

# تناسب اصولی دلیل تصرف در اثبات مالکیت

فریدون نهرینی\*

## فهرست مطالب

چکیده

مقدمه

فصل اول - خصائص ادله اثباتی

مبحث اول - قانونی بودن ادله اثباتی

مبحث دوم - قابلیت ارائه و استناد ادله توسط متداعین

مبحث سوم - متناسب بودن ادله اثبات در کلیه دعاوی

مبحث چهارم - شکلی بودن مقررات مربوط به ادله اثبات

فصل دوم - تصرف به عنوان دلیل اصولی و عمومی اثبات مالکیت

مبحث اول - بررسی ماده ۳۵ قانون مدنی

مبحث دوم - بررسی مواد ۶۱، ۶۲ و ۱۰۱ قانون اجرای احکام مدنی

مبحث سوم - بررسی مقررات قانونی ثبت اسناد و املاک

مبحث چهارم - بررسی مقررات قانون تجارت

---

\* دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی.

فصل سوم - عنوان و مقام تصرف

مبحث اول - قاعده عمومی در مورد دلالت تصرف در مقام و عنوان مالکیت

مبحث دوم - رویه قضایی

گفتار اول - تصرف به عنوان وقفیت

گفتار دوم - زوال عنوان تصرف در مالکیت با اثبات و احراز وقف

نتیجه

## چکیده

این مقاله نگاه و نظری ویژه به تناسب ادله اثبات دعوی در احراز مالکیت دارد، امری که همواره در طرح دعاوی و دفاعیات معمول، از آن غفلت شده یا بعضاً نادیده گرفته می‌شود. ره آورد این نوشتار را باید در برجسته نمودن یکی از امارات قانونی یعنی دلیل تصرف و معرفی موقعیت ممتاز آن در میان سایر ادله و امارات دانست؛ فی الواقع با لحاظ جمیع ضوابط حاکم بر ادله اثبات دعوی، باید بر آن بود که اولین و مهمترین دلیل اصولی و متناسب در اثبات مالکیت، دلیل تصرف به عنوان مالکیت است که اصولاً در کلیه اموال اعم از منقول و غیرمنقول به کار می‌آید مگر در تعداد معدودی از اموال و حقوق که در اثبات مالکیت بر آنها، به سایر ادله باید توسل و تمسک جست. اینک به تفصیل به شرح مطلب خواهیم پرداخت.

## مقدمه

طرح این عنوان در بدو امر ممکن است عجیب و مبهم به نظر آید. ضمن این که احتمال می‌دهم در نظر برخی غریب و بی وجه باشد. اما عنوان مزبور فی الواقع همان چیزی است که گاه به طور ناخود آگاه سعی در رعایت آن داریم و گاه نیز بدون توجه به آن می‌کوشیم تا به هر ترتیب ممکن با جمع آوری دلایل اثباتی، دعوی مورد نظر خود را بر مسند اثبات بنشانیم. متناسب بودن دلیل و یا ادله اثبات دعوی، خصیصه‌ای است کلی که صرفاً در دعوی مالکیت کاربرد ندارد بلکه در کلیه دعاوی به کار می‌رود اما آنچه که موجب شده، آن را به دعوی مالکیت مقید و محدود سازیم، شایع بودن دعوی مالکیت در میان سایر دعاوی است مضافاً این که

متفاوت بودن ادله اثباتی در دعوی مربوط به مالکیت، انتخاب آن را ممتاز می‌کند.

هدف و منظور از تناسب ادله اثباتی و ضرورت رعایت آن در طرح و اثبات دعوای مالکیت، آن است که در هنگام طرح دعوی مزبور، دلایلی را جهت اثبات آن به کار گیریم که از منظر قانونی و منطقی، مناسب و کافی در اثبات و احراز مالکیت باشد. بدیهی است هرگاه این تناسب را رعایت نکنیم با فرض وجود و اجتماع سایر شرایط و خصائص، اثبات دعوی مطروحه منتفی خواهد شد.

– موضوع فوق اگرچه با توجه به مقررات قانون مدنی در باب ادله اثبات دعوی (جلد سوم قانونی مدنی) مطرح می‌شود لیکن نمی‌توان بررسی آن را صرفاً به قانون مدنی محدود کرد بلکه مقررات آیین دادرسی را نیز در بر خواهد گرفت چه آن که وقتی صحبت از دعوی می‌شود، بلافاصله رسیدگی و دادرسی در دادگاه به ذهن متبادر می‌گردد (خطور می‌کند). در نتیجه آنچه که به مبحث ادله اثبات قوت می‌بخشد و ظهور آن را متجلی می‌سازد، محضر دادگاه و طرح دعاوی و مدافعات طرفین و نهایتاً رسیدگی و اتخاذ تصمیم دادگاه است که در تمامی این موارد، این ادله اثباتی و ابرازی دعاوی و دفاعیات متداعیین است که به اظهارات طرفین و رأی دادگاه رنگ و بوی عدالت می‌بخشد. اگر نبود این ادله اثباتی، اظهارات طرفین به مثابه گفتار و گفتگویی می‌نمود بی‌پایه و اساس و بدون جوهره. در نتیجه ما بر آنیم ضمن توصیف ادله اثبات دعوی، یکی از خصائص بارز و ارزشمند آن را که بحث تناسب ادله با دعوی می‌باشد مورد تحلیل و بررسی قرار داده و جایگاه آن را در دعاوی مربوط به مالکیت و احراز آن

بیان کنیم. به باور نگارنده هرگاه مراجع قضایی و اصحاب دعوی و وکلای آنها در طرح دعاوی خود، خصیصه متناسب بودن دلیل با دعوی را نادیده بگیرند، بی تردید نه موفق به اخذ حکم عادلانه خواهند شد و نه حکم صادره اساس قانونی خواهد داشت.

## فصل اول

### خصائص ادله اثباتی

ادله اثبات دعوی، مجموعه دلایلی هستند که اشخاص و اصحاب دعوی به منظور اثبات ادعای خویش، از آنها سود جسته و با تدارک دلیل در مقام اثبات ادعا و دفاعیات خود قرار می‌گیرند. به همین جهت ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ در تعریف دلیل اشعار می‌دارد: «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوی برای اثبات یا دفاع از دعوی به آن استناد می‌نمایند». همین تعریف در مورد اسناد نیز طی ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی آمده است: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد». ادله اثبات واجد خصائص و ویژگی‌هایی است که اصحاب دعوی می‌باید در استفاده از آنها، این ویژگی‌ها را مد نظر داشته و رعایت کنند.

### مبحث اول - قانونی بودن ادله اثباتی

اولین و مهمترین ویژگی ادله اثبات دعوی، قانونی بودن ادله است؛ اصحاب دعوی در استناد و توسل به دلایل و ادله اثباتی، مبسوط‌الید نیستند و همواره می‌باید خصیصه اصلی و ذاتی ادله را که همانا قانونی بودن ادله

است، رعایت نمایند. به عبارت دیگر، هریک از اصحاب دعوی در اثبات دعاوی خود، مقید به استفاده از ادله‌ای هستند که جواز آن از سوی مقنن صادر شده باشد و الا ادله استنادی و ابرازی از قدرت قانونی به منظور اثبات و احراز ادعا و کشف حقیقت برخوردار نخواهند بود؛ نفوذ ادله اثباتی در اولین گام و ذات خود به تجویز و تصریح قانونی بستگی دارد و الا هیچ‌گونه اعتباری بر آن نمی‌رود. به همین جهت است که استعمال عبارت ادله اثبات دعوی را همواره موصوف به وصف (قانون) کرده و آن را تحت عنوان «ادله قانونی اثبات دعوی» به کار می‌بریم.

منظور از ادله قانونی اثبات دعوی، ادله‌ای است که صرفاً توسط قانون احصاء و تجویز شده و طرفین دعوی (متداعیین) صرفاً برای اثبات ادعای خود می‌توانند از این ادله استفاده کنند و سایر ادله‌ای که ممکن است از نظر عوام مثبت دعوی باشد از منظر قانونی چنین قدرتی ندارد. این ادله قانونی مطابق دلایل پنجگانه مقرر در ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی بدین قرار است: ۱- اقرار ۲- اسناد کتبی ۳- شهادت ۴- امارات ۵- قسم (سوگند). افزون بر آن، سه دلیل دیگر که معمولاً در جریان دادرسی و توسط دادگاه و به منظور کشف حقیقت به کار می‌رود و در آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی شده که عبارتند از: ۱- معاینه محل (مواد ۲۴۸ به بعد آیین دادرسی مدنی) ۲- تحقیقات محلی (ماده ۲۴۹ آیین دادرسی مدنی جدید) ۳- کارشناسی (ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی).

علم قاضی را نیز باید به موارد فوق افزود و النهایه باید توجه داشت که در مقررات مدنی، علم قاضی یک شاخه مستقل در ادله را تشکیل نمی‌دهد بلکه دلیل مزبور را می‌توان بر پایه برخی از ادله دیگر مستقر

دانست. به همین جهت نیز مقنن در ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی اصلاحی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ علم قاضی را بر مبنای اسناد یا امارات ممکن می‌داند:

«توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوی مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد، در این صورت مدعی می‌تواند حکم به دعوی خود را که مورد انکار مدعی علیه است، منوط به قسم او نماید».

علاوه بر این علم قاضی می‌تواند به‌طور غیرمستقیم و از طریق تحقیق و معاینه محل به دست آید. ماده ۲۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی جدید می‌گوید:

«اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب می‌گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن باشد».

مفاد این مقرر تقریباً همان چیزی است که در امر کیفری در ماده ۴۳ آیین دادرسی کیفری جدید پیش‌بینی شده است. بنابراین با توجه به مطالب بالا که از ادله محصور و منحصر قانونی یاد شده، این نتیجه بدست داده می‌شود که به غیر از ادله قانونی احصاء شده در قانون، اساساً نمی‌توان از سایر ادله‌ای که ممکن است حتی مثبت ادعا در طریق عادی باشد، استفاده نمود و فی الواقع باید بر این اعتقاد بود که دعاوی از طریق ادله غیرقانونی اساساً اثبات و احراز نمی‌شوند حتی اگر از نظر اخلاقی یا از منظر عوام، ادعا را ثابت سازند؛ فی المثل استفاده از دلایلی همچون عکس، نوار

ضبط صوت یا فیلم و یا CD و دیسک‌های کامپیوتری هیچ‌گونه محمل قانونی نداشته و دلیل قانونی به شمار نمی‌آیند. چه آن‌که قطع نظر از قانونی نبودن این ادله، با تکنیک‌های روز می‌توان به سادگی تصاویر و صدای اشخاص را مونتاژ و ترکیب نمود.

### مبحث دوم - قابلیت ارائه و استناد ادله توسط متداعیین

دومین خصیصه ادله اثبات دعوی، قابلیت ارائه آن توسط طرفین و اصحاب دعوی است. در حقیقت اثبات موضوع دعوی در تمامی ارکان و جهات آن به عهده اصحاب دعوی می‌باشد. بدین ترتیب که مدعی مکلف است ادعای خود را با ابراز دلایل قانونی به اثبات برساند و بالعکس مدعی علیه نیز تکلیف دارد در موضوع دفاع مستندات خود را ارائه کند. نتیجه چنین امری آن است که قاضی و دادرس دادگاه ممنوع از تحصیل و تدارک دلیل به نفع هریک از اصحاب دعوی هستند چه آن‌که چنین امری (تحصیل دلیل) خارج از حیطه اختیارات دادرس بوده و انجام آن، او را از بی‌طرفی خارج می‌سازد. بنابراین به خلاف امور کیفری که مقام تعقیب کننده (همانند مدعی العموم و قاضی تحقیق در مرحله تحقیقات مقدماتی) با بی‌طرفی در مقام جمع‌آوری کلیه ادله له یا علیه متهم می‌پردازد (ماده ۳۹ آیین دادرسی کیفری جدید)، در امور حقوقی این تلاش و تعهد بر عهده هریک از اصحاب دعوی قرار دارد و استمداد از دادرس و قاضی دادگاه به منظور تحصیل دلیل فاقد وجاهت قانونی است (ماده ۳۵۸ آیین دادرسی مدنی سابق). اما فارغ از بحث اصولی فوق، در موارد استثنایی و آن هم به منظور کشف حقیقت، دادرس حق مداخله می‌یابد به همین منظور در



قسمت اخیر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (سال ۱۳۱۸) و ماده ۲۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۱۳۵۸ و ماده ۸ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری و نهایتاً ماده ۱۹۹ قانونی آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۷۹/۱/۲۱، مقنن دادگاه را مجاز ساخته تا به منظور کشف حقیقت و احراز واقعیت امر، هرگونه تحقیق و اقدامی را که لازم می‌داند به عمل آورد و این امر تحصیل دلیل محسوب نمی‌گردد بلکه دادرس با بی طرفی کامل و بدون این که منافع یا مضار یکی از طرفین دعوی را در نظر داشته باشد، صرفاً اقدامات و تحقیقاتی را انجام می‌دهد تا از آن طریق به حقیقت امر دست یابد، خواه حقیقت حاصله منجر به صدور رأی به نفع خواهان گردد یا خواننده. بنابراین شاید با مسامحه بتوان این اقدام دادگاه را استثنایی بر اصل ابراز دلیل توسط اصحاب دعوی به شمار آورد، زیرا چنین اقدامات و تحقیقاتی از یک سو به قصد و نیت تحصیل دلیل به نفع یک طرف دعوی انجام نمی‌پذیرد و از سوی دیگر به هر حال نتیجه آن، رأی دادگاه را به نفع یکی از طرفین سوق می‌دهد اگرچه دادگاه با اقدام خود در مقام کشف حقیقت واقع بوده است. مانند آن که خواهان در دعوی به سندی استناد و اشاره می‌کند که این سند در پرونده ثبتی ملک متنازع فیه موجود است لیکن خواهان قادر به ابراز و ارائه آن نمی‌باشد در این صورت دادگاه حتی بدون درخواست خواهان و صرفاً به جهت کشف حقیقت امر، با صدور دستوری، سند مزبور را از سازمان ثبت مطالبه خواهد کرد یا ممکن است در مقابل دعوی خلع ید خواهان که با سند رسمی مالکیت مبادرت به طرح دعوی کرده، خواننده مدعی شود که ملک مورد ادعا را از سازمان زمین شهری و پس از صدور

رای کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری دایر بر موات بودن آن، به انتقال گرفته و مالک آن می‌باشد در این صورت بر فرض عدم ارائه هرگونه سندی که مثبت این ادعا باشد، دادگاه مکلف است به منظور کشف واقع، در خصوص ادعای خواننده تحقیق نموده و از سازمان زمین شهری استعلام نماید.

