

سوکند به قلم و آنچه می نویسند

جزوه حقوق مدنی ۲

مدرس: دکتر امید ملاکریمی

(وکیل پایه یک دادگستری، مدرس دانشگاه و عضو هیأت علمی)

حیرت انگیزی که دنبالش بودید این جزوه است!

کيه که ندونه درس حقوق مدنی، مهم‌ترین درس در همهٔ آزمون‌های حقوقی مثل وکالت، قضاوت و سردفتریه! با توجه به تدریس چندین ساله‌ی این درس در دانشگاه‌های مختلف، تصمیم گرفتیم که برای این درس که داوطلبان برای فراگیری آن دچار مشکل بوده و متأسفانه به منبع جامع و ساده‌فهم دسترسی نداشته و بعضاً درگیر تشوّت منابع می‌شوند کتاب کوچکی جزوه‌طور کاملی رو تهیه کنم که شرح روان و بیانی ساده دارد. سعی بر آن شده که جامعیت در کنار اختصار بنشیند و مطالب به نحوی تدوین شود که نظم منطقی اوون به سردرگمی تبدیل نشه. مطالعه‌ی این جزوه به دانشجویان دورهٔ کارشناسی (دانشگاه پیام نور، آزاد و سراسری) و کارشناسی ارشد و علی‌الخصوص داوطلبان شرکت در آزمون‌های تخصصی حقوقی مانند آزمون‌های کارشناسی ارشد، وکالت، قضاوت و سردفتری، توصیه می‌شود. ضمناً باید بگم: ده‌ها جزوهٔ سبک و روان حقوقی که به طور شگفت انگیزی شیوا و گیرا و رسا توضیح دادم و قول می‌دم که اگه فقط یکی از اوونها رو از سایت www.mollakarimi.ir بگیرید و مطالعه کنید به جزواتم اعتیاد پیدا می‌کنید!



تمرکز اصلی کار من در این نوشته و بقیه جزوات گذاشته شده در وبسایتم (مثل جزوات آیین دادرسی مدنی و حقوق تجارت) اینه که مثل به گاو بنفش در بین سایر گاوها که سیاه و سفید هستند متمایز باشم!! در واقع، این، هدف من است که متفاوت باشم و در حوزه آموزش و نویسندگی در رشته حقوق، کارهای متفاوتی نسبت به دیگران انجام بدم. می خوام نوشته هام مثل گاو بنفش باشه که واقعاً در خور توجه. حتماً دیدید آدم هایی رو که با به ویژگی خاص، خودشون رو متفاوت و منحصر به فرد نشون می دن؛ مثلاً عینک زرد می زنن یا به مدل موی خاص خودشون رو دارن؛ من هم می خوام با «ساده نویسی» و آوردن مثال های ساده فهم متفاوت باشم و با این ویژگی، به چشم بیام. من کمترین می خوام که بهترین تبلیغ برای کارهام، تمایز و انجام کاری نو و جالب توجه باشه. نمی خوام از این جمله کلیشه ای ها بگم ولی «کلید موفقیت، متفاوت بودن». من این «متفاوت بودن» رو در جزوه هایی که به رایگان در دسترس دانشجویان حقوق گذاشتم، نشون دادم.

در آخر، باید بگم که جزوات سایت MollaKarimi.ir و حتی این نوشته دائماً با توجه به سرفصل های جدید و آخرین تغییرات قوانین و تست های آزمون های حقوقی هر سال، به روز می شه و چنانچه پی.دی.اف یا نسخه چاپ شده جزوه رو در دست دارید بهتره مجدداً از سایت، نسخه به روز رو دانلود کنید. ضمناً ما کارگاهی داریم که متفاوت از بقیه کارگاه هاست! اسم کارگاه ما، «کارگاه تولید محتوای حقوقی» است که می تونید اینستاگرام ([@vekalatyar](https://www.instagram.com/vekalatyar)) و تلگرام ما ([@omidmollakarimi](https://www.t.me/omidmollakarimi)) رو دنبال کنید تا کلی محتوای حقوقی خوب رو مشاهده و دریافت کنید. در آخر هم باید بگم کافیه نام و نام خانوادگی خودتون رو به فارسی به شماره ۰۹۳۵۲۲۱۳۱۷۵ پیامک کنید تا از آخرین تغییرات این جزوات و اخبار حقوقی و جزوات جدیدی که نگارش می شه مطلعتون کنیم.

توجه: این جزوه برای تدریس در دانشگاه ها و مؤسسات آموزشی توسط معلم (امید ملاکریمی) تهیه و تکثیر شده و جنبه انتفاعی نداشته و تکثیر و نسخه برداری از آن، بدون قصد سودجویی و «تنها با ذکر منبع» مجاز می باشد، در غیر این صورت، قانوناً ضمان آور است. نگارنده، سپاسگزار خوانندگانی خواهد بود که نظرات، پیشنهادها و انتقادات خود را پیرامون این نوشتار از راه های فوق یا ایمیل (mollakarimi.omid@gmail.com) بیان فرمایند.

مقدمه

به صورت چریکی، کل حقوق مدنی را آموزش خواهیم داد به گونه ای که به سادگی خوردن یک سوپ مرغ به صورت شیوا و رسا آن را بفهمید. مفاهیم حقوق مدنی اگر بدون مثال های ساده توضیح داده بشه مثل یک قورباغه زشت، تحمل اوون سخت است اما در این نوشته، کاری می کنیم که این قورباغه را ببوسید. ما اوون قدیم که دانشجوی کارشناسی بودیم، استادامون بهمون کتابای مرحوم کاتوزیان رو معرفی می کردند. وقتی کتاب های ایشون رو دستمون می گرفتیم با یک سری اصطلاحات قلمبه سلمبه چقر فقهی و حقوقی مواجه می شدیم که ازش چیزی نمی فهمیدیم و نهایتاً حوصله مون سر می رفت و زده می شدیم؛ البته باید گفت که مشکل از خودمون بود که اوون اصطلاحات رو در سال های دوره کارشناسی نمی فهمیدیم، چون مفاهیم پایه رو نمی دونستیم و یکی باید اول به زبون داستانی و با مثال های روشن برامون قصه می گفت و بعد، برامون خواندن اصطلاحات ثقیل و دشوار، مثل خوردن هلو می شد! در سال های اخیر که «شبکه های اجتماعی»، ادبیات عامیانه رو ترویج دادن و مخاطب عمده این شبکه ها، دهه هفتادی ها و هشتادی ها هستند، معلم حقوق باید به زبون اینستاگرامی برای اوونها تدریس کنه! اصلاً هنر معلمی یعنی «ساده گویی»؛ خلاصه اینکه، مدنی رو به طور کامل می گم و شما رو معتاد به روش خودم می کنم؛ قول می دم!

در وهله اول تقدیم به پدر و مادر عزیزم و سپس تقدیم به تمام کسانی که تابه حال هیچ به آن ها تقدیم نشده است؛ تقدیم به کمنان!

توجه: مطالعه مواد ۱۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی و قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان (مصوب ۱۳۴۸) و نیز قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه (مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۲) و همچنین قانون تملک آپارتمان‌ها و آیین‌نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها برای دانشجویان گرامی الزامی است. لازم به ذکر است، خلاصه تمام مطالب مطروحه در کلاس، در این جزوه آمده است.

توجیه درس: بخش مهمی از حقوقی که هر شخص ممکن است از آن برخوردار شود حقوق مالی نامیده می‌شود و برای درک مقررات ناظر به آن لازم است درک صحیحی از اموال و مالکیت و طرق تحصیل آن به دست آید که این درس متکفل آن است. هدف از این درس: آشنا ساختن دانشجویان با مفاهیم اموال و مالکیت و حدود و مشخصات آن و طرق تحصیل مالکیت و آثار و احکام تصرف به عنوان مالکیت است.

مقدمه: در این درس، سرفصل‌های ذیل، مورد توجه قرار می‌گیرد: تعریف مال، تعریف مالکیت، انواع مال و مالکیت، انواع مال، انواع مالکیت، حق انتفاع، حق ارتفاق و حقوق دیگر، وقف، املاک مجاور، اسباب تملک، قاعده تصرف و آثار آن.

حق: یعنی سلطه، قدرت، اقتدار. حق عبارت است از امتیاز و توانایی که قانون به افراد می‌دهد که بتوانند زندگی کنند یا به عبارت دیگر، توانایی و امتیازی است که قانون به اشخاص می‌دهد تا بتوانند نیازهای روزمره خود را برآورده سازند.

در حقوق مدنی حق بر دو قسم است: (۱) حق مالی (۲) حق غیرمالی

حق مالی داخل در دارایی است در حالی که حق غیرمالی خارج از دارایی است. حق مالی با مال ارتباط دارد در حالی که حق غیرمالی با شخصیت انسان ارتباط دارد. هدف حق مالی، تأمین نیازهای مالی است مثل حق مالکیت؛ و هدف از حق غیرمالی، تأمین نیازهای غیرمالی و عاطفی است.

حق مالی (که موضوع آن حمایت از نفع مادی است) و حق غیرمالی (که موضوع آن روابط غیرمالی اشخاص است) چند فرق دارند:

(۱) حق مالی قابل ارزیابی و تقویم و تبدیل به پول است؛ یعنی اگر حق مالی خود را بدهید در ازای آن به شما پول می‌دهند (قابلیت مبادله با پول)؛ مثل حق مالکیت، وقتی من مالک گوشی تلفن همراه باشم اگر آن را به شما بدهم در ازای آن پول دریافت می‌کنیم؛ ولی حق غیرمالی قابل ارزیابی و تقویم و تبدیل به پول نیست. مثل حق زوجیت،

حقّ ابوت (حقّ پدری) و حقّ بنوت^۱؛ از آنجایی که این دسته از حقوق هم حق هستند و هم تکلیف، قابل تبدیل به پول نیستند.

