

معارف اسلامی و حقوق سال نهم، شماره دوم- پائیز و زمستان ۱۳۸۷، صص ۲۷۲-۲۴۵

## مبانی دعوای رفع تصرف عدوانی در حقوق ایران

(مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و حقوق فرانسه)

علی عباس حیاتی\*

تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۱۰/۱۳

حامد هادی\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۱۱/۲۲

چکیده

دعوای رفع تصرف عدوانی برای حمایت از یک تأسیس حقوقی که همان حق تصرف مادی است به وجود آمده است. این دعوا به تقلید از حقوق فرانسه وارد حقوق ایران شده و از تصرف مادی صرف حمایت می‌کند که این تصرف نیازمند ویژگی‌های تصرف مالکانه نیست، این حمایت بر چه پایه و اساسی است به عبارت دیگر مبنای این نوع حمایت چیست؟ مبانی حقوقی متعددی راجع به این مطرح شده است که عبارت‌اند از: ۱- حمایت از مالکیت واقعی ۲- منع احقاق حق شخصی ۳- اماره مشروعیت تصرف. در فقه امامیه چنین تأسیسی وجود ندارد ولی بر اساس اصول و قواعد فقهی موجود می‌توان با برخی تفاسیر قاعده ید را مبنای این دعوا به شمار آورد. در پایان این نتیجه حاصل گشت که مبنای حقوقی دعوای رفع تصرف عدوانی ممانعت از احقاق حق شخصی است و این دعوا به علت این‌که از تصرف غاصبانه در مقابل مالک واقعی حمایت می‌کند با قاعده ید در تعارض است. بنابراین یا باید مقررات راجع به این دعوا را اصلاح نمود و یا باید این دعوا را به عنوان مسائل مستحدثه دانست و بر این اساس صحت آن را تأیید نمود.

واژگان کلیدی

دعوای رفع تصرف عدوانی، قاعده ید، اماره مشروعیت تصرف، مالکیت واقعی،

سبق تصرف، لحوق تصرف صرف

a.a.haiati@isu.ac.ir

\* عضو هیأت علمی دانشگاه رازی کرمانشاه

h.hadi@isu.ac.ir

\*\* دانشجوی دوره دکتری دانشگاه مفید

ماده ۳۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم در تعریف دعوی رفع تصرف عدوانی چنین آورده بود: «دعوی رفع تصرف عدوانی عبارت است از دعوی متصرف سابق که دیگری بدون رضایت او مال غیر منقول را از تصرف او خارج کرده و متصرف سابق اعاده تصرف خود را نسبت به آن مال درخواست می‌نماید.» در قوانین دعوی رفع تصرف عدوانی تعریفی ارائه نشده است و فقط به توصیف دعوی رفع تصرف عدوانی پرداخته شده است. ولی برخی از حقوق‌دانان متن ماده واحده قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب اردیبهشت ۱۳۰۹ و ماده ۲ قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب ۱۳۵۲/۱۲/۶ و متن لایحه قانونی متجاوزین به اموال عمومی و مردم اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۲ شورای انقلاب که به صورت ماده واحده است و ماده ۱۳۴ قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲ و ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ را به عنوان تعریف دعوی رفع تصرف عدوانی از دیدگاه قوانین مختلف تلقی نموده‌اند که به نظر می‌رسد این عبارات را نمی‌توان تعریف تصرف عدوانی تلقی نمود بلکه آن‌ها را توصیف می‌توان پنداشت و اگر تعریف بیندازیم اشکال دوری بودن تعریف به وجود خواهد آمد. (واحدی، ۱۳۷۷، صص ۲۹۸-۲۹۶)

به نظر می‌رسد تعریفی که در ماده ۱۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ارائه شده است، تعریف مناسبی برای دعوی رفع تصرف عدوانی می‌باشد چراکه یک تعریف قانونی است و یک تعریف جامع و مانعی تلقی می‌شود.

#### ۱. مبانی دعوی رفع تصرف عدوانی

##### ۱-۲) مبانی حقوقی دعوی رفع تصرف عدوانی

باید دریافت چرا برای چنین حمایتی مبانی مختلفی ذکر شده است. که به بیان هر یک از آن‌ها می‌پردازیم و در پایان مبنای صحیح‌تر را برمی‌گزینیم.

## ۱-۲-۱) مبنای اول- دلالت تصرف بر مالکیت

### الف- بیان مبنا

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 (تملك 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. (Colin et Capitant, 1955, p46; Mazeaud et Chabas, 1994, p1413)

قانونی مدنی در ماده ۳۵ تصرف را به عنوان مالکیت دلیل مالکیت دانسته است. البته این بیان مقتبس از فقه امامیه است. (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۰ ق، ص ۱۱۹)

البته نباید این‌گونه 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 این‌که 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. (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۰ ق، ص ۱۱۹) 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 این‌گونه 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 اخلال 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 دعوای مخصوص تصرف از قبیل دعوای 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 خواننده گذاشته است، استفاده نماید.» (متین دفتری، ۱۳۷۸، صص ۲۳۶-۲۳۵)

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 (صدرزاده‌افشار، ۱۳۷۳، ص ۳۲)

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. (امامی، ۱۳۷۴، ص ۵۱) بنابراین تا زمانی که نامشروع بودن رابطه فی مابین 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 می نمایند چرا که اقتضا حفظ نظم عمومی می باشد.

#### ب - ایرادات بر این مبنا

۱- از جمله ایراداتی که در این زمینه مطرح است این است که حمایت از تصرف منجر به حمایت از غاصب و افرادی که مال را از طریق ارتکاب به جرم تصرف نموده اند می شود.  
در پاسخ به این ایراد باید گفت:  
اولاً: چنین مواردی بسیار نادر است.

ثانیاً: قانون گذار حکیم همیشه به دنبال منفعت محض نیست، ممکن است در برخی موارد منفعت آن چه که قانون گذار حکم می نماید از مضارش بیشتر باشد و اقتضا حکمت این است که قانون گذار به چیزی حکم نماید که نفعش بیشتر از مضار آن است. بنابراین حمایت قانون گذار از تصرف که غالباً دلیل مالکیت است در مقابل تصرف غاصبانه و تصرف مجرمانه که بسیار نادر است عمل حکیمانه تلقی می گردد. (Vincent, 1994., n° 46)

ثالثاً: بسیار اندک اتفاق می افتد که غاصب یا از تصرفی که واجد همه شرایط و صفات لازمه باشد برخوردار و از حمایت قانونی تصرف بهره مند شوند. (متین دفتری، ۱۳۷۸، ص ۲۳۶)

رابعاً: حتی اگر غاصب یا مجرم به‌نحوی از حمایت از تصرف استفاده نماید، این امر موجب قطعیت موضوع و مختومه شدن دعوا نمی‌شود، چرا که مالک می‌تواند بدون هیچ بیم و واومه‌ای با طرح دعوای مالکیت، مال را از تصرف ایشان خارج نماید و به حق خود برسد.

