

قانون مدنی

لازم‌الاجرا از ۱۳۰۷/۲/۲۰ با الحاقات و اصلاحات بعدی^۱

مقدمه

در انتشار و آثار و اجرای قوانین به طور عموم

ماده ۱: تصویب و امضای قانون و دستور ابلاغ آن

مصوبات مجلس شورای اسلامی و نتیجه همه پرسى پس از طی مراحل قانونی به رئیس جمهور ابلاغ می‌شود. رئیس جمهور باید ظرف مدت پنج روز آن را امضاء و به مجریان ابلاغ نماید و دستور انتشار آن را صادر کند و روزنامه رسمی موظف است ظرف مدت ۷۲ ساعت پس از ابلاغ منتشر نماید.

تبصره: در صورت استنکاف رئیس جمهور از امضاء یا ابلاغ در مدت مذکور در این ماده به دستور رئیس مجلس شورای اسلامی روزنامه رسمی موظف است ظرف مدت ۷۲ ساعت مصوبه را چاپ و منتشر نماید.

۱. وضع قانون و به اجرا در آمدن آن در نظام حقوقی ایران، اصولاً متضمن ۶ مرحله است:

الف) پیشنهاد قانون (تقدیم لوایح قانونی پس از تصویب هیئت وزیران و یا طرح‌های قانونی به پیشنهاد حداقل ۱۵ نفر از نمایندگان مجلس و یا از طریق شورای عالی استان‌ها)؛

ب) تصویب قانون (از طریق مجلس یا همه‌پرسی) (اصول ۵۸ و ۵۹ ق.ا.ا)؛

پ) تأیید قانون (از طریق شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت) (اصول ۹۴ و ۱۱۲ ق.ا.ا)؛

۱- مواد ۱ تا ۹۵۵ در سال ۱۳۰۷ و مواد ۹۵۶ تا ۱۰۶۱ در سال ۱۳۱۳ و مواد ۱۰۶۲ تا ۱۳۳۵ در سال ۱۳۱۴ به تصویب رسیده است؛ البته واقعیت این است که قانون مدنی در تاریخ ۱۳۰۷/۲/۱۸ به تصویب نرسیده است بلکه در این تاریخ، بنا بر ضرورت تسریع در اجرای لایحه مدنی و لغو کاپیتالاسیون، «قانون اجازه اجرای لایحه قانون مدنی تا موقع اعلام رأی قطعی کمیسیون پارلمانی عدلیه» به تصویب رسیده و به موجب قانون اخیر، لایحه مدنی (مشمول بر مواد ۱ تا ۹۵۵) از تاریخ ۱۳۰۷/۲/۲۰ (روز لغو کاپیتالاسیون) لازم‌الاجرا گردید و اساساً اطلاق عنوان «قانون مدنی» به این مجموعه چندان صحیح نیست! زیرا هر طرح یا لایحه، پس از سیر مراحل قانونی، عنوان «قانون» را به خود اختصاص می‌دهد؛ بنابراین عنوان «لایحه قانونی مدنی» به مواد ۱ تا ۹۵۵ اختصاص می‌یابد (مشروح مذاکرات قانون مدنی، احمدرضا نائینی، انتشارات روزنامه رسمی، ج ۲، ۱۳۹۵، ص ۷ و ۲۳).

ت) امضای قانون (توسط رئیس جمهور) (اصل ۱۲۳ ق.ا.؛

ث) انتشار قانون (در روزنامه رسمی) (ماده ۳ ق.م.)؛

ج) گذشت مهلت از انتشار قانون (اصولاً ۱۵ روز از انتشار) (ماده ۲ ق.م).

۲. در ماده ۱، دو نوع ابلاغ پیش‌بینی شده است: اول ابلاغ به مجریان که به محض ابلاغ، اصولاً مکلف به اجرای قانون هستند مگر در موردی که با حقوق عامه تعارض داشته باشد یعنی برای سایر مردم حق و تکلیف ایجاد نماید و صرفاً مربوط به آن سازمان نباشد (ماده ۲۰ آیین نامه داخلی هیأت دولت ۱۳۶۸/۹/۸) که در این صورت اجرا، منوط به انقضای مهلت ۱۵ روزه است و چنانچه در مورد نادری، ابلاغ به مجریان صورت نگیرد مجریان مکلف هستند بعد از ۱۵ روز از انتشار، قانون را اجرا کنند و دوم، ابلاغ به عموم مردم که از طریق روزنامه رسمی صورت می‌گیرد و اجرای آن منوط به انقضای مدت ۱۵ روزه است (نگرودی (۱)، ص ۲).

۳. به اعتقاد برخی لزوم امضای قوانین مبتنی بر اصل تفکیک قوای سه‌گانه است زیرا قوه مقننه صلاحیت وضع قانون را دارد اما نمی‌تواند آن را اجرا کند و یا دستور اجرای آن را بدهد (هاشمی (۲)، ص ۱۸۹)؛ به همین دلیل برخی از حقوقدانان معتقدند که جانشینی رئیس مجلس در فرض استنکاف رئیس جمهور، خلاف اصل استقلال قوا، مندرج در اصل ۵۷ قانون اساسی است (کاتوزیان (۳)، ش ۱۰۷)؛ با وجود این، به نظر می‌رسد امضای قانون ریشه در سنت تاریخی حقوق انگلستان دارد و مبنای آن بیشتر تضمین اجرای قانون است، بدین معنا که امضای قانون توسط پادشاه انگلستان (رئیس کشور) نشانگر آن بود که وی نیز با اقدام پارلمان موافق بوده و بدان احترام می‌گذارد و طبیعتاً سایرین نیز باید از آن اطاعت نمایند؛ به ویژه اینکه تمام مصوبات مجلس مربوط به قوه مجریه نیست تا امضای قانون همیشه ریشه در تفکیک قوا داشته باشد (مانند قانون آیین دادرسی که مربوط به قوه قضائیه است و یا قانون تشکیل مرکز پژوهش‌های مجلس که مربوط به مجلس شورای اسلامی است) (آقایی (۴)، ص ۲۲).

۴. امضای رئیس جمهور اعلام رسمی تصویب قانون مطابق قانون اساسی است و به آن قوه اجرایی می‌دهد و بدین معنا است که همه باید از آن اطاعت کنند (کاتوزیان (۳)، ش ۱۰۷).

۵. امضای قانون برای رئیس جمهور «اجباری» است مگر اینکه تشریفات قانونی رعایت نشده باشد (مستفاد از اصل ۱۲۳ ق.ا.؛ منظور از تشریفات یا همان «مراحل قانونی» مندرج در صدر ماده ۱، طی شدن فرآیند «شکلی» قانونگذاری است و رئیس جمهور صلاحیت ورود در امور ماهوی را ندارد زیرا مرجع صالح جهت تشخیص مغایرت قانون با شرع و قانون اساسی، شورای نگهبان است (اصل ۹۴ ق.ا.؛ بنابراین در صورتی که مجلس بدون ارسال مصوبه به شورای نگهبان، آن را جهت امضا به رئیس جمهور ابلاغ نماید، رئیس جمهور می‌تواند و بلکه مکلف است از امضای آن خودداری کند).

۶. راه حل پیش‌بینی شده در فرض استنکاف رئیس جمهور از امضای قانون باید در قانون اساسی تعیین می‌شد، نه در قانون عادی و توسط مجلس (کاتوزیان (۵)، ص ۲۴)؛ به نظر می‌رسد

چشم‌پوشی شورای نگهبان از این مصوبه مغایر قانون اساسی ریشه در مصالح عملی جهت رفع فوری خلاء مذکور و معطل نماندن اجرای قوانین دارد؛ به هر حال ضرورت اصلاح مورد مذکور و رفع ابهامات اصل ۱۲۳ قانون اساسی بر کسی پوشیده نیست.

۷. در صورت امتناع ناموجه رئیس‌جمهور و اثبات تخلف وی در دیوانعالی کشور، مقام معظم رهبری می‌تواند با در نظر گرفتن مصالح کشور، به استناد بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، رئیس‌جمهور را عزل نماید (هاشمی (۲)، ص ۱۸۹).

ماده ۲ (اصلاحی ۱۳۴۸/۸/۲۹): زمان لازم‌الاجرا شدن قوانین

قوانین ۱۵ روز پس از انتشار، در سراسر کشور لازم‌الاجرا است مگر آنکه در خود قانون، ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد.

۱. مهلت فوق در مورد اجرای قانون در خارج از کشور هم لازم‌الرعایه است^۱ (م ۶ ق.م.) مگر این که کشور خارجی در وضعی قرار داشته باشد که همه ایرانیان مقیم در آن جاهل به قانون مانده باشند که در این صورت اثبات جهل به قانون، پذیرفته می‌شود (کاتوزیان (۳)، ش. ۱۱۲).
۲. ماده ۲، مبتنی بر این «فرض قانونی» است که پس از گذشت ۱۵ روز از انتشار قانون، همه به قانون آگاه هستند و خلاف آن جز در موارد نادر، قابل اثبات نیست (جهل به قانون عذر موجه محسوب نمی‌شود).
۳. بر مبنای قاعده قبح عقاب بلا بیان، تصویب‌نامه و آیین‌نامه نیز باید منتشر شود، منتها لزوم انتشار و گذشت مهلت برای «عموم» است و سازمان‌های دولتی، اصولاً تابع ابلاغ مقام‌های اداری هستند (کاتوزیان (۳)، ش. ۱۱۰؛ م ۱۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (۱۳۸۸)).
۴. لزوم گذشت پانزده روز قاعده عام است (صدر ماده ۲) و در صورتی اجرا می‌شود که قانون مصوب، متضمن مهلت کمتر یا بیشتری نباشد و گرنه مهلت مندرج در خود قانون ملاک است (قسمت اخیر ماده ۲)
۵. اثبات خلاف فرض «اطلاع از قانون» در چند مورد ممکن است (کاتوزیان (۳)، ش. ۱۳۶):
 - هرگاه پذیرش ادعای جهل موجب تأمین مقصود مقنن از وضع آن قانون شود. مثلاً مقنن در جهت حمایت از وراثت، وصیت زاید بر ثلث را نافذ نمی‌داند، حال اگر وارثی به خاطر جهل

۱- ماده ۲ سابق قانون مدنی (مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸) برای هر شش فرسخ فاصله با تهران یک روز به موعده مقرر جهت لازم‌الاجرا شدن قانون اضافه می‌نمود، اصلاح قانون سابق نشان داد که قانون‌گذار دیگر فاصله مکانی را ملاک نمی‌داند و با تعیین ۱۵ روز به طور ثابت، حفظ نظم عمومی را در اولویت قرار داده است؛ به همین دلیل می‌توان نتیجه گرفت که اجرای ماده ۲ در خارج از کشور هم به هدف مقنن نزدیک‌تر است (کاتوزیان (۳)، ش ۱۱۲).

- به قانون، وصیت زاید بر ثلث را اجرا کند می‌تواند با اثبات جهل خود به این قاعده، مال پرداخت شده را مسترد نماید؛
- جایی که جهل جنبه «همگانی» داشته باشد (ر.ک.ش. ۱، همین ماده).
 - جایی که تحصیل علم عادتاً ممکن نباشد و یا جهل به حکم (قانون) شرعاً عذر محسوب شود (م. ۱۵۵ ق.م.ا).
۶. در صورت تردید در علم یا جهل به قانون، فرض بر عالم بودن است و مدعی نمی‌تواند به اصل عدم اطلاع استناد کند (الاصل دليل حث لا دليل له) (ن.و: کاتوزیان (۳)؛ ن.خ: امامی (۲۰)).
۷. ماده فوق، آراء وحدت رویه و لوایح قانونی که براساس اختیار تفویضی مجلس وضع می‌شود را در بر نمی‌گیرد (رای شماره ۱۵۴۴-۳۲/۴/۲۴ شعبه ۲ دیوانعالی کشور).
۸. عدم تصویب آیین نامه مانع اجرای قانون مصوب نیست مگر اینکه در خود قانون، اجرای آن موکول به تصویب آیین نامه شده باشد (نظریه مشورتی (۶)، شماره ۷/۲۵۳، مورخ ۱۳۵۹/۴/۲۱).
۹. کلیه مصوبات مربوط به آیین نامه داخلی مجلس از ماده ۲ قانون مدنی مستثنی بوده و «بلافاصله» پس از تصویب نهایی، لازم‌الاجرا است (قانون مستثنی بودن مصوبات مربوط به آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی از موضوع ماده ۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۲/۱۰/۷).

ماده ۳: محل انتشار قوانین

انتشار قوانین باید در روزنامه رسمی به عمل آید.

۱. لزوم انتشار قانون، محدود به قانون در معنای خاص نیست بلکه کلیه مصوبات و تصمیماتی که موجد حق یا تکلیف عمومی است قابل طبقه‌بندی به عنوان اسرار دولتی نبوده و انتشار آنها الزامی است (ماده ۱۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات ۱۳۸۸)؛ منتها الزام به انتشار در «روزنامه رسمی»، تنها ناظر به قانون در معنای خاص (مصوبات مجلس) است؛ با این حال رویه اداری این است که همه مقررات در روزنامه رسمی^۱ چاپ و منتشر می‌شود (کاتوزیان (۳)، ش ۱۱۰).

ماده ۴: عطف به ماسبق نشدن قانون _ فوری بودن اثر قانون

اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد مگر اینکه در خود قانون، مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد.

۱- روزنامه رسمی به موجب ماده واحده قانون تأسیس روزنامه رسمی (مصوب ۱۴ شوال ۱۳۲۵ هـ.ق.) ایجاد گردیده که هم اکنون یکی از نهادهای وابسته به قوه قضائیه است (تبصره ۱۸ قانون بودجه ۱۳۳۸) و به موجب ماده واحده مصوب ۱۳۵۱/۱/۲۶ شرکت سهامی محسوب می‌شود؛ وظیفه اصلی این شرکت، چاپ و نشر کلیه قوانین و مقررات، آراء وحدت رویه و برخی آگهی‌های شرکت‌ها و ... است.

۱. قاعده عطف به ماسبق نشدن قانون (عدم تأثیر قانون در گذشته)، مبتنی بر قاعده «قبح عقاب بلایان» است.
۲. قاعده «عطف به ماسبق نشدن قوانین» در مورد احکام شرعی (مثل حدود، قصاص، دیات و تعزیرات شرعی) جاری نمی‌شود (مفهوم مخالف م ۱۰ ق.م.ا؛ البته حکم مندرج در تبصره ماده ۵۵۱ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد [در کلیه جنایاتی که مجنی‌علیه مرد نیست، معادل تفاوت دیه تا سقف دیه مرد از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود] ارتباطی به احکام خاصه دیه نداشته و مطابق قاعده کلی، عطف به ما سبق نمی‌گردد (رأی وحدت رویه ۷۶۶-۱۳۹۶/۱۱/۱۷ دیوانعالی کشور).
۳. ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) که مقرر می‌دارد: «... مرتکب هیچ رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل را نمی‌توان به موجب قانون مؤخر به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم کرد» از مصادیق صدر ماده ۴ و موافق قاعده محسوب می‌شود و تبصره الحاقی (سال ۱۳۸۹) ماده ۹۴۶ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «مفاد این ماده (۹۴۶) در خصوص وراثت متوفایی که قبل از تصویب آن (۱۳۸۷/۱۱/۶) فوت کرده ولی هنوز ترکه او تقسیم نشده نیز لازم‌الاجرا است» از مصادیق ذیل ماده ۴ و استثناء محسوب می‌شود.
۴. قاعده عطف به ماسبق نشدن قانون با چند استثنای عمده روبه‌رو است (ر.ک. به م ۱۱ ق.م.ا):
 - قوانین تفسیری (به اعتقاد برخی از حقوقدانان؛ کاتوزیان (۳)، ش ۲۱۲؛ اگر چه قانون تفسیری از ابتدای وضع قانون سابق اجرا می‌شود و نه از زمان تصویب آن، منتها قانون تفسیری بیان روشن‌تر قانون سابق است و جنبه کشفی دارد و امر جدیدی تلقی نمی‌شود تا در خصوص آن عطف به ماسبق شدن یا نشدن مطرح گردد بنابراین خروج قوانین تفسیری، موضوعی است، نه حکمی؛ به عنوان مثال اگر قانونی در سال ۹۵ لازم‌الاجرا شود (مانند قانون ممنوعیت به کارگیری بازنشستگان) و در سال ۹۶ تفسیر قانونی از یکی از مواد آن ارائه شود (مانند قانون استفساریه تبصره ۱ ماده واحده قانون ممنوعیت به کارگیری بازنشستگان)، قانون وضع شده در سال ۹۶ از همان سال ۹۵ لازم‌الاجرا است.
 - قوانین مربوط به حذف و تخفیف مجازات (م. ۱۰ ق.م.ا)؛
 - قوانین مربوط به اهلیت: به عنوان مثال اگر قانون سن اهلیت برای معامله را از ۱۵ سال به ۱۸ سال تغییر دهد اشخاصی که سابقاً دارای اهلیت بوده‌اند (۱۶ ساله) به محض تصویب قانون جدید، فاقد اهلیت تلقی خواهند شد البته معاملاتی که آن‌ها در زمان داشتن اهلیت منعقد نموده‌اند اصولاً صحیح است (عدل (۷)، ص ۲۵)؛
 - قوانین مربوط به تشکیلات قضائی و صلاحیت ذاتی و آیین دادرسی (شمس (۸)، صص ۲۶-۲۸).
۵. ماده ۴ متضمن دو قاعده است: (۱) قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد (۲) اثر قانون نسبت به آتیه است. اگرچه این دو قاعده در مرحله وضع، با هم تعارض ندارند ولی اجرای هر دوی آن‌ها گاه با هم تراحم پیدا می‌کند (کاتوزیان (۳)، ش ۲۱۲)؛ مانند عقد اجاره‌ای که در حکومت قانون سابق منعقد شده و قبل از اتمام مدت اجاره، قانون جدیدی وضع و لازم‌الاجرا گردد، در این

- موارد اصولاً هر عمل یا واقعه‌ای تابع قانون زمان ایجاد است مگر اینکه ارتباط قانون جدید با نظم عمومی، اقتضا داشته باشد که قانون جدید حکمفرما باشد.
۶. قانون جدید اصولاً نمی‌تواند به «حقوق مکتسبه» افراد آسیب برساند (رای شماره ۷۸۴ مورخ ۱۳۹۴/۶/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری)؛ منظور از حقوق مکتسبه، حقوق قطعی و ثابتی است که شخص در زمان حکومت قانون گذشته به دست آورده است و در مقابل «حقوق محتمله» قرار دارد که عبارت است از منافع و انتظاراتی که هنوز برای شخص ثابت نشده و وی تنها انتظار نیل به آن‌ها را دارد و ممکن است به دلیل تغییر قانون از آن محروم شود؛ به عنوان مثال: اگر طبق قانونی بعد از گذشت ۲۰ سال از تصرف، متصرف بتواند تقاضای سند مالکیت کند و این قانون در نوزدهمین سال تصرف شخص، تغییر کرده و شرط مذکور ۲۵ سال گردد، قانون جدید نسبت به این شخص اعمال خواهد شد زیرا متصرف هنوز حق ثابتی بدست نیاورده و ناچار است ۶ سال دیگر صبر نماید؛ اما اگر بعد از گذشت ۲۰ سال از تصرف و درخواست متقاضی، قانون تغییر نماید، اصولاً درخواست متقاضی باید بر اساس قانون سابق رسیدگی شود (قسمت اخیر ماده ۹۶۶ ق.م. (عدل (۷)، ص ۲۳).
۷. در صورتی که شخصی مبادرت به خرید کالایی مجاز از خارج کشور نماید اما پیش از ورود کالا به کشور، واردات آن کالا ممنوع شده یا محدود شود (مثلاً ورود آن کالا منوط به اخذ مجوز از یک سازمان دولتی گردد)، وارد کننده می‌تواند تحت شرایط مندرج در ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی قانون صادرات و واردات^۱، کالای مربوطه را با رعایت مقررات پیش از ممنوعیت توسط دولت یا تغییر شرط ورود از گمرک ترخیص نماید.
۸. مقصود از «آتیه»، تاریخ «لازم‌الاجرا شدن» قانون است؛ این تاریخ آغاز قلمرو زمانی قانون است (لنگرودی (۱)، ص ۳)؛ پس از این تاریخ، تمام اعمال و وقایعی که محقق گردد اصولاً تابع قانون جدید هستند (اثر فوری قوانین).
۹. نسخ، از بین بردن اعتبار یک قانون به وسیله یک قانون دیگر است که قانون پیشین را «منسوخ» و قانون جدید را «ناسخ» می‌نامند؛ نسخ زمانی محقق می‌شود که قانون ناسخ منتشر شده و پس از گذشت مهلت مقرر، لازم‌الاجرا شود و تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون جدید، پایان قلمرو زمانی قانونی پیشین است.

۱- مطابق ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات: کالاهایی که سود بازرگانی آن‌ها به موجب جدول پیوست این آیین‌نامه یا تصویب‌نامه‌های خاصی از طرف دولت در جهت افزایش تغییر می‌یابد و کالاهایی که ممنوع اعلام می‌شود و همچنین کالاهایی که شرط ورود آن‌ها در جهت محدودیت تغییر می‌کند، در صورت انطباق با یکی از شرایط ذیل و با رعایت مقررات قبل از ممنوعیت توسط دولت یا تغییر شرط ورود و یا افزایش سودبازرگانی قابل ترخیص خواهد بود: ۱- قبل از ممنوع شدن یا تغییر شرط ورود و یا افزایش سود بازرگانی ثبت سفارش در وزارت صنعت معدن و تجارت انجام شده باشد و کالا در گمرک موجود بوده و در دفاتر گمرک به ثبت رسیده باشد؛ ۲- ...}.

۱۰. برخی از قوانین، در زمان تصویب به صورت موقت اجرا می‌شوند، در اینصورت این قوانین با اتمام مدت معین شده، اعتبار خویش را از دست می‌دهند بدون اینکه نیازی به قانون ناسخ باشد؛ مانند قانون برنامه‌های اول تا پنجم توسعه کشور که به واسطه اتمام مدت، اعتبار خویش را از دست داده‌اند.

ماده ۵: صلاحیت سرزمینی

کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.

۱. قاعده مندرج در ماده ۵ را «اصل محلی یا درون مرزی بودن یا سرزمینی بودن قانون» می‌نامند و در صورت تردید در اجرای قانون ایرانی یا خارجی، به استناد این اصل، باید قوانین ایران را جاری ساخت (قاعده غلبه: الظنُّ یلحقُ الشیءَ بالاعمِّ الاغلب).
۲. کلیه اشخاصی که در قلمرو حاکمیت ایران قرار دارند، اصولاً تابع قوانین ایران هستند خواه مقیم و ساکن ایران باشند یا نباشند؛ بنابراین منظور از «سکنه ایران» در متن ماده ۵، «اشخاص حاضر در قلمرو حاکمیتی ایران» است (م ۳ ق.م.ا).
۳. قانون حاکم بر احوال شخصیه اتباع بیگانه و ایرانیان غیرشیعه از استثنائات ماده ۵ محسوب می‌شوند.
۴. روابط حقوقی بین اشخاصی که داخل هواپیمایی که برفراز ایران پرواز می‌نماید قرار دارند در مواردی که از لحاظ حق حاکمیت ارضی اصولاً مشمول قوانین محلی است، تابع «قانون کشور متبوع آن هواپیما» می‌باشد (ماده ۲۹ قانون هواپیما کشوری ۱۳۲۸/۵/۱)؛ بنابراین اگر قراردادی در هواپیمایی که تابعیت اماراتی دارد (یعنی هواپیمایی که در کشور امارات ثبت شده است) و بر فراز ایران پرواز می‌نماید منعقد شود، از نظر دادگاه ایران، قرارداد اصولاً تابع قانون امارات است زیرا محل انعقاد عقد امارات محسوب می‌شود (قانون کشور پرچم) (م ۹۶۸ ق.م.ا).

ماده ۶: صلاحیت شخصی در خصوص اتباع ایران

- قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران ولو اینکه مقیم در خارجه باشند مجری خواهد بود.
۱. ماده ۶، بیانگر اصل «برون مرزی بودن» قوانین مربوط به احوال شخصیه است.
 ۲. در دعوی احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارج، دادگاه خارجی، قواعد حل تعارض مقرر دادگاه را اعمال می‌کند که ممکن است منتج به حکومت قانون ایران نشود (مانند انگلستان که قاعده اقامتگاه را در خصوص احوال شخصیه ملاک می‌داند) در اینصورت اگر رأی صادره از دادگاه خارجی، خلاف نظم عمومی ایران باشد، چنین رأیی قابل ترتیب اثر و اجرا در ایران نخواهد بود؛ بنابراین اگر زوجین ایرانی باشند و زوجه در دادگاه خارجی به سببی طلاق بگیرد که در نظام حقوقی ایران از موجبات طلاق نیست، چنین حکم طلاقی در ایران منشاء اثر نیست ولی صرف تفاوت در آیین

- رسیدگی دادگاه (م ۹۷۱) نمی‌تواند مانع شناسایی حکم طلاق صادره از دادگاه خارجی در دادگاه ایرانی شود (مستنبط از م ۱۶۹ ق.ا.ا.م).
۳. از نظر حقوق ایران، امور مالی راجع به حقوق خانوادگی (نظیر ارث، وصیت، مهریه، جهیزیه، نفقه و ...) نیز جزء احوال شخصیه محسوب می‌شود (اصول ۱۲ و ۱۳ ق.ا).
۴. احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه (مسائل مربوط به نکاح و طلاق، ارث و وصیت، فرزندخواندگی) در صورتی تابع قواعد مذهبی خودشان است^۱ که اولاً مذهب آنان در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده باشد (اصول ۱۲ و ۱۳ ق.ا)؛ ثانیاً در خصوص آن موضوع، عادات و قواعد مسلمة متداول و روشن و معینی در آن مذهب پیش‌بینی شده باشد؛ ثالثاً خلاف نظم عمومی ایران نباشد؛ به عنوان مثال، اگر در بین ورثه متوفی غیرمسلمان، مسلمانی باشد، ارث به وی رسیده و اشخاص غیرمسلمان ارثی ندارند (ماده ۸۸۱ مکرر) و قانون مذهب متوفی اعمال نخواهد شد.
۵. اهلیت ایرانیان غیرشیعه برای انعقاد معامله، تابع قانون مدنی است؛ زیرا در قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه، به اهلیت راجع به معاملات اشاره‌ای نشده است و به لحاظ استثنایی بودن این قانون، باید به قدر متیقن اکتفا نمود (ر.ک صفایی (۳۱)).

ماده ۷: صلاحیت شخصی در خصوص اتباع خارجه

اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود.

۱. اگرچه واژه اتباع خارجه به وصف «مقیم» مقید شده است اما به نظر می‌رسد وقتی مقیم خارجی که ارتباط بیشتری با کشور ایران دارد، به لحاظ احوال شخصیه تابع دولت متبوع خویش است، بنابراین به قیاس اولویت، حکم ماده شامل اتباع خارجی غیرمقیم (مانند اتباع خارجی که از خاک ایران عبور می‌نمایند) هم می‌شود (ن.و: امامی (۱۲)، ص ۱۰۳).

۱- قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲/۴/۳۱: «نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را جزء در مواردی که مقررات قانون راجب انتظامات عموم باشد به طریق ذیل رعایت نمایند: ۱- در مسائل مربوط به نکاح و طلاق عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است. ۲- در مسائل مربوط به ارث و وصیت عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهب متوفی. ۳- در مسائل مربوط به فرزند خواندگی عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که پدرخوانده یا مادرخوانده پیرو آن است؛» شایان ذکر است که منظور از ایرانیان غیرشیعه، در ماده واحده اخیرالذکر، فقط مسلمین غیر شیعه نیست بلکه همه مذاهب شناخته شده در قانون اساسی را در بر می‌گیرد (مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام مورخ ۱۳۷۲).

