

## باب دوم - در حقوق مختلفه

### که برای اشخاص نسبت باموال حاصل میشود

مقنن انواع علائق و روابطی را که ممکن است بوسائل و اسباب قانونی بین اشخاص و موجودات خارجی یا به اعتبار عقلائی مفروض الوجود موجود شود در ماده ۲۹ بدین شرح :

«ممکن است اشخاص نسبت باموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند :

۱ - مالکیت اعم از عین یا منفعت

۲ - حق انتفاع .

۳ - حق ارتفاق بملک غیر» تعیین نموده و پس از تعداد حقوق و علائق

مزبور احکام هر نوعی را در فصل خاصی بیان نموده است ولی بایستی دانست که حقوق و روابط مذکور در ماده ۲۹ فقط اشهر و عمدتاً انواع روابط و حقوقی است که بین اشخاص و موجودات خارجی موجود میشود نه تمام آنها و روابط و حقوق دیگری نیز هست از قبیل رابطه و حقی که برای مرتهن نسبت بمورد رهن یا دائن نسبت باموال مدیون یا بائع نسبت بمبیع موجودیکه مشتری آن قبل از تأدیه ثمن مفلس شده یا شریک بعنوان شفعه نسبت بمبیع دارد و ..... که در موارد خود بیان خواهد شد.

### فصل اول در مالکیت

مقنن در فصل اول بدون آنکه ملکیت و مالکیت را تعریف کند در مقام بیان احکام و آثار آن برآمده است!

گویا علت انصراف مقنن از تعریف ملکیت و مالکیت این بوده که تعریف آن مثل سایر موضوعات بحد ممکن نیست و تعریف برسم هم چون مفهومی است عرفی مورد نیاز نبوده چه مالکیت (اعم از فردی و اجتماعی) گرچه از امور اعتباریه است ولی منشاء اعتبار تا حدودی فطرت و دارای جنبه طبیعی است نه جعلی صرف و انشائی محض و بکلی عاری از واقعیت (که فقط برای نظامات اجتماعی اعتبار شده باشد) تا حقیقت آن از نظر عرف مخفی باشد و محتاج بتعریف و شناسائی گردد!

۱ - بحکم فطرت و طبیعت است که برای کشورها و اقوام و ملل بعنوان مالکیت اجتماعی مرز و بوم بوجود آمده و بطوریکه از تحقیق دانشمندان بدست میآید برای مناطق بود و باش حیوانات صحرائی و دریائی هم مرز و بوم یعنی مالکیت اجتماعی وجود دارد و فرق بین آنها با اشرف مخلوقات فقط این است که آنها استمار طلب نبوده و شهوت استعماری ندارند .

## باب دوم - در حقوق مختلفه

چنانچه اگر طفلی قوطی کبریت خالی را بدست بیاورد آنرا مختص و ملک خود میداند و اگر کسی خواسته باشد آنرا از تصرف او خارج نماید از مالکیت خود نسبت بآن ولوبا یاری طلبیدن پدر و مادر دفاع مینماید و حتی حیوانات و بلکه حشراتهم باندازه دانشمندان حقوق بالطبع برحقیقت مالکیت که اثر آن حق اختصاصی برای تصرف و انحصاری برای انتفاع است واقفند!

چنانچه کبوتریکه آشیانه برای خود فراهم نموده آنرا ملک خود میداند و بر متعدی حمله خواهد نمود. زنبور لانه‌ای را که در آن ماوا دارد ملک خود دانسته و از مزاحم دفاع میکند. هیچ عاملی لانه مورچه را نمیتواند از تصرف آن خارج نماید مگر با نابود کردن آن (۱).

بنابراین یک چنین موضوعی که تاحدودی فطری و طبیعی است محتاج بتعریف نیست و اگر ابهامی در حقیقت آن باشد مثل سایر موضوعات با تعریف و ترکیب الفاظ مرتفع نخواهد شد.

بهرحال هیچ لازم نیست یک موضوعاتی که مفهوم عرفی دارد همه آنرا تاحد لازم میشناسند یا الفاظ مبهم و عبارتی ناهنجار که اگر معنائی هم داشته باشد مشکل میتوان فهمید و آسان فراموش نمود تعریف شود.

چه لزوم دارد مالکیت مثل سردی و گرمی یا لذت و الم یا حیات و ممات که حتی حیوانات و حشرات هم تاحد لازم بخوبی میدانند با آن الفاظ و عبارات گچی کننده و کج و معوج که حکما و فلاسفه تعریف نموده اند تعریف شود (۲)

۱ - همان اندازه که دسته‌ای در برهم زدن اصول مالکیت منحرف از واقعیت و حقیقت شده و برخلاف فطرت و مقتضیات طبیعی رفتار نموده‌اند آن دسته هم که آنرا از دائره حقیقی و حدود واقعی و طبیعی خارج نموده و دامنه آنرا بحدی وسعت داده‌اند که برخلاف دستور شرایع آسمانی حتی نسبت باراضی موات هم اعمال نموده‌اند منحرف و از حدود حقیقی آن خارج شده‌اند و دنیا بین این دو دسته افراطی در پرتگاه مخوف و سقوط ابدی واقع گردیده است که اگر هر دو دسته در افکار و رویه خود تعدیل نمایند و از مقتضیات طبیعی و فقط تا حدودیکه شرایع آسمانی تجویز نموده و فطرت ایجاب مینماید تمکین نمایند سقوط حتمی است و بشر در مبارزه بین این دو دسته منحرف و فعل و انفعال این دو سنگ سنگین آسیا خورد و محو و نابود خواهد گردید.

میدانید دسته اول که دنیا را نظیر کشتی طوفان زده منقلب و باضطراب انداخته‌اند چرا بوجود آمده چون دسته دوم با خروج از مرز حقیقی مالکیت و حدود و مقتضیات آن و با کمال قساوت و بی رحمی تمام مواهب الهیه را بخود اختصاص داده بودند و «کل شیء تجاوز حده انقلاب ضده» از قوانین حاکمه غیر قابل تمخلف و سنن الهیه است «ولن تجد لسنة الله تبديلا»

۲ - هیچیک از تعریفات مختلفی که برای اغلب حقایق و واقعیتها و موضوعات شده بدلیل همان اختلاف کاملاً با حقیقت و واقعیت نفس الامری آن مطابق نبوده و بهترین تعریفها شاید بتواند فقط بعضی از آثار و خواص بعضی قطعات حقیقی را نشان دهد و بهیچ وجه حقیقت کامل را بحدودیکه دارد بدست نمیدهد.

## آثار مالکیت در عرف و قانون

مالکیت مالک را در نظر عرف مجاز میدارد که منحصر آ هر نوع دخل و تصرف در مال خود بنماید و بهر اندازه که ممکن است و بهر نحو از آن منتفع گردد. اولی در نظر قانون حق و اختیارات مالک نامحدود نبوده و آن اندازه وسعت ندارد که در نظر عرف دارد و منظور ماده ۳۰ که مقرر داشته :

« هر مالکی نسبت بمایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردیکه قانون استثناء کرده باشد » این است که مالک حق همه گونه انتفاع از مال خود دارد نه حق هر نوع تصرف و هر اندازه انتفاع و چنانچه قسمت اخیر ماده اشعار دارد بسیاری از انواع تصرف و انتفاعات از حکم عمومی قسمت اول ماده خارج و مستثنی است .