(۲) حقوق مالی اصولاً قابل نقل و انتقال هستند که به صورت (۱) نقل و انتقال ارادی (۲) نقل و انتقال قهری (در اثر فوت محقق می‌شود)؛ ولی حقّ غیرمالی قابل نقل و انتقال نیست نه به صورت ارادی و نه قهری. پس حقّ مالی قابل داد و ستد و معاوضه است در صورتی که حقّ غیرمالی غیرقابل داد و ستد و معاوضه است.

(۳) حقّ مالی قابل اسقاط است، یعنی صاحب مال می‌تواند حقّ خود را از بین ببرد مثل اعراض از ملک؛ ولی حقّ غیرمالی قابل اسقاط نیست (مثل حقّ ابوت، حقّ تابعیت، حقّ زوجیت یا نکاح، حضانت) مثلاً پدر هرگز نمی‌تواند پدر بودن خود را انکار کند مثلاً بگوید: «من دیگر نمی‌خواهم پدرت باشم!».

(۴) حقّ مالی از سوی طلبکاران قابل توقیف یا بازداشت است (طلبکار می‌تواند حقوق مالی بدهکار را توقیف کند)؛ ولی حقّ غیرمالی قابل توقیف و تأمین نیست، چراکه حقوق غیرمالی، حقوق شخصیتی است.

نکته: گاهی اتفاق می‌افتد که حقوق مالی و غیرمالی با یکدیگر مرتبط باشند و میان آنها تداخل صورت گیرد مثل حقوق خانواده مثل زوجیت و توارث بین زوجین؛ مثل حقّ بنوت و حقّ نفقه پدر، مثل حقّ مؤلف که دارای دو جنبه مالی و غیرمالی است.

کلّ حقوق مدنی در عالم ثبوت بر دو قسم است: (۱) حقّ مالی (۲) حقّ غیرمالی

ثبوت: یعنی هر آنچه در واقع وجود دارد. مثلاً برای رأی دادن فقط ثبوت کافی نیست بلکه باید حقّ خود را اثبات کنیم.

اثبات: عالم اثبات یعنی آنچه در عالم ثبوت است نزد قاضی مطرح شود تا او پی به عالم ثبوت ببرد. البته ثبوت همیشه قابل اثبات نیست. حقوق مدنی کلاً ثبوت است و آیین دادرسی مدنی کلاً عالم اثبات است.

حقوق مالی (حقوق داخل در دارایی یا امتیازی که به مالی از اموال تعلق گرفته باشد):

حقّ مالی دو قسم است: (۱) حقّ عینی (حقّی که شخص روی عین دارد)؛ (۲) حقّ دینی (حقّ شخصی، طلب).

حقّ عینی: مال متعلق ممکن است عین خارجی باشد یعنی مالی که در عالم خارج وجود دارد چنانچه حقّی را حقّ عینی می‌گویند. حقّ عینی حقّی است که به طور مستقیم و بی‌واسطه نسبت به یک شیء (عین) ایجاد می‌شود؛ به عبارت دیگر، حقّ مستقیم بر روی مال، حقّ عینی است؛ یعنی رابطه مستقیم شخص با مال. مثلاً حقّ مالکیت

^۱ حقّ بنوت یا حقّ فرزندی عبارتست از حقوقی که اطفال بواسطه قرابت و رابطه خویشاوندی خود با والدین یا اولیاء خاص از آن برخوردارند و متقابلاً والدین و اولیاء خاص مکلف به رعایت این حقوق می‌باشند. این حقوق از ابتدای انعقاد نطفه برای طفل بوجود می‌آید.

که کامل‌ترین مصداق حق عینی است (به این دلیل می‌گوییم کامل‌ترین چون به موجب آن، مالک حق همه گونه انتفاع و تصرف را در ملک خود دارد؛ سایر حقوق عینی در ماده ۲۹ آمده است) مانند مالکیت ماشین و خانه. حق عینی شامل دو عنصر است: دارنده حق و متعلق حق. دارنده حق: حق از عناوینی است که به شخص داده می‌شود و حق، بدون دارنده قابل تصور نیست. متعلق حق: یعنی به چیزی تعلق گرفته باشد؛ متعلق حق ممکن است مال (تملیکی) باشد یا شخص (عهدی)، برخلاف تعهد که به شخص، تعلق می‌گیرد. مثلاً متعلق حق مالکیت چون به مالی از اموال تعلق گرفته است مال است ولی متعلق حق نفقه چون به عهده شخصی از اشخاص تعلق گرفته است شخص است یعنی همان حق دینی یا شخصی است.

حق دینی یا حق شخصی: اگر متعلق حق مالی بر ذمه شخص دیگری باشد حق دینی نامیده می‌شود. حقی است که یک شخص روی شخص دیگر دارد؛ به عبارت دیگر، حق دینی حقی است که مستقیم روی شخص است و غیرمستقیم روی مال؛ یعنی از طریق یک شخص به مال می‌رسد. مثل طلبی که زوجه از باب مهریه از همسر خویش دارد، یا طلبی که موجر از مستأجر به سبب عقد اجاره دارد، یا طلبی که فرزندان از پدر خویش تحت عنوان نفقه دارند. در واقع حق دینی یا حق شخصی همان رابطه طلبکار و بدهکار است که به موجب آن طلبکار می‌تواند انجام کاری را از بدهکار مطالبه کند. حق دینی سه عنصر دارد: (۱) شخص دارنده حق یا داین یا طلبکار؛ (۲) شخص متعهد یا مدیون یا بدهکار؛ (۳) موضوع حق یا دین یا تعهد از طرف بدهکار و طلب از طرف طلبکار. موضوع حق دینی می‌تواند خودداری از انجام عمل یا انجام عمل یا انتقال مال باشد.

بین حق دینی و عینی کدام اصل است؟ همانطور که خواندیم، اصل، منقول بودن است؛ دیون، منقول هستند پس اصل بر حق دینی است.

حق عینی دو قسم است: (۱) حق عینی اصلی (۲) حق عینی تبعی

حق عینی اصلی: یعنی حق عینی مستقل است و وابسته به حق دیگر نیست؛ به عبارت دیگر، دارنده حق عینی اصلی یا مستقل می‌تواند به طور مستقل از شیء به صورت کامل یا ناقص استفاده کند مثل حق مالکیت که وابسته به حق دیگری نیست.

حق عینی تبعی: یعنی حق عینی وابسته به یک حق دینی است. اول باید حق دینی وجود داشته باشد تا بعداً حق عینی تبعی به وجود بیاید. مثلاً وثیقه عینی (یکی از اقسام آن رهن است) که وابسته به دین است یعنی طلبکار به واسطه دین مدیون بر یکی از اعیان، حق عینی تبعی پیدا می‌کند. اگر دین از بین برود حق بر روی وثیقه هم از بین می‌رود.

مثال: فرض بفرمایید شما از بانک یا تسهیلات می‌گیرید و به بانک بدهکار می‌شوید یعنی بانک حق دینی دارد و بانک از شما وثیقه می‌خواهد که اگر بدهی خود را پرداخت نکردید او از روی خانه شما بدهی خود را بر می‌دارد. بانک در اینجا دو حق دارد: (۱) حق دینی روی شخص شما (۲) حق عینی تبعی روی ملک شما. مثال دیگر، مهریه است که می‌تواند هم عینی باشد و هم دینی. اگر سکه باشد دینی است و اگر ملک باشد عینی است.

تفاوت حق عینی اصلی و حق عینی تبعی: در صورت پرداخت دین، حق عینی تبعی از بین می‌رود و به همین دلیل، وجود تبعی دارد و نه استقلال ولی حق عینی اصلی، وجود استقلالی دارد. در حق عینی اصلی، صاحب مال می‌تواند از منافع عین استفاده کند در حق عینی تبعی، منافع وثیقه به صاحب آن (راهن) یعنی بدهکار تعلق دارد (اگر منافع، متصل باشد جزء رهن حساب می‌شود ولی اگر منفصل باشد، جزء رهن نیست) و طلبکار می‌تواند تنها در صورت خودداری مدیون از ادای دین، طلب خود را از فروش وثیقه، طلب نماید. توجه شود که منافع مال مورد رهن چه متصل باشد چه منفصل برای راهن (مالک) است زیرا عقد رهن در مرحله ابتدایی آن، ناقل مالکیت نیست.

تعهد عینی: التزام در برابر شخص دیگری مبتنی بر انجام تعهد از محل مال معین مانند تعهد به فروش مال معین. تعهد به فروش مال معین درست است که به طرف مقابل، حق دینی می‌دهد اما حق دینی مربوط به عین معین است. در مورد ماهیت تعهد، عینی یا دینی بودن اختلاف شده است یعنی بعضی‌ها می‌گویند این تعهد دینی نیست و برخی می‌گویند دینی است (در مورد تعهد به انتقال مال غیرمنقول نیز این اختلاف وجود دارد دکتر شمس می‌گوید این تعهد منقول است در مورد تعهد به انتقال عین معین هم همین اختلاف هست). طبق یک نظر، در صورت انتقال بعدی مال معین به غیر، امکان ابطال آن معامله وجود ندارد زیرا دارنده حق ناشی از تعهد عینی، حق عینی نسبت به مال معین پیدا نکرده است و صرفاً دارای حق دینی در برابر متعهد است.

به اعتقاد برخی، قولنامه حق دینی می‌دهد پس چون حق دینی می‌دهد معامله بعدی قابل ابطال نیست اما به اعتقاد برخی دیگر قولنامه حق عینی می‌دهد در نتیجه معامله بعدی قابل ابطال است.

توجه: نظر سوم: به اعتقاد برخی، قولنامه حق دینی می‌دهد (خوب هم می‌دهد) و امکان ابطال معامله دوم نیز وجود دارد اما ابطال معامله دوم به علت دینی بودن نیست بلکه به علت قاعده لاضرر می‌باشد (این نظر صحیح است).

