

نوشته: دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی

عناصر غصب

بحث ضمانات قهری قانون مدنی از دشوارترین مباحث آن است که تا کنون به استقبال این دشواری کسی نرفته است. مطلب در متون فقه تاجائی دچار ضعف اسلوب و پراکندگی است که قابل توصیف نیست و گرد آوری این پراکنده ها به مدت سالم و اندیشه نیرومند و شکیبائی فراوان نیازمند است.

در گذشته بوده اند کسانی که^(۱) در این راه قدم نهاده ولی با همه تلاش، طرفی نبسته اند و به نظر من باید کار آنها را ناکام دانست.

ضعف تألیف که در متون فقه وجود داشته است عیناً به مواد ۷، ۳ و بعد قانون مدنی راه یافته است و نویسنده این مواد نتوانست خود را از آن دور بدارد حتی در شمردن اسباب ضمان قهری در ماده ۷، ۳ دچار چندین اشتباه شده است که در شماره گذشته بعضی از آنها اشاره شد و بعضی دیگر در این شماره اشاره خواهد شد. اضافه میشود که در شماره پیشین هدف این بود که غصب را فقط از نظر مدنی مورد تحقیق قرار دهیم و جنبه جزائی آنرا بهمت دیگران موکول کنیم ولی یادآوری های سودمند برخی از صاحب نظران ما را به تغییر جهت بحث وادار کرد و جنبه کیفری موضوع نیز در اثناء بحث از عناصر غصب (در حدود بیان عناصر غصب) طرف توجه قرار می گیرد.

پیش از ذکر بحث اصلی که عناصر غصب است به آوردن مقدمه نیازمند

هستیم:

۱- مقدمهٔ اول - سواد قوانین موضوعه راجع به غضب:

سادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی می‌گوید: « غضب ، استیلاء برحق غیر است بنحو عدوان - اثبات یدبرمال غیر بدون مجوزهم در حکم غضب است» .

از این ماده دونوع غضب دانسته می‌شود :

یک - غضب حقیقی

دو - غضب حکمی

این هردونوع ، در فقه سابقه دارد مورد مطالعه در این مقاله، غضب حقیقی است که صدر مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی ناظر به آن است غضب حکمی اساساً عنوان مستقلی است و حق بود که مبحث جداگانه برای آن ذکر میشد یکی از موارد ضعف تألیف فقه و قانون مدنی همین است زیرا این ایجاز محفل یادرهم کوفتن مسائل مشابه ولی مستقل، دشواری‌های توصیف نشدنی بوجود آورده است .

۲- سر فصل مادهٔ ۱۲۵ قانون مجازات عمومی این است: « در غضب‌عناوین

و مشاغل» .

مادهٔ ۱۲۵ قانون مجازات می‌گوید: « هر کس بدون سمت رسمی یا اذن از طرف دولت در مشاغل دولتی اعم از کشوری یا نظامی که قانوناً مربوط باو نبوده خود را داخل کند از یکسال الی سه سال حبس خواهد شد ...»

مادهٔ ۱۲۶ قانون مزبوری می‌گوید: « هر کس علناً استعمال لباس رسمی یا نشان یا امتیاز دولتی نماید که حق آنرا ندارد به تأدیة غرامت از سی الی پانصد تومان محکوم خواهد شد»

قانون جزای ما بدون اینکه کلمهٔ غضب را بکار برد به مأخذ تعریف غضب که در مادهٔ ۳۰۸ قانون مدنی ذکر شده است نمونه‌های ذیل را که بمصداق غضب است منع کرده و برای مرتکبین آنها مجازات قائل شده است:

۳- الف - ماده ۲۴۵ که می گوید: « هر کس تصنیف یا تألیف دیگری را اعم از کتاب و رساله و نقشه و تصویر و غیره بدون اجازه مصنف یا مؤلف یا کسیکه حق تألیف را از مصنف یا مؤلف تحصیل نموده است کلاً یا بعضاً شخصاً یا بتوسط دیگری بطبع برساند به تأدیة غرامت از .ه.الی . .ه تومان محکوم خواهد شد. . . » این یک نمونه استیلاء برحق غیر به نحو عدوان است و جمیع عناصر غضب که خواهیم شمرد در این مورد صدق می کند .

