

برگزیده مواد 1 تا 92 قانون مدنی از

## کتاب دکتر فرهاد بیات

مشرشده دروسایت حقوقی حق جو



جهت ورود به سایت حق جو **کلیک** کنید



حق جو را در اینستاگرام

فالو کنید

**اینجا**

## قانون مدنی

مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸ با الحاقات و اصلاحات بعدی<sup>۱</sup>

### 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 پرسی 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 حقوق ایران، اصولاً متضمن ۶ مرحله است:

۱- 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)؛

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

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

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

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

۶- 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 ۳۰ آیین

---

۱- مواد ۱ تا ۹۵۵ در سال ۱۳۰۷ و مواد ۹۵۶ تا ۱۰۶۱ در سال ۱۳۱۳ و مواد ۱۳۶۲ تا ۱۳۳۵ در سال ۱۳۱۴ به تصویب رسیده است.

- 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 (لنگرودی (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 رئیس‌جمهور 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 رئیس‌جمهور «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 رئیس‌جمهور 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 رئیس‌جمهور ابلاغ نماید، رئیس‌جمهور می‌تواند و بلکه مکلف است که از امضای آن خودداری کند).
۶. راه حل پیش‌بینی شده در فرض استنکاف رئیس‌جمهور از امضای قانون باید در قانون اساسی تعیین می‌شد، نه در قانون عادی و توسط مجلس (کاتوزیان (۴)، 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<sup>۱</sup> (م.ق.م. ۶). 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 رافع مسئولیت نیست).

۳. تصویب‌نامه و آیین‌نامه نیز باید منتشر شود، زیرا منتها لزوم انتشار و گذشت مهلت برای «عموم» است و سازمان‌های دولتی، اصولاً تابع ابلاغ مقام‌های اداری هستند (کاتوزیان (۳)، ش. ۱۱۰).

۴. ماده فوق جنبه تکمیلی داشته و ممکن است در خود قانون مهلت کمتر یا بیشتری در نظر گرفته شود.

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 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)

۷. ماده فوق، آراء وحدت رویه و لوایح قانونی که براساس اختیار تفویضی مجلس وضع می‌شود را در بر نمی‌گیرد (رأی شماره ۱۵۴۴-۳۲/۴/۲۴ شعبه ۲ دیوانعالی کشور).

۸. عدم تصویب آیین‌نامه مانع اجرای قانون مصوب نیست مگر اینکه در خود قانون، اجرای آن موکول به تصویب آیین‌نامه شده باشد (نظریه مشورتی (۶)، شماره ۷/۳۶۶۴، مورخ ۱۳۸۰/۴/۲۶).

---

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).



۹. کلیه مصوبات مربوط به آیین‌نامه داخلی مجلس از ماده ۲ قانون مدنی مستثنی بوده و «بلافاصله» پس از تصویب نهایی، لازم‌الاجرا است (قانون مستثنی بودن مصوبات مربوط به آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی از موضوع ماده ۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۷).

### ماده ۳ : محل انتشار قوانین

انتشار قوانین باید در روزنامه رسمی به عمل آید.

۱. الزام فوق تنها ناظر به قانون به معنای خاص است با این حال رویه اداری این است که همه مقررات در روزنامه رسمی<sup>۱</sup> 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. قاعده عطف به ماسبق نشدن قانون (عدم تأثیر قانون در گذشته)، مبتنی بر قاعده «قبیح عقاب بلا بیان» 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.ا.م).

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 (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.ا.م.):

- 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 فلذا خروج قوانین تفسیری، موضوعی است، نه حکمی.

---

۱- روزنامه رسمی به موجب ماده واحده قانون تأسیس روزنامه رسمی (مصوب ۱۴ شوال ۱۳۲۵ ه.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.

- 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)؛ مثال: 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. 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.ا) (عدل (۷)، ص ۲۳).
۷. 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).

## 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. قانون حاکم بر احوال شخصیه اتباع بیگانه و ایرانیان غیرشيعه از استثنائات ماده ۵ محسوب می‌شوند.  
۳. روابط حقوقی بین اشخاص که در داخل یک هواپیمایی که بر فراز 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).

