

## الغاصب يؤخذ

### بأشقّ الاحوال

○ عبدالله خدابخشی

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 يؤخذ 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.

مقدمه

احکام وضعی و تکلیفی که پیرامون انجام یا ترك افعال مختلف مطرح می‌شود، گاه با شدت و سختی همراه است و تحقق برخی شرایط، سبب سخت‌گیری بیشتر شارع یا مقنن، نسبت به مرتکبین می‌شود. در فقه و حقوق، از این موارد، بسیار وجود دارد. در حقوق، گفته می‌شود که اگر شاکی، دست‌های پاک نداشته باشد، نمی‌تواند دادگستری را مرجع تظلم‌خواهی قرار دهد<sup>۱</sup>؛ سوءاستفاده‌کننده از حق، نمی‌تواند شکوه کند که حق او تضییع شده است؛ کسی که احتمال خطر می‌دهد و با علم به آن، اقدام می‌کند از نتایج آن برحذر نیست<sup>۲</sup>؛ شرایط شخص عالم، بسیار دشوارتر از جاهل است<sup>۳</sup> و جاهل مقصر نمی‌تواند حکم جاهل قاصر را داشته باشد و هم‌کذا؛ 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 می‌دهد. بنا بر نظر برخی از فقها، غاصب را بر مال خود مسلط کرده و در صورت تلف شدن، نمی‌تواند به غاصب رجوع کند: «ثُمَّ إِنَّ هُنَا إِشْكَالًا فِي شُمُولِ الْحُكْمِ بِجَوَازِ تَتَبُّعِ الْعُقُودِ لَصُورَةِ عِلْمِ الْمُشْتَرِي بِالْغَضَبِ، أَشَارَ إِلَيْهِ الْعَلَمَاءُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي الْقَوَاعِدِ وَأَوْضَحَهُ قَطْبُ الدِّينِ وَالشَّهِيدُ فِي الْحَوَاشِي الْمُنْسُوبَةِ 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 فِيهِ الْوَجْهَانِ، فَلَا يَنْفَعُ فِيهِ إِجَازَةُ الْغَيْرِ بَعْدَ تَلْفِهِ بِفِعْلِ الْمَسْلُوطِ بِدَفْعِهِ ثَمَنًا عَنْ مَبِيعِ اشْتِرَائِهِ، وَ مِنْ أَنَّ الثَّمَنَ عَوَاضَ عَنِ الْعَيْنِ الْمَمْلُوكَةِ وَ لَمْ يَمْنَعْ مِنْ نَفْوِذِ الْمَلِكِ فِيهِ إِلَّا عَدَمَ صُدُورِهِ عَنِ الْمَالِكِ، فَيُؤَادَى أَجَازَ جَرِيٍّ مَجْرِيٍّ الصَّادِرِ عَنْهُ انْتَهَى. 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: زناى زن یا مرد مجرد در مقایسه با زناى دارای شرایط احصان، سرقت عادى در مقایسه با سرقت موجب حد و تبدیل حکم اصحاب الکبایر از شلاق به اعدام<sup>۴</sup> 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<sup>۵</sup>.

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<sup>۶</sup> 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.

می گیرد، بدون این که زحمات او در مورد مال غضب شده جبران شود.<sup>۷</sup>  
 گذشته از غضب به مفهوم خاص که همراه با عدوان و قصد استیلای نامشروع در مال دیگران است، فقها از الحاق مواردی دیگر مانند معاملات فاسد نیز یاد کرده و آنها را در حکم، همانند غضب دانسته اند. قبیح عقلی و اخلاقی غضب باعث شده است تا در منابع فقهی، یک مطلب با عبارات مختلفی مانند «الغاصب یؤخذ بأشئ الاحوال»<sup>۸</sup>، «الغاصب یؤخذ بأشئ الاحوال»<sup>۹</sup>، «الغاصب علی أشئ الاحوال»<sup>۱۰</sup>، «الغاصب بأخس الاطوار»<sup>۱۱</sup> و «الغاصب یؤخذ بأخس احواله و أشئها علیه و المالك بأجود الاحوال له»<sup>۱۲</sup>، منعکس شود و در مقابل، عباراتی مانند «الغاصب یؤخذ بأعدل الاحوال»<sup>۱۳</sup>، از سوی برخی دیگر از فقها، برای تعدیل أشئ الاحوال، مطرح شده است.

