

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹،
تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۵۰-۱۲۵

نقد و تحلیل آرای فقهی در باب قاعده «الغاصبُ يُؤخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ» و قلمرو مصداقی آن*

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی

استادیار دانشگاه یاسوج

Email: Alishahi@mail.yu.ac.ir

چکیده

شرع اسلامی به امور مالی مردم اهمیت داده و برای آن قوانین ویژه‌ای وضع کرده است تا شهروندان بتوانند در پرتو آن‌ها به زندگی بپردازند. سخت‌گیری برای شخص متجاوز به اموال دیگران از این قوانین است تا هیچ‌کس جرأت دست‌اندازی به اموال دیگران پیدا نکند. این سخت‌گیری در برخورد با غاصب حقوق، از روایات و احکامی به دست می‌آید که در باب غصب صادر شده است. قاعده «الغاصبُ يُؤخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ»، به این معنا است که با غاصب به سخت‌ترین شیوه‌ها برخورد می‌شود از همین مسئولیت مضاعف و تشدید مجازات مدنی غاصب به شمار می‌آید. افزون بر نکات مهم این قاعده به سه پرسش بنیادی باید پرداخته شود: نخست اینکه آیا این قاعده به عنوان یک قاعده فقهی مطرح است یا نه؟ دوم: دیدگاه‌های مخالفان و موافقان چیست و ادله حجیت آن کدام است؟ سوم: قلمرو مصداقی و کاربردی این قاعده را تا کجا می‌توان دانست؟ این پژوهش کوشیده است با اثبات این قاعده و کاربردی بودن آن در فقه و حقوق، داشتن پشتوانه‌هایی مانند روایات، مذاق شریعت، مناسبت حکم و موضوع و بنای عقلا را برای آن آشکار سازد و قلمروهایی مانند برگرداندن فوری مال، مهلت ندادن به غاصب حتی در صورت تنگدستی، پرداخت هزینه‌های نگهداری حتی در صورت افزون شدن از قیمت اصل مال غصبی، پرداخت هزینه‌های بالا و دشوار نقل و انتقال و تاوان کشیدن در برابر منافع (بهره برداری شده یا نشده) را برای غاصب بر پایه این قاعده به اثبات برساند.

کلید واژه‌ها: غصب، ضمانت، قاعده، مناسبت، اخذ غاصب، منافع

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۵/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۳/۲۹.

مقدمه

فقیهان اهل سنت از دیرباز میان احکام غاصب با دیگر افراد تمایز گذاشته و احکام سخت‌تری را برای او پیشنهاد داده و نزدیک به مضمون قاعده^۱ «الغاصب یؤخذ بأشقی الاحوال» را مستند فتوهای خود قرار داده‌اند؛ برای نمونه در این بحث که اگر غاصب در زمین غصبی درختی بکارند و با کندن درخت از زمین، چاله‌ها و سوراخ‌هایی در زمین ایجاد شود، غاصب باید ارش بپردازد؛ علت چنین حکمی، متجاوز بودن غاصب و در نتیجه سخت‌تر بودن حکم او دانسته شده است «ان الغاصب متعمد فغلظ علیه الارش؛ فنغلظ حکمه بالارش» (شیرازی، ۳۷۱/۱؛ ماوردی، ۱۶۹/۷، نووی، ۲۵۶/۱۴).^۲ تغلیظ حکم را در برابر تخفیف آن می‌توان دانست که برای غاصب در نظر گرفته شده است و مضمون قاعده مورد پژوهش می‌باشد. در فقه شیعه نیز فخر المحققین با عبارتهای گوناگونی از آن یاد کرده است که همه در مفهوم برابری از آن‌ها یکسان هستند. برخی از این تعبیرها از این قرارند:

«الغاصب یؤخذ بأحسن احواله و أشقها علیه و المالك بأجود احواله» (فخر المحققین، ۴۱۸/۱)؛ «الغاصب یؤخذ بأشقی الاحوال» (همان، ۱۸۱/۲)، «الغاصب مأخوذ بأشقی الاحوال» (همان، ۱۷۱/۲)؛ «الغاصب مؤخذ بأشقی الاحوال» (محقق کرکی، ۲۷۱/۶).

این قاعده از سخنان علامه حلی نیز قابل برداشت است؛ زیرا علامه در بحث قبض از کتاب رهن باور دارد: اگر مالک غاصب را از ضمان غصب ابراء کند، ضمان از عهده وی برداشته نمی‌شود و دست غاصب امانی نخواهد شد؛ ولی اگر عاریه گیرنده‌ای که کوتاهی کرده یا برای او شرط ضمان شده است یا قبض فاسدی کرده باشد، اگر همان مال به عنوان گرو در نزد آن‌ها گذاشته شود، ضمانت آن‌ها برداشته می‌شود؛ زیرا ضمانت و مسئولیت اینها سبک‌تر از ضمانت غاصب می‌باشد (قواعد الاحکام، ۱۱۷/۲). این قاعده را می‌توان به عنوان دلیل یا حداقل به عنوان مؤیدی بر ادله دیگر آورد که در مسائل فقهی کاربرد دارد.^۳ این قاعده تنها در

^۱ - قاعده فقهی قاعده‌ای است که در راه استفاده حکم شرعی قرار می‌گیرد از این باب که مضمون آن بر مصادیق و افراد تطبیق داده می‌شود. این قواعد در شبهه‌های حکمی جاری نمی‌شوند و نتیجه آن‌ها در شبهه‌های موضوعیه نتیجه‌ای شخصی و جزئی می‌باشد (خوبی، ۱۳/۱ و ۱۲/۱).

^۲ - هرچند اصل تغلیظ بر غاصب پذیرفته شده است ولی اینکه پرداخت ارش بتواند تغلیظ به شمار آید، مورد نقد خود اهل سنت قرار گرفته است (رافعی، ۳۰۴/۱۱).

^۳ - فقیهان این قاعده را گاه به صورت دلیل مستقلی برای احکام به کار برده‌اند و در کنار آن به ادله دیگری اشاره نکرده‌اند؛ مثلاً شهید ثانی غاصبی را که سگ‌های قابل خرید و فروش را غصب کند، بر اساس همین قاعده ضامن قیمت بازاری آن می‌داند و به دلیل دیگری اشاره نمی‌کند (الروضه البهیة، ۳۲۶/۱۰). نجفی بر اساس روایتی (کلینی، ۳۰۷/۷) بیان می‌کند: اگر جنایتی بر عبدی وارد آید که دیه آن به اندازه قیمتش است، عبد به جانی تحویل داده می‌شود و دیه به مالک تعلق می‌گیرد. بنابر دیدگاه اصحاب از این حکم غاصب مستثنی شده است؛

معاملات به کار نرفته بلکه از قواعدی است که در عبادات نیز به آن استدلال شده است؛ مثلاً فخر المحققین باور دارد، اگر غاصب از روی فراموشی با لباس غضبی نماز بخواند، نمازش باطل است و در دلیل این فتوا می‌نگارد: نمازگزاری که با خود نجاستی را بر می‌دارد، نمازش باطل است و به همراه داشتن شیء غضبی شدیدتر و بدتر است؛ زیرا به سخت‌ترین حالت‌ها با غاصب برخورد می‌شود (فخر المحققین، ۸۵/۱).^۱ برخی از فقیهان در همین جا بر این باورند که حتی اگر نخ در لباس مستهلک شود و دیگر مالیت نداشته باشد بر اساس قاعده «یؤخذ الغاصب بأشد الأحوال» باز نمازش باطل است (نجفی، مجمع الرسائل، پاورقی ص ۲۱۴).

از جاهای دیگری که این قاعده می‌تواند در بحث عبادات کارساز باشد، خواندن نماز در زمین غضبی است که در بحث تزاحم و اجتماع امر و نهی در اصول مطرح است. از ادله‌ای که برای بطلان عبادت آورده شده، قاعده برخورد با غاصب به سخت‌ترین شکل است که تصرفات نمازی او را دارای اشکال می‌کند (خمینی، مصطفی، تحریرات فی الاصول، ۱۵۶/۴ و الخلل فی الصلاة، ۲۷۴).

در نمونه‌های دیگر، به مال حلال آمیخته با حرام خمس تعلق می‌گیرد، حال اگر مقدار حرام مشخص ولی مالک، مردد میان چند نفر باشد یک قول اینست که باید احتیاط کند و به هرکدام آن مقدار را بپردازد. در این جا برخی بر اساس قاعده لا ضرر این فرض را نپذیرفته‌اند. در پاسخ گفته شده است: قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقی الأحوال» بر «لا ضرر» مقدم می‌شود و ادله نفی ضرر و حرج از این مورد روی گردان هستند (حایری، ۳۰۹ و ۳۱۰). حال اگر کسی عمداً مالش را با حرام مخلوط کند، زیرا می‌داند مقدار مال حرام زیاد است احتمال قوی دارد که اخراج

یعنی دیه را می‌پردازد و عید را نیز به مالکش تحویل می‌دهد؛ زیرا اصحاب باور دارند باید به سخت‌ترین شکل با او برخورد شود (جوهر الکلام، ۱۲۷/۴۲). اگر غاصب در زمین دیگری غرس کند مالک می‌تواند آن غرس را بکند بدون اینکه ارشی به مالک غرس است داده شود و دلیل این دیدگاه قاعده یاد شده می‌باشد (بروجردی، ۴۲). ولی گاه این قاعده به عنوان دلیل در کنار ادله دیگر آورده می‌شود که می‌توان آن را مؤید بر ادله دانست؛ مثلاً اگر مرتهن مال مورد گرو را با تعدی و تفریط تلف کند، در این صورت ضامن بالاترین قیمت از روز قبض تا تلف است؛ زیرا غاصب به‌شمار می‌آید که برخورد شدید با او خواهان الزام او به پرداخت بالاترین قیمت است. دلیل دیگر بر این دیدگاه این است که بر اساس احتیاط، اشتغال یقینی وجود دارد و برائت یقینی با بالاترین پرداخت قیمت حاصل می‌شود (طباطبایی، ۵۴۱/۸). در نمونه‌های دیگر اگر غاصب مال را تلف کند و مالک در مکان دیگری بجز مکان اتلاف مانند آن را بیابد، غاصب موظف است آن را تهیه کند که یکی از این ادله، قاعده یادشده معرفی شده است (نجفی، جوهر الکلام، ۹۸/۳۷). در نمونه‌های دیگر، فقیهان قائلند مالک می‌تواند مال خود را از غاصب بگیرد و لو اینکه بر غاصب ضرر وارد آید که «قاعده الغاصب یؤخذ بأشقی الأحوال» مؤیدی برای این دیدگاه می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۰۹/۱).