۲. در صورتی که شخص بیگانه تابعیت مضاعف داشته باشد، اگر یکی از آن‌ها تابعیت ایرانی باشد محکمه ایرانی، قانون ایران را اعمال خواهد کرد و اگر هر دو تابعیت شخص، خارجی باشد، ملاک «تابعیت مؤثر» است. یعنی تابعیتی که شخص بیشتر به آن تعلق و وابستگی دارد.

۳. قاعده اعمال قانون ملی در مورد احوال شخصیه اتباع خارجه، با استثنائاتی روبه‌رو است:

- اهلیت برای معامله کردن^۱ (م. ۹۶۲ ق.م).
- احاله درجه اول (م. ۹۷۳ ق.م)؛
- مخالفت قانون خارجی با «نظم عمومی» (م. ۹۷۵ ق.م)؛
- اهلیت کسب تابعیت (م. ۹۷۹ ق.م)؛
- شخص فاقد تابعیت (آپاترید)؛
- پناهنده سیاسی؛
- در صورتی که کشور خارجی متبوع فرد، قانون خاصی در آن زمینه نداشته باشد؛
- در دعوی نسب.^۲

۴. «وصیت» هم، تابع ماده ۷ است منتها برخی از حقوق دانان معتقدند در صورتی که قبول در ایران واقع شده باشد، اهلیت موصی له تابع قانون ایران است (کاتوزیان (۵)، ص ۳۰)؛ البته این نظر قابل انتقاد است زیرا مستنبط از ماده ۹۶۷، وصیت جزء احوال شخصیه بوده و تابع قانون دولت متبوع موصی است و ارتباطی با مبحث قراردادهای ندارد (قسمت اخیر ماده ۹۶۲)؛ به عبارت دیگر، اگرچه وصیت تملیکی عقد محسوب می‌شود ولی در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، به لحاظ توصیف، در دسته احوال شخصیه قرار دارد، نه قراردادهای؛ چنانچه عقد نکاح نیز همین وضعیت را دارد؛ به عبارت دیگر، اهلیت در دسته احوال شخصیه است، چه راجع به وصیت باشد و چه بیع؛ به‌ویژه اینکه حقوق خانوادگی و حقوق ارثی، مطلقاً تابع دولت متبوع شخص است (ر.ک. ش ۴ ماده ۹۶۲).

۵. با توجه به ماده ۹۶۷ ق.م، قوانین مربوط به ارث و وصیت تنها از حیث «قوانین اصلیه» (یعنی «قوانین ماهوی» مانند تعیین وراث و مقدار سهم الارث آنها) تابع قانون دولت متبوع متوفی است و قواعد

۱ چنانچه تبعه خارجی یک دستگاه خودرو را در «ایران» معامله کند، چنانچه به موجب قانون دولت متبوع خویش (م ۷ ق.م) یا قانون ایران (م ۹۶۲ ق.م) اهلیت داشته باشد، از این حیث، برای معتبر تلقی شدن معامله کافی است (ر.ک: ش ۱، ۲، ۳ م ۹۶۲ ق.م).

۲- در دعوی نسب، در صورتی که در دادگاه ایران کسی طرح دعوی اثبات نسب، نسبت به پدر فرانسوی خود کند از آن جایی که تابعیت وی وابسته به صحت نسب است و با تردید در نسب، تردید در تابعیت ایجاد می‌شود، قاضی ایرانی نمی‌تواند براساس قانون فرانسه عمل نماید و باید براساس قانون ایران به موضوع رسیدگی نماید (سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۲۷۴؛ نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۱۹۹) (ماده ۱۳۳ ق.ا.ح).

شکلی نظیر تشریفات و آیین اداره ترکه تابع قانون محل وقوع مال است (ماده ۹۶۶ ق.م.)؛ همچنین نحوه نگارش و تنظیم وصیتنامه، طبق ماده ۹۶۹ ق.م، تابع قانون محل تنظیم است و ارتباطی به دسته احوال شخصیه ندارد.

۶. منظور از اهلیت مندرج در ماده ۷، اهلیت «استیفا» است (م. ۹۵۸ ق.م.)، نه اهلیت تمتع (م. ۹۵۷ ق.م.)؛ زیرا حقوق بیگانگان براساس قانون محلی تعیین می‌شود؛ به عنوان مثال اینکه یک آلمانی حق خرید خودرو یا سهام در ایران را دارد یا خیر؛ تابع قانون ایران است و اگر قانون ایران، این حق را برای تبعه آلمانی قائل شد (م. ۹۶۱ ق.م) سپس اهلیت استیفای شخص آلمانی براساس ماده ۷ اصولاً تابع قانون آلمان است؛ بدیهی است در صورتی که تبعه خارجی، براساس قانون ایران، فاقد حق تمتع باشد (نظیر فقدان حق تمتع در خرید اراضی مزروعی) دیگر نوبت به اهلیت استیفا (اجرای حق) نمی‌رسد.

۷. اتباع افغانی ساکن در ایران هم اصولاً در مسائل احوال شخصیه تابع دولت متبوع خود هستند مگر اینکه، این مهاجرین تابع مقررات مربوط به کنوانسیون پناهندگان مصوب سال ۱۳۵۵ بوده و از مصادیق پناهنده باشند، در این صورت طبق ماده ۱۲ این کنوانسیون، احوال شخصیه پناهنده تابع «محل اقامت» وی خواهد بود (نظریه مشورتی (۶)، شماره ۷/۱۸۸ - ۱۳۷۵/۱/۲۹).

ماده ۸ : حکومت قانون ایران بر اموال غیر منقول واقع در ایران

اموال غیر منقول که اتباع خارجه در ایران بر طبق عهود تملک کرده یا می‌کنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود.

۱. منظور از عبارت «از هر جهت»، جهات مربوط به غیرمنقول بودن مال است (مثل مالیات و تشریفات انتقال یا اداره‌ی آن) ولی آن چه مربوط به احوال شخصیه مالک مال می‌باشد، تابع قانون خارجی است مثل وصیت و ارث (م. ۹۶۷ ق.م.) (الماسی (۹)، ص. ۲۸۶).

۲. تملک اموال غیرمنقول توسط بیگانگان با تحصیل اجازه و به شرط رفتار متقابل برای محل سکونت، صنعت و یا کسب، مجاز است (آیین‌نامه استملاک اتباع خارجه، ۱۳۲۸/۵/۱۰).

۳. اتباع خارجی نمی‌توانند در ایران زمین «زراعتی» بخرند (قانون راجع به اموال غیرمنقول اتباع خارجی، ۱۳۱۰)

۴. محدودیت راجع به دارا شدن اموال غیرمنقول برای بیگانگان ناظر به تملک از طریق معاملات است و تملک از طریق حقوق ارثیه (ارث و وصیت) را در بر نمی‌گیرد، بنابراین اگر وارث متوفی، تبعه خارجه باشد و ترکه غیرمنقول باشد، مال غیرمنقول به وی ارث می‌رسد ولو خرید آن مال برای وی جایز

۱- در حقوق داخلی نیز قواعد ماهوی و شکلی ارث و وصیت از هم جدا شده است و قواعد ماهوی آنها عموماً در قانون مدنی و قواعد شکلی آنها در قانون امور حسبی مطرح شده است.

نباشد، منتها از ملاک قسمت اخیر ماده ۹۸۶ قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که ورثه خارجی، باید اموال مذکور را منتقل نماید و امکان بقای مالکیت وی وجود ندارد.

۵. انعقاد معاملات با حق استرداد (نظیر بیع شرط و رهن و غیره) از سوی اتباع خارجه مانع و تشریفات خاصی نداشته و به مانند اتباع داخلی با آنها رفتار خواهد شد (ماده ۴۵ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی)؛ بدیهی است چنانچه تبعه خارجی بخواهد مرهونه را تملک کند، چنین تملکی با رعایت محدودیت‌های پیش‌گفته، منوط به تحصیل اجازه‌نامه است (ماده ۴۲ همان آیین‌نامه).

ماده ۹: اعتبار عهدنامه

مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است.

۱. برخلاف امضای رئیس‌جمهور در ماده ۱ ق.م و اصل ۱۲۳ ق.ا، که «اجباری و به نوعی تشریفاتی» است، امضای معاهده توسط رئیس‌جمهور، بخش تجزیه نشدنی انعقاد یک معاهده است (اصل ۱۲۵ ق.ا) و رئیس‌جمهور می‌تواند از امضای آن خودداری نماید.
۲. با توجه به این که عهدنامه «در حکم قانون» است پس باید مانند سایر قوانین منتشر شود، منتها در روابط بین‌المللی نمی‌توان عهدنامه را به واسطه عدم انتشار در داخل کشور یا عدم انقضای مهلت مقرر در ماده ۲، اجرا نکرد.
۳. عهدنامه، ناسخ و مخصّص قوانین معارض سابق است.
۴. اگر قانون موخری مخالف عهدنامه وضع شود، محاکم داخلی باید قانون موخر را رعایت کنند ولی دولت در روابط بین‌المللی نمی‌تواند عدم اجرای عهدنامه را مستند به فعل خود (وضع قانون مخالف) کند (م. ۲۷ عهدنامه وین در خصوص حقوق معاهدات مصوب ۱۹۶۹).

ماده ۱۰: اعتبار قراردادهای خصوصی (اصل آزادی قراردادی)

قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

۱. «شرط ابتدایی» توافقی است که ضمن عقد معین انشاء نشده و مشهور فقها آن را لازم الوفا نمی‌دانند (شیخ انصاری (۱۰)، ص ۵۴)؛ حال آنکه این عقیده خلاف اطلاق آیه شریفه «وفوا بالعقود» (آیه اول سوره مائده) و حدیث «المؤمنون عند شروطهم»^۱ است (برای مشاهده نظر موافق رجوع کنید به سید محمد کاظم طباطبائی، عروة الوثقی، جلد ۲، ص ۳۱۵ که حکم «وجوب وفای به عقد» را ناظر به همه قراردادهای

۱- البته همانگونه که در قانون، قلمرو آزادی اراده طرفین، توسط «نظم عمومی» محدود شده است، در فقه نیز عبارت «المؤمنون عند شروطهم» محدود شده است به این قید که خلاف «احکام الهی» نباشد (إلّا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً) (شرط چهارم از شرایط اعتبار شروط، مندرج در کتاب مکاسب)

می‌داند^۱ و در حقوق کنونی با تصویب ماده ۱۰ قانونی مدنی، تردیدی در اعتبار قراردادهای نامعین (نظیر قرارداد راجع به حق تألیف یا حق اختراع یا قرارداد توزیع انحصاری کالا) وجود ندارد؛ همچنین شرط مربوط به قرارداد هم الزام‌آور است ولو در ضمن عقد قرار نگرفته باشد زیرا ملاک «اراده و خواست طرفین» است، نه شکل و قالب آن.

۲. واژه‌ی «صریح» در انتهای ماده در مقابل تردید و ابهام است، نه ضمنی، پس اگر در امکان انعقاد قرارداد و مخالفت آن با قانون تردید شود، اصل اباحه حاکم است ولی اگر مخالفت قرارداد با قانون آمره مسلم باشد، قرارداد باطل است اعم از این که این مخالفت صریح باشد یا ضمنی؛ چنانکه در هیچ یک از مواد قانون مدنی، قییم از بخشیدن اموال محجور منع نشده است اما از مفهوم ماده ۱۲۴۱ به روشنی استنباط می‌شود که این عمل مجاز نیست (کاتوزیان (۱۱)، صص ۱۵۷-۱۵۸؛ ن.خ: امامی (۱۲)، ص. ۴۸).

۳. واژه‌ی «قانون» در انتهای ماده، ناظر بر قوانین «امری» است، نه تکمیلی؛ توضیح آن که رعایت برخی قوانین به طور مطلق الزامی است و رعایت برخی از قوانین در صورتی الزامی است که خلاف آن در قرارداد یا عرف پیش‌بینی نشده باشد، دسته اول را قوانین «امری» و دسته دوم را قوانین «تکمیلی یا تفسیری یا تعویضی یا تخییری» گویند.

۴. در امور مالی اصل بر «تکمیلی بودن» قانون و در احوال شخصیه اصل بر «امری بودن» قانون است. ۵. مخالفت قرارداد با قانون در صورتی موجب بطلان یا عدم نفوذ عقد است که آن قانون، بیانگر شرایط عمومی (م ۱۹۰ ق.م) یا اختصاصی (مانند م ۴۶ ق.م) ضروری اعتبار عقد مذکور باشد.

۶. منظور از «قرارداد خصوصی» معمولاً «عقد غیرمعین» است (ر.ک. ش. ۸ تا ۱۳ م. ۱۸۴ ق.م).

۷. ماده ۱۰ در عقود معین هم کاربرد دارد و طرفین عقد معین، می‌توانند با توافق، خلاءهای قانونی را پر کرده و یا حتی خلاف عرف و قانون تکمیلی تراضی نمایند و بدیهی است که اراده طرفین ملاک عمل خواهد بود (العقود تابعه للقصود)؛ منتها این تغییرات تا جایی معتبر است که خلاف نظم عمومی و به ویژه قواعد امری ناظر به آن عقد نباشد (کاتوزیان (۱۳)، ص ۶).

۸. طرفین قرارداد نمی‌توانند «عینی را در برابر عوض تملیک کرده» و با گذاشتن نام «قرارداد خصوصی» بر آن، از احکام امری عقد بیع فرار نمایند (کاتوزیان (۱۳)، ص ۶) (تبصره ماده ۱۰ قانون

۱- به اعتقاد صاحب عناوین، قراردادها برای رفع نیاز مردم و «در نتیجه زندگی اجتماعی» ایجاد شده‌اند و اصولاً اختراع شرع محسوب نمی‌شوند (به عبارت دیگر غالباً احکام راجع به معاملات تأسیس شارع نیستند بلکه شارع آن‌ها را صرفاً تأیید نموده است که به آن اصل امضایی بودن احکام راجع به معاملات می‌گویند) و عموم روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» اقتضا دارد که قراردادهایی که مردم نسبت به اموال خود منعقد می‌نمایند، در کل، معتبر باشد و نیازی به تأیید تک قراردادها از سوی شارع نیست (العناوین، ذیل عنوان ۲۷، مبحث فی شبهه الحکم).

حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو)؛ به ویژه اینکه آنچه مخلوق طرفین است ماهیت حقوقی عقد است و احراز نام آنچه توافق شده، با در نظر گرفتن قصد مشترک طرفین، با قاضی است.^۱

۹. مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی، عقد صلح را بیهوده نمی‌کند و عقد صلح نیز باعث بی‌نیازی از استناد به ماده ۱۰ نمی‌شود (کاتوزیان (۱۴)، ص ۳۶۲)؛ توضیح آنکه اولاً قلمرو ماده ۱۰ تنها اعتبار بخشی به عقود نامعین نیست تا گفته شود می‌توان تمام عقود نامعین را در قالب صلح منعقد نمود و از ماده مذکور بی‌نیاز شد، بلکه ماده ۱۰ مبنای اعتبار هر گونه توافق است خواه در قالب عقود معین باشد یا نامعین؛ ثانیاً عقد صلح در حقوق کنونی اثر تأسیسی دارد زیرا می‌توان در قالب صلح، تملیک عین به عوض معلوم نمود و از آثار خاصه عقد بیع (نظیر خیارات مختص بیع موضوع ماده ۴۵۶ ق.م.دوری جست^۲؛ مضافاً بر اینکه جوهره صلح «تسالم و سازش و گذشت» است (نه تبادل)؛ به عبارت دیگر، تملیک عین یا منفعت و غیره وسیله تحقق تسالم هستند (شیخ انصاری (۱۵)، ص ۳۰۱).

۱۰. قرارداد در صورتی معتبر است که مخالف نظم عمومی (اخلاق حسنه و قانون آمره) نباشد (م ۹۷۵ ق.م. و م ۶ ق.ا.د.م.)؛ بنابراین شایسته بود، مقنن در ماده ۱۰، واژه «نظم عمومی» را به جای «قانون» به کار می‌گرفت.

۱۱. متعاقدين اصولاً می‌توانند با توافق، به نفع اشخاص ثالث تعهد ایجاد کنند (قسمت اخیر ماده ۱۹۶ و ۲۳۱) ولی اصولاً نمی‌توانند به ضرر ثالث، تعهدی ایجاد کرده یا حق ایجاد شده برای وی را بدون رضایت او زایل کنند؛ به عنوان مثال اگر طبق قرارداد میان فدراسیون فوتبال و سرمربی تیم ملی، مالیات بر درآمد سرمربی به عهده فدراسیون باشد، چنین توافقی مستتبط از مواد ۱۶۲ و ۱۸۲^۳ قانون مالیات‌های مستقیم صحیح است اما مادام که مالیات پرداخت نشده است صرف چنین توافقی مانع رجوع سازمان امور مالیاتی به مودی (سرمربی) نخواهد بود زیرا توافق فدراسیون و سرمربی نمی‌تواند حق سازمان که در قرارداد اخیر ثالث محسوب می‌شود را در مراجعه به مؤدّی (پرداخت‌کننده) مالیاتی

۱- با وجود این، مقررات راجع به عقد صلح به نحوی نگارش شده است که باب «تقلب نسبت به قانون» را باز می‌نماید؛ بدین توضیح که طرفین می‌توانند نام توافق خود را به جای بیع، «صلح» گذاشته و مانع ایجاد حق شفعه برای شریک شوند (مواد ۷۵۸ و ۷۵۹ ق.م.)؛ امری که قابل انتقاد و محتاج اصلاح است (ر.ک. به توضیحات ذیل ماده ۷۵۹ همین کتاب).

۲- البته نمی‌توان انکار کرد که این دو نهاد هم پوشانی زیادی با هم دارند و صلح از جایگاه اولیه خود (رفع تنازع) خارج شده (ماده ۷۵۲ ق.م.) و به ابزاری برای تحقق حاکمیت اراده در فقه و رویه عملی تبدیل شده است چنانکه در رویه عملی برای انتقال رسمی سهام و سرقفلی از قالب صلح استفاده می‌شود، نه ماده ۱۰ قانون مدنی.

۳- مطابق ماده ۱۸۲ قانون مالیات‌های مستقیم: «کسانی که مطابق مقررات این قانون مکلف به پرداخت مالیات دیگران می‌باشند و همچنین هرکس که پرداخت مالیات دیگری را تعهد یا ضمانت کرده باشد ... در حکم مودی محسوب و از نظر وصول بدهی طبق مقررات قانونی اجرای وصول مالیات‌ها با آنان رفتار خواهد شد».

زایل کند؛ همچنین اگر در قرارداد بین مدیرعامل و شرکت ذکر شود که مدیرعامل در خصوص چک‌های صادره از حساب شرکت در برابر دارنده چک مسئولیتی ندارد و مسئولیت تماماً به عهده شرکت (صاحب حساب) است، این توافق نسبت به طلبکار اثری نداشته و دارنده چک می‌تواند به مدیرعامل (امضاءکننده چک) رجوع کند (ماده ۱۹ ق.ص.ج).

۱۲. انواع نظم عمومی عبارت‌اند از (صفایی، (۲۲)، صص ۵۱-۵۷)

الف) **نظم عمومی سیاسی** که هدفش جلوگیری از ضربه وارد شدن به نهادهای اساسی جامعه و حمایت از دولت، خانواده و فرد است:

- **حمایت از دولت**، به عنوان مثال قرارداد فروش حق رأی، باطل است؛
- **حمایت از خانواده**، به عنوان مثال توافق بر اینکه نفقه بر عهده زوجه باشد، باطل است؛
- **حمایت از فرد**، به عنوان مثال قرارداد راجع به سلب حریت (بردگی)، باطل است (م ۹۶۰).

ب) **نظم عمومی اقتصادی**، بر دو قسم است:

• **نظم عمومی حمایتی** که هدفش حمایت از طبقاتی است که به لحاظ اقتصادی ضعیف هستند مانند کارگر، مستأجر، مصرف کننده یا بدهکار؛ به عنوان مثال هر قراردادی که حقوق کمتری از حقوق پیش‌بینی شده برای کارگر در قانون کار در نظر گیرد باطل است (م ۸ ق.ک.)؛ تقسیط بدهی بدهکار توسط قاضی نمونه دیگر از قواعد اقتصادی حمایتی است (م ۲۷۷ ق.م).

• **نظم عمومی ارشادی**، مانند مقررات ارزی، تعرفه‌های گمرکی، نرخ سود بانکی و ...؛ نظم عمومی ارشادی به نسبت سایر انواع نظم عمومی، در طول زمان، بیشتر در حال تغییر هستند و ثبات چندانی ندارند.

۱۳. عقود نامعین، لازم و رضایی هستند چراکه اصل بر لازم بودن (م ۲۱۹) و رضایی بودن (م ۱۹۱) عقد است؛ به ویژه اینکه جایز یا تشریفاتی بودن، معمولاً مستلزم نص قانونی است و حال آنکه اساساً احکام عقود نامعین (از جمله لازم یا جایز بودن، رضایی یا تشریفاتی بودن) در قانون بیان نشده است، بنابراین کلیه عقود نامعین، مشمول اصل لزوم و رضایی بودن عقود هستند مگر اینکه توافق یا عرف خلافی وجود داشته باشد.

۱- از ویژگی‌های قوانین حمایتی این است که اگر توافق به نفع طبقه مورد حمایت قانون باشد اشکالی ندارد؛ بنابراین در نظر گرفتن مزایای بیشتر از آنچه در قانون کار آمده است برای کارگر اشکالی ندارد؛ یا در نظر گرفتن وجه التزام و خسارتی بیشتر از حداقل خسارت‌های در نظر گرفته شده در قانون پیش فروش ساختمان و آیین‌نامه حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو به نفع پیش خریدار و مصرف کننده اشکالی ندارد ولی توافق به مبلغی کمتر معتبر نیست.



جلد اول

در اموال

کتاب اول: در بیان اموال و مالکیت به طور کلی

باب اول: در بیان انواع اموال

ماده ۱۱: اقسام اموال

اموال بر دو قسم است: منقول و غیر منقول

۱. مال، از نظر حقوقی، به چیزی اطلاق می‌شود که مفید بوده و قابل تملک و اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۹)؛ بنابراین دریای آزاد و یا کرات آسمانی که قابل تملک نیستند مال محسوب نمی‌شوند و از آن‌ها به عنوان «میراث مشترک بشریت» نام برده می‌شود (بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، صص ۳۴۷ و ۴۲۴).
۲. داشتن مالک خاص، شرط مال محسوب شدن نیست بلکه کافی است که آن شیء مفید بوده و قابلیت تملک و اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین را داشته باشد؛ نامگذاری فصل سوم از باب اول قانون مدنی، تحت عنوان «اموالی که مالک خاص ندارد» مؤید همین برداشت است (ن.و: لنگرودی (۱)، ص ۱۳ و کاتوزیان (۱۶)، ص ۹).
۳. اطلاق لفظ «مال» در ماده ۱۱، هم اشیاء مادی را در بر می‌گیرد و هم حقوقی که دارای ارزش اقتصادی است. مثل حق سرقفلی یا خط تلفن (ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۱۳).
۴. تقسیم‌بندی ماده ۱۱ حصری است و هر مالی در یکی از این دو دسته قرار می‌گیرد و قسم سومی وجود ندارد (ن.و: لنگرودی (۱)، ص ۱۴).
۵. رابطه مال و شیء به لحاظ منطقی، عموم و خصوص مطلق است زیرا هر مالی شیء است ولی هر شیئی ارزش مبادله اقتصادی نداشته و لزوماً مال محسوب نمی‌شود^۱ به عنوان مثال: آفتاب شیء است ولی مال محسوب نمی‌شود (ن.و: صفایی (۱۷)، ص ۱۴۱ و عدل السلطنه (۷)، ص ۳۷).
۶. اگر مالی در رابطه دو طرف قرارداد ارزش مالی داشته باشد و انگیزه معامله عقلایی و مشروع باشد، قرارداد صحیح است ولو این که عرف بازار برای آن شیء ارزشی قائل نباشد. مثل دفتر خاطرات (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۱).
۷. اندک بودن مال، دلیلی بر مالیت نداشتن آن مال نیست (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۱).
۸. مال آینده، یعنی مالی که به حکم عادت در آینده ایجاد می‌شود، در حکم مال است و می‌تواند مورد داد و ستد واقع شود. مثل بیع میوه‌ای که هنوز نرسیده است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۱)؛ البته مثال اخیر را در فقه، بیع ثمره پیش از بُدُوِّ صَلَاح (پدیدارشدن صلاحیت میوه برای خرید و فروش و

۱- اگر لفظ «شیء» را تنها ناظر به اموال مادی بدانیم رابطه این دو مفهوم، عموم و خصوص من‌وجه خواهد بود.

مانند آن) گویند و مشهور فقها آن را صحیح نمی‌دانند که در حقوق کنونی دلیلی بر بطلان آن نیست.

۹. تقسیم اموال به منقول و غیرمنقول در موارد زیر مؤثر است:

- تعیین دادگاه صالح (م. ۱۱، ۱۲ و ۱۳ ق.ا.د.م.)؛
- نحوه توقیف و بازداشت (م. ۶۱ و ۹۹ ق.ا.ا.م.)؛
- محدودیت خارجیان در تملک اموال غیرمنقول (ماده ۱ آیین‌نامه استملاک اتباع خارجه ۱۳۲۸)؛
- لزوم تنظیم سند رسمی در انتقال برخی اموال غیرمنقول (م. ۴۶ و ۴۷ ق.ت.)؛
- غیرتجاری بودن معاملات اموال غیرمنقول (م. ۴ ق.ت.)؛
- اختصاص ارتفاق (م. ۹۳) و شفعه (م. ۸۰۸) به اموال غیرمنقول؛
- نحوه ارث بری زوجه (م. ۹۴۶)؛
- لزوم اجازه دادستان در فروش یا رهن گذاشتن مال غیرمنقول از سوی قیم (م. ۱۲۴۱ ق.م.)؛
- نحوه محاسبه هزینه دادرسی (بند ۳ ماده ۱۲ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت ۱۳۷۳).

فصل اول: در اموال غیر منقول

ماده ۱۲: تعریف مال غیر منقول

مال غیر منقول آن است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود.

۱. مال غیرمنقول ممکن است ذاتی (طبیعی) یا در اثر عمل انسان (مواد ۱۳ تا ۱۶) یا حکمی (م. ۱۷) یا تبعی (م. ۱۸) باشد.

۲. مالی را که بر حکم طبیعت خود قابل نقل و انتقال نیست، «غیرمنقول ذاتی یا طبیعی» گویند مثل زمین، معادن و سنگ‌های آن.

۳. ملاک ثبات ذاتی، «عرفی» است، نه علمی؛ زیرا هیچ چیز بر اساس ذات خود ثابت نیست (کاتوزیان (۱۶)، ص ۴۹).

ماده ۱۳: مصادیق اموال غیر منقول

اراضی و ابنیه و آسیا و هر چه که در بنا منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب می‌شود غیر منقول است و همچنین است لوله‌ها که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین یا بنا کشیده شده باشد.

۱. این دسته از اموال (به جز اراضی)، وصف غیرمنقول خود را به صورت مصنوعی و در اثر عمل انسان کسب نموده‌اند و گرنه ذات آن‌ها منقول است به همین دلیل پس از جدا شدن از بنا، صفت اکتسابی خود را از دست داده و در شمار اموال منقول قرار می‌گیرند (ر.ک. م. ۱۵) (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۴۹).

۲. طرفین عقد می‌توانند خلاف این ماده را پیش‌بینی کرده و اموال غیرمنقول غیرذاتی را در روابط خود منقول تلقی کنند. پس اگر بنای دو طرف معامله بر جدا کردن میوه از درخت باشد، میوه منقول محسوب می‌شود ولو هنوز چیده نشده باشد (منقول قراردادی یا اموال پیشاپیش منقول) (درودیان (۱۸)، ص. ۵۶).

۳. تمام اموالی که در اصل منقول بوده و به زمین یا بنا الصاق یافته، «غیرمنقول در اثر عمل انسان» است (مثل بناها یا لوله‌های آب یا درخت). البته برخی از حقوق‌دانان این دسته از اموال را به دلیل تبعیت از وصف زمین یا بنا، «غیرمنقول تبعی» هم نامیده‌اند (کاتوزیان (۵)، ص. ۳۸).