۷. «مَنْ خَانَ جَارَهُ شَيْراً مِنَ الْأَرْضِ جَعَلَهُ اللَّهُ طَوْقاً فِي عُنُقِهِ مِنْ تُخُومِ الْأَرْضِ السَّابِعَةِ حَتَّى يَلْقَى اللَّهَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مُطَوَّقاً إِلَّا أَنْ يُتُوبَ وَيَرْجِعَ»؛ «الْحَجَرُ الْغَضْبُ 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، مقابسات الانوار و نفائس الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار، مطبعة ماکنیه، ۱۳۲۲ هـ. ق، ص ۱۳۱.
۹. میرزا هاشم آملی، مجمع الافکار و مطرح الانظار، المطبعة العلمیة، چاپ اول، ۱۳۹۵ هـ. ق، ص ۱۶۱.
۱۰. ابو القاسم بن محمد حسن (میرزای قمی)، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، مؤسسه کیهان، 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 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 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 سخت‌گرفت و از هرگونه مدارا با آنها پرهیز کرد؛ بلافاصله مال را از آنها گرفت و منتظر نتیجه حکم دادگاه نشد<sup>۱۴</sup>؛ 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<sup>۱۵</sup> 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 چنان‌قاعده‌ای 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 تام 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<sup>۱۴</sup> منه (مالک) تمام می شود، اعمال کرد. اما اگر قاعده شدت، منشأ احکام غصب 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 غصب را دارند و متون فقهی نیز بر الحاق عقد فاسد به غصب 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 غصب است، اعمال می شود یا چون نیت غصب 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 غصب چه توجیهی دارد؟ آیا عبارت «الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال»، ویژه غصب به معنی خاص، یعنی تصرف با قصد عدوان است و در تصرفات «در حکم غصب»<sup>۱۵</sup> اعمال نمی شود و در این صورت، آیا این پرسش مطرح نمی شود که چرا احکام غصب 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<sup>۱۶</sup>؛ 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 وحدت حکم را به دست آورد.

۱۶. «ان الظاهر انه ليس خيراً و غالب احكام المغضوب مشترك بين المغضوب و المال الماخوذ بغير حق 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<sup>۱۷</sup>؛ 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<sup>۱۸</sup>؛ از آنجا که حدیث مرسل نیز تلقی نمی شود تا با شهرت فقها جبران شود، نمی توان به اطلاق آن عمل کرد<sup>۱۹</sup>؛ معقد اجماع فقها در خصوص برخی احکام نیز تلقی نمی شود و به دلیل مجمل بودن، استناد مستقیم به آن صحیح نیست<sup>۲۰</sup>. تنها امری که آن را حمایت می کند شهرت میان فقها است<sup>۲۱</sup>؛ 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» مذهب الاحکام، 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. «أما قضية الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فلم يعلم أنه حديث أو غيره، و علی ای تقدیر هل یصح الاخذ بإطلاقه أو لا؟ و الكل محل نظر و بحث و مقتضى الأصل عدم سلطنة المالك علی غیر اخذ ماله فضلاً عن فعل الأشق. « مذهب الاحکام، ج ۲۱، ص ۳۱۷.

۱۹. «ليس للغصب حکم خاص به إلا ما أرسل من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و في كونه حديثاً مرسلأ إشکال و علی فرضه فلا بد في العمل به من الانجبار و هو مفقود. « مذهب الاحکام، ج ۲۱، ص ۲۹۸.

۲۰. «أن هذه القاعدة، وإن كانت مشهورة علی اللسن، إلّا أنها ممّا لا دلیل علیها و لا أصل لها. و الشهرة ان ثبتت علیها، فهي مدرکية لاحتمال ان يكون مدرک القائلین بذلك هو أحد الوجهین 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 ان يكون له ماخذ أيضاً يمكن حمله علی الضمان أيضاً، كما لا يخفى علیک». سید عبد الحسین لاری، التعليقة علی المكاسب، ج ۱، ص ۵۳۵.