### استثناء قانونی

استثناء قانونی مورد اشعار قسمت اخیر ماده یکمترتبه نسبت بنوع خاص از انتفاع یا تصرف است مثل قسمت اول ماده ۱۳۳ که مالک دیوار را از تصرف در دیوار خود بطوریکه در باز شود منع نموده و یکمترتبه نسبت بکیفیت خاصی از تصرف و انتفاع است مثل مورد اضرار که ماده ۱۳۲ اشعار دارد و یا انتفاعات غیر عادلانه که با قاعده « عدم جواز انتفاع غیر عادلانه » ممنوع و غیر مجاز است (۱) . و بالجمله قسمت اول ماده یک

عبارتهائیکه برای تعریف حقایق و موضوعات ساخته و پرداخته شده ( چه تعریفهایی که از دانشمندان حقوق نسبت بموضوعات حقوقی و چه از فلاسفه نسبت بموضوعات فلسفی و چه از سایر دانشمندان نسبت بموضوعات فنون مختلفه ) غیر از ابهام و گنگی که فقط اصطلاحات تیره و نظیر دایره سر و ته آن معلوم نبوده و لباسی نکرده و ناشناس بخود گرفته است چیز دیگری نیست ! آیا با لباس میتوان حقیقت متلبس را بدست آورد آیا با عبارت ( استقدس فوق استقدسات ) میتوان بذات بی رنگ باریتعالی و حقیقت بی آرایش خالق یکتا پی برد؟

چه ضرورت دارد معانی ساده و واقعیتهای مفهوم و معروف عرف در پیچ و خم کلمات تاریک و معلق که جر همان قالب الفاظ تهی از هر معنی و مفهوم چیز دیگری نیست بیان شود . از اینگونه عبارتها که فقط منظور تظاهر بفضل و دانش ساخته و بافته شده چه فهمیده میشود ؟ هیچ !

۱ - اگر دانشمندان سیاسی و متخصصین اقتصاد و علمای حقوق این واقیعت را اعلام میداشتند که استفاده از سرمایه بیش از صدی دوازده در سال مخالف با عدالت و مصالح اجتماعی و کلاهبرداری است تا حدودی از وضع نا منظم و غیر ثابت اقتصادی و اجتماعی رهائی جسته و از بسیاری از قوانین و مقررات مانند قانون تعدیل بی نیاز میشدیم و تا حدود زیادی از تشنج اعصاب و رنجش جامعه که ناشی از فشار زندگی است جلوگیری میشد .

چه صاحب مغازه میدانست حق ندارد بیش از صدی دوازده از مستأجر مطالبه کند مالک باغ و مزرعه میفهمید استفاده بیش از صدی دوازده از باغ و مزرعه موجب این است که رنج زندگی غیر قابل تحمل و هزینه زندگی بالا و سطح آن پائین و جامعه در فشار قرار گیرد که در نتیجه آن جهان پر بلا خواهد شد .

(بقیه پاورقی در صفحه ۲۷)

حکم مطلق و عمومی است و قسمت دوم آن با استثناء قانونی اعم از آنکه بانص صریح قانون باشد یا حکم عمومی قانون یا قواعد و مبانی حقوقی مخصوص قسمت اول ماده است. حکم قسمت اول ماده مبتنی باصل تسلط است و قسمت دوم ماده بحسب موارد مبتنی بقاعده لاضرر و قاعده مفسده و قاعده عدل که امید است در موارد خود بیان شود. و بپخلاصه منظور ماده که مقرر داشته: « مگر در مواردیکه قانون استثناء کرده باشد » فقط نص صریح قانون نیست که مالک حق همه گونه انتفاع و هر نوع تصرف دارد مگر آنکه قانون با نص خاص صریحاً آن نوع تصرف یا آن اندازه انتفاع را استثناء کرده باشد بلکه منظور اعم است از نص قانونی یا قواعد و مبانی مسلمه حقوق و عبارت دیگر روح قانون.

ناگفته نماند که ماده ۳۰ ناظر بمالکیت استقلالی و انحصاریست نه اشتراکی و مشاعی و عبارت دیگر مالک مستقل و منحصر حق همه گونه و هر نوع تصرف در مال اختصاصی خود دارد ( چنانچه خواهیم گفت ) نه مالک مشاعی و مشترک چه هر یک از شرکاء برای دخل و تصرف نسبت بمال مشترک در حکم اجنبی است و تمام شرکاء و مجموع مالکین مشاعی در حکم یک مالک مستقل اند.

موضوع دیگری که بایستی تذکر داده شود این است که ظاهر ماده اشعاری ندارد که دیگری حق تصرف و انتفاع بدون اجازه مالک ندارد و با توجه باینکه همیشه و در همه موارد تصرف و انتفاع مالک با تصرف و انتفاع غیر او مانع الجمع نیست اقتضا

صاحب کارخانه میدانست استفاده بیش از صدی دوازده از سرمایه یادزدی از کارگر کارخانه است یا دزدی از جامعه.

صاحبان سرمایه میدانستند با عیش و نوش و اسراف کاری در هتل ها و قاترها و کباباره های اروپا نبایستی متوقع باشند بیش از صدی دوازده از سرمایه ای که پایه و اساس فراهم شدن آن معلوم نیست چیست استفاده کنند و بوضع رقت بار جامعه لبخند بزنند.

دارو فروش و هر کس که با بکار انداختن سرمایه استفاده میکند میدانست بیش از صدی دوازده استفاده از سرمایه با عدالت و مصالح اجتماعی وفق نمیدهد.

آیا با تعیین نرخ پیاژ و اسفنج از طرف شهرداری ها برای جلوگیری از اجحاف و آسایش جامعه کافی است و نبایستی تعیین شود صاحبان سرمایه تا چه حد حق استفاده از سرمایه خود دارند! اگر در قانونی تصریح شود استفاده از سرمایه بیش از صد دوازده غیر مجاز است صاحب یک مؤسسه فخاری در عرض دو سال نمیتواند میلیونر شود و در مقابل هزارها از گرانی مصالح ساختمانی نتوانند لانه ای برای حفظ عائله و اطفال خود فراهم نمایند.

چه مانعی دارد مدلول ماده ۷۱۹ آئین دادرسی و ۳۵ قانون ثبت و سایر موادی که در این موضوع وجود دارد و منظور مقنن را نسبت به تعیین میزان مطلق استفاده از سرمایه میرساند صریحاً عمومیست داده شود و با یک ماده واحده استفاده از سرمایه بیش از صدی دوازده مطلقاً ممنوع گردد. این است ندای حق و صوت عدالت - ولی.

ولکن لا حیاة لمن تنادی

لقد اسمعت لونا دیت حیا

داشت عبارت « و غیر مالک حق هیچگونه تصرف و انتفاع ندارد مگر با اجازه مالک یا حکم قانون » بر آخر ماده اضافه شده باشد که بطور صریح اولاً بمالک حق همه گونه تصرف و انتفاع داده باشد ثانیاً از غیر مالک هم بطور صریح حق تصرف و انتفاع را سلب نموده باشد.