ماده ۱۴: مصادیق غیر منقول در اثر عمل انسان (غیر منقول اکتسابی)

آینه و پرده نقاشی و مجسمه و امثال آنها در صورتی که در بنا یا زمین به کار رفته باشد به طوری که نقل آن موجب نقص یا خرابی خود آن یا محل آن بشود غیر منقول است.

ماده ۱۵: وضعیت ثمره و حاصل

ثمره و حاصل، مادام که چیده یا درو نشده است غیر منقول است اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد تنها آن قسمت منقول است.

۱. ثمره در معنای خاص، به منافع «مادی» اطلاق می‌شود که پس از جدا شدن از عین، خود «عین» دیگری است مثل میوه درخت ولی در معنای عام معادل «منفعت» است (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۳۸).

۲. ثمره و حاصل در معنای عام مترادف و به معنای منفعت هستند ولی در معنای خاص «ثمره» منافع تجدید شونده‌ای است که ایجاد آن ملازمه‌ای با کاسته شدن از عین ندارد؛ مانند میوه درخت ولی «حاصل یا محصول» منفعتی است که با جدا شدنش از عین، از آن می‌کاهد مثل استخراج سنگ از معدن (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۳۸-۳۹؛ ن.خ: عدل (۷)، ص. ۴۱).

۳. مبنای حکم ماده «تبعی بودن» وصف غیرمنقول برای ثمره و حاصل است که پس از جدا شدن از بین رفته و به وصف ذاتی خود بر می‌گردد (کاتوزیان (۵)، ص. ۳۹).

ماده ۱۶: مصادیق غیر منقول در اثر عمل انسان (غیر منقول اکتسابی)

مطلق اشجار و شاخه‌های آن و نهال و قلمه مادام که بریده یا کنده نشده است غیرمنقول است.

۱. منظور از «مُطَلَّق اشجار»، «کلیه درختان» است و منظور از «قَلْمَه»، قسمتی از ساقه، ریشه یا برگ گیاه است که آن را به صورت قلم (مورَب) می‌برند و می‌کارند تا ریشه بگیرد و رشد کند (ر.ک فرهنگ دهخدا و عمید).

ماده ۱۷: غیر منقول حکمی

حیوانات و اشیایی که مالک آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد از قبیل گاو و گاو میش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره و به طور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت لازم و مالک آن را به این امر تخصیص داده باشد از جهت صلاحیت محاکم و

توقیف اموال جزء ملک محسوب و در حکم مال غیر منقول است و همچنین است تلمبه و گاو و یا حیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یا خانه و باغ اختصاص داده شده است.

۱. حیوانات و اشیایی که مالک آن را برای عمل زراعت و آبیاری اختصاص داده است، «غیرمنقول حکمی» است. یعنی این اموال منقول بوده و تنها از حیث «صلاحیت محاکم و توقیف اموال» در «حکم غیرمنقول» است.

۲. برای اجرای ماده ۱۷ اولاً زمین و اشیاء اختصاص یافته به زراعت باید دارای مالک «واحد» باشد؛ بنابراین اگر در عقد مزارعه، عامل تراکتور خویش را به زراعت اختصاص دهد، تراکتور از هر حیث مال منقول محسوب می‌شود زیرا در فرض اخیر، عامل (زارع) مالک تراکتور بوده ولی مالکیتی بر زمین ندارد (مالک زمین معمولاً مزارع است)؛ ثانیاً مالک باید این اموال را صرفاً به «زراعت یا آبیاری» اختصاص داده باشد؛ بنابراین اگر تراکتوری برای هموار کردن راه و هم برای شخم زدن بکار رود، نمی‌توان آن را غیرمنقول دانست (صفایی (۱۷)، ص ۱۵۲) ثالثاً باید وجود این اموال برای زراعت لازم و ضروری باشد.

۳. اگر مستأجری گاو و تخم را از مال خود در زمین مورد اجاره به کار ببرد، آن اموال غیرمنقول محسوب نمی‌شوند، همچنین اگر مالک زمین، تراکتور یا چرخ آبیاری را جدای از زمین بفروشد، موضوع عقد بیع مال منقول است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۵۲).

۴. دعوای راجع به مال غیرمنقول اصولاً در صلاحیت «دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول» است (م ۱۲ ق.آ.د.م.) و دعوای راجع به مال منقول اصولاً در صلاحیت «دادگاه محل اقامت خواننده» است (م ۱۱ ق.آ.د.م.).

۵. توقیف اموال غیرمنقول اصولاً «سندی» است (منع نقل و انتقال حقوقی) در حالی که توقیف اموال منقول اصولاً «فیزیکی» است^۱؛ بنابراین توقیف مال غیرمنقول موجب توقیف منافع آن نمی‌گردد (م ۱۰۳ ق.آ.د.م.) و مالک می‌تواند از اموال غیرمنقول توقیف شده استفاده نماید.

۶. حکم ماده ۱۷ «جنبه استثنایی» داشته و باید تفسیر مضیق شود و نمی‌توان به یاری قیاس این حکم را در ادوات صنعتی و تجاری هم جاری کرد؛ اگرچه این حکم با تحولات کنونی سازگار نیست (امامی (۲۰)، ص ۴۴؛ کاتوزیان (۱۶)، ص ۵۲؛ عدل (۷)، ص ۴۴).

۱- تفکیک توقیف حقوقی و فیزیکی در «خودرو» به وضوح قابل مشاهده است چراکه ممکن است خودرو صرفاً با دستور دادگاه به پلیس راهور و با ثبت در سیستم، توقیف حقوقی شود (یعنی از نقل و انتقال حقوقی و معامله آن جلوگیری شود) و یا علاوه بر این، دستور توقیف فیزیکی آن (یعنی حمل آن به پارکینگ و نگاه‌داشتن آن در همان محل) نیز به کلاتری مربوطه داده شود.

ماده ۱۸: غیر منقول تبعی

حق انتفاع از اشیای غیر منقوله مثل حق عمری و سکنی و همچنین حق ارتفاق نسبت به ملک غیر از قبیل حق العبور و حق المجری و دعاوی راجع به اموال غیر منقوله از قبیل تقاضای خلع ید و امثال آن تابع اموال غیر منقول است.

۱. اشیاء به تبعیت از ماهیت خود تقسیم‌بندی می‌شوند و حقوق و دعاوی اصولاً به تبعیت از «موضوع» خود، به همین دلیل مصادیق مندرج در ماده فوق را «غیرمنقول تبعی» می‌نامند. البته بعضاً غیرمنقول «حکمی» نیز نامیده می‌شوند که نباید آن را با اموال «در حکم غیرمنقول» مندرج در ماده ۱۷ ق.م.ا.ش. اشتباه گرفت.

۲. اگر موضوع حق عینی، مال غیرمنقول باشد مثل حق انتفاع از خانه، حق انتفاع هم به تبع آن غیرمنقول محسوب می‌شود و اگر موضوع حق عینی، مال منقول باشد مثل حق انتفاع از خودرو، حق انتفاع هم به تبع آن منقول محسوب می‌شود.

۳. حق دینی، منقول است ولو موضوع آن غیرمنقول باشد (م ۲۰) پس دعوی مطالبه دین، مثل مال الاجاره یا ثمن^۱ مال غیرمنقول، منقول است. البته برخی از حقوقدانان تعهد به انتقال مال غیرمنقول را، استثنائاً، غیرمنقول دانسته‌اند (کاتوزیان (۱۶)، ش ۵۲).

۴. دعاوی راجع به اجرت‌المثل و خسارت وارده به املاک (مال غیرمنقول)، غیرمنقول است (رأی وحدت رویه شماره ۳۱، مورخ ۱۳۶۳/۹/۵ هیئت عمومی دیوانعالی کشور)^۲.

۵. ذکر حق انتفاع و ارتفاق در ماده ۱۸ جنبه تمثیلی داشته و سایر حقوق عینی راجع به اموال غیرمنقول (مثل مالکیت، حق تجبیر، حق شفعه و حق وثیقه) را نیز باید غیرمنقول دانست.

۶. دعاوی «تصرف» راجع به اموال غیرمنقول مثل خلع ید غاصبانه یا امانی، تصرف عدوانی، رفع مزاحمت و ممانعت از حق، غیرمنقول است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۵۵).

۷. دعاوی که موضوع آن به نحو غیرمستقیم، «تملک مال غیرمنقول» است مثل دعوی فسخ، عدم نفوذ یا بطلان معامله راجع به مال غیرمنقول، غیرمنقول است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۵۵).

۱- البته منقول تلقی کردن مال الاجاره یا ثمن ناظر به مورد غالب است که بهای قراردادی پول است ولی اگر ثمن معامله، مال غیرمنقول و معین باشد به مجرد وقوع بیع فروشنده مالک ثمن شده و حق عینی بر مال غیرمنقول پیدا می‌کند و این حق به تبع موضوع اش، غیرمنقول محسوب خواهد شد.

۲- به لحاظ تحلیلی، حق مطالبه خسارت و اجرت‌المثل، دینی و منقول است منتها به نظر می‌رسد از آنجایی که تعیین خسارت و اجرت‌المثل ملک مستلزم مراجعه کارشناس به محل وقوع ملک است، غیرمنقول تلقی کردن دعوی و صالح دانستن دادگاه محل وقوع ملک به مصلحت نزدیکتر است؛ به همین دلیل در صورتی که طرفین در خصوص خسارت یا اجرت ملک توافق نمایند، باید به قاعده اصلی بازگشته و دعوی مطالبه آنها را منقول و در صلاحیت دادگاه اقامتگاه خواننده دانست؛ شایان ذکر است در رأی صادره که اجرت‌المثل ملک را غیرمنقول و اجرت‌المسمی را منقول تلقی کرده است دلیل این امر را غیر قراردادی بودن اجرت‌المثل و قراردادی بودن اجرت‌المسمی دانسته است که صحیح به نظر نمی‌رسد.

۸. دعوی مربوط به «تولیت و اداره‌ی موقوفات غیرمنقول» غیرمنقول است (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۵۷).
۹. بر مبنای قاعده غلبه، باید اصل را بر «منقول بودن» اموال دانست و در موارد تردید، مال را منقول تلقی نمود.

فصل دوم: در اموال منقوله

ماده ۱۹: تعریف اموال منقول

اشیائی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد آید منقول است.

۱. سند، وسیله اثبات حق است و ذاتاً مالیت ندارد، با این حال، در برخی موارد موضوع سند چنان با ماهیت آن مخلوط می‌شود که گویی خود سند ارزش مالی دارد مثل اسکناس، سهام بی‌نام شرکت، چک‌های تضمین شده، بروات، سفته و چک در وجه حامل. این اسناد را باید از اشیا مادی «منقول» به حساب آورد (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۵۸).

ماده ۲۰: منقول تبعی یا حکمی

کلیه دیون از قبیل قرض و ثمن مبیع و مال الاجاره عین مستأجره از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است ولو اینکه مبیع یا عین مستأجره از اموال غیرمنقوله باشد.

۱. حق عینی نسبت به اموال منقول هم منقول تبعی است.
۲. دیون و تعهدات، از هر جهت تابع مقررات مربوط به اموال منقول هستند و قید «صلاحیت محاکم» در ماده ۲۰، قید توضیحی و ناظر به مورد غالب است و مفهوم مخالف آن حجیت ندارد.
۳. مال الاجاره، بهای توافقی است که مستأجر در مقابل مالکیت منفعت پرداخت می‌کند و در هر حال، منقول محسوب می‌شود و در مقابل اجرت‌المثل، بهای غیرقراردادی است که بسته به موضوع آن، ممکن است منقول یا غیرمنقول محسوب شود.
۴. حق شرکا در شرکتی که دارای «شخصیت حقوقی مستقل» است، دینی و منقول است ولی اگر شرکت فاقد شخصیت حقوقی باشد حق شرکا عینی است و منقول یا غیرمنقول بودن آن بستگی به منقول یا غیرمنقول بودن مال مشاع دارد (امامی (۲۰)، ص ۴۸؛ عدل (۷)، ص ۴۸).
۵. با توجه به موضوع مالکیت‌های فکری و اصل منقول بودن اموال، این اموال نیز، منقول محسوب می‌گردند؛ مانند حق مخترع نسبت به اختراع خود (امامی (۲۰)، ص ۴۸؛ عدل (۷)، ص ۴۸).
۶. به اعتقاد برخی، سرقتی حقی است مخلوط از حق منقول (پولی که مستأجر در برابر فعالیت و حسن شهرت خویش دریافت می‌کند) و حق غیرمنقول (حق تقدم در اجاره) که وصف «غیرمنقول» آن غلبه دارد (کاتوزیان (۱۶)، صص. ۶۱-۶۳).

ماده ۲۱: مصادیق اموال منقول

انواع کشتی‌های کوچک و بزرگ و قایق‌ها و آسیاها و حمام‌هایی که در روی رودخانه و دریاها ساخته می‌شود و می‌توان آنها را حرکت داد و کلیه کارخانه‌هایی که نظر به طرز ساختمان جزو بنای عمارتی نباشد داخل در منقولات است ولی توقیف بعضی از اشیاء مزبوره ممکن است نظر به اهمیت آنها موافق ترتیبات خاصه به عمل آید.

۱. اگرچه مطابق قانون دریایی، کشتی مال منقول محسوب می‌شود اما به لحاظ اهمیت موضوع، قواعد خاصی راجع به تابعیت، ثبت، معاملات آن و نحوه فروش آن جهت پرداخت دیون مالک و ... در این قانون پیش‌بینی شده است (صفایی (۱۷)، ص ۱۵۵).

ماده ۲۲: وضعیت مصالح بنایی

مصالح بنایی از قبیل سنگ و آجر و غیره که برای بنایی تهیه شده یا به واسطه خرابی از بنا جدا شده باشد مادامی که در بنا به کار نرفته داخل منقول است.

۱. قطعات پیش ساخته ساختمان قبل از نصب در ساختمان از مصالح ساختمانی بوده و منقول است (نظریه مشورتی (۶)، شماره ۷/۳۹۴۳-۸/۵۹۷/۸).

فصل سوم: در اموالی که مالک خاص ندارد

ماده ۲۳: اموال بدون مالک

استفاده از اموالی که مالک خاص ندارد مطابق قوانین مربوط به آنها خواهد بود.

۱. علاوه بر «مشترکات عمومی» و «مباحات»، «اموال مجهول‌المالک» را نیز می‌توان در حکم اموال بدون مالک خاص دانست.

۲. اموال دولتی، ملک دولت است و دولت نسبت به آن حق مالکیت دارد اما اموال عمومی اموالی هستند که برای رفع نیازمندی‌های عموم، اختصاص یافته است و دولت برای حفظ مصالح عمومی، تنها به جهت نمایندگی که از سوی مردم دارد، می‌تواند آن را «داره» کند.

۳. برخلاف اموال دولتی، انتقال و توقیف^۱ اموال عمومی امکان ندارد و مرور زمان در آن جاری نمی‌شود (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۶۶).

۱- قبل از صدور حکم قطعی، اموال شهرداری قابل تأمین نبوده و پس از صدور حکم قطعی در صورتی که شهرداری امکان اجرای رأی در همان سال را نداشته باشد باید رأی را در سال بعد اجرا نماید، در غیر اینصورت ذینفع می‌تواند نسبت به استیفای طلب خود از اموال شهرداری اقدام نماید؛ در خصوص توقیف اموال دولتی نیز، در صورتی که وزارتخانه یا موسسه

۴. در حال حاضر، توقیف اموال دولتی و شهرداری با محدودیت مواجه شده است و بازداشت اموال متعلق به وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی که درآمد و مخارج آن‌ها در بودجه کل کشور منظور می‌گردد و شهرداری‌ها با رعایت قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵ و قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴ صورت می‌گیرد^۱ (م ۶۲ آیین‌نامه نحوه اجرای مفاد اسناد رسمی ۱۳۸۷)؛ بنابراین تفاوت اموال دولتی و عمومی از نظر امکان توقیف، تا حدودی کمرنگ شده است اگرچه عدم توقیف اموال دولتی موقتی بوده و ریشه در مصلحت و در اموال عمومی، ریشه در اوصاف این اموال دارد.
۵. اموال عمومی بر دو قسم است: ۱- اموالی که برای استفاده عموم در اختیار سکنه شهر یا روستا است (م ۲۵ ق.م) ۲- اموالی که به یک خدمت عمومی اختصاص یافته است (م ۲۶ ق.م) (لنگرودی (۱)، ص ۲۱).
۶. رابطه مال با ملک «عموم و خصوص من وجه» است. یعنی هر مالی ملک نیست و هر ملکی هم مال نیست بلکه برخی از اموال ملک هستند (یعنی مالک خاص دارند).

دولتی، اعتبار و بودجه لازم جهت پرداخت محکوم‌به را نداشته باشد، امکان توقیف اموال تا یک سال و نیم (۱۸ ماه) بعد از «صدور حکم» وجود نخواهد داشت. سابقاً به درستی چنین بیان می‌شد که عدم امکان تأمین و توقیف اموال وزارتخانه و موسسات دولتی و شهرداری‌ها جنبه استثنایی دارد و این مقرر قابل تسری به شرکت‌های دولتی یا موسسات عمومی غیردولتی دیگر نیست (نظریه مشورتی (۶)، ۷/۱۰۶۵۵-۱۱/۱۷/۱۳۸۰)، به عبارت دیگر، در کلیه مواردی که در اجرای این قانون تردید وجود دارد باید قلمرو آن تفسیر محدود شده و به قدر متیقن اکتفا نمود؛ اما در حال حاضر، در بند ج ماده ۲۴ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۹۳/۱۲/۴ چنین مقرر شده است که «در مورد احکام قطعی دادگاهها و اوراق لازم‌الاجرای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی و سایر مراجع قضایی علیه دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، چنانچه دستگاه‌های مذکور، ظرف مهلت مقرر در قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵ به هر دلیل از اجرای احکام خودداری کنند، مرجع قضایی یا ثبتی یاد شده باید مراتب را جهت اجراء به سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور اعلام کند و سازمان مذکور موظف است ظرف مدت سه ماه، محکوم‌به را بدون رعایت محدودیت‌های جابه‌جایی در بودجه تملک دارایی‌های سرمایه‌ای و هزینه‌ای از بودجه سنواتی، دستگاه مربوطه کسر و مستقیماً به محکوم‌له یا اجرای احکام دادگاه یا سایر مراجع قضایی و ثبتی مربوط پرداخت کند»؛ بنابراین، قانون اخیر، دایره قلمرو قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی را به شرکت‌های دولتی و مؤسسات عمومی غیردولتی هم تسری داده است؛ چرا که دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری عبارت است از: ۱- وزارتخانه ۲- مؤسسه دولتی ۳- مؤسسه عمومی غیردولتی ۴- شرکت دولتی.

۱- مهلت قانونی اعطا شده به شهرداری، رافع مسئولیت شهرداری در پرداخت خسارت تأخیر است (قسمت اخیر ماده واحده ۶۱/۲/۱۴)؛ بدیهی است پس از اتمام مهلت قانونی، بدهی مشمول خسارت تأخیر شده و اموال شهرداری نیز قابل توقیف است.

ماده ۲۴: تملک راه‌ها

هیچ کس نمی‌تواند طرق و شوارع عامه و کوچه‌هایی را که آخر آنها مسدود نیست تملک نماید.

۱. کوچه‌هایی که آخر آن بن‌بست نیست، از اموال عمومی محسوب می‌شود ولو در املاک خصوصی احداث شده باشد (کاتوزیان (۵)، ص ۴۰).

۲. از مفهوم مخالف ماده ۲۴، چنین استنباط می‌شود که کوچه‌ای که آخر آن مسدود است (کوچه بن‌بست) از اموال عمومی محسوب نمی‌شود و صاحبان املاک مجاور که دارای در ورودی به آن کوچه هستند (نه اشخاصی که صرفاً دارای دیوار در کوچه هستند)، می‌توانند با توافق یکدیگر هرگونه تصرفی را انجام دهند مگر اینکه قانون خاص آنان را منع کرده باشد (ر.ک. به تحریرالوسیله).

۳. اراضی کوچه‌های عمومی و میدان‌ها و پیاده‌روها و خیابان‌ها و بطور کلی معابر و بستر رودخانه‌ها و نهرها و مجاری فاضلاب شهرها و باغ‌های عمومی و گورستان‌های عمومی و درخت معابر عمومی واقع در محدوده هر شهر که مورد استفاده عموم است ملک عمومی محسوب و در مالکیت شهرداری است (تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری الحاقی ۱۳۴۵/۱۱/۲۷).

ماده ۲۵: منع تملک اموال عمومی

هیچ کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پلها و کاروانسراها و آب‌انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و میدان‌گاههای عمومی تملک کند و همچنین است قنوات و چاههایی که مورد استفاده عموم است.

۱. چون اموال عمومی قابل تملک نیستند اصولاً انتقال آنها نیز غیرممکن است مگر این که قانون هدف اختصاص یافته به این اموال را تغییر داده و فروش آنها را تجویز کند (ماده ۲۷ آیین‌نامه قانون ثبت).

۲. انتفاع از این اموال، برای اشخاصی که زودتر شروع به بهره‌برداری کرده‌اند، حق تقدمی ایجاد می‌کند که سایرین را ممنوع از مداخله و ایجاد مزاحمت برای آنان می‌سازد (محقق، شرایع، ص ۷۵۹؛ کاتوزیان (۱۶)، ص ۶۹).

۳. تصرف به عنوان مالکیت عمومی، اماره بر مالکیت عمومی است (م ۳۵) (ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۲۱).

۴. اماره تصرف، در برابر مدعی مالکیت عمومی قابل استفاده است ولی اگر مالکیت عمومی سابق، اثبات شود اماره تصرف دیگر اعتباری ندارد زیرا اموال عمومی قابل تملک نیستند تا تصرف آنها، دلیل بر مالکیت تلقی شود (کاتوزیان (۵)، ص ۴۳).

ماده ۲۶: مفهوم اموال عمومی و مصادیق آن

اموال دولتی که مُعَدَّ است برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل استحکامات و قلاع و خندقها و خاکریزهای نظامی و قورخانه و اسلحه و ذخیره و سفاین جنگی و همچنین اثاثیه و آب‌نیه و عمارات دولتی و سیمهای تلگرافی دولتی و موزه‌ها و کتابخانه‌های عمومی و آثار تاریخی و امثال آنها و بالجمله آنچه از اموال منقوله و غیر منقوله که دولت به عنوان مصالح عمومی و

منافع ملی در تحت تصرف دارد قابل تملک خصوصی نیست و همچنین است اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت و ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد.

۱. قسمت اخیر ماده که مقرر می‌دارد: «آن چه از اموال منقوله یا غیرمنقوله که دولت به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی تحت تصرف دارد...» معیار تمیز اموال عمومی از اموال دولتی است (کاتوزیان (۵)، ص. ۴۴).

۲. قلاع، جمع قلعه است و منظور از قورخانه، محل ساخت اسلحه است (فرهنگ دهخدا).

ماده ۲۷: تعریف مباحات و اراضی موات

اموالی که ملک اشخاص نمی‌باشد و افراد مردم می‌توانند آنها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوطه به هر یک از اقسام مختلفه آنها تملک کرده و یا از آنها استفاده کنند مباحات نامیده می‌شود مثل اراضی موات یعنی زمینهایی که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد.

۱. مال مباح، مالی است که اولاً مالک خاصی ندارد ثانیاً تملک یا انتفاع از آن طبق قانون ممکن است.

۲. زمین‌های شهری سه دسته هستند: ۱- موات ۲- بایر ۳- دایر یا آباد

۳. زمینی مباح و موات است که مالک خاص و سابقه عمران و احیا نداشته باشد (م. ۳ قانون زمین شهری).

۴. زمین «بایر»، زمینی است که سابقه عمران و احیاء داشته و به تدریج و باگذشت زمان به حالت موات برگشته است اعم از این که صاحب مشخص داشته یا نداشته باشد (م. ۴ قانون زمین شهری).

۵. اراضی دایر زمین‌هایی است که آن را احیاء نموده‌اند و در حال حاضر مورد بهره‌برداری است (م. ۵ قانون زمین شهری).

۶. تعریف قسمت اخیر ماده فوق از اراضی موات عام است و شامل اراضی بایر نیز می‌شود که قابل انتقاد است زیرا زمین بایر هم معطل افتاده و در آن کشت و زرع وجود ندارد با این تفاوت که سابقه احیاء و مالکیت مسلم دارد (لنگرودی (۱)، ص ۲۹).

۷. اراضی موات، در حال حاضر، قابل احیاء و تملک نیستند (ر.ک. به ش ۱۴۵ ق.م).

۸. مباحات طبق قانون مدنی عبارت‌اند از:

- اراضی مباح؛
- آب‌های مباح؛
- معادن؛
- دفینه؛
- شکار.

۹. زمینی که بر روی آن اعیانی (درخت یا بنا) وجود ندارد، بیاض نامیده می‌شود و رابطه آن با زمین موات، عموم و خصوص مطلق است زیرا هر زمین مواتی بیاض است ولی عکس این قضیه صادق نیست.

ماده ۲۸: اموال مجهول‌المالک

اموال مجهول‌المالک با اذن حاکم یا مأذون از قبیل او به مصارف فقرا می‌رسد.

۱. اموال مجهول‌المالک مالی است که قبلاً در مالکیت شخص یا اشخاصی بوده و اعراض مالک از آن مسلم نیست یا عدم اعراض از آنها محقق می‌باشد ولی به جهتی از جهات، مالک آن شناخته نمی‌شود (ر.ک. ش ۲ م ۱۶۲ ق.م).
۲. مجهول‌المالک از نظر مقررات ثبتی به «ملکی» گفته می‌شود که ظرف مهلت مقرر (۶۰ روز از تاریخ انتشار آگهی ماده ۱۰ قانون ثبت که اصطلاحاً آگهی‌مقدماتی نامیده می‌شود) به وسیله اظهارنامه درخواست ثبت آن نشده و یا اظهارنامه مربوط در مهلت قانونی به ثبت اعاده نگردیده باشد ولو اینکه دارای مالک معلوم باشد (نظریه مشورتی (۶)، شماره ۷/۳۸۲۱، مورخ ۱۳۷۸/۶/۷) (م. ۱۱ و ۱۲ ق.ت)؛ بنابراین رابطه مال مجهول‌المالک ثبتی با مجهول‌المالک قانون مدنی، عموم و خصوص من وجه است.
۳. لقطه و حیوانات ضالّه از مصادیق اموال مجهول‌المالک هستند که مقنن آن‌ها را تابع مقررات خاص قرار داده است (مواد ۱۶۲ تا ۱۷۲)؛ زیرا هنوز این امید وجود دارد که مالک آنها پیدا شود (کاتوزیان (۵)، ص ۴۰).
۴. منظور از «حاکم» در قانون مدنی به طور کلی «حکومت و دولت به معنای عام کلمه» است نه قاضی دادگاه. پس در هر مورد برای تعیین معنای حاکم، باید با توجه به وظیفه مقرر شده، نهاد و سازمان مسئول را تعیین کرد. به عنوان مثال اگر کسی ملک خود را وقف بازسازی راه‌های کشور کند، حاکم در قبولی، «وزارت راه» است. همچنین در جایی که هیچ سازمان مشخص و مستقلی برای انجام آن وظیفه خاص وجود ندارد، حاکم «دادستان» است زیرا حفظ حقوق عامه از وظایف دادستان است (کاتوزیان (۱۶)، صص ۸۰-۸۲).
۵. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، منظور از حاکم در ماده فوق، دادستان (کاتوزیان (۱۶)، ص ۸۲) و به اعتقاد برخی دیگر، دادرس دادگاه عمومی است (صفایی (۱۷)، ص ۱۸۲)؛ با وجود این، طبق بخشنامه شماره ۱۰۰/۱۵۶۵۸/۹۰۰۰ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۷ رئیس قوه قضائیه: اولاً اموال ذیل در اختیار «ولی فقیه» هستند: «اموال مجهول‌المالک» بلاصاحب، ارث بلاوارث، کالاهای قاچاق بلاصاحب و صاحب متواری و اموال رسوب شده در مناطق آزاد و ویژه اقتصادی، اموال اعراضی، رها شده، اموال و املاک غائبین مفقود الاثر، اموالی که بابت تخمیس و خروج از ذمه و اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی و دیگر قوانین، در اختیار «ولی فقیه» است؛^۱ ثانیاً تنها نهاد مأذون در مورد اموال فوق‌الذکر، از قبیل معظم‌له، «ستاد اجرایی فرمان امام (ره)» می‌باشد؛ بنابراین در رویه کنونی،

۱- طبق ماده ۳ قانون تأسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی (۱۳۷۰/۱۰/۲۴)، «اموال مجهول‌المالک در اختیار ولی فقیه است که با اذن کلی ایشان این اموال در اختیار سازمان مذکور قرار خواهد گرفت»؛ لیکن تاکنون چنین چیزی به این سازمان داده نشده است.

