

جستاری در قاعده ید (اماره تصرف)

مرتضی محمدحسینی طرقي^۱

مقدمه

در فقه و حقوق قواعد گوناگون و متنوعی وجود دارد که اختصاص به مورد معین ندارد؛ برخی از آنها فقط قاعده‌ای فقهی است و بعضی، هم در فقه و هم در حقوق استناد و استعمال می‌شود.

از قواعد معتبر و معروف فقه و حقوق، قاعده ید می‌باشد که از آن، به اماره تصرف، اماره ید، قاعده تصرف، ید و غیره، اسم برده شده است. اهمیت این قاعده و کاربرد وسیع آن موجب گردیده است که معمولاً فقیهان و حقوق‌دانان در اظهارات و نوشته‌های خود به این قاعده اشاره می‌کنند و در مقام تنازع و اختلاف، به عنوان دلیل مالکیت (حتی مردم عادی هم) به آن استناد می‌نمایند.

در باره زمان پیدایش قاعده ید، در مفهوم کلی، ممکن است مأخذ مسلمی وجود نداشته باشد و از مبتکر خاصی برای این قاعده نام نبرند. اما، با حدس و گمان بلکه ظن قوی می‌توان، هنگام ایجاد و استناد به این قاعده را به زمان آفرینش انسان در این جهان خاکی (و یا حتی پاره‌ای از موجودات دیگر) گره زد؛ به روزگاری که آن انسان اولیه (یا مخلوق دیگر)، خود را مالک شیئی می‌دانست که در دست‌هایش قرار داشت. اما آرام آرام زندگی آدمی دگرگون شد و نیازهای او افزون‌تر و پیچیده‌تر گردید، در این مرحله، مفهوم ید از دست و چنگ فراتر رفت و اشیاء بزرگ و امور

^۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

اعتباری را نیز دربرگرفت تا سرانجام به تمدن امروزی رسید که انسان گوشه چشمی به مالکیت در کرات دیگر دارد. انگیزه انتخاب این موضوع، کاربرد عملی، وسیع و تا اندازه‌ای همیشگی آن است که تحقیق پیرامون آن را بر هر طالب علم حقوق لازم می‌کند و فراگیری بهتر و یادآوری احکام آن موجب می‌شود، به رابطه ملموس فرد بر شیء و تعلق آن به شخص، بیشتر آگاه شویم و هرگاه اختلاف و تردیدی در حدود و شمول این قاعده پیش آمد، به کمک مستندات و احکام این اماره، آنها را رفع نماییم. برای این نوشتار، سه فصل در نظر گرفته‌ایم، در فصل نخست، مفهوم و کلیات قاعده ید، بررسی می‌شود، در فصل بعدی از ادله حجیت این اماره، خصوصاً بنای عقلا، روایات و لزوم عسر و حرج، بحث خواهیم نمود و سرانجام در فصل سوم، میزان دلالت قاعده ید و حکم قضیه را در جایی که تعارض با استصحاب و بینه پیش می‌آید، به طور اختصار مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

فصل نخست - مفهوم و کلیات قاعده ید
مبحث نخست - مفهوم

«قاعده»، مؤنث قاعد، کلمه‌ای عربی است و در لغت به معنای: بنیان، اساس، پایه، اصل و قانون،^۱ آمده است و در اصطلاح از قواعد فقهی تعاریف گوناگونی نموده‌اند، از جمله اینکه: قواعد فقهی احکام عامی هستند که در بابهای مختلف فقه به کار می‌روند: («هی احکام عامة فقهیه تجری فی ابواب مختلفة»)^۲

«ید» هم واژه‌ای عربی است و در لغت به معنای دست یعنی «... از منکب تا انگشتان و یا کف دست و مؤنث آید و

^۱ . حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، ۳ جلدی، انتشارات امیرکبیر، چاپ اول ۱۳۶۳، ص ۱۸۷۱ (جلد سوم).

^۲ . آیت‌الله العظمی شیخ ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، الجزء الاول، الناشر: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۶، هق، ص ۲۳.

اصل آن یدی می‌باشد...»^۱ چنانکه قرآن مجید می‌فرماید: «... لیبونکم الله بشئ من الصید تناله ایدیکم و رماحکم...»^۲ و یا «... فبما کسبت ایدیکم...»^۳، از این کلمه گاهی به معنای مجازی آن، یعنی استیلاء استفاده می‌شود و منظور از استیلاء، تسلط فعلی است، مانند اینکه ما می‌توانیم بعضی از اشیاء مباح را حیازت کنیم، لیکن تا وقتی که آن را تصرف و وضع ننموده‌ایم، نسبت به آن ذو الید نیستیم، بلکه باید حیازت بالفعل باشد. برای تشخیص اینکه شخص بر مال استیلاء دارد یا خیر غالباً بایستی به عرف مراجعه کرد. زیرا، نحوهٔ سلطه و اقتدار انسان بر اشیاء، گوناگون است. مثل این که: لباس را می‌پوشند، ساعت را به مچ می‌بندند، بر اتومبیل سوار می‌شوند و یا آن را در توقفگاه پارک می‌کنند. بنابراین، ذو الید کسی است که مال را در اختیار دارد و هرگونه تصرفی که بخواهد می‌تواند در آن داشته باشد، با این توضیح، به نظر می‌رسد تعریف اصطلاحی که برخی برای «ید» نموده‌اند یعنی: سلطه و اقتدار شخص بر شیئی به گونه‌ای که عرفاً شیئی در اختیار و استیلاء او باشد و بتواند هرگونه تصرف و تغییری در آن صورت دهد،^۴ برای ید مناسب است. با این تعریف معلوم می‌شود که منظور از اصطلاح ید در فقه و حقوق صرف تصرف نیست، بلکه هدف چیرگی و سلطه خارجی می‌باشد. با این حال گاهی در تطبیق مصداق با تعریف، باز هم تردیدها برطرف نمی‌شود، مثل اینکه: اگر دو نفر بر یک مال سیطره داشته باشند، چنان که یک نفر سوار بر اسب است و دیگری مهار آن را در دست دارد و یا یک نفر پشت فرمان اتومبیل نشسته و دیگری کلید

^۱ علی‌اکبر دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، انتشارات دانشگاه تهران، جلد ۱۵، ص ۲۳۷۵۶ (دوره جدید ۱۳۷۷).

^۲ قرآن کریم، سورهٔ مائده، قسمتی از آیه ۹۴.

^۳ همان، سوره شورا، اواسط آیه ۳۰.

^۴ استاد سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ناشر: اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، چ

دوم، زمستان ۱۳۶۶، ص ۳۲.

آن را در اختیار دارد (بدون توجه به سند مالکیت آن)، برای عرف مشکل است که تشخیص دهد که کدام يك از دو نفر مالك اسب یا اتومبیل می‌باشد. زیرا، اگر هر دو مدعی مالکیت تمامی آنچه در اختیار دارند باشند (نه به اشتراك)، برای عرف مشکل است که یکی از آنان را به عنوان ذو الید و مالك برگزیند.

در هر حال قاعده ید، نه تنها مورد قبول، استعمال و استناد مسلمانان است. بلکه، همواره مورد استناد و عمل پیروان سایر ادیان و به طور کلی عقلاء عالم هم بوده است و ناگزیر همه آن را پذیرفته‌اند. بنابراین، هرگاه گفته می‌شود شخصی ذو الید است منظور و مفهوم آن این است که وی استیلاء خارجی بر عین دارد و این مفهوم برای همه، معمولاً یکسان است و از این جهت فرقی بین مجتهد و فقیه و حقوقدان و غیره، دیده نمی‌شود.

مبحث دوم کلیات

گفتار نخست - نحوه کاشفیت ید

در مورد اینکه ملاک حجیت ید، آیا غلبه ایادی مالکی در برابر غیرمالکی است یا اقتضای طبع اولیه آن می‌باشد، اختلاف نظر وجود دارد. به بیان دیگر، این سؤال مطرح است که راجع به کشف ید از مالکیت، آیا چون غالباً مردمی که سیطره و استیلاء بر اشیاء دارند، مالك یا در حکم مالك‌اند و مواردی که به شیوه نامشروع و غیرقانونی، اشخاص اموالی را در ید خود دارند، نادر است، پس بایستی موارد مشکوک را نیز به مورد غالب الحاق کنیم و آنها را نیز مالك یا در حکم مالك بدانیم، یعنی نحوه کشف ید از مالکیت، غلبه است یا این که چون در زندگی انسان‌های اولیه (و حتی در کودکان) ید و سلطه تنها علت مالکیت بوده است، نحوه کاشفیت ید را باید به لحاظ طبع اولیه آن دانست؟ این پرسش‌ها موجب می‌شود که نحوه کشف ید از مالکیت را از دو منظر غلبه و مقتضای طبع اولیه، مورد بررسی قرار دهیم.

الف - غلبه

راجع به این که ملاك حجیت ید، آیا غلبه ایادی مالکی یا اقتضای طبع اولیه آن است، دو نظر متفاوت دیده می‌شود. بعضی مانند مرحوم محقق اصفهانی در رساله ید گفته‌اند: «ان ملاك الحجية و هي غلبة الايدي المالكية في مقابل غيرها (علي مختاره)...»^۱ (ملاك حجیت ید، بنا به عقیده ما که همان غلبه ایادی مالکی در برابر غیرمالکی است...).

بنابراین، ایشان نحوه کاشفیت ید را غلبه ایادی مالکی می‌دانند. لیکن، دسته دیگری چون آیه‌الله العظمی شیخ ناصر مکارم شیرازی، به نظریه مرحوم شیخ محمدحسین اصفهانی ایراد می‌گیرند: «کاشفیه الید عن الملكية امر يقتضيها طبعها الاولي...»^۲ (کاشفیت ید از مالکیت صاحب آن، امری است که اقتضاء طبیعت اولیه آن است...) و نظر گروه نخست را رد می‌کنند.

ظاهراً مبنای استدلال گروه اول این است که غالباً افراد جامعه، مالک آن چیزی هستند که در اختیار دارند. پس در مورد تردید و گمان نیز به حکم قاعده: «الظن يلحق الشيء بالاعم الاغلب» حکم مورد غالب را به مورد مشکوک هم سرایت می‌دهیم. مثلاً اگر از ۱۰۰ نفر راننده خودرو، در مورد مالکیت اتومبیلی که در اختیار دارند سؤال کنیم و بیش از ۹۰ نفر آنها خود را مالک خودرو بدانند، اگر با موردی مواجه شویم که نمی‌دانیم ذو الید مالک است یا نه، به حکم غلبه ایادی مالکی، او را مالک محسوب می‌نماییم.

نتیجه پذیرش نظریه گروه نخست این است که اگر در جایی اکثریت مالک نباشند، ید دلیل مالکیت نیست و یا در جایی که احتمال نسبت به هر دو طرف ۵۰٪ است، مثل این که در جایی اگر ۵۰٪ نسبت به مالی مالک باشند و

^۱ محقق اصفهانی، رساله قاعده ید، به نقل از آیت‌الله العظمی ناصر مکارم شیرازی، همان، صص ۲۹۸ و ۲۹۷.