۲- تصرف متصرف فعلی یعنی متصرف عدوانی مطابق قاعدهٔ ید اماره مالکیت است بر فرض که متصرف سابق تصرف سابق خود را اثبات نماید، طبق اصل استصحاب باید تصرف فعلی وی بر مال را اثبات نمود. از سوی دیگر تصرف متصرف فعلی امارهٔ بر مالکیت است و تصرف سابق طبق اصل استصحاب مالک محسوب می‌شود، بنابراین، در اینجا اماره و اصل در تعارض هستند. وقتی اصل و اماره تعارض پیدا کردند. اماره مقدم است، زیرا ضریب حقیقت‌نمایی اماره بیشتر از اصل است.

پاسخ: مدعای دعوای رفع تصرف عدوانی مالکیت نیست که بگوییم امارهٔ ید متصرف فعلی حاکم بر استصحاب است. بلکه مدعای وی و خواستهٔ وی «رفع تصرف عدوانی» است.

#### ۱-۲-۲) مبنای دوم: منع احقاق حق شخصی

اگر خوب بنگریم وجود مراجع قضایی و انتظامی در جامعه دلیل بر این است که خود اشخاص مجری حق شخصی خود نباشند بلکه در صورتی که حقی از آن‌ها سلب شد یا مورد تجاوز قرار گرفت، فقط مراجع صالحه حق و تکلیف داشته باشند که راجع به احقاق او و رفع تعرض از آن اقدام نمایند. در صورتی که اشخاص خود مجری حق خود شوند نظم عمومی در جامعه مختل خواهد شد (و به اعتبار این وجه، نظم مستقر در مورد اموال را در جامعه می‌توان رابطهٔ حقوقی دانست که دولت «حکومت و جامعه» در یک سوی آن قرار دارد و در نتیجه دعوای تصرف را به عنوان جزئی از موضوعات حقوق عمومی تلقی نمود.) بنابراین ادامه

حیات اجتماع به آن بستگی دارد که اختیار احقاق حق شخصی از افراد آن جامعه سلب شود. (طیرانیان، ۱۳۷۶، ص ۱۳)

ممکن است اشکالی مطرح گردد که چنین قاعده یا اصلی صریحاً در هیچ یک از مواد قانونی قید نشده است؟ می‌توان چنین پاسخ داد که هرچند در متن هیچ یک از مواد قانونی چنین مطلبی تصریح نشده است ولی از مقررات وسیع و متعددی که در زمینه آیین دادرسی مدنی و کیفری و تعیین موارد صلاحیت محاکم و لزوم اجرای احکام صادره توسط مقامات عمومی، به خوبی می‌توان دریافت که افراد حتی اگر توسط محاکم ذیحق شناخته شده باشند، نباید شخصاً حق خود را نسبت به موضوع آن در تصرف دیگری است اعمال نمایند.

البته مفاد ماده ۳۱ ق.م. که می‌گوید: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر بر حکم قانون» دلالت تلویحی بر این امر دارد، مشروط بر این که عبارت «مگر به حکم قانون» را بتوان «مگر از طریق قانونی یا از طریق مراجعه به مقامات قانونی» تعبیر نمود.

با پذیرش این قاعده حتی مواردی را که در قانون به ذیحق اجازه اقدام بدون مراجعه و تظلم نزد مقامات قضایی وارد شده است را باید صرفاً به عنوان اعلام و بیان حق در ماهیت تعبیر نمود. ولی احقاق آن حق به وسیله ذیحق ممنوع است و ضمانت اجرای کیفری نیز دارد و با تعیین مجازات مواجه خواهد شد. برای مثال می‌توان در مورد صراحت ماده ۵۰۳ ق.م که می‌گوید:

«هرگاه مستأجر بدون اجازه موجر در خانه یا زمینی که اجاره کرده وضع بنا یا غرس اشجار کند هر یک از موجر و مستأجر حق دارد هر وقت بخواهد بنا را خراب یا درخت را قطع نماید...»

باید متذکر شد که مراجع قضایی تأکید بر این دارند که در چنین مواردی نیز موجر باید برای تخریب بنا و قطع درخت و... به مأمورین اجراء و مراجع قانونی

متوسل شود در غیر این صورت عمل وی تحت عنوان تخریب مال غیر و قطع اشجار از نظر جزایی قابل تعقیب می‌باشد. (طیرانیان، ۱۳۷۶، ص ۱۴)

لازم به ذکر است که وجه مشترک بین تمام دعاوی تصرف این است که خواننده (متصرف لاحق) بدون رجوع به مقامات قانونی از قوا و وسائل شخصی خود استفاده کرده و رأساً مال را از ید تصرف سابق خارج نموده و یا مزاحم و مانع استفاده او گردیده است. این عمل متصرف لاحق موجب این اختلال در نظم عمومی بوده و باعث واکنش جامعه برای خنثی کردن این اقدام می‌شود. اختلال در تصرف غالباً همراه با اعمال تهدید کننده صلح عمومی است. (Vincent, 1994, n° 8)

با توجه به این مبنا، ایراد حمایت از غاصب یا مجرم وارد نخواهد بود زیرا حمایت از تصرف بر اساس این مبنا به علت دلالت بر مالکیت نمی‌باشد. بلکه جامعه برای ادامه حیات خود، حفظ نظم موجود را ضروری دانسته و در نتیجه از تصرفی که استقرار آن نظم خاصی را به وجود آورده حمایت می‌نماید و به این ترتیب حکومت با اعمال قدرت خود مدعی را از به کار بردن قدرت شخصی منع و به اقامه دعوا مکلف می‌سازد.