ملاحظه - ذکر این ماده در فصل یازدهم قانون جزا بعنوان دسیسه و تقلب در کسب و تجارت محل ایراد است زیرا کسیکه علناً و علی رؤس الاشهاد دست به غضب حق مؤلف می زند این کار از دسیسه و تقلب خیلی بالاتر است از گردن کلفتی تا دسیسه و تقلب فرسنگها فاصله است .

ب- بند دوم ماده ۲۴۸ قانون مزبور می گوید: « هر کس علامت تجارتنی غیراً بدون اجازه صاحب علامت استعمال کند . . . »
تعریف ماده ۳۰۸ قانون مدنی بر این مورد صدق می کند نه عنوان دسیسه و تقلب در کسب و تجارت .

ع- ج - ماده ۲۶۴ قانون مزبور می گوید: « هر کس عالماً حد فاصل مابین اسلاک را تغییر دهد . . . به حبس تأدیبی از ۱۱ روز تا دو ماه و یا بغرامت از شش الی سی تومان محکوم می شود و اگر عمل مذکور برای غضب زمین غیر واقع شده باشد اعم از اینکه بنفع خود مرتکب شده باشد یا بنفع دیگری ، مجازات آن ، حبس تأدیبی از شش ماه تا دو سال و تأدیة غرامت از ده الی سی تومان است »

در این ماده صریحاً عنوان غضب ذکر شده و معلوم می شود که اجتماع این عنوان با عنوان (هتک منازل و املاک غیر) منافات ندارد ولی این ایراد را باید گفت که ادغام عناوین خاص ، ضمن عناوین عام در تدوین قوانین مخصوصاً قانون جزا نه تنها پسندیده نیست گاهی گمراه کننده هم هست .

د- قانون موقت راجع باشخصی که سال غیرا انتقال داده یا تملک می کنند-
 مصوب دوم جوزای ۱۳۰۲ تصرف در مال غیرا عالمآ و عامداً جرم شمرده است
 بدیهی است که تصرف عمدی و عدوانی در مال غیر در صورتیکه واجد عناصر غصب
 باشد مشمول تعریف ماده ۳۰۸ قانون مدنی است.

موارد بسیار در متفرقات قوانین موضوعه دیده میشود که مشمول تعریف ماده
 ۳۰۸ قانون مدنی است و طبق نصوص قانونی بقید کیفر، منع شده است در تمام این موارد
 برای اینکه دادگاه جزا بتواند کسی را محکوم کند باید وجود عناصر غصب را که در
 این مقاله مورد بررسی قرار میدهم احراز کند. بنابراین بررسی عناصر غصب نه تنها از
 نظر مدنی لازم است از نظر کیفری هم ضرورت دارد عناوین مستحدث که قانون جزا
 برای نمونه های فوق انتخاب کرده است موجب تغییر عناصر اصلی عمل و بزه غصب
 نمیشود بحث ما در عناصر است نه عناوین بزه که بحث فرعی است.

ه - مقدمهٔ دوم - غصب در حقوق جزای اسلام:

در حقوق جزای اسلام عناوین کیفری ذیل در معانی مستقل ولی درسته

واحد ذکر میشود:

الف - غصب

ب - غارت (نهب)

ج - اختلاس

د - خیانت در امانت

ه - سرقت

و - طراری

ز - احتیال (دلاهدراری و جعل و تزویر) کلاهبردار و نیز جاعل

اسناد را محتال می‌نامند^(۱) چون شهادت کذب را هم نمونه‌ای از احتیال می‌دانند میتوان این عنوان را وسیع‌تر از کلاهبرداری و جعل در اسناد شمرد.

