مثل حبه دانسته و زراعت را متعلق به غاصب می‌دانند (برای تفصیل بحث، ر.ک: سرخسی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۱، ص. ۹۵؛ سیواسی، بی تا، ج ۱۰، ص. ۲۵۹؛ صدر، ۱۴۱۷ق، صص. ۵۶۱-۵۶۲؛ میرشکاری، ۱۳۹۰، صص. ۵۵-۵۲؛ کیخا و آبین، ۱۳۹۹، صص. ۱۹۰-۲۱۵).

## ۲. معیارهای تحقق تلف حکمی در فقه امامیه

پس از اینکه مبنای فقهی تلف حکمی بررسی شد، معیارهای تحقق تلف حکمی بحث می‌شود. در متون فقهی، ضابطه‌های متعددی برای صدق تلف حکمی در ابواب گوناگون ارائه شده است؛ معیارهایی که چه بسا جمع آنها با یکدیگر دشوار است. با این حال، به نظر می‌رسد که مهم‌ترین ضابطه برای تحقق تلف حکمی در فقه امامیه، «فقدان سلطنت» است و با تعبیر وسیع از آن، می‌توان سایر معیارها را به همین ضابطه اصلی بازگرداند. با این حال، معیارهای دیگری نیز در این زمینه از سوی آرای فقیهان امامیه ارائه شده است که باید مورد ارزیابی قرار گیرد.

### ۲-۱. فقدان سلطنت

فقدان سلطنت به عنوان معیاری برای وقوع تلف حکمی، گاهی به مفهوم مضیق به‌کار رفته؛ در پاره‌ای موارد، بسیار موسع تفسیر شده است، و گاهی نیز مفهوم و معیار متعارفی از آن ارائه گشته است.

### ۲-۱-۱. فقدان سلطنت به معنای مضیق

این معیار، که از دیگر ضابطه‌ها بسیار مضیق‌تر است، در مبحث غصب به‌کار رفته و نشان می‌دهد که در فقه امامیه تلف حکمی در باب غصب به‌دشواری پذیرفته شده است؛ زیرا فقها بر این باورند که حتی در فرض تعذر وصول نیز تلف حکمی محقق نمی‌شود؛ برای نمونه، شیخ انصاری اگرچه تعذر وصول را به معنای تلف حکمی می‌داند، اما معتقد است که مالک می‌تواند حتی در فرض تعذر وصول نیز صبر کند تا به مال خود دسترسی پیدا کند (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۳، ص. ۲۵۷). این عبارت شیخ انصاری گویای این است که در تعذر وصول هنوز هم «سلطنت» مالک برقرار است. همچنین، فقیهان امامیه معتقدند حتی اگر برگرداندن مال غصبی مستلزم خراب کردن بنا یا هزینه زیاد باشد، باز هم بر غاصب واجب است که مال غصبی را بازگرداند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص. ۷۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۱۰۹؛ رشتی، بی‌تا، ص. ۱۴۶؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۰۴؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، صص. ۱۷۷-۱۷۸؛ سیستانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۲۰۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۱، ص. ۳۱۰)؛ بنابراین تا زمانی که



مال به «استهلاک» نرسیده است، سلطنت مالک به جای خود باقی است. در سخنی سخت‌گیرانه‌تر، نویسنده کتاب گران‌سنگ منیه الطالب، می‌گویند: تحقق تلف حکمی در مال غضبی منحصر به موارد استهلاک است و نه غیر آن (نایینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۴۹). برخی نیز گفته‌اند: مال غضبی زمانی در حکم تلف است که به کلی از قیمت بیفتد؛ به گونه‌ای که اگر قرار باشد عین مال داده شود، هیچ ارزشی نداشته باشد (خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۲۱۸). به علاوه چنانچه مال مغضوب با مال دیگری مخلوط شود، این امر به منزله تلف حکمی نیست، بلکه حق مالک بر عین مالش باقی است و مالک با غاصب شریک خواهد شد؛ بنابراین، تنها زمانی که این مخلوط شدن باعث از قیمت افتادن مال مغضوب گردد، تلف حکمی محقق می‌شود (مامقانی، ۱۳۵۰، ج ۱، ص. ۸۲؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۲۱۸؛ خمینی، بی تا، ج ۲، ص. ۱۷۸؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۴۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۱، ص. ۳۱۰؛ سیستانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۲۵۸). برخی دیگر برای وقوع تلف حکمی، از «عذر دائمی» یاد کرده‌اند (حسینی خواه، ۱۳۹۰، ص. ۱۱). به طور کلی، فقیهان امامیه برای وقوع تلف حکمی در بحث غضب، از معیارهایی چون «عیب قابل تسری به تلف» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص. ۲۶۰)، «عدم امید برای بازگشت مال» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۳۹۰) یاد نموده و برخی از فقیهان بیان داشته‌اند که تمام این معیارها برای تحقق تلف حکمی در غضب، به «تعذر وصول» برمی‌گردد (رشتی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص. ۱۲۲). قانون مدنی نیز افزون بر ماده ۳۱۱، در ماده ۳۱۳ به صراحت مقرر می‌دارد: «هر گاه کسی در زمین خود با مصالح متعلقه به دیگری بنائی سازد 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 أخذ قیمت تراضی نمایند».

دقت و توجه در متون فقهی گویای این است که در باب غضب، سخت‌گیری بسیار زیادی در فتاوی وجود دارد؛ به گونه‌ای که اگر احتمال عقلانی برای بازگشت مال وجود نداشته باشد، باز هم نمی‌توان سخن از تلف حکمی گفت، چون تا آخرین لحظه‌ای که سلطنت مالک بر مال وجود دارد، اوست که حقش زائل شده و می‌تواند بازگرداندن مال خود را از غاصب و یا ایادی بعدی بخواهد.

حال باید به این پرسش پاسخ گفت که آیا می‌توان «تعذر وصول» را نیز به سلطنت بازگرداند؟ پاسخ از یک جهت آری است و از یک جهت خیر. از این جهت که بسیاری از فقیهان در بحث غصب، مالک را شخصی می‌دانند که بدون اذن وی، حقوق او مورد تصرف قرار گرفته و از این رو، تا زمانی که به مال و حق خود نرسیده است، همچنان «سلطنت» وی باقی است، می‌توان پاسخ مثبت به سؤال یادشده داد. اما از یک جهت نیز پاسخ منفی است، زیرا حتی آن دسته از فقها که صرف انتقال مال را موجب زوال سلطنت مالک می‌دانند؛ در باب غصب، حتی در صورت مخلوط شدن مال مغضوب با مال دیگری نیز سلطنت مالک را باقی می‌شمرند؛ چه رسد به اینکه به ثالث منتقل شود.

#### ۲-۱-۲. فقدان سلطنت به معنای موسع

بر اساس این معیار، تلف حکمی چنان وسیع مورد توجه فقها قرار گرفته است که صرف تصرف در مال باعث می‌شود که مال مزبور در حکم تلف به‌شمار آید، حتی اگر منتقل‌الیه مال موضوع معامله را به دیگری منتقل نکرده باشد؛ برای مثال، هر گاه متهم در مال موهوب تصرفی انجام دهد، آن مال را در حکم تلف قرار می‌دهد و سبب می‌شود که حق رجوع و اهب ساقط شود. این قول به اکثر فقیهان امامی نسبت داده شده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۴۸۴؛ و برای نظر مخالف، ر.ک: انصاری، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۲۶۸) و بند ۴ ماده ۸۰۳ ق.م. نیز به‌صراحت آن را پذیرفته است. در این معیار، با وسیع‌ترین معیار از تلف حکمی روبه‌رو هستیم که حتی نقل و انتقال مال نیز در آن شرط نیست. با وجود این، تنها در بحث هبه این دیدگاه مورد توجه فقیهان قرار گرفته است.

