

## Involuntary Co-Ownership in Usurped Property: A Legal Analysis and Critique of the Judgment of the Court of Appeal of Tehran

Sajjad Norouzi Moghaddam<sup>1</sup> | Mansour Amini<sup>2</sup>

1. Corresponding Author: MA. Student in (Private Law), Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran,(Corresponding author), [s.norouzimoghaddam@mail.sbu.ac.ir](mailto:s.norouzimoghaddam@mail.sbu.ac.ir)

2. Associate Prof. Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran, [aminimansour@yahoo.fr](mailto:aminimansour@yahoo.fr)

### Article Info

**Article type:**  
Scientific

**Received:**  
2025/03/10

**Received in revised form:**  
2025/03/28

**Accepted:**  
2025/03/29

### Keywords:

*Involuntary Co-Ownership,  
Waste in Law, Usurpation,  
Bona Fide Purchaser.*

### Abstract

A bona fide purchaser who is unaware of the usurped nature of the property may suffer substantial losses if traditional rules of usurpation are strictly applied. This issue becomes particularly critical when the purchaser has constructed improvements on the land. In such cases, if the landowner insists on the demolition of the structures and the resulting damages exceed the value of the land, judges seek solutions to reconcile the conflicting rights of both parties. Some of these solutions are reflected in judicial rulings. One such approach is the ruling on “involuntary co-ownership” of the land and improvements by both owners. This ruling is primarily based on economic considerations and aims to prevent excessive harm to the bona fide purchaser. In this study, through a descriptive and analytical approach and using a library-based research method, we critically examine Judgment No. 9909970221502339, dated 1399/10/27 (January 16, 2021), issued by Branch 15 of the Court of Appeal of Tehran Province. This judgment, which is based on the doctrine of “involuntary co-ownership” between the landowner and the owner of improvements, introduces a novel perspective on the legal consequences of usurpation and subsequent acts of possession and examines the challenges faced by the legal and judicial community of the country in this regard. Given the explicit views of Imami jurists and Iranian legal texts regarding usurpation, as well as the necessity of maintaining social order, issuing a ruling on “involuntary co-ownership” between the landowner and the usurper remains highly contentious. Therefore, ultimately, a judgment based on the Institution of “Waste in law” (talaf-e hokmi)—which has also been endorsed in certain judicial rulings—appears to be the more justified legal solution.

### How To Cite

Norouzi Moghaddam, Sajjad, Amini, Mansour. (2025). Involuntary Co-Ownership in Usurped Property: A Legal Analysis and Critique of the Judgment of the Court of Appeal of Tehran. *Journal of Judgment*, 120(4), 1-24.  
<http://doi.org/10.22034/judg.2025.2055546.1398>

### DOI

[10.22034/judg.2025.2055546.1398](https://doi.org/10.22034/judg.2025.2055546.1398)

### Publisher

Publications of the Judiciary of Tehran Province



## شرکت قهری در مال مغضوب، نقد و بررسی رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران

سجاد نوروزی مقدم<sup>۱</sup> | منصور امینی<sup>۲</sup>

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، رایانامه: [norouzimoghaddam@mail.sbu.ac.ir](mailto:norouzimoghaddam@mail.sbu.ac.ir)  
۲. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران، رایانامه: [aminimansour@yahoo.fr](mailto:aminimansour@yahoo.fr)

اطلاعات مقاله	چکیده
<b>نوع مقاله:</b> علمی	خریدار با حسن نیتی که از مغضوبه بودن مبیع مطلع نیست، در صورت اعمال سختگیرانه قواعد سنتی غصب، متحمل خسارات فراوانی می‌گردد. این امر به‌خصوص در مواردی که وی اقدام به ایجاد مستحذات در عرصه ملک نموده، مصداق می‌یابد. در صورت اصرار مالک عرصه بر تخریب بنا و فزونی خسارات وارده از این امر بر ارزش عرصه، دادرسان به دنبال ارائه راهکارهایی برای جمع بین حقین بوده و برخی از مصادیق آن در آراء صادره توسط ایشان متبلور گشته است. یکی از این دیدگاه‌ها، حکم به «شرکت قهری» مالکین عرصه و اعیان در مجموع ملک است که عمدتاً مبتنی بر وضعیت اقتصادی جامعه و برای جلوگیری از ایراد ضرر هنگفت به خریدار با حسن نیت اصدار می‌یابد. در این پژوهش بر آنیم تا با رویکردی توصیفی-تحلیلی و مبتنی بر روش کتابخانه‌ای، به نقد و بررسی دادنامه شماره ۲۳۳۹۰۲۲۱۵۰۲۲۱۵۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۷ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که بر اساس دیدگاه شرکت قهری مالکین عرصه و اعیان، انشاء گردیده و بیان‌کننده دیدگاهی نو در زمینه غصب اموال و تصرفات بعدی در آن است پرداخته و چالش‌های پیش روی جامعه حقوقی و قضایی کشور در خصوص مورد را بررسی نماییم. نظر به صراحت دیدگاه فقهای امامیه و متون قانونی ایران در مورد غصب اموال و ضرورت حفظ صلح اجتماعی، صدور حکم به «شرکت قهری» مالک و غاصب در عرصه و اعیان، دشوار می‌نماید؛ لذا در نهایت صدور حکم بر اساس نهاد «تلف حکمی» که مورد توجه برخی از دادرسان نیز قرار گرفته، موجه تر به نظر می‌رسد.
<b>تاریخ دریافت:</b> ۱۴۰۳/۱۲/۲۰	
<b>تاریخ بازنگری:</b> ۱۴۰۴/۰۱/۰۸	
<b>تاریخ پذیرش:</b> ۱۴۰۴/۰۱/۰۹	
<b>کلیدواژه:</b> شرکت قهری، تلف حکمی، غصب، خریدار با حسن نیت.	
<b>استناد</b>	نوروزی مقدم، سجاد، امینی، منصور. (۱۴۰۳). شرکت قهری در مال مغضوب، نقد و بررسی رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران، فصلنامه قضاوت، ۱۲۰(۴)، ۱-۲۴. <a href="http://doi.org/10.22034/judg.2025.2055546.1398">http://doi.org/10.22034/judg.2025.2055546.1398</a>
<b>DOI</b>	<a href="https://doi.org/10.22034/judg.2025.2055546.1398">10.22034/judg.2025.2055546.1398</a>
<b>ناشر</b>	انتشارات دادگستری کل استان تهران



## مقدمه

امروزه معاملات بسیاری در جامعه صورت می‌گیرد که در آن‌ها خریدار با اتکا به اماره ید و یا اسناد عادی، مالکیت فروشنده را احراز نموده و در حقیقت با حسن نیت اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید. در چنین شرایطی، اگر مال مستحق‌الغیر درآید، با اجرای قاعده غصب که مبتنی بر نظرات فقهای امامیه است، خریدار باید عین مال را در صورت وجود و مثل یا قیمت آن را در صورت تلف، به مالک اصلی رد نماید. در واقع، مطابق با قاعده «الغاصب یؤخذ بأشَقِّ الأحوال»، علم یا جهل خریدار به غصبی بودن مال، مؤثر در مقام نبوده و وی در هر صورت در مقابل مالک مسئولیت دارد. دشواری این موضوع در جایی است که خریدار با حسن نیت، پس از خرید ملک، اقدام به ایجاد مستحذات از جمله بنا و اشجار بر روی عرصه مغضوب نموده و در صورت اجرای قواعد سنتی غصب، وی متحمل خسارات هنگفتی می‌گردد. همین مسئله مورد توجه برخی از فقهای امامیه نیز قرار گرفته و ایشان اقدام به ارائه ملاحظاتی در این زمینه نموده‌اند.

در دادگاه‌ها نیز دادرس با همین چالش روبه‌روست. زیرا گاه خساراتی که از اجرای قواعد غصب و قلع و قمع بنا به بار می‌آید، چندین برابر ارزش عرصه مغضوب بوده و خلاف وجدان و انصاف می‌نماید. در همین راستا، برخی از دادرسان نظریه «تلف حکمی» را مورد توجه قرار داده‌اند تا بلکه از نتایج سنگین اجرای قاعده غصب رهایی یابند.<sup>۱</sup> در این میان، برخی از دادرسان نواندیش نیز با ملاحظه مصالح اجتماعی و اقتصادی، به بررسی این نوع از دعاوی پرداخته و راهکارهایی بدیع را در قالب آراء خود ارائه داده‌اند. یکی از این موارد، حکم به «شرکت قهری» مالکین عرصه و اعیان در مجموع ملک است که در رأی صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورد توجه قرار گرفته است. صدور رأی بر اساس شرکت قهری، گرچه ممکن است که منافع صاحبان عرصه و اعیان را بهتر تأمین نموده و با ملاحظات اقتصادی جامعه نیز همگونی بیشتری داشته باشد، اما با عنایت به صراحت دیدگاه فقها و قانون‌گذار در خصوص غصب اموال، چالش‌های زیادی را در پی دارد. در همین راستا، در گفتار اول مشروح رأی صادره بیان گردیده و سپس در گفتار دوم، به نقد و بررسی این رأی خواهیم پرداخت. البته، در گفتار سوم نیز نظریه «تلف حکمی» مال مغضوب به همراه مصداقی از آن بررسی و تقویت خواهد شد.

۱. به عنوان نمونه نک: دادنامه شماره ۱۴۰۱۳۶۳۹۰۰۰۲۲۵۲۶۳۷ مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۱۵ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان الشتر و نیز دادنامه شماره ۱۸۷۲۵۵۱ مورخ ۱۴۰۳/۰۸/۲۷ صادره از شعبه اول دادگاه تجدید نظر استان سمنان.

## ۱. بیان و شرح آراء

در این گفتار، خلاصه‌ای از گردش کار پرونده‌های بدوی و تجدیدنظر تا صدور رأی مجدد از دادگاه تجدیدنظر که در مقام اعاده دادرسی اصدار یافته، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۱-۱. گزارش پرونده

ابتدا به بیان جریان پرونده و مدارک استنادی طرفین که منجر به صدور حکم از دادگاه نخستین و سپس نقض آن در دادگاه تجدیدنظر گردیده است می‌پردازیم.

