

الغاصب یؤخذ

بأشقّ الاحوال

○ عبدالله خداابخشی

چکیده

انتظار متعارف آن است که با تشدید آثار عمل یا تغییر نیت مرتکب و سایر عوامل، حکم مرتکبین نیز شدت یابد که این امر را می توان به عنوان یک قاعده، در حقوق و فقه تصور کرد. سؤال این است که آیا می توان به محض این که احساس عمومی بر شدت عمل در وضعیت جدید باشد، حکم را نیز شدیدتر دانست، یا این که این امر در هر مورد نیازمند تصریح شارع یا مقنن است و بدون آن، هر اندازه که شدت و سختی احساس شود، نمی توان حکم شدیدتری را مقرر کرد؟

یکی از موارد مشهور که مورد اقتباس برخی از فقها قرار گرفته و در فروعی از مسایل فقهی به آن استناد شده، اعمال شدت و سخت گیری نسبت به غاصب است که با عبارات مختلفی مانند «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال» بیان می شود. نویسنده در این نوشتار در صدد بررسی مفهوم، قلمرو، موارد استفاده و انعکاس آن در متون فقه، قوانین و روندهای قضایی و سنجش ارزش فقهی و حقوقی آن است.

کلیدواژه‌گان: غصب، غاصب، تشدید مجازات، قوانین وضعی.

احکام وضعی و تکلیفی که پیرامون انجام یا ترك افعال مختلف مطرح می شو، گاه با شدت و سختی همراه است و تحقق برخی شرایط، سبب سخت گیری بیشتر شارع یا مقنن، نسبت به مرتکبین می شود. در فقه و حقوق، از این موارد، بسیار وجود دارد. در حقوق، گفته می شود که اگر شاکی، دست های پاك نداشته باشد، نمی تواند دادگستری را مرجع تظلم خواهی قرار دهد^۱؛ سوءاستفاده کننده از حق، نمی تواند شکوه کند که حق او تضییع شده است؛ کسی که احتمال خطر می دهد و با علم به آن، اقدام می کند از نتایج آن بر حذر نیست^۲؛ شرایط شخص عالم، بسیار دشوارتر از جاهل است^۳ و جاهل مقصر نمی تواند حکم جاهل قاصر را داشته باشد و هکذا؛ در تمام این حالات، رابطه حقوقی به دلایل مختلف، دگرگون است و

1. Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans.

۲. «قَدْ أَعْدَرَ مَنْ حَدَّرَ». ابو جعفر محمد بن یعقوب کلینی، الکافی، ج ۷، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق، ص ۲۹۲.

۳. کسی که مال خود را با علم به این که متصرف غاصب است، به او می دهد. بنابر نظر برخی از فقها، غاصب را بر مال خود مسلط کرده و در صورت تلف شدن، نمی تواند به غاصب رجوع کند: «ثُمَّ إِنَّ هُنَا إِشْكَالًا فِي شُمُولِ الْحُكْمِ بِجَوَازِ تَتَبُّعِ الْعُقُودِ لَصُورَةِ عِلْمِ الْمُشْتَرِي بِالْغَضَبِ، أَشَارَ إِلَيْهِ الْعَلَمَةُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْقَوَاعِدِ وَأَوْضَحَهُ قُطْبُ الدِّينِ وَالشَّهِيدُ فِي الْحَوَاشِي الْمُنْسُوبَةُ إِلَيْهِ، فَقَالَ الْأَوَّلُ فِيمَا حَكَى عَنْهُ: إِنَّ وَجْهَ الْإِشْكَالِ أَنَّ الْمُشْتَرِي مَعَ الْعِلْمِ يَكُونُ مُسَلِّطًا لِلْبَائِعِ الْغَاصِبِ عَلَى الثَّمَنِ؛ وَ لَذَا لَوْ تَلَفَ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ، وَ لَوْ بَقِيَ فِيهِهِ الْوَجْهَانِ، فَلَا يَنْفِذُ فِيهِ إِجَازَةَ الْغَيْرِ بَعْدَ تَلْفِهِ بِفِعْلِ الْمُسَلِّطِ بِدَفْعِهِ ثَمْنًا عَنْ مَبِيعِ اشْتَرَاهُ، وَ مِنْ أَنَّ الثَّمْنَ عَوْضٌ عَنِ الْعَيْنِ الْمَمْلُوكَةِ وَ لَمْ يَمْنَعْ مِنْ نَفْوِذِ الْمَلِكِ فِيهِ إِلَّا عَدَمَ صَدُورِهِ عَنِ الْمَالِكِ، فَلِذَا أَجَازَ جَرَى مَجْرَى الصَّادِرِ عَنْهُ أَنْتَهَى. وَ قَالَ فِي مُحْكِي الْحَوَاشِي: إِنَّ الْمُشْتَرِي مَعَ عِلْمِهِ بِالْغَضَبِ يَكُونُ مُسَلِّطًا لِلْبَائِعِ الْغَاصِبِ عَلَى الثَّمَنِ، فَلَا يَدْخُلُ فِي مَلِكِ رَبِّ الْعَيْنِ» شیخ مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، ج ۳، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ. ق، ص ۴۷۱ و ۴۷۲.

حکمی مقرر می شود که در عین تفاوت، دشوارتر از حکم سابق است و شدت آن، نشان می دهد که تجری مرتکب نیز بیشتر بوده است. فقه نیز با این تحول و حرکت از «تسامح» به سمت «شدت» آشنا است: زنانی زن یا مرد مجرد در مقایسه با زنانی دارای شرایط احصان، سرقت عادی در مقایسه با سرقت موجب حد و تبدیل حکم اصحاب الکبائر از شلاق به اعدام^۴ از جمله مواردی است که شدت حکم در آنها دیده می شود. انتظار متعارف آن است که با تشدید آثار عمل یا تغییر نیت مرتکب و سایر عوامل، حکم نیز شدت یابد که این امر را می توان به عنوان یک قاعده، در حقوق و فقه تصور کرد؛ هر چند موارد استثناء هم دارد. برای مثال، قطع انگشت چهارم زن، حکمی خفیف تر از قطع سومین انگشت دارد^۵.

آیا می توان به محض این که احساس عمومی، بر شدت عمل در وضعیت جدید باشد، حکم را نیز شدیدتر دانست یا در تفسیر قاعده، شدت عمل بیشتری داشت یا این که این امر در هر مورد نیازمند تصریح شارع یا مقنن است و بدون آن، هر اندازه که شدت و سختی احساس شود، نمی توان حکم شدیدتری را مقرر کرد؟ پاسخ به این پرسش، بدون استقرا در موارد متعدد فقهی و حقوقی، منتفی است و به دلیل اصل اولیه که عقوبت یا مجازات در هر مورد نیازمند تصریح است و اینکه مازاد بر مجازات مصرح نیز، خود نوعی مجازات و عقوبت است که اصل مذکور شامل آن می باشد و هم به دلیل پرهیز از تأثیر نگرش های مختلف در وضعیت افراد باید بر آن بود که تغییر حکم از هر مسأله ای به مسأله دیگر، در

۴. «أَصْحَابُ الْكِبَائِرِ كُلُّهَا إِذَا أُقِيمَ عَلَيْهِمُ الْحَدُّ مَرَّتَيْنِ قُتِلُوا فِي الثَّلَاثَةِ». محمد بن علی بن بابویه قمی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج ۴، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۷۲.

۵. ابو جعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی)، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق، ص ۱۸۴.

اختیار افراد و احساس عمومی آنها نیست و واگذار کردن آن به شارع یا مقنن ضرورت دارد؛ حتی مواردی مانند قیاس اولویت نیز، تنها می‌تواند سبب تسری حکم اصل در فرع شود نه این که حکمی شدیدتر را تعیین و برخی محدودیت‌ها را افزون بر حکم اولیه، تقریر کند.

یکی از موارد مشهور که برخلاف رویکرد پیش گفته، مورد اقتباس برخی فقها قرار گرفته و در فروعی از مسایل فقهی به آن استناد شده، اعمال شدت و سخت‌گیری نسبت به غاصب است که با عبارات مختلفی بیان می‌شود. در این نوشتار در صدد بررسی مفهوم، قلمرو، موارد استفاده و انعکاس آن در متون فقه، قوانین و روند قضایی خواهیم بود با این هدف که بتوانیم «ارزش» فقهی و حقوقی آن را به دست آوریم.

گفتار اول - مفهوم، مستندات و تفسیر

۱- مفهوم

غصب، نوعی تجاوز به حریم مورد حمایت دیگران است و در روایات و منابع فقهی، به شدت مورد نهی قرار گرفته است و افزون بر گناه شرعی و مجازات دنیوی، حکم وضعی بی‌چون و چرایی دارد که به مسئولیت مطلق^۶ موسوم است و هر گونه رابطه سببی را برای تحقق ضمان، کنار می‌گذارد و تعهد غاصب را فراتر از «تعهد به نتیجه» قرار داده و سبب می‌شود که قوه قاهره نیز او را از مسئولیت، معاف نکند و در هر حال باید از عهده خسارت برآید. غصب، حد و اندازه‌ای نمی‌شناسد و از اندک نخی که برای ترمیم لباس استفاده می‌شود تا تصرف منزلی وسیع، مورد مذمت است و در حکم نیز، هیچ فرقی میان آنها نیست و ضمان عین و منافع بر عهده غاصب قرار

6. Absolute Liability.

می‌گیرد، بدون این که زحمات او در مورد مال غصب شده جبران شود.^۷

گذشته از غصب به مفهوم خاص که همراه با عدوان و قصد استیلائی نامشروع در مال دیگران است، فقها از الحاق مواردی دیگر مانند معاملات فاسد نیز یاد کرده و آنها را در حکم، همانند غصب دانسته‌اند. قبیح عقلی و اخلاقی غصب باعث شده است تا در منابع فقهی، یک مطلب با عبارات مختلفی مانند «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال»^۸، «الغاصب یؤخذ باشد الاحوال»^۹، «الغاصب علی اشقّ الاحوال»^{۱۰}، «الغاصب بأخسّ الاطوار»^{۱۱} و «الغاصب یؤخذ بأخسّ احواله و اشقّها علیه و المالك بأجود الأحوال له»^{۱۲}، منعکس شود و در مقابل، عباراتی مانند «الغاصب یؤخذ بأعدل الأحوال»^{۱۳}، از سوی برخی دیگر از فقها، برای تعدیل اشقّ الاحوال، مطرح شده است.