نکته: حق تألیف نه عینی است و نه دینی.

اقسام حقوق عینی (ماده ۲۹ قانون مدنی)

در ماده ۲۹ انواع حقوق عینی اصلی نام برده شده است و مقرر شده ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های زیر را دارا باشند:

(۱) مالکیت (۲) حق انتفاع (۳) حق ارتفاق

توجه: ماده ۲۹ از نام بردن حق تحجیر که حق عینی است غافل مانده است و از حق عینی تبعی (مانند حق رهن) سخنی به میان نیاورده است.

(۴) حق تحجیر (۵) حق شفعه (۶) حق عینی تبعی (وثیقه عینی)

اکنون به بررسی حقوق فوق می‌پردازیم:

۱. حق مالکیت: کامل‌ترین حق عینی است؛ به عبارت دیگر، تنها حقی که کامل است مالکیت است؛ یعنی مالک طبق ماده ۳۰ ق.م.هر کاری می‌تواند در ملک خود انجام دهد. مالکیت به دو شکل است:

(۱) عین (مثل تمام اشیاء)؛ (۲) منفعت یعنی فایده عین، هر عینی فایده‌ای دارد.

مثال: «سکونت» در خانه، منفعت است. «سواری» در ماشین، منفعت است.

مالکیت عین: مثل مالک خانه، مالک ماشین.

ماده ۲۹: ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های [ارتباط‌های] ذیل را دارا باشند:

۱. مالکیت (اعم از عین یا منفعت).

۲. حق انتفاع.

۳. حق ارتفاق به ملک غیر.

ماده ۳۰: هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

مالکیت منفعت: حق مالکیت دائمی است و محدود به زمان خاصی نیست مگر در مورد عقد اجاره. طبق ماده ۴۶۶ ق.م.مستأجر فقط مالک منفعت است:

ماده ۴۶۶: اجاره عقدی است که به موجب آن، مستأجر، مالک منافع عین مستأجره می‌شود؛ اجاره‌دهنده را مؤجر و اجاره‌کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره گویند.

مالکیت سه حالت دارد:

(۱) شخص هم مالک عین و هم مالک منفعت است.

(۲) شخص مالک عین است و مالک منفعت نیست. مثل مؤجر

(۳) شخص مالک عین نیست و مالک منفعت است. مثل مستأجر

حق مالکیت دائمی است و محدود به زمان خاصی نیست مگر در مورد عقد اجاره. طبق ماده ۴۶۸ ق.م. «در اجاره اشیاء، مدت اجاره باید معین شود و الا اجاره باطل است.»

نتایج دائمی بودن مالکیت: حق مالکیت تا موضوع آن از بین نرفته باقی است البته این مطلب دو استثناء دارد: در فرضی که مالک، عین مال را وقف می‌کند مال موقوف از ملکیت او خارج می‌شود و به منتفعان منتقل نمی‌شود یعنی علی‌رغم اینکه مال از بین نمی‌رود به مالکیت دیگری در نمی‌آید به همین دلیل می‌گویند ماهیت وقف، فک

ملک یا حبس عین است نه تملیک. با اعراض مالک از مال، حق مالکیت به کس دیگری منتقل نمی‌شود و مال در زمره مباحات قرار می‌گیرد و در اثر حیات ممکن است دیگری نسبت به آن مالکیت پیدا کند.

ماده ۳۱ قانون مدنی: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون.»

«مگر به حکم قانون» که در ماده فوق آمده است در دو جا است: ۱. در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، موجر در مورد املاک تجاری مشمول قانون سال ۱۳۵۶ ملزم به تنظیم قرارداد با همان مستأجر و با همان شرایط است. ۲. حق ارتفاق به سود جامعه و برای انتقال لوله‌های آب و گاز و کابل‌های برق از میان املاک باشد.

ماده ۵۳ قانون مدنی: «انتقال عین از طرف مالک به غیر، موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود، ولی اگر منتقل‌الیه، جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.»

ماده ۱۰۲ قانون مدنی: «هر گاه ملکی کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق‌الارتفاقی در ملک دیگر یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد آن حق به حال خود باقی می‌ماند مگر این که خلاف آن تصریح شده باشد.»^۲

حقوق ناشی از مالکیت (حدود اختیارات مالک):

۱. حق استعمال: استفاده مالک از عین مال؛ مالک می‌تواند با هر شیوه‌ای که مایل است و با هر انگیزه‌ای که دارد از عین مال خود بهره‌مند گردد.

۲. حق استثمار: حق استثمار اصطلاحی است در حقوق اسلامی که به موجب آن مالک این حق و توانایی را دارد که از منافع ملک خود بهره‌مند شود.

۳. حق اخراج از مالکیت: به موجب این حق مالک می‌تواند ملک خود را از ملکیت خود به یکی از طرق ناقله (مانند بیع، صلح) خارج کند یا از آن اعراض کند یا آن را تلف کند.

^۲ طبق ماده ۱۰۲ «هر گاه ملکی کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق‌الارتفاقی در ملک دیگر یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد آن حق به حال خود باقی می‌ماند مگر این که خلاف آن تصریح شده باشد.» البته طبق ماده ۳ قانون تملک آپارتمان‌ها، انتقال قسمت‌های مشترک به تبع قسمت‌های اختصاصی قهری است و شرط خلاف آن اثر ندارد: «حقوق هر مالک در قسمت اختصاصی و حصه او در قسمت‌های مشترک، غیر قابل تفکیک بوده و در صورت انتقال قسمت اختصاصی به هر صورتی که باشد انتقال قسمت مشترک، قهری خواهد بود.» یعنی در قانون تملک آپارتمان‌ها شرط هم کنی که منتقل نشود، باز می‌شود ولی طبق ماده ۱۰۲ قانون مدنی هر چند حق ارتفاق اصولاً به طور قهری منتقل می‌شود اما شرط خلاف آن مؤثر است و در این صورت منتقل نمی‌شود.

اگر یکی از این حقوق نباشد، حق مالکیتی نیز دیگر وجود ندارد؛ بنابراین اگر در عقد بیع که حق مالکیت می دهد طرفین شرط کنند که حق استعمال نداشته باشد این شرط، خلاف مقتضی ذات عقد است و باطل و مبطل است؛ زیرا حق مالکیت بدون حق استعمال، قابل تصور نیست.

نکته مهم: اختیارات مالک نامحدود و مطلق نیست و از جهات گوناگون محدود شده است:

۱. محدود شدن حق مالکیت در اثر مجاورت با املاک کناری: محدودیت‌های مربوط به مجاورت املاک را باید نوعی حق ارتفاق دانست و مستقیم از قانون ناشی می‌شود؛ این حق ارتفاق ممکن است مثبت باشد ممکن است منفی باشد؛ منفی مانند باز نکردن در و پنجره، مثبت هم یعنی مثلاً مجری آب در زمین کسی دیگری باشد. در اینجا لازم است به آثار و احکام مجاورت املاک بپردازیم و در این میان، آنچه که حذافصل میان املاک است دیوار می‌باشد که چون دیوار فاصل ممکن است مالکیت مشترک یا اختصاصی باشد هر کدام باید جداگانه بررسی شود پس احکام دیوار راجع به دیوار مشترک و اختصاصی: در مورد احکام دیوار مشترک باید به قانون مدنی و قانون تملک آپارتمان‌ها توجه شود.

۲. محدود شدن حق مالکیت ناشی از اشاعه:

تصرفات حقوقی: دارنده سهمی از مال مشاع می‌تواند در مال خود تصرفات حقوقی کند ماده ۵۸۳ ق.م.مقرر می‌دارد: «هر یک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند»

از آنجا که تصرف مادی در مال مشاع باید با اذن همه شریکان باشد تسلیم سهم مشاعی، نیاز به تراضی دارد. عجیب است: سهم من سه دانگ است می‌توانم آن را به شما بفروشم (بدون اذن سایر شرکاء) بعد اگر همان سهم را بخواهم به خود خریدار تسلیم کنم باید اذن سایرین را بگیرم؛ بعد اگه سایرین اذن ندهند سهم من چه می‌شود؟ فروخته می‌شود؟! (در مدنی ۷ گفته خواهد شد).

تصرف اداری: طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرر بین شرکاء است بنابراین، مال مشاع اصولاً با توافق تمام شرکاء قابل اداره است (در آیین‌نامه قانون تملک آپارتمان‌ها با اکثریت است).

تصرفات مادی در مال مشاع: تصرفات مادی که همراه با تغییر وضع یا مصرف مال مشاع است، هر چند به منظور انتفاع شخص بدون اذن همه شریکان ممنوع است.

حدود اختیارات مالک در بخش‌های اختصاصی همان است که در توضیح ماده ۱۳۲^۳ آمده است و ماده ۱۲۵ نیز در تأیید آن می‌گوید: «هرگاه طبقه تحتانی مال کسی باشد و طبقه فوقانی مال دیگری، هر یک از آنها می‌تواند به

^۳ ماده ۱۳۲ ق.م. کسی نمی‌تواند 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.

طور متعارف در حصه اختصاصی خود تصرف بکند...» با این وجود، هیچیک از مالکین حق ندارند بدون موافقت اکثریت سایر مالکین تغییراتی در محل یا شکل در یا سردر یا نمای خارجی در قسمت اختصاصی خود که در مرئی و منظر باشد بدهند (ماده ۹ قانون تملک آپارتمان‌ها). تصرفات مادی در اشاعه با اتفاق همه است اما استثنائاً در قانون تملک آپارتمان‌ها با اکثریت.