گرچه ممنوعیت و محرومیت غیر مالک برای تصرف و انتفاع از مواد دیگری مخصوصاً ماده ۳۱ که مقرر داشته است:

« هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمیتوان بیرون کرد مگر بحکم قانون » قابل استنباط است چه مالکیت یک اثر و حکم وجودی و مثبت دارد که عبارت است از استحقاق مالک برای هر نوع تصرف و انتفاع که در ماده ۳۰ مقرر گردیده و یک حکم منفی و سلبی که عبارت است از ممنوعیت و محرومیت غیر مالک برای تصرف و انتفاع از مال غیر که ماده ۳۱ بسوء تعبیری که دارد ناظر بآثار و احکام منفیه آن است و منظور ماده فقط عدم جواز خروج مملوک از تصرف مالک نیست بلکه منظور ممنوعیت هر گونه مزاحمت و معارضه با مالکیت مالک و هر گونه دخل و تصرف در مال غیر است و همچنین هر نوع انتفاع که متوقف بتصرف باشد ولو مستلزم ضرر مالک هم نباشد.

اما انتفاع از مال غیر در صورتیکه مستلزم تصرف در آن نباشد مانند استفاده از سایه دیوار یا درخت غیر در صورت عدم تکیه بآن یا استفاده از نور چراغ یا حرارت آتش غیر ولو صاحب آن راضی نباشد مانعی ندارد و برای اینگونه انتفاعات از مال غیر نه حکم تکلیفی است که ممنوعیت و عدم جواز باشد نه حکم وضعی که ضمان است. و منظور از کلمه (قانون) در این ماده (وسایر مواد مشابه) مثل ماده ۳۰ فقط نصوص و تصرحات قانونی نیست بلکه شامل مبانی قانونی و اصول و قواعد مسلمه حقوق است بنابراین در صورتیکه ضرورت غیر قابل جبران و صرف نظر اجتماعی ایجاب کند مال از تصرف مالک خارج گردد بقاعده « **تبیح المحذورات عندالضرورات** » جایز و از موارد استثنائی این ماده خواهد بود.

مثلاً اگر مصالح عمومی ایجاب کند خانه شخصی که در مسیر راه واقع است از تصرف مالک خارج و داخل درجاده عمومی شود (۱) یا ملک شخصی برای حفظ شهری

۱ - آئین مقدس اسلام برای توسعه معابر و سهولت عبور و مرور اهمیت فوق العاده قائل است و از جمله دستورهای اسلام در این زمینه « **خذو من معابدکم لمعابرکم** » این است که مقرر فرموده حتی از معبدها و مساجد برای توسعه شوارع گرفته شود.

متأسفانه با این گونه دستورات اسلام خیابانهای پایتخت یک کشور اسلامی مثل تهران هنوز متناسب با وضع قبل از تحول دنیا است و با وضع فعلی که با ساختمانهای چند طبقه جمعیت یک خیابان متراکم میشود و کثرت وسائل نقلیه که روز بروز در ازدیاد است بهیچ وجه متناسب نیست و وضع خطرناکی را به بار آورده و دیر یا زود بایستی برای توسعه معابر طبق مقتضیات عصر و مصالح اجتماعی اقدام و دستور آئین مقدس اسلام بموقع اجرا گذاشته شود.

(بقیه پاروقی دو صفحه ۲۹)

از خطر سیل لازم شود و امثال آنها از مصالح اجتماعی بر فرض بانص قانون تجویز نشده و از مستثنیات این ماده قرار نگرفته باشد با مبنای قانون و اساس حقوق و قواعد و اصول مسلمه آن میتوان مال را از تصرف صاحب آن خارج کرد و روی همین اصول مال احتکار شده را بررغم مالک آن میتوان از تصرف او درمقابل قیمت عادله خارج نمود.

### نتیجه

از تملیق ماده ۳۰ و ۳۱ این نتیجه بدست میآید که مالک منحصرأ تا حدودیکه قانون یا مبانی قانون منع ننموده حق تصرف و انتفاع از مال خود را دارد و رعایت این حق انحصاری مالک بر دیگران لازم است.

### تابعیت حکمی

مقنن برای رفع شبهه لازم دانسته که مالکیت مالک و مقررات ماده ۳۰ و ۳۱ را نسبت بانچه هم که بمنشائیت مملوک اصلی موجود و از آن متولد و بدست میآید صریحاً تثبیت نماید لذا باماده ۳۲ مقرر داشته است:

**«تمام ثمرات و متعلقات اموال منقولی و غیر منقولی که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد بالتبع مال مالک اموال مزبوره است»**  
و بالتبع این ماده یکی از موارد و مصادیق قاعده کلی تابعیت حکمی هر تابعی از متبوع است و تصور می رود مقصود از ماده این است که آنچه در اثر وجود مملوک اصلی و بمنشائیت آن موجود و متولد میشود اعم از ثمره مثل خرما یا درخت خرما که ثمره است یا فسیل که از متعلقات و توابع درخت خرما است که بمنشائیت آن بوجود آمده مال مالک درخت خرما خواهد بود و بعنوان تابعیت همان حکم متبوع خود را که مملوک اصلی است خواهد داشت.

بعبارت دیگر مالکیت مالک و احکام و آثار آن طبق مستفاد از منطوق و مفهوم ماده ۳۲ محدود به مملوک اصلی نیست بلکه بانچه هم که از مملوک اصلی بوجود آید بعنوان تبعیت سرایت مینماید.

ناگفته نماند منظور از تابعیت ثمره و متعلقات آن است که ثمره و متعلقات در مالک اصلی موجود میشود نه آنکه در نقل ملکیت هم از اصل متابعت داشته باشد که هر کس مالک اصل و متبوع شد مالک ثمره و متعلقات هم خواهد شد مثلاً اگر درخت خرما فروخته شد فسیل یا خرما یا موجود در حال بیع (چنانچه ماده ۳۵۸ نیز اشعار دارد) مال مشتری درخت نمیشود مگر با تصریح.

متأسفانه معابریهم که جدیداً در اثر احداث ساختمانها موجود شده و میشود از جهت عدم توجه اولیای امور تنگ و با وضع امروزه و کثرت جمعیت و وسائل نقلیه وفق نمیدهد و متناسب نیست.

تصور می رود ضرورت داشته باشد شهرداری تهران هم مثل بعضی دیگر از پایتختها پروانه ساختمان جدید ندهد مگر بکسانیکه ملتزم شوند ساختمان مجدد خود را چند متر عقب بنا نمایند تا لاقبل بتدریج بر عرض خیابانها اضافه شود.

ناگفته نماند که عبارت: «که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد» در ماده بکلی زائد و بی مورد بنظر میرسد و معلوم نیست از (در نتیجه عملی) مقصود چه نوع عملی است و منظور عمل مالک است یا عمل هر کس و در این صورت چگونه نتیجه عمل دیگری (مخصوصاً اگر سبب پیدایش متعلقات باشد) مال مالک اموال مزبوره خواهد بود. بالجمله عبارت مزبور اگر از مهملات نباشد مثل کلمه (متعلقات) از مبهمات است.