#### ۱-۱-۱. رأی دادگاه نخستین

در تاریخ ۱۵ تیرماه سال ۱۳۹۸ خانم ز.آ.با وکالت آقای ق.ص، دعوای خلع ید پلاک ثبتی ۶۲۷۸ از ۸۸ بخش ۱۱ تهران را به استناد سند مالکیت، به طرفیت آقایان ع.ه.م. و ح.ق.اقامه کرده که به شعبه محترم ۱۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران ارجاع و به کلاسه ۹۸۰۴۳۷ ثبت گردیده است. آقای وکیل در شرح دعوا بیان می‌کند که خواندگان بدون اذن و اجازه موکل و در غیاب ایشان مبادرت به تصرف غیرقانونی و احداث بنا در آن نموده‌اند و علی‌رغم مراجعات مالک قبلی و موکل، از رفع تصرف خودداری می‌نمایند. خواننده ردیف اول لایحه‌ای به شماره ۱۳۹۸۴۹۴ مورخ بیست و ششم آبان ماه ۱۳۹۸ تقدیم شعبه و اظهار می‌دارد: «با توجه به اسناد و مدارک موجود، این جانب خانه کلنگی از آقای ر.خ خریداری و کل ثمن معامله را به ایشان پرداخت کرده‌ام و حتی در قول‌نامه قیدشده که ملک با سند مالکیت فروخته شده است، در تاریخ هجدهم دی ماه سال ۱۳۷۴ موفق به اخذ پروانه از شهرداری شده و سه طبقه ملک در آن زمین احداث نمودم. در سال ۱۳۷۵ فردی به نام ه.س.م. مراجعه کرده و مدعی بود که وکیل آقای م.ع. بوده و قصد دریافت سند به نام وی را دارد که سال‌ها گذشت و خبری نشد تا اینکه آقای م.ع. ملک متنازع‌فیه را به همسرش (خواهان فعلی) انتقال داده است.» خواننده قبوضی از اشتراکات آب و برق و گاز را پیوست می‌کند. به حکایت رونوشتی از دادنامه شماره ۱۵۰۸۶۹ مورخ سی‌ام مردادماه سال ۱۳۹۰ شعبه ۶۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، آقای ع.ه.دعوی به طرفیت آقایان ر.خ. و م.ع. به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی اقامه که شعبه ۲۱۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران به موجب دادنامه شماره ۱۲۳ مورخ یازدهم اردیبهشت ۱۳۹۵، قرار رد دعوی فوق را صادر و پس از اعتراض، دادگاه تجدیدنظر رأی را نقض و پرونده را برای ادامه رسیدگی اعاده می‌نماید. در سند عادی مورخه پنجم اسفندماه ۱۳۷۳، آقای ر.خ. اعلام می‌دارد که کلیه حق و حقوق قانونی خود در ارتباط با ملک موضوع دعوا را به آقای ع.ه. انتقال داده است. پروانه ساخت شماره ۸۷۶۰ مورخ هجدهم دی ماه ۱۳۷۴ نیز بر اقدامات خواننده فوق جهت

ساخت و ساز دلالت دارد. در سند عادی مورخ ۲۰ اسفندماه ۱۳۹۶ شخصی به نام آقای ه.س تأیید می‌کند که ملک فوق متعلق به آقای م.ع است که نصف آن را سابقاً به آقای ر.خ و آگذار و نامبرده به آقای ع.ه فروخته است. اداره ثبت اسناد و املاک در پاسخ شماره ۱۷۰۸۱ مورخ سیزدهم مهرماه ۱۳۹۸ در شرح وضعیت ثبتی ملک اعلام می‌دارد: «شش دانگ ملک پس از نقل و انتقالات به آقای ح.پ انتقال یافته است.» سند صلح حقوق که شماره و تاریخ آن به علت بایگانی نامرغوب از بین رفته تنظیمی در دفترخانه ۳۳۵ حوزه ثبتی تهران، بر صلح کلیه حقوق عینیه و فرضیه آقای ر.خ با آقای ع.ه دلالت دارد. وکیل خواهان در لایحه شماره ۷۹۸۰۱۵۲ مورخ ۱۷ فروردین سال ۱۳۹۹ اعلام می‌دارد که آقای ر.خ مالکیتی بر ملک نداشته و قبوض آب و برق و گاز نیز دلالتی بر مالکیت ندارد. النهایه دادگاه حکم به بطالن دعوا صادر می‌کند. خواهان محکوم، از رأی فوق در مهلت مقرر، به استناد سند مالکیت، تجدیدنظر خواهی می‌کند که پس از سپری شدن روند آن به شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران ارجاع و به شماره ۹۹۰۰۳۴۸ ثبت کلاسه می‌گردد.

#### ۱-۲-۱. رأی دادگاه تجدیدنظر

شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر، اقدام به صدور قرار کارشناسی جهت احراز تصرفات و میزان آن نموده و به دفتر، دستور استعلام ثبتی می‌دهد. اداره ثبت نیز طی پاسخ‌نامه شماره ۱۳۹۹۶۹۷۱ مورخ ۳۱ تیرماه ۱۳۹۹، مالکیت تجدیدنظر خواه را تأیید و کارشناس نیز به انجام تصرفات تجدیدنظر خواندگان اظهار نظر می‌کند. دادگاه پس از ابلاغ نظریه کارشناس، طی دادنامه شماره ۹۰۱۵۱۰ رأی تجدیدنظر خواسته را نقض و حکم به خلع ید و قلع و قمع بنا صادر می‌نماید.

#### ۱-۲-۱. رأی دادگاه تجدیدنظر در مقام رسیدگی به اعاده دادرسی

در این قسمت، پس از بیان جریان پرونده، قسمت‌های اصلی رأی دادگاه تجدیدنظر شامل جهات موجهه و منطوق رأی آورده خواهد شد.

#### ۱-۲-۱. گردش کار پرونده

آقای م.ه از رأی فوق اقدام به وخواهی نموده و آقای م.ا نیز به وکالت از آقای ع.ه، به استناد یک برگ سند عادی اقرارنامه آقای م.ع نزد اداره ثبت اسناد و املاک مبنی بر واگذاری ملکیت به آقای ر.خ، نسبت به رأی، درخواست اعاده دادرسی می‌کند که دادگاه قرار قبولی وخواهی و اعاده دادرسی را صادر و وکیل وخواهنده و خواننده اعاده دادرسی در جلسه رسیدگی نسبت به امضای آقای م.ع ادعای تردید می‌کنند.

## ۱-۲-۲. منطوق رأی دادگاه تجدیدنظر

شماره دادنامه	۹۹۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۲۳۳۹
خواسته	خلع ید از ملک با پلاک ثبتی مشخص
مرجع رسیدگی	شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران
تاریخ صدور	۱۳۹۹/۱۰/۲۷

«دادگاه با توجه به اظهارات فوق و توضیحات طرفین در جلسه رسیدگی معتقد است: یک توضیحات و اظهارات طرفین و ادله ابرازی خواهان اعاده دادرسی بر آن دلالت دارد که مشارالیه حتی اگر معامله‌ای نسبت به عرصه ملک که محل نزاع است، به ترتیب ایادی با آقای م.ع معتقد نکرده باشد، ولی اقدام به ساخت‌وساز بر اساس پروانه ساخت امتیازات و اشتراکات خدمات عمومی در مرعی و منظر مالک (آقای م.ع) نموده و نامبرده اعتراضی به آن نداشته است که خود اماره‌ای قضایی است بر عدم تصرفات غاصبانه خواهان اعاده دادرسی و اذن آقای م.ع بر احداث بنا بر روی عرصه ملک ایشان توسط آقای ع.ه. دادگاه معتقد است که تصرفات آقای ع.ه به شرح فوق حداقل از جمله تصرفات مأذون است. فقها و حقوقدانان نیز یکی از موارد مسقطات ضمان را اذن دانسته‌اند. از جمله میرفتاح عبدالحسینی در عناوین الفقهیه، صفحه ۵۰۶ و ذیل عنوان ۶۸ بیان می‌کند: «من جمله مسقطات الضمان الاذن ممن له السلطان علی المال من الشرع کالمالک و الوکیل و الوصی و الولی والامین... و الاذن عبارة عن رخصه المالك و من بحکمه فی التصرف و الاثبات الید.» بر این اساس، چون تصرفات آقای ع.ه حداقل مقید به اذن است، از عنوان تصرفات غاصبانه خارج و موجب سقوط ضمان می‌گردد. دو تقسیم اذن به اذن صریح، ضمنی و حالی. اذن صریح که مستفاد از مدلول لفظ و نوشته است، به یکی از دو دلالت مطابقی یا تضمینی و اذن ضمنی به دلالت عقلی، عرفی و یا عادی از لفظ فهمیده می‌شود و سومین نوع هم که از آن به اذن به شاهد حال تعبیر می‌شود، شواهد و علایق دلالت بر تحقق آن دارد. بر این اساس، اذن نزد دادگاه به امارات قضایی و رفتاری آقای م.ع به اثبات می‌رسد. در این حالت نیز تصرفات آقای ع.ه را از تصرفات غاصبانه خارج و موجب عدم مسئولیت می‌گردد. سه رجوع از اذن. اذن دهنده هر زمان می‌تواند از اذن خود رجوع کند؛ مگر اینکه مواجهه با مانعی گردد. قانون‌گذار در قانون مدنی در فصل سوم، مواد ۹۳ به بعد، به انواع حقوق و استیفای منفعت اشخاص ثالث از مال غیر می‌پردازد. در این مبحث به اذن مالک و استیفای منفعت از مال و رجوع از اذن پرداخته و مقررات آن را پیش‌بینی کرده و رجوع از اذن در صورت وجود مانع را منع می‌کند.