^۲ همان، ص ۲۸۳.

۵۰٪ مالک نباشند و يك نفر مشکوک ديگري هم اضافه شود، در اینجا پاسخ گروه اول سکوت است. زیرا، در مانحن فيه، اغلبيتي وجود ندارد تا با مورد مشکوک، مانند مورد اکثر، رفتار نماييم، ليکن در صورت پذيرش نظر گروه دوم (که به زودي آن را بيان خواهيم کرد)، چون شخص ذو الید است و دلالت ید بر مالکیت، طبيعي است، وي مالک است. (مگر این که خلافش ثابت گردد.)

ب - طبع اوليه

اگر به گذشته‌هاي انسان‌ها اندیشه کنيم و زندگي بشر اوليه را تصور نماييم، مي‌توانيم احتمال دهيم که آن انسان مثل بشر امروزي، ذهنيت مالکیت نداشته است. مع ذلك، خوراک و اشياء مورد نیاز خود را همواره در دسترس نمي‌يافته است که هر وقت اراده کرد، از آن استفاده نمايد. لذا، آن انسان‌ها نیز حتي‌الامکان به قدر نیاز اشياء مورد احتياج خود را حيازت مي‌کردند، مثلاً اگر سيبي داشتند و ديگري مي‌خواست آن را بگيرد، مانع مي‌شدند و يا هر گاه به طور مثال کسي ۵ عدد نارگيل داشت و همه آنها در دستانش جاي نمي‌گرفت، آن را در جايي پنهان مي‌کرد ولي خود را مالک آن مي‌دانست (اگرچه در دستش نبود) البته به مرور ايام مي‌بينيم که مشخصهٔ مالکیت به تدريج از وضع ید و تصرفات فیزیکی و ابتدایي خارج مي‌شود و به امروز مي‌رسد که ممکن است شخصي در يك سوي دنيا خانه‌اي داشته باشد و خودش در طرف ديگر جهان ساکن باشد و بدون اين که ملک در چنگ و ید او باشد، به طور قراردادي و قانوني مالک آن است. در هر حال چون منشاء مالکیت با دست بوده است، همواره آدميان آثار مالکیت را بر ید مترتب نموده‌اند تا آنجا که اين امر غريزي در خردسالان و حتي برخي از حيوانات هم ديده مي‌شود و شايد و به اين سبب است که به اين قاعده، ید مي‌گویند (دست مساوي با مالکیت).

با تأمل در این دو نظریه، نتیجه‌ای که به دست می‌آید، آن است که هرچند نظریه «غلبه» دارای استدلال قابل توجهی است. اما، اگر قرار باشد یکی از این دو نظریه را ترجیح بدهیم، با تدقیق نظریه اخیر موجه‌تر است.

گفتار دوم - اماره بودن ید

«اماره چیزی است که مثبت موضوعی از موضوعات احکام شرعی باشد و به لحاظ کشف از واقع حجت شناخته شده باشد.»^۱ در مورد اینکه ید اماره است یا اصل، اختلاف چندانی وجود ندارد و اگرچه عده‌ای معتقدند که بدون شك قاعده ید از امارات است.^۲ اما، بعضی در آغاز مطالب خود به نظریه اصل بودن ید (که به منظور حفظ نظام و رفع کجی‌ها و کاستی‌های جامعه، اعتبار یافته است)، متمایل گردیده‌اند لیکن در ذیل گفتار خود، مایل به اماره بودن ید شده‌اند (... الميل الي كونها اصلاً تعبيراً معتبراً لحفظ النظام و اقامت و العوج، بينما يظهر من ذيله الميل الي كونها من الامارات...)^۳ همان‌طور که اشاره کردیم، ملکیت نزد انسان‌های اولیه ابتدا به وسیله استیلاء و سلطه بر اشیاء بوده است که غالباً به وسیله دست «ید» این عضو آدمی به عمل می‌آمد و وجود چیزی در دست نشانه ملکیت بود. اما، این مشکل وجود داشت که انسان همواره نمی‌توانست مایحتاج و مایملک خود را در این عضو نگهداری نماید. لذا، ملکیت از شکل واقعی و خارجی خود به صورت اعتباری درآمد و امروزه می‌بینیم که ید، علاوه بر شکل حقیقی و خارجی خود، از جهت اعتباری و قانونی نیز دلیل بر ملکیت به شمار می‌رود،

^۱ دکتر ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، انتشارات دانشگاه تهران، پاییز ۱۳۸۱، ص ۲۷۲.

^۲ دکتر ابوالقاسم گرگی، مقالات حقوقی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، ص ۲۳۷ و نیز ر.ک. ید مالکی و ید ضمانی، فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی دادگستری جمهوری اسلامی ایران، دفتر نهم، بهار ۱۳۶۶.

^۳ علامه شیخ مرتضی انصاری، به نقل از آیت‌الله العظمی شیخ ناصر مکارم شیرازی، همان، ص ۲۸۹.

به گونه‌ای که مفهوم اماره ید، تسلط و استیلائی عرفی ذو الید بر اشیاء است. یعنی، اگر گاهی وجود اشیاء کوچک در دست کسی نشان از مالکیت اوست، گاهی داشتن کلید يك كاشانه^۱ (آپارتمان)، اماره مالکیت دارنده آن است. بدین ترتیب، مشاهده می‌کنیم که ید اصل نیست تا هنگام تردید در حکم واقعی، برای تعیین تکلیف حجت شناخته شود. بلکه، ید برای کشف از واقع و پی بردن به حکم واقعی به کار می‌رود. یعنی، از آن جهت ید دلیل مالکیت تلقی می‌شود که کشف از مالکیت می‌کند. به بیان ساده‌تر، وقتی می‌گوییم ید اماره است، منظور این است که ید به طور نوعی کشف از واقع می‌نماید. یعنی، مردم نوعاً با مشاهده شیئی در دست کسی، ظن و احتمال قوی پیدا می‌کنند که وجود استیلاء و سلطه آن فرد بر شیئی، مثبت مالکیت اوست، مگر این که به نحوی خلافش ثابت گردد. پس اگر کسی نسبت به چیزی ذو الید باشد، تشکیک در مالکیت وی با قاعده ید مغایر است و جایز نیست، چنانکه ماده ۳۵ قانون مدنی می‌گوید: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.» بنابراین، هرگاه با شهادت شهود و یا دلیل قطعی دیگری، خلاف مدلول ید ثابت شود، ید از اعتبار می‌افتد.

راجع به منشاء و مبنای اماره بودن قاعده ید، همان‌گونه که بیان شد، دو نظریه وجود دارد، برخی از فقها به این دلیل که بیشتر یدها امانی است (نه عدوانی)، بنابر قاعده غلبه، که طبق آن، هرگاه در مورد چیزی شك به وجود آید، مورد مشکوک به مورد غالب ملحق می‌گردد، این اغلیت ید را نشانه مالکیت می‌دانند و دسته دیگر طبیعت و اقتضای اولیه و اصلی شیئی در دست فرد را دلیل مالکیت آن شخص

^۱ طبق ردیف ۳ مفاد بخشنامه شماره ۶۵۸۸۶/۲۰ مورخ ۷۶/۷/۱ ریاست جمهوری در مورد واژه‌های مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، برابر نهاده فارسی آپارتمان، «کاشانه» است. ر.ک: روزنامه رسمی شماره ۱۵۳۲۶ مورخ ۱۳۷۶/۷/۱۷.

می‌دانند که در بحث گذشته اعتقاد دوم را پذیرفتیم و در فصل آتی خواهیم گفت که مدرک قاعده ید را بیشتر بنای عقلا می‌دانیم تا روایات. زیرا، بنای عقلا نسبت به حجیت قاعده ید نه از باب تعبد بر ترتب آثار ملکیت به هنگام شک است، بلکه بنای عقلاء از باب کشف از ملکیت حاصله است.^۱

در مورد این که اگر بین ید، اصول و بینة تعارض پیدا شود، کدام یک حاکم است؟ بحث دیگری می‌طلبد که در فصل‌های آینده مورد بررسی قرار خواهد گرفت و اینک نقش قاعده ید را در قانون مدنی، یعنی ماده ۲۵ این قانون که در آن، قاعده ید (تصرف) به عنوان یکی از امارات قانونی در حقوق کشورمان مطرح شده است و مواد دیگر ذی‌ربط و همچنین قانون آیین دادرسی مدنی سابق، بیان خواهیم کرد.

گفتار سوم - اماره ید در قانون مدنی

هرچند به علت‌های گوناگون، تدریجاً دایرة کاربرد و استفاده این قاعده مهم فقهی و حقوقی در برخی موارد نسبت به گذشته محدود شده است. با این حال، همچنان این اماره از قواعد معتبر و قابل استناد در قانون مدنی است. از جمله این که در مواد ۳۱، ۳۵، ۳۶ (مفهوم مخالف)، ۳۷، ۳۹، ۹۵، ۹۷، ۱۰۹ تا ۱۱۱، ۱۲۴ تا ۱۲۷ و ۱۴۶ این قانون به نحوی از اماره تصرف و قاعده ید در اعیان و حقوق بحث شده است.

قانون مدنی کشورمان خصوصاً مواد یاد شده به پیروی از فقه امامیه در سال ۱۳۰۷ تصویب گردیده است. یعنی زمانی که هنوز قانون ثبت اسناد و املاک به تصویب نرسیده بود. در آن زمان قاعدتاً تصرف به عنوان دلیل مالکیت از سوی قانون و مراجع قضایی مورد حمایت واقع می‌شد. لیکن، باتصویب قانون ثبت اسناد و املاک (مصوب ۲۶ اسفند ۱۳۱۰)، مانند

^۱. آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، نشر میعاد، ۱۳۷۲، ص ۴۵ و نیز دکتر ابوالقاسم گرجی، ید مالکی و ید ضمانی، همان.

مواد ۲۲ و ۱۴۷ (اصلاحی) آن، اعتبار اماریت ید، خصوصاً در اموال غیرمنقول تا حدودی کاهش یافت. چنانکه در قسمت اول ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک می‌خوانیم: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده... مالک خواهد شناخت.»

در میان مواد قانون مدنی ظاهراً ماده ۳۵ که مقرر می‌کند: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.»، از مصادیق بارز قاعده ید به شمار می‌رود و رویه قضایی هم به روشنی آن را پذیرفته است.^۱ این ماده از جمله امارات قانونی است (در مقابل اماره قضایی که در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود) که به عنوان اماره تصرف هم از آن نام برده شده است. تصرف در قانون مدنی تعریف نشده است. ولی ظاهراً آن را مترادف استیلاء گرفته‌اند.^۲ مع هذا گفته‌اند: تصرف عبارت است از اینکه مالی تحت اختیار کسی باشد و او بتواند نسبت به آن مال در حدود قانون یا به عدوان تصمیم بگیرد.^۳ و یا تصرف عبارت از تسلط و اقتداری است عرفی که انسان در مقام اعمال حق خود بر مالی دارد.^۴ نحوه تصرف ممکن است مستقیم باشد مثل سکناي شخصی در منزل خودش و یا اینکه به طور غیرمستقیم و با واسطه انجام شود، مانند تصرفات قیم و یا وکیل که به وکالت و مع‌الواسطه در مال موکل تصرف می‌کند. به علاوه، تصرفاتی مانند کاشتن درخت، ساختن بنا و حفر چاه، نسبت

^۱. برای ملاحظه برخی از موارد، ر.ک: مهدی نیکفر، قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور، سازمان انتشارات کیهان، تابستان ۱۳۷۷، ص ۱۶ به بعد.