### اختلاف فریقین

غالب قریب الاتفاق فقها و دانشمندان شیعه آنچه را که از زمین بروید اعم از درخت و علف و غیره در صورتیکه از حبه (بذر) یا اصله (نهال و قلمه) غیر نباشد متعلق بمالک زمین میدانند و فقها و دانشمندان عامه فقط درختیکه در زمین غیر بخودی خود روئیده باشد متعلق بمالک زمین میدانند و غیر درخت را (اعم از علف یا غیر آن از قبیل قارچ و موسیر و غیره) در صورتیکه بخودی خود بدون عمل مالک روئیده باشد از مباحات دانسته و برای عموم قابل استفاده و انتفاع میدانند و قانون مدنی ایران با متابعت و پیروی از فقهای شیعه در ماده ۳۳ مقرر داشته:

«نما و محصولی که از زمین حاصل میشود مال مالک زمین است چه بخودی خود روئیده باشد یا بواسطه عملیات مالک مگر اینکه نما یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد که در این صورت درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.»

و ماده ۱۲۴۱ قانون مجله از نظر فقهای عامه پیروی نموده است.

### ترجیح

گرچه نظر فقهای شیعه و مدلول ماده ۳۳ قانون مدنی دور از منطوق و برخلاف قاعده نیست ولی نظر دانشمندان عامه و مدلول ماده ۱۲۴۱ قانون مجله هم با ظاهر بدون تاویل و تفسیر فرمایش مسلم الصدور حضرت ختمی مرتبت که مقرر فرموده اند آب و آتش و کلا یعنی آنچه را از زمین روئیده شود باستثناء درخت از مباحات و مشترکات عمومی است سازگارتر و باعموم فرمایش آن حضرت بهتر قابل تطبیق بنظر میرسد.

بنا بر این ترجیح یکی از دو نظر بستگی دارد با ترجیح قاعده بر نص موارد تعارض یا چنانچه در محل خود خواهیم گفت ترجیح نص (بدون تاویل و تفسیر) بر قاعده.

بهر حال برطبق ماده ۳۳ مالکیت مالک محدود باصل مملوک یا مملوک اصلی نیست بلکه شامل هر چیزی است که از آن حاصل و بدست آید.

اعم از آنکه بخودی خود بدست آید یا در اثر عملی بنا بر این علفی که در زمین بروید اعم از آنکه مالک دخالتی برای روئیدن آن نداشته یا در اثر عمل مالک از قبیل شخم زمین و بستن آب و غیره روئیده باشد مال مالک زمین است و این در صورتیست که پیدایش آن از مال غیر نباشد مثل تخم یا نهال و قلمه که در این صورت حاصل مال صاحب بذر و اصله

خواهد بود چه در واقع همان حبه واصله غیر است که در رحم زمین پرورش یافته و محصول و درخت شله .

بنا بر این در صورتیکه مالک زمین حبه یا اصله غیر را در زمین خود کاشته باشد یا شخص حبه واصله خود را در زمین مالک کاشته باشد ولو با عدم رضایت صاحب زمین درخت و حاصل مال مالک حبه واصله است نه مال مالک زمین و نظیر این است که شخصی پیله خود را در باغ غیر قرارداد داده باشد که در آنجا نموکند و ابریشم تولید نماید .

یا شخصی تخم دیگری را در حضانت مرغ یا ماشین جوجه کشی خود قرار دهد که جوجه شود که ابریشم و جوجه مال صاحب پیله و صاحب تخم است و با قرار گرفتن در باغ یا ماشین جوجه کشی دیگری مال مالک باغ و صاحب ماشین جوجه کشی نمیشود فقط برای اشتغال باغ و ماشین جوجه کشی ضامن اجرت المثل آنها خواهد بود .

اگر غاصبی با بذردیگری زراعت کند حاصل مال صاحب بذراست و غاصب ضامن اجرت المثل زمین است بمالک آن و صاحب بذر نه مسئولیتی در مقابل صاحب زمین دارد و نه تعهد و ضمانتی در مقابل زراع غاصب این بود منظور ماده و نظر غالب دانشمندان و فقهای شیعه که با تنقیح مطلب بیان گردید (۱) .

۱ - بطوریکه از بیان صاحب جواهر برمیآید این حمزه در وسیله و شیخ طوسی در خلاف و مبسوط اظهار نظر نموده اند در صورتیکه زراع بذر را غصب نموده باشد حاصل مال زراع است و لازمه نظر آنها این است که اگر زراع با تراکتور غصبی زمین منصوبه را شخم و یا بذر غصبی زراعت و با آب غصبی آبیاری و با داس غصبی درو کند محصول مال زراع است و صاحب زمین و بذر و آب و تراکتور و داس مثل بذر و قیمت آب و اجرت المثل زمین و تراکتور و بقیه عوامل را از زراع ذیحق خواهند بود و با این نظر که خالی از منطوق نیست زراعت مال عمل است نه مال سرمایه و عمل در موقعیت بالاتری قرار گرفته و قیمت آن بالا برده شده است و تصور میزود بالاتر قرار دادن موقعیت عمل بر سرمایه با عصر حاضر سازگارتر باشد که قبلاً پایستی مورد بررسی و توجه علمای اقتصاد و دانشمندان سیاسی واقع گردد و سپس با زمینه مساعدی که در قواعد و مبانی حقوقی برای آن وجود دارد از طرف دانشمندان حقوق تصمیم مثبت اتخاذ شود که اصل و اساس و بالتبیینه سببیت برای عمل شناخته شود و سرمایه و عوامل و آلات و ادوات تولید از مقتضیات بشمار آید . چه حقا عمده ارزش و مالیت موجودات مربوط باوصاف و صور است که غالباً با عمل حاصل میگردد نه مربوط بماهیت و ذات موجودات .

مثلاً اگر شخصی باشتباه یا بعمد ورق کاغذ بی ارزش دیگری را تبدیل بیک تابلو نقاشی بنماید که ده هزار ریال ارزش پیدا کند یا براده آهن دیگری را بصورت یک اتومبیل در آورد منطوق اجازه نمیدهد مالک کاغذ و براده را مالک تابلو و اتومبیل بدانیم بلکه ورق کاغذ و براده آهن را در این گونه موارد تلف شده پایستی محسوب نمود و صاحب عمل را فقط ضامن مثل و قیمت آنها دانست یا فرض شود نجاری اشتباها چوب دیگری را که فقط یکصد ریال ارزش داشته بجای چوب خود برداشته و آن را تبدیل بیک میز صنعتی نموده است که ده هزار ریال ارزش دارد نمی توان گفت صاحب چوب حق دارد که عین میز را از نجار دریافت نماید .

امید است در بحث از ماده ۲۸۸ و ۳۱۴ موقعیت عمل و ارزش اوصاف و صور در مقابل ماهیت و نسبت به آن بیان شود .

ناگفته نماند که اگر در ماده بجای جمله ( عملیات مالک ) کلمه ( عملی ) ذکر شده بود بهتر بود چه ممکن است غیر مالک عملی در ملک او عدوانا انجام دهد که موجب روئیدن بشود مثل اینکه غاصبی آب بزمین غیر به بندد و آن را شخم بزند که در اثر آن علف بروید که با اینکه روئیدن آن بخودی خود نبوده و در اثر عمل حاصل گردیده ولی نه عمل مالک بلکه عمل غیر با این وصف اگر صاحب عمل مالک اصلا و حبه نبوده باشد حاصل مال مالک زمین است نه مال غاصب و صاحب عمل .

و خلاصه حاصلیکه در اثر عمل غیر ولی نه از حبه غیر حاصل شده باشد مال مالک زمین است نه مال صاحب عمل و بالتیجه مالکیت مالک زمین نسبت بآنچه از زمین بروید منحصر نیست باینکه بخودی خود روئیده باشد یا در اثر عمل شخص مالک بلکه همین قدر که از حبه واصله غیر نباشد مال مالک زمین خواهد بود ولو در اثر عمل غیر بدست آمده باشد .