غاصب به قهر و غایبه علناً در مال غیر، تصرف می‌کند و حال اینکه سارق در خفیه این کار را انجام میدهد و قصد اختفاء دارد و بهمین جهت در زبان فارسی (ربودن) از عناصر سرقت است و در زبان عرب (خفیه) عنصر آن معرفی شده است که معادل ربودن است در فقه هم برای تمیز غصب و سرقت، روی عنصر (خفیه) تکیه کرده‌اند که بعداً در عناصر غصب اشاره خواهیم کرد.

۶- در تعریف اختلاس در فقه گفته‌اند^(۲).

(المختلس هو الذی يأخذ المال خفیه علی حین غفلة وبهرب) یعنی اختلاس این است که کسی در حین غفلت مالک (یا متصرف قانونی) مال منقول را درخفاء برداشته و بگریزد چون در اینجا عامل قهر و غلبه و عان وجود ندارد اختلاس با غصب فرق دارد، فرق دیگر آن با غصب این است که اختلاس اختصاص به مال منقول

- ۱- شرح فتح القدير - جلد ۴ - ص ۲۳۳ - الوسیله - ص ۷۸۴ کتاب الجوامع الفقهية - شرایع - ص ۳۵۷ - جواهر جلد ۶ - ص ۵۳۲ - المغنی - ابن قدامه - حلب - ص ۷۹ - ۸۰ - سناج ص ۵۰۵ - فتح الوهاب جلد ۲ - ص ۱۵۹ - نهایه - جلد دوم ص ۷۴۳
- ۲- سناج ص ۵۰۵ - تعریف مؤلف (الوسیله) غلط است (کتاب مذکور ص ۷۸۴) و همچنین است تعریف مؤلف (فتح الوهاب) کتاب مذکور - جلد ۲ ص ۱۵۹ - تعریف (فتح القدير) مانند تعریف کتاب (سناج) است . مؤلف جواهر (جلد ۶ - ص ۵۳۲) دست به تعریف صحیح نیافته است ، عین تعریف صاحب (سناج) در مفاتیح الشرایع فیض کاشانی دیده می‌شود (کتاب مذکور - نسخه خطی شخصی - ص ۲۰۷)

شمخ طوسی تعریفی از اختلاس کرده که کسی با نظر او موافقت نکرده است (نهایه - جلد دوم - ص ۷۴۳) ظاهراً عنوان اختلاس را با راهزنی اشتباه کرده است بهر حال نظر اکثر واضح همان است که در متن ذکر گردید .

دارد و حال اینکه غصب، شامل غیر منقول هم میشود (ماده ۲۶۴ قانون جزا) اعتماد بر فرار و غفلات مالک دو عنصر هستند که اختلاس باین معنی را از سرقت جدا میکند.

۷- تبصره - اختلاس در قانون مجازات عمومی با اختلاس در فقه، فرق ماهوی دارند، آنچه را که ما امروز اختلاس میدانیم در فقه تحت عنوان (خیانت) آورده اند و خیانت در امانت بمفهوم عام امانت، یک عنوان کیفری در فقه اسلام است.