#### ۳-۲-۱) مبناي سوم: اماره مشروعیت تصرف

مبناي دیگری نیز برای احترام به تصرف قائل شده‌اند و آن اماره مشروعیت تصرف است به این بیان که حمایت از مدعی در دعاوی تصرف، ناشی از تصرف سابق به عنوان مالکیت نیست. بلکه به عنوان اماره مشروعیت همان تصرف است که با سابقه یک ساله واجد اعتبار عقلی شده است و استحقاق بقاء و ادامه از آن نتیجه می‌شود و موجب حق تعقیب برای مدعی می‌شود. (ناصری، بی‌تا، ص ۱۷۲)

#### ۴-۲-۱) مبناي منتخب

ناگفته نماند هر یک از مبانی ما تذکر حقایقی هستند که در حمایت از تصرف مدنظر نویسندگان قوانین بوده است و با توجه به مقتضیات زمان و مکان به



یکی از این مبانی تکیه کرده‌اند. البته ناگفته نماند در بیشتر موارد دو مبنای<sup>۱</sup> مورد توجه قرار می‌گرفته است به گونه‌ای که در حقوق فرانسه که رسیدگی به دعاوی تصرف فقط به دادگاه محول شده است، این دو مبنا مدنظر بوده، ولی با توجه به مقتضیات زمان در ابتدای قرن ۱۹ م، منع احقاق حق شخصی که جنبه نظم عمومی دارد، مبنای حمایت از تصرف بوده است و از نیمه دوم این قرن تضمین مالکیت مورد حمایت قرار گرفته است (Hebraud, 1955, p13) به نظر می‌رسد مبنای دوم یعنی منع احقاق حق شخصی بیشتر مدنظر قانون‌گذار ما در آیین دادرسی مدنی بوده است زیرا اگر تصرف به عنوان مالکیت مورد پذیرش قانون‌گذار بود ماده ۱۶۲ ق.آ.م.ج دلیل مخالف با سند مالکیت را نمی‌پذیرفت و اماره سند مالکیت را که دلیل مالکیت می‌باشد، به عنوان یک اماره مطلق تلقی می‌نمود که مخالفت آن قابل اثبات نبود در صورتی که اثبات دلیل مخالف با سند مالکیت را پذیرفته است البته ناگفته نماند در ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم دعوی مخالف با سند مالکیت مورد پذیرش نبوده است و همچنین با توجه به ماده ۳۵ ق.م. و ۳۶ ق.م. در قدیم بیشتر مبنای تصرف به عنوان مالکیت مدنظر قانون‌گذار ما بوده است.

اما امروز با توجه به مواد ۱۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی.ج و لزوم حفظ نظم عمومی و توجه قانون‌گذار به حفظ نظم عمومی توسط دادرها در دعوی رفع تصرف عدوانی به نظر می‌رسد مبنا منع احقاق حق شخصی از اولویت بیشتری نزد قانون‌گذار برخوردار بوده است و ایراداتی که به مبنای تصرف به عنوان مالکیت وارد می‌شود بر این مبنا وارد نیست.

## ۲-۲) مبانی فقهی دعوی رفع تصرف عدوانی

در مورد مبنای فقهی دعوی رفع تصرف عدوانی باید گفت که این دعوا در فقه مستقیماً بیان نشده است؛ بنابراین، باید این تأسیس حقوقی که از حقوق فرانسه وارد حقوق ایران شده است را با قواعد فقهی تطبیق دهیم تا موافق فقه یا خلاف

فقه بودن آن را دریابیم، به این جهت، این دعوا را با نزدیک‌ترین قاعده فقهی یعنی «قاعده ید» تطبیق می‌دهیم و قبل از این‌که این دو تأسیس را مقایسه کنیم لازم است که چند مورد از موارد راجع به قاعده ید را که در مقایسه و نتیجه‌گیری مؤثر است بیان نماییم.

#### ۲-۲-۱) تعارض ید فعلی با ید سابق (تعارض ید با استصحاب)

اگر ید فعلی دلالت بر ملکیت ذوالید می‌کند با «ید» دیگری که قبلاً بر همین مال سیطره داشته، تعارض داشته باشد، آیا حکم به مالکیت ذوالید فعلی داده می‌شود؟ زیرا ید فعلی ظهور در ملک دارد، یا حکم به ملکیت ید سابق داده می‌شود، 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 نمی‌کنند، زیرا ید سابق با «ید» فعلی تعارض ندارد مگر براساس حجیت مدلول استصحاب.

از تتبع و بررسی کلام حقوق‌دانان اسلامی در این مورد، دو نظر روشن و بارز به دست می‌آید یکی از آن‌ها، تمایل به تقدیم استصحاب بر «ید» دارد و دیگری بالعکس، ید را مقدم می‌دارد.

البته نظر سومی نیز ابراز شده است که تمایل به توقف در تقدیم یکی از متعارضین بر دیگری دارد (علامه حلی، ۱۳۱۴ق.، ص ۱۹۵) که اکنون به بررسی و بیان دو رأی مشهور می‌پردازیم:

#### الف- نظر اول- تقدیم استصحاب بر ید

برخی از فقهای امامیه (طوسی، ۱۴۱۴ق.، صص ۳۵۸-۳۵۷؛ اصفهانی (فاضل هندی، ۱۴۱۱ق.، ص ۱۸۷) 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. (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۰ق، ص ۱۴۵) برخی نیز بیان کرده‌اند در مسأله تعارض بین مالکیت سابق و اسبق بعد از این‌که ملکیت سابق ثابت شد، حکم به ملکیت فعلی داده نمی‌شود مگر این‌که 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. (الحلی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۹۵)

به نظر می‌رسد دلیل طرفداران تقدیم استصحاب بر «ید» قابل خدشه و ایراد باشد، زیرا مصادره به مطلوب است، چه این‌که صرف مسبوق بودن ید سابق به زمان سابق، موجب ترجیح بر ید فعلی نمی‌شود، مگر این‌که 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 (طباطبایی، ۱۳۹۶ق، ص ۳۵۰) بلکه بر آن ادعای اجماع نیز شده است. اما دلیل این تقدیم خیلی واضح و روشن است، زیرا با فرض این‌که 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 این‌که 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 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 آن‌که 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 نمی‌ماند و لازم می‌آید این اعتبار لغو و بیهوده باشد که از شارع حکیم بعید است به همین جهت امام صادق علیه‌السلام در نص معروف چنین فرموده‌اند که اگر معتبر نباشد، اعتباری برای بازار و کسب مسلمین باقی نمی‌ماند (محقق داماد، ۱۳۸۲، صص ۴۲-۴۱) البته در این‌که ید وارد بر اصل استصحاب است یا حاکم بر آن بین فقهای اسلامی، اختلاف است که به نظر می‌رسد 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 می‌رسد در حقوق ایران نیز این نظر مورد پذیرش باشد. اطلاق ماده ۳۵ قانون مدنی نیز مثبت این امر است. اما برخی از حقوق‌دانان عقیده‌ای مخالف این نظر را دارند و چنین استدلال می‌نمایند:

«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 می‌کنند و چنین می‌گویند: «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 حقانیت سابق مدعی، به هر دلیل که باشد، اثر اماره تصرف را از بین خواهد برد». (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۹۰)

اما همان‌طور 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 (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص ۷۱۸) 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.