^۱ - البته فخر المحققین این قاعده را به عنوان تنها دلیل موجود بر بطلان نماز نمی‌داند؛ دلیل دوم او بر بطلان نماز این است که حرکات انجام شده در این لباس به عنوان نماز، از اجزای نماز به‌شمار می‌آیند و تصرف در غضب هستند که نهی شارع به این تصرفات تعلق گرفته است. از سوی دیگر نهی در عبادت دلالت بر فساد می‌کند و فساد اجزاء، بطلان نماز را در پی خواهد داشت. البته بیشتر فقیهان بطلان چنین نمازی را از همین دلیل دوم بدست آورده‌اند و کم‌تر به دلیل نخست که قاعده یاد شده باشد، اشاره کرده‌اند (حسینی عاملی، ۵۳۴ و ۵۳۳/۵).

خمس کفایت نکند و به خاطر سخت‌ترین برخورد با او، به اخراج مقدار یقینی از مالش الزام شود (نجفی، جواهر الکلام، ۷۶/۱۶).

توضیح قاعده

«غصب» به معنای گرفتن چیزی از روی ستم، زور و چیرگی است (فراهیدی، ۳۷۴/۴) و در اصطلاح به معنای استیلاء و چیرگی بر مال کسی به ناحق می‌باشد (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۵۱۹/۴). به گزارش ابن فارس «اخذ» در اصل به معنای گردآوری چیزی می‌باشد (۲۹۸/۴). همچنین اخذ به معنای گرفتن چیزی نیز به کار می‌رود (جوهری، ۵۵۹/۲) که البته این گرفتن به نوعی، با استیلاء، قهر و غلبه همراه است؛ به این خاطر به اسیر «مأخوذ» گفته می‌شود (مصطفوی، ۴۱/۱). معنای اصطلاحی این قاعده این است که غاصب به سخت‌ترین و پست‌ترین کیفیت گرفته و مجازات می‌شود و برای او هیچ ارفاقی در نظر گرفته نمی‌شود.

دیدگاه‌ها درباره قاعده

به جز علامه و فخر المحققین، فقیهان دیگری نیز بر حجیت این قاعده صحه گذاشته و در مباحث گوناگون فقهی مربوط به غاصب به آن استناد کرده‌اند؛ برخی از این فقیهان عبارتند از: ابن فهد حلی، (۲۵۴/۴) محقق کرکی (۴۰۹/۴، ۱۰۱/۵، ۲۳۹/۶) شهید ثانی (الروضه البهیة، ۳۲۶/۱۰، مسالک الافهام، ۱۱۷/۱۵) بهبهانی (۱۳۵، ۱۳۶ و ۳۶۳) طباطبایی (۵۴۱/۸) نجفی (جواهر الکلام، ۱۰۴/۳۷) عراقی (۳۱۹/۲) خمینی (تحریر الوسیله، ۴۶۲/۱، ۵۲۹، ۶۱۳، ۶۵۷، ۵۱۱/۲) حسینی مراغی (۶۲۸/۲) و ... در برابر دسته نخست فقیهانی نیز هستند که با این قاعده و اجرای آن در مسائل فقهی مخالفند و به این قاعده اعتنا نکرده و آن را حجت ندانسته‌اند (رک: انصاری، ۲۷۱/۳؛ خوانساری، احمد، ۴۵۲/۳؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۴۳۸/۲ و ۴۴۴/۴). در اینکه این قاعده از قواعد فقهی به شمار می‌رود یا نمی‌توان آن را یک قاعده فقهی دانست در میان فقیهان اختلاف است. برخی به قاعده بودن آن تصریح کرده‌اند (شریف کاشانی، ۹)، و باور دارند این قاعده حجت است و شهرت داشتن این قاعده در نزد فقیهان مشهورتر از آن است که بخواهد بر کسی پوشیده بماند (بهبهانی، ۶۲۳)؛ مگر اینکه در موردی بر خلاف آن اجماع و یا نصی وجود داشته باشد که از عمومیت آن دست برداشته می‌شود (همان، ۵۲۳). برخی دیگر این قاعده را یک قاعده فقهی نمی‌دانند بلکه آن را یک قاعده

تعبدی، تعبیری فقهی و یا عبارتی می‌دانند که بر زبان فقیهان جاری شده است (هاشمی شاهروری، ۱۸۷؛ خوبی، مصباح الفقاهة، ۱۲/۲). کسانی نیز باور دارند که این قاعده مربوط به این دنیا نمی‌شود و چه بسا درباره شیوه برخورد با غاصب در آخرت صادر شده است (مقدس اردبیلی، ۱۶۰/۹). این دیدگاه آخر، از چند علت سرچشمه گرفته است: اول: دلیلی بر این حجیت این قاعده در دنیا وجود ندارد. دوم: این قاعده بدیهی هم نمی‌باشد که عقل آن را دریابد. سوم: برخورد با غاصب به نحو اشد و اشد در جایی است که خود شارع آن را تأیید کرده باشد. چهارم: زجر و سخن گفتن آزار دهنده با او پس از اینکه از غصب دست برداشته و توبه کرده است، روا نمی‌باشد. پنجم: برخورد به سخت‌ترین شکل با غاصب ظلم به شمار می‌آید و در زشتی و قبح ظلم بر اشخاص، تفاوتی میان غاصب و دیگران وجود ندارد (همان، ۵۵۵ و ۵۲۸/۱۰) البته اگر در جایی اجماع و دلیل عقل وجود داشته باشد این قاعده می‌تواند حجت باشد (همان، ۳۵۱/۱۴). فقیه دیگری باور دارد باید درست نقطه مقابل این قاعده را درباره غاصب پیاده کرد؛ یعنی غاصب با دیگران تفاوتی ندارد و بر اساس قاعده عدالت که یک قاعده عمومی است، باید با غاصب نیز به اعدل احوال برخورد شود (کوه کمره‌ای، ۲۰۶).^۱

^۱ - این قاعده با قاعده عدالت به چند دلیل تعارض ندارد؛ نخست اینکه مقصود از قاعده عدالت، دادن حق به مستحق آن است، مانند اینکه اگر پسر و دختری درباره ملکیت خانه‌ای با هم اختلاف کنند در اینکه، به ارث به آن‌ها رسیده است، جایگاه اجرای قاعده عدالت می‌باشد که بر اساس ادله به پسر دو برابر دختر داده می‌شود (حسینی شیرازی، ۱۸۵ و ۱۸۶). پس معنای عدالت این نیست که با همه در همه جا به صورت برابر برخورد شود بلکه عدالت به این است که آن‌گونه که افراد مستحق آن هستند با آنان برخورد شود. در نتیجه آن‌گونه که با ادله به اثبات می‌رسد که غاصب مستحق برخورد شدید است، از جانب مفهوم و معنای عدالت ناسازگاری با قاعده مورد بحث وجود نخواهد داشت؛ بنابراین این دیدگاه نمی‌تواند درست باشد که عمل به این قاعده با عدالت ناسازگار است؛ زیرا عمل بر اساس قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقی الأحوال» مطابقت با عدالت اسلامی دارد. چنانچه ابن ادریس حلی در بیان یکی از مصادیق این قاعده تصریح کرده است: اگر غاصب مال را تلف کند و مالک در غیر مکان ائتلاف آن را بیابد، مالک می‌تواند غاصب را الزام به تهیه آن کند هرچند قیمت آن از قیمت کالا در مکان غصب بیشتر بوده و حمل آن نیاز به مؤونه و هزینه‌هایی داشته باشد. این دیدگاهی است که عدالت اسلامی و ادله و اصول مذهب آن را اقتضا می‌کند (ابن ادریس حلی، ۴۹۰ و ۴۹۱). دلیل دیگری که این دیدگاه را تأیید می‌کند، اینست که آنچه به عنوان خسارت از سوی غاصب به صاحب مال پرداخت می‌شود باید معادل و برابر زبانی باشد که به صاحب مال رسیده است (لنگرودی، ص ۱۸۸) بنابراین می‌توان نتیجه گرفت: رعایت عدالت در جانب غاصب مادامی است که باعث ضرر وارد شدن به مالک نباشد ولی اگر باعث شود به مالک ضرر شود و تراحم پیش آید، جانب مالک مقدم می‌شود. دوم: گستره اجرای قاعده عدالت آنجا است که موردی از موارد سکوت یا تعارض و یا اجمال و نقص قانون باشد و تا وقتی که اصول و ضوابط حقوقی قادر به حل مجهول باشد، نوبت به استناد به عدل و قاعده عدالت نمی‌رسد؛ زیرا مفروض اینست که عدل در همان اصول و ضوابط حقوقی تجلی پیدا کرده است و در ماورای اصول و ضوابط حقوقی به جست‌وجوی عدالت پرداختن، نوعی خودکامگی حقوقی است در غیر این صورت قاعده عدالت ضابطمند نخواهد بود و راه سوء استفاده باز خواهد شد (جعفری لنگرودی، عناصر شناسی، ۴۲۱). سوم اینکه این تشدید در مسئولیت قوانین مدنی یک امر عجیبی نیست که بخواید خلاف عدالت به شمار آید؛ زیرا در قوانین کیفری که مسلماً رعایت احتیاط بیشتری را خواهان است این تشدید در مجازات در مواردی دیده می‌شود که از سوی شارع مجاز دانسته شده است (فخر المحققین، ۴/۴۷۷)؛ بنابراین بعید به نظر نمی‌رسد که شارع در راستای تأمین حق مالکان اخذ به اشد احوال داشته باشد. البته این نکته نباید فراموش گردد که باید به قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقی الأحوال» تفسیری عادلانه بخشید تا مورد سوء استفاده قرار نگیرد.

بنابراین پس از ارزیابی ادله و مستندهای قاعده می‌توان درباره حجیت آن قضاوت درستی داشت.

مستندهای قاعده

اگرچه برخی از فقیهان این قاعده را یک قاعده بدون دلیل و مدرک معتبر می‌دانند (خوانساری، موسی، ۵۲/۳؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۴/۴۴۴)، ولی از سوی برخی از فقیهان شیعه دلیل‌های گوناگونی مطرح شده است که می‌تواند این قاعده را به اثبات برساند. برخی از این دلیل‌ها عبارتند از:

۱- امیر المومنین علی (ع) در روایتی می‌فرماید: «الْحَجْرُ الْغَضْبُ فِي الدَّارِ رَهْنٌ عَلَيَّ خَرَابَهَا»؛ سنگ غضبی در ساختمان خانه، ویران شدن آن را در گرو دارد (امام علی (ع)، حکمت ۲۴۰). صاحب جواهر در پاسخ شافعیه که می‌گویند: اگر برگرداندن مال مالک به تلف شدن مال غاصب بینجامد، بدل داده می‌شود بر این باور است که با غاصب به سخت‌ترین شیوه برخورد می‌شود و این قاعده را به روایت فوق مستند می‌کند (نجفی، ۳۷/۷۶ و ۷۷). البته امام خمینی این روایت را مستندی برای سخت‌گیری بر غاصب نمی‌داند و می‌نویسد:

«فرضاً که سند آن صحیح باشد، یک مطلب اخلاقی را بیان می‌کند که سرانجام چنین خانه‌ای از سوی خداوند ویرانی است (امام خمینی، کتاب البیع (تقریرات)، ۳۵۸ و ۳۵۹).

