

نوشته : دکتر جعفری لنگرودی

## غصب

مقدمه - بموجب ماده ۳۰۷ غصب یکی از موجبات ضمان قهری ( یعنی مسئولیت خارج از قرارداد ) است مقنن عنوان باب دوم قانون مدنی را باین عبارت نوشته است : « در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل میشود » در مقابل الزاماتی که از قرارداد حاصل میشود ( سرفصل ماده ۱۸۳ ) .

مقنن ما عبارت مذکور را عینا از سرفصل ماده ۱۳۷ قانون مدنی فرانسه ترجمه کرده است که می گوید :

Des engagements qui se forment sans convention

قانون مدنی فرانسه برای سرفصل مذکور دو عنوان فرعی ذیل را نهاده است :

الف - شبه عقد Des quasi - contrats

ب - جرم و شبه جرم

قانونگذار ما با توجه باقدام قانونگذار فرانسه و با عنایت به فقه امامیه برای عنوان کلی بالا دو عنوان فرعی ذیل را نهاده است :

الف - فصل اول در کلیات - در این فصل همان مباحث شبه عقد را از قانون مدنی فرانسه اقتباس و با مبانی فقه امامیه تطبیق داده است مثلا حسن نیت Bonne foi که از مبانی حقوقی حقوق فرانسه است ( ماده ۱۳۸۰ و مواد دیگر قانون مدنی فرانسه ) در ماده ۳۰۳ قانون مدنی ما ( که از ماده ۱۳۷۸ قانون مدنی فرانسه گرفته شده است ) دیده نمیشود و قانونگذار ما در عین اقتباس ماده ۳۰۳ آنرا با فقه امامیه ( ماده ۳۱۱ - ۳۲۰ ) وفق داده است .

درپاره‌ای از مواد هم از فقه امامیه عدول کرده و مطلب تازه‌ای را از قانون مدنی فرانسه اقتباس کرده است مانند ماده ۳۰۵ قانون مدنی که از ماده ۱۳۸۱ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است و سابقه‌ای در فقه امامیه از آن دیده نمی‌شود. ب - فصل دوم در ضمان قهری که شامل غصب و ضمان ید و اتلاف و تسبیب و استیفاء است و این مباحث کلاً از فقه امامیه گرفته شده است و در عین حال معادل مبحث جرم و شبه جرم در قانون مدنی فرانسه است .

انتقاد - مختصر انتقادی متناسب مقدمه لازم است در دو مورد :

اول - مواد ۳۰۱ تا ۳۰۶ که فصل اول باب دوم را تشکیل می‌دهند نسبت به فصل دوم همین باب، جنبه کلیات را ندارد ( بلکه قضیه بعکس است و خواهیم دید ) و معلوم نیست قانونگذار ما عنوان کلیات را چرا بدون مناسبت اختیار کرده است ؟

دوم - ذیل ماده ۳۰۸ قانون مدنی ( که از آن در اصطلاحات فقهی با عبارت « ضمان ید » تعبیر میشود ) شامل مواد ۳۰۱ تا ۳۰۴ میباشد و در واقع ماده ۳۰۱ تا ۳۰۴ زائد است و صرفاً جنبه فرنگی مآبی دارد علاوه بر این باعتبار شمول ماده ۳۰۸ بر ماده ۳۰۴ عنوان ( کلیات ) برای فصل اول باب دوم، شباهت به اکل از قفا دارد! این ضعف تألیف باید جبران شود .

### کلیات راجع به غصب

۱ - الف - به حسب ماده ۳۰۷ موجبات ضمان قهری پنج است : غصب - آنچه که در حکم غصب است ( که اصطلاحاً ضمان ید مینامند و ذیل ماده ۳۰۸ ناظر بآن است ) - اتلاف - تسبیب - استیفاء .

ملاحظه - ماده ۳۰۷ در مقام حصر نیست و اسور ذیل هم موجب ضمان قهری است : یک - ضمان غرور مثلاً اگر شخصی بدون اینکه مال دیگری را غصب کند

و یا تصرف عدوانی نماید به ثالثی بفروشد و باو اذن در قبض بدهد وثالث هم آنرا قبض کند ( خواه تلف نماید خواه نه ) در این صورت هرگاه مالک از آن ثالث خسارت بگیرد آن ثالث که فریب خورده و مغرور شده است میتواند از بایع ( که غارنامیده میشود ) خسارت بگیرد پس بایع در مقابل مشتری مذکور ضامن است و این ضامن را ضامن غرور گویند که نه مشمول عنوان غصب و ضامن ید است و نه عنوان اتلاف و تسبیب را دارد و نه استیفاء زیرا بایع چیزی را استیفاء نکرده است<sup>۱</sup> ضامن غرور در ماده ۳۲۵ پیش بینی شده است .