#### ۲-۲-۲) اقرار متصرف بر سبق تصرف مدعی

گاهی متصرف اقرار به مالکیت سابق مدعی دارد، در این صورت «ید» (تصرف) چه سرنوشتی را پیدا می‌کند؟

در ماده ۳۷ قانون مدنی در این زمینه آمده است: «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 این که ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.»

حقوق‌دانان و فقها در بحث تحلیلی از مدلول ماده فوق اتفاق نظر ندارند. برخی از حقوق‌دانان (صفایی، سیدحسین، ۱۳۴۸، ص ۲۹۳) بر این عقیده‌اند که از شرایط اعتبار تصرف این است که سابقه مالکیت دیگری (مدعی) مسلم نباشد و لذا،

سابقه مالکیت مدعی مسلم باشد اماره ید از اعتبار ساقط است و نیز می‌گویند: «تصرف هنگامی دلیل مالکیت است که سابقه مالکیت شخص دیگری نسبت به مال مسلم نباشد و در صورتی که به یکی از طرق قانونی ثابت شود که شخص غیر از متصرف، سابقاً مالک مال بوده است متصرف دیگر نمی‌تواند بار اثبات مالکیت خود به تصرف استناد کند.» (صفایی، سیدحسین، ۱۳۴۸، ص ۲۹۲) ایشان در شرح ماده ۳۷ قانون مدنی درباره علت این که اماره تصرف از اعتبار می‌افتد، می‌نویسد:

«تا زمانی که متصرف مالکیت فعلی خود را ثابت نکند، به قاعده استصحاب که از قواعد مهم حقوقی است حکم بر بقای مالکیت قبلی مدعی تصرف، ارزش اثباتی خود را از دست خواهد داد، مگر این که متصرف اثبات کند که ملک از طریق ناقل صحیح قانونی، مانند بیع و هبه، به او انتقال یافته است.» بنابراین، به اعتقاد ایشان، علت بی‌اعتباری تصرف (موضوع ماده ۳۷ قانون مدنی) از باب تقدم استصحاب بر ید است.

این عقیده علاوه بر این که با مطالب پیش گفته ما تعارض دارد، با عقیده فقها نیز که همیشه ید را بر استصحاب مقدم می‌دارند تعارض دارد، حتی با آرای صادره از دیوان عالی کشور نیز معارضه دارد. به عنوان مثال، همان طوری که پیش تر اشاره شد به موجب حکم شماره ۴۰۳۵ مورخ ۱۳۱۹/۱۱/۳۰ شعبه سوم و حکم شماره ۵۹۹ مورخ ۱۳۱۷/۳/۱۸ شعبه یکم دیوان مذکور: «ثبوت مالکیت سابق در مقابل تصرف فعلی تأثیری ندارد که تصرف فعلی ناشی از سبب مملک و ناقل قانونی نبوده است.» (متین، ۱۳۸۰، ص ۱۰۱) برخی از حقوق دانان نیز در شرح ماده ۳۷ قانون مدنی می‌گویند: «هرگاه دلیلی اعم از اقرار یا سایر ادله اثبات، دلالت بر مالکیت سابق دیگر (مدعی) در مال معینی که الآن تحت تصرف دیگری است بکند، اماره تصرف زایل است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳، ص ۱۶۰-۱۵۹) البته ایشان در فرضی که دعوا و ادعایی نباشد اماره را مقدم می‌دانند و می‌گویند مالکیت سابق استصحاب

نمی‌شود، یعنی در واقع بین دو فرض ذیل تفاوت گذاشته است. فرضی که ادعا و دعوی مطرح است که در این صورت، مطابق نوشته ایشان اماره «ید» از اعتبار ساقط است. فرضی که ادعا و دعوی مطرح نیست که در این صورت اماره ید به اعتبار خود باقی است. برخی نیز معتقدند: «هر دلیلی که مثبت مالکیت سابق مدعی باشد (اعم از اقرار و غیره) اماره ید را از اعتبار ساقط می‌نماید، اگرچه ماده ۳۷ قانون مدنی و رویه قضایی مورد نظر را منحصر به اقرار کرده است، ولی اقرار هیچ خصوصیتی جز اثبات مالکیت مدعی ندارد، پس باید بر آن بود که ثبوت مالکیت سابق مدعی به هر دلیلی، اثر اماره تصرف را زایل می‌کند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳، صص ۱۶۰-۱۵۹)

برخی از حقوق‌دانان در این زمینه می‌گویند: «کسی که مالکیت خود را با اماره ید می‌خواهد ثابت کند، لازم نیست که منشأ و مبدأ تصرف او معلوم باشد و باید مدعی که منشأ تصرف متصرف را غصب یا نامشروع اعلام می‌دارد این مطلب را ثابت کند ولی اگر متصرف بخواهد منشأ مالکیت خود را بیان کند از نظر فن وکالت نباید اقرار به مالکیت سابق طرف نماید، و الا تصرف آثار خود را از دست می‌دهد.» (امامی، ۱۳۷۴، ص ۵۴) سپس می‌گویند که حکم ماده ۳۷ قانون مدنی قابل ایراد است زیرا اقرار ذوالید به مالکیت سابق مدعی نمی‌تواند اماره را زایل کند، زیرا بین مؤذای اماره که مالکیت فعلی است و مؤذای اقرار که مالکیت سابق است تعارضی نیست. یعنی همان‌گونه که اثبات مالکیت مدعی با دلیلی غیر از اقرار، تصرف را ساقط نمی‌کند، اقرار هم نباید این اماره را از اعتبار بیندازد. این نظر با عقیده برخی از فقها موافق است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲، ص ۱۲۰)

در خصوص اختیار نظریه قابل قبول باید گفت، آنچه از ظاهر مواد ۳۶ و ۳۷ قانون مدنی استنباط می‌شود، این است که در صورت اثبات سبق مالکیت مدعی، مال مورد تصرف به مدعی رد نمی‌شود و متصرف مکلف به ارائه دلیل انتقال مال به