ماده ۱۰۲ قانون مجازات عمومی و ماده ۴۰۰ قانون دادرسی و کیفر ارتش که اختلاس را بیان کرده در واقع تعریف کلی اختلاس را دربر ندارد و بذکر نمونه های خاصی قناعت کرده است معذکک در همین دو ماده عنصر امین بودن مختلس بخوبی مشاهده میشود و شکی نیست که موضوع این دو ماده مصداق بارز خیانت در امانت است و شاید بهمین جهت در سرفصل ماده ۱۰۲ قانون جزا نوشته شده است: (اختلاس اموال دولتی و خیانت مأمورین) ذکر کلمه خیانت در این جا به پیروی از اصطلاحات فقه است زیرا در عبارات قانون جزا اصطلاحات فقهی بیش از هر قانون دیگرمان دیده میشود آنچه که جای پرسش است این است که چگونه کلمه اختلاس که در فقه معنی دیگر دارد برای مدلول ماده قانون جزا انتخاب شده است ماده ای که مدلول آن ابدأ با مدلول اختلاس در فقه سازگار نیست و قطعاً در انتخاب عنوان، اشتباه شده است. اشتباه دیگر نویسنده قانون جزا آنکه تعریف از خیانت در امانت (ماده ۲۳۹ قانون مجازات) نکرده است و ماده ۱۰۲ را که نمونه ای از خیانت در امانت است در فصل دیگر آورده است اینها ضعف تألیف است.

علاوه بر این مسائل مدلول ماده ۱۰۲ قانون جزا از مصادیق قاعده عاسی است که در ماده ۲۶۱ قانون مذکور ذکر شده و ماده اصلی خیانت در امانت است زیرا رکن اصلی خیانت در امانت، عملی است که از آن تعبیر به *Détournement*

میشود و آن عبارت است از عملی که بموجب آن، متصرف موقت از طرف مالک با نقض عنوان حقوقی تصرف خویش (خواه آن عنوان، اجاره یا وکالت یا ودیعه یا عاریه یا امانت مالکی باشد یا امانت قانونی) بمانند مالک اصلی در مورد تصرف خویش تصرف کند خواه بصورت مصرف کردن آن خواه بصورت انتقال آن بثلث و خواه بصورت امتناع از رد آن بمالک. اختلاس بمعنی مذکور در ماده ۲۰۲ قانون جزا و ماده ۴۰۰ قانون دادرسی و کیفر ارتش مصداق خیانت در امانت بوده و بهمین جهت عنوان واصطلاح خاصی در حقوق جزای فرانسه هم ندارد.

نتیجه آنکه اختلاس بمعنی مذکور در فقه اسلام که عنوان جزائی مستقلی است با غصب که عنوان جزائی جداگانه‌ای است فرق ماهوی دارد.

۸- مستلب - آیا مستلب با مختلس فرق دارد؟

عده‌ای^(۱) عقیده به فرق دارند و میگویند:

(المستلب هو الذی يأخذ المال جهراً و یهرّب)

یعنی مستلب کسی است که آشکارا مال غیر را برداشته و می‌گریزد و در واقع متکی به سلاح نیست مستلب در این معنی مترادف عنوان جزائی منتهب (غارتگر) است و فقهاء^(۲) برخی تحت عنوان منتهب و برخی تحت عنوان مستلب بحث می‌کنند (ماده ۲۶۱ قانون جزای ایران و ماده ۴۰۰ قانون جزای فرانسه) عده‌ای دیگر^(۳) که معمولاً از قدما بوده و در اقلیت قرار دارند مختلس و مستلب را مترادف میدانند.

۱- مهاج - ص ۵۰۵ - مفاتیح الشرایع - خطی ص ۲۰۷

۲- نفع الوهاب - جلد ۳ - ص ۱۰۹ - مهاج ص ۵۰۵ - مفاتیح الشرایع - ص ۲۰۷ -

جواهر جلد ۶ - ص ۵۳۲

۳- الوسیله (الجوامع الفقیهه) ص ۷۸۴ - نهایه - طوسی - جلد دوم ص ۷۴۳ - بعضی

غارت را هم داخل در اختلاس میدانند که اشتباه محض است (ابن رشد - بدایة المجتهد -

ص ۴۵۵)

در هر حال مستلَب چه بمعنی مختلس باشد و چه بمعنی منتهب (غارتگر) با غاصب و غصب فرق دارند زیرا مستلَب بر عامل فرار تکیه می‌کند ولی غاصب بر این عامل، متکی نیست.