#### ۲-۱-۳. فقدان سلطنت به معنای متعارف

منظور از فقدان سلطنت در معنای متعارف این است که شخص باید سلطنت کامل و شایسته بر مال خویش را از دست بدهد تا بتوان قائل به تلف حکمی شد؛ یعنی لازم است سلطنت کامل و بالفعلی که هر شخص نسبت به مال خود دارد، از بین برود. در فقه امامیه، این معیار در مبحث خیارات، اقاله، وکالت، طلاق، معاطات و مضاربه به‌کار رفته است. هر چند در متون فقهی این ضابطه با تعبیر مختلفی مطرح شده، اما تمامی

آنها را می‌توان به فقدان سلطنت بازگرداند. این سلطنت در معنای وسیع خود مورد نظر است که شامل سلطنت بر عین مال و سلطنت بر حقوق مالی می‌شود.

بر اساس این معیار، همین‌که شخص نسبت به مالی سلطنتی را که شایسته یک مالک است از دست بدهد، تلف حکمی محقق شده است؛ بنابراین، در این ضابطه، مالک دیگر نمی‌تواند بر تصرفاتی که بر آن مال صورت می‌گیرد اشراف داشته باشد و در آن دخل و تصرف نماید. پس، اگر حقی هم بخواهد مطالبه کند این حق را باید از بدل مال بگیرد و نه از خود آن مال. انتقال به دیگری از مواردی است که مال را در حکم تلف قرار می‌دهد. این نتیجه را از مبحث خيارات، مانند خيار عیب و غبن، به خوبی می‌توان استخراج کرد (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۱۲۶؛ خوبی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص. ۴۷۹؛ سبحانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۲۴۴؛ عارفی بشی، ۱۴۲۶ق، ج ۱۰، ص. ۲۸۳؛ حسینی شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص. ۴۰۲؛ ایروانی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۷۵). این دیدگاه بر این تحلیل استوار گشته است که اگر شخصی بر مالی سلطه داشته باشد، می‌تواند هر اقدامی را که بخواهد انجام دهد؛ بنابراین، مشتری حتی در زمان خيار شرط می‌تواند تصرف دلخواه را انجام دهد و اینکه ممکن است در آینده با بیع اصلی خيار شرط را اعمال نماید، نمی‌تواند مشتری دوم را از انجام تصرف منع کند (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۶، ص. ۱۵۱). حتی در خيار شرط که به جعل طرفین صورت می‌گیرد، گفته شده است: اگرچه مشتری حق انتقال مبیع را ندارد، اما اگر مبیع را به ثالث واگذار کند و مالک اصلی اعمال خيار نماید، تنها می‌تواند بدل بگیرد (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۶، ص. ۱۵۱). بر اساس این دیدگاه، تلف حکمی در خيارات جعلی نیز پذیرفته شده است. به طور کلی، می‌توان گفت: در خيارات، مبنای مشهور بر این دیدگاه استوار شده است که هر زمان که سلطنت «فعلی» مالک از بین برود، تلف حکمی محقق می‌شود.

پرسشی که مطرح می‌شود اینکه آیا معیار فقدان سلطنت این است که مالک سلطنت بر مال نداشته باشد یا اینکه آنچه مهم است این است که سلطنت بر اعمال حقوق متعلق به مال نداشته باشد؟ بر مبنای معیار نخست، باید گفت که اگر مال از دسترس مالک خارج شود، فقدان سلطنت محقق خواهد شد؛ اما بسیاری از فقها ضابطه دوم را پذیرفته‌اند. بنابراین، اگر مال در دسترس نباشد؛ اما همچنان مالک امکان اعمال حقوق

خود را داشته باشد، تلف حکمی هنوز محقق نشده است؛<sup>۱</sup> برای نمونه، اگر مبیع پیش از تحویل به سرقت رود، بر اساس دیدگاه برخی از فقیهان، مانند شیخ انصاری، تلف حکمی واقع می‌شود (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۶، ص. ۲۷۲). در این حالت، سلطنت شخص بر کالا وجود دارد، هر چند سلطنت تامه نیست؛ بلکه سلطنت ضعیف شده است. ممکن است ایشان بدین دلیل عدم امکان دسترسی را در حکم تلف دانسته باشد که سلطنت کامل وجود ندارد. این معیار به نفع خریدار است و باعث می‌شود علی‌رغم اینکه وی مالک محسوب می‌شود، همین که دسترسی به مال برای وی فراهم نشود، بیع منفسخ گردد. باین حال، این مثال شیخ انصاری، با مخالف بسیاری از فقیهان واقع شده است؛ زیرا آنان معتقدند که به‌صرف عدم امکان دسترسی به مال، تلف حکمی محقق نمی‌شود و تا زمانی که عین مال باقی است، هر چند به سرقت رفته باشد، سلطنت مالک بر مال باقی خواهد بود. به‌ویژه آنکه تلف حکمی امری خلاف اصل است و در مصادیق مورد تردید نباید جاری شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۷۸؛ روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲۶، ص. ۵۲۲، شهیدی، ۱۴۰۰، ج ۳، ص. ۶۱۹؛ خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۱۱۱)؛ مگر اینکه دیگر امکان دسترسی وجود نداشته باشد. در ادامه، برخی از معیارهایی که با عناوین ویژه‌ای مطرح شده‌اند، هر چند به‌نظر می‌رسد در ذیل سلطنت به مفهوم متعارف قابل بررسی هستند، ذکر می‌گردد.

---

۱. البته بعضی از فقیهان در برخی از مصادیق بیان داشته‌اند که تلف حکمی دائر مدار بقا یا عدم بقای مال است؛ بنابراین، هرگاه عین مال وجود داشته باشد، ولو اینکه به دیگری منتقل شده باشد، تلف حکمی محقق نخواهد شد؛ برای نمونه، در دعوی مشتری و خریدار در میزان ثمن مشهور فقیهان معتقدند اگر عین مال در ید مشتری باقی باشد، بایع سوگند می‌خورد و ادعای وی پذیرفته می‌شود. از دیدگاه شهید ثانی صرف انتقال این مال توسط مشتری به ثالث، باعث نمی‌شود که دلیل سوگند به طرف مشتری چرخش پیدا کرده و وی بتواند با یک سوگند، ادعای خود را به اثبات برساند. شهید ثانی دلیل را «بقای مال» می‌داند. به‌تعبیر دیگر، از منظر ایشان تا زمانی که عین مال وجود دارد، تلف حکمی محقق نمی‌شود؛ ولو اینکه به شخص ثالث هم منتقل شده باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۵۳۷). بدین ترتیب، معیار تلف حکمی از دیدگاه شهید ثانی، «عدم بقای مال» است و صرف انتقال را به معنای تلف نمی‌داند؛ اما برخی دیگر از فقیهان به درستی، گفته‌اند: انتقال به شخص ثالث موجب تحقق تلف حکمی می‌شود (طباطبایی قمی، ۱۴۲۲ق، ج ۸، ص. ۱۵۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص. ۱۹۶؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص. ۲۱۹). بنابراین، همین که مالک سلطه بر مالش را از دست بدهد، هر چند به نقل لازم باشد، فقدان سلطنت محقق خواهد شد.

### الف. تبیین معیار صرف انتقال به دیگری در معنای فقدان سلطنت

یکی از معیارهایی که برای تحقق تلف حکمی در فقه امامیه پذیرفته شده و به نظر می‌رسد که ذیل ضابطه فقدان سلطنت در معنای متعارف می‌گنجد، صرف انتقال مال به دیگری است. این معیار در باب اقاله، وکالت، طلاق و معاطات به شرح زیر پذیرفته شده است.

۱- چنانچه پس از انعقاد عقد بیع، خریدار مال موضوع معامله را به دیگری انتقال دهد و سپس، خریدار و فروشنده آن را اقاله نمایند، صرف انتقال موجب وقوع تلف حکمی می‌شود. از این رو، خریدار دیگر نمی‌تواند بعد از اقاله مال موضوع قرارداد را به فروشنده برگرداند، بلکه باید مثل یا قیمت را بدهد (فیاض، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۲۰۴). ماده ۲۸۷ ق.م. نیز از همین رویکرد دفاع کرده است.