او به وسیله ناقل قانونی نخواهد بود، مگر این‌که سبق مالکیت مدعی به وسیله اقرار متصرف اثبات شود؛ زیرا از یک طرف، طبق ماده ۳۶ قانون مدنی برای سلب اعتبار تصرف باید ثابت شود که تصرف مزبور ناشی از سبب مملک یا نقل قانونی نبوده است و بنابر مفهوم مخالف این ماده در صورت عدم این امر تصرف اماره مالکیت است. از طرف دیگر، مطابق ماده ۳۷ قانون مدنی در صورت اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی، تصرف متصرف نمی‌تواند اماره مالکیت او باشد و متصرف برای خودداری از تسلیم ملک به مدعی باید انتقال آن را به خود به ناقل صحیح اثبات کند. به نظر می‌رسد که مورد ماده ۳۷ قانون مدنی را نمی‌توان موردی 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 ماده ۳۷ قانون مدنی مبتنی بر نظریه عده‌ای از فقها است که در این مورد، برای اقرار خصوصیت قائل هستند و حکم مزبور را ناشی از ماهیت اقرار می‌دانند. ملاحظه مقررات مواد ۳۶ و ۳۷ قانون مدنی نشان می‌دهد که مفاد ماده ۳۶ یک حکم مطلق و مورد ماده ۳۷ یک استثنا بر آن است به این جهت از جمع دو ماده بالا نتیجه گرفته 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 شود. علت این امر آن است که با اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی، دعوا منقلب شده و ذوالید مدعی می‌گردد، یعنی در واقع او ادعای انتقال مورد تصرف را به خود به وجه صحیح می‌نماید. (شهیدی، ۱۳۷۳، ص ۷۰) به عبارت دیگر ذوالید بدو چنین ادعا دارد که ملک با ناقل قانونی و صحیح به وی منتقل شده و تصرف خویش را مستند این ادعا قرار داده و چون اماره ید صرفاً مثبت مالکیت فعلی متصرف است نمی‌توان از آن انتظار داشت که مثبت انتقال مال به ناقل صحیحی از مالک سابق به ذوالید فعلی باشد، به همین جهت اماره ید از اثبات مدعای ذوالید قاصر است و او باید



برای اثبات ادعای خود به دلیل دیگری غیر از تصرف تمسک جوید و انتقال مال را ثابت کند. به عبارت دیگر، در این فرض متصرف می‌خواهد با اماره تصرف دو امر را ثابت کند:

۱- مالکیت فعلی خود؛

۲- انتقال مال از مدعی به خود به سبب ناقل صحیح قانونی.

بدیهی است که اماره تصرف تنها می‌تواند ادعای اول را ثابت کند و از اثبات ادعای دوم قاصر است، به این جهت باید ذوالید برای اثبات انتقال مال دلیل بیاورد و ماده ۳۷ قانون مدنی چیزی جز این موضوع را بیان نمی‌کند. (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص ۲۹)

این تحلیل از ماده ۳۷ قانون مدنی با رویه قضایی و نظر و عقیده فقها تطبیق دارد و حکم مسأله را به خوبی روشن می‌سازد. علاوه بر آن، 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 قانون مدنی و متضمن بیان فروع قاعده «ید» است نیز نمی‌توانستفاده کرد. ماده ۱۲۴ قانون مدنی<sup>۲</sup> که قرار داشتن سرتیر عمارتی را روی دیوار اختصاصی همسایه اماره استحقاق صاحب سرتیر می‌کند دلالت بر سقوط اماره ید در صورت اثبات مالکیت سابق مدعی ندارد، بلکه ظاهر در این است که مادام 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 دلایل خود را بر مالکیت متصرف از دست می‌دهد؛ بنابراین، آنچه طبق این ماده زمینه را برای اعتبار تصرف به عنوان نشانه مالکیت فراهم می‌سازد، مجهول بودن وضعیت تصرف سابق است نه مجهول بودن مالکیت سابق. (قربان‌وند، ۱۳۷۸، ص ۱۲۴)

## ۲-۳) مقایسه مبانی دعوی رفع تصرف عدوانی با مبانی قاعده ید

برای یافتن مبانی فقهی دعوی رفع تصرف عدوانی بایستی این دعوا را با قواعد مسلم فقهی مقایسه نموده و در پایان به یک جمع‌بندی دست یافت که کدام قاعده فقهی مبانی دعوی رفع تصرف عدوانی قرار می‌گیرد. پس از تحقیقات ابتدایی در این زمینه به این نتیجه رسیدیم که تنها قاعده فقهی که می‌تواند به نحوی مبانی فقهی دعوی رفع تصرف عدوانی باشد، قاعده ید است. بنابراین، ابتدا به‌طور اجمالی قاعده ید را معرفی کردیم تا مقایسه این قاعده با دعوی رفع تصرف عدوانی روشن‌تر شود. به این جهت ابتدا وجوه اشتراک سپس وجوه افتراق این دو را بیان نموده و در پایان نتیجه حاصله را بیان خواهیم کرد.

### ۲-۳-۱) وجوه اشتراک

چند وجه اشتراک بین قاعده ید و دعوی رفع تصرف عدوانی وجود دارد که به شرح ذیل است:

#### الف - حمایت از مالک واقعی

مسلم است که هدف دعوی رفع تصرف عدوانی حمایت از مالک واقعی است (شمس، ۱۳۸۴، ص ۳۴۸) قاعده ید نیز یکی از قواعد فقهی است که هدف از تأسیس آن حمایت از مالکیت بوده است، بنابراین، قاعده ید در دعوی رفع تصرف عدوانی از جهت هدف با هم مشترک هستند.

#### ب - تصرف مادی صرف

در دعوی رفع تصرف عدوانی، تصرف که عبارت است از استیلا مادی بر مال یکی از لوازم حمایت است در قاعده ید نیز تصرف مالکانه بر مال مبنای حمایت محسوب می‌شود که مسلماً تصرف مادی صرف را نیز در بردارد. بنابراین، از نقطه نظر مادی صرف نیز هر دو تأسیس با یکدیگر مشترک‌اند.

## ۲-۳-۲) وجوه افتراق

بین دعوی رفع تصرف عدوانی و قاعده ید وجوه افتراقی نیز وجود دارد که به چند مورد از آنها در این جا اشاره می شود.