اگر ما بپذیریم که تصرفات آقای ع.ه بعد از توضیحات جلسه رسیدگی نزد این دادگاه از تصرفات مأذونه بوده و از جانب آقای م.ع (مورث خوانده اعاده دادرسی) صورت گرفته و از طرف دیگر نیز به جهت احداث بنا امکان رجوع از آن وجود ندارد کما اینکه برای دادگاه این اذن احراز شده است، لذا در این صورت دادگاه می‌بایست رابطه حقوقی طرفین را تبیین کند. دادگاه معتقد است این رابطه می‌بایست در قالب شرکت و قواعد حقوقی و فقهی آن تعریف گردد. چهار شرکت. محقق کرکی در جامع المقاصد در تعریف شرکت می‌گوید: «الماهیه و هی اجتماع حقوق المالك فی شی الواحد علی سبیل الشیاع و سبب الشركه قد یكون ارثا او عقدا او مزاجا.» از نظر ایشان مراد فقها از شرکت بیشتر سبب دوم یعنی عقد شرکت است. قانون مدنی در ماده ۵۷۱ نیز شرکت را به همین معنا و اسباب تعریف و مقرر می‌دارد که شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحوه اشاعه. ماده ۵۷۲ نیز اسباب آن را به صورت اختیاری و قهری بر شمرده است. بر این اساس، در شرکت اختیاری اراده طرفین موثر در تحقق و انعقاد آن بوده و مقنن نقش اراده را در ماده ۵۷۳ این قانون ذکر می‌کند. ولی در شرکت قهری آنچه موضوعیت دارد اراده طرفین نیست؛ بلکه اشاعه مال و امتزاج آن سبب تحقق شرکت می‌گردد. پنج. غصب و قواعد آن. شرع انور اسلام به امور مالی و اموال مردم اعم از مسلمان و غیر مسلمان اهمیت داده و برای آن قواعد ویژه‌ای وضع کرده تا اشخاص در پناه این قواعد بتوانند امور مالی خود را منظم و در امنیت مالی زندگی کنند؛ این سختگیری برای امنیت مالی و جلوگیری از تعرض دیگران بر مال غیر است تا اشخاص جرأت دست اندازی به اموال دیگران را نداشته باشند. قاعده «الغاصب یؤخذ باشقی الاحوال» و قاعده «حرمة مال المسلم کحرمة دمه» از ضمانت اجراها و در جهت جلوگیری از دست یازیدن دیگران بر اموال غیر است. قاعده اول به گونه‌ای است که با غاصب به شدیدترین احوال و مسئولیت مضاعف برخورد می‌گردد و حتی اگر غاصب مال مغضوب را در بنا به کار برده باشد و مطالبه عین از جانب مالک مستلزم قلع و قمع بنا باشد، غاصب مکلف به تخریب بنا و استرداد عین مال است. با این وجود در میزان شدت عمل نسبت به غاصب خصوصاً در جایی که وی اطلاعی از قصد نداشته و نسبت به مال مغضوب اقداماتی انجام داده تردید حاصل شده است. اکثر فقها برای اقدامات غاصب ارزشی قائل نیستند ولی کم نیستند گروهی از آنان که در تعارض وجدان با شدت قاعده فوق، در صدد تلطیف قاعده بر آمده و تحت عناوینی مانند «قاعده عدالت» یا «فقدان قصد در تدلیس» یا «نقش قاعده قصد در غرم» سعی نموده‌اند که در این برخورد تا حدی ملاطفت نشان دهند. به عنوان نمونه، سید محمد بن علی حجت کوه کمری از علمای شیعه در قرن چهاردهم هجری در چاپ دوم کتاب البیع و در صفحه ۲۰۶ بیان می‌کند: «غاصب با دیگران تفاوتی ندارد و بر اساس قاعده عدالت که قاعده‌ای عمومی است، باید با غاصب

نیز به عدل احوال برخورد شود.» شش. تردیدهای فوق در باب اعمال قاعده بالا با غاصب درجایی که مالک بر اقدامات او به ساخت و ساز دخالت و نظارت داشته و این اقدامات در مرعی و منظر او صورت گرفته است، باعث می‌شود که دادگاه از دعوی و اقدامات طرفین تفسیری اقتصادی اتخاذ نماید که به شرح ذیل اجمالاً مورد بررسی قرار می‌گیرد. اقتصاد از جمله علوم اجتماعی است که می‌تواند بر سایر پدیده‌های اجتماعی تأثیرگذار و همانند اخلاق و عدالت در تولید ثروت و رفاه اجتماعی موثر باشد؛ بگونه‌ای که هر گاه اعمال قواعد حقوقی در حوزه رسیدگی به دعوا و احقاق حق، موجب کاهش ثروت و تلف منافع اقتصادی و مالی جامعه خصوصاً در وضعیت فعلی کشور گردد، از اعمال آن خودداری نمایند. نظام حقوقی کشور و قوانین آن خواه قوانین ماهوی و خواه قوانین شکلی بر پایه اصولی استوار هستند که عدالت اجتماعی و عدالت مدنی از ارکان اصلی آن است. لذا تفسیر قوانین نباید در تعارض با عدالت اقتصادی اجتماعی جامعه باشد. مراد از تحلیل اقتصادی قوانین و قواعد حقوقی یعنی بهره‌گیری از ابزارهای توجیه اقتصادی در فرایند ثبوت و اثبات حق؛ و هر گاه اثبات و اعمال حق موجب می‌گردد که به روند اقتصادی جمعی جامعه خلل وارد سازد، حقوقدانان امروز تا جایی که صاحب حق اجازه اعمال حق خود را می‌دهند که باعث سوء استفاده از آن نگردد.

صاحب حقی که سالیان سال در قبال اقدامات آقای ع.ه که در دید و منظر او ساخت و ساز صورت می‌گرفته سکوت نموده و مخالفتی با این اقدامات به عمل نیاورده است، خصوصاً درجایی که آقای ع.ه مدعی انجام معاملات بوده هر چند نتوانسته آن را به اثبات برساند، باعث می‌گردد که خلع ید مشارالیه از ملک و قلع و قمع بنا نه تنها توجیه اقتصادی برای جامعه، بلکه حتی برای خواهان خلع ید نیز نداشته و سبب تلف منابع مالی و اقتصادی جامعه گردد و مفید این معناست که خواهان از حقوق مالکانه خود که به قائم مقامی از ناقل به ایشان منتقل شده است سوء استفاده می‌نماید؛ چرا که عدم اعمال این حق طی سالیان متوالی و اعمال آن پس از انجام هزینه‌ها توسط خوانده موجب تضرر وی گردیده و منابع اقتصادی جامعه را مستهلک نماید. تفسیر اقتصادی دعوا درجایی که منافع شخص در تعارض با منافع اقتصادی جامعه قرار گیرد، نظم عمومی اقتصادی ایجاب می‌نماید که منافع اقتصادی جامعه بر منافع شخص مقدم باشند.

بر این اساس، دادگاه برای تعادل حقوق طرفین و در پرتو تمام نظراتی که فوقاً از فقهای عظام و دکترین حقوقی استنباط می‌کند، معتقد است که اقدامات طرف در قالب شرکت قهری قابل توجیه بوده و موجب مالکیت مشاعی آنان بر عرصه و اعیان می‌گردد؛ به گونه‌ای که هم سرمایه تجدیدنظرخواه در شرکت قهری فوق که مالک عرصه ملک بوده و آورده اوست و هم سرمایه تجدیدنظر خوانده که از احداث اعیان است، حفظ می‌گردد و چون موضوع دعوی مطروحه نزد

این دادگاه، ابطال اسناد و تعیین میزان شراکت نیست، لذا در این پرونده صلاحیتی برای تعیین میزان و حصه مالکیت آنان ندارد و آنان را به دعوی دیگر یا سازش طرفین می‌سپارد. دادگاه با لحاظ مراتب فوق اعاده دادرسی را وارد دانسته و به استناد مواد ۴۲۶ و ۲۳۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن الغاء رأی ۹۹۰۱۵۱۰ این شعبه در قسمت قلع و قمع بنا، بطلان دعوی خواهان نخستین را صادر و رأی خلع ید را به خلع ید مشاعی اصلاح می‌کند و در خصوص واخواهی آقای م.ه، نظر به اینکه تصرفات ایشان ناشی از تصرفات آقای ع.ه است، لذا واخواهی را وارد ندانسته و حکم به بطلان آن صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره حضوری و قطعی است.»

## ۲. نقد و بررسی رأی دادگاه تجدیدنظر

در این گفتار، با مدد گرفتن از قواعد و گفتمان‌های موجود در فقه اسلامی و حقوق ایران، به نقد و بررسی رأی صادره پرداخته و برخی از چالش‌های جامعه حقوقی و قضایی را در مواجهه با آن بیان خواهیم نمود.

### ۲-۱. قواعد سنتی غصب اموال

«غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.» (ماده ۳۰۸ قانون مدنی) فقها، مفهوم «عدوان» در تعریف غصب را به معنای تصرف با علم و آگاهی تعبیر کرده‌اند. در حقیقت، شخصی که جاهل به واقع است و یا اینکه اشتباه می‌کرده، صفت عدوان درباره وی صادق نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۲: ۱۴۸ و ۱۴۹). اما باید دقت نمود که قسمت اخیر ماده فوق، اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز قانونی را هم در حکم غصب دانسته است؛ هر چند که استیلاء بر مال به نحو عدوان نباشد. در واقع، هر شخصی که بدون مجوز قانونی مال دیگری را تصاحب کند، غاصب محسوب می‌شود و احکام غصب بر تصرف او مترتب می‌گردد. لذا برای تحقق عنوان غصب، لزوماً نیازی به وجود علم و آگاهی و سوء نیت نیست بلکه صرف عدم وجود مجوز قانونی کفایت می‌کند. حال در صورتی که غاصب پس از استیلاء بر مال، اقدام به ایجاد مستحذات از جمله احداث بنا و غرس اشجار نماید، مشهور فقها معتقدند که مالک می‌تواند قلع و قمع ابنیه یا اشجار را مطالبه کند ولو اینکه این امر موجب ضرر غاصب گردد (امام خمینی (ره)، ۱۳۹۲، ج ۲: ۲۰۰). دلیل این امر را باید در قاعده اقدام جستجو نمود. در حقیقت، غاصب با احداث بنا روی عرصه متعلق به دیگری، به ضرر خود اقدام نموده و در صورت مطالبه مالک عرصه، می‌بایست تمام هزینه‌های مربوط به قلع و قمع بنا و اعاده زمین به حالت پیش از غصب را متحمل شود. از سوی دیگر، قاعده غصب نمی‌تواند منجر به افزایش دارایی مالک گردد؛ در واقع، مقصود از

قاعده غصب این است که مال مغضوبه در شرایط قبل از غصب قرار گرفته و به همان نحو به مالک ردّ شود و یا در صورت تلف مال یا ایراد خسارت به آن، از مالک جبران خسارت گردد. اما قاعده غصب نمی تواند منجر به قرار گرفتن اموال مالک در شرایطی بهتر از حالت پیش از غصب باشد، زیرا این امر منجر به «دارا شدن ناعادلانه» مالک گردیده و کسب منفعت از این طریق، از نظر شرع و قانون پذیرفته نیست. به همین دلیل است که فقها، حق غاصب در باز پس گیری اعیانی ایجاد شده در مال مغضوبه توسط وی را به رسمیت شناخته اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه.ق، ج ۷: ۵۱). بنابراین، «قاعده الغاصب یؤخذ بأشَقِّ الأحوال»، در مورد اموال غاصب جریان نمی یابد و قسمت اخیر ماده ۳۱۴ قانون مدنی نیز به این نکته اشاره نموده است.