- منظور از حاکم در ماده ۲۸ «ولی فقیه» و منظور از «مأذون از قبیل او»، «ستاد اجرایی فرمان امام (ره)» است؛ قوانین جدیدالتصویب هم مؤید همین نظر است.^۱
۶. اموال مجهول‌المالک را باید از اموال عمومی شمرد که قانون مصرف آن را دستگیری از فقرا قرار داده است (کاتوزیان (۵)، ص. ۴۵).
۷. فقرا در اصطلاح فقهای اسلامی به کسانی اطلاق می‌شود که هزینه سال خود و خانواده خود را نداشته باشند و نیز نتوانند با کسب و کار مخارج سال خود را تأمین نمایند (صفایی (۱۷)، ص. ۱۸۳).

باب دوم: در حقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود

ماده ۲۹: اقسام حقوق عینی

ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند:

- ۱- مالکیت (اعم از عین یا منفعت)؛
 - ۲- حق انتفاع؛
 - ۳- حق ارتفاق به ملک غیر.
۱. حق از نظر حقوقی، اقتدار و امتیازی است که شخص به موجب قانون در مقابل سایر افراد جامعه از آن برخوردار است و اشخاص باید آن را محترم بشمارند و از ضمانت اجرا برخوردار است.
 ۲. حق از لحاظ ماهیت، بر دو قسم است:
 - حق مالی: حقی است برای تأمین نیازهای مادی انسان، و اصولاً قابل انتقال و تقویم به پول و اسقاط و توقیف است. مثل حق مالکیت؛
 - حق غیرمالی: حقی است برای تأمین نیازهای روحی و عاطفی انسان و اصولاً غیرقابل انتقال و تقویم به پول و اسقاط و توقیف است. البته حق غیرمالی ممکن است آثار مالی به دنبال داشته باشد. مثل حق زوجیت که آثار مالی چون نفقه را به دنبال دارد.
 ۳. حقوق مالکیت فکری، هر دو جنبه را داراست. به عنوان مثال، مؤلف نسبت به اثر خود هم از حقوق معنوی بهره‌مند است (مثل حق انتشار، انتساب اثر، حفظ حرمت و تمامیت اثر؛ که حقوق اخیر، دائمی و غیرقابل انتقال است) و هم از حقوق مادی (مثل حق تکثیر، نشر، عرضه، بخش و اجرا؛ که حقوق اخیر، اصولاً موقت ولی قابل انتقال است) (ر.ک: ش ۱۱ همین ماده).

۱- در کلیه مواردی که کالای قاچاق مکشوفه بلاصاحب یا صاحب متواری و یا مجهول‌المالک باشد عین کالای مزبور به نهاد مأذون از سوی ولی فقیه تحویل می‌شود و یا با هماهنگی و اخذ مجوز فروش از نهاد مأذون کالای مزبور توسط سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی به فروش می‌رسد و وجوه حاصل از آن به حساب نهاد مأذون از سوی ولی فقیه واریز می‌شود (تبصره ۱ ماده ۵۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲).

۴. حق مالی خود بر دو قسم است:

- حق عینی: حقی است که شخص، نسبت به مال دارد و می‌تواند مستقیماً آن را اعمال کند مثل حق مالکیت، انتفاع و ارتفاق؛
 - حق دینی یا شخصی: حقی است که شخص، نسبت به شخص دیگر دارد و تنها به طور غیرمستقیم (از طریق مدیون) قابل اعمال است مثل حق موجر نسبت به اجاره بها.
۵. حق عینی، خود بر دو قسم است:
- حق عینی اصلی: حقی است که امکان بهره‌برداری از آن مال را به صاحب حق به صورت کامل (حق مالکیت) یا ناقص (حق انتفاع و ارتفاق) اعطا می‌کند؛
 - حق عینی تبعی: حقی است که به موجب آن در صورت عدم ایفاء تعهد از سوی مدیون، دائن می‌تواند طلب خود را از فروش آن عین استیفا کند (مانند حق مرتهن در عقد رهن)؛ برخلاف حق عینی اصلی، در حق عینی تبعی، اولاً صاحب حق، حق استفاده از منافع مال را ندارد، ثانیاً با از بین رفتن حق اصلی، حق عینی تبعی فرد هم از بین می‌رود زیرا فرع تابع اصل است.
۶. منظور از «تعهد عینی» تعهدی است که باید از محل عین معین، اجرا شود مثل قولنامه که به موجب آن مالک «متعهد» می‌شود که «عین معینی» (مثل خانه) را به صاحب حق منتقل نماید.
۷. تفاوت‌های حق عینی و دینی عبارت است از:

- حق دینی به طور غیرمستقیم و از طریق مدیون قابل اعمال است؛
- حق عینی متضمن حق تعقیب و تقدم است؛
- حق عینی در برابر کلیه اشخاص جامعه قابل اعمال است (مطلق) ولی حق دینی تنها نسبت به شخص مدیون قابل اعمال است و اجرای تعهد را تنها می‌توان از متعهد درخواست نمود (نسبی).^۱

۱- مفهوم «تعهد به احترام و شناسایی حق» یا همان «قابلیت استناد به حق» از مفهوم «تعهد به اجرای حق» متفاوت است؛ (کاتوزیان، تعهدات ش ۱۳). توضیح آنکه اجرای تعهد را باید از متعهد آن درخواست نمود؛ امری که صرفاً در حقوق دینی متصور است که متضمن تعهد و متعهدله است؛ در مقابل حق خواه عینی باشد یا دینی محترم بوده و همه اشخاص جامعه باید به آن احترام گذارند بدون اینکه متضمن تعهد مستقیمی برای آن‌ها باشد؛ به عنوان مثال اگر بازیکن فوتبال با باشگاهی قرارداد امضاء کند، تعهد به بازی کردن در آن تیم تا پایان مدت قرارداد صرفاً بر عهده همان بازیکن است و قرارداد نمی‌تواند متضمن تعهدی برای سایرین باشد؛ لیکن سایر باشگاه‌ها باید به این قرارداد احترام گذاشته و از اغوای بازیکن برای ترک تیم فعلی و پیوستن به باشگاه آن‌ها خودداری نمایند و گرنه مرتکب تخلف شده و از باب مسئولیت خارج از قرارداد، ملزم به پرداخت خسارت به باشگاه آن بازیکن خواهند شد؛ بنابراین در فرض اخیر که بازیکن از باشگاه خویش جدا شده و در دوران اعتبار قرارداد پیشین خود با تیم فوتبال دیگری قرارداد منعقد می‌کند، بازیکن دارای مسئولیت قراردادی و باشگاه جدید وی دارای مسئولیت غیرقراردادی است (بندهای ۳ و ۱۱ مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال ایران ۱۳۹۶)؛ مثال اخیر به وضوح نشان می‌دهد که اگرچه حق باشگاه اول حق دینی است و تعهد مستقیمی برای سایر باشگاه‌ها ایجاد نمی‌کند ولی قابلیت استناد در برابر همگان را دارد.

- موضوع حق عینی همیشه، یک مال معین است ولی موضوع حق دینی ممکن است تعهد به انتقال یا تسلیم مال معین یا کلی یا انجام کاری دیگر یا خودداری از انجام کاری باشد؛
 - اسباب ایجاد حق عینی محدود به موارد مصرح در قانون است ولی اسباب ایجاد حق دینی نامحدود و تابع اراده‌ی متعاقدین است.
۸. در صورت تردید در ماهیت حق، اصل بر دینی (شخصی) بودن حق است و حق عینی استثنا بوده و باید اثبات شود.
۹. حق معنوی، حقی است که به صاحب آن امتیاز انتفاع انحصاری از محصول فکری یا فعالیت خاص را می‌دهد. مثل حقوق مالکیت فکری یا سرقتی (کاتوزیان (۱۶)، ص ۶۰).
۱۰. تفاوت عمده حقوق مالکیت فکری با مالکیت سنتی در «غیرمادی» بودن موضوع مالکیت فکری است؛ اگرچه موضوع مالکیت فکری، مال غیرمادی است ولی ماهیت حق صاحب حقوق اخیر (نظیر مخترع) به حقوق عینی شبیه‌تر است تا حقوق دینی.
۱۱. مقایسه جنبه مادی مالکیت فکری (*Intellectual Property*) با جنبه معنوی آن:

جنبه معنوی مالکیت فکری	جنبه مادی مالکیت فکری
قابل تقویم به پول، توقیف و انتقال ^۲ نیست	قابل تقویم به پول، توقیف ^۱ و انتقال است
اختصاص به انسان (شخص حقیقی) دارد	مالک آن ممکن است شخصی حقیقی یا حقوقی باشد (م ۵۸۸ ق.ت)
دائمی است	اصولاً محدود به مدت است ^۳
حمایت از آن بی‌قید و شرط است	حمایت از آن مشروط است ^۴

۱- طبق تبصره ۳ م ۲۴ آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۲۱۸ قانون مالیات‌های مستقیم، جنبه مادی مالکیت فکری قابل توقیف است.

۲- طبق بند «و» ماده ۵ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علامت تجاری: «نام مخترع در گواهینامه اختراع قید می‌شود مگر این که کتباً از اداره مالکیت صنعتی درخواست کند که نامش ذکر نشود. هرگونه اظهار یا تعهد مخترع مبنی بر این که نام شخص دیگری به عنوان مخترع قید گردد، فاقد اثر قانونی است».

۳- حقوق مادی پدیدآورنده در تألیف کتاب حداکثر ۵۰ سال، در ترجمه کتاب ۳۰ سال، در نرم‌افزار ۳۰ سال، در اختراع حداکثر ۲۰ سال و در طرح صنعتی حداکثر ۱۵ سال است؛ اگر چه مدت حمایت از علامت تجاری ۱۰ سال است اما کراراً و بدون محدودیت قابل تمدید است؛ بنابراین جنبه مادی حقوق صاحب علامت تجاری استثنائاً قابلیت دائمی بودن را دارد.

۴- حمایت از مالکیت ادبی و هنری (از قبیل تألیف کتاب و تولید نرم‌افزار) در ایران منوط است به اینکه پدیدآورنده اثر خویش را اولین بار در ایران منتشر کرده باشد و حمایت از مالکیت صنعتی (از قبیل اختراع، طرح صنعتی و علامت تجاری) منوط به ثبت در ایران است.

۱۲. حقوق عینی تبعی (مثل رهن) و حق تحجیر و حق شفعه را هم باید به حقوق عینی ذکر شده در ماده ۲۹ افزود.

۱۳. در تفاوت مالکیت منفعت با حق انتفاع می‌توان گفت:

- مالک منفعت اصولاً حق استفاده از تمام امتیازات مالکیت را دارد ولی صاحب حق انتفاع اصولاً تنها حق استعمال دارد و نمی‌تواند به عنوان مثال مال مورد انتفاع را اجاره دهد؛ به عبارت دیگر، مالکیت از امور مشکک است (اموری که برخلاف امور متواطی، مصادیق آن دارای شدت و ضعف است) و در واقع حق انتفاع در مرتبه‌ای اخف از مالکیت منفعت قرار دارد؛
- در مالکیت منفعت، دو مالک وجود دارد (مالک عین و مالک منفعت) ولی در حق انتفاع چنین تفکیکی وجود ندارد؛
- در مالکیت منافع، ذرات منافع در ملک مالک منافع ایجاد می‌شود، به عنوان مثال، در عقد اجاره باغ، میوه‌هایی که قبل از انقضاء مدت اجاره رسیده است متعلق به مستأجر است ولی برعکس در حق انتفاع، متعلق به مالک باغ است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۰۰).

۱۴. در تفاوت حق ارتفاق از انتفاع می‌توان گفت:

- ارتفاق اختصاص به اموال «غیرمنقول» دارد ولی موضوع حق انتفاع ممکن است منقول یا غیرمنقول باشد؛
- انتفاع جز در حبس موبد و وقف، اصولاً «موقت» است^۱ ولی حق ارتفاق، جز در صورت توافق خلاف، به تبع ملک «دائمی» است؛
- انتفاع، «مستقلاً» قابل واگذاری است در حالی که حق ارتفاق حق تبعی است که جدای از ملک قابل واگذاری نیست؛
- حق انتفاع برای استفاده از شخص منتفع برقرار می‌شود ولی حق ارتفاق برای کمال استفاده از ملک به وجود می‌آید.

۱- اگرچه مالک در حبس مطلق مدتی تعیین نکرده است ولی به مانند وقف، دائمی نیست چرا که با فوت و رجوع مالک ضایع می‌شود (م. ۴۴).

فصل اول: در مالکیت

ماده ۳۰: اصل تسلیط

هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

۱. مالکیت^۱ دارای سه ویژگی اصلی است:

- مطلق بودن (م ۳۰)؛
- انحصاری بودن (م ۳۱)؛
- دائمی بودن.

۲. ماده فوق حکایت از اصل «تسلیط» دارد یعنی هر تصرفی که منع نشده باشد، مجاز است (الناس مسلطون علی اموالهم).

۳. مطلق بودن به دو معنا است:

- داشتن حق هر گونه تصرف؛

- مالکیت در مقابل همه اشخاص قابل استناد است.

۴. طبق اصل ۴۴ ق.ا، مقنن از مالکیتی حمایت می‌کند که «مایه‌ی زیان جامعه نشود» و طبق اصل ۴۰ ق.ا، قاضی مانع از آن می‌شود که مالک، اعمال حق خویش را وسیله‌ی «اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی» قرار دهد (کاتوزیان، ۱۶، ص ۱۰۲).

۵. اصل دائمی بودن اختصاص به مالکیت «عین» دارد زیرا مالکیت منفعت و حق انتفاع، ممکن است موقت باشد؛ مالکیت در اموال فکری نیز اصولاً موقت است (ر.ک ش ۱۱ م ۲۹).

۶. دائمی بودن مالکیت، متضمن دو حکم است (کاتوزیان، ۱۶)، صص ۱۰۴ و ۱۰۵):

- تا موضوع مالکیت از بین نرود، مالکیت باقی می‌ماند؛
 - مالکیت در اثر معطل ماندن زائل نمی‌شود و بهره‌برداری لازمه‌ی بقای مالکیت نیست.
۷. در حقوق روم، مالکیت متضمن سه حق است:

- حق استعمال؛
- حق استثمار؛
- حق اخراج از مالکیت (مانند اعراض یا فروش).

۱- «ملکیت» وصف مال از حیث تعلق آن به شخص مالک است و «مالکیت» حق قانونی است که مالک نسبت به ملک خویش دارد و آنچه به وسیله عقد منتقل می‌شود ملکیت (وصف مال) نیست بلکه مالکیت (حق شخص نسبت به مال) است (شهیدی، ۲۶)، ص ۹۹).

۸. طبق ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، «مالکین اراضی و املاک واقع در محدوده‌ی شهر یا حریم آن باید قبل از هر اقدام عمرانی یا تفکیک اراضی و شروع ساختمان، از شهرداری پروانه اخذ نمایند. شهرداری می‌تواند از عملیات ساختمانی ساختمان‌های بدون پروانه یا مخالف مفاد پروانه به وسیله مأمورین خود اعم از آن که ساختمان در زمین محصور یا غیرمحصور واقع شده باشد، جلوگیری نماید.»

ماده ۳۱: اصل انحصاری بودن مالکیت

هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون.

۱. ماده فوق بر اصل «انحصاری بودن» مالکیت دلالت دارد. یعنی مالک می‌تواند مانع از هرگونه تصرف و انتفاع از سوی دیگران بشود (اصل ۲۲ و ۴۷ ق.ا).
۲. موضوع ماده فوق ظاهراً «سلب تصرف» است که با «سلب مالکیت» متفاوت است؛ با وجود این تردیدی نیست که حکم ماده، به قیاس اولویت شامل سلب مالکیت هم می‌شود (کاتوزیان (۵)، ص ۴۵)؛ موضوع مواد راجع به غصب و تصرف عدوانی، سلب تصرف است بدون اینکه سلب مالکیت رخ دهد که نشان می‌دهد سلب تصرف و سلب مالکیت از هم متفاوت هستند (لنگرودی (۱)، ص ۲۷).
۳. سرمایه‌گذاری خارجی (Foreign Investment)، مورد سلب مالکیت (Expropriation) و ملی شدن (Nationalization) قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی (Public Interest)، به موجب فرآیند قانونی (Legal Process)، به روش غیرتبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت (Appropriate Compensation) به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری، بلافاصله قبل از سلب مالکیت (م ۹ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ۱۳۸۰/۱۲/۱۹).
۴. حق شفعه از استثنائات «قاعده منع سلب مالکیت» است (ر.ک. به م. ۸۰۸ و ش. ۱ م. ۸۱۶ ق.م).

ماده ۳۲: مالکیت تبعی

- تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیر منقوله که طَبْعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد بالتَّبَع، مال مالک اموال مزبوره است.
۱. چون حقوقی را که مالک بر ثمره‌ها و متعلقات مال دارد، به تبعیت از موضوع اصلی حق مالکیت ایجاد شده است، «مالکیت تبعی» می‌نامند.

ماده ۳۳: مالکیت تبعی نسبت به زرع

نَماء و محصولی که از زمین حاصل می‌شود مال مالک زمین است چه به خودی خود روییده باشد یا به واسطه عملیات مالک مگر اینکه نما یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد که در این صورت درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.

۱. نَماء از ریشه نمو است و در اصطلاح حقوقی افزایش مادی یا معنوی است که در مال حاصل می‌شود (صفایی (۱۷)، ص ۲۵۰)؛ منافع مال ممکن است طبیعی باشد (مثل بوته خودرو) یا مصنوعی و صنعتی (در اثر عمل انسان مثل میوه) یا قراردادی و عهدی (واگذار کردن منافع و دریافت عوضی مثل پول).
 ۲. اگر شخص الف، دانه ب را در زمین ج بکارد، محصول متعلق به شخص «ب» است.
 ۳. اگر شخصی دانه‌ی خود را در زمین دیگری بکارد، محصول متعلق به اوست و صاحب زمین تنها مستحق اجرت‌المثل است (الزرع للزارع ولو كان غاصبا)؛ این قاعده فقهی، ظاهراً^۲ استثنایی بر قاعده «مالکیت تبعی» مندرج در ماده ۳۲ ق.م. است.

ماده ۳۴: مالکیت تبعی نسبت به نتاج حیوانات

نتاج حیوانات در ملکیت، تابع مادر است و هر کس مالک مادر باشد مالک نتاج آن هم خواهد شد.

۱. وضع ماده ۳۴ برای رد نظری است که بچه حیوان را متعلق به مالک حیوان صاحب نطفه (حیوان نر) می‌داند (صفایی (۱۷)، ص ۲۵۱).
 ۲. ماده ۳۴ ناظر به فرضی است که پدر و مادر حیوانی از یک شخص نباشد و مقنن در مقام بیان چگونگی انتقال حمل نبوده است؛ زیرا طبق ماده ۳۵۸: «حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود، مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع مبیع شمرده شود» (کاتوزیان (۱۶)، ش. ۱۶۲؛ امامی (۲۰)، ص ۶۴).

ماده ۳۵: اماره تصرف

تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

۱. قاعده فوق را، «قاعده ید»^۳ یا «اماره تصرف» گویند که با قاعده «علی‌الید» متفاوت است؛ طبق قاعده اخیر، استیلا غیرقانونی بر حق غیر، موجب ضمان است (م ۳۱۱ ق.م).
 ۲. منظور از تصرف، سلطه و اقتدار «عرفی» است که شخص بر مالی دارد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۸۷).
 ۳. تصرفی دلیل مالکیت است که به عنوان مالکیت باشد، یعنی متصرف، مال را به منظور اعمال حق مالکیت یا حقوق عینی دیگر در دست داشته باشد و تصرف ولی، وکیل و امین، دلیل مالکیت کسی

۱- این قاعده، ناظر به مورد غالب است که زارع، مالک بذر هم هست و گرنه محصول متعلق به مالک بذر است، نه زارع.
 ۲- اگر بپذیریم که محصول از توابع حبه است، نه زمین؛ در این صورت تعلق محصول به مالک حبه، موافق قاعده مالکیت تبعی بوده و استثناء محسوب نمی‌شود (عدل (۷)، ص ۱۰۴).
 ۳- در رابطه «شخص» و «مال»، سه نوع «ید» در فقه مطرح شده است: ۱- ید مالکانه، ۲- ید امانی، ۳- ید ضمانی (ر.ک: زیرنویس ماده ۸۱۸).

است که این اشخاص از طرف او اقدام می‌کنند. با این حال، تصرف به عنوان مالکیت فرض می‌شود مگر این که ثابت شود که شروع تصرف به نیابت از دیگری بوده است که در اینصورت مدعی باید مبنای تغییر عنوان تصرف را اثبات کند (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۸۷)؛ بنابر نظر دیگری، منظور از «به عنوان مالکیت» این است که متصرف ادعای مالکیت داشته باشد، خواه تصرف بالمباشره باشد یا به واسطه (قاسم زاده (۱۹)، ص ۳۲)؛ البته این اظهار نیاز به اثبات ندارد زیرا تصرف، مالکانه محسوب می‌شود مگر خلاف آن اثبات شود.

۴. قاعده ید «اماره قانونی» است و واژه «دلیل» در ماده ۳۵ در معنای عام کلمه به کار رفته است و در صورت تعارض قاعده ید با دلیل به معنای خاص (مثل اقرار، سند یا شهادت) دلیل حاکم است.

۵. تصرف متضمن سه عنصر است:

• عنصر مادی: استیلا بر مال؛

• عنصر معنوی: قصد اعمال حق به عنوان مالکیت؛

• عنصر قانونی: مشروع بودن تصرف (م ۳۶ و شماره ۱ توضیحات آن).

۶. در تعارض تصرف فعلی و سابق، «تصرف فعلی» مقدم است زیرا آن چه مورد اختلاف است مالکیت فعلی است، نه گذشته (کاتوزیان (۱۶)، صص ۱۹۶ و ۱۹۷).

۷. در تعارض مالکیت سابق با تصرف کنونی، «مالکیت سابق» مقدم است. زیرا تصرف در صورتی اماره محسوب می‌شود که سابقه آن با دلیل معلوم نشده باشد (مستفاد از مواد ۹۷ و ۱۲۴ ق.م) (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۹۱).

۸. در تعارض وقفیت سابق با تصرف کنونی، «وقفیت سابق» مقدم است، زیرا علاوه بر استدلال فوق، تملک وقف و امکان فروش آن خلاف اصل است و باید اثبات شود (رأی شماره ۴۶۱-۱۳۱۱/۴/۲۰-۱۳۱۱/۴/۲۰ دیوانعالی کشور) (ن.و: لنگرودی (۱)، ص ۴۱ و کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۹۶).

۹. تصرف به عنوان وقفیت، دلیل بر وقفیت نیست و در اختلاف ملکیت و وقفیت اصل بر ملکیت است (رأی شماره ۳/۲۹۸-۱۳۲۳/۴/۶-۳ شعبه ۳ دیوانعالی کشور).

۱۰. اماره تصرف علاوه بر اعیان، در منافع و حقوق هم قابل اعمال است (لنگرودی (۱)، ص ۴۱) (ماده ۹۷ ق.م)، منتها تصرف بر منافع در صورتی قابل استناد است که سابقه‌ی مالکیت عین و منافع معلوم نباشد. پس اگر مدعی، مالکیت خود بر عین را ثابت کند، متصرف منافع باید برای مالکیت خود بر منافع دلیل اقامه کند و صرف تصرف کافی نیست (کاتوزیان (۱۶)، ص ۹۹).

۱۱. طبق ماده ۶۳ ق.ا.م در خصوص اموال «منقول»، آن چه مورد استفاده‌ی اختصاصی هر یک از زوجین است، به خود آن‌ها اختصاص دارد و سایر اموال بین آن‌ها مشترک تلقی می‌شود، مگر این که خلاف آن ثابت شود.

۱۲. صرف داشتن قبض رسید جهیزیه از زوج، به تنهایی برای مطالبه جهیزیه کافی نیست، زیرا قبض صرفاً این موضوع را تأیید می‌کند که اشیاء وارد شده در زندگی مشترک، به زوجه تعلق دارد (رأی شماره ۱۳۶۶-۱۱۸۲، مورخ ۱۳۳۹ دیوانعالی کشور). پس زوجه باید علاوه بر اثبات این موضوع،

بقاء مال و تصرف زوج بر آن را نیز اثبات کند. البته ممکن است با توجه به اوضاع و احوال خاص بقاء اموال و تصرف زوج، استصحاب شود.^۱

۱۳. تصرف ممکن است بالمباشره باشد یا با واسطه، مثل تصرف مستأجر؛ در نتیجه تصرف مستأجر در حکم تصرف موجر است (رأی شماره ۹۷۶-۳۳، مورخ ۱۳۰۸/۱/۱۸ دیوانعالی تمیز) (صفایی (۱۷)، ص ۲۲۲).

۱۴. در راستای ماده ۳۵ قانون مدنی، ماده ۱۱ قانون ثبت به متصرفین املاک ثبت نشده اجازه می‌دهد، تحت شرایط این قانون، تقاضای ثبت و أخذ سند مالکیت نمایند.

۱۵. اگرچه اماره تصرف در نظام حقوقی ایران در خصوص اموال منقول و غیرمنقول اجرا می‌شود لیکن در پاره‌ای از قوانین به تصرف مال منقول اهمیت و اعتبار بیشتری داده شده است؛ به عنوان مثال اگر مدلول سند رسمی، تسلیم مال منقول باشد لیکن مال منقول در تصرف شخصی غیر از متعهد سند باشد و متصرف مدعی مالکیت باشد امکان اجرای مدلول سند وجود ندارد (م ۹۲ ق.ت) و متعهدله باید به دادگاه مراجعه نماید؛ در حالیکه اگر مدلول سند رسمی تسلیم مال غیرمنقولی باشد و مال غیرمنقول در تصرف شخص دیگری باشد، تصرف ثالث ولو به عنوان مالکیت، مانع اجرای مدلول سند رسمی نیست زیرا به موجب ماده ۲۲ قانون ثبت، مالک شخصی است که نام وی در دفتر املاک به ثبت رسیده است و تصرف تاب معارضه با آن را ندارد (ر.ک کاتوزیان (۹۶)، ص ۳۱۲).

ماده ۳۶: تصرف نامشروع

تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود.

۱. قانون، تصرف را اصولاً مشروع تلقی کرده است و مدعی مالکیت باید خلاف آن را اثبات کند.

۲. تصرفی که سابقه آن روشن نباشد، مشروع تلقی می‌شود (کاتوزیان (۵)، ص ۴۸).

۳. اسباب قانونی تملک در ماده ۱۴۰ قانون مدنی بیان شده است (حیازت مباحات، عقود، أخذ به شفعه و ارث).

ماده ۳۷: اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی

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.

۱- در صورت تلف اقلامی از جهیزیه، اصولاً زوج تعهدی به دادن بدل آن (مثل یا قیمت) ندارد چراکه ید زوج امانی است (بخشنامه معاونت شوراهای حل اختلاف مورخ ۱۳۹۵/۸/۲۰).