معروف بین محصلین می‌دانند<sup>۲۲</sup>؛ اما برخی دیگر آن را نشأت گرفته از فقه غیر مسلمانان تلقی می‌کنند<sup>۲۳</sup>. البته قواعدی وجود دارد که هر چند مورد تأیید فقها است، اما مضمون روایتی نیست و در عین حال، استناد به آنها و قرارداد 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 المغصوبة علی المغصوب منه بجميع منافعها حتی المنافع الفائتة بغیر استیفاء، وإذا تلفت العین انتقل الضمان الی المثل أو القيمة، 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 ولم 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 كانت من فقه غیر المسلمین و دخلت فیفقههم و علی أي تقدیر فلا بدّ من العمل من تطبیقه علی سائر القواعد. «مذهب الاحکام، ج ۲۱، ص ۲۸۹؛ برخی از فقها به منشأ عقلایی بودن این عبارت اشاره دارند: «یمكن الاستدلال له بما دل علی أخذ الغاصب بأشق الأحوال و فی بعض موارد المسألة بما دل علی أنه لیس لعرق ظالم حق کما قیل، فان هذه قواعد عقلاییة 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 الذي یكون الغاصب اجنبیاً عنه»، ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیة، ج ۱، مدرسه امام امیر المؤمنین (ع)، چاپ سوم، ۱۴۱۱ هـ. ق، ص ۱۰۹.

غصب تقریر کرد<sup>۲۴</sup>. 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<sup>۲۵</sup>،

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 المدارك في شرح مختصر النافع، ج ۵، مؤسسه اسماعیلیان،

چاپ دوم، ۱۴۰۵ هـ. ق، ص ۲۱۰.

تقریر نمی کند. اما این امر در جایی است که شخص، عمدتاً خود را در وضعیت های مذکور قرار ندهد؛ در غیر این صورت، قاعده اقدام، اجازه عذر آوردن را نمی دهد و مسئولیت اعمال شخص بر عهده او خواهد بود<sup>۲۶</sup>. 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 سخت گیری است.

برخی از فقها معتقدند که ادله نفی حرج و ضرر، به کمک غاصب نمی آیند و سخت گیری 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 می کنند و وجه اول را که مستلزم جدا کردن مال مغضوب می شود «حتی اگر به اموال غاصب آسیب رساند»، اقوی می دانند؛ به این سبب که عبارت «الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال»، اعمال می شود و ادله نفی حرج و ضرر، از غاصب منصرف هستند<sup>۲۷</sup>. ایشان توضیح بیشتری نمی دهند 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 منصرفة عنه، فیؤخذ الغاصب بأشقّ الأحوال وإن كان الاخذ موجباً لضرره و حرجه، و هذا معنی اخذه بأشقّها». سید روح الله موسوی خمینی، کتاب البیع، ج ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ص ۵۱۱. ایشان در جای دیگر می گویند: «بقي الكلام في خصوص الخياطة بالخيط المغصوب... وإن أوجب تلف مال الغاصب، كما إذا انجرّ إلى تلف ثوبه، و مثل الخشبة المستدخلة في البناء إذا كان إخراجها موجباً لهدم البناء، فهل يجب ردّ المغصوب وإن صار ما صار؟ لأنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال، لأجل انصراف أدلّة نفی الحرج و الضرر عنه أو لا يجب؛ لأنّ ذلك أمر سفهي، تنصرف 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 على ملكه بعد الغرامة أيضاً؟ وجوه: لعلّ الأوّل أقرب إلى القواعد... لكنّ الإنصاف: أنّ 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»<sup>۲۸</sup> 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 فضلا 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 مغبوب، مشتمل بر عسر باشد. در مسأله وجوب رد مال مغبوب 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<sup>۲۹</sup>.

> 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 أي فقیه عارف بمذاق الشريعة السمحة السهلة النافية للضرر والهرج والإجحاف امتناناً على الأمة المرحومة إلا إذا كان غاصباً فيؤخذ بأشق الأحوال ويكلف برد المال المغبوب إلى صاحبه بتحمل أي ضرر». على اكبر سيفى مازندرانی، دليل 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، مؤسسة دار الكتاب، ، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ. ق، ص ۶۰۷.