التهایه، با وجود صراحت دیدگاه فقها و مقنن در مورد غصب اموال، صدور حکم به «شُرکت قهری» در عرصه و اعیان، از دو جهت مورد انتقاد است و توجیه آن را دشوار می نماید: اول. با عنایت به قاعده مزبور، نمی توان برای جلوگیری از ضرر غاصب در نتیجه قلع و قمع بنا، حقوق مالک را نادیده گرفت. زیرا این غاصب بوده که بدون مجوز قانونی بر عرصه متعلق به مالک تسلط پیدا کرده و همانطور که بیان شد، از نظر فقها، علم یا جهل غاصب و به عبارت دیگر حسن نیت یا سوء نیت او، در اجرای قواعد غصب، مؤثر نیست. بنابراین در تراحم قاعده غصب با قاعده لاضرر، حق مالک اولی است و باید ترجیح داده شود. دوم. این احتمال وجود دارد که با صدور حکم به شرکت قهری مالک و غاصب در عرصه و اعیان، مالک عرصه به واسطه دارا شدن سهم مشاعی از اعیانی احداث شده توسط غاصب، در وضعیتی مطلوب تر نسبت به حالت پیش از غصب قرار گرفته و این امر منجر به دارا شدن ناعادلانه وی گردد که سبب شرعی و قانونی ندارد.

## ۲-۲. قاعده منع تملیک قهری

در رابطه با قاعده منع تملیک قهری میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. در حقیقت، مسأله این است که آیا می توان بدون قبول شخص در دارایی وی تصرف نمود؟ تصرفات یکجانبه در دارایی اشخاص بصورت منفی جز در موارد استثنائی همچون حق شفعه مورد پذیرش نیست. اما تصرفات مثبت در دارایی اشخاص، به آن معنا که بدون اراده وی، مالی داخل در دارایی وی گردد، نیاز به بررسی بیشتری دارد. لازم به ذکر است که مراد از عبارت «تملیک قهری»، تملیک یک جانبه مال به دیگری است و هیچ گاه معنای تملیک با زور و غلبه مد نظر نیست (جعفری

۱. «و لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب فلا شيء عليه لعدم نقصان ولا له، لأن الزيادة حصلت في مال غيره إلا أن تكون الزيادة عيناً من مال الغاصب كالصبيغ فله قلع، لأنه ماله إن قبل الفصل ولو بنقص قيمة الثوب جمعاً بين الحقين.»

لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۰۲). برخی از فقها، با استناد به قاعده فوق، اعتباری برای «ایقاع مملک» قائل نمی‌باشند. البته مراد از ایقاع مملک در اینجا، انتقال مال به دارایی شخص دیگر بدون تراضی با اوست؛ در حالی که گاه می‌توان اقدام به تملک مال از طریق عمل حقوقی یکجانبه همچون حیازت مباحات نمود که خود نوعی ایقاع مملک است. در واقع، هر نوع انتقال مالکیت باید به موجب اسباب شرعی و قانونی صورت گیرد. بنابراین، اگر سبب قانونی برای تملیک و تملک تحقق نیابد، مالکیت سابق زائل نشده و مالکیت جدیدی هم ایجاد نمی‌گردد. فقها در مورد برخی معاملات همچون وصیت و وقف، اشاراتی به این قاعده داشته‌اند که از آن جمله کتاب مسالک الأفهام شهید ثانی است (شهید ثانی: ۱۴۱۳ ه. ق، ج ۵: ۳۱۳).<sup>۱</sup> همچنین امام خمینی (ره) در مبحث وصیت نوشته‌اند: «تملک الموصی له متوقف علیه [القبول]، فلا یتملک قهراً. فالوصیة من الإیقاعات، لکنها جزء سبب للملکیة فی الفرض.» (امام خمینی: ۱۳۹۲، ج ۲: ۱۰۲). بنابراین، از نظر ایشان اگرچه وصیت تملیکی ایقاع است اما برای تحقق مالکیت موصی له، قبول وی لازم است. برخی از فقها همچون فاضل مقداد نیز صراحتاً به این قاعده اشاره نموده و ذیل آن بحث‌هایی مطرح کرده‌اند: «قاعده: لا یدخل فی ملک إنسان شیء قهراً...» (فاضل مقداد، ۱۳۶۱ ه. ش: ۳۴۵). شیخ محمد حسن نجفی نیز در کتاب جوهر الکلام به این قاعده اشاره کرده و تملیک عین یا منفعت به دیگری بدون قبول وی را خلاف اصل می‌داند (نجفی، بی تا، ج ۲۸: ۶-۸).

از طرف دیگر، برخی فقها وجود این قاعده در فقه امامیه را نپذیرفته‌اند که از آن جمله طباطبایی یزدی است. در حقیقت، مطابق با نظر این فقیه، هیچ مانع عقلی جهت تملیک قهری مال به دیگری وجود ندارد و مؤید آن وقف است که قبول موقوف علیه، از ارکان این عقد نیست (یزدی، ۱۳۹۲ ه. ش، ج ۲: ۶۸۹).<sup>۲</sup> البته عقد یا ایقاع بودن وقف، مورد اختلاف فقها است و برخی از آنان میان وقف عام و خاص قائل به تفصیل شده‌اند.<sup>۳</sup>

برخی از حقوق دانان نیز معتقدند که هیچ شخصی نمی‌تواند بدون قبول دیگری مالی را در مالکیت وی داخل نماید. در واقع، تملیک یک‌جانبه که تعهد بدوی نامیده می‌شود، معتبر به نظر نمی‌رسد (شهیدی، ۱۴۰۲: ۲۰۱). همین حقوق دانان، در جای دیگری صراحتاً به قاعده منع تملیک قهری اشاره نموده و می‌نویسد: «جز در موارد استثنائی مانند ارث، هیچ حق مالی برای شخص به وجود نمی‌آید و هیچ مالی در دارایی او وارد نمی‌شود، مگر به اراده او. بنابراین، هیچ شخصی نمی‌تواند بدون اراده دیگری، مالی (اعم از عین یا منفعت یا حق) را داخل در دارایی او کند»

۱. «دخال شیء فی ملک الغیر بدون رضاه بعید، و لأصالة بقاء الملك علی مالکة بدونه.»

۲. «أنه لا مانع منه عقلاً و مقتضی عموماً الوصیة ذلک مع أن الملك القهری موجود فی مثل الوقف.»

۳. برای مطالعه بیشتر ر.ک. به: علامه حلی، ۱۳۷۴، ج ۶: ۴۲۸.

(شهیدی، ۱۴۰۱: ۲۹۹). از طرف دیگر، برخی با استناد به نظرات فقهی مذکور، بر بطلان قاعده منع تملیک قهری نظر داده و وصیت تملیکی را نیز از ایقاعات دانسته‌اند (جعفری لنگروی، ۱۳۹۲، ۱۴۸). این حقوقدان در رد قاعده مذکور به نظری از محقق قمی استناد می‌کند که به موجب آن زوجه در عقد نکاح می‌تواند شرط کند که قسمتی از مهر وی، ملک ثالث باشد و بدین ترتیب، قسمتی از مهر که وارد ملکیت زوجه گردیده، به ملکیت ثالث وارد شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۱۴۱). مطابق با این دیدگاه، مدلول ماده ۱۹۶ قانون مدنی، دلالت بر صحت عموم تعهدات به نفع ثالث دارد زیرا این نوع از تعهدات که مبتنی بر احسان است، لطمه‌ای به استقلال و آزادی اراده شخص وارد نخواهد کرد، بلکه وجود امکان رد آن، مانع از هرگونه تجاوز به حقوق ثالث می‌گردد.

اما باید دقت نمود که اساساً تصرف در دارایی اشخاص خواه تصرف منفی باشد خواه مثبت، با استقلال وی منافات دارد؛ زیرا به تعبیر برخی از حقوق‌دانان، الزام طرف تملیک به قبول یا رد آن، خود موجب تکلف وی می‌گردد. همچنین این نظر که تملیک‌های رایگان اگر با قصد احسان باشد، نیازی به قبول ندارد و بصورت قهری داخل در دارایی شخص می‌گردد، ناصواب است؛ زیرا در این صورت می‌بایست تمام تملیک‌های رایگان از جمله هبه و عقد موجد حق انتفاع را نیز ایقاع دانست؛ در حالی که مقنن همه این موارد را منوط به تراضی با طرف تملیک دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۹۰ (الف): ۴۴۳).

در تطبیق رأی مورد نقد با قاعده «منع تملیک قهری»، نکته مهم این است که مالک عرصه و صاحب بنا به ترتیب نسبت به عرصه و اعیان مالکیت دارند. حال بر چه اساسی می‌توان با نادیده انگاری قاعده منع تملیک قهری، هر کدام از این دو شخص را بصورت مشاع، مالک عرصه و اعیان تلقی نمود؟ در واقع، به موجب این رأی، دادگاه با احراز مالکیت خانم ز. آ نسبت به عرصه ملک و احراز تصرفات خواننده دعوی (آقای ع. ه) بصورت ایجاد مستحدثات، حکم به شرکت قهری آنان در مجموع عرصه و اعیان صادر نموده است. پس دو تملیک بصورت قهری صورت گرفته است: تملیک سهم مشاعی از عرصه به صاحبان اعیان و نیز تملیک سهم مشاعی از اعیان به صاحب عرصه. مطالب پیش‌گفته ناظر به جنبه مثبت قاعده منع تملیک قهری بود. اما از حیث جنبه منفی قاعده نیز، دو مرتبه سلب مالکیت صورت گرفته است: سلب مالکیت قسمتی از عرصه از خواهان بصورت مشاع و سلب مالکیت بخشی از اعیان به همین نحو از خواننده. استثنائات قاعده مزبور در فقه امامیه و حقوق ایران، همچون ارث، أخذ به شفعه و تملک اراضی برای اجرای طرح‌های عمرانی، بطور مشخص بیان گردیده و در مورد برخی مصادیق همچون وصیت تملیکی و وقف هم اختلاف نظر وجود دارد. اما در مورد حکم به شرکت قهری در پی ایجاد مستحدثات در اموال مغضوبه، نه در قانون ایران و نه در فقه جعفری هیچ بحثی مطرح نشده است؛

فذا می‌بایست به قاعده «منع تملیک قهری» رجوع نمود و بر این اساس، رأی صادره به جهت مخالفت با این قاعده، محل تأمل است.

## ۲-۳. اصل عدم ولایت

اصل «عدم ولایت» از مفاهیم مرتبط با اصل آزادی اراده و استقلال فردی در فقه و حقوق است و به‌طور عمده بر این موضوع تأکید دارد که ولایت به عنوان نوعی سلطه و اختیار بر دیگران، استثنایی بر اصل استقلال افراد است و نیازمند دلیل شرعی یا قانونی خاص است. برخی از فقها همچون سید بحر العلوم در کتاب بلغه الفقیه بطور مفصل به این اصل پرداخته و مبانی عقلی و نقلی آن را بیان نموده‌اند (بحر العلوم، ۱۳۶۲ ه. ش، ج ۳: ۲۱۳).<sup>۱</sup> همچنین برخی فقیهان نیز در مواردی صراحتاً به این قاعده استناد نموده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ ه. ق، ج ۲۷: ۱۱۶).<sup>۲</sup>

در ما نحن فیه، تصرف یک‌جانبه در دارایی دیگران حتی اگر بر دارایی وی بیفزاید، خود نوعی ولایت است که فاقد دلیل شرعی یا قانونی خاص است. همانطور که گذشت، ممکن است گفته شود که با وجود پیش‌بینی امکان رد تملیک، دیگر ولایتی بر دیگران متصور نبوده و تجاوزی نیز به حقوق ثالث صورت نخواهد گرفت؛ اما همچنان برخی اساتید حقوق گفته‌اند، «همین اندازه که شخص بتواند بدون رضای دیگری بر دارایی او بیفزاید و مالک را ناچار از رد عمل سازد، رنگی از ولایت است و مخالف آزادی» (کاتوزیان، ۱۳۹۰ (الف): ۴۳۳). از سوی دیگر، زمانی که دادرسی اقدام به صدور حکم می‌نماید و مالی را بصورت یک‌جانبه در دارایی شخص وارد می‌سازد، محکوم‌له حق رد عمل دادرسی را نخواهد داشت. بنابراین، مقام قضایی بدون وجود دلیل شرعی یا قانونی خاص و بر خلاف اصل عدم ولایت، در دارایی دیگران تصرف خواهد نمود.<sup>۳</sup>

## ۲-۴. بررسی «اذن به شاهد حال» و «سکوت خواننده دعوی»

در یک تقسیم‌بندی، اذن بر اساس کیفیت تحقق، به سه قسم صریح، فحوی (ضمنی) و شاهد حال منقسم می‌گردد. اذن صریح، به دلالت مطابقی یا تضمینی و اذن ضمنی نیز به دلالت عقلی، عرفی و یا عادی از لفظ فهمیده می‌شوند. اما اذن به شاهد حال، قرینه‌ای است حالیه که دلالت بر رضایت به تصرف دارد، مانند دوستی و خویشاوندی و نظایر آن؛ و به عبارت دیگر: رابطه‌ای که ملاحظه

۱. «هذا ولا ريب في أن مقتضى الأصل الأولى عدم الولاية بجميع معانيها لأحد على أحد لأنها سلطنة حادثه، و الأصل عدمها...»

۲. «لو غاظ الحاكم الحالف لا يجب على الحالف قبول التغليظ ولا يجوز للحاكم إجباره عليه لأصالة عدم وجوب قبول ذلك عليه، و أصالة عدم الولاية على إجباره.»

۳. برای مطالعه بیشتر در خصوص اصل عدم ولایت ر.ک به: یزدانیان و دیگران، ۱۳۹۱: ۲۳۹-۲۴۱.

آن، اطلاع بر رضایت مالک و عدم ممانعت او از آن را به همراه دارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ ه.ق، ج ۲: ۵۰۷).<sup>۱</sup> همچنین نراقی در کتاب عوائد الأيام در مورد اذن به شاهد حال می نویسد: «فلان المفروض حصول العلم بالإذن بسبب شهادة تلك الحال، و لم يثبت أنه يشترط في تأثير الإذن كونها معلومة بلفظ دال، فإنه ورد أنه: «لا يحل مال امرأة مسلم إلا بطيب نفسه» و لم يقيد بأنه تجب أن تكون معلومية طيب نفسه بلفظ، فالثلاثة معتبرة شرعا، مترتب عليها ما يترتب على الإذن.» در واقع، فرض بر این است که علم به اجازه به واسطه شهادت آن وضعیت، حاصل می شود و ثابت نشده است که شرط تأثیر اجازه، معلوم بودن آن به لفظ دلالت کننده بر آن باشد. زیرا آمده است که: «مال هیچ مسلمانی جز با رضایت خودش حلال نیست» و قید نشده است که باید معلوم بودن رضایت او به لفظ باشد. بنابراین، هر سه نوع اذن، از نظر شرع معتبر هستند و آنچه بر اجازه مترتب است، بر آن‌ها نیز مترتب می شود (نراقی، ۱۳۷۵ ه.ش: ۳۵). همین فقیه بیان می کند: به طور اجماعی و بر اساس اخبار، جواز تصرف در مال دیگران و خوردن آن به صرف رضایت و اذن او ثابت است. بنابراین، هر چیزی که این موضوع را روشن کند، حکم به جواز تصرف می شود، چه با اذن صریح یا فحوی باشد چه با اذن به شاهد حال» (نراقی، ۱۳۷۵ ه.ش: ۴۰).<sup>۲</sup>

نکته مهم در موضوع مورد بحث این است که قضاوت صادر کننده رأی، صرف «سکوت» مالک را قرینه‌ای بر اذن او نسبت به معامله فضولی و تصرفات خریدار دانسته و بدین ترتیب رضایت وی را استنباط نموده‌اند. مشهور فقهای اسلامی به دلیل اهمیت و حساسیت مبحث معاملات، سکوت مالک را در صورتی که بدون قرینه باشد، حاکی از رضایت وی نسبت به معامله ندانسته‌اند. توضیح اینکه گاه سکوت محض است و گاه همراه با قرینه‌ای اعم از فعل یا اشاره است که دلالت بر رضایت مالک نسبت به انعقاد معامله دارد (سکوت محفوف به قرینه). شهید ثانی در مورد اجازه مالک نسبت به عقد فضولی نوشته است: «و لا يكفي في الإجازة السكوت عند العقد مع علمه به، أو عند عرضها أي الإجازة عليه، لأن السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه.ق، ج ۳: ۲۳۴). محقق حلی نیز در کتاب شرایع نوشته است: «فلو باع ملك غيره وقف على إجازة المالك أو وليه على الأظهر ولا يكفي سكوته مع العلم ولا مع حضور العقد» (محقق حلی، ۱۴۰۸ ه.ق، ج ۲: ۸). خلاصه اینکه مشهور فقها جز در موارد استثنایی همچون سکوت دختر باکره در مورد ازدواج (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۴: ۵۰۲)، سکوت را دارای اثر شرعی و حقوقی نمی دانند (لا

۱. «القرينة الحالية الدالة على الرضا بالتصرف كالصدقة و القرابة و نظائر ذلك و بعبارة اخرى: رابطة توجب ملاحظتها الاطلاع على رضا المالك به و عدم منعه عنه.»

۲. «ثبت بالإجماع و الأخبار جواز التصرف في مال الغير و أكله بمجرد رضا و إذنه، فكل ما علم ذلك يحكم بإباحة التصرف، سواء علم بالإذن الصريح أو الفحوى أو شاهد الحال.»

۳. برای مطالعه بیشتر در خصوص اقسام اذن، رک به: هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۱: ۳۶۰-۳۶۱.

ینسب لساکت قول). قانون مدنی ایران نیز در ماده ۲۴۹ مقرر می‌دارد: «سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد اجازه محسوب نمی‌شود.» در حقیقت، سکوت محض اعم از رضاست و این یک قاعده بین‌المللی است که در حقوق اکثر کشورهای خارجی نیز مورد توجه بوده است (اصغری خاتونی و غریبه، ۱۳۹۳: ۱۵). حقوقدانان ایرانی، ضمن توجه به تفکیک میان سکوت محض و سکوت همراه با قرینه، نوشته‌اند: «ساکت وضع مبهمی دارد و به درستی نمی‌توان فهمید که مقصود او مخالفت با وضعی است که با آن رو به رو شده یا موافق آن است» (کاتوزیان، ۱۳۹۰ (الف): ۶۹). در حقیقت، سرّ عدم اعتبار سکوت در معاملات، عدم امکان کشف قصد و اراده ساکت است و بنابراین ضرب‌المثل عرفی «سکوت علامت رضاست»، ارزش حقوقی ندارد (شهیدی، ۱۴۰۲: ۱۴۷). البته گاهی اوقات مقنّن، این قاعده را کنار گذاشته و خلاف آن را مقرر نموده است که از آن جمله می‌توان به مواد ۵۰۱ قانون مدنی و ۲۵۱ قانون امور حسبی اشاره کرد.

در تطبیق موضوعات پیش‌گفته بر رأی مورد بحث، صرف عدم اقدام و سکوت مورث خواهان (آقای م.ع) نسبت به تصرفات آقای ع.ه، نمی‌تواند دلالتی بر رضایت وی نسبت به معاملات فضولی صورت گرفته و احداث بنا در عرصه داشته باشد. زیرا همانطور که گذشت، ماده ۲۴۹ قانون مدنی در این زمینه صراحت داشته و قاطبه فقهای امامیه و حقوقدانان ایران نیز بر آن صحه گذاشته‌اند. به ویژه آنکه مطابق با گردش کار پرونده، مورث خواهان یک‌سال پس از احداث بنا در ملک، مخالفت خود را با تصرفات خوانده اعلام نموده و به نوعی معامله فضولی را رد کرده است. بنابراین، رأی صادره، از این جهت نیز محل اشکال است.