۲ - دو - ضامن مستأجر بنفع موجر در عین مستأجره بعد از تعدی و تفریط در عین مستأجره بدون اینکه عیب و نقصی یا اتلافی یا تلفی در عین مستأجره پدید آورد مثل اینکه عین مستأجره را در غیر مصرفی که در قرارداد ذکر شده صرف کند (ماده ۴۹۰ - ۹۵۲ ) در این مورد بحکم ماده ۴۹۳ مستأجر ضامن خواهد شد یعنی ید او بر عین مستأجره ید ضامن خواهد گردید بطوریکه هرگاه بعدها عیبی در عین مستأجره ولو خود بخود پیدا شود یا عین مستأجره کلا یا بعضاً ولو خود بخود تلف شود مستأجر ضامن خواهد بود<sup>۲</sup> .

این ضامن ناشی از غصب و اتلاف و تسبیب و استیفاء نیست و ذیل ماده ۳۰۸ هم بر آن صدق نمی کند زیرا در طول مدت اجاره ید مستأجر بر عین مستأجره با مجوز قانونی ( که همان اجاره است ) است نه بدون مجوز تا مشمول ذیل ماده ۳۰۸ باشد . پس ضامن مستأجر در مورد مزبور ناشی از ماده ۴۹۳ خواهد بود نه از ماده ۳۰۷ و این هم دومین موردی است که در ماده ۳۰۷ پیش بینی نشده است .

۳ - سه - وارد کردن ضرر بدیگری ( چه از طریق تصرفات در ملک خود ماده ۱۳۲ - و چه از طریق دیگر ) در قانون مدنی ما از موجبات ضمان قهری نیست

۱- غصب میرزا حبیب الله - ص ۳۹- غصب اسفهان - صفحه ۲۵

۲- شائر الاسلام - صفحه ۳۷۲

در فقه این امر محل اختلاف است ظاهراً اکثریت آنرا موجب ضمان قهری نمیدانند<sup>۱</sup> مگر اینکه در قالب موجبات ضمان قهری که در بالا ذکر شد درآید مع الوصف از نظر ما با وضع ماده اول لایحه مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ صریحاً ایراد ضرر مادی و معنوی بغیر از موجبات ضمان شمرده شده است<sup>۲</sup> و باین ترتیب عدد موجبات ضمان به هشت میرسد (شماره ۲۹) .

۴- ب- در فقه<sup>۳</sup> هر چند که غصب معنی وسیعی دارد که بحسب آن گاهی غصب جرم است و گاهی نیست ولی غالباً در همان معنی بکار میرود که در صدر ماده ۳۰۸ ذکر شده است و در این معنی همیشه جرم است و حال اینکه باین معنی در قانون جزای فعلی کشور گاهی جرم است مانند مورد ماده ۲۴۵ بعد قانون جزا (راجع به غصب حق مؤلف) و ماده ۲۴۹ همان قانون (راجع به غصب علامت تجاری) و ماده ۲۶۵ قانون جزا راجع به ورود در ملک غیر به قهر و غلبه که اعم از غصب است .

۵- ج- اهمیت مواد غصب قانون مدنی - مباحث غصب از نظر فقهاء<sup>۴</sup> اختصاص به غصب ندارد بلکه شامل ضمان ید (ذیل ماده ۳۰۸) هم می باشد و ضمان ید، شامل بحث مقبوض بعقد فاسد (ماده ۳۶۶-۳۹۰) نیز میباشد .  
از حیث ضمان، فرقی بین غصب و ضمان ید و اتلاف و تسبیب نیست .

۶- **تعریف غصب** - ماده ۳۰۸ قانون مدنی در تعریف غصب گفته است :  
« غصب استیلاء برحق غیر است بنحو عدوان » .

این تعریف را قانونگذار از فقه امامیه گرفته و فقهاء ما آنرا از فقه عامه

۱- غصب اسفهانى - صفحه ۵۶ - جواهرالکلام - جلد ۶ - صفحه ۸۵ سطر ۲۱

۲- با ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه مطابقت شود.

۳- جواهرالکلام - جلد ۶ - صفحه ۸۴-۸۵-۸۸ - نهایة المحتاج - جلد ۵ صفحه ۱۴۲

شرح فتح القدير

۴- مکاسب - صفحه ۱۰۵-۱۱۴ - حاشیة سيدبر مکاسب - صفحه ۱۰ - جواهرالکلام

جلد ۶ - صفحه ۸۴

پسندیده‌اند. صاحب کتاب کفایة الاخیار<sup>۱</sup> می‌گوید: هو الاستیلاء علی مال الغیر علی جهة التعدی. یعنی غصب استیلاء بر مال غیر است از روی تجاوز، سپس از قول نووی تعریف دیگری را برای غصب نقل می‌کند که این است: هو الاستیلاء علی حق الغیر عدواناً. و این همان تعریف مذکور در ماده ۳۰۸ می‌باشد<sup>۲</sup>.