۷. «مَنْ خَانَ جَارَهُ شَبْرًا مِنْ الْأَرْضِ جَعَلَهُ اللَّهُ طَوْقًا فِي عُنُقِهِ مِنْ تُخُومِ الْأَرْضِ السَّابِعَةِ حَتَّى يَلْقَى اللَّهَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مُطَوَّقًا إِلَّا أَنْ يَتُوبَ وَيَرْجِعَ»؛ «الْحَجَرُ الْعَصْبُ فِي الدَّارِ رَهْنٌ عَلَى خَرَابِهَا». محمد بن حسن بن علی، (حرر عاملی)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ج ۲۵، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ. ق، ص ۳۸۶.
۸. شیخ اسد الله کاظمی تستری، مقابس الانوار و نفاثات الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار، مطبعه ماکتبه، ۱۳۲۲ هـ. ق، ص ۱۳۱.
۹. میرزا هاشم آملی، مجمع الافکار و مطرح الانظار، المطبعة العلمية، چاپ اول، ۱۳۹۵ هـ. ق، ص ۱۶۱.
۱۰. ابو القاسم بن محمد حسن (میرزای قمی)، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، مؤسسه کیهان، و ج ۲، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۲۶۰ و ۲۹۸.
۱۱. سید ابو القاسم موسوی (خویی)، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۴، مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۳۸۴، ص ۳۲۳ و ۳۲۴.
۱۲. جواد بن محمد حسینی (عاملی)، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۲، دفتر انتشارات اسلامی و وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق، ص ۶۱۴.
۱۳. سید محمد بن علی حجت (کوه کمری)، کتاب البیع، دفتر انتشارات اسلامی و وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ هـ. ق، ص ۲۰۶.

احساس عمومی بر آن است که در مورد سارق، متجاوزان به املاک دیگران و سایر غاصب‌ها، باید سخت گرفت و از هر گونه مدارا با آنها پرهیز کرد؛ بلافاصله مال را از آنها گرفت و منتظر نتیجه حکم دادگاه نشد^{۱۴}؛ هزینه‌های نقل مال مغضوب را از آنها اخذ کرد؛ در مورد امکان تلف شدن اموال غاصب، دلسوزی نداشت؛ از نظر قواعد دادرسی، نهایت تساهل را با مغضوب^{۱۵} منه و نهایت سختی را با غاصب به عمل آورد و به طور کلی، باید غاصب را در موقعیتی قرار داد که کمترین سودی از کار خود نبرد و نگران خسران یا زیان او نیز نباشد. بسیاری از قواعد حقوقی و فقهی غصب، کاملاً با این رویکرد هماهنگ هستند و ممکن است با استقرا در این قواعد، چنین تلقی شود که عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال»، امری مورد تأیید شارع و مقنن است و استناد برخی از فقها به آن، موجه است، اما توجه به چند نکته ما را از چنین نتیجه‌گیری برحذر می‌دارد و اصل و اساس این عبارت را مورد تردید جدی قرار می‌دهد:

۱- آیا احکام غصب، مصادیقی از قواعد شدید و سخت‌گیرانه هستند؟ یا این احکام، از وجود چنین قواعدی خبر می‌دهند؟ به عبارت دیگر، آیا احکام سخت‌گیرانه غصب، «مصادیقی» از عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال» هستند و می‌توان دیگر احکام غصب را نیز بر اساس ملاک شدت و سخت‌گیری بر غاصب، به دست آورد و در مقام تفسیر، جانب آن احکام را تقویت کرد یا این که احکام غصب، سبب تأیید آن عبارت شده‌اند و با وجود این احکام است که چنان قاعده‌ای تحقق پیدا کرده است؟ آیا عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال»، اصل است و احکام مصرح غصب از آن ناشی شده‌اند یا این که با جمع‌آوری و استقرای تمام احکام غصب عبارت مذکور در نظر فقیه و حقوق‌دان، مسلم شده است؟ بدیهی است که اگر مورد اول باشد، می‌توان سایر احکام غصب را که به صراحت در روایات نیامده یا مورد تردید است، به دست آورد و

۱۴. مضمون ماده ۱۱۱ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (۱۳۷۸/۶/۲۸) و ماده ۱۷۵ این قانون در امور مدنی (۱۳۷۹/۱/۲۱).

اگر حکمی بین شدید بودن و مدارا بودن، دَوْران داشته باشد، حکم شدیدتر که غاصب را بیشتر محدود می کند و به سود مغضوب^{۱۵} منه (مالک) تمام می شود، اعمال کرد. اما اگر قاعده شدت، منشأ احکام غضب نباشد، بلکه خود از آن احکام، منتج شده باشد، دلیلی بر اعمال شدت و سخت گیری بر غاصب وجود ندارد.

۲- برخی از عقود فاسد، احکام غضب را دارند و متون فقهی نیز بر الحاق عقد فاسد به غضب دلالت می کند. اگر متصرف (خریدار) از بطلان قرارداد آگاه نباشد و با حسن نیت اقدام کرده باشد، آیا قاعده شدت در این موارد، از این جهت که ملحق به غضب است، اعمال می شود یا چون نیت غضب و قصد عدوان نبوده، دلیلی بر سخت گیری وجود ندارد و در هنگام دَوْران احکام دشوارتر و سهل تر، باید جانب قدر متیقن را گرفت؟ در این صورت، الحاق عقد فاسد به غضب چه توجیهی دارد؟ آیا عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال»، ویژه غضب به معنی خاص، یعنی تصرف با قصد عدوان است و در تصرفات «در حکم غضب»^{۱۵} اعمال نمی شود و در این صورت، آیا این پرسش مطرح نمی شود که چرا احکام غضب به معنی خاص، در مورد متصرفین با حسن نیت اعمال می شود؟

۲- مستندات

با بررسی منابع فقهی، معلوم می شود که هیچ کدام از منابع چهارگانه (کتاب، سنت، اجماع و عقل) این عبارت را تقریر نکرده اند^{۱۶}؛ مضمون هیچ حدیث یا ۱۵. اگر امری، «در حکم» امر دیگری باشد به این معنی نیست که در تمام قواعد و احکام با آن ماهیت یکسان است و در هر مورد باید علت و حدت حکم را به دست آورد.

۱۶. «ان الظاهر انه ليس خبراً و غالب احکام المغضوب مشترك بين المغضوب و المال المأخوذ بغیر حقّ كالمأخوذ بالعقد الفاسد...» جامع المدارك، ج ۵، ص ۲۱۰؛ محمد حسن بن عبد الله مامقانی، غایة الآمال فی شرح کتاب المكاسب، مجمع الذخائر الإسلامية، ج ۲، چاپ اول، ۱۳۱۶ هـ. ق، ص ۳۱۱.

روایتی نیست و اطلاق دلیل بر آن صحیح نمی باشد^{۱۷}؛ حتی به عنوان مؤید دلایل یا استیناس ذهن نیز مورد حمایت جدی فقها قرار نگرفته است و قرار دادن آن در ردیف یکی از اصول لفظی یا عملی و یا استفاده از اطلاقات ادله نیز در مورد آن، فاقد توجیه و دلیل است^{۱۸}؛ از آنجا که حدیث مرسل نیز تلقی نمی شود تا با شهرت فقها جبران شود، نمی توان به اطلاق آن عمل کرد^{۱۹}؛ معقد اجماع فقها در خصوص برخی احکام نیز تلقی نمی شود و به دلیل مجمل بودن، استناد مستقیم به آن صحیح نیست^{۲۰}. تنها امری که آن را حمایت می کند شهرت میان فقها است^{۲۱}؛ زیرا در مسایل بسیاری از آن یاد کرده اند که در ادامه به آنها اشاره خواهیم داشت. برخی از فقها این عبارت را



۱۷. «قضية الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال ليست حديثاً ولا معقد إجماع معتبر» مهذب الاحكام، ج ۱۶، ص ۲۵۴؛ آیت الله مکارم شیرازی می گویند: «لا دلیل علی اخذ الغاصب بأشق الأحوال كما ذكرنا في محله بل اللازم اجراء العدالة في حقه بحسب ظواهر ادلة الشرع، سواء كان اخف أو أشق»:

<http://www.makarMSi.ORG/Arabic/spuestions/?pid=۲۱۰&gro=۱۸&sw=>

۱۸. «اما قضية الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فلم يعلم أنه حديث أو غيره، و علی ای تقدیر هل یصح الأخذ بإطلاقه أو لا؟ و الكل محل نظر و بحث و مقتضى الاصل عدم سلطنة المالك علی غیر اخذ ماله فضلاً عن فعل الأشق. « مهذب الاحكام، ج ۲۱، ص ۳۱۷.

۱۹. «ليس للغصب حكم خاص به إلا ما أرسل من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و في كونه حديثاً مرسلأ إشكال و علی فرضه فلا بدّ في العمل به من الانجبار و هو مفقود. « مهذب الاحكام، ج ۲۱، ص ۲۹۸.