۹- طرار Filou - بعضی^(۱) در تعریف بان گفته‌اند: (هوالذی یشق الثوب لیاخذ منه الشیء) یعنی طرار کسی است که جامه دیگری بدرد که از آن چیزی بردارد. دریدن جامه عنصر آن نیست شاید غالباً محتاج باین کار باشد و این مسامحه در عبارت (جیب‌بری) هم دیده میشود و گرنه جیب بر بدون بریدن جیب هم با (تردستی) این کار را می‌کند.

بعضی^۲ دیگر در تعریف طرار گفته‌اند (هوالذی یقطع النفقات و یاخذها علی غفلة من اهلها) یعنی طرار کسی است که نفقه دیگری را در حین غفلت او بریاید و تصاحب کند. مقصود از نفقه هر مالی است که خرج یومیه باشد اعم از پول و غذا. باین ترتیب این تعریف بمقدار زیاد با عنوان Filouterie d' auberge (ماده ۱۰۵ قانون جزای سوئیس و Filouterie d'aliments نزدیک میشود.

بعضی از اقسام طراری را فقهاء^(۳) مانند حقوقدانان باختاری سرقت دانسته‌اند.

مقدمه سوم - مقایسه ماده ۲۶۴ قانون جزای ایران و ماده ۴۵۶ قانون جزای

فرانسه

۱- ماده ۲۶۴ قانون جزای ما از ماده ۴۵۶ قانون جزای فرانسه گرفته شده ولی قانونگذار ما تغییر حدفاصل املاک را که در قانون جزای فرانسه فقط بیک عنوان، تصور شده است به دو عنوان ذیل تصور کرده است:

الف - تغییر حدفاصل املاک که عنوان غصب را دارد.

۱- مفاتیح الشرایع ص ۲۰۷ - الوسیله (الجوامع الفقهیه) - ص ۷۸۳

۲- مجمع البحرین - لغت (طرر) ۳- الوسیله (الجوامع الفقهیه) ص ۷۸۳

ب - تغییر حد فاضل املك که عنوان غصب را ندارد .

برای اولی مجازاتی بصورت حبس از ششماه تا دو سال و غرامت از ده تا سی تومان در نظر گرفته است . و برای دومی حبس تأدیبی از ۱۱ روز تا دو ماه و غرامت از شش تا سی تومان ذکر کرده است در حالی که فقط یک مجازات حبس در قانون جزای فرانسه پیش بینی شده است که از یکماه تا یکسال است . در شدت عمل و تفصیلی که قانونگذار ایران قائل شده است قطعاً تحت تأثیر حقوق جزای اسلام راجع به غصب قرار گرفته است . بدیهی است که برای اعمال صحیح ماده ۴۶۲ قانون مجازات عمومی باید دادرس جزا عناصر غصب را مورد توجه قرار دهد و این عناصر که تا کنون در حقوق لائیک ایران مورد تتبع قرار نگرفته مورد بررسی کنونی ما است .

تبصره - اضافه میشود که با توجه به شروع ماده ۴۹۰ قانون مدنی فرانسه که غصب حکمی را مورد توجه قرار داده و ذیل ماده ۲۲۷ همان قانون که در حد محدودی غصب حقیقی را متعرض شده معلوم میشود که بین حقوق رم و حقوق اسلام فرق اساسی این است که در حقوق اسلام در مورد غصب حکمی عیناً مانند غصب حقیقی باید عوض منافع مستوفات را هم بمالک رد کند و حال اینکه حقوق رم برای کسیکه بدون عمد در مال غیر تصرف کرده در این مورد، مسئولیتی نمیشناسد حقوق کنونی فرانسه دامنه مسئولیت مدنی کسی را که سر تکب غصب حکمی شده محدودتر (نسبت به حقوق رم) کرده است (۱) .