۲- در باب وکالت، هرگاه موکل خود مال موضوع انتقال را به دیگر انتقال بدهد، موضوع وکالت در حکم تلف به‌شمار می‌آید و وکالت منفسخ می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۲۴۴). این دیدگاه از ماده ۶۸۳ ق.م. نیز قابل استنباط است.

۳- در مورد طلاق پیش از نزدیکی، تحقق تلف حکمی در برخی از متون فقهی منوط به انتقال لازم شده است. پس، اگر مردی که تمام مهریه را به زن تسلیم کرده، پیش از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن باید نصف مهریه را به او بازگرداند. با وجود این، هر گاه زن مال موضوع مهریه را به نقل لازم انتقال داده شود، باید مثل یا قیمت آن را به شوهر برگرداند؛ اما در خصوص انتقال جایز، وقوع تلف حکمی پذیرفته نشده است؛ اگرچه احتیاط این است که زن با فسخ عقد جایز و استرداد عین مهریه، آن را به شوهر بازگرداند (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۴۳۷). اما در مورد ناقص شدن مهریه، تلف حکمی مورد پذیرش قرار نگرفته است؛ بلکه زوجه باید عین مهریه را به همراه ارش رد کند (سبحانی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص. ۲۴۰).

۴- فقیهانی که معاطات را برای انعقاد عقد و تحقق ملکیت کافی نمی‌شمرند، صرف انتقال مال به دیگری را باعث الزام‌آور شدن معاطات و تحقق تلف حکمی می‌دانند، اگرچه پس از آن معامله معاطاتی در اثر اقاله منحل شود. همچنین، در صورتی که یکی از عوضین دین باشد و سپس معاطات واقع شود، چون این

معاطات موجب سقوط دین خواهد شد، با توجه به قاعده «الساقط فی حکم التالف» باید گفت که معاطات تبدیل به عقدی لازم می‌شود و سقوط دین موجب تلف دین خواهد بود (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۳، ص. ۹۹).

## ۲-۲. عدم امکان نقل و انتقال

برخی از فقیهان امامیه گفته‌اند: اگر در عین یک شیء تغییرهایی رخ بدهد که مانع از نقل و انتقال آن شود، به گونه‌ای که قابلیت تملک خود را از دست بدهد، تلف حکمی رخ داده است؛ هر چند که عین شیء باقی باشد؛ به عنوان مثال، اگر بر مایعی نجاستی وارد شود، چون نقل و انتقال آن دیگر امکان‌پذیر نیست، تلف حکمی واقع می‌شود (حسینی حائری، ۱۴۳۳ق، ج ۲، ص. ۳۷۸؛ خوبی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص. ۱۹۲).

این معیار در تحلیل عبارتی از شیخ انصاری در بحث از کشف یا نقل بودن اجازه در بیع فضولی استنباط شده است؛ بدین معنا که اگر کالایی به صورت فضولی خریداری شود و پیش از اجازه مالک مقداری نجاست در آن وارد شود، بر اساس دیدگاه کشف این معامله صحیح است؛ اما بر اساس دیدگاه نقل معامله مزبور درست نیست، زیرا آن مایع نجس شده و در حکم تلف است و با آن نمی‌توان نقل و انتقالی صورت داد (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۳، ص. ۴۱۸). بر اساس این معیار می‌توان گفت که هر زمان نقل و انتقال کالایی ممنوع شود، می‌تواند در زمره تلف حکمی توصیف شود.

با وجود این، برخی از فقیهان به درستی این معیار را مورد انتقاد قرار داده و این عبارت شیخ انصاری را به سهو قلم نسبت داده‌اند، زیرا صرف عدم امکان نقل و انتقال مالی باعث تحقق تلف حکمی نمی‌شود؛ نهایت امر اینکه آن مال قابل خرید و فروش نیست؛ اما همچنان مالکیت باقی است. باین حال، اگر تغییرهایی در مال رخ دهد که به لحاظ ماهوی آن را دستخوش تغییر و تحول نماید و آن را از مالکیت بیندازد، می‌تواند قائل به تحقق تلف حکمی شد (خوبی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص. ۱۹۲).

براین اساس و با توجه به نقدی که محقق خوبی بر ضابطه پیش گفته وارد نموده، پذیرش این معیار حتی در نظام فقهی امکان ندارد. در حقوق ایران نیز می‌توان گفت تا زمانی که «مالکیت» و «سنت» مالک بر مال باقی است، نمی‌توان مالک را از حق خود

محروم ساخت. آری، اگر عذر شرعی به گونه‌ای باشد که مال را به حد استهلاک برساند و آن مال را غیرقابل استرداد نماید، تلف حکمی محقق می‌شود؛ ضابطه‌ای که باید زیر معیار استهلاک، چنان‌که گذشت، مورد بررسی قرار گیرد.

### ۲-۳. مباینت عرفی

یکی دیگر از معیارهای ارائه شده در مورد وقوع تلف حکمی، ضابطه مباینت عرفی است. درحقیقت، در بحث مسئولیت مدنی این پرسش مطرح است که اگر شخصی خسارتی به مال دیگری وارد آورد، به گونه‌ای که تغییر عمده در آن واقع شود و بین قبل و بعد از ورود خسارت، مباینت عرفی در مال حادث شود، آیا می‌توان گفت که تلف حکمی رخ داده است؟ برای مثال، در جنایت بر حیوان که موجب مرگ آن حیوان می‌شود، بر اساس دیدگاه برخی از فقیهان، تلف حکمی واقع می‌شود، زیرا حیوانی که پیش از جنایت وجود داشت با حیوانی که مرده است، از لحاظ عرفی مباین هستند و موضوع جنایت، در حکم تلف است (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص. ۴۲۸). در حقوق مسئولیت مدنی نیز برخی بر این باورند که اگر قطعه سنگی به ناروا در دست دیگری قرار گیرد و وی از آن سنگ شاهکار هنری خلق کند، به دلیل وقوع تلف حکمی مالک نمی‌تواند عین کالای خود را مطالبه کند، بلکه باید بدل آن را بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ش ۳۸۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۲۰۵).

باین حال، دیدگاه مزبور با مخالفت بسیاری از فقیهان امامیه واقع شده است، چراکه در این مورد مال مزبور در حکم تلف به حساب نمی‌آید؛ بلکه مالک می‌تواند ارزش (تفاوت قیمت زنده و مرده) بگیرد. بر این دیدگاه، ادعای اجماع نیز شده است (روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲۶، ص. ۲۶۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص. ۵۵۰؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۳۸ق، ج ۳، ص. ۴۲۰؛ طوسی، ۱۴۲۲ق، ج ۸، ص. ۳۰). قانون مدنی نیز در ماده ۳۳۰ از نظریه مشهور فقیهان تبعیت نموده و مسبب خسارت را موظف کرده است که تفاوت قیمت زنده و کشته حیوان را بدهد. از همین روی است که شهید ثانی در برخی از آراء خود بیان می‌دارد صرف نقص در انتفاع از مال، باعث نمی‌شود که مال در حکم تلف قرار گیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص. ۳۸). باین حال، در مواردی که مرده حیوان ارزشی نداشته باشد، مال «واقعاً و حقیقتاً» تلف شده است و عامل زیان باید

بدل آن را به مالک بپردازد. از همین رو، برخی به درستی گفته‌اند: «... اگر شخصی بدون اینکه اذن تصرف در چراغ مردم {را} داشته باشد طوری آن را بشکند که در حکم تلف باشد و برای شکسته آن قیمتی نباشد تمام قیمت چراغ را ضامن است و اگر طوری شکسته که نقص وارد شده ولی تلف نشده، تفاوت مابین شکسته و صحیح را باید بدهد» (گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۱۱۰).