۲۰. «أن هذه القاعدة، وإن كانت مشهورة علی الألسن، إلّا أنها ممّا لا دليل عليها و لا أصل لها. و الشهرة ان ثبتت عليها، فهي مدرکية لاحتمال أن يكون مدرک القائلین بذلك هو أحد الوجهين الآتیین، یعنی استفادتها من الأخبار، و إذا دخل الاحتمال بطل الاستدلال. « ماوراء الفقه، ج ۷، ص ۳۱۳.

۲۱. «أن ما اشتهر من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال لم يعرف له ماخذ واضح، و علی تقدیر أن يكون له ماخذ أيضاً يمكن حمله علی الضمان أيضاً، كما لا يخفى عليك. « سيد عبد الحسين لاری، التعليقة علی المكاسب، ج ۱، ص ۵۳۵.

معروف بین محصلین می‌دانند^{۲۲}؛ اما برخی دیگر آن را نشأت گرفته از فقه غیر مسلمانان تلقی می‌کنند^{۲۳}. البته قواعدی وجود دارد که هر چند مورد تأیید فقها است، اما مضمون روایتی نیست و در عین حال، استناد به آنها و قراردادن در زمره قواعد عمومی و اصول کلی فقه یا مذهب صحیح است و ممکن است گفته شود که در این موارد نیز همانند عبارت «الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال» نباید به آنها استناد کرده و حکم مسأله را به دست آورد؛ همانند مضمون قاعده «من اتلف مال الغير فهو له ضامن»، اما پاسخ می‌دهیم که این قاعده و موارد دیگر، از قواعد اصطیادی و برگرفته از مضمون روایات مختلف هستند و ما را به قواعد عمومی هدایت می‌کنند، در حالی که عبارت «الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال»، را نمی‌توان دارای وصف عمومی دانست و غاصب را از قواعد فقهی مرسوم و احکام آن، جدا و قواعدی خلاف اصل در مورد

۲۲. «فیجب علی الغاصب رد العین المخصوصة علی المخصوص منه بجمیع منافعها حتی المنافع الفائتة بغیر استیفاء، وإذا تلفت العین انتقل الضمان الی المثل أو القیمة، ولعل هذا المعنی هو المقصود من العبارة المعروفة بین المحصلین من أن الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال. وإلا فلا وجه لها بوجه». سید ابو القاسم موسوی خویی، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، ص ۱۳۹.

۲۳. «لیس للغصب حکم خاص به بل یستفاد حکمه من القواعد العامة الواصلة إلینا فی الضمانات. نعم، قد تذاکر فی الکتب الفقهیة الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال و لم یبین أنه حدیث معصوم أو کلام من غیر المعصوم، و علی الأول هل له سند یعتنی به أو لا؟ و سمعت عن بعض المتفحصین أنها کانت من فقه غیر المسلمین و دخلت فیفقههم و علی أي تقدیر فلا بد من العمل من تطبیقه علی سائر القواعد. «مهدب الاحکام، ج ۲۱، ص ۲۸۹؛ برخی از فقها به منشأ عقلایی بودن این عبارت اشاره دارند: «یمكن الاستدلال له بما دل علی اخذ الغاصب بأشق الأحوال و فی بعض موارد المسألة بما دل علی أنه لیس لعرق ظالم حق کما قیل، فان هذه قواعد عقلائیة قبل أن تكون شرعیة یستند إليها العقلاء فی أمورهم فهی المانع من شمول أدلة لا ضرر لمثل المقام، لا سیما مع ملاحظة ورودها مورد الامتنان الذی یکون الغاصب أجنبیاً عنه»، ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیة، ج ۱، مدرسه امام امیر المؤمنین (ع)، چاپ سوم، ۱۴۱۱ هـ. ق، ص ۱۰۹.

غصب تقریر کرد^{۲۴}. در مورد قاعده اطلاق می توان گفت که در صورت تردید، اصل حرمت مال و منع اضرار به غیر، اجازه استناد را می دهد اما در مورد عبارت «الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال»، چنین سخنی صحیح نیست و هیچ فقیهی، بدون دلیل، به حکم خلاف اصل فتوی نمی دهد، حتی اگر شخص مورد نظر، غاصب باشد. بدین سان در تمسک به این عبارت، باید احتیاط کرد و در صورت تردید، بی گمان باید به قواعد عمومی رجوع کرد.

۳- تفسیر عبارت

با بررسی که نویسنده از کتب فقهای که به این عبارت اشاره کرده اند، به عمل آورده، چهار تفسیر به دست آمده است که در این قسمت آنها را بررسی می کنیم. این تفاسیر به معنی تأیید قاعده از طرف فقها نیست، بلکه اشاراتی است که به مناسبت نفی یا اثبات آن و در لباس مخالف، موافق و متوقف، مطرح کرده اند. برخی از فقها تنها به ذکر آن بسنده کرده و برخی، توضیح اجمالی و مختصر داده اند. بنابراین، مبانی نظری این قاعده، بسیار ضعیف است و معتقدان، به فکر پرورش و تقویت آن نبوده اند.

۱-۳- انصراف ادله نفی حرج و ضرر

می دانیم که قواعد نفی حرج و ضرر، حاکم بر قواعد اولیه هستند و مشقت و زیان را از احکام مذکور دور می کنند؛ به نحوی که شارع و مقنن، بیشتر از تحمل متعارف افراد، امری را بر آنها تحمیل نمی کند یا حکمی را که در ذات خود، ضرر دارد^{۲۵}،

۲۴. «أن مؤاخذه الغاصب بأشق الأحوال لا تقتضي عدم تأثير الأسباب الشرعية في حقه» علی بن عبدالحسین نجفی ابروانی، حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۱۴۳.

۲۵. سید احمد خوانساری، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۵، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ هـ. ق، ص ۲۱۰.

تقریر نمی‌کند. اما این امر در جایی است که شخص، عمداً خود را در وضعیت های مذکور قرار ندهد؛ در غیر این صورت، قاعده اقدام، اجازه عذر آوردن را نمی‌دهد و مسئولیت اعمال شخص بر عهده او خواهد بود^{۲۶}. غاصب به دلیل ظلم آشکار خود، این گونه است و از آنجا که باید مال مغضوب را بازگرداند و تمام خسارات مالک را جبران کند، مستحق سخت‌گیری است.

برخی از فقها معتقدند که ادله نفی حرج و ضرر، به کمک غاصب نمی‌آیند و سخت‌گیری بر او، به این معنی است. امام خمینی (ره) در بحث رد مال مغضوب به مالک و این که این امر، سبب تلف دیگر اموال متعلق به غاصب یا تلف خود مال مغضوب شود، چند وجه را اشاره می‌کنند و وجه اول را که مستلزم جدا کردن مال مغضوب می‌شود «حتی اگر به اموال غاصب آسیب رساند»، اقوی می‌دانند؛ به این سبب که عبارت «الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال»، اعمال می‌شود و ادله نفی حرج و ضرر، از غاصب منصرف هستند^{۲۷}. ایشان توضیح بیشتری نمی‌دهند اما این

۲۶. ناصر مکارم شیرازی، پیشین، ص ۱۰۹.

۲۷. «إنّ مئونة الردّ علی الغاصب وإن بلغت إلى حدّ الحرج فضلاً عن الضرر زائداً علی المئونة المتعارفة؛ فإنّ أدلّة نفی الحرج و الضرر منصرفه عنه، فیؤخذ الغاصب بأشقّ الأحوال وإن كان الأخذ موجّباً لضرره و حرجه، و هذا معنی أخذه بأشقیها». سید روح الله موسوی خمینی، کتاب البیع، ج ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ص ۵۱۱. ایشان در جای دیگر می‌گویند: «بقي الكلام في خصوص الخياطة بالخيط المغضوب ... وإن أوجب تلف مال الغاصب، كما إذا انجر إلى تلف ثوبه، و مثل الخشبة المستدخلة في البناء إذا كان إخراجها موجّباً لهدم البناء، فهل يجب ردّ المغضوب وإن صار ما صار؟ لأنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال، لأجل انصراف أدلّة نفی الحرج و الضرر عنه أو لا يجب؛ لأنّ ذلك أمر سفهي، تصرف أدلّة وجوب الردّ و حرمة الحبس عن مثله، بل لا بدّ من الغرامة بدلاً للحيلولة؟ أو يكون بحكم التالف، تجب غرامته، و يجوز للغارم التصرف فيه؟ أو يبقى علی ملكه بعد الغرامة أيضاً؟ وجوه: لعلّ الأوّل أقرب إلى القواعد ... لكنّ الإنصاف: أن المسألة مشكّلة»، همان، ج ۱، ص ۶۵۷ و ۶۵۸؛ سید عبد الحسين لاری، التعلیقة علی

<

تفسیر با مخالفت برخی دیگر همراه است؛ از جمله، نویسندگان کتب «هدی الطالب فی شرح المکاسب»^{۲۸} و «غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب» به تسری ادله نفی ضرر و حرج به غاصب گرایش دارند. محمد حسن مامقانی در این خصوص می گوید:

بعضی از فضلاء از شیخ و فقیه محقق «شیخ موسی کاشف الغطاء» نقل کرده اند که ایشان در مجلس بحث خود گفت: این قاعده مشهور را مقید به آن است که مشقت در غرامت و مؤنت باشد تا از مشقت در کیفیت امر احتراز شود، مانند جایی که رد مال مغضوب، مشتمل بر عسر باشد. در مسأله وجوب رد مال مغضوب گفته شده است که اگر این امر به حد عسر برسد و این عسر به صورت مشقت غیر قابل تحمل باشد، از موارد تعذر خواهد بود^{۲۹}.