## 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 قوانین ماهوی ایران باشد (نه قواعد مربوط به دادرسی موضوع ماده ۹۷۱ ق.م.ا)، چنین رأیی قابل ترتیب اثر و اجرا در ایران نخواهد بود.
۳. از نظر حقوق ایران، امور مالی راجع به حقوق خانوادگی (نظیر ارث، وصیت، مهریه، جهیزیه، نفقه و ...) نیز جزء احوال شخصیه محسوب می‌شود.
۴. احوال شخصیه ایرانیان غیرشيعه (نکاح و طلاق، ارث و وصیت، فرزندخواندگی) در صورتی تابع قواعد مذهبی خودشان است<sup>۱</sup> 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 (ملاک ماده ۹۷۶) ثالثاً خلاف نظم عمومی نباشد.
۵. اهلیت ایرانیان غیر شيعه برای انعقاد معامله، تابع قانون مدنی است.

## 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- قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شيعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲/۴/۳۱: «نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شيعه 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؛ منظور از ایرانیان غیرشيعه، در ماده واحده اخیرالذکر، فقط مسلمین غیر شيعه نیست بلکه همه مذاهب شناخته شده در قانون اساسی را در بر می‌گیرد (مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام مورخ ۱۳۷۲).



۱. 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.

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

• اهلیت برای معامله کردن (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.

۳. «وصیت» هم، تابع ماده ۷ است منتها برخی از حقوق‌دانان 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 این است که 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.

۴. 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 مطبوع متوفی است و قواعد 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.

۵. منظور از اهلیت مندرج در ماده ۷، اهلیت «استیفا» است (م. ۹۵۸ ق.م)، نه اهلیت تمتع (م. ۹۵۷ ق.م).

۶. 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).

---

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.



## 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 می کنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود.

- 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 می باشد، تابع قانون خارجی است مثل وصیت و ارث (م. ۹۶۷ ق. م.) (الماسی (۹)، ص. ۲۸۶).
- تملک اموال غیرمنقول توسط بیگانگان با تحصیل اجازه و به شرط رفتار متقابل برای محل سکونت، صنعت و یا کسب، مجاز است (آیین نامه استملاک اتباع خارجه، ۱۳۲۸/۵/۱۰).<sup>۱</sup>
- اتباع خارجی نمی توانند در ایران زمین «زراعتی» بخرند (قانون راجع به اموال غیرمنقول اتباع خارجی، ۱۳۱۰)
- 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 نمی گیرد، بنابراین اگر وراثت متوفی تبعه خارجه باشد و ترکه غیرمنقول باشد، مال غیرمنقول به وی ارث می رسد ولو خرید آن مال برای وی جایز نباشد، منتها از ملاک قسمت اخیر ماده ۹۸۶ چنین استنباط می شود که ورثه خارجی باید اموال مذکور را منتقل نماید و امکان بقای مالکیت وی وجود ندارد.

## ماده ۹: اعتبار عهدنامه

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

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

---

۲- با وضع تصویب نامه استملاک اتباع خارجی مصوب ۱۳۴۲/۷/۱۳ و مقررات مؤخرالتصویب، دیگر داشتن «اقامت دائم» در ایران، از آن تاریخ، شرط استملاک اموال غیر منقول توسط بیگانگان نبوده و نیست.



## 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» یعنی توافقی که ضمن عقد معین انشاء نشده است و مشهور فقها آن را لازم الوفا نمی‌دانند (شیخ انصاری (۱۰)، ص ۵۴)؛ حال آنکه این عقیده خلاف اطلاق آیه شریفه «أوفوا بالعقود» (آیه اول سوره مائده) و حدیث «المومنون عند شروطهم» است (برای مشاهده نظر موافق رجوع کنید به سید محمد کاظم طباطبائی، عروه الوثقی، جلد ۲، ص ۳۱۵ که حکم «وجوب وفای به عقد» را ناظر به همه قراردادهای می‌داند) و در حقوق کنونی با تصویب ماده ۱۰ قانونی مدنی، تردیدی در اعتبار قراردادهای نامعین (نظیر قرارداد راجع به حق تألیف یا حق اختراع) وجود ندارد؛ همچنین شرط مربوط به قرارداد هم الزام آور 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، قیّم 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 (کاتوزیان (۲۱)، 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 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 ناظر بر شرایط اساسی صحت عقد باشد (م ۱۹۰ ق.م) و یا این که معامله را لغو و بی‌اثر کند (بند ۱ ماده ۲۲۳ ق.م).
۶. منظور از «قرارداد خصوصی» معمولاً «عقد غیرمعین» است (ر.ک. ش. ۸. ص ۱۳ تا ۱۴ 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)؛ 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.<sup>۱</sup>