### نتاج حیوانات

مقنن پس از آنکه در ماده ۳۳ محصول را ملک صاحب پدر مقرر داشت مقتضی دانست که از قیاس یا بعنوان اتحاد مناط و ملاک از مملوک شناخته شدن نتاج حیوانات برای مالک پدر و بالاخره از تابعیت نتاج حیوانات در ملکیت از پدر جلوگیری نماید .  
لذا با ماده ۳۴ به این تعبیر :

« نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هر کس مالک مادر شد مالک نتاج آن هم خواهد شد » صریحاً مقرر داشته ملکیت از مادر به نتاج حیوانات سرایت مینماید نه از پدر .

ناگفته نماند در قسمت دوم ماده اگر منظور نتاج بالفعل است که گذشته از آنکه برخلاف نظر فقهای شیعه است برخلاف اشعار ماده ۳۵۸ نیز میباشد چه اگر مادر فروخته شد مطابق نظر فقهای شیعه ( برخلاف نظر فقهای عامه و ماده ۴۷ و ۴۸ قانون مجله ) و اشعار ماده مزبوره بچه او ولو در حال جنین باشد ( چه رسد بغیر جنین ) داخل در سبیع یا از توابع آن نبوده و بدون شرط تابعیت بمشتری منتقل نمیشود و به ملکیت بایع باقی خواهد ماند .

و اگر منظور نتایج بالقوه است که در حال حاضر وجود خارجی ندارد مشمول قسمت اول ماده خواهد بود بنا بر این قسمت دوم ماده بکلی زائد و بی مورد است .

### دلیل مالکیت

پس از آنکه مقنن در ماده ۳۰ تا ۳۴ حقوق و اختیارات مالک را نسبت بمملوک و وضعیت مملوک را در مقابل غیر مالک و سرایت حقوق مالکیت را بر مملوکهای تبعی و آنچه به منشائیت مملوک اصلی بدست آید مقرر داشت در مقام بیان وسیله تشخیص مالکیت و دلیل آن بر آمده لذا در ماده ۳۵ مقرر داشته :

۱ - با اینکه در حیوانات قانون و حکم وراثت و سرایت طبیعیات و اوصاف پدر به نتاج قویتر از مادر است .

« تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود » و حسن تنظیم ایجاد مینمود پس از بیان مالکیت و اختیارات مالک اسباب تملک بیان شود و سپس دلیل مالکیت بهر حال مقتضی است معلوم شود مقصود از تصرف چیست و برچه و تا چه حد و در چه مواردی و در مقابل چه اشخاصی دلالت دارد.

### تصرف

منظور از تصرف در ماده ۳۵ همان عنوان ید است که در بیان فقها دلیل مالکیت و اختصاص و اماره استحقاق ذی الید قرار داده شده و عبارت است از سلطنت و استیلاء عرفی بر مورد ید بطوریکه تحت اختیار و استیلائی ذی الید باشد و بتواند در حدود همان عنوان ید دخل و تصرف در آن بینماید و صدق عنوان مزبور بر حسب اختلاف موارد مختلف خواهد بود چنانچه لباس بر بدن زید و پول در صندوق عمرو و فرش در خانه بکرو اتومبیل در گاراژ خالد و جنس در دکان استیجاری طارق و . . . متصرفی و تحت استیلائی آنها محسوب است.

### عنوان ید و تصرف

تصرف و استیلاء مشروع بر اعیان خارجیّه بحسب موارد بعنوانین و جهات مختلفی است که در مواردی بعنوان مالکیت عین متصرف آنست مثل تصرفیکه شخص بر ساعت و انگشتر خود دارد و در مواردی بعنوان مالکیت منافع یا اباحه انتفاع متصرف در عین است مثل تصرف و استیلاء مستأجر یا مستعیر بر عین مورد اجاره و عاریه یا تصرف و استیلائیکه موقوف علیه از لحاظ مالکیت منافع بر موقوفه دارد و بلکه اگر مورد مصرف منافع موقوفه بوده بدون آنکه تصرفی در عین موقوفه داشته هم استیلاء و ید بر منافع صادق است مثل اینکه محصلین طب مورد مصرف منافع موقوفه خاصی باشند که عین آن در تصرف متولی یا اداره اوقاف است ید آنها بر منافع موقوفه محقق است و اگر دسته دیگری مثل محصلین فیزیکی و حقوق دعوی مشارکت با محصلین طب در مصرف مذکور داشته باشند محتاج باثبات است و تا ثابت نشود اختصاص بهمان محصلین طب از لحاظ یدیکه بر منافع آن داشته و منحصرأ مورد مصرف آن بوده اند خواهد داشت.

و در مواردی از لحاظ غیر و بعنوان ولایت تصرف و استیلاء بر عین دارد مثل تصرف و استیلاء متولی بر موقوفه یا ولی و قیم بر اموال مولی علیه<sup>(۱)</sup> بدیهی است تصرف وکیل بعنوان غیر است نه از لحاظ غیر.

۱ - در اسناد رسمی دیده شده که معامله ولی را از طرف و بقائم مقامی مولی علیه انجام داده اند در صورتیکه معامله ولی و قیم نظیر وکیل به نیابت و از طرف مولی علیه نیست بلکه بالا صاله بعنوان ولایت نسبت بمال مولی علیه معامله انجام میدهد نه بقائم مقامی از طرف صغیر و مولی علیه و بعبارت دیگر ولی و قیم شخصاً معامله مینمایند نه صغیر بوسیله آنها و با انجام معامله از طرف صغیر بطوریکه در بعضی از اسناد رسمی دیده شده معامله صورت قانونی نداشته و باطل خواهد بود و اقتضا دارد دفاتر اسناد رسمی توجه بفرق بین وکیل و ولی داشته و از دخالت دادن صغیر و مولی علیه در معامله خود داری نمایند که از موجبات بطلان و بی اعتباری سند رسمی و فساد معامله جلوگیری شود.

و در مواردی باعتبار حقوق ید و تصرف محدود و مقید دارد مثل مرتهن یا یدیکه از لحاظ حقوق ارتفاقیه بر مورد حق ارتفاقی مثل ید صاحب آسیا بر نهر غیر که مورد حق ارتفاقی آسیا است یا یدیکه صاحب حق عبور بر معبر غیر دارد که در کلیه موارد مذکوره و نظائر آنها مثل ید بر موقوفه بعنوان تولیت تا وقتی که ذوالید مدعی علیه است ید و تصرف او بسبب اختلاف موارد دلیل مالکیت و اماره اختصاص و ظهور در استحقاق دارد.

و بالجمله ید بعنوان مالکیت دلیل مالکیت عین است و ید بر منافع بعنوان مالکیت آن مثل ید مستاجر دلیل مالکیت منافع است و اگر کسی باستناد اجاره قبلی از مالک مدعی مالکیت منافع شود محتاج باثبات است و ید بر منافع بعنوان اختصاص دلیل اختصاص است مثل ید محصلین طب بر منافع موقوفه.