## ۲-۵. بررسی اسباب شرکت قهری

شرکت عبارت است اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه (ماده ۵۷۱ قانون مدنی). اسباب تحقق شرکت دو گونه است. گاهی اوقات شرکت قهری است؛ یعنی در نتیجه ارث و یا امتزاج قهری دو مال بدون اختیار شرکا ایجاد می‌گردد و گاهی نیز اختیاری است که این قسم می‌تواند در نتیجه عقد شرکت و یا حیازت یک مال بصورت مشترک ایجاد شود. آنچه که مقصود قضات صادر کننده رأی بوده، ظاهراً به «مزج غیر ارادی عرصه و اعیان» در نتیجه احداث بنا در ملک مغضوبه مربوط است. محقق حلی در تبیین امتزاج دو مال که منجر به ایجاد شرکت قهری می‌گردد، نوشته است: «کل مالین مزج أحدهما بالآخر بحيث لا یتمیزان تحققت فیها الشرکه اختیاراً کان المزج أو اتفاقاً. و یتث ذلک فی المالین المتمثلین فی الجنس و الصفه سواء كانا أثماناً أو عروضاً» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۰۵). بنابراین، رکن اصلی شرکت قهری در نتیجه امتزاج اموال این است که نتوان آن دو را از یکدیگر تفکیک نمود. در غیر این صورت، شراکت از طریق مزج

اموال قابل تحقق نخواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۰۵).<sup>۱</sup> به عنوان نمونه، اگر کسی پارچه متعلق به غیر را غصب نموده و آن را با رنگ متعلق به خود، رنگ آمیزی نماید، در صورت عدم امکان جداسازی رنگ از پارچه، بر اساس نظری در فقه، مالک پارچه نمی تواند غاصب را مجبور به جداسازی رنگ کند و در نتیجه هر دو در مال شریک خواهند بود و این نوع شراکت، قهری است (طوسی، ۱۳۸۷ ه. ق، ج ۳: ۷۸). در مانحن فیه، عرصه و اعیان از مواردی نیستند که قابل تفکیک نباشند. در حقیقت، در صورت احداث بنا روی عرصه، هر یک از عرصه و اعیان می تواند دارای مالک مستقل باشد؛ کما اینکه در عمل نیز گاه اتفاق می افتد که یک سند برای عرصه و سندی دیگر نیز برای اعیانی یک ملک صادر می گردد. از آن جمله می توان حالتی را مثال زد که عرصه ملک، وقف گردیده و سند آن به نام وقف صادر شده است؛ در این صورت ممکن است که تنها سند مالکیت اعیان به نام مستأجرین موقوفه صادر شود. از طرف دیگر، همانطور که گذشت، هیچ یک از فقها قائل به تحقق امتزاج اموال و شرکت قهری در صورت تصرف در مال مغضوبه نبوده و بنابر این، تحقق شرکت قهری در موضوع رأی، محل تأمل است.

## ۲-۶. ضرورت حل و فصل اختلافات به نحو قاطع و صلح اجتماعی

تحمیل شراکت ناخواسته بر مالکین عرصه و اعیان، علاوه بر نداشتن مبانی موجه فقهی و حقوقی، آغازگر نزاع‌های جدید متعدد میان شرکا در خصوص تصرف و اداره مال مشاع بوده و بدیهی است که این امر با ضرورت حل و فصل اختلافات به طور قاطع و نهایی و صلح اجتماعی نیز ناسازگار است. در حقیقت، هدف مالک از مراجعه به محکمه و دادخواهی، رسیدن به حق خویش با صدور رأی منجز و نهایی است؛ در حالی که صدور رأی مبنی بر شرکت قهری، می تواند به اختلافات موجود میان مالک عرصه و غاصب، دامن زده و علاوه بر طرح دعوی متعدد در خصوص حقوق مشاعی مالکین، هزینه‌های هنگفتی را به آنان و دستگاه قضایی کشور تحمیل نماید.

## ۳. نظریه «تلف حکمی»

برخی از حقوق دانان، با در نظر گرفتن مصالح اجتماعی و اقتصادی، دیدگاهی متفاوت با نظر مشهور فقها ارائه نموده‌اند. بر اساس این دیدگاه، هر گاه در اثر جداسازی و قلع و قمع ابنیه یا اشجار، مال مغضوب از مالیت بیفتد، یا آن چنان در نظر عرف بی ارزش گردد که قیمت چندانی نداشته باشد، در حکم مال تلف شده است و در صورت مطالبه مالک، غاصب باید بدل آن اعم از مثل یا قیمت

۱. «أما ما لا مثل له كالثوب و الخشب و العبد فلا يتحقق فيه بالمرج بل قد يحصل بالإرث أو بأحد العقود الناقلة كالاتباع و الاستيهاب.»

را بدهد (کاتوزیان، ۱۳۹۰ (ب): ۲۰۵؛ صفایی و رحیمی، ۱۴۰۲: ۲۳). تلف حکمی وضعیتی است که مال در عالم خارج موجود است اما به دلیل عدم دسترسی و زوال سلطنت مالک بر آن، در حکم مال تلف شده است؛ مانند آنکه مال به عقد لازم به دیگری منتقل شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۲: ۶۱۷).

در حالی که با وحدت ملاک از ماده ۳۱۳ قانون مدنی، قانون‌گذار ایران همان نظریه مشهور فقها را پذیرفته است، به نظر می‌رسد که در برخی موارد، ضرر و زبانی که از قلع و قمع بنا به خریدار با حسن نیت وارد می‌آید، در مقایسه با نفعی که عاید مالک می‌گردد، بسیار هنگفت باشد. در چنین مواردی، در صورت پافشاری مالک بر تخریب بنا، می‌توان با استناد به قواعدی همچون «سوء استفاده از حق» و قاعده «منع افراط و تفریط»، خط بطلان بر تقاضای مالک کشید و با استناد به نظریه تلف حکمی، مال مغضوب یا مستحذات ایجاد شده روی آن را تلف شده محسوب نمود. این دیدگاه به ویژه در مواردی که خریدار عرصه بدون اطلاع از غصبی بودن مال و با حسن نیت، اقدام به خرید آن کرده، با مصالح اقتصادی و اجتماعی جامعه از جمله صیانت از اعتبار اسناد رسمی و جلوگیری از طرح دعاوی متعدد در سیستم قضایی کشور نیز سازگارتر است (آجری آیسک و محمدحسینی، ۱۴۰۲: ۶ و ۸).

به نظر می‌رسد که صدور حکم به دادن بدل مال مغضوبه با دست‌آویزی به قواعد تلف حکمی و ارائه تفاسیر اقتصادی که دارای مبانی فقهی نیز است (قاعده لاضرر)، مطلوب و موجه‌تر باشد. در حقیقت، با اعمال قاعده تلف حکمی، جبران مناسب‌تر و کامل‌تری از خریدار با حسن نیت به عمل می‌آید؛ زیرا تحمیل شراکت ناخواسته بر مالکین عرصه و اعیان، علاوه بر دشواری‌هایی که برای آنان ایجاد می‌نماید، متضمن ضرر ناشی از مشاعی بودن مال نیز خواهد بود؛ زیرا بدیهی است که در عرف معاملات، مال مشاع نسبت به غیر مشاع ارزش‌گذاری کمتری خواهد شد.

حال با توجه به قانون جدید التصویب الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول (مغضوب ۱۴۰۳/۰۷/۱۸)، دو حالت قابل تصور است: گاهی، عرصه ملک مغضوب بصورت رسمی و پس از انجام تشریفات مقرر در قانون فوق، به خریدار با حسن نیت منتقل گردیده که در این صورت از آنجایی که سند رسمی به نام خریدار تنظیم شده، بهتر است قاعده تلف حکمی را در مورد مالک عرصه اعمال نموده و بدین جهت، وی مستحق قیمت روز عرصه خواهد بود. اما فرض دوم حالتی است که غاصب، عرصه ملک را بدون رعایت تشریفات مربوط به معاملات اموال غیر منقول به ثالث با حسن نیت انتقال داده و او نیز اقدام به ایجاد مستحذاتی در ملک نموده است. در چنین مواردی که دارنده سند رسمی همان مالک اولیه است، به نظر می‌رسد که اعمال قاعده تلف حکمی در مورد مالک اعیانی احداث شده (غاصب)، عادلانه‌تر بوده و با نظم عمومی حاکم بر معاملات نیز

همخوانی بیشتری داشته باشد. بنابراین، در این فرض، با احترام به مالکیت مالک عرصه، مجموع ملک مشتمل بر عرصه و اعیان به او برگردانده خواهد شد و از سوی دیگر، خریدار با حسن نیت که با ایجاد مستحکات در ملک، حقی را اعمال کرده، مستحق دریافت عوض آن به قیمت روز خواهد بود.

این دیدگاه، با مصالح اجتماعی نیز سازگاری بیشتری داشته و باعث می‌گردد که خریدار در هنگام معامله، دقت بیش تری از لحاظ بررسی مالک اصلی بنماید. همچنین، مبانی این نظریه در آراء وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۵ و شماره ۸۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۰۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز مشاهده می‌گردد. مطابق رأی اخیر، جبران غرامت خریدار با حسن نیتی که از مستحق‌الغیر بودن مبیع بی اطلاع بوده، نه بر اساس قواعد مربوط به خسارت تأخیر تأدیه، بلکه بر مبنای عموماً قانونی مربوط به نحوه جبران خسارات از جمله صدر ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، عنداللزوم با ارجاع امر به کارشناس و بر اساس میزان افزایش قیمت (تورم) اموالی که از نظر نوع و اوصاف مشابه همان مبیع هستند، تعیین می‌شود و موضوع از شمول ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ خارج است. این رأی از آن جهت که امکان جبران مناسب‌تر و کامل تری را برای خریدار با حسن نیت فراهم می‌آورد، به انصاف نزدیک‌تر بوده و مورد تأیید است.

بر همین اساس، دادگاه‌ها در موارد زیادی با احراز شرایط پیش‌گفته و ملاحظه وضعیت طرفین پرونده، مبادرت به صدور رأی بر اساس نظریه تلف حکمی نموده‌اند. در ادامه یک نمونه از آرائی که با استناد به این نظریه صادر گردیده، عیناً آورده می‌شود.

