

## بررسی حقوقی تعارض تصرف کنونی و مالکیت سابق

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۱۲/۲۲ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۷/۰۴/۰۸)

محمد رسول نصرتی

### چکیده

اماره تصرف یکی از شایع ترین ادله اثبات مالکیت است، به خصوص در مالکیت اموال منقول که اغلب موارد انتقال آنها با داد و ستد انجام می شود و تنظیم سند مرسوم نیست. اما می دانیم که درجه اعتبار اماره از سایر دلایل کمتر است و در صورت تعارض با ادله دیگر از جمله اقرار و سند و شهادت تاب مقاومت ندارد و حکومت با دلیل است. به همین علت است که قانونگذار در ماده ۳۵ قانون مدنی بعد از اینکه تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت دانسته در ادامه مقرر داشته: مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. تا این تصور ایجاد نشود که اعتبار این فرض قانونی به اندازه سایر ادله اثبات می باشد. این امر زمانی که در مفاد اماره و سایر ادله وحدت زمانی وجود دارد امری بدیهی و اثبات شده است، اما گاهی این وحدت زمانی وجود ندارد. در فرض مسئله ما دلیل به مالکیت سابق بر میگردد و اماره تصرف به مالکیت فعلی. اینجاست که تردیدها شکل گرفته و نظریات مختلفی بیان شده است. عده کثیری از علمای حقوق بر این عقیده اند- که قانون مدنی نیز این اصل را پذیرفته - اثبات مالکیت سابق نمی تواند با اماره تصرف معارضه کند و تصرف کنونی مقدم است در مقابل گروه اندکی از علمای حقوق از جمله دکتر کاتوزیان بر این عقیده اند که تصرف زمانی دلیل مالکیت است که سابقه ملکیت آن معین نباشد. در موردی که مالکیت سابق کسی مسلم باشد، متصرف کنونی نمی تواند در برابر او نیز به تصرف خود استناد کند. در چنین حالتی، متصرف باید ثابت کند که ملک به وسیله یکی از اسباب قانونی به او منتقل شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۲۰۱) که آنها را در ادامه ذکر کرده و مورد نقد و بررسی قرار می دهیم..

۳۵۹



واژگان کلیدی: تصرف کنونی، مالکیت سابق، قاعده ید، استصحاب

## بخش اول: کلیات

هدف اصلی از تملک اموال (چه منقول و غیر منقول) بهره‌برداری از منافع آن‌ها است. بنابراین مالکیت بدون وجود چنین هدفی، مفهوم و معنای عقلانی نخواهد داشت به این خاطر است که اگر شیء بدون منفعت و غیر قابل استفاده باشد، مال محسوب نشده و قابل تملک نیست. لذا تملک اشیاء به طور کلی و مالکیت اموال چیزی نیست، جز طریق نیل به استفاده و بهره‌برداری از مال و منفعت آن، همراه بودن عرفی این مفاهیم (تملک و بهره‌گیری از مال) و پیوستگی آن‌ها به یکدیگر به قدری بدیهی است که در نظر عرف هر یک اماره و قرینه‌ای بر وجود دیگری فرض شده است. قانونی مدنی در ماده ۳۵ تصرف را به عنوان مالکیت دلیل مالکیت دانسته است. البته این بیان مقتبس از فقه امامیه است، البته نباید این گونه بپنداریم که بین تصرف و مالکیت یک پیوستگی غیرقابل تخلف وجود دارد، چرا که بسیار موارد است که تصرف اشخاص دلیل و نتیجه مالکیت آن‌ها نیست و لذا در ماده فوق‌الذکر ادامه می‌دهد: «مگر این که خلاف آن ثابت شود» در این مورد برخی از فقها عقیده دارند، حتی اگر ذوالید به عدم علم خود اعتراف کند و نداند مال تحت تصرفش متعلق به او می‌باشد یا خیر، در این صورت قاعده جاری نمی‌شود. مانند این که شخصی پولی در خانه خود بیابد و اقرار کند چون اشخاص مختلفی در منزل او رفت و آمد داشته‌اند، نمی‌داند پول متعلق به کیست. در این قبیل مصادیق آن پول تابع احکام لقطه است. مثل مواردی که مال به اذن مالک آن در تصرف دیگری است یا غاصب و متجاوز بدون اذن مالک مال او را به تصرف در آورد. با توجه به این موارد است که اماره تصرف خلاف‌پذیر است و یک اماره نسبی است و نه مطلق. برخی حقوق‌دانان در بیان این مبنا این گونه می‌نویسند: «برای این که ظاهر غالباً دلالت بر حقیقت دارد یعنی کیفیات ظاهری بیشتر محمول بر صحت است. وقتی که از تصرف که کیفیت ظاهر است حمایت بشود بیشتر احتمال دارد که از یک حقیقت باطن که مالکیت است حمایت بشود. به علاوه اخلاف به تصرفات متصرف غالباً به وسیله عملیاتی صورت می‌گیرد که صلح و آرامش عمومی را تهدید می‌کند. بنابراین حربه‌ای که به وسیله جعل دعوای مخصوص به دست متصرف داده شده بیشتر برای مخالفت با سبب اغتشاش و اختلاف است تا به حال متصرف کمک کند، ولی دلیل قاطع



حمایتی که قانون از تصرف می‌کند این است که تصرف اصولاً دلیل و نشانه مالکیت است و هدف واقعی قانون هم حمایت از مالکیت می‌باشد به عبارت دیگر حمایت از مالکیت مستلزم حمایت از تصرف است. حمایت قانون از تصرف فایده مهمی که دارد این است که متصرف را از اثبات حق مالکیت خود که همیشه یک امر دشواری است بی‌نیاز می‌نماید چون متصرف می‌تواند با طرح دعاوی مخصوص تصرف از قبیل دعاوی راجع به اصل مالکیت موقعیت خواننده (مدعی علیه) را برای خود تأمین کرده و از تسهیلی که ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی برای خواننده قائل شده و اصولاً تکالیف اقامه دلیل اثبات حق مورد ادعا را به عهده خواهان گذاشته است، استفاده نماید.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر حمایت از تصرف در بیشتر موارد، حمایت از مالکیت است چون در حقیقت تصرف صورت ظاهری یک وضع حقوقی است که غالباً مطابق با حقیقت است، در بیشتر موارد صاحب حق متصرف نیز می‌باشد. بنابراین حمایت از تصرف، حمایت از مالکیت خواهد بود.<sup>۲</sup> برای این که جامعه از یک نظم خاصی برخوردار باشد لازم است که اشخاص نسبت به اموال یکدیگر مقررات و قوانین راجع به مالکیت که در جامعه جریان دارد را رعایت کنند.<sup>۳</sup> بنابراین تا زمانی که نامشروع بودن رابطه فی‌مابین اشخاص و اموال اثبات نگردیده است. باید این روابط مورد حمایت قانون باشد و قوای انتظامی مملکت باید از این روابط حمایت نمایند و به این خاطر از اخلال و مزاحمت در این روابط جلوگیری می‌نمایند چرا که اقتضا حفظ نظم عمومی می‌باشد.

### بخش دوم: تعریف ید یا تصرف

«ید» دارای تعریف‌هایی از دیدگاه لغت و عرف می‌باشد در بحث «قاعده ید» و تعریف «ید»، از نظر لغت کاری نداریم و مورد نیاز بحث، تعریف عرفی آن می‌باشد. از لحاظ عرفی، مراد از ید استیلا و سیطره خارجی ذوالید است. به گونه‌ای که زمام مالی که در ید اوست، به دست وی باشد. و بتواند تصرف‌های عقلایی و متعارف را به دلخواه در آن اعمال کند. از نظر عرف

<sup>۱</sup> - (متین دفتری، ۱۳۷۸، صص ۲۳۶-۲۳۵)

<sup>۲</sup> - (صدرزاده‌افشار، ۱۳۷۳، ص ۳۲)

<sup>۳</sup> - (سید حسن امامی، دوره حقوق مدنی ۱۳۷۴، ص ۵۱)





