



جامعة المصطفى العالمية
Al-Mustafa International University

مجتمع آموزشی عالی علوم انسانی
رساله دکتری
رشته حقوق خصوصی

تحلیل و بررسی فقهی حقوقی تطبیق مقومات مفهوم غصب بر مصادیق جدید (با
تأکید بر مصادیق مالکیت فکری، تصرفات شهرداری)

استاد راهنما:

دکتر سید علی علوی قزوینی

استاد مشاور اول:

دکتر سید حسن شبیری زنجان

استاد مشاور دوم:

دکتر سیامک قیاسی سرکی

نویسنده: علی جهانیان

سال تحصیلی: 1402ش



تقدیم

به دو گوهر ناب زندگی ام؛ یعنی پدر و مادر عزیزم که دعا‌های شان همیشه رفیق راهم بوده است.

و به

همسر مهربان و زحمتکش که در طول مدت تحصیل همیشه یار مهربان و فرشته‌ای که سنگ صبور بنده بوده است.

تقدیر و تشکر

حمد و سپاس مخصوص خداوند لایزال است که انسان را از خاک آفرید و با اعطای نعمت بزرگ عقل، او را بر تمام موجودات برتری داد و علم و دانش را چراغ روشن‌گر عقل قرارداد. خدا را سپاسگذارم که توفیق داد تا بتوانم این اثر را تدوین نمایم. امیدوارم که این گام مثبت هر چند اندک در راستای گسترش و توسعه علم و حقوق اسلامی باشد.

ابراز امتنان می‌نمایم از ریاست محترم جامعه المصطفی العالمیه (ص)، ریاست محترم مجتمع آموزش عالی علوم انسانی اسلامی، معاونت آموزش، تحصیلات تکمیلی و کلیه‌ای دست اندرکاران محترم مجتمع آموزش عالی علوم انسانی که زحمات زیادی در راستای فراهم نمودن تحصیل علم و آموزش متحمل شدند.

تشکر و قدردانی ویژه دارم از اساتید محترم راهنما و مشاور، دکتر سیدعلی علوی قزوینی، حضرت دکتر سیدحسن شبیری زنجان و دکتر سیامک قیاسی سرکی «زید عزّهم» که با راهنمایی‌ها و مشاوره‌های عالمانه و اندیشمندانه شان این جانب را در تدوین این اثر کمک شایان نمودند. بدون تردید اگر راهنمایی‌های خرد ورزانه و علمی اساتید بزرگوار نمی‌بود؛ قطعاً این اثر به جایی نمی‌رسید. از خداوند متعال سلامتی و طول عمر با برکت برای اساتید محترم راهنما مسئلت دارم.

هم‌چنین بر خود لازم می‌دانیم سپاسگزاری نمایم از اساتید محترم داور دکتر میر داداشی، دکتر انتظاری و دکتر محمد جواد بحرینی «زید عزّهم» که با نقدهای سازنده و علمی شان بر غنای علمی این اثر افزودند.

چکیده

یکی از مسائل اساسی در فقه و حقوق نهاد غصب می‌باشد. در خصوص مفهوم این نهاد میان فقیهان امامیه وحدت نظر وجود ندارد. عدم وحدت در مفهوم، تفاوت در قلمرو را به دنبال داشته است. پژوهش حاضر به شیوه کتابخانه‌ای و به صورت تحلیلی به پردازش فقهی و حقوقی مقومات غصب بر مصادیق جدید همانند: آفرینش‌های فکری و تصرفات شهرداری پرداخته است. برآیند پژوهش، بنا به نظر مشهور فقیهان امامیه، حاکی از عدم تطبیق مقومات غصب بر مصادیق جدید است؛ چه این‌که ایشان برای امور غیر مادی مثل حقوق مالکیت فکری به دلیل عدم وجود مادی و عینی، حق مالکیت انحصاری برای پدید آورنده را نپذیرفته‌اند؛ اما بنابر دیدگاه غیرمشهور و قانون‌گذار در ماده 308 قانون مدنی، می‌توان مقومات غصب را بر مصادیق جدید که موضوع آن حقوق و امور غیر مادی می‌باشد اعمال نمود. دیدگاه عدم شناسایی حق مالکیت نسبت به امور غیر مادی به دلایل مختلفی از جمله: عدم سازگاری حقوق مالکیت فکری با قاعده سلطنت، عدم اعتبار مالکیت فکری از سوی شارع و غیر قابل تملک شخصی بودن حقوق مالکیت فکری استناد جسته است؛ اما این دلایل قابلیت اثبات مدعای شان را ندارد و از این‌رو، این دیدگاه مورد پذیرش قرار نگرفت. برخی از ادله دیدگاه پذیرش حق مالکیت نسبت به امور غیر مادی نیز همانند قاعده لاضرر، مقاصد الشریعه، نظریه شخصیت و نظریه قرارداد به علت ناتمام بودن آن، نمی‌توان مالکیت امور غیر مادی را اثبات نمود و در نتیجه مقومات غصب بر آن، با ادله مذکور قابل اعمال نیست. به نظر می‌رسد با توجه به بنای عقلاء، حکم حکومتی، نظریه حق طبیعی و نظریه ادغام حق و ملک و مقسم قرار دادن حق، حق مالکیت را نسبت به امور غیرمادی نسبت به دارنده اثبات و مقومات غصب را بر آن اعمال نمود.