^۲. ماده ۱۴۶ قانون مدنی.

^۳. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۶۷، ص ۱۵۴.

^۴. دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، چاپ اول، ص ۴۸ به نقل از دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال، ش ۲۰۱.

به محلي که نهال و درخت غرس شده یا بنا احداث گردیده و یا چاه کنده شده است، دلیل مالکیت تلقي می‌شود، مگر این که به نحوی خلاف آن ثابت گردد. در هر حال موارد تحقق ید مختلف است که در گفتار بعدی از آنها یاد خواهد شد. در قانون آیین دادرسی مدنی سابق نیز مواد ۷۴۵ تا ۷۵۰ به تصرف اختصاص یافته بود. مع ذلك، ظاهراً با توجه به نظرات شورای محترم نگهبان^۱ و موادی از قانون مدنی از جمله، ۳۵ و ۳۶ و ۳۷، در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، در امور مدنی (مصوب سال ۱۳۷۹)، دیگر بحثی از تصرف، که جایگزین مواد یاد شده گردیده باشد، دیده نمی‌شود. با این حال مناسب است اشاره‌ای به یکی از مواد آن قانون داشته باشیم.

مفاد مادهٔ ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب شهریورماه ۱۳۱۸) نیز مانند مادهٔ ۳۵ قانون مدنی، تصرف متصرف را به عنوان مالکیت شناخته بود، لیکن طبق آن قانون، اگر ثابت می‌شد که شروع به تصرف از طرف غیر بوده است، متصرف، غیر شناخته می‌شد، مگر این که متصرف ثابت می‌نمود که عنوان تصرف او تغییر کرده و به عنوان مالکیت، متصرف شده است. (شبهه آن چیزی که مادهٔ ۳۷ قانون مدنی پیش‌بینی کرده است).

قانون مجازات اسلامی هم راجع به (تصرف و) هتك حرمت منازل و املاك غیر، از جنبه کیفری در مواد ۶۹۰ به بعد، مباحثی را مطرح نموده است، مثل اینکه (صرف‌نظر از دلائل مالکیت)، طبق مادهٔ ۶۹۱ آن قانون، هرکس به قهر و غلبه داخل ملکی شود که در تصرف دیگری است،... علاوه بر رفع تجاوز حسب مورد به يك تا شش ماه حبس محکوم

^۱ در مورد نظریه شورای نگهبان در خصوص مرور زمان، ر.ک. به نظریه شماره ۷۲۵۷ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۷ شورای نگهبان مندرج در مجموعه قوانین ۱۳۶۳ صص ۱۴۵ و ۱۴۶.

می‌شود، که به دلیل کیفی بودن موضوع این بحث در قانون یاد شده، از پرداختن به آن خودداری می‌گردد.

بدین ترتیب، وقتی عناصر تشکیل‌دهنده قاعدهٔ ید که ید فعلی است، در فردی جمع باشد، ملاک را هنگام ذو الید بودن و متصرف بودن او باید لحاظ کرد. زیرا، هیچ کس از ازل متصرف و مالک نبوده است، بلکه شروع به تصرف، از طرف دیگری بوده و سپس عنوان تصرف تغییر پیدا کرده و به متصرف فعلی رسیده است و باز کردن مسأله چیزی را تغییر نمی‌دهد. این بحث، به نحوی در مورد مادهٔ ۳۷ قانون مدنی^۱ نیز مصداق دارد که مثلاً هرگاه ذو الید در دادگاه اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است، برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور نمی‌تواند به تصرف خود استناد نماید که با مطالب گفته شده و استدلال‌های فوق‌الذکر، این موضوع محل تأمل است. اما، برای توجیه می‌توان به حکم مندرج در مادهٔ ۳۷ قانون مدنی و اینکه در اینجا دعوی منقلب می‌شود و مدعی باید برای اثبات ادعای خود دلیل بیاورد، تمسک نمود.

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

^۱ مادهٔ ۳۷ قانون مدنی مقرر می‌کند: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.»

طرف دعوي، سبق تصرف و استفاده از حق خود را به نحوي اثبات کند.^۱

گفتار چهارم - موارد تحقق ید

مصادیق قاعده ید متعدد است و به کیفیات مختلفی ید تحقق می‌یابد و همان‌گونه که قبلاً بیان شد، مفهوم قاعده ید سلطه و استیلاي عرفي است، به طوري که متصرف، انحاء تصرفات را در آن چیزی که در ید خود دارد می‌تواند داشته باشد، مگر مواردی که قانون استثناء کرده و مانع آنها شده باشد.

موارد اماره ید و نحوه تصرف حصري نیست و در اینجا ما فقط به عنوان نمونه، به ۵ مصداق آن اشاره خواهیم نمود:

۱- ممکن است تحقق ید به وجود شیئی به طور حقیقی در دست آدمی باشد، مثل این که، خودکار یا پول یا مجله‌ای واقعاً در دست کسی قرار گرفته شده باشد؛

۲- گاهی شیئی حقیقتاً در این عضو بدن، یعنی دست قرار ندارد، بلکه شیئی با بدن تماس نزدیک دارد و حتی چسبیده به انسان است. مانند لباسی که بر تن داریم و یا ساعت مچی که بر دستمان بسته شده است؛

۳- زمانی فاصله اشیاء با اعضاء بدن آدمی بیشتر از موارد یاد شده است. مثل این که دو شاخه (دسته‌های) موتورسیکلت یا دوچرخه در دستان کسی است یا فردی فرمان خودرو را در دست دارد؛

۴- دیده می‌شود که فرد نظارت و قدرت بر حیوانات و اشیاء دارد، از قبیل چوپانها که در بیابان و دشت بر چرای گوسفندان و حیوانات نظاره می‌کنند و آنها را به هر طرف که بخواهند هدایت می‌نمایند و سوق می‌دهند و یا مسافری منتظر، بر لوازم سفر خویش نظارت دارد؛

^۱. در ماده ۵ قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی (مصوب سال ۱۳۵۲) هم، صرفنظر از مهلت یک ماهه مندرج در آن، چنین حکمی پیش‌بینی شده است.

۵ - و آخرین نمونه‌ای که می‌آوریم در مورد باغها و زمین‌های کشاورزی است که باغبان یا کشاورز، گاهی به آنجا (باغ یا اراضی) مراجعه می‌کند و مثلاً آنها را آبیاری و مواظبت می‌نماید و یا محصولاتش را می‌چیند و درو می‌کند. البته این موارد برای تشحیذ ذهن آورده شد و برای ملاحظه نمونه‌های فراوان دیگر ید و استیلا، می‌توان به عرف مراجعه نمود یا مثال‌هایی که نویسندگان ذکر کرده‌اند را مشاهده کرد.^۱ منتها باید به این نکته هم توجه داشت که حتی در مثال‌هایی که ذکر کردیم هم ممکن است تعارض حادث شود. مانند این که، شخصی بر اسب سوار است و دیگری افسار آن را در دست دارد و یا شخصی پشت فرمان اتومبیل نشسته است و دیگری کلید آن را در اختیار دارد و یا کسی در جلو گله حرکت می‌کند و دیگری گوسفندان را تعقیب می‌نماید و یا فردی در يك کتاب‌فروشی کتاب قواعد فقه (نو) در دست دارد و همان کتاب‌فروش، از این کتاب به تعداد زیاد، در جلو میز خود قرار داده است. (ید معارض) که در برخی موارد سلطه یکی نسبت به مورد دیگر قوی‌تر است و یا بعضاً مساوی است. اگر ایادی هم سطح باشند و بین آنها شدت و ضعف وجود نداشته باشد، مانند تعارض دلیلین، تساقط پیش می‌آید و ید از دور دلایل خارج می‌شود و در این مورد بایستی مالکیت هر طرف با دلیل دیگری غیر از ید اثبات شود. و اگر یکی از ایادی اقوا باشد، ید قوی‌تر مقدم است. هرچند این مباحث بیشتر در باب قضا و دادرسی قابل طرح است و در اینجا برای یادآوری و اشاره، آورده شد.

فصل دوم - ادله حجیت قاعده ید

برای اعتبار قاعده ید به مستندات، دلایل و مدارک متعددی استناد شده است که برخی از آنها دارای ارزش و اعتبار

^۱ ر.ک: آیت‌الله العظمی شیخ ناصر مکارم شیرازی، همان، صص ۲۸۴ و ۲۹۵. استاد سیدمصطفی محقق داماد، همان، صص ۳۲ تا ۳۴. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، دائرةالمعارف حقوق دانشنامه حقوقی، ج اول، چ پنجم، ۱۳۷۵، انتشارات امیرکبیر، صص ۷۱۳ به بعد.

بیشتری هستند و بعضی را تنها می‌توان مؤید دلایل دیگر دانست. بنابراین، در این نوشتار تلاش خواهد شد تا دلایلی مورد بررسی و اشاره قرار گیرند که واجد اهمیت می‌باشند و در این راستا به ترتیب به ادله ۵ گانه: ۱- بنای عقلاء، ۲- اجماع فقها، ۳- عسر و حرج، ۴- امضای شارع و ۵- اخبار و احادیث، می‌پردازیم.

مبحث نخست - بنای عقلاء

گفته شده: عقلای تمام ملت‌ها و مذاهب در تمامی زمان‌ها و شهرها به این قاعده استناد کرده‌اند و ید را اماره برای ملکیت دانسته‌اند.^۱ و امروزه نیز می‌بینیم مردم دنیا چه مسلمان و چه غیرمسلمان و یا ایرانی و غیرایرانی، قاعده ید را پذیرفته‌اند. مثل این که، در اکثر معاملات منقول که در جهان انجام می‌گیرد، خریداران، از فروشندگان مطالبه سند مالکیت نمی‌کنند. به بیان دیگر، هرگاه فروشنده نسبت به مالی ید داشته باشد دیگران ید فروشنده را حجت می‌دانند و بدون این که از وی مطالبه سند کنند، اموال را از او می‌خرند. لیکن، این سؤال مطرح می‌شود که آیا سیره عقلا، به خودی خود مشروع است یا این که باید از طرف شرع هم، از آن ردع و منعی نشده باشد؟ پاسخ به این پرسش چندان مشکل نیست و بدون تردید نباید شارع از رویه خردمندان منعی کرده باشد منتها باید توجه داشت که در برخی موارد سیره عقلاء به تنهایی ممکن است حجیت نداشته باشد. مثل این که، اگر عقلای دنیا ربا دادن و ربا گرفتن را جایز بدانند ولی شارع مقدس آن را ردع نموده باشد، نباید سیره عقلا را تنها دلیل استناد دانست.