انتفاع از مال مشاع: هر یک از شرکاء باید با رضایت و توافق سایر شرکاء از مال مشاع منتفع شود و اگر توافقی به دست نیامده دو راه حل وجود دارد:

اجبار شریکان به انتفاع مشترک: این نظر مبتنی بر حکم مقرر در ماده ۳۱ ق.م.است.

منع شریکان از تصرف: ماده ۶۳ قانون اجرای احکام مدنی این راه حل را برگزیده و مورد تأیید حقوقدانان از جمله مرحوم کاتوزیان نیز بود.

۳. محدودیت ناشی از قرارداد: مالک می‌تواند با انعقاد قرارداد با دیگران از قلمرو اختیارات خود بکاهد؛ اینگونه قراردادهای دو گونه‌اند: ۱. قراردادهایی که در رابطه با طرف متعهد را ملزم به رعایت مقرراتی می‌کند مانند تعهد مالک به روشن نکردن آتش در مجاورت ملک همسایه. چنین قراردادهایی به حق مالکیت صدمه نمی‌زند و ضمانت اجرای آنها تنها امکان مطالبه خسارت است. ۲. قراردادهایی که حق مالکیت را محدود می‌کند و یا برای دیگری در مال، حق عینی ایجاد می‌کند مثل رهن که من، مالک یک ماشینم ولی وقتی عقد رهن می‌بندم نمی‌تونم مال رو نقل و انتقالش بدم یعنی مالکیتم محدود می‌شود یا مثلاً عقد موجد حق انتفاع، عقد موجد حق ارتفاق و اجاره.

۴. محدودیت‌های ناشی از حفظ منافع عمومی: در برخی قوانین محدودیت‌هایی برای مالک ایجاد شده است؛ مطابق قانون مدنی معادن واقع در هر ملکی به صاحب آن تعلق دارد ولی قانون معادن (۱۳۳۶) تنها بخشی از آن را ملک صاحبان اراضی دانسته و بقیه معادن را در اختیار دولت قرار داده است.

۲. حق انتفاع: شخص حق دارد از منافع یک مال که این منافع به او تعلق ندارد، استفاده کند. ماده ۴۰ ق.م. تعریف حق انتفاع است. ممکن است شخص، مالک عین باشد ولی مالک منفعت نباشد.

ماده ۴۰: 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.

مثال: فرض کنید که شما خانه‌ای دارید که هرگز در حال حاضر به آن احتیاج ندارید. به دوست خود می‌گویید که از خانه استفاده کند؛ به عبارت دیگر، به او حق استفاده می‌دهید. حق انتفاع با مالکیت منفعت فرق دارد. در مالکیت منفعت، مستأجر، مالک منافع است ولی در حق انتفاع، نسبت به منافع، حق انتفاع به وجود می‌آید.

در مالکیت منافع، ذرات منفعت در ملک مستأجر ایجاد می‌شود.

اما در حق انتفاع، ذرات منفعت در ملک منتفع ایجاد نمی‌شود.

مثال: مستأجر باغی را اجاره می‌کند. مالک میوه‌ها مستأجر است مدت اجاره تمام می‌شود و یک‌سری میوه در باغ باقی می‌ماند. مستأجر می‌تواند میوه‌هایی را که در این یک سال بوده بردارد حتی اگر مهلت یک ساله تمام شود.

مثال: مالک باغ حق انتفاع به مدت یک سال را به شخصی داده است. مالک میوه‌ها مالک باغ است. منتفع می‌تواند در این یک سال از میوه‌ها استفاده کند ولی بعد از یک سال نمی‌تواند چرا که مالک منفعت نیست.

۳. حق ارتفاق: حق ارتفاق در واقع یک نوع حق انتفاع است. رابطه حق ارتفاق با حق انتفاع، عموم و خصوص مطلق است. حق انتفاع عام است اما حق ارتفاق خاص است؛ یعنی هر حق ارتفاقی، حق انتفاع است اما هر حق انتفاعی، حق ارتفاق نیست.

حق ارتفاق دو خصوصیت دارد:

(۱) حق ارتفاق فقط در اموال غیرمنقول است (مانند زمین، خانه، باغ) اما حق انتفاع هم شامل اموال منقول و هم اموال غیرمنقول است (مانند خانه، ماشین).

(۲) در حق ارتفاق دو مال غیرمنقول داریم. مالک یکی حق دارد بر مال دیگری اما در حق انتفاع یک مال داریم. مثال: دو ملک مجاور هم هستند. یکی از دیگری حق عبور دارد، حق مجرا دارد. حق شبکه، حق در و پنجره و ناودان دارد. برای اینکه از حق خود بهتر استفاده کنیم حق ارتفاق به وجود آمده است.

مالکیت تبعی بر منافع: محصولات و نمآت: در این مورد چند حالت ممکن است واقع شود:

۱. نماء و محصولی که از زمین حاصل می‌شود مال مالک زمین است چه به خودی خود روییده باشد یا به واسطه عملیات مالک.

۲. نماء یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد: درخت یا محصول، مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.

۳. اگر کسی حبه یا اصله دیگری را در زمین خود بکار محصول برای صاحب دانه و نهال است.

اسباب ایجاد مالکیت:

۱. احیای اراضی موات: مراد از احیاء یعنی به وسیله عملیاتی که در عرف آباد کردن باشد قابل استفاده شود؛ البته طبق قانون زمین شهری بخش عمده‌ای از احکام قانون مدنی در زمینه احیای زمین تخصیص زده شده است.

۲. عقد:

۳. اخذ به شفعه:

۴. ارث:

۴. حقّ تحجیر: زمین موات به زمین مرده می‌گویند. ماده ۲۷ ق.م «زمین موات» را تعریف کرده است. احیاء یعنی زنده کردن، احیای زمین موات یعنی آباد کردن زمین موات. ماده ۱۴۱ ق.م احیاء را تعریف کرده است:

ماده ۲۷: 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.

ماده ۱۴۱: 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، درخت کاری، بنا ساختن و غیره قابل استفاده نمایند.

طبق ماده ۱۴۳ ق.م، هر کس زمین موات را احیا کند مالک زمین می‌شود (در عمل متروک شده است):

ماده ۱۴۳: هر کس از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملک احیاء کند مالک آن قسمت می‌شود.

تحجیر به معنای شروع به احیاء، فراهم نمودن مقدمات احیاء است. در قدیم برای احیای زمین، ابتدا دور آن را سنگ می‌چیدند و به این کار تحجیر گفته می‌شد؛ در واقع هر کاری که انجام شود و نشان دهد که شخص می‌خواهد زمین را احیا کند تحجیر است. در اثر تحجیر، شخص مالک زمین نمی‌شود بلکه فقط حقّ تقدم (حقّ اولویت) پیدا می‌کند. حقّ تحجیر یک حقّ عینی است یعنی رابطه شخص با زمین است.

نکته: حقّ تحجیر قابل غصب است.

نکته: هر چند به استناد موادّ مذکور اگر کسی زمین مواتی را به قصد مالک شدن آباد کند مالک آن می‌گردد ولی در ماده ۱۴۵ ق.م که می‌گه: «احیاء کننده باید قوانین دیگر مربوطه به این موضوع را از هر حیث رعایت نماید» اختیار احیاء مشروط به رعایت سایر مقررات قانونی شده است؛ با توجه به این ماده و رعایت لایحه ثبت اراضی موات اطراف شهر تهران (۱۳۳۴) و قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن (۱۳۵۸) مبتنی بر ملی شدن زمین موات و نیز ماده واحده قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن، احیاء دیگر به عنوان سبب مملک در حقوق موضوعه ایران شناخته نمی‌شود.

بیشتر بدانیم: در گذشته زمین به قسم (دایره، بایر و موات) تقسیم می‌شد:

۱. دایره: زمینی است که بوسیله شخصی از اشخاص آباد شده است و در وضعیت آبادانی باقی مانده است.

۲. بایر: شخص آن را آباد کرده ولی به علت عدم حفاظت و مراقبت او در معرض خرابی است.

۳. موات: زمینی که اصلاً روی آبادانی به خود ندیده؛ طبق حکم فقهی، زمین موات، مباح محسوب می‌شود و هر کس می‌تواند با آبادی آن را تملک کند که البته طبق قانون زمین شهری این مورد تخصیص خورده است.

امروزه زمین به نوع خصوصی و دولتی می‌باشد. خصوصی: شخصی از اشخاص حقوق خصوصی مالک آن است و دولت نیز مالکیت او را به رسمیت شناخته است. دولتی: زمینی که به موجب مقررات به دولت تعلق گرفته این زمین: ۱. اگر آباد باشد به نهادی از نهادهای دولتی متعلق است و ۲. اگر موات باشد باید به محدوده محل وقوع آن توجه شود: الف. اگر زمین موات در محدوده شهرها باشد زمین شهری محسوب می‌شود که طبق قانون زمین شهری که وزارت راه و شهرسازی متصدی آن می‌باشد؛ ب. اگر زمین مذکور خارج از محدوده شهری باشد وزارت جهاد کشاورزی، سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور و سازمان محیط زیست متصدی آن می‌باشند.

در مبحث غصب گفته شده است که حقوق هم قابل غصب می‌باشند مانند حق تحجیر پس اگر آقای «الف» بر زمینی حق تحجیر داشته باشد و آقای «ب» بدون رعایت حق تحجیر اقدام به احیاء زمین کند غاصب است و زمین احیاء شده برای «الف» است.

۵. حق شفعه:

قاعده: وقتی چند نفر با هم شریک‌اند هر کدام می‌تواند بدون رضایت دیگری سهم خود را به هر که می‌خواهد بفروشد (ماده ۵۸۳).

ماده ۵۸۳: هر یک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.

دو نفر در یک زمینی شریک‌اند یکی از آنها سهم خود را می‌فروشد شریک دیگر حق دارد به سراغ خریدار رفته و پول را به خریدار بدهد و سهم خریدار را بگیرد.