واژگان کلیدی: مقومات غصب، حقوق مالکیت فکری، تصرفات شهرداری، تصرفات زیرزمینی و هوایی، تصرفات شناسنامه‌ای.

مقدمه تحقیق

1. بیان مسأله 1
2. اهمیت و ضرورت مسأله 4
3. پیشینه تحقیق 5
4. سؤال‌های تحقیق 7
- الف) سؤال اصلی 7
- ب) سؤال‌های فرعی 7
5. فرضیه تحقیق 7
6. روش تحقیق 8
7. هدف تحقیق 8
8. سازمان دهی تحقیق 8

فصل اول مفاهیم و کلیات

- مبحث اول: مفهوم شناسی 11
- گفتار اول: مفهوم غصب 11
- بند اول: مفهوم لغوی و اصطلاحی غصب 11
- بند دوم رابطه غصب و سرقت 15
- الف) وجوه تشابه 15
- ب) وجوه افتراق 16
- گفتار دوم: مفهوم مقومات غصب 16
- بند اول: مفهوم استقلال و استیلاء 17
- بند دوم: مفهوم عدوان و تصرف عدوانی 18
- الف) مفهوم عدوان 18
- ب) مفهوم عدوانی بودن تصرف 20
- ج) ارکان تصرف عدوانی 22
- د) رابطه غصب و تصرف عدوانی 23

24	بند سوم: مفهوم مال
27	بند چهارم: متعلق غیر بودن
27	گفتار سوم: مفهوم مالکیت فکری
29	گفتار چهارم: مفهوم ملک و حق
29	بند اول: مفهوم ملک و ملکیت
31	بند سوم: مفهوم حق
34	مبحث دوم: کلیات
34	گفتار اول: اقسام مال
37	بند اول: اعیان و منافع
38	بند دوم: اموال منقول و غیر منقول
39	بند سوم: اقسام اموال غیر منقول
39	الف) اموالی غیر منقول ذاتی
39	ب) اموالی غیر منقول برحسب عمل انسان
40	ج) اموال در حکم غیر منقول
41	د) اموالی غیر منقول تبعی
42	بند چهارم: اموال منقول
48	بند پنجم: اموال دارای مالک و اموالی فاقد مالک خاص
52	گفتار دوم: اقسام حق مالی
52	بند اول: حق عینی
53	بند دوم: حق دینی
54	بند سوم: حق فکری و اقسام آن
	فصل دوم: مقومات غصب
57	مبحث اول: نظریه استقلال یا استیلاء
58	گفتار اول: نظریه استقلال
62	گفتار دوم: نظریه استیلاء

