

اماره مالکیت

رضا ولویون^۱

چکیده:

اماره مالکیت جزو قواعد مهم فقهی و یکی از شایع‌ترین وسائل اثبات مالکیت است. به ویژه در مالکیت اموال منقول که نگاهداری سند مالکیت مرسوم نیست، حمایت از تصرف اهمیت زیادی پیدا می‌کند و تعدی به حق متصرف و مطالبه دلیل از او موجب اختلال در نظم اقتصادی و بازار مسلمانان می‌گردد. در تحلیل و بررسی مبانی اماره مالکیت دو ملاک وجود دارد: ملاک اول اغلبیت است و ملاک دوم مقتضای طبیعت اولیه متصرف می‌باشد ولی ما در مقاله ملاک سوم را ذکر نمودیم و آن تشخیص عرفی است زیرا اگرچه ملاک در قاعده ید اغلبیت نیست ولی لزوماً هم به مقتضای اولیه ید بر نمی‌گردد بلکه ملاک تشخیص عرفی است.

در تعارض ید با اقرار میان حقوق دانان اختلاف نظر است، به موجب ماده ۳۷ قانون مدنی: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند.» اعتبار اماره مالکیت از میان می‌رود.

برخی از استادان حقوق امتیاز یا تفاوتی میان اقرار و سایر ادله مالکیت قائل نبوده و برآنند که ثبوت حقانیت مدعی به هر دلیل که باشد اثر اماره مالکیت را از بین خواهد برد. در مقابل عده‌ای دیگر معتقدند که از ادله اثبات مالکیت تنها اقرار است که طبق صریح ماده مزبور می‌تواند اعتبار را از بین ببرد به دیگر سخن خصوصیتی در اقرار وجود دارد که در سایر ادله این خصوصیت نیست. لیکن ما به دو طریق حکم مقنن را توجیه نمودیم یکی اینکه چنانچه متصرف اقرار به سابقه مالکیت مدعی نماید تا پایان راه (تا زمان تصرفش) بار اثبات دلیل به عهده اوست.

راه حل دوم را از مقایسه میان ماده ۳۷ و مواد ۱۲۸۲ و ۱۲۸۳ قانون مدنی می‌توان استخراج کرد و گفته شد که اقرار متصرف مشمول ماده ۱۲۸۳ ق.م است و اقراری مرکب محسوب می‌شود.

کلیدواژه: اماره مالکیت، ید، قواعد فقهی، اثبات مالکیت

اماره مالکیت که در فقه به «قاعده ید» مشهور است، حقوق دانان به آن اماره تصرف گویند و این نام‌گذاری از باب تسمیه السبب باسم المسبب است و الا تعبیر صحیح آن «اماره مالکیت» است زیرا تصرف اماره مالکیت است.

حقوق دانان فرانسوی تصرف بوسیله حیزات اشیای بدون مالک یا تصرف توأم با مرور زمان را از اسباب تحصیل مالکیت دانسته‌اند، در قانون مدنی ایران در ماده ۱۴۰ آن یکی از اسباب چهارگانه تملک «احیاء اراضی موات و حیزات اشیای مباحه بر مبنای تصرف شناخته شده است و در قانون آیین دادرسی مدنی سابق به موجب مواد ۷۴۶ و ۷۴۷ «تصرفی که موجب مرور زمان می‌شود تصرفی است که به‌عنوان مالکیت باشد...» و «کسی که متصرف است تصرف او به‌عنوان مالکیت شناخته می‌شود...» و طبقه ماده ۱۱ قانون ثبت از «متصرفین به‌عنوان مالکیت» اظهارنامه درخواست ثبت پذیرفته می‌شود و به موجب تبصره ماده مزبور «در مورد اراضی و املاکی که آثار تصرف مالکانه فعلی کسی نسبت به آنها موجود نباشد درخواست ثبت از کسی پذیرفته می‌شود که بر مالکیت یا بر تصرف سابق خود به‌عنوان مالکیت یا بر تصرف خود به‌عنوان تلقی از مالک یا قائم مقام قانونی مدارکی داشته باشد...»

بنابراین از مجموع مواد و نمونه‌هایی که ذکر شد اهمیت تصرف و آثار حقوقی آن به‌خوبی روشن می‌گردد. در حقوق انگلیس ضرب المثل معروفی است که می‌گویند «تصرف نه دهم حقوق است»، البته این ضرب المثل را نمی‌توان به صورت صددرصد به‌عنوان یک واقعیت پذیرفت ولی اهمیت و نقش اساسی تصرف را بیان می‌کند. توجه به اهمیت تصرف و آثار حقوقی آن مرا بر آن داشت تا در این زمینه به تحقیق جامعی بپردازم که این موضوع در فقه به «قاعده ید» مشهور است. اماره مالکیت موضوع مواد ۳۵ و ۳۶ و ۳۷ قانون مدنی را تشکیل می‌دهد که در ماده ۳۵ آمده است «تصرف به‌عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلافش ثابت شود» منظور از «دلیل مالکیت» این است که تصرف، اماره بر مالکیت متصرف است.

اماره به فتح همزه در لغت به معنی علامت و وقت و وعده گاه می‌باشد ولی در حقوق مدنی معنی نخست آن مورد نظر است. به‌موجب ماده ۱۳۲۱ ق.م «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود» پس بر طبق این ماده اماره بر دو قسم است؛ اماره قانونی و اماره قضائی و ماده ۱۳۲۲ ق.م. اماره قانونی را تعریف کرده است.

به‌موجب ماده مزبور امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده؛ مثل امارات مذکوره در این قانون، از قبیل مواد ۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۰ و ۱۱۵۹ و ۱۱۵۸ و غیر آنها و سایر امارات مصرحه



در قوانین دیگر». بنابراین اماره مالکیت اماره‌ای است قانونی. علت اینکه قانون‌گذار تصرف را به‌عنوان اماره قرار داده این است که در یک جامعه منظم کسی نمی‌تواند به‌عنوان مالکیت مال دیگری را علناً متصرف شده انواع تصرف را اعمال کند و مالک هم سکوت اختیار کرده و احقاق حق ننماید. پس در اغلب موارد کسانی که بر اشیائی سلطه و استیلا دارند مالک آن اشیاء می‌باشند لذا قانون‌گذار از این غلبه و ظاهر استفاده کرده و آنرا نشانه و اماره مالکیت شناخته است و تصرف را به‌موجب ماده ۱۳۲۲ ق.م.ا. دلیل مالکیت قرار داده است. اعتبار اماره مبتنی بر غلبه و ظاهر است منتها خلاف آن را هم می‌توان اثبات کرد. نقش مهم عملی اماره قانونی تمیز مدعی و منکر از یکدیگر است و دادگاه می‌تواند قطع نظر از استناد یکی از دو طرف دعوی به آن استناد کند پس اماره قانونی تصرف سبب می‌شود متصرف در جایگاه مدعی علیه قرار گیرد. همه قوانین و قانون‌گذاران از تصرف و متصرف حمایت می‌کنند ولو اینکه مالک نباشند حتی در وضعیتی که در واقع این حمایت علیه مالک باشد متصرف کسی است که سلطه و استیلائی فعلی بر مال مورد تصرف داشته باشد و احدی حق تجاوز و تعدی به او را ندارد حتی اگر تعدی مالک مال هم باشد ان‌هیاه مالک می‌تواند از طرق رسمی تقاضای استرداد مالش را از متصرف بنماید پس قانون همان‌گونه که از مالکیت حمایت می‌کند از تصرف هم حمایت می‌کند ولی هر کدام جهت حمایت و شیوه خاص خودش را داراست لذا جایز نیست که مالک مالش را با قهر و زور از متصرف بگیرد. متصرف مال در اغلب موارد مالک می‌باشد و یکی از مزایای ملک آن است که مالک مالش را تصرف می‌کند به دیگر سخن در حالت عادی و معمولی این مالک است که متصرف می‌باشد و به ندرت اتفاق می‌افتد که مالک متصرف مال نباشد. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که چرا اهمیت به تصرف داده می‌شود؟ آیا کافی نیست که فقط مالک را حمایت کنیم نه متصرف را؟ از لحاظ منطقی پاسخ مثبت است ولی از جنبه عملی پاسخ آن منفی است زیرا برای اینکه مالک بتواند در پرتو حق مالکیت از مزایای آن استفاده کند در وهله اول باید این حق را ثابت کند اما اثبات مالکیت اموال غیرمنقول در زمان‌های گذشته کار آسانی نبوده است. نویسندگان قرون وسطی به آن «اثبات شیطانی»^۱ می‌گفتند بر عکس اثبات تصرف ساده می‌باشد. کافی است که ثابت کنیم که رفتار مالکانه بر روی شیئی انجام دهیم. به این دلیل است که لازم است جهت نفع خود مالک برای تصرف اثری قائل شویم. از این رو قانون فرض نموده که همواره متصرف مالک است پس حمایت از مالکیت از طریق حمایت از تصرف می‌باشد و به ندرت اتفاق می‌افتد که مالکیت در ید شخصی باشد و تصرف در ید دیگری بنابراین حمایت از تصرف در ذات خود به

۱. Diabolica probatio

منزله حمایت از مالکیت است لکن حمایتی موقتی تا زمانی که دلیلی اقامه شود که متصرف مالک نیست. ایرینگ حقوق‌دان بزرگ آلمانی برای نقشی که تصرف بازی می‌کند تأکید می‌کند، او تصرف را «قلعه و دژ مقدم و پایگاه دفاعی مستحکم مالکیت»^۱ معرفی می‌کند بدین ترتیب حقوق با مؤثر شناختن تصرف در حقیقت مالک را مورد حمایت قرار می‌دهد پس آثار مترتب بر تصرف به‌وسیله قانون با بیان مطالب فوق قابل توجیه است خواه به لحاظ نفع مالک که اثبات حقش را آسان خواهد کرد و خواه از نظر لزوم حمایت از صلح عمومی در برابر اعمال خشونت آمیز قهر و اجبار و خواه به لحاظ نفع اقتصاد عمومی که ایجاب می‌کند که اموال بی‌حاصل رها نشوند و نیز به لحاظ نفع اشخاص ثالث که باید بتوانند برای معامله کردن اموال با امنیت کامل به متصرف مراجعه کنند. به این نکته نیز باید توجه کرد که تصرف و حق اگرچه در واقع متمایزند عملاً با هم در می‌آمیزند زیرا حقیقتاً تصرف انعکاس یا نشانه و ظهور خارجی حق است و لذا قانون‌گذار امروزه تصرف را نه برای خاطر نفس تصرف بلکه به لحاظ اینکه اماره مالکیت است مورد حمایت قرار می‌دهد به‌دیگر سخن اوصافی که درباره تصرف گفته می‌شود در نهایت درباره مالکیت است و در ماورای این قشر ظاهری همان حق است که ملحوظ می‌افتد و مورد حمایت قرار می‌گیرد.

ید و تصرف و ارتباط آن با مالکیت

در آغاز خلقت بشر اولین منشأ مالکیت در عالم حقوق ناشی از حیازت و استیلا بوده است و این حیازت و استیلا با تکیه بر ید صورت می‌گرفت بنابراین ید وسیله اصلی در مالکیت به شمار می‌رفت و ابتدائی‌ترین وسیله آن بود و چون روابط اجتماعی انسان‌ها در آن دوران بسیار ساده بوده و افراد بشر با وسائل و ابزار ابتدائی به حیازت و استفاده از مواهب طبیعت بهره‌مند می‌شدند لذا رابطه مالکیت در اولین مرتبه‌اش ناشی از اولویت طبیعی تکوینی آن است و اختصاص خارجی آن ناشی از تصرف است بنابراین مالک کسی است که بر این شی خارجی سلطه و استیلا دارد و بعد از اینکه بر آن مستولی گشت و آن را تحت ید خود قرار داد از یدی به ید دیگر منتقل می‌گردد و پس از آن می‌تواند به اختیار منتقل گردد یا به سبب ارث و شبیه آن و از این جهت است که هر کسی که عینی را در ید غیر مشاهده نماید و او را بر آن مستولی بیابد او را از هر کس دیگری اولی می‌داند و چنان‌که گفته شد مالکیت در ابتدای امر همان اولویت طبیعی و تکوینی بوده است و پس از گذشت زمانها و پیچیده شدن روابط اعتباری انسان‌ها مالکیت وارد مرحله دیگری شد یعنی به‌صورت اولویت اعتباری تشریحی درآمد که جزو امور اختیاری می‌باشد و در آیات کریمه عنوان

۱. Mazeaud (B), Vol. ۲, P. ۱۴۱۲

کاسب بر ید اطلاق گردیده است که خداوند فرموده «و بما کسبت ایدیکم»^۱ و در جای دیگر نیز فرموده است: «بما کسبت ایدی الناس»^۲

بنابراین مالکیت در مرحله اول نظیر امور عینی خارجی بوده است نه از قبیل امور اعتباری و تشریحی که در بستر ذهن یا عالم اعتبار قرار گرفته باشد لذا ماهیت و حقیقت مالکیت عبارت است از سلطه خارجی بر شیئی و اختصاص پیدا نمودن چیزی به کسی در عالم خارج و مبنای این سلطه، تصرفی است که به وسیله ید صورت می گیرد پس هر کسی که شیئی را اکتساب نماید از مباحات به وسیله ید بر آن مال مسلط می گردد و این امر مانع از تصرف دیگران می گردد و این مرحله اول از مالکیت نسبت به اشیاء و اعیان خارجی است سپس موضوع از مرحله گرفتن عین خارجی منتقل می گردد به مرحله قرار دادن آن عین در جایی که هر موقع قصد آن را بکند بتواند آن را به دست آورد و این مرحله دوم مالکیت است و در این مرحله نمی توان به طور دائم مال در تصرف متصرف باشد زیرا امری است سخت و مشکل لهذا مالکیت قابل تنوع و تکثر می باشد و ممکن است که مالک غالباً در غیاب ملک خود باشد. و این امکان برای مالک وجود ندارد که همه آنها را با خود نقل و انتقال دهد به همین دلیل باید به شکلی روی آورند که ساده تر و وسیع تر از مرحله قبلی باشد و آن اینکه آنرا به صورت دیگری به نحو اعتباری در آورند نه به شکل خارجی و تکوینی لذا برای آن صورت قانونی قرار می دهند نه واقعی تکوینی و از اینجا است که مالکیت و سلطه اعتباری که از آن تعبیر به ید می گردد نشئت می گیرد و این آخرین مرحله مالکیت است پس بنابراین ید در شکل اعتباری و قانونی اش دلیل بر مالکیت است همچنان که در شکل و صورت تکوینی خارجی اش دلیلی است بر مالکیت که شرح آن خواهد آمد.^۳ حال به ذکر مثالی مبادرت می ورزیم: شخصی می تواند ادعا کند که او مالک ملکی است به وسیله حق توارث یا اینکه آن را از دیگری خریداری کرده است و فروشنده ممکن است قادر باشد مالکیت خود را با بینه یا ریشه صحیح حق خودش را به وسیله یک سند رسمی که تغییر و تحول آن مال را به او نشان می دهد ثابت کند و اگر به عقب برگردیم نهایتاً به کسی می رسیم که او ملک را حیازت کرده است پس تمام مالکیت ملک در نهایت ناشی از تصرف می شود بدین ترتیب منشأ حق مالکیت می باشد.

در خاتمه این بحث لازم است دیدگاه یکی از نویسندگان غربی در کتاب مقدمه ای بر حقوق اسلامی در خصوص رابطه مالکیت و تصرف ذکر شود وی چنین گفته است: مالکیت که عبارت از حق دخل و تصرف

۱. سوره شوری. ۳۰.

۲. سوره روم ۴۱.

۳. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقہیة، ج ۱، ۱۴۱۱ ق، صص ۲۸۲ و ۲۹۰.

کامل و انحصاری نسبت به یک مال، ملک خوانده می‌شود، تصرف عبارت از ید، صاحب مال مالک یا رب، متصرف ذوالید خوانده می‌شود. حقوق اسلامی تمایزی میان تصرف^۱ و در دست داشتن^۲ قائل نشده‌اند. ملک و مالک نه تنها در مورد حقوق اموال فی نفسه بلکه در مورد حق انتفاع^۳ یا حق رابطه نزدیکی در نکاح در حالی که ید همچنین می‌تواند اشاره به اختیار (قدرت) زوج در نکاح یا اختیار یا سلطه پدر داشته باشد. طبقه‌بندی‌های تصرف صحیح عبارت از تصرف امانی یا بالاتر از همه تصرف قانونی و غیر قانونی (ید محقه و ید مبطله) این عنوان اخیر به‌عنوان مثال در مورد غصب در بین بسیاری از مواردی که مالکیت و تصرف از یکدیگر متمایزند، مهم‌ترین آنها برده مکاتب می‌باشد؛ او تصرف را از دست داده است ولی نه مالکیت اربابش را^۴، البته برداشت نویسنده مزبور از حقوق اسلامی در خصوص ید و تصرف خالی از ایراد نیست که در صفحات آتی ذکر خواهد شد.

معنای ید

لغویین برای واژه ید معانی زیادی ذکر کرده‌اند. در لسان الغیب ذیل واژه یدی^۵ (به فتح دال یا کسر آن) از ابن اعرابی نقل شده که معنای ید عبارت است از نعمت، قوت، قدرت، ملک، سلطان، طاعت، جماعت، اکل. و نیز در مجمع البحرین کلمه ید را به معنای سلطان، طاعت، جماعت دانسته. چنان‌که در آیات کریمه «و المساء بنیناها باید و اولی الاید و الابصار» ید به معنی قوت و قدرت است.

فقها معنای ید را عبارت از استیلا و سلطت فعلی و یا سیطره خارجی بر شیئی به طوری که برای صاحب آن قدرت و توانایی بر انواع تصرف در آن را داشته باشد می‌دانند^۶ منتها میان فقها در اینکه آیا استیلا معنای حقیقی ید یا مجازی آن است اختلاف نظر است. مرحوم نراقی^۷ در مستند گفته است: اگر چه ید حقیقت در عضو مخصوص بدن (دست) می‌باشد لیکن در نزد اهل محاورات به قرینه تبادر و عدم صحت سلب، معنای استیلا معنای حقیقی ید است نه مجاز.

۱. Possession

۲. Detention

۳. usufruct

۴. Schacht ۱۹۸۴, P ۱۳۶.

۵. جمع آن ایدی و یدی به تشدید یاء می‌باشد و جمع مکسر آن ایادی است که اغلب یدی در معنای نعم و ایدی در اعضاء و جوارح استعمال می‌گردد.

۶. بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، ج ۳، ۱۳۹۶ ق، ص ۳۰۱

۷. نراقی، ملا احمد، مستند الشیعه، ج ۲، (بی تا)، ص ۵۷۷.

حال که معنای ید روشن شد این سوال مطرح می‌شود که ید به معنی استیلا مستلزم وقوع تصرف در آن می‌باشد یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا در صدق معنی ید تصرف شرط است یا خیر.

برای تحقق ید قدرت بر تصرف کفایت می‌کند لذا اگر کسی زمینی را احیا کند مستولی آن شناخته می‌شود ولو اینکه تصرفاتی از قبیل زراعت یا غیره در آن نکند بنابراین از دید عرف قبل از وقوع تصرف ذوالید شناخته می‌شود.

