

The necessity of separating the rules and examples of usurpation and in the ruling of usurpation from the perspective of Imami jurisprudence and civil law of Iran

Mehdikiyanmehr¹, Rahim Sayah^{2*}, Syd Hsam din Hosseini³

1- PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Ahvaz Branch, Ahvaz, Iran.

2- Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Petroleum Industry, Ahwaz Faculty of Petroleum, Ahwaz, Iran (Corresponding Author).

3- Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Ahvaz Branch, Ahvaz, Iran.

Received Date: 2020/02/07

Accepted Date: 2020/07/10

Abstract

The articles on "usurpation" and "on the rule of usurpation" are among the articles of jurisprudential and legal planners. The apparent consideration of "usurping possessions" with "in the rule of usurpation" indicates the difference between the concept and the conformity of the rulings; However, it is obvious that some instances of usurpation, with emphasis on the jurisprudential rule of "al-usurpation and taking away the state of affairs", especially in government titles (Article 555 of the Penal Code) have a criminal and punitive description, if "in the ruling of usurpation" Some cases, such as being bound by a corrupt contract (Article 366 BC), do not have a criminal description; Conversely, refusing to refuse a trust to the owner (in the ruling of usurpation, Article 674 of the Penal Code) has a criminal description, but the usurpation of personal property has no criminal description. Therefore, by explaining the conflicts, it can not be said that the latter is in the first sentence, but they are institutions with conflicting concepts and sentences. On the other hand, the theory of "in the sentence of usurpation", although it seems strong, is not comprehensive and can not be a correct theory. As a result, it can be stated that the establishment of the institution "as a usurpation" is not relevant in Iranian jurisprudence and law. The researcher seeks to eliminate the heterogeneity in concept and multiplicity of examples by descriptive-analytical method of finding a solution and establishing the institution of "recourse to previous clearance seizures", which is a new institution. Provide strong through follow-up suggestions.

Keywords: Ghasb, Dar, Hokme_ Ghasb, Shebh_e_ Ghasb. Former permission.

ضرورت تفکیک احکام و مصادیق غصب و در حکم غصب از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران

مهدی کیان مهر^۱، رحیم سیاح^{۲*}، سیدحسام الدین حسینی^۳

۱- دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اهواز، اهواز، ایران.

۲- استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه صنعت نفت، دانشکده نفت اهواز، اهواز، ایران (نویسنده مسئول).

۳- استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اهواز، اهواز، ایران.

دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۱۱/۱۸

پذیرش مقاله: ۱۳۹۹/۰۴/۲۰

چکیده

جستار "غصب" و "در حکم غصب" از مقال‌های نقش‌پرداز فقهی و حقوقی می‌باشد. ملاحظه‌ی ظاهری "تصرفات غاصبانه" با "در حکم غصب" بیانگر تفاضل مفهوم و تطابق احکام می‌باشد؛ زیرا که برخی از مصادیق غصب با تاکید بر قاعده‌ی فقهی «الغاصبُ یُؤخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ» بالاخص در عناوین دولتی (ماده ۵۵۵ بخش تعزیرات ق.م.ا) دارای وصف کیفری و تنبیهی می‌باشند، در صورتی که "در حکم غصب" در بعضی مصادیق مانند مقبوض به عقد فاسد (ماده ۳۶۶ ق.م) دارای وصف کیفری نیستند؛ وبالعکس، استنکاف از رد امانت به مالک (در حکم غصب، ماده ۶۷۴ بخش تعزیرات ق.م.ا) دارای وصف کیفری است، اما غصب اموال شخصی فاقد وصف کیفریست. با تبیین تعارضات، نمی‌توان بیان نمود که دومی در حکم اولی است، بلکه نهادهایی هستند با احکام متعارض. با این وجود، فقها، اقتباس نظریه‌ی "در حکم غصب" از "ضمن یاد" را تلقی از نگرش شهید ثانی و ملحق به غصب می‌دانند؛ این نظر هرچند اقوی به نظر می‌رسد ولی جامع و مانع نیست و نمی‌تواند تنوری صوابی باشد. اهمیت و ضرورت این مقاله به این دلیل می‌باشد که، تعارضات غصب و در حکم غصب با وجود رابطه عموم و خصوص من وجه در احکام و مصادیق، مسبب تفریق اندیشه بین فقها و حقوقدانان، توسعه دامنه‌ی مصادیق "تصرفات در حکم غصب" و افتراق در رسیدگی قضایی گردیده است. برآیند اینکه، می‌توان اظهار داشت که تاسیس نهاد "در حکم غصب" در فقه و حقوق ایران موضوعیت ندارد. محقق درصدد است تا با روش توصیفی-تحلیلی جهت چاره‌جویی و تاسیس نهاد "رجوع از تصرفات ترخیص مسبق" که نهادی نوظهور می‌باشد، همچنین، عدم تجانس در مفهوم و کثرت مصادیق را زایل، و با تبیین مبادی تصوری این کاوش، گزارشی برای استکشاف نظریه اقوی از طریق پیشنهادهای قابل پی‌گیری ارائه نماید.