>
المکاسب، ج ۱، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ. ق، ص ۵۲۰؛ در کتاب دلیل تحریر الوسيلة نیز به این امر اشاره شده است: «لا يلتزم به أيّ فقیه عارف بمذاق الشريعة السمحة السهلة النافية للضرر والجرح والإجحاف امتناناً على الأمة المرحومة إلا إذا كان غاصباً فيؤخذ بأشقّ الأحوال ويكلف بردّ المال المغضوب إلى صاحبه بتحمّل أيّ ضرر». علی اکبر سیفی مازندرانی، دلیل تحریر الوسيلة، ج ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۷، ص ۲۹۲.

۲۸. سید محمد جعفر مروج جزائری، هدی الطالب فی شرح المکاسب، ج ۳، مؤسسه دار الكتاب، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ. ق، ص ۶۰۷.

۲۹. «وجدت فيما حرّره بعض الفضلاء ممّا افاده الشيخ الفقيه المحقق موسى بن جعفر الغروي (رحمه الله) في مجلس البحث تقييد هذه القاعدة المشهورة بما إذا كانت المشقة في الغرامة و المؤنة احترازاً عمّا إذا كانت المشقة في الكيفية كما لو كان الرد مشتملاً على العسر، قال في مسئلة وجوب رد المغضوب الى صاحبه و لو أدى رده إلى عسر العسر الذي لا نضايق عنه في الإلزام بردّ العين هو ما لم يصل إلى حد المشقة الغير المتحملة عادةً فلو وصل إلى ذلك الحد فهو في حكم التعذر بل الظاهر انهم كلما يعبرون بالتعذر مع الإطلاق يريدون به ما يعم هذا النوع من التعسر الذي كاد يكون من التعذر الحقيقي العادي. ان قلت: لم لا يجوز الإلزام بردّ العين و

<

شیخ مرتضی حائری یزدی نیز در باب خمس مال حلال مخلوط به حرام و به مناسبت آن می گویند که صرف غصب سبب نمی شود که هر ضرری بر غاصب تحمیل شود و این سخن به معنای شمول ادله نفی ضرر در مورد غاصب است.^{۳۰}

شهید سید محمد صدر نیز، ضمن بحث از عبارت «لیس لعرق الظالم حق» معتقدند که اشقّ الاحوال در مورد غاصب، در همه صورت ها، صحیح نیست^{۳۱} و معنی این سخن آن است که شمول ادله نفی ضرر، مانعی ندارد، مگر در مواردی که صریحاً منع شده باشد. اشارات فقهای دیگر نیز دلالت بر شمول ادله لاضرر در حق غاصب دارد^{۳۲}.

پس انصراف ادله نفی حرج و ضرر از غاصب، آن هم به استناد قاعده ای که حجیت آن مورد تردید است، امری بعید به نظر می رسد و همان گونه که در «کتاب البیع» امام خمینی (ره) نیز ملاحظه می شود، نمی توان نظر قطعی بر این تفسیر

> إن أدى إلى عسر غير متحمل و من این إلحاق هذا النوع من العسر بالتعذر بل الدليل على الحاقه بالعسر الغير المضايق عن لزومه موجود و هو ما أشتهر عندهم من أن الغاصب يؤخذ بالاشق، قلنا: المراد بقولهم المذكور انما هو أخذه بالاشق في الغرامة لا في غيرها و المشقة الحاصلة في الرد ليس مما ذكروا فيها الأخذ بالاشق فلو كانت للنقل مثلاً متونة فهي على الغاصب لما ذكر و هكذا فلا تذهل». محمد حسن بن عبد الله مامقانی، غایة الآمال في شرح كتاب المكاسب، ج ۲، مجمع الذخائر الإسلامية، چاپ اول، ۱۳۱۶ هـ. ق، ص ۳۱۹.

۳۰. شیخ مرتضی بن عبد الکریم حائری یزدی، کتاب الخمس، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ. ق، ص ۳۱۰.

۳۱. سید محمد صدر، ما وراء الفقه، ج ۷، دار الاضواء للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ. ق، ص ۳۱۷.

۳۲. سید عبد الاعلی سبزواری، مهذب الاحکام في بيان الحلال و الحرام، ج ۱۶، دفتر آية الله سبزواری، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۲۶۴؛ مرحوم ایروانی می گوید: «أن مؤاخذه الغاصب بأشقّ الاحوال لا تقتضي عدم تأثير الأسباب الشرعية في حقه». علی بن عبد الحسین نجفی ایروانی، حاشیة المكاسب، ج ۱، مطبعة رشديّه، الطبعة الثانية، ۱۳۷۹، تهران، ص ۱۴۳.

داشت؛ زیرا ایشان در پایان، پس از این که انصراف را اقوی می دانند، اعلام می دارند که تعیین حکم مسأله دشوار است.

۲-۳- تفسیر بر اساس نیت و قصد عدوان

امام خمینی (ره) در جلد دوم «کتاب البیع» بعد از اعلام انصراف ادله نفی حرج و ضرر از غاصب، بیانی دارند که نشان می دهد حکم سخت گیری بر غاصب، متوجه کسی است که عالم به موضوع باشد و در این صورت، اگر هزینه رد مال از حدود متعارف فراتر رود یا موجب حرج شود نیز تحمیل می شود و اگر متصرف جاهل باشد، نمی توان بیشتر از حدود متعارف که سبب حرج او می شود، هزینه ها را بر او تحمیل کرد^{۳۳}. ایشان همین تفصیل را در کتاب «المکاسب المحرمه» نیز، بیان می دارند.^{۳۴}

شهید سید محمد صدر نیز، پس از اشاره به این که عبارت شدت، ظاهراً اجماع

۳۳. «لو كان الآخذ جاهلاً بالموضوع فالمثونة عليه، إلّا إذا كانت زائدة على المتعارف، أو موجبة للخرج عليه». سید روح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۵۱۱ و ۵۱۲، سخن دیگر ایشان به این صورت است: «إنّ الإقدام حتّى على الضمان، غير واقع في عمل المتعاملين اللذين أقدموا على المعاملة العقلاییّة حتّى مع علمهما بفساد المعاملة، فضلاً عن الإقدام على الضرر، بل هما أقدموا على كون كلّ عوض مقابل عوضه لا غير. نعم، مع كون المتعامل معتقياً بالدين مع علمه بالفساد، يتّجه الضمان و الإقدام؛ بمعنى أنّ العالم أراد أخذ مال غيره بصورة إيقاع المعاملة، لا المعاملة الحقيقيّة، لكنّه غاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال، و خارج عن مورد الاخذ بالبيع الفاسد المتعارف بين الناس، فتدبر». همان، ج ۱، ۵۲۹.

۳۴. «و ما ذكرناه مناسب لاخذ الغاصب بأشقّ الأحوال، بل الظاهر لزوم الردّ و الإيصال و إن كان ضرراً أو حرجياً، لما ذكر من أخذه بالأشقّ، و لانصراف دليلهما عنه و هل المأخوذ غير عدوان و غضب و إن كان على وجه الضمان كالأخذ مع الجهل، أو الجبر يلحق بالغصب، أو بالوديعة فلا يجب إلّا التخلية؟ الأقرب إلحاقه بالغصب في وجوب إيصاله إلى صاحبه و التخلّص عنه باقرب الطرق، لعدم حلّ الأموال إلّا بطيب نفس صاحبها. نعم، لو كان الإيصال حرجياً يمكن رفعه بدليله»؛ سید روح الله موسوی خمینی، المكاسب المحرمه، ج ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ. ق، ص ۳۹۸.

یا شهرت است نه دلیل لفظی، معتقد است که قدر متیقن از این قاعده شخصی است که یا نیت سوء دارد یا به مصلحت خود عمل می کند، نه به مصلحت مالک. ۳۵ همچنین اگر غاصبی توبه کند، آیا بالاترین قیمت مال مغضوب بر او مستقر می شود؟ در این مورد هم به استصحاب ضمان تمسک می کنند و ضمان را مستقر می دانند و هم به امانت شرعی اشاره می کنند و ضمان مذکور را نفی می کنند؛ زیرا صدق غاصب بر آن فرد، بدون تردید متفی است. این امر نشان می دهد که اگر نیت غاصب از «سوء» به «حسن» تبدیل شود و به جای مصلحت خود، به فکر رعایت حال مالک بیفتد، مشمول «الغاصب یؤخذ بأشقّ الأحوال»، نخواهد بود^{۳۶}.

۳۵. سید محمد صدر، پیشین، ج ۴، ص ۳۳۱.