البته در صدق ید قدرت بر استیلا کافی نیست بلکه استیلای فعلی شرط است و بدین ترتیب به مجرد اینکه فردی قدرت بر استیلای مالی داشته باشد ذوالید شناخته نمی‌شود و لذا تلبس به مبدأ^۱ (استیلا) در صدق مفهوم ید شرط است.^۲ امام خمینی نیز قائل بر این نظرند که هر مالی به هر نحوی و به هر دلیلی تحت استیلا و در دست کسی واقع شود برحسب ظاهر محکوم به این است که ملک آن شخص است چه اینکه آن مال از اعیان باشد یا منفعت و چه حق و چه غیر اینها بنابراین اگر مزرعه موقوفه‌ای در دست کسی باشد و مدعی شود که متولی آن است باید حکم شود به اینکه آن ملک موقوفه است و آن شخص هم مستولی آن است و در دلالت ید بر مالکیت و شبه آن این شرط معتبر نیست که مشاهده شود که ذوالید در آن تصرفاتی مالکانه می‌کند. بنابراین اگر چیزی در دست او قرار دارد (تحت اختیار و سلطه او است) باید حکم به مالکیت آن کنیم هرچند که در حال حاضر تصرفات متوقف بر مالکیت در آن شیئی نداشته باشد.^۳

لیکن شیخ طوسی در خلاف^۴ و صاحب مسالک (نقل از جواهر) بر این عقیده‌اند که شرط اعتبار ید تصرفات مالکانه ذوالید است و بلکه صاحب مسالک تکرار در تصرف را نیز شرط دانسته‌اند زیرا تصرف در مال ممکن است توسط هر شخصی غیر از مالک صورت گیرد اما تکرار در تصرف این احتمال را منتفی می‌سازد.

عده‌ای از فقها^۵ تصریح کرده‌اند که استیلا بدون قهر و غلبه امکان ندارد در حالی که عنصر قهر و غلبه شرط تحقق تصرف نیست بلکه غالباً تصرفات بدون قهر و غلبه است ممکن است تصرف حسی وجود

۱. امام خمینی، تحریر الوسیله، چاپ ناشر مکتب العلمیه الاسلامیه، ج ۲، بی‌تا، ص ۴۲۰.

۲. بحر العلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، چاپ ۳، ج ۳، ۱۳۹۶ق، ص ۳۰۱ و ۳۰۲.

۳. امام خمینی، تحریر الوسیله، چاپ ناشر مکتب العلمیه الاسلامیه، ج ۲، بی‌تا، ص ۴۲۰.

۴. شیخ طوسی، محمدبن حسن، الخلاف، ج ۳، ۱۴۱۷ ق، مساله ۱۴ - نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ۱۳۹۸ق، صص ۱۴۱ و ۱۴۷.

۵. شمس الدین، محمد رملی، نهاية المحتاج، ج ۵، صص ۱۴۲ و ۱۴۳ نقل از جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۱، ۱۳۷۲، ص ۷۱۳.

داشته باشد ولی استیلا وجود نداشته باشد.

چنانچه کسی عدواناً وارد خانه دیگری شده و مالک هم که قادر به دفع او است حضور دارد. این یک تصرف است از طرف متجاوز در ملک غیر ولی استیلا به همراه ندارد زیرا با فرض حضور مالک و قدرت او به دفع متجاوز، عنوان استیلا صدق نمی‌کند ولی عنوان متصرف صدق می‌کند. عکس قضیه هم صادق است یعنی استیلا صدق کند ولی تصرف حسی صدق نکند مانند اینکه شخصی به قهر و غلبه مالک خانه‌ای را از آن بیرون کند بدون اینکه خودش در آن، تصرف حسی بکند که اینجا استیلا صدق می‌کند ولی تصرف حسی وجود ندارد.

پس می‌توان این مسئله را بدین صورت مطرح کرد که استیلا گاهی با تصرف جمع می‌گردد و گاهی از آن منفک می‌باشد لذا ید به دو قسم قابل تقسیم است: گاهی ید مجرد از تصرف بوده و گاهی ید منضم با تصرف است. نتیجه بحث اینکه تصرف از آثار قدرت و استیلا است و از آن ناشی می‌شود و از آثار ید نمی‌باشد و می‌توان گفت که تصرف از آثار مع الواسطه ید است بنابراین تصرف در صدق مفهوم ید شرط نیست و نسبت بین ید و تصرف عموم و خصوص من وجه است زیرا در مواردی استیلا وجود دارد ولی بدون تصرف است و نیز گاهی تصرف وجود دارد در حالی که استیلا وجود نداشته باشد. برخی از نویسندگان^۱ میان ید و استیلا تفاوت گذاشته‌اند و رابطه میان استیلا و ید را عام و خاص من وجه دانسته‌اند و گفته‌اند که در مواردی تسلط و استیلا وجود دارد ولی مقبوض به ید نیست مانند استیلا بر اموال منقول و بر حیوانات و گاهی چیزی مقبوض به ید است ولی تحت تسلط و استیلا نیست مثل آن که مال غیر در دست کسی باشد ولی به واسطه قدرت مالکان کس نتواند در آن مال تصرف کند. ولی با توجه به آنچه گذشت بایستی گفت که میان ید و استیلا تفاوتی نیست بلکه تفاوت میان ید و تصرف است که شرح آن گذشت.

ید و اقسام آن

بعد از آن که معنای ید بر شئی معلوم گردید که عبارت از استیلا و سلطنتی است که شخص بر شئی دارد به طوری که صاحب آن قادر باشد که در آن انواع تصرف کند. اینک لازم است که اقسام ید را ذکر کنیم:

الف- ید موجب مالکیت: گاهی ید سبب برای مالکیت است مانند حیازت مباحات که به وسیله ید رابطه‌ای از نوع اضافه و اختصاص میان مال و حائز (متصرف) ایجاد می‌شود که از آن اختصاص تعبیر به

۱. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، چاپ ۲، ۱۳۷۷، ص ۱۱۸.

ملک می‌شود و دارای دو طرف است؛ طرف اضافه به مالک و طرف تعلق به مملوک و این علقه و ارتباط زمانی منتفی می‌گردد که شخص از آن اعراض نماید^۱. پس ید گاهی سبب حصول مالکیت در عالم ثبوت است و فقط اماره مالکیت و سبب اثباتی بر حسب ظاهر نیست.

ب- ید ناشی از مالکیت: همان‌گونه که ید می‌تواند سبب مالکیت باشد گاهی مسبب از ملکیت می‌باشد یعنی ناشی از یکی از نواقض شرعی است خواه اختیاری یا قهری باشد مانند ارث پس ید و استیلا منتقل الیه به موجب یکی از اسباب نقل و انتقال می‌باشد و انتقال از طریق تبدیل طرف اضافه از منتقل عنه به منتقل الیه ولی، می‌باشد طرف تعلق (از طرف مملوک) به حال خود باقی است اگر چه از نظر دقت فلسفی علقه مالکیت از طرف مالک و مملوک زائل می‌گردد و رابطه و علقه جدیدی بین مال و منتقل حادث می‌شود بنابراین در این حالت مالکیت از عقد ناشی می‌گردد نه استیلا بلکه استیلا و سلطنت ناشی از مالکیتی است که به موجب یکی از نواقض شرعی و قانونی ایجاد گردیده است و این غیر از سلطنت ناشی از یکی از اسباب آن است لذا این سلطنت سلطه استحقاقی نامیده می‌شود که گاهی با استیلائی فعلی قابل جمع است و یکی می‌شود (در وجود) و گاهی هم سلطنت اقتضائی از سلطه فعلی منفک می‌شود مانند عین مغضوبی که در ید غاصب بوده باشد^۲. خلاصه کلام اینکه گاهی مالکیت از استیلا ناشی می‌شود و زمانی استیلا مسبب از مالکیتی است که از اسباب و نواقض شرعی به وجود می‌آید خواه اینکه این استیلا فعلی باشد یا اقتضائی ولی چنان‌که گفته شد در موردی که استیلاء سبب مالکیت شود فعلیت آن شرط است زیرا فعلیت استیلا در احراز ید و مالکیت ذوالید ضروری است و بدون آن حکم به مالکیت متصرف داده نمی‌شود ولی پس از تحصیل مالکیت ذوالید ممکن است، استیلائی فعلی تبدیل به استیلائی اقتضائی یا استحقاقی گردد مانند عین مغضوبی که در ید غاصب قرار گرفته باشد.

ج- ید موجب ضمان: ید یکی از موجبات ضمان است و هرکس بر مال دیگری مستولی شود ضامن تلف و نقص آن است. مدرک قاعده حدیث نبوی است که بدین ترکیب شهرت یافته (علی الید ما اخذت حتی تودیة)^۳ این قسم از ضمان به ضمان ید معروف و نامیده می‌شود و با قاعده ید که یکی دیگر از اقسام ید می‌باشد متفاوت است زیرا مفاد قاعده علی الید آن است که هرگاه کسی بر مال دیگری استیلا پیدا کند خواه این استیلا به عمد انجام شود یا ندانسته و با حسن نیت باشد ضامن آن است.

۱. بحر العلوم، سید محمد، ج ۲، ۱۳۹۶ق، ص ۳۰۳.

۲. همان، ص ۲۰۲.

۳. گفت پیغمبر که دستت هرچه برد / بایدتتش در عاقبت واپس سپرد (مولوی).

د- **ید اماره مالکیت:** به‌طور کلی اموالی که اشخاص بر آنها ید و استیلا دارند به چند دسته تقسیم می‌شوند:

اموالی که متعلق به غیر بوده و ذوالید بر آنها سلطه و استیلا دارد و استیلائی مزبور نامشروع است که از آن تعبیر به ضمان ید کردیم و گاهی اموالی که متصرف بر آن تصرف دارد و به حسب ظاهر در تحت اختیار و سلطنت او است ولی نمی‌دانیم وی مالک است یا مالک نیست، این خود دو حالت دارد: گاهی اموال تحت تصرف مسبوق به ید و ملک غیر نیست که این را ید موجب مالکیت نامیدیم مانند صیادی ماهی را از دریا صید نموده باشد و غیره ولی گاهی اموال مورد تصرف مسبوق به ملک غیر است در اینجا ما می‌توانیم به حکم قاعده ید که اماره مالکیت است ذوالید را بر حسب ظاهر مالک بشناسیم که این قسم از اقسام ید موضوع ما را تشکیل می‌دهد پس چنان‌که گفته شد گاهی ید سبب تحصیل مالکیت در عالم ثبوت است و گاه اماره مالکیت و سبب اثباتی بر حسب ظاهر است.

تعریف تصرف در حقوق امامیه

در مباحث گذشته معنا و مفهوم ید به‌طور مختصر روشن گردید. فقها در ارائه معانی ید، تعاریف مشابهی در کتاب‌های خود ذکر کرده‌اند که ما در اینجا به نقل تعریف برخی از آنها می‌پردازیم. مرحوم سید محمد کاظم یزدی می‌گوید:^۱

ید عبارت از سلطنت عرفی و استیلا بر شیئی که بر حسب موارد به طوری که قدرت بر تصرف آن و تحت اختیار او باشد مختلف است مانند پول‌هایی که در کیسه یا جیب، لباسی که بر تن شخص است، فرش زیر پای انسان و مثال‌های دیگر حق انتفاع نظیر سواری و حمل بار در مورد چارپایان و سکونت و اجاره در مورد خانه، کشت و زراعت در زمین و نیز آبیاری نخل و اشجار این‌ها همه از مصادیق ید می‌باشند و همچنین وجود شیئی در جایی که به واسطه مالکیت، اجاره یا عاریه و یا حتی غصب به کسی اختصاص پیدا نموده مانند کالایی که در دکان است یا حیوانی که در طویله و غذایی که در سفره او است.»

برخی دیگر از علما در تعریف ید به استیلا آنرا امری اعتباری می‌دانند و می‌گویند: «ید که همان استیلائی عرفی و سلطنت فعلی بر شیئی است شامل هر نوع استیلائی است و به هر شیئی تعلق می‌گیرد و بر حسب موارد مختلف می‌باشد و نیز بر حسب مستولی و مستولی علیه، بنابراین استیلا بر اثار خانه یک نوع است و بر خانه نوعی دیگر و بر قریه بهنجوی است هم چنان‌که استیلائی سلاطین یا دولتها بر مملکت خویش

۱. یزدی، سید محمد کاظم، عروة الوثقی، ج ۳، ۱۳۴۲، ص ۱۱۸، «و المراد بها السطنة العرفیه و الاستیلاء علی‌الشیء المختلفه بحسب الموارد بان یکون تحت اختیاره و تصرفه، کالدراهم فی کیسه...»

شکل دیگری است، بر حدود و ثغور (مرزها) بر دریا‌های تابعه آنها و بر جو و محیط و تمامی اینها بر حسب اختلاف ازمنه صور گوناگون به خود می‌گیرد.^۱ لذا از این نظر می‌توان چنین نتیجه گرفت که گاهی رابطه اشیاء با افراد ذوالید از نوع رابطه مادی و فیزیکی است مانند پولی که در جیب اشخاص است با لباسی که بر تن انسان است این ید، ید اعتباری نیست اما در مقابل به مرور زمان و گذشت ایام چنان که در بحث تصرف و ارتباط آن با مالکیت گذشت ید از حالت تکوینی و خارجی خارج گشته و جنبه اعتباری به خود گرفته است. که مثال استیلا پادشاهان و یک حاکم سیاسی بر قلمرو حاکمیت نمونه بارزی از آن است بنابراین از دیدگاه ایشان استیلا امری اعتباری است و منشأ اعتبار آن بر حسب اختلاف موارد مذکور متعدد می‌باشد.

پس بنابراین مراد از ید در مورد بحث ما عبارت از استیلا و سلطه خارجی است به طوری که ذوالید حق هرگونه تصرف عقلائی و عرفی را داشته باشد و در صدق مفهوم ذوالید صرف تمکن و قدرت بر تحصیل این استیلا خارجی کافی نیست بلکه فعلیت استیلا و سیطره خارجی شرط است.

الف - تعریف تصرف در حقوق فرانسه

قانون مدنی این کشور در ماده ۲۲۲۸ خود در تعریف تصرف مقرر می‌دارد:

تصرف عبارت از «در اختیار داشتن یک شی یا تمتع از یک شی یا یک حق است که ما در دست داریم اعم از اینکه توسط خودمان اعمال می‌کنیم یا به وسیله شخص دیگری که آنرا در دست دارد به نام و حساب ما اعمال می‌کند» مطابق این تعریف، تصرف یا نسبت به اشیاء مادی است که عبارت از وضع ید بر آن بالمباشره یا به واسطه است یا تصرف نسبت به اشیاء غیرمادی یعنی حقوق می‌باشد که در این صورت عبارت از تمتع از یک حقی که آن حق را بالمباشره یا به واسطه اعمال می‌کند و مورد استفاده قرار می‌دهند. از قبیل حق انتفاع و حق ارتفاق.

بنابراین از ماده مزبور می‌توان این نتیجه را گرفت که تصرف عبارت است از تمتع و اعمال یکی از حقوق عینی نسبت به شیئی اعم از حق مالکیت یا حقوق عینی دیگر (حق انتفاع و ارتفاق) و شاید بتوان تفاوتی را که ما قبلاً در خصوص ید و تصرف ذکر نمودیم در ماده ۲۲۲۸ قانون فرانسه یافت. به عبارت دیگر تصرف عبارت از نمایش خارجی و ظاهری حقی است یعنی اعمال و اجرای آن حق است به وسیله ظهور اعمال خارجی.^۲

۱. امام خمینی، الرسائل، ج ۲، بی تا، ص ۲۵۷ و ۲۵۸.

۲. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱، چاپ ۱، ش ۷۵، ۱۳۴۰.

تصرف در حقوق روم در ابتدا سلطه خارجی که متصرف نسبت به شیئی مادی به اعتبار اینکه مالک آن می‌باشد تعبیر می‌شد بنابراین تصرف بدین صورت استعمال حق مالکیت بر شیئی مادی است لذا تصور می‌کردند که تصرف تنها بر شیئی مادی واقع می‌شود و به عبارت دیگر تصرف به معنی سلطه مادی محض بود که بر هیچ چیزی جز بر شیئی مادی منطبق نمی‌شود ولی بعدها حقوق روم متحول شد و تصرف در حق ارتفاق یا حق انتفاع را پذیرفتند بدین توضیح که تصرف حق ارتفاق یا حق انتفاع به معنی استعمال حق ارتفاق یا انتفاع برشی به صورت استعمال فعلی که این نوع از تصرف را به تصرف حق یا شبه تصرف^۱ نامیدند.

این تفاوت در حقوق قدیم فرانسه وجود داشت^۲ ولی در هنگام وضع قانون مدنی (نابلئون) نویسندگان آن تصرف و شبه تصرف را یکی گرفتند توضیح اینکه تصرف در شیئی مادی چیزی نیست مگر تصرف حق مالکیت بر این شیئی و این معنا از معنای تصرف در حقوق خارج نیست مگر اینکه حق مالکیت هم حقی از حقوق به‌شمار می‌رود و وقتی شبه تصرف عبارت از تصرف حق عینی دیگری غیر از حق مالکیت باشد در این صورت میان تصرف و شبه تصرف تلاقی صورت می‌گیرد به اینکه در هر دو تصرف در حق عینی است (حق مالکیت یا حق عینی دیگر) و این مفهوم در ماده ۲۲۲۸ قانون مدنی فرانسه ملحوظ افتاد که در آنجا می‌گوید تصرف عبارت از تمتع از شیئی یا استعمال حق است که به وسیله خود شخص یا دیگران استعمال می‌شود بنابراین تصرف در قانون مدنی فرانسه عبارت از استعمال حق مالکیت یا حقی از حقوق عینی دیگر مثل حق ارتفاق یا انتفاع یا حق رهن^۳ قابل تصرف بر شیئی معین به نحو استعمال فعلی اعم از اینکه متصرف مالک باشد یا نباشد زیرا مالکیت حق یک چیز است و تصرف آن چیز دیگر. با این همه در قانون فرانسه تصرف شامل حقوق شخصی نمی‌باشد بنابراین مستأجر و مستعیر حق عینی در عین مستأجره یا شیئی مورد عاریه ندارند و همچنین حق شخصی برای آن دو متصور نیست مگر از جانب موجر یا معیر بنابراین تصرف آن دو تصرف مادی محض است و تصرف صحیح از برای موجر یا معیری است که بنام او و مستأجر و مستعیر به نیابت از آن دو مباشرت در تصرف دارند و آنچه که تصرف حق شخصی^۴ نامیده می‌شود تصرف به معنی صحیح کلمه نیست. پس تصرف بنا به این تعریفه نه حق عینی است و نه حق شخصی (حق دینی) بلکه اصلاً حقی محسوب نمی‌شود منتها سببی برای کسب حق است.

۱. quasi possessio, possessio juris

۲. Planiol, Vol. ۳, No. ۱۴۳, P. ۱۵۹

۳. Planiol, ibid; Colin (۱۹۵۷), Vol. ۱, No. ۱۱۶۳, P. ۹۴۷

۴. possession de La créance

اکثریت فقهای ما نیز چنان که شرح آن خواهد آمد میان تصرف و شبه تصرف تفاوت قائل نیستند و آنرا شامل اعیان و حقوق، هر دو دانسته‌اند.