کلیدواژه‌ها: تصرفات ترخیص مسبق، در حکم غصب،

شبه غصب، غصب.

Email: sayah.rahim@gmail.

*: نویسنده مسئول

مقدمه

در متون فقهی، غضب به استیلاء بر حق غیر بدون حقی شرعی و با تمسک به نگرش شهیدثانی با تسلط عدوانی تلقی گردیده است. (شهیدثانی، ۱۴۱۸، ۲، ۲۰۳) در ماده ی ۳۰۸ قانون مدنی « غضب، استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان و اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز در حکم غضب محسوب می‌گردد». با ژرف‌نگری در شق دوم ماده، کلیت موضوع نمایان می‌شود.

کلیت و الحاق موضوع "در حکم غضب" یا "شبه‌غضب" و "غضب حکمی" به "غضب" و افزون بر این شباهت اسمی و صوری با افتراق کامل در مفهوم و اشتراک ظاهری در احکام، 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 غضب" پرداخته و ضمن تاسیس نهاد جدید "رجوع از تصرفات ترخیص مسبق"، اختلاف در تعریف بین فقها و حقوقدانان که با سکوت قانون یا بعضاً مواخذه مواجه شده نظر افکنده و با استمداد از تراث فقهی خود، انتقادات اصلی وارد بر آن را طرح و حتی المقدور پاسخ داده و در زمینه رسیدگی به وحدت‌رویه‌ای مطلوب برسد.

تحقیق پیش‌رو، توصیفی-تحلیلی، و روش گردآوری اطلاعات مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای و با امعان نظر از فقها و حقوقدانان، موضوع را تبیین و تشریح نماید؛ ابزار گردآوری اطلاعات از طریق فیش‌برداری، بانک‌های اطلاعاتی، شبکه‌های کامپیوتری و استفاده از نرم افزارهای تخصصی می‌باشد.

ضرورت تفکیک احکام و مصادیق غضب و در حکم غضب از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران موضوع "رجوع از تصرفات ترخیص مسبق" با رویکرد عمومیت و پایه بحث بر مفهوم و بررسی مصادیق "تصرفات در حکم غضب" استوار است. بدواً برای مشخص شدن "تصرفات در حکم غضب" و جایگزینی نهاد "رجوع از تصرفات ترخیص مسبق"، ناگزیر باید با مفهوم آن آشنا شد.

۱- مفهوم "تصرفات غضب و در حکم غضب"

غضب به‌عنوان رفتار ضد‌هنجار، دارای مجازات‌ها و احکام تنبیهی می‌باشد که در ذیل توضیحاتی

ارائه خواهیم نمود.

۱-۱- تعریف غصب

«غصب» در لغت عرب به معنای گرفتن چیزی با ستم است. (سعدی ابو جیب، ۱۴۰۸، ذیل غصب) و در اصطلاح، فقها تعاریفی از غصب کرده‌اند که با معنای لغوی آن متناسب است. محقق در «شرایع» (مصطفوی، ۱۴۲۳، ۵۲۷) و شهید اول در متن «لمعه» در تعریف غصب گفته‌اند: «الغصب هو الاستقلال باثبات البید علی مال الغیر عدواناً^۱». ولی شهید ثانی تعریف دیگری در شرح «لمعه» ارائه داده است: «الغصب هو الاستیلاء علی حق الغیر عدواناً^۲». شهید ثانی به جای کلمه استقلال در تعریف اول، استیلا و به جای کلمه مال، حق را گذاشته است؛ زیرا کلمه استقلال استیلائی انفرادی را شامل است نه با شرکت؛ و دیگر آن که اگر کسی بر حق دیگری تجاوز کند مثل حق تحجیر و حق مسجد و حق مدرسه طبق تعریف اول غصب به حساب نمی‌آید با آن که یقیناً غصب است؛ زیرا لفظ مال در تعریف اول شامل حق به این معنی نمی‌شود. (نجفی، ۱۴۱۴، ۳۷، ۷) (شهید ثانی، ۱۴۲۱، ۲) امام خمینی (ره) غصب را «الاستیلاء علی مال الغیر بغیر حق» و یا «الغیر عدواناً» تعریف کرده‌اند. (خمینی، امام) (۱۴۱۷، ۲، ۳۰۲) قانون مدنی از تعریف شهید ثانی تبعیت کرده و در «ماده ۳۰۸» غصب را «غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان...» (طاهری، ۱۳۸۸، ۲، ۲۹۷) معرفی و «غاصب» از طرف مالک یا صاحب حق در استیلا و یا تصرف دارای اذن نمی‌باشد. (بهرامی احمدی، ۱۳۹۱، ۴۱۳).