البته این سخن قابل نقد است؛ زیرا نخست اینکه دلیلی بر این تفسیر از روایت وجود ندارد و احتمالی بیش نیست. دوم: شیوه شیخ حرّ عاملی بر این است که باب‌های کتاب خود را بر اساس فهم از روایات نامگذاری کرده است. ایشان نخستین باب از ابواب کتاب غضب را به «باب تحریمه و وجوب رد المغصوب الی مالک» نامگذاری کرده و این روایت را آورده است که قرینه‌ای می‌باشد به اینکه در نگاه صاحب وسائل الشیعه روایت تنها یک مسئله اخلاقی را بیان نمی‌کند بلکه مسئولیت و ضمانت مدنی را نیز به اثبات می‌رساند. سوم اینکه اگر در روایت از کلماتی مانند خطیئت و گناه استفاده می‌شد، شاید مفهوم اخلاقی که امام خمینی (ره) برداشت کرده‌اند، قابل پذیرش می‌بود ولی کلمه «رهن» به معنای موجب و سبب است؛ یعنی همان‌گونه مالی که در برابر آن گرو گرفته شده، برگردانده شود سبب می‌گردد اصل مال گرو گرفته شده برگردانده شود، مال غضبی نیز موجب و سبب خراب مال مالک خواهد شد که دلالت بر مسئولیت مدنی و برگرداندن مال می‌کند (کاشف الغطاء، ۱/۴۵۷). چهارم اینکه فقیهان

بسیاری بر این روایت در مورد وجوب ادا و پرداخت حقوق دیگران در همین دنیا (حایری، ۳۹۷)، برگرداندن مال غصبی و اختصاص روایت به اموال (روحانی، فقه الصادق، ۱۳۴/۱۵ و ۴۰۸/۱۸) استدلال کرده‌اند.

۲- محمد درآوردی می‌گوید: قال: سألتُ أبا عبد الله (ع) عَمَّنْ أَخَذَ أَرْضاً بَغَيْرِ حَقِّهَا وَ بَنَى فِيهَا قَالَ يَرْفَعُ بِنَاءَهُ وَ يُسَلِّمُ التُّرْبَةَ إِلَى صَاحِبِهَا لَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ (حر عاملی، ۳۸۸/۲۵)؛ از امام صادق (ع) در مورد کسی که زمینی را بدون شایستگی نسبت به آن می‌گیرد و در آن ساختمان می‌سازد پرسیدم، امام (ع) فرمود: ساختمان خراب شود و زمین به مالکش داده شود، برای کاشت ظالم حقی وجود ندارد. برخی از فقیهان ادعای اجماع اصولیان را بر مفهوم داشتن وصف^۱ در این روایت پذیرفته‌اند (فخر المحققین، ۲۷۱/۲ و ۲۷۲)؛ از سوی دیگر، این روایت نکره در سیاق نفی است، که افاده عموم می‌کند؛ بنابراین همه حقوق را نفی کرده است (میرزای قمی، ۳۸۱/۳).

۳- شهرت فتوایی: برخی از فقیهان بر این باورند که نص و فتوا مطابقت با این قاعده دارد که غاصب به امور سخت و داشته می‌شود (روحانی، منهاج الفقاهة، ۳۸۳/۳). این همان شهرت است که دلیل لئی است و باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد (صدر، محمد، ۳۳۱/۴)؛ البته برخی گفته‌اند: این شهرت به درد نمی‌خورد؛ زیرا احتمال دارد که بتوان این شهرت را مدرکی دانست و این قاعده را از روایات به دست آورد (همان، ۳۱۳/۷).

۴- مذاق شریعت: یکی از دلیل‌های ارائه شده برای این قاعده، مذاق شریعت است (روحانی، فقه الصادق، ۲۱۵/۲۵). کلانتر از فقیهان در پاورقی بر شرح لمعه در توضیحاتی این‌گونه می‌نویسد: از ادله گوناگون که در باب غصب آمده است به اهتمام شارح نسبت به

^۱ - مقصود از وصف، لفظ «ظالم» در روایت است که فقیهان در استنادهای فقہی خود به مفهوم وصف آن اشاره کرده‌اند؛ مثلاً در این مسئله که عاریه دهنده زمین به عاریه گیرنده اذن در کاشت داده است اگر درخواست کند که غرس را بکند، نمی‌تواند او را مجبور به کندن کند؛ زیرا این فرد (عاریه گیرنده) ظالم نیست و کاشته او احترام دارد (طوسی، الخلاف، ۳۹۱/۳).

^۲ - مذاق شریعت در اصطلاح به آگاهی از سبک، سیاق و آهنگ شارع در جعل احکام گفته می‌شود که از راه‌های گوناگونی به دست می‌آید و فقیه با این آگاهی، توانایی فهم و درک حکم شرعی را پیدا می‌کند؛ زیرا این حکم را با روش شارح در آن باب و یا باب‌های گوناگون سازگار می‌بیند، گویا فقیه از درون خود روش و شیوه شارح را در می‌یابد و می‌چشد. فقیهان از دیرباز برای روش، سبک و عادت-های شارح در جعل احکام ارزش فراوانی قائل بوده و فتاوی خود را با آن‌ها سنجیده‌اند، تا آن‌جا که اگر ادله‌ای، حکمی خاص را بر نایبده‌اند ولی آن حکم را با مذاق شریعت، ناسازگار دانسته‌اند، از ادله روی برگردانده و به حکم سازگار با روش شارح گرویده‌اند (علیشاهی قلعه-جوقی، ۴۰).

غصب پی برده می شود (شهید ثانی (پاورقی از کلاتر)، ۱۳/۷) در نتیجه می توان این قاعده را برآیند مجموع روایاتی دانست که در باب غصب وارد شده است.^۱

مذاق شریعت در نوشته های حقوقی تقریباً معادل با سیاست حقوقی قضایی شارع به کار رفته است که از سیاست قانونگذار و شارع در وضع قواعد غصب و جهت دهی کلی قواعد حقوقی در باب غصب نشان دارد. اینکه خسارت به چه کسی تخصیص داده شود و تصمیم قانونگذار چه تاثیری بر فعالیت های گروه خاص داشته باشد و اینکه یک تکلیف تا چه اندازه می تواند با دیگر بخش ها سازگار باشد ارتباط با همین سیاست دارد. به نظر می رسد این قاعده اگرچه نص خاص ندارد ولی به اجتهاد فقها و استنباطی است که ایشان از سیاست حقوقی قضایی شارع داشته اند (ساردوئی نسب، ۳۷-۳۹).

۵- بنای عقلا: به نظر می رسد این قاعده با قلمرو ویژه ای که دارد از قواعد پذیرفته شده در نزد عاقلان می باشد که پیش از شرع وجود داشته و از سوی شرع تأسیس نشده است.^۲ علت اینکه ادله لاضرر این جا را شامل نمی شود که ضررهای بر غاصب را بردارد اینست که ادله لاضرر برای امتنان وارد شده است که با غاصب مناسبت ندارد^۳ (مکارم شیرازی، ۱/ ۱۰۹)؛

^۱ - میل انسان به مالکیت از چیزهای نهفته در طبیعت انسان است که نمی توان از آن غافل شد. به همین خاطر در طول تاریخ بر سر ملکیت درگیری های خونباری رخ داده است. شرع باید با توجه به این گزینه نهفته در انسان تشریحاتش را تنظیم کند. برای همین، شرع حق ملکیت را دارای اهمیت و احترام خاص می داند و در تشریحاتش حمایت های خاص داشته است و چون غصب این مالکیت را به خطر می اندازد در فقه برای غصب نیز احکام خاص و ویژه ای جعل شده است (شراره، ۲۳ و ۲۴).

^۲ - برخورد سخت و شدید با غاصب از روش عاقلان است در نتیجه حکم شارع نسبت به این روش امضائی است. این دیدگاه را می توان چنین بیان کرد که با نگاه به روایات می توان دریافت که غصب و تاراج اموال دیگران دارای اثرات منفی بسیاری بر روح و روان افراد است که تحمل آن دشوار به نظر می رسد و شارع این را در احکام مربوط به غصب در نظر گرفته است. امام علی (ع) درباره این اثرهای روحی شدید می فرماید: «بِنَامِ الرَّجُلِ عَلَيَّ الْتَكْلِيفُ وَلَا يَنَامُ عَلَيَّ الْخَرْبُ» (امام علی (ع)، حکمت ۳۰۷) انسان در کشته شدن فرزندان ممکن است صبر کند (خوابش ببرد) ولی بر از دست دادن و تاراج مالش صبر نمی کند. این دشواری در تحمل مربوط به گروه و یا معتقدان به دین خاصی نیست؛ بلکه در افراد بشر عمومی است. به همین علت است که فقیهان باور دارند در عرف مردم میان فرد غاصب و غیر آن فرق گذاشته می شود مانند اینکه به فرد غیر غاصب اجازه خواندن نماز در خانه خود را می دهند ولی غاصب را از حتی تصرف مانند نماز در ملک خود منع می کنند (علم الهدی، ۱/ ۱۹۴). این قضیه تا آن جا روشن است که مالک مورد غصب قرار گرفته به فکر انتقام و مواخذه غاصب است. شهید ثانی در مثالی می نویسد: از شاهدهای حال که می تواند عام را تخصیص بزند جایی است که مالک زمین، اذن عمومی می دهد که می شود در زمینی که از او غصب شده نماز خواند. غاصب یقیناً داخل در این اذن نمی شود چون حال مالک شهادت می دهد که قصد انتقام و مواخذه غاصب را دارد نه اینکه به او اذن دهد (تمهید القواعد الاصولیه، ۲۱۳). به خاطر همین باور عمومی است که برخی از فقیهان درباره این قاعده باور دارند این قاعده از فقه غیر اسلامی وارد فقه اسلامی شده است (سبزواری، ۲۱/ ۲۸۹) در نتیجه پیش از آن که یک قاعده فقهی باشد یک قاعده عقلایی به شمار می رود. البته این سخن منافاتی ندارد با اینکه قاعده فقهی نیز به شمار رود؛ زیرا قاعده فقهی بودن منافاتی با قاعده عقلایی بودن ندارد.