برخی از حقوق‌دانان به‌منظر بر تعریف ماده ۲۲۲۸ خرده می‌گیرند و از جمله می‌گویند که اگر از نقطه نظر تئوری کلاسیک به آن بنگریم، غیر کامل به‌منظر می‌رسد زیرا هیچ‌گونه اشاره‌ای به عنصر معنوی^۱ نمی‌کند. از این رو تعریف مذکور را به شرح زیر تصحیح می‌کنند: تصرف عبارت از رابطه عملی^۲ میان یک شیئی و یک شخص است که به‌واسطه آن وی از امکان انجام عملیات مادی استعمال (استفاده) و ایجاد تغییرات در مورد شیئی مذکور برخوردار می‌باشد به‌شرط آنکه دارای این قصد باشد که مال را تحت اعمال حق عینی قرار دهد که عملیات مذکور عادتاً تجلیات آن به شمار می‌روند.^۳

علمای حقوق فرانسه تفاوت تصرف و مالکیت و سایر حقوق عینی را مورد تأکید قرار می‌دهند زیرا به‌عقیده آنان تصرف عبارت از اقتدار عملی ساده^۴ می‌باشد لذا تصرف با مالکیت و دیگر حقوق عینی که به صاحب آن یک اقتدار حقوقی^۵ اعطا می‌کند، مغایرت دارد. عموماً این مالک شیئی است که تصرف آنرا دارد اما می‌تواند طور دیگری باشد (برای مثال سارق متصرف می‌باشد)^۶ در حقوق فرانسه نیز میان تصرف^۷ و نگهداشتن مال برای غیر^۸ تمایز قائل می‌شوند؛ نگهدارنده مال غیر (زارع، مستأجر، مستودع) بدون اینکه مالک و یا صاحب یک حق عینی باشد، یک اقتدار حقوقی برشی دارد، اقتداری که به‌وسیله مالک و یا قانون به او اعطا شده است در حالی که زمانی که متصرف مالک نباشد، وی حقوق مالک را نمی‌شناسد اما نگهدارنده مال غیر این حقوق را برای مالک می‌شناسد. متصرف مثل مالک رفتار می‌کند اما افراد دیگری غیر از متصرف این سلطه را اجرا می‌کنند بدون اینکه مالک باشند و یا صاحب یک حق عینی دیگر باشند بلکه آنها نگهدارندگان مال غیر می‌باشند.

نگهداشتن مال غیر که بعضی اوقات آنرا تصرف موقتی^۹ می‌نامند باید از تصرف متمایز شود. مستأجر آپارتمانی را اجاره کرده است، او سلطه بر شیئی اجاره‌ای دارد با وجود این او متصرف نمی‌باشد در حالی که

۱. Animus

۲. Rapport de fait

۳. Colin, *ibid*, No. ۸۵۴, P. ۹-۴

۴. Pouvoir de Fait

۵. Pouvoir de droit

۶. Mazeaud, Vol. ۲, P. ۱۸۶ ۱۸۷

۷. Possession

۸. détention

۹. précaire

تصرف مستقل از هر موقعیت حقوقی وجود دارد، نگهداشتن مال غیر (در اختیار داشتن مال غیر) از یک موقعیت حقوقی به وجود می‌آید. در ابتدای آن مستلزم یک عمل حقوقی است این سند قراردادی یا قضائی یا قانونی فرض می‌شود. نگهدارنده مال غیر، حق عینی مالک را می‌شناسد و به حساب مالک آنرا در اختیار دارد حتی موقعی که او در نگهداشتن مال غیر دارای نفع شخصی باشد (مثل زارع) بر عکس متصرف همانند یک مالک یا صاحب حق عینی دیگر رفتار می‌کند خواه اینکه مالک یا صاحب حق عینی دیگری باشد یا نباشد و اگر مالک نباشد پس حقوق مالک را هم به رسمیت نمی‌شناسد. بنابراین اقتدار نگهدارنده مال از یک موقعیت حقوقی به وجود می‌آید و یک اقتدار حقوقی می‌باشد:

زارع، مستأجر و غیره حقی مشابه دارند نه بر روی شیئی (حق عینی نیست) حداقل حق طلب^۱ علیه موجر که باید شیئی را در اختیار آنها بگذارد.

متصرف به عنوان متصرف نه حق عینی دارد و نه حق مطالبه.^۲

بعضی از تعاریف مذکور در کتابهای حقوقی ایران

در قانون مدنی ایران تصرف تعریف نشده است. با توجه به اینکه قانون مذکور مواد مربوط به اماره مالکیت (قاعده ید) را از فقه امامیه گرفته است و در تعریف تصرف از دیدگاه فقهی نیز فقهای امامیه تمیز آنرا به عهده عرف نهاده بودند لذا با توجه به آثار حقوقی تصرف و مبانی آن حقوق دانان ما تصرف را از این جهت که دلیل مالکیت قرار می‌گیرد چنین تعریف کرده‌اند: ید عبارت آنست از اینکه شیئی مملوک فعلاً یا حکماً در تصرف مالک باشد. اگر مال فعلاً در قبضه مالک باشد آن ید فعلی است و اگر در دست دیگری با اجازه مالک باشد آن ید حکمی است. ید، ملازم با تمتع و انتفاع است، به وجود آن موجود و با فقدان آن مفقود می‌شود بنابراین وقتی مالک به یک نفر اجازه می‌دهد که از ملک او منتفع گردد لامحاله او را متمکن نموده است که ملک را در تصرف خود درآورده و نسبت به آن ید داشته باشد. این مؤلف نتیجه‌ای که می‌گیرد آن است که تصرف یعنی وضع ید و وضع ید عبارت از استیلائی است که شخص نسبت به چیزی داشته باشد و به همان نحوی که صاحبان ملک در املاک خود حق تصرف دارند او هم بتواند بر آن چیز تصرف کند. فرق بین وضع ید و ملکیت آن است که ملکیت داخل در حقوق و وضع ید از اعمال ذوالید محسوب است لذا وضع ید وقتی مؤثر است که مقرون به قصد تملک با انکار ملکیت غیر باشد.^۳

۱. droit de créance

۲. Mazeaud, ibid, P. ۱۴۱.

۳. بروجردی، محمد عبده، حقوق مدنی، چاپ نخست، سال ۱۳۲۹، صص ۱۵ و ۲۷.

مرحوم دکتر امامی در تعریف تصرف در کتاب حقوق مدنی نوشته است:

«تصرف که از آن به ید تعبیر می‌شود عبارت از سلطه و اقتدار مادی است که شخص بر مالی مستقیم یا به واسطه غیر دارد. متصرف مال ممکن است در حقیقت مالک آن باشد و یا با اجازه مالک آنرا در تصرف داشته باشد. همچنان که ممکن است برخلاف رضایت مالک بر آن سلطه پیدا کند و در تصرف غاصبانه خود داشته باشد»^۱.

به نظر می‌رسد که تعریف مذکور کامل نبوده زیرا هیچ‌گونه اشاره‌ای به عنصر معنوی^۲ نمی‌کند لذا برخی از استادان حقوق مدنی ما با توجه به موادی که در قانون مدنی و آیین دادرسی درباره تصرف هست چنین می‌نویسند:

تصرف عبارت از تسلط و اقتداری است عرفی، که انسان در مقام اعمال حق خود بر مال دارد. این اقتدار به حسب موارد جلوه‌های خارجی گوناگون دارد. ولی در هر حال باید طوری باشد که عرف متصرف را به عنوان صاحب حق و مالک، بر مال مستولی بدانند»^۳.

به طوری که در این تعریف آمده عامل عرف در تعریف تصرف نقش مهمی داشته است (در تعاریف فقها هم نقش عرف حائز اهمیت بود) لذا با توجه به این سابقه قابل درک است که چرا قانون مدنی تصرف را تعریف نکرده و تشخیص آنرا بر عهده عرف گذارده است.

یکی از نویسندگان حقوقی برای تصرف دو معنا قائل گردید: یکی عام و دیگری خاص، به معنی عام تصرف عبارت است از هر عملی که انسان به موجب آن در چیزی تحویلاتی کند که کاشف از اجرای حق واقعی یا ادعایی او باشد و تصرف به این معنی فرع مالکیت است. به معنی خاص تصرف عبارت است از ذوالید بودن یعنی تسلط بر مالی داشتن و تصرف به این معنی دلیل مالکیت است»^۴.

تقسیم‌بندی مزبور بیانگر آن است که در واقع ید بر دو قسم است؛ گاهی ید فرع بر مالکیت است و گاهی سبب مالکیت که ذکر آن در اقسام ید گذشت. در هر حال تصرف به معنی عام، تجلی خارجی یک وضع^۵ و یا یک حق است مانند تصرف شخص در طلب خویش (ماده ۱۲۴۰ ق - م فرانسه). این تعریف شامل تصرف در مطالبات و اسناد در وجه حامل نیز هست خریدار نیز قبل از قبض مبیع به وسیله بایع در مبیع، تصرف دارد زیرا بایع مکلف به نگهداری مبیع است و این نگهداری، تصرف است و این تصرف را بایع به

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ ۵، سال ۱۳۵۳، ص ۵۱.

۲. Animus

۳. کاتوزیان، ناصر، موال و مالکیت، مؤسسه نشر ید، چاپ ۱، ۱۳۷۳، ش ۲۰۱.

۴. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ ۱، ۱۳۷۳، ص ۵۹.

۵. Situation

حساب خریدار صورت می‌دهد. تعریف مذکور شامل تصرف هر امین (مانند مستأجر و مستعیر و مستودع و غیره) است.^۱

ولی تصرف به معنی خاص عبارت است از اینکه مال معین خارجی به‌طور قانونی و یا غیرقانونی تحت اختیار کسی (به‌واسطه یا بی‌واسطه) باشد و او به حساب خود و برای خود نسبت به آن تصمیم بگیرد. بنابراین در تفاوت دو معنای عام و خاص تصرف باید گفت که موضوع تصرف به معنی خاص، حقوق عینی (حق مالکیت، حق انتفاع، حق ارتفاق) است ولی موضوع تصرف عام می‌تواند حقوق عینی و غیر عینی باشد.^۲ بنابراین همهٔ اموال موضوع تصرف به معنی خاص قرار نمی‌گیرد برای مثال اموال عمومی صلاحیت برای تصرف را ندارد منتها به‌نحو اطلاق نیست زیرا اموال عمومی موضوع حق خاص قرار نمی‌گیرند و اموال دیگر از قبیل ترکه و سرقتی^۳ اینها به اعتبار اینکه کلی‌اند قابل تصرف نیستند لیکن قانون‌گذار آلمان و سوئیس که متأثر از نظریهٔ مادی در تصرف معروف به نظریهٔ ایرینگ هستند تصرف را شامل حقوق شخصی هم می‌دانند برطبق این نظر مستأجر از قبل موجر نسبت به عین مستاجر متصرف محسوب می‌شود.^۴

لزوم حمایت از تصرف (اهمیت تصرف)

قانون از تصرف حمایت می‌کند ولو اینکه متصرف مالک نباشد متصرف کسی است که سلطه فعلی بر مال مورد تصرف داشته باشد و احدی حق تجاوز و تعدی به او را ندارد ولو اینکه متعدی مالک مال هم باشد النهایه مالک می‌تواند از طرق رسمی تقاضای استرداد مالش را از متصرف بکند، پس قانون همان‌گونه که از مالکیت حمایت می‌کند از تصرف هم حمایت می‌کند منتها هر کدام جهت حمایت و شیوه خاص خودش را دارد لذا جایز نیست که مالک مالش را به‌طور قهر و زور از متصرف بگیرد.^۵

متصرف مال در اغلب موارد مالک است و یکی از مزایای ملک آن است که مالک مالش را تصرف می‌کند و به‌ندرت اتفاق می‌افتد که مالک، متصرف مال نباشد از این روی قانون فرض کرده که همواره متصرف مالک است پس حمایت از مالکیت از طریق حمایت از تصرف می‌باشد و به‌همین جهت تصرف امارهٔ و قرینهٔ مالکیت است منتها از نوع قرائنی است که خلافتش قابل اثبات است و به‌ندرت اتفاق می‌افتد

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرة المعارف حقوقی مننی و تجارت، چاپ ۱، سال ۲۵۳۵، ص ۱۸۱۸.

۲. همان، ص ۸۱۹.

۳. Fonds de commerce

۴. بوردی و تیسیه، حقوق مننی، ش ۲۰۰ و ۲۰۱، پلانیول و ریپر و پیکار، ج ۳، ش ۱۴۴، پلانیول و ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۷۶۳، مازو، ش ۱۴۱۶.

۵. پلانیول و ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۷۶۴، مازو، ش ۱۴۱۴، کاربونیو، ص ۱۴۳، سنهوری، الوسیط، ج ۹، ۱۹۵۲.

که مالکیت در ید شخصی باشد و تصرف در ید دیگری بنابراین حمایت از تصرف در ذات خود به منزله حمایت از مالکیت است لکن حمایتی موقت تا زمانی که دلیلی اقامه گردد که متصرف مالک نیست.

بنابراین آثار مترتب بر تصرف به‌وسیله قانون با مطالب فوق قابل توجیه است خواه به لحاظ نفع مالک که اثبات حقیقت را آسان خواهد کرد و خواه از نظر لزوم حمایت از صلح عمومی در برابر اعمال خشونت آمیز (قهقر) و خواه به لحاظ نفع اقتصاد عمومی که ایجاب میکند که اموال بی‌حاصل رها نشوند و نیز به لحاظ نفع اشخاص ثالث که باید بتوانند برای معامله کردن اموال با امنیت کامل به متصرف مراجعه کنند. قانون از متصرفی که حسن نیت دارد کاملتر از متصرفی که سوء نیت دارد حمایت می‌کند.^۱

به این نکته نیز باید توجه کرد که تصرف و حق اگر چه در واقع متمایزند عملاً با هم در می‌آمیزند زیرا در حقیقت تصرف انعکاس یا نشانه و ظهور خارجی حق است و لذا قانون‌گذار امروزی تصرف را نه به خاطر نفس تصرف بلکه به لحاظ اینکه اماره مالکیت است مورد حمایت قرار می‌دهد.

ژوسران^۲ گوید: «اوصافی که درباره تصرف گفته می‌شود مآلاً درباره مالکیت است و در ماورای این قشر ظاهری همان حق است که ملحوظ می‌افتد و مورد حمایت قرار می‌گیرد».^۳

به‌طور خلاصه می‌شود گفت که در حقوق فرانسه نگهدارنده مال برای غیر نه از اماره مالکیت و نه از به‌دست آوردن مالکیت از طریق مرور زمان منتفع می‌شود و این امتیازات فقط مخصوص متصرف است. با وجود این از زمان قانون ۱۹۷۵ Juliet^۴ او همه دعاوی تصرف را در اختیار دارد همچون در حقوق آلمان و سوئیس که ذکر آن در این مقاله نمی‌گنجد.

برخی از استادان تصرفی را دلیل مالکیت می‌دانند که دارای دو شرط اساسی باشد:

۱- تصرف به‌عنوان مالکیت باشد: کسانی که به‌عنوان امین یا نماینده دیگری مالی را در تصرف دارند مالک آن محسوب نمی‌شوند در اینگونه موارد، عرف آن اموال را در استیلائی کسی می‌داند که به حساب با دستور او دیگران اقدام به تصرف کرده‌اند به همین جهت ماده ۷۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق می‌گوید: «تصرف اعم است از اینکه بالمباشره باشد یا به‌واسطه مانند تصرف قیم و وکیل و مباشر». سپس نویسنده در مقام پرسش می‌افزاید: هرگاه در عنوان تصرف بین متصرف و مدعی اختلاف شود آیا مدعی مالکیت باید ثابت کند که تصرف متصرف به‌عنوان مالکیت نبوده و به‌عنوان غیر است یا بر متصرف است که شرایط اعتبار وضع خود را به‌طور کامل ثابت کند؟^۴

۱. فرانسوا شلباس و مازو، ش ۱۴۱۳.

۲. Jossrand

۳. موحد، محمدعلی، مجله کتون و کلاه، مقاله تصرف، سال ۱۰، شماره ۲، ۱۳۳۷، ص ۷۸.

۴. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، ۱۳۷۳، ش ۲-۲.

پاسخ اشکال را ماده ۷۴۷ ق.آ.د.م سابق به صراحت داده است به موجب این ماده: «کسی که متصرف است تصرف او به عنوان مالکیت شناخته می‌شود ولیکن اگر ثابت شود که شروع به تصرف از طرف غیر بوده است متصرف غیر شناخته خواهد شد مگر اینکه متصرف ثابت کند که عنوان تصرف او تغییر کرده و به عنوان مالکیت متصرف شده است».

حال با توجه به ماده مزبور آیا می‌توان تصرف به عنوان مالکیت را یکی از دو شرط اساسی اماره تصرف دانست؟ یا اینکه باید گفت اگرچه در ماده ۳۵ ق.م. تصرف به عنوان مالکیت اماره مالکیت دانسته شده است مع الوصف با توجه به ماده ۷۴۷ ق. آ.د.م سابق نمی‌توان تصرف به عنوان مالکیت را از عوامل سازنده یا جزو شرایط اساسی اماره دانست بلکه تصرف به عنوان مالکیت از لحاظ قانون گذار امری مفروض و حاصل و احراز شده است لذا همین قدر که عنوان تصرف برای غیر محرز نباشد تصرف اماره مالکیت است پس بنابراین نفس تصرف از شرایط اماره می‌باشد نه تصرف با عنوان مالکیت، در غیر این صورت اگر تصرف با عنوان مزبور توأم باشد دیگر تصرف اماره مالکیت نیست بلکه دلیل قطعی مالکیت خواهد بود به دیگر سخن نباید عالم اثباتی با عالم ثبوت خلط گردد و اصولاً جایگاه بحث امارات قانونی در عالم اثبات می‌باشد.

۲. شرط دومی که نویسنده برای اماره مالکیت ضروری و لازم می‌داند آن است که تصرف باید مشروع باشد لذا با توجه به این شرط کسی که به قهر و زور پر مالی مسلط شود حق استفاده از اماره مالکیت را ندارد. حقوق از متجاوز حمایت نمی‌کند: تصرف مشروع را محترم می‌دارد با این وجود نویسنده از لحن ماده ۳۶ ق.م. که مقرر می‌دارد. «... تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود». نتیجه می‌گیرد که قانون تسلط را اصولاً مشروع فرض کرده است و مدعی مالکیت باید خلاف این فرض را در دادگاه ثابت کند.^۱

باز در این فرض (شرط) نیز این پرسش باقی می‌ماند که اگر تصرف متصرف «باید»، مشروع باشد چرا آنرا می‌توان مشروع فرض کرد؟ بنابراین به تعبیر یکی از فقها^۲ هیچ‌گونه تفاوتی در اماره ید برای مالکیت میان ید و تصرف صحیح و تصرف باطل «نیست» لذا در هنگام منازعه غاصب و مالک، قول غاصب مقدم دانسته می‌شود مگر اینکه خلافش ثابت شود حتی فقها در خصوص توابع حیوان منسوب آنرا

۱. همان، ص ۱۸۸.