کسی که در عمل چنین سلطه و استیلائی بر مالی داشته باشد ذوالید شناخته شده و این سلطه اماره و نشانه مالکیت وی نسبت به آن مال شمرده می‌شود. برخی گفته‌اند: سلطه و اقتدار عرفی که شخص به قصد اعمال حق خود بر مالی، مستقیم یا به واسطه دیگری دارد<sup>۱</sup> تصرف است. همچنین گفته‌اند: تصرف عبارت است از اینکه مالی تحت اختیار کسی باشد و او بتواند نسبت به آن مال در حدود قانون یا به عدوان تصمیم بگیرد<sup>۲</sup>. به عبارت دیگر سلطه و اقتدار شخص بر شیء به گونه‌ای که عرفاً شیء در اختیار و استیلاء او باشد و بتواند هرگونه تصرف و تغییری در آن صورت دهد<sup>۳</sup>. به طور خلاصه می‌توان گفت سلطه و اقتدار عرفی بر اموال به قصد تملک را تصرف یا ید گویند. قاعده ید از امارات است و دلیل حجیت و اعتبار امارات نیز خاصیت کشف و اذعان آنهاست و مقتضای احراز واقع بودن یک دلیل، این است که کلیه آثار و لوازم شرعی و عقلی آن نیز احراز شده و اثبات شده محسوب شود. یعنی همانگونه که اماره بر مدلول مطابقی دلالت دارد بر مدلولهای تضمینی و التزامی نیز دلالت دارد به تعبیر دیگر مثبتات امارات به خلاف اصول عملیه محب است. بنابراین اماره بر مسبب (مالکیت) اماره بر سبب ((ناقل قانونی)) هم هست، چون دلیل بر لازم دلیل بر ملزوم هم هست. به همین جهت است که قانونگذار پس از ذکر مدلول مطابقی قاعده تصرف یعنی مالکیت در ماده ۳۵ قانون مدنی، بلافاصله مدلول التزامی آن را که از لوازم عقلی آن است یعنی انتقال به ناقل قانونی و سبب مملک را در ماده ۳۶ بیان کرده است. ماده ۳۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود ماده ۳۶ قانون مدنی می‌گوید: ((تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود.)) به موجب این قاعده هرگاه شخص مالی را ب عنوان مالک در تصرف داشته باشد و شخص دیگری نیز مدعی مالکیت آن باشد، ذوالید از اقامه دلیل بر استحقاق خود بی نیاز است به

<sup>۱</sup> - دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، چاپ اول، ص ۴۸ به نقل از دوره مقدماتی

حقوق مدنی، اموال، ش ۲۰۱

<sup>۲</sup> [۲]. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۶۷، ص ۱۵۴

عبارت دیگر، تصرف اماره و نشانه دو امر مهم یعنی مالکیت متصرف و انتقال به ناقل قانونی است بنابراین دهنده مال باید ثابت کند که مال را بابت دین خود تادیه نکرده و تحت عناوین دیگری از قبیل ودیعه، فرض یا عاریه به گیرنده سپرده تا بدین وسیله اماره تصرف و آثار آن را مخدوش و بی تاثیر سازد.

بخش سوم: ادله حجیت قاعده ید و اماره تصرف

برای اعتبار قاعده ید به مستندات، دلایل و مدارک متعددی استناد شده است که برخی از آنها دارای ارزش و اعتبار بیشتری هستند و بعضی را تنها می توان مؤید دلایل دیگر دانست. بنابراین، در این نوشتار تلاش خواهد شد تا دلایلی مورد بررسی و اشاره قرار گیرند که واجد اهمیت می باشند و در این راستا به ترتیب به ادله ۵ گانه: ۱- بنای عقلاء، ۲- اجماع فقها، ۳- عسر و حرج، ۴- امضای شارع و ۵- اخبار و احادیث، می پردازیم.

### بند اول: بنای عقلاء

گفته شده: عقلای تمام ملت ها و مذاهب در تمامی زمان ها و شهرها به این قاعده استناد کرده اند و ید را اماره برای ملکیت دانسته اند. [۲] و امروزه نیز می بینیم مردم دنیا چه مسلمان و چه غیر مسلمان و یا ایرانی و غیر ایرانی، قاعده ید را پذیرفته اند. مثل این که، در اکثر معاملات منقول که در جهان انجام می گیرد، خریداران، از فروشندگان مطالبه سند مالکیت نمی کنند. به بیان دیگر، هرگاه فروشنده نسبت به مالی ید داشته باشد دیگران ید فروشنده را حجت می دانند و بدون این که از وی مطالبه سند کنند، اموال را از او می خرند. لیکن، این سؤال مطرح می شود که آیا سیره عقلا، به خودی خود مشروع است یا این که باید از طرف شرع هم، از آن ردع و منعی نشده باشد؟ پاسخ به این پرسش چندان مشکل نیست و بدون تردید نباید شارع از رویه خردمندان منعی کرده باشد منتها باید توجه داشت که در برخی موارد سیره عقلاء به تنهایی ممکن است حجیت نداشته باشد. مثل این که، اگر عقلای دنیا ربا دادن و ربا گرفتن را جایز بدانند ولی شارع مقدس آن را ردع نموده باشد، نباید سیره عقلا را تنها دلیل استناد دانست. سؤال دیگری که ممکن است مطرح گردد، این است که آیا به سیره مستمره مسلمین به عنوان دلیل قاعده ید می توان استناد نمود؟ اگرچه روش مستمر مسلمانان در همه اعصار، از زمان



پیغمبر (ص) تا به حال این بوده است که با متصرف، معامله مالکانه می کرده‌اند و از این جهت ممکن است آن را مستند بدانیم ولی ناگفته پیداست که مسلمانان نیز جزء عقلا هستند و مشکلی که در مورد عقلای عالم به آن اشاره کردیم، راجع به مسلمانان هم صادق است. یعنی، شیوه مسلمین نیز در صورتی حجت است که به زمان معصوم (ع) متصل شود و در زمان معصوم (ع) هم آن سیره معمول بوده باشد و اگر می‌توانستیم به سیره مسلمین استناد کنیم، دیگر به عدم رد شارع نیاز نداشتیم. بدین ترتیب، به این سؤال، بایستی پاسخ منفی بدهیم.

### بند دوم: اجماع فقها

اجماع در لغت به معنای: «گرد آمدن، متفق شدن، عزم کردن بر کاری، اتفاق و هماهنگی جماعتی در امری آمده، می‌توان گفت در قرآن مجید نیز اجماع به همین معنا استعمال شده است. مثل این که، خداوند می‌فرماید: «فاجمعو امرکم». ولی در مورد تعریف اصطلاحی فقهی آن گفته‌اند: «الف - اتفاق نظر مجتهدان اسلام از صدر اول تا زمان حال در همه نقات جهان در یک مسأله حقوقی فقهی) ب - اتفاق نظر مجتهدان اسلام در یک عصر بر یک مسأله فقهی.» و حجت‌الاسلام غزالی راجع به اصطلاح اجماع اعتقاد دارد: الف - اتفاق جمیع علماء در یک عصر. ب - اتفاق امت محمد (ص) بر امری از امور دینی. ج - اجماع عبارت از این است همه اهل حل و عقد (مجتهدین) از امت محمد (ص) در یکی از ازمه بر حکم واقعه‌ای اتفاق کنند با توجه به تعریف‌های فوق می‌بینیم که اهل سنت صرف اتفاق فقها را در زمان معین بر امری حجت می‌دانند در صورتی که به نظر علمای شیعه چنین اتفاقی باید کاشف از قول معصوم (ع) باشد که در این صورت اجماع حجیت دارد

### بند سوم: عسر و حرج

عسر در لغت به معنای «دشوار شدن، دشواری، تنگی و سختی و تنگدستی، به کار رفته است و حرج یعنی: تنگی و فشار، جای تنگ،... نفی عسر و خرج خود یکی از قواعد مسلم فقهی است که در قرآن و احادیث هم از آن اسم برده شده است، به طوری که خداوند متعال در قرآن مجید می‌فرماید: ... ما جعل علیکم فی الدین من حرج...» (در مقام تکلیف بر شما مشقت و رنج ننهاد). در قوانین موضوعه کشورمان نیز قانون مدنی، به صراحت از عسر و حرج نام



برده شده است. چنانکه ماده ۱۱۳۰ قانون یاد شده می‌گوید: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود...» و تبصره الحاقی - ماده مزبور در مورد تعریف عسر و حرج این ماده می‌گوید: «... به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه بامشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد...» و سپس چند مورد از مصادیق عسر و حرج را قانونگذار ذکر نموده است و یا در ماده ۹ قانون روابط موقت و مستأجر (مصوب سال ۱۳۶۲)، آمده بود: «در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن، موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موقت نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد. پس از توضیحات یاد شده، اینک می‌خواهیم بررسی کنیم که اگر ید را دال بر مالکیت ذوالید ندانیم، آیا برای مردم عسر و حرج پیش می‌آید یا نه؟ و اگر عسر و حرج پدید می‌آید، آیا در همه موارد و همه جا است یا اینکه اگر ید دلیل مالکیت ذوالید نباشد، در بعضی زمانها و مکانها ممکن است موجب عسر و حرج شود و این امر در برخی اعصار و امصار و مکانها باعث دشواری و فشار نمی‌شود؟ در پاسخ سؤال نخست، اول به حدیث روایت شده از امام صادق (ع) و آنگاه وضع حاضر جامعه را در این خصوص بررسی می‌کنیم. در مورد روایت حفص بن غیاث در مبحث آتی که از روایات به عنوان مستندات و مدارک معتبر قاعده ید بحث می‌کنیم، توضیح بیشتری خواهیم داد و در اینجا فقط به قسمت اخیر این روایت می‌پردازیم، که امام (ع) می‌فرمایند: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» (یعنی اگر بنا باشد نسبت به مالکیت ذوالیدی شک کنیم و بگوئیم احتمال دارد مالی که در دست اوست مال خودش نباشد، اختلال نظام و هرج و مرج پیش می‌آید و بازار مسلمین به هم می‌خورد). با توجه به این حدیث باید برای پرهیز از اختلال در بازار و اقتصاد جامعه «ید» را دلیل مالکیت ذوالید بدانیم. زیرا، در غیر این صورت، به قول عوام: «سنگ روی سنگ بند نمی‌شود.» و همه چیز به هم می‌خورد و وضع به گونه‌ای می‌شود که زندگی قابل تحمل نیست. اما، ایراد شده است که حجیت مطلق ید با این استدلال اثبات نمی‌شود. زیرا، این حجیت را باید تا آن مقداری که این مشکل رفع می‌شود، پذیرفت نه به طور مطلق - و در توجیه استدلال امام (ع) گفته شده: «ولابد ح (من حمل استشهد الامام علیه السلام بهذه القضیه علی بیان