^۳ - علت دیگری که ادله لاضرر غاصب را دربر نمی گیرند اطلاق ادله در باب غاصب است؛ زیرا ادای حقوق دیگران حکمی است که با نصوص به اثبات رسیده است و این نصوص مطلقند و حتی مواردی که ضرری را دربر داشته باشد نیز شامل می شوند (حایری، ۳۹۷، سبزواری، ۲۱/ ۳۱۰). حتی از تعلیل برخی از روایات مانند صحیحۃ ابی ولاد که غاصب از امام (ع) می پرسد من جهت تأمین علوفه برای اسیر غصبی هزینه هایی کرده ام آیا می توانم این هزینه ها را بگیرم، و پاسخ منفی می شود «لا لائک غاصب» (حرّ عاملی، ۱۹/ ۱۱۹) برمی آید علت وارد

بنابراین می‌توان این قاعده را برآیند دلیل بنای عقلا دانست که چون پیش از شرع این بنا وجود داشته و از سوی شرع نیز تأییداتی بر آن رسیده است، حجت می‌باشد.

۶- مناسبت حکم و موضوع: از ادله‌ای که برای حجیت این قاعده آورده شده، مناسبت میان حکم و موضوع است. «نسب» در لغت به معنای اتصال و پیوند چیزی به چیز دیگری می‌باشد (ابن فارس، ۴۲۳/۵) و مناسبت به معنای همانندی، همراهی و سازگاری است (ابن منظور، ۷۵۶/۱). مناسبت حکم با موضوع در اصطلاح عبارت است از حالات و خصوصیات موضوع که حکم را آورده و گاه باعث گستردگی اثبات حکم به دیگر موارد شده و گاه تنگی و محدودیت حکم را خواهان است، به گونه‌ای که به دیگر موضوعات سرایت نخواهد داشت (صدر، دروس فی علم الاصول، ۲۲۸/۱؛ همو، بحوث فی علم الاصول، ۱۵۳/۲).

برخی باور دارند اگر شیء غصب شده قیمی باشد و تلف شود یک دیدگاه این است که غاصب باید بالاترین قیمت را از روز غصب تا روزی که تلف شده است، بپردازد؛ زیرا با غاصب به خاطر تجاوزش به سخت‌ترین شکل برخورد می‌شود که مناسب است با پرداخت قیمت بیشتر مجازات شود (فخر المحققین، ۱۷۳/۲؛ فاضل مقداد، ۷۰/۷).

در نمونه‌ای دیگر ابن فهد حلی باور دارد اگر غاصب بر عبد غصب شده جنایت وارد کند باید دیه و ارش جنایت را بپردازد هرچند به اندازه قیمت خود عبد باشد و مناسبت [حکم و موضوع] اقتضا می‌کند بر او سخت گرفته شود و حکم تغلیظ گردد (۲۵۳/۴ و ۲۵۴؛ صیمری، ۹۲/۴). محقق کرکی نیز به همین مناسبت اشاره کرده است؛ او می‌نویسد: اگر دستیابی به مثل برای غاصب ممکن نشود مگر با چندین برابر قیمت مثل، در این صورت بر غاصب لازم است مثل را تهیه و به مالک تحویل دهد؛ زیرا آسان‌گیری مناسبت با غاصب ندارد (محقق کرکی، ۲۶۱/۶). البته باید میان افراد غاصب تفاوت گذاشت، این‌گونه نیست که هر غاصبی به بدترین شکل مؤاخذه شود؛ این قاعده را باید به گناهکار بودن غاصب در اقدام غصبی وابسته دانست؛ یعنی این قاعده در جایی است که غاصب از روی عمد، ستم و یا دزدی به غصب اقدام کرده باشد و گرنه غاصبی که از روی ناآگاهی و یا اشتباه غصب کرده باشد گناهکار به شمار نیامده

شدن این ضرر بر غاصب عنوان غاصب بودن شخص است و این حکم به تحمل ضرر، از باب تشدید مسئولیت برای او (غاصب) شمرده شده است (کاشف الغطاء، ۴۵۷/۱). از سوی دیگر بنا بر دیدگاه کسانی که قاعده لاضرر را یک حکم حکومتی می‌دانند، جایی برای قاعده نفی ضرر باقی نمی‌ماند؛ زیرا دیگر نفیاً و اثباتاً ارتباطی با احکام پیدا نخواهد کرد (فاضل لنکرانی، ۵۴).

۱ - مناسبت میان حکم و موضوع هرچند خود دلیل مستقلی نیست ولی در ادله سبب پدید آمدن ظهور می‌گردد؛ یعنی می‌توان آن را از قرائن لبی متصل به کلام دانست که منشأ ظهور در دلیل لفظی می‌گردد و حجیت ظهور نیز در جای خود به اثبات رسیده است (صدر، ۵۵/۱).

و این قاعده در مورد او پیاده نمی‌شود (حسینی عاملی، ۲۰۵/۶ و ۲۰۶). هم‌چنین اگر کسی با حسن نیت به غصب پردازد، مثلاً از کسی مالی را غصب می‌کند برای اینکه از مال آن شخص پاسداری کند که مال را از دستش در نیاورند، در این صورت هرچند شخص، غاصب می‌باشد ولی تشدیداتی که شرع برای غاصب در نظر گرفته است در حق او پیاده نمی‌شود؛ زیرا غاصب برای مصلحت مالک به این کار اقدام کرده و با نیت سوء این کار را نکرده است و قدر متیقن از تشدیدها، غاصبی را در بر می‌گیرد که با نیت سوء و برای مصلحت خودش به غصب اقدام کرده است (صدر، محمد، ۳۳۱/۴).

تمایز مسئولیت غاصب با ضمانت‌های دیگر

یکی از پایه‌های بنیادین برای این قاعده، تمایز میان ضمانت غاصب با دیگر ضمانت‌ها می‌باشد. برخی از فقیهان در یک دیدگاه میان ضمانت و مسئولیت غاصب با دیگر ضمانت‌ها تمایزی قایل نیستند؛ در نتیجه اصل این قاعده را زیر سؤال برده‌اند و به وجود دلیلی که چنین تمایزی را برساند، باور ندارند (خویی، ۱۳۶/۳ و ۱۳۷).

دیدگاه دیگری از محقق خوبی موجود است که ضمانت غاصب با دیگر ضمانت‌ها را یکسان نمی‌شمارد، بلکه آن را از شدیدترین انواع ضمانت‌ها می‌داند (المستند، ۲۳۶/۳). این دیدگاه به مشهور نسبت داده شده است که اگر مال تلف شود باید بالاترین قیمت را پرداخت کند در صورتی که ضامنان دیگر، مسئول منافع از دست رفته عین نمی‌باشند ولی غاصب ضامن منافع نیز می‌باشد (محقق کرکی، ۱۰۱/۵). سخن نخست مرحوم خویی از جهاتی درست به نظر نمی‌رسد و نمی‌توان ضمانت غاصب را مانند دیگر ضمانت‌ها دانست؛ زیرا این ضمانت‌ها از جهاتی با ضمانت غاصب متمایز به نظر می‌رسد؛^۱ در ضمانت غاصب مواردی قابل توجه است: یک- غاصب نسبت به منافع اعم از منافع بهره برداری شده و یا غیر آن ضامن است (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۳۸۱/۲).

دو- اگر غاصب با کار خود باعث افزایش ارزش و قیمت کالا شده باشد، اجرتی ندارد و در صورتی که زیادی عینی صورت نگرفته باشد، برای او چیزی نخواهد بود (محقق حلی، ۷۶۹/۴؛ شهید ثانی، ۵۱/۷ و ۵۲).

^۱ - به همین علت است که فقیهان برای غصب احکام ویژه‌ای را باور دارند که در دیگر ضمانت‌ها وجود ندارد (مقدس اردبیلی، ۴۹۵ و ۴۹۴/۱۰).

سه - هزینه‌های نقل و انتقال و برگرداندن کالا با غاصب می‌باشد (طوسی، المبسوط، ۱۰۱/۳).

در صورتی که در برخی دیگر از ضمانت‌ها این‌ها ضروری نمی‌باشد و یا حداقل برخی از این‌ها لازم نیست؛ برای روشن شدن تفاوت‌ها نمونه‌هایی یادآوری می‌شود:

یک: یابنده شیء گم شده با بهره برداری از آن ضامن است؛ مثلاً اگر چهارپا را سوار شود و یا از شیر، پشم و مانند آن بهره برد، اگر این بهره‌برداری‌ها پس از یک سال گشتن در پی صاحب آن باشد، غرامتی بابت آن‌ها نمی‌پردازد؛ زیرا تنها ضامن عین می‌باشد (ابن ادریس، ۱۱۰/۲)؛ در صورتی که غاصب ضامن منافع بهره برداری نشده نیز می‌باشد.

دو - در بحث پی‌درپی آمدن دست‌ها بر مال غصبی، مالک می‌تواند به هر کدام از افراد که می‌خواهد مراجعه کند که در این صورت شخص غرامت کشیده تنها در صورتی می‌تواند به شخص غاصب فریب‌دهنده مراجعه کند که آگاه از غصبی بودن مال نباشد و اگر آگاه باشد، حق مراجعه ندارد (شهید ثانی، ۲۶۷).

همان‌گونه که دیده می‌شود در اینجا میان شخص غاصب با غیر آن تفاوت گذاشته شده است. هرچند به خاطر اینکه بر مال استیلاء داشته‌اند، هر دو ضامن مال می‌باشند.

سه - در مقبوض به عقد فاسد هرچند ضمانت وجود دارد، ولی در صورتی که مالک آن را مطالبه نکرده است، بر نگهدارنده مال واجب نیست که فوراً به مالک تحویل دهد چه برسد نسبت به هزینه‌های رد که واجب نیست؛ زیرا صرف بودن مال در دست شخص، تصرف حرام به شمار نمی‌آید (خویی، مصباح‌الفقاهه، ۳۹۴/۲).

چهار - امام خمینی (ره) باور دارد در مواردی، مشتری هرچند ضامن عین و منافع بهره‌برداری شده می‌باشد، ولی ضامن منافع بهره‌برداری نشده نمی‌باشد و آن صورتی است که مشتری، انسان متدین به شرع باشد که اگر از باطل بودن معامله آگاه شود بر چنین معامله‌ای اقدام نمی‌کند (البیع، ۲۶۷/۱ و ۲۷۰). در اینجا نیز ضمانت مبیع بر عهده مشتری ثابت شده، ولی ضمانت منافع بهره‌برداری نشده از دوش او برداشته شده است.

پنج - اگر فروشنده، مغبون قرار گیرد خریدار نسبت به مبیع ضامن است و باید آن را برگرداند. حال اگر خریدار بر روی این مبیع کاری انجام دهد که باعث بالا رفتن قیمت آن شود بدون اینکه زیادی در آن به وجود آورده باشد، در این صورت مشتری پس از بازگرداندن مال می‌تواند اجرت کار و عمل خود را خواهان شود (شهید ثانی، ۶۸/۳) در صورتی که

غاصب به خاطر غصب، اجرتی برای کار خود دریافت نمی‌کند.

