

عناصر غصب (۲) عنصر دوم

ازالۀ یدقانونی

۱۶- آیا تصرف حسی باید با رفع ید مالک در مال (یا حق) مورد غصب همراه باشد؟ اگر جواب مثبت باشد باید اذعان کرد که (ازالۀ یدقانونی) نیز عنصری از عناصر غصب است. علامۀ حلی در کتاب قواعد^(۱) خود این عنصر را قبول کرده است و فرقی بین منقول و غیر منقول ننهاده است نظر حنفیه^(۲) نیز چنین است. (شماره ۱۷-۲۷-۳۶).

عده‌ای^(۳) عقیده دارند که عنصر اول و دوم در مال منقول برای تحقق غصب ضرورت دارد نه در غیر منقول.

۱۷- در مورد غیر منقول آراء و عقاید را به چند دسته میتوان تقسیم کرد :

- الف- در غیر منقول هم مانند منقول ، هر دو عنصر بالا ضروری است^(۴)
 ب- در غیر منقول، عنصر اول ، ضرورت ندارد و عنصر دوم (با اجتماع عناصر بعد) کافی است^(۵) بنا بر این نظر اگر قطاع الطريق خانه ای را محاصره کرده و با تهدید ، سکنه آنرا بیرون کنند و خانه را زیر نظر بگیرند غاصب خانه هستند

۱- کتاب مذکور - ص ۷۷

۲- ردالمحتار - جلد ۶ - ص ۱۷۷

۳- حبیب الله - غصب - ص ۶ - تذکره - ص ۹۸۵ - سطر ۲۹

۴- جامع المقاصد - جلد یک - ص ۳۶۱ - قواعد - علامه - ص ۷۷ - حبیب الله

غصب - ص ۶ - ردالمحتار - جلد ۶ - ص ۱۷۷ - منهاج - ص ۴۴۱

۵- السراج الوهاج - ص ۲۶۶ - نهاية المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۸ - فتح الوهاب -

جلد یک - ص ۲۳۱ - منهاج ص ۲۳۱ - کفاية الاخيار - جلد یک - ص ۱۸۲ - منهاج الهدایة -

هرچند که وارد خانه نشده باشند هم چنین است اگر کشاورزی را از ورود و خروج در ملک خود منع کنند بدون اینکه منع کنندگان، خود، وارد ملک آن کشاورز شوند. ماده ۹ و ۳ صریحاً این نظریه را رد کرده است.

ج- در غیر منقول، عنصر دوم، ضرورت ندارد و همان عنصر اول کافی است. این نظر درست، عکس نظر دوم است. اساس این نظر چنین است که گاه اتفاق می افتد که غاصبی وارد خانه کسی می شود و مانند یک شریک مشاع، علیرغم رضای مالک در آن خانه زندگی کرده و تصرف غاصبانه میکند در این مثال، عنصر اول وجود دارد ولی عنصر دوم وجود ندارد علاوه بر این اگر غاصبی از غاصب دیگر مال مغضوب را غصب کند در اینجا عنصر اول وجود دارد، ولی عنصر دوم وجود ندارد.

ملاحظه - ایراد اخیر به غصب مال منقول (که اکثریت به لزوم دو عنصر بالا در آن تصریح کرده اند) هم وارد است و برای رفع این اشکال باید گفت^۲ در غصب از غاصب اول، عنصر «ازالۀ ید قانونی» شرط نیست خواه در مورد غصب منقول باشد خواه نه ولی در غصب ابتدائی (اولین غصب یک مال) در مال منقول هر دو عنصر مذکور ضروری است ولی در مورد غصب غیر منقول، اختلاف نظر وجود دارد.

۱۸- آیا ماده ۹ و ۳ قانون مدنی بین منقول و غیر منقول از نظر لزوم عنصر اول و دوم فرق نهاده است؟ بنظر ما فرقی نهاده است زیرا:

۱- ریاض- جلد دوم ص ۲۹۱

۲- بعضی از مؤلفان برای رفع این اشکال، عنصر دوم را باین صورت ذکر کرده اند:

«ازالۀ ید قانونی و یا تصریح قانونی». قصر ید یعنی دست مالک را از مال او کوتاه کردن، این معنی در باره کسی که مال مغضوب را از غاصب سابق، غصب کرده است صدق می کند.

شرح فتح القدیر- جلد ۷- ص ۲۶۱

اولاً- در فقه ومدنی کلمه ملک و مالک وسایر مشتقات آن بمعنی مطلق حقوق مالی است و اختصاصی به غیر منقول ندارد ، بنابراین از کلمه مالک در ماده ۳۰۹ . ۳ نباید با اشتباه افتاد .

ثانیاً- ذکر کلمه مال در همان ماده (که شامل منقول و غیر منقول است) هرگونه شبهه را بر طرف میکند .

نتیجه‌ای که باید گرفت این است که مقنن ما در تحقق عناصر غصب فرقی بین منقول و غیر منقول ننهاده است و چون اکثریت قریب باجماع فقهاء در غصب منقول دو عنصر بالا را ضروری میدانند و مقنن ما محققاً در غصب منقول تابع این نظر است پس در غصب غیر منقول هم همین نظر را دارد^۱ و باین ترتیب ، نظریه سوم - یعنی بند (ج) هم مورد قبول قانون مدنی نمی باشد .

۱- ۹- د- بعضی^۲ عقیده دارند که در غصب غیر منقول هیچیک از دو عنصر اول و دوم ضرورت ندارد بنا بر این اگر کسی مانع شود که صاحب مزرعه بمرعه خود وارد شود (مانعت از حق) ولی خود منع کننده هم ابداً وارد مزرعه نشود این- هم غصب است !

این فکر بر اساس سمانعت ذیحقی از تصرف در حق خود دور می زند .

این نظر را ماده ۳۰۹ ق-م رد کرده است و در فقه باید آنرا نظر شاذ و متروک

۱- سناج - ص ۴۴۱ - سطر اول

۲- مسالک - جلد دوم ص ۲۵۴ - سطر ۳۴ - ۳۸

راجع بتوجیه این فکر - به صفحه ۱۳۶ - جلد سوم کتاب اعانة الطالبین مراجعه شود این مؤلف در تعریف استیلاء چنین مینویسد (استولی علی کذا اذا صار فی یده ... والمراد به ما یشمل منع الغير من حقه وان لم یستول علیه) یعنی مستولی بر چیزی متصرف آن است و مقصود از استیلاء، مفهوم وسیعی است که شامل سمانعت از حق هم میشود هر چند که منع کننده تصرف نکند .

دانست و مورد ایراد سایرین^۱ قرار گرفته است .

مسائل راجع به عنصر اول غصب

۲۰ - اول - ممکن است غاصب شخصاً در مال مغضوب ، تصرف نکند ولی به دیگری امر کند و مأمور او از جانب او تصرف کند بدون اینکه عامل اکراه درین باشد مثلاً در ایستگاه راه آهن یک مسافر عالم‌اً و عامداً به باربری که آماده فرمان بردن است دستور دهد که چمدان غیرا با (تظاهر باینکه تعلق بوی دارد) به منزل برساند در این صورت این تصرف حسی (شماره ۱۰۵) عرفاً منسوب به دستور دهنده است نه باربر و شخص اخیر که مأمور است نه مسئولیت کیفری دارد نه مسئولیت مدنی^۲ .

۲۱ - دوم - هرگاه شخصی اتومبیل مغضوب را کرایه بدهد و اجاره کننده علم به جریان نداشته باشد تصرف مستأجر اتومبیل ، تصرف موجر آن ، محسوب است و عنصر اول غصب بزبان کسی که عالم‌اً عامداً اتومبیل غیرا به اجاره داده است بحساب می آید^۳

۲۲ - سوم - هرگاه کسی دیگری را به تهدید و اکراه و ادار به تصرف در مال غیر و غصب کند آیا این تصرف، منسوب به اکراه کننده است ؟ و عنصر اول غصب به زیان او محقق میشود ؟ و در نتیجه ضمان متوجه اکراه کننده است یا اکراه شونده ؟ قانون مدنی در این مورد سکوت ، اختیار کرده است قول مشهور^۴ در فقه این است که در این مورد اکراه کننده غاصب است و مسئولیت کیفری و مدنی متوجه اوست ، و شدت و ضعف اکراه تأثیری در این مسأله ندارد . بعضی^۵ تمایل دارند

۱ - حبیب الله - غصب - ص ۶

۲ - اصفهانی - غصب - ص ۶ - وسیله - جلد ۲ - ص ۳۱۴ - جواهر - جلد ۶ - ص

۸۶ - سطر ۲۸

۳ - سناج - ص ۴۴۱ - سطر ۵ - جواهر - جلد ۶ - ص ۸۶ - سطر ۲۷ - ۲۸

۴ - اصفهانی - غصب - ص ۱۰ - الاشباه والنظائر - سیوطی - ص ۱۷۹ - حبیب الله

غصب - ص ۳۸

که بگویند: اگر اکراه به سرحد اجبار برسد اکراه کننده غاصب است وگرنه اکراه شونده غاصب است.

در اینجا باید یک بحث کلی را طرح کرد:

آیا جرم با وجود اکراه فاعل آن، عنوان خود را از دست میدهد؟ مثلاً اگر کسی را با اکراه وادار به جعل کردند این عمل، جعل نیست؟ و آیا اختیار، عنصر سازنده هر جرم است؟

از ذیل ماده ۱۴ قانون جزا دانسته میشود که در صورت وقوع اجبار (که درجهٔ اعلائی اکراه است) جرم محقق میشود ولی مجازات نمیشود. باید دانست که این ماده اجبار را بصورتی فرض کرده که مانع الجمع با قصد مجرم نباشد وگرنه اگر اجبار بعدی برسد که قصداً از بین ببرد اساساً جرم محقق نشده است اما ماده ۴۶ قانون مجازات فرانسه با وجود اکراه جرم را محقق نمیداند این ماده می گوید:

IL n'y a ni crime ni délit . . . lorsqu' il a été contraint par une Force...