مثال: شخص الف و ب در یک زمینی با هم شریک‌اند و نسبت آن مهم نیست. شخص الف سهم خود را در قبال ده میلیون تومان به حسن می‌فروشد. شخص ب می‌تواند ده میلیون را به حسن داده و سهم او را بگیرد.

حق شفعه حق عینی است (یعنی شخص بر مال حق پیدا می‌کند). حق دینی یعنی حق بر گردن یک شخص و اینکه شخص باید کاری انجام دهد.

به دلیل اینکه حق شفعه فوری است باید اول اظهارنامه داد تا فوریت آن از بین نرود. البته در صورتی که نتوان حق شفعه را فوراً اعمال کرد.

۶. حق عینی تبعی (حق وثیقه):

حق عینی است که وابسته به یک حق دینی است یعنی اول باید یک حق دینی باشد بعداً حق عینی تبعی به وجود بیاید (تابع یک حق دینی است).

یک طلبکار و یک بدهکار داریم، طلبکار به بدهکار اعتماد ندارد و از بدهکار یک مال را (مثلاً فرش) را به عنوان وثیقه می‌گیرد. در اینجا طلبکار نمی‌تواند از فرش استفاده کند زیرا هم وثیقه و هم منافع آن مال بدهکار است،

طلبکار فرش را نگه می‌دارد اگر بدهکار بدهی خود را داد طلبکار باید فرش را پس بدهد. اگر بدهکار بدهی خود را نداد طلبکار فرش را به دادگاه می‌برد و از دادگاه تقاضا می‌کند که فرش را بفروشد و پول آن را می‌گیرد. این را حق عینی تبعی می‌گویند؛ یعنی طلبکار به تبع طلبش روی مال بدهکار حق عینی پیدا می‌کند. بانک ملک کسی را به وثیقه می‌گیرد یعنی بانک روی ملک حق عینی تبعی دارد یا به عبارتی حق وثیقه، طلبکار حق فروش فرش را ندارد چون سِمَتی ندارد.

سؤال: حق عینی تبعی چگونه به وجود می‌آید؟

سه راه وجود دارد که حق عینی تبعی به وجود بیاید:

۱. **حق عینی تبعی قراردادی** (رهن): طلبکار با بدهکار قرارداد می‌بندد (یعنی هر دو راضی‌اند) و بدهکار مال خود را به وثیقه نزد طلبکار می‌گذارد. اسم این قرارداد عقد رهن است (ماده ۷۷۱). پس راه اول ایجاد حق عینی تبعی رهن است (وثیقه قراردادی).

ماده ۷۷۱: رهن عقدی است که به موجب آن، مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن‌دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.

۲. **تصمیمات قضائی** (تأمین خواسته): بدهکار حاضر نمی‌شود رهن بدهد (رهن اجباری نداریم) طلبکار نگران می‌شود و مال بدهکار را توقیف می‌کند (قرار تأمین خواسته: ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م) از طریق دادگاه یا از طریق اجرای ثبت در صورتی که سند رسمی باشد. به هر حال وقتی که مال را توقیف کرد حق عینی تبعی پیدا می‌کند (وثیقه قضائی).

۳. **حکم قانون** (وثیقه قانونی یا قهری): بعضی اوقات بدون اینکه طلبکار یا بدهکار بخواهد قانون مال بدهکار را به وثیقه طلبکار (اراده بدهکار و طلبکار وجود ندارد) می‌دهد. در قانون مدنی در بحث ارث زوجه یک مورد وجود دارد. وقتی شوهر می‌میرد زن از اموال غیرمنقول ارث نمی‌برد از خود اموال غیرمنقول هم ارث نمی‌برد از قیمتش ارث می‌برد (وثیقه قانونی یا قهری).

- زمین خالی که روی آن هیچ چیز نیست «زمین بیاض» گویند (بیاض به معنی سفید).

- زمینی که روی آن بنا و درخت است را «عرصه» گویند.

- به خود بنا و درخت «عیان» گویند.

زن از هیچ یک از اینها ارث نمی‌برد، از قیمت آنها ارث می‌برد.

مثال: شخصی فوت کرده و یک خانه یک طبقه دارد زن از این خانه ارث نمی‌برد بلکه از قیمت آن ارث می‌برد به این صورت که کارشناس می‌آید و خانه را چهارصد میلیون تومان قیمت می‌گذارد. خانم یک‌هشتم چهارصد میلیون تومان یعنی پنجاه میلیون طلبکار می‌شود؛ یعنی خانه به سایر وراثت می‌رسد و سایر وراثت به زن پنجاه میلیون

بدهکار می‌شوند. قانون گفته این خانه‌ای که مال بدهکار است وثیقه طلب زن می‌شود (یعنی خود آن مال غیرمنقول وثیقه طلب زن می‌شود) سه ماده در این خصوص وجود دارد (۹۴۶-۹۴۷-۹۴۸) ماده ۹۴۷ در سال ۸۹ حذف شد و دو ماده دیگر اصلاح شده:

ماده ۹۴۶: زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزنددار بودن زوج یک‌هشتم از عین اموال منقول و یک‌هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک‌چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می‌باشد.

تبصره - مفاد این ماده در خصوص وراثت متوفایی که قبل از تصویب آن فوت کرده ولی هنوز ترکه او تقسیم نشده است نیز لازم‌الاجرا است. (الحاقی به موجب قانون الحاق یک تبصره به ماده ۹۴۶ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۷ مصوب ۱۳۸۹)

ماده ۹۴۷: حذف شد.

ماده ۹۴۸: هرگاه ورثه از اداء قیمت امتناع کنند زن می‌تواند حق خود را از عین اموال استیفاء کند. (به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۶)

توجه: حق عینی تبعی از لحاظ ایجاد، فقط در نتیجه رهن ایجاد می‌شود و توقیف قضایی، حق عینی تبعی ایجاد نمی‌کند بلکه فقط وسیله‌ای برای اعمال حق می‌باشد.

تقسیم‌بندی اموال:

۱. اموال منقول و اموال غیرمنقول
۲. عین (عین معین، کلی در معین، کلی فی الذمه) و منفعت (منافع متصل، منافع منفصل)
۳. اموال مثلی و اموال قیمی
۴. اموال مصرف شدنی (استهلاکی) و اموال مصرف نشدنی (غیر استهلاکی)
۵. اموال با مالک و اموال بی مالک
۶. اموال انتقال پذیر و اموال غیرقابل انتقال

در مورد مواد ۱۱ تا ۱۸۲ باید گفت: از ماده ۱۱ تا ۳۱ بسیار مهم است، اما از ماده ۹۲ تا ۱۸۲ از اهمیت کمتری برخوردار است.

تقسیم‌بندی اموال:

تقسیم اول: مال منقول و غیرمنقول (مواد ۱۱ تا ۲۲)

ماده ۱۱ ق.م. اموال را به منقول و غیرمنقول تقسیم کرده است.

ماده ۱۱: اموال بر دو قسم است منقول و غیرمنقول.

بعد از بیان این دو قسم از مال، قانون مدنی ابتدا مال غیرمنقول و بعد مال منقول را تعریف کرده است.

مال غیرمنقول: مواد ۱۲ تا ۱۸.

ماده ۱۲ قانون مدنی، مال غیرمنقول را تعریف کرده و دو قسم از چهار قسم مال غیرمنقول را توضیح داده که ماده ۱۳، ۱۴، ۱۵ و ۱۶ مثال‌هایی برای تبیین دو قسم مذکور در ماده ۱۲ است. ماده ۱۷، قسم سوم را بیان داشته و چند مثال آورده، ماده ۱۸ قسم چهارم را گفته و چند مورد مثال بیان کرده است.

ماده ۱۳: اراضی [ذاتی] و ابنیه [غیرمنقول اکتسابی یا به عبارت صحیح‌تر: به واسطه عمل انسان] و آسیا [غیرمنقول اکتسابی یا به عبارت صحیح‌تر: به واسطه عمل انسان] و هر چه که در بنا منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب می‌شود، غیرمنقول است و همچنین است لوله‌ها [غیرمنقول اکتسابی یا به عبارت صحیح‌تر: به واسطه عمل انسان] که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین یا بنا کشیده شده باشد.

ماده ۱۴: 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، غیرمنقول [غیرمنقول اکتسابی یا به عبارت بهتر: به واسطه عمل انسان] است.

ماده ۱۵: ثمره و حاصل، مادام که چیده یا درو نشده است غیرمنقول [غیرمنقول اکتسابی یا به عبارت درست‌تر: به واسطه عمل انسان] است. اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد، تنها آن قسمت منقول است. [در زیرنویس ذیل این ماده در کتاب «قانون مدنی در نظم حقوق کنونی» مرحوم کاتوزیان گفته‌اند ثمره و حاصل، مادام که چیده و درو نشده‌اند غیرمنقول تبعی هستند در صورتی که این ماده اساساً هیچ ربطی به حقوق و دعاوی غیرمنقول ندارد و منظور مرحوم کاتوزیان از تبعی یعنی «به تبع عمل انسان» پس همچنان باید ثمره و حاصل چیده یا درونشده را «غیرمنقول به واسطه عمل انسان» نه «غیرمنقول تبعی» تلقی کرد. در تست‌ها این مورد را اگر دیدید باید بنزید: «غیرمنقول به واسطه عمل انسان»]

ماده ۱۶: مطلق اشجار و شاخه‌های آن و نهال و قلمه، مادام که بریده یا کنده نشده است، غیرمنقول [غیرمنقول اکتسابی یا غیرمنقول به واسطه عمل انسان] است.