۲۹. «وجدت فيما حرره 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 عما إذا كانت المشقة في الكيفية كما لو كان الرد مشتملاً على العسر، قال في مسئلة وجوب رد المغبوب الى صاحبه و لو أدى رده إلى عسر العسر الذي لا نضايق عنه في الإلزام برد العين هو ما لم يصل إلى حد المشقة الغير المتحملة عادة 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 برد العين و

<

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

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<sup>۳۱</sup> 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 لا ضرر در حق غاصب دارد<sup>۳۲</sup>.

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 اشتهر 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 مئونة فهي على الغاصب لما ذكر و هكذا فلا تذهل». محمد حسن بن عبد الله مامقانی، غاية 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 مدرسین 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 التوزيع، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ. ق، ص ۳۱۷.

۳۲. سید عبد الاعلی سبزواری، مهذب الاحکام في بيان الحلال و الحرام، ج ۱۶، دفتر آیه 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 الحسين نجفی ایروانی، حاشیة المكاسب، ج ۱، مطبعة رشديّة، الطبعة الثانية، ۱۳۷۹، تهران، ص ۱۴۳.

داشت؛ زیرا ایشان در پایان، پس از این که انصراف را اقوی می‌دانند، اعلام می‌دارند 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 می‌دهد حکم سخت‌گیری 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 می‌شود و اگر متصرف جاهل باشد، نمی‌توان بیشتر از حدود متعارف که سبب حرج او می‌شود، هزینه‌ها را بر او تحمیل کرد<sup>۳۳</sup>. ایشان همین تفصیل را در کتاب «المکاسب المحرمه» نیز، بیان می‌دارند.<sup>۳۴</sup>

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

۳۳. «لو كان الآخذ جاهلاً بالموضوع فالمثونة عليه، إلا 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: «إن الإقدام حتى على الضمان، غير واقع في عمل المتعاملين اللذين اقداما على المعاملة العقلائية حتى مع علمهما بفساد المعاملة، فضلاً عن الإقدام على الضرر، بل هما اقداما على كون كل عوض مقابل عوضه لا غير. نعم، مع كون المتعامل معتنياً بالدين مع علمه بالفساد، يتجه الضمان والإقدام؛ بمعنى أن العالم أراد أخذ مال غيره بصورة إيقاع المعاملة، لا المعاملة الحقيقية، لكنه غاصب يؤخذ بأشق الأحوال، و خارج عن مورد الآخذ بالبيع الفاسد المتعارف بين الناس، فتدبر». همان، ج ۱، ۵۲۹.

۳۴. «و ما ذكرناه مناسب لأخذ الغاصب بأشق الأحوال، بل الظاهر لزوم الرد والإيصال وإن كان ضرورياً أو حرجياً، لما ذكر من أخذه بالأشق، و لانصراف دليلهما عنه و هل الماخوذ بغير عدوان و غضب و إن كان على وجه الضمان كالأخذ مع الجهل، أو الجبر يلحق بالغصب، أو بالوديعة فلا يجب إلا التخلية؟ الاقرب إلحاقه بالغصب في وجوب إيصاله إلى صاحبه و التخلص عنه باقرب الطرق، لعدم حل الأموال إلا 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 بيفتد، مشمول «الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال»، نخواهد بود.<sup>۳۶</sup>

۳۵. سید محمد صدر، پیشین، ج ۴، ص ۳۳۱.