از نظر مدنی هم باید این سؤال را مطرح کرد:

آیا عمل حقوقی (عقد - ایقاع) و واقعهٔ حقوقی (مانند غصب) با وجود اکراه فاعل آن، عنوان خود را از دست میدهد؟ مثلاً بیع مکره اساساً بیع نیست؟ و یا کسی که اکراه به غصب مال ثالث شده است بر عمل مکره (بفتح راء) عنوان غصب، صدق نمی کند؟

اکثر فقهاء^۱ عقیده دارند که اکراه، عنوان عمل حقوقی را از بین نمی برد پس در مثالهای بالا یک بیع واقعی وجود دارد و کسیکه وادار به غصب شده است یک غاصب واقعی است قانونگذار مدنی فرانسه در مواد ۱۱۰۸ - ۱۱۰۹ - ۱۱۱۷ -

۱- الفتاوی الکبری - ابن حجر - جلد ۴ - ص ۱۷۸ - شرح ارشاد - اردبیلی - ص ۵۰۵

۱۳۰۴ هم همین نظر را پذیرفته است و عقد مکره را صحیح ولی متزلزل دانسته است .

در اینجا جای اشکالی باقی است که چرا حقوقدانان بین مسائل کیفری و مدنی فرق نهاده‌اند و اکراه را رافع عناوین کیفری دانسته‌اند لکن رافع عناوین مدنی ندانسته‌اند؟!

این اشکال که بنظرم رسیده پابرجاست و موضوع از مسائل منقح نشده حقوق جزا و حقوق مدنی است .

بهرحال از نظر قانون مدنی ماکه رویه غالب مقنن، پیروی از قول مشهور است باید در باب مسئولیت مدنی غاصب بگوئیم که مسئولیت مدنی از همان ابتداء متوجه کسی است که دیگری را اکراه به تصرف در مال غیر کرده است .
از نظر مسئولیت جزائی هم دادرس باید در مورد غاصب مکره با توجه بماده ۴۱ قانون جزا تصمیم مقتضی بگیرد .

۲۳ - چهارم - تصرف حسی ممکن است بصورت فعل و یا بصورت ترك بوده باشد البته غالباً بصورت فعل است ولی مانعی ندارد که بصورت ترك باشد مانند اینکه کسی محصول مزرعه‌ای را بشرط اینکه مشتری بلافاصله پس از عقد درو کند بفروشد و مشتری از درو امتناع کند در اینصورت ابقاء محصول در مزرعه هم عرفاً تصرف غاصبانه خواهد بود (شماره ۳۳) .

۲۴ - پنجم - آیا عرفاً تصرف در متبوع ، تصرف در تابع آن نیز هست؟
این سؤال در واقع برای بیان دامنۀ تصرف حسی از نظر تفاهم عرف است . برای حل این مشکل باید اقسام تابع را در نظر گرفت زیرا تابع همیشه بیک صورت نیست .

تابع چند قسم است :

یک - تابع متصل - مانند حمل در شکم گوسفند و قلاده در گردن سگ .
 عقیده فقهاء امامیه و شافعیه و حنبلیه^۱ این است که در این گونه موارد غصب
 متبوع ، غصب تابع آن نیز هست و تصرف در متبوع ، تصرف در تابع است ولی حنفیه
 و مالکیه عقیده دارند^۲ که غصب متبوع ، غصب تابع نیست و تابع در دست غاصب ،
 امانت است و اگر تابع ، تلف شود غاصب ، ضامن نیست ! .
۲۰ - تبصره - اگر کسی انسان را بناحق حبس کند آیا غاصب لباسی که او به تن
 کرده است می باشد ؟ .

گفته اند چون ید مجبوس بر لباس او ثابت است پس حبس کننده غاصب لباس
 نیست . در این صورت سؤال میکنیم اگر زندانی در آن حبس بمیرد آیا در تاریخ
 سرگ زندانی (که ید بر لباس ندارد) حبس کننده متصرف لباس او محسوب است
 و عنصر تصرف حسی در این تاریخ محقق میشود ؟
 مسأله اخیر را ندیدم طرح کرده باشند ولی در مسأله اول اختلاف نظر هست
 علامه حلی عقیده دارد که حبس کننده متصرف در لباس مجبوس نیست ولی بعضی
 از متأخران عقیده دارند که تصرف زندانی در مقابل استیلاء حبس کننده ضعیف
 است و در نتیجه او غاصب لباس هم هست .

بنظر ما حبس کننده چون قصد استیلاء بر لباس او را ندارد بعلت انتفاء قصد
 استیلاء ، غصب لباس ، صدق نمیکند ولی این مسأله را نباید با غصب سگ که قلاده
 بگردن دارد اشتباه کرد زیرا غصب سگ غصب قلاده هم محسوب است . و نیز

۱- شرح ارشاد - ص ۷۴۴ - ریاض - جلد ۲ - ص ۲۹۲ - شرح لمعه - جلد ۲ - ص ۲۲۵

مسالك - جلد ۲ - ص ۲۵۵ - تذکره - ص ۹۸۴ - مناہج - ص ۴۴۱ - اصفهانی - غصب - ص ۴۸ -

مناہج الهدایه - ص ۴۳۷ - تحفة الفقهاء جلد ۳ - ص ۱۲۷ - حبیب الله - غصب - ص ۹

۲- تذکره - ص ۹۸۴ - تحفة الفقهاء - جلد ۳ - ص ۱۲۷ - شرح فتح القدير - جلد ۷

ر بودن اطفال که در زمان ما گاه دیده میشود عرفاً غضب البسه و گوشواره آنان هم بشمار میآید .

طرح این تبصره از این جهت است که لباس و قلاده و گوشواره عنوان تابع را دارد و بحث ما هم راجع به غضب تابع و متبوع است .

۲۶ - دو - تابع منفصل - اگر کسی میشی را که نوزاد دارد غضب کند و نوزاد هم بدنبال آن بیاید آیا غضب میش ، غضب نوزاد آن هم هست ؟

نظر فقهاء حنفی و مالکی^(۱) در این مورد مانند مورد بالا است . شافعیه^(۲) در این مورد تصرف در متبوع را تصرف در تابع نمیدانند و نظر فقهاء امامیه^(۳) هم در این مورد ظاهراً مانند شافعیه است و اضافه میکنند که اگر تابع تلف شود ضمان تسبیب محقق میشود ولی علامه^(۴) حلی در این مورد هم عقیده دارد که غضب میش موجب غضب نوزاد آن هم هست و غضب متبوع را غضب تابع آن هم میداند . در صورت شک ، تفسیر مضیق ، متبع است لذا نظر علامه قابل قبول نیست .

۲۷ - سه - تابع موجود در زمان غضب و تابع بعد الغضب - تابع ممکن است در زمان غضب متبوع ، وجود داشته باشد (مانند مثالهای بالا - شماره ۲۴ - ۲۵ - ۲۶) و ممکن است در آن زمان موجود نباشد و بعد از تاریخ غضب بوجود آید مثلاً میشی را غضب کند و پس از غضب ، حامله شود یا باغی را غضب کند و پس از غضب ، درختان آن میوه بدهد .

حنفیه^(۵) در این مورد هم عقیده دارند که بعلمت انتفاء عنصر دوم (شماره ۱۶) نسبت به تابع ، غضب محقق نشده است .

۱- ردالمختار - جلد ۶ - ص ۱۷۷ . نهاية المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۷

۲- نهاية المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۷

۳- شرح لمعه - جلد ۲ - ص ۲۲۵

۴- تذکره - ص ۹۸۴

۵- شرح فتح القدير - جلد ۷ - ص ۳۶۱

عقیده امامیه این است که در این مورد هم غصب ، محقق است و بطور ضمنی معلوم میشود که مقصود فقهاء از عنصر دوم (شماره ۱۶) معنی عامی است که مامل دو امر ذیل است :

الف - رفع ید مالک از مال خود .

ب - کوتاه کردن ید مالک از مال خود (قصر ید) بدیهی است که نسبت به منافع حاصله بعد الغصب ، غاصب دست مالک را از آن منافع کوتاه کرده است و در مشترک این دو امر همانا کوتاه کردن ید مالک از مال خود میباشد و ماده ۳۳ قانون مدنی هم تلویحاً این مراتب را تأیید کرده است .

۲۸- ششم - تشخیص حدود تصرف حسی در غصب غیر منقول - در غیر منقول هم میتوان مسأله غصب تابع و متبوع را مطرح کرد و مثلاً گفت : غصب سزرعه غصب زراعت موجود در آنهاست ولی بحث دیگری در غیر منقول از نظر عنصر اول وجود دارد که ربطی به بحث تابع و متبوع ندارد و این دو بحث را باید جدا کرد هر چند که سلف ما نکرده اند .

بحث کنونی این است که غیر منقول از نظر سطح و مساحت ، وسعت دارد آیا تصرف غاصبانه در یک نقطه آن تصرف در همه آن است ؟ مثلاً اگر کسی یک طبقه خانه خالی را غصب کرد غاصب همه طبقات آن است ؟ مثلاً اگر طبقه اول یک خانه دو طبقه را غصب کرد و طبقه دوم که خالی بوده در ایام غصب طبقه اول خود - بخود خراب شد غاصب ضامن خرابی طبقه دوم هم میباشد ؟ در یک طبقه هم اگر اطاقهای متعدد باشد و یک اطاق را غصب کند غاصب همه اطاقهای آن طبقه است ؟ در یک اطاق هم اگر زاویه ای را اشغال کند غاصب همه یک اطاق است ؟ قضیه تابع تشخیص عرف است در مثال اخیر با وجود اشغال زاویه یک اطاق ، غاصب یک اطاق است و بس و غاصب یک طبقه نیست و ظاهر این است که قصد استیلاء

بریک اطاق را بطور غاصبانه کرده است^۱.