«حکمه...» «الادارت مداره.» به ناچار باید استشهاد امام (ع) را به مسأله عسر و حرج، بیان حکمت حکم بدانیم نه بیان علت آن یعنی اختلال نظام، حکمت حکم به حجیت ید به طور اطلاق است نه علت آن تا اشکال شود که حکم باید دائر مدار آن علت باشد و اگر در موردی عدم حجیت ید اختلال نظام ایجاد نکرد، نمی‌توان به حجیت آن حکم نمود. در مورد وضع حاضر جامعه، اگر ید و استیلا را دلیل مالکیت ندانیم و برای هر مورد بخواهیم دلیلی برای مالکیت ذو الید مطالبه کنیم دچار عسر و حرج شدید خواهیم شد. به عنوان مثال، اگر فرض کنیم برای خرید مایحتاج روزمره از منزل خارج شویم، از هر فروشنده‌ای از نانوا و خواربار فروش گرفته تا قصاب و میوه‌فروش بایستی سند مالکیت مطالبه نماییم و یا خود آنان برای هر یک از اجناس و کالاهایشان بایستی سند مالکیت جداگانه داشته باشند و روی آنها نصب نمایند. و از طرف دیگر، خریدار بایستی دلیل مالکیت ثمن را داشته باشد و بدیهی است این امر برای هرکسی دشوار، بلکه غیرممکن و موجب عسر و حرج شدید است. بنابراین، اگر ید را دلیل مالکیت ندانیم و دلائل دیگر بخواهیم، جامعه به هرج و مرج می‌افتد و هر قانونی که باعث هرج و مرج شود آن قانون باید از قانونیت خارج گردد. در پاسخ به این پرسش که اگر ید را حجیت ندانیم، آیا در همه جا و همه وقت موجب عسر و حرج می‌شود یا در بعضی مکانها و زمانها ممکن است این مشکل پدید آید؟ همان‌گونه که در پاسخ سؤال قبل اشاره شد، اگر ید دال بر مالکیت ذو الید نباشد در همه جا موجب عسر و حرج نمی‌شود، به طوری که امروزه در مورد اموال غیرمنقول می‌بینیم هرگاه کسی بخواهد آن اموال را خریداری نماید به صرف ید متصرف اکتفا نمی‌کند. بلکه، از او سند مالکیت می‌خواهد و سپس با عنایت به قوانین و مقررات مثل ماده ۴۶ قانون ثبت اسناد و املاک، برای انجام معامله اقدام می‌نماید و از طرف دیگر، متصرفین فراوانی وجود دارند که مالک نیستند، مثلاً مستأجر و امین می‌باشند. پس، به طور کلی و مطلق نمی‌توان ید را دلیل مالکیت ذو الید دانست.

### بند چهارم: امضاء شارع

همان‌طور که اطلاع داریم، در شرع مقدس اسلام مانند سایر تأسیسات حقوقی دو نوع حکم وجود دارد، حکم تأسیسی و حکم امضائی. حکم تأسیسی عبارت است از هر قانونی که پیش از یک قانون‌گذاری معین به هیچ وجه سابقه نداشته باشد و قانونگذار جدید مبتکر آن باشد.



یعنی حکم و قانونی که پیش از ظهور اسلام وجود نداشته است (یا حداقل آن طور که اسلام آن را قبول دارد مطرح نشده) و اسلام آن را به وجود آورده و تقریر نموده است. مثل نماز - و نمونه قانونی، مانند حق کسب و پیشه و تجارت که سالیان اخیر در قوانین و مقررات جاری ما وارد شده است. ولی، در حکم امضائی، یک حکم و قانون قبل از قانون گذاری جدید وجود داشته و مقنن جدید بدون دخل و تصرف در آن و یا با اندک تغییر، قانون قبلی را امضاء و تأیید کرده است. مثل بیع، که پیش از ظهور اسلام نیز وجود داشته و متداول بوده و اسلام حلیت و جواز آن را تأیید نموده، ولی رباخواری را حرام کرده است. «و احل الله البیع و حرم الربوا». علاوه بر این، ممکن است قانونگذار عرف و عاداتهای متداول را نیز امضاء و تأیید کند، مانند قسمت اخیر ماده سوم قانون آیین دادرسی مدنی سابق که مقرر می کرد: «... و در صورتی که قوانین... دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم، قضیه را قطع و در خصوص دلالت ید بر مالکیت، همان گونه که در مباحث گذشته اشاره کردیم کاشفیت ید از مالکیت صاحب آن، امری است که اقتضای طبیعت اولیه آن می باشد، یعنی قبل از اسلام و حتی در زمان انسان‌های نخستین هم ید دلیل مالکیت بوده است و شارع مقدس هم آن را به رسمیت شناخته است و علاوه بر این که قرآن مجید اشاراتی دارد، روایات زیادی نیز وجود دارد که دلیل محکمی است بر حجیت ید و آن را در مبحث مربوط به خود ذکر خواهیم نمود. بنابراین، به خوبی روشن است که دلالت ید بر مالکیت، قبل از ظهور اسلام و هم نزد مردم آن زمان، دلیل مالکیت بوده و اسلام آن را به رسمیت شناخته و امضاء کرده است.

### بند پنجم : اخبار و احادیث

آخرین دلیلی که برای حجیت قاعده ید می آوریم و از نظر فقهی می توان آن را مهم ترین دلیل به شمار آورد، روایات متعددی است که برای حجیت این قاعده مورد استناد قرار گرفته است و ما در اینجا تنها چهار مورد از آنها را برگزیده ایم که شرح می دهیم:

الف) روایت حفص بن غیاث: حفص بن غیاث در مورد ید از امام صادق (ع) نقل می کند که: «قال له رجل: اذا رأیت شیئاً فی یدی رجل ایجوز لی ان اشهدا نه له؟ قال: نعم، قال الرجل:



اشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعلة لغيره... ثم قال ابو عبد الله عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق [۲] یعنی امام (ع) در پاسخ به پرسش مردی که از ایشان پرسیده بود که اگر من چیزی در دست کسی بینم، آیا جایز است که شهادت دهم آن شیء مال او است؟ امام (ع) می فرماید آری، آن مرد می گوید: شهادت می دهم که آن مال در دست اوست ولی شهادت نمی دهم که مال اوست. زیرا ممکن است مال دیگری باشد؛ (در ادامه حضرت می فرماید: آیا حلال است که آن شیء از او خریداری شود؟ آن مرد می گوید: آری حلال است. حضرت می فرماید: ممکن است مال دیگری باشد!، چگونه جائز است که تو آن را بخری و بعد از تملک آن بگویی آن مال به من تعلق دارد و بر آن قسم یاد کنی، اما جایز نیست، نسبت به مالکیت شخصی که از طرف او مالک شده‌ای، اقرار نمایی؟ آنگاه آن حضرت (نتیجه بحث را) می فرماید که: اگر این امر جایز نباشد، برای مسلمان بازاری نمی ماند. بدین ترتیب، می بینیم که مفاد این حدیث نه تنها ید را اماره مالکیت تلقی نموده، بلکه اجازه گواهی دادن بر اشیایی که در دست افراد قرار دارد را هم داده است.