۱-۲- تعریف در حکم غصب

اشخاصی توانایی استیلاء بر اموال را دارند که در این خصوص اذن در تصرف داشته باشند؛ مانند مالک و وکیل (نراقی، ۱۴۲۵، ۳۴۱). 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. براین 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. 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. (بحرانی، آل‌عصفور، ۱۴۱۶، ۱۳، ۵۸) لذا در این گونه موارد می‌گویند: در حکم غصب و یا شبیه به غصب. (طاهری، ۱۴۱۸، ۲، ۲۹۸) قسمت دوم ماده‌ی ۳۰۸ ق. م: «اثبات ید بر مال غیر بدون

^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.

مجوز هم در حکم غضب است» و قصد عدوان که در غضب موجود است را از ابتدا نیاورده است (صفایی، ۱۳۹۰، ۲۵). دلیل اطلاق چنین تصرفاتی به "در حکم غضب" به این علت است که اولاً: ارکانی که برای غضب وجود دارد در اینجا کامل نبوده ثانیاً: ماهیت ذیل ماده ۳۰۸ ق.م با صدر ماده آن یکی نیست. ثالثاً: قانونگذار خواسته که حکم صدر ماده ۳۰۸ ق.م 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، ۲، ۳۷۸).

۲- ارکان در حکم غضب

به‌طور کلی، در ارکان تصرفات در حکم غضب از نظر فقهی می‌توان ۴ رکن متصور گردید که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم پرداخت.

۱-۲- استیلاء

استیلاء در لغت به معنای "غلبه" و "چیره شدن" می‌باشد (حمیری، ۱۱، ۱۴۲۰، ۷۲۹۷) (محمود عبدالرحمان، ۱۷۰، ۱، ۱۴۲۰) استیلاء در اصطلاح فقهی، مسلط شدن بر مال یا حق غیر است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۷، ۱۷). استیلاء "در حکم غضب" استیلابی است که فاقد ارکان و شرایط اساسی تحقق استیلابی غضب هست، ولی آثار و احکام غضب درباره آن جاری می‌شود. لذا لازمه‌ی 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، ۲، ۲۹۸).

۲-۲- عدم قصد عدوان ابتدایی

تصرفات "در حکم غضب" وجود تصرف ابتدایی و با اذن بوده است. (وجدانی فخر، ۱۴۲۶، ۱۳، ۴۹۶) لذا عدم تحقق عدوان و سوء نیت متصرف در هنگام تصرف ضروری است (داراب پور، ۱۳۸۷، ۲۸۶). بنابراین، در حکم غضب است 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. (امامی، ۱۳۸۸، ۱، ۳۶۳).

۲-۳- تعلق مال یا حق به دیگری

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

۳- مصادیق "در حکم غضب" و تبیین تعارضات

در این قسمت نگارنده در صدد است تا ضمن تحدید مصادیق "در حکم غضب" نشان دهد برخی از مصادیق غضب جنبه کیفری دارند ولی در حکم غضب جنبه کیفری ندارد و بالعکس. به نظر می‌رسد، تمام احکام غضب مالی با مصادیق در حکم غضب برابر باشد، اما چنین امری محقق نمی‌گردد. بر این اساس، برخی از مصادیق غضب با تاکید بر قاعده‌ی فقهی «الْغَاصِبُ يُؤْخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ»^۱ بالاختصاص در عناوین دولتی (ماده ۵۵۵ بخش تعزیرات ق.م.ا) دارای وصف کیفری و تنبیهی می‌باشند، در صورتی که "در حکم غضب" در بعضی مصادیق مانند مقبوض به عقد فاسد (ماده ۳۶۶ ق.م) دارای وصف کیفری نیستند؛ و بالعکس، استتکاف از رد امانت به مالک (در حکم غضب، ماده ۶۷۴ بخش تعزیرات ق.م.ا) دارای وصف کیفری است، اما غضب اموال شخصی فاقد وصف کیفریست.

۳-۱- مقبوض به عقد فاسد

یکی از مصادیق در حکم غضب از منظر امام خمینی (ره)، مقبوض به عقد فاسد می‌باشد. (خمینی (امام)، ۲، ۱۴۲۴، ۹۳۸) قانون مدنی در ماده ۳۶۶ در این رابطه می‌گوید: «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود». در اینکه مقبوض به عقد فاسد "در حکم غضب" بوده و شخصی که قبض کرده ضامن است، شکی نبوده و مورد اتفاق فقها و حقوقدانان است (طاهری، ۱۳۹۰، ۴، ۹۶). صاحب کتاب هدایة العباد می‌فرماید: «يلحق بالغصب في الضمان المقبوض بالعقد المعاوضي الفاسد»^۲ (گلپایگانی، ۲، ۱۴۱۶) (سیستانی، ۲، ۴۱۷، ۲۵۷) (لنکرانی، ۱۴۲۹، ۱۴) دلیل برای "در حکم غضب" بودن مقبوض به عقد فاسد این است که غاصب، مالک به اختیار خود، مال را به گیرنده (مشتری) داده است و فرض هم این است که مالک از تصرف در مال خود به هیچ وجه ممنوع نشده

^۱ - با غاصب به سخت ترین شیوه ها برخورد می شود

^۲ - ضمان مقبوض به عقد فاسد معاوضی به غضب ملحق می شود.