65	بند اول: انواع استیلاء
66	الف) استیلاى مالكانه
66	ب) استیلاى ضمانى
67	ج) استیلاى امانى
71	بند دوم: حدود و گستره استیلاء
67	گفتار دوم: نظریه عدوانى بودن تصرف
68	گفتار سوم: نظریه مال بودن مورد غصب
71	مبحث دوم مصادیق جدید
71	گفتار اول: مالکیت فکرى و مصادیق آن
77	بند اول: مالکیت ادبى و هنرى و مصادیق آن
78	الف) آثار ادبى
78	1. آثار نوشته
80	2. آثار شفاهى
80	3. عناوین آثار
81	ب) آثار هنرى
81	1. آثار موسیقایى
81	2. سایر آثار هنرى
82	ج) آثار رایانه‌ای
82	1. نرم افزارها
84	2. بانک‌های اطلاعاتی (پایگاه‌های داده)
85	بند دوم: مالکیت صنعتى و مصادیق آن
86	الف) حق اختراع
87	ب) نمونه‌های اشیاء مصرفى
88	ج) علامت تجارى
89	د) اسامى تجارى

90	ه) نشانه‌ها یا علائم جغرافیایی
91	و) طرح‌های صنعتی
92	ز) اسرار تجاری
93	بند سوم: تصرفات شهرداری
95	بند چهارم: تصرفات حریم هوایی و زیر زمینی
96	بند پنجم: اعراض از مال
98	بند پنجم: تصرفات شناسنامه‌ای
فصل سوم: مبانی فقهی و حقوقی تطبیق مقومات غصب بر مصادیق جدید	
102	مبحث اول: مبانی فقهی موافقان تطبیق مقومات غصب بر مصادیق جدید
102	گفتار اول: بنای عقلاء
103	ب) نظریه اصالت اعتبار
104	ج) نقد و بررسی نظریه‌ها
105	د) اثبات مالکیت مصادیق جدید توسط بنای عقلاء
108	گفتار دوم: مقاصد شریعت
110	گفتار سوم: قاعده لاضرر
115	گفتار چهارم: قاعده لاجرح
117	گفتار پنجم: قاعده حفظ نظام (دلیل عقلی مستقل)
120	گفتار ششم: نظریه منطقه الفراغ
123	مبحث دوم: مبانی فقهی مخالفان تطبیق مقومات غصب بر مصادیق جدید
123	گفتار اول: بنای عقلاء
124	گفتار دوم: عدم سازگاری حقوق مالکیت فکری با قاعده سلطنت
126	گفتار سوم: عدم اعتبار مالکیت فکری از سوی شارع
128	گفتار چهارم: غیر قابل تملک شخصی بودن حقوق مالکیت‌های فکری
129	بند اول: یکی دانستن عصر حاضر با عصر شارع
130	بند دوم: مبتنی اندیشه‌ها بر یک پیش فرض فلسفه حقوقی و فقهی

مبحث سوم: مبانی حقوقی تطبیق مقومات مفهوم غصب بر مصادیق جدید	130
گفتار اول: نظریه حقوق طبیعی کار	131
گفتار دوم: نظریه شخصیت	132
گفتار سوم: نظریه قراردادی	133
گفتار پنجم: نظریه برگزیده در مبنای تطبیق مقومات غصب بر مصادیق جدید	135
بند اول: حکم ثانوی یا حکومتی	136
بند دوم: حق طبیعی	139
بند سوم: بنای عقلاء	139
بند چهارم: نظریه ادغام حق و ملک	141
مبحث سوم: تطبیق موردی مقومات غصب بر مصادیق جدید	144
گفتار اول: تطبیق مقومات غصب بر حقوق مالکیت فکری	144
گفتار دوم: تطبیق مقومات مفهوم غصب بر تصرفات شهرداری خارج از صلاحیت قانون	156
بند اول: نظریه عدم شمول حکم غصب نسبت به تصرفات شهرداری	158
بند دوم: نظریه شمول مقومات مفهوم غصب نسبت به تصرفات شهرداری	160
گفتار سوم: تطبیق مقومات مفهوم غصب بر تصرفات ناشی از حریم هوایی و زیر زمینی	165
گفتار چهارم: تطبیق مقومات غصب بر اموال ناشی از اعراض	172
گفتار پنجم: تطبیق مقومات مفهوم غصب بر تصرفات شناسنامه‌ای	176
نتایج پژوهش	178
پیشنهادهات	181
منابع	182