### مبحث سوم - متناسب بودن ادله اثبات در کلیه دعاوی

از جمله خصائص دیگر ادله اثبات دعوی، تناسب آن با دعوی مطروحه می‌باشد. به بیان دیگر، به خلاف آنچه که تصور می‌رود و از ظاهر ترتب و تقدم و تأخر ادله اثبات دعوی در ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی استنباط می‌شود، ادله احصایی مذکور، اصولاً نسبت به یکدیگر قوت و ضعف ندارند بلکه هریک و یا بعضی از آنها در اثبات برخی از دعاوی چنین قدرتی ندارند هرچند که همگی دلیل قانونی محسوب می‌شوند. در نتیجه با هر دلیلی حتی قانونی نیز نمی‌توان هر دعوی را ثابت کرد بلکه باید به دنبال دلایلی بود که در اثبات دعوی مورد نظر، تناسب و دلالت بیشتری داشته و دارند. اگر به منظور اثبات یک دعوی، به دلیلی یا ادله‌ای استناد جوییم که اساساً هیچ‌گونه تناسب و دلالتی با دعوی مطروحه ندارد، در حقیقت آن دعوی را اثبات نکرده‌ایم. فی‌المثل، در دعوی خلع ید غاصب از ملک غیرمنقول ثبت شده، خواهان برای اثبات ذینفعی و مالکیت خود صرفاً باید سند رسمی مالکیت خود را ارائه کند زیرا مطابق مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک، مالک ملک غیرمنقول ثبت شده، کسی است که نام او در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد، لهذا خواه خواهان در ملک

مزبور سابقه تصرف داشته یا اساساً و هیچ‌گاه متصرف ملک نبوده باشد، این امر در مالکیت او که با ابراز سند رسمی احراز می‌گردد، تردیدی ایجاد نخواهد کرد. در نتیجه، دلیل متناسب با اثبات مالکیت مزبور، تنها ابراز سند رسمی مالکیت و ثبت نام خواهان در دفتر املاک ملاک است. اما بالعکس در دعوی مالکیت خواهان بر مال منقول، تنها دلیل متناسب، تصرف او به عنوان مالکیت است و نه ابراز سند رسمی.<sup>۱</sup>

به عنوان مثال دیگر، در دعاوی مربوط به ضمان قهری همانند تخریب عمدی یا سهوی یک دیوار توسط خودرو، تنها دلیل انتساب عمل به راننده و اثبات ورود خسارت به مالک دیوار، شهادت شهود می‌باشد، لهذا در این خصوص نمی‌توان از اسناد استفاده کرد زیرا به لحاظ حدوث واقعه قهری، امکان تدارک سند آنچنان که در قراردادها صورت می‌گیرد، وجود ندارد، در نتیجه در اثبات دعوی خسارت و انتساب آن به فاعل زیان، شهادت شهود مناسبترین دلیلی است که به کار می‌رود (بند ۵ ماده ۱۳۱۲ قانونی مدنی). به علاوه در خصوص میزان زیان وارده نیز دلیل کارشناسی در اثبات آن، کاربرد داشته و مؤثر است.

#### مبحث چهارم - شکلی بودن مقررات مربوط به ادله اثبات

قوانین و مقررات از یک جهت به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند؛ بخشی از این مقررات و قوانین، ماهوی یا ماهیتی هستند به نحوی که به اصل موضوعات ناظر بر حقوق و احکام مربوط به آنها می‌پردازند از قبیل مقررات ناظر بر ایجاد، انتقال و یا زوال حق. برخی دیگر از این قوانین،

۱. شرح این موضوع در مباحث آتی به تفصیل خواهد آمد.

هیچ گونه ارتباطی به نحوه ایجاد یا زوال و انتقال حق ندارند بلکه متضمن تشریفات و نظاماتی هستند که به معنی اعم کلمه به حقوق ماهوی ضمانت اجرا می‌بخشند؛ قوانین مربوط به آیین‌های دادرسی و تشریفات ثبتی از این قبیل‌اند که به عنوان قوانین و مقررات شکلی نام‌گذاری شده‌اند.<sup>۲</sup>

مقررات شکلی عمدتاً به منظور اجرا و استیفاء حقوق موجود تدوین و به کار گرفته می‌شوند. حال سؤال این است که نفس ادله دعوی و مقررات حاکم بر آن ماهوی هستند یا شکلی؟ از یک سو باید آنها را در زمره امور و مقررات ماهوی دانست زیرا هرگاه نتوان حق را از طریق ادله اثبات، ثابت نمود اصلاً نمی‌توان تصور حق کرد در نتیجه آنچنان حق و حقوق به ادله اثباتی خود وابسته‌اند که گویی یک پیکره واحد را تشکیل می‌دهند و تفکیک آنها از یکدیگر در حقیقت حق را از تجلی و تبلور خواهد انداخت. معمولاً نیز اهمیت این مطلب در جایی ظاهر می‌شود که حق مورد تعرض و تضییع قرار گیرد. در آنجاست که با اثبات تعلق آن به یک طرف می‌توان از متعرض و مضیع آن را استیفاء و اعاده نمود. از سویی دیگر مقررات و احکام ناظر بر ادله را باید در شمار مقررات شکلی انگاشت زیرا این مقررات فی‌نفسه نه حقی برای کسی ایجاد یا منتقل می‌کنند و نه حق کسی را زائل می‌سازد اگر چه بدون وجود این ادله، اثبات حق ممکن نیست و به قول برخی از علمای حقوق، حق بدون امکان اثبات آن، حق شمرده نمی‌شود لیکن با این وصف چاره‌ای جز تفکیک مقررات حاکم بر ادله اثباتی از حقوق ماهوی نیست چه آن که این ادله فی‌نفسه حق نیستند و تنها به عنوان وسایلی به کار می‌روند که حقوق ماهوی را اثبات کرده و

۲. برای اطلاعات بیشتر رک. دکتر کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، صص ۳۳۴ - ۳۱۹.

تجلی بخشند، لهذا باید مقررات مربوط به این دسته را شکلی دانست و نه ماهوی. مثلاً ما در تعریف اقرار در ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی داریم که «اقرار اخبار به حقی است به ضرر خود و برای غیر». مفهوم همین مقرره که در جلد دوم کتاب قانونی مدنی آمده، موضوع اقرار را اخبار به حق اعلام می‌دارد و نه خود حق. فی الواقع، حق می‌باید ماهیتاً وجود داشته باشد تا مورد اخبار قرار گیرد. نتیجتاً از جهت وجود یا انتقال یا زوال حق، اقرار هیچ‌گونه تأثیری ندارد. همین تفسیر را با تعبیر خاصی که حسب نوع ادله وجود دارد می‌توان در سایر ادله اثباتی نیز به کار برد.

## فصل دوم

### تصرف به عنوان دلیل اصولی و عمومی اثبات مالکیت

#### مبحث اول - بررسی ماده ۳۵ قانونی مدنی

اگرچه بحث و عنوان این مقاله حول محور تناسب ادله اثبات با دعوی مالکیت و احراز مالکیت دور می‌زند، لیکن باور نگارنده بر آن است که مناسب‌ترین و اصولی‌ترین دلیلی که در دعوی مالکیت و اثبات آن از منظر قانونی مطرح است، تصرف به عنوان مالکیت می‌باشد خواه موضوع مالکیت، اموال مادی از قبیل منقول یا غیرمنقول باشد خواه موضوع آن، امور و حقوق مالی باشد. مگر این که استثنائاً مقنن با تصریح به خلاف این وضعیت، دلیل اثبات مالکیت را، ادله دیگری به غیر از اماره تصرف قرار دهد. متأسفانه افراد غیرحقوقدان نیز همواره به منظور تحصیل و تدارک دلیل برای مالکیت خود بر اشیاء و حقوق مالی، بدون توجه به دلیل متناسب

و قانونی آن که اماره تصرف می‌باشد، عمدتاً به اسناد و شهادت رو می‌آورند در حالی که قوانین و مقررات جاری چنین ادله‌ای را جز در موارد استثنایی اساساً مثبت مالکیت نمی‌شناسد. متأسفانه دادگاه‌های بدوی نیز گاهی به تاسی از این نظر عمومی و غیرحقوقی، بر آن صحه گذاشته‌اند. به نظر نگارنده باید این تصور عوام پسند و غیرقانونی را از ذهن و اندیشه حاکم بر جامعه حقوقی که از رویه و عرف مردم تأثیر پذیرفته، زدود به نحوی که حتی مردم نیز باید عادت کنند که در این گونه موارد به ادله‌ای رو آورند که در اثبات دعوی مالکیت آنها مناسب و مؤثر باشد.

– ماده ۳۵ قانون مدنی که حسب مفاد ماده ۱۳۲۲ همان قانون در شمار امارات قانونی قرار گرفته، از جمله اماراتی است که می‌توان گفت اثبات اکثریت دعاوی مربوط به مالکیت بر پایه آن استوار می‌گردد. اگرچه در ماده ۳۵ قانون مدنی امکان اثبات خلاف اماره تصرف پیش‌بینی و پذیرفته شده اما در عمل و حتی در تئوری نیز خلاف آن را نمی‌توان بسادگی اثبات کرد. کمی دقت در مادتين ۳۶ و ۳۷ قانونی مدنی این حقیقت را روشن می‌سازد که اثبات خلاف این اماره قانونی تنها با اقرار شخص متصرف به ضرر خود امکان پذیر است. همین امر نشان می‌دهد که قاعده تصرف را نباید تنها در قالب یک اماره دید؛ اگرچه در مباحث اصولی، اماره از حیث قوت و توانایی اثباتی، در حد فاصل میان دلیل یقینی و اصل عملیه قرار دارد اما بنظر می‌رسد که اماره تصرف را باید چیزی فراتر از حتی امارات قانونی شمرد و البته نه در حد دلیل یقینی. به باور نگارنده دلالت اماره تصرف در اثبات مالکیت متصرف به اندازه‌ای است که صرفاً اقرار و سوگند قادر به رفع آن است و این دو دلیل همان‌طور که

از ماهیت و تعاریف قانونی آن پیداست، هر دو از ناحیه مدعی علیه (متصرف) ابراز می‌گردد. به همین جهت همان‌طور که بعداً خواهد آمد، با ادله دیگر همانند شهادت، سند، کارشناسی و غیره نمی‌توان خلاف این اماره را به تنهایی به اثبات رساند و همین امر موجب می‌گردد که اماره تصرف را نتوان به مثابه سایر امارات قانونی و در ردیف و هم عرض آنها قرار داد. عده‌ای از اساتید بر این عقیده هستند که به موجب ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف در صورتی بر مالکیت متصرف دلالت دارد که دلیل دیگری برخلاف آن موجود نباشد. ظاهری که اماره ید بر آن مبتنی است ویژه موردی است که سابقه مالکیت مال روشن نباشد. از لحن مواد ۹۷ و ۱۲۴ قانونی مدنی نیز به خوبی بر می‌آید که تصرف در صورتی دلیل مالکیت است که مالک سابق مال معلوم نباشد و تنها در این حالت خاص، اوضاع و احوال امر، دلیل بر مالکیت متصرف است.

در موردی که مالکیت سابق کسی بر آن مال اثبات شود، اوضاع و احوال به سود متصرف موجود نیست، پس او باید در دادگاه نشان دهد که به یکی از اسباب نقل مال مورد نزاع به او منتقل شده است زیرا تصرف دلالت بر انتقال ندارد تا متصرف بتواند در مقام اثبات مالکیت خود به آن استناد کند. این استدلال مورد قبول قانون مدنی قرار گرفته است؛ متن ماده ۳۷ 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.<sup>۳</sup>

۳. دکتر کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، ص ۱۹۰، شماره ۲۰۴.

به نظر و باور نگارنده تصرف دلالت بر انتقال ندارد ولی دلالت بر مالکیت دارد شاید بتوان گفت که حتی دلالت بر انتقال و اسباب مملکته ماده ۱۴۰ دارد و به همین جهت است که مقنن در ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف را دلیل مالکیت می‌داند اما نکته مهم‌تر آن است که در نظر جناب استاد کاتوزیان خصوصیتی در اقرار وجود دارد که با آن بتوان انقلاب دعوی را پذیرفت ولی با سایر دلایل همانند شهادت امکان انقلاب دعوی متعذر است. این نظر را نمی‌توان به چند دلیل پذیرفت زیرا:

اولاً- به همان دلیلی که نویسنده فوق مطرح نمودند (یعنی روشن نبودن سابقه مالکیت ملک)، اماره تصرف خودنمایی می‌کند اما باید توجه داشت که معلوم نبودن سابقه مالکیت مال تنها دلیل ظهور و قوت اماره تصرف نیست بلکه مهمتر از آن استقرار اماره مزبور بر قاعده غلبه تعذر اثبات تملک مال توسط متصرف است. به عبارت دیگر مقنن بر آن بوده که ضمن پذیرفتن و تبلور عمل عرف و جامعه که همواره در نقل و انتقالات خود، در مقام تحصیل و تدارک دلیل نبوده و بر همین اعتبار و اطمینان نیز مال را از متصرف آن به راحتی خریداری و تردیدی در مالکیت متصرف به خود راه نمی‌دهند، قاعده‌ای را تأسیس نماید تا به واسطه آن هم بتوان متصرف را از اثبات نقل و انتقالی که سبب تملک قرار گرفته معاف ساخت و هم بتوان بر این اساس او را در طرح دعاوی مالکیت از آوردن دلیل اثباتی مستغنی نمود. در حقیقت تأسیس اماره تصرف همواره دو نتیجه سودمند را برای متصرف مال به ارمغان می‌آورد: ۱- اثبات مالکیت (تملک مال) ۲- مستقر نمودن متصرف در موضع مدعی علیه.