پس مال غیرمنقول چهار قسم است:

۱. غیرمنقول ذاتی (غیرمنقول طبیعی)

۲. غیرمنقول به واسطه عمل انسان (غیرمنقول اکتسابی یا غیرمنقول مصنوعی) (به نظر برخی: غیرمنقول حکمی)

۳. غیرمنقول حکمی (در حکم مال غیرمنقول)

۴. غیرمنقول تبعی (شامل دو دسته است: دعاوی غیرمنقول و حقوق غیرمنقول)

ماده ۱۲: مال غیرمنقول 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. غیرمنقول ذاتی: مالی است که از ابتدا غیرمنقول بوده و کسی آن را غیرمنقول نکرده یعنی استقرارش ذاتی است، که تنها مثال آن زمین است.

۲. غیرمنقول به واسطه عمل انسان: هر چیزی که متصل به زمین یا بنا یا درخت است را غیرمنقول به واسطه عمل انسان گویند. اسم دیگر این قسم غیرمنقول، غیرمنقول اکتسابی است، وقتی واژه اکتسابی را می بینید یعنی یک سری اموال منقول بوده اند که غیرمنقول بودن را کسب کرده اند ولی ذاتاً منقول هستند. مثلاً آینه و پرده نقاشی که در ماده ۱۴ آمده است فی نفسه (به خودی خود) منقول است ولی اگر همین ها در بنا به کار رود، غیرمنقول می شود. ماده می گوید: من به اموال ذاتاً منقول در صورتی می گم غیرمنقول اکتسابی که جدایی آنها از اموال غیرمنقول آسیب برساند پس اگر پرده نقاشی در یک مال غیرمنقول بکار برود ولی بشه به راحتی جداش کرد و باعث خرابی نشه، منقول است.

در ماده ۱۳ بجز «اراضی» بقیه مثال ها غیرمنقول به واسطه عمل انسان است. همچنین تمامی مثال های آورده شده در مواد ۱۴ و ۱۵ و ۱۶ غیرمنقول به واسطه عمل انسان هستند.

نکته: مال پیشاپیش منقول^۴ (حاشیه دوم ذیل ماده ۱۳) مالی است که در حال حاضر غیرمنقول است و قرار است در آینده منقول بشود. در واقع، طرفین، آن را در زمان عقد، منقول فرض می کنند؛ این را مال پیشاپیش منقول می گویند که در حکم منقول است؛ یعنی احکام اموال منقول بر آن بار می شود. برای مثال یک ساختمان قدیمی وجود دارد و مالک می خواهد ساختمان را بازسازی کند، حال فرض کنید قبل از اینکه ساختمان را تخریب کند یک نفر آجرهای آن را می خرد پس اینگونه فرض می شود که شخص، مال منقول خریده است. حال اگر بین دو نفر اختلاف و دعوا به وجود بیاید، دادگاه محل اقامت خوانده صالح است چرا که نظر دکتربین بر منقول بودن آجرها دلالت دارد.

مثالی که مرحوم کاتوزیان می زد این بود: میوه های نرسیده که هنوز بر درخت هستند نمی توان جدایش کرد ولی مثلاً برای سه ماه آینده قرارداد می بندی که اینها بالاخره درمی آد و می رسه؛ با این ذهنیت الان بخریش. در واقع

^۴ نام دیگر مال پیشاپیش منقول، «منقول قراردادی» است.

الان داره میوه به صورت مال منقول معامله می‌شه در صورتی که در حال حاضر، غیرمنقول اکتسابی است. اصلاً برای همین هم هست که بهش می‌گن منقول قراردادی؛ یعنی قرارداد باعث شد چیزی که الان غیرمنقوله، منقول بشه.

یک مسأله: مالک باغی که درختان صنوبر کاشته است با کارگاه چوب‌بری قراردادی برای فروش آنها منعقد می‌کند؛ یعنی قرارداد برای خرید درختی که غیرمنقول است. درست است که آن درختان هنوز کنده نشده است اما با این حال، معامله راجع به آن را انجام می‌دهند. مشخص کنید مال ذکرشده چیست؟ ذاتاً در حال حاضر غیرمنقول اما قراردادی بسته‌اند که در آینده قطعش می‌کنند و تحویل کارگاه چوب‌بری بدهند و منقول حساب می‌شود. اگر دعوایی در این مورد صورت بگیرد: طبق ماده ۲۰ ق.م.ا از هر حیث منقول حساب می‌شود.

سؤال: دعوای الزام فروشنده به تسلیم میوه‌ای که روی درخت فروخته چه جور دعوایی است؟ در حکم منقول است و دعوا باید در محل اقامتگاه خوانده طرح شود.

۳. غیرمنقول حکمی: اموال در حکم غیرمنقول اموالی هستند که ذاتاً منقول هستند و به واسطه عمل انسان هم غیرمنقول نشده‌اند. یک سری اموال منقول که در کشاورزی به کار می‌رود و باید توجه داشت این اموال فقط از دو جهت غیرمنقول هستند: از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال. از جهت صلاحیت محاکم یعنی اگر دعوایی رخ دهد دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول (زمین) حاکم است (اینکه می‌گیم: این اموال در حکم غیرمنقول است یعنی محل وقوع ملک و نه تراکتور؛ یعنی مثلاً اگر ملک در شیراز باشه من تراکتور رو در تبریز خریده باشم، باید در شیراز اقامه دعوا شود). از جهت توقیف هم در حکم غیرمنقول است چون توقیف اموال منقول با توقیف اموال غیرمنقول متفاوت است (اموال منقول از لحاظ مادی قابل توقیف هستند ولی اموال غیرمنقول را نمی‌شود از لحاظ مادی توقیفش کرد، پس مثلاً تراکتوری که به کشاورزی اختصاص داده شده از لحاظ سندی قابل توقیف است ولی نمی‌توانم بگم تو حق تکان دادن آن را نداری؛ ماده ۱۰۳ قانون اجرای احکام مدنی مقرر می‌دارد: «توقیف مال غیرمنقول موجب توقیف منافع آن نمی‌گردد» یعنی از لحاظ مادی قابل توقیف نیست به عبارت دیگر، از لحاظ اعتباری، قابل توقیف است، یعنی همچنان می‌توان از آن استفاده کرد؛ پس اگر تراکتور را توقیف کنند روی همان زمین می‌ماند. پس نظر زنده‌یاد کاتوزیان این بود که این اموال، منقول هستند و تنها از حیث «صلاحیت محاکم» و «توقیف اموال» در حکم غیرمنقول هستند و از سایر جهات منقول هستند (برعکس، در ماده ۲۰، نظر ایشان این بود: دیون و تعهدها تنها از حیث صلاحیت محاکم نیست که در حکم منقول است؛ از هر جهت منقول بشمار می‌آید).

برای اینکه این اموال در حکم غیرمنقول باشند دو شرط لازم است:

۱. مالک زمین و مالک این اموال منقول (ادوات) یک نفر باشد.

۲. مالک، این اموال را به کشاورزی صرف اختصاص داده باشد؛ یعنی هم‌زمان علاوه بر امر کشاورزی در مقصود دیگری ادوات را به کار نبرد.

اگر این دو شرط جمع باشد، این اموال در حکم غیرمنقول محسوب می‌شوند.

نکته: حکمی که استثناء است باید تفسیر مُضَيَّق شود؛ یعنی به موارد مشابه سرایت داده نمی‌شود. حکم ماده ۱۷ حکمی استثنائی است و نباید به موارد مشابه سرایت داده شود.

ماده ۱۷: حیوانات و اشیائی که مالک، آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد از قبیل گاو و گاومیش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره و بطور 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 جزو ملک محسوب و در حکم مال غیرمنقول است [غیرمنقول حکمی] و همچنین است تلمبه و گاو و یا حیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یا خانه و باغ اختصاص داده شده است.

۴. غیرمنقول تبعی: (ماده ۱۸) این قسمت اموالی هستند که نمی‌توان دید. غیرمنقول تبعی شامل دو چیز است: ۱. حقوق ۲. دعاوی

۱. حقوق غیرمنقول: هر حقی که روی مال غیرمنقول است غیرمنقول تبعی می‌گویند زیرا تابع آن مال است. مثال: حق انتفاع از خانه (حق انتفاع از مال غیرمنقول)، حق ارتفاق، حق شفعه، حق تحجیر، سرقفلی و حق عینی تبعی بر روی مال غیرمنقول.

۲. دعاوی غیرمنقول: هر دعوایی که راجع به مال غیرمنقول است غیرمنقول تبعی می‌گویند؛ به عبارت دیگر، هر دعوایی که موضوع آن، غیرمنقول است غیرمنقول تبعی گویند. مثلاً دعای خلع ید، دعای فسخ و بطلان معامله مال غیرمنقول (این مصداق، اختلافی است و عده‌ای می‌گویند این دعا دعوای شخصی است و باید طرف، الزام شود و هر کجا که طرف، باید الزام شود دعا، منقول است؛ اما دکتر کاتوزیان این دعا را غیرمنقول می‌دانستند)، دعای اجرت‌المثل مال غیرمنقول، دعای خسارت وارده به اموال غیرمنقول، حق تحجیر، حق شفعه، حق حریم^۵ (چون حق حریم نوعی حق ارتفاق است و از آنجا که حق ارتفاق، غیرمنقول بود حق حریم هم غیرمنقول است)، حق وثیقه نسبت به اموال غیرمنقول.

° مُراد از حق حریم، محدوده خاصی از زمین اطراف مالی غیرمنقول (مانند خانه، چاه و قنات) است که صرف بهره‌برداری از آن یا بهره‌برداری کامل از آن منوط به در تصرف داشتن آن زمین است. ماده ۱۳۶ قانون مدنی اشعار می‌دارد: حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد.