و بخلاصه در نظر دانشمندان و محققین از فقها ید و تصرف بهر عنوان ظهور در استحقاق و اماره همان عنوانیست که به آن عنوان استیلا دارد لذا تصرف بعنوان وقفیت چنانچه آراء دیوانکشور هم اشعار دارد دلیل وقفیت است و بعبارت دیگر همانطور که ید و تصرف اماره مالکیت اعیان است ید بر منافع هم اماره مالکیت منافع است ید بعنوان وقفیت هم اماره وقفیت است ید بر حقوق هم از قبیل حق اختصاصی و حق ارتفاقی اماره آنها میباشد.

بدیهی است تعارض بین دو عنوان مختلف ید نیست یعنی ید زید بعنوان مالکیت عین منافاتی ندارد باید و تصرف عمر و بعنوان منافع و حق ارتفاق و بالتلیجه تصرف دو نفر در یک عین ید و عنوان مختلف منافاتی نداشته و مانعة الجمع نیست.

### دلالت ید و جهت اختصاصی

با اینکه ید و تصرف دلیل و اماره همان عنوانیست که به آن عنوان متصرف است در مقابل کسیکه جهت اختصاصی او محرز است دلالتی ندارد چنانچه اگر امین باستناد ماده ۶۳۳ مطالبه هزینه حفاظت بنماید و مالک منکر تودیع شود امین برای تودیع محتاج باثبات است و صرف تصرف دلیل تودیع و ثبوت ادعای او در مقابل مالک که جهت اختصاص آن ثابت است نمیشود و هم چنین در مورد اجاره و رهن و نظائر آنها و خلاصه دلالت ید و تصرف در مواردیست که جهت اختصاص دیگری محرز و ثابت نباشد و همینکه جهت اختصاص دیگری ثابت باشد و متصرف مدعی گردد تصرف و ید او در مقابل کسیکه جهت اختصاصی ثابتی دارد تأثیر و دلالت خود را از لحاظ آن عنوان از دست میدهد.

ولی نه بطور کلی و از هر لحاظ مثلاً در دعوی و کالت و رهن یا اجاره و ودیعه صرف تصرف دلیل و مثبت آنها در مقابل مالک نیست که جهت اختصاص او ثابت است و در صورت عجز از اثبات از ید مدعی رهن و اجاره یا ودیعه انتزاع و بمالک داده میشود.

ولی با این وصف موجب تشخیص عدم مشروعیت ید متصرف و احراز غصبیت ولو با ادعای مالک نمیگردد و بعبارت دیگر عدم اثبات اجاره یا ودیعه مثبت عدم نیست و مالک برای اثبات غصبیت محتاج باثبات و ابراز دلیل غصبیت خواهد بود و در صورت عجز از اثبات احکام و آثار غاصب بر متصرف مترتب نخواهد شد.

مثلاً اگر غصب جرم باشد متصرف را نمیتوان باستناد انکار مالک از تودیع یارهن وعدم ثبوت آنها وادعای مالک بغصبیت مجرم دانست و او را بعنوان غاصب تعقیب و کیفر نمود کما اینکه اگر غصب موجب زوال حکم عدالت و موجب محرومیت از شهادت باشد نمیتوان حکم عدم عدالت و محرومیت از شهادت را بر او بار نمود تا در صورتیکه طلاق در حضور چنین شخص واقع شود طلاق را باطل دانست. بنا بر این گرچه دلالت تصرف در مقابل کسیکه جهت اختصاص دارد از بین میرود ولی فاقد تمام مراتب تأثیر هم نمیشود.

### موارد تعارض

چون ید و تصرف دلیل و اماره همان عنوانیست که به آن عنوان در تحت اختیار و تصرف است در موارد تعارض موجبات صدق ید و تصرف مثل اینکه راه عبور زید از خانه عمرو باشد یا بتوی مورد ادعای بکر در اتومبیل استیجاری او از خالد یا اجاری او بخالد یافت شود.

یا چمدان در بنگاه مسافری سعید بوده و کلید آن در تصرف مسعود باشد یا در موارد تعارض عنوان یا مثل تعارض ید مستأجر باید مالک یا ید مهمان با ید میزبان و امثال آن ملاک در صدق ید اقوائت موجب آن خواهد بود که هر یک از موجبات صدق ید اقوا باشد بطوریکه برای دیگری ید صادق نگردد موجب قویتر ذوالید و متصرف شناخته میشود و در صورت تساوی موجبات متعارض صدق ید هر دو ذوالید شناخته شده و مورد تصرف محکوم باشتراك بین آنها خواهد بود.

مثلاً چیزیکه در خانه مسکونی یک نجار و آهنگر است و نوعاً اختصاص یکی از آنها ندارد یعنی مثل فرش باشد نه مثل رنده و اره که نوعاً از آلات نجاری است و روی این اساس میتوان گفت اختصاص به نجار دارد نه بان دیگری که آهنگر است محکوم باشتراك بین آنها است و آنچه نوعاً اختصاص یکی از آنها دارد ظاهر این است که مال او است مثل آلت نجاری برای نجار و آلت آهنگری برای آهنگر و روی این اساس و ظاهر است که در مورد تنازع زوجین یا وراثت یکی از آنها با دیگری یا وراثت دیگری آنچه نوعاً اختصاص بزنها دارد مثل پودر و ماتیک و اسباب توالت ( البته نه در این عصر که زنها بصورت مردان و مردان با خصوصیات زنان جلوگیری میفرمایند ! ) مال زن شناخته میشود و آنچه نوعاً اختصاص بمرد دارد از قبیل آلات حربی و ادوات اصلاح و امثال آنها مال مرد شناخته میشود و آنچه نوعاً اختصاص یکی از آنها ندارد چنانچه ماده ۵۲ قانون اجراء ثبت هم اشعار دارد محکوم است باشتراك بین آنها.

### دلیل دلالت ید و تصرف

ملاك ظهور و دلالت ید و تصرف در مالکیت و اختصاص و استحقاق عبارت

است از :

۱ - بنای عموم عقلا که تصرف ذوالید را موجب تشخیص مالکیت و اختصاص

و استحقاق او بحسب موارد دانسته اند.

۲ - اخبار اولیای شرع مقدس اسلام که با کمال وضوح دلالت بر آن دارد و اگر منحصر بود بخبر « من استولی علی شیء . . . » کافی بود و قضیه محاکمه حضرت امیر (ع) با ابوبکر در باب مالکیت فدک که حضرت تصرف خود را دلیل مالکیت قرار داده و پس از اینکه در جریان محاجه با ابوبکر او را ملزم میفرمایند باعتراف باینکه ید دلالت بر مالکیت دارد حکم ابوبکر را برخلاف اقتضا و دلالت ید برخلاف حق و رضای خدای اعلام فرموده اند از قضایای مشهوره بین فریقین است که سیر تاریخی آن منتهی میشود به تصمیم عمر بن عبدالعزیز خلیفه اموی برد فدک و قضیه تاریخی آن نیز مشهور و معروف است.

### ید دلیل است و ثو علم بمالکیت نباشد

چنانچه ماده ۷۴۷ قانون آئین دادرسی نیز اشعار دارد ظاهر این است که ید و تصرف بعنوان مالکیت است و محتاج بادعای مالکیت و حتی علم بآن نیست بلکه همان تصرفات مالکانه کافی است یا اینکه ممکن است با تصرف بعنوان مالکیت مدعی مالکیت نباشد یا علم بآن نداشته باشد.