۲. تبریزی، حاج میرزا موسی، لوثق الوسائل فی شرح الرسائل، ص ۵۴۲ (لا فرق فی اماره الید للملک بین الید الصحیحه و الباطله لعموم الأدله السالقه فی حکم بکون الجل و السرج و للجم لغاصب الدلبه دون مالکها لان ان الید علی الاصل اثبات لها علی توابعه فیقدم قول الغاصب فیما ذکر عند المنازعه مع المالك بلاشکال کما حکى عن العلامة... من کون الید علی الأصل یدة علی توابعه).

متعلق به غاصب دابه دانسته‌اند زیرا همان‌طور که ید اماره مالکیت بر اصل مال است به همین نحو ید اماره مالکیت بر توابع مال نیز محسوب می‌شود.

برخی دیگر از حقوق‌دانان در همین راستا، علاوه بر دو عنصر مادی و معنوی، عنصر سوم را لازم دانسته‌اند و آن عبارت از عنصر حسن نیت می‌باشد توضیح آنکه می‌گویند در ید سارق دو عنصر مادی و معنوی وجود دارد یعنی هم بر مال سلطه مادی دارد و هم برای خود آنرا استعمال می‌کند ولیکن چون فاقد حسن نیت است تصرف او اماره مالکیت نیست^۱ و این نظر تقریباً با نظر قبلی که متذکر گردیدیم که تصرف باید مشروع باشد مطابقت دارد ولی نکته مهمی که از نظر آنان دور مانده است آن است که در طرح بحث مزبور موضوع اماره مالکیت مورد غفلت واقع شده است توضیح اینکه قاعده مزبور در جایی اعمال می‌شود که نسبت به مالکیت ذوالید شک وجود داشته باشد و همین دو رکن (داشتن ید و شک در مالکیت) فراهم شود اماره مالکیت هم خواهد بود و همان‌گونه که گفته شد در اماره مالکیت فرقی بین ید صحیح و باطل (مانند ید سارق یا غاصب) نخواهد بود. بنابراین اعتبار و اشتراط عنصر حسن نیت در کدام فرض است؟ اگر در فرض شک در مالکیت ذوالید است که ما نیاز به این عنصر نداریم و در هر حال حکم به مالکیت ذوالید می‌شود ولو اینکه ید غاصب یا سارق باشد و اگر در فرض علم به غصب و سرقت است که در این فرض جایی برای اعمال قاعده باقی نمی‌ماند زیرا قاعده اساساً منصرف از مورد علم می‌باشد و در مواردی که علم به بطلان ید باشد قضیه را با اشتراط مالکیت که از شرایط صحت عقد است حل می‌کنیم بدین معنا که با شرط مالکیت، تصرف غاصب و سارق را تصرف فضولی قلمداد می‌کنیم و نهایت حکمی که مترتب بر آن خواهد شد عبارت است از صحت تأهلی که منافاتی با حکم به فساد فعلی نخواهد داشت. بنابراین افزودن عنصر دیگری به عناصر مادی و معنوی خروج از قاعده ید یا اماره مالکیت می‌باشد و بالاتر اینکه استدلال به وسیله شرط مزبور (عنصر حسن نیت) و اخراج ید باطل، نوعی مصادره به مطلوب است به جهت اینکه اشتراط مزبور برای این است که سابقه مالکیت متصرف احراز گردد و بعد از احراز مالکیت از طریق شرط مزبور، نیازی به اعمال اماره مالکیت برای اثبات مالکیت ذوالید نمی‌باشد چون که این امر به معنای احراز مالکیت از طریق مالکیت خواهد بود.

ادله حجیت اماره مالکیت و حدود اعمال آن

چنان‌که گذشت یکی از قواعد مهم فقهی قاعده ید یا اماره مالکیت است مبنا و مدرک آن به‌طور اجماع و

۱. این نظر متعلق به آذر کیوان آذری است که به عنوان یکی از اعضای هیئت رسیدگی در جلسه دفاع رساله دکتری کوروش کلویلی ارائه شده بود.

دعوی ضرورت از طرف برخی از فقهاء، روایات زیادی در ابواب مختلف فقه در این زمینه وارد شده است و برخی از آنها به طور عام دلالت بر آن دارد و برخی دیگر به نحو خاص از جمله آن روایات، روایت حفص بن غیاث بوده که میان فقهاء معروف است

الف- روایت حفص بن غیاث

حفص بن غیاث از امام (ع) نقل می کند که:

آن حضرت در پاسخ پرسش مردی که گفته بود آیا اگر من چیزی در دست کسی مشاهده کنم جایز است که شهادت دهم آن چیز مال اوست؟ فرمود آری جایز است. آن مرد گفت: شهادت می دهم که آن مال در دست اوست ولی شهادت نمی دهم که مال اوست زیرا که ممکن است متعلق به دیگری باشد! امام (ع) می فرماید: آیا خریدن حلال است؟ مرد می گوید: بلی. امام می فرماید: شاید متعلق به دیگری باشد! پس چگونه جایز است تو آنرا خریداری نمایی و این مال ملک تو شود و آنگاه پس از تملک بگویی که مال متعلق به من است و بدین امر سوگند نیز یاد کنی ولی جایز نباشد که مال مزبور را به کسی که قبل از تو مالک آن بوده و مال از او به تو منتقل شده نسبت دهی سپس امام (ع) اضافه می کند: اگر این امر جایز نباشد برای مسلمانان بازاری برپا نمی ماند.^۱

بررسی و ارزیابی روایت

تردیدی در دلالت این روایت بر اعتبار قاعده ید یا اماره مالکیت نیست و دلالت روشنی است لیکن برخی از فقهاء ایراداتی بر روایت مزبور نموده اند که ما به طور اختصار بدانها می پردازیم:

۱- ایراد اول آن است که می گویند مورد نظر سائل در سوال خود این است که آیا شهادت به ملکیت ذوالید به صرف اینکه مال در دست اوست جایز است یا نه و این مطلب غیر از مسئله اثبات مالکیت به موجب ید می باشد تا اینکه ید حجت باشد ولی در پاسخ آن گفته شده که حکم امام (ع) به جواز شهادت به استناد ید به طور التزامی دلالت بر اثبات مالکیت به موجب ید دارد خصوصاً بعد از استدلال امام بر صحت این حکم و جواز شهادت به سبب جواز شراء از آنچه که تحت ید اوست به علاوه این احتمال که

۱. حفص بن غیاث عن ابي عبدالله (ع) قال: قال له رجل اذا رأيت شيئاً في يد رجل يجوز لي ان اشهد به له؟ قال نعم، فقال الرجل: اشهد به في يده ولا اشهد به له فلعنه لعنيره؟ فقال أبو عبدالله (ع): أفيجل الشراء منه؟ قال نعم فقال (ع): فلعنه لعنيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكاً لك، ثم تقول: بعد الملك. هولي و تحلف عليه ولا يجوز أن تتسبه الي من صار ملكه من قبله اليك؟ ثم قال (ع): ولو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق» (وسائل الشيعه، كتاب القضاء، باب ۲۵ من ابواب كيفة الحكم و احكام الدعوى، حديث ۳)

جواز شهادت به مالکیت حکمی تعبدی^۱ است (قطع نظر از ثبوت آن نزد شاهد) بسیار بعید است و طبع سلیم آنرا نمی‌پذیرد.

۲- ایراد دوم آن است که جواز شراء از کسی که مال تحت ید اوست اعم از افاده ملکیت بوده زیرا ولی و وکیل و ماذون مثلاً جایز است که از آنها خریداری شود در حالی که مالک مال محسوب نمی‌شوند پس جواز شراء و صحت معامله اعم از ملکیت است و ثبوت عام دلالت بر ثبوت خصوص خاص نمی‌کند. صاحب بلغه الفقیه پس از بیان اشکال مزبور می‌گوید: آنچه که متضمن جواز تصرف از قبیل بیع و شراء است، مطلب به قرینه سیاق عبارت «کونه له» در روایت واضح و ظاهر است اما خبر حفص که متضمن کلمه «لعله» است ما قائل بدان نیستیم لیکن این امر سبب نمی‌شود که نتوان از جهات دیگر یعنی اعتبار ید در باب مالکیت به خبر مزبور استناد جست.^۲

۳- انتقاد دیگری که بر روایت مزبور وارد کرده‌اند این است که شهادت شاهد باید مستند به علم باشد مگر در مواردی که استفاضه در آن کفایت می‌کند و شهید در کتاب دروس می‌گوید: استفاضه در نه مورد کفایت می‌کند که عبارت از نسب، ملک مطلق، وقف، نکاح، موت، ولایت، ولای عتق ورق.^۳ لذا در ما نحن فیه گفته‌اند شهادت جایز نیست مگر اینکه شاهد به گفته خود (مشهود به) علم داشته باشد زیرا علم مأخوذ در موضوع جواز یا وجوب ادای شهادت می‌باشد لذا جایز نیست که مستند به امارات یا اصول گردد ولی این ایراد را نیز وارد ندانسته‌اند توضیح اینکه امارات و اصول تنزیلی قائم مقام قطع مأخوذ در موضوع بر سبیل طریقت قرار می‌گیرند به خلاف نظر صاحب کفایه که بر سبیل صفتیت قرار داده است و معلوم است که قطعی که بهنجو جواز یا وجوب در موضوع شهادت است به اعتبار آن است که آن قطع طریق و کاشف از متعلق آن است چنان که در مبحث قطع گفته شده است که در شرعیات یک مورد که قطع مأخوذ در موضوع بهنجو صفتیت باشد وجود ندارد.^۴

مضافاً اینکه اگر ما قائل به جواز شهادت به استناد ید نشویم و آثار مالکیت را مترتب نسازیم موجب اختلال در نظام شده است. یکی از فقهای متأخر بهنجو دیگری رفع ایراد کرده است و آن اینکه شخص جایز است که شهادت بر مالکیت دیگری بدهد به مجرد تصرف و استقرار ید او بر مال و این غایت مقصود و مراد در ما نحن فیه است جز اینکه شهادت و سوگند دلالت واقعی بر مالکیت ندارند بلکه دلالت

۱. بجنوردی، میرزا حسن، ج ۱، ۱۳۸۹ ق، ص ۱۱۱.

۲. بحر العلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، ج ۳، ۱۳۹۶ ق، ص ۳۰۷ «و اما ما تضمن جواز التصرف من البیع و الشراء فظاهر بمعونة السياق فی أن المستند هو كونه له و اما تضمن خبر حفص لما لعله لانقول به فلا یخرجه عن الحجية فی غیره».

۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ۱۳۹۸ ق، ص ۱۳۱.

۴. بجنوردی، میرزا حسن، پیشین، ص ۱۱۱.

ظاهری دارد همچنان که ظاهر همین است و به همین دلیل، نظری که اعتبار شهادت را منحصر به علم یقینی که مستند به حواس پنجگانه باشد مردود است.^۱

با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد ایراد مخالفین نسبت به قبول جواز شهادت به مالکیت متصرف از حدیث مزبور وارد باشد زیرا از نظر عقلی نمی‌توان به مجرد وضع ید ذوالید شهادت به ملکیت او داد ولی از حدیث می‌توان اعتبار قاعده ید به عنوان اماره مالکیت را استنباط کرد و نکته‌ای که شایان ذکر است آن است که به قول مرحوم میرزا حسن آشتیانی «هیچ‌گونه ملازمه‌ای میان جواز شرا ید و سوگند به اینکه آن مال متعلق به مشتری است و شهادت به اینکه آن ملک بایع است وجود ندارد زیرا در جواز شرا ید و حلفه کافی است که تصرف ذوالید صحیح باشد و این مستلزم آن نیست که مورد تصرف ذوالید ملک او باشد مضافاً اینکه عدم شهادت به مالکیت ذوالید موجب اختلال سوق نمی‌گردد لذا آنچه را که امام (ع) فرموده است از ملازمه و تعلیل (ما قام للمسلمین سوق) از آن مواردی است که ما بدان احاطه نداریم.^۲

ب- سیره مسلمین

سیره به معنی روش مستمر مسلمین در همه اعصار و امصار است که دلالت می‌کند در معامله مالکانه کسی که عین مورد معامله در تصرف اوست و کسی نمی‌تواند در آن تصرفی کند مگر به اذن و اجازه او، همچنان که به اذن او کلیه تصرفات از قبیل بیع، اجاره، وصیت، هبه و غیره جایز می‌شود و این امری بدیهی است که قابل کتمان نیست. سیره در فقه یکی از مدارک محسوب می‌شود لذا گفته‌اند که در صورتی حجت است که با زمان معصوم (ع) متصل باشد.^۳ بعضی گفته‌اند سکوت معصوم در برابر یک عمل، نشانه امضای آن عمل است سیره و رفتار معاصر معصومین (ع) و نزدیک به عصر ایشان، در احراز حکم شرعی همانند اجماع است. وقتی عقلای معاصر ائمه معصومین (ع) به رفتار معینی تمایل داشته باشند این تمایل گاهی بدان لحاظ که عاقل بوده‌اند صورت می‌گرفته است مانند رفتارشان در مورد تملک بر اثر حیازت و گاه بدان لحاظ که متشرع بوده‌اند، اولی را سیره عقلائیه و دومی سیره متشرعه نام دارد.^۴ بنابراین می‌توان گفت که سیره مسلمین نیز برگرفته از بنای عقلاست که در دلیل بنای عقلا می‌آید نتیجه اینکه در هر جا که شارع به‌طور عام یا خاص منع نکرده باشد باید به آن اعتماد کرد ولو اینکه سیره مسلمین بما هم مسلمون قابل احتجاج نباشد.

۱. مکارم شیرازی، نصر، القواعد الفقہیة، ج ۱، ۱۴۱۱ق، ص ۲۸۵.

۲. آشتیانی، میرزا محمدحسن، بحرالفتاوی فی شرح الرسائل، ص ۱۹۰، منشورات مکتبیه آیه الله العظمی المرعشی النجفی.

۳. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ۱۳۶۶، ص ۳۴.

۴. صدر، سید محمدباقر، دروس فی علم اصول، ج ۱، بی تا، ص ۱۳۴.

اجماع عبارت است از اتفاق تعداد زیادی از اهل فتوی در یک حکم به طوری که موجب احراز حکم شرعی باشد و اجماع فقها هم بر حجیت اماره مالکیت است و این معنی مورد اتفاق همه علما است و مخالفی هم در مسئله وجود ندارد و در تحقق این معنی نسبت به اعیان تردیدی نیست و در غیر اعیان مسئله اختلافی است لیکن این مقدار در صدق اجماع اصطلاحی که یکی از ادله شرعی به شمار می‌رود کفایت نمی‌کند زیرا اجماع اصطلاحی اتفاقی است که کاشف از رای معصوم (ع) باشد یا دلیل معتبری است در مقام ثبوت اگر چه سبب و کاشف از یکی از آن دو مقام اثبات باشد و تردیدی نداریم که با وجود مدرک یا مدارکی در مسئله اجماع بدین معنی قابل تحقق نمی‌باشد بنابراین در مسئله مورد بحث که برای حجیت ید مستندات بسیار از اخبار و بنای عقلا در دست است چنین اجماعی محقق نمی‌گردد ولی شیخ طوسی^۱ قائل به تحقق اجماع در حجیت ید است ولی برخی دیگر^۲ چنان که گفته شد استناد به اجماع را صحیح نمی‌دانند زیرا معتقدند که در استناد به آن اشکال معروفی وجود دارد و آن عبارت از عدم کاشفیت اجماع از قول معصوم است در صورتی که حجیت اجماع را از طریق حدس و کشف بدانیم.

د- بنای عقلاء

عقلای تمام ملل و اقوام در تمامی اعصار و امصار خواه از اهل ادیان بوده باشند یا نباشند به این قاعده استناد کرده‌اند و ید را اماره برای مالکیت دانسته‌اند و این حکم به‌طور ارتکازی در اذهان و به‌طور راسخ در نفوس وجود دارد و همانند امور غریزی است بنابراین عقلا در مترتب نمودن آثار مالکیت نسبت به آنچه در دست مردم است توقف نکرده‌اند و نسبت به اینکه آیا عنوان ید و تصرف آنان، عدوانی یا غیر عدوانی است یا نه تفتیش نمی‌کنند و شارع هم از این سیره و بنای عقلا نه تنها ردع و منع نکرده بلکه آنرا امضا کرده است نظیر روایت حفص (سوق مسلمین) و روایت یونس بن یعقوب. این سیره و بنا سیره‌های مستمره و به تعبیر دیگر جزء آرای محموده است، یعنی اگر مسئله‌ای مورد اتفاق تمامی عقلا «بماهم عقلا» بود و در همه اعصار و امصار به مسئله‌ای عمل کردند و مخالقی نبود این مسئله جزو قضایای مشهورات شمرده می‌شود شیخ الرئیس در کتاب «اشارات» از این امور به آرای محموده و تادیبات صلاحیه تعبیر می‌کند. شارع مقدس نیز که خود خالق عقلاست و فطرت آنها را حاکم در درک عقلانی آنها قرار داده است از یک حکم عقلانی مسلم تخطی نمی‌کند بلکه در مسیر فطرت آنها گام

۱. شیخ طوسی، خلاف، ج ۲، باب شهادت، مساله ۱۴، بجنوردی، میرزا حسن، پیشین، ۱۳۸۹، ص ۱۱۳.

۲. مکارم شیرازی، ناصر، تهران، پیشین، ۱۴۱۱ ق.

می‌نهد و روایات هم نشان می‌دهد که شارع با این عقلا متحدالمسلک است.^۱

تذکر این نکته ضروری است که به تعبیر یکی از فقها سیره عقلائییه، کاشف از امضای شارع می‌باشد و ملاکش آن است که سکوت در برابر سیره، دلالت بر امضا دارد لذا برخلاف آنچه که برخی از اصولیین گمان کرده‌اند ملاک سیره عقلائییه آن نیست که شارع سید عقلا و پیشگام آنهاست و بالطبع آنچه در مورد آنان صادق است بر او نیز صدق می‌کند زیرا همین پیشگام بودن شارع، موجب این احتمال است که در برخی موضع‌گیری‌ها با عقلا متمایز باشد و در مواردی که رفتار و کردارشان ناشی از مدرکات سالم و فطری نبوده، آنان را تخطئه کند.^۲

نتیجه کلام اینکه هیچ تردیدی در حجیت اماره مالکیت و دلالت آن بر مالکیت نیست و اجماع علمای فریقین بلکه مسلمانان همگی برآنند و کافه عقلا از صاحبان مذاهب و غیرادیان نیز بدان استناد کرده‌اند و اهمیت آن تا آنجاست که برخی آن را از ضروریات دین دانسته‌اند.