نکته - لغت استیلاء در موارد دیگر از قانون مدنی استعمال شده چنانکه ماده ۱۴۶ قانون مدنی می‌گوید: مقصود از حیازت، تصرف و وضع ید است یا سهیا کردن و سائل تصرف و استیلاء « لکن بررسی متون فقه اسلام نشان می‌دهد که استیلاء همه جا بیک معنی بکار نرفته است بهمین جهت در باب غصب در شناختن ماهیت استیلاء تحقیقات دقیق (ولی پراکنده) دارند. اکنون با توجه بمقررات کشور و آراء علماء فن، عناصر غصب را به تفصیل (درعین اختصار) بیان می‌کنیم:

۱- اول - استیلاء - در باب غصب، استیلاء عبارت است از اعمال سلطه با قهر و غلبه<sup>۳</sup> بدیهی است در چنین وضعی اذن قانون و یا رضای مالک برای شخص مستولی وجود ندارد و گرنه قهر و غلبه مفهومی ندارد. با توجه بتعریف استیلاء (در غصب) برای تحقق استیلاء، عوامل ذیل لازم است:

الف - اذن قانون و یا رضای ذیحق باید منتفی باشد. از این معنی تعبیر به عدوان شده است. با توجه باین امر:

اولاً - هر جا که استیلاء محقق شود عدوان هم محقق میشود<sup>۴</sup>.

ثانیاً - گاهی عدوان، محقق میشود ولی استیلاء محقق نمیشود<sup>۵</sup> چنانکه اگر کسی عدواناً وارد خانه دیگری شود و تصرف در آن کند و مالک در آنجا حاضر باشد

۱- جلد اول - صفحه ۱۸۲

۲- نهاية المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۲ - المغنی - جلد ۵ - صفحه ۱۹۸ - مبسوط سرخسی

جلد ۱۱ - ص ۴۹ - شرح فتح القدير - جلد ۷ - صفحه ۳۶۰

۳- جواهر الکلام - جلد ۶ - صفحه ۸۵ سطر ۳ - نهاية المحتاج - جلد ۵ - ص ۱۴۳ - ۱۴۴

۴- لذا گفته‌اند: استیلاء بر مال غیر با وجود اذن مالک آن، معنی ندارد (غصب رشتی

صفحه ۶ - غصب اسفهانى صفحه ۶۲ - جامع الشتات - صفحه ۱۱۵ - ۱۱۶ سطر ۴

۵- عموم و خصوص مطلق

و قادر بدفع متجاوز مذکورهم باشد این تصرف از طرف متجاوز عدوانی است ولی استیلاء را به همراه ندارد<sup>۱</sup> زیرا در فرض قدرت مالک بدفع او نمیتوان متجاوز را مستولی (یعنی قاهر و غالب) شمرد.

۸ - ذکر عدوان در تعریف غصب در ماده ۳۰۸ زائد است. مؤلفان در معنی عدوان گفته اند: عدوان عبارت است از ستم و تعدی. بدیهی است که استیلاء به معنی قهر و غلبه لاینفک از ستم و تعدی است<sup>۲</sup> زائد بودن کلمه عدوان در تعاریفات غصب مخصوصاً از این جهت تأیید میشود که مؤلفان فقه هر یک برای عدوان در تعریف غصب خاصیتی غیر از آنچه دیگری گفته ذکر می کنند و وحدت نظر در این مورد ندارند.

۹ - هرگاه حیوانی غصب شود و بچه بدنبال او آمده باشد غصب نسبت به بچه صدق نمی کند زیرا استیلاء غاصب شامل بچه نبوده است.

هرگاه خانه ای خالی باشد و کسیکه مالک (یا مسأذون از طرف مالک) نیست خود را مالک جلوه دهد و بتالثی اجازه ورود و سکونت در خانه بدهد چون قهر و غلبه از طرف هیچیک صدق نمی کند عنصر استیلاء صدق نمی کند و بالتبقیه غصب واقع نشده است<sup>۳</sup> ولی اذن دهنده در مقابل مالک طبق ماده ۳۳۱ ضامن است (ضمان تسبیب) و آن شخص که در خانه تصرف کرده در مقابل مالک طبق ذیل ماده ۳۰۸ (نه صدر آن که مخصوص غصب است) ضامن است (ضمان ید) و هرگاه خسارت به مالک داد میتواند از اذن دهنده بگیرد یعنی اذن دهنده در مقابل متصرف ضامن است (ضمان غرور) ماده ۳۲۵

۱۰ - ب - رابطه استیلاء و تصرف حسی - بین استیلاء و تصرف حسی ملازمه

نیست بنابراین:

۱ - غصب رشتی - صفحه ۸

۲ - نهاية المحتاج - جلد ۵ صفحه ۴۳۱ - كفاية الاخير - جلد اول - صفحه ۱۸۲ - مسالك

جلد ۲ - صفحه ۲۵۴

۳ - نهاية المحتاج - جلد ۵ - صفحه ۴۷۱

۴ - مسالك - جلد ۵ - صفحه ۲۵۴ سطر ۳

اولاً - ممکن است استیلاء بر مال غیر ، تحقق پیدا کند بدون اینکه تصرف حسی واقع شود مثل اینکه شخصی بقهر و غلبه مالک خانه را بیرون کند بدون اینکه خود داخل خانه شود در این مورد عنصر استیلاء صدق می کند ولی تصرف حسی وجود ندارد .