### ۳. انتقال به ثالث با حُسن نیت به عنوان ضابطه تلف حکمی در رویه قضائی و طرح اصلاح قانون مدنی

در حقوق ایران، به تبع فقه امامیه، معیارهای پیش گفته، به‌ویژه انتقال مال یا تغییر و مابینت عرفی آن، مورد توجه دکترین حقوقی و رویه قضائی قرار گرفته است (ر.ک: آقاخانی، ۱۴۰۰، صص. ۳۷-۵۳)؛ اما مهم‌ترین معیاری که در سالیان اخیر در آرای محاکم و دکترین حقوقی برای تحقق تلف حکمی ارائه شده، انتقال مال به شخص ثالث با حُسن نیت است که طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ ق.م. نیز بر همین مبنا تنظیم شده است. از این رو، ضمن نقد و بررسی این دیدگاه، به نقش «اقدام» مالک در تحقق تلف حکمی و امکان پذیرش آن به عنوان یک فرض حقوقی می‌پردازیم.

#### ۳-۱. نقد و تحلیل رویه قضائی

ابتدا به بیان نظریه انتقال مال به شخص ثالث با حُسن نیت به عنوان معیار تلف حکمی از منظر رویه قضائی پرداخته می‌شود. سپس، این رویکرد بر مبنای دیدگاه فقیهان اسلامی مورد انتقاد قرار می‌گیرد. آنگاه با توجه به تأثیر «اقدام» مالک در تحقق تلف حکمی، به تعدیل این نظریه خواهیم پرداخت.

#### ۳-۱-۱. بیان نظریه

در بسیاری از آرای قضائی، تحلیل‌ها بدین سمت گرایش یافته است که صرف انتقال مال به غیر، در صورتی که حقوق شخص ثالث ناآگاه را مورد خدشه قرار دهد، به معنای



تحقق تلف حکمی است<sup>۱</sup>؛ برای مثال، دادنامه شماره ۱۴۰۰۹۳۹۰۰۰۹۷۶۳۰۸۹ مورخ ۱۴۰۰/۰۹/۰۶ صادر شده از شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان در این خصوص قابل تحلیل است. بر اساس این دادنامه، زوجه به ادعای انگیزه شوهر برای فرار از ادای دین، صدور حکم به بطلان معامله زوج با شخص ثالث را از دادگاه خواستار شده و پس از صدور حکم به نفع زوجه، شخص ثالث به این حکم اعتراض نموده است. دادگاه در مقام رسیدگی، حقوق ثالث را ترجیح داده و مانع از این می‌شود که بطلان معامله به ضرر وی تمام شود و طلبکار را ملزم می‌کند که به اموال دیگر مدیون مراجعه نماید. در بخشی از این رأی بیان شده است: «دادگاه توجه دارد که پای اشخاص ثالث دیگری نیز در میان است و آن خریداران بعدی مال است که هیچ اطلاعاتی از انگیزه مدیون اولیه نداشته‌اند و بر اساس اعتماد، معامله کرده‌اند. یک نظام حقوقی باید همه این امور و نسبت‌ها را ببیند و تنها با اعلام یک ضمانت اجرا در یک رابطه، کل روابط را تحت تأثیر قرار ندهد. غفلت از این مهم سبب شده است که برای مثال قواعد غصب نتیجه‌ای جز ابطال اسناد اشخاص بی‌گناه و گناهکار نداشته باشد؛ زیرا این ادعا را دارند که وقتی اولین بیع باطل باشد، بقیه نیز به صورت دومینو، باید ساقط شوند! چنین وضعیتی، تنها به نزاع‌های بی‌پایان دامن می‌زند و در شرایط اقتصادی فعلی، کارایی را از بین می‌برد... بدین سان، جمع بین حقوق طلبکار و اشخاص ثالث دیگر، بر اساس

---

۱. ممکن است گفته شود در برخی از مصادیق مطرح شده در فقه امامیه نیز منافع ثالث با حسن نیت در نظر گرفته شده است؛ برای نمونه، در عقد اجاره، هرگاه موجر مال خود را به صورت مقید اجاره دهد، یعنی شرط کند که تنها مستأجر حق استفاده از مورد اجاره را داشته باشد، اما مستأجر از این شرط تخلف ورزد و موضوع اجاره را به دیگری اجاره دهد، از دیدگاه بسیاری از فقیهان اجاره دوم باطل نیست، بلکه مالک به دلیل اینکه مستأجر نخست مال را در حکم تلف قرار داده است، می‌تواند اجرت‌المثل مدت باقی‌مانده را از مستأجر اول بگیرد (طباطبایی قمی، ۱۴۲۲ق، ج ۸، ص. ۳۸۹. حسینی حائری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۱۷۱؛ خویی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۹۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۷۸، ج ۱۲، ص. ۹۱؛ خویی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص. ۲۹۷؛ غروی اصفهانی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص. ۱۱۱). بر این اساس، ممکن است صرف انتقال مال به دیگری را در حکم تلف آن شمرده. با وجود این، مبنای این حکم حفظ حقوق شخص ثالث نیست؛ بلکه یکی از مبانی مهم بحث، این است که نتیجه فسخ از لحظه اعلام است و نه از لحظه انعقاد عقد و از این رو، مالک می‌تواند اجاره نخست را فسخ کند، هر چند نمی‌تواند اجاره دوم را باطل سازد. باین حال، برخی از فقیهان در این زمینه حتی به بطلان عقد اجاره دوم نیز مایل شده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص. ۱۰۲).

ضمانت اجرای مذکور، قاعده‌ای را به دست می‌دهد که مبنای یک قانون عام باشد (مبنای اخلاقی کانت و نزدیک به قاعده زرین که بر اساس آن، آنچه برای خود می‌پسندی، برای دیگری نیز بپسند و بالعکس) و حق طلبکار را وسیله تضييع حق اشخاص ثالث با حُسن نیت قرار ندهد و در توازن دو بی‌گناه، کسی زیان را تحمل کند که فعلاً متحمل آن شده است... مدلول التزامی قسمت اخیر ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی حکایت از آن دارد که حتی در صورت علم منتقل‌الیه به انگیزه انتقال به قصد فرار از دین که بیان‌گر ورود این انگیزه نامشروع به حوزه تراضی است و مطابق قواعد عمومی قراردادها سبب بطلان می‌شود، منتها انتقال ثانوی را در ردیف تلف و یکی از مصادیقی دانسته است که طلبکار نمی‌تواند از محل مال منتقل شده، حق خود را استیفاء نماید و این به معنای صحت معامله اخیر علی‌رغم بطلان معامله سابق است...».

در مقام نقد و بررسی این رأی باید گفت که اگرچه نتیجه و منطوق این حکم با مفاد ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی سازگار است، اما مقدمات رأی و استدلال دادگاه قابل ایراد می‌نماید، زیرا قسمت انتهایی ماده مزبور ارتباطی به تلف حکمی ندارد؛ بلکه در صورت انتقال مال به دیگری از سوی مدیون با انگیزه فرار از ادای دین، به نحوی که باقی‌مانده اموال برای پرداخت دیون کافی نباشد، تنها بیان می‌دارد: «... در صورتی که منتقل‌الیه با علم به موضوع اقدام کرده باشد... عین مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال‌گیرنده به‌عنوان جریمه أخذ و محکوم‌به از محل آن استیفاء خواهد شد». بنابراین، ماده مذکور فقط گویای این است که چنانچه منتقل‌الیه به انگیزه مدیون برای فرار از دین آگاه باشد، در فرض انتقال مال به شخص ثالث، انتقال‌گیرنده نخست باید مثل یا قیمت مال را به طلبکار بپردازد؛ بدون اینکه انتقال مال موضوع معامله باعث تحقق تلف حکمی شود. به‌ویژه آنکه برخی از استادان گفته‌اند: چنانچه انتقال‌گیرنده دوم هم از انگیزه فرار از دین آگاه باشد، طلبکار می‌تواند از عین مال یا بدل آن از اموال منتقل‌الیه دوم نیز طلب خود را وصول نماید (صفایی، ۱۳۹۹، ص. ۱۷۲)؛ بنابراین، مال موضوع معامله همچنان موجود است و تلف حکمی آن منتفی است.