ه- لزوم عسر و حرج

یکی از فقهای معاصر^۳ در اثبات دلالت ید و استیلا بر مالکیت، به قاعده عسر و حرج استناد کرده است. بدین توضیح که اگر اماره مالکیت، دلیل مالکیت نباشد عسر و حرج شدیدی لازم می‌آید و موجب اختلال نظم در امور دینی و دنیوی می‌گردد و برای مردم قابل تحمل نیست و به قول معروف سنگ روی سنگ بند نمی‌شود (لم یستقر حجر علی حجر) و در همین راستا در روایتی^۴ از امام علی (ع) وارد شده است که اگر قاعده فوق اعمال نگردد بازاری برای مسلمانان برجای نمی‌ماند و این همان عسر و حرج است لیکن در استناد به قاعده عسر و حرج و اختلال نظام ایرادی کرده‌اند مبنی بر اینکه لازمه این حرف آن است که تنها به مواردی که عسر و حرج مرتفع یا موجب رفع اختلال نظام می‌گردد اکتفا شود نه اینکه به‌طور مطلق حجیت داشته باشد لذا مجرد مسئله در اثبات دلالت ید بر مالکیت در همه مواردش کفایت نمی‌کند بنابراین ناگزیر هستیم که در قضیه مزبور استشهاد امام (ع) حمل بر حکمت حکم گردد نه به‌عنوان دلیل حکم اختلال نظام حکمت است برای حجیت ید به‌طور اطلاق نه علت آن مگر اینکه گفته شود که تبعیض در مسئله فی نفسه موجب عسر و حرج و اختلال نظام می‌شود بنابراین در این صورت دیگر تفاوتی میان ایادی مختلف وجود ندارد تا در حجیت آن قائل به تبعیض شویم و اگر تفاوت مشاهده

۱. موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، ۱۳۸۹، ص ۱۹.

۲. صدر، سید محمد باقر، پیشین، ج ۱، بی‌تا، ص ۲۳۵.

۳. مکارم شیرازی، ناصر، پیشین، ۱۴۱۱ ق، ص ۲۸۴.

۴. خبر حفص «لولم یجز هذا ما قام للمسلمین سوق»

می‌شود به اعتبار آن است که نمی‌شود تفاوتی در ما نحن فیه قائل شد همچنان‌که تخییر نیز موجب رفع غائله نمی‌شود پس اگر گفته شود به اینکه این ید حجیت دارد نه در مورد دیگری این آغاز نزاع و اختلاف است و اول خصومت و این همان عسر و حرج است لذا چاره‌ای نیست جز اینکه گفته شود قاعد ید حجیت دارد به‌طور مطلق بنابراین استدلال امام (ع) (بازار مسلمین برپا نمی‌ماند) از قبیل علت برای حکم می‌باشد همان‌گونه که ظاهر آن چنین است.

نتیجه بحث

دلیل عمده اماره مالکیت در وهله اول ارتکاز عرف و عقلای جامعه از هر ملت و مذهبی در جمیع اعصار و امصار می‌باشد به علاوه اینکه شارع نه تنها سیره عقل را ردع نکرده بلکه این سیره و ارتکاز عرفی را امضا کرده است و در ثانی لزوم قاعده عسر و حرج بلکه اختلال در معیشت و معاد نیز از دیگر ادله اماره مالکیت است ولی غیر از دو دلیل مزبور، سایر ادله در حقیقت تأیید و تأکید آن دو دلیل محسوب می‌شود.

مبنای اماره مالکیت

تاکنون بحث ما راجع به ادله اماره مالکیت بود و اکنون درباره مبنای آن گفت‌وگو می‌کنیم:

در مبنای اماره بودن ید میان فقها اختلاف نظر است. یکی از مسائلی که قابل طرح است اختلاف نظر فقها در اماره یا اصل بودن قاعده مزبور است و نظر اکثر فقها آن بود که ید دلیلی مثل سایر امارات شرعی و عقلی است و برخی از آنان برآنند که قاعده ید اماره عقلائی است که شارع آنرا امضا کرده است برای مثال از ظاهر صدر کلام مرحوم شیخ مرتضی انصاری^۱ در رسائل معلوم می‌شود که ایشان تمایل بر این دارد که قاعده ید اصلی تبعیدی است که به‌خاطر حفظ نظام و رفع عسر و حرج معتبر دانسته شده است ولی از ذیل عبارات شیخ این چنین استنباط می‌شود که قاعده ید جزو امارات است با توجه به اینکه اعتبارش عقلائی است و غالباً کاشف از مالکیت است و غلبه اقتضا دارد که موارد به غالب^۲ الحاق شود لذا شارع بدین ملاک هم آنرا معتبر دانسته است بنابراین علیرغم اینکه فقهای مزبور ید را به لحاظ کاشفیت از مالکیت حجت و آنرا اماره می‌دانند در نحوه کاشفیت آن میان آنان اختلاف و در این زمینه دو نظر وجود دارد و چنان‌که گفته شد عده‌ای کاشفیت آنرا مبتنی بر غلبه می‌دانند و می‌گویند چون در غالب موارد که مردم تسلط و استیلا بر اشیائی دارند یا مالک آن هستند یا در حکم مالکند و موارد نادری وجود

۱. انصاری، مرتضی، رسائل، باب استصحاب، ج ۲، ص ۳۷۷. مکارم شیرازی، ناصر، ج ۲، ۱۴۱۱ق، ص ۲۹۲.

۲. در اصطلاح فقه گفته می‌شود: «الظن یلحق الشیء بالاعم الاغلب» یعنی هرگاه در مورد چیزی شک حادث گردد آن امر مشکوک به مورد غالب و رایج ملحق و نسبت داده می‌شود.

دارد که مردم به غصب و به طریق نامشروع بر چیزی ید و تسلط دارند موارد نادر مشکوک را به حکم قاعده مذکور (در بند ۲ پاورقی) ملحق به مورد غالب می‌دانیم.^۱ گروه دیگر با تردید و تشکیک در تحقق این ملاک (غلبه) نحوه کاشفیت ید را مقتضای طبیعت اولیه آن دانسته‌اند که بشرح ملاک‌های مزبور می‌پردازیم:

۱- مقتضای غلبه

گروهی از فقها معتقدند که اعتبار ید از باب ظن نوعی و اماره بر مالکیت ذوالید است زیرا در اغلب موارد متصرف مالک و در مواردی که مالک نباشد و یا واقعاً غاصب باشد نادر است و شارع جهت عدم اختلال در نظام و ابقای سوق مسلمین، نادر را نادیده گرفته و حکم به غالب نموده است چنان‌که در ذیل خبر حفص بن غیاث هم به این معنی تصریح شده است ولی برخی با توجه به ایراداتی که به نظر مزبور وارد است از قبول ملاک غلبه عدول و ملاک مقتضای طبیعت اولیه ید را پذیرفته‌اند لذا در تردید در مبنای غلبه گفته‌اند: آیا آنچه را که مردم در اختیار دارند واقعاً از طریق صحیح و مشروع به‌دست آورده‌اند؟ شرع و قانون ظاهراً برای حفظ نظم زندگی مردم هرکس را به‌طور بلامنازع، مسلط و متصرف چیزی باشد مالک آن می‌داند این مالکیت ظاهری است ولی آیا این مالکیت ظاهری واقعاً هم صحیح و درست است؟ صحت و درستی آن منوط به تحقق شرایطی بسیار است از جمله اینکه ایادی سابق بر آن مشروع و قانونی بوده و انتقال آن هم واجد شرایط شرعی و قانونی صحت معاملات باشد آیا این وضع در مورد اموالی که در اختیار ماست وجود دارد؟ ای کاش چنین بود ولی متأسفانه چنین نیست.^۲ می‌دانیم که در دوره‌های مختلف تاریخ هر کس زور یا زری داشته و یا از عوامل و ایادی حکومت‌های وقت بوده اراضی را تیول خود کرده است. اگر موات بوده بدون احیای واقعی و اگر آباد بوده بدون رضایت آبادکنندگان از آنان گرفته در دست خود یا اطرافیان و طرفداران خود قرار داد، یا به دیگری واگذار کرده‌اند. تملک اراضی گاهی وسیله قانون از مالکان سلب و به دیگران واگذار شده است و در کشورهایی که مالکیت ملغی می‌شود این امر چشمگیرتر است آیا با همه این احوال می‌توان گفت اغلب مالکیت‌ها واقعی است؟ پس ادعای اقلیت مالکیت واقعی تصویری بیش نیست و نمی‌توان گفت چون غالب ید و تسلطها واقعی است پس ید به حکم این غلبه اماره مالکیت است^۳ بنابراین باید با توجه به این ایرادها راه حل دیگری پذیرفته شود که به اعتقاد این عده دلالت ید بر مالکیت مقتضای طبیعت آن است.

۱. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، چاپ ۳، ۱۳۷۷، ص ۱۸۸.

۲. مکارم شیرازی، ناصر، پیشین منبع، ص ۲۹۱ و بعد.

۳. همان، ص ۲۹۲.

چنان که در بخش موضوع رابطه ید و مالکیت گفته شد اولین منشأ مالکیت در عالم حقوق ناشی از حیات و استیلا بر اشیاء با تکیه بر ید صورت می‌گرفت لذا ید را وسیله اصلی مالکیت می‌دانستند و این وسیله ابتدایی آن است و پس از مستولی گشتن و تحت ید قرار دادن اموال، از یدی به ید دیگر منتقل می‌شود خواه از طریق قهری باشد یا اختیاری بنابراین مالکیت در اولین مرتبه‌اش ناشی از اولویت طبیعی تکوینی آن و اختصاص خارجی آن ناشی از تصرف است و همانطوری که قبلاً گفته شد مالکیت در مراحل بعدی تغییر کرد لذا فقها تعبیر به مالکیت ناشی از اولویت اعتباری تشریحی می‌کنند. نتیجه‌ای که از این بحث می‌گیرند آن است که کاشفیت ید از مالکیت بدین ترتیب، مقتضای طبیعت اولیه آن است و در این مسئله بین عقلاً اختلافی دیده نمی‌شود و غصب و تصرف عدوانی بر شیئی در حقیقت از طبیعت اول آن خارج شده است لذا اگر زمانی ید عدوانی آن قدر شایع و زیاد شود هیچ ضرری به کاشفیت ید از مالکیت نمی‌رساند^۱ حتی اگر ایادی عادی مردم از ایادی امانی زیادتر باشد پس کاشفیت در امارات علی‌رغم نظر برخی محققان دائر مدار غلبه به‌طور دائم نیست بنابراین به نظر این دسته از فقها ید در شکل تکوینی و خارجی‌اش (مرحله اول مالکیت) دلیلی بر مالکیت است همچنان که در شکل اعتباری و قانونی آن نیز دلیلی است بر مالکیت، نه‌ایه بنا به مقتضای طبیعت اولیه‌اش و از همین جا دانسته می‌شود که تفاوتی در مسئله کاشفیت بر مبنای غلبه و مقتضای طبیعت اولیه وجود ندارد. با اینکه در فرض مبتنی بر غلبه ایرادی وجود دارد اما نه فقط به دلیلی که مرحوم محقق اصفهانی ذکر کرده بود که گفته بود: مسلم است غلبه ید غیر عادی (اعم از ید مالکانه و وکالت و وصایت و غیر آن) نه ید مالک بلکه غلبه ایادی غیرعادیه نسبت به ایادی عادی نیز امری غیر معلوم است به‌ویژه در زمان حاضر و برهه‌ای از ازمه سابق^۲.

بنابراین اماره بودن ید بر مالکیت به لحاظ غلبه موارد ید امانی یا مالکی در جامعه نیست بلکه طبیعت و مقتضای اولیه و اصلی این است که وجود مال در ید متصرف، دلیل بر مالکیت آن شخص باشد.

برای تبیین ملاک مقتضای طبیعت اولیه می‌توان آن را به دو موضوع دیگر مقایسه و تشبیه نمود. موضوع اول اینکه مورد بحث ما شبیه اصالة الحقیقه در استعمال با امارات و قرائن مجازی است توضیح آن که اصولیین در مبحث حقیقت و مجاز، علائمی را برای تشخیص حقیقت از مجاز ذکر می‌کنند از قبیل تبادر عدم صحت سلب و اطراد و... یکی از آن علائم، روشی است که سید مرتضی گفته است و آن اینکه:

الأصل فی الاستعمال الحقیقه یعنی هر جا لفظی استعمال گردید و قرینه‌ای هم در بین نبود حکم می‌شود

۱. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ج ۲، ۱۴۱۱ق، ص ۲۸۴.

۲. مکارم شیرازی، ناصر، ج ۱، چاپ ۳، ۱۴۱۱ق، ص ۲۹.

که استعمال حقیقی است و بدین ترتیب معنای حقیقی آن معلوم می‌شود اگرچه علمای اصول به عقیده مزبور ایراد گرفته و استعمال را اعم از حقیقت و مجاز دانسته‌اند. به هر حال طبق عقیده سید مرتضی تا زمانی که اماره و قرینه‌ای بر مجاز بودن نباشد اصل مزبور قابل اعمال است بنابراین برخی از ادبا بر حجیت اصاله الحقیقه و تقدیم آن بر احتمال مجاز نظر دارند ولو اینکه استعمال مجازی نسبت به بعضی الفاظ زیاده‌تر از استعمال حقیقی آن باشد.

موضوع دوم

اصل صحت و سلامت است که میان عقلا رایج است و حجیت این اصل بر مبنای استصحاب بنا به مقتضای خبر (لانتقض الیقین بالشک) نیست بلکه حجت است بر مبنای ظنی که از مقتضای طبیعت انسان حاصل می‌شود پس مقتضای طبیعت انسان، اقتضای صحت و سلامت را دارد و این مسئله احیاناً در مواردی که تعداد مریض‌ها و غیر مریض (سالم) مساوی باشند منافات ندارد به عبارت دیگر در مواردی که شک و تردید در سلامتی شخصی وجود داشته باشد حتی چنانچه تعداد مریض‌ها نیز غالب باشد بنا به مقتضای طبیعت اولیه انسان حکم به صحت و سلامتی فرد می‌شود لذا این مسئله ارتباطی به غلبه یا عدم افراد ندارد.^۱

تشخیص عرفی

همان طوری که گفته شد در تحلیل و بررسی مبانی اماره مالکیت، دو ملاک وجود دارد الف- آن است که چون اغلب تصرفات جنبه مالکانه دارد بنابراین تصرفی که نسبت به سابقه آن جهل وجود دارد به اعم اغلب ملحق می‌شود پس ملاک اول اغلیت است.

ب- عبارت از این است که چون مقتضای طبیعی تصرف مالکانه بودن است بنابراین تصرفی که نسبت به سابقه آن جهل وجود دارد حمل بر طبیعت و مقتضای اولیه آن می‌شود بنابراین اگر در شرایط خاص زمانی یا مکانی اغلب تصرفات عدوانی هم باشد باز طبیعت تصرف را، که مالکانه بودن آن است از آن گرفته نمی‌شود بلکه تصرف مشکوک را اماره مالکیت دانسته و قاعده ید را اعمال می‌کنیم. ولی به نظر می‌رسد که ملاک سوم هم می‌تواند وجود داشته باشد. توضیح اینکه اگرچه ملاک در قاعده ید، اغلیت نیست ولی لزوماً هم به اقتضای اولیه ید بر نمی‌گردد بلکه ملاک در قاعده ید تشخیص عرفی است و حتی می‌توان گفت اقتضای اولیه امور اعتباری را خود عرف می‌سازد پس از یکسو نمی‌توان گفت ملاک

۱. همان، ص ۲۹۱.

غلبه است تا این نتیجه گرفته شود که اگر اغلب تصرفات جنبهٔ عدوانی یا امانی داشته باشد امارهٔ مالکیت اعمال نمی‌شود و از سوی دیگر نمی‌توان گفت چون ملاک در قاعده ید مقتضای اولیه و طبیعی ید است در هر شرایط قاعدهٔ مزبور قابل اعمال است حتی در صورتی که اغلب تصرفات عدوانی باشد. پس باید گفت ملاک قاعدهٔ ید تشخیص عرفی است بنابراین اگر غالب تصرفات عدوانی باشد اعمال قاعده ید بسته به این است که این غلبه در حدی هست که تشخیص عرف جامعه را تحت تأثیر قرار دهد یا خیر؟ اگر با وجود اینکه غالب تصرفها غیرمالکانه است ولی این غلبه در حدی نیست که عرف را متأثر سازد و باز هم تشخیص عرفی مالکانه بودن ید است قاعده ید اعمال می‌گردد ولی اگر این غلبه تشخیص عرف را تغییر داد قاعده ید اعمال نمی‌شود.

حدود اعمال امارهٔ مالکیت در حقوق ایران

امارهٔ مالکیت در منافع و حقوق

میان حقوق دانان نیز اختلاف نظر است که امارهٔ مالکیت آیا مخصوص مالکیت اعیان است یا در مالکیت منافع و سایر حقوق عینی نیز اجرا می‌شود برای مثال، تصرف در ملکی به‌عنوان مالک منافع یا صاحب حق ارتفاق نیز دلیل تعلق منافع و حق ارتفاق به متصرف محسوب است یا خیر؟

امامی پس از بیان این مطلب که «فرض حقوقی مذکور در مادهٔ ۳۵ ق.م. چنان که از کلمه مالکیت فهمیده می‌شود نسبت به عین است اضافه می‌کند که در موارد حقوق عینی دیگر، قانون مدنی فرض حقوقی مزبور را توسعه داده و جاری کرده است.

بنابراین به نظر ایشان همچنان که هر کسی مالی را به‌عنوان مالکیت در دست دارد مالک آن شناخته می‌شود همچنین هرگاه کسی متصرف در حق عینی باشد یعنی عملاً استیلا بر آن داشته و از آن استفاده کند، صاحب آن حق شناخته می‌شود.^۱

یکی از نویسندگان^۲ حقوق مدنی گفته است حکم منطوق صریح مادهٔ ۳۵ ق.م. ظهور در مالکیت نسبت به عین دارد ولی می‌توان اعتبار امارهٔ مزبور را نسبت به مطلق حقوق عینی، منطوق غیرصریح آن ماده دانست.

موید این نظر آن است که قانون خود در مواردی اعتبار تصرف در حقوق عینی را متذکر شده است چنان که قانون مدنی در مواد ۹۵ و ۹۷ و ۱۳۴ سابقهٔ استفاده از حق الارتفاق و تصرف را محترم شمرده و

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ۱۳۵۳، صص ۵۲ و ۵۳.

۲. ناصری، فرج الله، لمارات در حقوق مدنی ایران، ش ۱۶۴، ۱۳۳۹.