ثانیاً- به عکس نظر نویسنده مزبور، در تحلیل ماده ۳۷ قانون مدنی که از میان تمامی دلایل اثبات دعوی صرفاً به اقرار اشاره نموده و تأثیر آن را تا آنجا برده که با اقرار متصرف، اماره متصرف را زائل می‌کند، باید گفت که پذیرش نفوذ اقرار در مباحث مدنی و حقوقی به حدی است که اساساً نمی‌توان آن را با اقرار در امر کیفری مقایسه و برابر نمود. دلیلست اقرار در امر کیفری ضعیف‌تر از قوه اثباتی آن در امر مدنی است. ناگفته پیداست که همواره تحمل زیانهای مالی ساده‌تر و راحت‌تر از صدمات بدنی و کیفری است. به همین جهت نیز مقنن انکار پس از اقرار در امر مدنی را به هیچ‌وجه و حتی بدون وجود یک استثناء نمی‌پذیرد (ماده ۱۲۷۷ قانون مدنی)، لیکن انکار بعد از اقرار در امر کیفری همانند مبحث زنا را قبول کرده و آن را مسقط حد قتل و رجم می‌داند (ماده ۷۱ قانون مجازات اسلامی). به عکس پذیرش دلایل دیگری همچون شهادت (نه بینه شرعیه) که تا قبل از اصلاحات قانون مدنی در سال ۱۳۶۰، دارای حد نصاب بوده و در امور مالی تا سقف ۵۰۰ ریال تأثیر داشت، تحت شرایط ویژه و سخت مورد قبول قرار می‌گرفت (مواد ۱۳۰۶، ۱۳۰۷، ۱۳۱۰، ۱۳۰۸ و ۱۳۱۱ سابق قانون مدنی).

و باز همین شهادت در امر کیفری قاطعیتی بیش از اقرار داشت (ماده ۱۰۳ قانون مجازات اسلامی). در فقه نیز از اقرار در امور مدنی تحت عنوان سید ادله و ملکه دلایل یاد شده و قوت آن از این جهت و به‌طور عمومی بر سایر ادله تفوق دارد.

ثالثاً- علاوه بر مورد فوق، خصیصه و امتیاز اقرار بر سایر دلایل در آن است که مقرر همواره در اقرار به ضرر خود و به نفع دیگری که در

مورد مالکیت سابق متصرف اخبار می‌کند، صرفاً مالکیت سابق او را ثابت نمی‌کند بلکه علاوه بر آن، به‌طور ضمنی مدعی انتقال مال به خود نیز می‌گردد. فی الواقع اظهارات او در مفاد اقرار، ظهور در ادعای انتقال مال به خود به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم دارد. در نتیجه براین اساس است که با تغییر موضع او از مدعی علیه به مدعی و زوال دلیل تصرف بر مالکیت، او تکلیف پیدا می‌کند که بار اثباتی دعوی مالکیت را به دوش کشیده و بر مالکیت خود دلیل اقامه کند. اما به خلاف اقرار این وصف را نمی‌توان در دلیلی همچون شهادت و یا اسناد یافت چه آن که مفاد شهادت بر مالکیت سابق مدعی، هیچ امتیازی جز اثبات مالکیت سابق ندارد و این امر بر قوت تصرف فعلی متصرف که دلالت بر مالکیت فعلی و حال او دارد، هیچ‌گونه تأثیری نخواهد داشت. دلیل این استدلال، همان عمل عرف است که عمدتاً در داد و ستد و نقل و انتقال اموال، به دنبال تدارک و تهیه دلیل نیستند. نزاع بر سر مالکیت فعلی است که این امر با وجود اماره تصرف حاصل می‌گردد و دلیل شهادت که تنها ناظر بر مالکیت سابق مدعی است، چنین قوتی ندارد زیرا بی‌تردید شهود از تمامی وضعیت مال و استمرار مالکیت اشخاص بر مال اطلاع ندارند بلکه به‌طور معمول اطلاعات شهود حول محور یک زمان خاص یا یک معامله ویژه دور می‌زند به همین جهت از شهود می‌توان بر امور وجودی، شهادت طلبید نه بر امور عدمی. چه آن که شهود و مطلعین دائماً و مستمراً همراه با مال و واقف بر اعمال حقوقی که مالک آن انجام می‌دهد نیستند بلکه صرفاً بر یک مورد نقل و انتقال ناظر بوده و شهادت می‌دهند. تصویری برخلاف وضعیت و استدلال فوق، خلاف منطق عقلی است، مثلاً شاهد نمی‌تواند شهادت دهد که هیچ‌گاه مالک سابق نسبت

به این مال معامله نموده و مال مزبور را به متصرف یا اشخاص ثالث منتقل نکرده است. چنین فرضی تقریباً محال و اساساً بعید است. پذیرش این فروض مستلزم قبول این مطلق غیرمنطقی است که شهود همواره و در تمامی مدت از زمان مالکیت سابق تا زمان حال، همراه با مالک بوده‌اند و انجام معامله‌ای از سوی مالک مزبور را ندیده‌اند. بدیهی است این فرض، فرض محال و غیرممکن است و اعتباری چه از حیث منطقی و چه از جهت قانونی بر آن نمی‌رود. مثلاً شهود نمی‌توانند شهادت دهند که فلان شخص (مانند متصرف) هیچ‌گاه مالک ملک نبوده یا مال را با نقل و انتقال خریده است. زیرا همان‌طور که گفتیم پذیرش چنین شهادتی، متضمن آن است که شهود را همواره و در تمامی مدت بر مال و متصرف مزبور حاضر و ناظر بدانیم.

رابعاً استاد محترم آقای دکتر کاتوزیان در تقویت استدلال خود به مواد ۹۷ و ۱۲۴ قانون مدنی استناد فرموده و اماره تصرف را تنها ناظر بر معلوم نبودن سابقه مالکیت شمرده‌اند. به نظر می‌رسد استناد به مواد فوق از دو جهت نسبت به موضوع بحث، وارد نباشد؛ اول آن که مادتين فوق‌الاشاره صرفاً به حقوق ارتفاقی ارتباط داشته و اساساً ناظر بر خود مالکیت نیست. مباحث مربوط به مالکیت از جمله ماده ۳۵، در فصل اول از باب دوم جلد اول قانونی مدنی مطرح و درج شده و مواد ۹۷ و ۱۲۴ را نمی‌توان در مقوله مالکیت گنجانند اگرچه مطابق ماده ۲۹ در عنوان باب دوم، حق ارتفاق یکی از علاقه‌هایی است که ممکن است اشخاص نسبت به اموال دارا باشند و هریک از دو عنوان مالکیت و حق ارتفاق در عرض یکدیگر و در فصول اول و سوم تحت عنوان کلی باب دوم دائر بر حقوق مختلفه‌ای که برای

اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود، پیش‌بینی شدند. به همین لحاظ، تردیدی نیست که ماهیت و احکام و آثار مالکیت با مفهوم و احکام و آثار حق ارتفاق فرق داشته و متفاوت از یکدیگرند؛ اگر حکمی در مبحث حق ارتفاق وجود داشته باشد نمی‌توان بدون علت و وحدت مبنا، آن را به مباحث مربوط به مالکیت تسری داد. ماده ۱۲۴ قانونی مدنی نیز فی‌الواقع در مقام ثبوت وضعیتی است که سابقه آن معلوم و مشخص نیست، در چنین وضعی، موقعیت موجود را حسب استمراری که داشته باقی فرض کرده و موجب ایجاد حق برای منتفع و استفاده کننده می‌داند. در این فرض استفاده از کلمه (تصرف) نه در مفهوم اماره مالکیت که در خصوص استفاده از ملک مجاور و نوعی حق ارتفاق (حق استقرار سرتیر بر دیوار اختصاصی و ملکی غیر) به کار رفته است.

افزون بر این، مقرر بر پایه قاعده فقهی (القدیم یترک علی قدمه) بنا شده که مطابق آن باید وضعیت سابق و قدیم به حال قدمت خود رها شده و عدول از آن ممکن نیست. به عکس، این مورد جایی است که سابقه امر بواسطه اجازه و اذن صاحب دیوار اختصاصی (مادتین ۱۲۰ و ۱۲۴) صورت گرفته که در اینجا از اذن و اجازه مزبور می‌توان رجوع کرد زیرا در این وضعیت، حق ارتفاق متصور نمی‌باشد. اما وضعیتی که ایجاد حق ارتفاق می‌کند به نظر می‌رسد حسب مفهوم مادتین ۱۲۰ و ۱۲۴ قانونی مدنی، وجود سابقه قراردادی و یا سلب حق به وجه ملزم (همانند شرط ضمن عقد لازم) است. مادتین ۱۲۰ و ۱۲۴ قانون مدنی در عین حال قاعده دیگری را نیز به دست می‌دهند که توجه به مفهوم آن فی‌الواقع همان تعبیر القدیم یترک علی قدمه را به ذهن متبادر می‌کند - این اصل عبارت از آن

است که هرگاه در خصوص استفاده از حقی در ملک غیر بر ما معلوم نباشد که منشأ تجویز استفاده از ملک دیگری قرارداد است یا اذن، شرط ضمن عقد لازم است یا جایز، اصل بر آن است که منشأ آن قرارداد و سلب حق به وجه ملزم می‌باشد. زیرا مقنن در قسمت استثنایی دو مقرر فوق از عبارات (مگر این که به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد) یا (مگر این که ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است) استفاده نموده است.

خامساً- موضوع مواد ۹۷ و ۱۲۰ و ۱۲۴ قانون مدنی، اساساً در مورد نزاع بر سر مالکیت دیوار یا آب نیست بلکه صرفاً موضوع ناظر بر حقوق ارتفاقی همانند حق داشتن سر تیر بر دیوار اختصاصی ملک غیر، حق مجری یا حق عبور، حق باز نمودن درب و شبکه به ملک غیر می‌باشد. بویژه آن که مواد فوق صریحاً به ملکیت غیر اشاره دارد و از این جهت مالک ملک نامعلوم نیست تا از طریق اجرای اماره تصرف در مقام یافتن مالک باشیم بلکه این مواد در مقام بیان نحوه استفاده از ملک دیگری و لزوم و جواز استفاده از آن می‌باشد.

برخی از حقوقدانان در باب اثبات مالکیت و نقش اماره تصرف، استدلال جالبی دارند؛ اینان این گونه آورده‌اند که مالکیت را نمی‌توان به طور مستقیم اثبات کرد و دلیلی بر احراز آن اقامه نمی‌شود. مدعی مالکیت ناچار است در اثبات اصل مالکیت و یا مطالبه یکی از آثار آن (خواهان خلع ید متصرف و اجرت المثل)، وجود یکی از اسباب تملک را به عنوان منشأ حق ثابت نماید (ماده ۱۴۰ قانون مدنی). زیرا مالکیت رابطه اعتباری است که در نتیجه اعمال یا وقایع حقوقی دیگر تحقق می‌یابد و از این لحاظ اصالت

ندارد تا دلیل مستقیماً متوجه آن شود. دشواری اثبات مالکیت و محدود شدن دلایل اثباتی آن، موجب شده تا قانونگذار از راه تأسیس اماره تصرف جبران نقیصه نماید؛ در حقیقت اماره تصرف نیز دلیلی غیرمستقیم است و چون در غالب موارد، مال در تصرف صاحب و مالک آن قرار دارد، اگر تصرف مدعی ثابت شود، از راه ملازمه عرفی و مبتنی بر غلبه، مالکیت او نیز احراز و اثبات خواهد شد. بدین معنی که مالک با اثبات تصرف خود (امر محسوس خارجی) حق مالکیت (رابطه اعتباری) را محرز و متبلور می‌سازد.<sup>۴ و ۵</sup>

۴. دکتر کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، ص ۱۱۷، شماره ۶۳، و اموال و مالکیت، ص ۱۸۵، شماره ۱۹۹.