است؛ (طاهری، ۱۳۸۸، ۲۰۳۰) به نظر می‌رسد که نمی‌توان تمام احکام غضب در مصادیق مذکور را برای مصادیق "در حکم غضب" جاری نمود؛ زیرا که ضمان مقبوض به عقد فاسد با جبران ضرر و زیان و وصف مدنی پایان می‌یابد ولی غضب دارای وصف کیفری می‌باشد؛ لذا نمی‌تواند بیان نمود که دومی در حکم اولی است. بنابراین تعارض احکام مشهود است و حکم غضب به حکم ضمان مقبوض به عقد فاسد که در حکم غضب محسوب می‌گردد تسری پیدا نمی‌کند. لذا، دو نهاد مفهوماً و حکماً متفاوتند.

۳-۲- عدم استرداد به مالک پس از انقضاء مدت اجاره

اگر مستأجری در پایان مدت اجاره از تخلیه امتناع ورزد و یا در رد آن به مالک طفره برود، با این که 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" به شمار می‌آید (طاهری، ۱۳۹۰، ۲، ۲۹۹) چنانکه از ماده «۶۳۱» ق. م. مستفاد می‌گردد از تاریخ مطالبه استرداد عین مستأجره از طرف مالک و امتناع متصرف با امکان رد، عنوان امانت مالکانه زایل و متصرف در حکم غاصب در می‌آید. مستفاد از ماده «۳۱۰» ق. م. نیز بر این مهم تاکید دارد. (امامی، ۱۳۸۸، ۲، ۵۹) علاوه بر تخلیه نکردن، موارد دیگری نیز بر موضوع "در حکم غضب" و روابط موجر و مستأجر دلالت دارد؛ از جمله: تغییر ندادن مصرف مورد اجاره؛ طبق بند دوم ماده ۴۹۰ ق. م. عین مستأجره را باید در همان مصارفی که مقرر شده است استعمال نمایند و در صورت عدم تعیین، باید در منافع به کار گرفته شود که از اوضاع و احوال استنباط می‌گردد (یداله بازگیر، ۱۳۹۲، ۲۸). ماده ۵۰۳ ق. م. بیان می‌دارد: «هرگاه مستأجر بدون اجازه موجر در خانه یا زمینی که اجاره کرده وضع بنا یا غرس اشجار کند، هر یک از موجر و مستأجر حق دارند هر وقت بخواهد بنا را خراب یا درخت را قطع نماید. در این صورت اگر در عین مستأجره تقصی حاصل شود بر عهده مستأجر است؛» زیرا تصرف مستأجر بدون اجازه موجر تلقی و "در حکم غضب" تحقق می‌یابد. (کشاورز، ۱۳۹۳، ۱۱۷) در این زمینه، وحدت رویه‌ای موجود نیست؛ زیرا که برخی آن را تحت عنوان‌های غضب، "در حکم غضب"، 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 غضب" برابر است ولی پسندیده تر است که این موضوع با تخلیه ید و تحت قانون موجر و مستأجر ۱۳۷۶ منطبق کنند و از نام نهادن عناوینی مانند غضب و در حکم غضب پرهیز

نمایند. (انصاری، ۱۳۹۱، ۳۸۸) همچنین، در رویه عملی محاکم، دعوی تخلیه زمانی به کار می رود که متصرف، با انعقاد عقد، اجاره ملکی را در تصرف گرفته و در پی انقضای مدت عقد اجاره یا انحلال آن، مالک بخواهد عین مستاجر را از ید مستاجر خارج کند. (عباسی، ۱۳۹۱، 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، دو نهاد مفهوماً و حکماً متفاوتند، لذا دومی در حکم اولی نیست.

۳-۳- عدم رد یا انکار امانت (خیانت در امانت)