شش - اگر زمینی را فروشنده فضولی بفروشد و خریدار در این زمین ساختمان بسازد و یا زراعتی بکارد در این صورت مجبور به خراب کردن خانه و کندن زراعت نمی‌شود با اینکه نسبت به زمین ضمانت و مسئولیت دارد در صورتی که غاصب باید در صورت عدم رضایت مالک بر بقای مانند این ساختمان و زراعت، ساختمانی را که در این زمین ساخته خراب کند و زراعتی را که کاشته است، بکند (اراکلی، ۶۳/۱؛ نووی، ۲۵۶/۱۴) و حتی اگر این کندن خسارت و نقصانی را بر زمین وارد آورد بر عهده غاصب است که این خسارت را نیز جبران نماید (سیستانی، الفتاوی المیسره، ۲۶۸).^۱

دیدگاه‌ها درباره قلمرو مصداقی و کاربردی قاعده

این قاعده از قواعدی است که درباره آن دیدگاه‌های گوناگونی ارائه شده است به گونه‌ای که برداشت‌های متفاوت از این قاعده در مسائل گوناگون فقهی غاصب، مجرای این قاعده را با دشواری روبه‌رو ساخته است. از گردآوری سخنان فقیهان درباره این قاعده می‌توان قلمرو و کاربرد مصداقی این قاعده را در مواردی ارزیابی کرد:

دیدگاه اول: از این قاعده سخت‌گیری در تاوان‌ها و هزینه‌ها برداشت می‌شود؛ به این معنا که غاصب باید تمامی هزینه‌هایی را که برای انتقال مال به مالک لازم است بپردازد و در این زمینه با او به هیچ عنوان مدارا نخواهد شد و برگرداندن مال هرچند از مشقت و سختی بسیاری برخوردار باشد، بر غاصب لازم است؛ البته تا هنگامی که برتاییدن آن مشقت، ناممکن نشود (مامقانی، ۳۱۹/۲؛ صدر، محمد، ۳۱۳/۷)؛ بنابراین ادله نفی حرج و ضرر از شخص غاصب روگردان هستند (امام خمینی، البیع، ۵۱۱/۲). از این نگاه هرچند غاصب مجبور شود چندین برابر قیمت مال غصبی را هزینه کند تا بتواند آن را به مالک برگرداند باید این کار را

^۱ - بر درستی این دیدگاه که غاصب باید این زراعت کاشته شده را بکند و ساختمانی را که ساخته خراب کند چند دلیل می‌توان آورد: نخست: شیء غصبی احترام و حرمت ندارد (شهید ثانی، *الروضه البهیة*، ۳۳۷). این علت را می‌توان از مضمون صحیحی ابی وکاد به‌دست آورد که از امام صادق (ع) می‌پرسد: با مقداری درهم برای حیوان غصبی علفه خریدم آیا می‌توانم پولش را بگیرم؟ امام (ع) در پاسخ می‌فرماید: خیر؛ زیرا تو غاصب به‌شمار می‌آیی «لا لائک غاصب» (کلینی، ۲۹۱/۵) از این تعلیل به‌دست می‌آید که غاصب احترامی ندارد و کارهایی که بر روی شیء غصبی کرده نیز دارای احترام نمی‌باشد. بر اساس روایت دیگری که می‌فرماید: برای کاشت ظالم حقی وجود ندارد (حرعاملی، ۳۸۸/۲۵) نیز برای ساختمان و زراعت غاصب که ظالم به‌شمار می‌آید، ارزشی نیست. دوم: بر اساس قاعده اقدام می‌توان گفت: غاصب با تصرف در مال غصبی [و کاشت زراعت و ساختن ساختمان] بر ضرر خود اقدام کرده است (مصطفوی، ۵۷)؛ زیرا می‌داند در زمینی دارد این کار را انجام می‌دهد که مالک آن نیست و هر لحظه این امکان وجود دارد که مالک زمین خود را بخواهد و بر غاصب واجب است زمین را از اموال غیر، تخلیه کند.

انجام دهد (رشتی، ۳۱۹). نجفی که از طرفداران این دیدگاه است برای این قاعده قیدی می‌آورد که این قاعده را تنها در برگرداندن عین مال باید جاری دانست که غاصب باید هرگونه سختی و دشواری را تحمل کند، ولی اگر قرار باشد مثل مال را برگرداند در این صورت این قاعده پیاده نمی‌شود و دیگر نمی‌توان حکم کرد که غاصب باید هرگونه سختی و مشقت را در تحویل آن بر خود تحمل کند (۹۹/۳۷ و ۲۱۹). همان‌گونه که پیش از این آمد اهل سنت درباره این قاعده به بحث پرداخته و در بحث غصب مانند همین دیدگاه یاد شده را برگزیده‌اند؛ مثلاً نووی باور دارد که در مانند برده غصب شده فراری بر غاصب لازم است که آن را برگرداند و هزینه‌های برگرداندن آن نیز بر دوش غاصب است هرچند این هزینه‌های برگرداندن، چندین برابر قیمت خود برده باشد (نووی، ۲۳۸/۱۴).

دیدگاه دوم: این قاعده می‌رساند چنانچه برگرداندن مال غصبی به تلف شدن اموال غاصب بینجامد، در این صورت باز واجب است اصل مال برگردانده شود هرچند غاصب را دچار ضرر و عسر و حرج می‌کند (نجفی، ۸۱/۳۷؛ لاری، ۵۲۰/۱). برگرداندن اصل مال غصبی تا آن‌جا پیش رفته است که اگر غاصب با نخ غصبی زخم خود را بخیه کرده باشد که کندن آن دشوار است و به تلف نمی‌انجامد می‌توان او را بر اساس همین قاعده مکلف به کندن کرد چون او علیه خود بر ضرر اقدام کرده است و در ضرر دلیلی بر فرق میان ضرر مالی و غیر آن وجود ندارد (نجفی، همان). امام خمینی (ره) در بحث برگرداندن مال غصبی که به تلف شدن مال غاصب بینجامد در دیدگاهی این نظر را که «برگرداندن مال غصبی به هر اندازه‌ای که سبب تلف شدن مال غاصب شود بر اساس قاعده الغاصب یؤخذ بأشقی الأحوال، واجب است» با قواعد سازگار می‌داند (البیع، ۶۵۷/۱).

دیدگاه سوم: بر پایه این دیدگاه، مالک حق دارد در هر صورت مال خود را از غاصب که از دادن آن خودداری می‌کند بگیرد هر چند این گرفتن مال به از دست دادن جان غاصب بینجامد، البته به شرط اینکه به گونه دیگری نتوان مال را گرفت، مخصوصاً اگر مالک برای حفظ جان خود به آن نیاز دارد (نجفی، ۷۸/۳۷).

دیدگاه چهارم: در این دیدگاه، که البته یک دیدگاه فقهی به‌شمار نمی‌آید بلکه بیشتر یک تلقی عوامانه است، آن چیزی که عرف مردم از این قاعده می‌فهمند بر این پایه است که حتی مصادره اموال شخصی غاصب نیز جایز و روا می‌باشد (منتظری، ۶۸۹/۲).

دیدگاه پنجم: سخت‌تر برخورد کردن با غاصب از جهت منافع مال غصبی است؛ به این

معنا که غاصب باید تمامی منافعی را که از دست رفته است، نیز بپردازد (خیمینی، مصطفی، ۳۸۷/۲ و ۳۸۸) و در تاوان منافع تفاوتی نیست؛ حتی منافع بهره برداری نشده (غیر مستوفات) را نیز ضامن است (جزایری، ۲۶۳/۳؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۴۱۲/۲).

دیدگاه هشتم: بر اساس قرآن به تنگ دست مهلت داده می‌شود تا بدهکاری خود را بپردازد (بقره/۲۸۰).^۱ مقصود از سخت‌ترین برخورد با غاصب آسان‌گیر نبودن در مطالبه مال از او است و فرقی نمی‌کند دارا یا نادار باشد، او در حکم شخص دارا می‌باشد که تنبیه و ریختن آبرویش روا می‌باشد (خویی، ۴/۵۵۰)؛ بنابراین در کیفیت گرفتن مال از غاصب با شدت و تندی برخورد می‌شود (آملی، ۷۱/۱۱؛ نائینی، ۱۴۸/۲).

دیدگاه هفتم: سخت‌گیری در محافظت و نگهداری مال غصبی است. یعنی یکی از واجبات بر غاصب محافظت و نگهداری مال برای صاحبش است، حتی اگر این نگهداری موجب ضرر و حرج شود و هزینه‌های زیادی را برتابد (صدر، محمد، ۷/۳۱۴).

دیدگاه هشتم: از شئون قاعده این است که موازین قضا در مورد غاصب پیاده نمی‌شود و دادگاه از او چیزی درخواست نمی‌کند، بلکه قسم و بی‌ینه متوجه شخص مالک می‌شود با اینکه به صورت معمولی تنها یک کدام از این‌ها متوجه شخص می‌شود و هر دو به یک نفر تعلق نمی‌گیرد (یزدی، ۱۰۵/۱؛ ابروانی، ۱۰۲/۱؛ روحانی، ۱۶/۴۴۴).

نقد و بررسی

از آنجا که نخستین مطرح‌کننده این قاعده جناب فخر المحققین می‌باشد باید به استنادهایی که ایشان کرده است نگریست و برخی دیدگاه‌های ارائه شده را با آن‌ها سنجد تا درستی و نادرستی این دیدگاه‌ها روشن گردد. شیخ طوسی بر این باور است که اگر غاصب شیء مثلی را تلف کند و مال باخته در جا و مکانی دیگر آن را خواهان شود، چنانچه جابه‌جایی آن کالا هزینه‌بر باشد و قیمت کالا در دو مکان متفاوت باشد، مال باخته می‌تواند قیمت مکان غصب را بگیرد یا اینکه صبر کند و در مکان غصب آن را دریافت کند؛ زیرا این جابه‌جایی دارای هزینه و ضرر برای غاصب است (طوسی، المبسوط، ۷۶/۳). فخر المحققین این دیدگاه را بر نمی‌تابد و در تعارض ضرر مالک با ضرر غاصب حق مالک را مقدم می‌دارد و

^۱ - وَإِنْ كَانَ ذُو عَثْرَةٍ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْمَنَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ.

دلیل آن را سخت‌ترین برخورد با غاصب می‌داند (۱۷۶/۱۲).