ثانیاً - ممکن است تصرف حسی بدون مجوز قانونی در مال غیر صورت گیرد ولی استیلاء وجود پیدا نکند مثل اینکه شخصی بدون مجوز وارد حجره ای از حجرات کاروانسرا شود و مالک کاروانسرا حاضر بوده و قدرت بیرون کردن او را هم دارا باشد سابقاً (شماره ۷) گفته شد که این یک تصرف عدوانی است ولی استیلاء بهمراه آن نیست هم چنین است اگر کسی باستناد عقد باطلی مالی را بچنگ آورده باشد که تصرف او در آن تصرف حسی و بدون مجوز است ولی استیلاء ( یعنی قهر و غلبه ) صدق نمی کند یعنی عرفاً نمی گویند که با قهر و غلبه آن مال را بچنگ آورده و تصرف کرده است .

ثالثاً - ممکن است احیاناً استیلاء و تصرف حسی توأم شوند مثل اینکه کسی بقهر و غلبه وارد ملک غیر شده و او را از آنجا بیرون کند .<sup>۱</sup>

۱۱ - نتیجه - از بحث بالا باین نتیجه رسیدیم که استیلاء و تصرف حسی فرق دارند و وجوداً ملازمه ندارند بهمین جهت بحث دیگری در زمینه تعریف غصب مطرح خواهد شد باین صورت که آیا تصرف حسی هم شرط صدق غصب است ؟

راجع باین سؤال بعنوان عنصر دوم غصب (شماره ۳۱) بحث خواهیم کرد .

۱۲ - ج - در صدق استیلاء نسبت باموال منقول نکات زیر مورد توجه است:

یک - در اموال منقول ، غصب با وجود قدرت مالک بدفع غاصب صدق می کند و حال اینکه در اموال غیر منقول اگر مالک قادر بدفع غاصب باشد غصب صدق نمیکند مگر اینکه مالک حاضر نبوده و غائب باشد .

علت این است که استیلاء بر اموال منقول از نظر عرف ، امری است تقریباً

۱ - نسبت بین استیلاء و تصرف حسی ، عموم و خصوص من وجه است .

آنی و حال اینکه در مورد غیر منقول باید استیلاء فی الجمله استمرار داشته باشد تا صدق استیلاء کند و با فرض قدرت مالک بدفع غاصب ، استمرار استیلاء غاصب بر مال مغضوب صدق نمی کند هرچند که با وجود عدم صدق استیلاء ( و در نتیجه عدم تحقق غصب ) متصرف عدوانی نسبت بمنافع مستوفات از جهت اتلاف منافع طبق ماده ۳۲۸ قانون مدنی ضامن است یعنی ضمان او نسبت بمنافع مستوفات ، ضمان اتلاف است نه ضمان غصب<sup>۱</sup> .

۱۳ - دو - آیا در غصب اموال منقول، نقل مکان هم توسط غاصب باید صورت گیرد یا بدون نقل مکان ، استیلاء صدق می کند؟ علت این سؤال ، تفاوت طبیعت اموال منقول و نظر عرف درباره انواع اموال منقول است مثلاً اگر مورد غصب ، حیوان سواری و یا فرش باشد گفته اند غصب بدون نقل مکان صدق می کند و نیز اگر اموال منقول تابع غیر منقول باشد به محض غصب غیر منقول ( مانند خانه ) غصب منقول مانند ائاث خانه هم صدق می کند بدون اینکه حاجت بنقل مکان داشته باشد و نیز هرگاه مالی بامانت نزد دیگری باشد و امین انکار کند از تاریخ انکار غاصب است ( ماده ۳۱ ) و اگر این مال منقول باشد در صدق غصب ، نقل مکان لازم نیست<sup>۲</sup> .

اما در سایر موارد آیا نقل مکان لازم است؟ فقهاء عامه میگویند در سایر موارد نقل مکان لازم است و بدون نقل مکان ، عرفاً استیلاء و غصب صدق نمی کند ولی فقهاء امامیه نقل مکان را لازم نمیدانند .

۱۴ - ملاحظه - قدر مسلم این است که نقل مکان در پاره ای از موارد باید محقق شود تا استیلاء عرفاً صدق کند و گرنه صرف وضع ید بر مال منقول در حضور مالک ( آنها هم در فرض قدرت مالک بدفع غاصب ) قطعاً استیلاء نبوده و غصب محسوب نمیشود حتی در مواردیکه تردید پیش میآید که آیا بدون نقل مکان غصب

۱- جواهر الکلام - جلد ۶ - صفحه ۸۵-۸۶-۸۷ - غصب رشتی - صفحه ۸ - نهاية المحتاج

جلد ۵ - صفحه ۱۴۸

۲- نهاية المحتاج - جلد ۵ - صفحه ۱۴۵-۱۴۶-۱۴۸



صدق می‌کند یا نه باید نقل مکان هم صورت بگیرد تا احراز استیلاء (که عنصر اول غصب است) بشود .