مقدمه تحقیق

1. بیان مسأله

یکی از مصادیق ضمان قهری، غصب است. فقیهان امامیه در مورد گستره اعمال غصب وحدت نظر ندارند. برخی غصب را به استیلاء بر مال غیر به نحو عدوان و برخی دیگر تعریف غصب را توسعه داده و قید «به غیر حق» را نیز اضافه نموده است. در این میان قانون مدنی در ماده 308 ضمن بیان دو نوع غصب (واقعی و حکمی) از مورد دوم تبعیت نموده است؛ هرچند به مصادیق آن اشاره نکرده است. پذیرش هریک از دیدگاه‌های مذکور آثار حقوقی خاص خود را دارند. بنا بر دیدگاه اول نمی‌توان امور غیر مادی را در گستره مقومات غصب قرارداد؛ بدین معنا چنانچه کسی بر امور غیر مادی از قبیل حقوق مربوط به مالکیت فکری، تصرفات شهرداری خارج از حدود صلاحیت قانون و تصرفات شناسنامه‌ای، حق انتفاع از مشترکات عمومی، حق تحجیر در اراضی موات و امثال آن، از روی عدوان استیلاء یابد، عنوان غاصب بر متصرف صدق نمی‌کند؛ چرا که استیلاء بر آن محقق نشده است و برای اثبات مدعای خود به ادله مختلف استناد نموده است؛ نظیر عدم سازگاری حقوق مصادیق جدید با قاعده سلطنت و عدم شناسایی آن از سوی شارع و...

بنا بر دیدگاه دوم اعمال مقومات غصب بر امور غیر مادی با مانعی مواجه نیست. همین طور در خصوص حریم هوایی و معادن زیر زمینی، مال اعراض شده و... با این وجود اختلافی بین برخی فقیهان و حقوقدانان پیرامون عدم شمول یا شمول حقوق غیر عینی تحت عنوان عدم وجود یا وجود حق یافت می‌شود؛ [مواردی مانند آثار فکری و معنوی مانند حق تالیف و حق اختراع و آثار ادبی و هنری و آثار نرم افزاری و نیز حق پدید آورنده در بستر مبادلات الکترونیکی و مانند آثار سمعی بصری و نیز موضوع حمایت مالکیت صنعتی، نیز نشانه‌ها یا علائم جغرافیایی در بعد ملی و بین المللی که مشخص می‌سازند که مبدا یک کالا واقع در قلمرو یک عضو یا منطقه یا ناحیه‌ای مشروط بر کیفیت معین، شهرت یا دیگر

مشخصات کالا که قابل انتساب به مبدا جغرافیای آن باشد؛ هم‌چنین در آثار شفاهی مانند کنفرانس‌ها، خطابه‌ها، دفاعیات وکلا و... و در حقوق تجارت در بحث مربوط به شرکت های تجاری و ثبت علائم، اسم و برند تجاری و یا حقوق سیاسی مانند حق انتخاب و رأی و یا حقوق عمومی مانند آزادی بیان، و هم‌چنین گستره‌ی حق آسمان تحت عنوان حریم هوایی خانه یا زمین، نیز حق زیر زمینی برای مالک که در این رساله مورد بحث قرار خواهد گرفت.]

به هر روی، پذیرش دیدگاه عدم شمول مقومات غصب بر مصادیق جدید از نظر برخی از فقیهان ناشی از عدم شناسایی حق شرعی برای دارنده آن می‌باشد. به طور مثال چاپ کتاب و نوشتن جمله‌ی حق چاپ و تقلید محفوظ است، فی نفسه حقی ایجاد نمی‌کند. از این رو عدم وجود حق تالیف طبق این دیدگاه بر مبانی نظیر وجود قاعده سلطنت و قاعده وفای به شرط و سیره عقلا استوار شده است. چه این که خریدار کتاب، مالک کتاب است و حق کپی و انتشار آن را خواهد داشت و فروشنده یا ناشر شرط عدم انتشار آن را به خریدار نکرده تا وفای به آن لازم باشد و نیز در توجیه این دیدگاه آورده‌اند عقلا بر این امر اتفاق نظر ندارند که به مجرد چاپ کتاب برای چاپ‌خانه حقی ایجاد گردد. هم‌چنین توافق عقلا بر منع تقلید قطعیت پیدا نکرده، چه این که طبیعت مردم در بهره گرفتن و تقلید در همه امور، اعمال، اختراعات و حرفه‌ها استوار است و عَقْلَاء تقلید را در امور صنعتی و ساختن شیء از روی نمونه نفی نمی‌کنند. برخی از دکتربین حقوقی در نقد دیدگاه فوق چنین استدلال می‌کنند؛