### الف - مشروع بودن تصرف

در دعوی رفع تصرف عدوانی، خواهان دعوا بایستی برای اثبات ادعای خود سبق تصرف خود و عدوانی بودن و لحوق تصرف خوانده را ثابت کند. قاضی تصرف نیز به محض اثبات این سه رکن بایستی به رفع تصرف عدوانی حکم دهد، حتی اگر متصرف سابق غاصب باشد و غاصب بودن وی نیز اثبات شود. در دعوی رفع تصرف عدوانی قاضی نباید به رسیدگی ماهوی پردازد و در این حالت حکم به نفع خواهان غاصب صادر می شود. اما در قاعده ید تصرفی مورد حمایت است که مشروع باشد، به این جهت به هیچ وجه قاعده ید مبنای حمایت از تصرف غاصبانه قرار نمی گیرد.

### ب - مالکانه بودن تصرف

در دعوی رفع تصرف عدوانی فقط از تصرف مادی صرف حمایت می شود و تصرف مورد حمایت قانون گذار نیازمند صفت مالکانه و مشروعیت نیست. اما در قاعده ید از تصرفی حمایت می شود که مالکانه باشد و به این دامنه حمایت دعوی رفع تصرف عدوانی از تصرف اعم از دامنه حمایت قاعده ید هست زیرا تمام تصرفات مورد حمایت قاعده ید به نحوی مورد حمایت دعوی رفع تصرف عدوانی است ولی برخی تصرفات مورد دعوی رفع تصرف عدوانی توسط قاعده ید حمایت نمی شوند.

### ج - مبنا

از نقطه نظر مبنای تأسیس به عقیده برخی از حقوق دانان این دو تأسیس با یکدیگر فرق دارند، مبنای دعوی رفع تصرف عدوانی حفظ نظم و صلح عمومی و

جلوگیری از احقاق حق شخصی است، ولی مبنای قاعدهٔ ید حمایت از مالک واقعی است که نتیجهٔ آن حفظ نظم اقتصادی جامعه است.

## ۲-۴) مبنای منتخب فقهی

در مورد این‌که قاعدهٔ ید مبنای دعوی رفع تصرف عدوانی می‌تواند واقع شود یا خیر اختلاف نظر وجود دارد و این اختلاف نظر ناشی از اختلاف در مبنای دعوی رفع تصرف عدوانی است. بنابراین، در پایان نظرات مختلف را بیان می‌کنیم:

۱- برخی معتقدند که در دعوی رفع تصرف عدوانی مسأله بر سر این است که شخصی تصرف فعلی بر مالی دارد و شخص دیگری مدعی تصرف سابق خود بر آن مال است و مدعی است که متصرف فعلی مال را از تصرف او به زور خارج کرده است و مدعی برای تصرف سابق خود شهودی را نیز اقامه می‌کند، در این حالت مطابق قانون آیین دادرسی مدنی به نفع متصرف سابق حکم داده می‌شود. دلیل و مبنای این حکم قانون چیست؟ در پاسخ باید گفت هرگونه تصرفی امارهٔ مالکیت است زیرا هیچ منافاتی وجود ندارد که علاوه بر متصرف بودن متصرف او را مالک حقی، عینی، منفعتی بدانیم. این فرض وجود دارد که تصرف، متصرف سابق مشروع بوده است. این مشروعیت تصرف وی به خاطر سیطره‌ای است که وی برمال دارد که این سیطره نشانهٔ مشروعیت تصرف مالکیت عین یا مالک منفعت می‌دانیم در این فرض اشکالی وجود ندارد که ما قاعدهٔ ید را مبنای حمایت از تصرف بدانیم ولی این نکته را بایستی بپذیریم که قاعدهٔ ید همیشه اثبات مالکیت بر عین را نمی‌کند، گاهی اثبات مالکیت بر عین، گاهی اثبات مالکیت بر منفعت، گاهی اثبات مالکیت بر حقی را می‌کند. (سعادت‌مصطفوی، ۱۳۸۷، ص ۳۴)

بنابراین، بین تصرف مادی صرف و مالکیت تنافی وجود ندارد که این دو را از یکدیگر جدا کنیم و فقط تصرف را مد نظر قرار دهیم. تصرف عدوانی یعنی آن سوی تصرف یک ذی‌حقی وجود دارد، این ذی‌حق چیست؟ این حق یا مالکیت بر

عین یا مالکیت بر منفعت یا مالکیت بر حق را برای ذی حق به وجود آورده است. کسی که تصرف صرف بر مالی دارد حداقل یک حق استیفاء دارد، تصرف، متصرف فعلی نشان‌دهنده آن است که متصرف یک چیزی در اختیار دارد. عدوانی بودن تصرف مبتنی بر چیست؟ بدون رضایت متصرف سابق اگر تصرفی اتفاق بیفتد، تصرف عدوانی است، چرا عدم رضایت متصرف سابق برای عدوانی بودن تصرف لاحق لازم است که اگر آن رضایت جلب نشود تصرف لاحق عدوانی محسوب می‌شود؟ استیلا یا تصرف سابق یک حقی را ایجاد نموده است و نمی‌توان جنبه واقع‌نمایی استیلا را کنار گذاشت زیرا یک چیزی را ایجاد کرده است که حداقل آن یک حق استفاده و بهره‌برداری است، بنابراین، رضایت لازم است تا که عمل متصرف لاحق عدوانی نباشد. چه نوع رضایتی لازم است؟ مگر تصرفی که متصرف لاحق دارد گویای چه چیزی است که بدون رضایت مصرف سابق عمل متصرف لاحق عدوانی محسوب می‌شود، حداقل گویای این نکته است که متصرف سابق یک حق بر آن مال دارد، اگر نگوییم که او مالک عین یا مالک منفعت است او یک حق تصرف دارد که این حق مانع می‌شود که بدون اذن متصرف سابق حتی اگر مال، ملک خود متصرف لاحق باشد، حق ندارد آن را اخذ نماید.

آیا می‌توان ید را از اثبات مالکیت تخلیه کرد؟ اگر بلی، چرا این کار را انجام داده‌اند؟ اگر برای حفظ نظم عمومی و جلوگیری از احقاق حق شخصی و... این تخلیه صورت گرفته باشد منافاتی ندارد که مالکیت از ید تخلیه شود. عملاً وقتی از تصرف حمایت می‌شود خواه ناخواه از مالکیت هم حمایت می‌شود. بنابراین، آنچه در قانون آیین دادرسی مدنی راجع به حمایت از تصرف آمده است با فقه امامیه منافاتی ندارد و عملاً تفاوت عملی با قاعده ید ندارد. در دعوای رفع تصرف عدوانی نیز خواه ناخواه از مالکیت حمایت می‌شود زیرا وقتی که از تصرف حمایت می‌شود خواه ناخواه از مالکیت حمایت می‌شود که این حمایت یا حمایت از

مالکیت بر عین است یا حمایت از مالکیت بر منفعت است یا حمایت از مالکیت بر حقی که در تصرف برایش ایجاد شده است. سند مالکیت متصرف لاحق، هیچ منافاتی با جواز تصرف عین توسط متصرف سابق ندارد.