شماره دادنامه	۱۴۰۱۳۶۳۹۰۰۰۲۲۵۲۶۳۷
خواسته	ابطال مبیعه نامه فروش ملک مشاعی
مرجع رسیدگی	شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان الشتر
تاریخ صدور	۱۴۰۱/۰۶/۱۵

«در خصوص دعوی خانم ه.ف.ع و الف.ع با وکالت آقای س.ب به طرفیت خانم‌ها و آقایان ۱-ع.ح.ع ۲-ع.ع ۳-خ.ع ۴-ش.ع ۵-م.ع ۶-ف.ح ۷-غ.ع ۸-ق.ح، به خواسته اعلان بطلان مبیعه‌نامه مورخه ۶۴/۱۱/۱۵ فی مابین آقایان، ع.ح.ع و ق.ح به انضمام خسارات دادرسی به شرح دادخواست تقدیمی؛ که وکیل خواهان‌ها توضیح داده خواننده ردیف اول مورخه ۶۵/۱۱/۱۵ اقدام

به فروش ملک مشاعی به آقای ق.ح نموده است در حالی که موکلین علی‌رغم سهم داشتن در ملک پدری آن را تأیید با امضاء نموده و فروشنده بدون اذن و اجازه سایر وراثت و موکلین اقدام به معامله نموده‌اند، لذا تقاضایی به شرح ستون خواسته مورد تقاضاست. خواندگان ضمن اقرار ضمنی بر اینکه ملک موضوع معامله ورثه‌ای بوده لیکن توافق شفاهی بر این امر وجود داشته با این حال فروخته‌اند. با توجه به اوراق و محتویات پرونده:

نخست: نظر به انتقالات بعدی و ساخت اعیانی به تاریخ مرقوم و موجود نبودن عین معامله و تبدیل آن به ساختمان و أخذ سند رسمی و در صورت نپذیرفتن خواسته مزبور و اقامه دعوی بعدی دایر بر دعوی خلع ید و قلع و قمع آن که متحمل خسارات زیادی بوده و چند برابر عرصه به صاحب سند رسمی خسارات وارد می‌نماید و از طرفی ثالث سوء نیتی نداشته و حسب اظهارات و اوضاع و احوال پرونده که وکیل خواهان‌ها به آن معترض نگردیده، از غصبی بودن آن مطلع نبوده‌اند، فرضی که طرفین متحمل ضرر جبران ناپذیر بالأخص مالکین و خریدار با حسن نیت نگردد و تمامی حقوقی آنها جبران شود، تلف حکمی است. دادگاه با احراز نقل من غیر حق از سوی خوانده ردیف اول به خوانده ردیف هشتم و غصب بودن عمل ارتكابی و تطبیق آثار معاملات فضولی بر آن، لیکن تکلیف اصلی غاصب آن است که خوانده ردیف هشتم مال غصب شده را عیناً به مالک آن رد کند (ماده ۳۱۱ ق.م). این تکلیف در واقع تعهد به تضمین نتیجه دانسته شده است. برای همین غاصب در هر صورت مکلف به اجرای آن است و هیچ عذری، هر چند مستحق استرداد نیز نمی‌تواند عامل موجهی برای عدم اجرای تکلیف باشد و در صورت تلف، چه حقیقی یا حکمی، مثل یا قیمت آن بر عهده او ثابت می‌گردد. فقیهان تلف حقیقی و شرعی حکمی را در مباحث و ابواب مختلف مطرح نموده‌اند از جمله در بیع معاطاتی این بحث مطرح شده است که در معاطات بنا بر قول به عدم لزوم بیع معاطاتی، با تلف حقیقی یکی از دو عوض یا تلف شرعی به مانند نقل آن به عقد لازم، معامله لازم می‌شود (محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۳۰). همچنین در باب خیارات بین فقیهان در خصوص خیار غبن و نیز خیار عیب اختلاف شده است که آیا با تلف حکمی، عین ساقط شده و حق فسخ از بین می‌رود یا خیر؟ امام خمینی در این زمینه با تعبیر (ما بحکم) یعنی آنچه در حکم تلف است، حق فسخ را ساقط می‌داند (امام خمینی (ره)، تحریر و سیله، ج ۱، ص ۵۲۹) و همچنین عدم دسترسی به مال مانند افتادن مال در دریا را از اسباب تلف حکمی محسوب داشته‌اند. محقق عراقی در این خصوص می‌نویسد: «آن چه به نظر عرف در حکم تلف است نیز به تلف ملحق می‌شود مانند این که کالا به دریا افتد.» حال در مورد فرض پرونده که آیا از مصادیق تلف حکمی است و غصب صورت پذیرفته از اسباب تلف حکمی به حساب می‌آید، برخی از مراجع معظم تقلید بین عالم و جاهل تفاوت گذاشته‌اند.

بعضی نیز معتقدند یا مالک زمین باید بنا را از غاصب بخرد و یا غاصب قیمت زمین را به صاحب زمین بدهد. آیت الله شبیری زنجانی: «اگر عالم به غضب بود، غاصب هیچ حقی ندارد و مالک می‌تواند زمین را از مال غاصب تخلیه کند. ولی اگر غاصب جاهل بوده، اگر مالک را تخلیه کند ضرر کمتری می‌کند، بنابر احتیاط دیگری ضرر وی را بپردازد و او زمین را تحویل دهد و گرنه بنابر احتیاط ضرر غاصب را جبران کند و او ساختمان را تحویل دهد.» (۱۳۹۷/۱/۲۱) آیت الله علوی گرگانی: «اگر ساختمان مذکور توسط خود شخص غاصب ساخته شده و مالک اصلی، زمین را می‌خواهد باید زمین را به او داد ولو باعث شود که ضرر و زیان فراوانی به غاصب صورت بگیرد (لأن الغاصب یوخذ بأشدد الاحوال) ولی در صورتی که غضب نکرده و نمی‌دانسته که غضب است در حکم تلف است و باید قیمت زمین به قیمت روز داده شود.» (۱۳۹۷/۱/۲۶) آیت الله مکارم شیرازی: «یا باید مالک زمین بنا را از صاحب آن بخرد و یا صاحب بنا قیمت زمین را به صاحب زمین بپردازد و می‌تواند به صورت شریک باقی بماند.» (۱۳۹۷/۱/۲۸) علی ایحال با توجه به مفروض پرونده، خریدار جاهل به موضوع بوده و از سویی با توجه به قاعده عدل و انصاف می‌توان بین عالم به غضب و جاهل تفاوت گذاشت. همانطور که در پاسخ آیت الله شبیری آمده بود؛ زیرا اگر شخصی که از غضبی بودن زمین و مالکیت غیر بر آن آگاه نبوده و با این اعتقاد که زمین را مالک گردیده، ساختمان در آن بنا می‌کند و متحمل هزینه می‌شود را الزام به بازگرداندن مجانی املاک و تخریب نمایم، با عدالت و انصاف سازگار نیست. بنابراین با توجه به جایگاه تلف حکمی در فقه و قوانین موضوعه (مواد ۳۹ و ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، ۱۲۳ ق.آ.د.م، مواد ۲۸۶ و ۴۲۹ قانون مدنی) می‌توان گفت که در مواردی که به لحاظ مستحق للغير بودن مبیع، انتقالات به حکم دادگاه فصولی تلقی شده و یا راجع به ملک انتقالات متعدد صورت گرفته و مستحق للغير در آمده است و یا این مال مورد غضب واقع شده و امکان بازگشت مال وجود ندارد، باید آن را تلف حکمی محسوب نمود و حکم به پرداخت قیمت داد. دوم: در پرونده مطروح و معامله فصولی صورت گرفته نسبت به سهم سایر وراثت و حسب محتویات پرونده و اظهارات طرفین و معطوفاً به اینکه در اجازه، شخص باید رضایت باطنی خویش را به گونه‌ای اعلام کند، لذا اجازه می‌تواند به صورت صریح یا ضمنی انشاء شود. قانون مدنی به تقسیم اجازه به صریح و ضمنی اشاره نموده و در ماده ۶۷۴ قانون مدنی در خصوص عقد وکالت، تقسیم اجازه را به صریح و ضمنی مورد توجه قرار داده است. همچنین مطابق ماده ۲۴۸ قانون مدنی، اجازه مالک نسبت به معامله فصولی حاصل می‌شود به لفظ یا فعلی که دلالت بر امضاء عقد نماید و طبق ماده ۴۱ همان قانون، سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد اجازه محسوب نمی‌شود. در خصوص ماهیت اجازه در معاملات فصولی باید گفت که اجازه مالک در معاملات فصولی هم تصرف فصولی را نافذ می‌کند و هم به فصول منزلتی

در حکم وکیل می‌دهد که دارای همان التزامات وکیل است. بنابراین اگر مالک چنین معامله‌ای را اجازه می‌کند، این امر در گذشته نیز اثر خواهد داشت (سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۸۰). اما اگر اقدامات فضول توسط مالک اجازه نشود، تصرفات انجام شده منشاء اثری نخواهد بود. همچنین تصرفات باطل و فاسد قابل اجازه کردن نیست، چون که در حکم عدم وقوع معامله است. بنابراین معامله فضولی طبق قول مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی غیر نافذ است. مبنای حقوقی این عدم نفوذ و تاثیر اجازه مالک، تفکیک بین قصد و رضا است و اجازه عقد غیر نافذ صرفاً اعلام رضاست نه انشاء (شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۴۳۱). با توجه به مقررات مربوطه به قصد انشاء و رضا در قانون مدنی ایران و نیز فقه امامیه، آنچه عقد را می‌سازد قصد انشا است نه رضایت شخصی که رضایتش برای عقد لازم دانسته شده است؛ بنابراین رضایت مالک شرط اعتبار و نفوذ معامله است (مهدی شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، ص ۴۱). حالیه آیا ضرورتی به اعلام آن هست یا رضایت باطنی که در مفروض پرونده نیز جاری است، کافی است؟ با این وصف که پس از ۳۶ سال سکوت مالکین به ثبت رضایت باطنی کفایت می‌کند؟ در این رابطه دو دیدگاه عمده در فقه وجود دارد: دیدگاه نخست آن است که اجازه اعلام وجود رضایت است و نیاز به انشاء لفظی ندارد، بلکه هر فعل و عملی که عرفاً دلالت بر وجود رضایت به عقد نماید کافی است. (شیخ انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۴۲۲) لذا اگر اجازه مالک تنها (رضا) باشد و قصد را فضول بکند، چهره باطنی آن برای نفوذ عقد کافی است؛ زیرا کامل کننده اراده‌ای است که به وسیله فضول اعلام شده است. پس اجازه در واقع اماره بر حقیقتی است که پنهان مانده است و اراده مالک آفریننده هیچ موجود اعتباری (عقد) نیست و نوعی اخبار به حق محسوب می‌شود. دیدگاه دوم آن است که اجازه یک عمل حقوقی بوده و نیاز به انشاء و اراده دارد (فاضل مقداد سیوری حلی، التنفیح الرائع لمختصر الشرایح، ج ۲، ص ۲۷). لذا اراده مالکی که عقد را نافذ کند، باید اعلام شود و مالک باید اهلیت و صلاحیت لازم برای انجام این عمل حقوقی را دارا باشد. فقها به سببیت اجازه در انتقال مالکیت به مفهوم مرسوم آن یعنی دخالت در عقد و شرکت در ترازی نیست، بلکه به معنای اعطای نمایندگی است. از این جهت است که با اعطای نمایندگی، به معامله بی اثر نفوذ حقوقی می‌بخشد و آثار آن را نسبت به مالک می‌پذیرد و طبق مواد ۲۲۷ و ۲۲۸ قانون مدنی، می‌توان گفت که برای نفوذ عقد غیر نافذ، اعلام رضایت مالک ضروری است و صرف تحقق رضا به معامله غیر نافذ کافی نمی‌باشد (مهدی شهیدی، اصول قرار داده‌ها و تعهدات، ج ۲، ص ۴۶). اما به نظر می‌رسد که با توجه به ماده ۲۴۸ قانون مدنی، از نظریه اول که شیخ انصاری نیز آن را اقوی می‌داند تبعیت نموده باشد، لذا ماده ۱۴۹ که سکوت را دال بر رضا ندانسته، بدین معناست که هر چند فعل و عملی که عرفاً دلالت بر رضا کند، موجب امضای بیع فضولی است ولی سکوت