(ب) روایت فدک: از امام صادق (ع) نقل شده است (در حدیث فدک) که: «ان امیر المؤمنین علیه السلام قال لابی بکر: اتحکم فینا بخلاف حکم الله فی المسلمین؟ قال: لا، قال: فان کان فی ید المسلمین شیء یملکونه ادعیتم انا فیه من تسئل البینه؟... [۱] حضرت علی (ع) به ابوبکر می فرماید: آیا در مورد ما برخلاف حکم خداوند متعال درباره مسلمانان حکم می کنی؟ گفت: نه، حضرت فرمود: هر گاه در دست مسلمان شیئی باشد که من ادعای آن را دارم از چه کسی مطالبه شاهد می کنی؟ گفت: از تو، حضرت امام (ع) فرمود: اگر در دست من باشد و دیگران ادعا نمایند، باز هم از من مطالبه بینه می کنی؟ صرف نظر از این که، این بحث قضایی در نهایت به چه نتیجه ای منجر گردید، برای ما در اینجا، دلالت ید بر مالکیت و حجیت قاعده ید را در پی دارد تا آنجا که از سؤال امام (ع) استنباط می شود، اماره بودن ید بر مالکیت حکم خداوند هم هست.



## بخش چهارم: مستندات قانونی اماره تصرف

تصرف در قانون مدنی تعریف نشده است. ولی ظاهراً آن را مترادف استیلاء گرفته‌اند.<sup>۱</sup> مفاد ماده ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب شهریورماه ۱۳۱۸) نیز مانند ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف متصرف را به عنوان مالکیت شناخته بود، لیکن طبق آن قانون، اگر ثابت می‌شد که شروع به تصرف از طرف غیر بوده است، متصرف، غیر شناخته می‌شد، مگر این که متصرف ثابت می‌نمود که عنوان تصرف او تغییر کرده و به عنوان مالکیت، متصرف شده است. (شبهه آن چیزی که ماده ۳۷ قانون مدنی پیش‌بینی کرده است). قانون مجازات اسلامی هم راجع به (تصرف و) هتک حرمت منازل و املاک غیر، از جنبه کیفری در مواد ۶۹۰ به بعد، مباحثی را مطرح نموده است، مثل اینکه (صرف نظر از دلائل مالکیت)، طبق ماده ۶۹۱ آن قانون، هرکس به قهر و غلبه داخل ملکی شود که در تصرف دیگری است،... علاوه بر رفع تجاوز حسب مورد به یک تا شش ماه حبس محکوم می‌شود، که به دلیل کیفری بودن موضوع این بحث در قانون یاد شده، از پرداختن به آن خودداری می‌گردد.

در پاره‌ای مواد مانند ماده ۱۶۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، در امور مدنی که می‌گوید: «در دعاوی تصرف عدوانی و مزاحمت و ممانعت از حق ابراز سند مالکیت دلیل بر سبق تصرف و استفاده از حق می‌باشد مگر آن که طرف دیگر سبق تصرف و استفاده از حق خود را به طریق دیگر ثابت نماید.» تا آنجا که به سند مالکیت اعتبار داده شده که سند مالکیت، دلیل بر سبق تصرف و استفاده از حق تلقی گردیده است. مگر این که طرف دعوی، سبق تصرف و استفاده از حق خود را به نحوی اثبات کند.

بدین ترتیب، وقتی عناصر تشکیل‌دهنده قاعدهٔ ید که ید فعلی است، در فردی جمع باشد، ملاک را هنگام ذو الید بودن و متصرف بودن او باید لحاظ کرد. زیرا، هیچ کس از ازل متصرف و مالک نبوده است، بلکه شروع به تصرف، از طرف دیگری بوده و سپس عنوان تصرف تغییر پیدا کرده و به متصرف فعلی رسیده است و باز کردن مسأله چیزی را تغییر

<sup>۱</sup> - ماده ۱۴۶ قانون مدنی



نمی‌دهد. این بحث، به نحوی در مورد ماده ۳۷ قانون مدنی [۱] نیز مصداق دارد که مثلاً هرگاه ذو الید در دادگاه اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است، برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور نمی‌تواند به تصرف خود استناد نماید که با مطالب گفته شده و استدلال‌های فوق‌الذکر، این موضوع محل تأمل است. اما، برای توجیه می‌توان به حکم مندرج در ماده ۳۷ قانون مدنی و اینکه در اینجا دعوی منقلب می‌شود و مدعی باید برای اثبات ادعای خود دلیل بیاورد، تمسک نمود.

### بخش پنجم: اقسام ید یا تصرف

سلطه و استیلا یک فرد بر یک چیز، از لحاظ منشا به چهار قسم تقسیم می‌شود، و بدین اعتبار، ید نیز که تعبیر دیگری از آن سلطه و استیلا می‌باشد، به چهار قسم به شرح زیر منقسم می‌گردد:

۱. سلطه فرد بر یک شیء، ناشی از مالکیت او باشد، در این صورت ید او، ید مالکی خوانده می‌شود.
۲. سلطه فرد بر یک شیء، ناشی از اجازه مالک در چارچوب عقود از قبیل اجاره، عاریه، رهن، و... باشد، در این صورت ید او ید امانی خوانده می‌شود.
۳. سلطه فرد بر یک شیء، ناشی از تولید شرعی او باشد، مانند تولید اوقاف و... در این صورت ید او، ید امانی شرعی خوانده می‌شود.
۴. سلطه او بر یک شیء، منشا شرعی و قانونی نداشته باشد، و تصرف او غاصبانه، و بدون اذن و رضایت مالک باشد، در این صورت ید او، ید عدوانی نامیده می‌شود.

### بند اول: شرایط اعتبار تصرف

قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، ید یا به اصطلاح خودش تصرف را اماره مالکیت شناخته و آن را در اعیان و منافع و حقوق جاری دانسته است. ماده ۳۵ ق.م.مقرر می‌دارد: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر آن که خلاف آن ثابت شود.» منظور از تصرف به عنوان مالکیت، آن است که کسی مالی را در تصرف فعلی خودش داشته باشد، به طوری که هرگونه انتفاعی را که می‌خواهد ببرد و نسبت به آن مدعی مالکیت باشد و منظور از

دلیل مالکیت، اماره مالکیت است بنابر این با سایر دلایل می توان خلاف آن را اثبات کرد. به موجب ماده فوق، چنین تصرفی محترم و در حمایت قانون است و هر کس که مدعی مالکیت مال مربوط است می تواند به دادگاه صالح مراجعه کرده، دعوی خود را به اثبات رساند و نمی تواند به وسیله قدرت شخصی، آن را از تصرف متصرف خارج سازد. حال باید متذکر شد که هر تصرفی نشانه ی مالکیت نیت و باید شرایط ذیل را دارا باشد:

۱- تصرف به عنوان مالکیت باشد؛ تصرف به عنوان غیر یا از طرف غیر مثل تصرف ولی در اموال مولی علیه و یا تصرف مستاجر در عین مستاجر دلیل مالکیت نیست، و اگر متصرف بخواهد تصرف خود را بدلیل مالکیت قرار دهد، باید به عنوان مالکیت هم متصرف باشد. در نتیجه کسانی که به عنوان نماینده یا امین مال دیگری را در تصرف دارند مالک آن نیستند زیرا در این گونه موارد عرف آن اموال را در استیلاء کسی می داند که به حساب یا دستور او، دیگران اقدام به تصرف کرده اند.<sup>۱</sup>

۲- تصرف باید مشروع باشد؛ کسی که به قهر و غلبه مالی را تصرف می کند نمی تواند از اماره تصرف استفاده کند، چرا که قانون از متجاوز حمایت نمی کند. البته متصرف نیازی به اثبات مشروع بودن تصرف خود ندارد، بلکه بار اثبات با مدعی نامشروع بودن تصرف است.<sup>۲</sup>

### بند دوم: مالکیت

در فقه اسلامی در رابطه با مالکیت می خوانیم: «مالکیت رابطه ای است اعتباری بین مال از یک طرف و بین شخص (حقیقی یا حقوقی) از طرف دیگر که بر اساس آن مالک می تواند هر تصرف معقولی را که مایل باشد در آن انجام دهد. سید محمد کاظم یزدی در تعریف مالکیت می گوید: «حقیقت مالکیت فقط یک اعتبار عقلایی است. عقلاً چیزی را که در دست کسی قرار دارد (و متعلق به اوست) علقه ای بین او و چیزی که در اختیار وی می باشد اعتبار می کنند که این رابطه، منشأ تسلط وی بر آن چیز می باشد و یا اینکه آنچه را که اعتبار می کنند

<sup>۱</sup>- (دکتر ناصر کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۳۸۶، ص ۱۹۶ و ۱۹۷)

<sup>۲</sup>- (سید حسن امامی، دوره حقوق مدنی، جلد اول، ۱۳۷۲، ص ۵۱)



