

مدل مفهومی «در حکم غصب» در ملاحظه ماده ۳۰۸ قانون مدنی

عبدالحسین خسروپناه*
مهدی کیان مهر**
روح الله ملکی***

تاریخ تأیید: ۱۴۰۱/۱۲/۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۹

چکیده

در اصطلاح فقه و حقوق موضوعه ایران، اشخاصی توانایی استیلاء بر اموال را دارند که در این خصوص اذن در تصرف داشته باشند؛ مانند مالک و وکیل. هرگاه تسلط افراد ابتداً همراه با اذن باشد ولی در ادامه، مالک خواهان رفع استیلاء شود، ولی این تسلط در تصرف مرتفع نگردد، «در حکم غصب» محقق شده است؛ بر این اساس فقها و حقوقدانان مواردی را که آغاز استیلاء قانونی و مشروع بوده ولی استمرار آن خلاف حق باشد «در حکم غصب» معارفه نموده‌اند. افزون بر این، اگر استیلائی بر حق غیر به قهر و ستم انجام نگردد و شخص مستولی جاهل به عدم استحقاق خویش باشد، غصب واقعی یا حقیقی به وقوع نپیوسته است؛ لذا در این گونه موارد می‌گویند: در حکم غصب، شبیه به غصب یا غصب حکمی. ظاهر شق دوم ماده ۳۰۸ قانون مدنی برای در حکم بودن شق نخست آن، خواهان تفاضل مفهوم و تطابق در احکام می‌باشد؛ اما مشاهده می‌گردد که برخی از مصادیق غصب راجع به عناوین دولتی دارای وصف کیفری و تنبیهی می‌باشند، در صورتی که بعضی مصادیق «در حکم غصب» مانند مقبوض به عقد فاسد دارای وصف مدنی هستند؛ بنابراین غصب و در حکم غصب علاوه بر تباین در مفهوم، احکاماً نیز مغایرت دارند. نگارنده با روش توصیفی - تحلیلی قصد دارد که ضمن پردازش مفهوم تصرفات در حکم غصب، مصادیق آن را تبیین نموده و با اشاره به تعارض احکام و فزون بر این، تطبیق در حکم غصب با مفاهیم متشابه، تفارق اندیشه بین فقها و حقوقدانان را مشخص و اظهار نماید که تأسیس نهاد «در حکم غصب» در فقه و حقوق ایران موضوعیت ندارد.

واژگان کلیدی: غصب، در حکم غصب، شبه غصب، غصب حکمی، ماده ۳۰۸ ق.م.

* استاد تمام پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی / نویسنده مسئول (khosropanahdezfuli@gmail.com).
** دانش‌آموخته دکتری فقه و حقوق اسلامی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران (mehdikiyanmehr@gmail.com).
*** دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، واحد تهران (واحد علوم تحقیقات تهران)، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (r_malekie_h@yahoo.com).

مقدمه

«غصب» در لغت عرب به معنای گرفتن چیزی با ستم است (سعدی ابوجیب، ۱۴۰۸، ذیل واژه غصب). در اصطلاح نیز، فقها تعاریفی از غصب بیان نموده‌اند که با معنای لغوی آن متناسب است. محقق در «شرایع» (مصطفوی، ۱۴۲۳، ص ۵۲۷) و نجفی در «جواهرالکلام» در تعریف غصب فرموده‌اند: «الغصب هو الاستقلال باثبات الید علی مال الغیر عدواناً» (نجفی، ۱۴۱۴، ج ۳۷، ص ۸). ولی شهید ثانی تعریف دیگری در شرح «لمعه» ارائه داده است: «الغصب هو الاستیلاء علی حق الغیر عدواناً» (شهید ثانی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۳۰). براساس ماده ۳۰۸ قانون مدنی «غصب، استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان و اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز در حکم غصب محسوب می‌گردد».

کلیت و الحاق موضوع «در حکم غصب» یا «شبه غصب» و «غصب حکمی» به «غصب» و افزون بر این شباهت اسمی و صوری، افتراق کامل در مفهوم و اشتراک ظاهری در احکام، و تشابه با مفاهیم قریب، باعث تشتت آرای قضایی گردیده است؛ لذا برای جلوگیری از اشتباه در تشخیص مبادی تصوری، نیازمند تحقیقاتی است که با بررسی ابعاد فقهی و حقوقی، خلاء موجود برطرف شود.

سیر مطالب نوشتار پیش‌رو به این‌گونه است که در ابتدا به تعریف فقهی و حقوقی «در حکم غصب» پرداخته و ضمن بیان مصادیق در حکم غصب، به تعارض احکام نظر افکنده و با استمداد از تراث فقهی، انتقادات اصلی وارد بر آن را طرح و حتی المقدور پاسخ داده و در زمینه رسیدگی به وحدت رویه‌ای مطلوب برسد.

از آنجاکه یکی از اهداف علم حقوق عنایت به روشن‌شدن احکام بر طبق نیاز جامعه می‌باشد؛ لذا باید تمامی ابعاد و جوانب مورد توجه عمیق قرار گیرد؛ روش تحقیق نگارنده توصیفی - تحلیلی، روش گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای، و ابزار گردآوری اطلاعات از طریق فیش‌برداری و با بهره‌گیری از نرم‌افزارهای تخصصی، پایان‌نامه‌ها، مقاله‌ها و پایگاه‌های اینترنتی می‌باشد. در روش تجزیه و تحلیل اطلاعات، محقق قصد دارد که ضمن جمع‌آوری اطلاعات مرتبط با موضوع و نقل

۱. «غصب آن است که شخصی مستقلاً و به تنهایی بر مال دیگری به طور ظلم و ستم دست‌گذاشته و مسلط شود».

۲. غصب عبارت است از تسلط بر حق دیگری عدواناً.

اقوال و نظرات مختلف فقها و حقوقدانان پیرامون مسئله مورد نظر و بررسی آنها از منابع نامبرده، در نهایت قولی که اقوی به نظر می‌رسد انتخاب و به همراه دلایلش ذکر نماید.

موضوع «در حکم غصب» با رویکرد عمومیت و پایه بحث بر مفهوم و بررسی مصادیق آن استوار است. بدو برای مشخص شدن "تصرفات در حکم غصب" ناگزیر باید با مفهوم آن آشنا شد.

۱. مدل مفهومی «در حکم غصب»

شهید ثانی در تعریف غصب بیان می‌دارد که: «الغصب هو الاستيلاء على حق الغير عدواناً».^۱ وی به جای کلمه استقلال در تعریف اول، استیلاء و به جای کلمه مال، حق را گذاشته است؛ (نجفی، ۱۴۱۴، ج ۳۷، ص ۷/ شهید ثانی، ۱۴۲۱، ص ۲). قانون مدنی از تعریف شهید ثانی تبعیت کرده و در «ماده ۳۰۸» غصب را «استیلاء بر حق غیر به نحو عدوان» (طاهری، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۹۷) معارفه و «غاصب» از طرف مالک یا صاحب حق در استیلاء و یا تصرف دارای اذن نمی‌باشد (بهرامی احمدی، ۱۳۹۱، ص ۴۱۳)؛ بنابراین هرکسی که مال و یا حقی را غصب کرد ضامن است تا آن را برگرداند (بقره: ۱۹۴/ یونس: ۲۷/ نحل: ۱۲۶)؛ براین اساس غاصب نه تنها ضامن پس دادن مال می‌گردد، بلکه می‌بایست مجازات تنبیهی را نیز بپذیرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۸۶/ مطاهری، ۱۳۸۹، ص ۳۲۷). به هر حال از نظر قرآن، غصب عملی ضد هنجاری، مجرمانه و گناه می‌باشد؛ زیرا تباهی جوامع را به دنبال دارد و افزون بر ضمان حقوقی، مستحق عقاب شرعی و مجازات و کیفر نیز می‌باشد (عبداللهی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۳).