۹. مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی، عقد صلح را بیپهوده 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.د. دوری جست<sup>۲</sup>؛ مضافاً بر اینکه جوهره صلح «تسالم و سازش و گذشت» است، نه تبادل و 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.د.ا.م.).

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

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

۱-۱. **حمایت از دولت**، به عنوان مثال قرارداد فروش حق رأی، باطل است؛

۱-۲. **حمایت از خانواده**، به عنوان مثال توافق بر اینکه نفقه بر عهده زوجه باشد، باطل است؛

۱-۳. **حمایت از فرد**، به عنوان مثال قرارداد راجع به سلب حریت (بردگی)، باطل است (م ۹۶۰).

۲. **نظم عمومی اقتصادی**، بر دو قسم است:

۲-۱. **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.).

۲-۲. **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.

---

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.د.)؛ 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.د.) و به ابزاری برای تحقق حاکمیت اراده در فقه و رویه عملی تبدیل شده است چنانکه در رویه عملی برای انتقال سهام و سرقتی از قالب صلح استفاده می‌شود، نه ماده ۱۰ قانون مدنی.



**جلد اول**

**در احوال**



## 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).
۲. داشتن مالک خاص، شرط مال محسوب شدن نیست بلکه کافی است که آن شیء مفید، قابلیت تملک و اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین را داشته باشد؛ نامگذاری فصل سوم از همین باب قانون مدنی به «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 سرقتی (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<sup>۱</sup> 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 اثمار (میوه‌ای که هنوز نرسیده است) (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۱).
۹. تقسیم اموال به منقول و غیرمنقول در موارد زیر مؤثر است:
  - تعیین دادگاه صالح (م.۱۱، ۱۲ و ۱۳ ق.ا.د.م.)؛

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

- 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.ث.)؛
- 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 اجازة دادستان در فروش یا رهن گذاشتن مال غیرمنقول از سوی قیّم (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 انسانی 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 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 انسانی» است. (مثل بناها یا لوله های آب یا درخت) البته برخی از حقوق دانان این دسته از اموال را به دلیل تبعیت از وصف زمین یا بنا، «غیرمنقول تبعی» هم نامیده اند (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 می شود 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 شونده ای است که ایجاد آن ملازمه ای با کاسته شدن از عین ندارد مانند میوه درخت ولی «حاصل یا محصول» منفعتی است که با جدا شدنش از عین، از آن می کاهد مثل استخراج سنگ از معدن (کاتوزیان (۱۶)، صص ۳۸-۳۹).
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 می گردد (کاتوزیان (۵)، ص ۳۹).

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

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

### 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 یک مالک «واحد» باشد ثانیاً مالک باید این اموال را صرفاً به «زراعت» اختصاص داده باشد؛ بنابراین اگر تراکتوری برای هموار کردن راه و هم برای شخم زدن بکار رود، نمی‌توان آنرا غیرمنقول دانست (صفایی (۱۷)، ص ۱۵۲) ثالثاً 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؛ بنابراین توقیف مال غیر منقول 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 (کاتوزیان (۱۶)، ص ۵۲).

### 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 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<sup>۱</sup> مال غیرمنقول، منقول است. البته برخی از حقوقدانان تعهد به انتقال مال غیرمنقول را، استثنائاً، غیرمنقول دانسته‌اند (کاتوزیان (۱۶)، ش ۵۲).
۴. دعوی 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)<sup>۲</sup>.
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 نحوه غیرمستقیم، «تملک مال غیرمنقول» است مثل دعوی فسخ، عدم نفوذ یا بطلان معامله راجع به مال غیرمنقول، غیرمنقول است (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۵۵).
۸. دعوی مربوط به «تولیت و اداره‌ی موقوفات غیرمنقول» غیرمنقول است (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۵۷).
۹. از مفهوم مخالف ماده ۱۸ ق.م، چنین استنباط می‌شود که اصل بر «منقول بودن» اموال است و غیرمنقول تلقی کردن اموال استثنا و نیاز به تصریح مقنن دارد.