۱. از نظر اصول حقوقی اقرار خصوصیتی جز اثبات مالکیت سابق ندارد پس اثبات مالکیت سابق با سایر دلایل نیز موجب بی اعتباری تصرف کنونی خواهد شد و مشمول این ماده قرار می‌گیرد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۹۱). با این حال ظاهر قانون مدنی، مشهور فقها و «رویه قضایی» (رأی شماره ۴۰۳۵، مورخ ۱۳۱۹/۱۱/۳۰ شعبه ۱ دیوانعالی کشور و رأی شماره ۱۰۲۳، مورخ ۱۳۱۰/۱۲/۴ دادگاه انتظامی قضات) حکم ماده را ویژه «اقرار» می‌دانند.

۲. مانعی ندارد در مواردی که اعمال قاعده تصرف به عنوان اماره قانونی محل تردید است، قاضی با توجه به اوضاع و احوال خاص، به قاعده تصرف به عنوان «اماره قضایی» استناد کند (ر.ک م ۱۳۲۲ و ۱۳۲۴ ق.م) و در مورد خرید و فروش اشیاء کم‌بها که سندی در آن رد و بدل نمی‌شود، تصرف کنونی را بر مالکیت سابق مقدم شمرد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۹۳).

ماده ۳۸: مالکیت تبعی نسبت به فضا و زیرزمین

مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و قرار دارد مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد.

۱. مالکیت بر فضا و زیرزمین از مصادیق مالکیت تبعی است؛ منتها عبارت «تا هر کجا بالا رود» غیر منطقی است و تصرف در فضا و زیر زمین باید به میزان متعارف محدود شود کما اینکه عملاً مقررات مختلف این اختیار را محدود نموده‌اند (مانند قانون شهرداری، قانون توزیع عادلانه آب و قانون معادن) (لنگرودی (۱)، ص ۴۲ و کاتوزیان (۵)، ص ۴۹).

ماده ۳۹: مالکیت تبعی نسبت به اعیان

هر بنا و درخت که در روی زمین است و همچنین هر بنا و حفری که در زیر زمین است ملک مالک آن زمین محسوب می‌شود مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

۱. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، ماده فوق یکی از مصادیق اماره تصرف است (کاتوزیان (۵)، ص ۵۱)؛ با وجود این، به نظر می‌رسد آنچه در این ماده، اماره قانونی بر مالکیت تلقی شده است ناشی از «قاعده تبعیت» است و ارتباطی به تصرف ندارد؛ به این معنا که مالک زمین، مالک بنا و اشجار نیز هست مگر اینکه شخص دیگری با ارائه دلیل، خلاف آن را اثبات نماید چرا که ممکن است مالکیت شخص بر زمین ناشی از سند رسمی باشد، نه تصرف.

فصل دوم: در حق انتفاع

ماده ۴۰: تعریف حق انتفاع

حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند.

۱. طبق قانون مدنی، حق انتفاع بر سه قسم است:

- حق عمری، رقبی، سکنی و مطلق (مواد ۴۱ تا ۵۴)؛
- عقد وقف (مواد ۵۵ تا ۹۱)؛
- حق انتفاع از مباحات (ماده ۹۲).

۲. حق انتفاع حق عینی است و به اعتقاد برخی، موضوع آن باید «شیء مادی» باشد و حق انتفاع از دین و حقوق مالکیت فکری مثل حق مؤلف و اختراع تابع ماده ۱۰ قانون مدنی است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۰۸).

۳. منتفع می‌تواند حق انتفاع خویش را اسقاط کند (م. ۲۴۴) ولی امکان اسقاط حق انتفاع، ملازمه‌ای با امکان فسخ عقد ندارد (ر.ک به ش ۱ ماده ۱۸۷ همین کتاب).

۴. حق انتفاع مانند سایر حقوق مالی قابل انتقال است مگر این که شخصیت منتفع علت عمده عقد بوده باشد. پس در حق انتفاعی که به صورت رایگان واگذار می‌شود، منتفع اصولاً نمی‌تواند حق انتفاع را به دیگری واگذار کند (نظریه مشورتی (۶)، ۷/۱۲۴۰۵ - ۱۳۷۱/۱۲/۱۵).

۵. حق انتفاع، اصولاً رایگان است ولی معوض بودن آن هم منع قانونی ندارد، مگر در عقد وقف که مبطل عقد است (ماده ۷۲ و بند ۱ ماده ۲۳۳) (ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۴۶).

مبحث اول: در عمری و رقبی و سکنی

ماده ۴۱: تعریف عمری

عمری حق انتفاعی است که به موجب عقدی از طرف مالک برای شخص به مدت عمر خود یا عمر منتفع و یا عمر شخص ثالثی برقرار شده باشد.

۱. اگر حق انتفاع به مدت عمر منتفع یا ثالث باشد، فوت مالک تأثیری در عقد ندارد زیرا عمری، موجد حق است، نه اباحه.

۲. در رویه عملی، نهادی مصطلح به «صلح عمری» وجود دارد که به موجب آن، معمولاً مالک، به انگیزه احسان، ملک خویش را به شخصی (مثلاً همسرش) منتقل نموده و حق انتفاع از ملک را تا زمان حیات خودش، در ضمن عقد شرط می‌نماید. در این صورت، متصالح (مثلاً همسر) در صورت بروز اختلاف، نمی‌تواند مصالح را از ملک، خلع ید کند چراکه مصالح حق انتفاع از ملک را تا پایان عمر خویش دارد (همچنین مصالح برای تأمین بیشتر حقوق خویش، می‌تواند شرط خیار نماید تا در صورت پشیمانی، عقد صلح را فسخ نماید)؛ گفتنی است درج شرط خیار اخیر، مانع

انتقال مالکیت نبوده و معامله را مشمول ماده ۳۳ قانون ثبت (معامله با حق استرداد) نمی‌کند^۱ (ر.ک: زیرنویس مواد ۴۵۸ تا ۴۶۳).

ماده ۴۲: تعریف رقبی

رقبی حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می‌گردد.

۱. رقبی از ارتقاب به معنی «انتظار» است و وجه تسمیه آن این است که مالک در انتظار پایان مدت است تا از مال خود منتفع گردد (امامی (۲۰)، ص ۶۱).
۲. عقد رقبی، به مانند عقد عمری، عقد لازم است.
۳. فوت و حجر یکی از طرفین اصولاً تأثیری در بقاء رقبی ندارد و در صورت فوت منتفع، حق به ورثه وی می‌رسد.

ماده ۴۳: تعریف سکنی

اگر حق انتفاع عبارت از سکونت در مسکنی باشد سکنی یا حق سکنی نامیده می‌شود و این حق ممکن است به طریق عمری یا به طریق رقبی برقرار شود.

۱. لازم یا جایز بودن سکنی بستگی به نوع آن دارد اگر عمری یا رقبی باشد، لازم است و اگر فاقد مدت باشد (حبس مطلق)، طبق ظاهر ماده ۴۴، جایز است (ر.ک. ش. ۲، م. ۴۴).
۲. مطلقه رجعیه در ایام عده، حق سکنی در منزل زوج را دارد منتها به حکم قانون، نه عقد سکنی (لنگرودی (۱)، ص ۴۷).

ماده ۴۴: تعریف حبس

در صورتی که مالک برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشد حبس مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک خواهد بود مگر اینکه مالک قبل از فوت خود رجوع کند.

۱. برخلاف اجاره، حق انتفاع دائمی و بدون مدت صحیح است.
۲. به اعتقاد برخی از حقوقدانان حبس مطلق عقدی است جایز و با مرگ و حجر مالک و منتفع منحل می‌شود (کاتوزیان (۵)، ص. ۵۳؛ امامی (۲۰)، ص. ۶۰)؛ با وجود این، به نظر می‌رسد به فرض جایز بودن حبس مطلق، حبس مطلق عقد جایز «غیراذنی» است بنابراین با حجر از بین نمی‌رود و به همین دلیل ماده فوق نیز انحلال را تنها به «فوت مالک» منحصر کرده است زیرا عقد

۱- مطابق ماده ۳۰ آیین‌نامه قانون ثبت املاک: «در صلح‌های محاباتی که برای مصالح حق فسخ قید شده درخواست ثبت از متصالح با قید حق فسخ برای مصالح پذیرفته می‌شود و مشمول ماده ۳۳ قانون ثبت نیست. سند مالکیت این قبیل املاک با قید حق فسخ به نام متصالح صادر و پس از سقوط حق خیار، متصالح می‌تواند بدون ذکر حق فسخ سند مالکیت جدید بگیرد».

غیراذنی اصولاً با فوت هم منفسخ نمی‌شود مگر اینکه شخصیت متوفی علت عمده عقد باشد؛ مفهوم مخالف ماده ۵۱ نیز موید همین نظر است.

۳. به مالک شیء مادی مورد انتفاع، «حابس» نیز گفته می‌شود.

۴. در صورتی که مالک، حق انتفاع را برای همیشه (الی الابد) برقرار کرده باشد، «حبس موید» می‌باشد که عقدی لازم است (قاسم زاده (۱۹)) و تا عین باقی است، حبس هم باقی است؛ در صورتی که «حبس موید» برای امور عام المنفعه و خیریه اختصاص یافته باشد در حکم وقف عام است.^۱

۵. مهم‌ترین تفاوت وقف با حبس موید در اثر اصلی وقف یعنی «فک ملک» است؛ به همین دلیل در صورت انقراض موقوفه‌علیهم، موقوفه صرف اقرب به غرض واقف می‌شود ولی در صورت انقراض محبوس لهم، مال به حابس برمی‌گردد؛ بنابراین رابطه وقف و حبس موید، به لحاظ نسب اربعه، تباین است.

ماده ۴۵: ایجاد و زوال حق انتفاع

در موارد فوق حق انتفاع را فقط درباره شخص یا اشخاصی می‌توان برقرار کرد که در حین ایجاد حق مزبور وجود داشته باشند ولی ممکن است حق انتفاع تبعاً برای کسانی هم که در حین عقد به وجود نیامده اند برقرار شود و مادامی که صاحبان حق انتفاع موجود هستند حق مزبور باقی و بعد از انقراض آنها حق زایل می‌گردد.

۱. برقراری حق انتفاع برای حمل هم صحیح است مشروط بر این که زنده متولد شود (ر.ک م ۶۹)

۲. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، قسمت اخیر ماده ناظر به عقدی است که شخصیت منتفع علت عمده عقد باشد وگرنه حق انتفاع پس از فوت به وارثان خواهد رسید (کاتوزیان (۵)، ص. ۵۳)؛ با وجود این به نظر می‌رسد ماده فرضی را مطرح می‌کند که حبس منقطع‌الآخر است و دیگر شخصی از نسل منتفع وجود ندارد و علت زوال حق انتفاع، انقراض نسل صاحبان انتفاع است.

۳. اگر ضمن قرارداد حق سکنی شرط شود بعد از فوت منتفع، فرزندش جانشین و قائم‌مقام او شود، حق سکنی به تبع موجود صحیح است ولو در زمان انعقاد قرارداد، منتفع فرزندی نداشته باشد (کاتوزیان (۵)، ص ۵۴).

۱- طبق بند ۷ ماده ۱ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۶۳/۱۰/۲ (الحاقی ۱۳۷۵/۱۲/۱۲): «اثلاث باقیه، محبوسات، نذور، صدقات و هر مال دیگری که به غیر از عنوان وقف برای امور عام المنفعه و خیریه اختصاص یافته در حکم موقوفات عامه است و چنانچه فاقد متولی و متصدی باشد با اذن ولی فقیه، تحت اداره و نظارت سازمان اوقاف و امور خیریه قرار خواهد گرفت...».

ماده ۴۶: لزوم بقای مال مورد انتفاع

- حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقاء عین ممکن باشد اعم از اینکه مال مزبور منقول باشد یا غیر منقول و مشاع باشد یا مفروز.
- از بین رفتن مال مصرف شدنی یا استهلاکی ممکن است مادی باشد مثل خوراکی‌ها و یا حقوقی مثل پول که استفاده از آن با از دست رفتن مالکیت آن ملازمه دارد.
 - منظور از باقی ماندن عین، آن نیست که مال قابل استهلاک نباشد، بلکه منظور، امکان استفاده مکرر و طولانی از عین است و گرنه این اموال هم در اثر استعمال مکرر، فرسوده می‌شوند مثل لباس (امامی (۲۰)، ص ۷۶).
 - «مفروز» عین معینی است که تمام آن متعلق به یک مالک باشد و «مشاع» مالی است که چند مالک در آن شریک باشند به نحوی که حق هر یک منتشر در تمام اجزاء مال مشاع باشد (ر.ک. م ۵۷۱ ق.م).
 - شرط بقاء عین در تمام قراردادهایی که موضوع آن استفاده از منافع است، باید رعایت شود. مثل عقد وقف (م ۵۸)، اجاره (م ۴۷۱) و عاریه (م ۶۳۷) و مَهایات (ش ۲ م ۵۹۹) (امامی (۵۴)، ص ۶۹).
 - تعیین ماهیت مال از جهت قابلیت بقاء، می‌تواند در کشف و تفسیر اراده اشخاص مؤثر باشد، به عنوان مثال مال مصرف‌شدنی که شوهر به همسر خود می‌دهد، اصولاً دلالت بر تملیک دارد و در مقابل در خصوص اموال قابل بقاء مثل اثاث منزل، اصولاً دلالت بر اذن در انتفاع دارد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۴۵).
 - اگر اصل مال در اثر انتفاع از بین برود، آن چه واقع شده است ممکن است «تملیک مال» یا «باحه‌ی در انتفاع همراه با تلف (نه عاریه)» باشد (کاتوزیان (۵)، ص ۵۴) (ر.ک. ش. ۷۰ م ۶۳۵ ق.م).
 - توافق متعاقبین می‌تواند مالی را که عرفاً در اثر استفاده از بین می‌رود، در زمره‌ی اموالی قرار دهد که قابلیت بقاء در برابر استعمال را دارد. مثل اجاره شمع برای تزئین منزل یا اجاره‌ی پول برای نمایش. در واقع ملاک تشخیص این دو مال «نوع مصرف و استفاده» است، نه ماهیت این اموال (کاتوزیان (۱۶)، ص ۴۴).

ماده ۴۷: عینی بودن عقود موجد حق انتفاع

در حبس اعم از عمری و غیره قبض شرط صحت است.

- عقد موجد حق انتفاع از عقود عینی و تابع احکام آن است (م ۵۹) (ر.ک. م. ۱۸۴، ش. ۱۹).
- «حبس» در معنای عام، عنوان مشترکی است برای عقود موجد حق انتفاع، اما «حبس» در معنای خاص عبارت است از عمری، رقیبی، سکنی و حبس مطلق (مستنبط از ماده ۴۷ ق.م). که تفاوت اصلی آن‌ها با وقف در این است که برخلاف وقف که موجب فک ملک است در «حبس» به معنای خاص، فک ملک رخ نداده و ملک همچنان در مالکیت حابس باقی می‌ماند.

ماده ۴۸: تکلیف حفاظت

منتفع باید از مالی که موضوع حق انتفاع است سوء استفاده نکرده و در حفاظت آن تعدی یا تفریط ننماید.

۱. تقصیر (تعدی و تفریط)، تجاوز از رفتار متعارف است و ید امانی منتفع را به ید ضمانی تبدیل می‌کند (ر.ک مواد ۵۲، ۴۹۳، ۹۵۱، ۹۵۲)؛ واگذاری حق انتفاع به دیگری یا شرکت دادن دیگری در آن (بدون داشتن چنین حقی) یا عدم رعایت دستورات مالک در خصوص نحوه نگهداری از مال مورد منتفع از مصادیق تقصیر محسوب می‌شود.

ماده ۴۹: مخارج نگهداری

مخارج لازمه برای نگاهداری مالی که موضوع انتفاع است بر عهده منتفع نیست مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد.

۱. هزینه‌های بهره‌برداری اصولاً با «منتفع» است و هزینه‌های نگاهداری از اصل مال اصولاً به عهده «مالک» است؛ البته در حبس موبد، مخارج لازم برای نگهداری باید از مال موضوع حبس تأمین شود (قاسم زاده (۱۹)، ص ۳۶).

۲. حکم مندرج در بند ۱، مبتنی بر این فرض است که هرکس از منافع مالی بهره می‌برد، باید زیان‌های ناشی از آن را نیز تحمل کند (مَنْ لَه الْغَنَمُ فَعَلَيْهِ الْغَرْمُ) (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۱۸).

۳. در صورت سکوت طرفین، معیار اینکه کدام هزینه لازمه وجود و بقای مال و کدام لازمه انتفاع از آن است، برعهده عرف است (عدل (۷)، ص ۵۹)؛ به عنوان مثال در انتفاع از خودرو، بنزین برعهده منتفع است.

ماده ۵۰: امانی بودن حق انتفاع

اگر مالی که موضوع حق انتفاع است بدون تعدی یا تفریط منتفع تلف شود مشارالیه مسؤول آن نخواهد بود.

۱. ید منتفع امانی محسوب می‌شود؛ بنابراین مسئول تلف مال نیست مگر در صورت ارتکاب تقصیر.

ماده ۵۱: زوال حق انتفاع

حق انتفاع در موارد ذیل زایل می‌شود:

- ۱- در صورت انقضاء مدت؛
 - ۲- در صورت تلف شدن مالی که موضوع انتفاع است.
۱. اسباب زوال حق انتفاع عبارت است از:

- تلف مال موضوع حق؛
 - اعراض صاحب حق (م ۱۷۸ و ۷۸۷ ق.م)؛
 - فک ملک (مثل مَلّی شدن مال)؛
 - اعمال شرط خیار؛
 - جمع شدن دو عنوان مالک (مُبیح) و منتفع (مباحله) در یک شخص (ر.ک حاشیه یک ماده ۵۳)؛
 - انقضاء مدت (اعم از این که معین یا به مدت عمر مالک، منتفع یا ثالث باشد)؛
 - رجوع یا فوت مالک در حبس مطلق؛
 - انقراض منتفع (م ۴۵).
۲. بند ۲ ماده ۵۱ ناظر به تلف قهری است و اتلاف را در بر نمی‌گیرد؛ بنابراین اگر شخصی مال موضوع حق انتفاع را تلف کند باید بدل آن را بدهد و حق انتفاع نسبت به بدل مذکور، باقی خواهد ماند (ملاک ماده ۷۹۱)؛ در فرضی که مال تلف شده، قیمی باشد، منتفع می‌تواند بهای حق انتفاع را از قیمت عین برداشت کند (امامی (۲۰)).

ماده ۵۲: مسئولیت منتفع

در موارد ذیل منتفع ضامن تَصَرُّرات مالک است:

۱. در صورتی که منتفع از مال موضوع انتفاع سوء استفاده کند.
 ۲. در صورتی که شرایط مقرر از طرف مالک را رعایت ننماید و این عدم رعایت موجب خسارتی بر موضوع حق انتفاع باشد.
۱. طبق اصول حقوقی، تعدی و تفریط، ید امانی منتفع را به ید ضمانی تبدیل می‌کند و او را مسئول تلف مال می‌سازد اگرچه که تلف مال مستند به فعل او نباشد (ملاک ماده ۴۳۹ ق.م). اما با توجه به ظاهر بند ۲ ماده ۵۲، گویی مقنن اثبات رابطه‌ی علیت بین تخلف و ورود خسارت را شرط دانسته است (ر.ک به کاتوزیان (۵)، ص. ۵۶).
 ۲. غاصب مال مورد حق انتفاع در برابر مالک عین (که به تبع عین، مالک منفعت نیز می‌باشد)، ضامن است نه منتفع؛ منتها منتفع می‌تواند استرداد مال مغضوب و خسارت عدم انتفاع را از غاصب مطالبه نماید (لنگرودی (۱)، ص ۴۵).

ماده ۵۳: انتقال عین

- انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.
۱. به اعتقاد برخی، اگر مالک حقوق خود را به منتفع واگذار کند، یا منتفع حق انتفاع را به مالک منتقل سازد، در اثر اختلاط دو حق، حق انتفاع زائل می‌شود (ملاک ماده ۳۰۰ ق.م) (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۲۱).
 ۲. مبنای حق فسخ در ماده ۵۳، خیار تخلف از شرط ضمنی صفت است.

۳. به طور کلی انتقال عین از طرف مالک، به دیگری، اصولاً تأثیری در حق انتفاع یا ارتفاق یا مالکیت منافع متعلق به اشخاص ثالث ندارد (م ۴۹۸ ق.م)؛ بنابراین مادامی که این حقوق باقی است، منتقل‌الیه حق تصرف منافی حقوق مذکور را ندارد.

ماده ۵۴: حکومت قرارداد و عرف بر حق انتفاع

سایر کیفیات انتفاع از مال دیگری به نحوی خواهد بود که مالک قرار داده یا عرف و عادت اقتضا بنماید.

مبحث دوم: در وقف

ماده ۵۵: تعریف وقف

وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود.

۱. وقف عقدی است، لازم، موجد حق انتفاع، مجانی، عینی، مسامحه‌ای، الحاقی و جمعی (برای مشاهده معنای هر یک از ویژگی‌های اخیرالذکر رجوع کنید به توضیحات ذیل ماده ۱۸۴ همین کتاب).
۲. عقد وقف برخلاف سایر عقود موجد حق انتفاع، «عقد معین» است (م ۵۴ ق.م).
۳. مقصود از «حبس عین» جدا ساختن موقوفه از دارایی واقف (فک ملک) و نگاه‌داشتن عین مال، از نقل و انتقال (جز در استثنای مندرج در مواد ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ ق.م) است.
۴. تفاوت اصلی بنیادهای خیریه با وقف در حبس نشدن عین است (کاتوزیان (۵)، ص ۶۱).
۵. تفاوت حق حبس و وقف:

- وقف برخلاف حبس موجب فک ملک است (مهمترین تفاوت)؛
 - در صورت تعدر در مصرف معین شده، حق انتفاع با حابس است؛ ولی در وقف، منافع به نزدیک‌ترین قرض واقف اختصاص پیدا می‌کند (تبصره ماده ۸ قانون اوقاف) (ر.ک. ش ۳، م ۹۱ ق.م).
 - وقف همیشه دائمی است ولی حبس ممکن است دائمی یا موقت باشد؛
 - برخلاف وقف، حابس می‌تواند مال حبس شده را بفروشد.
۶. تسبیل در لغت، به معنای «به رایگان دادن چیزی در راه خدا» است (فرهنگ معین و عمید) و منظور از «تسبیل منافع» در اصطلاح حقوقی، این است که منافع صرف امور اجتماعی و خیر شود؛ نه صرف امور شخصی (ر.ک م ۷۲ ق.م)؛ با این حال در وقف خاص، موقوف علیهم ممکن است خانوادگی واقف باشد.

۷. تسبیل ملازمه‌ای با قصد قربت ندارد در نتیجه قصد قربت شرط صحت عقد وقف نیست.
۸. وقف، دائمی است و شرط خیار با مقتضای ذات وقف که تسبیل منفعت و فک ملکیت است تعارض داشته و مبطل عقد است (بند ۱م ۲۳۳ ق.م). (امامی (۲۰)، ص ۹۱)؛ مگر اینکه از اوضاع و احوال

استنباط شود که مقصود عاقد حبس بوده است، نه وقف. در اینصورت شرط و عقد صحیح محسوب می‌شود.

۹. تعیین مدت خلاف مقتضای ذات عقد وقف است اما همان‌گونه که در بند پیشین نیز بیان شد، شرط خلاف مقتضای ذات یک عقد، همیشه، «مبطل» اصل عقد و توافق نخواهد بود بلکه گاه «مبدل» است یعنی از مجموعه عقد و شروط آن استنباط می‌شود که قصد مشترک طرفین عقد دیگری بوده است در فرض فوق نیز با لحاظ همین قصد، می‌توان توافق واقع شده را رقیبی و صحیح تلقی نمود (ر.ک به ماده ۲۲۳ ش ۳)

۱۰. اگر مالکیت مالک بر مالی محدود به مدت معین باشد، وقف چنین مالی اشکالی ندارد و نباید آن را با شرط تعیین مدت اشتباه نمود؛ به عنوان مثال، اگر شخص الف، ملکی را به مدت ۲۰ سال به شخص ب صلح نماید و شخص ب، همین ملک را وقف نماید، وقف صحیح است، منتها با اتمام مدت مالکیت شخص ب (متصالح/ واقف)، وقف منحل می‌شود؛ به عبارت دیگر، در مثال اخیر، در عقد وقف، واقف شرط مدت ننموده است بلکه مالکیت واقف محدود به مدت بوده است؛ موضوع اخیر در وقف اموال فکری نیز صادق است زیرا اصولاً حقوق مادی پدید آورنده محدود به زمان معینی است؛ به عنوان مثال حقوق مادی مخترع حداکثر ۲۰ سال است.

۱۱. اثر وقف «فک ملک» است، نه تملیک، و مال موقوفه پس از وقف (اعم از عام و خاص)، «شخصیت حقوقی» پیدا می‌کند (م ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳). اثر دیگر وقف، ایجاد حق انتفاع برای موقوف‌علیهم است.

۱۲. با توجه به ظاهر ماده، چنانچه عین به معنای «شیء مادی» در نظر گرفته شود، وقف دین و منفعت باطل است؛ باوجود این، با توجه به حدیث نبوی مأخذ ماده^۱، به نظر می‌رسد که منظور از عین، اصل مال است و در برابر منافع مال قرار می‌گیرد؛ به عبارت دیگر، لزومی ندارد که موقوفه عین مادی باشد بلکه صرفاً کافی است که اصل مال با انتفاع زائل نشود؛ بنابراین وقف خط تلفن (نظریه قضات دادگاه‌های حقوقی دو تهران، مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۵) و سهام (ماده ۴۴ آیین‌نامه اوقاف)^۲ و حقوق مالکیت فکری هم صحیح است.

ماده ۵۶: ایجاب و قبول

وقف واقع می‌شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و قبول طبقه اول از موقوف‌علیهم یا قائم مقام قانونی آنها در صورتی که محصور باشند

۱- قال النبی صلی الله علیه و آله: «الوقف عبارة عن حبس الأصل و سبل الثمره» مندرج در کتب فقهی متعدد از قبیل تحریرالوسیله (کتاب وقف)، جواهرالکلام (جلد ۲۸)، شرایع الاسلام (جلد ۳)، مستدرک الوسائل (جلد ۲) و تذکره الفقها (جلد ۲۰).

۲- مطابق ماده ۴۴ آیین‌نامه اجرایی قانون اوقاف: «سهام اوراق بهاداری که از محل ثمن موقوفات خریداری شده، در حکم عین موقوفه است و قابل انتقال نیست مگر در موارد تبدیل».

مثل وقف بر اولاد و اگر موقوف‌علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد در این صورت قبول حاکم شرط است.

۱. اگر شخصی زمینی را به قصد وقف کردن بخرد و بسازد، این امر به تنهایی برای احراز وقف کافی نیست ولو این که بنای مزبور مورد استفاده خیر نیز واقع شده باشد (رای شماره ۹۵۶، مورخ ۱۳۱۸/۴/۱۳ دیوانعالی کشور)؛ رای صادره با ظاهر قانون مدنی که ابراز اراده واقف را به «لفظ» محدود کرده است سازگار است؛ با وجود این، به نظر می‌رسد که ابراز اراده با لفظ خصوصیت خاصی ندارد و ماده ۵۶ ق.م. ناظر به مورد غالب است و نافی امکان ابراز اراده به سایر روش‌ها نیست (صفایی (۱۷)، صص ۲۸۷ و ۲۸۸؛ ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۵۶).

۲. وقف بر محصور را «وقف خاص» و وقف بر غیر محصور یا مصالح عامه را «وقف عام» می‌نامند.

ماده ۵۷: شرایط واقف

واقف باید مالک مالی باشد که وقف می‌کند و به علاوه دارای اهلیتی باشد که در معاملات معتبر است.

۱. واقف باید مالک عین و منفعت باشد، با وجود این، وقف مال مورد اجاره اشکالی ندارد زیرا اجاره موقت است (امامی (۲۰)، صص ۹۴ و ۹۵) (م ۶۴ ق.م).