۵. استناد به تصرف به عنوان مالکیت حتی در آرای هیأت عمومی دیوانعالی کشور نیز سابقه دارد. در پرونده‌ای، مالک رسمی باستناد سند رسمی مالکیت خویش اقدام به طرح دعوی خلع ید، به طرفیت متصرف ملک نموده و با استناد به مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت و تصرفات غاصبانه خوانده، خلع ید او را می‌خواهد. خواننده در پاسخ به استناد و کالتنامه رسمی مأخوذه از مورث خواهان و همچنین تصرفات مالکانه و ممتد خویش در ملک و شهادت شهود، مدعی می‌گردد که ملک را از پدر خواهان خریداری نموده و مالک آن است. در رسیدگی به این دعوی، دادگاه‌های حقوقی یک وقت مدافعات خواننده را پذیرفته و مستنداً به ماده ۳۵ قانون مدنی با احراز وقوع عقد بیع بین مورث خواهان و خواننده و تصرفات متمادی و بلامنازع خواننده دعوی که به عنوان مالکیت بوده و این که صرف داشتن سند مالکیت خواهان، دلیل بر غصب ید متصرف (خواننده) نیست حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر می‌نماید. از طرف دیگر، شعبه سیزدهم دیوانعالی کشور نیز در رأی خویش (دادنامه ۱۳/۵۵ - ۷۲/۲/۱۱) تجدید نظر خواهی را وارد دانسته و با استدلال به این که ادعای خواننده بر وقوع عقد بیع بین مورث خواهان و خواننده متکی به دلیل کافی اثباتی نبوده و اظهارات شهود نیز به تنهایی کفایت امر را نمی‌کند و همچنین به وکالتنامه رسمی نیز در زمان حیات مورث عمل نشده، صدور حکم بر رد دعوی خواهان را واجد اشکال دانسته و رأی صادره از دادگاه حقوقی یک گنبد کاووس را نقض می‌کند. البته، با توجه به این که حکم بعدی یعنی حکم دادگاه حقوقی یک گرگان نیز مستند به علل و اسبابی بوده که حکم منقوض دادگاه گنبد کاووس مبتنی بر آن صادر شده و شعبه دیوانعالی کشور نیز بیع را محقق نمی‌داند با استناد ماده ۵۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸، موضوع در هیأت عمومی شعب حقوقی دیوانعالی کشور مطرح که رأی اصراری شماره ۲۱ - ۱۳۷۴/۷/۱۱ هیأت عمومی دیوانعالی کشور (شعب حقوقی) بدین شرح صادر می‌گردد:

مبحث دوم - بررسی مواد ۶۱ و ۶۲ و ۱۰۱ قانون اجرای احکام مدنی تأثیر اماره تصرف را در سایر مقررات نیز می‌توان مشاهده نمود. قانون‌گذار با در نظر داشتن قدرت اثباتی تصرف در عنوان مالکیت، مقرراتی را در بخشی از اجرای احکام مدنی تدوین نموده که بسادگی نمی‌توان دلالت آن را منتفی ساخت.

در قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ فصلی تحت عنوان توقیف اموال وجود دارد که مبحث دوم آن، اختصاص به توقیف اموال منقول و مبحث هشتم آن به توقیف اموال غیرمنقول اختصاص یافته است. بدین ترتیب که مقنن، تصرف محکوم علیه بر اموال منقول و غیرمنقول را با فرض مقرر در ماده ۳۵ قانون مدنی، اماره مالکیت او دانسته و در جهت توقیف اموال محکوم علیه که نزد شخص ثالث قرار دارد، با رعایت همین اماره تصرف، قواعدی را بدست می‌دهد.

ماده ۶۱ قانون اجرای احکام مدنی اشعار می‌دارد: «مال منقولی که در تصرف کسی غیر از محکوم علیه باشد متصرف نسبت به آن ادعای مالکیت کند یا آن را متعلق به دیگری معرفی نماید به عنوان مال محکوم

«اعتراضات آقای وکیل تجدید نظر خواه (خواهان) نسبت به دادنامه شماره ۴۵۶/۷۳ مورخ ۷۳/۸/۷ صادره از دادگاه حقوقی یک شهرستان گرگان مؤثر و موجه نیست و نقض رأی تجدید نظر خواسته را ایجاب نمی‌کند و با عنایت به اوراق پرونده به ویژه اظهارات شهود (و این که تشخیص درجه اعتبار شهادت شهود به موجب ماده ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی با قاضی دادگاه است) و به قرینه مفاد و کالت نامه رسمی شماره ۶۱۸۲۰ - ۴۶/۳/۳ دفتر خانه شماره ۴ گنبد کاووس و تصرفات ممتد تجدید نظر خواننده دادنامه تجدیدنظر خواسته مشعر به احراز مالکیت آقای کاظم سلیمان گلی و رد دعوی آقای محمد باقر فرامرزی به خواسته خلع ید از نه هزار متر مربع زمین مزروعی از پلاک ۳۳۰ فرعی از ۶۵ اصلی واقع در قریه قلی تپه بخش ۹ ثبت گرگان با اکثریت آراء صحیح و بلاشکال و منطبق با اوراق پرونده و موازین قانونی تشخیص و ابرام می‌شود». به نقل از مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوانعالی کشور در سال ۱۳۷۴، جلد اول، دفتر مطالعات و تحقیقات دیوانعالی کشور، روزنامه رسمی، تهران، ۱۳۷۶، صص ۳۸۸-۳۷۱.

علیه توقیف نخواهد شد. در صورتی که خلاف ادعای متصرف ثابت شود مسؤول جبران خسارت محکوم علیه خواهد بود».

این مقرر مسبوق به جهاتی است که لازم است آن جهات را در اینجا متذکر شویم؛ مطابق اصولی که در دعاوی مدنی و حقوقی و اجرای احکام مدنی حاکم می‌باشد، همواره خواهان و محکوم له وظیفه دارند تا به منظور استیفاء حقوق خود، رأساً درخواست و تقاضای خود را از مرجع قضایی به عمل آورند (مادتین ۲ و ۳۵ قانون اجرای احکام مدنی). این موضوع دقیقاً در مرحله اجرای احکام نیز به شرح تبصره ۱ ماده ۳۵ قانون یاد شده پیش‌بینی شده و محکوم له می‌تواند حتی پس از صدور و قبل از ابلاغ اجراییه، اموال محکوم علیه را برای تأمین محکوم به به قسمت اجراء معرفی کند.

در نتیجه به غیر از مفاد ماده ۳۴ که امری نادر و غیر معمول است، همواره این محکوم له است که جهت تضمین حقوق خود و قابلیت اجرای حکم صادره، به دنبال اموال محکوم علیه می‌گردد. حال اگر این اموال (اموال محکوم علیه) تحت تصرف اشخاص ثالث هم باشد، توقیف آن امکان‌پذیر است، النهایه توقیف اموال محکوم علیه که در ید اشخاص ثالث قرار دارد همیشه با این ایراد و اشکال روبرو است که اثبات تعلق اموال مزبور به محکوم علیه را متعذر می‌سازد زیرا با فرض ماده ۳۵ قانون مدنی و ماده ۷۴۷ سابق آیین دادرسی مدنی، تصرف اشخاص نسبت به هر مالی، اماره و دلیل مالکیت آنان به شمار می‌آید و محکوم له به منظور توقیف اموال محکوم علیه که نزد شخص ثالث قرار دارد همواره به تکلف و زحمت افتاده و بسان یک مدعی می‌باید ابتدا تعلق این اموال به محکوم علیه



و عدم مالکیت ثالث متصرف را به اثبات برسانند. از همین رو، مقنن در تدوین ماده ۶۱ قانون اجرای احکام به این نکته توجه داشته که مطابق ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت تلقی می‌شود. در نتیجه هرگاه ثالث مالی را در تصرف خود داشته و نسبت به آن ادعای مالکیت کند و یا آن را متعلق به دیگری بداند، به صرف همین ادعا و وجود تصرف، مأمور اجرا حق ندارد آن مال را به عنوان مال محکوم علیه توقیف نماید. زیرا همان تصرف، دلیل مالکیت ثالث به حساب آمده و ادعای او بر مالکیت خویش یا غیر، مأمور اجرا را ممنوع از توقیف می‌گرداند. اما باید توجه داشت که هرگاه ثالث در این وضعیت سکوت کند، ظاهراً مأمور اجرا با معرفی محکوم له، حق توقیف مال تحت تصرف ثالث را به عنوان مال محکوم علیه خواهد داشت. ظاهراً ماده ۶۱ به بعد قانون اجرای احکام مدنی ناظر بر زمان و فعلیت توقیف است بدین معنی که در مرحله اجرا و حضور مأمور اجرا در محل توقیف، مواد ۶۱ به بعد اجرا می‌شود اما در جایی که محکوم له قبل از اجرا و پس از صدور اجراییه در مقام معرفی اموال محکوم علیه قرار دارد و از وجود اموال محکوم علیه نزد ثالث اطلاع می‌یابد، مواد ۸۷ به بعد (قانون اجرای احکام مدنی) مجری خواهد بود، لهذا پس از ابلاغ رونوشت اجراییه به شخص ثالث که متصرف اموال می‌باشد، ثالث مطابق ماده ۹۱ همان قانون مکلف می‌گردد در صورتی که منکر وجود تمام یا قسمتی از اموال و طلب محکوم علیه نزد خود باشد، ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اخطاریه، مراتب انکار خود را به قسمت اجرا اطلاع دهد و الا علی‌رغم وجود تصرف، اموال مزبور به عنوان اموال محکوم علیه توقیف خواهد شد. از مفاد این مقرر نیز پیداست که صرف انکار و

یا اظهار شخص ثالث بر عدم تعلق اموال تحت تصرف به محکوم علیه، جهت جلوگیری از توقیف کفایت خواهد کرد، زیرا مقنن نیز او را به عنوان مالک و متصرف شناخته و اظهارات او را به عنوان صاحب اختیار اموال تحت تصرف مناط اعتبار می‌داند.

و اما ماده ۶۲ قانون فوق متضمن یک مفهوم مخالف است، این مقررہ اشعار می‌دارد: «اموال منقولی که خارج از محل سکونت یا محل کار محکوم علیه باشد در صورتی توقیف می‌شود که دلایل و قرائن کافی بر احراز مالکیت او در دست باشد».

مفهوم مخالف مقررہ مزبور بدین ترتیب است که توقیف اموال منقولی که در محل سکونت یا محل کار محکوم علیه باشد به سادگی امکان‌پذیر بوده و ضرورتی به اثبات و احراز مالکیت محکوم علیه به واسطه وجود دلایل و قرائن کافی نیست زیرا اموالی که در محل سکونت یا محل کار محکوم علیه وجود دارد، به منزله اموالی است که تحت تصرف است.

مفاد ماده ۶۲ ناظر بر جایی است که مال معرفی شده جهت توقیف در تصرف شخص خاصی وجود ندارد، زیرا در این صورت نیازی به توسل به وجود دلایل و قرائن کافی بر احراز مالکیت محکوم علیه نبود، چه متصرف، مالک آن شناخته می‌شد. به علاوه، اساس ماده ۶۳ نیز که در خصوص اموال موجود در منزل مشترک زوجین است، به غیر از اموال مورد استفاده اختصاصی هریک از زن و مرد که مالکیت آن را حسب مورد بر اموال مزبور، مورد حکم قرار داده، در مورد سایر اموال موجود در منزل مشترک، حکم به اشتراک مالکیت زوجین داده است زیرا از نظر این قانون، زن و مرد هر دو متصرف این اموال شناخته شده و چاره‌ای جز

رعایت اصل تصنیف و تساوی نیست، در نتیجه هرگاه مرد محکوم علیه باشد تنها می‌توان یک دوم اموال منقول غیراختصاصی را به عنوان مال محکوم علیه توقیف نمود مگر این که خلاف آن اثبات گردد. نکته جالب در مورد توقیف مال غیرمنقول ثبت نشده است عموماً در مورد اموال منقول کمتر می‌توان به اماریت تصرف به عنوان مالکیت تردید کرد. چه آن که این تردید بیشتر در مورد ملک غیرمنقول وجود دارد که با توجه به مقررات قانون ثبت اسناد و املاک (مواد ۲۲ و ۴۶ الی ۴۸ قانون ثبت)، آیا تصرف در ملک غیرمنقول که سابقه ثبتی ندارد می‌تواند اماره مالکیت شناخته شود یا خیر؟

به نظر نگارنده پاسخ مثبت است زیرا اماره تصرف دلیل عمومی مالکیت متصرف در تمامی اموال منقول و غیرمنقول به شمار می‌رود و مقررات ثبتی فوق‌الاشعار را باید مقررات استثنایی تلقی کرد که تنها ناظر بر املاکی است که دارای سابقه ثبتی هستند. در نتیجه، همان‌طور که در خصوص اموال منقول مذکور افتاد، در اموال غیرمنقول ثبت نشده، تصرف به عنوان دلیل مالکیت متصرف قلمداد می‌گردد و محکوم له نیز در توقیف اموال غیرمنقول ثبت نشده محکوم علیه، تنها می‌تواند املاکی را معرفی و تقاضای بازداشت آنها را نماید که این املاک در تصرف مالکانه محکوم علیه بوده و یا محکوم علیه به موجب حکم نهایی دادگاه مالک شناخته شده باشد. ماده ۱۰۱ قانون اجرای احکام مدنی نیز مقرر می‌دارد: «توقیف مال غیرمنقولی که سابقه ثبت ندارد به عنوان مال محکوم علیه وقتی جایز است که محکوم علیه در آن تصرف مالکانه داشته باشد و یا محکوم علیه به موجب حکم نهایی مالک شناخته شده باشد. در موردی که

حکم بر مالکیت محکوم علیه صادر شده ولی به مرحله نهایی نرسیده باشد، توقیف مال مزبور در ازاء بدهی محکوم علیه جایز است ولی ادامه عملیات اجرایی موکول به صدور حکم نهایی است.»

#### مبحث سوم - بررسی مقررات قانون ثبت اسناد و املاک

در این مبحث، احراز مالکیت اموال منقول و ملک غیرمنقول ثبت نشده از نظر قانون ثبت اسناد و املاک بررسی می‌شود. علی‌الاصول در مقررات قانون ثبت می‌باید همواره از املاک و اموال ثبت شده و دلالت اسناد رسمی تنظیمی در اثبات و احراز مالکیت سخن به میان آید. اما همان‌طور که خواهیم دید قانون‌گذار ثبتی نیز به خلاف آنچه که به ارمغان آورده بود، دست از اصول منطقی حاکم بر ادله اثباتی مالکیت برنداشته و به حق در مواردی که تصرف را می‌باید اماره مالکیت متصرف شمرده پذیرفته و حتی در مقابل سند رسمی نیز آن را ترجیح داده است. ماده ۹۲ قانون ثبت مقرر می‌دارد: «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم‌الاجرا است مگر در مورد تسلیم عین منقولی که شخص ثالثی متصرف و مدعی مالکیت آن باشد».