نکته: حریم در حکم ملک صاحب حریم است نه ملک او و تصرفاتی که منافات با حق او داشته باشد ممنوع است نه هر تصرفی. نکته: حریم اصولاً در ملک مباح ایجاد می‌شود البته استثنائاً در زمین مملوک هم ایجاد می‌شود اما در زمین مملوک، مالکیت زمین مجاور اصولاً حق هر نوع تصرف و انتفاعی برای وی ایجاد می‌کند و این حق، بسیار گسترده‌تر از حریم است به همین دلیل می‌گویند که اصولاً در زمین مملوک حریم نیست.

ماده ۱۸: حق انتفاع از اشیاء غیرمنقوله مثل حق عمری و سکنی و همچنین حق ارتفاق نسبت به ملک غیر از قبیل حق العبور و حق المجرى و دعاوی راجعه به اموال غیرمنقوله از قبیل تقاضای خلع ید و امثال آن تابع اموال غیرمنقول است.

مال منقول (مواد ۱۹ تا ۲۲ قانون مدنی):

مال منقول دو قسم است: ۱. اشیاء منقول ۲. حقوق منقول

اشیاء منقول: هر شیء که بدون ضرر بشود آن را جابجا کرد منقول محسوب می‌شود. اشیاء منقول در ماده ۱۹ آمده است (به اشیاء منقول، منقول ذاتی گویند).

ماده ۱۹: اشیائی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد بدون این که به خود یا محل آن خرابی وارد آید، منقول است.

ماده ۲۱ قانون مدنی داره مصادیق منقول ذاتی رو می‌گه: «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 اشیای مزبوره ممکن است نظر به اهمیت آنها موافق ترتیبات خاصه به عمل آید.»

حقوق منقول: دو قسم است: ۱. حقوق عینی منقول ۲. حقوق دینی منقول

۱. حقوق عینی منقول: هر حق عینی که روی مال منقول است، منقول حکمی می‌گویند.

مثال: حق انتفاع از مال منقول (حق انتفاع از ماشین)، حق مالکیت بر مال منقول، حق عینی تبعی نسبت به یک مال منقول.

نکته: هر حقی را که روی مال منقول است، «منقول حکمی»^۶ یا «در حکم منقول» می‌گویند (برخی به این قسم، منقول تبعی نیز گویند) و هر حقی را که روی مال غیرمنقول است، «غیرمنقول تبعی» گویند.

۲. حقوق دینی منقول (ماده ۲۰): **دعاوی اموال منقول**، منقول هستند؛ چه دعاوی ای منقول هستند؟ کلیه دیون، منقول هستند.

طبق ماده ۲۰ ق.م کلیه دیون از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول هستند.

^۶ ما در دسته‌بندی منقول‌ها، منقول تبعی نداریم؛ در نتیجه، دعا و حقوق اموال منقول، منقول حکمی است اما در بحث غیرمنقول حکمی، اموالی غیرمنقول حکمی بودند که به امور کشاورزی اختصاص داشتند و حقوق و دعاوی اموال غیرمنقول، غیرمنقول تبعی حساب می‌شوند.

ایراد ماده: دیون از هر جهت در حکم منقول اند یا منقول حکمی اند نه فقط از جهت صلاحیت (زیرنویس ۱ ماده ۲۰ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی)

نکته: ماده ۲۰ گفته «کلیه دیون» اما باید گفت: «کلیه دیون، منقول حکمی هستند به جز چهار استثناء»؛ چون چهار دین داریم که غیر منقول تبعی هستند:

۱. تعهد (دین) به انتقال مال غیر منقول: فرض کنید کسی خانه‌ای دارد و تعهد می‌کند خانه را به دیگری منتقل کند؛ با این که دین (تعهد) است و گفتیم کلیه دیون منقول هستند باید گفت این مورد استثناء است و این مورد غیر منقول تبعی است.

نکته: قول نامه، طبق نظر دکتر کاتوزیان تعهد به انتقال مال غیر منقول است.

۲. تعهد به تسلیم مال غیر منقول: انتقال، یک عمل حقوقی است اما تسلیم یک عمل مادی است. برای مثال: «الف» آپارتمان خود را به «ب» می‌فروشد (این شد انتقال)؛ حال «الف» باید آپارتمان را به «ب» تسلیم کند. اینجا نیز می‌گوییم درست است تعهد داده و تعهد، یک دین است اما تعهد به تسلیم مال غیر منقول، غیر منقول تبعی است.

۳. تعهد به جبران خسارات وارده بر مال غیر منقول: مثلاً کسی آپارتمانی در تهران دارد و دیگری به آپارتمان او خسارت می‌زند؛ در این حالت، مسبب تعهد دارد خسارات را جبران کند. به نظر شما کدام دادگاه می‌تواند راحت‌تر کارشناس بفرستد تا خسارت را تعیین کند؟ مسلماً دادگاه تهران، پس اگر دعوای الزام به جبران خسارت از سوی مالک به طرفیت فردی که آپارتمان را تخریب کرده اقامه شود این دعوا، غیر منقول است (یعنی دادگاه محل وقوع مال غیر منقول صالح است) پس باید توجه داشت که: درست است که تعهد به جبران خسارت، یک دین است و مطابق ماده ۲۰ قانون مدنی کلیه دیون، منقول اند اما این مورد نیز استثناء است.

۴. تعهد به دادن أجر المثل مال غیر منقول: این مورد مانند تعهد به جبران خسارات وارده است یعنی دادگاه باید کارشناس تعیین کند و دادگاه محل وقوع مال غیر منقول باید کارشناس بفرستد؛ پس این مورد نیز درست است که تعهد یا دین است اما بر خلاف عمومات، تعهد به دادن أجر المثل مال غیر منقول، غیر منقول تبعی است.

مثلاً غصب مال غیر منقول، مثلاً استیفاء از مال غیر منقول.^۷

ماده ۲۰: 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 غیر منقوله باشد.

اجرت المسمی: اجرتی که در قرارداد، میزان آن تعیین شده است. اجرت المسمی همان اجرتی است که اسم برده شده است که می‌توان به آن مال الاجاره یا اجاره‌بها نیز گفت. اجرت المسمی مال غیر منقول، منقول است بنابراین

^۷ استیفاء از عمل انسان هر چند اجرت المثل دارد اما منقول است.

منقول حکمی می‌شود؛ یعنی قرارداد را هر کجا ببریم دادگاه محل اقامتگاه خواننده صالح است. پس با اینکه راجع به مال غیرمنقول است اما اجرت‌المُسمی، منقول حکمی است.

اجرت‌المثل: اجرتی که در قرارداد پیش‌بینی نشده است یا به عبارت دیگر، اجرت اسم برده شده‌ای وجود ندارد یا به عبارت بهتر، کسی از مال دیگری بدون قرارداد استفاده کرده که ممکن است با اجازه یا بدون اجازه^۸ باشد. در این صورت باید اجرت‌المثل بدهد و باید کارشناس آن را تعیین کند (مشابه مبحث «خسارت» است). پس اجرت‌المثل مال غیرمنقول، غیرمنقول است؛ در واقع، غیرمنقول تبعی می‌شود.

مثال: «الف» خانه «ب» را غصب می‌کند و «ب» آن را بعد از ۶ ماه از طریق قانون می‌گیرد. حال باید اجرت‌المثل شش ماهی که بدون قرارداد، ملک در ید غاصب بوده از «الف» گرفته شود و این موضوع را کارشناس باید حساب کند. پس، دادگاه محل وقوع مال صالح است. اجرت‌المُسمی‌ای منقول است که پول یا مال منقول باشد.

نکته: بین اموال منقول و غیرمنقول اصل این است که مال منقول است؛ یعنی غیرمنقول جنبه استثنائی دارد. پس اگر شک کنیم که مالی منقول است یا غیرمنقول باید منقول تلقی کرد.

نکته: قانونگذار بین دعوی مطالبه وجوه مربوط به غیرمنقول ناشی از عقود و قراردادهای (مثل اجاره یا همان اجرت‌المُسمی) و دعوی مطالبه وجوه مربوط به غیرمنقول و نیز اجرت‌المثل آن در غیر مورد عقود و قراردادهای قائل به تفصیل شده و دعوی قسم اول را منطوقاً از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول و دعوی قسم دوم را مفهوماً از دعوی راجعه به غیرمنقول دانسته است که نتیجتاً دعوی اخیرالذکر تحت شمول حکم ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی قرار می‌گیرد (رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد صلاحیت دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول به شماره ۲۲۱ مصوب ۱۳۶۳).

نکته: حق سرقفلی، منقول است یا غیرمنقول؟ مختلط است و هم چهره منقول دارد و هم غیرمنقول. کدوم جنبه‌اش بارزتر است؟ چهره غیرمنقول بودنش غلبه دارد. چرا سرقفلی چهره غیرمنقولش غلبه دارد؟ ماده ۱۸ می‌گه: «حق انتفاع از اشیاء غیرمنقوله ... تابع اموال غیرمنقول است» سرقفلی بر روی چه مالیه؟ غیرمنقول؛ سرقفلی نوعی حق انتفاع هست؟ بله؛ اما یک سؤال: عنصر اساسی سرقفلی چیه؟ حق تقدّم در اجاره؛ حق تقدّم در اجاره یک نوع حق

^۸ مثل غاصب که با مالک رابطه قراردادی ندارد پس پولی که بابت استفاده از ملک باید بده «اجرت‌المثل» است، چون با مالک، توافقی نداشته. حالا فرض کنید کارشناس می‌آد و در این مورد اجرت‌المثل را ۵۰ میلیون تومان تعیین می‌کند. غاصب و مالک با هم توافق می‌کنند که این اجرت تعیین شده ۳۰ میلیون تومان بشود، این اجرت، اجرت‌المُسمی است پس اگر غاصب و مالک، در مورد اجرت‌المثل ملک با هم توافق کنند که مبلغی را بپردازند، چون پرداخت این دین در قالب قرارداد آمده، لذا اجرت‌المُسمی حساب می‌شود و نه اجرت‌المثل. قانونگذار دعوی مطالبه وجوه مربوط به غیرمنقول ناشی از عقود و قراردادهای را از حیث صلاحیت محاکم از دعوی راجع به اموال منقول دانسته، لکن دعوی مطالبه وجوه مربوط به غیر منقول و اجرت‌المثل آن در غیر عقود و قراردادهای را در زمره دعوی راجع به غیرمنقول و مشمول ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی قرار داده است.