حقوق فکری به صاحب آن اجازه می‌دهد تا به انحصار از منافع و شکل خاصی از فعالیت یا فکر انسان استفاده کند. به عنوان مثال حقی که تاجر و صنعتگر نسبت به نام تجاری یا شکل خاص محصولات و کالاهای خود دارد یا حقی که نویسنده‌ی اثر ادبی یا مخترع نسبت به تالیف و اختراع خود پیدا می‌کند، بی‌گمان از حقوق مالی و با ارزش است. مبنای این دیدگاه قاعده لاضرر است؛ به این بیان اگر شارع، آثار فکری و ادبی را برای پدیدآورنده به رسمیت نشناسد و حقی نسبت به پدیده فکری برای او در نظر نگیرد، از عدم جعل حکم به پدیدآورنده و یا در نگاه کلان به جامعه زیان وارد می‌شود البته در

صورتی که لا ضرر شامل احکام عدمی نیز بشود. مبنای دیگر برای شناسایی وجود حق در حقوق فکری بنای عقلاء است؛ به این بیان که بنای عقلا در زمان شارع درباره حیا، کار و صنعت، ناظر به امور مادی بوده و شارع تنها همین مقدار از بنا را امضا کرده است ولی با پیدایش صنعت و توسعه نشر، عقلاء به اعتبار مالکیت فکری نسبت به امور غیر مادی نیاز پیدا کرده‌اند و اگر کار و حیا در این امور را موجب ملکیت می‌دانند در حقیقت در مبنا و ارتکاز خود توسعه داده‌اند. نیز دیگر از مبانی بیان شده در وجود حق آثار فکری به مقاصد شریعت می‌توان اشاره نمود؛ به این بیان که اگر از مالکیت فکری حمایت نشود، انگیزه تالیف و نشر از میان خواهد رفت و با از میان رفتن انگیزه، جریان علمی و پیشرفت جامعه با رکود مواجه خواهد شد و شارع رکود علمی را نمی‌خواهد. از این رو می‌توان رضایت شارع را بر اعتبار و وجود حق آثار فکری و ادبی را کشف نمود. برخی از حقوق‌دانان افزون بر وجود حق در مورد آثار فکری و... به استناد مواد 249 قانون مجازات عمومی سابق، برای متجاوزین به حقوق دارندگان حق اختراع و نیز ماده 122 قانون تعزیرات در مورد جعل علامت تجاری ثبت شده در ایران، نیز ماده 123 قانون مذکور در مورد وارد یا صادر کردن علامت مجعول بدون حق استعمال، همچنین مواد 529 و 530 قانون مجازات اسلامی در مورد جعل مهر، نیز ماده 23 قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان، همچنین ماده 7 قانون ترجمه، تکثیر و نشریات و آثار صوتی در صورت خلاف مقررات، مبنی بر جرم انگاری مورد، تمسک نموده اما به غصبت آن نه در قانون خاص و نه در قانون مجازات تصریحی نشده است. از این رو بر مبنای پذیرش موارد فوق تحت عنوان حق، در صورت تصرف عدوانی در موارد فوق، تحت عنوان غصب، مسئله را مهم جلوه می‌دهد؛ چه این که علاوه بر مسئولیت مدنی بر مسئولیت کیفری متعددی نیز اصرار دارد. در این رساله نیز از تصرف در حریم هوایی مالک نیز سخن به میان خواهد آمد و در صدد جواب به این پرسش است که تا چه حدی مالک عرصه و ساختمان از فضای هوایی را به عنوان مالک تحت اختیار خود دارد که ثمره آن تصرف بدون اذن همسایه و ورود در حریم هوایی مالک به جهت ساخت ساز است. مثلاً اگر مالک زمینی ساختمانی در پنج طبقه ساخت و همسایه در طبقه

سی ام وارد حریم هوایی همسایه ی پنج طبقه شد، طبق بند 24 ماده 55 و ماده 100 قانون شهرداریها که به صورت کلی صدور پروانه را منوط به رعایت اصول فنی، شهرسازی و بهداشتی دانسته و در صورت تخلف ارجاع به کمیسیون داده است این بحث مطرح می شود که تجاوز ساخت مثلا در طبقه سی ام که مزاحمتی از جهت نور، سایه اندازی و اشرافیت برای همسایه، نداشته باشد مصداقی از جهت غصب در حریم هوایی مالک است؟ و اصولا چه تعریفی از غصب در حریم هوایی معتبر خواهد بود؟ همچنین مالک زمین تا چه اندازه از زیر زمین را به عنوان ملکیت تحت اختیار خود دارد که ثمره آن تجاوز به حریم زیرین ملک مجاور است که تحت عنوان غصب قرار می گیرد؟ این رساله با روش تحقیق تحلیلی توصیفی به روش گردآوری از منابع کتابخانه ای به بررسی مقومات مفهوم غصب با توجه به شمول یا عدم شمول اطلاعات و عمومات در مصادیق مستحدثه می پردازد، از این رو ابتدا به تبیین وجود یا عدم وجود حق در موارد پیش گفته و در مرحله بعد به تعدی بر این حقوق از باب غصب در فقه و حقوق مورد بررسی قرار می دهد.

2. اهمیت و ضرورت مسأله

غصب یکی از عناوین مهم و کاربردی است که قاعده اصولی ضمان ید بر اساس آن در برخی از مصادیق در کتب فقهی طرح شده است. پردازش به این عنوان از جهت موضوع شناسی ارکان و مقومات غصب از آن جهت حائز اهمیت است که در مسائل جدید و کاربردی که از حقوق عینی خارج است، در صورت اثبات عنوان غصب به موارد و مسائل جدید، آثار و احکام غصب نیز جاری خواهد بود. بنابراین آنچه بیشتر در کتابهای فقهی حقوقی به آن پرداخت شده در حقوق عینی بوده است. اما بررسی حقوق غیر عینی نظیر تصرفات در حقوق شناسنامه ای مفاد ماده 998 قانون مدنی و حقوق آثار فکری و نیز حقوق اعراض شده مانند علائم تجاری و رابطه آن با مباحات و غصب خود به اهمیت تحقیق می افزاید. خلاصه این تحقیق از آن جهت ضروری است که در صورت عدم شناخت دقیق ماهیت و چیستی یک شیء ممکن است در تطبیق مصادیق جدید بر عنوان مورد تحقیق دچار اشتباه و در نتیجه احکام مربوط به

هر موضوع با موضوع مشابه، مشتبه گردد. از این جهت شناخت مقومات مفهوم غصب، اعتبار یا عدم اعتبار در عنوان غصب، نیز در صورت اعتبار لزوم آن در مصادیق جدید خود به ضروری بودن تبیین آن اذعان خواهد داشت. چه این که به عقیده نویسنده عدم تبیین صحیح در این باره منجر به عدم دقت کافی در موادی مانند ماده 308 شده که تصرف استدامه ای متصرف را در حکم غصب دانسته، اگر چه متصرف عمدا بر مال متعلق به غیر ابقای ید داشته باشد.

3. پیشینه تحقیق

به لحاظ پیشینه پژوهش، فقیهان و حقوقدانان کتب متعددی در مورد غصب نوشته است که در ذیل نخست به آن اشاره می‌شود:

الف) کتب فقهی

کتب فقهی متعددی از سوی فقیهان نوشته شده است. به طور مثال می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

1. کتاب جامع المقاصد (قم، نشر آل البیت، 1404 ه.ق.)، این اثر از مشهورترین آثار محقق کرکی است که قبل از سال 924 ه.ق. تألیف شده است. جلد ششم این اثر ارزشمند ناظر بر کتاب غصب است. نویسنده در این کتاب با تفصیل در مورد غصب، شرایط غصب و احکام غصب بحث کرده است. ولی از آن جای که در آن عصر مصادیق جدید مطرح نبوده، مؤلف محترم به این مسائل نپرداخته است؛ حتی طبق تعریف ارائه شده از غصب در این کتاب حقوق غیر مادی را در بر نمی‌گیرد.