عبارت است از همان تسلط<sup>۱</sup>. در کتاب البیع نیز آمده است: «مالکیت، اعتباری عقلایی است که یکی از احکام آن عبارت است از قدرت بر تغییر و تحوّل آن مال<sup>۲</sup>. رابطه‌ای که بین مالک و مال وجود دارد یک رابطه‌ی اعتباری است. توضیح این که: پاره‌ای از مفاهیمی که با آنها سر و کار داریم دارای واقعیت خارجی هستند مانند تسلط انسان بر خودش. انسان همینطور که هر وقت بخواهد دست و پایش را حرکت می‌دهد، با زبانش سخن می‌گوید، چشم خود را باز می‌کند و یا می‌بندد و بالاخره بر اعضا و جوارح خویش سلطه دارد. چنانکه بر ذهن خودش تا حدودی حاکم است. پس تسلط انسان بر اعضا، جوارح و ذهنیات یک واقعیت است و چیزی نیست که در روابط اجتماعی، آن را وضع کرده باشند. اما پاره‌ای از مفاهیم تنها ساخته‌ی ذهن و مولود قراردادهای اجتماعی است و صرف نظر از آن، هیچ گونه وجود فیزیکی و خارجی ندارد. قوانین و مقررات، بایدها و نبایدها و مفهوم مالکیت و حقوق از همین قبیل می‌باشد. بنابر این اینکه می‌گوییم مالکیت رابطه‌ای است بین مال و مالک که بر اساس آن مالک می‌تواند هرگونه بهره‌برداری معقولی را که مایل باشد از مال خویش بنماید، این رابطه یک قرارداد است که جامعه آن را پذیرفته است. از شواهدی که نشان می‌دهد رابطه‌ی مذکور (مالکیت) واقعیت خارجی ندارد این است که: با داد و ستد و یک سلسله تشریفات کتبی و لفظی و چند برگ کاغذ، می‌آید و با تشریفات دیگر از بین می‌رود البته اینکه گفته می‌شود مالکیت یا قوانین و مقررات، امور اعتباری هستند منظور این نیست که اینها پوچ و بیهوده می‌باشند بلکه برعکس، بسیاری از امور اعتباری از اساسی‌ترین ارکان جامعه است که ریشه در فطرت انسان و واقعیت‌های جامعه و احتیاجات جمعی دارد. توضیح آنکه: انسان موجودی است اجتماعی که می‌بایست در کنار دیگران زندگی کند ولی حس خودخواهی و خوددوستی، هر فردی را وامی‌دارد که از هر کس و هر چیز در مسیر منافع خود بهره‌گیری نموده و حقوق دیگران را پایمال کند. با توجه به همگانی بودن این حالت انسان‌ها به طور طبیعی بر اساس ارتکاز به اینجا کشیده می‌شوند که در بین خود قراردادهایی را پذیرفته و همه

۱ - حاشیه‌ی مکاسب، ج ۱، ص ۵۳

۲ - کتاب البیع، ج ۱، ص ۲۵

به آنها احترام گذارند تا بتوانند به زندگی جمعی ادامه دهند. بنابراین، قراردادها، اگرچه اعتباری و جعلی است اما بشر آنها را بر اساس واقعیت‌های زندگی پذیرفته است و لذا از ارکان جامعه قلمداد می‌شود و زندگی اجتماعی بدون این امور اعتباری ممکن نیست. مالکیت از همین قراردادهای اساسی است که زندگی جمعی سرچشمه‌ی جعل و وضع آن بوده است؛ زیرا در یک نمونه‌ی ساده، انسانی که با صرف نیرو، هیزم‌هایی را از بیابان جمع‌آوری می‌نماید و یا با کار مداوم خود، قطعه زمینی را آباد می‌کند یا کلبه‌ای برای خویش می‌سازد، جامعه این واقعیت را دریافته است که: همانطور که بین این شخص و زمین آباد شده و یا او و هیزم‌ها، یک رابطه‌ی تکوینی پدید آمده، می‌بایست از نظر اجتماعی نیز برای او و هیزم‌هایی که جمع شده و یا زمینی که احیا گردیده، ارتباط خاصی اعتبار گردد تا بتواند محصول کارش را صرف نیازهای خود نماید و یا به دیگران ببخشد و... و از تصرف و تصاحب دیگران جلوگیری به عمل آورد. در غیر این صورت اگر هر کس قادر باشد دست روی محصول کار وی گذاشته و تصاحب نماید، این جریان عمومی خواهد بود و زندگی اجتماعی و همکاری از اساس، واژگون می‌گردد. این است که گفته می‌شود مالکیت و سایر مقررات در عین حال که اعتباری است ولی بر اساس واقعیت‌ها، اعتبار و وضع می‌گردد.

### بند سوم: استصحاب

از آنجاییکه در بحث تعارض بین مالکیت سابق و تصرف کنونی مبحث استصحاب نیز دخیل می‌باشد و در واقع برخی با تمسک به این اصل عملیه که عرش الاصول و فرش الامارات می‌باشد تمسک بسته و حکم به مالکیت سابق کرده اند به طور مختصر به بیان این اصل می‌پردازیم. بنا بر تعریف علمای علم اصول: «الاستصحاب، هو الحکم ببقاء حکم او موضوع ذی حکم شک فی بقاءه»<sup>۱</sup> در توضیح این تعریف باید گفت که هرگاه بقای حکم یا موضوعی که قبلاً وجودش یقینی بوده است مورد تردید واقع شود، بنا به حکم شارع آن حکم و آثار شرعی مترتب بر وجود واقعی‌اش را باقی می‌دانیم.

<sup>۱</sup> - (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ ق، ص ۲۸۴)



براساس این تعریف استصحاب بر سه رکن استوار است :

۱- یقین سابق: پیش از استصحاب حکم یا موضوعی باید به وجود آن یقین داشته باشیم؛ زیرا اگر وجود سابق آن نیز برای ما قطعی نباشد نمی‌توانیم آن را استصحاب کنیم؛ مثلاً هرگاه کسی مدعی شود که از دیگری طلبکار است ولی دلایل وی تنها ایجاد ظن به صدق وی نماید، نمی‌توان بر استصحاب بقای دین، مدعی علیه را محکوم به پرداخت نمود.

۲- شک لاحق: در استصحاب پس از یقین به وجود سابق یک چیز باید به بقای آن شک داشته باشیم و شک در اینجا اعم از ظن، شک و وهم اصطلاحی است و در هر سه صورت عنوان شک در بقا صدق می‌کند. زمان شک نیز باید بعد از زمان متیقن باشد، اگرچه زمان شک می‌تواند بعد از زمان یقین نیز باشد؛ [۱] مثلاً هرگاه متّهب دلایلی دالّ بر وقوع هبه ارائه کند، سپس ورثه واهب ادعا کنند که مورث از هبه رجوع کرده است، برای دادرسی نسبت به وقوع هبه یقین حاصل می‌شود و همزمان با این یقین در بقای آن تردید صورت می‌گیرد، سپس می‌تواند به استناد اصل استصحاب، حکم به بقای هبه نماید.

۳- وحدت متعلق یقین و شک: آنچه را می‌خواهیم استصحاب کنیم و مورد تردید است باید همان باشد که به آن یقین داشته‌ایم و باید موضوع قضیه متیقنه و قضیه مشکوکه واحد باشد. چنانکه در مثال فوق متعلق یقین و شک، هبه وارث است.

ماهیت حقوقی استصحاب اعتماد بر وضع سابق گاه بدلیل و خود ظن بر استمرار آنست. ولی، این ظن که از راه غلبه ایجاد می‌شود، در همه حالت‌های استصحاب بدست نمی‌آید و تکیه بر حالت گذشته تنها برای رفع سرگردانی است، راهی است که بمنظور فصل دعوی فراهم گشته نه برای رسیدن مواقع، پس، این بحث بمیان می‌آید که استصحاب در زمره امارات قانونی است یا در شمار اصول عملی؟ پیچیدگی بحث از آنجاست که نه تنها قانونگذار درباره ماهیت استصحاب باجمال سخن گفته است، بین اصل و اماره نیز شباهت زیاد است. هر دو در مقام فصل دعوی و استنباط حکم بکار می‌رود و ارزش هیچکدام با سایر دلایل برابر