بسیاری از دانشمندان این فن ، استیلاء در غصب را با قبض مبیع و ثمن در بیع صحیح مقایسه کرده اند که این قیاس بنظر ما درست نیست زیرا تحقق قبض مورد معامله آسان‌تر از تحقق استیلاء در غصب است علت این است که غصب از نظر اینکه تعدی و تجاوز محسوب است مستوجب اقداماتی بضرر غاصب است به همین جهت سعی میشود که این تعدی و تجاوز شامل هر کاری نباشد و در محاسبه این تعدی و تجاوز دقت بیشتر بعمل می‌آید و حال اینکه در مورد قبض مورد معامله این دقت‌ها لازم نیست بهمین جهت اگرخانه‌ای مورد بیع باشد بصرف تخلیه و تسلیم کلید بخریدار، قبض و اقباض بعمل آمده است ولی اگر خانه‌ای مورد غصب قرار گیرد و قبل از غصب ، خالی هم بوده باشد صرف گرفتن کلیدخانه از مالک به قهرو غلبه موجب صدق استیلاء و تحقق غصب ( در فرض تحقق سایر عناصر غصب ) نخواهد بود بلکه باید از طرف غاصب نسبت بآن خانه وضعی ایجاد گردد که عملاً او را برخانه مستولی و چیره گرداند .<sup>۱</sup>

۱۵ - ۵ - در صدق استیلاء نسبت باموال غیر منقول نکات زیر مورد توجه

است :

یک - اگر مالک قادر بدفع غاصب باشد غصب صدق نمی‌کند مگر اینکه مالک حاضر نبوده و غائب باشد ( شماره ۱۲ ) .

۱۶ - دو - هرگاه استیلاء ظاهری با تصرف حسی در مال غیر توأم شود باید

به قصد متصرف غیر قانونی توجه کرد چه ممکن است شخصی بقصد عبور و یا تماشا وارد

۱ - جواهر الکلام - جلد ۶ - صفحه ۸۵ - ۸۶ - نهایت‌الحتاج - جلد ۵ - صفحه ۱۴۵ -

جلد ۲ - صفحه ۲۵۴ - منهاج الهدایه - صفحه ۳۷۴

ملک غیر شود<sup>۱</sup> در این صورت استیلاء (قهر و غلبه) صدق نمی کند ولی اگر ورود در ملک غیر بقصد تملک ملک غیر باشد صدق استیلاء میکند .

حال اگر قصد متصرف غیر قانونی معلوم نشود چه باید کرد ؟ در این مورد تصرف مزبور اساره بر استیلاء با قهر و غلبه (که عنصر غضب است) است مگر اینکه خلافش ثابت شود .

این اماره در مورد غضب منقول هم عیناً بکار میرود<sup>۲</sup> .

۱۷ - سه - تصرف غاصبانه در قسمتی از غیر منقول گاهی ملازمه با تصرف در کل آن مال دارد و گاهی نه مثلاً اگر کسی دو اطاق از پنج اطاق خانه ای را غضب کرد و بر آنها مستولی شد این وضع ، عرفاً استیلاء بر تمام خانه محسوب نمیشود . بعکس ، استیلاء بر تمام اطاقها عرفاً استیلاء بر محوطه و اشجارخانه و حوض محسوب است .

ملاك در تشخیص مقدار مورد استیلاء و غضب ، عرف است در موارد شك باید قدر متیقن را در نظر گرفت<sup>۳</sup> .

۱۸ - ۵ - موقعی استیلاء (قهر و غلبه) صدق می کند که غاصب در حین اقدام به غضب به عدم استحقاق خود در مال مورد غضب مطلع باشد اگر خود را ذیحق در تصرف بداند قهر و غلبه صدق نمی کند و در نتیجه عنصر استیلاء محقق نمیشود حتی اگر اشتباها خود را ذیحق دانسته باشد . در صورت اخیر بموجب ذیل ماده ۳۰۸ ضامن است (ضمان ید) نه بموجب صدر آن مساده که راجع به ضمان غضب است .

---

۱ - در این صورت اگر ضمانی متوجه متصرف شود ضمان ید (ذیل ماد ۳۰۸) است نه ضمان غضب (صدر ماده ۳۰۸) و این فرق از نظر مسئولیت مدنی اثری ندارد ولی از نظر کیفری اثر دارد زیرا غضب در حدود قانون مجازات عمومی جرم است و عناصر آن در همین بحث ضمن مباحث مدنی آشکار میشود .

۲ - غضب رشتی - صفحه ۱۰ - جواهر الکلام - جلد ۶ - صفحه ۸۶ - نهایتاً المحتاج -

جلد ۵ - صفحه ۴۸

۳ - نهایتاً المحتاج - جلد ۵ - صفحه ۱۴۸ - غضب رشتی - صفحه ۶-۷

تبصره - عدوان هم موقعی محقق میشود که متصرف عدوانی در حین اقدام بتصرف خود را ذیحقی در تصرف نداند<sup>۱</sup> ولی همانطور که گفته شد (شماره ۸) خود کلمه عدوان در تعریف غصب زیاد است و حاجت بآن نیست .