شماره ۲۸ نیز دیده شود.

مسائل راجع به عنصر دوم غصب

۲۹ - در ازاله ید قانونی لازم نیست که ید مالک بالمره زائل شود کافی است که بنحوی از انحاء زائل گردد، مثلاً ید مفروز و منحصر مالک را زائل کند و ید اشاعه برای او باقی بگذارد باین معنی که غاصب با وجود مالک وارد در ملک او شده و مانند یک شریک المملک در مال او تصرف کند در این صورت دوید بطور مشاع بر یک ملک، قرار می گیرد که یکی ید قانونی است و مربوط به مالک است و دیگری ید غیر قانونی که مربوط به غاصب است.

بدیهی است که ید مستقل مالک را غاصب از بین برده است و ازاله ید قانونی بهمین مقدار صادق است.

نکته - فرض مثال بالا در صورتی است که سایر عناصر غصب جمع می شود مثلاً غاصب با قهر و غلبه وارد بر مالک شود و مالک قادر بدفع او نباشد و استیلاء، صدق کند.

در فرض بالا غاصب، ضامن نصف مشاع است ولو آنکه مالک باعائله خود ساکن باشد و غاصب یکنفر باشد زیرا ید اصلی، ملاک محاسبه ضمان و مسئولیت مدنی است ید عائله مالک، ید تبعی است و از مضامقات و لواحق ید مالک است پس در مثال مزبور دوید بیشتر نداریم ید مالک و ید غاصب، لذا غاصب، ضامن نصف

۱- حبیب الله - غصب - ص ۶ - اصفهانی - غصب - ص ۶ - السراج الوهاج - ص ۲۶۷-۲۶۶ - نهاية المحتاج - جلد ۱ - ص ۱۴۸ - فتح الوهاب - جلد یک - ص ۲۳۱ - تذکره ص ۹۸۵ - وسیله - ص ۳۱۵

مشاع است . این نظریه مشهور بین فقهاء است^۱ . اقلیت عقیده دارد که در مثال مذکور غاصب نسبت به تمام ملک، ضامن است زیرا ید اشاعی غاصب بر تمام مال قرار گرفته است پس ضامن تمام است حتی نسبت بمنافع هم جز آنچه را که مالک ، استیفاء می کند ضامن است .

انتقاد - ملاک ضمان غاصب تصرف او است چون متصرف نصف مشاع شده است ضامن نصف مشاع است .

۳- اگر مالی مشترك بین دو یا چند نفر باشد وغاصبی یکی از شرکاء را رانده و جایگزین او گردد و حصه او را هدف تجاوز غاصبانه قرار دهد بنسبت سهم اوضاعین است . این نیز مانند مورد بالا (شماره ۲) نمونه ای از غصب مشاع است .

۳۱- تصرف حسی غاصب همانطور که در شماره ۲ و ۳ دیده شد ممکن است مشاع باشد . این اشاعه دو قسم است:

الف - اشاعه بین غاصب و مالک که در شماره ۲ و ۳ دیده شد .

ب- اشاعه بین دو یا چند غاصب مانند اینکه دو نفر با هم یا تدریجاً و به تناوب، خانه ای را غصب کنند در اینصورت اگر دو غاصب بر تمام خانه مستولی باشند هر یک ضامن نصف مشاع بنفع مالک است^۲ .

ایادی غاصبین را در این مورد ایادی متقارنه می نامند در مقابل ایادی متعاقبه که هر ید غصبی بعد از زوال ید غصبی دیگر بر مال مغضوب، مستقر میشود .

۱- اصفهانی - غصب - ص ۲ - ۸۵ - ۸۸ - حبیب الله - ص ۹۰۸ - منهاج - ص ۴۴۱ - جواهر

جلد ۶ ص ۸۷ - منهاج الهدایه - ص ۴۳۷ - تذکره - ص ۹۸۵ - شرح ارشاد - ص ۷۴۳ - ریاض - جلد ۲ -

ص ۲۹۲ - شرح لمعه - جلد ۲ - ص ۲۲۲ - مسالک - جلد ۲ - ص ۲۵۴ - وسیله - جلد ۲ -

ص ۳۱۶ - فتح الوهاب - جلد ۱ - ص ۲۳۱ - السراج الوهاج - ص ۲۶۷ - نهاية المحتاج - جلد ۵ -

ص ۱۴۸ - جامع المقاصد - جلد ۱ - ص ۶۳۱ - ۳۶۲

۲ - حبیب الله - غصب - ص ۱۱۰ - ۱۱

در مورد ایادی متقارنه بعضی^۱ بین دو صورت ذیل فرق نهاده اند:

یک - رابطه هر غاصب با مالک بطوری است که به تنهایی نتوانسته بر مال مغضوب استیلاء پیدا کند و دو غاصب برای مستولی شدن بر مال، یکمک هم ویزیان مالک (برای از بین بردن سلطه مالکانه) نیازمند بوده اند. در این صورت هر یک ضامن نصف مشاع هستند.

دو - رابطه هر غاصب با مالک بطوری است که بتنهائی مستولی بر مال مغضوب بطرفیت مالک (نه بطرفیت یکدیگر) میتوانند باشند بطوریکه اگر یک غاصب، بد خود را بر طرف کند غاصب دیگر اگر بخواهد میتواند بتنهائی جلو مالک، ایستادگی کرده و تمام ملک را درید غاصبانه خود نگهدارد.

انتقاد - سلاک ضمان و مسئولیت تصرف بالفعل است و چون هر غاصب، متصرف نصف مشاع است پس ضامن نصف مشاع است بنا بر این در مورد دوم (از دو صورت بالا) مالک حق ندارد بطور تضامن بهر یک از دو غاصب مراجعه کند.

۳۲- هرگاه غاصب یکی از دو شریک خانه را (که به تساوی شریک هستند) بیرون کند و جای او را بگیرد آیا در نصف مشاع بفتح مغضوب شده، ضامن است یا در ربع آن بفتح او و در ربع دیگر به نفع شریک متصرف، ضامن است و شریک متصرف اگر بعد از تاریخ وقوع غصب مذکور بدون اذن شریک اخراج شده بتصرف خود ادامه دهد بفتح شریک اخراج شده (برابر ماده ۸۲ ه.ق.م) در ربع خانه ضامن است. مطابق قاعده اشاعه اشغال، غاصب در ربع بفتح شریک اخراج شده و در ربع دیگر بفتح شریک متصرف، ضامن است و شریک متصرف هم اگر بعد از تاریخ غصب بدون اذن شریک خود ادامه تصرف بدهد در ربع بفتح او ضامن است و دلیلی بر اینکه

۱- حبیب الله - غصب - ص ۱۰ - جواهر - جلد ۶ - ص ۸۴ سطر ۲۵ - اصفهانی - غصب

ص ۸۸ - سید محمد کاظم - حاشیه بر مکاسب - ص ۱۹۰ - مکاسب - ۱۵۱

مغضوب منه بطور تضامن بهریک از دو غاصب (غاصب وار دبر شرکاء و شریک متصرف بدون اذن شریک دیگر) مراجعه کند وجود ندارد^۱.

عنصر سوم

تصرف ابتدائی

۳۳- برای تحقق غصب، لازم است که غاصب قبل از زمان شروع غصب بطریق قانونی در مال مغضوب تصرف نداشته باشد بنا براین امین از تاریخ استماع رد و دیعه غاصب واقعی نیست ولی در حکم غاصب است و ماده ۳۱ قانون مدنی متضمن بیان عنصر سوم است و می گوید :

(اگر کسی که مالی بعاریه یا ودیعه و امثال آنها در دست اوست منکر گردد از تاریخ انکار در حکم غاصب است) در حکم چیزی بودن غیر از خود آن چیز بودن است مثلاً چک در حکم سند رسمی است ولی هرگز سند رسمی نیست بهمین جهت قابل انکار و تکذیب است .

علت این است که قبل از تاریخ انکار و دیعه مال مورد و دیعه در تصرف او بوده است .

این عنصر در فقه محل اختلاف است بعضی^۲ آنرا عنصر غصب میدانند و بعضی^۳ نمیدانند .

تبصره - با توجه بتوضیح بالا و مدلول ماده ۳۱ میتوان مورد مذکور در شماره ۳ را از قلمرو غصب خارج کرده و در حکم غصب دانست .

۱- مکاسب - ص ۱۵۱ - سید محمد کاظم - حاشیه بر مکاسب - ص ۱۹۰

۲- ردالمحتار - جلد ۶ - ص ۱۷۷ - اصفهانی - غصب - ص ۳ سطر ۲ - ص ۶

۳- تذکره - ص ۹۸۴ - اصفهانی - غصب - ص ۸۵ - جامع المقاصد - جلد یک - ص ۳۶۱

قواعد علامه - ص ۷۷

عنصر چهارم

عدوان

۳۴ - ماهیت عدوان - عدوان در لغت بمعنی ظلم و ستم است . در سوره بقره (آیه ۱۹۳) دیده میشود « فلاعنوان الاعلی الظالمین » یعنی سزای ستمکاران ستم است . در فقه هم به همین معنی بکار رفته است^۱ .

بنا بر این برای تحقق عدوان، لازم است که متصرف در مال غیر، موقع تصرف کردن، علم بعدم استحقاق خود داشته باشد اگر از روی جهل در مال غیر، تصرف کند عنصر عدوان، صدق نمی کند مثلاً اگر کسی مالی را بخرد و نداند که مال دزدیده است تصرف او در مبیع، غصب نیست لکن تصرف ناحق است و مشمول ذیل ماده ۸۰۸ ق.م است که آنرا غصب حکمی نامیده اند مانند مورد ماده ۳۱ ق.م که که آنهم غصب حکمی است .

تبصره - تصرف ناحق اعم از تصرف عدوان (یا تصرف عادیه) است و این نظر اکثر فقهاء است^۲ بعضی^۳ تصور می کنند که فرقی بین تصرف عدوان و تصرف ناحق وجود ندارد و این غلط است .