بعبارت دیگر همینکه علم بعدم مالکیت نداشته باشد برای خود متصرف هم کافی است که خود را مالک آن تلقی و محسوب دارد چه ید ظهور در مالکیت دارد حتی برای خود ذوالید.

مثلاً اگر ورثه نداند مورث بچه عنوان متصرف مالی بوده آیا مالک بوده است یا نه ید و تصرف مورث بعنوان مالکیت شناخته میشود مگر خلافش ثابت شود.

ولی بعضی از فقها برخلاف بعضی دیگر فرقی بین عدم علم بمالکیت با علم بعدم مالکیت و بین اظهار عدم علم با اظهار علم بعدم مالکیت نگذاشته و ید را در مورد عدم علم بمالکیت دلیل و ظهور در ملکیت ندانسته و حکم مجهول المالکی بر مورد ید در این فرض بار نموده اند.

چه در نظر آنها ادله دلالت تصرف بر مالکیت متصرف از مورد عدم علم بمالکیت است و برای تأیید این نظر بروایت جمیل بن صالح استناد جسته اند که راوی سؤال میکند شخصی دیناری در منزل پیدا کرده حضرت میفرماید آیا کسی در خانه او داخل میشود راوی میگوید بله زیاد حضرت میفرمایند این لقطه است راوی باز سؤال میکند در صندوق خود دیناری پیدا کرده حضرت میفرمایند آیا کسی در صندوق او دست داخل میکند راوی عرض میکند خیر حضرت میفرمایند مال خود اوست که از این خبر خواسته اند استفاده نمایند عدم دلالت ید را بر مالکیت ذوالید در صورتیکه علم بمالکیت خود نداشته و نسبت بآن مردد باشد.

در صورتیکه انصافاً از خبر مذکور چنین چیزی استفاده نمیشود چه :

اولاً در مورد پیدا کردن دینار است در خانه که مشعر است بوضع ید بر مالیکه در ید نبوده و منصرف است از مالیکه در ید بوده .

## باب دوم - در حقوق مختلفه

ثانیاً ظاهر سؤال راوی مربوط به تعیین تکلیف موردی بوده که صاحب خانه میدانسته مال او نیست نه موردیکه نمیدانسته مال اوست یا نه که مورد فرض است. بخلاصه ظاهر قسمت اول خبر این است که راوی در مقام این بوده که تکلیف مالی را که میداند مال او نیست و درخانه او پیدا شده معین کند که حضرت بقرینه رفت و آمد اشخاص زیاد حکم فرموده اند لقطه است برخلاف قسمت دوم خبر که مشعر است بمورد عدم علم بمالکیت نسبت بمالیکه در ید بوده لذا حکم بمالکیت دینار برای صاحب صندوق فرموده اند.

مضافاً باینکه از ظاهر سؤال حضرت در قسمت اول خبر هم که فرموده اند آیا کسی داخل خانه او میشود یا نه استفاده میشود که اگر کسی وارد منزل او نمیشد حضرت حکم میفرمودند مال صاحب خانه است ولو علم بمالکیت خود نداشته باشد چنانچه در مورد دینار در صندوق همین حکم را فرموده اند.

بنابراین علاوه از آنکه خبر مذکور دلیل بر عدم مالکیت ذوالید در مورد عدم علم بمالکیت نیست میتوان آنرا در فرض مذکور دلیل مالکیت او قرارداد.

### تصرف دلیل مالکیت است نه مثبت آن

ید و تصرف ظهور در ملکیت دارد و کاشف از آنست نه مثبت مالکیت و سبب آن که بهر نحوی مالی بتصرف درآید ملکیت حاصل و مالکیت ثابت باشد لذا ماده ۳۶ مقرر داشته:

«تصرفیکه ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر

نخواهد بود»

بعبارت دیگر ظاهر این است که از جهت مالکیت متصرف است (نه از جهت تصرف مالک) و در مواردیکه معلوم شود نحوه ید و تصرف نامشروع و ناشی از سبب غیر مملک بوده مثل مقبوض بعقد فاسد یا ید غصبی ظهور و دلالت تصرف بر مالکیت از بین میرود و احتمال اینکه پس از تصرف بسبب نامشروع و غیر مملک سبب مشروع و مملک و ناقل قانونی هم موجود شده است مثل اینکه احتمال بدهیم پس از غصب یا قبض بعقد فاسد از مالک بعقد صحیح خریده این احتمال فاقد تأثیر و اعتبار است و استصحاب که مبین ادامه تصرف غیر مشروع و غصبی است جاری میگردد<sup>(۱)</sup>.

### اقرار بمالکیت سابق مدعی

چنانچه قبلاً گفته شد تصرف مملک و مثبت مالکیت نیست و فقط متصرف تا وقتیکه مدعی علیه است تصرف او ظهور در مالکیت داشته و دلیل آنست و همینکه عنوان متصرف تغییر کرد و مدعی شد دیگر تصرف او از لحاظ عنوان مالکیت و ظهور در آن فاقد اعتبار و اثر میگردد و در نظر ممتن با اقرار متصرف بمالکیت سابق مدعی عنوان متصرف از مدعی علیه تغییر کرده و مدعی میشود لذا در ماده ۳۷ مقرر داشته:

۱ - لایحقی هر معنی صحیحی برای ماده ۳۶ بشود با وجود قسمت اخیر ماده ۳۵ احتیاج

بآن نبوده است.

« اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده در اینصورت نمیتواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور بتصرف خود استناد کند مگر اینکه ثابت نماید که ملک بناقل صحیح باو منتقل شده است »

با اقرار بمالکیت سابق مدعی مالکیت او استصحاباً باقی خواهد بود و اقرار کننده مدعی انتقال شده است که بایستی دعوی انتقال را ثابت کند و تصرف دلیل انتقال و مثبت آن نیست این بود منظور ماده و ملاک نظر مقنن ولی این نظر که منطبق بانظر دسته و مخالف با نظر جمعی از محققین فقهاست صحیح بنظر نمیرسد و همانطور که اگر بینه اقامه شود بمالکیت سابق مدعی نمیتوان با استصحاب بقاء مالکیت او متصرفی مدعی علیه را مال او دانست مگر اینکه بینه اقامه شود بمالکیت فعلی او و غاصبیت ید مدعی علیه اگر متصرف هم فقط اقرار کند بمالکیت سابق مدعی نمی توان استصحاباً مدعی را مالک فعلی آن دانست چه مخالف باظاهر اقتضای ید فعلی اوست و اغلب اسوال مسبق بملکیت غیر بوده است.

بله اگر اقرار بمالکیت سابق مدعی توأم با دعوی انتقال از او باشد مثل اینکه اظهار بدارد از او خریده در این فرض فقط مدعی شده و بایستی دعوی انتقال را ثابت کند و اگر فقط اقرار کند مدعی سابقاً مالک بوده و فعلاً من مالک هستم با این نحو اقرار مدعی مالکیت فعلی است که تصرف دلیل و اماره آنست و با چنین اقراری عنوان او تغییر نکرده و عنوان مدعی بر اوصادق نیست.

و بخلاصه بصرف اینکه اقرار کند سابقاً مال مدعی بوده لزوم ثبوت انتقال بر او چنانچه ماده اشعار دارد اول حرف بلکه محل منع است تا وقتی که دلیل برای ملکیت فعلی ابراز نشود مشکل است بصرف اقرار متصرف به ملکیت سابق مدعی حکم بملکیت مدعی داد.

فرض شود اقامه دعوی پروارثی که متصرف است بعنوان مالکیت بشود و وارث اقرار کند که سابقاً مال مدعی بوده و فعلاً با تلقی از مورث ملک او است آیا صرف این اقرار وارث برای حکم بمالکیت مدعی و خلع ید وارث کافی است ؟ با نهایت اشکالی که هست ظاهر ماده اشعار بآن دارد.

بهر حال منظور از اقرار در این ماده اقرار صریح بمالکیت قبلی مدعی است نه هر اقراری بنا بر این اگر اقرار کند این پشم از گوسفند مدعی است یا این گوسفند بچه گوسفند اوست یا این میوه از درخت اوست این نوع اقرار را نمیتوان از لحاظ تبعیت اقرار بمالکیت سابق مدعی نسبت بمورد تصرف قرارداد و قاعده تابعیت (که در موقع خود بیان خواهد شد) در چنین مواردی حکومت بر اقتضای ید و دلالت تصرف فعلی نسبت بتابع و منتزع ندارد ولی اگر بگوید این آرد از گندم او بوده است یا این شیر از انگور اوست این نوع اقرار را میتوان اقرار بمالکیت سابق مدعی دانست و متصرف را ملزم به اثبات انتقال بوجه مشروعی قرارداد.

### اقرار بحق

نکته قابل توجه این است که آیا حکم این ماده فقط در مورد اقرار بمالکیت سابق مدعی است یا شامل اقرار بهر حقی که فعلاً نسبت بان ذوالید و متصرف است هم میشود مثل

اینکه متصرف بعنوان اجاره یا رهن اقرار کند که متصرفی او سابقاً در اجاره و رهن مدعی او بوده آیا بایستی اثبات کند با سبب مشروع و ناقل قانونی با اجاره یا در رهن او در آمده یا اگر متصرف بعنوان تولیت اقرار کند سابقاً مدعی او متولی و بعنوان تولیت متصرف بوده بایستی اثبات کند تولیت با مستند قانونی با و انتقال یافته و موقوفه بتصرف او در آمده یا نه و این معنی در سایر حقوق از قبیل حق ارتفاق و حق اختصاص و . . . . هم قابل فرض است. ظاهراً اختصاص با اقرار مالکیت سابق ندارد و ملاک همان انقلاب عنوان دعوی است که در هر موردیکه عنوان ذوالید و متصرف در اثر اقرار از مدعی علیهی بمدعی تغییر و متقلب شود حکم ماده جاری و ملزم خواهد بود که دعوی خود را ثابت کند. ناگفته نماند منظور از کلمه (ملک) در این ماده غیر منقول نیست بلکه مطلق مال است اعم از منقول و غیر منقول.

### مالکیت فضا و فراز

مصالحی در نظر مقنن ایجاب نموده که فضای محاذی زمین مملوک را تا هر کجا بالا و زیر آن تا هر کجا پائین رود بدون هیچگونه محدودیت و قیدی بصاحب زمین واگذار و ملکیت زمین را مستلزم ملکیت فضای لایتناهی و فراز نامحدود آن ( نه تا حدیکه لازمه کمال انتفاع از زمین است ) بداند لذا در ماده ۳۸ مقرر داشته :

« مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آنست تا هر کجا بالا رود و هم چنین نسبت بزیر زمین بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و فراز گرفتن دارد مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد »

و این حاتم بخشی بی بند و بار و بی حد و حصر فضا و فراز زمین تا قبل از تحول دنیا چندان اشکالی نداشته ولی برای عصر آتیه معلوم نیست بنحویکه در ماده ۳۸ بیان شده قابل قبول باشد چنانچه در قوانین بعضی از کشورها برای آن حدود و قیودی مقرر شده و فقط تا حدیکه لازم برای کمال انتفاع از زمین است از فضاء و فراز زمین در اختیار مالک آن قرار داده شده است.

بهر حال بر طبق این ماده کسی حق ندارد با دادن خروجی یا حفر سرداب و تونل و امثال آنها فضا یا زیر زمین دیگر را تصرف و اشغال نماید یا در اعماق زمین کسی دخل و تصرف نموده و از معادن اعماق آن بهره مند شود (۱) و مدلول این ماده در ماده ۱۳۱ هم که بمالک زمین حق داده شاخه درخت را از فضای ملک خود عطف و ریشه آنرا از زمین خود رفع و قطع نماید تعقیب و تأیید شده است.

### انتقال فضا

با ظاهر تعبیر ماده مالک زمین میتواند فضای محاذی زمین و طبقات زیر آنرا

۱ - امید است در شرح ماده ۱۶۱ لزوم محدودیت مالکیت صاحب زمین نسبت بطبقات آن و عدم امکان تملک خصوصی ثروت‌های عمومی و اجتماعی نهفته در اعماق زمین بیان شود.

مستقلاً و مجزی از سطح زمین بدیگری انتقال و واگذار نماید چه در تعبیر ماده مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای آن قرارداد شده نه مالکیت فضا لازمه مالکیت زمین که قابل تفکیک وجدائی نباشد.

بعبارت دیگر ماده میگوید در اثر مالکیت زمین قهراً مالک فضای لایتناهی و فراز غیر محدود آنهم شده و نگفته لازمه مالکیت زمین فضا و فراز آنست که همیشه لازم و ملزوم یکدیگر بوده و قابل تفکیک و جدائی نباشد بنا بر این مالک زمین حق خواهد داشت که فضای محدودی از محازی زمین خود را صلحا بدیگری انتقال و با فرض امکان تسلیم و تسلیم حق فروش آنرا نیز خواهد داشت.

و اگر نظر مقنن این بوده که فضا و فراز زمین مملوک مستقلی نیستند که بشود مالک مستقل داشته باشند تعبیر ماده وافی برای این مقصود نیست.

### بیان ظاهر

مقصود مقنن از ماده ۳۹ که مقرر داشته :

« هر بنا و درخت که روی زمین است و همچنین هر بنا و حفریکه در زیر زمین است ملک مالک آن زمین محسوب میشود مگر اینکه خلاف آن ثابت شود » .

روشن و واضح نیست - اگر مقصود بیان ظاهری بوده که خواسته است بگوید ظاهر این است که بنا و درخت در زمین ملک صاحب زمین است جای شبهه و تردید نبوده که احتیاج بماده خاصی داشته باشد.

شاید نظر این بوده که تذکر دهد بنا و درخت رو یا بنا و حفره زیر زمین اموال مستقلی هستند نه از توابع زمین و مالکیت صاحب زمین نسبت بآنها مالکیت استقلالی و اصلی است که از لحاظ تصرف مالکانه طبق ماده ۳۵ مالک آنها شناخته میشود نه بعنوان تبعیت آنها از زمین و اگر در تصرف مالکانه غیر باشند محکوم بملکیت متصرف خواهند بود تا خلافش ثابت شود.

بخلاصه اگر بنا و درخت در تصرف مالکانه غیر باشد طبق ماده ۳۵ محکوم بملکیت متصرف است و الا متصرفی صاحب زمین است که از لحاظ تصرف مال اوست نه از لحاظ تبعیت از زمین.

مقصود و منظور صحیح دیگری برای ماده بنظر نمیرسد.