اگر مال به صورت امانت در اختیار او باشد، از تاریخ امتناع وی از رد مال امانی، عمل وی "در حکم غاصب" است نه غاصب. می توان به عنوان قاعده کلی گفت: در هر مورد که شخص به طور نامشروع بر مال دیگری دست یابد یا به هنگام رد، از رد مالی که به امانت نزد خود دارد امتناع ورزد یا منکر وجود آن شو و کار او منطبق با غصب نباشد، در حکم غصب می باشد. (طاهری، ۱۳۸۸، ۲، ۳۰۰) در کتاب توضیح المسائل امام آمده است که: مالی که به عنوان جهیزه زن به شوهر سپرده شده، پس از مطالبه آن را نمی دهد، احکام امانتداری در این مورد جاری است و "در حکم غصب" محقق است (خمینی امام)، (۱۴۲۵، ۲، ۵۲۰) به نظر می رسد، باید این مصداق از موارد در حکم غصب به دلیل عدم سنخیت در احکام خارج گردد که این مهم میسر نمی باشد. زیرا که خیانت در امانت جنبه کیفری دارد (طیسی ۱۴۲۰، ۴۲۹) (کلینی، ۱۴۲۹، ۷، ۲۶۳) ولی تصور جنبه کیفری برای در حکم غصب بر اساس حکم شق اول ماده ۳۰۸ ق.م.دشوار است. افزون بر این، با توجه به قطعیت در حکم غصب بر این مصداق بر اساس نظر حقوقدانان اسلامی و شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م. که فقط قائل به جبران خسارت جهت ضمانت اجرا می باشد، با دو اشکال روبرو می شویم. اول اینکه در حکم غصب با مصداق عدم رد امانت، وجه کیفری دارد ولی حکم غصب در شق اول ماده ۳۰۸ ق.م. دارای وصف کیفری نمی باشد. اشکال دوم اینکه تشبثت آرا صورت می گیرد که آیا قضات این مصداق را خیانت در امانت محسوب کنند با وصف کیفری یا در حکم غصبی که تابع ماده ۳۰۸ ق.م. و دارا بودن وصف حقوقی است. لذا به دلیل تفاوت در احکام و مفهوم قائل به در حکم بودن دومی بر اولی نیستیم و راه کاری جهت رفع این تعارض لازم است که در ادامه بیان خواهیم نمود.

۳-۴- تصرف در خمس وصیت شده توسط 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 و در ترکه متوفی برای مخارج خود و میت و غیر آن، تصرف کند، تصرفات آنان قبل از عمل به وصیت وی یا پرداخت دین او، نسبت به مقدار وصیت یا دین "در حکم غضب" است و نسبت به تصرفات قبلی نیز ضامن هستند. (خمینی(امام)، ۱۳۷۸، ۲، ۲۷۰) مشاهده می‌گردد که اگر موضوع خمس مال غیر منقول باشد این مورد با حکم غضب منطبق نیست زیرا که ورثه اذنی در تصرف در مال غیر منقول خمس ندارند و تصرف آنها عدوانی است. لذا تصرف عدوانی کیفری که عبارت است از اخراج مال غیر منقول بدون رضایت مالک یا اجازه از طرف مالک توسط دیگری با علم به موضوع و از روی عمد محقق می‌گردد. در ماده ۶۹۰ ف.م.ا جرم تصرف عدوانی را پیش بینی نموده و مرتکب به مجازات یک‌ماه تا یک‌سال حبس محکوم می‌شود. در این مصداق، احکام در حکم غضب ماده ۳۰۸ ق.م. و غضب علاوه بر تفارق در مفهوم، در احکام نیز متفاوتند. لذا نمی‌توان بیان نمود که دومی در حکم اولی است.

۳-۵- مصرف اموال دولتی در غیر موارد مورد اجازه

جایز نیست مدیران و مسئولین و سایر کارمندان در هیچ یک از اموال دولتی تصرفات شخصی کنند مگر آنکه با اجازه قانونی نهاد مربوطه باشد. بر اساس نظر امام خمینی (ره) مصرف نمودن اموال دولتی در غیر مواردی که اجازه داده شده، "در حکم غضب" است و موجب ضمان می‌باشد، مگر آنکه با اجازه قانونی مقام مسئول بالاتر صورت بگیرد. (خمینی(امام)، ۱۴۲۴، ۲، ۹۸۸) 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 موسسات 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. چنانچه

مشاهده می گردد این مصداق وصف کیفری دارد در صورتی که در حکم غضب ماده ۳۰۸ ق.م.وجه کیفری ندارد. یعنی تفاوت در مفهوم و احکام؛ لذا نمی شود دومی در حکم اولی قرار گیرد.

۴- فایده‌گرایی نهاد "رجوع از تصرفات با اذن سابق"

فایده‌گرایی نهاد رجوع از تصرفات ترخیص مسبق بر اساس تعریف ناروای فقها و حقوقدانان از غضب و به تبع آن "در حکم غضب" توسط نگارنده ایجاد گردیده است. زیرا که با تبیین تعارضات، نمی توان بیان نمود که مصداق در حکم غضب با غضب بر اساس توضیحات فوق برابری داشته و شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م. در حکم شق اول ماده مذکور است، بلکه نهادهایی هستند با احکام متعارض. لذا در حکم قرار دادن مصداق آن‌ها هر چند با نگاه ظاهر بینانه اقوی به نظر می‌رسد ولی جامع و مانع نیست و نمی‌تواند تئوری صوابی باشد. نگارنده در ذیل قصد دارد تا به راهکارهای رفع تنازع میان غضب و در حکم غضب اشاره نموده و در نهایت با ایجاد نهاد تصرفات ترخیص مسبق به عنوان نهادی نوظهور تعارضات را پایان دهد.

۴-۱- محذوف شدن در حکم غضب با استحاله در غضب

یکی از مهم‌ترین راهکارهای رفع تنازع میان غضب و در حکم غضب می‌توان به محذوف شدن در حکم غضب با استحاله در تعریف غضب، استعمال استیفای نامشروع در تصرفات در حکم غضب و رجوع از تصرفات ترخیص مسبق اشاره نمود. نظریه غضب، از نظر شهید ثانی و با قید عدواناً برداشت شده است (تبریزی، ۱۴۲۸، ۳۳۰). افزون بر این، حقوقدانان اثبات ید بر مال غیر را در شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م. تعبیر به "در حکم غضب" کرده‌اند که این تعبیر ناصوابی است. به نظر می‌رسد که رفع این نادرستی با تغییر موارد اولاً: الحاق در حکم غضب به غضب با جایگزینی قید «عدواناً» به «بلاحق» یا «بدون مجوز قانونی و شرعی». ثانیاً: بدل کلمه «مال» به «حق» در استعمال، مرتفع می‌گردد. تعریف ارائه دهنده محقق در تعریف غضب عبارت است از: «استیلاء مستوفی بر حق غیر بدون مجوز قانونی و شرعی» که تعریف جامعی می‌باشد که به اختلافات در تشخیص مبادی غضب و در حکم غضب در کنار جایگزینی کلمات فوق‌الذکر پایان می‌دهد. لذا با ارائه توضیحات فوق، با ذکر استیلاء مستوفی، تصرفات مجمل و ناقص مثل مزاحمت خارج می‌شود؛ با آوردن قید «حق» به جای «مال»، هر کسی بر منافع دیگری مسلط شود نیز شامل غضب می‌گردد و اینکه حق تحجیر را نیز در بر می‌گیرد؛ با آوردن قید

«بدون مجوز» و «بلاحق» به جای کلمه «عدواناً»، تصرفات موضوع "در حکم غضب" و غضب برابر می‌شوند و نظر فقها و حقوقدانان یکسان شده و نظر حقوقدانان ملحق به فقها می‌گردد.

۴-۲- استعمال استیفای نامشروع در تصرفات "در حکم غضب"

به نظر می‌رسد که در صورت عدم اعمال تغییرات در مبادی غضب، باز هم دلیلی وجود ندارد که برای تصرفاتی که ابتداء ید متصرف ید امانی بوده، ولی با تقاضای استرداد مالک، حاضر به دفع مال به مالک نشده است "در حکم غضب" اطلاق گردد؛ بلکه کلمه استیفای نامشروع و بلاجهت را که از لحاظ لغوی و اصطلاحی به بدون جهت، تعبیر می‌گردد، (عامری، ۱۳۸۸، ۹۵) برای موضوع تصرفات در حکم غضب مناسب‌تر می‌باشد. زیرا اصطلاحاً هرگاه بر دارایی کسی بی‌سبب و به هزینه و زیان دیگری افزوده شود، استیفاء بلاجهت گفته می‌شود. (نجفی، ۱۴۱۴، ۳۷، ۳۶) از آنچه گفته شد چنین برمی‌آید که مبنای حقوقی استیفاء بلاجهت، تحصیل و تصرف نامشروع است و قانونگذار باید از استیلاهای بدون سبب مشروع پیش‌گیری کند و شخصی را که به ضرر دیگری بدون سبب مشروع دارا شده است ملزم نماید تا اموال را که ناروا استیفا کرده است به مالک آن برگرداند و در اینجا اذن اولیه و ابتدایی شرط نیست و این همان استیلاهای بدون مجوز شرعی و قانونی است. برای مشروعیت فقهی جایگزینی استفاده بلاجهت به جای "تصرفات در حکم غضب" می‌توان آیه ی «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض منکم»^۱ (آیه ۲۹ سوره نساء) و قاعده علی‌الید «علی الید ما اخذت حتی تؤدی»^۲ (ابن‌ادریس، ۲، ۱۴۱۰، ۴۸۴) برای جبران بخش مهمی از استفاده‌های بدون جهت قرار داد. زیرا، به موجب این قاعده، هرکس مال دیگری را در تصرف خود دارد باید آن‌را به صاحبش بازگرداند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۳۷۳) با توجه به اینکه قانون مدنی ایران در خصوص شناسایی مسئولیت ناشی از استیفای نامشروع به عنوان منبع مستقل تعهد ساکت بوده و اینکه اسباب سنتی ضمان قهری نیز به تنهایی قادر نیستند همه مصادیق متنوع استیفای نامشروع را پوشش دهند (عامری، ۱۳۸۸، ۹۵).

^۱ - ای اهل ایمان، مال یکدیگر را به ناحق مخورید.

^۲ - هرکسی بدون اذن مالک بر مال دیگری تسلط پیدا کند ضامن آن مال محسوب می‌شود.