احکامی که در فقه برای غصب عنوان می‌شود شامل حکم تکلیفی به حرمت و وجوب برگرداندن مغضوب به صاحبش؛ افزون بر این، حکم وضعی ضمان غاصب، به این معنا که مال مغضوب بر عهده غاصب ثابت می‌شود (خمینی، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۳۰۵/ مدرسی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۴۰۴). ذکر این مطلب ضروریست که حکم تکلیفی غصب در تمامی اقسام غصب جاری است و قابل تفکیک نیست.

در مقابل، اشخاصی توانایی استیلاء بر اموال را دارند که در این خصوص اذن در تصرف داشته باشند؛ مانند مالک (نراقی، ۱۴۲۵، ص ۳۴۱/ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۲۲۷). هرگاه تسلط افراد ابتدأً

۱. غصب عبارت است از تسلط بر حق دیگری عدواناً.

همراه با اذن باشد ولی در ادامه، مالک خواهان رفع استیلاء شود، ولی این تسلط در تصرف مرتفع نگردد، «در حکم غصب» محقق شده است؛ بر این اساس فقها و حقوقدانان مواردی را که آغاز استیلاء و تصرف قانونی و مشروع بوده ولی استمرار آن خلاف حق باشد را «در حکم غصب» دانسته‌اند (عبداللهی، ۱۳۸۸، ص ۲۵). افزون بر این اگر استیلائی بر حق غیر به قهر و ستم انجام نگیرد و شخص مستولی جاهل به عدم استحقاق خویش باشد، غصب واقعی یا حقیقی به وقوع نپیوسته است (بحرانی، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۵۸)؛ لذا در این گونه موارد می‌گویند: در حکم غصب، شبیه به غصب یا غصب حکمی است (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۹۸)؛ بر این اساس قسمت دوم ماده ۳۰۸ ق.م.ا.ت.ب. ید بر مال غیر بدون مجوز را در حکم غصب می‌داند و قصد عدوانی که در غصب موجود است را از ابتدا نیاورده است (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۶۸/صفایی، ۱۳۹۰، ص ۴۶/عبداللهی، ۱۳۸۸، ص ۲۵). دلیل اطلاق چنین تصرفاتی به «در حکم غصب» بدین علت است که اولاً: ارکانی که برای غصب وجود دارد در اینجا کامل نبوده ثانیاً: ماهیت ذیل ماده ۳۰۸ ق.م.ا.ت.ب. با صدر ماده آن یکی نیست. ثالثاً: قانونگذار خواسته که حکم صدر ماده ۳۰۸ ق.م.ا.ت.ب. را به ذیل آن تصریح دهد. در واقع دو موضوع ماهیتاً با هم فرق می‌کنند و فقط در حکم با هم اشتراک دارند؛ لذا آن دومی را می‌گوییم در حکم اولی (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۷۸).

به نظر می‌رسد مدل مفهومی ماده ۳۰۸ ق.م.ا.ت.ب. و در حکم غصب در مفهوم متفاوت هستند اما حکم تکلیفی غصب (حرمت) به احکام در حکم غصب به دلیل جعل ابتدایی اذن، تسری پیدا نمی‌نماید؛ لذا در نهاد غصب و در حکم غصب، تفاوت در مفهوم و احکام مشهود است و شرط در حکم بودن در این موقعیت صادق نیست و تشابه انفراداً در حکم وضعی نمی‌تواند کفایت برای در حکم بودن دومی در اولی باشد که محوریت مقاله پیش‌رو را به خود اختصاص داده است..

۲. مجموع عناصر «در حکم غصب»

به طور کلی، برای ارکان تصرفات در حکم غصب از نظر فقهی می‌توان سه رکن متصور گردید که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم پرداخت.

۲.۱. استیلاء

استیلاء در لغت به معنای "غلبه" و "چیره شدن" می‌باشد (حمیری، ۱۴۲۰، ص ۷۲۹۷/محمود

عبدالرحمان، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۱۷۰/ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۴۷۴). استیلاء در اصطلاح فقهی، مسلط شدن بر مال یا حق غیر است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۱۷/ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۲۵). استیلاء «در حکم غضب» استیلابی است که فاقد ارکان و شرایط اساسی تحقق استیلابی غضب که عدوان شرط ضروری آن هست (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۱۶۲)، ولی آثار و احکام غضب درباره آن جاری می شود؛ لذا لازمه استیلاء مذکور در ارکان «در حکم غضب» عبارتند از: استیلاء و سلطه فیزیکی، شروع قانونی استیلاء، مواجه شدن با منع و رجوع مالک از اذن قبلی نسبت به استیلاء (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۹۸).

۲-۲. عدم قصد عدوان ابتدایی

تصرفات «در حکم غضب» وجود تصرف ابتدایی و با اذن بوده است (وجدانی فخر، ۱۴۲۶، ج ۱۳، ص ۴۹۶)؛ لذا عدم تحقق عدوان و سوءنیت متصرف در هنگام تصرف ضروری است (داراب پور، ۱۳۸۷، ص ۲۸۶)؛ بنابراین هرگاه کسی مالی را به جهتی از جهات به اجازه قانونی در تصرف داشته باشد و بعداً اجازه مرتفع شود و تصرف خود را بدون مجوز قانونی ادامه دهد در حکم غضب است (امامی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۳۶۳/ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۰۴/ موسوی اردبیلی، ۱۳۸۸، ص ۶۰۰).

۲-۳. تعلق مال یا حق به دیگری

باتوجه به تعریف غضب در «ماده ۳۰۸ ق.م.»، در تحقق غضب لازم است حقی که مورد استیلاء قرار گرفته متعلق به غیر باشد (بروجدی، ۱۳۸۶، ج ۲۴، ص ۱۷۹)؛ لذا صرف تعلق این حق به دیگری کافی است که بتواند موضوع «در حکم غضب» به نحو مفروز، اشاعه و... قرار گیرد (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۹۸).

۳. ارکان تصرفات موضوع «در حکم غضب»

ارکان تصرف اموری هستند که تصرف یک مال در گرو موجود بودن آنها است. این ارکان عبارتند از: رکن مادی و رکن معنوی.

۳-۱. رکن مادی در حکم غصب

مقصود از رکن مادی تصرف، تسلطی است که شخص به شکل محسوس و فیزیکی در عالم خارج دارد (خلیقی، ۱۳۹۹، ص ۲۶۵)؛ برای مثال تصرف مشروع، پوشیدن یک لباس، رکن مادی تصرف آن لباس محسوب می‌شود، ولی در مورد تصرف موضوع در حکم غصب که نوعی تصرف غیر مشروع می‌باشد (مقدس اردبیلی، ۱۳۶۳، ج ۱۰، ص ۳۳۰/ سیفی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۹)، ولی نه به این معنا که آغاز تصرف غاصبانه باشد بلکه با اذن شروع شده و بعد از برگشتن از اذن توسط مالک و انکار طرف مقابل و رفع تصرف مادی، تسلط غاصبانه می‌شود. به عبارت دیگر عنصر مادی در حکم غصب استیلا بر حق غیر است و به محض اینکه سلطه مالک بعد از پایان یافتن مدت قرارداد قطع شد و تصرف مالک غیر قانونی هنوز ادامه داشته باشد عنصر مادی تصرف در حکم غصب صورت گرفته است.