اولاً- این مقرر در باب پنجم قانون ثبت تحت عنوان اجرای مفاد اسناد رسمی آمده و متضمن لازم‌الاجرا بودن اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول است. بدیهی است امتیاز این اسناد رسمی از حیث لازم‌الاجرا بودن آن تنها در محدوده روابط طرفین تنظیم کننده سند در نظر گرفته شده است. لهذا نباید تصور شود که اسناد تنظیمی میان طرفین را

بتوان بر علیه اشخاص ثالث معتبر دانسته و به مرحله اجرا در آورد مگر در مواردی که استثنائاً قانون آن را صریحاً تجویز نماید (ماده ۷۲ قانون ثبت).  
ثانیاً- قسمت اخیر ماده ۹۲ تقریباً مشتمل بر همان حکمی است که در ماده ۶۱ قانون اجرای احکام مدنی نیز پیش‌بینی شده است. زیرا عین منقول در تصرف هر شخصی که باشد دلیل مالکیت اوست و تنظیم سند ناظر بر آن حتی اگر رسمی نیز باشد نمی‌تواند به حقوق اشخاص ثالث متصرف، خللی وارد آورد، طرفین با تنظیم سند رسمی نقل و انتقال مال منقول (معین) در مقابل یکدیگر تعهدات و تملیکاتی را بانجام می‌رسانند و حتی اقرار به قبض و اقباض مال منقول نیز می‌نمایند بدون این که مال مزبور به رؤیت سر دفتر اسناد رسمی برسد و بنابراین مقنن صرف اقرار تنظیم کنندگان سند رسمی را در مقابل یکدیگر کافی دانسته و رؤیت مال توسط سر دفتر را ضروری نمی‌انگارد. اما این امر بدین معنی نیست که هرگاه عین مال منقول مورد معامله نزد شخص ثالث و تحت تصرف او یافت شود، منتقل الیه سند رسمی فوق بتواند با ابراز سند مزبور، خود را به عنوان مالک مال منقول معرفی کند. زیرا اقرار و اظهارات اشخاص طرف معامله در سند رسمی، قادر به زوال تصرفات مالکانه اشخاص ثالث نیست. ماده ۱۲۷۸ قانون مدنی نیز اقرار به زیان اشخاص ثالث را نپذیرفته و آن را مردود می‌داند، زیرا اقرار مطابق تعریف مقرر در ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی، اخبار به حقی است برای غیر و به زیان خود (مقر). چنانچه اخبار به زیان اشخاص ثالث صورت گیرد به آن حسب مورد ادعا و یا شهادت گویند نه اقرار.

ثالثاً- افزون بر مطالب فوق، از آنجا که مقنن نیز تصرف را به عنوان دلیل مالکیت پذیرفته و صرف نقل و انتقال به واسطه قبض و اقباض مال را از موجبات نقل و انتقال مال می‌شناسد و همچنین با عنایت به این که انتقال اموال اصولاً مستلزم تنظیم سند رسمی و یا حتی عادی نیست، بنابراین به صرف این که مال تحت تصرف اشخاص ثالث درمی‌آید، اسناد رسمی تنظیمی میان طرفین آن نمی‌تواند دلالت تصرف را به عنوان اماره مالکیت از بین بردن و سند رسمی را در وضعیت برتر قرار دهد. از همین رو است که ماده ۹۲ قانون ثبت مدلول اسناد رسمی راجع به اموال منقول را در مقابل اشخاص ثالثی که متصرف و مدعی مالکیت همان مال منقول هستند، لازم‌الاجرا نمی‌داند.

و اما در مورد اموال غیرمنقول نیز باید قائل به تفکیک شویم؛ یعنی به استثنای اموال غیرمنقول ثبت شده که بررسی آن در مباحث آتی خواهد آمد، در مورد املاک غیرمنقول ثبت نشده نیز حکم قضیه به ترتیبی است که در خصوص اموال منقول آمد. ماده ۸۸ قانون ثبت می‌گوید:

«در مورد املاکی که مطابق این قانون به ثبت نرسیده دفاتر اسناد رسمی و همچنین دوایر ثبت اسناد و املاک (در دفتر مخصوص) می‌تواند هر نوع معامله و تعهد و نقل و انتقال را راجع به عین غیرمنقول یا منافع آن ثبت نمایند ولی این قبیل اسناد فقط نسبت به طرفین یا طرفی که تعهد کرده و قائم مقام قانونی آنها رسمیت خواهد داشت.»

چند نکته در این مقرر و وجود دارد که از اهمیت ویژه‌ای برخوردار

است:

- ۱- قانونگذار ثبت نیز احراز مالکیت در املاک غیرمنقول را علی‌الاصول تابع مقررات عمومی تلقی و کماکان بر وفق ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف در مال غیرمنقول را دلیل مالکیت می‌داند حتی اگر معامله و نقل و انتقال مربوط به این دسته از املاک غیرمنقول ثبت نشده نیز به ثبت برسند باز هم دارند و منتقل‌الیه سند مزبور از نظر دولت مالک آن شناخته نمی‌شود. زیرا رسمیت این قبیل اسناد را محدود به طرفین آن دانسته و نسبت به اشخاص ثالث مؤثر نمی‌داند (مادتین ۷۱ و ۸۸ قانون ثبت).
- ۲- برخلاف مورد فوق، هرگاه معامله‌ای نسبت به ملک غیرمنقول ثبت شده انجام پذیرد و معامله مزبور به ثبت نیز برسد علاوه بر طرفین آن حتی در مقابل اشخاص ثالث نیز دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود (ماده ۷۲ قانون ثبت). در نتیجه، تصرف اشخاص ثالث در ملک غیرمنقول ثبت شده بدون وجود سند رسمی مالکیت یا ثبت آن به نام متصرف، هیچ‌گونه حقی را برای متصرف در مقابل مالک رسمی یا منتقل‌الیه رسمی ایجاد نخواهد کرد (ماده ۲۲ قانون ثبت). به عکس این اثر و امتیاز استثنایی در سایر اموال غیرمنقول که فاقد سابقه ثبتی هستند به چشم نمی‌خورد و مطابق ماده ۸۸ قانون ثبت، تأثیر و رسمیت آن صرفاً محدود به طرفین تنظیم‌کننده سند شده است. در نتیجه هرگاه مال غیرمنقول ثبت نشده در تصرف مالکانه شخص ثالث باشد، دارنده سند رسمی یا منتقل‌الیه رسمی معامله ثبت شده نمی‌توانند با ارائه سند رسمی خود در مقابل متصرف ثالث قرار گرفته و دلالت تصرف ثالث را منتفی سازند زیرا در این وضعیت سند رسمی تنظیمی تاب معارضه با دلالت تصرف ثالث ندارد.

۳- به باور نگارنده نفوذ قانونی و رسمیت سند تنظیمی میان متعاملین نیز از نظر ماده ۸۸ قانون ثبت، تنها ناظر بر همان معامله است و سایر معاملات و تصرفات مالکانه بعدی ناقل را شامل نمی‌گردد. برای مثال هرگاه (الف) ملک غیرمنقول ثبت شده خود را طی سند رسمی و براساس ماده ۸۸ به آقای (ب) بفروشد و منتقل سازد و مدتی پس از تسلیم به او، مال مزبور را در تصرف مالکانه همان (الف) بیاییم، آقای (ب) نمی‌تواند با ابراز سند رسمی تنظیمی، دلیل تصرف مالکانه (الف) را زائل ساخته و به سند رسمی خود استناد جوید. زیرا قانونگذار برخلاف معاملات مربوط به املاک ثبت شده، ثبت معامله ناظر بر املاک غیرمنقول ثبت نشده را اجباری ندانسته و منتقل‌الیه رسمی چنین املاکی را مالک قانون نمی‌شناسد. در نتیجه چه بسا پس از معامله اول، منتقل‌الیه رسمی به اختیار، ملک فوق را به نحو عادی و شفاهی به ناقل قبلی فروخته باشد. در نتیجه تنها دلیلی که برای اثبات مالکیت ناقل سابق (منتقل‌الیه جدید) وجود خواهد داشت همان تصرفات مالکانه وی می‌باشد که در اثر و متعاقب معامله جدید به تصرف وی داده شده است. مقنن تکلیف نکرده که اگر معامله اول به طور رسمی بوده حتماً معامله دوم و سوم و الخ نیز باید با سند رسمی صورت گیرد. مضافاً این که مفاد ماده ۸۸ در خصوص ثبت هر نوع معامله و تعهد و نقل و انتقال راجع به عین و منافع غیرمنقول ثبت نشده، متضمن حکم تکلیفی نیست بلکه اختیار و اجازه‌ای است که از سوی مقنن به دفاتر اسناد رسمی و دوایر ثبتی داده شده تا بتوانند در صورت تمایل طرفین معامله، نقل و انتقال ملک غیرمنقول ثبت نشده خود را به ثبت برسانند.



۴- به منظور حفظ حقوق اشخاص ثالث و احتمال ثبت املاک موضوع ماده ۸۸ قانون ثبت، ماده ۳۱ آیین نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۱۳۱۷ مقرر داشته که:

«در مورد املاکی که در دفتر املاک ثبت نشده باشد سردفتر مکلف است قبل از تنظیم سند، وضعیت ثبتی ملک را از اداره ثبت محل استعلام نموده و پس از وصول صورت وضعیت ثبت ملک، هرگاه مانعی برای انجام معامله نباشد اقدام به ثبت سند نماید».

این تکلیف (استعلام از ثبت) به قدری واجد اهمیت است که در صورت تخلف سردفتر، مطابق بند ۷ از شق (ج) ماده ۲۹ آیین نامه های قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتر یاران اصلاحی مصوب ۱۳۶۰/۱۱/۲۷ وصف تخلف انتظامی یافته و موجب انفصال موقت از سه الی شش ماه می گردد:

«...ثبت سند بدون استعلام از ثبت در مواردی که تکلیف به استعلام

دارد...».

در بخش ثبت عمومی و اعلان ثبت و تحدید حدود مقرر در قانون ثبت اسناد و املاک نیز تصرف به عنوان مالکیت پذیرفته شده و قبل از اقدام به ثبت عمومی و پس از انتشار اولین آگهی مربوط به آن، تقاضای ثبت ملک تنها از کسانی پذیرفته می شود که در ملک مزبور تصرف به عنوان مالکیت داشته باشند. ماده ۱۱ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۱۷/۷/۱۰ مقرر می دارد: «از تاریخ انتشار اولین آگهی مذکور در ماده

۱۰، تا شصت روز متصرفین باید به عنوان مالکیت و اشخاص مذکور در دو ماده ۲۷ و ۳۲ نسبت به املاک واقع در آن ناحیه به وسیله اظهارنامه درخواست ثبت نماید». در نتیجه تقاضای ثبت ملک از کسانی پذیرفته می‌شود که در ملک مورد تقاضا، تصرف به عنوان مالکیت داشته باشند. تبصره الحاقی به ماده ۱۱ قانون یاد شده مصوب ۱۳۱۷/۷/۱۰ می‌گوید:

«در مورد اراضی و املاکی که آثار تصرف مالکانه فعلی کسی نسبت به آنها موجود نباشد درخواست ثبت از کسی پذیرفته می‌شود که بر مالکیت یا بر تصرف سابق خود به عنوان مالکیت یا بر تصرف خود به عنوان تلقی از مالک یا قائم مقام قانونی مدارکی داشته باشد. چنانچه تقاضای ثبت نسبت به این قبیل املاک به یکی از عناوین مذکور در دو ماده ۲۷ و ۳۲ باشد در صورتی تقاضای ثبت پذیرفته می‌شود که تقاضاکننده مدارکی بر عنوان مذکور یا بر تصرف سابق خود به آن عنوان و یا بر تصرف کسی که تقاضاکننده قائم مقام قانونی او محسوب می‌شود داشته باشد».

قسمت دوم این تبصره با قواعد و اصول حقوقی سازگاری ندارد و تصرف به عنوان وقف و حبس و ثلث باقی و همچنین تصرف به عنوان ملک دولتی و بلدی و خیریه و شرکتهای و محجورین به عنوان مالکیت و وقف و حبس و غیره تلقی شده است. به نظر نگارنده، این مورد به هیچ وجه تأسیس یک قاعده در کنار ماده ۳۵ قانون مدنی نیست و مورد مزبور نمی‌تواند مورد متابعت مراجع قضایی در تعیین و اثبات مالکیت عناوین مذکور در مادتين ۲۷ و ۳۲ قانون ثبت باشد، زیرا اداره ثبت اسناد و املاک

یک مرجع قضایی تلقی نمی‌گردد و ثبت ملک با عناوین مذکور و اعلام آن به مرجع ثبتی کفایت می‌کند و همین مقدار که تصرف به عنوان وقفیت و یا حبس و ثلث باقی باشد، ثبت ملک به نام عناوین مذکور انجام خواهد پذیرفت اما در مقام رفع اختلاف و حل و فصل آن در مرجع قضایی، دادگاه نمی‌تواند از تبصره الحاقی ماده ۱۱ قانون ثبت قاعده‌ای استخراج کند که مثلاً تصرف به عنوان وقفیت یا حبس و ثلث باقی نیز دلیل بر وقفیت یا حبس و ثلث باقی به شمار می‌آید.

چنانچه در تصرف اشخاص تزاحم و تعارض باشد، رفع این اختلاف و تعیین و تکلیف آن در صلاحیت هیأت نظارت قرار دارد. بند ۱ ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ مقرر می‌دارد:

«هرگاه در اجرای مقررات ماده یازده از جهت پذیرفتن تقاضای ثبت اختلافی بین اشخاص و اداره ثبت واقع شود و یا اشتباهی تولید گردد و یا در تصرف اشخاص تزاحم و تعارض باشد رفع اختلاف و تعیین تکلیف و یا ابطال و یا اصلاح درخواست ثبت با هیأت نظارت است.»