۳۶. سید محمد صدر، پیشین، ج ۵، ۲۶؛ شیخ محمد تقی نجفی بروجردی، رساله نخبیه الافکار فی حرمان الزوجه من الاراضی و العقار، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ص ۴۲؛ سید عبدالحسین لاری، پیشین، ص ۵۲۱؛ مرحوم آیت الله خویی می گویند: «أنه إذا بقي المقبوض بالعقد الفاسد عند الضامن، و توقف رده إلى مالکة علی تضرر الضامن لم يجب رده لأدلة نفی الضرر. قيل يجب شراء المثل في الصورة الثانية- أيضاً- وإن كان الشراء بقيمة عالية، لأن الغاصب یؤخذ بأشقّ الأحوال و یرد علیه: أن هذا الوجه یختص بالغصب، فلا یجری فی المقبوض بالعقد الفاسد. أضف إلى ذلك: أنه لا دلیل علی أخذ الغاصب بأشقّ الأحوال، و علیه فإلحاق الصورة الثانية بصورة الإعواز- التي سنتکلم فیها- وجیه جدا». سید ابو القاسم موسوی خویی، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، ۱۶۳؛ عبارت ایشان در جای دیگر به این صورت است: «العجب من شیخنا الأستاذ مع انه بنی فی المقبوض فی العقد الفاسد علی ان المنط في الضمان انما هو يوم الغصب لصحیحة ابي ولاد و مع ذلك بنی فی المقام بان المنط هو قيمة يوم الأداء عملاً بالقاعدة». همان، ج ۶، ص ۳۹۷؛ سید محسن طباطبائی حکیم نیز در بحث بطلان اجاره و در شرح عبارت صاحب عروه که بیان می دارد: «إذا تبین بطلان الإجارة رجعت الأجرة إلى المستاجر، و استحق المؤجر أجرة المثل بمقدار ما استفاه المستاجر من المنفعة أو فأت تحت یده إذا كان جاهلاً بالبطلان، خصوصاً مع علم المستاجر» اعلام می کند: «فإنه فی هذه الحال یكون آتماً عاصياً، فأولی أن یؤخذ بأشقّ

<

۳-۳- نفی مسامحه در مطالبه مال از غاصب

برخی از فقها، در عین حال که مخالف این عبارت هستند، به سبب اشارات دیگر فقها به آن، تفسیری مختصر از آن به دست داده اند؛ از جمله مرحوم آیت الله خوئی و شهید سید محمد صدر به این تفسیر اشاره دارند.

در کتاب «مصباح الفقاهه»، پس از این که به نظر فقها در مورد عبارت «الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال» ورد استفاده ای که فقها از آن کرده اند، اشاره شده، آمده است:

مراد از اخذ به اشقّ احوال، عدم مسامحه در مطالبه حق از غاصب است، خواه مال موجود باشد یا مفقود، در حالی که در سایر موارد مطالبه دین، اگر مدیون در حالت عسر باشد با او مسامحه می شود^{۳۷}.

در کتاب «ماوراء الفقه»، نیز، پس از اشاره به عدم حجیت آن آمده است:

اگر این قاعده را بپذیریم، به صورت اجمالی خواهد بود نه مطلق؛ به این معنی که غاصب مکلف است از مال حفظ و نگهداری کند و آن را به مالک

> *الأحوال*. طباطبائی حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ. ق، ص ۶۶؛ میرزا هاشم آملی در کتاب *المعالم الماثورة* در مقام جمع چند روایت، بیانی دارند که به این تفسیر نزدیک است: «ففي مقام الجمع بين الطائفة الثالثة والثانية قيل: بان الثالثة تحمل على صورة النسيان والثانية على صورة العمد فكأنه يكون في صورة العمد كالغاصب الذي يؤخذ بأشق الأحوال فيجب في المقام أيضاً غسل اليمين واليسار إلى آخر الوضوء وأما صورة النسيان فلا». میرزا هاشم آملی، *المعالم الماثورة*، ج ۴، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ. ق، ص ۳۵۴.

۳۷. «إن المراد من أخذه بأشق الأحوال هو عدم المسامحة في المطالبة سواء كان واجداً أم فاقداً كما يجب المسامحة في مطالبة الدين مع العسر بل الغاصب حكمه حكم الواجد يحل عرضه و عقوبته»: همان، ج ۶، ص ۳۹۷؛ «وقد ورد في بعض الروايات أنه لو غضب أحد حجراً و وضعه في أساس البناء فإنه يجب عليه رده إلى مالكه وإن توقف ذلك على هدم البناء و تضرر الغاصب و من هنا اشتهر أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال»، همان، ج ۱، ص ۵۱۷.

بازگرداند و در صورت لزوم، باید هزینه‌های دیگری را حتی اگر مستلزم ضرر و حرج و یا صرف مال بسیار باشد، انجام دهد، اما این به معنی تحمیل وظایف و هزینه‌های دیگر بر عهده غاصب نیست.^{۳۸}

بر همین اساس، گفته شده است:

منظور از این قاعده آن است که اگر رد مال مغضوب، مستلزم ضرری بر غاصب است، بر عهده خود او خواهد بود و کسی ضامن آن نخواهد بود.^{۳۹}

در بحث سرقت نیز، از لزوم رد مال مسروقه سخن می‌گویند و به اطلاق عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال» تمسک می‌کنند.^{۴۰}

علامه در کتاب «مختلف الشیعه» در مورد غاصبی که با رنگ متعلق به خود، پارچه مغضوب را رنگ می‌کند، می‌گوید:

در نظر من، غاصب نمی‌تواند رنگ را جدا کند مگر با اذن مالک و اگر مالک راضی نشد و آماده پرداخت قیمت به غاصب باشد، بر غاصب واجب است که قبول کند و ابن جنید هم این سخن را گفته است.^{۴۱}

در کتاب «جامع المقاصد»، پس از نقل عبارت علامه، اشاره شده است:

«نظر علامه، با مؤاخذه غاصب به شدیدترین احوال، مناسب است هر چند

۳۸. سید محمد صدر، پیشین، ج ۷، ص ۳۱۳؛ علی بن عبد الحسین نجفی ایروانی، پیشین، ج ۱، ص ۱۰۵؛ محمد تقی بهجت، جامع المسائل، ج ۴، چاپ اول، ص ۴۵۵.

۳۹. سید محمود هاشمی شاهرودی، مقالات فقهیه، مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ. ق، ص ۱۸۷؛ سید محمد حسینی روحانی، منتقى الأصول، ج ۵، چاپ خانه امیر، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۴۹۹ و ۵۰۰.

۴۰. سید شهاب الدین مرعشی نجفی، السرقة علی ضوء القرآن و السنة، ص ۴۰۹.

۴۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، ج ۶، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۱۱۸.

که دلیلی بر تملک مال غیر، بدون رضایت او وجود ندارد^{۴۲}.

همچنین در صورتی که غاصب، بدل حیلوله را تحویل مالک دهد و عین مال مغضوب پیدا شود و پس گرفتن بدل و تحویل عین مال را به مالک پیشنهاد دهد، عده ای از فقها گفته اند که اگر بین غاصب و مالک، نوعی معاوضه بدل و عین تحقق یافته باشد امکان پس گرفتن نیست؛ در عین حال اگر معاوضه هم نباشد، باز به دلیل قاعده شدت، نمی توان مالک را مجبور به رد بدل و دریافت عین مال مغضوب کرد^{۴۳}. در این موارد (بدل حیلوله و تملک مال غاصب)، هم در مطالبه مال از غاصب سخت گیری شده است و هم در ادعای غاصب در مورد مطالبه حق خود از مالک، مانع به وجود آورده اند؛ یعنی با مالک مسامحه و با غاصب سخت گیری کرده اند.

در صورتی که عین مال تلف شده باشد ولی مثل مال مغضوب، موجود اما قیمت آن گزاف باشد، آیا غاصب باید مثل آن را بخرد و تحویل مالک دهد؟ برخی از فقها در این خصوص به عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقی الاحوال»، استناد کرده و جواب مثبت داده اند؛ از جمله در کتاب «هدی الطالب»^{۴۴} این امر پذیرفته شده و در عین حال، مورد انتقاد دیگران قرار گرفته است^{۴۵}.

۴۲. علی بن حسین عاملی کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۶، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ هـ. ق، ص ۲۹۹؛ «و معنی أخذ الغاصب بأشقی الاحوال لیس هو الزامه بإعطاء الزائد عمّا علیه من الحق، بل لعل المراد منه الشدة فی کیفیتة الاخذ نظیر قوله صلی الله علیه و آله: لی الواجد یحل عقوبته و عرضه». میرزا محمد تقی آملی، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، ج ۱۱، چاپ اول، ۱۳۸۰ هـ. ق، ص ۷۱.

۴۳. ابو القاسم بن محمد حسن (میرزای قمی)، همان، ص ۲۶۱؛ محمد بن حسن بن یوسف اسدی حلی (فخر المحققین)، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، ج ۲، چاپ اول، ۱۳۸۷ هـ. ق، ص ۱۸۱.

۴۴. سید محمد جعفر مروج جزایری، همان، ج ۳، ص ۳۶۹.

۴۵. سید عبد الاعلی سبزواری، پیشین، ج ۱۶، ص ۲۶۴.

اگر مال مغضوب تلف شود، در مورد اخذ قیمت از غاصب نیز، قول به ضمان بالاترین قیمت، طرفداران بسیاری دارد و تسامح را در مطالبه این قیمت، در حق غاصب، روانمی دانند،^{۴۶} اما مخالفان این رویکرد نیز ساکت نبوده و آن را نمی پذیرند^{۴۷}.