از این نگاه، دیدگاه نخست درباره برداشت از این قاعده درست به نظر می‌رسد و از آنجا که غاصب با غصب خود، دچار ظلم و تعدی شده است، بنابراین باید سختی‌ها و دشواری‌هایی را که برای برگرداندن مال لازم است متحمل شود و همه پرداختی‌های را که بایسته است، بپردازد.

دیدگاه دوم نیز از سخنان فخر المحققین برداشت می‌شود، زیرا ایشان باور دارد که مالک می‌تواند تخته خود را که غاصب غصب نموده و در مانند کشتی به کار برده است، حتی در وسط دریا تقاضا کند هرچند این کار به تلف شدن اموال غاصب که در کشتی است بینجامد؛ زیرا با غاصب به سخت‌ترین حالت برخورد می‌شود و احترام اموال او با تجاوزش از بین رفته است. البته اگر به شکلی ممکن باشد که اخذ عین کرد بدون اینکه مال غاصب تلف شود همان راه را باید برگزید (فخر المحققین، ۱۸۷/۲).

هرچند این برداشت با قواعد سازگار است؛ زیرا غاصب با غصب بر ضرر علیه خود اقدام کرده و مالی را به کار برده است که می‌داند برای شخص دیگری است و با آمدن مالک مجبور است آن را برگرداند ولی پایبندی به آن دشوار است؛ زیرا هدف غاصب با غصب این است که با گردآوری اموال دیگران اقدام بر ضرر آن‌ها بکند و نه اینکه علیه خود اقدام بر ضرر کند (حایری، ۳۰۹ و ۳۱۰). دوم در چنین مواردی چگونه حکم به اتلاف مال غاصب می‌شود با اینکه با کاربرد شیء غصبی در مانند ساختمان و یا کشتی، دادن عین متعذر عرفی است هرچند عقلاً متعذر نباشد و با تعذر عرفی، بدل حیلوله ثابت می‌شود (خویی، مصباح الفقاهة، ۲۱۲/۳) البته آن شیء غصبی در ملکیت مالکش باقی می‌ماند (بجنوردی، ۹۴/۴). سوم: این استدلال که غاصب با غصب خود ضرر بر خودش وارد کرده است پس این‌گونه اقدام بر ضرر را در اموال نمی‌توان با ادله نفی ضرر برطرف کرد، درست نیست؛ زیرا تضييع مال توسط مالک (غاصب) جایز نیست بلکه این حق را دارد که به دیگری منتقل کند. بنابراین اقدام شخص غاصب بر کاری که موجب تضييع و فساد مالش باشد از سوی شارع امضا نشده است (مکارم شیرازی، ۱۰۹/۱).

دیدگاه سوم را نیز نمی‌توان برتافت و به این قاعده بر گرفتن جان غاصب توسط مالک در راه بازگرداندن مال استناد کرد؛ زیرا دفاع از مال را برخی از فقیهان واجب ندانسته‌اند (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳۴۸/۹ و ۳۴۹)؛ دوم اینکه ادله دفاع تنها زمانی قتل متجاوز را به اثبات می‌-

رسانند که مال در دست مالک باشد و ظالمی بخواهد آن را از دست او درآورد؛ مخصوصاً اینکه در روایات برای کشتن مهاجم و دزدی که وارد خانه شخص می‌شود، مجوز صادر شده است^۱ و در فرض بحث، مال در دست غاصب می‌باشد و مالک مهاجم است و می‌خواهد مال را به هر صورتی از دست غاصب درآورد، پس دفاع صدق نمی‌کند. بنابراین برای روا بودن کشتن غاصب برای مالک در راه باز پس‌گیری مال، دلیلی وجود ندارد؛ افزون بر این، به سبب اهمیت والای پاسداری از خون در شریعت اسلامی، باید در موارد مشکوک احتیاط کرد (مصطفوی، القواعد، ۵۳۴).

دیدگاه چهارم نیز درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا هیچ دلیل و مجوزی برای دست‌اندازی بر اموال غاصب که از راه مشروع به دست آورده است، وجود ندارد و از سوی شرع این فهم عرفی (مطرح شده در دیدگاه چهارم) نه تنها معتبر دانسته نشده است که این دست‌درازی به اموال با قاعده حرمت تصرف در اموال دیگران ناسازگار شناخته شده است.^۲

دیدگاه پنجم درست به نظر می‌رسد؛ زیرا غاصب با تصرف خود مالک را از بهره برداری از منافع و تولیدات باز داشته و پیوند او با مالش را بریده است در نتیجه از باب تسبیب در اتلاف ضامن منافی است که بر مالک تلف کرده است. در منافع غیر مستوفات نیز فوت و از دست رفتن منافع به غاصب مستند است؛ وی بر عین استیلاء پیدا کرده و مالک را از بهره‌برداری از منافع عین مال باز داشته است به گونه‌ای که دیگر مالک توانایی تصرف در مالش را ندارد. به دیگر سخن، غاصب ضامن مال غصبی به همراه تمام ویژگی‌های شخصی و نوعی آن است؛ زیرا سیره عقلا دلالت می‌کند بر اینکه وقتی کسی از روی قهر و ستم بر مال دیگری دست‌اندازی کند، باید آن را با تمام خصوصیاتش به مالک برگرداند و منافع مال از شئون و خصوصیات مال به‌شمار می‌آید که در این جهت، فرقی میان مستوفات و غیر مستوفات نیست (خویی، مصباح الفقاهة، ۱۱/۲ و ۱۲).^۳

^۱ - قال الباقر (ع) لِمَنْ سَأَلَهُ أَنْ اللَّصُّ يَدْخُلُ فِي بَيْتِي يُرِيدُ نَفْسِي وَ مَالِي قَالَ أَقْتُلْ فَأَشْهَدُ اللَّهَ وَ مَنْ سَمِعَ أَنْ دَمَهُ فِي غُتْفِي (كليني، ۵۱/۵). و قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع): إِذَا دَخَلَ عَلَيْكَ اللَّصُّ الْمُخَارِبُ فَأَقْتُلْهُ فَمَا أَصَابَكَ فَدَمُهُ فِي غُتْفِي (حر عاملي، ۱۲۱/۱۵).

^۲ - عن النبي (ص): لَا يَجِلُّ مَالٌ أُثِرِيَ مُسْلِمًا إِلَّا بِطَبِيبَةٍ نَفْسٍ مِنْهُ (مفيد، ۱۴۰).

^۳ - پیش از این گفته آمد بنابر دیدگاه برخی از فقیهان می‌توان ضمان در منافع غصب را مطلق دانست که هم منافع استیفاء شده و هم غیر آن را در بر گیرد ولی در برخی از ضمانت‌ها مانند مقبوض به عقد فاسد، دلیلی بر ضمانت منافع استیفاء نشده وجود ندارد؛ زیرا ادله، یارای اثبات ضمان در این قسم از منافع را ندارند و دیگر اینکه بر اساس قاعده «ما يضمن بصحیحه يضمن بفاسده و ما لا يضمن بصحیحه لا يضمن بفاسده» از آنجا که بیع صحیح، منافع فوت شده بدون استیفاء را در پی ندارد زیرا مجاناً ملک مشتری به‌شمار رفته است، فاسد آن نیز ضمانت این چنین منافی را خواهان نمی‌باشد (خویی، مصباح الفقاهة، ۴۰۹-۴۱۹). از دیگر مواردی که فقیهان ضمانت بر منافع را ثابت نمی‌دانند زمانی است که کسی فرد آزادی مانند صنعتگری را بازداشت و حبس کند. از آنجا که فرد آزاد مال به‌شمار نمی‌آید تا در مورد او غصب صدق

دیدگاه ششم که به کیفیت و چگونگی برخورد با غاصب بر می‌گردد، نیز درست بوده و از سوی فقیهانی معتبر شناخته شده است؛ بنابراین اگر نیاز به برخورد شدید با غاصب شد که به اموری نظیر شکنجه او و یا ریختن آبروی او انجامید، این برخورد روا می‌باشد (مصطفوی، فقه المعاملات، ۳۴۵)؛ بنابراین در نظر گرفتن کیفرهایی برای غاصب از سوی حکومت اسلامی می‌تواند از برداشتهایی باشد که از سوی شارع معتبر شناخته شده است. یکی از ادله‌ای که این دیدگاه را تأیید می‌کند، روایتی از پیامبر (ص) می‌باشد که می‌فرماید: به تأخیر انداختن (امروز و فردا کردن) بدهی شخص دارا و توانمند، آبروی وی را بازیچه و عقوبتش را آسان می‌کند، مادامی که بدهیش در چیزهایی نباشد که خداوند آن‌ها را ناپسند می‌دارد (حر عاملی، ۳۳۴/۱۸).^۱ شیخ طوسی مقصود از عقوبت را در این روایت مانند تعزیر و حبس می‌داند (۲۷۷/۲) و ریختن آبروی چنین کسی که از پرداخت حقوق اشخاص خودداری می‌کند، روا می‌باشد.

از آنجا که غاصب بر اساس قاعده «علی الید» موظف است مال را به مالک برگرداند و تا زمانی که آن را نداده است، باید از آن نگهداری کند در این صورت تا زمانی که آن را برنگردانده است باید آن را برای صاحبش نگه دارد هرچند این نگهداری هزینه بر باشد؛ زیرا او خود را با دست اندازی بر مال دیگران در ضمانت قرار داده است؛ در نتیجه برداشت هفتم از قاعده درست می‌باشد و سخت‌گیری بر غاصب به این معنا تفسیر شود که هزینه‌های نگهداری مال بر دوش غاصب قرار گیرد هرچند از خود مال بیشتر شود.^۲

دیدگاه هشتم نیز درست نیست و این‌گونه نیست که بتوان به صورت مطلق و در همه جا غاصب را از قواعد و ضوابط باب قضا استثنا کرد (خمینی، البیع، ۶۱۳/۱)؛ زیرا قاعده عمومی در روایات این است که مدعی باید بینه بیاورد و منکر موظف است، قسم بخورد (کلینی، ۱۵۰/۷).^۳ یکی از دعوایی که ممکن است میان غاصب و مالک روی دهد بر سر قیمت کالای تلف شده در دست غاصب می‌باشد که بسیاری از فقیهان گفته‌اند: غاصب قسم می‌خورد و

کند در نتیجه منافع او که استیفاء نشده باشد نیز در استیلائی دیگران در نمی‌آید تا در مورد آن اتلاف صدق کند (ابن فهد حلی، ۴۹/۴، نجفی، جواهر الکلام، ۳۹/۳۷ به بعد؛ محقق سبزواری، ۶۳۴/۲؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۱۵۶۷).

^۱ - قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): لِيُؤْجَدِ بِالَّذِينَ يُجْلُ عِرْضَهُ وَ عَقُوبَتُهُ مَا لَمْ يَكُنْ دَيْنُهُ فِيمَا يَكْرَهُ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ.