۱۹ - و - برای صدق استیلاء در غصب ، لازم نیست که غاصب ، مال مغضوب را از چنگ مالک خارج کند بنابراین در صور ذیل استیلاء و غصب صدق می کند :

یک - هرگاه امین منکرمال مورد امانت گردد<sup>۲</sup> از تاریخ انکار ، استیلاء و قهر و غلبه صدق می کند ( ماده ۳۱۰ ) هم چنین است شریک که بقهر و غلبه بدون اذن شریک در مال الشریکه تصرف کند ( ماده ۵۸۲ ) .

دو - هرگاه غاصب ، مال را از چنگ غاصب دیگر با قهر و غلبه در آورد ( ماده ۳۱۶ ) و یا از ید مستأجر یا مرتهن یا وکیل و یا هرامین دیگر غصب کند<sup>۳</sup> .  
 ۲ - ز - شرط استیلاء غاصب بر مال مورد غصب این نیست که غاصب منحصرأ و منفردأ برمال غیر مستولی شود یعنی ممکن است استیلاء غاصب بتصرف مالک جمع شود یا دو غاصب ( یا چند غاصب ) مجتمعأ برمالی مستولی شوند خواه بطور مفروز غصب کنند خواه بطور مشاع .

با توجه باین مطلب ، مسائل ذیل مطرح است :

یک - ممکن است با وجود متصرف بودن مالک در ملک خود غاصبی بقهر و غلبه وارد بر او شود و بتصرفات غاصبانه خود با وجود مالک ادامه دهد و مالک هم قدرت دفع او را نداشته باشد در این صورت ممکن است مقدار مورد غصب غاصب مشخص و ممتاز باشد در این فرض اشکالی از حیث میزان ضمان و مسئولیت غاصب

۱ - مسالک - جلد ۲ - صفحه ۲۵۴ سطر ۱۳ - جواهرالکلام - جلد ۶ - صفحه ۸۴-۸۷

شعائر - صفحه ۳۷۲ - غصب رشتی - صفحه ۶

۲ - غصب اسفهان - ص ۸۵ - نهاية المحتاج - جلد ۵ - صفحه ۱۴۶

۳ - شرح فتح القدير - جلد ۷ - صفحه ۳۶۱

نیست ولی اگر مورد تصرف غاصب از مورد تصرف مالک مشخص نباشد غاصب نسبت بچه مقداری ضامن است ؟

با توجه بماده ۳۰ قانون مدنی دوید ( دو تصرف ) جمعاً یک اماره است بر مالکیت صاحبان آن دوید برمال مورد تصرفشان ، لازمه این معنی این است که هریدی دلیل مالکیت نصف مشاع باشد بنابراین قاعده در فرض سؤال بالا چون یکی از دو متصرف ، غاصب است پس مورد غصب ، نصف مشاع است<sup>۱</sup> و غاصب نسبت به عین و منافع ، نصف مشاع مال مغضوب ، ضامن است .

۲۱ - تبصره - هرگاه مالک اسب سوار بر آن باشد و متجاوز بقصد تجاوز زمام اسب را در دست بگیرد اگر سوار قادر بدفع او باشد غصب صدق نمی کند و اگر قادر بدفع او نباشد استیلاء و غصب بر حیوان صدق خواهد کرد<sup>۲</sup> .

۲۲ - تبصره - در مورد اجتماع تصرف و غاصب و مغضوب منه ید اصلی را در محاسبه میزان مسئولیت باید در نظر گرفت نه توابع ید را مثلاً اگر مالک باعائله خود در خانه ای ساکن باشد و غاصب منفرداً وارد بر او شده و در خانه بطور غصب سکنی کند باز هم غاصب ضامن نصف مشاع است و ید عائله مالک که ید تبعی است تأثیری در کاهش میزان مسئولیت غاصب ندارد<sup>۳</sup> .

۲۳ - نکته - در مورد اجتماع تصرف غاصب و مغضوب منه ( یعنی مالک ) عده ای عقیده دارند<sup>۴</sup> که غاصب چون بطور مشاع در همه مال ، تصرف دارد ضامن تمام مال است و نسبت بمنافع هم جز آنچه را که مالک استیفاء می کند ضامن است بدلیل اینکه در فرض اشاعه ید هر یک بر تمام مال قرار گرفته است . این نظر صحیح

۱ - جواهر الکلام - صفحه ۸۴ - ۸۷ سطر ۱۲ - ۲۳ - ۲۷ ( جلد ۶ ) - غصب اسفهانیه صفحه ۱ - ۲ - ۸۵ - ۸۷ غصب رشتی - صفحه ۷ - ۹ - حاشیه سید بر مکاسب - صفحه ۱۹۰ - صفحه ۱۰۱

۲ - جواهر الکلام - جلد ۶ - صفحه ۸۸ - نهایت المحتاج - جلد ۵ - صفحه ۱۴۵ .

۳ - نهایت المحتاج - جلد ۵ - صفحه ۱۴۹

۴ - جواهر الکلام - جلد ۶ - صفحه ۸۷ - غصب اسفهانیه - صفحه ۸۹

نیست زیرا ضمان و مسئولیت ، تابع مالکیت است و قتیکه نصف مشاع باقتضاء ملاک ماده ۳۰ در اختیار مالک باشد طبیعی است که غاصب در نصف مشاع دیگر متصرف و ضامن خواهد بود. و نظر مشهور بین فقهاء هم همین است. این بحث از موارد سکوت قانون مدنی ما است .