ولو با حضور در محل عقد مصداق عمل و فعلی نیست که چنین دلالتی داشته باشد. لذا ورثه در طول این مدت از وجود مال (۳۶ سال) اطلاع داشته‌اند و در مرئی و منظر مالکان بوده و نسبت به انجام معامله نیز آگاهی داشته‌اند و هیچ‌گونه اقدامی در این خصوص انجام نداده و ابراز مخالفتی نکرده‌اند، می‌توان بر این لفظ بود که اجازه فعلی صورت گرفته است و عرفاً دال بر وجود رضا بوده و حسب ماده ۲۴۸ همان قانون مدنی امضای فعلی دلالت بر امضای عقد دارد. ماده واحده لایحه قانونی راجع به تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مصوب ۱۳۸۵/۹/۲۷ وضع نموده و یکی از شرایط ماده واحده فوق، عدم احراز سوء نیت متجاوز بوده که این شرط طبیعی است، گرچه قانون نمی‌تواند از شخص فاقد حسن نیت حمایت کند. افزون بر این شرط لازم است میزان ضرر مالک در مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بنا و مستحدثات متوجه طرف می‌شود، به نظر دادگاه نسبت جزئی باشد. همچنین گفته می‌شود که قانون یاد شده تنها در املاک مجاور یکدیگر قابلیت اجرا دارد. این در صورتی است که این ماده را استثنایی دانسته و آن را تفسیر مضیق نماییم ولی با توجه به مبنای این ماده که می‌تواند قاعده لاضرر باشد، باید آن را در محدوده نص تفسیر نموده، بلکه بطور موسع تفسیر نماییم و آن را به موارد مشابه سرایت دهیم. النهایه، دادگاه نظر به استدلال مارالذکر و مواد مرقوم و ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی، به بطلان دعوی اقامه شده انشاء رأی می‌شود؛ رأی صادره حضوری و ظرف مدت بیست روز پس از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان لرستان است.»

### نتیجه گیری

گاهی تحولات اقتصادی جامعه و مشکلات ناشی از آن، اجرای قواعد مسلم و پذیرفته شده فقهی و حقوقی را با سختی رو به رو ساخته و عمل به مرّ قانون را دشوار می‌نماید. در این شرایط، دادرسان دادگاه‌ها به دنبال یافتن طرقی برای تعدیل این قواعد، به قواعد فقهی و حقوقی مختلفی دست یازیده تا بلکه از مشکلات بعدی ناشی از اجرای نصّ قانون رهایی یابند و آرائی منطبق با انصاف و عدالت صادر کنند. در شرایطی که اعمال قواعد سنتی غضب اموال می‌تواند ضرر جبران ناپذیری به خریدار با حسن نیت مال مغضوبه وارد نماید و مالک عرصه بدون توجه به این مشکلات، بر حق شرعی و قانونی خود در رابطه با قلع و قمع اعیانی احداث شده توسط غاصب اصرار می‌ورزد، دادرسان با استناد به قواعدی همچون «منع سوء استفاده از حق» و «منع افراط و تفریط»، سعی در ارائه تفسیری عادلانه و منصفانه از قانون دارند. اهتمام دادرسان در این زمینه، اگرچه ممکن است که منافع اقتصادی طرفین دعوی و جامعه را بهتر تأمین نماید، اما گاه به دلیل وجود چالش‌های قانونی و تصریح قانون‌گذار در خصوص مسأله، پذیرش آن دشوار است. صدور رأی به «شرکت قهری»

مالک و غاصب در عرصه و اعیانی احداث شده بر روی آن، بر خلاف اصول و قواعدی همچون قاعده منع تملیک قهری و اصل عدم ولایت بوده و نیز فقها، چنین مواردی را از مصادیق شرکت قهری ندانسته‌اند؛ زیرا عرصه و اعیان یک ملک به راحتی از یکدیگر قابل تفکیک بوده و امتزاج قهری در اینجا مصداق ندارد. بهترین دلیل برای این امر، این است که در عمل رخ می‌دهد؛ چنانچه گاه سند عرصه برای موقوفه و سند اعیانی احداث شده روی آن، برای شخصی چون مستأجر صادر می‌گردد. همچنین به صراحت مواد قانونی، در عرصه معاملات، صرف سکوت مالک دلالت بر رضایت وی نسبت به تصرفات صورت گرفته و تنفیذ معاملات فضولی ندارد. از سوی دیگر، با وجود احکام شرعی و قانونی صریح در زمینه غصب اموال که بر اساس آنها هیچ تفاوتی میان خریدار با حسن نیت و بدون حسن نیت مطرح نیست، به سختی می‌توان صدور چنین آرائی به صرف تکیه بر مصالح اقتصادی توجیه نمود. ضمن آنکه، چنین تصمیماتی با ضرورت حل و فصل اختلافات به نحو قاطع، صلح اجتماعی و نظم عمومی نیز سازگاری ندارد. نهایتاً، شایسته است که با تکیه بر نظریه «تلف حکمی» که قابلیت توجیه‌پذیری بیشتری دارد و با عنایت به این موضوع که سند رسمی ملک متعلق به چه شخصی است، حسب مورد، حکم به پرداخت قیمت روز عرصه یا مستحقات به مالک اولیه یا خریدار با حسن نیت صادر نمود.

## منابع

۱. آجری آیسک، عاطفه و صدیقه محمدحسینی. (۱۴۰۲). تلف حکمی مال مغضوب فروخته‌شده به خریدار با حسن نیت در ترازوی نقد فقهی، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۲۸، صص ۳-۲۶.
۲. اصغری خاتونی، محمد و علی غریبه. (۱۳۹۳). تأثیر سکوت در تشکیل اعمال حقوقی، فصلنامه علمی-پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۲۰، صص ۱۱-۲۰.
۳. امام خمینی ره. (۱۳۹۲ ه.ش). تحریر الوسیله، جلد دوم، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. (قدس سره).
۴. آجری آیسک، عاطفه و صدیقه محمدحسینی. (۱۴۰۲). تلف حکمی مال مغضوب فروخته‌شده به خریدار با حسن نیت در ترازوی نقد فقهی، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۲۸، صص ۳-۲۶.
۵. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۳۶۲ ه.ش). بلغة الفقیه، جلد سوم، تهران: مکتبه الصادق (علیه السلام).
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۸). دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۲). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
۸. جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۲ ه.ش). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۹. جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۲ ه.ش). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد چهارم، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۰. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ ه.ق). العناوین الفقهیه، جلد دوم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم.
۱۱. سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳ ه.ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد ۲۷، قم: سید عبدالاعلی

- سبزواری.
۱۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ ه.ق). *الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه*، المجلد الثالث، الطبعه الثانيه، قم: مکتبه الدواری.
  ۱۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ ه.ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح الشرائع الإسلام*، الجزء الخامس، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
  ۱۴. شهیدی، مهدی. (۱۴۰۱). *آثار قراردادها و تعهدات*، (حقوق مدنی، جلد دوم). چاپ دهم، تهران: مجلد.
  ۱۵. شهیدی، مهدی. (۱۴۰۲). *تشکیل قراردادها و تعهدات* (حقوق مدنی، جلد اول). چاپ هفدهم، تهران: مجلد.
  ۱۶. صفایی، سید حسین و حبیب الله رحیمی. (۱۴۰۲). *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*. چاپ چهارم، تهران: انتشارات سمت.
  ۱۷. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ ه.ق). *المبسوط فی فقه الإمامیه*، جلد سوم، تهران: مکتبه المرتضویه.
  ۱۸. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۳۷۴ ه.ش). *مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه*، جلد ششم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
  ۱۹. فاضل مقداد. (۱۳۶۱ ه.ش). *نضد القواعد الفقیهیه علی المذهب الإمامیه*، قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
  ۲۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۳). *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ دهم، تهران: گنج دانش.
  ۲۱. کاتوزیان، ناصر (ب). (۱۳۹۰). *وقایع حقوقی*، تهران: سهامی انتشار.
  ۲۲. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی. (الف). (۱۳۹۰). *اعمال حقوقی (قرارداد و ایقاع)*. چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
  ۲۳. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ ه.ق). *شرایع الإسلام فی المسائل الحلال و الحرام*، جلد دوم، قم: نشر اسماعیلیان.
  ۲۴. نجفی، محمد حسن. (بی تا). *جواهر الکلام*، جلد ۲۸، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
  ۲۵. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۳۷۵ ه.ش). *العوائد الأيام*، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
  ۲۶. یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم. (۱۳۹۲ ه.ش). *العروه الوثقی*، جلد دوم، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).