2. کتاب جواهر الکلام (بیروت دارالاحیاء التراث العربی، 1404 ه.ق.). مرحوم صاحب جواهر در جلد 37 کتاب نفیس و ارزشمند خود به مباحث غصب، شرایط و احکام آن پرداخته است. اثر مذکور نیز نسبت به مسائل جدید ساکت است.

3. همین طور سایر فقیهان نظیر محقق حلی در کتابی «شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام» ج 4 (تهران، انتشارات استقلال، 1409 ه.ق.)، فخر المحققین در «ایضاح الفوائد»، ج 2 (تهران، ناشر کوشان پور، چاپ اول، 1387 ه.ق.) شهید اول در «الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه»، ج 3، شهید ثانی، در

مسالك الافهام، ج 12 (قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، 1413 ه.ق.) و شرح اللمعه الدمشقيه (قم، کتابفروشی داروی، 1410 ه.ق.) نیز به مباحث غصب پرداخته است و بعضاً تعاریف متفاوتی به لحاظ دامنه پرداخته است. فقیهان معاصر نیز به این موضوع پرداخته است. مرحوم امام خمینی در کتاب تحریر الوسيله ج 2 (قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، 1376)، مرحوم آیت الله خویی در منهاج الصالحین (قم، مدینه العلم، 1410 ه.ق.)، مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی در « تفصیل الشریعه - الغصب » (قم مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، 1429 ه.ق.)

ب) کتب حقوقی

دکترین حقوقی نیز غصب با تبعیت از فقه با رویکرد حقوقی مورد بحث قرار داده است:

1. ضمان قهری یا الزامهای خارج از قرارداد (تهران، انتشارات دانشگاه تهران، 1382). مرحوم دکتر کاتوزیان در جلد دوم این کتاب به مفهوم غصب، آثار غصب، مسئولیت تضامنی غصب غاصبان و دعوای غصب پرداخته است. ایشان در حد یک پاراگراف در ذیل تفسیر ماده 308 قانون مدنی بیان می نمایند که « ضمان غاصب در حقوق نیز وجود دارد » (ص 23). دیگر این که مراد از حقوق چیست؟ ایشان صرفاً به حق تحجیر، حق مرتهن یا تصرف مسجد و دیگر اشاره به مصادیق جدید از قبیل حقوق مربوط به مالکیت فکری، تصرفات شهرداری و تصرفات شناسنامه ای و... ندارد.

2. مسئولیت مدنی (تهران، انتشارات سمت، 1391)، نویسندگان این کتاب (دکتر سیدحسین صفایی و دکتر حبیب الله رحیمی)، در فصل سوم مباحث غصب را مورد بررسی قرار داده است و مطالب ارائه شده در این فصل صرفاً ناظر بر مسئولیت غاصب/ غاصبین در برابر مسئول مغضوب، رابطه غاصبین با مالک، رابطه بین غاصبین، رابطه مالک و مشتری و رابطه بین مشتری و غاصب می باشد. دیگر این که آیا حقوق هم قابل غصب هست؟ ساکت است.

3. حقوق مدنی 3 و 4 (قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا)، نویسنده این کتاب مرحوم دکتر حبیب الله طاهری در جلد دوم در فصل سوم تحت عنوان « اسباب و موجبات مسئولیت مدنی (ضمان قهری) به

تعریف غصب، احکام و ضمان غاصب نسبت به عین و منافع پرداخته است. نسبت به مصادیق جدید ساکت است.

4. « شرایط تحقق غصب»، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، سال 1373، علی حیدری بازاردی نوشته شده است. در این پایان نامه اولاً مسامحتاً به جای ارکان و مقومات از شرایط استفاده کرد و ثانياً تطبیق شرایط غصب بر مصادیق جدید ساکت است و اشاره‌ی نکرده است. بنابر این، کتب مذکور و سایر کتب حقوقی مربوطه به تبع از فقه به بررسی غصب و تطبیق مقومات آن نسبت به مسائل جدید از قبیل آفرینش‌های فکری و سایر موارد نپرداخته است. از این جهت خلأ در این کتب مشاهده می‌شود. از این‌رو، ضروری می‌نمود که پژوهشی در این مورد انجام شود و تا کمک در توسعه دانش حقوقی شده باشد.