^۲ - در مانند مقبوض به عقد فاسد می‌توان گفت: در برخی از مصادیق آن برگرداندن مال فوری نمی‌باشد مانند اینکه قابض از برگرداندن مال ابایی ندارد و مالک نیز آن را مطالبه نمی‌کند. از آنجا که تنها تخلیه بین مال و مالک بر قابض واجب است برگرداندن آن فوری نمی‌باشد و هزینه رد نیز بر دوش او نمی‌باشد (خویی، مصباح الفقاهه، ۲۱/۳ و ۱۲۲). حال در این صورت می‌توان گفت: هزینه‌های معمولی نگهداری این مال بر عهده قابض نمی‌باشد تا چه برسد به اینکه بتوان هزینه‌های گراف و فراوان را نیز بر دوش او گذاشت.

^۳ - قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَ الْيَمِينُ عَلَى مَنْ ادَّعِيَ عَلَيْهِ.

قولش مقدم می‌شود (طوسی، ۱۰۱/۳؛ ابن ادریس، ۴۹۰/۲، شهید ثانی، الروضه البهیة، ۵۸/۷؛ نجفی، جواهر الکلام، ۲۲۵/۳۷). این دیدگاه نه تنها در میان شیعه طرفداران بسیاری دارد که در میان اهل سنت نیز اتفافی می‌باشد و ادله‌ای مانند اصل برائت ذمه غاصب از مقدار زیادی، این دیدگاه را تأیید می‌کند (شراره، ۲۴۹ و ۲۵۰).

بررسی قاعده از نگاه حقوق و قوانین

قانون مدنی ایران از ماده ۳۰۸ تا ۳۲۷ به غصب و احکام آن اختصاص یافته است. در ماده ۳۰۸ در تعریف غصب آمده است: «غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است». در برخی از مواد قانون مدنی می‌توان ریشه‌هایی از قاعده «الغاصب یؤخذ باسحق الاحوال» را جویا شد.

در ماده ۳۱۳ آمده است: «هرگاه کسی در زمین خود با مصالح متعلق به دیگری بنائی را بسازد یا درخت غیر را بدون اذن مالک در آن زمین غرس کند صاحب مصالح یا درخت می‌تواند قلع یا نزع آن را بخواهد مگر اینکه به اخذ قیمت تراضی نمایند». آن گونه که در این ماده آمده مالک باید ساختمانی را که با مصالح دیگران ساخته است خراب کند. این خراب کردن افزون بر خسارت به خود موجب از میان رفتن هزینه‌های مصرفی برای بنای ساختمان نیز خواهد شد. این نگاه بر اساس همان اصول بنیادین در قاعده تفسیر می‌شود که برای کار غاصب، هزینه‌های مصرفی او و اموالش ارزشی نمی‌باشد و با او سخت‌ترین برخورد می‌شود.^۱ به موجب ماده ۳۱۴ عمل غاصب که موجب زیادی غیر عینی و افزونی قیمت مال غصبی شده است ارزش و احترامی ندارد که این می‌تواند مصداق دیگری از برخورد سخت با غاصب باشد. در این ماده آمده است: «اگر در نتیجه عمل غاصب قیمت مال مغضوب زیاد شود غاصب

^۱ - در ماده ۱۶۴ از قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) آمده است: هرگاه در ملک مورد تصرف عدوانی، متصرف پس از تصرف عدوانی، غرس اشجار یا احداث بنا کرده باشد، اشجار و بنا در صورتی باقی می‌ماند که متصرف عدوانی مدعی مالکیت مورد حکم تصرف عدوانی باشد و در ظرف یک ماه از تاریخ اجرای حکم، در باب مالکیت به دادگاه صلاحیت دار دادخواست بدهد. همچنین در ماده ۱۶۵ همین قانون آمده است: در صورتی که در ملک مورد حکم تصرف عدوانی زراعت شده باشد، اگر موقع برداشت محصول رسیده باشد متصرف عدوانی باید فوری محصول را برداشت و اجرة المثل را تادیه نماید. چنانچه موقع برداشت محصول نرسیده باشد، چه اینکه بذر روییده یا نرویده باشد محکوم له پس از جلب رضایت متصرف عدوانی مخیر است بین اینکه قیمت زراعت را نسبت به سهم صاحب بذر و دسترنج او پرداخت کند و ملک را تصرف نماید یا ملک را تا پایان برداشت محصول در تصرف متصرف عدوانی باقی بگذارد و اجرة المثل را دریافت کند. همچنین محکوم له می‌تواند متصرف عدوانی را به معدوم کردن زراعت و اصلاح آثار تخریبی که توسط وی انجام گرفته مکلف نماید. تبصره: در صورت تقاضای محکوم له دادگاه متصرف عدوانی را به پرداخت اجرة المثل زمان تصرف نیز محکوم می‌نماید. همان‌گونه که در این دو ماده دیده می‌شود معدوم کردن زراعت و اصلاح آثار تخریبی می‌تواند برآیند همان قاعده اخذ غاصب به سخت‌ترین برخورد با وی باشد.

حق مطالبه قیمت زیادی را نخواهد داشت مگر اینکه آن زیادتی عینی باشد که در این صورت، عین زائد متعلق به خود غاصب است».

از احکامی که برای غاصب به اثبات رسید برگرداندن منافع (بهره برداری شده و بهره برداری نشده) به مالک است. این امکان وجود دارد که منفعی که غاصب از مال بهره برداری کرده باشد از معادل ارزش روز منافع استیفا شده بیشتر باشد. برای نمونه فردی زمین زراعتی را در طول یک سال غصب می‌کند و درآمد هنگفتی از این زمین عایدش می‌شود حال آیا باید تنها اجرة المثل اجاره زمین را پردازد که منفعت روز زمین است یا اینکه هرچه را از این زمین به دست آورده است باید پردازد؟ در تفسیر ماده ۳۱۱ که غاصب را مکلف به پرداخت مثل یا قیمت کرده است این دیدگاه وجود دارد که غاصب نباید از عمل غاصبانانه نفعی بدست آورد. با توجه به ماده ۳۲ و ۳۳ قانون مدنی^۱ می‌توان به دست آورد که نمائات، سودها و منفعی که از زمین غصبی برای غاصب حاصل شده است به صورت کامل باید به مالک برگردانده شود و این تنها اجرة المثل نیست که به غاصب برگردانده می‌شود (ساردوئی نسب، ۴۲-۴۳). این نحوه برخورد با غاصب همان سخت‌ترین برخورد با غاصب است که تلاش‌ها، سرمایه‌گذاری‌ها و وقت گذاشته شده توسط غاصب برای دستیابی به این درآمد هنگفت را بی‌حاصل دانسته و برای آن ارزشی قائل نشده است. در تبصره ۴ ماده ۲ از قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ مقرر می‌دارد: وزارت نیرو در صورتی که اعیانی‌های موجود در بستر و حریم آن‌ها و رودخانه‌ها و کانال‌های عمومی و مسیل‌ها و مرداب و برکه‌های طبیعی را برای امور مربوط به آب یا برق مزاحم تشخیص دهد به مالک یا متصرف اعلام خواهد کرد که ظرف مدت معینی در تخلیه و قلع اعیانی اقدام کند و در صورت استنکاف وزارت نیرو با اجازه و نظارت دادستان یا نماینده او اقدام به تخلیه و قلع خواهد کرد. خسارات به ترتیب مقرر در مواد ۴۳ و ۴۴ این قانون تعیین و پرداخت می‌شود. این قانون در صورتی است که متصرف سند داشته باشد و پیش از اعلام بستر و حریم تصرفاتی کرده باشد ولی اگر متصرف غاصب پس از اعلام حریم و بستر اقدام به غرس کرده باشد، غاصب شمرده می‌شود و موظف است که خود قلع و قمع کند و در غیر این صورت قلع و قمع خواهد شد و خسارتی نیز به او داده

^۱ - ماده ۳۲: تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیرمنقوله که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد، بالتبع، مال مالک اموال مزبور است. ماده ۳۳: نما و محصولی که از زمین حاصل می‌شود، مال مالک زمین است، چه به خودی خود روییده باشد یا به واسطه عملیات مالک، مگر این که نما یا حاصل، از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد، که در این صورت، درخت و محصول، مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.

نمی‌شود که این مطابق با قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال» خواهد بود. بنابراین این ضابطه و قاعده فقهی مستند برخی از قوانین قرار گرفته که قانونگذار آن را رعایت کرده است.

دستاوردهای پژوهش

از سخنان پیش گفته به نتایجی دست یافته می‌شود که عبارتند از:

- ۱- این قاعده از قواعدی است که ریشه‌های عمیقی دارد و در اهل سنت و شیعه مورد استفاده قرار گرفته است؛ افرادی مانند شیرازی و ماوردی از گذشتگان اهل سنت و علامه حلی و فخر المحققین در شیعه در پایه‌ریزی آن کوشش فراوان کرده‌اند.
- ۲- روایات، مذاق شریعت، شهرت، بنای عقلا، مناسبت حکم و موضوع می‌توانند حجیت این قاعده را به اثبات برسانند.
- ۳- مسئولیت غاصب در مواردی مانند پرداخت بالاترین قیمت کالا، منافع مال، هزینه‌های نگهداری کالا و نقل و انتقال آن به مالک، تحویل فوری کالا و کار صورت گرفته از سوی غاصب بر کالا با برخی از ضمان‌های دیگر متفاوت است.
- ۴- قلمرو مصداقی و کاربردی قاعده در برخی جاها ظاهر می‌شود:
 - یک- هزینه‌های نقل و انتقال کالا هرچند با سختی همراه باشد، بر عهده غاصب است.
 - دو- تاوان همه منافی که از دست مالک رفته است اعم از منافع بهره بردای شده و یا نشده بر عهده غاصب می‌باشد.
 - سه- به شخص غاصب مهلت داده نمی‌شود هرچند دستش تنگ باشد.
 - چهار- هزینه‌های نگهداری مال غصبی بر غاصب است هرچند از قیمت خود کالا بیشتر شود.
 - پنج- برای شخص غاصب پس از تحویل مال، تعزیر در نظر گرفته می‌شود تا دوباره به این کار اقدام نکند.
- شش- این قاعده در برخی از مواد مانند مواد ۳۱۳ و ۳۱۴ قانونی مدنی، مواد ۱۶۴ و ۱۶۵ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب و در تبصره ۴ ماده ۲ از قانون توزیع عادلانه آب نمود پیدا کرده است.