نیست، بکار بردن اصل همگامی جایز است که دلیل دیگر وجود نداشته باشد<sup>۱</sup>. و اماره نیز در صورتی اعتبار دارد که دلیلی بر خلاف آن نباشد. بخاطر همین شباهت است که گروهی از نویسندگان اختلاف اصل و اماره را بیش از گفتگو درباره ماهیت استصحاب یادآور شده اند و این شیوه ای است که باید از آن پیروی کرد. به موجب ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی، "اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که بحکم قانون ویادر نظر قاضی، دلیل بر امری شناخته می شود." در اماره قضایی، دادرس از قرائن خاص هر دعوی یی به امور مجهول می برد و قانونگذار سهمی در رهبری او ندارد. ولی در اماره قانونی، امری را که در بیشتر موارد رخ می دهد قانونگذار مبنای قاعده کی می سازد و بظاهر امور اعتماد می کند و حکم غالب را در همه جا کاشف از حقیقت قرار میدهد. برای مثال در بیشتر موارد مال در دست صاحب آنست و ظاهر حکم می کند که متصرف از راه مشروع بر آن استیلا یافته است، ولی مواردی هم که شخص به زور و قهر سرمال دیگری مسلط شده کم نیست، منتها، قانونگذار این حالتها را استثنائی را ندیده میگیرد و حکم قالب را قاعده کار دادرس می سازد تصرف بعنوان مالیکت را دلیل مالکیت می شناسد" (ماده ۴۵ قانون مدنی) و هر تصرف را تا زمانی که خلاف آن ثابت نشد مشروع می داند (ماده ۷۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی) همچنین از آن رو که اطفال متولد در زمان زوجیت غالباً از رابطه زن و شوهر بوجود می آید، بطور کلی این گونه کودکان را از آن شوهر می داند. بطور خلاصه، هر گاه قانون ظنی را که در نتیجه غلبه بوجود آمده است بصورت قاعده دادرسی در آورد. اماره قانونی بوجود می آید در این گونه امور هدف قانونگذار ایجاد یک قاعده ثابت نیست، بلکه می خواهد راه کشف حقیقت را نشان دهد اعتبار اماره تنها بخاطر دلالتی است که بر وقع دارد و چون مبنای آن را ظن بر غالب تشکیل می دهد، اگر دلیلی احتمال خلاف گمان را برساند، اماره نیز از اثر می افتد چنانکه ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی در همین زمینه می گوید: "امارات قانونی در کلیه دعاوی... معتبر است مگر آنکه دلیل برخلاف آن موجود باشد." در اصول عملی نیز امید رسیدن مواقع وجود دارد، زیرا

<sup>۱</sup> - (ماده ۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی)

<sup>۲</sup> - ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی



قانونگذار عاقل بیهوده کسی را از اقامه دلیل بی نیاز نمی کند و در ترجیح یکی از دو طرف احتمال، مصلحتی را در نظر می گیرد، منتها، گمانی که ایجاد شده باندازه ای ضعیف است که خردمند به آن اعتماد نمی کند، ولی، بهر حال در این وادی نیز باید راهی برگزیند و چه بهتر که در این راه احتمال رسیدن بواقع بیشتر باشد. در چنین موردی است که قانونگذار تأسیس اصل عملی را لازم می بیند اصلی که هدف آن در مرحله نخست رفع سرگردانی است به کشف حقیقت. اینکه می گویند، از اجرای اماره حکم واقعی بدست می آید و نتیجه بکار بستن اصل عملی حکم ظاهری است، بدلیل اینست که اماره را قانونگذار کاشف از واقع ساخته است، لیکن مصلحتی که او را در تمهید اصولی عملی برانگیخته رفع سرگردانی دادرسی است. یعنی می خواهد، حکمی را که از این راه بدست می آید جانشین حکم واقعی سازد. بنابراین، طبیعی است که هرگاه اماره ای با اصل فعلی تعارض پیدا کند، بر آن مقدم است. پس از این توضیح باید گفت با این که یقین سابق درباره ای موارد ایجاد ظن بر استمرار می کند. این موارد اندازه ای نیست که ظن نوعی در بقای حالت گذشته ایجاد کند در بیشتر حالت‌های استصحاب گمانی در رسیدن بواقع وجود ندارد، خردمندان نیز مبنای کار خود را بر غالب می نهند و اعتنایی به یقین سابق نمی کنند، پس ظاهر اینست که قانونگذار استصحاب را وسیله کشف حقیقت نساخته، بلکه اصلی بوجود آورده است تا حالت تردید را از بین ببرد و راهنمای دارس در انتخاب یکی از دو احتمال باشد.

### بخش ششم: قلمرو اجرای اصل استصحاب

موارد اجزای استصحاب در قوانین و آرای محاکم باندازه ای پراکنده و نامنظم است که نمی توان قلمرو اجزای آن را بدرستی تعیین کرد ولی، باجمالی می باید گفت که در تفسیر قوانین تنها باصول عقلی نباید اتکا داشت. پیش از این دانستیم که دادرسی چگونه می تواند از نبد الفاظ بگذرد و بروح و مبانی قانون توجه کند. در این جا نیز برای تعیین قلمرو استصحاب باید از هدف های حقوق الهام گرفت و این اصل را وسیله رسیدن بآنها قرار داد. هدف قواعد حقوق را در دو نکته می توان خلاصه کرد. دادگری و استقرار نظم بنابر این دو عامل گوناگون دامنه استصحاب را محدود می کند. وقتی احراز شد که استصحاب را قانونگذار بعنوان "اصل



“ پذیرفته است ، دادرسی نمی تواند به بهانه رعایت عدالت یا مصلحت آن را بکار ببندد. لیکن اثر این عامل را نباید انکار کرد . هدف اصلی دادگاه حق گزاری و دادگری است . دادرسی که می دانسته استصحاب بعنوان آخرین دارو بکار می رود و هرگاه با روح قوانین و ظواهر امور مخالف باشد اعتبار ندارد. در پناه این عناوین از اجرای اصل می گریزد. یکی از نتایج اصل تساوی مردم در برابر قانون اینست که ، همه موارد مشابه مشمول یک قاعده باشند و نظم خاصی بر قوانین حکومت کند . درست است که قانونگذار نمی تواند این نظم را بطور کامل حفظ کند ولی ، دست کم متمایل بر رعایت آنست و تجاوز بدان را استثنائی می داند ، بنابراین ، جز در مواردی که استصحاب در قانون بکار رفته است ، در هر مورد که بکار بردن “ اصل “ این نظم را بر هم زند ، یا روح قانون مخالف است و باید از آن پرهیز کرد. از سوی دیگر باید توجه داشت که استصحاب نیز بطور ناقص راهی برای رسیدن بواقع است. پس ، در مواردی که بنظر عقل این کوره راه نیز مسدود است استناد باستصحاب نیز امکان ندارد. گفته شد که هرگاه تردید در استعداد مقتضی باشد . هیچ گمانی در بقای حالت سابق بوجود نمی آید و خردمندان نیز به آن اعتماد نمی کنند بنابراین ، می توان گفت اجرای استصحاب در این گونه موارد اعتبار ندارد و باید از آن چشم پوشد فلذا باید گفت نظر آنان که با تمسک به این اصل حکم به مالکیت سابق میکنند صحیح نمی باشد که در ادامه هبحث به بیان نظرات و نقد آنان خواهیم پرداخت.

### بند اول: تعارض استصحاب با امارات

از آنجایی که این قسم از تعارض مرتب با بحث ما می باشد و جهت روشن شدن تعارض نیاز به آن داریم به بیان آن به طور مختصر می پردازیم. اماره به معنی نشانه و دلیل است و در حقوق مدنی اماره دو قسم است: «اماره قانونی» که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده است (۱۳۲۲ق.م) و «اماره قضایی» که اوضاع و احوالی است در خارج و به نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود. در حقوق مدنی همواره اماره قانونی را بر استصحاب مقدم می دارند؛ به این دلیل که استصحاب به عنوان اصلی عملی در مقام تردید جاری می شود و وجود اماره قانونی به عنوان قائم مقام قطع، موضعی برای تردید و در نتیجه جریان استصحاب باقی نمی گذارد.





نمونه بارز این مطلب را در تعارض قاعده ید و استصحاب می‌توان ترسیم کرد. براساس ماده ۳۵ق.م: «تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود». بنابراین هرگاه اماره ید اقتضای مالکیت شخصی را بکند و استصحاب مالکیت مالک سابق، مقتضی ملکیت او باشد، میان استصحاب و اماره ید تعارض پیش می‌آید، لذا اماره مقدم می‌گردد و بار دلیل به عهده مالک سابق است. این ماده مبتنی بر این بحث اصولی است که اماره ید دلیل اجتهادی است و دلیل اجتهادی بر اصل عملی مقدم است.<sup>۱</sup> در تعارض اماره قضایی با استصحاب نیز اماره را مقدم می‌دانند؛ زیرا وجود اماره قضایی را علتی برای رفع تردید و ایجاد علم برای دادرسی تلقی می‌کنند که در این صورت جایی برای استصحاب باقی نمی‌ماند. نکته قابل ذکر این است که بحث تقدم اماره بر استصحاب در علم اصول با بحث تقدم اماره در حقوق متفاوت است؛ زیرا در اصول، اماره‌ای را بر استصحاب مقدم می‌دارند که از ظنون خاصه باشد یعنی دلیل شرعی بر حجیت آنها وجود داشته باشد. اما در حقوق، اماره قانونی و قضایی حجیت دارد، اگرچه مبنای آن دلیل شرعی نباشد؛ مثلاً انتشار قوانین در روزنامه رسمی کشور، اماره قانونی بر عالم بودن افراد جامعه به قوانین است؛ حال اگر کسی در دادگاه، مدعی جهل به قانون شود، با این که در موارد شک، اصل عدم العلم است، اماره قانونی مزبور بر این اصل مقدم است. در حالی که چنین تقدمی در شرع مطرح نمی‌باشد.