۳-۴- طرح ریزی نهاد رجوع از تصرفات ترخیص مسبق

با توجه به استدلال رد استیفای نامشروع، فایده‌گرایی نهاد "رجوع از تصرفات ترخیص مسبق" نمود پیدا می‌کند. برای حل این اختلافات پیشنهاد می‌شود که باید ماده‌ی جداگانه‌ای برای "در حکم غصب" طراحی کرد و تحدید مصادیق صورت گیرد. زیرا که این دو تصرف ماهیتاً متباین هستند و تقریب در حکم به معنای یکی بودن آنها نیست. یکی از این تفاوت در حکم این است که، غصب جرم می‌باشد و مسئولیت کیفری نیز دارد، ولی غصب حکمی (شبه غصب یا در حکم غصب) جرم محسوب نمی‌شود، که باید در این زمینه برای احقاق حقوق افراد تدابیری اندیشیده شود. لذا با تاسیس نام «رجوع از تصرفات ترخیص مسبق» در حکم غصب از احکام غصب خارج می‌گردد. با این توضیحات، جایگاهی برای تاسیس موضوع تصرفات در حکم غصب باقی نمی‌ماند و می‌توان با الحاق تصرفات در حکم غصب به غصب، یا خروج تصرفات در حکم غصب از زیر مجموعه غصب و تاسیس نام «رجوع از تصرفات ترخیص مسبق» به تفاوت احکام و مصادیق غصب و در حکم غصب پایان داد.

نتیجه گیری

جستار "غصب" و "در حکم غصب" از موضوعات نقش‌پرداز در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران می‌باشد. ماده ی ۳۰۸ ق.م در تعریف غصب بیان می‌کند: "غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان". افزون بر این، ذیل ماده عبارتی است که می‌گوید: 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 عاریه‌گیرنده بر مال موّلی علیه، موکّل، موجر و عاریه دهنده. دلیل اطلاق چنین تصرفاتی به "در حکم غصب" به این 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 می‌کنند و فقط در حکم با هم اشتراک دارند. لذا آن دومی را می‌گوییم در حکم اولی. ملاحظه‌ی ظاهری "تصرفات غاصبانه" با "تصرفات در حکم غصب" بیانگر تفاضل مفهوم و تطابق احکام می‌باشد؛ اما برخی از مصادیق غصب با تاکید بر قاعده‌ی فقهی «الغاصبُ یُوخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ» بالاخص در عناوین دولتی (ماده ۵۵۵ بخش تعزیرات ق.م.ا) دارای وصف کیفری و تنبیهی می‌باشند، در صورتی که "در حکم غصب" در بعضی مصادیق مانند مقبوض به عقد فاسد (ماده ۳۶۶ ق.م) دارای وصف کیفری نیستند؛ و

بالعکس، استنکاف از رد امانت به مالک (در حکم غضب، ماده ۶۷۴ بخش تعزیرات ق.م.ا) دارای وصف کیفری است، اما غضب اموال شخصی فاقد وصف کیفریست. با تبیین تعارضات، نمی توان بیان نمود که دومی در حکم اولی است، بلکه نهادهایی هستند با احکام متعارض. علیهذا اغلب فقها تصرفات "در حکم غضب" را به "ضمان ید" تلقی و آن را ملحق به غضب می دانند؛ این نظر هر چند اقوی به نظر می رسد ولی جامع و مانع نیست و این حاصل، باعث مغایرت و توسعه دامنه ی مصادیق "تصرفات در حکم غضب" و افتراق در رسیدگی قضایی گردیده است. برآیند اینکه، می توان اظهار داشت که تاسیس نهاد "در حکم غضب" در فقه و حقوق ایران موضوعیت ندارد. پژوهش پیرامون بررسی "رجوع از تصرفات ترخیص مسبق" به لحاظ مفید واقع شدن منتج به نتایجی به شرح ذیل گردید:

۱- به نظر می رسد که الحاق در حکم غضب به غضب با جایگزینی قید «عدواناً» به «بلا حق» یا «بدون مجوز قانونی و شرعی» و بدل کلمه «مال» به «حق» در هر دو تعریف می تواند محقق گردد. افزون بر این، «استیلاء مستوفی بر حق غیر بدون مجوز قانونی و شرعی» تعریف جامعی می باشد که به اختلافات در تشخیص مبادی غضب و در حکم غضب و تفکیک مصادیق کیفری و مدنی هر دو عنوان از یکدیگر در کنار جایگزینی کلمات فوق الذکر پایان می دهد.

۲- در غیر اعمال تغییرات فوق به دلیل تعدد مصادیق "در حکم غضب و غضب" برای مستقل مطرح شدن به عنوان یک ماده قانونی، ماده ای جداگانه طراحی گردد و با نام گذاری «رجوع از تصرفات ترخیص مسبق» از ذیل موضوع غضب خارج شود. بر این اساس، در مصادیقی که با غضب برابری دارند، با عنوان در حکم غضب (با تأکید با تغییرات در معنای غضب)، دادرسی کرد. افزون بر این، مصادیقی که زیر مجموعه غضب قرار نمی گیرند را با نهاد «رجوع از تصرفات ترخیص مسبق» مدنی و کیفری دادرسی کرد تا در نتیجه از سردرگمی و اطاله دادرسی و تشتت آرا و ضایع شدن حقوق جلوگیری شود.