۳-۲. رکن حقوقی در حکم غصب

مقصود از رکن حقوقی تصرف این است که متصرف، برای خود در مالی که تصرف کرده است حقی قائل باشد؛ برای مثال شخصی خانه‌ای را برای یک سال اجاره می‌کند. بعد از بستن قرارداد به خانه اسباب کشی می‌کند و در آن ساکن می‌شود. ساکن شدن او در خانه‌ای که اجاره کرده است به این خاطر است که او با بستن قرارداد اجاره، حق سکونت در آن خانه را برای خودش می‌داند؛ بنابراین رکن حقوقی در حکم غصب، عدوانی بودن تصرف بعد از عدم اذن ثانویه و انکار عودت از طرف متصرف می‌باشد (ماده ۳۰۸ ق.م.م.).

۴. تحدید مصادیق «در حکم غصب»

در فقه در ارتباط با موضوع در حکم غصب توضیح واضحی وجود ندارد و لیکن فقها به جای تعریف مفهومی به مصادیق آن پرداخته‌اند؛ لذا نگارنده در صدد است تا ضمن تحدید مصادیق «در حکم غصب» به مصادیق برابر و گاهاً مغایر در احکام، نشان دهد برخی از مصادیق غصب دارای جنبه کیفری هستند ولی بعضی از مصادیق در حکم غصب، واجد جنبه کیفری نمی‌باشند؛ و بالعکس؛ بنابراین نمی‌توان بیان نمود دومی در حکم اولی می‌باشد.

۴-۱. مواضع موافق احکام «در حکم غصب» با غصب

یکی از مهم‌ترین مصادیق و مواضع موافق احکام «در حکم غصب» با غصب، انکار یا عدم ردّ ودیعه می‌باشد که در ذیل توضیحاتی در این زمینه ارائه خواهیم نمود.

۴-۱-۱. انکار یا عدم ردّ ودیعه

محقق حلی رحمه الله درباره ردّ ودیعه به مالکش آورده است: تجب إعادة الودیعة علی المودع مع المطالبة ولو كان كافراً (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۳۰/ذهنی تهرانی، ۱۳۶۶، ج ۱۴، ص ۱۹۵/نجفی، ۱۴۱۷، ج ۶، ص ۲۵۵)؛ بنابراین هرگاه مستودع درخواست مالک از استرداد مال موضوع اجاره خودداری نماید، در حکم غاصب خواهد بود (خمینی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۲۴۵/موسوی اردبیلی، ۱۳۸۸، ص ۶۰۰). ماده ۳۱۰ ق.م بیان می‌دارد: اگر کسی که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آنها در دست اوست منکر گردد از تاریخ انکار «در حکم غاصب» است (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۹۹)؛ لذا چنانچه ردّ مال ودیعه از سوی مالک مطالبه شود و امین از ردّ مال امتناع نماید، ید او از امان به ضمان تبدیل شده (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۰۵/مدرسی، ۱۳۹۳، ص ۳۳۰/خمینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۵۴۳) و ضامن هر نقص و عیبی است که در مال مورد ودیعه حادث شود هر چند آن نقص و عیب مستند به فعل او نباشد (ماده ۶۱۶ ق.م.). به نظر می‌رسد که احکام این مصداق در حکم غصب با غصب برابری در وجه مدنی بودن دارد.

۴-۱-۲. تصرف یک جانبه عامل در مال مضاربه

سرمایه مضاربه امانتی از طرف مالک آن در دست عامل است و او حق ندارد تصرفی در آن کند مگر برای تجارت با آن به همان صورتی که توافق کرده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۵۰۱/یزدی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۳۸۳/بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۲۳، ص ۹۳۷/لنکرانی، ۱۴۲۶، ص ۴۱۶/بهبخت، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۸۹)، در نتیجه اگر آن را به طور یک جانبه در کار دیگری مصرف نماید، «در حکم غصب» است (خمینی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۹۳۹/خامنه ای، ۱۴۲۴، ص ۴۷۱). به نظر می‌رسد که این موضوع تحت عنوان «تخلف امین» یا «در حکم امین» بررسی می‌گردد. پر واضح است که یکی از احکام امین خیانت در امانت هر چند که این مورد را می‌توان به صورت بینابینی بین حقوق

۱. حتی اگر کسی که مال را پیش انسان به ودیعه گذاشته، کافر باشد، باید مال را به او برگردانیم.

جزا و مدنی بررسی و جنبه مدنی را ارجح‌تر دانست و این مصداق را زیر مجموعه مواضع موافق احکام «در حکم غصب» با غصب معارفه نمود.

۴-۱-۳. متصرف شدن عینی که یکی عدوانی و دیگری بر اثر جهل باشد

اگر شخصی که متصرف است بداند مال متعلق به غیر است و اجازه تصرف آن را ندارد؛ اما نسبت به مال دیگری جاهل به حق تصرف باشد، در این صورت متصرف غاصب محسوب نمی‌گردد، چنان‌که کسی به تصور آن که اتومبیلی که پدرش سوار می‌شود متعلق به پدرش بوده و اکنون که مرده است، جزء ترکه و متعلق به او است، سوار آن بشود و حال آن‌که پدرش اتومبیل را عاریه گرفته بوده است و یا آن‌که کسی از مالک اتومبیلی اجازه می‌گیرد که اتومبیل او را از گاراژ عمومی بردارد و سوار شود، چون به گاراژ می‌رود اشتباهاً اتومبیل دیگری را که شباهت با اتومبیل او دارد سوار می‌شود. تصرف در دو مورد مزبور اگرچه بدون مجوز قانونی می‌باشد و در احکام و آثار با غصب یکسان است ولی اصطلاحاً غصب گفته نمی‌شود و در حکم غصب یا شبه غصب نامیده می‌شود؛ بنابراین قانون مدنی در ذیل ماده «۳۰۸» می‌گوید: «اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم «در حکم غصب» است» (امامی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۳۶۲). به نظر می‌رسد که این مورد را می‌شود در صورت تصرف از روی جهل و اشتباه ملحق به ایفای ناروا کنیم و تأسیس موضوعی با نام در حکم غصب ضرورتی ندارد.

۴-۱-۴. منع تصرف عامل از طرف مالک

در صورتی که مالک اداره‌کننده را از مداخله در اموال منع کرده باشد، او حق دخالت ندارد؛ زیرا در این صورت تصرف در حکم غصب خواهد بود (خمینی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۳۰۶ / لنگرانی، ۱۴۲۶، ص ۴۱۹ / ذهنی تهرانی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۳۳۳)، و با تصریح مالک به عدم مداخله، تعهدی برای او به تأدیه مخارج نگاهداری ایجاد نمی‌شود (طاهری، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۷۶).