۲. وقف مال غیر، غیرنافذ و تابع قواعد عمومی راجع به معامله فضولی است (امامی (۲۰)، ص ۹۶)؛ زیرا ماده ۵۷ که به ضرورت مالک بودن واقف اشاره کرده است، صرفاً در مقام بیان «شرایط واقف» است، نه تعیین ضمانت اجرای وقف فضولی؛ به‌ویژه اینکه استقراء در مواد قانون مدنی نیز نشان می‌دهد که قانون‌گذار در میان عقود، صرفاً وصیت فضولی را باطل دانسته است (م ۸۴۱ ق.م) و قاعده کلی بر «عدم نفوذ معامله فضولی» است و در موارد تردید باید به اصل مراجعه نمود.

۳. وقف مال از سوی سفیه یا صغیر ممیز اصولاً باطل است و جز در موارد خاص^۱ قابل تنفیذ از سوی ولی یا قیم او نیست، زیرا وقف به ضرر محجور است.

۴. وقف مال از سوی ورشکسته معتبر نیست (امامی (۲۰)، ص ۹۵).

ماده ۵۸: لزوم بقای موقوف

فقط وقف مالی جایز است که با بقای عین بتوان از آن منتفع شد اعم از اینکه منقول باشد یا غیر منقول، مشاع باشد یا مفروز.

۱- در جایی که وقف برای محجور جنبه تربیتی و معنوی داشته و زیان مادی آن به مقداری باشد که مغایرتی با مصلحت محجور نداشته باشد، با اجازه نماینده محجور صحیح است، البته بار اثبات رعایت مصلحت محجور در اعمال ضرری بر عهده نماینده محجور است زیرا ظاهر این اعمال، بر عدم رعایت مصلحت دلالت دارند و خلاف این ظاهر باید اثبات شود.

۱. هر گاه بقای عرفی مال در برابر انتفاع احراز شود، وقف صحیح است، هر چند به درازا نکشد و پس از مدتی از بین برود. بنابراین وقف گل‌های باغ و حتی شاخه ای از آن بر بیماران یا عروسان مستمند درست است (کاتوزیان (۲۱)، ص ۲۱۱).

ماده ۵۹: عینی بودن عقد وقف

اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می‌کند.

۱. در وقف، قبض عین موقوفه، شرط «صحّت و تحقق» عقد است.
۲. قبض باید به رضا و اذن واقف صورت گیرد وگرنه فاقد اثر است زیرا قبض شرط تحقق وقف است، نه از آثار آن.
۳. قبض یکی از موقوف علیهم عقد را تنها نسبت به او محقق می‌سازد و نسبت به بقیه اثر ندارد در این حالت، مانند وقف حصه مشاع عمل می‌شود و بین ملک و وقف اشاعه برقرار می‌گردد (لنگرودی (۱)، ص ۵۹) مگر این که قبض کننده عنوان عامی مثل اولاد داشته باشد (کاتوزیان (۲۱)، ص ۲۹۳)؛ به عنوان مثال اگر وقف بر اولاد شده باشد و اولاد واقف دو پسر باشند و آنها موقوفه را قبول و قبض نمایند و پس از آن دختری از واقف متولد شود (فرزند سوم)، دختر خود به خود در زمره موقوف علیهم در می‌آید بدون اینکه نیاز به قبولی وی باشد؛ در واقع وضع او همانند نسل‌های بعد از فرزندان واقف است (کاتوزیان (۲۱)، ص ۱۷۸).
۴. برخلاف فوت متهب (م. ۸۰۲. ق. م)، فوت موقوف علیهم پیش از قبض، موجب بطلان عقد نیست و بازماندگان موقوف علیهم می‌توانند مال موقوفه را قبض کنند (کاتوزیان (۲۱)، صص. ۱۷۵-۱۷۶).

ماده ۶۰: عدم فوریت قبض

در قبض فوریت شرط نیست بلکه مادامی که واقف رجوع از وقف نکرده است هر وقت قبض بدهد وقف تمام می‌شود.

۱. استفاده از واژه «رجوع» به جای فسخ به این خاطر است که عقد قبل از قبض به طور کامل منعقد نشده است (کاتوزیان (۵)، ص. ۶۰).

ماده ۶۱: لازم بودن عقد وقف و آثار فک ملک

وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید یا با آنها شریک کند یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند.

۱. شرط مخالف با ماده ۶۱، نامشروع و باطل است (بند ۳ ماده ۲۳۲) مگر شرط خیار که مبطل وقف است (ر.ک به ماده ۵۵، ش ۸).

۲. واقف می‌تواند، حین وقف، متولی تعیین کند و حتی می‌تواند خود را به عنوان متولی تعیین کند (م ۷۵)؛ همچنین می‌تواند حق عزل متولی را برای خود محفوظ نگه داشته و آن را ضمن عقد وقف شرط کند (م ۷۹ ق.م).
۳. ماده ۶۱ به نحوی تنظیم شده است که گویی قبض، شروط لزوم عقد است. با این حال با توجه به ماده ۵۹ باید این تردید را از ذهن زدود و ماده ۵۹ را ناظر به لازم بودن خود عقد وقف دانست.

ماده ۶۲: مقام صالح برای قبض

در صورتی که موقوف‌علیهم محصور باشند خود آنها قبض می‌کنند و قبض طبقه اولی کافی است و اگر موقوف‌علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد متولی وقف و آلتا حاکم قبض می‌کند.

۱. به اعتقاد برخی، مقصود از حاکم، نهاد دولتی است که وقف به سود او مقرر شده یا وظایف آن نهاد متناسب با اهداف واقف است (م. ۱۶ قانون اوقاف و امور خیریه) و در صورتی که نهادی نباشد، دادستان مسئول قبض است (کاتوزیان (۲۱)، ص. ۱۷۲).
۲. مقصود از قبض «طبقه اول»، قبض «موجودین زمان وقف» است (لنگرودی (۱)، ص ۵۹).
۳. مصالح عامه را «جهت» گویند مانند وقف جهت چاپ کتب علمی یا وقف بر مسجد؛ در مقابل وقف بر غیرمحمصور مانند وقف به دانشجویان یا نیازمندان (لنگرودی (۱)، ص ۶۷).

ماده ۶۳: قبض به نیابت از محجور

ولی و وصی محجورین از جانب آنها موقوفه را قبض می‌کنند و اگر خود واقف تولیت را برای خود قرار داده باشد قبض خود او کفایت می‌کند.

ماده ۶۴: وقف مال متعلق حق غیر

- مالی را که منافع آن موقتاً متعلق به دیگری است می‌توان وقف نمود و همچنین وقف ملکی که در آن حق ارتفاق موجود است جائز است بدون اینکه به حق مزبور خللی وارد آید.
۱. وقف مال مرهونه غیرنافذ است (م ۷۹۳ ق.م).
۲. وقف مالی که منافع دائم آن به دیگری تعلق دارد (مسلوب المنفعه) باطل است زیرا تسبیل ثمره در آن متصور نیست (لنگرودی (۱)، ص ۶۰).
۳. وقف ملکی که دیگری در آن حق شفعه دارد صحیح است، منتها اگر شفیع، أخذ به شفعه کند وقف منفسخ می‌شود (ر.ک ش ۴ م ۸۱۶ ق.م؛ ر.ک: امامی (۶۹)، ص ۴۴).

ماده ۶۵: وقف به قصد اضرار به دیان

صحت وقفی که به علت اضرار دِیان واقف واقع شده باشد منوط به اجازه دِیان است.

۱. اگر دارایی بدهکار برای پرداخت دیون کافی باشد، وقف صحیح است ولو به قصد اضرار باشد زیرا زیانی به طلبکار نمی‌رسد و او نفعی در طرح دعوی نخواهد داشت (مستفاد از م ۲۱ ق.ن.ا.م.م مصوب ۱۳۹۳).
۲. منظور از «علت»، «جهت، داعی، انگیزه و علت غایی» واقف است (کاتوزیان (۲۱)، صص. ۲۱۷-۲۱۸).
۳. عدم کفایت دارایی بدهکار ممکن است اماره قضایی قصد اضرار، تلقی شود.
۴. اگر واقف، تاجر باشد و تاریخ وقف بعد از تاریخ توقف باشد، چنین وقفی مستند به بند ۱ ماده ۴۲۳ قانون تجارت باطل است، نه غیرنافذ، خواه تاجر قصد اضرار داشته باشد یا خیر؛ به اعتقاد برخی، بند ۱ ماده ۴۲۳ ق.ت، ماده ۶۵ ق.م. را تخصیص زده است (لنگرودی (۱)، ص ۶۱).

ماده ۶۶: وقف بر نامشروع

وقف بر مقاصد غیر مشروع باطل است.

۱. اگر مصرف عقد در زمان انعقادش مشروع باشد ولی بعداً منع قانونی پیدا کند وقف صحیح است ولی متعذر المصرف می‌شود (ر.ک. ماده ۹۱).

ماده ۶۷: لزوم قابلیت قبض و اقباض موقوفه

- مالی که قبض و اقباض آن ممکن نیست وقف آن باطل است لیکن اگر واقف تنها قادر بر اخذ و اقباض آن نباشد و موقوف‌علیه قادر به اخذ آن باشد صحیح است.
۱. بخش اول ماده ناظر به عدم قابلیت مطلق و بخش دوم ناظر به عدم قابلیت نسبی است (کاتوزیان (۵)، ص ۶۳).

ماده ۶۸: توابع موقوفه

هر چیزی که طبعاً یا بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می‌شود داخل در وقف است مگر اینکه واقف آن را استثناء کند به نحوی که در فصل بیع مذکور است.

ماده ۶۹: وقف بر معدوم

وقف بر معدوم صحیح نیست مگر به تبع موجود.

۱. شرایط موقوف‌علیهم:

- موجود باشد (م ۶۹ ق.م.)؛
- اهلیت تملک داشته باشد؛
- معلوم و معین باشد (م ۷۱ ق.م.)؛
- واقف خود را موقوف‌علیه یا جزء آنها قرار نداده باشد (م ۷۲ ق.م.).

۲. در وقف عام، وجود بالفعل موقوف علیهم ضرورتی ندارد، برای مثال می‌توان وقف بر اعضای کتابخانه‌ای کرد که هنوز عضوی نپذیرفته است (کاتوزیان(۲۱)، ص. ۱۹۲).
۳. وجود موقوف علیه در زمان برقراری حق انتفاع به سود او شرط است، نه زمان انعقاد عقد وقف (کاتوزیان(۲۱)، ص. ۱۸۹).

ماده ۷۰: وقف بر موجود و معدوم

اگر وقف بر موجود و معدوم معاً واقع شود نسبت به سهم موجود صحیح و نسبت به سهم معدوم باطل است.

ماده ۷۱: وقف بر مجهول

وقف بر مجهول صحیح نیست.

۱. در وقف عام، اگر مصرف مجهول باشد، وقف باطل نیست (بند ۱ ماده ۹۱ ق.م).

ماده ۷۲: وقف بر نفس

وقف بر نفس به این معنی که واقف خود را موقوف‌علیه یا جزء موقوف‌علیهم نماید یا پرداخت دیون یا سایر مخارج خود را از منافع موقوفه قرار دهد باطل است اعم از اینکه راجع به حال حیات باشد یا بعد از فوت.

۱. شرط به سود واقف و بر عهده‌ی منتفع نیز باطل است ولی مبطل نیست (بند ۳ ماده ۲۳۲) زیرا شرط جنبه فرعی دارد.
۲. اگر واقف، بخشی از منافع موقوفه را صرف خود کند، عقد، نسبت به همان بخش باطل است (ملاک ماده ۷۰ ق.م) (امامی (۲۰)، ص ۱۰۰؛ کاتوزیان(۲۱)، ص ۱۳۷).
۳. در عقد وقف ممکن است واقف، برخی از منافع عین را استثناء کرده و باقی را تسبیل کند؛ تسبیل جمیع منافع عین موقوفه شرط صحت وقف نیست (لنگرودی (۱)، ص ۵۵).

ماده ۷۳: وقف بر نزدیکان

وقف بر اولاد و اقوام و خدمه و واردین و امثال آنها صحیح است.

۱. اگر واقف، منافع موقوفه را به پرداخت نفقه زوجه دائم یا منقطع‌ی که در عقد نکاح برای او، شرط نفقه شده است، اختصاص دهد، وقف باطل است ولی اگر وقف بر اقارب، موجب تمکن مالی آنها و سقوط تکلیف منفق (واقف) گردد این امر به خودی خود موجب بطلان وقف نیست (امامی (۲۰)، ص ۱۰۱).
۲. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، مجهول ماندن مصرف در وقف «خاص»، موجب بطلان است (کاتوزیان(۵)، ص ۶۴).

ماده ۷۴: ورود واقف در مصادیق وقف

در وقف بر مصالح عامه اگر خود واقف نیز مصداق موقوف‌علیهم واقع شود می‌تواند منتفع گردد.

ماده ۷۵: تولیت

واقف می‌تواند تولیت یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام‌الحیوة یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می‌تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند. تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر دیگر غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا منضمماً اداره کنند و همچنین واقف می‌تواند شرط کند که خود او یا متولی که معین شده است نصب متولی کند و یا در این موضوع هر ترتیبی را که مقتضی بداند قرار دهد.

۱. متولی، «مدیر وقف» است (که دارای شخصیت حقوقی مستقل است)، نه وکیل واقف (کاتوزیان (۲۱)، ص ۲۲۶).

۲. تولیت چهار قسم است:

- استقلال؛
- اجتماع؛
- ترتیب؛

• اطلاق (عدم تصریح بر نوع تولیت)، که در این فرض متولیان باید به «اجتماع» اداره کنند.

۳. تصرف موقوفه به عنوان تولیت، دلیل تولیت نیست.

۴. قید عبارت «نسلاً بعد نسل» یا «طبقاً بعد طبقه» در تولیت یا وصایت دلالت بر «ترتیب» دارد، نه شریک (رأی وحدت رویه، ش ۳۵۶۱، مورخ ۱۳۴۲/۱۲/۲۶ هیئت عمومی دیوانعالی کشور).

ماده ۷۶: قبول و رد تولیت

کسی که واقف او را متولی قرار داده می‌تواند بدو تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی‌تواند رد نماید و اگر رد کرد مثل صورتی است که از اصل متولی قرار داده نشده باشد.

۱. به اعتقاد برخی، تعیین متولی مثل تعیین وصی «ایقاع» است و قبولی متولی تنها موجب لزوم آن است (کاتوزیان (۵)، ص. ۶۶؛ ن.خ: صفایی (۱۷)).

ماده ۷۷: فوت یکی از متولیان

هرگاه واقف برای دو نفر یا بیشتر به طور استقلال تولیت قرار داده باشد هر یک از آنها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلاً تصرف می‌کنند و اگر به نحو اجتماع قرار داده باشد تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها حاکم شخصی را ضمیمه آنکه باقیمانده است می‌نماید که مجتمعاً تصرف کنند.

ماده ۷۸: تعیین ناظر

واقف می‌تواند بر متولی ناظر قرار دهد که اعمال متولی به تصویب یا اطلاع او باشد.

۱. ناظر نخست را «ناظر استصوابی» و ناظر دوم را «ناظر اطلاعی» گویند (لنگرودی (۱)، ص ۶۹).
۲. ناظر اطلاعی می‌تواند تخلف متولی را به مراجع صالحه اطلاع دهد.
۳. در صورت عدم تعیین نوع نظارت، اصل بر «نظارت اطلاعی» خواهد بود.
۴. فرق متولی با ناظر استصوابی در این است که «ابتکار عمل» در اختیار متولی است (کاتوزیان (۵)، ص ۶۷).
۵. چون ناظر برخلاف متولی، معمولاً برمال موقوفه تصرف ندارد، تعدی و تفریط، وضع او را به وضع غاصب تبدیل نمی‌کند و تنها مسئول خساراتی است که در نتیجه اهمال و کوتاهی او در نظارت، به بار آمده است (کاتوزیان (۲۱)، صص ۲۴۱ و ۲۴۲).

ماده ۷۹: ضمانت اجرای خیانت متولی

واقف یا حاکم نمی‌تواند کسی را که در ضمن عقد وقف متولی قرار داده شده است عزل کند مگر در صورتی که حق عزل شرط شده باشد و اگر خیانت متولی ظاهر شود حاکم ضمّ امین می‌کند.

۱. ماده فوق ناظر به عدم امکان عزل متولی است که توسط «واقف» تعیین شده است و گرنه طبق ماده ۷ قانون اوقاف و امور خیریه (مصوب ۶۳)، هرگاه متولی یا ناظر مرتکب تعدی یا تفریط شود یا در اجرای قرارداد یا قانون اهمال کند، حسب مورد از سوی دادگاه معزول، ممنوع‌المداخله یا ضمّ امین خواهد شد (نظریه مشورتی (۶)، شماره ۷/۲۳۴۸ مورخ ۱۳۷۱/۵/۵)^۱.

ماده ۸۰: زوال وصف مشروط و انعزال متولی

اگر واقف وصف مخصوصی را در شخص متولی شرط کرده باشد و متولی فاقد آن وصف گردد منعزل می‌شود.

۱. زوال وصف مشروط در حکم مانع است به همین دلیل با بازگشت وصف مشروط، سمت متولی نیز باز می‌گردد (کاتوزیان (۲۱)، صص ۲۲۷ و ۲۲۸؛ ن.خ: قاسم زاده (۱۹)، ص ۴۶).
۲. مقصود از عبارت «منعزل می‌شود» این است که خود به خود عزل می‌شود و در صورت طرح دعوی، دادگاه کشف انعزال می‌کند و رأی دادگاه جنبه «اعلامی» دارد (قاسم زاده (۱۹)، ص ۴۶).

۱ - شورای نگهبان در نظریه شماره ۳۳۹ مورخ ۱۳۷۴/۳/۷، ماده ۷ قانون اوقاف و امور خیریه را به دلیل معزول یا ممنوع‌المداخله داشتن متولی منصوص که خیانت نمی‌کند را، غیر شرعی دانسته و تأیید سابق خویش را به خاطر انصراف ماده فوق به خیانت متولی، دانسته است. به عبارت دیگر شورای نگهبان تعدی و تفریط را به «خیانت» منحصر نموده است.

ماده ۸۱: اداره اوقاف عامه

در اوقاف عامه که متولی معین نداشته باشد اداره موقوفه طبق نظر ولی فقیه خواهد بود (اصلاحی ۷۰/۸/۱۴).

۱. در اوقاف خاصه، اگر متولی تعیین نشده باشد، تصدی با خود موقوف علیهم است.

ماده ۸۲: حدود اختیار متولی

هرگاه واقف برای اداره کردن موقوفه ترتیب خاصی معین کرده باشد متولی باید به همان ترتیب رفتار کند و اگر ترتیبی قرار نداده باشد متولی باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید.

۱. منظور از «مستحقین» در قسمت اخیر ماده، همان «موقوف علیهم» هستند (عدل (۷)، ص ۶۷).

ماده ۸۳: تفویض تولیت و گرفتن وکیل

متولی نمی‌تواند تولیت را به دیگری تفویض کند مگر آنکه واقف در ضمن وقف به او اذن داده باشد ولی اگر در ضمن وقف شرط مباشرت نشده باشد می‌تواند وکیل بگیرد.

۱. تفویض تولیت اصولاً مجاز نیست زیرا موجب واگذاری سمت و رها شدن متولی از مسئولیت می‌شود اما وکالت دادن اصولاً مجاز است زیرا وکیل زیر نظر متولی کار کرده و مسئولیت متولی منسوب و واقف، زایل نمی‌شود (مستنبط از تبصره ۳، م.ق. اوقاف و امور خیریه) (امامی (۲۰)، ص ۱۰۵).

۲. تعهد متولی برای اداره همیشه موقوفه صحیح نیست، زیرا متولی‌های بعدی الزامی به قبول آن نخواهند داشت (رای شماره ۱۶۱۳، مورخ ۱۳۲۸/۹/۱۶، شعبه ۱ دیوانعالی کشور).

۳. در موقوفاتی که شرط مباشرت نشده، هرگاه متولی وکیل انتخاب کند و به تشخیص سازمان اوقاف وکیل قادر به انجام وظایف محوله نباشد، مراتب کتباً به متولی ابلاغ خواهد شد و هرگاه متولی ظرف مهلت قانونی، اقدام به تغییر وکیل ننماید موضوع به دادگاه صالح احاله و پس از ثبوت عدم توانایی، وکیل مزبور با ابلاغ سازمان از دخالت ممنوع می‌شود (تبصره ۳ ماده ۴ ق.ا.و.خ).

ماده ۸۴: حق التولیه و اجرت‌المثل

جائز است واقف از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولی قرار دهد و اگر حق التولیه معین نشده باشد متولی مستحق اجرت‌المثل عمل است.

۱. ممکن است خود واقف، متولی باشد (م ۷۵ ق.م)؛ در این صورت نیز، با توجه به اطلاق ماده ۸۴ قانون مدنی، تعیین حق التولیه با واقف بوده و قرار دادن قسمتی از منافع موقوفه به عنوان حق التولیه اشکالی ندارد؛ اگرچه در عمل، ممکن است به عنوان وسیله‌ای برای دور زدن ماده ۷۲ (وقف بر نفس) از آن استفاده شود.

ماده ۸۵: تصرف در منافع موقوفه

بعد از آنکه منافع موقوفه حاصل و حصه هر یک از موقوف‌علیه‌م معین شد موقوف‌علیه می‌تواند حصه خود را تصرف کند اگر چه متولی اذن نداده باشد مگر اینکه واقف اذن در تصرف را شرط کرده باشد.

۱. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، قبل از تعیین حصه، حق موقوف‌علیه‌م «دینی» است و پس از آن «عینی» می‌گردد و مستقیماً قابل اعمال است (کاتوزیان، ۵، ص. ۶۹)؛ منتها به نظر می‌رسد، علت عدم امکان تصرف، قبل از تعیین حصه، مشاع بودن حق موقوف‌علیه‌م است، نه دینی بودن حق؛ زیرا تصرفات مادی شرکا، قبل از تقسیم، منوط به تراضی است (م. ۵۸۱ و ۵۸۲) (ن.و: لنگرودی، ۱، ص. ۷۴).

ماده ۸۶: تقدم مخارج وقف بر حق موقوف‌علیه‌م

در صورتی که واقف ترتیبی قرار نداده باشد مخارج تعمیر و اصلاح موقوفه و اموری که برای تحصیل منفعت لازم است بر حق موقوف‌علیه‌م مقدم خواهد بود.

۱. اگر باغی وقف شده باشد، هزینه‌های کود و سمپاشی که برای ایجاد محصول لازم است بر حق موقوف‌علیه‌م مقدم است.

ماده ۸۷: نحوه تقسیم منافع

واقف می‌تواند شرط کند که منافع موقوفه مابین موقوف‌علیه‌م به تساوی تقسیم شود یا به تفاوت و یا اینکه اختیار به متولی یا شخص دیگری بدهد که هر نحو مصلحت داند تقسیم کند.

۱. اگر شیوه تقسیم منافع تعیین نشده باشد، در وقف خاص، اصل تساوی حاکم است و در وقف عام اگر استفاده مستقیم و مشترک ممکن نباشد، نحوه تقسیم را متولی تعیین می‌کند (کاتوزیان، ۲۱، ص. ۲۴۹).

ماده ۸۸: جواز بیع وقف در تلف واقعی یا تقدیری

بیع وقف در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.

۱. منظور از خرابی مال این است که انتفاع از آن ممکن نباشد، البته عدم امکان استفاده مورد نظر واقف هم، چنانچه قید وقف باشد (انتفاء صلاحیت انتفاعی)، در حکم تلف مال موقوف است.

۲. مقصود از «خوف خرابی» تلف زودرس و نامتعارف موقوفه است.

۳. ثمن حاصل از فروش مال موقوفه، قهراً در وقف قرار می‌گیرد (ملاک ماده ۷۹۱ ق.م.).

۴. در صورت اتلاف عین موقوفه، وقف باطل نمی‌شود و بدل آن بدون نیاز به تراضی وقف است (ملاک م. ۷۹۱ ق.م.).

۵. در صورت تلف کل موقوفه در اثر قوه قاهره وقف زایل می‌شود (ملاک بند ۲ ماده ۵۱).

ماده ۸۹: قابلیت فروش بعضی موقوفه

هرگاه بعضی موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد همان بعضی فروخته می‌شود مگر اینکه خرابی بعضی سبب سلب انتفاع قسمتی که باقیمانده است بشود، در این صورت تمام فروخته می‌شود.

ماده ۹۰: تبدیل وقف

عین موقوفه در مورد جواز بیع به اقرب به غرض واقف تبدیل می‌شود.

۱. در تبدیل موقوفه (اعم از عام و خاص)، کسب اجازه از سازمان اوقاف و امور خیریه، ضروری است.

ماده ۹۱: صرف منافع وقف عام در امور خیر

در موارد ذیل منافع موقوفات عامه صرف بریات عمومی خواهد شد:

۱- در صورتی که منافع موقوفه مجهول المصرف باشد مگر اینکه قدر متیقنی در بین باشد
 ۲- در صورتی که صرف منافع موقوفه در مورد خاصی که واقف معین کرده است متعذر باشد.
 ۱. هرگاه معلوم نباشد که وقف عام است یا خاص، مجهول ماندن مصرف، موجب بطلان وقف است (کاتوزیان (۲۱)، ص. ۲۰۶).

۲. طبق ماده ۸ قانون اوقاف و امور خیریه، درآمد موقوفات مجهول المصرف، صرف تحقیق و تبلیغ و نشر کتب در زمینه معارف اسلامی و عمران موقوفات می‌شود؛ بنابراین بند ۱ ماده فوق، نسخ ضمنی شده است.

۳. طبق تبصره ماده ۸ قانون اوقاف^۱، در صورت تعذر در صرف منافع، منافع به نزدیکترین غرض واقف اختصاص می‌یابد، اعم از اینکه وقف عام باشد یا خاص؛ بنابراین هرگاه وقف عام باشد باید به امر خیری اختصاص پیدا کند که به غرض واقف نزدیکتر است (الجمع مهما امکن اولی من طرح) و هرگاه وقف خاص باشد باید آن را به تأمین سایر مصالح موقوف علیهم اختصاص داد (کاتوزیان (۲۱)، ص. ۲۷۲)؛ البته طبق قسمت اخیر ماده ۸ قانون فوق‌الذکر، در صورت نبودن مورد اقرب، منافع وقف در مطلق امور خیریه (یعنی همان بریات عمومی) به مصرف خواهد رسید؛ بنابراین بند ۲ ماده ۹۱ به کلی نسخ نشده

۱- طبق تبصره ماده ۸ قانون اوقاف: «درآمد موقوفات متعذرالمصرف و موقوفاتی که عواید آنها به سبب قلت گرچه با پس‌انداز چند سال برای اجرای نظر واقف کافی نباشد باتشخیص تحقیق اوقاف در موارد اقرب به غرض واقف در محل به مصرف می‌رسد. آن قسمت از درآمد موقوفاتی که به علت کثرت عوائد زائد بر مصرف متعارف باشد حتی‌الامکان در موارد اقرب به نظر واقف صرف گردد و در صورت نبودن مورد اقرب، در مطلق امور خیریه به مصرف خواهد رسید. مقصود از متعذرالمصرف آن است صرف درآمد موقوفه در مصارف مقرر به علت فراهم نبودن وسایل و یا انتفاء موضوع و یا عدم احتیاج به مصرف مقدور نباشد».

است بلکه قانون اوقاف قائل به ترتب شده است یعنی اول اقرب به غرض واقف ملاک است و اگر اقربی نبود، در وقف عام، صرف همان برتبات عمومیه می‌شود (لنگرودی (۱)، ص ۷۸).

۴. در صورتی که کشف شود زمینی موقوفه بوده است و جهت مورد نظر واقف تغییر یافته باشد، موقوفه باید به صورت اصلی (نظر واقف) بازگردانده شود مگر اینکه بازگرداندن آن به وضع اول، موجب عسر و حرج و قلت درآمد و امثال آن باشد که در اینصورت ابقای آن به صورت فعلی با اجازه ولی فقیه یا نماینده ایشان در سازمان اوقاف و امور خیریه بلاشکال خواهد بود (ماده ۱۴ آیین‌نامه قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه).