آنچه که در مقایسه این دو تأسیس حقوقی باید مورد بررسی قرار گیرد این است که آیا یک تباین جوهری یا شکلی بین قاعده ید با دعوای رفع تصرف عدوانی وجود دارد؟ جلوگیری از احقاق حق شخصی با مالکیت منافاتی ندارد، اگر جلوگیری از احقاق حق شخصی را حمایت از مالکیت دانسته شود یا ندانسته شود، از یک واقعیتی حمایت می‌شود این واقعیت یا مالکیت بر عین یا مالکیت بر منفعت یا مالکیت بر حقی است که برای شما پیدا شده است.

استیلائی که بر مال وجود دارد اصل بر مشروعیت آن است. این ید چرا مشروعیت دارد؟ مبنای مشروعیت این ید چیست؟ مبنای مشروعیت ید این است که غالباً ید گویای مالکیت بر عین، مالکیت بر منافع، مالکیت بر حق تصرف است و همین امر باعث می‌شود که تصرف عدوانی شود تا اجازه نگیرد، چرا اجازه متصرف لازم است؟ برای این که از لحاظ قانونی مورد حمایت واقع شود.

مالکیت نشأت مختلفی دارد، نشأة قوی و ضعیف دارد، ضعیف‌ترین حالت مالکیت، مالکیت بر حقوق است، وقتی حق مالی به فروش می‌رسد در واقع یک حق معنوی به فروش می‌رسد.

در دعوای رفع تصرف عدوانی به هر حال از تصرف حمایت می‌شود ولی این تصرف در دل خود یکی از سه چیز را دارد و منافاتی با قاعده ید ندارد، چون در نهایت حمایت از مالکیت می‌شود. تعارض ید لاحق و تصرف سابق چگونه قابل حل است؟ در پاسخ باید گفت که ید زمانی مورد حمایت واقع می‌شود که مشروع باشد و عدوانی نباشد و چون در دعوای رفع تصرف عدوانی بودن ید لاحق اثبات شده است، ید بی‌هویت ارزش ندارد و باید ید مشروع باشد، بنابراین، ید

لاحق که بی اعتبار است، اعتبار ید سابق نیز پابرجا می ماند و مورد حمایت واقع می شود و مناقات حل می شود. (سعادت مصطفوی، ۱۳۸۷، ص ۳۸)

با توجه به موارد فوق الذکر مبنای دعوای رفع تصرف عدوانی حمایت از مالک واقعی محسوب شده است بنابراین، اگر مبنای دعوای رفع تصرف عدوانی را حمایت از مالکیت واقعی بدانیم، قاعده ید مبنای فقهی دعوای رفع تصرف عدوانی است.

۲- برخی معتقدند که دعوای رفع تصرف عدوانی با قاعده ید منافات دارد، زیرا این دعوا در صورت جمع ارکان و غاصبانه بودن تصرف خواهان، از تصرف غاصبانه وی حمایت می کند در صورتی که قاعده ید فقط از تصرف مشروع حمایت می کند. بنابراین، قاعده ید که حامی مالکیت واقعی است، نمی تواند مبنای دعوای رفع تصرف عدوانی قرار گیرد که مبنای آن حمایت از نظم عمومی و صلح اجتماعی و جلوگیری از احقاق حق شخصی است. لذا، این دو تأسیس از نقطه نظر مبنایی با یکدیگر منافات دارند.

تنها در صورتی که قاعده ید را اصل عملی بدانیم، این قاعده می تواند مبنای فقه دعوای رفع تصرف عدوانی که مبنای آن حمایت از نظم عمومی و صلح اجتماعی و جلوگیری از احقاق حق شخصی است، باشد. علت این نظر این است که زمانی که قاعده ید را اصل بدانیم و ید فعلی با ید سابق تعارض پیدا کند، همان طور که قبلاً بیان شد، ید سابق مقدم است و این همان روالی است که در دعوای رفع تصرف عدوانی اتفاق می افتد.

در پایان لازم به ذکر است که در مجموع با توجه به مباحث و مطالعات به نظر می رسد که قاعده ید اماره است و با دعوای رفع تصرف عدوانی در تعارض می باشد بنابراین، قاعده ید مبنای فقهی دعوای رفع تصرف عدوانی نمی تواند واقع شود، زیرا در قانون آیین دادرسی مدنی جدید بر خلاف قانون آیین دادرسی مدنی قدیم، قانون مدنی بنای دعوای رفع تصرف عدوانی حفظ نظم عمومی و جلوگیری از احقاق حق شخصی است نه حمایت از مالک واقعی. بنابراین، یا بایستی مقررات راجع به این دعوا را با توجه به مبنای حمایت از مالکیت واقعی تنظیم نمود و یا این که در مباحث فقهی دعوای رفع تصرف عدوانی را به عنوان مباحث مستحدثه مطرح کرد و مبنای فقهی آن را بیان نمود.

## نتیجه‌گیری

علی‌رغم ذکر مبانی مختلف برای دعوی رفع تصرف عدوانی که متنی بر مقتضیات زمان و مکان ذکر شده‌اند، به نظر می‌رسد، مبنای حقوقی دعوی رفع تصرف عدوانی منع احقاق حق شخصی است که جنبه نظم عمومی و حفظ صلح اجتماعی دارد. علل پذیرش این نظر به شرح ذیل است:

۱- قانون‌گذار در ماده ۱۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید سند مالکیت را یکی از امارات سبق تصرف محسوب می‌کند ولی دلایل خلاف این سند را نیز می‌پذیرد؛ در واقع سند مالکیت در این ماده بر خلاف ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم یک اماره مطلق محسوب نشده است، لذا باید گفت که مبنای دعوی رفع تصرف عدوانی در قانون آیین دادرسی مدنی جدید نسبت به مبنای این دعوا در قانون آیین دادرسی مدنی قدیم تغییر یافته است، چرا که مبنای دعوی رفع تصرف عدوانی در قانون آیین دادرسی مدنی قدیم حمایت از مالکیت واقعی بود و در آن قانون، مالکیت یک اماره مطلق محسوب می‌شد. بنابراین با توجه به روح مواد راجع به دعوی رفع تصرف عدوانی در قانون آیین دادرسی مدنی جدید، به نظر می‌رسد که مبنای «منع احقاق حق شخصی» مورد پذیرش قانون‌گذار در زمان تصویب این مقررات بوده است.