## 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).

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.

### 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.
  ۵. با توجه به موضوع مالکیت‌های فکری و اصل منقول بودن اموال، این اموال نیز، منقول محسوب می‌گردند.
  ۶. به اعتقاد برخی، سرقفلی 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 ۷/۳۹۴۳-۷/۸-۵۹/۷).

## 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 «اداره» کند.
۳. برخلاف اموال دولتی، انتقال و توقیف<sup>۱</sup> اموال عمومی امکان ندارد و مرور زمان در آن جاری نمی‌شود (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۶۶).
۴. 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).
۵. 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)؛ به عنوان مثال بلیط سینمای تاریخ گذشته، ملک صاحب بلیط است اما دیگر مالیتی ندارد.

### 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. کوچه‌ای که آخر آن مسدود است از اموال عمومی نبوده و صاحبان املاک مجاور آن می‌توانند با توافق یکدیگر، هرگونه تصرفی در آن انجام دهند (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۶۸).
  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).

۱- در حال حاضر، قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی ۱۳۳۵، عملاً این تفاوت را از بین برده است؛ اگرچه عدم توقیف اموال دولتی ریشه در مصلحت و در اموال عمومی ریشه در اوصاف این اموال دارد.

**ماده ۲۵: منع تملک اموال عمومی**

هیچ کس نمی تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پلها و کاروانسراها و آب انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و میدان گاههای 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 آیین نامه قانون ثبت).

۲. انتفاع از این اموال، برای اشخاصی که زودتر شروع به بهره برداری کرده اند، حق تقدیمی ایجاد می کند که سایرین را ممنوع از مداخله و ایجاد مزاحمت برای آنان می سازد.

۳. تصرف به عنوان مالکیت عمومی، اماره بر مالکیت عمومی است (م ۳۵) (ن.خ: نگرودی (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)، ش. ۹۱).

**ماده ۲۶: مفهوم اموال عمومی و مصادیق آن**

اموال دولتی که معداً 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 آبئیه و عمارات دولتی و سیمهای تلگرافی دولتی و موزه ها و کتابخانه های 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 می دارد: «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).

**ماده ۲۷: تعریف مباحات و اراضی موات**

اموالی که ملک اشخاص نمی باشد و افراد مردم می توانند 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 می شود 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. زمین های 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 سابقه‌ی 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 انتقال 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 ۱ م ۱۴۵ ق.م.).
۸. مباحات طبق قانون مدنی عبارت‌اند از:

- اراضی مباح؛
- آب‌های مباح؛
- معادن؛
- دَفینه؛
- 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 قبَل 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 آگهی مقدماتی 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.ث.).
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» است (کاتوزیان (۱۶)، صص ۸۲): 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؛<sup>۱</sup> ثانیاً تنها نهاد مآذون در مورد اموال فوق‌الذکر، از قبیل معظم‌له، «ستاد اجرایی فرمان امام (ره)» می‌باشد؛ بنابراین در رویه کنونی، منظور از حاکم در ماده ۲۸ «ولی فقیه» و منظور از «مآذون از قبیل او»، «ستاد اجرایی فرمان امام (ره)» است.

۶. مجهول‌المالک را باید از اموال عمومی شمرد که قانون مصرف آن را دستگیری از فقرا قرار داده است (کاتوزیان (۵)، صص 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)، صص 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- 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 اذنی به این سازمان داده نشده است.

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) و هم از حقوق مادی (مثل حق تکثیر، نشر، عرضه، پخش و اجرا).
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. 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).