مبحث سوم: در حق انتفاع از مباحات

ماده ۹۲: انتفاع از مباحات

هر کس می‌تواند با رعایت قوانین و نظامات راجعه به هر یک از مباحات از آنها استفاده نماید.

۱. وضع قوانین خاص و گوناگون در مورد مباحات، امکان تملک آزادانه مباحات را بسیار محدود نموده است.

فصل سوم: در حق ارتفاق نسبت به ملک غیر و در احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاور

مبحث اول: در حق ارتفاق نسبت به ملک غیر

ماده ۹۳: تعریف حق ارتفاق

ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگری.

۱. واژه ارتفاق مشتق از رفق به معنی مدارا است. شاید این حق را از این جهت حق ارتفاق گویند که مالک باید با صاحب حق با رفق و مدارا رفتار کند و نباید مانع برخورداری وی از حق خود شود (صفایی (۱۷)، ص ۲۹۷)؛ برخی نیز گفته‌اند حق ارتفاق، از باب رفق و مدارا درباره ملک که حق به نفع آن ایجاد شده است برقرار می‌گردد (عدل (۷)، ص ۷۲).

۲. تعریف فوق مانع نیست زیرا حق انتفاع و حق عینی تبعی هم حقی است برای شخص در ملک دیگری (عدل (۷)، ص ۷۲).

۳. ارتفاق، حق عینی و «قائم به ملک» است، نه به شخص، زیرا از سویی با انتقال زمین صاحب حق، حق ارتفاق به خریدار منتقل می‌شود و از سوی دیگر تغییر مالک زمینی که حق ارتفاق بر آن تحمیل شده، تأثیری در حق ارتفاق ندارد (م ۱۰۲).

۴. حق ارتفاق تابع و فرع بر مالکیت زمین است و مستقلاً جدای از زمین قابل انتقال یا توقیف نیست؛ البته ممکن است حق ارتفاق موضوع برخی از معاملات مانند صلح قرار گیرد و مالک در قبال دریافت وجهی از حق ارتفاق خویش صرفنظر کند.
۵. حق ارتفاق معمولاً در دو ملک مجاور و متصل به وجود می‌آید، با وجود این، فاصله زیاد بین دو ملک مانع ایجاد حق ارتفاق نیست (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۲۳؛ لنگرودی (۱)، ص ۸۲).
۶. ارتفاق مثبت، با انجام کار اعمال می‌شود و حقی است که صاحب آن اجازه‌ی استفاده مستقیم از ملک دیگری را داشته باشد مثل حق عبور؛ در مقابل در ارتفاق منفی، بصورت خودداری از انجام کار اعمال می‌شود و مالک زمینی که حق ارتفاق به آن تحمیل شده، از برخی تصرفات منع می‌گردد مثل حق حریم املاک و قنوات.
۷. حق ارتفاق مداوم، حقی است که اعمال آن نیاز به انجام عملی ندارد و دائماً در حال اعمال است مثل حق داشتن پنجره؛ در مقابل حق ارتفاق متناوب، حقی است که اعمال آن نیاز به انجام عملی دارد لذا به نحوه متناوب اعمال می‌شود مثل حق عبور.
۸. حق ارتفاق نمایان، حقی است که اجرای آن قابل رویت باشد مثل حق داشتن پنجره؛ در مقابل حق ارتفاق پنهان، حقی است که اجرای آن محسوس و قابل رویت نیست مثل عدم امکان احداث چاه در محل.
۹. حق ارتفاق به «املاک و اراضی و اعیانی واقع در آن» اختصاص دارد و در اموال منقول و حتی غیرمنقول حکمی و تبعی هم راه ندارد.
۱۰. حق ارتفاق اختصاص به املاک اشخاص حقوق خصوصی نداشته و برای اموال عمومی دولت هم این حق وجود دارد (ماده ۹ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰) (لنگرودی (۱)، ص ۸۱).

ماده ۹۴: ارتفاق قراردادی

- صاحبان املاک می‌توانند در ملک خود هر حقی را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند در این صورت کیفیت استحقاق تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است.
۱. منشأ حق ارتفاق ممکن است عمل حقوقی (قرارداد یا ایقاع)، قانون یا وضع طبیعی املاک باشد (م ۹۵ ق.م.عدل (۷)، ص ۷۲).
۲. قرارداد حق ارتفاق، تابع ماده ۱۰ قانونی مدنی است.
۳. قرارداد موجب حق ارتفاق ممکن است رایگان یا معوض باشد.

ماده ۹۵: ارتفاق طبیعی

- هرگاه زمین یا خانه کسی مجرای فاضلاب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است صاحب آن خانه یا زمین نمی‌تواند جلوگیری از آن کند مگر در صورتیکه عدم استحقاق او معلوم شود.

ماده ۹۶: مالکیت تبعی نسبت به چشمه

چشمه واقعه در زمین کسی محکوم به ملکیت صاحب زمین است مگر اینکه دیگری نسبت به آن چشمه عیناً یا انتفاعاً حقی داشته باشد.

ماده ۹۷: قاعده تصرف در حق ارتفاق

هرگاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته، صاحب خانه یا ملک نمی‌تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود و همچنین است سایر حقوق از قبیل حق داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره.
۱. تصرف به عنوان حق ارتفاق هم، اماره‌ی قانونی وجود حق ارتفاق است (القدیم بترک علی قدمه): (ر.ک.م.۱۲۴ق.م).

ماده ۹۸: اذن در ارتفاق

اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد ولی صاحب ملک اذن داده باشد که از ملک او عبور کند هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او بشود و همچنین است سایر ارتفاقات.
۱. ایجاد «حق» ارتفاق معمولاً در قالب قرارداد صورت می‌گیرد و اذن اصولاً موجد «اباحه» است.

ماده ۹۹: اصل عدم ارتفاق

هیچ کس حق ندارد ناودان خود را به طرف ملک دیگری بگذارد یا آب باران از بام خود به بام یا ملک همسایه جاری کند و یا برف بریزد مگر به اذن او.
۱. اثر اذن اصولاً اباحه است، نه ایجاد حق برای مأذون و ایجاد تکلیف برای آذن، بنابراین علی‌الاصول قابل رجوع است (م ۱۲۰ق.م) و مأذون اصولاً نمی‌تواند مطالبه خسارتی نماید (امامی (۲۰)، ص ۱۲۵).
۲. اذن در ارتفاق (م ۹۸ و ۱۰۸)، ایقاع است و نیازی به قبول ندارد (امامی (۲۰)، ص ۱۲۵).

ماده ۱۰۰: مسئول تعمیر مجری

اگر مجرای آب شخصی در خانه دیگر باشد و در مجرا خرابی بهم رسد به نحوی که عبور آب موجب خسارت خانه شود مالک خانه حق ندارد صاحب مجرا را به تعمیر مجرا اجبار کند بلکه خود او باید دفع ضرر از خود نماید چنانچه اگر خرابی مجرا مانع عبور آب شود مالک خانه ملزم نیست که مجرا را تعمیر کند بلکه صاحب حق باید خود رفع مانع کند در این صورت برای تعمیر مجرا می‌تواند داخل خانه یا زمین شود ولیکن بدون ضرورت حق ورود ندارد مگر به اذن صاحب ملک.

۱. هزینه لازم برای انتفاع به عهده صاحب حق ارتفاق است (امامی (۲۰)، ص ۱۳۰) و هزینه نگه‌داری از اصل مال به عهده‌ی مالک است (ر.ک م ۴۹ و ۱۰۵ ق.م).

ماده ۱۰۱: منع تصرف منافی حق منتفع

هرگاه کسی از آبی که ملک دیگری است به نحوی از انحاء حق انتفاع داشته باشد از قبیل دایر کردن آسیا و امثال آن صاحب آن نمی‌تواند مجراً را تغییر دهد به نحوی که مانع از استفاده حق دیگری باشد.

ماده ۱۰۲: منتقل شدن حق ارتفاق به همراه انتقال ملک

هرگاه ملکی کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق الارتفاقی در ملک دیگر یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد آن حق به حال خود باقی می‌ماند مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد.

۱. شرط عدم انتقال حق ارتفاق در مواردی که امکان اسقاط آن وجود دارد، به معنی اعراض و اسقاط آن است زیرا حق برای انتقال‌دهنده ملک هم باقی نمی‌ماند (کاتوزیان (۵)، ص. ۷۹).

۲. حقوق هر مالک در قسمت اختصاصی و حصه او در قسمت‌های مشترک غیرقابل تفکیک بوده و در صورت انتقال قسمت اختصاصی، به هر صورت که باشد، انتقال قسمت مشترک قهری خواهد بود (م ۳ قانون تملک آپارتمان‌ها).

ماده ۱۰۳: عدم امکان تقسیم حق ارتفاق

هرگاه شرکاء ملکی دارای حقوق و منافع باشند و آن ملک مابین شرکاء تقسیم شود هر کدام از آنها به قدر حصه مالک آن حقوق و منافع خواهد بود مثل اینکه اگر ملکی دارای حق عبور در ملک غیر بوده و آن ملک که دارای حق است بین چند نفر تقسیم شود هر یک از آنها حق عبور از همان محلی که سابقاً حق داشته است خواهد داشت.

۱. حق ارتفاق قابل تقسیم نیست، یعنی اگر حق ارتفاق به سود ملک مشاعی برقرار شده باشد، تقسیم ملک موجب تجزیه حق نیست و همه شرکا می‌توانند به مانند سابق از حق ارتفاق استفاده نمایند (ر.ک. م. ۶۰۴ ق.م)، البته شرکا با توافق می‌توانند حق عبور را به یکی از شرکا اختصاص دهند (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۲۳؛ عدل (۷)، صص ۷۶ و ۷۷).

ماده ۱۰۴: ارتفاق تبعی (اذن در شیء، اذن در لوازم آن نیز هست)

حق الارتفاق مستلزم وسایل انتفاع از آن حق نیز خواهد بود مثل اینکه اگر کسی حق شرب از چشمه یا حوض یا آب انبار غیر دارد حق عبور تا آن چشمه یا حوض و آب انبار هم برای برداشتن آب دارد.

۱. ارتفاق تبعی، تنها در صورتی ایجاد می‌شود که جهت استفاده از حق اصلی ضروری باشد (یعنی از لوازم عقلی یا عرفی باشد) و صرفاً برای آسان شدن اجرای حق اصلی، نمی‌توان مدعی حق دیگری شد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۲۱).

۲. ارتفاق تبعی تابع حق اصلی است و با از بین رفتن حق اصلی، زایل می‌شود.

ماده ۱۰۵: مخارج تمتع از حق

کسی که حق الارتفاق در ملک غیر دارد مخارجی که برای تمتع از آن حق لازم شود به عهده صاحب حق می‌باشد مگر اینکه بین او و صاحب ملک برخلاف آن قراری داده شده باشد.

ماده ۱۰۶: منع تصرف منافی حق ارتفاق

مالک ملکی که مورد حق الارتفاق غیر است نمی‌تواند در ملک خود تصرفاتی نماید که باعث تضییع یا تعطیل حق مزبور باشد مگر با اجازه صاحب حق.

۱. مخارج تمتع از حق ارتفاق، شامل مخارج نگهداری از اصل ملک نمی‌شود (ملاک ماده ۴۹ ق.م).

ماده ۱۰۷: حدود تصرفات صاحب حق

تصرفات صاحب حق در ملک غیر که متعلق حق اوست باید به اندازه‌ای باشد که قرار داده اند و یا به مقدار متعارف و آنچه ضرورت انتفاع اقتضاء می‌کند.

۱. در صورت عدم تعیین محل حق ارتفاق در قرارداد، تعیین محل با «مالک» است مشروط بر این که به حق ارتفاق آسیبی وارد نکند (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۳۳).

ماده ۱۰۸: قابل رجوع بودن اذن

در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد مالک می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد.

۱. مانع مندرج در این قانون، ممکن است قانونی باشد (منع نبش قبر) یا قراردادی (سلب حق رجوع)، ممکن صریح باشد یا ضمنی (اذن بر گذاردن سرتیر بر روی عمارت) (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۲۲).

مبحث دوم: در احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاور

ماده ۱۰۹: اصل اشتراک دیوار بین دو ملک

- دیواری که ما بین دو ملک واقع است مشترک ما بین صاحب آن دو ملک محسوب می‌شود مگر اینکه قرینه یا دلیلی بر خلاف آن موجود باشد.
۱. به اعتقاد برخی، ماده ۱۰۹ از مصادیق ماده ۳۵ است زیرا دیوار مشترک عرفاً در تصرف مالکان اطراف آن است (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۱۱۵؛ ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۹۱).
 ۲. موضوع صدر ماده ۱۰۹ «جدار مطلق» است؛ یعنی دیواری که فاقد هر گونه قیدی از قیود اختصاص دیوار به یکی از دو ملک مجاور است (لنگرودی (۱)، ص ۹۱).
 ۳. محدودیت‌های مربوط به مجاورت املاک نوعی «حق ارتفاق» است که ممکن است مثبت یا منفی باشد.
 ۴. اصل بر این است که مالکین مشاعی به نسبت عرصه بر اعیانی موجود نیز مالکیت دارند.

ماده ۱۱۰: ترصیف و وضع سر تیر

- بنا به طور ترصیف و وضع سر تیر از جمله قرائن است که دلالت بر تصرف و اختصاص می‌کنند.
۱. ترصیف در لغت به معنی پیوستگی منظم است (لنگرودی (۱)، ص ۹۱) و منظور از ترصیف در ماده بالا، پیوست بودن قسمتی از بنا به قسمت دیگر، چنانکه آجرها با یکدیگر به صورت قفل و بست ساخته شده باشد (امامی (۲۰)، ص ۱۳۵؛ عدل (۷)، ص ۷۸).
 ۲. محصور بودن یکی از دو ملک (عدل (۷)، ص ۷۹)، داشتن طاقچه و رف و نما (تزئینات فنی ساختمان) (امامی (۲۰)، ص ۱۱۱) از دیگر قرائنی است که دلالت بر اختصاصی بودن دیوار دارد.
 ۳. ذکر ترصیف و سر تیر جنبه تمثیلی داشته و اماره قانونی به معنای خاص تلقی نمی‌شود بلکه نوعی تصرف و مقدمه اجرای قاعده تصرف است (کاتوزیان (۵)، ص. ۸۳؛ عدل (۷)، ص ۷۹).

ماده ۱۱۱: تعاریف قراین

- هر گاه از دو طرف بنا متصل به دیوار به طور ترصیف باشد و یا از هر دو طرف به روی دیوار سر تیر گذاشته شده باشد، آن دیوار محکوم به اشتراک است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.
۱. اگر یکی از طرفین به ترصیف استناد کند و دیگری به سر تیر، دیوار محکوم به اشتراک است (الدیلان اذا تعارضا تساقطا) مگر این که معلوم شود سر تیر بعداً و به اذن قرار گرفته که در این صورت صرفاً دلالت بر حق ارتفاق یا اباحه برای صاحب سر تیر می‌کند، نه اشتراک (م ۱۱۲ ق.م) (کاتوزیان (۵)، ص ۸۵ و لنگرودی (۱)، ص ۹۳).

ماده ۱۱۲: اختصاص قرائن به یک طرف

هر گاه قرائن اختصاصی فقط از یک طرف باشد تمام دیوار محکوم به ملکیت صاحب آن طرف خواهد بود مگر اینکه خلافش ثابت شود.

ماده ۱۱۳: مخارج دیوار مشترک

مخارج دیوار مشترک بر عهده کسانی است که در آن شرکت دارند.

ماده ۱۱۴: عدم امکان الزام شریک

هیچ یک از شرکاء نمی‌تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید مگر اینکه دفع ضرر به نحو دیگر ممکن نباشد.

۱. امکان الزام تنها برای دفع ضرر ممکن است، نه تسهیل انتفاع.
۲. دفع ضرر ممکن است منفی (منع کار زیان‌بار) باشد (م ۱۳۲ ق.م) یا مثبت (الزام به انجام کاری).

ماده ۱۱۵: خرابی دیوار مشترک

در صورتی که دیوار مشترک خراب شود و احد شریکین از تجدید بنا و اجازه تصرف در مبنای مشترک امتناع نماید شریک دیگر می‌تواند در حصه خاص خود تجدید بنای دیوار را کند.

ماده ۱۱۶: تجدید دیوار در مبنا

هر گاه احد شرکاء راضی به تصرف دیگری در مبنا باشد ولی از تحمل مخارج مضایقه نماید شریک دیگر می‌تواند بنای دیوار را تجدید کند و در این صورت اگر بنای جدید با مصالح مشترک ساخته شود دیوار مشترک خواهد بود والا مختص به شریکی است که بنا را تجدید کرده است.

۱. اذن و رضایت شریک در این ماده متضمن اعطاء نوعی «حق» است و قابل رجوع نیست (کاتوزیان (۵)، ص. ۸۵).

ماده ۱۱۷: تخریب دیوار

اگر یکی از دو شریک دیوار مشترک را خراب کند در صورتی که خراب کردن آن لازم نبوده باید آنکه خراب کرده مجدداً آن را بنا کند.

۱. الزام شریک به تجدید بنا، ناشی از مسئولیت مدنی تخریب مال دیگری است (م ۳۲۹ ق.م) و ارتباطی به قواعد شرکت یا مجاورت املاک ندارد (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۱۱۷).
۲. از مفهوم مخالف ماده، چنین استنباط می‌شود که اگر خراب کردن دیوار لازم بوده، ضمانتی تحقق نمی‌یابد مثل خراب کردن دیواری که در حال فرو ریختن است (م. ۱۲۲ ق.م).
۳. تصرف شریک، بدون اذن شریک دیگر، تصرف عدوانی محسوب می‌شود (رأی شماره ۱۲۷۵، مورخ ۲۹/۶/۳۳، شعبه ۴ دیوانعالی کشور).

ماده ۱۱۸: لزوم اذن شریک جهت تصرف در دیوار مشترک

هیچ یک از دو شریک حق ندارد دیوار مشترک را بالا ببرد یا روی آن بنا سر تیر بگذارد یا دریچه و رف باز کند یا هر نوع تصرفی نماید مگر به اذن شریک دیگر.

۱. ماده بالا، ناظر به تصرفاتی است که باعث تغییر مادی دیوار می‌شود یا از نظر حقوقی تصرف در مال دیگران محسوب می‌شود (ر.ک م ۱۳۴ ق.م).

۲. ماده بالا، بیانگر این قاعده کلی است که تصرف مادی در مال مشاع، منوط به رضایت همه مالکین است مگر در موارد خاص مانند مواد ۱۱۴ و ۵۹۴ قانون مدنی و یا مواد ۶ و ۱۳ قانون تملک آپارتمان‌ها (ر.ک به زیرنویس‌های ماده ۱۲۸ همین کتاب).

ماده ۱۱۹: لزوم اذن شریک جهت تغییر مکان سرتیر

هر یک از شرکاء بر روی دیوار مشترک سر تیر داشته باشد نمی‌تواند بدون رضای شریک دیگر تیرها را از جای خود تغییر دهد و به جای دیگر از دیوار بگذارد.

ماده ۱۲۰: قابل رجوع بودن اذن

اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سر تیر بگذارد یا روی آن بنا کند هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند مگر اینکه به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد.

۱. در صورتی که احراز شود مقصود، دادن اذن محض و ساده و ایجاد اباحه است، صاحب دیوار می‌تواند از آن رجوع نماید مشروط بر این که هدف او رفع حاجت یا رفع ضرر باشد (م ۱۳۲ ق.م) (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۲۳).

۲. التزام و عدم امکان رجوع ممکن است ضمنی و یا ناشی از حکم عرف باشد به ویژه این که هیچ شخص متعارفی سرتیر خود را بر مبنای اذن ساده بنا نمی‌کند (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۲۲).

۳. «وجه ملزم» ضرورتاً به معنای آمدن اذن ضمن عقد لازم نیست بلکه توافق طبق ماده ۱۰ ق.م (اصل حاکمیت اراده) برای ایجاد التزام کافی است (ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۹۶).

۴. اگر منظور از اذن اعطاء حق و اسقاط حق رجوع باشد، ایجاد نوعی «حق ارتفاق» است.

ماده ۱۲۱: تجدید تصرف با اذن سابق

هر گاه کسی به اذن صاحب دیوار بر روی دیوار سر تیری گذارده باشد و بعد آن را بردارد نمی‌تواند مجدداً بگذارد مگر به اذن جدید از صاحب دیوار و همچنین است سایر تصرفات.

۱. از ماده ۱۲۴ قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که التزام در «اذن همراه با التزام» ناظر به حفظ وضعیت موجود است در نتیجه اگر سرتیر در اثر حادثه‌ای خراب شود تجدید آن، برخلاف حق ارتفاق، نیازمند اذن مجدد است؛ اگرچه خراب کننده، مسئول خسارات است (لنگرودی (۱)، ص ۹۶).

ماده ۱۲۲: دیوار مشرف به خرابی

اگر دیواری متمایل به ملک غیر یا شارع و نحو آن شود که مشرف به خرابی گردد صاحب آن اجبار می‌شود که آن را خراب کند.

ماده ۱۲۳: عدم امکان اجبار غیر، به ساختن دیوار مشترک

اگر خانه یا زمینی بین دو نفر تقسیم شود یکی از آنها نمی‌تواند دیگری را مجبور کند که با هم دیواری ما بین دو قسمت بکشند.
۱. حکم ماده ناشی از اصل نداشتن ولایت بر دیگری است.

ماده ۱۲۴: اماره تصرف حق ارتفاق

اگر از قدیم سر تیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سر تیر برداشته شود صاحب عمارت می‌تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد مگر اینکه ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است.
۱. قسمت اول ماده دلالت بر حق ارتفاق دارد زیرا در فرضی که سابقه تصرف معلوم نیست، تصرف به عنوان داشتن حق ارتفاق، اماره‌ی وجود آن است اما قسمت اخیر ماده به اذن در ارتفاق اشاره دارد.

ماده ۱۲۵: تصرف در کف یا سقف ساختمان

هر گاه طبقه تحتانی مال کسی باشد و طبقه فوقانی مال دیگری، هر یک از آنها می‌تواند به طور متعارف در حصه اختصاصی خود تصرف بکند لیکن نسبت به سقف بین دو طبقه هر یک از مالکین طبقه فوقانی و تحتانی می‌تواند در کف یا سقف طبقه اختصاصی خود به طور متعارف آن اندازه تصرف نماید که مزاحم حق دیگری نباشد.
۱. در ساختمان‌ها (آپارتمان‌ها) دو نوع مالکیت وجود دارد:

• مالکیت مستقل و اختصاصی؛

• مالکیت مشترک در اجزایی که مورد استفاده همه مالکان است.

۲. هیچ یک از مالکین حق ندارد، بدون موافقت اکثریت سایر مالکین، تغییری در محل یا شکل در یا سر در یا نمای خارجی قسمت اختصاصی خود، که در مرئی و منظر باشد، بدهد (م ۹ قانون تملک آپارتمان‌ها).

ماده ۱۲۶: مالکیت دیوار و سقف

صاحب اطاق تحتانی نسبت به دیوارهای اطاق و صاحب فوقانی نسبت به دیوارهای غرفه بالا اختصاص و هر دو نسبت به سقف ما بین اطاق و غرفه بالاشتراک متصرف شناخته می‌شوند.

ماده ۱۲۷: مالکیت پله‌ها

پله فوقانی ملک صاحب طبقه فوقانی محسوب است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

ماده ۱۲۸: مالکیت دیوارها و سقف

هیچ یک از صاحبان طبقهٔ تحتانی و غرفهٔ فوقانی نمی‌تواند دیگری را اجبار به تعمیر یا مساعدت در تعمیر دیوارها و سقف آن بنماید.

۱. قانون تملک آپارتمان‌ها، ماده ۱۲۸ و ۱۲۹ ق.م.را در مورد آپارتمان‌ها، تخصیص زده است. طبق این قانون، کلیهٔ تصمیمات مربوط به اداره و امور مربوط به قسمت‌های مشترک باید به تصویب، «اکثریت عددی» که «بیش از نیمی از کل ساختمان را دارا هستند» برسد.
۲. اجرای اراده‌ی اکثریت در آپارتمان‌ها تنها در امور اداری و تعمیرات ضروری است و به استناد آن نمی‌توان در ساختمان تغییر عمده داد یا بر طبقات افزود (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۲۸).
۳. حقوق و تعهدات و همچنین حصهٔ هر یک از مالکین قسمت‌های اختصاصی از مخارج قسمت‌های مشترک، متناسب است با نسبت مساحت قسمت اختصاصی به مجموع مساحت قسمت‌های «اختصاصی» تمام ساختمان (م ۴ ق.ت.آ).
۴. پرداخت هزینه مشترک آپارتمان، برای همه مالکین الزامی است ولو واحد یکی از مالکین خالی بوده و هیچ‌گونه استفاده‌ای از آن ننماید؛ همچنین مالک طبقه همکف نمی‌تواند به بهانه عدم استفاده از آسانسور از پرداخت هزینه‌های نگهداری آن خودداری نماید (قسمت اخیر ماده ۴ ق.ت.آ)؛ البته چنانچه استقرار حیاط یا بالکن یا تراس آپارتمان به گونه‌ای باشد که تنها از یک یا چند واحد مسکونی، امکان دسترسی به آن باشد، هزینه نگهداری آن قسمت به عهده استفاده‌کننده یا استفاده‌کنندگان است (تبصره ۳ همان ماده).
۵. شرایط تجدید بنای ساختمان فرسوده که همه مالکین جهت این عملیات اتفاق نظر ندارند، به شرح زیر است:
 - (۱) تأیید سه کارشناس رسمی دادگستری مبنی بر اینکه عمر مفید ساختمان به پایان رسیده و یا به هر دلیل دیگری ساختمان دچار فرسودگی کلی شده باشد و بیم خطر یا ضرر مالی و جانی برود.
 - (۲) در اقلیت بودن مخالفین تجدید بنا
 - (۳) گرفتن حکم دادگاه
 - (۴) تأمین مسکن مناسب برای مالکان مخالف از سوی آن دسته از مالکان که قصد تجدید بنا را دارند (ماده ۱۳ ق.ت.آ).^۱

۱- طبق ماده ۱۳ قانون تملک آپارتمان‌ها: «در صورتی که به تشخیص سه نفر از کارشناسان رسمی دادگستری عمر مفید ساختمان به پایان رسیده و یا به هر دلیل دیگری ساختمان دچار فرسودگی کلی شده باشد و بیم خطر یا ضرر مالی و جانی برود و اقلیت مالکان قسمت‌های اختصاصی در تجدید بنای آن موافق نباشند، آن دسته از مالکان که قصد بازسازی مجموعه را دارند، می‌توانند براساس حکم دادگاه، با تأمین مسکن استیجاری مناسب برای مالک یا مالکان که از همکاری خودداری می‌ورزند نسبت به تجدید بنای مجموعه اقدام نمایند و پس از اتمام عملیات بازسازی و تعیین سهم هر یک از مالکان از بنا و هزینه‌های انجام شده، سهم مالک یا مالکان یادشده را به اضافه اجوری که برای مسکن اجاری ایشان پرداخت شده است

ماده ۱۲۹: تجدید سقف

هر گاه سقف واقع مابین عمارت تحتانی و فوقانی خراب شود در صورتی که بین مالک فوقانی و مالک تحتانی موافقت در تجدید بنا حاصل نشود و قرار داد ملزومی سابقاً بین آنها موجود نباشد هر یک از مالکین اگر تبرعاً سقف را تجدید نموده چنانچه با مصالح مشترک ساخته شده باشد سقف مشترک است و اگر با مصالح مختصه ساخته شده متعلق به بانی خواهد بود.