4.سئوال‌های تحقیق

الف) سئوال اصلی

تطبیق مقومات مفهوم غصب بر مصادیق جدید با تأکید بر مالکیت فکری و تصرفات شهرداری چیست؟

ب) سئوال‌های فرعی

1. مصادیق جدید چیست؟

2. مبانی فقهی و حقوقی تطبیق مقومات غصب بر مصادیق جدید چیست؟

5.فرضیه تحقیق

الف) فرضیه اصلی: به نظر می‌رسد با توسعه و گسترش در واژه غصب، در هر مورد که حقی اعم

از عینی یا غیر عینی مورد تصرف ظالمانه قرار گیرد می‌توان واژه غصب را بر آن اعمال کرد.

ب) فرضیه فرعی

1. با وجود اختلاف فقیهان امامیه در خصوص اعمال و عدم مقومات غصب بر مصادیق جدید، به نظر

می‌رسد امروزه با توجه به اهمیت و ضرورت آن، تردید در اعمال مقومات غصب بر مصادیق جدید

نمی‌باشد.

2. با وجود این که مبانی و اصول ارائه شده از سوی فقیهان بر شناسایی غصب امور مادی بوده ولی می‌توان با توسعه آن، بر شناسایی غصب امور غیر مادی نیز اعمال کرد.

6. روش تحقیق

این رساله به شیوه کتابخانه‌ای و با روش تحلیلی مورد پژوهش و تحقیق قرار گرفته است؛ چار که ماهیت موضوع حاضر این روش را اقتضا می‌کرد.

7. هدف تحقیق

بدیهی است هدف از پژوهش حاضر بررسی اعمال مقومات غصب بر مصادیق جدید از قبیل حقوق آفرینش‌های فکری است. با توجه به این که حقوق مذکور از امور غیر مادی است و اغلب از فقیها وقتی تعریفی از غصب ارائه نموده، صرفاً ناظر بر امور مادی بوده است. با توجه به این امر آیا می‌توان مقومات مفهوم غصب را بر حقوق آفرینش‌های فکری اعمال نمود یا خیر؟ همین طور تصرفات شهرداری، تصرفات شناسنامه‌ای و تصرفات حریم هوایی و معادن زیر زمینی از جمله موضوعاتی است که در این جستار از حیث تطبیق و عدم تطبیق مقومات غصب بر آن از حیث فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

8. سازمان دهی تحقیق

بدیهی است که هر پژوهش و تحقیقی پاسخ دادن به سؤال اصلی و سؤال‌های فرعی آن است. در تحقیق حاضر تلاش بر این بوده که ضمن پاسخ به سؤال اصلی و سؤال‌های فرعی مبتنی بر نظم منطقی و انسجام باشد. بدین ترتیب، تحقیق حاضر در سه فصل تدوین یافته است. فصل اول مشتمل بر دو مبحث می‌باشد. مبحث اول مفاهیم و مبحث دوم کلیات مورد بررسی قرار گرفته است.

فصل دوم ناظر بر مقومات غصب و مصادیق جدید می‌باشد که در مبحث اول مقومات غصب اشاره و مشتمل بر نظریه استقلال یا استیلاء، نظریه عدوان، نظریه مال و نهایتاً نظریه متعلق به غیر مورد تجزیه و تحلیل فقهی و حقوقی قرار گرفته است. مبحث دوم مصادیق جدید به اختصار مورد شناسایی قرار گرفته است

فصل سوم مشتمل بر سه مبحث می‌باشد. در مبحث اول دیدگاه فقهی موافقین و مخالفین تطبیق مقومات غصب بر مصادیق اشاره شده است. در مبحث دوم مبانی حقوقی تطبیق مقومات غصب بر مصادیق جدید و نهایتاً در مبحث سوم به صورت موردی تطبیق مقومات بر غصب مصادیق جدید اشاره شده است؛ چرا که مبنای تطبیق مقومات غصب بر مصادیق در همه موارد جدید یکسان نمی‌باشد.

فصل اول مفاهیم و کلیات