- موضوع حق عینی همیشه، یک شیء مادی و معین است ولی موضوع حق دینی ممکن است غیرمادی (مثل تعهد به انجام کاری) یا کلی 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.
- ۱۰. تفاوت عمده حقوق مالکیت فکری با مالکیت سنتی در «غیرمادی» بودن موضوع مالکیت فکری است.
- ۱۱. حقوق عینی تبعی (مثل رهن) و حق تحجیر و حق شفعه را هم باید به حقوق عینی ذکر شده در ماده ۲۹ افزود.
- ۱۲. 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 منفعت، ذرات منافع در ملک مالک منافع ایجاد می‌شود، به عنوان مثال، در عقد اجاره باغ، میوه‌هایی که قبل از انقضای مدت اجاره رسیده است متعلق به مستأجر است ولی برعکس در حق انتفاع، متعلق به مالک باغ است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۰۰).
- ۱۳. 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<sup>۱</sup> ولی حق ارتفاق، جز در صورت توافق خلاف، به تبع ملک «دائمی» است؛

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).

- 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 ارتفاق برای کمال استفاده از ملک به وجود می‌آید.

## 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<sup>۱</sup> 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.
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.

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).

۷. در حقوق روم، مالکیت متضمن سه حق است:

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

۸. مالکیت در حقوق مالکیت فکری، اصولاً «موقت» است مثلاً حقوق مادی مؤلف و پدیدآورنده نرم‌افزار، سی سال است (م ۱ قانون حمایت از پدید آورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹).

۹. در حقوق مالکیت فکری، حقوق مادی پدیدآورنده در صورتی از حمایت قانون برخوردار خواهد بود که اثر برای «نخستین» بار در ایران چاپ یا پخش یا نشر یا اجرا شده باشد (م ۲۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸). ولی حمایت از حقوق معنوی پدیدآورنده، منوط به شرطی نشده است.

۱۰. 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. سلب مالکیت در صورتی جایز است که اولاً قانون اجازه داده باشد ثانیاً برای حفظ منافع ملی باشد ثالثاً خسارت عادلانه پرداخت شود.
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 ثمرها و متعلقات مال دارد، به تبعیت از موضوع اصلی حق مالکیت ایجاد شده است، «مالکیت تبعی» می‌نامند.

### ماده ۳۳: مالکیت تبعی نسبت به زرع

نماء 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. نماء 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)؛ در واقع این قاعده فقهی، 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 هرکس 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).

### ماده ۳۵: اماره تصرف

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

۱. قاعده فوق را، «قاعده ید» 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 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 سابقه‌ی 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 ۲۹۸-۱۳۲۳/۴/۶-۱۳۲۳/۴/۶ شعبه ۳ دیوانعالی کشور).
۱۰. اماره‌ی تصرف علاوه بر اعیان، در منافع و حقوق هم قابل اعمال است (لنگرودی (۱)، ص ۴۱)، 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.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 (رای 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.
۱۳. تصرف ممکن است بالمباشره باشد یا با واسطه، مثل تصرف مستأجر؛ در نتیجه تصرف مستأجر در حکم تصرف موجر است (رای شماره ۹۷۶-۳۳، مورخ ۱۳۰۸/۱/۱۸ دیوانعالی تمیز).

### 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. 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 مضمون این ماده قرار می‌گیرد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۹۱). با این حال ظاهر قانون مدنی، مشهور فقها و «رویه قضایی» (رای شماره ۴۰۳۵، مورخ ۱۳۱۹/۱۱/۳۰ شعبه ۱ دیوانعالی کشور) 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 شمارد (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 قرار 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.

۵. حق انتفاع، اصولاً رایگان است ولی معوض بودن آن هم اشکالی ندارد، مگر در عقد وقف که مبطل عقد است (ماده ۷۲ و بند ۱ ماده ۲۲۳ (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.

### 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



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 که «حبس موید» برای امور عام المنفعه و خیریه اختصاص یافته باشد در حکم وقف عام است.<sup>۱</sup>

### 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 عمده‌ی عقد باشد و گرنه 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).

### 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.  
 ۱. 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.

۱- طبق بند ۷ ماده ۱ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۶۳/۱۰/۲ (الحاق 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...».

۲. منظور از باقی ماندن عین، امکان استفاده مکرر و طولانی از عین است و گرنه این اموال هم در اثر استعمال مکرر، فرسوده می‌شوند مثل لباس.
۳. «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.).
۴. 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).
۵. 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).
۶. 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. ۷ م. ۶۳۵ ق.م.).
۷. 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.