۲۴ - دو - ممکن است دونفر باتفاق هم مالی را غصب کرده و بر آن مستولی شوند . در این صورت اگر استیلاء آنان باشاعه باشد هر یک ضامن نصف مشاع خواهند بود و تعدد غاصبین مانع صدق استیلاء درباره هر کدام از آنان نخواهد بود مع الوصف فقهاء<sup>۱</sup> از نظر میزان ضمان هر یک از دو غاصب مذکور این مسأله را بدو صورت ذیل تصور کرده و برای هر یک حکمی جدا گانه قائلند :

صورت اول - هر گاه رابطه هر غاصب با مالک عملاً طوری باشد که هر یک بتنهایی قدرت استیلاء بر مال مغضوب را نداشته و باتفاق یکدیگر وضع استیلاء را بر مال مغضوب ایجاد کرده باشند در این صورت هر غاصب در مقابل مالک ضامن نصف مشاع ( درعین و منافع) است .

صورت دوم - هر گاه در رابطه هر غاصب با مالک میزان قهر و غلبه هر غاصب کافی برای رفع سلطه مالک باشد بطوریکه اگر یکی از غاصبین بمیل خود رفع ید کند مالک نتواند ید خود را جایگزین ید او نماید در این صورت هر غاصبی نسبت بتمام ملک (درعین و منافع) ضامن است و ضمان دو غاصب، تضامنی است و مالک میتواند بهر یک یا هر دو مراجعه کند ( نظیر مورد ایادی متعاقبه ) .

ملاحظه - فعلیت استیلاء مؤثر در میزان ضمان است و قتیکه دو غاصب ( در صورت دوم ) باهم تصرفات غاصبانه دارند بالفعل مجموع دو استیلاء آنان رفع سلطه مالکانه از مالک کرده است و در نتیجه هر یک ضامن نصف مشاع خواهند بود مضافاً باینکه ضمان ، تابع مالکیت است یعنی اگر دو غاصب مذکور ( که باشاعه

۱ - حاشیه سیدبر مکاسب - صفحه ۱۹۰ - غصب رشتی - صفحه ۱۰ - مکاسب - صفحه

۱۰۱ - غصب اسفهان - صفحه ۸۷ - جواهر الکلام - جلد ۶ - ۸۴ سطر ۲۰

متصرفند) مالک مورد غصب شوند (مثل اینکه مالک آنرا به آنان هبه کند) هر یک مالک نصف مشاع خواهند بود پس در صورت غصب هم باید هر یک ضامن نصف مشاع باشند.

۲۵ - سه - هرگاه دونفریتساوی شریک در مالی باشند و غاصبی یکی از شرکاء را مقهور کرده و جایگزین او شود و حصه او را هدف تجاوز قرار دهد این مورد هم از موارد غصب مشاع است و غاصب، ضامن نصف مشاع میباشد (مانند فرض مذکور در شماره ۲۰).

در این مورد اگر ادامه تصرفات شریک دیگر با اذن شریک اخراج شده (بتوسط غاصب) باشد مغضوب منته خسارت خود را در سهم شرکت خود از غاصب خواهد گرفت ولی اگر شریک اخراج شده بعد از غصب به شریک خود اذن ادامه تصرف ندهد طبق ماده ۵۸۲ (شماره ۱۹) او هم غاصب است و مورد از موارد اجتماع دو غاصب خواهد بود ولی از حیث ضمان:

اولاً - غاصب و شریک متصرف در مقابل شریک اخراج شده هر یک در یک ربع مال ضامن هستند.

ثانیاً - غاصب در مقابل شریک متصرف در یک ربع ضامن است و باین ترتیب جمعاً غاصب نصف مشاع را ضامن میشود زیرا او غصباً بر دو شریک وارد شد و در مقابل هر شریکی یک ربع را ضامن است و نصف مشاع دیگر هم در تصرف یکی از شرکاء است.

ثالثاً - شریک اخراج شده (مغضوب منته) میتواند تمام خسارت را از غاصب یا شریک متصرف (بطور تضامن) مطالبه کند<sup>۱</sup>.

۲۶ - ح - وجود اسناد قوی مالکیت حتی سند مالکیت (که ماده ۲۲ قانون ثبت از آن حمایت می کند) مانع صدق استیلاء غاصب بر ملک نمیتواند باشد و مانع تعریف غصب (ماده ۳۰۸) بر ملکی که سند مالکیت دارد و مورد غصب واقع

۱ - حاشیه سید بریکاسب - صفحه ۱۹۰ - سکاسب - صفحه ۱۵۱

شده نمیشود و ماده ۲۶۵ قانون جزا هم مؤید این امر است .