در بسیاری دیگر از آرای قضائی، به دلیل نقل و انتقال‌های متعددی که بر مال موضوع معامله صورت گرفته، دادگاه‌ها موضوع را از مصادیق تلف حکمی دانسته و به جهت پرهیز از ورود ضرر به اشخاص ثالث با حُسن نیت، از بطلان معاملات بعدی و ابطال اسناد مالکیت و استرداد عین مال خودداری کرده‌اند. دادنامه شماره ۹۷۰۰۸۴۱-۱۳۹۷/۶/۲۶ صادره از شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران، موضوع پرونده کلاسه ۹۶۰۹۹۸۰۲۲۷۱۰۱۱۰۸، که از سوی شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۱۳۹۷/۱۰/۲۴-۹۷۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۱۵۶۷ عیناً تأیید شده، از همین رویکرد دفاع نموده است. به علاوه، شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان نور در دادنامه شماره ۱۳۹۹-۱۳۹۷/۱۹/۶۴۳۰۱۴۱۲-۹۹۰۹۹۷۱۹۶۴۳۰۱۴۱۲، در موردی که به جهت تحقق شرط فاسخ، معامله نخست منحل شده، ولی معاملات متعددی پیش از آن بر مورد معامله واقع شده است، به دلیل آنکه مبیع متعلق حق شخص ثالث با حُسن نیت شده، مبیع را در حکم تلف شمرده و فروشنده نخست را مستحق مطالبه بدل (مثل یا قیمت مبیع) شمرده است.

در فرضی که منتقل‌الیه مال دیگری در مبیعی که خریدار است مستحدثاتی ایجاد نموده باشد، استناد به تلف حکمی رایج‌تر است؛ به گونه‌ای که بسیاری از محاکم تغییر و تبدیلی را که در مال صورت می‌گیرد سبب تحقق تلف حکمی می‌شمارند؛ برای مثال، در دادنامه شماره ۱۴۰۲۵۳۹۰۰۰۰۲۹۲۳۹۰ مورخ ۱۴۰۱/۱/۱۸ صادره از شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی مشهد، در مورد ملکی که در آن اعیانی ساخته شده است، قائل به تلف حکمی شده و دادخواهی خواهان در خصوص رد عین ملک را نپذیرفته است. بخشی از دادنامه بیان می‌دارد: «... با عنایت به اینکه با ساخت اعیانی در ملک خواهان، وضع ملک او به نحوی تغییر یافته است که همان ملک سابق نمی‌باشد، لذا بر اساس قواعد تلف حکمی امکان خلع ید و قلع و قمع بنا وجود ندارد و قواعد مربوط به حفظ نظم عمومی راجع به املاک و ساخت‌وساز شهری و تالی فاسد ناشی از پذیرش دعوای خواهان که در قوانین موضوعه هم برای مثال لایحه قانونی مربوط به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مصوب ۱۳۸۵/۰۹/۲۷ مورد شناسایی قرار گرفته است، مانع پذیرش دعوای خواهان می‌باشد و به عبارتی، از لحاظ تحلیل اقتصادی باید راه‌حلی را پذیرفت که کمترین هزینه را چه بر طرفین و چه بر اجتماع داشته باشد و در دعوای

مذکور حفظ وضع موجود (عدم پذیرش دعوی خلع ید و قلع و قم بنا) و مطالبه قیمت روز ملک تصرف شده (اصلاح اسناد طبق تصرفات) کمترین هزینه را دارد...؛ همچنین، در دادنامه شماره ۱۸۸۳۸۶۵/۱۰۰۱۸۳۳۹۰۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۲۱، موضوع پرونده کلاسه ۹۸۰۹۹۸۰۰۱۱۷/۰۱۵۳۲ صادره از شعبه ۱۰۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران، در فرضی که روی زمین متعلق به خواهان واحدهای مسکونی و تجاری متعددی ساخته شده و چندین معامله بر آن واقع شده و خواهان ابطال اسناد متصرفان و اعاده وضع به حال سابق را درخواست نموده، دادگاه به استناد هزینه‌های صورت گرفته از سوی متصرفین و جلوگیری از ضرر آنان، موضوع را از مصادیق «تلف حکمی» دانسته است.

دادنامه قابل توجه دیگر، دادنامه شماره ۱۴۰۱۳۶۳۹۰۰۰۲۲۵۲۶۳۷ مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۱۵ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان الشتر است که قسمتی از آن می‌خوانیم: «وکیل خواهان‌ها توضیح داده خواننده ردیف اول در تاریخ... ۱۳۸۵/۱۲/۱ اقدام به فروش ملک مشاعی به آقای... نموده است، درحالی که موکلین علی‌رغم سهم داشتن در ملک پدری آن را تأیید یا امضاء ننموده‌اند و فروشنده بدون اذن و اجازه سایر وراثت و موکلین اقدام به معامله نموده‌اند... خوانندگان ضمن اقرار ضمنی بر اینکه ملک موضوع معامله ارثی بوده، لیکن توافق شفاهی بر این امر وجود داشته و باین حال فروخته‌ایم. با توجه به اوراق و محتویات پرونده، نخست نظر به انتقالات بعدی و ساخت (اعیانی) به تاریخ مرقوم و موجود نبودن عین معامله و تبدیل آن به ساختمان و اخذ سند رسمی و در صورت پذیرفتن خواسته مزبور و اقامه دعوی بعدی دایر بر دعوی خلع ید و قلع و قم آنکه متحمل خسارات زیادی بوده و چند برابر عرصه به صاحب سند رسمی خسارات وارد می‌نماید و از طرفی ثالث سوءنیتی نداشته و حسب اظهارات و اوضاع و احوال پرونده، از غصبی بودن آن مطلع نبوده‌اند، فرضی که طرفین متحمل ضرر جبران‌ناپذیر، بالاخص مالکین و خریدار با حسن نیت گردد و تمامی حقوق آن‌ها جبران نشود، تلف حکمی است...».

### ۳-۱-۲. نقد نظر به

از آنچه به اختصار گفته شد معلوم گردید که امروزه در نظام حقوقی و قضائی ما برای

جلوگیری از تضییع حقوق شخص ثالث با حُسن نیت، به ویژه اگر در مبیع مستحدثانی پدید آمده باشد، به صورت گسترده و شایع به تلف حکمی استناد می‌شود؛ یعنی مهم‌ترین مبنا و ضابطه تلف حکمی، حمایت از شخص ثالث ناآگاه و احتراز از ورود ضرر ناروا به اوست. به دیگر سخن، در مقام کشف حق احتمالی بین دو محق احتمالی، گرایش غالب در رویه قضائی به دادن حق به متصرف فعلی ملک است. با وجود این، هیچ‌یک از فقهای امامیه، در معیارهای گوناگونی که برای وقوع تلف حکمی در جای جای متون فقهی ارائه داده‌اند، حفظ حقوق شخص ثالث با حُسن نیت را باعث تحقق تلف حکمی قلمداد نکرده‌اند. درحقیقت، با مطالعه در متون فقهی آشکار می‌شود که در هیچ موردی فقها به جهت متضرر شدن شخص ثالث با حُسن نیت، مال را در حکم تلف ندانسته و شخص ثالث با حُسن نیت را بر مالک ترجیح نداده‌اند. به ویژه آنکه تلف حکمی یک قاعده فقهی است و باید با مبنا و ریشه تاریخی خود سازگار باشد؛ بنابراین، نمی‌توان یک نهادی را از فقه استخراج کرد و وارد نظام حقوقی نمود؛ بدون آنکه با مفهوم و معیار فقهی خود تطابق داشته باشد. بدین ترتیب، اگر بخواهیم به روش «دلالت پژوهی» عبارات فقیهان را تفسیر کنیم، باید گفت که از منظر ایشان آنچه نظام اجتماعی و اسلامی را حفظ می‌کند، حفظ حقوق مالک است و نه ثالث با حُسن نیت، زیرا آنچه قطعیت دارد مالکی است که حقوق خود را از دست داده است و مشخص هم نیست که با ارائه راهکار مطالبه مثل یا قیمت بتواند به حقوق خود برسد. به ویژه آنکه ممکن است غاصب، مال دیگری نداشته باشد که مالک بتواند عوض مال خود را از او مطالبه کند. پس در دوران بین مالک و ثالث با حُسن نیت، بدون تردید، این مالک است که ترجیح پیدا می‌کند. در واقع، به نظر می‌رسد که ترجیح مالک بهتر می‌تواند مصالح اجتماعی را تأمین کند، چراکه در اینجا با دو بی‌گناه روبه‌رو هستیم: شخصی که مالک بوده و حقوق خود را از دست داده است و شخصی که ناآگاه مالی را خریده و اکنون معلوم شده که سبب تملک به نحو صحیح وجود نداشته است. قواعد منطقی و اولیه حقوقی و عدالت و انصاف بیانگر آن است که جانب مالک گرفته شود تا به حقوق خود نایل آید. در حوزه قراردادهای نیز برای تحقق تلف حکمی، باید به معیارهای پیش‌گفته در فقه مراجعه نمود و هر نقل و انتقالی را نمی‌توان به مثابه تلف حکمی تفسیر کرد.