۱. عقد موجد حق انتفاع از عقود عینی و تابع احکام آن است (م ۵۹) (ر.ک.م. ۱۸۴، ش. ۱۹).
۲. «حبس» در معنای عام، عنوان مشترکی است برای عقود موجد حق انتفاع، اما «حبس» در معنای خاص عبارت است از عمری، رقبی، سکنی و حبس مطلق (مستنبط از ماده ۴۷ ق.م.).

### 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 دیگر 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 نگهداری 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 فوق مبتنی بر این فرض است که هرکس از منافع مالی بهره می‌برد، باید زیان‌های ناشی از آن را نیز تحمل کند (مَنْ لَهُ الْغَنَمُ فَعَلَيْهِ الْغَرْمُ) (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۱۸).

### 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 مَلَى شدن مال)؛
    - اعمال شرط خیار؛
    - جمع شدن دو عنوان مالک (مبیح) 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).

### ماده ۵۲: مسؤلیت 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، 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.

### 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 نگاهداری و منع 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 تعذر 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 می تواند مال حبس شده را بفروشد.
- ۶. منظور از «تسبیل منافع» 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 خانواده‌ی واقف باشد.
- ۷. تسبیل ملازمه‌ای با قصد قربت ندارد در نتیجه قصد قربت شرط صحت عقد وقف نیست.
- ۸. وقف، حبس مؤبد (دائمی) است و شرط خیار با مقتضای ذات وقف که تسبیل منفعت و فک ملکیت است تعارض داشته و مبطل عقد است (بند ۱۲۳۳ ق.م.)؛ مگر اینکه از اوضاع و احوال استنباط شود که مقصود عاقد حبس بوده است، نه وقف. در اینصورت شرط و عقد صحیح محسوب می شود.
- ۹. تعیین مدت هم خلاف مقتضای ذات عقد وقف است منتها چنانکه در بند پیشین نیز بیان شد، شرط خلاف مقتضای ذات عقد خاصی همیشه، «مبطل» اصل عقد و توافق نخواهد بود بلکه گاه «مُبدل» است یعنی از مجموعه عقد و شروط آن استنباط می شود که قصد مشترک طرفین عقد دیگری بوده است در فرض فوق نیز با لحاظ همین قصد، می توان توافق واقع شده را رقبی و صحیح تلقی نمود (ر.ک به ماده ۲۳۳ 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.
- ۱۱. اثر وقف «فک ملک» است، نه تملیک، و مال موقوفه پس از وقف (اعم از عام و خاص)، «شخصیت حقوقی» پیدا می کند (م ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳). اثر دیگر وقف، ایجاد حق انتفاع برای موقوف علیهم است.
- ۱۲. با توجه به واژه «عین» بکار رفته در ماده، وقف دین و منفعت باطل است. واژه عین تنها ناظر به اشیاء مادی نیست بلکه اشیاء غیرمادی و اعتباری را نیز در بر می گیرد. به همین دلیل وقف خط تلفن (نظریه قضات دادگاه‌های حقوقی دو تهران، مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۵) یا سهام شرکت هم صحیح است (ماده ۴۴ آیین‌نامه اوقاف).

## ماده ۵۶: ایجاب و قبول

وقف واقع می شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و قبول طبقه اول از موقوف علیهم یا قائم مقام قانونی آنها در صورتی که محصور باشند مثل وقف بر اولاد و اگر موقوف علیهم 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 (رأی شماره ۹۵۶، مورخ ۱۳۱۸/۴/۱۳)

دیوانعالی کشور؛ رأی 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 و ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۵۶).

۲. وقف بر محصور را «وقف خاص» و وقف بر غیر محصور یا مصالحه 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 (م ۶۴ ق.م).
۲. وقف مال غیر، غیر نافذ و تابع قواعد عمومی راجع به معامله فضولی است.
۳. وقف مال از سوی سفیه یا صغیر ممیز اصولاً باطل است و جز در موارد خاص<sup>۱</sup> قابل تنفیذ از سوی ولی یا قیم او نیست، زیرا وقف به ضرر محجور است.
۴. وقف مال از سوی ورشکسته صحیح نیست.