۳۵ - تبصره - کسانی که در تعریف غصب بجای عنصر عدوان عنصر (ناحق) را می گذارند تمام مدلول ماده ۳۰۸ قانون مدنی را غصب واقعی میدانند^۴ ولی در این

۱- شرح ارشاد- ص ۷۴۱- شرح لمعه جلد دوم - ص ۲۲۲

۲ - غصب - اصفهانی- ص ۴ - ریاض- جلد ۲- ص ۲۹۱ - سطر ۱۴- شرح لمعه -

جلد ۲ - ص ۲۲۲ - مسالک - جلد ۲ - ص ۲۵۴ - نهایة المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۶۳ - جواهر -

جلد ۶ - ص ۸۴ - ۸۵ - ۸۷ فتح القدر - جلد ۷ - ص ۳۶۳

۳- جامع المقاصد - جلد یک - ص ۳۶۱ - فتح الوهاب - جلد یک - ص ۲۳۱

۴- فتح الوهاب - جلد یک - ص ۲۳۱ - شرح فتح القدر - جلد ۷ - ص ۳۶۳ - جواهر

جلد ۶ - ص ۸۴ - رد المحتار - جلد ۶ - ص ۱۷۷ - اعانة الطالبین - جلد ۳ - ص ۱۳۷ - تذکره

صورت، هر غصبی را جرم نمیدانند .

اما آنها که عنصر عدوان را در تعریف غصب آورده‌اند هر غصبی را جرم می‌دانند^۱ .

۳۶- سؤال و جواب ذیل^۲ تا اندازه‌ای ماهیت تصرف عدوان را روشن میکند:
سؤال - زید در دیوار خانه خود روزنی گذاشته که مشرف است به خانه و باغچه عمرو، و در آن روزن کندوی زنبور عسل گذاشته و در حین بهره دادن زنبور بچه‌های آن زنبورها جمع میشوند بر اشجار خانه عمرو و اهل آن خانه را می‌گزیند و اذیت میرسانند و صاحب زنبور برای گرفتن آنها داخل خانه میشود و خرابی باغچه و اشجار میرساند آیا عمرو میتواند آنها را منع کند از گذاشتن کندویانه ...

جواب - هر چند گذاشتن روزن بدیوار خانه خود جائز است هر چند که مشرف بخانه غیر باشد لکن تصرفی که مضر بخانه عمرو باشد جایز نیست مثل نگاه کردن از آن روزن بخانه عمرو، و هم چنین گذاشتن کندو که بالضروره آمد و شد زنبورها را بخانه او میشود و باعث اضرار و گزیدن میشود و باعث نشستن اولاد آن زنبورها به اشجار او میشود و اینها همه عدوان است و تصرف در مال غیر است و عمرو میتواند منع کند از گذاردن کندو ...

از اینجا معلوم می‌شود که ازاله تصرف قانونی (شماره ۱۶) مفهوم بسیار وسیع دارد و بهر نوع محدودیت غیر قانونی در تصرف مالکانه اطلاق میشود .

مسائل راجع به عدوان

۳۷- اول- هر گاه تصرف متصرف در مال غیر، مسبوق باذن مالک یا قانون باشد عدوان

۱- شرح لمعه - جلد دوم - ص ۲۲۲ - جواهر - جلد ۶ - ص ۸۴

۲ - جامع الشتات - ص ۸۴

محقق نمیشود بنابراین اگر قبل از بیع ، بایع برای معرفی مال آنرا بدست مشتری بدهد یا باو اذن بدهد که آن مال را بدست خود بگیرد و تماشا کنند (این تصرف را قبض به سوم نامند و آن مال را مقبوض به سوم نامیده‌اند) و در این بین قبل از عقد بیع از دست او بیافتد و تلف شود تصرف او قبل از تلف که مسبوق باذن مالک بوده تصرف عدوان نیست^۱

۳۸- دوم - یکی از مواردی که قانون ، اذعان عام به اشخاص داده که باستناد آن اذن در مال غیر ، تصرف کنند این است که بقصد احسان در مال غیر، تصرف شود مثلاً همسایه به سفر رفته در خانه او کسی نیست برف باریده صاحب خانه مجاور به قصد احسان وارد خانه او میشود تا برف را از بام او ببرد این تصرف بنحو عدوان نیست تا مشمول ماده ۳۰۸ ق.م باشد بلکه تصرف بنحو احسان است .

این اذن عام را از ماده ۳۰۶ قانون مدنی میتوان استفاده کرد . در فقه آنرا از آیه (ماعلی المحسنین من سبیل) استفاده می کنند^۲

عنصر پنجم

استیلاء (قهر و غلبه)

۳۹- تصرف عدوان اگر بدون قهر و غلبه صورت گیرد غصب نیست مانند تصرف عدوانی سارق و طاراکه در خفیه صورت می گیرد لذا فاقد قهر و غلبه است^۳ یا اگر

۱- حبیب الله - غصب - ص ۹- اصفهانی - غصب - ص ۲۱-۵۲- شجره طوبی -

ص ۱۰- جواهر- جلد ۶- ص ۷۱- جامع الشتات - ص ۵۸۳- نکت النهایه (الجوامع الفقهیه) ص ۲۲۹

۲- حبیب الله - غصب - ص ۳۴ - نهایة المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۷

۳- حبیب الله - غصب - ص ۸- ۱۴- ۱۵- مناہج - ص ۴۴۱- جواهر- جلد ۶-

بقیه حاشیه در صفحه بعد

متصرف عدوان که وارد بر مالک شده در برابر مالک، ضعیف باشد (وتظا هر بقدرت و غلبه نکرده باشد) این تصرف عدوان است ولی غصب نیست یا اگر به قصد تفرج وارد ملک دیگری شده تصرف عدوان کرده ولی غاصب نیست.

دیده نشده که در فقه کسی این عنصر را نفی کرده باشد یعنی قهر و غلبه را عموماً شرط تحقق غصب دانسته‌اند هر چند که عبارت بعضی^۱ ایهام دارد که فقط تصرف عدوانی را برای صدق غصب کافی میدانند.

بنا بر این تصرف عدوان بقصد تفرج در ملک غیر و نیز عمل سارق را باید غصب بدانند.

در هر حال این قول شاذ است و قهر و غلبه شرط تحقق غصب است.
 ۴- سؤالی که میتوان کرد این است که این عنصر آیا از ماده ۳۰۸ قانون مدنی استفاده میشود یا نه؟

دادن پاسخ این سؤال بستگی بدانستن معنی استیلاء دارد زیرا برای این کلمه در فقه معانی مختلف ذکر کرده‌اند باین شرح:

یک- استیلاء به معنی تصرف (اعم از اینکه با قهر و غلبه باشد یا نه). بهمین معنی ماده ۶۴ هم بکار رفته است که می‌گوید (مقصود از حیازت، تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسائل تصرف و استیلاء).

عطف (استیلاء) به (تصرف) عطف مترادف به مترادف است، بفرض که نباشد ست کم معنی قهر و غلبه در آن دیده نمیشود.

سن ۸۵-۸۶- السراج الوهاج - ص ۲۶۷- نه‌ایة المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۸ - وسیله - جلد ۲ - ص ۳۱۶ - تذکره - ص ۹۸۵ - شرح لمعه - جلد ۲ - ص ۲۲۲ - مسالک - جلد ۲ - ص ۲۵۵ - نغائر - ص ۳۷۲

اگر استیلاء در ماده ۳۰۸ بهمان معنی باشد که در ماده ۱۴۶ بکار رفته است عنصر قهر و غلبه در غصب معتبر نیست.

طرفدار قابل ملاحظه‌ای از این معنی در غصب، دیده نشده است و همان طور که گفتیم (شماره ۳۹) تقریباً اجماع فقهاء، غصب را به قهر و غلبه وابسته میدانند. علاوه بر اینکه قهر و غلبه در معنی لغوی غصب، ملحوظ است^(۱).

دو - استیلاء بمعنی سلطه و چیرگی و تفوق ولو اینکه مستولی، بر مال غیر وضع ید نکند و مالک را از ملک وی نراند مثلاً اتوسیل را به جبر و زور از راه به بیراهه (با تهدید راننده) هدایت کند یا هواپیما را با تهدید خلبان به مقصد دیگر ببرد این استیلاء است^۲.

ملاحظه - این فکر طرفدار زیاد ندارد.

سه - استیلاء بمعنی منع مالک از استفاده از حق خود ولو اینکه مانعت کننده خود، در مال غیر تصرف نکند. این نظر شافعیه^۳ است بگفته علامه حلی ولی صحیح بنظر نمی‌رسد و عقیده شافعیه این نیست^۴.

۴۱ - چهار - استیلاء با قهر و غلبه ملازمه دارد^۵ این نظراً کثرت است. پیروان

این نظر دو دسته اند:

۱ - بهمین جهت در فتح القدير (جلد ۷ - ص ۳۶۰) گفته شده است الغصب فی اللغة اخذ

الشیء من الغير علی سبیل التغلب

۲ - منهاج الهدایه - ص ۴۲۷

۳ - تذکره - ص ۹۸۵ - اعانة الطالبین - جلد سوم - ص ۱۳۶

۴ - نهاية المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۲-۱۴۳-۱۴۴

۵ - منهاج - ص ۴۴۱ - تذکره - ص ۹۸۵ - وسیله جلد ۲ - ص ۳۱۴-۳۱۵

الانصاف - جلد ۶ - ص ۱۲۱ شرح لمعه - جلد ۲ - ص ۲۲۲ - مسالک جلد ۲ - ص ۲۵۰ شرح

ارشاد - ص ۷۴۱-۷۴۳-۷۴۴ - نهاية المحتاج جلد ۵ - ص ۱۴۴ - حبیب الله - غصب - ص ۱۵

السراج الوهاج - ص ۲۶۷

الف - عده‌ای عقیده دارند که استیلاء از دو قسمت تشکیل میشود :

قسمت اول - عامل مادی که وضع ید برمال موجود در خارج است .

قسمت دوم - عامل معنوی که قهر و غلبه است و مربوط بفاعل عمل است

نده مال .

این عده اکثریت دارند^۱ و نظرقانون مدنی در ماده ۳۰۸ معمول بر نظر اکثر است و باین ترتیب از کلمه (استیلاء) عنصر اول و عنصر پنجم غصب ، استخراج می شود .

بد عده‌ای عقیده دارند^۲ که استیلاء فقط همان، عامل معنوی است .

مسائل راجع به عنصر پنجم

۴۲ - اول - باتوجه باینکه استیلاء طبق ماده ۳۰۸ ق - م و نظرا کثرت ملازمه با قهر و غلبه دارد آیا برتری قدرت غاصب بر مغضوب منتهی، شرط تحقق عنصر پنجم است؟ یا کافی است که غاصب با تظاهر بقدرت و غلبه وارد ملک مغضوب منته شود ولو اینکه مغضوب منته قدرت دفع او را عملاً داشته باشد ؟

این موضوع، محل اختلاف است بهمین جهت کسانی که برتری واقعی قدرت را شرط میدانند و Subjectif فکر می کنند بجای قهر و غلبه در عنصر پنجم از (تفوق و استعلاء) نام می برند^۳ ولی ظاهراً اکثریت که Objectif فکر میکنند تظاهر به قدرت و غلبه را برای تحقق عنصر پنجم کافی میدانند؛ قانون مدنی ناگزیر معمول بر نظر اکثر است بهمین جهت ، صاحب کتاب جواهر الکلام می گوید اگر کسی بعنوان

۱- تذکره - ص ۹۸۵ - منهاج - ص ۴۴۱ - وسیله - جلد ۲ - ص ۳۱۴-۳۱۵ -

الانصاف - جلد ۶ - ص ۱۲۱

۲- حبیب الله - غصب - ص ۳

۳- شرح ارشاد - ص ۷۴۱

۴- جواهر - جلد ۶ - ص ۸۶ - مطر ۳۱

غاصب بر مالک وارد شود و مالک از غاصب، قوی‌تر باشد استیلاء غاصبانه محقق است زیرا قدرت مالک نسبت به غاصب، مانع تحقق استیلاء نمی‌شود و این نظر درست است.

بنا بر این، نظر حاضر یا غائب بودن مالک در زمان غصب در مال مغضوب، تأثیری برای تحقق و عدم تحقق استیلاء غاصب ندارد. صاحبان نظر اول عقیده دارند که اگر مالک در زمان غصب در مال خود حاضر نباشد استیلاء، صدق میکند خواه غاصب ضعیف‌تر از مالک باشد خواه نه ولی اگر مالک، حاضر باشد فقط در صورت قوی‌تر بودن غاصب، غصب و استیلاء صدق می‌کند^۱.

دوم - در مال منقول بهر حال غصب و استیلاء بمحض تصرف و انتقال مکان، صدق می‌کند. بحث بالا راجع به غیر منقول است. علت این است که قهر و غلبه بر منقول، سهل است و بر غیر منقول دشوارتر است. در مال منقول، نقل مکان برای تحقق مفهوم استیلاء عرفاً لازم است^۲.

ملاحظه - این فرق کلیت ندارد خاصه نسبت به اتومبیل و کشتی و امثال آنها. در هر حال ملاک کار، تحقق عناصر غصب است که ممکن است در اوضاع و احوال مختلف فرق می‌کند.

۳-۴ - سوم - با توجه به مطلب ۱ از کلمه استیلاء در ماده ۳۰۸ دو عنصر ذیل دانسته میشود:

الف - تصرف حسی (شماره ۱۵)

۱- نه‌ایة المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۸ - تذکره - ص ۹۸۵ - جواهر - جلد ۶ - ص ۸۶ -

۸۷ - منهاج الهدایة - ص ۴۳۷ - وسیله - جلد ۲ - ص ۳۱۵ - فتح الوهاب - جلد یک -

ص ۲۳۱

۲ - جامع المقاصد - جلد یک - ص ۳۶۱ . قواعد علامه - ص ۷۷ - تذکره - ص ۹۸۴ -

الانصاف - جلد ۶ - ص ۱۲۳

ب - قهر و غلبه (شماره ۳۹)

چون تصرف حسی در مال غیر از روی قهر و غلبه طبعاً بدون عدوان (شماره ۳۴) میسر نمیشود بنا بر این ذکر عدوان در ماده ۸. ۳ (و در تعاریف غصب - شماره ۱۴) زائد است. ولی باید تصدیق کرد که بعضی از قیود زائد در توضیح بیشتر مطلب مؤثر است.

چهارم - پاره‌ای از مؤلفان^۱ که از دید جزائی به غصب نگاه میکنند و میخواهند حدود جرائم را از هم جدا کنند عقیده دارند که (علن) را در تعریف غصب وارد کنند تا غصب را از سرقت جدا نمایند زیرا سارق، مال غیر را نهان از انظار بر میدارد و مورد مصرف عدوان قرار میدهد اما غاصب علناً این کار را میکند.

بنظر میرسد که در عنصر پنجم این منظور عملی می‌شود زیرا قهر و غلبه امر علنی است نه امر مخفی. علاوه بر این اگر فقط به قید (علن) قناعت شود جرم مذکور در (قانون مجازات اشخاصیکه برای بردن مال غیر تبانی مینمایند، مصوب مردادماه ۱۳۰۷) را باید غصب دانست و حال اینکه عرفاً بعثت انتفاء قهر و غلبه (عنصر پنجم غصب) غصب در این مورد صدق نمیکند. پس عنصر پنجم هم سرقت را خارج میکند و هم تبانی برای بردن مال غیر را.

عنصر ششم

قصد استیلاء

۴۵- قانون مدنی نسبت به این عنصر، ساکت است. غالب فقهاء اظهار نظر می‌کنند که قصد استیلاء فی الجمله از عناصر غصب است مثلاً اگر کسی وارد ملک دیگری شود که وضع و نقشه آنرا دیده برای ساختن خانه خود از آن استفاده کند

۱- شرح فتح‌القدیر - جلد ۷ - ص ۳۶۱ - ردالمحتار - جلد ۶ - ص ۱۷۹ - شجره طوبی

ص ۱۰ - تذکره - ص ۹۸۱ - الوسیله (الجوامع الفقهیه) ص ۷۸۴

می‌گویند این استیلاء هست ولی قصد استیلاء در آن نیست^۱ نیز^۲ در مورد نبودن مالک غیر منقول در ملک خود و ورود در ملک او بدون قصد استیلاء، غصب نیست هر چند که غاصب، ناتوان تراز مالک باشد در این مورد هم ناتوانی غاصب و توانائی مالک غائب، مانع تحقق غصب نیست اگر قصد استیلاء باشد. فرضاً که حقیقت قهر و غلبه (شماره ۳۹) ضرورت داشته باشد مربوط بموردی است که غصب با حضور مالک در ملک وی صورت گیرد در این صورت اگر غاصب نسبت بمالک ناتوان باشد میتوان گفت قهر و غلبه بالفعل محقق نشده است و عنصر پنجم غصب وجود ندارد. ولی سابقاً (شماره ۴۲) گفتیم که تظاهر بقدرت و تکیه بقدرت در عنصر پنجم کافی است یعنی حقیقت قهر و غلبه (که بستگی برجحان نیروی غاصب بر مغضوب‌سنة دارد) ضرورت ندارد. بهر حال اکثر فقهاء به لزوم عنصر قصد استیلاء اشاره کرده‌اند^۳ ولی بمطالب متفرقه ذیل هم اشاره کرده‌اند:

الف - در منقول قصد استیلاء لازم نیست ولی با انتفاع غاصب از مغضوب‌سنة قصد استیلاء نوعاً محقق است^۴ و بعضی قصد استیلاء را در این مورد هم ضروری دانسته‌اند.

ب - در غیر منقول اگر غاصب مالک را بکلی اخراج کند قصد استیلاء محقق است^۵.

۱- فتح الوهاب - جلد یک - ص ۲۳۱

۲- تذکره - ص ۹۸۵ - مسالک جلد دوم - ص ۲۵۵ - کفایة الاخبار - جلد یک -

ص ۱۸۲

۳- قواعد علامه - ص ۷۷ - مناہج - ص ۴۴۱ - جامع المقاصد - جلد یک - ص

۳۶۳ - ۳۶۱ - جواهر - جلد ۶ - ص ۸۵ - نهاية المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۸

۴- کفایة الاخبار - جلد یک - ص ۱۸۲ - وسیله - جلد ۲ - ص ۳۱۴ - ۳۱۵

۵- جامع المقاصد - جلد یک - ص ۳۶۱ - نهاية المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۸

ج - بعضی 'بجای قصد استیلاء عبارت (قصد غصبیت) را بکار برده اند و گفته اند مطلقاً قصد غصبیت ، شرط تحقق غصب نیست .

ملاحظه - برای رد این نظر مطالعه شماره ۲۵ ضروری است و مطالعه آن همین قدر اثبات میکند که قصد استیلاء شرط تحقق استیلاء است منتهی در پاره‌ای موارد عمل استیلاء در نظر عرف ملازمه با قصد استیلاء دارد مانند ورود در خانه غیر و اخراج او از آن جا .

۴۶- ضابطه برای قصد کشف استیلاء از نظر ما این است که در هر مورد که عنصر اول تا عنصر پنجم غصب، محقق شود و غاصب با تکیه بقدرت (تظاهر بقدرت) به حدود حق مالکیت (در اسوا و حقوق و اختصاصات) غیر تجاوز کند با توجه به غلبه (اغلب موارد و مصادیق این گونه تجاوزات) قصد استیلاء که عنصر ششم است مفروض است مگر اینکه قرائن خلاف وجود داشته باشد که اعتبار این اماره عرفی را سست کند هر چند که ورود در ملک غیر بقصد عبور و یا تفرج باشد زیرا ورود بقصد عبور و تفرج هم اگر با تکیه بقدرت و قهر و غلبه باشد غصب است، زیرا قصد تملک از عناصر غصب نمی باشد و بهمین جهت بعد از ثبت ملک در دفتر املاک و نفوذ ماده ۲۲ قانون ثبت، غصب چنین املاکی از طرف سایرین امکان دارد هر چند که قصد تملک در اینگونه املاک با حمایت ماده ۲۲ قانون مذکور از مالکان آن، امکان پذیر نیست ولی اساساً قصد تملک غیر از قصد استیلاء است و در غصب، قصد استیلاء کافی است زیرا هدف قانونگذار این است کسانی که بناحق بر اسوا و غیر وضع ید غاصبانه می کنند از طریق مسئولیت کیفری و مدنی بجای خود بنشینند .

ملاحظات

۴۷- یک - از نظر قصد استیلاء، فرقی بین منقول و غیر منقول نیست و ضابطه همان است که گفته شد (شماره ۴۶)

دو - چون قصد استیلاء از عناصر غضب است (و این قصد انشاء نیست)

بنا بر این:

اولاً - در مورد صغیر غیر ممیز و مجنون این عنصر، محقق نمیشود پس آنان هرگز غاصب نیستند ولی ضمان ید (ذیل ماده ۸۰۸ ق-م) متوجه آنان می باشد اما مسئولیت کیفری ندارند.

ثانیاً - صغیر ممیز نمیتواند قصد استیلاء داشته باشد و تحقق عنصر ششم غضب نسبت باو اشکالی ندارد. بهرحال مسئولیت مدنی او جای تردید نیست او ولی طفل مکلف است عین مال مغضوب را از او گرفته بصاحب آن رد کند و اگر مسامحه ای در انجام وظیفه کند او هم مسئولیت در مقابل مالک پیدا می کند.

سه - استیلاء (عنصر ششم) در غضب را نباید به قبض و اقباض در عقود معوض قیاس کرد به این معنی که در قبض و اقباض حقوقدانان به حد اقل، قناعت می کنند ولی غضب چون جرم نیز هست احتیاط بیشتری در آن میشود و تا علم بوقوع استیلاء پیدا نشود نباید استیلاء (عنصر پنجم - شماره ۳) را محقق دانست مثلاً گرفتن کلید خانه یا سند مالکیت آنرا نباید استیلاء بر خانه دانست مگر اینکه غاصب وارد خانه شود اما در بیع (مثلاً) قبض کلید و سند مالکیت، برای تسلیم بیع کافی است^۲

عنصر هفتم

حق غیر

۴۸ - موضوع مورد غضب ممکن است مال غیر باشد (اعم از منقول و غیر منقول) و ممکن است مالیت نداشته باشد و این قسم را گاهی اختصاصات نامند مانند آلبوم خانوادگی.

۱- جامع الشتات - ص ۵۸۰

۲- جواهر الکلام - جلد ۶ - ص ۸۵-۸۶ - مسالک جلد دوم - ص ۲۵۴ - منهاج الهدایه -

ص ۴۳۷ - ۴ - نهایة المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۵

در قسم اخیر چون مالیت ندارد مسئولیت مدنی (ضمان) هم وجود ندارد پس غصب گاهی تنها اثر کیفری دارد^۱ مقصود از تعبیر (حق غیر) با توجه بتاريخ حقوق ماهمین مراتب است که توضیح داده شد. بنا براین حق تحجیر قابل غصب است و مال مورد حق خیار غیر نیز قابل غصب است بیع رهینه توسط راهن بی اذن مرتهن، غصب حق عینی مرتهن است و بیع عقار قبل از دادن ثمنیه^۲ زوجه غصب است^(۲). علامت بازرگانی غیرهم قابل غصب است و غاصب مسئول است.

مال غیر منقول هم قابل غصب است در فقه هم نص وجود دارد^(۳). در حقوق کنونی ما هم نص داریم که در مقدمه بحث آنرا دیده ایم.

عنصر هشتم

امکان بقاء مغضوب درید غاصب

۴۹- حق غیر که در عنصر هفتم ذکر شد باید طوری باشد که برای مدتی کوتاه یا دراز قابلیت داشته باشد که در تصرف غاصب باقی باشد (بهمین جهت، غصب، جرم مستمر است) و همین عنصر است که غصب را از اتلاف و تسیب (ماده ۳۲۸-۳۲۱ق-م) جدا می کند فرضاً کسی که با پرتاب سنگ، شیشه و پنجره منزل دیگری را می شکند این اتلاف است نه غصب؛ زیرا درست است که اعمال قدرت و تصرف آنی روی شیشه و پنجره غیر کرده اما این کار استمرار نداشت و در یک آن، تجاوزی

-
- ۱- حبیب الله - غصب - ص ۱۲ - اصفهانی - غصب - ص ۳ - فتح الوهاب - جلد یک ص ۲۳۱ - کفایة الاخبار - جلد یک - ص ۱۸۲ - وسیله - جلد یک - ص ۳۱۲
 - ۲- اصفهانی - غصب - ص ۲-۵۰ - کفایة الاخبار - جلد یک - ص ۱۸۲
 - ۳- مناهج - ص ۴۴۱ - جواهر - جلد ۶ - ص ۸۶ - منهاج الهدایه - ص ۳۷
 - تذکره - ص ۹۸۵ - ریاض جلد دوم - ص ۲۹۱ - مسالک - جلد دوم - ص ۲۵۴ - شجره طوبی - ص ۱۰ - ردالمحتار - جلد ۶ - ص ۱۷۹ - الانصاف - جلد ۶ - ص ۱۲۳

بمال غیر صورت گرفت بهمین جهت مفسده اجتماعی اتلاف کمتر از مفسده اجتماعی غضب است که بعلت استمرار، موجب تجری افراد واختلال نظام می شود وبهمین جهت غضب، هم سانکسیون جزائی دارد وهم سانکسیون مدنی، بخلاف اتلاف یا تسبیب که هرچند مانند غضب در ماده ۳۰۷ ق-م از عناوین ضمانات قهری هستند ولی جرم بشمار نمی روند (مگر در موارد محدود مذکور در قانون جزا مانند تخریب و غیره).

نتیجه ای که از ذکر عنصر هشتم می گیریم این است که مورد ماده ۳۲ قانون مدنی (یعنی منافع مال مغضوب) از موارد غضب نیست و عبارت دیگر: منافع غیرمادی (مانند منافع خانه مورد اجاره) نمیتواند موضوع غضب قرار گیرد مثلاً اگر شخصی خانه خود را بدیگری بمدت یکسال اجاره داده و تحویل مستأجر بدهد و بعد از دو ماه بعنف و قهر و غلبه بر خانه مذکور، مستولی شود و مستأجر را بیرون کند نسبت بعین مستأجره غضب، صدق نمیکند چون مال خود موجراست نسبت بمنافع بقیه مدت اجاره هم غضب بعلت انتفاع عنصر هشتم، صدق نمی کند پس اساساً غضب واقع نشده است هرچند که مسئولیت مدنی مذکور در ماده ۳۲ متوجه اوست ولی این مسئولیت مدنی عنوان غضب را ندارد بلکه عنوان اتلاف (اتلاف منافع) را دارد مشمول ماده ۳۲۸ ق-م است.

ماده ۳۲ می گوید (نسبت بمنافع مال مغضوب، هریک از غاصبین باندازه منافع زمان تصرف خود و ما بعد خود ضامن است اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد ...)

قانون مدنی در هیچ مورد راجع به غضب منافع، صحبت نکرده است ولی عده ای در فقه اشتباهاً از غضب منافع سخن رانده اند و حال اینکه صحیح نیست

۱- مسالک - جلد دوم - ص ۲۵۳ - جواهر - جلد ۶ - ص ۸۴ - وسیله - جلد دوم - ص ۳۱۵ - ابن نجیم - الاشباه والنظائر - ص ۲۸۴ - غضب - اصفهانی - ص ۳ - تذکره -

فقط بعضی از متأخرین محقق متوجه این معنی شده گفته است که منافع غیرمادی اساساً تحت تصرف واقعی (ید) در نمی آید تا مشمول دستور حدیث نبوی (علی الید ما اخذت حتی تؤدیه) که فعلاً بصورت ماده ۳۰۸ قانون مدنی درآمده است بوده باشد این مؤلف بعداً نظریه ای باین شرح آورده است که : چون منافع تابع عین است پس غصب منافع در واقع به تبع غصب عین است.

انتقاد - این مناسب گوئی هیچوقت حقیقت را تغییر نمیدهد و آن حقیقت این است که منافع خانه مورد اجاره (مثلاً) به همراه لحظات زمان، آن به آن، گذران است و قرار و ثبات ندارد تا تحت ید و تصرف غاصب قرار گیرد بنا براین، نسبت بمنافع عنصر اول غصب (شماره ۱۰) محقق نمیشود تا غصب بمعنی واقعی قابل استعمال باشد علاوه براین در فقه که هر غصبی جرم است و کیفر دارد آیا در مثال بالا که موجر، مستأجر خود را با قهر و غلبه بیرون کرده بصرف این مناسب گوئی میتوان او را مجرم دانست و علاوه بر ضمان قهری او را کیفر داد ؟ و حال اینکه تفسیر موسع نصوص کیفری ممنوع است وقاعده (الحدود تدره بالشبهات) حکومت می کند ؟

۵۰ - تبصره - منافع عین مغمصوبه دو قسم است :

الف - منافع فائده که غاصب از آن بهره نبرده و تباه شده مثلاً خانه غصبی را بیکار و عاطل نهاده است .

ب - منافع مستوفات که غاصب از آن بهره برده است مثلاً در خانه غصبی سکونت کرده باشد .

ماده ۳۲۰ - م بهره دو قسم اشاره کرده و غاصب خانه (یا هر عین دیگر) را

۱- میرزا حبیب الله رشتی که مانند میرزا حسن آشتیانی دوشاگرد محقق و طراز اول شیخ انصاری بوده اند و آثار علمی و محققانه از خود بیادگار نهاده اند - کتاب غصب از مؤلف مذکور - ص ۲۰۱۹

مسئول هر دو قسم منافع دانسته است . باید دانست که اتلاف منافع بدست غاصب عین ، دو صورت دارد^۱ :

الف - به تقویت (یا استیفاء منافع)

ب - به فوات (بدون استیفاء منافع)

این هر دو عرفاً اتلاف منافع، محسوب است و در اینگونه مسائل تشخیص و فهم عرفی متبع است .

۵۰- اتلاف منافع انسان - کار کارگر ارزش دارد مقصود از منافع انسان (که اصطلاح متداول فقه است) کار و نیروی انسانی است. قانون مدنی در این مورد سکوت اختیار کرده است . فقهاء از این موضوع در دو مورد بحث کرده اند:

اول - در مورد انسانی که قراردادی برای انجام کار با دیگری بسته است (اجاره خدمات) این قرارداد خود دو صورت دارد :

الف - قرارداد انجام کار معین بدون اینکه سلب اختیار از کارگر کند مانند خیاط که تعهد دوختن لباس را در مدت معقول می کند که اگر امروز ندوزد فردا خواهد دوخت .

ب - قرارداد کاری که کارگر مقید بزمان معین در اختیار کارفرماست مانند بنا که باید روز معینی کار برای شما انجام دهد .

گفته اند^۲ در صورت اخیر اگر کسی بنا را حبس کند یا مانع وصول او به محل

۱- حبیب الله غصب - ص ۱۹ (این مؤلف فوات را مصداق اتلاف ندانسته است ولی دلیلی نیاورده است) نیز - جواهر جلد ۶ - ص ۹۰ - مؤلف ریاض ، تقویت را مترادف با اتلاف دانسته و شامل هر دو صورت تقویت بمعنی استیفاء در صورت فوات دانسته است (ریاض - جلد ۲ - ص ۲۹۳) .

۲- مناهج - ص ۴۴۱ - اصفهانی - غصب - ص ۱۱-۱۲-۱۳ - وسیله - جلد دو - ص ۲۱۷

کارش شود اطلاق منافع کرده و ضامن است اما در مورد اول اگر یک روز او را حبس کرد او میتواند روز دیگر بتعهد خود عمل کند . این نظر مورد ایراد هم قرار گرفته است^۱

دوم - در مورد انسانی که قرارداد کار یا استخدام با کسی ندارد . این اشخاص هم دو قسمند :

الف - صاحب حرفه (مانند نجار و بنا و زرگر و مکانیک)

ب- بدون حرفه (مانند عماله که روز بدنبال کار بیرون می آید و ممکن است کارگیرش نیافتند . فقهاء امامیه غالباً عقیده دارند^۲ که اگر کسی به جبر و عنف (مانند بیگاری) اینگونه اشخاص را بکار وادارد و از کار آنها بهره ببرد ضامن است (شق اول ماده ۳۳۶-ق-م) ولی اگر چنین اشخاصی را حبس کند و خودش از نیروی کار آنان استفاده نکند(قوات منافع) ضامن نیست . بعضی^۳ گفته اند که در مورد صاحبان حرفه در هر حال(تفویت - قوات) ضامن است که نظر صحیحی است و مطابق عدل و انصاف است و نظر اکثریت در این مورد بی دلیل است قول اصح فقهاء حنبلی^۴ این است که مطلقاً (چه در مورد صاحبان حرف و چه غیر آنها ، چه تفویت باشد چه قوات) ضامن است .

۱- الانصاف- شرح جواهر- ص ۱۴۷-۱۴۸

۲- حبیب الله - غصب - ص ۱۹-۳۰- مناهج - ص ۴۱ - جواهر جلد ۶ ص ۸۹ -

سطر ۳۰ و ص ۹۰- وسیله - جلد ۲ - ص ۳۱۳-۳۱۴-۳۱۷- مسالک - جلد ۲ - ص ۲۰۰-

۲۰۶- اصفهانی- غصب- ص ۱۲-۱۳- تذکره- ص ۹۰

۳- الوسیله (الجوامع الفقهیه) ص ۷۰- الانصاف- شرح جواهر- ص ۱۴۷- شرح ارشاد

ص ۷۴۴ - ریاض- جلد دو- ص ۲۹۳

۴- الانصاف - جلد ۶ - ص ۱۲۹

عنصر نهم

تعلق مغضوب به غیر

۵۲- آنچه که مورد غصب، واقع می‌شود (مغضوب) باید تعلق به غیر داشته باشد و ماده ۸۰۳-ق-م با استعمال کلمه (غیر) این عنصر را بیان کرده است بنا بر این اگر راهن بعد از اقباض رهینه بمرتحن آنرا غصب کند یعنی بدون رضای مرتحن، آنرا به قهر و غلبه عالمآ و عامداً از چنگ او بیرون کند غاصب محسوب نمی‌شود هر چند که قانوناً مکلف است آنرا تسلیم مرتحن نماید^۱ یا اگر وارث با وجود دین مورث و پیش از تقسیم ترکه ورد دیون، ترکه را متصرف شود غاصب نیست زیرا به محض فوت مورث، وارث، مالک متزلزل ترکه^۲ است (ماده ۶۸۸-ق-م).

ملاحظه- چون یکی از عناصر غصب، حق غیر است و مرتحن بر رهینه حق عینی دارد که نوعی مال است (و اگر مال هم نباشد بهر حال حق او است و برای تحقق غصب، تحقق مال، ضرورت ندارد) بنا بر این در مثال اول از اسئله بالا باعتبار حق مرتحن، از جانب راهن، غصب واقع شده است.^۳

عنصر دهم

مال مغضوب باید مالک داشته باشد

۵۳- در شماره ۴۸ گفتیم که مغضوب ممکن است مال باشد و ممکن است مال نباشد. در عنصر دهم می‌گوئیم: هرگاه مغضوب مال باشد برای اینکه غصب،

۱- جواهر- جلد ۶- ص ۸۴ - ریاض جلد دو- ص ۲۹۱ - شرح لمعه - جلد دو-

ص ۲۲۱ - مسالک - جلد دو - ص ۲۵۳

۲- ریاض - جلد ۲ - ص ۲۹۱ - شرح لمعه - جلد دو - ص ۲۲۱

۳- مسالک - جلد دو - ص ۲۵۴ - سطر ۹

محقق شود باید آن مال، مالک داشته باشد و آن مالک از افراد انسان باشد بنابراین این اگر رقبه موقوفه را بعد از عقد وقف، ملک خداوند تعالی بدانیم این قسم مالکیت مورد بحث در باب غصب نمیتواند باشد یعنی جرم غصب و ضمان قهری ناشی از آن فقط در روابط افراد انسان، مطرح است.

طرح عنصر دهم در واقع ارتباط باغصب پاره‌ای از موقوفات دارد که راجع به ضمان غاصب موقوفه اختلاف نظر فراوان دیده شده و تاکنون کسی به حل این مشکل قیام نکرده است.

برای حل نهائی آن، مقدمه‌ای کوتاه و رسا راجع به ثمره عقد وقف و ماهیت حقوقی «تسبیل منافع» که در ماده ۵۰۵ ق-م ذکر شده ضروری است.

۵۰۵ - تسبیل منافع - ماده ۵۰۵ می‌گوید: «وقف عبارت است از اینکه عین مال، بس و منافع آن تسبیل شود» باید بدانیم که طبق یکی از اصول مسلم حقوق مدنی اجماع بمنافع اعیان، دو عنوان بیشتر نداریم که عبارتست از:

الف - مالکیت منافع مانند مالکیت مستأجر نسبت بمنافع عین مستأجره.

ب - حق انتفاع مانند حق کسیکه مالک، ملک خود را بعنوان عمری و رقبی و کنی باوداده است (ماده ۵۰۴ ق-م).

قانون مدنی در بند اول ماده ۲۹۹ مالکیت منفعت را مورد بحث قرار داده و در ردوم آن از حق انتفاع سخن رانده است از تسبیل منافع در این ماده صحبت کرده است آیا تسبیل منافع، غیر از مالکیت منافع و غیر از حق انتفاع است و شق ث است؟

کسانی که احاطه بفقہ اسلام دارند می‌دانند که فقهاء، تسبیل منافع را شق ث نمی‌دانند و در این معنی اختلاف ندارند اختلاف آنان در این است که نتیجه بیل منافع، تملیک منافع به موقوف علیهم است یا ایجاد حق انتفاع بسود آنان؟

باین ترتیب هر گروه می‌کوشند که تسبیل منافع را به مالکیت منافع (بنفع موقوف علیهم) یا به حق انتفاع به سود آنان برگردانند. ندیدم کسی مسأله را باین صورت طرح کرده در آن، اجتهاد مستدل کرده باشد.

قبل از حل این اختلاف باید گفت که این اختلاف، ثمره قابل ملاحظه دارد زیرا صاحب حق انتفاع چون مالک منافع نیست نمیتواند منافع را بلاعوض یا باعوض بدیگری واگذار کند (بهمین جهت برابر ماده ۴ با انقراض صاحب حق انتفاع، آن حق از بین می‌رود) ولی مالک منافع مانند مستأجر به اتکاء مالکیت خود می‌تواند آن منافع را در برابر عوض یا بدون عوض بدیگری منتقل کند و علاوه بر این فوت مالک منافع باعث نمی‌شود که حق او از بین برود بهمین جهت با فوت مستأجر در اثناء اجاره حق او بورثه او میرسد (ماده ۹۷ ق-م).

۵۰- اکنون باید دید ثمره وقف چیست؟ تملیک منافع است یا دادن حق

انتفاع؟

عقاید مختلف است وقانون مدنی ساکت. نخست آراء را طبقه‌بندی کرده و بعد نظر قوی را معرفی کنیم:

یک - عده‌ای عقیده دارند که مسأله کلیت ندارد و تابع تصریح واقع است او می‌تواند منافع را تملیک کند یا تملیک منافع نکند و فقط حق انتفاع را به موقوف علیهم بدهد مثلاً ممکن است خانه‌ای را وقف بردانشجویان کند و صریحاً در وقف اذن بدهد که آنان می‌توانند خود سکونت کنند یا بدیگران اجاره بدهند. در این صورت تملیک منافع شده است یعنی نتیجه وقف، تملیک منافع است یا مثال روش‌تر باغ سیوه‌ای را وقف دانشجویان کند و تصریح به تملیک منافع آن بانان نماید

۱- الفروق - قرانی - جلد یک - ص ۱۸۸ - جلد ۲ - ص ۲۱۲-۲۱۴ - جلد ۴ - ص ۴ -

که در اینصورت میتواند خودشان از میوهجات استفاده کنند و میتوانند اجاره بدهند .
 البته در وقف برای سکونت، ظاهر این است که فقط حق انتفاع را به موقوف علیهم
 داده است و آنان حق اجاره دادن ندارند مگر اینکه تصریح باین حق کرده باشد .
 این عده اضافه می کنند که در هر وقتی که واقف، تصریح بتملیک منافع نکند
 بد عقد وقف را بطرف حق انتفاع ، سوق داد زیرا این ادنی مراتب وقف و قدر
 یقین است .

دو - عده ای^(۱) عقیده دارند که در جمیع موقوفات عام، حق انتفاع بموقوف -
 یهم داده شده است و در جمیع موقوفات خاص ، منافع به موقوف علیهم تملیک
 است .

انتقاد - این نظر بی دلیل است و اکثر فقهاء آنرا نمی پذیرند بهمین جهت اساساً
 ن باغات و درختان میوه را (اعم از وقف خاص و عام) موجب تملیک منافع میدانند
 بی طبع این موقوفه عرفاً با تملیک منافع سازگار است مگر اینکه واقف، تصریح
 لاف کند . باین ترتیب باغ و خانه مسکونی عکس یکدیگرند در مورد وقف
 نه مسکونی سکونت با دادن حق انتفاع، سازگار است مگر اینکه تصریح به -
 لاف شود .

بهر حال اگر درخت گردوئی را وقف کنند و طبقه اول موقوف علیهم در حالی
 ، کنند که میوه بصورت چغاله ظاهر شده باشد آن میوه متعلق به طبقه اولی (که مرده اند)
 باشد و بوراث آنان می رسد^۲ .

این مثال نشان می دهد که دست کم در بعضی موارد ، موقوف علیهم مالک
 ع هستند و همچنین است موارد^۳ اجاره ۹ ساله موقوفات که در عمل ملاحظه میشود .

۱- قواعد شهید ص ۱۵۹-۱۶۰-۳۰۶ - سیوطی - الاشباه والنظائر - ص ۱۳۹-۲۵۳ -

نهایی غصب - ص ۱۲۹ - جامع الشتات - ص ۸۶

۲- اثنی عشریه - ص ۱۷ - قواعد شهید - ص ۳۰۶

۳- قواعد شهید - ص ۳۰۶ - سؤال و جواب طباطبائی - ص ۱۳۶ - حبیب الله - غصب

بهمین جهت فقهاء^۱ می گویند اوقاف عام دو قسم است:

الف - قسمی که در آنها تملیک منافع نمی شود مانند مساجد و پل ها و آب انبارها .

ب - قسمی که در آنها تملیک منافع می شود مانند باغات که وقف عام بوده باشد .

۵۶ - نتیجه - موقوفات (خواه عام باشد خواه خاص) دو قسم است قسمی که در آن تملیک منافع شده و قسمی که در آن ، حق انتفاع داده شده است .

اگر تملیک منافع شده است غاصب اینگونه موقوفات باید طبق (ماده ۳۲۲-ق-م) از عهده خسارت نسبت به منافع موقوفه در قبال موقوف علیهم برآید زیرا منافع مذکور مالک دارد . لکن در شماره ۹-ع . ه گفتیم که این ضمان اتلاف است نه ضمان غصب (ماده ۳۰۷-ق-م)

سوالی که باقی میماند^۲ این است که عمل ضامن نسبت به موقوفه آیا غصب است؟ و او مرتکب جرم غصب شده است یا نه؟

این سوال از نظر مدنی بی فایده است زیرا بحث فقط جنبه کیفری دارد (شماره ۹ ه)

۱- جواهر - جلد ۶ - ص ۸۸ - وسیله - جلد دو - ص ۳۱۶

۲- کسانی که موقوفه را ملک واقف و موقوف علیهم نمیدانند عقیده دارند که نسبت به موقوفه بعثت انتفاء عنصر دهم ، جرم غصب واقع نشده است پس مجازات ندارد . تنها وظیفه آورد عین و منافع به موقوف علیهم است .

فتح القدير - جلد ۷ - ص ۳۶۲ (این مؤلف ضمان اتلاف عین موقوفه را با ضمان غصب عین موقوفه بهم آمیخته و اشتباه کرده است زیرا کسی منکر نیست که اتلاف عین موقوفه موجب ضمان است و تصرف عدوان در عین موقوفه موجب ضمان ید (نه ضمان غصب) است بحث این است که نسبت به موقوفه غصب هم صدق می کند و مجازات جرم غصب ، متوجه فاعل عمل هستند یا نه؟

۵۷- در موقوفاتی که فقط حق انتفاع به موقوف علیهم داده شده است تصرف عدوان در عین موقوفه و ممانعت موقوف علیهم از انتفاع، موجب ضمان بنفع آنان نیست زیرا واقف بعد از عقد وقف نسبت بموقوفه، اجنبی است و موقوف علیهم هم که مالک منافع نیستند (عنصر دهم) عیناً به مهمانانی شباهت دارند که مسافر مشغول خوردن غذا باشند و ثالثی به عنف آن غذاها را برداشته و ببرد و بخورد یا بدیگران بدهد در این صورت مهمان ادعای خسارت نباید بکند البته صاحبخانه چون مالک است می تواند دعوی خسارت بکند اما واقف چون مالک نیست این دعوی را نمیتواند بکند!

تبصره - با این ترتیب (با عنایت بشماره ۵۶-۵۷) یکی از فقرهای مالکیت منافع و حق انتفاع در ضمان متصرف عدوانی دیده میشود باین معنی که در مورد مالکیت منافع، تجاوز بحقوق مالک منافع، موجب ضمان (ضمان اتلاف) است ولی تجاوز بحقوق صاحب حق انتفاع، موجب ضمان نیست^۱.

۵۸- انتقاد - ذوق حقوق اقتضاء می کند که بگوئیم مورد تجاوز متصرف عدوانی باید بدل قانونی داشته باشد و این بدل قانونی متعلق حق انتفاع صاحب حق انتفاع می باشد. نظیر تلف کردن رهینه (ماده ۷۹۱ ق-م). البته اشکالاتی بر این نظر ممکن است کرد ولی نظیر این اشکالات هم در مورد ماده ۷۹۱ وجود دارد و بهمان ترتیب قابل رد است که جای بحث آن فعلاً نیست.

باین ترتیب متصرف عدوانی این گونه موقوفات هم همان ضمان اتلاف منافع را به نفع موقوف علیهم خواهد داشت^۲.

۵۹- بحث کیفی - با عنایت به ماده ۲۶۴ قانون مجازات اگر کسی به زمین

۱- جواهر- جلد ۶- ص ۸۸- مناهج- ص ۴۱ - (این مؤلف در ضمان منافع موقوفاتی چون مسجد، پل و مدارس تردید کرده ولی جرم غصب را نسبت به عین آنها محقق می داند)

وقف (عام یا خاص) اعم از اینکه وقف موجب تملک منافع باشد یا نه تجاوز کند و همه عناصر غصب ، جمع باشد آیا جرم ماده ۲۶۴ محقق است .

علت سؤال با توجه به عنصر دهم روشن است باین معنی که اگر وقف کردن موجب خروج موقوفه از مالکیت واقف باشد (و ملک موقوف علیهم نباشد) عنصر دهم منتفی است پس جرم غصب محقق نیست . صحیح است که شارع اسلام و نیز قانون جزای عمومی نسبت به عنصر دهم ساکت هستند اما در فقه و سوابق حقوقی مابیه لزوم این عنصر اشاره شده است و این اشاره دست کم این خاصیت را دارد که ما را در لزوم رعایت عنصر دهم بمنظور کیفر دادن غاصب برتردید وادارد و شک به نفع متهم تفسیر میشود (الحدود تدرء بالشبهات) .

نتیجه - عملاً برای صدور حکم محکومیت غاصب باید عنصر دهم را شرط تحقق جرم غصب بدانیم . از نظر مدنی متصرف عدوانی عین موقوفه نسبت بعین مکلف به رداست و این ضمان ید است نه ضمان غصب زیرا شرط تحقق غصب ، این است که مغضوب ملک اشخاص باشد و موقوفه معلوم نیست که ملک اشخاص باشد . نسبت بمنافع موقوفه هم در حال ضمان متصرف عدوانی ضمان اتلاف است (شماره ۹-۵۰) مگر اینکه منافع ، مادی باشد مانند میوه باغ وقف .

۱- اصفهانی- غصب - ص ۴۸-۴۹ (این مؤلف در یک مورد در وقف هم نسبت به عین و منفعت گفته است که غصب ، محقق می شود هر چند که دلیلی ارائه نکرده ولی در صفحه ۱۲۹ می گوید فقط در وقف خاص ، غصب محقق می شود ، مابقاً در شماره ۵۵ - ۵۶ گفتیم که این نظر درست نیست) .