۴-۱-۵. به مزارعه دادن زمین از سوی عامل بدون رضایت

در عقد مزارعه «عامل» می‌تواند زمینی را که در اختیار گرفته است به دیگری مزارعه دهد؛ زیرا در باب مزارعه مالک بودن نسبت به عین زمین لازم نیست بلکه همین که مالک منافع باشد کافی است؛ بنابراین عامل می‌تواند زمین مورد مزارعه خود را به عنوان مزارعه به دیگری واگذار نماید و

خود نقش مزارع را ایفا نماید (خمینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۶۱۱/ یزدی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۳۹۳/ ذهنی
تهرانی، ۱۳۶۶، ج ۱۴، ص ۳۱۰) و عامل دوم نیز حق عینی بر زمین و سایر عواملی که در اختیار گرفته
است پیدا می‌کند. البته عامل دوم قراردادی با عامل اول دارد نه مالک اصلی، در این فرض تسلیم
زمین به عامل دوم نیاز به رضای مالک است؛ زیرا تسلیم زمین از ناحیه عامل اول به عامل دوم،
تصرف در ملک مالک است و بدون رضای او «در حکم غصب» خواهد بود؛ لذا در ماده ۵۴۱
ق.م. تسلیم زمین را منوط به رضای مالک دانسته است (طاهری، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۷۶).

۴-۱-۶. معامله در مال مغضوب

معامله بر مال مغضوب از اقسام معامله بر مال غیر می‌باشد (یزدی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۶۲/
عبداللهی، ۱۳۸۸، ص ۲۰۴/ محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۲۳۰). قانون مدنی موادی را در مبحث غصب،
به معامله بر مال مغضوب اختصاص داده است؛ بنابراین هرگاه کسی مالی را غصب نماید و آن را
بفروشد و به قبض مشتری بدهد در صورتی که مالک اجازه ندهد، خریدار نیز مانند غاصب ضامن
است اگرچه عالم به غصب مبیع نباشد؛ زیرا عقد مزبور هیچ‌گونه اثری نخواهد داشت (سنگلجی،
[بی تا]، ص ۶۳/ ذهنی تهرانی، ۱۳۷۳، ج ۴، ص ۷/ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۴۶۵/ حجت، ۱۳۴۲،
ص ۸۱/ امامی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۳۸۱) مالک برای به دست آوردن مال خود می‌تواند به هریک از
غاصبین یا کسانی که تصرفشان در حکم غصب است مراجعه نماید و عین مال و یا در صورت
تلف شدن عین، بدل آن را دریافت نماید (طاهری، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۳۱۶) و طبق قسمت اخیر ماده
(۳۰۸) قانون مدنی «اثبات ید بر مال غیر هم بدون مجوز در حکم غصب است» (امامی، ۱۳۸۸،
ج ۱، ص ۳۸۰).

۴-۲. مواضع متمایز احکام «در حکم غصب» با غصب

یکی از مهم‌ترین مصادیق و مواضع متمایز احکام «در حکم غصب» با غصب، مقبوض به عقد
فاسد می‌باشد که در ذیل به تشریح آن خواهیم پرداخت.

۴-۲-۱. مقبوض به عقد فاسد

یکی از مصادیق در حکم غصب، مقبوض به عقد فاسد می‌باشد (خمینی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۹۳۸/
حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۸۵/ عبداللهی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۵/ مدرسی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۵۷۴/ مظاهری،

۱۳۸۹، ص ۳۲۹ / محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۲۹). در قانون مدنی ایران، ضمان مقبوض به عقد فاسد در حکم غصب محسوب شده، بدین معنا که کلیه احکام غصب بر آن مترتب است. ماده ۳۰۸ ق.م مقرر می‌دارد: «غصب استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است» (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۰۴).

در این‌که مقبوض به عقد فاسد «در حکم غصب» بوده و شخصی که قبض کرده ضامن است، شکی نبوده و مورد اتفاق فقها و حقوقدانان است (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۹۵ / علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۴۹۵ / شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ص ۱۰۱ / نجفی، ۱۴۰۵، ج ۲۲، ص ۲۵۷ / خویی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۱۱۵ / خمینی، ۱۴۱۷، ص ۵۰۷). صاحب کتاب هدایة العباد می‌فرماید: «یلحق بالغصب فی الضمان المقبوض بالعقد المعاوضی الفاسد» (گلپایگانی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۲۳ / سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۵۷ / لنگرانی، ۱۴۲۹، ص ۱۴). دلیل برای «در حکم غصب» بودن مقبوض به عقد فاسد این است که غاصب، مالک به اختیار خود، مال را به گیرنده (مشتري) داده است و فرض این است که مالک از تصرف در مال خود به هیچ‌وجه ممنوع نشده است (طاهری، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۳۰۰).

به نظر می‌رسد نمی‌توان تمام احکام غصب در مصداق مذکور را برای مصادیق «در حکم غصب» جاری نمود؛ زیرا که ضمان مقبوض به عقد فاسد با جبران ضرر و زیان و وصف مدنی پایان می‌یابد ولی غصب دارای وصف کیفری می‌باشد؛ لذا نمی‌توان بیان نمود که دومی در حکم اولی است؛ بنابراین تعارض احکام مشهود است و حکم غصب به حکم ضمان مقبوض به عقد فاسد که در حکم غصب محسوب می‌گردد تسری پیدا نمی‌کند. لذا، دو نهاد مفهوماً و حکماً متفاوتند. همچنین، از لحاظ ترتب عقوبت اخروی نیز با هم فرق دارند (حکم تکلیفی)، اما از لحاظ حقوقی چندان ثمری بر ضمان غصب و در حکم غصب مترتب نیست (حکم وضعی).

۴-۲-۲. عدم استرداد به مالک پس از انقضای مدت اجاره

اگر مستأجری در پایان مدت اجاره از تخلیه امتناع ورزد و یا در رد آن به مالک طفره برود، با این‌که ابتداء از راه عدوان و ستم بر آن مال سلطه پیدا نکرده است، چون در این هنگام تصرف او بدون مجوز و نامشروع است، از تاریخ پایان یافتن اذن، "در حکم غاصب" به‌شمار می‌آید (طاهری،

۲. ضمان مقبوض به عقد فاسد معاوضی به غصب ملحق می‌شود.

۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۹۹/ بهجت، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۲۹۳/ روحانی، ۱۳۸۳، ج ۵، ص ۱۸۳/ امامی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۳۶۳/ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۰۶). امام خمینی^ع در کتاب فقه فتوایی در پاسخ شخصی در یک خانه دولتی زندگی می‌کند که مدت سکونت وی در آن به پایان رسیده و حکم تخلیه نیز به او ابلاغ شده است. نماز و روزه‌های وی بعد از انقضای موعد مقرر تخلیه، چه حکمی دارد می‌فرماید: اگر از طرف مسئولین مربوطه مجاز به استفاده از آن خانه بعد از مهلت مقرر نباشد، تصرفات او در آن، حکم غصب را دارد (خمینی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۵۰۹). در روابط موجر و مستأجر می‌توان به موارد دیگر برای در حکم غصب بودن اشاره نمود؛ مثلاً مستأجر نمی‌تواند بدون اجازه موجر، در خانه یا زمینی که اجاره کرده است وضع بنا یا غرس اشجار نماید، این است که در ماده ۵۰۳ ق.م آمده است: «هرگاه مستأجر بدون اجاره موجر در خانه یا زمینی که اجاره کرده وضع بنا یا غرس اشجار کند...؛ زیرا تصرف مستأجر بدون اجازه موجر بوده و در حکم غصب می‌باشد (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۱۹۶/ کشاورز، ۱۳۹۳، ص ۱۱۷/ یداله بازگیر، ۱۳۹۲، ص ۲۸)؛ مستأجر حق ندارد بدون اجازه موجر در عین مستأجره تعمیراتی بنماید؛ چراکه تصرف در مال غیر بدون اجازه او جایز نیست (ماده ۵۰۲ ق.م.).»

به نظر می‌رسد در این زمینه، وحدت رویه‌ای موجود نیست؛ زیرا که برخی آن را تحت عنوان‌های غصب، «در حکم غصب»، خلع ید و تخلیه ید مطرح می‌کنند و این باعث سردرگمی دادرسی می‌گردد. هر چند که عدم استرداد عین به مالک بعد از اتمام مدت اجاره با «تصرفات در حکم غصب» برابر است ولی پسندیده‌تر است که این موضوع با تخلیه ید و تحت قانون موجر و مستأجر ۱۳۷۶ منطبق کنند و از نام نهادن عناوینی مانند غصب و در حکم غصب پرهیز نمایند (انصاری، ۱۳۹۱، ص ۳۸۸). همچنین، در رویه عملی محاکم، دعوای تخلیه زمانی به کار می‌رود که متصرف، با انعقاد عقد، اجاره ملکی را در تصرف گرفته و در پی انقضای مدت عقد اجاره یا انحلال آن، مالک بخواهد عین مستأجره را از ید مستأجر خارج کند (عباسی، ۱۳۹۱، ص ۱۷). در مصداق مذکور، وجه کیفری برای در حکم غصب متصور نیستیم در صورتی که غصب در برخی عناوین وجه کیفری دارد. به این معنا، یعنی هردو مورد به لحاظ وجود مسئولیت مدنی با یکدیگر مشترکند و تفاوت در آن است که در فرض غصب، علاوه بر مسئولیت مدنی، مسئولیت کیفری نیز وجود دارد؛ دو نهاد مفهوماً و حکماً متفاوتند؛ لذا دومی در حکم اولی نیست.

۴-۲-۳. عدم ردّ یا انکار امانت (خیانت در امانت)

در هر مورد که شخص به‌طور نامشروع بر مال دیگری دست یابد یا به‌هنگام رد، از ردّ مالی که به امانت نزد خود دارد امتناع ورزد یا منکر وجود آن شود و کار او منطبق با غضب نباشد، در حکم غضب می‌باشد (طاهری، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۳۰۰/ لنگرانی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۳۶۵). مالی که به‌عنوان جهیزیه زن به شوهر سپرده شده، پس از مطالبه آن را نمی‌دهد، احکام امانتداری در این مورد جاری است و «در حکم غضب» محقق است (خمینی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۵۲۰/ همو، ۱۳۹۳، ج ۸، ص ۱۴۳). به‌نظر می‌رسد، باید این مصداق از موارد در حکم غضب به‌دلیل عدم سنخیت در احکام خارج گردد که این مهم میسر نمی‌باشد؛ زیرا که خیانت در امانت جنبه کیفری دارد (طبسی، ۱۴۲۰، ص ۴۲۹/ کلینی، ۱۴۲۹، ج ۷، ص ۲۶۳) ولی تصور جنبه کیفری برای در حکم غضب بر اساس حکم شق اول ماده ۳۰۸ ق.م.دشوار است. افزون بر این، باتوجه به قطعیت در حکم غضب بر این مصداق بر اساس نظر حقوقدانان اسلامی و شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م. که فقط قائل به جبران خسارت جهت ضمانت اجرا می‌باشد، با دو اشکال روبرو می‌شویم. اول این‌که در حکم غضب با مصداق عدم ردّ امانت، وجه کیفری دارد ولی حکم غضب در شق اول ماده ۳۰۸ ق.م. دارای وصف کیفری نمی‌باشد. اشکال دوم این‌که، تشتت آرا صورت می‌گیرد که آیا قضات این مصداق را خیانت در امانت محسوب کنند با وصف کیفری یا در حکم غضبی که تابع ماده ۳۰۸ ق.م. و دارا بودن وصف حقوقی است؛ لذا به‌دلیل تفاوت در احکام و مفهوم قائل به در حکم بودن دومی بر اولی نیستیم.

۴-۲-۴. تصرف در خمس وصیت‌شده به‌وسیله میت

اگر شخصی فوت نموده و هنگام حیات، خمسی را که بر ذمه‌اش بوده در دفتر خود یادداشت کرده و تصمیم به پرداخت آن داشته است، حال بعد از فوت وی همه افراد خانواده او به استثنای یکی از دخترانش از پرداخت خمس خودداری کرده، تصرفات آنان قبل از عمل به وصیت، نسبت به مقدار وصیت یا دین «در حکم غضب» است (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۷۰/ خامنه‌ای، ۱۴۲۴، ص ۱۸۱). همچنین نسبت به چنین تصرفاتی رخصتی وجود ندارد (منتظری، ۱۳۶۷، ج ۷، ص ۴۴۷/ گلپایگانی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۶۷). مشاهده می‌گردد که اگر موضوع خمس مال غیر منقول باشد این مورد با حکم غضب منطبق نیست؛ زیرا که ورثه اذنی در تصرف مال غیر منقول خمس ندارند و تصرف آنها عدوانی است و ماده ۶۹۰ ق.م. مرتکب را به مجازات یک‌ماه تا یک‌سال حبس محکوم

می‌نماید. در این مصداق، احکام در حکم غصب ماده ۳۰۸ ق.م و غصب علاوه بر تفارق در مفهوم، در احکام نیز متفاوتند؛ لذا نمی‌توان بیان نمود که دومی در حکم اولی است.

۴-۲-۵. مصرف اموال دولتی در غیر موارد مورد اجازه

بر اساس نظر امام خمینی * مصرف نمودن اموال دولتی در غیر مواردی که اجازه داده شده، «در حکم غصب» است (خمینی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۹۸۷-۹۸۸ / خامنه‌ای، ص ۴۸۱). در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی آمده است: هر یک از کارمندان و کارکنان ادارات و سازمان‌ها یا شوراها و یا شهرداری‌ها ... یا سایر اموال متعلق به هر یک از سازمان‌ها و مؤسسات فوق‌الذکر را مورد استفاده غیر مجاز قرار دهند بدون آن‌که قصد تملک آنها را به نفع خود یا دیگری داشته باشد، متصرف غیرقانونی محسوب و علاوه بر جبران خسارات وارده و پرداخت اجرت‌المثل به شلاق تا (۷۴) ضربه محکوم می‌شود و در صورتی که منتفع شده باشد علاوه بر مجازات مذکور به جزای نقدی معادل مبلغ انتفاعی محکوم خواهد شد (بهجت، ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۳۲۶ / روحانی، ۱۳۸۳، ج ۷، ص ۲۶۳ / خمینی، ۱۳۹۳، ج ۱۰، ص ۴۸۲ / مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۵۱). چنانچه مشاهده می‌گردد، این مصداق دارای وصف کیفری است در صورتی که در حکم غصب ماده ۳۰۸ ق.م وجه کیفری ندارد. یعنی تفاوت در مفهوم و احکام؛ لذا نمی‌شود دومی در حکم اولی قرار گیرد.

۴-۳. مواضع متباین مصادیق «در حکم غصب»

یکی از مهم‌ترین مواضع متباین مصادیق «در حکم غصب»، عدم تنفیذ معامله فضولی توسط مالک می‌باشد که در ذیل به اختصار مطالبی بیان خواهد شد.

۴-۳-۱. عدم تنفیذ معامله فضولی به وسیله مالک

بر اساس ماده ۲۵۹ ق.م در صورتی که در معامله فضولی مالک معامله فی مابین فضول و شخص ثالث را تنفیذ نماید در این صورت شخص ثالثی که مال را از فضول دریافت نموده در حکم غاصب را داشته و احکام ضمان غاصب بر او مترتب خواهد بود (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۲۷ / امامی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۳۰۹) به نظر می‌رسد این مصداق با موضوع در حکم غصب منافات دارد؛ زیرا بدیهی است رد مالک هنگامی عقد را باطل می‌کند که ميسوق به اجازه او نباشد (خمینی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۴۱۵ / عمید زنجانی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۷ / امامی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۹۹ / طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲،

ص ۱۲۰/کابلی، ۱۴۲۶، ص ۳۲۲)، و در موضوع "تصرفات در حکم غصب"، استیلائی ابتدایی همراه با اذن است. بهتر است در این موارد احکام مربوط به معامله فضولی مترتب گردد.

۴-۳-۲. اخذ مبلغ مضاربه با علم بانک به سند جعلی

اگر انجام عقد مضاربه توسط بانک مشروط به صحت اسنادی باشد، عقد مذکور با فرض جعلی بودن اسناد، باطل است، بلکه از جهت ضمان، حکم مقبوض به عقد فاسد را دارد و همه سود تجارت با آن متعلق به بانک است (سبحانی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۲۷۴). این حکم در صورتی است که بانک جهل به وضعیت داشته باشد. ولی اگر بانک از جعلی بودن اسناد آگاه باشد، پولی که گرفته شده «در حکم غصب» است (خمینی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۹۳۸/خامنه‌ای، ۱۴۲۴، ص ۴۷۰) این مورد را می‌شود تحت عنوان کلاهبرداری مطرح کرد زیرا که با موضوع در حکم غصب منطبق نیست.

۴-۲-۳. مسئولیت متصرف مال غیر

تصرف در مال غیر بدون مجوز قانونی طبق قسمت اخیر ماده (۳۰۸) قانون مدنی در حکم غصب است و متصرفات ضامن عین و منافع آن می‌باشد (امامی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۳۵۷/گیلانی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۴۹۰). این است که ماده (۳۰۳) قانون مدنی می‌گوید: «کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است...» (گلپایگانی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۲۹/محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۷۰/هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۶۳۲) به نظر می‌رسد که تصرف در مال غیر بدون مجوز قانونی با غصب بیشتر مطابقت داشته باشد نه در حکم غصب؛ لذا تسری این مصداق به در حکم غصب منافات دارد و استفاده از مال دیگری بدون اذن او، بالاجماع جایز نیست.

۵. انطباق «در حکم غصب» با مفاهیم مشابه

یکی از موارد مشابه با در حکم غصب خلع ید و تخلیه می‌باشد که برای بازشناسی آنها به نقاط افتراق و اشتراکشان اشاره خواهیم نمود.

۵-۱. تطبیق «در حکم غصب» با خلع ید و تخلیه

خلع ید به معنای این که شما ملکی با سند رسمی در اختیار دارید، اما شخصی بدون هیچ

قراردادی ماذون از شما ملک را تصرف کرده است و ادعای مالکیت دارد (صافی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۳۶۲). تخلیه در لغت به معنای متمکن ساختن طرف عقد از تصرف در مال تعهد شده می‌باشد. همچنین، به معنای ترک چیزی یا جایی و اعراض از آن است (سعدی، ۱۴۰۸، ص ۱۲۲) مراد از آن در بحث معاملات این است که طرف معامله با برداشتن مانع تصرف، طرف دیگر را از تصرف در مال تعهد شده متمکن می‌سازد. طبق ماده ۳۰۸ ق.م غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است؛ بنابراین می‌توان گفت، تخلیه ید که قسمتی از شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م ایران را تشکیل می‌دهد در دعوای تخلیه بین شما و فرد در حکم غاصب قراردادی منعقد شده است؛ اما در خلع ید قضیه فرق می‌کند و هیچ‌گونه ارتباطی بین شما و فرد غاصب نیست.

۵-۲. سنجش «در حکم غصب» با تصرف عدوانی

هر زمان مالی تحت اختیار کسی باشد و دیگری بتواند نسبت به آن مال در حدود قانون یا به عدوان تصمیم بگیرد تصرف محقق گردیده است (امامی، ۱۳۸۸، ص ۵۷). عدوان از معانی حقوق مدنی و فقهی به معنای ظلم است (حمیری، ۱۴۲۰، ج ۷، ص ۴۴۱۵) و تجاوز بیش از حد معارفه شده است (محمود عبدالرحمان، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۴۸۱). تصرف عدوانی تصرفی است که بدون رضای مالک مال غیر منقول از طرف کسی صورت گرفته باشد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۴۹۹). ید عدوانه در ماده ۳۰۸ قانون مدنی شامل غصب خاص و غصب عام یا شبه غصب می‌شود. نکته قابل بحث دیگر این است که اگر مالک یا متصرف قانونی در ابتدا به تصرفات دیگری در ملک خویش رضایت داده باشد اما در ادامه قصد بازپس‌گیری ملک را داشته باشد و متصرف اقدام به رفع تصرف نماید آیا عمل مرتکب را می‌توان تحت عنوان جرم تصرف عدوانی تحت پیگرد قرار داد یا خیر؟ ماده ۱۷۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که بیان می‌دارد: «سرایدار، خادم، کارگر و به‌طور کلی هر امین دیگری چنان‌چه پس از ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه مالک یا ماذون از طرف مالک یا کسی که حق مطالبه دارد مبنی بر مطالبه مال امانی از آن رفع تصرف نماید متصرف عدوانی محسوب می‌شود» اما در مورد جرم تصرف عدوانی برخی معتقدند اصولاً در جرم تصرف عدوانی برخلاف در حکم غصب یا شبه غصب که شامل شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م می‌باشد که ممکن است وضع ید در ابتدا با رضایت مالک بوده باشد

رضایت قبلی مالک از تصرف ملک توسط مشتکی عنه مانع از تحقق جرم تصرف عدوانی است؛ لذا در کلیه مواردی که تصرف در ملک دیگری با رضایت مالک یا متصرف قانونی همراه بوده و در ادامه به رغم عدم رضایت مالک یا متصرف قانونی تصرف ادامه می‌یابد تحقق جرم تصرف عدوانی منتفی بوده و از طریق دیگری باید درصدد رفع تصرف برآمد. به نظر می‌رسد این دیدگاه با ماهیت جرم تصرف عدوانی سازگار نباشد و معقول‌تر است بپذیریم در کلیه مواردی که رضایت مالک نسبت به ادامه تصرفات شخص ماذون وجود ندارد و شخص مورد نظر از ملک رفع تصرف نمی‌کند با فرض وجود سوءنیت تحقق جرم تصرف عدوانی حتی در مورد مستأجر برخلاف دعاوی تصرف عدوانی، دور از ذهن نیست.