### بند دوم: تعارض استصحاب و اماره تصرف

همان طور که گفته شد اصول عملی هیچگاه با اماره نمی‌تواند برابری کند، در هر مورد که استصحاب یا یکی از امارت تعارض داشته باشد، بی‌گمان اماره حکومت دارد با وجود این، چون در مفاد اماره تصرف اختلاف شده است، تعارض بین این اماره و استصحاب را جداگانه مطرح می‌سازیم. فرض اینست که اگر شخصی به ظرفیت متصرف اقامه دعوی کند و مالکیت خود را پیش از تصرف اثبات نماید، آیا متصرف می‌تواند باستناد ماده ۳۵ قانون مدنی، خود را بی‌نیاز از هر گونه دلیل بداند و از مالک سابق بخواهد تا خلاف این اماره را مدلل دارد. آیا

<sup>۱</sup> - (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۲۹)

ناگزیر است که انتقال مال را بخود ثابت کند؟ یعنی باید دید ، هر گاه بین اماره بد، که دلیل مالکیت کنونی متصرف است با دلایلی که مالکیت سابق طرف او را می رساند تعارض باشد، کدامیک از آنها را باید مقدم داشت و در این نزاع مدعی کیست؟ اگر بدلائلی معلوم شود که شروع بتصرف بعنوان امین یا غاصب بوده است ، استیلائی کنونی بر مال به تنهایی اماره مالکیت نیست. تصرفی دلیل بر مالکیت است که پیشینه آن معلوم نباشد و در چنین مواردی که تصرف از جانب غیر یا نامشروع است ، متصرف باید تغییر عنوان تصرف و مشروع بودن آن را اثبات کند، یعنی استصحاب مالکیت سابق بر تصرف کنونی مقدم است. ماده ۷۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی در بیان همین فرض می گوید، “ کسی که متصرف است تصرف او بعنوان مالکیت شناخته میشود، لیکن 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 بعنوان مالکیت متصرف شده است . ولی ، اگر چگونگی شروع به تصرف معلوم نباشد ، بیشتر نویسندگان مالک سابق را مدعی کنونی خود را ثابت کند، زیرا مالکیت سابق او با حق کنونی متصرف منافات ندارد، دلائلی که بر مالکیت گذشته وجود دارد، هنگامی می تواند حق فعلی مدعی را اثبات کند که بااصل استصحاب ضمیمه شود ، در این صورت می توان گفت ، چون مسلم است که مدعی پیش از تصرف مالک بوده و اصل بقاء حق اوست، اکنون نیز مالک شناخته می شود تا خلاف آن اثبات شود . پس در تعارض بین تصرف کنونی و مالکیت سابق ، در واقع اماره بد یا اصل استصحاب معارضه دارد و بر آن حکومت می کند . در برابر این استدلال می توان گفت ، ظاهری که مبنای اماره بد قرار گرفته است در جایی وجود دارد که سابقه مالکیت روشن نباشد، پس در موردی که مالکیت سابق کسی بر آن اثبات شود، اماره ای بسود متصرف وجود ندارد و او باید انتقال مال را بخود ثابت کند، ماده ۳۷ قانون مدنی می گوید، “ اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است، در این صورت مشارالیه نمی تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است ، بنابراین ، چون اقرار هیچ خصوصیتی در برابر سایر دلائل ندارد، باید بر آن بود که ثبوت حق سابق مدعی ، نیز دلیل که



باشد ، اثر اماره تصرف را از بین می برد. از این گذشته لحن مواد ۹۷ و ۱۲۴ قانون مدنی نیز بخوبی نشان می دهد که تصرف در صورتی دلیل مالکیت است که مالک سابق مال معلوم نباشد . در امتیاز اقرار بر سایر دلایل گفته شده است که دعوی را دگرگون می سازد، یعنی کسی که پیش از آن مدعی علیه بشمار می آید، در اثر اقرار مدعی می شود و باید احتمال مال را بخود ثابت کند .متصرفی که به مالکیت سابق طرف دعوی اعتراف می کند ناچار است که یا انتقال مال را بخود ضمیمه اقرار سازد ، یا مالکیت کنونیش را جدای از اقرار ادعا کند، بدین ترتیب که بگوید ، در سابق مال بطرف دعوی تعلق داشته و اکنون از آن اوست . در حالت دوم ، اقرار و نادرستی ادعایش را نیز می رساند ، زیرا ممکن نیست مالی ، بدون سبب خاص، از ملکیت صاحب آن خارج و به دیگری منتقل شود. پس ، این اقرار با ادعای مالکیت جمع نمی شود و لازمه معتبر داشتن آن نپذیرفتن ادعا است، در حالت نخست نیز ، که متصرف ادعای انتقال را باقرار ضمیمه می سازد ، با این کار دعوی را دگرگون می کند اکنون دیگر او مدعی انتقال است و باید ادعای خویش را که با اصل عدم انتقال مختلف است اثبات کند ( ماده ۱۲۸۳ قانون مدنی )

اگر دلایل دیگر مالکیت سابق مدعی را برساند، متصرف همچنان مدعی علیه است و طرف او باید نامشروع بودن تصرف و مالکیت کنونی خود را ثابت کند، ولی ، در جایی که متصرف بحق سابق مدعی اعتراف می کند، دعوی منقلب می شود و این بار متصرف باید اثبات ادعا را بعهده بگیرد . این گفته را باسانی نمی توان پذیرفت ، زیرا، اگر قبول شود که هیچ مالی بدون سبب بدیگری منتقل نمی شود و تصرف نیز به تنهایی نمی تواند دلیل آن قرار گیرد. پس چگونه می توان ، در سایر مواردی که مالکیت سابق احراز شده است ، متصرف را از اقامه دلیل بی نیاز دانست ؟ و برعکس ، هرگاه تصرف دلیل بر انتقال باشد، چرا در موردی که متصرف به مالکیت سابق طرف خود اقرار کرده است، باید او را مدعی شمرد و اماره ای را که سودش ایجاد شده است ندیده گرفت؟ این تعارضی است که پاسخ آن داده نشده و بهمین دلیل است که مفاد ماده ۳۷ قانون مدنی را بحکم منطق سلیم، باید به همه مواردی که مالکیت سابق احراز می شود سرایت داد . مورد دیگری که بین نویسندگان اختلاف شده ، تعارض بین تصرف



کنونی و وقفیت سابق است. بدین معنی که، اگر وقف بودن ملکی در گذشته معلوم باشد و متصرف کنونی ادعا کند که مالک آنست، آیا این تصرف به تنهایی می تواند دلیل بر امکان فروش وقف و انتقال آن به متصرف محسوب شود یا نه؟ پاره ای از نویسندگان این فرض را تابع موردی دانسته اند که تصرف کنونی با مالکیت سابق متعارض باشد. بنظر آنها اگر تصرف از زمانی آغاز شود که ملک هنوز وقف است و امکان فروش آن وجود ندارد، به تنهایی دلیل بر مالکیت نیست، ولی، هرگاه این نکته معلوم نباشد یا احتمال رود که شروع به تصرف در زمانی بوده است که فروش وقف امکان داشته، تصرف کنونی مقدم است. زیرا تصرف اماره است و بر استصحاب وقف بودن، که در زمره اصول فعلی است، حکومت دارد. گذشته از آنچه درباره تعارض تصرف و مالکیت سابق گفته شد، پذیرفتن نظریه یاد شده با این اشکال روبروست که تصرف حداکثر می تواند دلیل بر انتقال مال متصرف باشد و این دلالت در صورتی امکان دارد که موضوع آن قابلیت انتقال را داشته باشد ولی در مورد وقف، ابتدا باید ثابت شود که بدلیل وجود حادثه ای فروش آن ممکن گشته است. و این امری است که تصرف هیچ دلالتی بر آن ندارد. پس در اینگونه دعاوی، متصرف نمی تواند مدعی مالکیت را از اقامه دلیل بی نیاز کند و، به بیان دیگر، استصحاب وقف بودن بر آن مقدم است.