۱. واژه «تبرعاً» منصرف به موردی است که تجدید بنا با «مصالح مشترک» ساخته شده است زیرا در این صورت است که بانی سقف، متحمل اجرت عمل شده یا خود تبرعاً عمل مذکور را انجام داده است و شریک بدون پرداخت مبلغی صاحب سقف شده است اما در فرضی که سقف با مصالح مختصه ساخته شده و متعلق به بانی است قصد تبرع یا عدم تبرع بانی تأثیری ندارد (عدل (۷)، ص ۸۴).

ماده ۱۳۰: خروجی به فضای خانه همسایه

کسی حق ندارد خانه خود را به فضای خانه همسایه بدون اذن او خروجی بدهد و اگر بدون اذن او خروجی بدهد ملزم به رفع آن خواهد بود.

۱. منظور از «خروجی»، برجستگی و برآمدگی در ساختمان است مثل بالکن که با مالکیت همسایه بر فضای فوقانی و محاذی اش منافات دارد (م ۳۸ ق.م) (کاتوزیان (۵)، ص ۹۳؛ ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۱۰۹).

ماده ۱۳۱: ورود شاخه و ریشه به فضای خانه همسایه

اگر شاخه درخت کسی داخل در فضای خانه یا زمین همسایه شود باید از آنجا عطف کند و اگر نکرد همسایه می تواند آن را عطف کند و اگر نشد از حد خانه خود قطع کند و همچنین است حکم ریشه های درخت که داخل ملک غیر می شود.

۱. قطع شاخه‌ی درخت اولاً مشروط به عدم امکان عطف (برگرداندن) است، ثانیاً برخلاف نظر اداره حقوقی قوه قضائیه، (۶، شماره ۷/۵۶۰۱، مورخ ۱۳۷۸/۸/۳۰) تشخیص این موضوع با دادگاه است، نه خود مالک زیرا هیچ کس نمی تواند قاضی ادعای خویش باشد (کاتوزیان (۵)، ص ۹۳؛ ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۱۱۱).

ماده ۱۳۲: قاعده لاضرر (منع سوء استفاده از حق)

کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.

از اموال آنها از جمله همان واحد استیفا کنند. در صورت عدم توافق در انتخاب کارشناسان، وزارت مسکن و شهرسازی با درخواست مدیر یا هیأت مدیره اقدام به انتخاب کارشناسان یادشده خواهد کرد.»

۱. قاعده تسلیط (م ۳۰) و قاعده لاضرر (م ۱۳۲ ق.م و اصل ۴۰ ق.ا) در مرحله وضع «تعارضی» ندارند زیرا تصرف و انتفاع ملازمه‌ای با اضرار به ملک دیگری ندارد منتها گاه در «مرحله‌ی اجرا» با هم «تزامم» پیدا می‌کنند. زیرا در تصرفی که به ضرر همسایه است اجرای قاعده تسلیط، ملازمه با اباحه آن دارد و اجرای قاعده لاضرر، آن را منع می‌کند (تعارض دلیلین و تزامم حکمین).
۲. در تزامم این دو قاعده، اصولاً، «لاضرر»^۱ حکومت دارد.
۳. تصرف زیان‌بار در صورتی مجاز است که اولاً به قدر متعارف باشد یعنی هرکس باید حق خویش را به نحو متعارف اجرا کند و تجاوز از رفتار انسان متعارف، تقصیر محسوب شده و ضمان‌آور است ثانیاً برای رفع حاجت «یا» رفع ضرر از مالک باشد. ملاک تشخیص این شرط عرف است یعنی باید دید که آیا نوع مالکان برای رفع حاجت یا رفع ضرر به چنین کاری دست می‌زنند یا نه، ثالثاً دفع ضرر از راه دیگر ممکن نباشد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۰۹).
۴. صرف داشتن مجوز دولتی، تصرف زیان‌بار را توجیه نمی‌کند زیرا هر اذنی مقید به رعایت حقوق اشخاص ثالث است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۱۱).
۵. صرف تقدم در تصرف، مانع اجرای ماده ۱۳۲ نیست مگر این که این تصرف جمعی و متعارف باشد. برای مثال، اگر شخصی خانه‌ی خود را در یک شهرک صنعتی بنا کند نمی‌تواند از آن‌ها بخواهد که مزاحم آسایش او نشوند ولی برعکس اگر تنها یک کارخانه در آن‌جا باشد، صاحب کارخانه نمی‌تواند تقدم در تصرف را مستمسک خود قرار دهد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۱۱).

ماده ۱۳۳: باز کردن در، روزنه و شبکه

- کسی نمی‌تواند از دیوار خانه خود به خانه همسایه در باز کند اگر چه دیوار ملک مختصی او باشد لیکن می‌تواند از دیوار مختصی خود روزنه یا شبکه باز کند و همسایه حق منع او را ندارد ولی همسایه هم می‌تواند جلو روزنه و شبکه دیوار بکشد یا پرده بیاویزد که مانع رؤیت شود.
۱. «در» به محلی گفته می‌شود که بر خلاف روزنه و شبکه ثابت نیست و قابلیت باز و بسته شدن را دارد و به اندازه‌ی وسیع است که انسان به آسانی می‌تواند از آن خارج شود (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۲۰).
 ۲. «روزنه» سوراخ کوچکی است که برای استفاده از روشنایی در حمام‌ها و زیرزمین‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد (کاتوزیان (۵)، ص ۹۵).
 ۳. «شبکه» سوراخ‌های متعددی است که پهلوی هم، به منظور استفاده از نور و هوا در دیوار احداث می‌کنند و بدین لحاظ که دیوار در اثر سوراخ‌ها مشبک می‌شود آن را شبکه می‌گویند (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۲۰).
 ۴. برای آن که پنجره، شبکه محسوب شود، یا باید به صورت مشبک و در بنا ثابت باشد یا حفاظ ثابت و مشبکی در برابر آن نصب گردد، به گونه‌ای که همسایه قادر به سرکشی یا خروج از آن نباشد (همان).

۱- ریشه قاعده «لاضرر» به حدیث سمره بن جندب برمی‌گردد که پیامبر گرامی اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) امر به قطع درخت خرما می‌فرمود که صاحب آن با رفت و آمدهای نابهنگام خود، موجب آزار مالک محل استقرار درخت می‌شد.

ماده ۱۳۴: تکلیف شرکا در معبر یا مجرا مشترک

هیچ یک از اشخاصی که در یک معبر یا یک مجرا شریکند نمی‌توانند شرکای دیگر را مانع از عبور یا بردن آب شوند.

۱. استفاده‌ی متعارف تا اندازه‌ای که مزاحم حق شریک دیگر نباشد، اشکالی نداشته و نیاز به اذن سایر شرکا ندارد مثل استفاده از دیوار برای رفتن به بام یا سفید کردن (ر.ک م ۱۱۸ ق.م) (صفایی (۱۷)، ص ۲۱۹؛ امامی (۲۰)، ص ۱۳۸).

ماده ۱۳۵: درخت و حفیره فاصل املاک

درخت و حفیره و نحو آنها که فاصل ما بین املاک باشد در حکم دیوار ما بین خواهد بود.

مبحث سوم: در حریم املاک**ماده ۱۳۶: تعریف حریم**

حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد.

۱. حق حریم، حق «ارتفاق منفی» است زیرا دیگران را از تصرف زیان‌بار به حال صاحب حق، منع می‌کند؛ حریم در لغت هم به معنای «منع» است (امامی (۲۰)، ص ۱۵۷).

۲. اگرچه ظاهر ماده اطلاق دارد ولی به نظر می‌رسد حریم اصولاً مخصوص «زمین‌های موات و مباح» است و ایجاد آن در املاک و زمین‌های آباد، امری استثنایی است زیرا مخالف مالکیت می‌باشد که حقی مطلق است؛ لذا ایجاد آن نیازمند رضای مالک یا حکم مقنن است (ماده ۳ قانون قنوات) (رأی شماره ۶۳۴-۱۳۳۳ دیوان عالی کشور) (امامی (۲۰)، ص ۱۵۸؛ کاتوزیان (۱۶)، صص ۲۳۵ - ۲۴۰).

۳. ظاهر ماده ۱۳۶ مبنای حریم را «کمال انتفاع» می‌داند و مفهوم ماده ۱۳۹ مبنای حریم را «دفع ضرر»، با این حال هر دو مبنا قابل جمع است زیرا عدم امکان انتفاع مناسب و کامل، خود نوعی ضرر است (الجمع مهما امکن اولی من طرح).

۴. حریم‌ها محدود به قنات و نهر نبوده و قوانین مختلف در جهت رعایت مصالح عامه، حریم‌های مختلفی را ایجاد نموده‌اند و هم‌اکنون محدودیت‌های مختلفی در خصوص ساخت و ساز در حریم راه‌ها، راه‌آهن، رودخانه، دریا، آثار فرهنگی و تاریخی^۱ و ... وجود دارد.

۱- تعیین حریم آثار تاریخی، برعهده سازمان میراث فرهنگی است (بند ۱۲ ماده ۳ قانون اساسنامه سازمان میراث فرهنگی (۱۳۶۷) و تخلف از حریم «آثار فرهنگی و تاریخی»، تحت شرایط مندرج در ماده ۵۶۰ قانون تعزیرات (۱۳۷۵)، جرم است.

ماده ۱۳۷: حریم چاه

حریم چاه برای آب خوردن (۲۰) گز و برای زراعت (۳۰) گز است.

۱. گز، واحد اندازه‌گیری طول است؛ «گز» معادل «ذرع» و شانزده برابر «گره» است. گز، ذرع و گره، هر سه مقیاس قدیمی برای اندازه‌گیری هستند (ر.ک فرهنگ معین)؛ مطابق قانون اوزان و مقیاس‌ها مصوب ۱۳۰۴ (منسوخه)، «گز» مساوی یک متر است؛ قانون اخیر به موجب ماده ۵ قانون اوزان و مقیاس‌های مصوب ۱۳۱۱ نسخ شده و قانون جدیدتر در این خصوص ساکت است.
۲. طبق تبصره ماده ۱۷ قانون توزیع عادلانه آب، تشخیص حریم چاه و قنات و مجرا به وزارت نیرو واگذار گردیده است؛ به همین دلیل برخی اعتقاد دارند که مواد ۱۳۷ و ۱۳۸ نسخ شده‌اند (لنگرودی(۱)، ص ۱۱۷)؛ با وجود این، در مقام جمع دو قانون می‌توان گفت اماره‌های مندرج در مواد ۱۳۷ و ۱۳۸ باقی است و خلاف آن را وزارت نیرو می‌تواند احراز کند (کاتوزیان(۵)، ص ۱۰۰).

ماده ۱۳۸: حریم چشمه و قنات

حریم چشمه و قنات از هر طرف در زمین رخوه (۵۰۰) گز و در زمین سخت (۲۵۰) گز است لیکن اگر مقادیر مذکوره در این ماده و ماده قبل برای جلوگیری از ضرر کافی نباشد به اندازه‌ای که برای دفع ضرر کافی باشد به آن افزوده می‌شود.

۱. مقدارهای در نظر گرفته شده در قانون مدنی مبتنی بر غلبه و جهت جلوگیری از ورود ضرر (م.۱۳۸.ق.م.) است پس می‌توان مثل سایر امارات قانونی خلاف آن را اثبات کرد (م ۱۳۲۳ ق.م.) مگر در مورد حریم‌هایی که به نفع اموال عمومی مانند راه‌ها برقرار شده است که اثبات کفایت مقدار کمتر برای دفع ضرر مقدار حریم را تقلیل نمی‌دهد (صفایی(۱۷)، ص. ۳۱۵؛ عدل(۷)، ص ۸۷).

ماده ۱۳۹: منع تصرف منافی حق صاحب حریم

حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست و بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری چاه یا قنات بکند ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جائز است.

۱. تفاوت حق حریم و حق مالکیت در این است که مالکیت حقی است اصولاً مطلق و انحصاری ولی حق حریم حقی است نسبی، که برای کمال انتفاع مالک از مال خود پیش‌بینی شده است و فقط از تصرفات مضر دیگران جلوگیری می‌نماید اما تصرفات دیگری که برای صاحب حریم زیان‌بار نباشد مجاز است (حکم شماره ۱۰۵-۱۳۲۹/۱/۲۲ شعبه ۶ دیوانعالی کشور) (صفایی(۱۷)، ص. ۳۰۹).

کتاب دوم: در اسباب تملک

ماده ۱۴۰: اسباب تملک

تملک حاصل می‌شود:

۱- به احیای اراضی موات و حيازت اشیاء مباحه.

۲- به وسیله عقود و تعهدات.

۳- به وسیله اخذ به شفعه.

۴- به ارث.

۱. تملیک با تملک از چند جهت تفاوت دارد:

۱- مفهوم: تملیک به معنای انتقال حق مالکیت خود به دیگری و یا مالی را به مالکیت دیگری در آوردن است و در مقابل تملک به معنای مالی را به مالکیت خود درآوردن و یا مالک مالی شدن است.

۲- اسباب: سبب منحصر به فرد تملیک «عقد» است. بنابراین تحقق تملیک علاوه بر اراده تملیک کننده (انتقال دهنده)، مستلزم موافقت تملک کننده (انتقال گیرنده) است ولو تملیک مجانی و رایگان باشد مانند هبه یا وصیت تملیکی؛ در مقابل اسباب تملک متعدد هستند زیرا ممکن است سبب تملک عقد باشد (مانند بیع و اجاره) و یا ایقاع باشد (مانند حيازت مباحات و اخذ به شفعه) و یا واقعه حقوقی (مانند ارث).

۳- اهلیت: تملیک کننده باید اهلیت کامل (عقل، بلوغ و رشد) داشته باشد اما گاه وجود اهلیت ناقص در تملک کننده کافی است به عنوان مثال، تملکات مجانی سفیه و صغیر ممیز صحیح است (قسمت اخیر مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ ق.م).

۲. با توجه به مراتب بالا، می‌توان چنین نتیجه گرفت که تملیک با تملک ملازمه دارد و هر تملیکی

با تملک همراه است، اما عکس این قضیه صادق نیست و هر تملکی با تملیک ملازمه ندارد.

۳. بند دوم ماده ۱۴۰، به این جهت که تعهد را در کنار عقد به عنوان یکی از اسباب تملک آورده

است محل اشکال است زیرا اولاً تعهد از اسباب تملک محسوب نمی‌شود و حداکثر مقدمه

تملک را فراهم می‌کند؛ ثانیاً تعهد در معنای دقیق و خاص خود اثر عقد است، نه مترادف آن؛

به عبارت دیگر رابطه عقد و تعهد، رابطه علت و معلولی است؛ البته در برخی از موارد به پیروی

از فقه، تعهد استثنائاً به معنای عام و مترادف عقد به کار رفته است، چنانکه مقنن در ماده ۵۶۵

مقرر داشته، جعله «تعهدی» است جایز

۴. اگرچه ظاهر ماده ۱۴۰، از حصری بودن اسباب تملک حکایت دارد اما به پیروی از ماده ۷۱۲ قانون مدنی فرانسه، باید «تبعیت» را نیز به اسباب تملک افزود و ماده ۱۴۰ را تمثیلی دانست. (صفایی (۱۷)، ص ۲۴۹)؛ با این توضیح که مالک، به تبعیت از مالکیت مال، مالک منافع و متعلقات آن نیز خواهد بود؛ به عبارت دیگر «تملک به تبعیت مملوک» نیز حاصل می‌شود (مالکیت تبعی) (مواد ۳۲، ۳۳، ۳۴، ۳۸، ۳۹ و ۹۶ ق.م.عدل (۷)، صص ۸۹ و ۹۰)؛ همچنین گاه وفای به عهد نیز موجب مالکیت است مانند پرداخت خسارت به زیان دیده یا پرداخت مالیات به دولت؛ برخی از حقوقدانان (صفایی (۱۷)، ص ۲۵۳) فسخ عقد تملیکی را نیز از اسباب تملک دانسته‌اند.^۱

قسمت اول: در احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه

باب اول: در احیاء اراضی موات و مباحه

ماده ۱۴۱: تعریف احیاء

مراد از احیاء زمین آن است که اراضی موات و مباحه را به وسیله عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است از قبیل زراعت، درختکاری، بنا ساختن و غیره قابل استفاده نمایند.

۱. احیاء در لغت به معنی زنده کردن و موات به معنی مرده و بی‌روح است و در اصطلاح منظور از احیاء موات، آباد کردن زمین‌های آباد نشده و بدون مالک است (صفایی (۱۷)، ص ۱۶۵).

۲. طبق ماده ۱ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون زمین شهری: «عملیاتی از قبیل شخم غیرمسبق به احیاء و تحجیر و ریختن مصالح در زمین و حفر چاه و نظائر آن، عمران و احیاء محسوب نمی‌گردد.»

۳. طبق ماده ۸ قانون فوق‌الذکر: «کلیه اراضی بایر شهری که صاحب مشخصی نداشته باشد در اختیار ولی فقیه است.»

۴. در مورد زمین‌هایی که غیرموات تشخیص می‌گردد عمران و احیائی، قابل قبول است که به تاریخ قبل از ۵۸/۴/۵ صورت گرفته باشد (م ۲ آیین‌نامه قانون فوق‌الذکر).

۱- به نظر می‌رسد که فسخ عقد تملیکی از اسباب تملک نباشد زیرا فسخ، سبب مالکیت جدید را از بین می‌برد و مال به مالکیت مالک پیشین برمی‌گردد و خود سبب جدیدی محسوب نمی‌شود؛ همین استدلال در خصوص سایر مصادیق انحلال عقد (تفاسخ و انفساخ) نیز صادق است؛ همچنین «قاعده تصرف» را نیز نمی‌توان به اسباب تملک افزود زیرا «تصرف» تنها اماره وجود حق مالکیت است، نه سبب ایجاد آن؛ بنابراین اگر مالکیت شخص الف بر ملکی اثبات گردد، شخص متصرف باید ناقل قانونی (یعنی یکی از اسباب مقرر در ماده ۱۴۰) را اثبات نموده و نشان دهد که چگونه مالکیت از شخص الف به وی منتقل شده است و در فرض فوق، تصرف به تنهایی اثری ندارد مگر اینکه همراه سایر دلایل و شواهد، قرینه وقوع یک ناقل قانونی (مانند عقد بیع) تلقی شود.

ماده ۱۴۲: تحجیر

شروع در احیاء از قبیل سنگ چیدن اطراف زمین یا کندن چاه و غیره تحجیر است و موجب مالکیت نمی‌شود ولی برای تحجیر کننده ایجاد حق اولویت در احیاء می‌نماید.

۱. تحجیر در لغت به معنی سنگ چیدن است اما در اصطلاح به عملی گفته می‌شود که عادتاً برای شروع در احیاء انجام می‌دهند و سنگ چیدن اطراف زمین، یکی از مصادیق آن است (صفایی (۱۷)، ص ۱۶۶).

۲. حق تحجیر از انواع حقوق عینی است و می‌تواند مورد صلح قرار گیرد و به ارث رسد (امامی (۲۰)، ص ۱۷۳).

۳. اعمالی که در خود احیاء مؤثر نیست و تنها نشانه‌ی اختصاص است (مثل سنگ چینی) در صورتی تحجیر است که کار احیای اصلی را به دنبال داشته باشد. پس اگر کسی اطراف زمین وسیعی را سنگ چین کند و آن را رها کند یا معلوم باشد که توان احیای آن را ندارد، تحجیر تحقق نمی‌یابد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۶۱؛ امامی (۲۰)، ص ۱۷۳).

ماده ۱۴۳: رکن معنوی حیازت (قصد تملک)

هر کس از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملک احیاء کند مالک آن قسمت می‌شود.

۱. حیازت مباح، عمل حقوقی و نوعی ایقاع مشروط به احیاء است به همین دلیل زمانی موجب تملک می‌شود که احیاء به «قصد تملک» صورت گیرد (امامی (۲۰)، ص ۱۶۹).

۲. حیازت سه رکن دارد:

- رکن مادی: تصرف و وضع ید یا استیلا بر مال با امکان تصرف و انتفاع یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلاء (م ۱۴۶)؛
- رکن معنوی: قصد تملک (م ۱۴۳).
- رکن قانونی (م ۱۴۵).

۳. مالکیت اثر قصد است و آباد کردن شرط نفوذ آن (کاتوزیان (۱۶)، ش ۱۷۱). به همین دلیل اگر کسی به دستور دیگری زمین را آباد کند، مالکیت برای کسی ایجاد می‌شود که دستور احیاء را داده و قصد تملک را داشته است (کاتوزیان (۱۶)، صص ۱۶۳ و ۱۶۴؛ امامی (۲۰)، ص ۱۷۲).

ماده ۱۴۴: احیاء اطراف زمین

احیاء اطراف زمین موجب تملک وسط آن نیز می‌باشد.

۱. احیاء اطراف زمین در صورتی موجب تملک وسط آن است که رعایت تناسب میزان احیاء شده و مساحت کل زمین به تأیید وزارت مسکن برسد. بنابراین، اگر شخصی اطراف چند هکتار زمین را به عرض یک متر درختکاری کند، آن زمین را احیاء نکرده است (مستفاد از تبصره ماده ۱ و ۱۲ قانون زمین شهری) (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۶۲؛ امامی (۲۰)، ص ۱۷۱).

ماده ۱۴۵: لزوم رعایت سایر قوانین مربوط

احیاء کننده باید قوانین دیگر مربوطه به این موضوع را از هر حیث رعایت نماید.
 ۱. با توجه به اصل ۴۵ قانون اساسی و قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ و قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵، زمین‌های موات در اختیار دولت جمهوری اسلامی ایران است.

باب دوم: در حیات مباحات

ماده ۱۴۶: تعریف حیات

مقصود از حیات تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا.

۱. حیات به معنی به دست آوردن است و منظور از «حیات مباحات»، تملک اموال آزاد و مباح (بدون مالک) است.

۲. نحوه حیات مباحات به تناسب انواع آن، گوناگون است (عدل (۷)، ص ۹۲):

- حیات شاخه با بریدن؛
 - حیات زمین موات با احیاء آن ملازمه دارد و باید در اثر کارهایی که در عرف مردم، آباد کردن است، صورت گیرد (م ۱۴۱)؛
 - حیات آب رودخانه و ماهی با تصرف مادی است؛
 - حیات آبهای روی زمین با وصل کردن آنها به رودخانه یا دریا و حیات آبهای زیرزمین با حفر چاه یا قنات صورت می‌گیرد؛
 - حیات دفینه با کشف است؛
 - حیات حیوانات وحشی با شکار کردن.
۳. طبق اصل ۴۵ ق.ا: «انفال و ثروت‌های عمومی، از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌ها عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نزارها، بیشه‌های طبیعی، مراعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصب مسترد می‌شود، در اختیار «حکومت اسلامی» است...» پس، اموال فوق دیگر قابل حیات نیست (ر.ک مواد ۱۴۸، ۱۴۹، ۱۵۵، ۱۶۱).
۴. کلیه منابع نفتی جزء انفال و ثروت‌های عمومی است. اعمال حق حاکمیت و مالکیت عمومی بر منابع مذکور به نمایندگی از طرف حکومت اسلامی بر عهده وزارت نفت است (ماده ۲ قانون نفت اصلاحی ۱۳۹۰/۳/۲۲).

ماده ۱۴۷: تملک ناشی از حیازت

هر کس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوطه به آن حیازت کند مالک آن می‌شود.

ماده ۱۴۸: حیازت نهر

هر کس در زمین مباح نه‌ری بکند و متصل کند به رودخانه آن نهر را احیاء کرده و مالک آن نهر می‌شود ولی مادامی که متصل به رودخانه نشده است تحجیر محسوب است.
۱. آب رودخانه‌ها در اختیار «حکومت اسلامی» است (اصل ۴۵ ق.ا).

ماده ۱۴۹: حیازت میاه (آب‌های) مباح

هر گاه کسی به قصد حیازت میاه مباحه نهر یا مجری احداث کند آب مباحی که در نهر یا مجرای مزبور وارد شود ملک صاحب مجری است و بدون اذن مالک نمی‌توان از آن نهری جدا کرد یا زمینی مشروب نمود.

ماده ۱۵۰: شرکت در حیازت آب

هر گاه چند نفر در کندن مجری یا چاه شریک شوند به نسبت عمل و مخارجی که موجب تفاوت عمل باشد مالک آب آن می‌شوند و به همان نسبت بین آنها تقسیم می‌شود.
۱. قاعده‌ی فوق‌الذکر، تکمیلی است و توافق خلاف آن صحیح است.

ماده ۱۵۱: منع تصرف شریک در مجرای مشترک

یکی از شرکاء نمی‌تواند از مجرای مشترک مجرای جدا کند یا دهنه نهر را وسیع یا تنگ کند یا روی آن پل یا آسیاب بسازد یا اطراف آن درخت بکارد یا هر نحو تصرفی کند مگر به اذن سایر شرکاء.

ماده ۱۵۲: ورود آب نهر مشترک به مجرای اختصاصی

اگر نصیب مفروز یکی از شرکاء از آب نهر مشترک داخل مجرای مختصی آن شخص شود آن آب ملک مخصوص آن می‌شود و هر نحو تصرفی در آن می‌تواند بکند.

ماده ۱۵۳: اصل تساوی نصیب

هرگاه نه‌ری مشترک مابین جماعتی باشد و در مقدار نصیب هر یک از آنها اختلاف شود حکم به تساوی نصیب آنها می‌شود مگر اینکه دلیلی بر زیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد.

۱. خصوصیتی در نهر مشترک وجود ندارد تا حکم به تساوی را اقتضا کند، بنابراین، هرگاه در میزان مالکیت یا تعهد تردید شود، «قاعده تساوی» در آن جاری است و مدعی زیاده، باید خلاف آن را اثبات کند (اصل عدم زیاده) (ن.و: کاتوزیان (۵)، ص ۷۵).

ماده ۱۵۴: بردن آب از ملک غیر

کسی نمی‌تواند از ملک غیر آب به ملک خود ببرد بدون اذن مالک اگر چه راه دیگری نداشته باشد.

ماده ۱۵۵: انتفاع از نهرهای مباح

هرکس حق دارد از نهرهای مباحه اراضی خود را مشروب کند یا برای زمین و آسیاب و سایر حوائج خود از آن نهر جدا کند.

ماده ۱۵۶: حق تقدم ناشی از نزدیکی به منبع آب

هرگاه آب نهر کافی نباشد که تمام اراضی اطراف آن مشروب شود و مابین صاحبان اراضی در تقدم و تأخر اختلاف شود و هیچ یک نتواند حق تقدم خود را ثابت کند با رعایت ترتیب هر زمینی که به منبع آب نزدیکتر است به قدر حاجت حق تقدم بر زمین پایین‌تر خواهد داشت.

ماده ۱۵۷: قاعده قرعه

هرگاه دو زمین در دو طرف نهر محاذی هم واقع شوند و حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند و آب کافی برای هر دو نباشد باید برای تقدم و تاخر در بردن آب به نسبت حصه قرعه زده و اگر آب کافی برای هر دو باشد به نسبت حصه تقسیم می‌کنند.

۱. در صورت عدم کفایت آب نهر و اختلاف صاحبان اراضی جهت استفاده از سهمیه آب (حقابه)، به نحو زیر عمل می‌شود:

- ۱) در صورت وجود «قرارداد» میان صاحبان اراضی باید بر اساس همان قرارداد، عمل شود؛
- ۲) در صورت فقدان قرارداد، شخصی که «تاریخ احیاء زمین» وی در کنار رودخانه زودتر باشد، در بردن آب اولویت دارد ولو نسبت به دیگران از منبع آب دورتر باشد (ماده ۱۵۸ ق.م)؛
- ۳) اگر حق تقدمی نباشد، اولویت به قدر حاجت با شخصی است که «به منبع آب نزدیکتر است» (ماده ۱۵۶ ق.م)؛

۴) اگر حق تقدمی نباشد و دو زمین در دو طرف نهر محاذی (روبه‌رو، مقابل) هم واقع شده باشند و آب به قدر کفایت نباشد، «قرعه» ملاک عمل خواهد بود (ماده ۱۵۷ ق.م).

۲. «قرعه» آخرین راه حل فصل خصومت و نزاع است (الْقُرْعَةُ لِكُلِّ أَمْرٍ مُشْكَلٍ).