۵-۳. برابرسازی «در حکم غصب» و اختلاس

اختلاس در فرهنگ لغت به معنای ربودن سریع مال در حال غفلت صاحب آن ربودن آشکار مال معرفی شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۳۰۷/سعدی، ۱۴۰۸، ص ۱۱۹/حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۱۲). اختلاس نوعی خیانت در امانت است جز این که دو ویژگی دیگر هم دارد: موضوع جرم، مال دولت یا سایر اشخاص است که حسب وظیفه به کارمند دولت سپرده شده است. همچنین، فعل مرتکب، تصاحب مال است و با تلف و مفقودکردن، جرم تحقق نمی‌یابد؛ بنابراین قصد تملک و تصاحب در اختلاس لازم است؛ براین اساس اختلاس هم داخل در موارد در حکم غصب است.

۵-۴. مقایسه اخذ بالسوم و در حکم غصب

أخذ بالسوم کسی است که کالایی را از مالک آن می‌گیرد تا پس از بررسی و پسندیدن با مالک معامله کند. درباره مسئولیت أخذ بالسوم در فقه و حقوق اختلاف نظرهایی وجود دارد. عده‌ای ید او را به خاطر قاعده «علی الید ما اخذت حتی تودیبه» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۷، ص ۷۱/کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۷، ص ۲۶۹) ضمانتی می‌دانند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۰۴/طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۳۲/امامی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۶۹)؛ عده‌ای نیز به این خاطر که او اذن تصرف در مال را دارد، او را امین فرض کرده‌اند (لنکرانی، ۱۴۲۸، ص ۳۹/کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۷، ص ۲۲). همچنین، ماده ۳۰۸ ق.م.بیان می‌دارد: «غصب استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان، اثبات ید بر مال غیر بدون

مجوز هم در حکم غصب است». از آنجاکه در عدوان عدم اذن شرط است؛ لذا در اخذ بالسوم چون اخذ بالسوم اذن در تصرف دارد، عدوان و به تبع آن بحث غصب منتفی است، ولی آیا اخذ بالسوم را می توان مصداق قسمت اخیر ماده فوق دانست و اخذ بالسوم را در حکم غاصب تلقی کرد؟ پاسخ منفی به نظر می رسد زیرا همان طور که می دانیم، وقتی «در حکم غصب» رخ می دهد، که: شروع به تصرف با اذن بوده و عدوانی نباشد و سبب قانونی و شرعی برای ادامه تصرف وجود نداشته باشد؛ در اخذ بالسوم شرط اول وجود دارد، یعنی همان اذن اولیه در تصرف، ولی این اذن مستمر است؛ به عبارت دیگر فرد اجازه در تصرف هم دارد و لذا هیچ سبب قانونی و شرعی وجود ندارد که بتواند اذن را منتفی کند.

نتیجه

جستار "غصب" و «در حکم غصب» از موضوعات نقش پرداز در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران می باشد. ماده ۳۰۸ ق.م در تعریف غصب بیان می کند: «غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان». افزون بر این، ذیل ماده عبارتی است که می گوید: اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم «در حکم غصب» است و قصد عدوان که در غصب موجود است را از ابتدا نیاورده؛ مانند سلطه ولی، وکیل، مستأجر و عاریه گیرنده، موکّل، موجر و عاریه دهنده. دلیل اطلاق چنین تصرفاتی به «در حکم غصب» بدین علت است که اولاً: ارکانی که برای غصب وجود دارد در اینجا کامل نیست؛ ثانیاً: ماهیت ذیل ماده ۳۰۸ ق.م با صدر ماده آن یکی نیست؛ ثالثاً: قانونگذار خواسته که حکم صدر ماده ۳۰۸ را به ذیل آن تصریح دهد. در واقع دو موضوع ماهیتاً با هم فرق می کنند و فقط در حکم با هم اشتراک دارند؛ لذا آن دومی را می گوئیم در حکم اولی. ملاحظه ظاهری "تصرفات غاصبانه" با "تصرفات در حکم غصب" بیانگر تفاضل مفهوم و تطابق احکام می باشد؛ اما برخی از مصادیق غصب با تاکید بر قاعده فقهی «الغاصبُ یُؤخَذُ بِأَشَقِّ السَّحْوَالِ» بالاختصاص در عناوین دولتی (ماده ۵۵۵ بخش تعزیرات ق.م.ا). دارای وصف کیفری و تنبیهی می باشند، در صورتی که «در حکم غصب» در بعضی مصادیق مانند مقبوض به عقد فاسد (ماده ۳۶۶ ق.م.ا) دارای وصف کیفری نیستند؛ و بالعکس، استنکاف از ردّ امانت به مالک (در حکم غصب، ماده ۶۷۴ بخش تعزیرات ق.م.ا) دارای وصف کیفری است، اما غصب اموال شخصی فاقد وصف کیفریست. در مقابل برخی معتقد هستند که: «اصولاً وصف کیفری داشتن از الزامات غصب در حقوق مدنی نیست و آنچه در

مقررات مدنی ذیل در حکم غصب آمده ناظر بر این است که آثار مدنی غصب بر آن وارد است و نه الزاماً آثار و احکام کیفری غصب؛ به این معنا غصب کیفری با غصب و در حکم غصب مدنی متفاوت است». علیهذا اغلب فقها تصرفات «در حکم غصب» را به «ضمان ید» تلقی و آن را ملحق به غصب می‌دانند؛ این نظر هر چند اقوی به نظر می‌رسد ولی جامع و مانع نیست و این حاصل، باعث مغایرت و توسعه دامنه مصادیق «تصرفات در حکم غصب» و افتراق در رسیدگی قضایی گردیده است؛ علاوه بر این، اشاعه این تفکر با منابع فقهی که حکم تکلیفی حرمت برای غصب قائل شدند در تعارض است. برآیند این که، با تبیین تعارضات میان غصب و در حکم غصب، نمی‌توان بیان نمود که دومی در حکم اولی است، بلکه نهادهایی هستند با احکام متعارض و می‌توان اظهار داشت که تأسیس نهاد «در حکم غصب» در فقه و حقوق ایران موضوعیت ندارد.

منابع

۱. ابن بابويه (قمی)، محمد بن علی؛ المقنع؛ قم: مؤسسه امام هادی، ۱۴۱۵ق.
۲. اردبیلی، عبدالکریم؛ توضیح المسائل؛ قم: انتشارات نجات، ۱۳۸۸.
۳. اصفهانی، سید ابوالحسن؛ وسیلة النجاة؛ تهران: چاپخانه مهر، ۱۳۹۳.
۴. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۴، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۸.
۵. بازگیر، یداله؛ سقوط تعهدات و ضمان قهری؛ ج ۱، تهران: انتشارات گنج، ۱۳۹۰.
۶. بحرانی (آل عصفور)، حسین بن محمد؛ الأنوار اللوامع؛ قم: مجمع البحوث العلمية، ۱۴۲۰ق.
۷. بروجردی، حسین؛ منابع فقه شیعه؛ تهران: انتشارات فرهنگ سبز، ۱۳۸۶.
۸. بهجت، محمد تقی؛ استفتائات؛ قم: دفتر معظم له، ۱۳۸۶.
۹. بهرامی احمدی، حمید؛ سوء استفاده از حق؛ تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۹۱.
۱۰. تبریزی، جواد بن علی؛ المسائل المنتخبة؛ قم: دارالصدیقة الشهیده، ۱۴۲۷ق.
۱۱. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهیة؛ تهران: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۱۲. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ حاشیة الإرشاد؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۱۳. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ مسالک الأفهام؛ قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۱۴. حائری، سید علی بن محمد؛ الشرح الصغیر؛ قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ق.
۱۵. حجت، جواد؛ قاعده ید مالکیت؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۲.
۱۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ تفصیل وسائل الشیعة؛ قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۴ق.
۱۷. حمیری، نشوان بن سعید؛ شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم؛ ج ۱۲، بیروت: دارالفکر المعاصر، ۱۴۲۰ق.

۱۸. حسینی روحانی (قمی)، سیدصادق؛ فقه‌الصادق^{علیه السلام}؛ ج ۱، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۲ق.
۱۹. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر؛ قواعد الأحكام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۲۰. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر؛ تذکرة الفقهاء؛ قم: مؤسسه آل‌البيت^{علیهم السلام}، ۱۳۸۸.
۲۱. حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۲۲. حمیری، نشوان بن سعید؛ شمس‌العلوم و دواء کلام العرب من الکلموم؛ لبنان: دارالفکر المعاصر، ۱۴۲۰ق.
۲۳. خامنه‌ای، سیدعلی؛ أجوبة الاستفتاءات؛ قم: دفتر معظم‌له، ۱۴۲۴ق.
۲۴. خمینی، سیدروح‌الله؛ استفتاءات؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ق.
۲۵. خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسیلة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ق.
۲۶. خمینی، سیدروح‌الله؛ توضیح المسائل؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ق.
۲۷. ذهنی تهرانی، محمدجواد؛ المباحث‌الفقہیة فی شرح الروضة البهیة؛ قم: انتشارات وجدانی، ۱۳۶۶.
۲۸. سبحانی تبریزی، جعفر؛ استفتاءات؛ قم: مؤسسه امام صادق^{علیه السلام}، ۱۳۸۹.
۲۹. سبحانی تبریزی، جعفر؛ الإنصاف فی معرفة الرجحة من الخلاف؛ قم: مؤسسه امام صادق^{علیه السلام}، ۱۴۲۳ق.
۳۰. سعدی، ابوجیب؛ القاموس‌الفقہی لغة و إصطلاحاً؛ دمشق: دارالفکر، ۱۴۰۸ق.
۳۱. سنگلجی، محمد؛ دلائل‌السداد در قواعد فقه و اجتهاد؛ تهران: مطبعة مجلس، [بی‌تا].
۳۲. سیستانی، سیدعلی؛ منهاج‌الصالحین؛ قم: دفتر معظم‌له، ۱۴۱۷ق.
۳۳. سیفی، علی‌اکبر؛ دلیل تحریر الوسیلة؛ قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی^{علیه السلام}، ۱۳۸۵.
۳۴. صافی گلپایگانی، لطف‌الله؛ جامع‌الأحكام؛ قم: دفتر معظم‌له، ۱۳۸۵.
۳۵. صافی گلپایگانی، لطف‌الله؛ هداية‌العباد؛ قم: دارالقرآن‌الکریم، ۱۴۱۶ق.
۳۶. طاهری، حبیب‌الله؛ حقوق مدنی؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۳۷. طبسی، نجم‌الدین؛ حقوق زندانی و موارد زندان؛ قم: بوستان کتاب دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۳۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن؛ المبسوط؛ قم: المكتبة المرتضویة، ۱۳۸۷.

۳۹. عاملی، سیدجوادی بن محمد؛ مفتاح الكرامة؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۱۸ق.
۴۰. عبداللهی، عبدالکریم؛ قواعدی از فقه؛ قم: بوستان کتاب دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۸.
۴۱. عمید زنجانی، عباسعلی؛ قواعد کلی البیع والمتاجر؛ تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۱.
۴۲. قمی روحانی، محمدصادق؛ استفتائات؛ قم: حدیث دل، ۱۳۸۳.
۴۳. کابلی، محمداسحاق فیاض؛ رساله توضیح المسائل؛ قم: انتشارات مجلسی، ۱۴۲۶ق.
۴۴. کاتوزیان، ناصر؛ ضمان قهری؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
۴۵. کاشف الغطاء، حسن؛ أنوار الفقاهة؛ نجف: مؤسسة کاشف الغطاء العامة، ۱۴۲۲ق.
۴۶. کشاورز، بهمن؛ بررسی تحلیلی قانون جدید روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۷۶؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
۴۷. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۴، قم: دارالحدیث للطباعة والنشر، ۱۴۲۹ق.
۴۸. گلپایگانی، محمدرضا؛ مجمع المسائل؛ قم: دارالقرآن الکریم، ۱۳۸۷.
۴۹. گیلانی (میرزای قمی)، ابوالقاسم بن محمد حسن؛ جامع الشتات؛ تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۲۵ق.
۵۰. لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ تهران: انتشارات گنج سخن، ۱۳۷۰.
۵۱. محدث نوری، میرزا حسین؛ مستدرک الوسائل؛ قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ق.
۵۲. محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه؛ قم: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۵۳. محمود عبدالرحمان، عبدالمنعم؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية؛ قم: انتشارات دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
۵۴. مدرسی، محمدرضا؛ البیع؛ ج ۲، قم: دارالتفسیر، ۱۳۹۳.
۵۵. مدرسی، محمدرضا؛ مقالات فقهی؛ قم: انتشارات دارالتفسیر، ۱۳۹۳.
۵۶. مصطفوی، سید محمد کاظم؛ فقه المعاملات؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۵۷. مظاهری، حسین؛ توضیح المسائل؛ اصفهان: مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهراء، ۱۳۸۹.
۵۸. منتظری، حسینعلی؛ مبانی فقهی حکومت اسلامی؛ قم: کیهان، ۱۳۶۷.
۵۹. موحدی لنکرانی، محمد فاضل؛ تفصیل الشریعة؛ قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۹ق.
۶۰. موحدی لنکرانی، محمد فاضل؛ جامع المسائل؛ ج ۱۱، قم: انتشارات امیر قلم، ۱۴۰۸ق.

٦١. هاشمي شاهرودي، سيد محمود؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بيتؑ؛ ج ٣، قم: مؤسسه دايرة المعارف فقه اسلامي، ١٤٢٦ق.
٦٢. نجفي (صاحب جواهر)، محمد حسن؛ جواهر الكلام؛ بيروت: دار احياء التراث العربي، ١٤٠٤ق.
٦٣. نراقي، مولي محمد مهدي بن ابي ذر؛ أنيس التجار؛ قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، ١٤٢٥ق.
٦٤. وجداني فخر، قدرت الله؛ الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية؛ قم: انتشارات سماء قلم، ١٤٢٦ق.
٦٥. يزدي، محمد كاظم؛ غاية القصوى في ترجمة العروة الوثقى؛ قم: صبح بيروزي، ١٣٨١.