تشکر و قدردانی

الحمد لله الذی هدانا لهذا و ما كنا لنهتدی لولا ان هدانا الله حمد و سپاس خداوند منان که توفیق پژوهش در فقه و اصول را به بنده عطا فرموده و فرصتی پیش آمد تا در یکی از مباحث حائز اهمیت یعنی «ضرورت تفکیک احکام و مصادیق غضب و در حکم غضب از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی

ایران» پایان نامه ام را به اتمام برسانم. و از باب « من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق » بر خود واجب می دانم که از مسئولین محترم دانشگاه کردستان، مدیریت گرامی و عزیزان تلاشگر مجله مطالعات تطبیقی فقه و اصول که شاهد تلاش های مخلصانه آنها بوده ام سپاس فراوان داشته باشم؛ و همچنین استاد راهنمای بزرگوار و عزیز جناب آقای دکتر رحیم سیاح که با ارشادات و راهنمایی هایشان این حقیر را در نوشتن این مقاله عالمانه و مشفقانه یاری نمودند تشکر نمایم. خداوند سبحان بر عمر و توفیقات همه این عزیزان بیفزاید.

منابع

- اصفهانى، سيد ابوالحسن. (۱۳۹۳). وسیله النجاة، تهران: چاپخانه مهر.
- امامى، سيد حسن. (۱۳۸۸). حقوق مدنى، تهران: انتشارات اسلاميه.
- بازگير، يداله. (۱۳۹۰). سقوط تعهدات، ضمان قهرى، تهران: انتشارات گنج.
- بحرانى، آل عصفور، حسين بن محمد. (۱۴۲۰) الأنوار اللوامع فى شرح مفاتيح الشرائع، قم: مجمع البحوث العلميه.
- تبريزى، جعفر سبحانى. (۱۴۲۳). الانصاف فى معرفه الرجحه من الخلاف، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
- تبريزى، جواد بن على. (۱۴۲۷). المسائل المنتخبة، قم: دارالصدیقه الشهیده سلام الله.
- جبى العالمى، زين الدين بن على «شهيد ثانی». (۱۴۱۴). حاشیه الارشاد، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى.
- حائرى، سيد على بن محمد طباطبايى. (۱۴۰۹). الشرح الصغير، قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى قدس سره.
- حلّى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى. (۱۳۸۸) تذكره الفقها، قم: مؤسسه آل البيت.
- حميد، بهرامى احمدى. (۱۳۹۱). سوء استفاده از حق، تهران: انتشارات اطلاعات.
- حميرى، نشوان بن سعيد. (۱۴۲۰). شمس العلوم و دواء كلام العرب من الكلوم، بيروت: دار الفكر المعاصر.
- سعدى ابوجيب. (۱۴۰۸). القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، دمشق: دار الفكر.
- سيستانى، سيد على حسينى. (۱۴۱۷). منهاج الصالحين، قم: دفتر آية الله سيستانى.
- طاهرى، حبيب الله. (۱۴۱۸). حقوق مدنى، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علميه قم.

- طبسی، نجم الدین. (۱۴۱۸). حقوق زندانی و موارد زندان، قم: بوستان کتاب.
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط، قم: المكتبة المرتضوية.
- عاملی، سید جواد بن محمد حسینی. (۱۴۱۸). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم: دار إحياء التراث العربی.
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰). الروضة البهية فی شرح اللمعة دمشقیه، تهران: کتابفروشی داوری.
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- قمی، سید صادق حسینی روحانی. (۱۴۱۲). فقه الصادق، قم: دار الكتاب.
- قمی، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۵). المقنع، قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
- کشاوری، بهمن. (۱۳۷۶). بررسی تحلیلی قانون جدید روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، تهران: انتشارات سمت.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹). الکافی، قم: دار الحدیث للطباعة و النشر.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). ضمان قهری، تهران: دانشگاه تهران.
- گلپایگانی، لطف الله صافی. (۱۴۱۶). هدایة العباد، قم: دار القرآن الکریم.
- گیلانی، میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن. (۱۴۱۳). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران: مؤسسه کیهان.
- لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۹). تفصیل الشریعة، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۰). ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج سخن.
- مصطفوی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۳). فقه المعاملات، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- موسوی خمینی (امام). (۱۴۲۵). تحریر الوسیله، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار
إحياء التراث العربی.

نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر. (۱۴۲۵). أنیس التجار، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه
علمیه قم.

نوری، محدث. (۱۴۰۸). میرزا حسین، مستدرک الوسایل، قم: مؤسسه آل البيت.

وجدانی فخر، قدرت الله. (۱۴۲۶). الجواهر الفخریة، قم: انتشارات سماء قلم.

یزدی، سید مصطفی محقق داماد. (۱۴۰۶). قواعد فقه، قم: مرکز نشر علوم اسلامی.