۱۱ - مقدمه چهارم - تعریف ید و فرق ید اشاره و ید غصب - قانونگذار مآدر ماده ۳۰۸ قانون مدنی لغت ید را به پیروی از فقه بکار برده است اصطلاحات ید عدوان و ید عدوانی و ید عادی و ید غصبی در معانی نزدیک بهم هم اکنون جزو اصطلاحات حقوقی ما است . لکن ید در مورد مدلول ماده ۳۰۵ قانون مدنی هم بکار میروند و از مدلول این ماده در فقه اسلام تعبیر به (قاعده ید) میشود و در همین معنی حدیثی است معروف (لولا الید لما بقی للمسلمین سوق) (۲) هم چنانکه در مورد معنی

1- Colin - Capitant Droit civil Français T. 1e (11e édition) n 1224

۲- یعنی اگر ید را اجازه مالکیت ندانیم باب معاملات ، تسدود میشود .

نخستین هم حدیث نبوی معروفی داریم باین صورت (۱) (علی الید ما اخذت حتی تؤدیه) که با اندک تغییری بصورت دیگرهم نقل شده است .
 شاید تصور شود که ید در ماده ۳۰ و ماده ۳۰۸ قانون مدنی بیک معنی است و حال اینکه چنین نیست ، نخست باید دید که ید چه معنی در اصطلاحات حقوقی دارد :

در اصطلاحات حقوقی ما ید را مترادف تصرف میدانند اما تصرف مراتب مختلف دارد و بنا بگفته دانشمندان (۲) ما شدت و ضعف دارد تصرف نسبت به منقول شدیدتر است و نسبت به غیر منقول ضعیفتر ، در مورد منقول هم در محقرات (مانند خودنوئیس و عینک) شدیدتر است تا نسبت به اتومبیل و کشتی . میزان تصرف نسبت به آنچه که انسان در دست خود دارد بیشتر است از تصرف انسان در لباسی که پوشیده

۱- یعنی کسی که مال غیر را در تصرف دارد ملزم به رد آن است .

۲- مؤلف (الفروق) در صفحه ۷۸ جلد چهارم کتاب خود می گوید : (الید عبارة عن القرب والاتصال واعظها ثياب الانسان التي عليه ونعله ومنطقته و يلبه البساط الذي هو جالس عليه والدابة التي هو راكبها و يلبه الدابة التي هو سائقها او قائدها و يلبه الدار التي هو ساكنها فهي دون الدابة لعدم استيلائه على جميعها . . .

شمس الدین محمد ملقب به شهید اول در کتاب قواعد فقه خود (ص ۲۷۶) عبارات بالا را بدون ذکر مأخذ با اندک تصرف چنین آورده است :

الید تقبل الشدة والضعف اذ هي عبارة عن القرب والاتصال فكلما زادا تاكدت الید فابلغها ما قبض بيده ثم ما عليه من الثياب و المنطقه والنعل ثم البساط تحته ثم الدابة تحته ثم تحت حمله ثم ما هو سائقها او قائدها ثم الدار التي هو ساكنها اذ هي دون الدابة لاستيلائه في الدابة على جميعها ثم المالك الذي يتصرف فيه .

بدیهی است که عبارت شهید کامل تر است والفضل للمتقدم . این معنی را نخستین بار هم اکنون یافته‌ام که مؤلف عالیقدر اخیر در این تألیف خود تاچه اندازه به کتاب پراج قرافی نظر داشته است .

اگر ذکر مأخذ می کرد چیزی از قدروی کاسته نبود .

است و نیز مقدار تصرف انسان در جامه خود بیشتر است از اندازه تصرف کسیکه بر بساطی نشسته و کالای او بر آن بساط گسترده است و هكذا.

۱۲ - اقسام ید - ید دو قسم است:

یک - ید صوری - صرف تصرف محسوس را ید صوری مینامند هر چند که برای این تصرف، قصد و عملی بکار نرفته باشد مثلاً اگر بر اثر وزش باد جامه‌ای از دیگری بخانه کسی افتاده باشد صاحب خانه نسبت باین جامه ید صوری دارد و ماده ۳۰ قانون مدنی (و بطور کلی قاعده ید) مربوط به ید صوری است یعنی ید صوری اماره مالکیت است.

دو - ید واقعی : در این مورد علاوه بر تصرف محسوس باید قصد و فعل از جانب متصرف بکار بسته شود و متصرف، سلطه خود را بر مورد تصرف، اعمال کرده باشد. این گونه ید است که منشأ ضمان فهری (در ماده ۳۰۸ قانون مدنی یعنی در ضمان ید) می باشد فرق قضیه در ید صوری و ید واقعی این است که در مثال جامه‌ای که با وزش باد بخانه دیگری افتاده ید صاحب خانه نسبت به جامه ید ضمان نیست ولی بحکم ماده ۳۰ قانون مدنی و ماده ۷۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی اماره مالکیت است و این مقدار فرق بین دو قسم ید، کافی است.^۲

۱۳ - مقدمه پنجم - غضب در حقوق اسلام بموجب نص قرآن مجید و روایات عملی مذسوم و ناپسند است و در بسیاری از موارد قانونگذار بقید کیفر آنرا مورد توجه قرار داده است مانند نصوص ذیل :

الف- یاخذ کل سفینه غضباً (آیه ۸۱ سوره کهف)

ب- لانا کلو أموالکم بینکم بالباطل (آیه ۲ سوره نساء).

ج- لایحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه (۲).

۱- حبیب الله - غضب ص ۱۴-۱۵

۲- نیل الاوطار - جلد ۵ ص ۳۵۵ - جواهر - جلد ۶ ص ۸۴ - المغنی - جلد ۵ ص

۱۹۸ - تذکره - ص ۹۸۲

- د - انما اموالکم و دماؤکم علیکم حرام (۱) .
- ه - من ظلم شیراً من الارض طوقه الله من سبع ارضین (۲) .
- از این حدیث استناد کرده اند که غضب در ردیف جرائم بزرگ است (کبائر) قرار دارد که در حقوق جزای اسلام مانند جنایات در حقوق جزای عرفی است .

و - الحجر المغصوب فی الدار رهن " علی خرابها (۳)

اکنون که با این پنج مقدمه آشنا شدیم و موقعیت غضب را در حقوق اسلام از نظر جزائی و از جزای تطبیقی شناختیم و اجمالاً بالزوم شناخت عناصر غضب روپوش شدیم وارد اصل بحث که شناسائی ماهیت غضب است می‌شویم :

تعریف غضب

۱۴- تعاریف متعدد در فقه برای غضب ذکر کرده اند که چند تعریف را ذکر می‌کنیم :

الف - غضب استیلابر حق غیر است بنحو عدوان (۴) ماده ۸ . ۳ قانون مدنی این تعریف را گزیده است .

- ۱- نیل الاوطار - جلد ۵ - ص ۳۵۶ - جواهر - جلد ۶ ص ۸۴ - فتح الوهاب - جلد یک - ص ۲۳۱ - تذکره ص ۹۸۱ - اعانة الطالبین جلد ۲ - ص ۱۳۶ - مسالک - جلد ۲ ص ۲۵۳
- ۲- جواهر - جلد ۶ - ص ۸۴ - نیل الاوطار - جلد ۵ ص ۳۵۶ - بعد المغنی - جلد ۵ ص ۱۹۸ - تذکره ص ۹۸۲ - اعانة الطالبین - جلد ۳ - ص ۱۳۶ - مسالک - جلد ۲ - ص ۲۵۳
- ۳- جواهر - جلد ۶ - ص ۸۴ . الوسيلة - جلد ۲ - ص ۳۱۲
- ۴- این تعریف را مؤلف کفایة الاخیار به امام نووی نسبت داده است (جلد اول - ص ۱۸۲) - حبیب الله - غضب - ص ۲ - جواهر - جلد ۶ - ص ۸۴ - ریاض - جلد ۲ - ص ۲۹۱ -

دنبالہ حاشیہ در صفحہ بعد

ب- غصب استیلاء بر مال غیر است بنحو تعدی^(۱) یا گرفتن مال غیر بنحو تعدی .