۲۷ - ط - اگر کسی دیگری را با کراه و ادار به غصب کند بطوریکه اکراه بسرحد اجبار ( الجاء ) نرسد آیا استیلاء بر عمل مکره ( بفتح راء ) صدق می کند و او را میتوان غاصب شمرد ؟

اگر بتوان او را غاصب شمرد آیا ضمان متوجه او است یا متوجه اکراه کننده ؟  
اگر نتوان او را غاصب شمرد آیا اکراه کننده غاصب است ؟  
در این مورد اختلاف نظر بین حقوقدانان آن قدر عمیق است که بدون شرح و بسط دادن پاسخ صحیح میسر نیست بنابراین چند مسأله را باید مورد بررسی قرار داد :

۲۸ - یک - عنوانهای حقوقی ( اعم از مدنی و کیفری ) آیا با وجود اکراه هم صدق می کند ؟ مثلاً آنجا که اکراه وجود دارد عقد واقعاً صدق می کند ؟ یا اگر کسی را اکراه بسرقت کنند واقعاً بر عمل چنین شخصی سرقت صدق می کند ؟  
جوابی که داده میشود بین مدنی و جزا نباید فرق بگذارد مع الوصف بعلت ناپخته بودن این مطلب و اختلاف بین حقوقدانان ، قانونگذاران هم یا سکوت کرده اند یا اختلاف گویی چنانکه مواد ۱۱۰۸ - ۱۱۰۹ - ۱۱۱۷ - ۱۳۰۴ قانون مدنی فرانسه حاکی است که وجود اکراه عنوان عقد را از توافق طرفین ( که یک طرف یا هر دو طرف مکره بوده اند ) سلب نمی کند النهایه بعلت نقض رضا متزلزل است و حال اینکه قانونگذار فرانسه در ماده ۶۴ قانون جزا اساساً با وجود اجبار و اکراه عنوان جرم را محقق نمیداند و میگوید :

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

درحالیکه اگر وجود اکراه مانع صدق عنوان جرم باشد باید مانع صدق عنوان عقد هم باشد<sup>۲</sup> فقهاء هم در این مسأله اختلاف دارند بعضی<sup>۱</sup> اکراه را مانع تحقق

۱- H. Donnedieu de vabres. précis Dalloz p. q4-104 107 (Te édition)

عقد میدانند و اکراه از نظر آنان موجب بطلان عقد است و براین اساس با وجود اکراه، عناوین کیفری صدق نمی‌کند ولی غالب فقهاء وجود اکراه را مانع صدق عقد نمیدانند و بالتبع نباید وجود اکراه را مانع صدق عناوین کیفری (از جمله غصب) بدانند<sup>۱</sup>.

قانونگذار ایران نظر بمواد ۲۰۳ - ۲۰۹ قانون مدنی و ماده ۱۴ قانون مجازات عمومی وجود اکراه را مانع صدق عناوین مدنی و کیفری نمیدانند و حق هم همین است و تفاهم عرف هم چنین است بنابراین وجود اکراه مانع صدق استیلاء و غصب نمیتواند باشد<sup>۲</sup>.

۲۹ - دو - در فرض اکراه غاصب آیا ضمان متوجه غاصب مکره (بفتح راء) است یا متوجه اکراه کننده در این مورد دو نظر وجود دارد :

نظر اول - غاصب در مقابل مالک، ضامن است و بعد از دادن خسارت میتواند به اکراه کننده مراجعه کند<sup>۳</sup> و هرچه خسارت داده از او بگیرد ( یعنی قرار ضمان بر اکراه کننده است ) در این صورت ضمان اکراه کننده در مقابل مکره از نوع ضمان مذکور از شماره ۳ میباشد .

نظر دوم - غاصب ضامن نیست و اکراه کننده شخصاً در مقابل مالک ضامن و مسئول است اکثر طرفدار این قولند . ماده ۱۴ قانون جزا در مسئولیت کیفری علی‌الاصول نفی مسئولیت از مکره می‌کند و میتواند مؤید این نظر باشد ولی اطلاق ماده ۳۱۱ قانون مدنی مستلزم ضمان مکره (بفتح راء) است لکن عمل باطلاق ماده یکنوع استدلال لفظی است و اصل برائت هم بنفع غاصب مذکور جاری است .

۳ - ی - آیا استیلاء ( قهر و غلبه ) و غصب در مورد صغیر صدق می‌کند؟ در مورد صغیر ممیز صدق می‌کند<sup>۴</sup> و بهر حال با فرض عدم صدق غصب در

۱ - در این مورد بکتاب نفیس الاشباه والنظائر سیوطی صفحه ۱۷۸ بعد رجوع شود .

۲ - غصب اسفهانى - صفحه ۶ - ۷

۳ - الاشباه والنظائر سیوطی - صفحه ۱۷۹

۴ - جامع الشتات - صفحه ۵۸۵



مورد صغیر، ضمان ید (ذیل ماده ۳۰۸) لا اقل بر او تحمیل میشود زیرا در موارد ضمان قهری بلوغ شرط نیست، با وجود ضمان صغیر ولی او هم مکلف به رد عین مغضوب است و هرگاه باین تکلیف قانونی عمل نکند از نظر مدنی مسئول و ضامن است و در این صورت مغضوب منه میتواند بهر یک از آنان مراجعه کند (تضامن).  
ناتمام