۲- چندین ماده کلیدی فصل هشتم از باب سوم قانون آیین دادرسی مدنی جدید، عیناً از قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی اقتباس شده است و چون مبنای دعوی رفع تصرف عدوانی در قانون اصلاح «منع احقاق حق شخصی» به منظور حفظ صلح اجتماعی و نظم عمومی است؛ لذا مبنای دعوی رفع تصرف عدوانی در قانون آیین دادرسی مدنی جدید نیز همان مبنای این دعوا در قانون اصلاح است، چون مقررات مبنایی راجع به این دعوا در دو قانون مذکور یکسان است.

۳- دعوی رفع تصرف عدوانی یک تأسیس حقوقی است که از حقوق فرانسه وارد حقوق ایران شده است، مسلماً مبنای این دعوا در حقوق فرانسه که حفظ نظم عمومی و صلح اجتماعی است، توسط قانون‌گذار ما پذیرفته شده است.

۴- چون دعوی رفع تصرف عدوانی در صورت جمع ارکان دعوی رفع تصرف عدوانی از تصرف غصبانه نیز حمایت می‌کند، مسلماً مبنای قوی دیگر یعنی



«حمایت از مالکیت» واقعی پذیرفته نشده است. بنابراین، مبنای مشهور دیگر یعنی «منع احقاق حق شخصی» مورد پذیرش قانونگذار بوده است. لازم به ذکر است که مبنای فقهی این دعوا مطابق قواعد مسلم فقهی به ویژه «قاعده ید» بایستی «حمایت از مالکیت واقعی» باشد؛ زیرا، زمانی از تصرف (ید) حمایت می‌شود که این تصرف مشروع بوده و نشان از نوعی مالکیت (مالکیت بر عین، مالکیت بر منافع، مالکیت بر حق) باشد. مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی جدید و با توجه به توصیفات تصرف مادی صرف که در این دعوا مورد حمایت قانونگذار قرار گرفته، این دعوا از ید نامشروع در صورت جمع ارکان لازم برای این دعوا حمایت می‌کند و به دنبال این حمایت مسلماً از تصرفی که نشان از مالکیت نیست، حمایت کرده است. بنابراین، مقررات قانون آیین دادرسی مدنی جدید با «قاعده ید» در تعارض است، لذا یا باید این تعارض از قانون رفع شود یا این مقررات قانونی به عنوان مسائل مستحدثه بر اساس قواعد مسلم فقهی توجیه شود.

#### یادداشت‌ها

۱- دلالت تصرف بر مالکیت و منع احقاق حق شخصی.

۲- ماده ۱۲۴ ق.م:

«اگر از قدیم سر تیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند. و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سر تیر برداشته شود صاحب عمارت می‌تواند آنرا تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد مگر این‌که ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است.»

## منابع

### کتاب فارسی

۱. امامی، سیدحسن (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۳۸۵)، الفارق - فارق، دایرةالمعارف عمومی حقوقی، تهران: گنج دانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۳)، حقوق اموال، تهران: گنج دانش.
۴. سعادت مصطفوی، سید مصطفی (۱۳۸۷)، مصاحبه شفاهی، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۵. شمس، عبدالله (۱۳۸۴)، آئین دادرسی مدنی، تهران: دراک.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۷۳)، سقوط تعهدات، تهران: کانون وکلای دادگستری.
۷. صدرزاده افشار، سیدمحسن (۱۳۷۳)، آیین دادرسی مدنی، تهران: مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد).
۸. صفایی، سید حسین (۱۳۴۸)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۹. طیرانیان، غلامرضا (۱۳۷۶)، دعاوی تصرف، تهران: گنج دانش.
۱۰. قربان‌وند، محمدباقر (۱۳۷۸)، موارد حاکمیت قاعده ید در حقوق مدنی ایران (اماره مالکیت)، تهران: ققنوس.
۱۱. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۷۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران: نشر یلدا.
۱۲. متین دفتری، احمد (۱۳۷۸)، آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۳. متین، احمد (۱۳۸۰)، 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.

۱۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۲)، قواعد فقه، بخش مدنی، مالکیت و مسئولیت، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۱۵. مدنی، سیدجلال الدین (۱۳۷۶)، آئین دادرسی مدنی، تهران: پایدار.

۱۶. منصور، جهانگیر (۱۳۸۱)، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، تهران: میزان.

۱۷. ناصری، فرج الله (بی تا)، امارات در حقوق مدنی ایران، بی جا.

۱۸. واحدی، قدرت الله (۱۳۷۷)، آیین دادرسی مدنی با لحاظ قوانین جدید، تهران: میزان.

#### کتاب عربی

۱. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن (۱۴۱۱ ق.)، کشف اللثام فی قواعد الاحکام، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۲. الحلّی جمال الدین، حسن بن علی بن مطهر (۱۴۲۱ ق.)، تحریر الاحکام، قم: آل البيت.

۳. الحلّی، محمد بن احمد بن ادريس (۱۴۱۰ ق.)، سرائر الاحکام، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۰ ق.)، العروة الوثقی، قم: مکتبه الوجدانی.

۵. طباطبایی، محمد بن محمد تقی (۱۳۹۶ ق.)، باغه الفقیه، نجف: مطبعة الادب.

۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن بن علی (۱۴۱۴ ق.)، کتاب الخلاف، قم: جامعه مدرسین.

۷. موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۲)، القواعد الفقهیه، تهران: نشر ميعاد

### کتاب فرانسه

1. Mazeaud et Chabas(1994), leçons de droit civil, t. 2. 2 vol. Biens, 8<sup>e</sup> éd, Par Chabas, Montchrestien.
2. Vincent ,Jean(1994),procédure civil ,Dalloz ,Paris ,23éd.
3. Colin et Capitant(1955), traité droit Dalloz ,Paris , civil T.2
4. Hebraud, Action possessoires, Répertoire de procédure civil et commerciale, T 1. Encyclopédie juridique(1955), Dalloz ,Paris,