ج- غصب، استیلاء بر حق غیر است بدون حق^(۲)

د - استقلال در مال غیر حکماً و عدواناً^(۳)

ه - احتواء بر مال غیر بدون تراضی^(۴) .

و - استیلاء بر حق غیر^(۵)

ز - ازاله ید قانونی و اثبات ید غیر قانونی^(۶)

ح - منع صاحب مال از تصرف در مال خویش و تصرف کردن ناحق در آن مال^(۷)

منهاج الهدایة ص ۴۳۷ - وسیله - جلد ۲ - ص ۳۱۲ - الانصاف - جلد ۶ ص ۲۲۱ - ۱۲۲ - السراج الوهاج - ص ۲۶۶

۱ - رافعی این تعریف را گزیده است که محدودتر از تعریف نخست است و ناقص است زیرا حق، اعم از مال است (کفایة الاخیار - جلد یک - ص ۱۸۲ - تذکره - ص ۷۱ - شرح ارشاد - ص ۷۴۱ - الانصاف - جلد ۶ - ص ۱۲۲ - تحفة الفقهاء - جلد ۳ - ص ۱۱۲۶ المغنی - جلد ۵ - ص ۱۹۸

۲ - منهاج - ص ۴۴۱ - مفاتیح الشرایع - ص ۴۰۴

۳ - شعائر - ص ۳۷۲ - قواعد علامه - ص ۷۷

۴ - الوسیله (الجوامع الفقیه) - ص ۷۵۰

۵ - اعانة الطالبین - جلد ۳ - ص ۱۳۶ - الانصاف - جلد ۶ - ص ۱۲۱ - فتح الوهاب -

جلد یک - ص ۲۳۱

۶ - شجرة طوبی - ص ۱۰

۷ - المجموع - جلد ۱۴ - ص ۶۴ - تحفة الفقهاء - جلد ۳ - ص ۱۲۶

این اختلافات در بیان ماهیت غضب که در فقه هم جنبه کیفری و هم جنبه مدنی داشته با توجه باینکه علم و دانش رشد تدریجی دارد قابل توجه است و بهرحال فعلاً قانون مدنی یکی از تعاریف را گزیده و راه این اختلاف را بسته است رنج اساسی که تا کنون کسی نبرده و کاری که تا این زمان کسی نکرده است بیان عناصر ماهیت غضب است و تنها از این راه است که :

اولاً - با اختلافات قرون و اعصار گذشته فیصله داده میشود .

ثانیاً - شناخت کامل این ماهیت عملاً میسر می گردد .

در این گفتار به استقبال این مشکل می رویم تا این بحث پراکنده نا بسامان را

سامانی دهیم .

۱۰ - عناصر غضب از این قرار است :

عنصر اول

تصرف حسی

تصرف حسی که از آن تعبیر به تصرف فعلی هم شده است^(۱) همان «یدواقعی» است که سابقاً (شماره ۱۲) از آن سخن رانندیم و خلاصه این عنصر عبارتست از اینکه غیر مالک بدون مجوز قانونی در مال غیر (یا بطور عام : در حق غیر) تصرف کند و بر آن مسلط شود . ماده ۹۰۳ - م از این عنصر تعبیر به «تسلط کرده و گفته است :

(هر گاه شخصی مالک را از تصرف در مال خود، مانع شود بدون اینکه خود او

تسلط بر آن مال پیدا کند غاصب محسوب نمیشود . . .)

ادامه دارد

(شماره ۱ نیز دیده شود)