نکته مهم آنکه هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز به موجب رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۳/۴، درباره انحلال قرارداد نخست به جهت اعمال خیار تخلف از شرط، انعقاد معاملات متعدد بعدی بر مبیع را به منزله تلف آن به‌شمار نیاورده و نظر به استرداد عین مبیع داده است (برای تحلیل آن، ر.ک: جواهرکلام، ۱۴۰۱ق، ص. ۱۷۰ به بعد). گفتنی است که پس از صدور رأی وحدت رویه یادشده، آرای متعددی در تأیید همین رویکرد از دادگاه‌ها صادر شده است، که از جمله آنها می‌توان به دادنامه شماره ۱۲۹۰۶۲۵/۱۰۷۳۹۰۰۰ مورخ ۱۴۰۱/۴/۳۰ صادرشده از شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی اردبیل اشاره کرد.

از حیث تحلیلی نیز می‌توان گفت: همان‌طور که ثالث ناآگاه، بی‌گناه است و باید از حقوق او حمایت نمود، مالک نیز بی‌گناه و نیازمند حمایت است. از این‌رو، در تعارض بین حقوق مالک و حقوق اشخاص ثالث، بنابر قواعد اولیه، تقدم با مالک است، نه ثالث با حُسن‌نیت. در واقع، در این حالت با دو بی‌گناه روبه‌رو هستیم: یکی مالک ناآگاه و دیگری شخص ثالث جاهل. منتها به اقتضای مالکیت پیشین مالک و نبود سبب مملک، حق او بر حق متصرف بعدی مقدم می‌شود. وانگهی، اگر بخواهیم به یک معیاری کلی، مانند «مصلح عمومی»، برای توجیه حمایت از شخص ثالث و تقدم حق او بر مالک و توسعه تلف حکمی استناد نماییم، به نظر می‌رسد که مصلح اجتماعی، بیشتر به حفظ حقوق مالک می‌اندیشد و از او حمایت می‌کند، نه شخص ثالثی که بی‌اجازه مال دیگری را تصرف نموده است؛ به‌عنوان نمونه، هر گاه حق منتقل‌الیه با حُسن‌نیت را بر حق مالک مقدم بداریم و مالک با حکم دادگاه مبنی بر وقوع «تلف حکمی» مواجه شود، ناگزیر است مثل یا قیمت مال خود را از اموال غاصب بستاند. حال، اگر پس از اخذ حکم از سوی مالک مبنی بر مطالبه بدل، به‌جای عین مال خویش، و با مراجعه او به اجرای احکام دادگستری، روشن شود که متصرف اساساً مالی به اندازه مثل یا قیمت مال مالک ندارد، مالک چه راهی برای استیفای حقوق خود در اختیار دارد؟ اقامه دعوا بر ایادی بعدی و طلب مثل یا قیمت از آنها تا چه میزان برای مالک سودمند است؟ در این وضعیت اسفبار، مالک بی‌گناه که دارایی خود را از دست داده است، باید سال‌ها نتایج استفاده نابه‌جا از معیار تلف حکمی را در زندگی خود مشاهده کند و به انتظار

بنشیند که آیا غاصب در آینده مالی پیدا خواهد کرد تا از آن محل بدل مال خود را بگیرد یا خیر!

### ۳-۱-۳. تعدیل نظریه؛ جایگاه «اقدام» مالک در تحقق تلف حکمی

از تحلیل پیش‌گفته چنین بر می‌آید که موضوع بحث در جایی است که مالک و شخص ثالث هر دو بی‌گناه و نیازمند حمایت باشند. از این‌رو، هر گاه شخص ثالث نسبت به تعلق حق غیر، عالم باشد، بدون تردید او مستحق حمایت نخواهد بود و حق مالک بی‌گناه بر او مقدم است. در برابر هر گاه وقوع معاملات متعدد بر مبیع و تسلیم آن به خریداران و احداث مستحدثات در آن ناشی از تقصیر مالک باشد و منتقل‌الیه نسبت بدان جاهل باشد، به نظر می‌رسد می‌توان حق «متصرف ناآگاه» را بر حق «مالک مقصر» ترجیح داد و انتقال مال به غیر و انجام تصرفات و تغییرات در مبیع را سبب تحقق تلف حکمی شمرد. بر همین اساس، چنانچه مالک علی‌رغم تکلیف قانونی مبنی بر ثبت رسمی مال خود، آن را ثبت نکند، نباید توقع داشته باشد که در صورت غصب مالش توسط دیگری و سپس نقل و انتقال آن، به راحتی بتواند تمام معاملات بعدی را ابطال و مستحدثات را قلع و قمع و ملک خود را بازپس گیرد، چراکه از راهکاری که نظام حقوقی در اختیار وی قرار داده است، یعنی ثبت رسمی ملک، استفاده نکرده و بدین وسیله، به ضرر خویش «اقدام» کرده است. بدین ترتیب، در صورت تقصیر مالک در عدم مراقبت از مال خود که زمینه تسلط و تصرف غیر را در آن فراهم آورده یا عدم ثبت رسمی ملک خویش یا عدم ممانعت از ایجاد مستحدثات در ملک خود، علی‌رغم اطلاع از وقوع معامله بر آن، می‌توان قاعده اقدام را به عنوان مبنایی فقهی و حقوقی برای تحقق تلف حکمی در نظر گرفت و تلف حکمی را به عنوان نتیجه «سهل‌انگاری» مالک برشمرد. در این صورت، مالک به جای مطالبه عین مال خود، باید برای بدل آن، به اموال دیگر انتقال‌دهنده رجوع کند.

### ۳-۲. تحلیل فقهی و حقوقی طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ قانون مدنی

قانون مدنی، با پیروی از نظر فقهای امامیه، در فرض انتقال مال غیر به صورت فضولی به شخص ثالث، اگرچه جاهل باشد و در مبیع مسحدثات ایجاد نموده باشد، حق مالک را

مقدم شمرده و به او اختیار داده است که بتواند عین مال خویش را با قلع مستحذات از متصرف یا مترفین بخواهد (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، صص. ۳۳۹-۳۴۰؛ خمینی، بی‌تا، ج ۱، صص. ۵۱۲-۵۱۳). ماده ۳۲۳ در این زمینه تصریح می‌کند: «اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بخرد آن کس نیز ضامن است و مالک می‌تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کرده، عین و در صورت تلف شدن آن، مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه نماید». ماده ۳۲۵ نیز می‌گوید: «اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد او نیز می‌تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند، اگرچه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند، حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت». به این ترتیب، از منظر قانون مدنی، انتقال مال به شخص ثالث ناآگاه یا ساخت بنا و کاشت درخت در آن، سبب تحقق تلف حکمی در مبیع نمی‌شود.