مالک عین را از ممانعت از استفاده و تصرف منع کرده است مگر اینکه ثابت شود عمل متصرف غاصبانه و یا تصرف و وضع سابق به صرف اذن او بوده است که مالک حق رجوع از آن را دارد (ماده ۱۰۸ ق.م) ولی این نظر خالی از ایراد نیست زیرا همان گونه که نویسنده ابراز داشته است حکم منطوق صریح ماده ۳۵ ظهور در مالکیت نسبت به عین دارد. چگونه می توان سرایت آنرا به سایر حقوق عینی منطوق غیر صریح ماده مزبور دانست! در حالی که اگر مورد نزاع جزو منطوق ماده می بود برخی از مؤلفان^۱ حقوق مدنی اماره مالکیت را تنها شامل اعیان نمی دانسته و آنرا درباره حقوق عینی و منافع قابل اعمال می دانستند ولی ایشان اظهار کرده اند: مورد اماره تصرف در ماده ۳۵ ق.م اعیان است یعنی تصرف در اعیان دلیل مالکیت است و مواد بعدی قانون مدنی و سوابق فقهی مؤید این نظر است و ایشان نیز نسبت به حقوق عینی که آیا ید دلیل مالکیت و دارا بودن حق عینی است؟ برای مثال اگر کسی از خانه همسایه سالها عبور و مرور می کند آیا می تواند این تصرفات خود را اماره دارا بودن حق ارتفاق بداند و به ماده ۳۵ ق.م. استناد کند؟ در پاسخ آن گفته است: فقها نسبت به این مسئله تا جایی که تفحص کردم متعرض نشده اند و رأی تمیزی^۲ مربوط هم می رساند که تصرف اماره دارا بودن حق ارتفاق (و یا حق عینی دیگر) نمی تواند باشد. به اضافه حقوق عینی شامل حق مالکیت و حق انتفاع و ارتفاق است و ماده ۳۵ صراحتاً تصرف در حق مالکیت را تنها مطرح کرده است و به حقوق عینی دیگر اشاره ای نکرده است بنابراین چگونه می توان تصرف در حقوق ارتفاق یا انتفاع را منطوق غیر صریح ماده مزبور دانست! بلکه شاید بتوان بر خلاف استفاده منطوق غیر صریح از آن، مفهوم وصف از آن استنباط کرد. اگر چه ما نظری که ماده ۳۵ را تنها شامل اعیان می داند مخدوش دانسته ایم.

مصطفی عدل^۳ نیز ماده ۹۷ ق.م را اماره وجود حق ارتفاق دانسته و در شرح ماده ۱۲۴ ق.م چنین گفته است: مطابق حکم کلی که تصرف دلیل مالکیت است شخصی که در دیوار مختص همسایه تصرفات دارد صاحب حق تصرف شناخته می شود مگر اینکه ثابت شود که وضعیت سابق تصرف اجازه بوده است. موضوع مورد بحث دیگر آن است که آیا طبق قانون ایران اماره مالکیت در مالکیت منافع نیز اعمال

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۱، ۱۳۷۲، ش ۹۷.

۲. الف: حکم شماره ۱۲۶ مورخ ۱۳۱۶/۱/۳۳ مقرر می دارد: صرف آمد و رفت در زمین به طور کلی ملازم با وجود حق در آن زمین نخواهد بود. ب: حکم شماره ۹۹۸ ۳۸۰۳ مورخ ۱۳۱۶/۴/۳۱ در این زمینه می گوید: مالکیت دیوار مستلزم مالکیت آنچه که در داخل آن ساخته شده و در تصرف دیگری است نمی باشد. ج: مالکیت مجرای آب چشمه ملازم با مالکیت خود چشمه نمی باشد (حکم هیئت عمومی تمیز شماره ۱۱۹۱۴ ۳۸۹، مورخ ۱۳۱۵/۲/۳۱).

۳. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، ۱۳۷۳، ص ۸۰.

می‌شود یا خیر؟ یکی از استادان حقوق مدنی^۱ در پاسخ پرسش مزبور به شمول اماره مذکور نسبت به منافع تصریح کرده است که ما با توجه به اهمیت موضوع و استدلال عیناً مطالب ایشان را در اینجا ذکر می‌کنیم:

«ممکن است گفته شود که استیلا و تسلط فقط بر اشیاء مادی امکان دارد و نسبت به منافع که به تدریج به‌وجود می‌آید و در عالم خارج استقرار ندارد، قابل تصور نیست.» تصرف سایر حقوق عینی نیز از این جهت که موضوع آن امر مادی خارجی نیست به حکم عقل امکان ندارد. به اضافه به‌موجب ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی، اماره قانونی اوضاع و احوالی است که به حکم قانون دلیل بر امری شناخته می‌شود پس در استناد به این گونه اماره‌ها نمی‌توان از حدود آنچه در قانون تصریح شده است تجاوز کرد و به کمک قیاس امارات قانونی جدیدی به‌وجود آورد. ماده ۳۵ ق.م.ناظر به تصرف در اعیان اموال به‌عنوان مالکیت است و درباره منافع و حقوق عینی دیگر اجراء نمی‌شود. ولی این استدلال از چند جهت قابل انتقاد است:

۱- تصرف در اعیان اموال، گاه به‌اعتبار مالکیت منافع یا حقوقی است که متصرف در آن دارد و به‌همین دلیل است که پس از تسلیم مورد اجاره، مستأجر متصرف منافع آن محسوب می‌شود و موظف است که اجاره بها را برای تمام مدت به‌موجر بپردازد^۲ (بند ۳ ماده ۴۹۰ ق.م.) تصرف تنها استیلائی مادی و واقعی نیست تا بتوان آنرا مخصوص به اعیان مادی کرد. همین اندازه که عرف شخص را مسلط بر مالی بداند تحقق پیدا می‌کند (مواد ۳۶۸ و ۳۶۹ ق.م.) تسلط بر منافع و حقوق عینی دیگر نیز به‌وسیله وضع ید بر اعیان اموال امکان دارد پس قانون آنرا محترم می‌شمارد. از اینها گذشته قانون آیین دادرسی مدنی دعوی ممانعت از حق را در زمره دعاوی تصرف آورده است (م ۴۲۴) پس به‌نظر قانون‌گذار تصرف در حق نیز مانند اعیان اموال است و آثار حقوقی دارد.

۲- درست است که به وسیله قیاس و تشبیه نمی‌توان اماره قانونی به‌وجود آورد و اماره تصرف را نیز باید در حدود متن مواد قانون اعمال کرد ولی باید توجه داشت که فصل مربوط به قواعد مالکیت بنا بر استفاد از بند ۱ ماده ۲۹ ق.م، اختصاص به مالکیت اعیان ندارد. بنابراین ماده ۳۵ نیز که در همین فصل واقع

۱. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، ۱۳۷۳، ش ۲۱۲.

۲. برخی از فقهاء اعتقاد دارند که قبض در عین اگر چه قبض منفعت نیست ولی قنون‌گذار بدلیل قلعه عسر و حرج و لاضرر، قبض عین را از طرف مالک، قائم مقام منفعت دانسته است چه اگر مالک عین موظف باشد مادام که مستأجر استفاده نکرده از مطالبه اجاره بها خودداری کند ضرر به او متوجه شده و برخی دیگر می‌گویند: بر حسب قاعده تقلب در معاوضت (یعنی توقف قبض یکی از عوضین بر دیگری نظر عرف در مورد اجاره چنین جاری گشته که در مقابل قبض عین، اجرت اقباض گردد، قنون‌گذار هم عمل عرف را امضاء نموده است. با اینکه می‌گویند: اجاره تملیک منافع بعوض معلوم نیست بلکه تسلیم عین مستأجره برای انتفاع از آن است بدین جهت با تسلیم عین، موجر می‌تواند اجرت را مطالبه کند. نقل از مرحوم محمد سنکلیجی، ضوابط و قواعد معاملات امام خمینی، الرسائل، ص ۲۶۷.

شده، ناظر به تصرف به‌عنوان مالکیت منافع نیز هست. اماره تصرف در سایر حقوق عینی نیز ضمن مواد ۹۷ و ۱۲۴ ق.م.پیش‌بینی شده است. در این دو ماده استفاده از حق ارتفاق دلیل آن حق دانسته شده است. بنابراین در اجرای ماده ۳۵ نسبت به منافع و حقوق عینی اصلی اشکال مهمی باقی نمی‌ماند.

ولی چنان‌که گفته شد یکی از حقوق‌دانان استناد به مواد ۹۵ و ۹۷ و ۱۲۴ ق.م. را جهت توسعه اماره مالکیت صحیح ندانسته و گفته است که به حکم وحدت طبیعت مسائل مذکور در سه ماده فوق این مواد ناظر به اماره تصرف نیستند بلکه مسئله مشترکی که در هر سه ماده مطرح است این است که آیا تصرفات دارنده حق ارتفاق مسبوق به اذن مالک بوده یا ناشی از وجه ملزومی مانند صلح حقوق؟ اگر ناشی از اذن باشد قابل عدول است یعنی اذن دهنده حق عدول از اذن را دارد چون اذن ذاتاً لازم نیست و اما اگر ناشی از وجه ملزم باشد حق عدول ندارد. حال که بر ما معلوم نیست که مستند تصرفات دارنده حق ارتفاق، اذن بوده یا وجه ملزم مواد مذکور تعیین تکلیف (به‌استناد بقای حالت سابقه یا استصحاب) کرده و دستور داده‌اند که متعرض صاحب حق ارتفاق نباید شد و این امر هیچ ربطی به اماره تصرف ندارد و در واقع اساس حقوقی هر سه ماده اصل استصحاب است که این اصل یک فرض قانونی است.^۱

این نویسنده نتیجه می‌گیرد تصرفی که عنوان اماره را دارد دو قسم است: یکی اماره مالکیت است که غالباً چنین است و دیگری اماره اختصاص است نه اماره مالکیت مانند تصرف به‌عنوان وقف برای مثال هرگاه کسی ملکی را به‌عنوان وقف در تصرف داشته باشد و دیگری خود را متولی بداند و طرح دعوی کند تصرف متصرف، اماره اختصاص موقوفه به وی می‌باشد و نمونه دیگر اماره اختصاص در مورد کسی است که مالی را در تصرف داشته و تصرف خود را استیجاری بداند و دیگری (غیر مالک) هم مدعی استحقاق مبنی بر اجاره همان ملک باشد، در این حالت نیز ذوالید می‌تواند به تصرف خود استناد کند و این تصرف، اماره اختصاص به سود او می‌باشد. بنابراین تصرف به‌نظر نویسنده نه تنها اماره مالکیت اعیان است «اماره اختصاص منافع» و اماره تولیت نیز می‌تواند باشد به عبارت دیگر تصرف در منافع را به‌عنوان اماره اختصاص حجت می‌داند و حتی تصرف در حق عینی را نیز به مراتب ساده‌تر از تصرف در منافع تصور کرده است.^۲ ولی با توجه به آنچه گفته شد این نکته را یاد آور می‌شویم که:

تصرف هنگامی اماره مالکیت است که موضوع آن حق مالکیت باشد و در سایر حقوق عینی مانند حق انتفاع و حق ارتفاق، اگر مؤلفان دیگر موافق شمول اماره مالکیت در آنها هستند مدعی نیستند که اماره مالکیت در آن دو، اماره مالکیت است زیرا اصلاً حقوق ارتفاق و انتفاع دلالت بر مالکیت نداشته بلکه

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۷۲۳.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، ۱۳۸۸، ش ۲۰۶ و ۲۲۰.

دلالت بر حق اختصاص دارند و مواد ۹۵ و ۹۷ و ۱۰۹ و ۱۱۰ ق.م.جملگی از مصادیق اجرای ماده ۳۵ ق.م.هستند و تصرف در حقوق ارتفاق اماره وجود حق ارتفاق است. لذا همان طوری که مرحوم نراقی در کتاب مستند استیلا را دلیل بر اصل اختصاص برای مستولی می‌دانست معذک در مورد نمونه دوم که اختلاف میان ذوالید عین مستاجر و ثالثی که او نیز مدعی استحقاق عین است ایشان قول ذوالید را پذیرفتند و این تقدم چنان که گفته شد مستلزم اعتراف به این است که منفعت قابل استیلا است در حالی که نراقی و لنگرودی اماره مالکیت را ویژه اعیان دانسته‌اند باضافه آیا مگر حق اختصاص به عنوان یک حق مقابل اعیان نیست که آنان اماره را مختص به اعیان می‌دانند! ولی از همه مهمتر اینکه ماده ۱۱۰ ق.م.مقرر می‌دارد:

بنابینا به‌طور توصیف و وضع سرتیر از جمله قرائن است که دلالت بر تصرف و اختصاص می‌کند.

مستفاد از این ماده آن است که قانون‌گذار واژه تصرف و اختصاص را مقارن هم و در نتیجه مترادف دانسته است. پس مفاد ماده آن است که منظور مقنن از اختصاص، حق اختصاص می‌باشد لذا نتیجه گرفته می‌شود که در این ماده هیچ‌گونه تفاوتی میان اماره مالکیت و اماره اختصاص وجود ندارد به عبارت دیگر تصرف گاه اماره مالکیت است و گاهی اماره اختصاص می‌باشد. اگر تصرف در حق مالکیت باشد اماره وجود حق مالکیت است که به آن اماره مالکیت می‌گویند و اگر تصرف در حقوق ارتفاق باشد اماره بر وجود حق ارتفاق است که همان حق اختصاص است که اماره اختصاص نیز نامیده می‌شود. بنابراین مصادیق اماره مالکیت مختلف است و بسته به موضوع آن است. ایراد دیگری که به نظر لنگرودی وارد است آن است که ایشان در کتاب محشی قانون مدنی خود، در تفسیر ماده ۳۵ عبارت «به عنوان مالکیت» را زائد دانسته‌اند لذا اگر قائل به زائد بودن آن باشیم دیگر نمی‌توان ادعا کرد که اماره مالکیت اختصاص به اعیان دارد.

حدود و اعمال اماره مالکیت در حقوق فرانسه و سوئیس

الف. حقوق فرانسه: تعریفی که حقوق دانان فرانسه با توجه به ماده ۲۲۲۸ قانون مدنی این کشور از تصرف به دست می‌دهند راهنمای آنها برای تعیین و تحدید قلمرو آن است.^۱ یکی از شرایط اعتبار اماره مالکیت آن است که آن مال، مال منقول مادی باشد و هر شیئی که نقل و انتقال آن از جایی به جای دیگر بدون تلف، ممکن باشد، مشمول آن می‌شود ولی اموال منقول مادی دارای استثنائاتی است که تابع اماره مزبور نیستند: ۱. منقولاتی که جزو اموال عمومی است زیرا آنها غیرقابل تملک هستند پس تملک آنها با

۱. درودیان، حسنعلی، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، اماره تصرف، ۱۳۵۵، ش ۱۰۲ ص ۱۸۶.

تصرف جایز نیست لذا به نظر آنان اگرچه تصرف مستلزم داشتن حق نیست ولی شیئی متصرفه باید چنان شیئی باشد که بتواند حق بر آن تعلق یابد بنابراین اشیای مورد تصرف باید قابلیت تملک خصوصی را داشته باشد پس نه بر اموال عمومی^۱ و نه حقوق دینی^۲ مثل دیون و نه بر اسناد تجاری، افراد نمی‌توانند بر آنها تصرف قانونی داشته باشند زیرا دیون به‌موجب حواله^۳ انتقال می‌یابد و اسناد تجاری^۴ با تحویل^۵ منتقل می‌گردد ولی اسناد در وجه حامل مستثنی از آن اسناد است.^۶

با توجه به تعریفی که آنان از تصرف کرده‌اند که عبارت از استیلا و اعمال اقتدار بر یک مال منقول مادی معین است آن اموالی که جنبه کلی^۷ داشته زیرا قابل تصرف نیست، و همچنین حق سرقتی^۸ و نیز ترکه؛ زیرا دعوی مطالبه به سبب ترکه ناشی از دعوی ارث است نه دعوی استحقاق ولی تصرف نسبت به اجزای ترکه اعمال می‌شود ولی نسبت به خود ترکه به عنوان یک مال کلی قابل اعمال نیست.^۹ در مورد حقوق شخصی (دینی)، دارندگان آن مانند مستأجر که بر مال نیز سلطه دارند نمی‌توانند از تصرف برخوردار شوند، قراردادی که آنها با دارنده حق عینی منعقد کرده‌اند مانع این کار است و به آنان عنوان «در دست دارنده مال غیر^{۱۰}» را می‌دهد.^{۱۱}

ب. حقوق سوئیس: قانون مدنی سوئیس در بند اول ماده ۹۱۹ خود مقرر می‌دارد: «کسی که سلطه واقعی بر شیئی دارد، از تصرف آن برخوردار است» و بند دوم این ماده تصرف در مورد حقوق عینی (حق انتفاع و ارتفاق) را در اعمال واقعی آنها می‌داند. در این تعریف از حقوق روم پیروی شده است زیرا قانون‌گذار سوئیس در تعریف تصرف تعبیر به سلطه واقعی بر اشیاء کرده است بنابراین با توجه به تعریف تصرف در حقوق سوئیس باید بگوییم که نه تنها اشیاء مادی (بند اول ماده ۹۱۹ قانون مدنی سوئیس) بلکه حقوق عینی نیز می‌تواند مورد تصرف قرار گیرد به‌علاوه برخلاف حقوق فرانسه که مستأجر را فقط در دست

۱. Choses communes

۲. Creances

۳. Cession de creance

۴. Effects de commerce

۵. Transfert

۶. پلاتیول و ریپر و پیکار، ج ۳، ش ۳۷۰.

۷. Universalite

۸. Fonds de commerce

۹. لبری ورو، ج ۲، ش ۱۸۳، ص ۱۵۵.

۱۰. Detenteur

۱۱. درودیان، حسنعلی، پیشین، ص ۱۸۶. عبدالرزاق سنه‌وری، الوسیط، ج ۹، ۱۹۵۲ م، ص ۱۱۲۹.

دارنده مال غیر^۱ می‌شناسند در حقوق سویس وی را متصرف^۲ می‌خوانند (ماده ۹۲۰ قانون مدنی سویس) سویس) متتهی مالک دارای تصرف اصلی و اولیه^۳ و مستأجر دارای تصرف فرعی یا اشتقاقی^۴ هستند.^۵

تعارض تصرف فعلی و مالکیت سابق در حقوق ایران

ماده ۳۷ قانون مدنی در این باره چنین مقرر می‌دارد: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند مگر اینکه ثابت کند که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است». با توجه به اینکه قانون‌گذار در این قانون تنها به یکی از ادله اثبات مالکیت سابق اشاره کرده است و لزوم ردی که مالکیت سابق مدعی به دلیلی غیر از اقرار متصرف ثابت شود به سکوت برگزار گذرانده لذا این سکوت موجب بروز اختلاف عقیده میان نویسندگان در این زمینه شده است که ما در این بخش از بحث به شرح آنها می‌پردازیم. یکی از نویسندگان حقوق مدنی نظیر دیگر فقها^۶ که حکم ماده مزبور را خالی از اشکال نمی‌دانند در این باره چنین می‌گویند: «حکم مذکور در ماده ۳۷ ق.م. از نظر حقوقی قابل گفت‌وگو و اشکال است و آن این است که اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی نمی‌تواند اماره قانونی تصرف را که حاکی از مالکیت فعلی می‌باشد متزلزل کند زیرا بین مالکیت سابق مدعی و مالکیت فعلی متصرف تعارض وجود ندارد، اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی مانند اثبات مالکیت سابق از طرف خود مدعی می‌باشد و حال آنکه قانون مدنی امر اخیر را موجب تزلزل اماره قانونی تصرف ندانسته است و نمی‌توان آن را قیاس به اقرار متصرف کرد و به استناد ملاک ماده ۳۷ قانون، تصرف مزبور را بلا اثر دانست. ماده بالا و ۳۵ و ۳۶ پیروی از قانون اسلام کرده است».^۷ همان‌گونه که در باب تعارض تصرف فعلی و مالکیت مالکیت سابق در فقه امامیه گفته شده است در بحث اقرار میان فقهاء اتفاق نظر وجود ندارد. عده‌ای مانند نائینی اقرار را به دو گونه تقسیم می‌کردند ۱- اقرار ساده که در این فرض، اعتبار اماره مالکیت را از بین می‌برد زیرا مفاد اقرار با ادعای مالکیت فعلی متصرف معارض است ۲- اقرار توأم با ادعای انتقال که این مورد را از باب انقلاب دعوی تصور می‌کردند و برخی دیگر قائل به این تفکیک نبوده و صرف اقرار ذوالید

۱. Detenteur

۲. Possesseur

۳. Possession originaire

۴. Possession dérivée

۵. به نقل از درودیان، حسنعلی، پیشین، ش ۳۵، ماده ۹۲۰ قانون مدنی سویس «هنگامی که متصرف، شیئی را به منظور واگذاری یک حق انتفاع، رهن و یا یک حق شخصی، به دست دیگری می‌دهد، هر دو آنها دارای تصرف می‌باشند».