۳۶. سید محمد صدر، پیشین، ج ۵، ۲۶؛ شیخ محمد تقی نجفی بروجردی، رساله نخبه الافکار فی حرمان الزوجة 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، وتوقف رده إلى مالکة على تضرر الضامن لم يجب رده لأدلة نفی الضرر. قيل يجب شراء المثل في الصورة الثانية أيضاً. وإن كان الشراء بقيمة عالية، لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و يرد عليه: أن هذا الوجه يختص بالغصب، فلا يجري في المقبوض بالعقد الفاسد. أضيف إلى ذلك: أنه لا دليل على أخذ الغاصب بأشق الأحوال، و عليه فإلحاق الصورة الثانية بصورة الإعواز التي سنتكلم فيها- وجيه جداً». سید ابو القاسم موسوی خویی، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، ۱۶۳؛ عبارت ایشان در جای دیگر به این صورت است: «العجب من شيخنا الأستاذ مع انه بنى في المقبوض في العقد الفاسد على ان المناط في الضمان انما هو يوم الغصب لصحیحة أبي ولاد و مع ذلك بنى في المقام بان المناط 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 تبين بطلان الإجارة رجعت الأجرة إلى المستاجر، و استحق المؤجر أجرة المثل بمقدار ما استفاه المستاجر من المنفعة أو فانت تحت يده إذا كان جاهلاً بالبطلان، خصوصاً مع علم المستاجر» اعلام می کند: «فإنه في هذه الحال يكون آثماً عاصياً، فأولى أن يؤخذ بأشق

<

### 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 داده‌اند؛ 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» و رد استفاده‌ای که فقها از آن کرده‌اند، 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 می‌شود<sup>۳۷</sup>.

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، مؤسسة 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: «فقی مقام الجمع بین الطائفة الثالثة و الثانية قيل: بان الثالثة تحمل على صورة النسيان و الثانية على صورة العمد فكأنه يكون في صورة العمد كالغاصب الذي يؤخذ بأشد الأحوال فيجب في المقام أيضاً غسل اليمين و اليسار إلى آخر الموضوع و أمأ صورة النسيان فلا». میرزا هاشم آملی، المعالم الماثورة، ج ۴، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ. ق، ص ۳۵۴.

۳۷. «فإن 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 حکم الواجد يحل عرضه و عقوبته»: همان، ج ۶، ص ۳۹۷؛ «و قد ورد في بعض الروایات أنه لو غصب أحد حجراً و وضعه في أساس البناء فإنه يجب عليه رده إلى مالکة و إن 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 هزینه های دیگری را حتی اگر مستلزم ضرر و حرج و یا صرف مال بسیار باشد، انجام دهد، اما این به معنی تحمیل وظایف و هزینه های دیگر بر عهده غاصب نیست<sup>۳۸</sup>.

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.<sup>۳۹</sup>

در بحث سرقت نیز، از لزوم رد مال مسروقه سخن می گویند و به اطلاق عبارت «الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال» تمسک می کنند.<sup>۴۰</sup>

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

در نظر من، غاصب نمی تواند 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<sup>۴۱</sup>.

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 الاصول، 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<sup>۴۲</sup>.

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، عده‌ای از فقها گفته‌اند 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، نمی‌توان مالک را مجبور به رد بدل و دریافت عین مال مغضوب کرد<sup>۴۳</sup>. در این موارد (بدل حیلوله و تملک مال غاصب)، هم در مطالبه مال از غاصب سخت‌گیری شده است و هم در ادعای غاصب در مورد مطالبه حق خود از مالک، مانع به وجود آورده‌اند؛ یعنی با مالک مسامحه و با غاصب سخت‌گیری کرده‌اند.

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 بأشقّ الاحوال»، استناد کرده و جواب مثبت داده‌اند؛ از جمله در کتاب «هدی الطالب»<sup>۴۴</sup> این امر پذیرفته شده و در عین حال، مورد انتقاد دیگران قرار گرفته است<sup>۴۵</sup>.

۴۲. علی بن حسین عاملی کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۶، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ هـ. ق، ص ۲۹۹؛ «و معنی أخذ الغاصب بأشقّ الاحوال لیس هو الزامه بإعطاء الزائد عمّا علیه من الحق، بل لعلّ 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، روا نمی‌دانند،<sup>۴۶</sup> اما مخالفان این رویکرد نیز ساکت نبوده و آن را نمی‌پذیرند.<sup>۴۷</sup>