منابع

- قرآن کریم.
- ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۱ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقایس اللغة*، تحقیق: عبد السلام محمد هارون، مكتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۴۰۴ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد بن فهد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، تحقیق: مجتبی عراقی، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۷ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، نشر الادب الحوزة، قم، ۱۴۰۵ق.
- اراکي، محمد علی، *کتاب البيع*، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، قم، ۱۴۱۵ق.
- وردی، علی بن محمد، *الحاوی الكبير فی فقه المذهب الامام الشافعی*، دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۹ق.
- آملی، محمد تقی، *مصباح الهدی فی شرح عروه الوثقی*، بی نا، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۰ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب مکاسب*، تحقیق: لجنة تحقیق تراث الشيخ الاعظم، مجمع الفكر الاسلامی، قم، ۱۴۲۰ق.
- ایران، قانون، *قانون مدنی*، تدوین جهانگیر منصور.
- ایروانی، علی بن عبد الحسین، *حاشیة مکاسب*، چاپخانه رشديه، چاپ دوم، تهران، ۱۳۶۹ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهية*، تصحیح: مهدی مهریزی - محمد حسن درایتی، نشر الهادی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۹ق.
- بروجردی، محمد تقی، *رسالة نخبة الافکار فی حرمان الزوجة من الاراضي والعقار*، جامعه المدرسين، قم، بی تا،
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، *حاشیة مجمع الفائدة والبرهان*، مؤسسة العلامة الوحيد البهبهانی، قم، ۱۴۱۷ق.
- جزایری، محمد جعفر، *هدی مکاسب فی شرح مکاسب*، مؤسسه دار الکتب، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ق.
- جعفری لنگرودی، محمد باقر، *حقوق اسلام*، گنج دانش، تهران، ۱۳۵۸.
- _____، *عناصر شناسی* (واژه عدل)، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۲.

- جوهری، اسماعیل بن حماد، **الصّحاح تاج اللغة و صحاح العربية**، تحقیق: احمد عبد الغفور عطار، دارالعلم للملایین، چاپ چهارم، بیروت، ١٤٠٧ق.
- حایری، مرتضی، **الخمس**، تحقیق: محمّد حسین امراللّهی، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ١٤١٨ق.
- حرّ عاملی، محمّد بن حسن، **وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة**، تحقیق: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، مؤسسه آل البيت، چاپ دوم، قم، ١٤١٤ق.
- حسینی شیرازی، محمّد، **الفقه موسوعة استدلالیة فی الفقه الاسلامی: القانون**، مرکز الرسول الاعظم، بیروت، ١٤١٩ م.
- حسینی مراغی، عبد الفتّاح بن علی، **العناوین**، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ١٤١٨ق.
- حسینی عاملی، جواد بن محمد، **مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة**، چاپ قدیم (احمد بن محمد صادق قمی)، [بی جا]، ١٣٧٥ق.
- خمینی، روح الله، **کتاب البیع (تقریرات)**، تقریر: حسن قدیری، بی جا، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
- _____، **البیع**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، چاپ اول، تهران، ١٤٢١ق.
- _____، **تحریر الوسيلة**، موسسه النشر الاسلامی، قم، بی تا.
- خمینی، مصطفی، **تحریرات فی الاصول**، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران، ١٤١٨ق.
- _____، **تحریرات فی الفقه: کتاب البیع**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی، چاپ اول، تهران، ١٤١٨ق.
- _____، **الخلل فی الصلاة**، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، بی تا.
- خوانساری، احمد، **جامع المدارک فی شرح المختصر النافع**، تعلیق: علی اکبر غفاری، مکتبه الصدوق، چاپ دوم، تهران، ١٣٥٥.
- خوانساری، موسی بن محمد، **منیة الطالب فی شرح مکاسب**، تقریر: محمد حسین نایینی، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، قم، ١٤١٨ق.
- خویی، ابوالقاسم، **المستند فی شرح العروة الوثقی**، تقریر: مرتضی بروجردی، بی نا، قم، بی تا.
- _____، **مصباح الفقاهه**، تقریر: محمّد علی توحیدی، مکتبه الداوری، چاپ اول، قم، ١٣٧٧.
- رافعی، عبد الکریم، **فتح العزیز فی شرح الوجیز**، دار الفکر، بی جا، بی تا.

- رشتی گیلانی، حبیب الله بن محمد علی، کتاب الاجارة، بی نا، بی جا، بی تا.
- روحانی، محمد صادق، فقه الصادق (ع)، مؤسسة دارالکتاب، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۲ق.
- روحانی، محمد صادق، منهاج الفقاهة التعلیق علی مکاسب الشیخ الاعظم، بی نا، چاپ چهارم، بی جا، ۱۴۱۸ق.
- ساردوئی نسب، محمد، «مبانی نظری مسئولیت مدنی متصرف در مال غیر»، فصلنامه مطالعات اسلامی، ش ۷۹- بهار ۸۷، صص ۳۳-۵۹.
- سبزواری، عبد الاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، تحقیق: مؤسسة المنار، مکتبه آیه الله سید السبزواری، چاپ چهارم، قم، ۱۴۱۳ق.
- سیستانی، علی، الفتاوی المیسره، تنظیم از محمد تقی حکیم، مطبعه الفائق، چاپ سوم، بی جا، ۱۴۱۷ق.
- سید رضی، نهج البلاغه، تحقیق محمد عبده، دار الذخائر، چاپ اول، قم، ۱۴۱۲ق.
- شراره، عبد الجبار حمد، احکام الغصب فی الفقه الاسلامی، مؤسسة الاعلمی-دارالتربیه، بیروت-بغداد، چاپ اول، ۱۳۹۵ق.
- شریف کاشانی، حبیب الله، تسهیل المسالك الی المدارک فی رؤوس القواعد الفقهیه، المطبعة العلمیه، چاپ اول، قم، ۱۴۰۴ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، تمهید القواعد الاصولیه، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۱۶ق.
- _____، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تعلیق: محمد کلانتر، دار العالم الاسلامی، بیروت، ۱۴۰۳ق.
- _____، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، مؤسسة المعارف الاسلامیه، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.
- شیرازی، ابراهیم بن علی، المهذب فی فقه المذهب الامام الشافعی، دار الفکر، بیروت، بی تا.
- صدر، محمد، ماوراء الفقه، دارالاضواء، چاپ اول، بیروت، ۱۴۲۰ق.
- صدر، محمد باقر، بحوث فی علم الاصول مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، قم، ۱۴۱۷ق.
- _____، دروس فی علم الاصول، دار الكتاب اللبنانی، چاپ دوم، بیروت، ۱۴۰۶ق.
- صیمری، مفلح بن حسن، غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام، دارالهادی، چاپ اول، بیروت، ۱۴۲۰ق.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۲ق.

طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، تحقیق از علی خراسانی و همکاران، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۷ق.

_____، *المبسوط في فقه الامامية*، تصحيح: محمد تقی كشفى، مكتبة الرضوية، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷ق.

عراقی، ضیاء الدین، *مقالات الاصول*، تحقیق: مجتبی موحدی - منذر حکیم، مجمع الفكر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۰ق.

علّامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، مكتبة المرتضوية، قم، بی تا.

_____، *قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام*، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.

_____، *تحرير الاحكام الشرعية الي مذهب الامامية*، تحقیق: ابراهیم بهادری، مؤسسة الامام الصادق (ع)، چاپ اول، قم، ۱۴۲۰ق.

علم الهدی، علی بن حسین، *الذريعة الي اصول الشريعة*، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۶. علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل، *مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرایند استنباط احکام فقهی*، بوستان کتاب، چاپ اول، قم، ۱۳۹۰.

فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحرير الوسيلة* (الغضب، احياء الموات، المشتركات واللقطة)، مرکز فقهی ائمه اطهار، قم، ۱۴۲۹ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله، *التنقيح الرائع لمختصر الشرائع*، تصحيح: عبد اللطيف حسيني كوهكمري، مكتبة آية الله المرعشي النجفي، چاپ اول، قم، ۱۴۰۴ق.

فخر المحققین، محمد بن حسن، *ايضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد*، تصحيح: حسين موسوي - علي پناه اشتهاردی - عبد الرحيم بروجردی، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، قم، ۱۳۸۹ق.

فراهیدی، خلیل بن احمد، *العین*، تحقیق: مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، مؤسسه دار الهجرة، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۰ق.

کاشف الغطاء، علی بن محمد، *النور الساطع في الفقه النافع*، مطبعة الآداب، نجف، ۱۳۸۱ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الكافي*، تصحيح: علي أكبر غفاري، دار الكتب الاسلامية، چاپ سوم، تهران، ۱۳۶۷.

کوهکمره ای، محمد بن علی حجت، *کتاب البيع*، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۰۹ق.

- لاری، عبد الحسین، *التعلیقة علی المکاسب*، مؤسسة المعارف الاسلامیة، چاپ اول، قم، ۱۴۱۸ق.
- مامقانی، محمد حسن بن عبد الله، *غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب*، مجمع الذخائر الاسلامیة، چاپ اول، قم، ۱۳۱۶ق.
- محقق حلّی، محمد بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تصحیح از محمد حسین عبد العلی بقال، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، ۱۴۰۸ق.
- محقق سبزواری، محمد باقر، *کفاية الاحکام*، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۳ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، قم، ۱۴۱۱ق.
- مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، مرکز کتاب لترجمة والنشر، چاپ اول، تهران، ۱۴۰۲ق.
- مصطفوی، محمد کاظم، *فقه المعاملات*، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۳ق.
- _____، *القواعد: مائة قاعدة فقهية معنی و مدرکاً و مورداً*، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۷ق.
- مفید، محمد بن محمد، *المسائل الصاغانية فی الرد علی ابي حنیفه*، تحقیق: محمد قاضی، دارالمفید، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۳ق.
- مقدّس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان*، تحقیق: مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاردی، حسین یزدی اصفهانی، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهية*، مدرسة الامام امیر المؤمنین (ع)، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۱ق.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه*، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیة، چاپ اول، قم، ۱۴۰۸ق.
- مهریزی، مهدی، «عدالت به مثابه قاعده فقهی»، *نقد و نظر*، بهار و تابستان ۱۳۷۶، صص ۱۸۴-۱۹۷.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات*، تصحیح: مرتضی رضوی، انتشارات کیهان، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۱.
- نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق: عباس قوچانی، دار الکتب الاسلامیة، چاپ دوم، تهران، ۱۳۶۵.
- _____، *مجمع الرسائل*، تحقیق از مؤسسه صاحب الزمان، مشهد، ۱۳۷۳.
- نووی، یحیی بن شرف، *المجموع: شرح المهدب*، دار الفکر، [بیروت]، [بی تا].
- هاشمی شاهروری، محمود، *مقالات فقهية*، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیة، چاپ اول،

بیروت، ١٤١٧ق.

یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم، *حاشیة المكاسب*، مؤسسة اسماعیلیان، (چاپ سنگی)، قم، ١٣٧٨ق.