۶. منظور از آن فقیه، میرزا حسن بجنوردی است.

۷. امامی، سید حسن، ج ۱، چاپ ۴، ۱۳۵۳، ص ۵۴.

را موجب دگرگون شدن دعوی می‌دانستند و ادعای انتقال را از لوازم لاینفک اقرار مزبور می‌شمردند و دسته سوم از فقها اقرار ساده را موجب زوال اعتبار اماره مالکیت نمی‌دانند و قانون مدنی ما نیز در ماده ۳۷ خود اشاره‌ای به نوع اقرار نکرده است لذا می‌توان چنین نتیجه گرفت که به پیروی این دسته از فقها اقرار ساده را نیز موجب انقلاب دعوی می‌داند بنابراین اختلافی از این جهت وجود ندارد اگر چه امامی، تاثیر اقرار را نیز مانند سایر ادله اثبات مالکیت سابق مدعی از جهت اختلاف و عدم تعارض زمانی میان مالکیت سابق مدعی و مالکیت فعلی متصرف دانسته است به عبارت دیگر وی معتقد است که اماره بودن ید به وسیله اقرار ذوالید از بین نمی‌رود.

برخی دیگر از حقوق‌دانان در برابر این استدلال، گفته‌اند که میان بحث ثبوتی با بحث اثباتی خلط شده است:

درست است که ثبوتاً مالکیت سابق مدعی با مالکیت لاحق متصرف، مانع الجمع نیست و تناقض ندارند زیرا در تناقض هشت وحدت شرط است که از آن جمله وحدت زمان است و در اینجا وحدت زمان تملک بین مالکیت مدعی و متصرف دیده نمی‌شود ولی وجهه نظر مقنن در ماده ۳۷ بحث اثباتی است نه ثبوتی و قانون‌گذار اساساً نظری به تناقض و عدم تناقض دو امر مذکور نداشته است نظر قانون‌گذار این است که تصرف عرفاً یک اماره است که مقنن اقتباس کرده است و در عرف اماره تصرف فقط مثبت مالکیت است نه مثبت دعوی انتقال از مالک سابق به مالک لاحق. اگر ما بخواهیم با وجود اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی، اماره تصرف را قاطع و موثر بدانیم در واقع از این اماره انتظار اثبات دو امر ذیل را داشته ایم: الف - اثبات مالکیت متصرف

ب- اثبات دعوی انتقال مورد تصرف از مالک سابق (مدعی) به متصرف فعلی و حال آن که اماره تصرف نمی‌تواند از عهده اثبات هر دو امر یکجا و در آن واحد برآید.^۱

به نظر می‌رسد که ایرادهای مزبور وارد نیست و اصلاً ارتباطی به ماهیت و حقیقت اماره مالکیت ندارد زیرا اینکه گفته شده است که بحث عالم ثبوتی و اثباتی خلط شده قابل خدشه است زیرا اساساً بحث‌های مربوط به اماره مالکیت بحث اثباتی است نه ثبوتی به عبارت دیگر چون واقعیت امر بر ما معلوم نیست متوسل به اماره‌های قانونی یا قضائی می‌شویم بنابراین معنا ندارد که گفته شود در عالم ثبوت تعارض میان دو مالکیت نیست ولی در عالم اثبات این تعارض وجود دارد ثانیاً چه کسی از اماره مالکیت انتظار دو امر فوق (اثبات مالکیت متصرف و اثبات دعوی انتقال از مدعی به متصرف) را داشته است تا چنین توقعی

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۱، ۱۳۷۳، ص ۷۱۶؛ محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ۱۳۶۶، ص ۵۰.

نادرست انگاشته شود؛ بلکه باید گفت که اماره مالکیت مثبت مالکیت فعلی است و بس و اقرار ذوالید مثبت مالکیت زمان گذشته است نه مالکیت کنونی لذا زمان مالکیت سابق و مالکیت کنونی مختلف است و هیچ کس این ادعا را ندارد که بگوید تصرف دلالت بر انتقال مال دارد بلکه تصرف دلالت بر مالکیت فعلی متصرف دارد.

حال با توجه به ایرادی که امامی بر مبنای فوق متعرض شده است با این وجود قانون گذار اقرار ذوالید را موجب انقلاب دعوی دانسته و موجب سقوط اعتبار اماره مالکیت می داند.

یکی دیگر از مولفان در توضیح اماره مالکیت و تفسیر ماده ۳۷ ق.م.معتقد است که اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی مانند اثبات مالکیت سابق از طرف خود مدعی می باشد پس در موردی که مالکیت سابق کسی بر آن اثبات شود اوضاع و احوالی به سود متصرف موجود نیست پس او باید در دادگاه نشان دهد که به یکی از اسباب نقل مال مورد نزاع به او منتقل شده است زیرا تصرف دلالت بر انتقال ندارد تا متصرف بتواند در مقام اثبات مالکیت خود به آن استناد کند و در تفسیر ماده ۳۷ ق.م آن را ناظر به صورتی می داند که مالکیت سابق مدعی مورد اقرار متصرف باشد ولی چون اقرار هیچ خصوصیتی جز اثبات مالکیت مدعی ندارد باید بر آن بود که ثبوت حقانیت سابق مدعی به هر دلیل که باشد اثر اماره تصرف را از بین خواهد برد مولف در تایید نظر خود در پاورقی کتاب خود به عقیده مرحوم نائینی در این زمینه استناد کرده که او گفته است: اگر به دلیلی معلوم شود که شروع به تصرف به عنوان امین یا غاصب بوده است، استیلائی کنونی بر مال به تنهایی اماره مالکیت نیست و بر متصرف است که تغییر عنوان تصرف و مشروع بودن آن را اثبات کند پس تصرفی نشانه مالکیت است که پیشینه آن معلوم نباشد.^۱

ولی به نظر می رسد که استناد مزبور، نادرست است زیرا اولاً ید مزبور در عبارت نائینی ید امانی است نه ید مالکانه ثانیاً ید ذوالید از ابتدا معلوم العنوان بوده است و ثالثاً بحث ما در جایی است که اولاً ید معلوم العنوان نباشد و در ثانی ید مالکانه باشد بنابراین در این مسئله میان فقها هیچ اختلافی نیست که اگر از ابتدا ید ذوالید به عنوان ید امانی یا غاصب معلوم باشد و سپس در تبدیل آن به عنوان دیگری تردید شود استصحاب ید امانی معتبر است و جایی برای اماره ید باقی نیست لذا این مسئله با ما نحن فیه ارتباطی ندارد تا در جهت تایید نظر نویسنده مورد استناد واقع شود.

یکی از استادان حقوق مدنی، در مقام اظهار نظر و نتیجه گیری از مباحث مذکور و اختلاف نظرها در مقاله خود چنین گفته است: «چه فقها و چه علمای حقوق مدنی ما در باب حکم تعارض مذکور نظرات مختلفی دارند و هر دسته برای مدلل ساختن نظریه خود چنان دلائلی می آورند که شخص در قبول یکی از آنها و

۱. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، ۱۳۷۳، ص ۲۰۴.

رد دیگری مردد می‌ماند. از این رو برای اظهار نظر در این باب پا را از مقایسه ارزش اثباتی دلایل مختلف فراتر نهاده، از خود می‌پرسیم که با توجه به فقه شیعه و متون قانونی و نیز فلسفه و دلیل معتبر شناختن قاعده ید و نیاز جامعه کنونی ایران قبول کدامیک از راه حل‌ها ارجح است؟ چنان که می‌دانیم مواد ۳۵ و ۳۶ و ۳۷ قانون مدنی، متخذ از فقه شیعه است و فقها اکثراً در مقام معارضه ید فعلی با مالکیت سابق، ید را مقدم می‌شمرده‌اند و تنها در مورد خاص اقرار ذوالید به مالکیت پیشین مدعی، اماره مالکیت وی را دیگر در برابر شخص اخیرالذکر معتبر نمی‌دانسته‌اند. نویسندگان قانون مدنی ما به‌خوبی با فقه شیعه آشنائی داشته‌اند لذا هنگامی که در ماده ۳۷ ق.م. فقط بذکر عدم اعتبار قاعده ید در مورد خاص اقرار ذوالید اکتفا نموده‌اند این امر نشانه آن است که از قول مشهور فقها پیروی کرده و علی‌الأصول مالکیت پیشین را با تصرف کنونی متعارض ندانسته و بر آن تنها استثنای مذکور را قائل شده‌اند. بدین ترتیب حکم یاد شده در ماده ۳۷ از نظر مقنن ایرانی جنبه استثنائی داشته و قابل تسری به سایر موارد نیست.^۱

در تایید این نظر عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان با او هم عقیده و گفته‌اند: «که مورد ماده ۳۷ ق.م. را نمی‌توان یک مورد تمثیلی تلقی کرد و حکم آن را به هر مورد که سبق مالکیت و تصرف مدعی با هر وسیله اثبات شود، تسری داد؛ زیرا علاوه بر اینکه مفاد ۳۷ ق.م. مبتنی بر نظریه عده‌ای از فقهاست که در این مورد برای اقرار خصوصیت قائل هستند و حکم مزبور را ناشی از ماهیت اقرار می‌دانند، ملاحظه مقررات مواد ۳۶ و ۳۷ نشان می‌دهد که مفاد ۳۶ یک حکم مطلق و مورد ماده ۳۷ یک استثنا بر آن می‌باشد. به این جهت از جمع دو ماده بالا نتیجه می‌شود که در برابر مدعی که سبق مالکیت او اثبات شده باشد، تصرف متصرف فعلی، اماره مالکیت او است مگر در موردی که سبق مالکیت مدعی با اقرار متصرف فعلی ملک اثبات گردد.

سقوط دلالت تصرف بر مالکیت متصرف در برابر اثبات سبق تصرف مدعی را از هیچ یک از مواد قانون مدنی که متفرع بر ماده ۳۵ ق.م. و متضمن بیان فروع قاعده ید می‌باشد، نیز نمی‌توان استنباط کرد. ماده ۱۲۴ ق.م. که قرار داشتن سر تیر عمارتی را روی دیوار اختصاصی همسایه، اماره استحقاق صاحب سر تیر معرفی می‌کند، دلالت بر سقوط اماره ید در صورت اثبات مالکیت سابق مدعی ندارد بلکه ظاهر در این است که مادام که سابقه تصرف از جهت وضعیت حقوقی نظیر امانی یا عدوانی بودن و غیره معلوم نباشد تصرف، اماره استحقاق متصرف فعلی است و مفهوم مخالف آن این است که هرگاه سابقه تصرف معلوم باشد تصرف دلالت خود را بر مالکیت متصرف از دست می‌دهد بنابراین آنچه طبق این ماده زمینه را

۱. درودیان، حسنعلی، نشریه موسسه حقوق تطبیقی، اماره تصرف، صص ۱۹۶ و ۱۹۷.

برای اعتبار تصرف به‌عنوان نشانه مالکیت: فراهم سازد مجهول بودن وضعیت تصرف سابق است نه مجهول بودن مالکیت سابق»^۱.

به‌نظر می‌رسد که استدلال و تفسیر نویسنده فوق از ماده ۱۲۴ ق.م که یکی از نویسندگان^۲ در تأیید نظر خود، این ماده را به‌عنوان مستند ذکر کرده بود خالی از ایراد و تعارض نیست زیرا نویسنده مزبور در وهله اول ظاهر ماده ۱۲۴ ق.م را ناظر به وضعیت حقوقی نظیر امانی یا عدوانی بودن تصرف می‌داند و در صورت مجهول بودن سابقه تصرف، تصرف ذوالید طبق ماده مزبور اماره استحقاق اوست سپس وی در ادامه آن به‌عنوان مفهوم مخالف ماده مزبور گفته است که هرگاه سابقه تصرف معلوم باشد تصرف دلالت خود را بر مالکیت متصرف از دست می‌دهد لذا این نتیجه را می‌گیرد که به‌نظر قانون‌گذار، زمینه اعتبار تصرف به‌عنوان نشانه مالکیت، مجهول بودن سابقه تصرف است نه مجهول بودن مالک سابق.

لیکن این نتیجه‌گیری و استنباط از ماده مزبور به نظر نادرست می‌رسد توضیح مطلب اینکه اگر به ماده مزبور به دقت نظر شود، نزاع میان صاحب سرتیر به‌عنوان متصرف آن و همسایه به‌عنوان صاحب دیوار می‌باشد و مفهوم ماده آن است که اولاً داشتن سرتیر یکی از مصادیق حقوق ارتفاق می‌باشد و همواره وجود حق مزبور منوط به اذن یا اجازه صاحب دیوار است و در صورتی که سرتیر مزبور برداشته شود، حق مزبور از میان می‌رود زیرا رضایت بعدی لازم است حال گاهی اوقات چون مبنا و ملاک حق مزبور (داشتن سرتیر) بر ما روشن نیست به عبارت دیگر سابقه تصرف حق مزبور معلوم‌العنوان نیست لذا طبق ماده ۱۲۴ ق.م تصرف مزبور استصحاب می‌گردد و این اماره، اماره اختصاص است نه اماره مالکیت زیرا چنان که گفته شد در حقوق ارتفاق و انتفاع، اماره مالکیت مطرح نمی‌شود و لذا به این حقوق، می‌توان حق اختصاص گفت و ثانیاً پیشتر گفته شد که اگر حال حدوث ید معلوم‌العنوان باشد و مشخص باشد که ید، ید عاریه یا امانت مالکی یا شرعی است در این صورت به تعبیر نائینی استصحاب بر ید حاکم است و در این حکم ممکن است که نحوه استدلال فقها با یکدیگر متفاوت باشد ولی نتیجه استدلالشان یکی است بنابراین به‌نظر می‌رسد که نمی‌توان ماده ۱۲۴ را به‌عنوان موید و مستند حکم ماده ۳۷ ق.م ذکر نمود ولی به این پرسش هنوز پاسخ داده نشده است که چرا مقنن با ثبوت حقانیت سابق مدعی به‌وسیله اقرار، اثر اماره مالکیت را از بین می‌برد. به‌نظر می‌رسد که شاید بتوان به دو طریق حکم قانون‌گذار را توجیه و تبیین نمود: با توجه به ماده ۳۷ ق.م که می‌گوید: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند مگر اینکه ثابت کند که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است».

۱. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، ۱۳۷۳، صص ۷۰ و ۷۱.

۲. منظور از او ناصر کاتوزیان است.

۱. راه حل اول آن است که بگوئیم هر کسی ادعای او خلاف ظاهر باشد بار اثبات دلیل به عهده اوست و چون قانون‌گذار این امر را پذیرفته است در صورتی که متصرف اقرار به سابقه مالکیت مدعی نماید در کسوت مدعی درآمده و بر اوست که ادعای خود را ثابت کند بنابراین وقتی کسی بار اثبات دلیل متوجه او شد، این اثبات را باید به انتها برساند همچنان که فقهاء در دلیل بینه می‌گفتند که اگر بینه، شهادت به سابقه مالکیت مدعی دهند این امر کافی نیست بلکه باید ادعای شهادت با ادعای مدعی (مالکیت فعلی) مطابقت کند و چون دو ادعا مطابق نبود لذا برخی از فقهاء بینه مزبور را موجب زوال اثر اماره مالکیت نمی‌دانستند پس همین استدلال را باید در مورد مقر پذیرفت به عبارت دیگر وقتی متصرف به‌عنوان مقر، اقرار به سابقه مالکیت مدعی نمود و اقرار هم نظیر بینه یکی از ادله اثبات دعوی به‌شمار می‌آید لذا بر اوست که همانند بینه بار اثبات را تا زمان مالکیت فعلی خود استمرار بخشد تا اینکه مفاد اقرار با مدعای خود مبنی بر مالکیت فعلی مطابق شود بنابراین اگر بتوان اینتدلال را بپذیریم دیگر نیازی به تفسیرهای دیگر که اقرار ذوالید را به دو قسم تقسیم می‌کردند که گاهی اقرار متصرف به ضمیمه ادعای انتقال است یا بدون آن، احساس نمی‌شود.

۲. راه حل دوم از مقایسه میان ماده ۳۷ و مواد ۱۲۸۲ و ۱۲۸۳ ق.م. برای توجیه حکم قانون‌گذار در ماده ۳۷ می‌توان استخراج کرد بدین توضیح که طبق ماده ۱۲۸۳ اقرار مقید و یا موصوف قابل تجزیه نیست لذا مقرله نمی‌تواند آن را تجزیه و تنها از قسمتی که به نفع او است بر ضرر مقر استفاده کند حال این سوال پیش می‌آید که آیا مفاد اقرار موضوع ماده ۳۷ ق.م. مشمول ماده ۱۲۸۲ ق.م. بوده و اقرار متصرف به سابقه مالکیت مدعی، اقراری مقید است یا اینکه اقرار مزبور مشمول ماده ۱۲۸۳ ق.م. است و اقراری مرکب محسوب می‌شود؟

برخی از نویسندگان حقوقی در پاسخ پرسش مزبور گفته‌اند که هرچند طبق م ۱۲۸۲ ق.م. تجزیه اقرار مقید ممکن نیست ولی در این مورد خاص چون طبق ماده ۳۷ ق.م. با وجود اقرار خوانده به مالکیت سابق خواهان که معنی التزامی اقرار خوانده می‌باشد ادعای مالکیت فعلی خوانده در اثر انتقال مال مزبور به وسیله صلح و مبتنی بر اماره تصرف، غیرقابل قبول می‌باشد. مگر اینکه خوانده تحقق ناقل صحیح را اثبات کند لذا اقرار مزبور به سود خواهان قابل تجزیه است و جدا کردن جمله مقید از قید مطابق این مقررات خاص ممکن است و ماده ۱۲۸۲ ق.م. که عدم امکان تجزیه اقرار مقید را اعلام می‌کند مربوط به

۱. ماده ۱۲۸۲. اگر موضوع اقرار در محکمه مقید به قید یا وصفی باشد مقرله نمی‌تواند آن را تجزیه کرده و از قسمتی از آن که به نفع او است بر ضرر مقر استفاده و از جزء دیگر آن صرف‌نظر کند.
 ۲. ماده ۱۲۸۳. اگر اقرار دارای دو جزء مختلف الاثر باشد که ارتباط تامی با یکدیگر داشته باشند (مثل اینکه مدعی علیه اقرار به اخذ وجه از مدعی کرده و مدعی رد شود)، مطابق ماده ۱۳۳۴ اقدام خولهد شد.