نکته جالبی که تصرف به عنوان مالکیت را به عنوان یک اماره مؤثر قانونی تقویت می‌کند و حتی برای آن ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته، ماده ۱۰۹ قانون ثبت اسناد و املاک است. زیرا مطابق این مقررره کسی که خود را برخلاف واقع و علی‌رغم تصرف دیگری، متصرف قلمداد و تقاضای ثبت ملک را نماید، کلاهبردار محسوب می‌کند. ماده ۱۰۹ می‌گوید: «هرکس نسبت به ملکی که در تصرف دیگری بوده خود را

متصرف قلمداد کرده و تقاضای ثبت کند، کلاهبردار محسوب می‌شود. اختلاف راجع به تصرف در حدود، مشمول این ماده نیست».

### مبحث چهارم - بررسی مقررات قانون تجارت

در مقررات تجاری نیز به استثنای مواردی که ثبت آنها در ادارات ثبت شرکتها الزامی شناخته شده، مواردی به چشم می‌خورد که حکم تصرف به عنوان دلیل مالکیت را پذیرفته و حتی معاملات مربوط به آنها را نیز به طریق معاطات یا قبض و اقباض در نظر گرفته است.

ماده ۳۲۰ قانون تجارت می‌گوید:

«دارنده هر سند در وجه حامل مالک و برای مطالبه وجه آن محق محسوب می‌شود مگر در صورت ثبوت خلاف. معذک اگر مقامات صلاحیتدار قضایی یا پلیس تأدیه وجه آن سند را منع کند تأدیه وجه به حامل، مدیون را نسبت به شخص ثالثی که ممکن است سند متعلق به او باشد بری نخواهد کرد».

همان‌طور که از متن ماده ۳۲۰ قانون تجارت پیداست دارنده هر سند در وجه حامل همانند سایر اموال منقول، مالک و ذیحق در مطالبه وجه سند محسوب می‌گردد و منظور از دارنده هر سند، متصرف سند در وجه حامل است. چه آن که سند در وجه حامل به مثابه وجوه نقدی است که بدون نام و نشانی صاحب آن بوده و مقنن همانند سایر اموال علی‌الخصوص وجوه نقد، متصرف در اسناد در وجه حامل را مالک آن می‌شناسد. همین حکم در

سهام بی نام شرکتهای سهامی نیز وجود دارد. ماده ۳۹ اصلاحی قانون تجارت (باب شرکتهای سهامی) مصوب ۱۳۴۷ مقرر می دارد:

«سهم بی نام به صورت سند در وجه حامل تنظیم و ملک دارنده آن شناخته می شود مگر خلاف آن ثابت گردد. نقل و انتقال اینگونه سهام به قبض و اقباض به عمل می آید. گواهی نامه موقت سهام بی نام در حکم سهام بی نام است و از لحاظ مالیات بر درآمد مشمول مقررات سهام بی نام می باشد.»

خود سهم فی نفسه مال محسوب نمی گردد بلکه نماینده میزان مشارکت سهامدار در شرکت سهامی است. در نتیجه این که در ماده ۳۹ قانون تجارت مقنن آن را ملک دارنده سهام شناخته از باب مسامحه و تعیین و شناسایی شریک شرکت بوده است. چه آن که ماده ۲۴ قانون یاد شده نیز اعلام می دارد:

«سهم قسمتی است از سرمایه شرکت سهامی که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی می باشد. ورقه سهم سند قابل معامله ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد.»

نکته قابل توجه آن که با وجود سهم و دارنده آن در شرکت سهامی، (همانند سایر شرکتهای تجاری) مالی به طور منجز و مستقل وجود ندارد تا سهامدار یا شریک شرکت مدعی مالکیت آن شده یا با ابراز ورقه سهم، در مقام اعمال حق مالکیت خود برآید. زیرا کلیه اموال موجود در شرکت، در

تملك شخصیت حقوقی شرکت قرار می‌گیرد (ماده ۵۸۳ قانون تجارت) و شرکا یا سهامداران شرکت با وجود سهام تحت تصرف و تملك خود تنها حقوق احتمالی و غیرمستقیم بر اموال شرکت پیدا می‌کنند که این حقوق نیز در زمان بقای شرکت تنها از طریق دریافت سود سهام تبلور یافته و استفاده عینی از اموال شرکت ندارد و در زمان انحلال یا ورشکستگی شرکت نیز بعضاً در زمان تصفیه (ماده ۲۲۳ قانون تجارت) و بعضاً پس از تصفیه شرکت و تأدیه دیون شرکت و مطالبات اشخاص ثالث، اموال باقیمانده میان شرکا به نسبت سهام آنان تقسیم خواهد شد (مادتين ۲۲۴ و ۲۲۵ قانون تجارت). اما نکته حائز اهمیت در دللیت تصرف اسناد در وجه حامل و از جمله سهام بی‌نام به عنوان اماره مالکیت، مقررات ۳۲۰ به بعد قانون تجارت است که شرایطی را در نظر گرفته و مدعی مالکیت اسناد در وجه حامل به سختی می‌تواند مالکیت خود را برخلاف تصرف اشخاص ثالث ثابت نماید. ماده ۳۲۳ قانون تجارت می‌گوید:

«مدعی باید در محکمه محل اقامت مدیون معلوم نماید سند در تصرف او بوده و فعلاً گم شده است».

شعبه سوم دیوانعالی کشور در مورد ماده ۳۲۰ قانون تجارت طی دادنامه شماره ۳/۴۴۸-۷۱/۷/۲۰ بدین شرح اظهارنظر می‌نماید:

«با عنایت به این که دو فقره چکهای مستند دعوی به شماره‌های ۴۴۵۶۸۹-۷۰/۵/۱۰ و ۴۴۵۶۹۰-۷۰/۵/۴ به عهده حساب جاری شماره ۱۷۴۷ بانک ملت شعبه قم به نام آقای ج و د خواننده دعوی در وجه حامل صادر شده‌اند و طبق ماده ۳۲۰ قانون تجارت دارنده هر سند در

وجه حامل مالک و برای مطالبه وجه آن محق محسوب می‌شود مگر در صورت ثبوت خلاف و با لحاظ ارزش استقلالی چک و این که قراردادهای تنظیمی فی‌مابین خواننده دعوی و آقای ه در زمینه امانی بودن چکهای مذکور در حق دارنده چکها تأثیر ندارد و نظر به این که صرف صدور چک دلیل بر اشتغال ذمه صادرکننده چک در قبال دارنده آن است و نظر به این که اعتراضات خواننده دعوی نسبت به نظریه دادگاه موجه و مؤثر نمی‌باشد بنابراین نظریه مورخ ۷۱/۲/۱۲ شعبه اول دادگاه حقوقی یک شهرستان قم در پرونده شماره ۱-۱۹۸/۷۰ قطع نظر از کیفیت استدلال نتیجتاً صحیح و بلااشکال تشخیص و تأیید می‌شود...»<sup>۶</sup>.

ماده ۳۲۳ قانون تجارت نیز نمی‌تواند تصرف دارنده فعلی سند را به عنوان مالکیت نادیده گرفته و به صرف ادعای مدعی مالکیت و صاحب سند در وجه حامل، حکم به بطلان سند دهد. مدعی مزبور باید دو امر را اثبات نماید: ۱- این که سند در تصرف او بوده ۲- این که سند مزبور در حین تصرف او فعلاً گم شده است. چنانچه محکمه ادعای مدعی را بنابر اوضاع و احوال، قابل اعتماد دانست، از طریق اعلان در جراید به دارنده مجهول سند اخطار می‌کند. اما اگر دارنده مجهول سند متعاقب اعلان در جراید در دادگاه حاضر شده و سند را ابراز نماید، اینگونه نیست که سند مزبور را به مدعی و خواهان بطلان سند بدهند بلکه مطابق ماده ۳۲۸ قانون

۶. به نقل از موازین حقوق تجارت در آرای دیوانعالی کشور، به اهتمام یدالله بازگیر، چاپ اول، ۱۳۷۸، نشر گنج دانش، صص ۲۴۶ و ۲۴۷.

تجارت محکمه به مدعی مهلت مناسب داده و اخطار خواهد کرد که هرگاه تا انقضای مهلت، دعوی خود را تعقیب و دلایل خود را اظهار نکند، محکوم شده و سند به ابرازکننده آن مسترد خواهد شد. اما با وصف فوق مطابق ماده ۳۲۵ قانون تجارت محکمه حق دارد با تقاضای مدعی، مقرر دارد که مدیون (صادرکننده سند یا متعهد سند) از پرداخت وجه سند ممنوع است مگر پس از گرفتن ضامن یا تأمینی که محکمه تصویب نماید. اما چنانچه سند در وجه حامل که گم شدن آن مورد ادعا قرار گرفته در مهلتی که مطابق ماده ۳۲۴ توسط دادگاه تعیین شده، ابراز نشود، محکمه حکم بطلان آن را صادر خواهد نمود (ماده ۳۲۹). در این فرض، دیگر نیازی به اثبات موضوعات مقرر در ماده ۳۳۲ نیست بلکه صرف عدم ابراز سند، حمل بر صحت ادعای مدعی می‌گردد. وفق ماده ۳۳۲، هرگاه سند گمشده از اسناد مذکور در ماده ۳۲۲ نباشد، یعنی دارای ورقه‌های کوپن یا دارای ضمیمه جدید اوراق کوپن نباشند، دادگاه چنانچه ادعای مدعی سبق تصرف و گم کردن سند را قابل اعتماد دید، حکم می‌دهد که مدیون وجه سند را در صورت حال بودن فوراً و در صورت مؤجل بودن پس از انقضای مدت به صندوق عدلیه تودیع کند. در این صورت، چنانچه قبل از انقضای مدت مرور زمان مربوط به مطالبه وجوه، سند ابراز گردد دادگاه وفق مادتين ۳۳۳ و ۳۲۸ قانون تجارت به مدعی اخطار می‌کند که دعوی خود را در مهلت مناسبی که می‌دهد، تعقیب و دلایل خود را ابراز دارد والا هرگاه سند ابراز نشود مقرر می‌دارد که وجه تودיעی در صندوق عدلیه به مدعی داده می‌شود.



در تمامی مواردی که ماده ۳۵ قانون مدنی و سایر مقررات مشابه حاکمیت پیدا کرده و تصرف به عنوان دلیل مالکیت پذیرفته می‌شود باید توجه داشت که اگرچه وجود اماره تصرف، متصرف را در موضع مدعی علیه قرار داده و بار اثبات دعوی را بدوش مدعی مالکیت می‌اندازد لیکن متصرف از اثبات تصرف خود بی‌نیاز نیست. به عبارت دیگر، اماره تصرف در جایی دلیل قانونی مالکیت شمرده می‌شود که خود تصرف ثابت گردد، لهذا در این قسمت متصرف ابتدا باید وجود تصرف خود بر مال را ثابت کند تا بتواند از اماره قانونی تصرف سود جوید. والا چنانچه متصرف قادر به اثبات نفس تصرف خود نگردد، هیچگونه اماره و دلیلی تحت عنوان مالکیت نیز به نفع او ایجاد نمی‌گردد.

### فصل سوم

#### عنوان و مقام تصرف

مبحث اول - قاعده عمومی در مورد دلالت تصرف در مقام و عنوان مالکیت

نکته مهمی که قابلیت بحث و بررسی دارد ماهیت تصرف و قدرت و دلالت آن در اثبات مالکیت است. سؤالی که مبنای عنوان این قسمت را تشکیل می‌دهد، استنباط و استخراج یک قاعده عمومی از مواد ۳۵ و ۳۶ قانون مدنی است. دایره اثر به این مضمون که آیا به طور کلی تصرف را می‌توان به عنوان دلیل عمومی و مناسب در عنوان مالکیت شمرد؟ به عبارت دیگر آیا صرف تصرف همواره به عنوان مالکیت انصراف دارد یا این که هر نوع

تصرفی را باید متناسب با مقام و ماهیت تصرف مورد توجه و اثبات قرار داد؟ پاسخ به سؤال فوق دارای آثار حقوقی ویژه‌ای است. زیرا هرگاه از صرف تصرف بخواهیم قاعده‌ای در پذیرش عنوان مالکیت بسازیم، نتیجه آن خواهد شد که همواره تصرف به عنوان مالکیت شناخته شود و متصرف در دعوی مالکیت همواره در موضع مدعی علیه قرار گیرد. اما به عکس، اگر تصرف را در هر موردی مقید به عنوان خاص کنیم، نتیجه چیز دیگری خواهد شد. در صورت اخیر باید ثابت شود که متصرف تحت چه عنوانی، متصرف مال مورد تصرف است و از همین جا معلوم می‌گردد که با فرض مزبور، موضع تصرف، موضع مدعی است و او باید ثابت کند که تصرف او به عنوان مالکیت می‌باشد. با توجه به وضعیت، اخیر لازم است که برای اعتبار تصرف، شرایطی در نظر بگیریم که طی آن متصرف پس از اثبات آن شرایط، به عنوان مالک شناخته شود، و این نظر دوم، نظری است که برخی از حقوقدانان<sup>۷</sup> اختیار نموده‌اند. این دسته از حقوقدانان در مبحث مربوط به شرایط اعتبار تصرف، تصرفی را دلیل مالکیت می‌دانند که دارای دو شرط اساسی باشد: ۱- تصرف به عنوان مالکیت باشد و ۲- تصرف باید مشروع باشد. اما در جایگاه بار اثباتی دعوی، به گونه‌ای دیگر اظهار عقیده می‌کنند؛ استاد دکتر ناصر کاتوزیان در توضیح ماده ۷۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق اشعار می‌دارند کسانی که به عنوان امین یا نماینده دیگری، مال را در تصرف خود دارند، مالک آن محسوب نمی‌شوند، مانند تصرف پدر در اموال مولی علیه به عنوان ولایت. در چنین فرضی ولی قهری در برابر فرزند یا دیگران نمی‌تواند به تصرف خود به عنوان دلیل

۷. دکتر کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اموال مالکیت، صص ۱۸۷ و ۱۸۸، ش ۲۰۲.