### 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. هر گاه بقای عرفی مال در برابر انتفاع احراز شود، وقف صحیح است، هر چند 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.

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.

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)، ش 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 متبهب (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. 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 موقوف علیهم محصور باشند خود آنها قبض می‌کنند و قبض طبقه اولی کافی است و اگر موقوف علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد متولی وقف و آلا 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 «جهات» گویند مانند وقف جهت چاپ کتب علمی یا وقف بر مسجد؛ در مقابل وقف بر غیرمحمصور مانند وقف به دانشجویان یا مساکین (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).

### ماده ۶۵: وقف به قصد اضرار به دیان

- صحت وقفی که به علت اضرار دئیان واقع شده باشد منوط به اجازه دئیان 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 ۴ ق.ن.ا.م.م. مصوب ۱۳۷۷).
  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 عبارت دیگر 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 آن مصرف را قانون منع کند وقف صحیح است ولی متعذرالمصرف 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 موقوف علیه 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 موقوف‌علیه‌هم:

- موجود باشد (م ۶۹ق.م)؛
  - اهلیت تملک داشته باشد؛
  - معلوم و معین باشد (م ۷۱ق.م)؛
  - واقف خود را موقوف‌علیه یا جزء آنها قرار نداده باشد (م ۷۲ق.م).
۲. در وقف عام، وجود بالفعل موقوف‌علیه هم ضرورتی ندارد، برای مثال می‌توان وقف بر اعضای کتابخانه‌ای کرد که هنوز عضوی نپذیرفته است (کاتوزیان(۲۱)، ص. ۱۹۲).
۳. وجود موقوف‌علیه 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 موقوف‌علیه هم 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 (کاتوزیان (۲۱)، ص. ۱۳۷).
۳. در عقد وقف ممکن است واقف برخی 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 افراد واجب‌النفقه خود 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.
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 موقوف علیهم 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. (رای 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. تعیین متولی مثل تعیین وصی «ایقاع» است و قبولی متولی تنها موجب لزوم آن است (کاتوزیان(۵)، ص. ۶۶).

### 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 معمولاً برمال موقوفه تصرف ندارد برخلاف متولی، 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 ضَمَّ 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).<sup>۱</sup>

### ماده ۸۰: زوال وصف مشروط و انزال 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 انزال می‌کند و رأی دادگاه جنبه «اعلامی» دارد (قاسم زاده (۱۹)، ص ۴۶).

### 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.

### 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 واقف، زایل نمی‌شود (مستنبط از تبصره ۳، م.ق. اوقاف و امور خیریه).

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 راه، 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.

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، هر گاه 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.

### ماده ۸۵: تصرف در منافع موقوفه

بعد از آنکه منافع موقوفه حاصل و حصه هر یک از موقوف علیهم معین شد موقوف علیه 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 موقوف علیهم «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 موقوف علیهم است، نه دینی بودن حق؛ زیرا تصرفات مادی شرکا، قبل از افراز، منوط به تراضی است (م. ۵۸۱ و ۵۸۲) (ن. و: لنگرودی (۱)، ص. ۷۴).

### ماده ۸۶: تقدم مخارج وقف بر حق موقوف علیهم

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

### ماده ۸۷: نحوه تقسیم منافع

- واقف می‌تواند شرط کند که منافع موقوفه مابین موقوف علیهم 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 (م ۳۲ آیین‌نامه اوقاف).

### 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 مجهول‌المصرف 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. هر گاه معلوم نباشد که وقف عام است یا خاص، مجهول‌ماندن مصرف، موجب بطلان وقف است (کاتوزیان (۲۱)، ص. ۲۰۶).
  ۲. طبق ماده ۸ قانون اوقاف و امور خیریه، درآمد موقوفات مجهول‌المصرف، 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، 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 مهمما امکن اولی من طرح) و هرگاه وقف خاص باشد باید آن را به تأمین سایر مصالح موقوف‌علیهم 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 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 بریات عمومی می‌شود (لنگرودی (۱)، ص ۷۸).

### 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).  
۲. تعریف فوق مانع نیست زیرا حق انتفاع و حق عینی تبعی هم حقی است برای شخص در ملک دیگری.  
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).