با وجود این، در طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ قانون مدنی که در تاریخ ۱۳۹۸/۰۲/۲۲ در مجلس شورای اسلامی وصول شده، آمده است: «ماده واحده - مواد (۳۲۳) و (۳۲۵) قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴/۸/۸<sup>۱</sup> به شرح ذیل اصلاح می‌شود:

۱- یک تبصره به شرح ذیل به ماده (۳۲۳) الحاق می‌گردد: «تبصره - انتقال مال مغضوب، از طریق تنظیم سند رسمی در حکم تلف است و مالک تنها می‌تواند به انتقال‌دهنده رجوع نماید؛ مگر آنکه انتقال‌گیرنده عالم به غصب باشد که در این صورت وفق مقررات عمل می‌شود».

۲- عبارت «در غیرفرض قسمت اول تبصره ماده ۳۲۳» به ابتدای ماده (۳۲۵) الحاق می‌گردد. طرح یادشده اگرچه در فقه امامیه سابقه‌ای ندارد و با مبانی فقهی و حقوقی مغایر به نظر می‌رسد، اما با توجه به مباحثی که ذیل تعدیل قاعده گذشت، در صورت صدق قاعده اقدام، «انتقال مال» به «شخص ثالث با حسن نیت» سبب تحقق تلف حکمی می‌شود و از این

۱. گفتنی است که جلد نخست قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ تصویب شده است.



لحاظ، طرح پیشنهادی با متون فقهی منافاتی نخواهد داشت. به علاوه، این راهکار برای حفظ امنیت و اعتماد در روابط حقوقی و معاملاتی مردم و جلوگیری از بی‌اعتباری گسترده و زیانبار قراردادها و پرهیز از اختلال در نظم عمومی و روابط اجتماعی می‌تواند مناسب باشد. با این حال، راه حل مزبور تنها در صورتی می‌تواند مؤثر باشد که ثبت معاملات در حوزه املاک و خودرو، الزام‌آور باشد و نتیجه عدم ثبت، بطلان قرارداد باشد. اما در وضعیت کنونی که دادگاه‌های ما قراردادهای عادی را در حوزه‌های یادشده صحیح می‌دانند، این طرح در صورت تصویب می‌تواند باعث درهم ریختگی بیشتر قواعد حقوقی شود. درحقیقت، عیب بزرگ این طرح آن است که نمی‌توان از یک طرف معامله عادی را صحیح شمرد و از طرف دیگر، حق شخص ثالث ناآگاه را بر حق مالک ترجیح داد. اگر در کشورهای دیگر، مانند فرانسه، از این راهکار استفاده می‌شود، بدین جهت است که در آنجا انتقال املاک بدون تنظیم سند رسمی اعتبار ندارد و مال منقول نیز در هر حال ملک متصرف است. بر این اساس، در صورت کاهلی مالک و وقوع معامله بر مال او به صورت رسمی، طبیعی است که نتوان معامله واقع شده بر مال منقول یا قرارداد رسمی بر ملک را ابطال کرد. اما در کشور ما که معاملات عادی املاک نیز صحیح‌اند، چرا در فرض انتقال رسمی ملک به شخص دیگر، مالک نتواند با اثبات معامله عادی خود یا بدون آن، معاملات بعدی را باطل سازد؟ بنابراین، ضروری است که پیش از تصویب این طرح، نخست قانون‌گذار در قالب اصلاح ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور یا مواد ۲۲، ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت یا در قالب قانون مستقل، انتقال املاک ثبت نشده را باطل بشمارد یا در مقابل سند رسمی غیرقابل استناد بداند.

### ۳-۳. شناسایی تلف حکمی به عنوان یک فرض حقوقی

«فرض حقوقی عبارت از یک تمهید و تدبیر حقوقی است که قانون‌گذار یا قاضی به منظور نیل به نتایج حقوقی مطلوب، عمداً وقایع را برخلاف واقع توصیف می‌نمایند» (دلشاد معارف، ۱۳۸۸، ص. ۱۹۱)؛ بنابراین، فرض حقوقی بدین معناست که قانون‌گذار به عمد موضوعی را بر اساس مصالح اجتماعی برخلاف واقعیت فرض و اعتبار می‌کند؛ مانند فرض آگاهی همگان نسبت به قوانین پس از انتشار؛ درحالی که روشن است که همگان نسبت به قانون آگاه نیستند. بر این اساس، در مواردی که بر اساس مطالب

پیش‌گفته، تلف حکمی محقق می‌شود، می‌توان آن را یک فرض حقوقی شمرد؛ یعنی علی‌رغم اینکه مال حقیقتاً و واقعاً تلف نشده است، اما شارع یا قانون‌گذار بنا به رعایت مصالحی، آن را در حکم تلف فرض می‌کند.

### نتیجه‌گیری

بررسی و تحلیل تلف حکمی در حقوق اسلامی، گویای تعدد دیدگاه‌های فقیهان در مورد مفهوم و معیار تحقق تلف حکمی در ابواب گوناگون فقهی است. برخی از این معیارها در قانون مدنی نیز اعمال شده؛ بدون اینکه اصطلاح تلف حکمی در این قانون به‌کار رفته باشد. همچنین، در برخی از قوانین پراکنده، اصطلاح تلف حکمی استعمال شده است. از طرف دیگر، رویه قضائی در سالیان اخیر، ضابطه تحقق تلف حکمی را انتقال مال به شخص ثالث با حسن نیت دانسته و طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ ق.م. نیز بر همین مبنا تنظیم شده است. با این‌همه، معلوم نیست که تلف حکمی به چه معنا بوده و معیار تحقق آن چیست؛ امری که ممکن است منجر به تفسیرهای متفاوت و ناروا شود. در نوشتار حاضر با هدف زدودن ابهام‌های موجود در زمینه مفهوم و ضابطه تلف حکمی و ارائه معیارهای دقیق برای شناسایی آن در ابواب گوناگون فقهی، به‌صورت گسترده دیدگاه فقهای امامیه، با مطالعه در رویه قضائی ایران، تحلیل شده و نتایجی به شرح ذیل حاصل گردید:

۱- در فقه اسلامی، تلف حکمی در بیش از بیست مبحث مورد استناد فقیهان قرار گرفته است؛ که در سه معیار کلی به‌شرح زیر قابل ارائه است: «فقدان سلطنت»، «منع نقل و انتقال» و «مباینت عرفی». باین‌حال، غالب معیارهای ارائه‌شده را می‌توان ذیل معیار کلی‌تر «فقدان سلطنت»، معرفی و تحلیل کرد. ضابطه فقدان سلطنت نیز خود در معیارها و قرائت‌های جزئی‌تر به‌کار رفته است: گاهی فقدان سلطنت به‌معنای بسیار وسیع مورد توجه قرار گرفته، مانند اینکه صرف تصرف در مال موهوب موجب تحقق تلف حکمی شدن آن می‌شود. در برخی از ابواب فقهی، مانند غضب، فقدان سلطنت به‌معنای بسیار مضیق ملاک عمل قرار گرفته است. گاهی نیز فقدان سلطنت به‌معنایی متعارف تبیین شده است؛ مانند انتقال مال به شخص ثالث.