سؤال دیگری که ممکن است مطرح گردد، این است که آیا به سیره مستمره مسلمین به عنوان دلیل قاعده ید

^۱ . ر.ک: آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۳۱.

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

برای این که بدانیم قاعده ید از چه زمانی اعتبار پیدا کرد، (همان‌طور که قبلاً اشاره نمودیم) بهتر است به انسان عصر حجر برگردیم و به بشر اولیه‌ای که ذهنیت مالکیت امروزی را نداشته است، توجه کنیم که اگر شیئی در دست داشت و کسی می‌خواست آن را از او بگیرد، نمی‌گذاشت و دیگران نیز به حکم عقل، آنچه در سلطه دیگری بود را از اموال ذوالید تلقی می‌کردند. این موضوع به تدریج پیش رفت و مالکیت جوانه زد و از چنگ و دست خارج شد تا به وضعیت امروز رسید که هرکس، هرچه در دست دارد را اصولاً مال خود می‌داند و آنچه را که دیگران تحت سلطه دارند از مال آنان محسوب می‌کند. بنابراین، همواره ید در نظر عقلاي گیتی دلیل بوده و هست و خردمندان جهان از کسی که متصرف مالی نیست، ولی مدعی مالکیت آن است، دلیل می‌خواهند و این امر به حدی است که برخی گفته‌اند: «اساسی‌ترین دلیل بر اعتبار قاعده ید همین دلیل است و در حقیقت روایات هم امضاء همین سیره عقلانی است.^۱ و

^۱ دکتر ابوالقاسم گرجی، همان، ص ۴۶.

یا به عبارت دیگر: «روایات هم نشان می‌دهد که شارع مقدس با این عقلا متحد المسلك است...»^۱. یعنی، اگر احادیث هم نبودند، می‌گفتیم که اسلام قاعده ید را قبول دارد. زیرا، این اماره قاعده‌ای عقلایی و نه تعبدی است.

مبحث دوم - اجماع فقها

اجماع در لغت به معنای: «گرد آمدن، متفق شدن، عزم کردن بر کاری، اتفاق و هماهنگی جماعتی در امری»^۲ آمده، می‌توان گفت در قرآن مجید نیز اجماع به همین معنا استعمال شده است. مثل این که، خداوند می‌فرماید: «فاجمعوا امرکم»^۳. ولی در مورد تعریف اصطلاحی فقهی آن گفته‌اند: «الف - اتفاق نظر مجتهدان اسلام از صدر اول تا زمان حال در همهٔ نقاط جهان در يك مسأله حقوقی (فقهی) ب - اتفاق نظر مجتهدان اسلام در يك عصر بر يك مسأله فقهی»^۴ و حجت‌الاسلام غزالی راجع به اصطلاح اجماع اعتقاد دارد: الف - اتفاق جمیع علماء در يك عصر. ب - اتفاق امت محمد (ص) بر امری از امور دینی. ج - اجماع عبارت از این است همه اهل حل و عقد (مجتهدین) از امت محمد (ص) در یکی از ازمناه بر حکم واقعه‌ای اتفاق کنند. د - اجماع در اصطلاح فقهای اهل بیت عبارت است از اتفاق گروهی از امت محمد (ص) به طوری که گفتار معصوم را شامل باشد.

با توجه به تعریف‌های فوق می‌بینیم که اهل سنت صرف اتفاق فقها را در زمان معین بر امری حجت می‌دانند در صورتی که به نظر علمای شیعه چنین اتفاقی باید کاشف از قول معصوم (ع) باشد که در این صورت اجماع حجیت دارد.

^۱. آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۳۲.

^۲. حسن عمید، همان، ص ۱۰۴ (و نیز به معنای اتحاد کلمهٔ فقهاء در مسأله‌ای یا در امری).

^۳. قرآن مجید، سورهٔ یونس، قسمتی از آیه ۷۱.

^۴. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۱.

^۵. ر.ک: دکتر محسن جابری عربلو، فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی (در باب معاملات)، انتشارات

امیرکبیر، سال ۶۲، ص ۳۵.

البته می‌دانیم که، هرگاه در قرآن و سنت (احادیث و اخبار) مبنایی برای حکم شرعی پیدا نشود، آن موقع نوبت به اجماع می‌رسد، حال باید دید با وجود دلایل دیگری که برای حجیت ید موجود است آیا نیازی وجود دارد که اجماع را یکی از دلایل حجیت قاعده ید به شمار آورد و حتی اگر بتوان اجماع را یکی از دلایل این اماره محسوب نمود چه مشکلی ممکن است پیش آید؟ به نظر متأخران از فقهای شیعه که حجیت اجماع را از طریق حدس و کشف از قول معصوم (ع) می‌دانند، این حدس و کشفیت در اینگونه مسائل، وجود نخواهد داشت.^۱

اما اهل سنت اجماع را مستقلاً از منابع استنباط احکام و در ردیف کتاب و سنت می‌دانند و این بحث در مورد آنها ممکن است مصداق نداشته باشد. ولی همان‌گونه که اشاره شد، در فقه امامیه اتفاق علمای شیعه باید کاشف از فعل و قول و تقریر معصوم (ع) باشد تا عنوان اجماع بر آن صدق کند. یعنی، اگر تعداد زیادی از علما بر امری اتفاق کنند ولی کاشف از قول معصوم (ع) نباشد، این موضوع اجماع نیست و حجیت ندارد. با این وصف، اجماع در فقه امامیه دلیل مستقلی نیست. به بیان دیگر،... اجماع یکی از ادله اربعه نیست بلکه اجماع محقق سنت است با قیود و شرایط،^۲ و اجماع را مستقلاً ما قبول نداریم و آنچه برای ما ارزش دارد اجماع محصل قطعی است که از قول معصوم (ع) باشد.

مبحث سوم - عسر و حرج

عسر در لغت به معنای: «دشووار شدن، دشواری، تنگی و سختی و تنگدستی،^۳ به کار رفته است و حرج یعنی:

^۱. آیت‌الله العظمی ناصر مکارم شیرازی، همان، ص ۲۸۱.

^۲. آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۳۱.

^۳. حسن عمید، همان، ص ۱۷۱۴.

تنگی و فشار، جای تنگ،...^۱ نفي عسر و خرج خود يکي از قواعد مسلم فقهي است که در قرآن و احاديث هم از آن اسم برده شده است، به طوري که خداوند متعال در قرآن مجيد مي‌فرمايد: ... ما جعل عليكم في الدين من حرج...^۲ (در مقام تکليف بر شما مشقت و رنج ننهاده...) و يا حضرت امام صادق (ع) در مورد استفاده دوباره از آب غسل فرموده‌اند: «لاباس، ما جعل عليكم في الدين من حرج»^۳ در قوانين موضوعه کشورمان نیز قانون مدني، به صراحت از عسر و حرج نام برده شده است. چنانکه مادهٔ ۱۱۳۰ قانون ياد شده مي‌گويد: «در صورتي که دوام زوجيت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وي مي‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضاي طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود،...» و تبصره الحاقی - ماده مزبور در مورد تعريف عسر و حرج اين ماده مي‌گويد: «... به وجود آمدن وضعيتي که ادامه زندگي را براي زوجه بامشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد...» و سپس چند مورد از مصاديق عسر و حرج را قانونگذار ذکر نموده است.^۴ و يا در ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر (مصوب سال ۱۳۶۲)، آمده بود: «در مواردی که دادگاه تخليه ملك مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن، موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد، مي‌تواند مهلتي براي مستأجر قرار بدهد.»

۱. همان، ص ۹۳۵.

۲. سوره حج، قسمتی از آیه ۷۸.

۳. شيخ محمدبن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعه، کتابفروشی اسلاميه، الطبعة الخامسة، ج ۱، ص ۱۲۰، باب نهم از ابواب آب مطلق، حديث ۱۴.

۴. ر.ک: مصوبه مجمع تشخيص مصلحت نظام، روزنامه رسمي شماره ۱۶۷۶۸ مورخ ۱۳۸۱/۶/۳۱ روزنامه رسمي کشور (و مجموعه قوانين سال ۱۳۸۱، ج ۱، ناشر روزنامه رسمي، جمهوری اسلامی ایران، ص ۷۶۴).

پس از توضیحات یاد شده، اینک می‌خواهیم بررسی کنیم که اگر ید را دال بر مالکیت ذو الید ندانیم، آیا برای مردم عسر و حرج پیش می‌آید یا نه؟ و اگر عسر و حرج پدید می‌آید، آیا در همه موارد و همه جا است یا اینکه اگر ید دلیل مالکیت ذو الید نباشد، در بعضی زمان‌ها و مکان‌ها ممکن است موجب عسر و حرج شود و این امر در برخی اعصار و امصار و مکانها باعث دشواری و فشار نمی‌شود؟

در پاسخ سؤال نخست، اول به حدیث روایت شده از امام صادق (ع) و آنگاه وضع حاضر جامعه را در این خصوص بررسی می‌کنیم. در مورد روایت حفص بن غیاث در مبحث آتی که از روایات به عنوان مستندات و مدارک معتبر قاعده ید بحث می‌کنیم، توضیح بیشتری خواهیم داد و در اینجا فقط به قسمت اخیر این روایت می‌پردازیم، که امام (ع) می‌فرماید: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» (یعنی اگر بنا باشد نسبت به مالکیت ذو الیدی شک کنیم و بگوئیم احتمال دارد مالی که در دست اوست مال خودش نباشد، اختلال نظام و هرج و مرج پیش می‌آید و بازار مسلمین به هم می‌خورد). با توجه به این حدیث باید برای پرهیز از اختلال در بازار و اقتصاد جامعه «ید» را دلیل مالکیت ذو الید بدانیم. زیرا، در غیر این صورت، به قول عوام: «سنگ روی سنگ بند نمی‌شود.» و همه چیز به هم می‌خورد و وضع به گونه‌ای می‌شود که زندگی قابل تحمل نیست. اما، ایراد شده است که حجیت مطلق ید با این استدلال اثبات نمی‌شود. زیرا، این حجیت را باید تا آن مقداری که این مشکل رفع می‌شود، پذیرفت نه به طور مطلق - و در توجیه استدلال امام (ع) گفته شده: «ولابد (ح) من حمل استشهاد الامام علیه السلام بهذه القضية علی بیان «حکمة... الادارت مداره.»^۱ (به ناچار باید استشهاد امام

^۱. آیت‌الله العظمی شیخ ناصر مکارم شیرازی، همان، صص ۲۸۴ و ۲۸۵.

(ع) را به مسأله عسر و حرج، بیان حکمت حکم بدانیم نه بیان علت آن یعنی اختلال نظام، حکمت حکم به حجیت ید به طور اطلاق است نه علت آن تا اشکال شود که حکم باید دائر مدار آن علت باشد و اگر در موردی عدم حجیت ید اختلال نظام ایجاد نکرد، نمی‌توان به حجیت آن حکم نمود. در مورد وضع حاضر جامعه، اگر ید و استیلا را دلیل مالکیت ندانیم و برای هر مورد بخواهیم دلیلی برای مالکیت ذو الید مطالبه کنیم دچار عسر و حرج شدید خواهیم شد. به عنوان مثال، اگر فرض کنیم برای خرید مایحتاج روزمره از منزل خارج شویم، از هر فروشنده‌ای از نانوا و خواربار فروش گرفته تا قصاب و میوه‌فروش بایستی سند مالکیت مطالبه نماییم و یا خود آنان برای هر يك از اجناس و کالاهایشان بایستی سند مالکیت جداگانه داشته باشند و روی آنها نصب نمایند. و از طرف دیگر، خریدار بایستی دلیل مالکیت ثمن را داشته باشد و بدیهی است این امر برای هرکسی دشوار، بلکه غیرممکن و موجب عسر و حرج شدید است. بنابراین، اگر ید را دلیل مالکیت ندانیم و دلائل دیگر بخواهیم، جامعه به هرج و مرج می‌افتد و هر قانونی که باعث هرج و مرج شود آن قانون باید از قانونیت خارج گردد.

در پاسخ به این پرسش که اگر ید را حجیت ندانیم، آیا در همه جا و همه وقت موجب عسر و حرج می‌شود یا در بعضی مکانها و زمانها ممکن است این مشکل پدید آید؟ همان‌گونه که در پاسخ سؤال قبل اشاره شد، اگر ید دال بر مالکیت ذو الید نباشد در همه جا موجب عسر و حرج نمی‌شود، به طوری که امروزه در مورد اموال غیرمنقول می‌بینیم هرگاه کسی بخواهد آن اموال را خریداری نماید به صرف ید متصرف اکتفا نمی‌کند. بلکه، از او سند مالکیت می‌خواهد و سپس با عنایت به قوانین و مقررات مثل ماده ۴۶ قانون ثبت اسناد و املاک، برای انجام معامله اقدام می‌نماید و از طرف دیگر، متصرفین فراوانی وجود دارند که

مالك نيستند، مثلاً مستأجر و امين مي‌باشند. پس، به طور كلي و مطلق نمي‌توان ید را دليل مالکيت ذو الید دانست.

مبحث چهارم - امضاء شارع

همان‌طور که اطلاع داريم، در شرع مقدس اسلام مانند ساير تأسيسات حقوقي دو نوع حکم وجود دارد، حکم تأسيسي و حکم امضائي. حکم تأسيسي عبارت است از هر قانوني که پيش از يك قانون‌گذاري معين به هيچ وجه سابقه نداشته باشد و قانونگذار جديد مبتکر آن باشد.^۱ يعني حکم و قانوني که پيش از ظهور اسلام وجود نداشته است (يا حداقل آن طور که اسلام آن را قبول دارد مطرح نشده) و اسلام آن را به وجود آورده و تقرير نموده است. مثل نماز - و نمونه قانوني، مانند حق کسب و پيشه و تجارت که ساليان اخير در قوانين و مقررات جاري ما وارد شده است. ولي، در حکم امضائي، يك حکم و قانون قبل از قانون‌گذاري جديد وجود داشته و مقنن جديد بدون دخل و تصرف در آن و يا با اندک تغيير، قانون قبلي را امضاء و تأييد کرده است. مثل بيع، که پيش از ظهور اسلام نيز وجود داشته و متداول بوده و اسلام حليت و جواز آن را تأييد نموده، ولي رباخواري را حرام کرده است. «و احل الله البيع و حرم الربوا.»^۲ علاوه بر اين، ممکن است قانونگذار عرف و عاداتهاي متداول را نيز امضاء و تأييد کند، مانند قسمت اخير ماده سوم قانون آيين دادرسي مدني سابق که مقرر مي‌کرد: «... و در صورتي که قوانين... دادگاههاي دادگستري بايد موافق روح و مفاد قوانين موضوعه و عرف و عادت مسلم، قضيه را قطع و فصل نمايند.»^۳

^۱ . دکتر محمدجعفر جعفري لنگرودي، همان، ص ۲۴۴.

^۲ . قرآن کریم، سوره بقره، قسمتی از آیه ۲۷۵.

^۳ . در ماده ۳ قانون آيين دادرسي (مصوب سال ۱۳۷۹)، در اين خصوص آمده است: «قضات دادگاهها موظفند... با استناد به منابع معتبر اسلامي يا فتاوي معتبر و اصول حقوقي که مغاير موازين شرعي نباشد، حکم قضيه را صادر نمايند...».

در خصوص دلالت ید بر مالکیت، همان‌گونه که در مباحث گذشته اشاره کردیم کاشفیت ید از مالکیت صاحب آن، امری است که اقتضای طبیعت اولیه آن می‌باشد، یعنی قبل از اسلام و حتی در زمان انسان‌های نخستین هم ید دلیل مالکیت بوده است و شارع مقدس هم آن را به رسمیت شناخته است و علاوه بر این که قرآن مجید اشاراتی دارد، روایات زیادی نیز وجود دارد که دلیل محکمی است بر حجیت ید و آن را در مبحث مربوط به خود ذکر خواهیم نمود. بنابراین، به خوبی روشن است که دلالت ید بر مالکیت، قبل از ظهور اسلام و هم نزد مردم آن زمان، دلیل مالکیت بوده و اسلام آن را به رسمیت شناخته و امضاء کرده است.

مبحث پنجم - اخبار و احادیث

آخرین دلیلی که برای حجیت قاعده ید می‌آوریم و از نظر فقهی می‌توان آن را مهم‌ترین دلیل به شمار آورد، روایات متعددی است که برای حجیت این قاعده مورد استناد قرار گرفته است و ما در اینجا تنها چهار مورد از آنها را برگزیده‌ایم که شرح می‌دهیم:

الف - روایت حفص بن غیاث

حفص بن غیاث در مورد ید از امام صادق (ع) نقل می‌کند که: «قال له رجل: اذا رأيت شيئاً في يدي رجل ايجوز لي ان اشهدا نه له؟ قال: نعم، قال الرجل: اشهد انه في يده ولا أشهد أنه له فلعنه لغيره... ثم قال ابو عبد الله عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق^۱ يعني امام (ع) در پاسخ به پرسش مردی که از ایشان پرسیده بود که اگر من چیزی در دست کسی ببینم، آیا جایز است که شهادت دهم آن شیء مال او است؟ امام (ع) می‌فرماید آری، آن مرد می‌گوید: شهادت می‌دهم که آن مال در دست اوست ولی شهادت نمی‌دهم که مال اوست. زیرا ممکن است مال

^۱ . شیخ محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، مکتبه الاسلامیه بظهران، ج ۱۸، ص ۲۱۵.

دیگری باشد؛ (در ادامه حضرت می‌فرماید: آیا حلال است که آن شیء از او خریداری شود؟

آن مرد می‌گوید: آری حلال است. حضرت می‌فرماید: ممکن است مال دیگری باشد!، چگونه جائز است که تو آن را بخری و بعد از تملك آن بگویی آن مال به من تعلق دارد و بر آن قسم یاد کنی، اما جایز نیست، نسبت به مالکیت شخصی که از طرف او مالك شده‌ای، اقرار نمایی؟ آنگاه آن حضرت (نتیجه بحث را) می‌فرماید که: اگر این امر جایز نباشد، برای مسلمان بازاری نمی‌ماند. بدین ترتیب، می‌بینیم که مفاد این حدیث نه تنها ید را اماره مالکیت تلقی نموده، بلکه اجازه گواهی دادن بر اشیایی که در دست افراد قرار دارد را هم داده است.

ب - روایت فدک

از امام صادق (ع) نقل شده است (در حدیث فدک) که: «ان امیر المؤمنین علیه السلام قال لابی بکر: اتحکم فینا بخلاف حکم الله فی المسلمین؟ قال: لا، قال: فان کان فی ید المسلمین شیء یملکونه ادعیت انا فیه من تسئل البینه؟...^۱ حضرت علی (ع) به ابوبکر می‌فرماید: آیا در مورد ما برخلاف حکم خداوند متعال درباره مسلمانان حکم می‌کنی؟ گفت: نه، حضرت فرمود: هرگاه در دست مسلمان شیئی باشد که من ادعای آن را دارم از چه کسی مطالبه شاهد می‌کنی؟ گفت: از تو، حضرت امام (ع) فرمود: اگر در دست من باشد و دیگران ادعا نمایند، باز هم از من مطالبه بینه می‌کنی؟

صرف نظر از این که، این بحث قضایی در نهایت به چه نتیجه‌ای منجر گردید، برای ما در اینجا، دلالت ید بر مالکیت و حجیت قاعده ید را در پی دارد تا آنجا که از سؤال امام (ع)

^۱ . همان.

استنباط می‌شود، اماره بودن ید بر مالکیت حکم خداوند هم هست.

پ - روایت یونس بن یعقوب

از سوی یونس بن یعقوب از امام صادق (ع) نقل شده است که: «في المرأة تموت قبل الرجل او رجل قبل المرأة قال (ع) ما كان من متاع النساء فهو للمرأة و ما كان من متاع الرجل و النساء فهو بينهما و من الستولي علي شئ منه فهو له»^۱ یعنی، هرگاه زن قبل از مرد فوت کند و یا مرد قبل از زن وفات نماید، آنچه که ویژه زنان است متعلق به زن می‌باشد و چیزی که میان زن و مرد مشترک است و به کار هر دو، می‌آید، هر يك از آنان بر آن چیزی که استیلاء دارد، متاع از آن اوست و به وي تعلق دارد. بدین ترتیب، هر يك از زوج و زوجه نسبت به آنچه در دست داشته یا بر آن استیلاء دارد، حق تقدم و اولویت خواهد داشت و می‌توان گفت متعلق به وي است، شبیه آنچه که مادهٔ ۶۳ قانون اجرای احکام مدنی (مصوب سال ۱۳۵۶) و یا مادهٔ ۷۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی (مصوب سال ۱۳۵۵)، مقرر کرده‌اند. مادهٔ ۶۳ یاد شده می‌گوید: «از اموال منقول موجود در محل سکونت زوجین آنچه معمولاً و عادتاً مورد استفاده اختصاصی زن باشد، متعلق به زن و آنچه مورد استفاده اختصاصی مرد باشد، متعلق به شوهر و بقیه از نظر مقررات این قانون مشترک بین آنان محسوب می‌شود، مگر این که خلاف آن ثابت گردد.» یعنی آن اشیائی که به طور معمول و متعارف جنس زن (مؤنث) در جامعهٔ ما از آن استفاده می‌کند شبیه طلاجات، به زوجه تعلق دارد و چیزی که معمولاً، عادتاً و عرفاً، آقایان استعمال می‌کنند، مانند ماشین ریش‌تراشی، از آن شوهر و مرد است. پس مضمون حدیث مذکور نیز

^۱. همان، کتاب القضاء، باب میراث ازواج، (اختلاف زن و شوهر در اثاث خانه)، ص ۲۱۴.

حاکمی است که امام صادق (ع) اماره بودن ید را بر مالکیت اموال منقول تأیید کرده‌اند.

ت - روایت حمزة بن حمران

آخرین خبری که می‌آوریم هم، از امام صادق (ع) است، در این حدیث، راوی می‌گوید: «قلت لابی عبدالله (ع): ادخل السوق وأرید اشتری جاریة فتقول: أتی حرّة، فقال: اشترها الا آن یكون لها بینة^۱ روایت کننده می‌گوید: از امام صادق (ع) سؤال نمودم به بازار رفتم تا جاریه‌ای (کنیزی) بخرم، او گفت من آزادم، امام (ع) فرمودند، یخر مگر آن که وی بینه داشته باشد.

هرچند خرید کنیز، امروزه دیگر موضوعیت ندارد. اما، آنچه برای ما اهمیت دارد (در اینجا) این است که دلیل ذوالید که سلطه بر مملوک دارد (اماره)، قوی‌تر از اصل (آزادی) است و صرف استیلاء و سلطه خارجی بر یک چیز، حامل آثار مالکیت و کاشف آن است.

فصل سوم - میزان دلالت قاعده ید و تعارض

مبحث نخست - میزان دلالت قاعده

گفتار نخست - قاعده ید و منافع

با مباحثی که در فصل گذشته راجع به دلایل حجیت قاعده ید داشتیم، تردیدی باقی نمی‌ماند که ید به اعیان تعلق می‌گیرد و دلالت دارد بر مالکیت ذوالید و متصرف نسبت به عین. حال سؤال این است که آیا حجیت ید علاوه بر عین مثل خانه، خودرو و کتاب، نسبت به منافع، مانند اجاره (تملیک منفعت به عوض معلوم) نیز صادق است یا نه، ید فقط در عین مصداق دارد؟ بعضی اعتقاد دارند که ید، تنها بر اعیان تعلق گرفته و نمی‌تواند به منافع، متعلق شود و

۱. همان، جلد ۱۳، ص ۳۱.

عده‌ای دیگر از اکابر متأخرین، قائل به امکان تعلق ید به منافع شده‌اند.^۱

مشکل از آنجا پیدا می‌شود که: اولاً، با شنیدن لفظ ید، عین و شیء خارجی و ملموس به ذهن تبادر پیدا می‌کند. ثانیاً، منافع ید تدریجی الحصول می‌باشند. یعنی، غالباً ظرف منافع، ظرف زمان است، منفعت نسبت به گذشته به وجود آمده و از بین رفته، ولی نسبت به آینده هنوز به وجود نیامده است.

یعنی باز هم امری معدوم است. با این حال، وقتی گفته می‌شود ید در منافع نیز حجیت دارد، منظور این نیست که منافع جدای عین قابل دسترسی و وضع ید است و منفعت، مستقل از عین معنا دارد. به بیان دیگر، غیرممکن است که کسی نسبت به منافع مستولی و متصرف باشد. ولی، نسبت به عین استیلاء، نداشته باشد، چنین چیزی میسر و معقول نیست. زیرا، منافع به اعیان چسبیده‌اند. مثلاً برای سکونت در خانه باید عین در اختیار باشد تا استیلاء بر منافع آن ممکن گردد. بنابراین، کسی نمی‌تواند بگوید من مالک منافع هستم، بدون اینکه عین را در اختیار و ید خود داشته باشد، البته برخی سعی کرده‌اند مواردی را بیان کنند که منافع، قطع نظر از عین، تحت ید و استیلاء قرار می‌گیرند، مانند این که، مزرعه موقوفه‌ای است که تحت ید متولی است و منافع و ثمرات آن به موقوف علیهم داده می‌شود که اینجا نیز نمی‌توان سلطهٔ استقلال را نسبت به منافع فرض کرد، چون منافع مزرعه یا میوه آن عین خارجی است نه منافع درمقابل عین - و یا در این خصوص، استیلاء بر حق الاختصاص نسبت به مکانی در مسجد یا مدرسه یا کاروانسراهای موقوفه را به عنوان نمونه دیگری ذکر کرده‌اند،

^۱. آیت‌الله العظمی شیخ ناصر مکارم شیرازی، همان، ص ۳۰۲.

که این مثال نیز مصداق صحیحی نمی‌تواند باشد،^۱ و در پاسخ استدلال شده است که: «فان حق الاختصاص ليس من المنافع و لا يقع تحت الید، بل هو امر اعتباري نظير الملكية و مرتبة نازلة من السلطنة علي العين، ...»^۲ یعنی، زیرا حق الاختصاص نسبت به این مکانها را نمی‌توان از منافع به شمار آورد و این حق، تحت استیلاء قرار نمی‌گیرد بلکه این گونه حقوق امری است اعتباری که مانند مالکیت و مرتبه نازله‌ای از استیلاء نسبت به عین است...» و خلاصه این که استیلاء در موارد یاد شده همه جا به خود عین و نفس مسجد و مدرسه و کاروانسرا تعلق گرفته و از آن استیلاء، حق الاختصاص پدید آمده است. پس نمی‌توان تصور کرد که کسی بدون استیلاء بر مکان، توانسته باشد استیلاء بر حق الاختصاص پیدا کند.

همان‌طور که در فصل گذشته بحث کردیم، مهم‌ترین دلیل حجیت قاعده ید سیره عقلا است. در مورد میزان دلالت قاعده ید نسبت به منافع نیز همین دلیل کافی است. زیرا، عقلا، همان‌گونه که ید را در اعیان اماره مالکیت می‌دانند، اعتبار ید را بر منافع نیز معتبر تلقی می‌کنند. به عنوان نمونه، هرگاه آشیانه‌ای (آپارتمانی) در تصرف شخصی باشد و او ادعا نماید که آن را اجاره کرده است و مستأجر آشیانه است (یعنی ید خود را مالکانه نمی‌داند، بلکه مدعی است که مالک کس دیگری است و او مستأجر و مالک منافع است) و دیگری که آن آشیانه را در تصرف ندارد، مدعی مالکیت منافع شود، در این حالت اگر ید را در منافع حجت بدانیم، ید متصرف، ید مالک منافع است و او نیازی ندارد که بینه بیاورد. ولی اگر قائل به حجیت ید در منافع نباشیم، متصرف نیز باید دلیل بیاورد، و این ثمره بحث است که ید را در منافع حجت

^۱. ر.ک: همان، ص ۳۰۲.

^۲. همان، ص ۳۰۳.

بدانیم یا قائل به حجیت ید، فقط در اعیان باشیم که نتیجتاً نظر نخست یعنی حجیت ید در منافع را پذیرفتیم. بدین ترتیب، اماره تصرف ویژه اعیان نیست. بلکه در منافع و حتی حقوق نیز قابل اعمال است، به طوری که این معنا را از مواد ۹۷ و ۱۲۴ قانون مدنی هم می‌توان استنباط کرد.

گفتار دوم - قاعده ید و وقفیت

اصولاً نباید موقوفه را از وضعیت وقفی آن خارج کرد و یا آن را نقل و انتقال نمود و در موارد استثنایی و در صورتی که موقوفه خراب شود یا بیم آن باشد که منجر به خرابی گردد و انتفاع از آن ممکن نباشد. بیع آن با شرایطی جایز است.^۱ حال، چنانچه مالی سابقاً وقفی بوده ولی اینک در دست شخصی است و در آن، تصرف مالکانه می‌نماید و احتمال می‌رود که به ذو الید فعلی منتقل شده باشد، در این صورت، آیا می‌توان به حاکمیت قاعده ید استناد کرد و ذو الید را مالک شناخت؟

در خصوص اعیانی که طلق نبودن آنها معلوم بوده و جز با مجوز خاص، قابل نقل و انتقال نمی‌باشند، مورد اختلاف فقیهان معاصر قرار گرفته است، برخی این قسم را شامل عمومات حجیت قاعده ید دانسته‌اند و دسته دیگر، اعتقاد به عدم حجیت ید دارند. از گروه نخست، محقق اصفهانی است که در رساله‌ای که در قاعده ید نوشته، به حجیت ید نظر داده و از گروه دوم، میرزای نائینی می‌باشد که ایشان در رساله ید خود، قائل به عدم حجیت در این نوع گردیده است و به نظر بعضی این نظر اقوی است: «فمن ذهب الي الاول المحقق الاصفهانی في رسالة المعمولة في المسئلة؛ و ممن ذهب الي الثاني المحقق النائینی في رسالة. و هو الاقوی.»^۲

^۱. در مواد ۸۸ و ۳۴۹ قانون مدنی، مواردی که بیع وقف صحیح می‌باشد، پیش‌بینی شده است.

^۲. ر.ک: آیت‌الله العظمی شیخ ناصر مکارم شیرازی، همان، ص ۲۹۶.

همان‌طور که قانون مدنی ما به استناد فقه امامیه گفته است؛ اقتضاء در وقف این است که مال موقوفه حبس و مقید باشد (ماده ۵۵ قانون مدنی) و جز با مجوز خاص مانند این که خراب شود یا ترس از خون‌ریزی‌ها بین موقوف علیهم به دلیل اختلاف بین آنان یا منجر به خرابی، برود، اصل این است که مال وقف شده، مورد انتقال واقع نشود، تا آنجا که وفق اصل ۴۹ قانون اساسی دولت موظف شده است که ثروت‌های ناشی از سوءاستفاده از موقوفات را گرفته و به صاحب حق رد کند. بنابراین، تا زمانی که دلیل و بینه محکمی مبنی بر دگرگون شدن طبع اولیه وقف پیش نیامده است، باید قائل به بقاء وقفیت بود و جائز نیست که به صرف ید و تصرف، دیگری را مالک شناخت. بلکه در این مورد، اصل فساد حاکم است (... بل کانت اصالة الفساد هنا محکمه.»^۱ به نحوی که بناء عقلا، سیره مستمرة مسلمین و اخبار و اجماعات نیز چنین یدی را حجت نمی‌داند و به نظر عقلا این قبیل اموال به وقفیت خود باقی هستند.

یعنی، در تعارض بین تصرف کنونی و وقف بودن سابق، چون انتقال و تملک وقف خلاف اصل است، نمی‌توان تصرف را دلیل مالکیت دانست.^۲ مع ذلك، نباید غافل بود که اصل اولیه در املاک، عدم وقفیت است و وقف بودن، امری طاری است. یا این که، با توجه به اصالةالصحة و غالب بودن تصرفات مالکانه، بایستی تصرف را دلیل مالکیت دانست، به نحوی که ماده ۳۵ قانون مدنی هم، تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت می‌داند، مگر این که خلاف آن ثابت شود. یعنی، مثل این که احراز شود موقوفه‌ای بوده و عدواناً از تصرف خارج شده باشد که در این حالت، دیگر تصرف

۱. همان.

۲. ر.ک: رأی شماره ۴۶۱ مورخ ۱۱/۴/۲۰ دیوان عالی کشور، به نقل از دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۴۹. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۱، ص ۷۱۷ به بعد.

متصرف دلیل مالکیت او نیست و نمی‌توان چنین ملکی را از متصرف آن خریداری کرد یا مورد معامله قرار داد. در پایان این بحث مناسب است که گفته شود، دلالت قاعده ید، تنها منحصر به موارد ذکر شده نیست و این گفتارها می‌تواند ادامه داشته باشد. لیکن به دلیل اهمیت کمتر بحث حقوقی موضوع و رعایت اختصار، این بحث را به پایان می‌بریم و تنها اشاره می‌کنیم که ید سارق و افراد مشابه حجت نیست. زیرا، طبیعت ید در مورد آنها منقلب شده است و ملاک حجیت ید در این گونه ایادی وجود ندارد و در مواردی که آغاز استیلاء، بر عین با عناوینی مانند اجاره، عاریه و عدوان باشد، اگر اختلاف پیش آید، آیا ید حجیت دارد؟ به نظر می‌رسد پاسخ منفي است. ضمناً در باب لحوم (گوشت‌ها)، گفته‌اند: بی‌شک در قاعده سوق (بازار) سوق مسلمانان و ید آنها را اماره از برای تذکیر در حلیت می‌داند.^۱

در این بحث‌ها دیدیم که هرگاه ید فردی با دیگری تعارض داشت، غالباً وجود مال در دست متصرف نشان از مالکیت او بود. اینک پرسش این است که آیا این قاعده برای خود شخص ذو الید هم حجیت دارد؟ مثلاً هرگاه ذو الید، مالی را در تصرف داشته باشد و تردید کند که آیا این مال متعلق به او است یا نه؟ جواب آن است که آری ید وی حجیت دارد، به این سؤال در گفتار آینده به طور مشروح‌تری پاسخ خواهیم داد.

گفتار سوم - حجیت ید برای ذو الید

در اینجا می‌خواهیم بررسی کنیم که آیا ید برای خود ذو الید نیز حجیت است؟ یا تنها، ید دیگران نسبت به اموال، دلیل مالکیت آنها است، مگر مواردی که استثناء شده باشد.

^۱. آیت‌اله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۳۹.

برای ورود به بحث، مثالی می‌آوریم: فردی در کتابخانه شخصی خود کتابی می‌بیند و فراموش کرده است (یا تردید دارد) که آیا آن کتاب، مال خودش می‌باشد یا متعلق به دیگری است؟ یعنی، احتمال می‌دهد که کتاب مزبور تعلق به خودش داشته باشد یا آن را از دیگری گرفته باشد. آیا می‌تواند بگوید چون بر آن تسلط و ید دارم، پس می‌توانم کتاب را بفروشم و یا بایستی با خود معامله غیر مالک کند؟ در پاسخ می‌توان گفت، ملاکی که برای حجیت ید برگزیدیم، طبیعت استیلاء بود و حتی اگر «غلبه» را هم ملاک قاعده ید بدانیم، بین ید دیگران و ید خود شخص، از این جهت تفاوتی دیده نمی‌شود، سیره عقلا نیز همین را حکم می‌کند، روایتی که به طور مطلق در این خصوص آمده است، شامل خود شخص هم خواهد شد. زیرا، خود فرد نیز کس تلقی می‌شود و اطلاق شامل او هم باید بشود.

در صحیحة جمیل بن صالح، آمده است که از حضرت امام صادق (ع) پرسیدم، اگر مردی در خانه خود دینار بیابد، آیا می‌تواند آن را ملک خود بداند؟ امام (ع) فرمودند: آیا دیگران هم داخل آن خانه رفت و آمد دارند؟ گفتم آری، بسیار؛ حضرت فرمودند: پس آن دینار را باید لقطه (اشیاء پیدا شده)^۱ بداند، نه مال خود. پس از آن عرض کردم: اگر مردی در صندوق خود دیناری بیابد چه طور؟ حضرت فرمودند: آیا غیر از خود او دیگری هم دست در آن صندوق می‌برد یا چیزی در آن می‌گذارد؟ گفتم: نه، فرمود: پس آن دینار، مال خود اوست.^۲ از این روایت می‌توان نتیجه گرفت که: وقتی رفت و آمد در منزل زیاد است و ذوالید خود شخص نیست، حضرت پول پیدا شده را لقطه می‌دانند. ولی، هنگامی که ذوالید یک نفر و معلوم است که چه کسی است، ید را معتبر می‌دانند،

^۱ . در مورد اشیاء پیدا شده ر.ک: ماده ۱۶۲ به بعد قانون مدنی.

^۲ . ر.ک. وسائل الشیعه، کتاب اللقطه، باب ۳، روایت ۱، به نقل از استاد سیدمصطفی محقق داماد، همان، ذیل صفحه ۶۳.

بعضی در مانحن فیه، علاوه بر بناء عقلا اعتقاد دارند که با توجه به: مقتضای اطلاق موثقه یونس بن یعقوب جواز استناد به قاعده ید، در این صورت است.^۱ بدین ترتیب، روایات یاد شده، امضاء سیرهٔ عقلا در این موارد است و می‌توان ید را برای خود ذو الید نیز حجت دانست.

فصل چهارم - تعدد ایادی بر مال مشترک

در گفتار پیشین، مواردی را بحث نمودیم که بر یک مال، چند نفر سلطه دارند و در گفتار اخیر در خصوص این که ید بر خود ذو الید نیز حجت است بررسی‌هایی به عمل آمد و اینک موردی را بحث خواهیم کرد که بر مال واحد چند نفر ید دارند. مثلاً می‌خواهیم بدانیم، هرگاه سه نفر بر مغازه‌ای ید داشته باشند، آیا اگر دلیلی دایر بر میزان مالکیت هر یک نبود هر سه نفر به تساوی مالک آن مغازه یا اشیاء موجود در آن هستند (به صرف داشتن ید و تصرفات مالکانه) و یا در صورت بروز اختلاف، تعارض پیش می‌آید و قاعدهٔ ید از حجت می‌افتد؟

در پاسخ: مشهور فقها می‌گویند که تعدد ایادی در مال واحده اماره است بر ملکیت هر کدام به نسبت کسر مشاع از آن مال به نسبت تعدد ایادی موجوده در این مال؛^۲ به علاوه، عقلا نیز ذو الید را در مال تحت ید مشترک مالک می‌شناسند و با او معامله مالکانه می‌نمایند، به نحوی که در جامعه هم ید متعدد بر مال واحد به وفور یافت می‌شود و مردم هر یک از ایادی را در صورتی که دلیل دیگری نباشد، به اندازهٔ مساوی و مشاع، مالک مالی که بر آن سلطه وجود دارد، می‌شناسند. مثلاً در مورد فوق، هر یک از سه نفر، به قدر یک سوم بر آن اموال، مالکیت خواهد داشت. این مسأله، در زندگی مشترک و زناشویی و غیر آن نیز ممکن

^۱ . دکتر ابوالقاسم گرگی، همان، (مقالات حقوقی)، ص ۲۴۰.

^۲ . آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۴۷.

است حادث شود و چنانچه اختلاف بین زوجین یا ورثه آنان در رابطه با اموال مشترك موجود باشد و یا حتی طلبکاران هر يك از آنان بخواهد از اموال مدیون بردارد، مشکل جنبهٔ مصداقي و کاربردي پیدا خواهد کرد و راهحلي عادلانه و منطقي براي احقاق حق و رفع تنازع مي‌طلبد. هرچند امروزه، در خانواده‌هاي جوان مشاهده مي‌شود که اکثر اثاث منزل از جهیزیه زن است و متعلق به او است. لیکن، نمی‌توان به راحتی حکم کرد که تمامی اموال موجود در زندگی مشترك، از آن زوجه می‌باشد و شوهر عندالاقضاء بایستی خلاف این امر را ثابت نماید. زیرا، چه بسا مرد نیز اموالی از خود در زندگی مشترك دارد که تشخیص و تفکیک آن از اموال زن، به راحتی امکان‌پذیر نیست. خصوصاً هنگام اختلاف زوجین و در حالتی که شخص ثالثی قصد معرفي اموال، یکی از همسران را برای توقیف دارد.

راه‌حل دیگری که برای رفع این گونه اختلاف‌ها ممکن است مطرح شود، این است که همهٔ اموال موجود در محل زندگی مشترك و یا کار، پس از انجام مراسم سوگند، توسط طرفین، تعیین و تقسیم شود. که این شیوه، مطلوب و متناسب به نظر نمی‌رسد. زیرا، توسل به قسم، آخرین راهحلي است که برای اثبات حق، از آن می‌توان بهره‌مند شد و در حالی که طرق دیگری برای تشخیص حق از باطل وجود دارد، سزاوار نیست که برای اثبات ادعا، ابتدائاً به سوگند متوسل گشت. در این باره، آخرین مادهٔ قانون مدني کشورمان (ماده ۱۳۲۵)، می‌گوید: «توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوي مدني نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضي بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد، در این صورت مدعي مي‌تواند حکم به دعوي خود را که مورد انکار مدعي عليه است، منوط به قسم او نماید.»

در مواردی که چند نفر با یکدیگر در محلی زندگی یا کار می‌کنند یا درس می‌خوانند و از اموالی به طور مشترک استفاده می‌نمایند یا در اختیار دارند، در صورت بروز اختلاف در زندگی زناشویی، ارث و غیره و فقدان دلیل مالکیت برای هر يك، شیوه‌ای که برای رفع تنازع به نظر مناسب می‌رسد این است؛ اموالی که مخصوص مردان در زندگی است، به مرد (زوج) یا ورثهٔ او و یا طلب کارش داده شود و بالعکس، اموالی که عادتاً مورد استعمال جنس زنان است، متعلق به زن (زوجه) تلقی گردد، که شرح و مثال آن در ادامه حدیث یونس بن یعقوب (فصل دوم - مبحث پنجم - پ) گذشت. البته اگر اموال مذکور در تصرف یکی از طرفین باشد، مال از آن ذو الید است، مگر این که طرف دیگر، خلاف آن را ثابت نماید و بقیه اموال در مورد همسران، بالمناصفه متعلق به زوجین می‌باشد و در همهٔ این موارد، چنانچه خلاف آن ثابت گردد، موافق امر ثابت شده، بایستی عمل شود.

شبهه این روش را ماده ۶۳ قانون اجرای احکام مدنی و آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازمالاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی در ماده ۷۹ پیش‌بینی کرده‌اند، این ماده مقرر می‌کند: «هرگاه متعهد یکی از زوجین باشد که در يك خانه زندگی می‌نمایند از اثاث البیت آنچه که عادتاً مورد استعمال زنانه است ملك زن و آنچه عادتاً مورد استعمال مردانه است ملك شوهر و مابقی مشترك بين زوجين محسوب خواهد شد مگر اینکه خلاف ترتیب فوق ثابت شود.»

راجع به این که دو یا چند نفر با هم زندگی یا کار می‌کنند (بدون رابطه زوجیت)، مثل چند نفر دانشجوی رشته‌های گوناگون، در يك خوابگاه یا چند نفر کاسب در يك مغازه نیز، همین مشکل ممکن است پدیدار شود که برای رفع آن از راه‌حل اخیرالذکر می‌توان کمک گرفت. مانند این که اگر دو نفر دانشجو که در يك خوابگاه اتاق مشترکی دارند و رشته

تحصیلی یکی از آنان حقوق قضایی و دیگری پزشکی است، اگر هنگام جدایی، اختلافی در مورد مالکیت کتاب‌های حقوق مدنی پیش آید، اگر کتابها در تصرف اختصاصی دانشجوی حقوق قضایی بود، به وی تعلق خواهد داشت و دانشجوی رشته پزشکی اگر ادعایی دارد، مدعی تلقی می‌شود و باید برای مالکیت خود بر این کتابها، دلیل بیاورد و چنانچه کتابهای مزبور تحت تصرف اختصاصی و انحصاری هیچ یک نباشد، با توجه به عرف و عادت و اوضاع و احوال قضیه، رفع اختلاف می‌شود و اگر با ادله اثبات دعوی و این شیوه هم نتوان رفع اختلاف کرد و دعوی را فیصله داد، همان‌طور که در ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی آمده است، ناگزیر طرفین به ایتان سوگند توسل می‌یابند.

مبحث دوم - تعارض قاعده ید با استصحاب و بینه

گفتار نخست - تعارض قاعده ید با استصحاب

در مباحث گذشته با مفهوم ید و سلطه، بیشتر آشنا شدیم، اینک قبل از ورود به بحث، بهتر است، تعریف قاعده و اماره را یادآوری کنیم و تعریفی از استصحاب ارائه نماییم. منظور از قاعده، همان قاعده فقهیه است و گفته شده، قاعده فقهیه «قاعده‌ای است که تحت آن مسائل متعدده فقهیه مندرج است»^۱ و یا قاعده فقهی عبارت است از حکمی کلی فقهی که در ابواب مختلف فقه یا موضوعات متعدد به کار می‌رود.^۲ و طبق ماده ۱۳۳۱ قانون مدنی: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود.» و استصحاب به قول شیخ مرتضی انصاری، عبارت است از «ابقاء ماکان»^۳، یعنی حکم به بقای آن چه قبلاً وجود داشته است. به بیان

۱. آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۱۲.

۲. دکتر ابوالحسن محمدی، همان، ص ۱۰.

۳. به نقل از دکتر ابوالحسن محمدی، اصول فقه، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، چ پانزدهم، ص ۳۱۹، رسائل شیخ انصاری، اول باب استصحاب.

دیگر، هرگاه یقین داشته باشیم که چیزی در گذشته موجود بوده است و حالا تردید داشته باشیم که در زمان بعد از آن هم وجود دارد یا نه؟ فرض می‌کنیم که آن چیز موجود است و دانستیم که اماره کشف از واقع می‌نماید. ولی، اصل (که استصحاب نیز اصل است) مبتنی بر جهل به واقع است. با این توضیح، ابتدا باید دید، آیا ید اماره است یا اصل. زیرا، اگر ید را اصل بدانیم، تعارض دو اصل حادث می‌شود که حکم جداگانه‌ای دارد.

در اماره یا اصل بودن ید و استصحاب، اختلاف نظر وجود دارد، به طوری که بعضی آنها را اماره و عده‌ای اصل می‌دانند. اما «اماره بودن قاعده ید و اصل بودن استصحاب عقیده قوی اکثر اصولین است.»^۱ در این صورت چون اماره کشف از واقع می‌کند ولی موضوع اصل (استصحاب) شک است، اماره بر استصحاب مقدم می‌باشد (برخی، استصحاب را عرش الاصول و فرش الامارات خوانده‌اند).^۲ و عده‌ای معتقدند: «اگر چه در اصل یا اماره بودن ید و استصحاب اختلاف است ولی در تقدم (ید) بر استصحاب اختلاف نیست.»^۳ برای تقدم ید بر استصحاب دلایل مختلفی وجود دارد که در اینجا به ذکر سه مورد آنها اکتفا می‌کنیم:

۱- می‌دانیم که بین مالکیت سابق بر اشیاء و دلالت اماره ید بر مالکیت فعلی آن شیء تعارضی نمی‌تواند وجود داشته باشد. زیرا، اگر آن چیز قبلاً مال کسی بوده و حالا در دست ذوالید است، ید دلالت بر مالکیت ذوالید می‌کند، همانگونه که این مجله در دست من است و قبلاً در ملکیت دیگری بوده است. یعنی، اگر بخواهیم استصحاب را بر ید مقدم بدانیم و مالکیت سابق را استصحاب کنیم دیگر موردی برای

۱. دکتر ابوالحسن محمدی، همان، ص ۳۳۷.

۲. ر.ک: آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۴۶.

۳. دکتر ابوالحسن محمدی، قواعد فقه، ص ۲۰۸.

اجرای قاعده ید نمی‌یابیم. به بیان دیگر، دلیل ید اخص و یا مانند اخص است، نسبت به دلیل استصحاب که اعم است؛^۱

۲ - همان‌طور که درمبحث بنای عقلا در فصل ادله حجیت قاعده ید اشاره کردیم، اگر عقلا در مالکیت ذوالید شک کنند، چون بیشتر موارد عقلا اعتقاد دارند که ید طریق است و کشف از مالکیت می‌کند و به این جهت ذوالید را مالک می‌دانند و با این کاشفیت، موضوع اصل استصحاب که شک است برداشته می‌شود و موضوع اصل منتفی می‌گردد؛
۳ - حتی اگر ید را اصل و استصحاب را اماره بگیریم، به طوری که اشاره شد، باز هم، ید بر استصحاب مقدم می‌باشد. چون، شارع در زمینه و مجرای استصحاب، قاعده ید را حجت دانسته و دلیل حجیت آن اخص است از عمومات حجیت استصحاب...^۲

در پایان این گفتار مناسب است، ماده ۳۷ قانون مدنی را هم مرور نماییم و نکته‌ای که به بحث ما نزدیک می‌باشد و ممکن است، امر را بر برخی مشتبه نماید، یادآوری کنیم. این ماده می‌گوید: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.» بنابراین، هرگاه متصرف فعلی اقرار نماید که ملک در سابق، مال مدعی بوده است، نمی‌تواند به تصرف خود استناد نماید و آن را دلیل مالکیت بداند. بلکه با این اقرار، وی مدعی محسوب و بار اثبات دعوی به عهده او واگذار می‌شود، نه این که تصور شود، با اقرار، تصرفاتش بی‌اثر می‌شود و مالکیت مالک قبلی استصحاب می‌گردد.

^۱ . آیت‌الله العظمی شیخ ناصر مکارم شیرازی، همان، ص ۲۹۳.

^۲ دکتر ابوالحسن محمدی، اصول فقه، همان، ص ۳۳۸.

بلکه در اینجا بین دو دلیل یعنی اقرار و ید تعارض پیش می‌آید و بی‌تردید، اقرار قوی‌تر از ید می‌باشد و در نتیجه مقدم بر آن است. یعنی، در اینجا بین قاعده ید و اصل استصحاب تعارضی پیش نمی‌آید تا برخی تصور کنند، استصحاب مقدم شده است.

گفتار دوم - تعارض قاعده ید و بینه

«بینه مؤنث بین، دلیل و حجت، حجت واضح و آشکار»^۱ معنا شده است و در اصطلاح فقهی، منظور از بینه تعداد شهودی هستند که قانوناً شهادت آنها می‌تواند يك امر حقوقی (مدنی یا جزایی) را اثبات کند.^۲ اعتبار و ارزش شهادت شهود به حدی است که کتاب سوم جلد سوم قانون مدنی (مصوب سال ۱۳۱۴) به این امر اختصاص یافته است این اهمیت خصوصاً پس از انقلاب اسلامی تا آنجا است که شورای نگهبان در مورد ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی و شهودی که دارای شرایط بینه شرعی هستند می‌گوید: «ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینه شرعی را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته خلاف موازین شرع و بدینوسیله ابطال می‌گردد.»^۳ اینک می‌خواهیم بررسی کنیم، آیا اگر بینه یعنی مثلاً شهادت دو شاهد مرد با سلطه و ید تعارض داشته باشد، کدام يك قوی‌تر و مقدم است؟ در مورد حجیت ید در مباحث گذشته سخن گفتیم و دیدیم که در موارد فراوانی، این قاعده، اماریت دارد و حجت است. مع ذلك، راجع به بینه و شهادت، از آنجا که شهادت باید از روی قطع و یقین باشد، نه به طور شك و تردید (ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی) و خود گواه

۱. حسن عمید، همان، ج ۱، ص ۴۸۳.

۲. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۲۳.

۳. نظریه شورای نگهبان مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۲۷۳۴ مورخ ۱۳۶۷/۸/۲۴، ر.ک: مجموعه قوانین سال ۱۳۶۷، ص ۶۳۶ (برای ملاحظه نقد این نظریه ر.ک: دکتر ناصر کاتوزیان، مجله کانون، شماره ۵۶، ص ۲۸ به بعد).

هم باید حائز شرایط بسیار مهمی چون عدالت و ایمان باشد (ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی)، علمی که از طریق شهادت شهود حاصل می‌شود حجت است و کافی و ثابت می‌باشد. لذا، بینه عادل دلالت قوی‌تری نسبت به اماریت ید دارد؛ به طوری که در مورد حاکمیت بینه بر قاعده ید گفته شده: همانند اظهر بر ظاهر در باب الفاظ است. (وهذا نظیر تقدیم الاظهر علی الظاهر فی باب الالفاظ).^۱

قانون مدنی نیز هرچند در ماده ۳۵ تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت می‌داند. اما، نهایتاً قاعده ید را تا آنجا قبول دارد که خلافتش ثابت نشود. بنابراین، اگر به وسیله گواهان و یا حتی سایر دلایل دیگر ثابت شود که تصرف ذو الید عدوانی بوده است، ید این شخص معتبر نخواهد بود و از جهت اثباتی، با توجه به ماده ۳۶ قانون یاد شده، چنانچه مدعی با ارائه دلایل قابل پذیرش دادگاه ثابت نماید که تصرف ذو الید، قانونی نبوده و مال متعلق به اوست، این تصرف و سلطه، فاقد ارزش و اعتبار خواهد بود.

در فصل نخست به نحوه کاشفیت ید پرداختیم و در نهایت به این نتیجه رسیدیم که کاشفیت اماره ید به لحاظ طبع اولیه آن است، نه از باب غلبه، در اینجا می‌گوییم، حتی اگر نحوه کاشفیت اماره ید را از باب غلبه هم بدانیم، وقتی با شهادت شهود معلوم شود که ید ذو الید قانونی و مشروع نبوده (مثلاً با زور و اجبار بوده است). دیگر نمی‌توان به ید تمسک جست و آن را دلیل مالکیت متصرف به حساب آورد. بدین ترتیب، راهی نیست، جز این که بینه شرعی را حجت بدانیم و آن را بر ید مقدم نماییم.

^۱. آیت‌الله العظمی شیخ ناصر مکارم شیرازی، همان، ص ۲۹۲.