۴۶. شیخ مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، ج ۱، مطبوعات دینی، چاپ اول، ۱۳۷۹، قم، ص ۳۰۳؛ محمد فاضل لنکرانی، الديات (تفصیل الشریعة فی شرح تحریر 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 و السنة، ج ۱، ص ۲۲۱ و ۲۲۸؛ شیخ محمد رضا مظفر، الحاشیة علی البیع و الخیارات، 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 سگ‌هایی که قابل تقویم هستند و دیه دارند (مانند سگ نگهبان) اگر از طریق اتلاف باشد همان دیه‌ای که برای چنین حیواناتی مقرر است باید پرداخت شود و اگر خود به خود تلف شود، باید قیمت بازار را پرداخت کرد و احتمال اعلی‌القیم نیز مطرح است: «احتمال انه یؤخذ بأكثر الأمرین من القيمة المقدرة و الدية المقدرة شرعاً؛ لان 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 اعلی‌القیم یاد می‌کند و به عبارت مورد بحث اشاره می‌کند. 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 می‌توان 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 می‌داشت: «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 بأشقیّ الاحوال» استناد کرده‌اند<sup>۴۸</sup> و در مقابل، برخی دیگر از فقها، آن را رد می‌کنند<sup>۴۹</sup>. 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» نمی‌شود.<sup>۵۰</sup>

> از سگ‌های مذکور هیچ سگی ملک مسلمان نخواهد شد و اتلاف آن نیز ضمانتی ندارد. تبصره ۲- آنچه به عنوان دیه برای از بین بردن سگ‌ها 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 عهده‌دار ارش آن می‌باشد؛ «جنایت بر سگی که دیه دارد موجب ارش می‌شود و به همان نسبت از دیه پرداخت می‌شود».

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 می‌گویند: «یؤخذ بأشقیّ الاحوال با رعایت ضوابط و مقررات شرعیة، نه یؤخذ بلارعاية ضوابط و مقررات شرعیة ...».

<http://saanei.org/oid/php?pg=showfeph&id۶۲۴&q=۶q&query=&lang>

۵۰. صاحب مفتاح الكرامة به دنبال بحثهای مربوط به ضمان غاصب نسبت به قیمت مال می‌گوید: «وقد وجدناهم یذكرون هذه الأقوال في المقبوض بالعقد الفاسد وفي بعض صورته وهو ما إذا باع بحکم أحدهما أو أجنبي، وفي المغصوب وفي البيع الفضولي إذا لم

#### ۳-۴- سرنوشت اخروی غاصب

برخی از فقها قائل به اجرای این حکم در مورد غاصب، در آخرت می باشند نه در دنیا. در کتاب «مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الاذهان»، به مناسبت بحث از تعدی مرتهن و مسئولیت او در مورد قیمت مال تلف شده (مرهون)، از قیمت روز تلف یاد کرده اند و قیمت سوقیه را به دلیل اجماع، ضمان آور نمی دانند. نویسنده در ادامه بیان می دارد: «اخذ الغاصب بأشق الاحوال في الدنيا لا دليل عليه»<sup>۵۱</sup>. 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<sup>۵۲</sup>. به همین ترتیب استفاده از کفن غصبی، قبر انسان را مملو از آتش می کند.<sup>۵۳</sup>

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

> یجز المالك، و لا یفرقون بین هذه المواضع كما هو الواقع لتحقق الغصب في الجميع و ثبوت الضمان. نعم قد یذكرون في مطاوی استدلالهم في مبحث الغصب كتكليف الغاصب بأشق الاحوال ما يشعر بامتيازه عن غيره، لكنهم لا یعوكون عليه و لا یستندون إليه، وإنما یأخذه القائل بأعلى التقييم مؤیداً، و یرده عليه من لا یقول به بأنه لا دلیل عليه في المقام و لا سیما إذا ندم و تاب. هذا الشيخ ذهب إلى ما ذهب إليه في الغصب و البيع، و هذا المحقق في کتابیه قال في المقبوض بالعقد الفاسد: أنه یضمن يوم قبضه و في المغصوب يوم 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 الكرامة في شرح قواعد العلامة، 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 في 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 في 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<sup>۵۴</sup>.

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

از این عبارت، در بسیاری از مسائل فقهی استفاده شده است<sup>۵۵</sup>. 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 ابيه 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 الأخبار، ج ۳، دار الکتب الإسلامية، 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 منسوب (ج ۳۷، ص ۸۱) مطالبه مال در مکانی دیگر غیر از غضب (ج ۳۷، ص ۹۸) لزوم رد مال منسوب (ج ۳۷، ص ۹۹) اعلی القیم (ج ۳۷، ص ۱۰۴) اختلاف مالک و غاصب در قیمت و ادعای زیادت (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 احیاء 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

صِرْفِ ذِكْرِ عِبَارَتِ تَاكْمِكِ بِهٖ اسْتِدْلَالٍ، دَوْرَانِ دَارِدٍ وَ دِيْدِهٖ شَدِيْدِهٖ اسْتِ كِهٖ حَتٰى

الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق؛ در ایضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد نیز در موارد مختلف به این عبارت اشاره شده است: بطلان نماز (ج ۱، ص ۸۶)، كفارات 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 سوقيه 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 جریان 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 بالسَّلعة 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 المخصوصة 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) بأن 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) أحواله و أشقها عليه و المالك بأجود أحواله (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 المسالک إلى المدارك» به ذکر این عبارت، در کنار قواعد قضا و شهادت اکتفا شده است<sup>۵۶</sup> 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

> سلسلة المثمن مع علم المشتري الأول للمالك أخذ عينه فينفسخ جميع العقود المترتبة عليها و له إجازة أي 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 سلسلة الثمن و الفرق بينه و بين المثمن انه إذا أجاز عقداً فقد خرج المثمن عن ملكه الى ملك المشتري فصحت تصرفاته فيه و دخل الثمن في ملك المجيز فبطل تصرف غيره فيه و الأصح عندي انه مع وجود عين الثمن للمشتري العالم أخذه و مع التلف ليس له الرجوع به». محمد بن حسن بن يوسف اسدي حلی (فخر المحققين)، 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 المجيز لأنه سبق و أنه أولى من الغاصب الماخوذ بأشق الأحوال فلم يعلم له وجه بناءً على النقل؛ لأن العقد جزء سبب لتملك المجيز، و التسليط المتأخر عنه علة تامة لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المجيز أسبق؟» مكاسب، جلد دوم، ص ۲۱.

۵۶. ملا حبيب الله شريف كاشاني، تسهيل المسالک إلى المدارك في رؤوس القواعد الفقهية، المطبعة العلمية، چاپ اول، ۱۴۰۴ هـ. ق، ص ۹.



به اشدّ احوال رفتار می شود<sup>۵۷</sup>.

۳- ضمانت منافع مستوفات، فائزات و اجرة المثل: غاصب، ضامن منافع فائزه (استفاده نشده) مال مغضوب نیز است<sup>۵۸</sup>. 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 فائزه 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.<sup>۵۹</sup>

اجرة المثل در عقد اجاره باطل نیز، موردی برای استفاده از این عبارت شده است که برخی فقها به آن اشاره کرده اند.<sup>۶۰</sup>

۴- تسرّی یا عدم تسرّی 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<sup>۶۱</sup>.

۵۷. سید رضا صدر، الاجتهاد والتقلید، دار الكتاب اللبنانی، ۱۹۷۰، ص ۳۶۶؛ سید شهاب الدین مرعشی نجفی، القول الرشید فی الاجتهاد والتقلید، ج ۲، المؤسسة الاسلامیة 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 اشتهاردی، مدارك العروة، ج ۲۷، دار الاسوة للطباعة والنشر، 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<sup>۶۲</sup>، 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<sup>۶۳</sup> که در یکی از آنها گفته اند:

عموم قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر 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 بأشق الاحوال نیز مناسبت دارد<sup>۶۴</sup>.

۶۲. «... قَالَ أَنْتَ وَهُوَ إِمَّا أَنْ يَحْلِفَ هُوَ عَلَى الْقِيَمَةِ فَيَلْزَمَكَ فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَيْكَ فَحَلَفْتَ عَلَى الْقِيَمَةِ لِرِمَاكَ ذَلِكَ أَوْ يَأْتِي صَاحِبُ الْبِغْلِ بِشُهُودٍ يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيَمَةَ الْبِغْلِ حِينَ أَكْثَرِي كَذَا وَكَذَا فَيَلْزَمَكَ ... » ابو جعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی)، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۲۱۵ و ۲۱۶.