مالکیت خویش استناد جسته و مدعی مالکیت گردد. در این موارد، عرف آن اموال را در استیلائی کسی می‌داند که به حساب یا به دستور او، دیگران (ولی قهری یا امین یا مباشر) اقدام به تصرف کرده‌اند و اینان با طرح پرسشی دائر بر این که هرگاه در عنوان تصرف بین متصرف و دیگران اختلاف افتد، آیا مدعی مالکیت باید ثابت کند که استیلائی متصرف فعلی از جانب غیر است و دلیل مالکیت او محسوب نمی‌شود یا متصرف تکلیف دارد که شرایط اعتبار تصرف خود را ثابت کند؟ پاسخ می‌دهند که ماده ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق حکم قضیه را روشن ساخته است،<sup>۸</sup> در حالی پذیرش ماده ۷۴۷ با مبحث مربوط به قبول شرایط اعتبار تصرف در تغایر است. چه آن‌که:

اولاً- هرگاه بخواهیم برای اعتبار و پذیرش یک تأسیس یا اماره حقوقی، قائل به اجتماع شرایطی باشیم، در صورت تردید در وجود شرایط مزبور و جریان اصل عدم شرط، باید اماره مزبور را نادیده گرفت.<sup>۹</sup> زیرا تا زمانی که تحقق شرایط مزبور احراز نگردد، پذیرش موضوع آن و نتیجه آن بی‌وجه است. در نتیجه با فرض فوق همواره جایگاه متصرف، موضع مدعی خواهد بود زیرا می‌باید در مقام اثبات تحقق شرایط اعتبار تصرف برآید تا به تصرف خود به عنوان مالکیت اعتبار بخشد.

ثانیاً- به عکس نظر استاد کاتوزیان، ماده ۷۴۷ قانون یاد شده مؤخر در مادتين ۳۵ و ۳۶ قانون مدنی تصویب و به نحوی در مقام تأسیس یک اصل می‌باشد. بدین مضمون که همواره و به عنوان یک قاعده عمومی،

۸. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان منبع، ص ۱۸۷، ش ۲۰۲.

۹. دکتر شهیدی، مهدی، ارث، انتشارات سمت، چاپ دوم، تابستان ۱۳۷۶، ص ۲۳، ش ۲۱.

عنوان تصرف، منصرف به مالکیت است مگر این که مدعی مالکیت ثابت نماید که شروع به تصرف از طرف غیر بوده و متصرف مالک مال تلقی نمی‌گردد. به عبارت دیگر اصولاً در بدو امر، از تصرف نمی‌توان عنوان دیگری به غیر از مالکیت اتخاذ نمود و مثلاً ادعا نمود که اگر تصرف به عنوان ولایت یا وقفیت و غیره باشد، دلیل بر ولایت یا وقفیت است. همین مفهوم را می‌توان از مواد ۳۵ و ۳۶ قانون مدنی استنباط نمود زیرا اگرچه ماده ۳۵ اعلام می‌دارد: تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، لیکن متعاقب آن، ماده ۳۶ قانون مدنی اتخاذ عنوانی غیر از مالکیت را در مورد تصرف، موقوف به اثبات آن می‌داند چه آن که می‌گوید هرگاه ثابت شود که تصرف مزبور ناشی از سلب ملک یا ناقل قانونی نبوده، چنین تصرفی اماره و دلیل مالکیت محسوب نخواهد شد؛ مانند آن که ثابت شود که تصرف مزبور ناشی از اعمال ولایت بر ملک مولی علیه است.

ثالثاً- هرگاه فقط به عنوان تصرف توجه کنیم و مثلاً بگوییم همان‌طور که تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است تصرف به عنوان وقفیت نیز دلیل وقفیت است و یا تصرف به عنوان اجاره دلیل بر استیجار است مواجه با یک اشکال خواهیم شد؛ این ادعا اگرچه در ماهیت و نتیجه، منطقی بوده و ممکن است درست باشد اما از حیث قاعده عمومی مقرر در ماده ۳۵ قانون مدنی و ۷۴۷ آیین دادرسی مدنی سابق و همچنین از جهت آثار متفاوتی که دارند، درست در نمی‌آید. زیرا اولاً تصرف را از جهت عناوین آن، در عرض هم قرار داده و قاعده سازی نمی‌کند و همین امر موجب می‌شود که در استنباط و استخراج احکام و تعیین تکلیف در موارد مبهم و مردد، دچار سردرگمی شویم. ثانیاً در فرض فوق در دعاوی،

جایگاه مدعی و مدعی علیه و تکلیف بار اثبات دعوی معلوم نمی‌گردد چه این که دیگر نمی‌توان در تمامی موارد، تصرف را به عنوان دلیل عمومی مالکیت شمرد و مدعی فرض خلاف آن را مکلف به اثبات آن دانست. چه ممکن است تصرف مزبور عنوان دیگری داشته باشد.

بهترین نظری که می‌توان ابراز نمود پذیرش تصرف به عنوان دلیل عمومی مالکیت است و این همان چیزی است که مواد ۳۵ و ۳۶ قانون مدنی و علی‌الخصوص ماده ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را در مقام تأسیس یک قاعده عمومی قرار می‌دهد. ماده ۳۵ قانون مدنی تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت شمرده و ظاهراً تصرف را به طور مطلق دلیل مالکیت نمی‌داند و آن را مقید به عنوان مالکیت نموده است. بدین ترتیب که اگر تصرف در راستا و به هدف اعمال و عنوان مالکیت باشد، اماره و دلیل مالکیت است والا اگر صرف تصرف مورد نظر قرار گیرد و عنوان مالکیت را نتوان در تصرف مزبور پیدا نمود، چنین اماره‌ای به دست نخواهد آمد. اگرچه چنین استدلالی حقیقت قانونی ندارد ولی همین عبارت ظاهری در ماده ۳۵ قانون مدنی، دیوانعالی کشور را نیز گمراه کرده و مرجع مزبور در مقام صدور رأی اصراری، ره به خطا برده است.<sup>۱۰</sup> حقیقت آن است که مقنن نظر قاطع خود را در دو ماده ۳۶ و ۳۷ قانون مدنی و ماده ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی بیان می‌دارد: ابتدا مقنن در ماده ۳۶ قانون مدنی فرض خلاف مالکیت ناشی از تصرف را در مواردی می‌پذیرد که ثابت شود تصرف مزبور ناشی از سبب مملکه (حیازت مباحات) یا ناقل

۱۰. رأی مزبور در قسمتی دیگر مورد بررسی و نقادی قرار خواهد گرفت. (رأی اصراری شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۳۴/۴/۱۷ هیأت عمومی شعب حقوقی دیوانعالی کشور).

قانونی (مانند عقود و ارث) نبوده و به همین ترتیب نیز در ماده ۳۷ تنها دلیلی را که اماریت تصرف مالکانه را از بین می‌برد، اقرار شخص متصرف بر سبق مالکیت مدعی می‌شمرد. اثبات فرض خلاف در ماده ۳۶ قانون مدنی از موقعیت استثنایی برخوردار بوده و بیانگر این نکته است که همواره وجود تصرف دلالت بر مالکیت متصرف به واسطه سبب مملکه و یا ناقل قانونی دارد و کسانی که مدعی خلاف این اماریت هستند باید ثابت کنند که منشأ تصرف مزبور، سبب مملکه و یا ناقل قانونی نیست. اگرچه ممکن است این ایراد وارد باشد که مفاد ماده ۳۶ در فرضی مطرح می‌گردد که ماده ۳۵ در آن مقام بوده یعنی هرگاه تصرف به عنوان مالکیت باشد، دلیل مالکیت است و به همین ترتیب ماده ۳۶ قانون مدنی نیز با فرضی که ماده ۳۵ مقرر داشته یعنی تصرف با عنوان مالکیت بوده، اثبات خلاف آن را تنها در صورتی می‌پذیرد که مدعی مالکیت ثابت کند که تصرف مزبور ناشی از سبب مملکه یا ناقل قانونی نبوده است. اما این اشکال اگرچه در ماهیت خود و با توجه به مواد ۳۰ به بعد قانون مدنی که در مبحث مالکیت تقریر حکم می‌کند وارد نیست مضافاً با توجه به ماده ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق نیز با حکم صریح خود آن را رد می‌کند. ماده ۷۴۷ قانون مدنی می‌گوید:

«کسی که متصرف است تصرف او به عنوان مالکیت شناخته می‌شود ولیکن اگر ثابت شود که شروع به تصرف از طرف غیر بوده است متصرف غیر شناخته خواهد شد، مگر این که متصرف ثابت کند که عنوان تصرف او تغییر کرده و به عنوان مالکیت متصرف شده است.»

مطابق منطوق ماده ۷۴۷، دیگر نیازی نیست که حتماً تصرف به عنوان مالکیت باشد تا دلیل مالکیت به حساب آید بلکه همین قدر که شخص متصرف مالی باشد، تصرف او به عنوان مالکیت شناخته می‌شود. فی الواقع، از نظر مقنن در هر تصرفی، عنوان مالکیت مفروض و مستتر است و صرف تصرف متصرف، بدون این که مستلزم اثبات عنوان مالکیت باشد، دلیل مالکیت شمرده خواهد شد. به عبارت دیگر، فرض می‌شود که هر تصرفی به عنوان مالکیت شناخته شود و به همین جهت تصرف مزبور، دلیل مالکیت است. ماده ۳۵ قانون مدنی و ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را باید بدین ترتیب جمع نمود که اگرچه تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است ولی متصرف در اثبات اماره تصرف، محتاج به اثبات عنوان مالکیت نبوده و همین که صرف تصرف را ثابت نماید، دلیل مالکیت او تلقی می‌شود.

#### مبحث دوم - رویه قضایی

برخلاف نظری که در مبحث قبل مطرح شد، رویه قضایی به نحوی دیگر و در دو مقطع زمانی مختلف، نظرات متفاوتی را ابراز داشته است. چند سؤال در اینجا قابل طرح است. اول آن که آیا همانند بحث مالکیت، تصرف به عنوان وقفیت نیز دلیل وقفیت است یا خیر؟ دیگر آن که در تعارض میان تصرف فعلی با اثبات سبق وقفیت، کدام یک را باید مقدم شمرد؟

## گفتار اول - تصرف به عنوان وقفیت

هیأت عمومی دیوانعالی کشور در پاسخ به سؤال اول که به نحوی پاسخ دوم را نیز دربردارد، نظری را ابراز می‌دارد که مغایر نظر نگارنده در مبحث اول است؛ فی‌الواقع هیأت عمومی دیوانعالی کشور در اولین نظری که مطرح می‌کند به نحوی در مقام انشای حکم مقرر در ماده ۳۵ برای موضوع وقفیت است، رأی اصراری شماره ۶۹۹-۱۷/۴/۱۳۳۴:

«... پس از قرائت رأی‌های صادره از شعبه ۴ و ۶ و استماع توضیحات آقایان رئیس‌ان و مستشاران شعبتین نامبرده و مذاکره و بحث در اطراف مسأله روشن گردید که نسبت به اصل و اساس حکم قضیه اختلاف نظر و رویه بین دو شعبه نبوده است و از هر دو شعبه در مسائل زیر متفق می‌باشند: ۱- به طوری که طبق ماده ۳۵ قانون مدنی تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است تا خلافش ثابت شود، تصرف به عنوان وقفیت نیز دلیل وقفیت است تا خلافش ثابت شود. ۲- تصرف به عنوان وقف قابل اثبات با شهادت شهود است ۳- ید فعلی حاکم بر ید سابق است یعنی تصرف فعلی به عنوان مالکیت را تصرف سابق وقف ولو ثابت شود از اعتبار ساقط نمی‌کند مگر در صورتی که ضمن اثبات تصرف سابق وقف، محرز گردد که منشأ تصرف فعلی مالکانه غصب و بدون مجوز قانونی عدواناً عین موقوفه از تصرف وقف انتزاع شده است و در این صورت تصرف وقف معتبر است تا خلافش ثابت شود، با توافق نظر در سه اصل فوق مجال و موردی برای اختلاف نظر شعبتین باقی نبوده است تا برای رفع آن و توحید رویه موضوع طرح و اخذ رأی هیأت عمومی به عمل آید».



مطابق رأی اصرای فوق همان‌طور که تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، تصرف به عنوان وقفیت نیز دلیل وقفیت است. در حالی که این نظر بنابه دلایل پیش گفته در مبحث قبل و با توجه به ماده ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق که به کیفیتی در مقام بیان و تفسیر ماده ۳۵ قانون مدنی بوده، هیچگونه پایه و اساس قانونی ندارد. هیچگاه نمی‌توان دلیل مناسب برای اثبات وقفیت را تصرف به عنوان وقفیت معرفی کرد. چه آن که این اماره قانونی مختص مبحث مالکیت است.

اثبات وقف، با تصرف صورت نمی‌گیرد و تصرف اساساً دلیل متناسب برای ثابت کردن وقفیت نیست بلکه دلیل متناسب بر آن را باید ادله‌ای همچون سبق مالکیت واقف و اثبات عقد وقف به واسطه ابراز وقف‌نامه عادی یا رسمی یا شهادت شهود بر انعقاد عقد وقف و قبض آن دانست. به عکس، در بحث وقف ما هیچگونه اماره قانونی بر اثبات آن نداریم مگر این که دادگاه با توجه به اوضاع و احوال و قرائن موجود و به واسطه حصول علم از طریق اماره قضایی، تحقق عقد وقف را احراز نماید.