غیر موارد اقرار خوانده به سبق مالکیت خواهان نسبت به عین معین است که مقررات خاصی برخلاف قید موجود باشد. بدین جهت باید پذیرفت که غیرقابل تجزیه اقرار مقید به استناد ماده ۱۲۸۲ ق.م.م مربوط به مواردی است که از حیث اخبار از سبق مالکیت خواهان مشمول ماده ۳۷ ق.م.م که از جهت موضوع نسبت به ماده ۱۲۸۲ ق.م.م اخص است، نباشد.^۱

ولی به نظر می‌رسد که اقرار موضوع ماده ۳۷ ق.م.م از نوع اقرار مرکب باشد نه اقرار مقید یا موصوف و اقرار مرکب طبق ماده ۱۲۸۳ ق.م.م اقراری است که دارای دو جزء مختلف الاثر می‌باشد که ارتباط تامی با یکدیگر دارند و این اقرار برخلاف اقرار مقید یا اقرار موصوف قابل تجزیه می‌باشد لذا از نظر تحلیلی مقررله می‌تواند آن دو را تجزیه و قسمت اول اقرار را بپذیرد و قسمت یا جزء دیگر آن را رد کند زیرا موضوع اقرار مشمول ماده ۳۷ در واقع از دو جزء مختلف الاثر تشکیل شده است جزء اول آن عبارت از اقرار به مالکیت سابق مقررله (مدعی) و جزء دوم اقرار عبارت از ادعای انتقال مال به خود است و برخی از فقها این دو جزء را لازم و ملزوم می‌دانستند و به دیگر سخن اقرار موضوع ماده ۳۷ از نوع اقرار مرکب مرتبگی که جزء دوم آن با جزء اول تعارض و منافات دارد بنابراین اقرار موضوع ماده ۳۷ ق.م.م مشمول اقرار موضوع ماده ۱۲۸۳ ق.م.م است لذا مقررله (مدعی) می‌تواند قسمت اول اقرار متصرف را بپذیرد و جزء دوم آن را رد کند زیرا در واقع جزء دوم در حکم انکار پس از اقرار است و آن مسموع نمی‌باشد مگر آن که متصرف (مقر) جزء دوم را که ادعای انتقال مال به اوست ثابت کند تا معلوم شود منظور او، اقرار به مالکیت فعلی نبوده بلکه مقصود مالکیت سابق مدعی بوده است.

تعارض تصرف فعلی و مالکیت سابق در رویه قضائی

پس از بحث و تحلیل پیرامون تعارض میان تصرف فعلی و مالکیت سابق در حقوق ایران، لازم است که موضوع مزبور در رویه قضایی نیز مورد بررسی قرار گیرد زیرا به قول کاتوزیان رویه قضایی وسیله جذب داده‌های نو و دفع نهادهای کهنه و زیانبار است و باید آن را به جهاز تنفس نظام حقوقی مانند کرد به‌همین دلیل نیز گفته می‌شود که حقوق زنده را باید در آراء نادانگه‌ها جست‌وجو کرد و انگهی برای رفع اجمال و تضادهای موجود تنها راه رسمی و موثر دخالت رویه قضائی است که باید قانون را تفسیر کند و به واژه‌های مکتوب جان بخشد لذا در این باب باید بگوئیم که آرای دیوان عالی کشور ثبوت مالکیت سابق را جز در موردی که به‌وسیله اقرار متصرف احراز شده باشد موجب سقوط اماره مالکیت نمی‌داند. در این خصوص می‌توان به ذکر آرای زیر مبادرت ورزید:

۱. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، ۱۳۷۵، ص ۱۲۶.

۱. «ثبوت مالکیت سابقه در مقابل تصرف فعلی تاثیر نداشته و مناط بی‌حقی متصرف نیست مگر اینکه طبق ماده ۳۶ ق.م. معلوم شود که این تصرف ناشی از سبب مملک قانونی نبوده است»^۱.
۲. مطابق ماده ۳۵ ق.م. صرف تصرف و مالکیت سابقه را نمی‌توان دلیل حقانیت دانست و تصرف متصرف دلیل مالکیت است مگر اینکه مطابق ماده ۳۶ ق.م. ثابت شود که ناشی از سبب مملک و یا ناقل قانونی نیست»^۲.
۳. «در مقابل تصرف به‌عنوان مالکیت و سکوت متصرف از تعیین منشأ تصرف در صورتی گواهی گواهان موثر است که بر طبق ماده ۳۶ ق.م. تصرف را ناشی از سبب غیرمملک معرفی کنند که نتیجه آن عدوانی بودن تصرف باشد»^۳.
۴. «مطابق ماده ۳۵ ق.م. تصرف به‌عنوان مالکیت دلیل مالکیت است و فرض تصرف سابق مدعی در ملک ملازمه با غاصبیت فعلی مدعی علیه ندارد و با احراز تصرفات مالکانه مدعی علیه مطالبه دلیل از او بی‌وجه است»^۴.
۵. «مجرد احراز سبق مالکیت مورث خواهان دلیل عدوانی بودن ید مورث خواننده و خود خواننده نخواهد بود و مطابق ماده ۳۵ ق.م. تصرف دلیل مالکیت است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود بنابراین دادگاه نباید بدون توجه به این موضوع (فقط به‌استناد احراز مالکیت مورث خواهان) بدون اینکه غاصبیت ید فعلی خواننده ثابت شود حکم به محکومیت خواننده صادر کند»^۵.
۶. برای اجرای اجرائیه سند ذمه‌ای، اموال منقولی به نام مدیون و از جمله سه تخته قالی در تاریخ ۴۳/۱۱/۱۸ توقیف شد مادر مدیون دو تخته قالی را مال خود دانسته و به‌عنوان ثالث به‌عمل اجرا اعتراض کرد و این امر در صورت جلسه توقیف اموال که سند رسمی است ضبط شد. سپس معترض ثالث با ارائه سند بیع مورخ بتاریخ ۴۳/۱۱/۱۷ (که حاکی از انتقال جمیع اموال منقول مدیون و از جمله سه تخته قالی مزبور بود) نسبت به توقیف همه اموال اعتراض کرد که این اعتراض شامل هر سه تخته قالی می‌شد. رئیس اجرا اعتراض را رد کرد ولی هیئت تجدیدنظر به دلیل تقدم تاریخ سند بیع بر تاریخ توقیف اموال مدیون رای رئیس اجرا را فسخ کرد و معترض را ذیحق شمرد. شورای عالی ثبت در تاریخ ۴۵/۷/۳ رای داد: «رای هیئت تجدیدنظر مخدوش است و مورد محتاج به اظهار نظر قضائی است».

۱. حکم شماره ۴۰۳۵ - ۱۳۱۹/۱۱/۳۰ و حکم شماره ۵۹۹ ۱۷/۳/۱۷ شعبه ۱ نقل از مجموعه رویه قضائی متین ص ۱۱۱.
۲. حکم شماره ۵۹۹ ۱۳۷/۳/۱۲.
۳. حکم شماره ۴۰۴۰ - ۱۹/۱/۳۰ مجموعه رویه قضائی متین، قسمت حقوقی، ص ۱۱۱.
۴. حکم شماره ۷۴۵ ۱۶/۴/۲۲ مجموعه متین، ص ۳۰۷.
۵. حکم شماره ۷۲۹ ۲۵/۴/۲۲ مجموعه متین، قسمت حقوقی، ص ۳۲۵.

اساس رأی بر این است که سند رسمی بیع که مقدم‌التاریخ است فقط دلالت بر انتقال قالی‌ها دارد و دلیل استمرار مالکیت منتقل‌الیه تا تاریخ بازداشت قالی نیست و قالی‌ها در حالی که تحت ید قانونی مدیون بوده و بازداشت شده است و استصحاب مالکیت منتقل‌الیه محکوم است به ید مدیون یعنی ید، معارض با استصحاب است و بر آن مقدم است لذا بازداشت مال صحیح بوده است.^۱

با توجه به آرای مذکور و استناد آنها به مواد مربوط به اماره مالکیت در قانون مننی به نظر می‌رسد که دیوان عالی کشور نیز به پیروی از فقهای امامیه در تعارض مالکیت سابق مدعی و تصرف کنونی ذوالید میان اقرار و سایر ادله تفاوت قائل شده است لذا طبق حکم صادره از شعبه ۸ دیوان کشور اگر متصرف اقرار به سابقه مالکیت طرف دعوی نمود ملزم است انتقال ملک را از او به وجه قانونی اثبات کند.^۲

۱. رأی شماره ۲۲ شورای عالی ثبت نقل از جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۱، ۱۳۷۲، ص ۳۴۸.
 ۲. حکم شماره ۱۲۱ ۲۸/۱/۲۲ شعبه ۸، مجموعه متین، ص ۱۱۰.

از آنچه در این مقاله گفته شد نتایج زیر حاصل می‌شود:

۱- در اماره مالکیت که در فقه به «قاعده ید» مشهور است فقها معنای ید را عبارت از استیلا و سلطنت فعلی و سیطره خارجی بر شیئی می‌دانند. قانون مدنی ید و تصرف را تعریف نکرده و تمیز آن را به عهده عرف نهاده است.

۲- در تحلیل و بررسی مبانی اماره مالکیت دو ملاک وجود دارد: ملاک اول اغلّبیت است و ملاک دوم مقتضای طبیعت اولیه متصرف می‌باشد ولی ما در مقابله ملاک سوم را ذکر کردیم و آن تشخیص عرفی است. زیرا اگرچه ملاک در اماره مالکیت اغلّبیت نیست ولی لزوماً هم به مقتضای اولیه تصرف بر نمی‌گردد بلکه ملاک تشخیص عرفی است.

۳- گاه میان اماره مالکیت و سایر ادله تعارض پیش می‌آید و در این حالت است که تردید می‌شود و این پرسش به میان می‌آید که کدام یک را باید مقدم شمرد. در خصوص تعارض ید با استصحاب، مبانی در باب اعتبار هر یک از این دو مختلف است. به نظر اکثر فقها ید بر استصحاب مقدم است و دلیل تقدم هم روشن است. زیرا اولاً اماره در موضوعات به منزله دلیل اجتهادی در احکام می‌باشد و ثانیاً غالب مواردی که مجرای اماره مالکیت می‌باشد از استصحاب که مخالف مقتضای ید است خالی نمی‌باشد و لذا اگر ید را مقدم ندانیم اعتبارش لغو می‌باشد.

الف - منابع فارسی:

۱. امامی، سید حسن (۱۳۵۳)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ پنجم، کتابفروشی اسلامیه.
۲. انصاری، مرتضی (بی تا)، رسائل، باب استصحاب، جلد دوم.
۳. بروجرودی عبده، محمد (۱۳۲۹)، حقوق مدنی، کتابفروشی محمدعلی علمی.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۷)، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، چاپ مشعل آزادی، تهران.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، حقوق اموال، چاپ دوم، چاپخانه احمدی، تهران.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، دانشنامه حقوقی، جلد اول، مؤسسه امیرکبیر، تهران.
۷. حائری شاهباغ، سیدعلی (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، جلد اول، گنج دانش، تهران.
۸. حجت، جواد (۱۳۴۲)، قاعده ید مالکیت، چاپخانه دانشگاه تهران.
۹. سنگلجی، محمد (۱۳۴۷)، ضوابط و قواعد معاملات، چاپ چهارم، چاپخانه حیدری.
۱۰. شهبابی، محمود (۱۳۴۴)، قواعد فقه، چاپ هفتم، چاپخانه حاج محمدعلی علمی.
۱۱. شهیدی، مهدی (۱۳۷۳)، سقوط تعهدات، چاپ سوم، چاپخانه کانون وکلای دادگستری.
۱۲. شهیدی، مهدی (۱۳۷۵)، مجموعه مقالات حقوقی، چاپ اول، حقوق دان.
۱۳. عدل، مصطفی (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، چاپخانه رشیدی.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوق ایران، چاپ شانزدهم، شرکت انتشار.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳)، حقوق اموال و مالکیت، چاپ اول، یلدا.
۱۶. متین دفتری، احمد (۱۳۴۰)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، چاپ سوم، چاپ احمدی.
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۶)، قواعد فقه، چاپ دوم، چاپخانه وزارت ارشاد اسلامی.
۱۸. محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۳)، اصول فقه، چاپ هشتم، دانشگاه تهران.
۱۹. محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۷)، قواعد فقه، چاپ سوم، دادگستر.
۲۰. موسوی بجنوردی، سید محمد (بی تا)، قواعد فقهیه، چاپ دوم، میعاد.
۲۱. ناصری، فرج الله (۱۳۳۹)، امارات در حقوق مدنی ایران.

ب- منابع عربی:

۲۲. امام خمینی، تحریر الوسیله، جلد دوم، مکتبه العلمیه الاسلامیه.
۲۳. بحر العلوم، سید محمد با حواشی سید محمدتقی آل بحر العلوم (۱۳۹۶ ق)، بلغه الفقیه، جلد سوم، نجف.
۲۴. حسینی عاملی، سید محمد جواد (۱۳۲۶ ق)، مفتاح الکرامه، شرح بر قواعد علامه، چاپ مصر.
۲۵. خمینی، الرسائل، جلد اول، چاپ سنگی. کر.
۲۶. السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۲ م)، الوسیط فی شرح القانون المدنی، جلد نهم، دار احیاء التراث العربی، قاهره.
۲۷. شیخ طوسی، محمدبن حسن (۱۴۱۷ ق)، الخلافه، جلد سوم، مسئله ۱۴. مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۸. صدر، سید محمدباقر (۱۳۹۲ ق)، بحوث فی شرح العروه الوثقی، جلد سوم، مطبعه الاداب فی النجف الاشرف.
۲۹. صدر، سید محمدباقر (بی تا)، دروس فی علم الأصول، جلد اول، دارالکتب البنانی.
۳۰. طباطبائی، سید محمدکاظم، عروه الوثقی، جلد سوم، چاپ حیدریه، نجف ۱۳۴۲.
۳۱. مراغه، میرفتاح (بی تا)، عناوین، چاپ سنگی در یک مجلد.
۳۲. مغنیه، محمد جواد (بی تا)، الفقه الامام جعفر الصادق، جلد چهارم، دارالجواد.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ ق)، القواعد الفقهیه، جلد اول، مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع)، چاپ سوم.
۳۴. موسوی بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۸۹ ق)، القواعد الفقهیه، در ۷ مجلد، جلد اول، چاپخانه آداب، نجف.
۳۵. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۹۸ ق)، جواهرالکلام، در ۱۵ مجلد، جلد ۱۳ و ۱۴، مؤسسه المرتضی العالمیه و دارالمورخ العربی، چاپ اول (۱۴۱۳ ق) و در ۴۳ مجلد، جلد ۴۰ و ۳۵ و ۳۷، دارالکتب الاسلامیه.
۳۶. تراقی، احمد بن محمد مهدی (بی تا)، مستند الشیعه در دو مجلد، جلد دوم، چاپ سنگی، افسر.

ج- منابع فرانسسه:

۳۷. Aubry, Charles, et Rau, Charles, (۱۹۹۸) Droit Civil Francais, par Esmein, T. ۲. ۷ ed.
۳۸. Carbonnier, Jean, Droit Civil, T. ۳. ۱۸ed.
۳۹. Colin, Ambroise et Capitant, henri, (۱۹۵۷) Traite de Droit Civil par de Leon Julliot De La Morandiere, T. ۲.
۴۰. Dalloz, (۱۹۹۴) encyclopedia Juridique, Repertoire de Droit Civil.

۴۱. Dalloz, (۱۹۹۶-۹۷) Code Civil, paris.
۴۲. Marty, Gabriel, (۱۹۶۵) et Raynaud, Pierre, Droit Civil, T. ۲, ۴ed.
۴۳. Mazeaud, henri, (۱۹۷۶) Leon et Jean, Leçons de Droit Civil, T. ۲. ۴ed.
۴۴. Mazeaud, henri, Leon et Jean et Chabas, Francois, Leçons de Droit Civil. To Set
۴۵. Planiol, Marcel et Ripert, Georges, Traite pratique de Droit Civil Francais. T ۳ bed par picard
۴۶. Ripert, georges, (۱۹۸۵) et Boulanger, Jean, Traite de droit civil d'après Le traite de planiel
۴۷. Weill, Alex, Droit Civil (Les biens), ۳ed.

د- منابع انگلیسی:

۴۸. Campbell, Black, henry, M. A. (۱۹۹۱) Black's Law Dictionary west publishing, ۶ed.
۴۹. Padfield, C. F. (۱۹۸۹) Law made simple, made simple books, Ted ۱۹۸۹.
۵۰. Schacht, Joseph, (۱۹۸۴) An Introduction to Islamic Law, Clarendon press, Oxford.

ه- رویه قضائی و مقالات حقوقی

۵۱. بروجردی عبده محمد، اصول قضائی و حقوقی دیوان عالی تمیز، قسمت حقوقی.
۵۲. درودیان، حسنعلی، «امارة تصرف»، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، شماره ۱، سال ۱۳۵۵.
۵۳. قربانی، فرج الله، مجموعه آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور، حقوقی، از ۱۳۲۸ تا ۱۳۷۵.
۵۴. کیهان (آرشیو حقوقی)، مجموعه رویه قضایی، آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور از ۱۳۲۷ تا ۱۴۴۲، جلد دوم، آراء مننی، تهران، ۱۴۴۲.
۵۵. متین، احمد، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی شامل نظریات دیوان عالی کشور، از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰.
۵۶. موحه محمدعلی (۱۳۳۷)، «مقاله تصرف»، مجله کانون وکلاء، شماره ۲، سال دهم.

Presumption of ownership

Reza Valavion^۱

Presumption of ownership is one of the important jurisprudential rules and one of the most common proofs of ownership. In particular, protection of possession becomes more important in the ownership of tangible property, where the maintenance of a title deed is not customary, And violating the right of the possessor and demanding a reason from him, disturbs the economic order and the market of Muslims. There are two criteria in analyzing the basics of tangible property: the first is the majority and the second is the primary nature's requirement of the possessor, but we mentioned the third criterion in the article that is customary recognition. Because although the criterion in the rule of possession is not the majority, it does not necessarily return to the basic requirement of possession but is the criterion of customary recognition. There is disagreement among jurists about the conflict between the rule of possession and confession. According to Article ۳۷ of the Civil Code: if the present occupier admits that the property formerly belonged to the claimant, he cannot urge, in refutation of the other's claim, his own occupation of the property, unless he can prove that the property has been transferred to him according to the correct procedure. The validity of the ownership presumption is lost. Some law professors do not distinguish between confession and other evidence of ownership and believe that proving the legitimacy of the claimant will nullify the effect of the property statute for whatever reason. On the other hand, some others believe that according to the text of this article, the only proof of ownership that can destroy the validity is a confession among all other ownership proofs, in other words, there is a feature in the confession that is not in others. However, we have justified the article in two ways: first, if the possessor confesses to the plaintiff's ownership history, she is responsible for proving the reason until the end (until her possession). The second solution can be deduced from the comparison between Article ۳۷ and ۱۲۸۲ and ۱۲۸۳ of the Civil Code, and it was said that the confession of the possessor is covered by Article ۱۲۸۳ and is considered a complex confession.

Keywords: Presumption of ownership, rule of possession, the legal principle, Proof of ownership

۱. Faculty member of Allameh Tabatabai University