۴۶. شیخ مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، ج ۱، مطبوعات دینی، چاپ اول، ۱۳۷۹، قم، ص ۳۰۳؛ محمد فاضل لنکرانی، الديات (تفصیل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة)، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ. ق، ص ۳۳۶؛ سید ابو القاسم موسوی خویی، پیشین، ج ۶، ص ۳۹۷؛ سید شهاب الدین مرعشی نجفی، القصاص علی ضوء القرآن والسنة، ج ۱، ص ۲۲۱ و ۲۲۸؛ شیخ محمد رضا مظفر، الحاشية علی البيع والخیارات، ج ۱ به کوشش جعفر کوثرانی، قم، ۱۳۷۸، ص ۸۱؛ سید محمد مجاهد طباطبائی، المناهل، مؤسسة آل البيت (ع)، چاپ اول، ص ۴۴۰؛ در خصوص غصب و تلف سگ هایی که قابل تقویم هستند و دیه دارند (مانند سگ نگهبان) اگر از طریق اتلاف باشد همان دیه ای که برای چنین حیواناتی مقرر است باید پرداخت شود و اگر خود به خود تلف شود، باید قیمت بازار را پرداخت کرد و احتمال اعلی القیم نیز مطرح است: «احتمال انه یؤخذ باكثر الأمرین من القيمة المقدرة و الدية المقدرة شرعاً؛ لأن الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال»؛ سید عبد الاعلی سبزواری، پیشین، ج ۲۹، ص ۳۷۶؛ در کتاب غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد نیز به نقل از ابن ادریس در سرایر از اعلی القیم یاد می کند و به عبارت مورد بحث اشاره می کند. محمد بن مکی عاملی (شهید اول)، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، ج ۲، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ. ق، ص ۳۷؛ همین رویکرد در کتاب التنقیح الرائع لمختصر الشرائع آمده است. جمال الدین مقداد بن عبد الله (فاضل مقداد)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۴، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی-ره-، چاپ اول، ۱۴۰۴ هـ. ق، ص ۷۰؛ همچنین می توان به کتاب الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة اشاره کرد. زین الدین بن علی بن احمد عاملی (شهید ثانی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۲، ارغوان دانش، ۱۳۸۴، ص ۴۴۹. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۶۱/۹/۲۴ (منسوخ) به دیه سگ اشاره شده بود. مواد ۲۰۷، ۲۰۸ و ۲۰۹ این قانون مقرر می داشت: «دیه سگ به ترتیب زیر است: ۱- سگ شکاری، چهل درهم خواه آموزش یافته باشد یا نباشد. ۲- سگ گله، بیست درهم. ۳- سگ نگهبان منزل یا باغ، بیست درهم، ۴- سگ مزرعه، محصول یک هکتار غله مانند گندم. تبصره ۱- غیر

<

مطالبه مال در مکانی غیر از مکان غصب نیز، مصداق دیگری از عدم تسامح در مورد غاصب است که برخی از فقها به مناسبت بحث از آن، به عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقی الأحوال» استناد کرده اند^{۴۸} و در مقابل، برخی دیگر از فقها، آن را رد می کنند^{۴۹}. با توجه به تفاسیر مخالف و موافق این قاعده و این که این امر در مورد مقبوض به عقد فاسد نیز مطرح شده، بعید است بتوان احکام مذکور را به این عبارت و تفسیر آن بازگرداند و حتی اگر این عبارت نبود، احکام مذکور قابل ذکر و دفاع بودند یا حداقل این که وجود یا عدم وجود این قاعده، اثری در اثبات یا نفی آن احکام و سایر احکام غصب ندارد یا این که سبب تمایز «غصب» با سایر موارد «در حکم غصب» نمی شود.^{۵۰}

> از سگ های مذکور هیچ سگی ملک مسلمان نخواهد شد و اتلاف آن نیز ضمانتی ندارد. تبصره ۲- آنچه به عنوان دیه برای از بین بردن سگ ها بیان شده است، نباید از آنها تجاوز کرد و چیزی را به عنوان قیمت سگ دریافت کرد؛ «هر گاه سگی غصب شود و بدون اتلاف غاصب از بین برود، غاصب ضامن قیمت آن خواهد بود نه دیه آن و هر گاه نقص یا عیبی بدون جنایت بر آن وارد شود غاصب عهده دار ارش آن می باشد؛ «جنایت بر سگی که دیه دارد موجب ارش می شود و به همان نسبت از دیه پرداخت می شود».

۴۷. سید محمد جعفر مروج جزائری، پیشین، ج ۳، ص ۶۰۷؛ سید محمد بن علی حجت کوه کمری، کتاب البیع، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ هـ. ق، ص ۲۰۶؛ سید ابو القاسم موسوی خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۵، ص ۲۳۷؛ همو، المستند فی شرح العروة الوثقی، ج ۳، ص ۲۳۵.

۴۸. سید ابو القاسم موسوی خویی، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، ص ۵۱۷.

۴۹. سید عبد الاعلی سبزواری، پیشین، ج ۲۱، ص ۳۱۷؛ آیت الله صانعی می گویند: «یؤخذ بأشقی الأحوال با رعایت ضوابط و مقررات شرعیة، نه یؤخذ بلا رعایة ضوابط و مقررات شرعیة ...».

<http://saanei.org/oid/php?pg=showfeph&id=۶۲۴&q=۶q&query=&lang>

۵۰. صاحب مفتاح الکرامه به دنبال بحثهای مربوط به ضمان غاصب نسبت به قیمت مال می گوید: «و قد وجدناهم یذکرون هذه الأقوال فی المقبوض بالعقد الفاسد و فی بعض صورّه و هو ما إذا باع بحکم أحدهما أو أجنبی، و فی المخبوض و فی البیع الفضولي إذا لم

برخی از فقها قائل به اجرای این حکم در مورد غاصب، در آخرت می‌باشند نه در دنیا. در کتاب «مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان»، به مناسبت بحث از تعدی مرتهن و مسئولیت او در مورد قیمت مال تلف شده (مرهون)، از قیمت روز تلف یاد کرده‌اند و قیمت سوقیه را به دلیل اجماع، ضمان آور نمی‌دانند. نویسنده در ادامه بیان می‌دارد: «اخذ الغاصب بأشق الاحوال في الدنيا لا دليل عليه»^{۵۱}. بطلان نماز با لباس یا نخ غصبی به سبب این قاعده نیز، مورد اشاره قرار گرفته و مناسبت آن با سرنوشت اخروی دانسته شده است تا دنیوی^{۵۲}. به همین ترتیب استفاده از کفن غصبی، قبر انسان را مملو از آتش می‌کند.^{۵۳}

این تفسیر، با تفسیر مبتنی بر نیت و قصد عدوان سازگار است؛ زیرا اگر

> یجز المالک، و لا یفرقون بین هذه المواضع كما هو الواقع لتحقق الغصب في الجميع و ثبوت الضمان. نعم قد یذکرون في مطاوی استدلالهم في مبحث الغصب تکلیف الغاصب بأشق الاحوال ما یشعر بامتیازه عن غیره، لکنهم لا یعولون علیه و لا یستندون إليه، وإنما یأخذ القائل بأعلى القيم مؤیداً، و یرده علیه من لا یقول به بأنه لا دلیل علیه في المقام و لا سیما إذا ندم و تاب. هذا الشیخ ذهب إلى ما ذهب إليه في الغصب و البیع، و هذا المحقق في کتابیه قال في المقبوض بالعقد الفاسد: أنه یضمن یوم قبضه و في المغصوب یوم غصبه و نقل الخلاف فیهما على السواء، و كذلك المصنّف و الشهیدان و غیرهم، فكانت المباحث الثلاثة عندهم من سنخ واحد». جواد بن محمد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق، ص ۶۳۹.

۵۱. احمد بن محمد (مقدس اردبیلی)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۹، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ هـ. ق، ص ۱۵۹.

۵۲. محمد حسن بن باقر نجفی (صاحب الجواهر)، مجمع الرسائل (المحشی)، ج ۱، مؤسسه صاحب الزمان علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ. ق، ص ۲۱۴.

۵۳. میرزا محمد تقی آملی، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، ج ۶، ص ۱۴۲.

شخص، آگاه از غضب نباشد، عذاب اخروی و سخت گیری آن را ندارد، اما برای احکام فقهی که برای تنظیم روابط حقوقی افراد در جامعه است، تفسیر مناسبی نیست و باید به دنبال این بود که اگر عبارت مذکور، استفاده عقلایی در این روابط دارد، مورد استفاده قرار گیرد نه اینکه آن را به آخرت احاله داد^{۵۴}.

گفتار دوم - موارد استفاده از عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال»

از این عبارت، در بسیاری از مسائل فقهی استفاده شده است^{۵۵}. این استفاده از

۵۴. با همه مخالفت هایی که در مورد مجازات حبس وجود دارد، این مجازات در مورد غاصب اعمال شده است: «ابن قولویه عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن محمد بن عيسى عن عبد الرحمن بن أبي نجران عن ابن أبي عمير عن ابن أذينة عن زرارة عن أبي جعفر (ع) قال: كان علي (ع) لا يحبس في السجن إلا ثلاثة الغاصب ومن أكل مال اليتيم ظلماً ومن أوتمن على أمانة فذهب بها وإن وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً». ابو جعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی)، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، ج ۳، دار الکتب الإسلامیة، چاپ اول، ۱۳۹۰ هـ. ق، ص ۴۷. آیا این امر از آثار دنیوی غضب نیست؟

۵۵. صاحب جواهر در موارد مختلف از این عبارت یاد می کند: خمس مال حلال مخلوط به حرام (ج ۱۶، ص ۷۶) تعدی در عاریه و اعلی القیم (ج ۲۷، ص ۲۰۱) اختلاف در مورد قیمت مال مورد عاریه در صورت تعدی (ج ۲۷، ص ۲۰۱) حقیقت شرعی نداشتن غضب (ج ۳۷، ص ۹ و ۱۰) جدا کردن مال مغضوب (ج ۳۷، ص ۸۱) مطالبه مال در مکانی دیگر غیر از غضب (ج ۳۷، ص ۹۸) لزوم رد مال مغضوب (ج ۳۷، ص ۹۹) اعلی القیم (ج ۳۷، ص ۱۰۴) اختلاف مالک و غاصب در قیمت و ادعای زیادتی (ج ۳۷، ص ۲۲۳) امکان جمع عوض و معوض (ج ۴۲، ص ۱۲۸). محمد حسن بن باقر نجفی (صاحب الجواهر) جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت - لبنان. در کلام ایشان، هم این عبارت تأیید و هم نفی می شود. در کتاب «مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام» نیز به این عبارت تمسک شده است (ج ۸، ص ۱۸۹، ج ۱۵، ص ۱۱۷؛ ج ۱۵، ص ۵۰۲)، زین الدین بن علی بن احمد عاملی (شهید ثانی)، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف

<

صرف ذکر عبارت تا کمک به استدلال، دَوْران دارد و دیده شده است که حتی

الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق؛ در ایضاح الفوائد في شرح اشکالات القواعد نیز در موارد مختلف به این عبارت اشاره شده است: بطلان نماز (ج ۱، ص ۸۶)، کفارات و احرام (ج ۱، ص ۳۳۴)، شمول غصب بر موضوعات مختلف (ج ۲، ص ۱۷۱)، اعلی القیم بر عهده غاصب (ج ۲، ص ۱۷۳)، الزام غاصب به رد مال در مکان دیگر (ج ۲، ص ۱۷۶)، ضمان غاصب در مورد قیمت سوقیه و صنعتی که در مال به کار رفته است (ج ۲، ص ۱۷۷)، عدم الزام مالک به اعاده بدل حیلوله به غاصب (ج ۲، ص ۱۸۱)، امکان جمع عوض و معوض (ج ۲، ص ۱۸۴)، ضمان غاصب در جبران همه خسارات و نه تنها ارزش مال (ج ۲، ص ۱۸۴)، اولویت مالک در تملک خمیری که در دست غاصب تبدیل به سرکه می شود (ج ۲، ص ۱۸۶)، الزام غاصب به رد عین مال مغضوب حتی اگر در کشتی به کار رفته باشد و حتی اگر اموال غاصب، در کشتی، در معرض خطر غرق شدن باشند (ج ۲، ص ۱۸۷)، ضمان منافع بضع (ج ۲، ص ۱۹۰)، اگر غاصب اقرار کند به این که مال را از «الف» و بلکه از «ب» غصب کرده است باید مال را به اولی بدهد و به دومی قیمت را پرداخت کند (ج ۲، ص ۴۵۸)، تتبع عقود در معامله فضولی، امکان اجازه مالک و صحت عقود مختلف و استرداد ثمن از غاصبی که مال مشتری عالم به غصب را تصرف کرده است (ج ۱، ص ۴۱۷ و ۴۱۸)؛ در مورد اخیر، نقل قول از ایضاح، مفید است: «إن كان المشتري عالماً بالغصب (فعلى قول) الأصحاب ان المشتري إذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه فيكون قد ملكه الغاصب مجاناً لانه بالتسليم الى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بعد أخذ المالك العين المغصوبة بنص الأصحاب فقبله أولى ان لا يكون له و المالك، و الأقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ و أجاز لم ينفذ على اشكال و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه و أجاز قبل الإجازة لا يملك الثمن لأن الحق ان الإجازة شرط أو سبب فلو لم يكن للغاصب لكان ملكاً بلا مالک و هو محال فيكون قد سبق ملك الغاصب الثمن على سبب ملك المالك له فإذا نقل الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن له و ربحه له و ليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب (و على القول) بان إجازة المالك كاشفة فإذا أجازة كان له (و يحتمل) ان يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن فان له إجازة البيع و أخذ الثمن و حقه مقدم على حق الغاصب بدفع المشتري و لان الغاصب يؤخذ بأخس (بأخسر - خ ل) احواله و أشقها عليه و المالك بأجود احواله (فالتحقيق) ان نقول في

مخالفان این عبارت نیز، آن را در برخی مباحث خود به کار برده اند. ما در گفتار اول، مواردی از استفاده فقهی از این عبارت را ذکر کردیم و در این گفتار برخی موارد دیگر را متذکر می شویم.

۱- ذکر عبارت در کنار دیگر قواعد قضا و شهادت: در کتاب «تسهیل المسالك إلى المدارك» به ذکر این عبارت، در کنار قواعد قضا و شهادت اکتفا شده است^{۵۶} بدون این که توضیحی داده شود و معلوم نیست که آیا منظور نویسنده کتاب، حجیت آن است و آیا به اطلاق آن عمل می کند یا خیر؟

۲- نامشروع بودن قضاوت شخص فاقد اهلیت قضا: کسی که اهلیت قضاوت ندارد، نه حق صدور حکم را دارد و نه حکم او نافذ خواهد بود؛ زیرا صدور حکم، نوعی ولایت است که تنها از جانب خداوند اعطا می شود. اگر شخص فاقد صلاحیت، حکم دهد، نفوذ ندارد و غاصب محسوب می شود و با غاصب نیز

> سلسله المضمن مع علم المشتري الأول للمالك أخذ عينه فيفسخ جميع العقود المترتبة عليها و له إجازة أى العقود أراد فإن أجاز عقداً صح ما بعده و بطل ما قبله و كان له ثمنه ان كان المشتري جاهلاً أو عالماً على احد الاحتمالين فيبطل جميع العقود بعده في سلسله الثمن و الفرق بينه و بين المضمن انه إذا أجاز عقداً فقد خرج المضمن عن ملكه الى ملك المشتري فصحت تصرفاته فيه و دخل الثمن في ملك المميز فبطل تصرفه فيه و الأصح عندي انه مع وجود عين الثمن للمشتري العالم أخذه و مع التلف ليس له الرجوع به». محمد بن حسن بن يوسف اسدی حلی (فخر المحققین)، ایضاح الفوائد في شرح اشکالات القواعد، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ هـ. ق؛ شیخ انصاری در پاسخ به این استدلال می گوید: «و ما ذكره في الإيضاح من احتمال تقديم حق المميز لأنه أسبق و أنه أولى من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال فلم يعلم له وجه بناءً على النقل؛ لأن العقد جزء سبب لتملك المميز، و التسليط المتأخر عنه علة تامّة لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المميز أسبق؟» مكاسب، جلد دوم، ص ۲۱.

۵۶. ملا حبیب الله شریف كاشانی، تسهیل المسالك إلى المدارك في رثوس القواعد الفقهية، المطبعة العلمية، چاپ اول، ۱۴۰۴ هـ. ق، ص ۹.

به اشد احوال رفتار می شود^{۵۷}.

۳- ضمانت منافع مستوفات، فائتات و اجرة المثل: غاصب، ضامن منافع فائته (استفاده نشده) مال مغضوب نیز است^{۵۸}. این امر را در مقابل نظری مطرح کرده اند که معتقد است در صورتی که مال مغضوب، منافع متعدد داشته باشد، غاصب ضامن منافع مستوفات است. برخی از فقها که خود از مخالفان این عبارت به شمار می آیند، در بحث منافع فائته می گویند:

بر غاصب واجب است که عین مال مغضوب را با جمیع منافع حتی آنهایی را که استفاده نکرده است، رد کند و ... شاید همین امر، مقصود عبارت معروف بین محصلین باشد که می گویند غاصب به شدیدترین احوال مؤاخذه می شود.^{۵۹}

اجرة المثل در عقد اجاره باطل نیز، موردی برای استفاده از این عبارت شده است که برخی فقها به آن اشاره کرده اند.^{۶۰}

۴- تسری یا عدم تسری مفهوم «رشوه» به غیر قاضی: در این که آیا دادن رشوه به غیر از قاضی و برای کاری غیر از حکم کردن، همان آثار و احکام رشوه به قاضی را دارد، از عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال» استفاده شده است^{۶۱}.

۵۷. سید رضا صدر، الاجتهاد و التقليد، دار الكتاب اللبناني، ۱۹۷۰، ص ۳۶۶؛ سید شهاب الدین مرعشی نجفی، القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد، ج ۲، المؤسسة الاسلامية العامة للتبلیغ والارشاد، ۱۴۲۲، ص ۲۲۹.

۵۸. سید عبد الأعلى سبزواری، پیشین، ج ۱۹، ص ۱۴۶؛ سید محمد جعفر مروج جزائری، پیشین، ج ۳، ص ۲۶۳.

۵۹. سید ابو القاسم موسوی خویی، پیشین، ج ۳، ص ۱۳۹.

۶۰. علی پناه اشتهااردی، مدارك العروة، ج ۲۷، دار الأسوة للطباعة و النشر، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ. ق، ص ۲۲۴.

۶۱. شیخ محمد علی اراکی، المكاسب المحرمة، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۶۱.

۵- عدول از قاعده مدعی و منکر: در مورد اختلاف مالک و غاصب راجع به قیمت مال مغضوب، صورت های مختلفی مطرح می شود. اگر قواعد عمومی را اعمال کنیم، کسی که مدعی زیادتی قیمت است، باید دلیل آورد و طرف دیگر، نقش منکر را دارد و سوگند یاد می کند. در صحیحہ معروف ابی ولاد^{۶۲}، ظاهراً سوگند متوجه مالک شده و اوست که زمام امور قیمت مال را به دست دارد و حال آن که ممکن است مدعی زیادت قیمت باشد. توجیہات مختلفی از این روایت به عمل آمده است^{۶۳} که در یکی از آنها گفته اند:

عموم قاعدة البينة على المدعي واليمين على من انكر مانند سایر عموماتی است که قابل تخصیص است و روایت ابی ولاد نیز در این امر صراحت دارد. علاوه بر این، چنین حکمی با بحث الغاصب یؤخذ باشق الاحوال نیز مناسبت دارد^{۶۴}.