**گفتار دوم - زوال عنوان تصرف در مالکیت با اثبات و احراز وقف**  
نکته جالب آن که هیأت عمومی دیوانعالی کشور در مقطعی دیگر، نظری متفاوت با نظر سابق خود ارائه می‌کند. رأی اصراری شماره ۱۳۷۹/۲/۲۷-۶ ردیف ۳/۷۹ هیأت عمومی بدین شرح است:

«نظر به این که وقفیت عنوانی است طاری، برای اثبات آن دلیل کافی لازم است صرف اشاره به وقفیت در سند اجاره و یا شهادت شهود به نحوی که در پرونده منعکس است کافی بر احراز و تحقق وقف

نمی‌باشد، به علاوه تصرفات ممتد خواندگان در رقبه مورد بحث به عنوان مالکیت مؤیداً به ماده ۳۵ قانون مدنی که تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است خلاف ادعای وقفیت را محرز می‌دارد، مضافاً به این که عمل به وقف به اثبات نرسیده است. علی‌هذا، دادنامه تجدیدنظر خواسته به اکثریت آراء نقض می‌شود».

رای اخیر هیأت عمومی دیوانعالی کشور و استدلال مندرج در آن تقریباً با رای سابق‌الذکر همان هیأت عمومی مغایرت داشته و از قوت و منطق بیشتر و بهتری برخوردار است. فی‌الواقع، همانطور که ما نیز بر آنیم عنوان تصرف همواره منصرف به مالکیت است و تصرف به عنوان وقفیت را نمی‌توان دلیل وقفیت محسوب داشت زیرا وقف اموال مطابق تعریفی که بر مبنای اخبار واصله در قانون مدنی آمده، حبس‌العین و تسبیل ثمر است که به قصد قربت انجام می‌پذیرد. به‌طور معمول مالکین به نحو استثنایی، املاک و اموال خود را وقف عام و خاص می‌نمایند، در نتیجه نمی‌توان همانند قاعده‌ای که در باب مالکیت و از تصرف به عنوان مالکیت وجود دارد، وحدت ملاک گرفت و همان علت را به وقفیت نیز تسری داد. به ویژه آن که اگر بخواهیم نوعی ترتب زمانی و تاریخی در این مبحث قائل شویم حتی مالکیت را نیز باید امری استثنایی به شمار آوریم زیرا همواره ملک و املاک مبحث مالکیت به ویژه در اموال غیر منقول مسبوق بر اراضی موات و اشیای مباحه بلامالک است و پس از احیای اراضی موات و حیازت مباحات اشیای مباحه که به قصد تملک (مواد ۱۴۳، ۱۴۹ و ۱۶۰ قانون مدنی) صورت می‌گیرد تغییر عنوان پیدا می‌نماید. به علاوه، وقفیت نیز

حاصل نمی‌گردد مگر در ملک واقف، بدین تعبیر که نمی‌توان تصور نمود مالک، مالی را وقف کند بدون این که مسبوق به ملکیت باشد. چه آن که تا زمانی که مالی وصف ملکیت پیدا نکند وقف آن بی‌اعتبار و غیرممکن است. در نتیجه، اصل بر موات بودن اراضی و اشیای مباحه است و استثناء بر آن ملک و تملک این اموال می‌باشد و نهایتاً استثنا بر استثنا، وقف اموال تحت تملک است. به همین لحاظ نیز نسبت به وقفیت، مالکیت اموال را باید مطابق با اصل دانست.

اداره حقوقی دادگستری نیز در نظریه شماره ۱۳۶۵/۳/۲۱-۷/۱۵۱۲

خود به نحوی این نکته را تأیید می‌کند:

«در مورد اموال، اصل بر مالکیت است نه وقفیت، بنابراین بقای ایادی متصرفین به عنوان مالکیت و استمرار و تداوم تصرفات مالکان دلیل بر مالکیت بودن رقبه مورد تصرف خواهد بود مگر آن که حسب وقفنامه و دلایل مثبته دیگر امر وقفیت مسجل و محرز شود و به هر تقدیر وقفیت حال و ماضی اموال استثنایی بوده و اعلام آن نیاز به اثبات قانونی دارد».

از مطالب فوق این نتیجه گرفته می‌شود که در تعارض میان اماره تصرف به عنوان مالکیت در مقابل ادعای وقفیت سابق، همواره اماره تصرف و مالکیت ملک مقدم بوده و ترجیح دارد و صرف ادعا یا دعوی وقف را نمی‌توان نافی اماره تصرف به عنوان مالکیت پنداشت. مگر آن که به نحو وجودی و مسلم، تحقق عقد وقف اثبات گردد. با اثبات سبق وقف، اماره تصرف کارآیی خود را از دست می‌دهد و دیگر به عنوان اماره قانونی نمی‌توان بدان استناد جست.

برخی از اساتید بزرگوار حقوق مدنی<sup>۱۱</sup> با تقابل اماره تصرف و اصل استصحاب وقفیت، و در نتیجه قوت اماره بر اصل، استدلال نمودند که حتی اگر وقفیت سابق محرز گردد و با جریان اصل استصحاب هم بتوان آن را تا زمان حاضر باقی فرض کرد، به جهت عدم قابلیت معارضه اصل با اماره، نمی‌توان اثری بر اصل استصحاب و نفوذ وقفیت مترتب نمود چه آن‌که استصحاب اصل است و تصرف، اماره و همواره در تعارض این دو، اماره بر اصل مقدم بوده و ارجحیت دارد. البته مرحوم دکتر امامی در این بخش از کتاب خود صرفاً در مقابل تقابل و تعارض میان اماره و اصل و قوت یکی بر دیگری بوده و به منظور بیان ارجحیت اماره بر اصل، متوسل به مثالی شده که مثال مزبور قادر به اثبات قوت اماره بر اصل نیست و یا حداقل می‌توان گفت که در اینجا مصداق ندارد. نظر استاد گرانقدر حقوق مدنی اگرچه در عنوان و نفس تقابل و اصل و اماره صحیح است ولی به نظر می‌رسد در مصداق و مثالی که برای موضوع اصل و اماره و تعارض میان آن دو آورده‌اند با موازین و احکام ناظر بر مثال مورد نظر انطباق ندارد. زیرا:

اولاً، تصرف اگرچه اماره مالکیت متصرف بوده و به عنوان اماره بر اصول عملیه قوت و برتری دارد اما باید توجه داشت که این امر در مواردی که امکان مالکیت در آن وجود ندارد، نمی‌توان صادق باشد. یعنی کاربرد اماره تصرف به عنوان مالکیت در جایی که موقعیت نقل و انتقال و

۱۱. دکتر امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ششم، ص ۲۱۰.

امکان تملک وجود ندارد، منتفی است.<sup>۱۲</sup> در نتیجه هرگاه مثلاً ملکی جزء اموال عمومی باشد، از آنجا که نقل و انتقال اموال عمومی اصولاً ممنوع و جز با اجازه مجلس شورای اسلامی میسر و ممکن نبوده و متولیان آن نیز حق نقل و انتقال اموال عمومی را ندارند، لهذا تصرف در اموال مزبور حتی با عنوان مالکیت نیز که باشد، اماره مالکیت متصرف نخواهد بود. حتی در مواردی اجازه مجلس نیز در مورد نفایس منحصر به فرد کافی برای نقل و انتقال نیست (اصل ۸۳ قانون اساسی). ماده ۲۵ قانون مدنی اشعار می‌دارد:

«هیچ کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پلها و کاروان سراها و آب انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و میدان‌گاه‌های عمومی تملک کند و همچنین است قنات و چاهایی که مورد استفاده عموم است.»

تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری و ماده ۲۶ قانون مدنی و اصل ۴۵ قانون اساسی نیز در همین ارتباط بوده و درخصوص اموال عمومی متضمن احکام خاص می‌باشد.

علاوه بر اموال عمومی که شرح آن در بالا آمد، اموال موقوفه نیز از جمله اموالی است که تملک خصوصی آن علی‌الاصول ممکن نبوده و به طور استثنایی صورت می‌پذیرد زیرا وقف مطابق ماده ۵۵ قانون مدنی عبارت است از این که عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود. در چنین وضعیتی فی الواقع واقف نه تنها از خود رفع مالکیت می‌نماید بلکه اصولاً

۱۲. برخی از اساتید حقوق همانند آقای دکتر کاتوزیان نیز این نظر را تأیید می‌کنند، کتاب اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، نشر میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۰، ص ۱۲۳، ش ۶۷

قابلیت تملک خصوصی موقوفه را نیز زائل می‌سازد. در نتیجه، تنها فقط در موارد بسیار استثنایی از قبیل خراب شدن عین موقوفه یا خوف از خرابی و یا بیم سفک دمای میان موقوف علیهم از اسباب جواز فروش مال موقوفه شمرده شده است (مواد ۸۸ و ۳۴۹ قانون مدنی).

ثانیاً: چنانچه از طریق ادله قانونی و متناسب با موضوع وقف، تحقق وقف در زمان سابق ثابت گردد، اماره تصرف متصرف در زمان حال، حاکم بر وقف سابق نخواهد شد چه آن که در این فرض اگرچه ظاهراً وقف سابق محقق و بقای آن استصحاب می‌گردد اما آنچه که موجب انتفاء اماره تصرف به عنوان مالکیت می‌گردد، اصل استصحاب نیست بلکه عدم قابلیت تملک موقوفه است. به عبارت دیگر با اثبات تحقق وقف در زمان سابق، موقوفه از وضعیت املاک قابل نقل و انتقال و یا قابل تملک خصوصی خارج شده و تملک و نقل و انتقال آن منتفی می‌گردد. به همین لحاظ اماره تصرف نمی‌تواند در مقابل وقف سابق، دلیل بر مالکیت متصرف گردد مگر این که متصرف ثابت کند که بلحاظ حدوث یکی از اسباب جواز فروش و انتقال موقوفه، آن را تحت تملک خویش درآورده یا به انتقال گرفته است. در این صورت، متصرف دیگر در موضع مدعی علیه قرار نخواهد داشت زیرا دیگر اماره تصرف از او حمایت نمی‌کند به همین جهت با اثبات وقف سابق، متصرف در جایگاه مدعی قرار گرفته و بار اثبات دعوی مالکیت اثبات انتقال قانونی و تبدیل وقف به ملک را به دوش می‌کشد.

یکی از حقوقدانان بنام ایران نیز به نوعی دیگر و در مبحث مربوط به تعارض وقف و ملک، جانب ملک را ترجیح داده است. مثلاً در باب

تقاضای ثبت ملک معین هرگاه دو شخص با هم اختلاف داشته و یکی ملک خود بداند و دیگری آن را موقوفه بنامد، رعایت یک اصل کلی ایجاب می‌کند که اگر مدارک طرفین کافی برای اثبات مدعای آنان نباشد و مرجع رسیدگی کننده در تقابل ادله و اظهارات طرفین مردد و درمانده گردد، باید جانب ملک را ترجیح دهد زیرا در صورت شک در ملکیت و وقفیت، اصل ملکیت است و وقفیت خلاف اصل بوده و محتاج به اثبات است.<sup>۱۳</sup>

#### نتیجه

در این مقاله سعی بر این بوده تا دلیل متناسب در اثبات و احراز مالکیت را شناخته و دلیل یا وضعیتی را که از نظر قوانین جاری، اصولاً به عنوان دلیل مالکیت معرفی شده، توصیف و تشریح نماییم. از جمع مقررات مورد استناد در متن مقاله از جمله ماده ۳۵ قانون مدنی، مواد ۶۱، ۶۲ و ۱۰۱ قانون اجرای احکام مدنی و مقررات قانون ثبت اسناد املاک و همچنین ضوابط مقرر در قانون تجارت، برمی‌آید که اولین دلیل اصولی و متناسب در اثبات مالکیت، دلیل تصرف به عنوان مالکیت است که این خود نیز در بسیاری موارد از طریق اقامه سایر دلایل و وسایل اثبات دعوی مانند اقرار، شهادت، سند و تحقیقات محلی ثابت می‌گردد. البته واضح است که عنوان دلیل تصرف به عنوان مالکیت طبق ماده ۳۵ و با رعایت ماده ۱۳۲۲ و بند ۴ ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی یکی از مصادیق اماره قانونی تلقی شده و به عنوان

۱۳. دکتر جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت، جلد اول، گنج دانش، چاپ دوم، سال ۱۳۷۸، ص

۶۱ ش ۶۱

دلیل متناسب و اصولی در بسیاری از اموال و املاک و حقوق قانونی، ایفای نقش کرده و به نفع مدعی و متصرف، اثبات و احراز مالکیت می‌کند. رأی اصراری شماره ۲۱ مورخ ۱۳۷۴/۷/۱۱ هیأت عمومی شعب حقوقی دیوانعالی کشور نیز که مؤید نحوه احراز مالکیت می‌باشد به عنوان رویه قضایی قابل ملاحظه و توجه است.<sup>۱۴</sup> بنابراین، با توجه به مقررات حاضر و نتیجه حاصله از این مقاله اصولاً اشخاصی که در دعاوی مطروحه، مدعی مالکیت خویش بر اموال منقول و غیرمنقول متنازع‌فیه هستند. تنها می‌توانند با اماره قانونی تصرف به عنوان مالکیت، دعاوی خود را بر مسند اثبات بنشانند و اصولاً تنها دلیل متناسب و قانونی در ثابت نمودن مالکیت، اماره تصرف است. النهایه تعدادی از اموال و حقوق هستند که در اثبات مالکیت بر آنها، اماره تصرف کارآیی و کاربرد ندارد. به همین جهت، اماره تصرف در این دسته از اموال و حقوق، دلیل متناسب و قانونی به شمار نرفته و قادر به اثبات مالکیت مدعی نخواهد بود. اثبات مالکیت بر این دسته از اموال و حقوق که، ابراز و ادله دیگری را به عنوان دلیل متناسب و قانونی می‌طلبند، موکول به تحریر مقاله دیگری است که در این مختصر نمی‌گنجد و انشاءالله طی عنوان جداگانه و مقاله دیگری طرح و تحریر خواهد شد.

۱۴. به نقل از مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوانعالی کشور در سال ۱۳۷۴، جلد اول، دفتر مطالبات و تحقیقات دیوانعالی کشور، روزنامه رسمی، تهران سال ۱۳۷۶، صص ۲۸۸ - ۳۷۱.