۶۳. سید روح الله موسوی خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۶۱۲ و ۶۱۳.  
۶۴. سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۱۰۵؛ شیخ محمد حسین اصفهانی، حاشیة کتاب المکاسب، ج ۱، نشر محقق، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ. ق، ص ۴۱۷؛ همچنین گفته شده است: «فالمخالفة للقواعد من جهة قبول قول المالك المدعى بيمينه فقط و من الجائز أن يكون لخصومة المالك و الغاصب خصوصية لأجلها صح قبول قوله بيمينه مع كونه مدعياً؛ لأنه أعرِف بقيمة بغله و أبعَد عن الاتهام بخلاف الغاصب الذي هو أجنبي عن البغل و موضع الاتهام لتعديده و ظلمه، و لذا اشتهر انه يؤخذ بأشق الاحوال». سید محسن طباطبائی حکیم، نهج الفقاهة، ج ۱، انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، ص ۱۶۴ و ۱۶۵.

گفتار سوم - موارد نفی عبارت «الغاصب يؤخذ بأشق 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<sup>۶۵</sup>.

۲- اخذ بالاترین قیمت از غاصب محتملی ندارد.

۳- اگر در مال مغضوب، خسارتی به بار آید و علت این خسارت، به دستور حاکم شرع باشد، غاصب ضامن نیست<sup>۶۶</sup>.

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 ربا را طرح می‌کند؛ زیرا ارزش مالی که به مالک می‌رسد، بیشتر از حالت اول است. برخی گفته‌اند که این امر به دلیل عبارت: «الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال»، اشکال ندارد اما دیگر فقها به این عبارت ایراد گرفته‌اند<sup>۶۷</sup>.

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

۶۶. «وَأَمَّا النِّقْصَ الحَاصِلَ فِي مَلِكِ المَالِكِ فَمَعَ حِصُولِهِ بِيَدِ الغَاصِبِ الظَّاهِرِ ضَمَانَهُ وَأَمَّا لَوْ كَانَ بِأَمْرِ الحَاكِمِ فَيَشْكَلُ؛ لِأَنَّ الحَاكِمَ لَا يَضْمَنُ وَالغَاصِبُ لَمْ يَفْعَلْ شَيْئاً وَإِنَّمَا طَلَبَ حَقَّهُ فَهَذَا كَقَطْعِ غِصْنِ الشَّجَرَةِ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَضَرَّرُ مَالِكُ الشَّجَرَةِ، وَ مَا يُقَالُ: مِنْ أَنَّ الغَاصِبَ يُؤْخَذُ بِأَشَقِّ الأَحْوَالِ لَا مَدْرَكَ لَهُ مِضافاً إِلَى أَنَّ الكَلَامَ لَيْسَ فِي خِصُوصِ الغَاصِبِ بِمَعْنَى أَخْذِ مَالِ الغَيْرِ عَلَى وَجْهِ الظُّلْمِ وَ العَدْوَانِ بَلْ مُطْلَقٌ مِنْ تَصَرُّفٍ فِي مَلِكِ الغَيْرِ بِغَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ وَ لَوْ مِنْ جِهَةِ الجَهْلِ بِالمَوْضُوعِ» 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<sup>۶۸</sup>.

#### 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 دعاوی 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 بأشق 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 غصب 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.

## نتیجه

با بررسی منابع مختلف فقهی و مقررات رسمی، معلوم می‌شود که هرچند عبارت «الغاصب یؤخذ بأشقّ الأحوال» 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<sup>۶۹</sup> اما قدر متیقن این امر در حالتی است که غاصب، به معنی حقیقی باشد و موارد مأخوذ به «معامله باطل ضمان آور»<sup>۷۰</sup> را که متصرف، اطلاعی از بطلان آن ندارد، نمی‌توان به سود مالک تفسیر کرد و در موارد تردید، او را بر غاصب مقدم دانست.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۶۹. «الغاصب یؤخذ بأشقّ أحواله و أشقّها علیه، و المالك مأخوذ بأجود الأحوال». فخر

المحققین، پیشین، ج ۱، ص ۴۱۸.

۷۰. اشاره به قاعده معروف «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و أنّ ما لا یضمن بصحیحه

لا یضمن بفاسده» است.