۶۲. «... قَالَ أَنْتَ وَهُوَ إِمَّا أَنْ يَحْلِفَ هُوَ عَلَى الْقِيَمَةِ فَيَلْزِمَكَ فَإِنْ رَدَّ اليمينَ عَلَيْكَ فَحَلَفْتَ عَلَى الْقِيَمَةِ لِرِمِكَ ذَلِكَ أَوْ يَأْتِي صَاحِبُ الْبُغْلِ بِشُهُودٍ يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيَمَةَ الْبُغْلِ حِينَ أَكْثَرِي كَذَا وَكَذَا فَيَلْزِمَكَ ... » ابو جعفر محمد بن حسن (شيخ طوسی)، تهذيب الاحكام، ج ۷، ص ۲۱۵ و ۲۱۶.

۶۳. سيد روح الله موسوی خميني، كتاب البيع، ج ۱، ص ۶۱۲ و ۶۱۳.

۶۴. سيد محمد كاظم طباطبائي يزدي، حاشية المكاسب، ج ۱، ص ۱۰۵؛ شيخ محمد حسين اصفهاني، حاشية كتاب المكاسب، ج ۱، نشر محقق، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ. ق، ص ۴۱۷؛ همچنين گفته شده است: «فالمخالفة للقواعد من جهة قبول قول المالك المدعى بيمينه فقط و من الجائز أن يكون لخصومة المالك والغاصب خصوصية لاجلها صح قبول قوله بيمينه مع كونه مدعياً؛ لانه اعرف بقيمة بغله و ابعده عن الاتهام بخلاف الغاصب الذي هو اجنبي عن البخل و موضع الاتهام لتعديده و ظلمه، و لذا اشتهر انه يؤخذ باشق الاحوال». سيد محسن طباطبائي حكيم، نهج الفقاهة، ج ۱، انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، ص ۱۶۴ و ۱۶۵.

<

گفتار سوم - موارد نفی عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقّ الأحوال»

در بحث از مستندات، به برخی از مخالفان این عبارت اشاره کردیم؛ در این قسمت، به صورت اجمالی، به مسایلی اشاره می‌کنیم که این عبارت را در کنار آنها ذکر کرده ولی استناد به آن را مردود اعلام داشته‌اند:

۱- در صورتی که مالک و مستعیر ضامن، راجع به قیمت مال اختلاف داشته باشند، قول مستعیر ضامن، مقدم است^{۶۵}.

۲- اخذ بالاترین قیمت از غاصب محملی ندارد.

۳- اگر در مال مغضوب، خسارتی به بار آید و علت این خسارت، به دستور حاکم شرع باشد، غاصب ضامن نیست^{۶۶}.

۴- غاصب ممکن است مال مغضوب را با مال خود که کیفیت و ارزش بیشتری از مال مغضوب دارد مخلوط کند. شیخ طوسی در مورد شراکت غاصب و مالک در مقدار مال، شبهه را مطرح می‌کند؛ زیرا ارزش مالی که به مالک می‌رسد، بیشتر از حالت اول است. برخی گفته‌اند که این امر به دلیل عبارت: «الغاصب یؤخذ بأشقّ الأحوال»، اشکال ندارد اما دیگر فقها به این عبارت ایراد گرفته‌اند^{۶۷}.

۶۵. سید احمد خوانساری، پیشین، ج ۳، ص ۴۵۲.

۶۶. «وَأَمَّا النِّقْصَ الحَاصِلَ فِي مَلِكِ المَالِكِ فَمَعَ حِصُولِهِ بِيَدِ الغَاصِبِ الظَّاهِرِ ضَمَانَهُ وَ أَمَّا لَوْ كَانَ بِأَمْرِ الحَاكِمِ فَيَشْكَلُ؛ لِأَنَّ الحَاكِمَ لَا يَضْمَنُ وَ الغَاصِبُ لَمْ يَفْعَلْ شَيْئاً وَ إِنَّمَا طَلَبَ حَقَّهُ فَهَذَا كَقَطْعِ غِصْنِ الشَّجَرَةِ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَضَرَّرُ مَالِكُ الشَّجَرَةِ، وَ مَا يُقَالُ: مِنْ أَنَّ الغَاصِبَ يَأْخُذُ بِأَشَقِّ الأَحْوَالِ لَا مَدْرَكَ لَهُ مِضافاً إِلَى أَنَّ الكَلَامَ لَيْسَ فِي خِصُوصِ الغَاصِبِ بِمَعْنَى أَخْذِ مَالِ الغَيْرِ عَلَى وَجْهِ الظُّلْمِ وَ العُدْوَانِ بَلْ مُطْلَقٌ مِنْ تَصَرُّفٍ فِي مَلِكِ الغَيْرِ بِغَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ وَ لَوْ مِنْ جِهَةِ الجَهْلِ بِالمَوْضِعِ» سید احمد خوانساری، پیشین، ج ۵، ص ۲۲۲.

۶۷. سید ابو القاسم موسوی خویی، پیشین، ج ۶، ص ۳۹۲.

۵- غاصب، تکلیفی در خریدن مثل مال مغضوب، بیشتر از قیمت متعارف ندارد^{۶۸}.

گفتار چهارم- قوانین وضعی

در برخی از قوانین وضعی جمهوری اسلامی نیز، به احکامی اشاره شده است که دلالت بر عدم پذیرش «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال»، دارد. از میان آنها به سه مورد اشاره می‌کنیم:

۱- در لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک، مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۷ آمده است:

در دعوی راجع به رفع تجاوز و قلع ابنیه و مستحدثات غیر مجاز در املاک مجاور، هر گاه محرز شود که طرف دعوی یا ایادی قبلی او قصد تجاوز نداشته و در اثر اشتباه در محاسبه ابعاد یا تشخیص موقع طبیعی ملک یا پیاده کردن نقشه ثبتی یا به علل دیگری که ایجاد کننده بنا یا مستحدثات از آن بی اطلاع بوده، تجاوز واقع شده و میزان ضرر مالک هم با مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بنا و مستحدثات متوجه طرف می‌شود به نظر دادگاه نسبتاً جزئی باشد، در صورتی که طرف دعوی، قیمت اراضی مورد تجاوز را طبق نظر کارشناس منتخب دادگاه تودیع نماید، دادگاه حکم به پرداخت قیمت اراضی و کلیه خسارات وارده و اصلاح اسناد مالکیت طرفین دعوی می‌دهد و در غیر این صورت، حکم به خلع ید و قلع بنا و مستحدثات غیر مجاز داده خواهد شد.

تبصره ۱ - منظور از قیمت اراضی در این ماده، بالاترین قیمت آن از تاریخ

۶۸. سید عبد الاعلی سبزواری، پیشین، ج ۱۶، ص ۲۶۴.

تجاوز تا تاریخ صدور حکم خواهد بود.

تبصره ۲- در صورتی که تجاوز به اراضی مجاور، موجب کسر قیمت

باقیمانده آن نیز بشود در احتساب ضرر مالک اراضی، منظور خواهد شد.

تبصره ۳- مقررات این قانون نسبت به دعاوی مطروحه ای که تا تاریخ لازم

الاجرا شدن این قانون به حکم قطعی منتهی نشده، لازم الرعایه است و

هرگاه حکم قطعی صادر شده و اجرا نشده باشد، ذینفع می تواند با استناد به

این قانون ظرف مدت ۲ ماه از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون، تقاضای

اعاده دادرسی نماید.

در این قانون به قصد غاصب توجه شده است و «الغاصب یؤخذ بأشقّ

الاحوال»، را به طور مطلق، اعمال نکرده اند.

۲- در قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه

۱۳۷۱/۱۱/۲۵ آمده است:

از تاریخ تصویب این قانون، کلیه موقوفات عام که بدون مجوز شرعی به

فروش رسیده یا به صورتی به ملکیت درآمده باشد، به وقفیت خود

برمی گردد و اسناد صادر شده باطل و از درجه اعتبار ساقط است.

در تبصره ۱ قانون مذکور نیز می خوانیم:

پس از ابطال سند مالکیت در مواردی که موقوفه، قابل اجاره باشد و

متصرف، تقاضای اجاره کند با رعایت مصلحت وقف و حقوق مکتسبه

متصرف، قرارداد اجاره با متصرف تنظیم خواهد شد.

بدیهی است اگر معامله باطل باشد، تصور حقوق مکتسبه، صحیح نیست،

اما قانونگذار به این نکته توجه داشته است که اگر به اعمال قواعد غضب یا مأخوذ به

عقد فاسد پردازد، دعاوی بسیاری را در دادگستری به وجود می آورد که راه به

جایی نخواهند برد و حقوق مردم نیز تضییع می شود.

با بررسی منابع مختلف فقهی و مقررات رسمی، معلوم می‌شود که هرچند عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقّ الاحوال» از شهرت برخوردار است، اما استنباط حکم شرعی یا قانونی، با تکیه بر آن، دور از احتیاط است و اگر تردیدی در تکلیف مازاد به وجود آید، نمی‌توان غاصب را با این قاعده، مشمول آن تکلیف دانست. آری اگر تردید بین منافع مالک و غاصب باشد، یعنی نوبت به کنار گذاشتن یکی از حقوق این دو برسد و امکان جمع بین آنها نباشد، به حکم قاعده اقدام و با استیناس از این عبارت می‌توان حق مالک را مقدم دانست^{۶۹} اما قدر متیقن این امر در حالتی است که غاصب، به معنی حقیقی باشد و موارد مأخوذ به «معامله باطل ضمان آور»^{۷۰} را که متصرف، اطلاعی از بطلان آن ندارد، نمی‌توان به سود مالک تفسیر کرد و در موارد تردید، او را بر غاصب مقدم دانست.

۶۹. «الغاصب یؤخذ بأخسّ احواله و أشقّها علیه، و المالك مأخوذ بأجود الاحوال». فخر

المحققین، پیشین، ج ۱، ص ۴۱۸.

۷۰. اشاره به قاعده معروف «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و آن ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» است.