وانگهی، در بین معیارهای ارائه شده در متون فقهی، حفظ حقوق شخص ثالث با حُسن نیت و جلوگیری از متضرر شدن او، مورد توجه فقها قرار نگرفته است. ۲- در حقوق ما، رویه قضائی غالب و قاطع در سالیان اخیر بدین سمت حرکت کرده است که هرگاه مال مالک به شخص ثالث با حُسن نیت منتقل شود، به ویژه در مواردی که در آن مال مستحدثاتی ایجاد شده باشد، و استرداد عین مال در همان حالتی که در حین تصرف داشته دشوار بوده و به ضرر منتقل الیه جاهل باشد، تلف حکمی را محقق شمارند و به مالک حق دهند که به جای مطالبه عین، بدل آن را بخواهد. این دیدگاه اگرچه با متون فقهی تطبیق نمی کند و فقها در باب غصب و در حکم غصب (مجرای قاعده علی الید) به سختی تلف حکمی را می پذیرند، اما طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ ق.م. از همین رویکرد الهام گرفته و انتقال مال به صورت رسمی به شخص ثالث با حُسن نیت را در حکم تلف مال شمرده است. برای تطبیق حکم با مبانی فقهی، می توان گفت: چنانچه در اثر تقصیر و اقدام مالک، مال او در تصرف دیگری قرار گرفته و برای آن سند رسمی تنظیم شده یا احداث بنا صورت گرفته و متصرف نیز به تعلق حق غیر جاهل بوده باشد، می توان تلف حکمی را که یک فرض حقوقی است، محقق دانست.

#### منابع

- آقاخان، ابوالفضل (۱۴۰۰). مفهوم و قلمرو تلف حکمی موضوع عقد با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان. *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۵(۱۱۶)، صص. ۳۳-۵۷.
- ابن ادریس حلی، محمد (۱۴۳۸ق). *السرائر*. قم: دفتر نشر اسلامی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۰ق). *لسان العرب*. بیروت: دارالکتب الاسلامیه.
- الریاحنه، مروان سالم علی (۲۰۰۵م). *المعنی الحقیقی و الحکمی؛ ضوابطه و احکامه فی الفقه الاسلامی*. الاردن: جامعه آل البیت.
- اصفهان، سیدابوالحسن (۱۴۲۲ق). *وسیلة النجاة*. قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- انصاری، مرتضی (۱۴۳۳ق). *المکاسب المحرمه*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۱ق). *صیغ العقود و الإیقات*. قم: مجمع اندیشه اسلامی.

- ایروانی، علی (۱۳۸۴). حاشیه‌المکاسب. تهران: نشر کیا.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). الحقائق الناظرة. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- جواهرکلام، محمدهادی (۱۴۰۱). اثر فسخ قرارداد نخست بر معاملات بعدی؛ تحلیل و تفسیر رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰-۱۴۰۰/۳/۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور. نقد و تحلیل آرای قضایی، (۲)۱، صص. ۱۶۸-۲۱۳.
- حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۲۸ق). منهاج‌الصالحین. قم: دارالبشیر.
- حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۳۳ق). فقه‌العقود. قم: مجمع‌الفکر الاسلامی.
- حسینی حائری، سیدمحمدکاظم (۱۳۸۵). مباحث‌الاصول. قم: دارالبشیر.
- حسینی شاهرودی، علی (۱۴۲۹ق). محاضرات فی‌الفقه‌الجعفری. قم: دارالکتاب الاسلامی.
- حسینی عاملی، سیدجواد (۱۴۱۹ق). مفتاح‌الکرامه، قم: دفتر نشر اسلامی.
- حسینی خواه، سیدجواد (۱۳۹۰). قاعده ضمان ید. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).
- خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه‌المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- خمینی، سیدروح‌الله (بی‌تا). تحریر‌الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح‌الفقاهه. قم: داوری.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۵ق). محشی‌العروة‌الوثقی. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۹ق). التنقیح فی شرح‌المکاسب. قم: مؤسسه الامام الخویی.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مبانی تکلمه‌المنهاج. قم - عراق: جامعه بغداد.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۸ق). منهاج‌الصالحین. قم: مؤسسه الامام الخویی.
- دلشاد معارف، ابراهیم (۱۳۸۸). ماهیت و اثر فرض حقوقی. فصلنامه حقوق، (۴)۳۹.
- رشتی، حبیب‌الله (۱۴۳۰ق). کتاب‌القضاء. قم: دفتر نشر اسلامی.
- رشتی، حبیب‌الله (بی‌تا). کتاب‌الاجاره. قم: بی‌نا.
- روحانی، محمدصادق (۱۴۲۹ق). فقه‌الصادق (علیه‌السلام). قم: آیین دانش.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۹ق). المختار فی احکام‌الخیار. قم: مؤسسه الامام‌الصادق (علیه‌السلام).
- سبحانی، جعفر (۱۴۲۲ق). نظام‌النکاح فی الشریعه الاسلامیه‌الغراء. قم: مؤسسه الامام‌الصادق (علیه‌السلام).
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب‌الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
- سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۱۹ق). المبسوط. بیروت: دارالفکر.
- سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۵ق). منهاج‌الصالحین. عراق: مکتبه آیت‌الله‌العظمی سیستانی.

سیواسی، محمد بن عبدالواحد و شمس‌الدین احمد بن قودر (بی‌تا). شرح فتح القدير. بیروت: دار الفکر.

شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة. نجف: جامعه النجف الدینیة.  
شهیدی، میرزا فتاح (۱۴۰۰). هدایه الطالب الی اسرار المكاسب. قم: ذوی القربی.  
صاحب جواهر، محمد حسن (۱۴۳۰ق). جواهر الکلام. تهران: مرتضوی.  
صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷ق). اقتصادنا. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.  
صفایی، سید حسین (۱۳۹۹). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.  
طباطبایی (حائری)، سید علی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).  
طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۳۷۸). مستمسک العروة الوثقی. عراق: مطبعه الآداب.  
طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۱۳ق). عمدة المطالب فی التعلیق علی المكاسب. قم: محلاتی.  
طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۲۲ق). مبانی منهاج الصالحین. قم: قلم شرق.  
طوسی، محمد (۱۴۲۲ق). المبسوط. قم: دفتر نشر اسلامی.  
عارفی بشی، علی (۱۴۲۶ق). ایضاح المطالب فی شرح المكاسب. تهران: دارالتفسیر.  
عاصم بن منصور بن محمد ابا حسین (۱۴۳۴ق). القبض الحکمی فی الاموال و تطبیقاته المعاصره. عربستان: جامعه الامام محمد بن سعود الاسلامیه.  
غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۸ق). کتاب الاجاره. قم، مؤسسه اسماعیلیان.  
غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۹ق). حاشیه المكاسب. بیروت: دارمصطفی لایحیاء التراث.  
فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۹ق). تفصیل الشریعه، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).  
فیاض، محمد اسحاق (۱۴۱۹ق). منهاج الصالحین. قم: مکتبه آیه‌الله العظمی فیاض.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). وقایع حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). الزام‌های خارج از قرارداد، مسؤلیت مدنی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

کاشف‌الغطاء، حسن (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهه. عراق: مطبعه کاشف‌الغطاء.  
کیخا، محمدرضا و آبین، علیرضا (۱۳۹۹). نگرشی انتقادی به سیاست سخت‌گیرانه نهاد غضب و لزوم درجه‌بندی مسؤلیت (بر پایه کیفیت دخالت عنصر درون‌ذاتی حُسن یا سوءنیت). پژوهش حقوق خصوصی، ۹(۳۳)، صص. ۱۸۹-۲۱۹.

گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۰۹ق). مجمع المسائل. قم: دارالقرآن الکریم.  
مامقانی، عبدالله (۱۳۵۰). نهاییه المقال. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.

معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در... / محمدهادی جواهرکلام و صمد حدادی اردکانی  
پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۱۳۷

مروجی، علی (۱۴۱۶ق). تمهید الوسائل فی شرح الوسائل. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

مؤمن قمی، محمد (۱۴۰۹ق). کتاب الصلاة. قم: دفتر نشر اسلامی.

میرشکاری، عباس (۱۳۹۰). بررسی استحقاق غاصب نسبت به افزایش قیمت مال مغضوب. قضاوت، (۷۴)، صص. ۵۶-۵۰.

نایینی، محمدحسین (۱۴۱۰ق). منیة الطالب. قم: المكتبة المحمدیه.

هاشمی شاهرودی، سید محمود و جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم السلام). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اهل بیت (علیهم السلام).