### **بند سوم: تعارض ید فعلی با ید سابق (تعارض ید با استصحاب)**

اگر ید فعلی دلالت بر ملکیت ذوالید می کند با «ید» دیگری که قبلاً بر همین مال سیطره داشته، تعارض داشته باشد، آیا حکم به مالکیت ذوالید فعلی داده می شود؟ زیرا ید فعلی ظهور در ملک دارد، یا حکم به ملکیت ید سابق داده می شود، به اعتبار استصحاب ید سابق یا ملکیت سابق؟ موضوع فوق همان امری است که تحت عنوان تعارض ید با استصحاب یا تعارض ید فعلی با «ید» سابق، قصد بررسی آن را داریم، این دو عنوان از لحاظ معنا فرقی نمی کنند، زیرا ید سابق با «ید» فعلی تعارض ندارد مگر براساس حجیت مدلول استصحاب. از تتبع و بررسی کلام حقوق دانان اسلامی در این مورد، دو نظر روشن و بارز به دست می آید یکی از آنها، تمایل به تقدیم استصحاب بر «ید» دارد و دیگری بالعکس، ید را مقدم می دارد.





البته نظر سومی نیز ابراز شده است که تمایل به توقف در تقدیم یکی از متعارضین بر دیگری دارد که اکنون به بررسی و بیان دو رأی مشهور می‌پردازیم:

الف- نظر اول- تقدیم استصحاب بر ید: برخی از فقهای امامیه<sup>۱</sup> بیان کرده‌اند، بارزترین و مهم‌ترین دلیلی که به آن تمسک جسته‌اند، این است که ید فعلی اگر دلیل ملکیت باشد، پس ید سابق یا تصرف قبلی نیز همین امر را می‌رساند، لذا، سزاورتر از ید فعلی است زیرا هر دو ید در دلالت بر ملکیت مشترک‌اند، اما چون ید قبلی و سابق از حیث زمان جلوتر است که به همین جهت آن را مقدم می‌داریم. برخی نیز بیان کرده‌اند در مسأله تعارض بین مالکیت سابق و اسبق بعد از این که ملکیت سابق ثابت شد، حکم به ملکیت فعلی داده نمی‌شود مگر این که دلیل انتقال ملکیت از ید سابق به ید فعلی موجود باشد، و اکنون که چنین دلیلی نیست، پس یدی که قدیمی‌تر و سابق‌تر است، مقدم است به خاطر استصحاب.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد دلیل طرفداران تقدیم استصحاب بر «ید» قابل‌خداشه و ایراد باشد، زیرا مصادره به مطلوب است، چه این که صرف مسبوق بودن ید سابق به زمان سابق، موجب ترجیح بر ید فعلی نمی‌شود، مگر این که ثابت کنیم استصحاب بر ید مقدم است که این تازه اول کلام است.

ب- نظر دوم - تقدیم ید بر استصحاب: این نظر به اکثر فقها نسبت داده شده است بلکه بر آن ادعای اجماع نیز شده است. اما دلیل این تقدیم خیلی واضح و روشن است، زیرا با فرض این که ید از امارات و استصحاب از اصول عملیه باشد، ضرورتاً ید بر استصحاب مقدم داشته می‌شود، زیرا با وجود اماره نوبت به استناد به اصل نمی‌رسد، زیرا اماره کاشف از واقع است که در بحث ما، همان ملکیت ذوالید فعلی است دیگر جایی برای شک باقی نمی‌ماند تا مجرای استصحاب باشد، زیرا ید فعلی خود مزیل شک است. حتی اگر ید را اصل فرض کنیم، باز هم ید مقدم بر استصحاب است، زیرا مورد اعمال ید همیشه استصحاب همراه دارد، توضیح این که غالباً بلکه در همه موارد، ید مسبوق عدم ملکیت است. به عبارت روشن‌تر اصل بر این است که اموال تحت ید افراد، مسبوق به عدم تصرف آنان است و تصرف آن‌ها امری حادث است، پس

۱- (شیخ طوسی، ۱۴۱۴ ه.ق، صص ۳۵۷-۳۵۸؛ اصفهانی (فاضل هندی)، ۱۴۱۱ ه.ق، ص ۱۸۷)

۲- (محقق الحلی، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۱۹۵)



با توجه به سابقه عدم اگر اصل استصحاب را جاری کنیم، تقریباً در اغلب موارد باید در مورد اعتبار ید فعلی شک کنیم و مورد را ملحق به حالت سابق بدانیم و نتیجه بگیریم که ید حاضر معتبر نیست؟ حال آن که شارع مقدس ید را معتبر دانسته و آن را اماره قرار داده است، پس اگر استصحاب جاری شود، دیگر محلی برای اعمال قاعده ید باقی نمی ماند و لازم می آید این اعتبار لغو و بیهوده باشد که از شارع حکیم بعید است به همین جهت امام صادق علیه السلام در نص معروف چنین فرموده اند که اگر معتبر نباشد، اعتباری برای بازار و کسب مسلمین باقی نمی ماند<sup>۱</sup> البته در این که ید وارد بر اصل استصحاب است یا حاکم بر آن بین فقهای اسلامی، اختلاف است که به نظر می رسد بحث از آن از موضوع این مقال خارج باشد. با این بیان روشن شد که نظر اخیر، یعنی تقدیم ید بر استصحاب، بر نظر قبلی ترجیح دارد با توجه به استدلالی که بیان شد، به نظر می رسد در حقوق ایران نیز این نظر مورد پذیرش باشد. اطلاق ماده ۳۵ قانون مدنی نیز مثبت این امر است.

اما برخی از حقوق دانان عقیده ای مخالف این نظر را دارند و چنین استدلال می نمایند:

«به موجب ماده ۳۵ قانون مدنی تصرف در صورتی بر مالکیت متصرف دلالت دارد که دلیل دیگری بر خلاف آن موجود نباشد. ظاهری که اماره ید بر آن مبتنی است ویژه موردی است که سابقه مالکیت مال روشن نباشد. در موردی که مالکیت سابق کسی بر مالی اثبات شود، اوضاع و احوال به سود متصرف موجود نیست. پس او باید در دادگاه نشان دهد که به یکی از اسباب قانونی، مال 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 نهایت به ماده ۳۷ نیز استدلال می کنند و چنین می گویند: «متن ماده ناظر به صورتی است که مالکیت سابق مدعی مورد اقرار متصرف باشد ولی، چون اقرار هیچ خصوصیتی جز اثبات مالکیت مدعی ندارد، باید بر آن بود که ثبوت حقایق سابق مدعی، به هر دلیل که باشد، اثر اماره تصرف را از بین خواهد برد. اما همان طور که قبلاً استدلال شد، ید مقدم بر استصحاب است چرا که قاعده ید یک اماره است و در



صورتی که اماره با اصل استصحاب تعارض پیدا کند، چون ضریب حقیقت‌نمایی اماره از اصل بیشتر است اماره بر اصل مقدم خواهد بود. لذا، استدلال فوق که استصحاب را بر اماره ید مقدم دانسته مخدوش است. رویه قضایی ایران نیز ید را مقدم بر استصحاب می‌داند<sup>۱</sup> بنابراین، هرگاه مالکیت سابق به طریقی غیر از اقرار متصرف فعلی محرز شود، استصحاب تصرف سابق نمی‌تواند معارض تصرف فعلی باشد و تقدم با اماره تصرف کنونی است.

### نتیجه‌گیری

با توجه به مباحثی که مطرح شد این گونه می‌توان نتیجه گرفت که در صورت تعارض بین اماره تصرف و مالکیت سابق، تصرف فعلی مقدم است و در واقع مالکیت سابق نمی‌تواند با اماره تصرف معارضه کند. در رابطه با استثنای وارده به این اصل در ماده ۳۷ ق.م.هم باید گفت که این یک حکم خلاف اصل و قاعده ای استثنایی است که مفاد این حکم راجع به اقرار خود فاقد توجیه منطقی و حقوقی می‌باشد، لذا باید از تعمیم و توسعه و قیاس آن با سایر موارد اثبات مالکیت سابق مدعی اجتناب کرد.



<sup>۱</sup> - (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی ۱۳۸۵ه.ش، ص ۷۱۸)

## منابع و مأخذ

۱. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران: میزان ۱۳۸۶
۲. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، تهران: میزان ۱۳۸۲
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیة ۱۳۷۶
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق = فارق، دایرةالمعارف عمومی حقوقی، تهران: گنج دانش ۱۳۸۱
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، تهران: گنج دانش ۱۳۷۹
۶. شمس، عبدالله، آئین دادرسی مدنی، تهران: دراک ۱۳۸۶
۷. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران: کانون وکلای دادگستری ۱۳۷۹
۸. صفايي، سيد حسين، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۵
۹. متین، احمد، مجموعه رویه قضایی قسمت حقوقی شامل آراء هیئت‌های عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۵ راجع به قانون آیین دادرسی مدنی - قانون مدنی - قانون تجارت و قوانین حقوقی دیگر، تهران: خط سوم
۱۰. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، مالکیت و مسئولیت، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی

۱۱. موسوی بجنوردی، سید حسن (ش)، القواعد الفقهیه، تهران: نشر میعاد





پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی