

باسمه تعالی



واحد پردیس دانشگاه گیلان

رساله کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

موضوع: تصرف در حقوق ایران

(با تأکید بر مالکیت)

دانشجو: احمدعلی مقیمی

استاد راهنما: دکتر سید محمد اسدی نژاد

مهر ماه ۱۳۸۹

واحد پردیس دانشگاه گیلان

گروه: حقوق

گرایش: حقوق خصوصی

تصرف در حقوق ایران

(با تأکید بر مالکیت)

احمد علی مقیمی

استاد راهنما: دکتر سید محمد اسدی نژاد

استاد مشاور: دکتر محمدرضا شرافت پیما

مهرماه ۱۳۸۹

تقدیم:

تقدیم به هم‌زمان شهیدم که با نثار خون خود درخت اسلام را آبیاری نمودند و عزت، شرف و آزادگی را به ملت بزرگ ایران هدیه کردند.

روحشان شاد و راهشان پر رهرو

تقدیر و تشکر

بر خود لازم می دانم صمیمانه ترین مراتب تقدیر و تشکر را به محضر اساتید عظیم الشان، آقایان دکتر سید محمد اسدی نژاد که سمت استاد راهنمای این رساله را بر عهده داشته اند، دکتر محمدرضا شرافت پیما که مشاور صدیق اینجانب بوده اند اعلام نمایم.

همچنین از کلیه دوستان، اساتید و سروران ارجمندی که اینجانب را در طی دوران تحصیل یار و یاور بوده اند تقدیر و تشکر می نمایم.

احمدعلی مقیمی

عنوان: تصرف در حقوق ایران (با تأکید بر مالکیت)

نام دانشجو: احمدعلی مقیمی

«تصرف» به عنوان مالکیت، پژوهش تخصصی حقوق مدنی از حقوق اموال و مالکیت است. تخصصی شدن حقوق مدنی از ضروریات زندگی در هزاره سوم میلادی است. با توجه به دگرذیسی حقوق مدنی به حقوق اقتصادی و دگرسانیهای سریع پدیده های اجتماعی- اقتصادی و ارتباط این پدیده ها با دیگر پدیده های مرتبط به نظم حقوقی حاکم بر «حقوق اموال و مالکیت» است، کارآمدی حقوق را دو چندان می کند. علاوه بر آن؛ تحولات پیاپی در قوانینی در دهه اخیر ضرورت بازنگری پژوهشی نوین در امر تصرف به عنوان مالکیت را دو چندان می کند رفع ابهام و ایهام با پرسشگری قضایی و پاسخ پرسشی نسبت به پژوهش ضرورت تخصصی کردن حقوق مدنی را با محوریت حقوق اقتصادی و جایگاه آن در علم حقوق شدت و حدت می بخشد.

سلطه بر اموال و تأثیر آن در نظم اقتصادی- حقوقی موجود امور و علوم اقتصادی- حقوقی از بحث تجربیدی و انتزاعی به عینی و کاربردی و کارکردی حقوق اقتصادی تبدیل می گردد.

پژوهش ژرف در امر تصرف به عنوان مالکیت «possession» حکایت از این امر دارد که:

تصرف به عنوان مالکیت، اماره تصرف است. اماره تصرف، یعنی تصرف هر متصرف در مالی از اموال، دلیل و

اماره مالکیت اوست. (م: ۳۵ق.م)

کلید واژگان این پژوهش

(۱) تصرف (۲) مالکیت (۳) تصرف به عنوان مالکیت (۴) اماره تصرف

فهرست:

۱	پیش گفتار
۴	۱) تعریف مفاهیم (مفهوم شناسی حقوقی)
۵	۱/۱ تصرف منشاء مالکیت
۸	۱/۲ ترمینولوژی تصرف و مالکیت
۱۱	۱/۳ تصرف مالکانه
۱۲	۱/۴ انواع تصرف
۱۴	۱/۵ اقسام تصرف
۱۴	۱/۶ تعریف تصرف در حقوق خارجی
۲۱	۱/۷ عناصر تصرف
۲۲	۱/۸ عنصر مادی
۲۵	۱/۹ عنصر معنوی
۲۷	۱/۱۰ تصرف عَرَضی
۳۱	۲) اوصاف تصرف
۳۳	۲/۱ وصف اول / علنی بودن تصرف
۳۵	۲/۲ وصف دوم / صریح بودن تصرف
۳۸	۲/۳ وصف سوم / مستمر بودن تصرف
۳۸	۲/۴ قطع تصرف به علت حقوقی
۴۴	۲/۵ عیب عدم استمرار تصرف عیبی
۴۴	۲/۶ عیب عدم استمرار عیب موقتی
۴۴	۲/۷ مسالمت آمیز بودن تصرف (اختیاری بودن)
۴۶	۲/۸ ارتباط تصرف با مفاهیم مدنی
۴۷	۲/۹ تصرف استقلالی و تصرف بدلی
۴۹	۲/۱۰ تصرف و وضع ید
۵۰	۲/۱۱ استیلاء از دیدگاه حقوقی
۵۰	۲/۱۲ تصرف و مالکیت

۵۱	۲/۱۳ تصرف و اقباض
۵۳	۳) (تصرف به عنوان مالکیت) ثبوت یا اثبات
۵۵	۳/۱ اقسام امارات
۵۶	۳/۲ امارات قانونی
۵۷	۳/۳ حدود اعتبار اماره قانونی
۵۸	۳/۴ توانایی اثباتی اماره قانونی
۶۰	۳/۵ اماره تصرف
۶۴	۳/۶ اماره قضایی
۶۶	۳/۷ تصرف به عنوان مالکیت (ثبوت یا اثبات)
۶۷	۳/۸ جایگاه دلایل در قواعد ماهوی
۶۹	۳/۹ حق ثبوتی (تصرف موجب مالکیت)
۷۰	۳/۱۰ حق اثباتی تصرف اماره مالکیت
۷۲	۳/۱۱ تصرف صوری و واقعی
۷۳	۴) قاعده ید، تعارض بین تصرف کنونی و وقفیت سابق
۷۴	۴/۱ مبانی فقهی قاعده تصرف
۷۴	۴/۲ کتاب (قرآن)
۷۶	۴/۳ سنت
۸۳	۴/۴ اجماع
۸۴	۴/۵ عقل و بنای عقلاء
۸۶	۴/۶ تعارض بین تصرف کنونی و وقفیت سابق
۸۸	۴/۷ موارد اختلاف قاعده ید
۹۲	۴/۸ تصرف اماره بر وقف
۹۲	۴/۹ تحبیس عین
۹۳	۴/۱۰ تسبیل منافع
۹۵	۴/۱۱ اصل تقدم مالکیت سابق بر تصرف کنونی
۹۵	۴/۱۲ اختلاف در رویه قضایی

۹۷

۱۰۳

۹) نتایج پژوهش

۱۰) منابع

پیش گفتار

حقوق مالکیت و صیانت و حفاظت از اموال، از محوری ترین مقوله «حقوق اقتصادی» بطور عام «حقوق اموال و مالکیت» بطور خاص است. صیانت از تعدی به اموال و حفاظت از تجاوز به حقوق مالک از «تصرف به عنوان مالکیت» غرض اصلی از تملک اموال بهره گرفتن و منافع آن است.

جمع بین اندیشه حقوقی و انگیزه حقوقی موجبات توسعه و پیشرفت حیات علم حقوق اقتصادی می شود. تصرف و مالکیت و دو نهاد و پدیده متحد و یا منفک از مقوله های فلسفی و دغدغه های ذهنی و فلاسفه از دیرباز بوده است.

«تصرف به عنوان مالکیت» را قدما به اصطلاح فلسفی بر مقوله «جده» منطبق می دانستند. یعنی معتقدند شخص نسبت به مال تحت تملک خود، یک حالت دارایی و واجدیت دارد و رابطه مالک و ملوک در این وضعیت (situation) مانند حالت شخص نسبت به پیراهن موجود در تنش است.

(عدم تفکیک مالکیت از تصرف)

و علمای متأخر بر این تعریف خدشه کرده و اظهار داشته اند که مالکیت از مقوله «اضافه» است نه مقوله «جده» یعنی مالکیت رابطه ای بین «مالک و مملوک» است که به نوعی آنان را به یکدیگر ربط می دهد، مانند رابطه ابوت و نبوت یا نسبت بین سقف اتاق و کف آن. این تعاریف کمابیش تا زمان مرحوم شیخ انصاری رایج بود ولی بعد از آن منسوخ شد و مالکیت از دیدگاه دیگری مورد توجه قرار گرفت. (شیرازی، ۱۳۰۰، ۲۲۳)

به نظر شیخ مالکیت رابطه ای اعتباری است که بین شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) با شیء برقرار می شود. به موجب این نظریه، مالکیت از واقعیت های خارجی عالم نیست، بلکه یک «ماهیت اعتباری» است که عقلاء بین دو امر بر قرار می کنند. (طباطبایی، ۱۳۸، ۱۳۷۵)

برای نمونه

تصرف کتاب یک واقعیت خارجی موجود در عالم است و وجود شخص نیز یک واقعیت است. ولی رابطه بین «کتاب» و «شخص» از مقوله دیگری است و نسبت بین این دو «کتاب» و تعلق «شخص» مانند نسبت بین

بالا بودن سقف و پایین بودن کف اتاق است. گر چه سقف و کف هر دو از واقعیت های موجود در خارجند، ولی بالا بودن و پایین بودن و ارتباط بین این دو وضعیت، یعنی تجسم فضایی و تعادل موجود بین دو واقعیت، از مقوله حقایق خارجی نیست.

بنابراین، اعتباریات آن اموری است که از واقعیت ها و حقایق موجود در عالم انتزاع می شود و به خودی خود وجود خارجی ندارد برای مثال، یک شیء را در عالم خارج نظر بگیرید. آنچه موجود است وجود شیء است ولی وحدت و یکی بودن وجود خارجی نیست. بلکه انتزاعی است که ذهن تبادر می کند در این مثال علیرغم وجود خارجی داشتن شیء تشخیص و انتزاع وحدت، امری اعتباری است.

«کتاب و شخص» هر کدام یک موجودیت و واقعیت خارجی دارد. اما تعلق (تصرف- مالکیت) شخص نسبت به کتاب رابطه ای اعتباری است که از نسبت بین کتاب و شخص انتزاع می شود.

ثمره این بحث «رابطه تغییر پذیر بودن» بین «شخص و شیء» است، بدون آنکه در واقعیت های موجود خارجی، یعنی «شخص» و «شیء» تغییری حاصل می شود. برای نمونه، هرگاه شخص شیء ها را بفروشد، همان رابطه ای که پیش از این بین «فروشنده و شیء» برقرار بود اکنون بین «خریدار و شیء» برقرار می شود. در این حالت خریدار جانشین فروشنده خواهد بود بدون آنکه در واقع بین «کتاب» و «شخص» قبل از معامله و بعد از آن «تغییری حادث» شده باشد.

«تصرف به عنوان مالکیت» بنیاد محوری در «حدوث تغییر» در «شخص و شیء» است. هم چنین اگر قانونی از مجلس بگذرد و مالکیت بر اراضی موات را لغو کند، در این صورت آنچه تغییر پیدا کرده و متحول گردیده است، واقعیت و موجودیت اراضی موات نیست، بلکه رابطه بین آن اراضی و اشخاص است، یعنی همان امر اعتباری که شیء را به شخص ملحق و منتسب می کند. (طباطبایی، ۱۳۷۵، ۱۳۹)

ما در این پژوهش با طرح سئوالاتی چون:

- ۱- چه تفاوتی بین مفهوم مالکیت با عطف به تصرف و با دیگر مفاهیم مدنی با آن وجود دارد؟
- ۲- ارتباط بین اماره تصرف با مالکیت و استفاده حقوقی آن چگونه ممکن است؟
- ۳- جایگاه حقوقی تصرف و اماره مالکیت کجاست؟ و چگونه استنتاج حقوقی آن حاصل می شود؟
- ۴- در مقام تعارض بین اماره تصرف و وقف کدام موضوع مقدم است؟

روبرو هستیم.

فقر فلسفی در تحقیقات حقوقی به ویژه در امر تخصصی شدن حقوق مدنی با ساختار علم حقوق و حکومت نظم و عدل با وصف گرایش حقوق اقتصادی میان رشته ای و تخصصی «تصرف به عنوان مالکیت» انگیزه و اندیشه این پژوهش است.

با بهره گیری از اندیشه های اندیشمندان حقوق و مبانی نظری آن، عملاً پاسخ هر یک از مسائل طرح شده به گونه ای داده می شود که مورد استفاده کارورزان و دادرسان و اندیشه ورزان حقوقی باشد و از این حیث، از پرداختن با پاسخ های نظری محض برای کاربردی شدن تئوری ها نهایت جد و جهد به عمل آمد.

نگارنده این پژوهش کاری نه بایسته و نه عنوان شایسته انجام داد آنچه به عنوان پژوهش پیرامون عنوان حقوقی «تصرف به عنوان مالکیت» با «نقد به نقص» آن پی برد فرآیند تحقیق بدین صورت است که:

۱- مقدمه و مبانی فلسفی تصرف.

۲- ترمینولوژی تصرف.

۳- ارکان، عناصر، اوصاف تصرف.

۴- ارتباط تصرف با دیگر مفاهیم حقوقی.

۵- تمایز و تفکیک بین اماره تصرف و دیگر ادله اثباتی.

۶- تعارض در مقام وقفیت و اماره تصرف.

۷- یافته ها و نتایج پژوهش.

«نقل» و «نقد» دو نوع نگاه تحلیلی است. که در این مجموعه همآره بدین امر اهتمام گردیده است. و سعی بر این بود، «تحلیل اماره تصرف» علاوه بر «تحلیل حقوقی» آثار و تبعات اقتصادی و اجتماعی آن مشخص و معین گردد.

روش این تحقیقات، از جهت مبانی و منابع پژوهش، تحقیقات کتابخانه ای است. تأسیس تحقیق و پژوهش «تصرف به عنوان مالکیت» به عنوان نماد و نمود پژوهش تخصصی حقوق مدنی است.

مفهوم شناسی حقوقی

تصرف و مالکیت

۱/۱ تصرف منشاء مالکیت:

منشاء مالکیت در عالم حقوق ناشی از حیازت با تکیه بر ید صورت می گرفت بنابراین ید وسیله اصلی در مالکیت به شماره می رفت و ابتدایی ترین وسیله آن بوده و چون روابط اجتماعی انسان ها در آن دوره بسیار ساده بوده و افراد بشر با وسایل و ابزار ابتدایی به حیازت و استفاده از مواهب طبیعت بهره مند می شدند. لذا رابطه مالکیت در اولین مرتبه اش ناشی از «اولویت طبیعی تکوینی» آن است و اختصاص خارجی آن ناشی از تصرف است. بنابراین مالک کسی است که بر چیزی سلطه و استیلا دارد و بعد از اینکه بر آن مستولی گشت و آن را تحت ید خود قرار داد از یدی به ید دیگر منتقل می گردد و پس از آن می تواند به اختیار منتقل گردد پایه سبب ارث و شبیه آن و از این جهت است که هر کسی که عینی را در ید غیر مشاهده نماید و او را بر آن مستولی بیابد او را از هر کس دیگر اولی می داند ولی پس از گذشت زمان ها و پیچیده شدن روابط اجتماعی انسان ها، مالکیت وارد مرحله دیگری می شود یعنی به صورت «اولویت اعتباری تشریحی» درمی آید که جزو امور اعتباری می باشد. مالکیت و تصرف ملازمه با یکدیگر ندارند، ممکن است کسی مالک باشد ولی در مال خود متصرف نباشد یعنی عنصر مادی تصرف او مفقود و یا زائل شده باشد. بمانند آنکه ملک او مورد تصرف عدوانی یا غصب قرار گیرد (ماده ۳۰۸ قانون مدنی) که مالک تصرف مادی بر مال مغضوبه ندارد و تصرف متصرف به ناقل صحیح و به حکم قانون نیست در نتیجه در این مثال، مالک و متصرف دو نفرند. بر عکس قضیه هم قابلیت تحقق دارد مثل آنکه شخص متصرف مال باشد و مالک نباشد اعم از اینکه این تصرف به «ناقل صحیح و قانونی» بوده و مستند به اسباب موجهه باشد یا تصرف شخصی متصرف معلول علت قانونی نبوده است (ماده ۶۳۵ قانون مدنی) که به موجب آن تصرف مستعیر مستند به قرارداد است و مالکیت مال موضوع عاریه به دیگری تعلق دارد.

مثال:

«شخصی می تواند ادعا کند که او مالک ملکی است که به وسیله حق توارث یا اینکه آن را از دیگری خریداری کرده است و فروشنده ممکن است قادر باشد مالکیت خود را با بینه یا ریشه صحیح حق خودش را به وسیله یک سند رسمی که تغییر و تحول آن مال را به او نشان می دهد ثابت کند و اگر او به عقب

برگردیم نهایتاً به کسی می رسیم که او ملک را حیازت کرده است پس تمام مالکیت ملک در نهایت ناشی از تصرف می شود بدین ترتیب منشاء حق مالکیت می باشد.»

حقوقدانان فرانسوی تصرف به وسیله حیازت اشیاء بدون مالک یا متصرف توأم با مرور زمان را اسباب تحصیل مالکیت دانسته اند در قانون مدنی ایران در (ماده ۱۴۰ قانون مدنی) یکی از اسباب چهارگانه تملک: احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه بر مبنای تصرف شناخته شده است و طبق (ماده ۱۱ قانون ثبت) از «متصرفین به عنوان مالکیت» اظهارنامه (درخواست ثبت) پذیرفته می شود و به موجب تبصره ماده مزبور در مورد اراضی و املاکی که آثار تصرفه مالکانه فعلی کسی نسبت به آنها موجود نباشد درخواست ثبت از کسی پذیرفته می شود که بر مالکیت یا بر تصرف سابق خود به عنوان مالکیت یا بر تصرف خود به عنوان تلقی از مالک یا قائم مقامی قانونی مدارکی داشته باشد.

«اماره تصرف به عنوان مالکیت»

منظور از دلیل مالکیت این است که تصرف اماره بر مالکیت متصرف است. اماره تصرف اماره ای است قانونی. علت اینکه قانونگذار تصرف را به عنوان اماره قرار داده این است که در یک جامعه منظم کسی نمی تواند به عنوان مالکیت مال دیگری را علناً متصرف شده و انواع تصرف را بنماید و مالک هم سکوت اختیار کرده و احقاق حق ننماید. پس در اغلب موارد کسانی که بر اشیایی سلطه و استیلا دارند مالک آن اشیاء می باشند لذا قانونگذار از این غلبه و ظاهر استفاده کرده و آن را نشانه و اماره مالکیت شناخته است و تصرف را به موجب ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی دلیل مالکیت قرار داده است. اعتبار اماره مبتنی بر غلبه و ظاهر است منتها خلاف آن را هم می توان اثبات کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲، ۱۶)

نقش مهم عملی اماره قانونی تمییز مدعی و منکر از یکدیگر است و دادگاه می تواند قطع نظر از استناد یکی از دو طرف دعوی به آن استناد کند پس اماره قانونی تصرف سبب می شود متصرف در جایگاه مدعی علیه قرار گیرد. همه قوانین و قانونگذاران از تصرف و متصرف حمایت می کنند ولو اینکه مالک نباشد حتی در وضعیتی که در واقع این حمایت علیه مالک باشد متصرف کسی است که سلطه و استیلائی فعلی بر مال مورد ترف داشته باشد واحدی حق تجاوز و تعدی به او را ندارد حتی اگر متعدی مالک مال هم باشد الزمیه مالک می تواند از طرق رسمی تقاضای استرداد مالش را از متصرف بنماید پس قانون همانگونه که از مالکیت

حمایت می کند از تصرف هم حمایت می کند ولی هر کدام جهت حمایت و شیوه خاص خودش را داراست لذا جایز نیست که مالک مالش را با قهر و زور از متصرف بگیرد. متصرف مال را در اغلب موارد مالک می باشد و یکی از مزایای ملک آن است که مالک مالش را تصرف می کند به دیگر سخن در حالت عادی و معمولی این مالک است که متصرف می باشد و به ندرت اتفاق می افتد که مالک متصرف مال نباشد. در این جا این پرسش مطرح می شود که چرا اهمیت به تصرف داده می شود؟

آیا کافی نیست که فقط مالک را حمایت کنیم نه متصرف را؟ از لحاظ منطقی پاسخ مثبت است ولی از جنبه عملی پاسخ آن منفی است. زیرا برای اینکه مالک بتواند در پرتو حق مالکیت از مزایای آن استفاده نماید در وهله اول باید این حق را ثابت نماید و اما اثبات مالکیت اموال غیر منقول در زمان های گذشته کار آسانی نبوده است. نویسندگان قرون وسطی به آن «اثبات شیطانی» می گفتند: به عکس اثبات تصرف ساده می باشد کافی است که ثابت نماییم که رفتار مالکانه بر روی شیء انجام دهیم. به این دلیل لازم است که جهت نفع خود مالک برای تصرف آثاری قایل شویم. از این رو قانون فرض نموده است که همواره متصرف مالک است پس حمایت از مالکیت از طریق حمایت از تصرف می باشد و به ندرت اتفاق می افتد که مالکیت در ید شخصی باشد و تصرف در ید دیگری. بنابراین حمایت از تصرف در ذات خود به منزله حمایت از مالکیت است. لکن حمایتی موقتی تا زمانیکه دلیلی اقامه گردد که متصرف مالک نیست. ایرنیگ حقوقدان بزرگ آلمانی برای نقشی که تصرف بازی می کند تاکید می نماید او تصرف را «قلعه و دژ مقدم و پایگاه دفاعی مستحکم مالکیت» معرفی می نماید. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۴)

بدین ترتیب حقوق با مؤثر شناختن تصرف در حقیقت مالک مورد حمایت قرار می دهد. پس آثار مترتب به تصرف به وسیله قانون با بیان مطالب فوق قابل توجیه است. خواه به لحاظ نفع مالک که اثبات حقش را آسان خواهد نمود و خواه از نظر لزوم حمایت از صلح عمومی در برابر اعمال خشونت آمیز و قهر و اجبار و خواه به لحاظ به نفع اقتصاد عمومی که ایجاب می کند که اموال بی حاصل رها نشوند و نیز به نفع اشخاص ثالث که باید بتوانند برای معامله کردن اموال با امنیت کامل مراجعه کنند. تصرف و حق اگرچه در واقع متمایزند عملاً با هم در می آمیزند زیرا حقیقتاً تصرف انعکاس یا نشانه و ظهور خارجی حق است و لذا قانونگذار امروز تصرف را نه برای خاطر نفس تصرف بلکه به لحاظ اینکه اماره مالکیت است مورد حمایت قرار می دهد.

۱/۲ اترمینولوژی (تصرف و مالکیت)

پدیده های حقوقی چون «تصرف و مالکیت» و «تصرف به عنوان مالکیت» را قانون مدنی ایران و سایر قوانین مرتبط با آن تعریف نکرده اند. تعریف و تمییز آن بر عهده عرف نهاده شده است و به مانند بسیاری از مفاهیم حقوقی دیگر باید با استفاده از ملاک ها و معانی عرفی و با استفاده از قرائن قانونی تعریفی مفید برای این مفهوم ارائه گردد، تا به صورت جامع و مانع بیان کننده همه حقایق و جوهره تصرف و مالکیت در جایگاه قانونی باشد. با استمداد از ماده ۲۲۴ قانون مدنی الفاظ فاقد تعریف قانونی محمول بر معانی عرفیه است. چه عرف عام و چه عرف خاص (تخصصی بودن واژگان) آنچه در متون حقوقی و ادبیات حقوقی استنباط می شود مفهوم «تصرف» و «تصرف به عنوان مالکیت» از منظر «مفهومی ماهوی» تلقی می گردد و از باب دلالت اثباتی بر مالکیت بدان توجه می شود و با این نگاه، تصور حق و مالکیت به عنوان یکی از اجزاء معنوی متشکله «تصرف به عنوان مالکیت» یکی از عوامل مؤثر در پدیده حقوقی تصرف محسوب شده است.

تصرف به عنوان مالکیت، تصرف عبارتست از تسلط و اقتداری عرفی، که انسان در مقام اعمال حق خود بر مالی دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۱) اقتدار حاصل از تصرف بر حسب موارد، جلوه های خارجی گوناگون دارد. ولی در هر حال باید چنان باشد که عرف متصرف را به عنوان صاحب «حق و مالکیت» بر مال مستولی بدانند. تصرف تجلی خارجی موضع و یا یک حق است مانند تصرف شخص در طلب خویش حال آنکه این تعریف رسا نیست بلکه تصرف عبارت است از اینکه مالی (اعم از اعیان و غیر آن) در اختیار کسی (بالمباشر و یا با واسطه) باشد خواه مال خود او باشد یا مال دیگری و او بتواند به عنوان مالک یا به عنوان دیگری نسبت به آن مال تصمیم بگیرد. این تعریف شامل تصرف در مطالبات هم می شود و شامل تصرف در اسناد وجه حامل هم می باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ۱۱۲)

بعد از بیع و قبل از قبض در تسلیم آن به خریدار، هر چند بیع ظاهراً در اختیار بایع است اما مطابق این تعریف از همان زمان انتقال بیع در تصرف مشتری است. زیرا این تصرف با واسطه است. به دلیل اینکه بایع به حساب مشتری، بیع را در اختیار دارد.

تصرف possession

در کتاب گرانسنگ مبسوط در ترمینولوژی حقوق در شمارگان ۴۵۷۰ تعریف تصرف چنین است:

تصرف عبارت است از اینکه مالی (عینی یا غیر عینی) در اختیار کسی (با واسطه یا بی واسطه) باشد (مال او یا مال غیر) و او بتواند به حساب خود یا به حساب غیر درباره آن مال، تصمیم بگیرد. این تعریف، شامل تصرف در مطالبات، و اسناد در وجه حامل نیز هست، شامل تصرف هر گونه امین در مورد امانت می شود (ماده ۳۰۸ به بعد قانون مدنی)

تعریف تصرف شامل دو نوع تصرف است

(۱) تصرف به حساب خود (possession) خواه مورد تصرف، مال متصرف باشد و یا نباشد.

(۲) تصرف به حساب غیر (detention)

تصرف در تعریف حقوق ماهوی با تصرف در حقوق شکلی فرق دارد.

عناصر متشکله تصرف در حقوق ماهوی عبارتند از:

(۱) وجود مال یا سند حاکی از مال تصرف در مال ممکن است به تبع تصرف در انسان باشد یا مانند

بازداشت غیر قانونی کسی که شامل تصرف در لباس و ساعت و گردن بند و انگشتر او هم هست مال

اعم از عینی و منافع و حق عینی (ماده ۱۲۴ قانون مدنی)

(۲) وجود رکن مادی تصرف

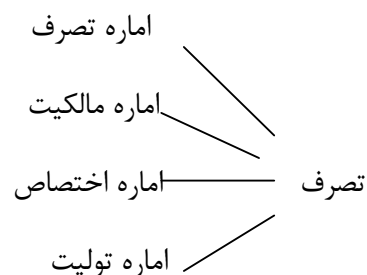
آیا عامل معنوی (قصد و اراده) عنصر تصرف است؟ اگر عنصر معنوی تصرف، تصرف است بنابراین تصرف

صوری مشمول عنوان عام تصرف نیست. و اگر عنصر معنوی تصرف در حلقه مفقوده قرار گیرد، مالکیت

واقعی متصرف، شرط تحقق تصرف نیست. (م: ۳۰۸ ق.م) و استفاده عملی متصرف در مورد تصرف هم شرط

تحقق تصرف نیست وجود شخصی (حقوقی و حقیقی) که متصرف است. تصرف ممکن است اماره مالکیت و یا

اماره تصرف یا اماره اختصاص و یا اماره تولیت باشد.



تصرفی که شخصی به حساب خود در مالی تصرف می کند، تصرف او به عنوان مالکیت است خواه واقعاً مالک باشد یا نباشد مانند دزد و غاصب. تا وقتی که احراز نشده که مورد تصرف کسی مال غیر است باید تصرف او را به عنوان مالک واقعی تلقی کرد. (حسینی عاملی-۱۳۴۶ قمری)

تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. (ماده ۳۵ قانون مدنی) عبارت «به عنوان مالکیت» در ماده ۲۲۲۹ قانون مدنی فرانسه وجود دارد، و در واقع در میان اقسام تصرفات که خواهیم دید این قسم از تصرف را حقوق فرانسه طرح کرده و از آنجا وارد حقوق مدنی ما شده است. تصرف به عنوان مالکیت چگونه تصرفی است؟ برای پاسخ به این پرسش، عناصر تصرف مالکانه عبارت است از:

- ۱) عنصر مادی که داشتن سلطه مادی بر مال یعنی اعم از منقول و غیر منقول است.
 - ۲) عنصر معنوی که عبارت است از قصد تملک یا قصد اختصاص مال به خود برای انحاء تصرفات ولو اینکه حقاً شخص به علت نبودن اسباب قانونی خاص، مالک آن مال معین نباشد. سارق همچنین قصدی را در مورد اموال مسروقه می کند به عنوان مالک، در مال مسروقه تصرف می کند. اما ودیعه دیگر قصد حفاظت و تصرف موقت دارد و متولی موقوفه هم قصد اختصاص دادن آن را به خود ندارد پس تصرف اینان تصرف به عنوان مالکیت نیست. عنصر معنوی تصرف مالکانه نامند.
- البته عین ماده ۳۵ قانون مدنی در قانون مدنی فرانسه نیست بلکه به عکس، خلاف آن در ماده ۲۲۷۹ همان قانون گفته شده است که: در مورد اموال منقول، تصرف، دلیل مالکیت است. علت این است که جامعه اروپایی در مورد مالکیت غیر منقول، دوران بی نظمی حقوقی و تصرف و املاک مردم از طرف اشخاص نیرومند را پشت سر نهاده بود و برای آن، مقررات خاص داشت.

در سال ۱۳۰۷ که قانون مدنی ما تصویب می شد هنوز تحت تأثیر حقوق بومی خود بوده و تصرف را در هر مال (منقول و غیر منقول) دلیل مالکیت می دانستیم! به همین جهت در مدلول ماده ۳۵ قانون مدنی با وجود توجه به اصطلاحات حقوق فرانسه مانند اصطلاح: تصرف به عنوان مالکیت تغییر داده و آن را شمال غیر منقول هم کردیم. هر چند که سه سال بعد (سال ۱۳۱۰) با تصویب ماده ۲۲ قانون ثبت در مورد املاک ثبت شده به حقوق فرانسه و کشورهای مانند آن پیوستیم. (حسینی عاملی، ۱۳۲۶ قمری، ۹۵)

در حقوق اسلام حدیث «لولا لید لما قام للمسلمین سوق» یعنی اگر تصرف دلیل مالکیت باشد پایه بازار مسلمین از بین می رود فقط ناظر به منقول است زیرا بازار عادتاً برای مبادلات غیر منقول نیست آن هم در آن اعصار.

اما عملاً حقوق دانان اسلامی در اجراء حدیث فوق الذکر فرق بین منقول و غیر منقول نهاده اند. (عاملی، ۱۳۹۸ قمری، ۵۹)

۱/۳ تعریف تصرف مالکانه:

کسی به عنوان صاحب واقعی حق، در مورد حق، دخالت می کند دخالت او تصرف نامیده می شود. تصرف غالباً در حقوق عینی به کار می رود.

این تعریف شامل اعیان و حقوق می شود. در حقوق فرانسه مورد تصرف را اختصاص به اعیان نمی دهند. ماده ۵۸۴ قانون مدنی آلمان تصرف در اعیان را مورد تعریف قرار داده و آن را صرف به اختیار گرفتن اعیان دانسته است. این تعریف مبهم است. زیرا به اختیار گرفتن درجات و طرق مختلف دارد و شامل تصرفات متولی در موقوفه می شود حال آنکه تصرف او تصرف به عنوان مالکیت نیست. ماده ۱۱۴۰ قانون مدنی اتیوپی تصرف را تسلط مؤثر شخص در عین، شمرده است که این هم مهم به نظر می رسد.

ماده ۲۲۲۸ قانون مدنی فرانسه در تعریف تصرف می گوید:

«تصرف عبارت است از تصاحب و یا استفاده در یک امر یا از یک حق که داریم یا اعمال حق در آن می کنیم یا واسطه یا بلاواسطه»