انتفاع است و چون مربوط به مال غیرمنقول است، از این جهت سرقفلی می‌شود غیرمنقول. سرقفلی از چه جهت منقول است؟ از جهت اجاره‌بها؛ اجاره‌بها دین است و دیون منقول است. در سرقفلی، اجاره‌بها بارز است یا از جهت انتفاع؟ انتفاع بارز است؛ به خاطر همین هم هست که می‌گویند چهره غیرمنقول سرقفلی اولویت دارد.

نکته: حقّ شرکاء در شرکت اگر آن شرکت، شخصیت حقوقی داشته باشد منقول حکمی است، حقّ شرکاء در شرکت اگر آن شرکت، شخصیت حقوقی نداشته باشد بستگی به آورده دارد: اگر سرمایه‌ای که آورده‌ای منقول باشد منقول است و اگر سرمایه‌ای که آورده‌ای غیرمنقول باشد غیرمنقول است. دو نفر برای ایجاد هتل مقداری پول به شراکت گذارده‌اند تا ساختمانی را بسازند سهم هر یک از آنها در ساختمان چیست؛ منقول است یا غیرمنقول؟ غیرمنقول است.

نکته: سهام بی‌نام شرکت، منقول ذاتی است اما حقّ شرکاء در شرکت، منقول حکمی است.

در این قسمت فقط ماده ۲۲ ماند که باید بررسی کنیم: «مصلح 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.» پس اگر اشیاء منقول، صفت غیرمنقول کسب کنند (یعنی در اموال غیرمنقول به کار بروند) بهشون می‌گن: «غیرمنقول به واسطه عمل انسان» یا «غیرمنقول اکتسابی». لازم به یادآوری است: اشیاء منقول اگر برای کشاورزی به کار برود به «در حکم غیرمنقول» تبدیل می‌شود.

تقسیم دوم: عین و منفعت

عین: مالی است که وجودش مستقل است یعنی وابسته به مال دیگری نیست. مثل زمین، ماشین و ...

منفعت: مالی است که به تدریج از عین به وجود می‌آید و وجودش وابسته به وجود عین است، مثال:

خانه «عین» است؛ سکونت در خانه «منفعت».

منفعت یا متصل است یا منفصل؛ اینکه بدانیم منفعت، متصل است یا منفصل در چند جا اهمیت دارد: عقد اقاله، عقد رهن و شفعه (ایقاع).

ماده ۲۸۷: نمات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می‌شود مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است ولی نمات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله، مالک می‌شود.

ماده ۷۸۶: ثمره رهن و زیادتی که ممکن است در آن حاصل شود در صورتی که متصل باشد جزو رهن خواهد بود و در صورتی که منفصل باشد متعلق به راهن [گروگذار] است مگر این که ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

ماده ۸۱۹: نماتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می‌شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می‌تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.

برای مثال من و شما در یک زمینی شریک هستیم؛ من سهم خودم را به الف می‌فروشم؛ شما شفیع خواهید بود، تا قبل از اینکه اخذ به شفعه کنید مالک، الف است و منافع منفصلش الف است و متصلش متعلق به شفیع است.

ماده ۵۳۹: هرگاه مزارعه بعد از ظهور ثمره فسخ شود هر یک از مزارع و عامل به نسبتی که بین آنها مقرر بوده شریک در ثمره هستند لیکن از تاریخ فسخ تا برداشت حاصل هر یک به اخذ اجرت‌المثل زمین و عمل و سایر مصالح الاملاک خود که به حصه مقرر به طرف دیگر تعلق می‌گیرد مستحق خواهد بود.

اگر مزارعه بعد از ظهور ثمره فسخ شود به نسبت در منافع (ثمره) شریک می‌شوند (ممکنه فسخ شود ولی محصول هنوز نرسیده باشد)، از تاریخ فسخ تا برداشت حاصل نمی‌تواند بهش بگوید جمع کن ببر پس محصولی که می‌ماند مال صاحب زرع است ولی باید اجرت‌المثلش را بدهد. بحث منافع متصل و منفصل در قبل و بعد فسخ است. پس اگر دانه و زرع برای یک نفر باشد و قرارداد را فسخ کنند باید بماند و نمی‌تواند ازاله‌اش^۹ کند صبر می‌کند برسد بر می‌دارد ولی اجرت‌المثلش را می‌دهد.

مهم‌ترین فایده این تقسیم‌بندی این است که در بیع، موضوع عقد عین است اما در اجاره، موضوع عقد منفعت است.

اقسام عین:

۱. **عین معین، عین خارجی، عین شخصی:** عینی است که در خارج وجود دارد و قابل اشاره است مثل این میز، آن خانه، این صد کیلو برنج، این صد تا میز.

۲. **کلی یا کلی فی الذمه:** کلی مفهومی است که مصادیق زیادی دارد: در کلی باید مقدار، جنس و وصف را داشته باشیم که کلی به دست آید.

مثال: صد کیلو (مقدار) برنج (جنس) دُم سیاه (وصف).

فرق عین معین با کلی فی الذمه در اینه که عین معین، مصداق است ولی کلی فی الذمه، مفهوم است. عین معین باید حین‌العقد موجود باشد نباشد باطل است اما کلی فی الذمه حین‌العقد موجود نبود مهم نیست. اموال قیمی از طریق عین معین معامله می‌شود، کلی فی الذمه‌ها نمی‌توانند قیمی باشند. عین معین از طریق ذکر و مشاهده، رفع جهل می‌شود؛ در حالی که، کلی فی الذمه فقط از طریق ذکر. ضمیر اشاره این و آن، نشانگر عین معین است؛ درحالی که نشانگر کلی فی الذمه نیست. شرط صفت طبق نظر غالب فقط در مورد عین معین است نه کلی فی الذمه.

^۹ ازاله یعنی از بین بردن.

۳. کَلّی در معین یا در حکم عین معین: یک سری اجسام تجزیه پذیر (متساوی الاجزا) هستند. مثل برنج یعنی صد کیلو برنج را می توان به دو تا ۵۰ کیلو تقسیم کرد؛ اما یک میز یا خانه تجزیه پذیر نیست. کَلّی در معین یعنی یک شیء تجزیه پذیر داریم (عین معین) مقداری از آن را معامله می کنیم، آن را کَلّی در معین می گویند.

مثال: هزار کیلو برنج اینجا است؛ من صد کیلو از آن را می فروشم؛ در این صورت معین نیست کدام صد کیلو را دارم به شما می فروشم.

این صد کیلو برنج: عین معین

صد کیلو برنج دم سیاه: کَلّی (کَلّی فی الذمه)

صد کیلو از این هزار کیلو: کَلّی در معین

عین معین خودش دو قسم دارد: ۱. مفروز ۲. مشاع

عین معین مفروز: عین معینی است که تمام آن مال یک نفر است یعنی در آن شراکتی نیست.

عین معین مشاع: عینی که مال چند نفر است یعنی در آن شرکت وجود دارد؛ یعنی یک عین که مال حداقل دو نفر است.

جمع بندی تقسیم بندی دوم:

عین بر سه قسم است: عین معین، کَلّی و کَلّی در معین. بنابراین بعداً می خوانیم که سه نوع بیع داریم: ۱. بیع عین معین (مثلاً: «این» میز را فروختم)؛ ۲. بیع کَلّی (۱۰۰ کیلو برنج دُم سیاه فروختم)؛ ۳. بیع کَلّی در معین (۱۰۰ کیلو از «این هزار کیلو» را فروختم). پس تکرار می کنیم که با توجه به ماده ۳۵۰ قانون مدنی سه نوع عین وجود دارد: ۱. عین معین (عین خارجی یا عین شخصی)؛ ۲. عین کَلّی در معین (در حکم عین معین)؛ ۳. عین کَلّی (کَلّی فی الذمه).

۱. عین معین: مالی که در عالم خارج جدای از سایر اموال قابل اشاره باشد؛ مانند: آن خانه.

۲. کَلّی در معین: مقدار معین از مال متساوی الاجزاء؛ مانند: ده عدد کمر بند از صد کمر بند داخل مغازه.

۳. کَلّی: مالی که صفات آن در ذهن، معین و صادق بر افراد عدیده باشد؛ مانند: ۳۰ کیلو خرما پیارم حاجی آباد.

در بیع عین معین، بلافاصله هم زمان با انعقاد عقد، تملیک واقع می شود. الف می گوید: «این میز را فروختم» و ب هم می گوید: «خریدم»؛ در این مثال، هم زمان با بیع، ب مالک می شود؛ اما در بیع کَلّی و همچنین بیع کَلّی در معین هم زمان با انعقاد عقد، تملیک واقع نمی شود بلکه تملیک با تعیین مصداق واقع می شود. الف می گوید: «صد کیلو برنج دُم سیاه فروختم» و ب هم در پاسخ می گوید: «خریدم»؛ در این فرض، بیع واقع شد ولی تملیک حاصل نشد. زمانی که الف می رود ۱۰۰ کیلو برنج دُم سیاه را بیاورد و آن را تحویل دهد تعیین مصداق صورت

می‌پذیرد و همین که بایع، مصداق را مشخص کند، حتی اگر تحویل نداده باشد (مثلاً در راه باشد)، تملیک صورت می‌گیرد یعنی عینِ کلی، عین معین می‌شود. پس در بیع کلی و کلی در معین، تملیک با تعیین مصداق است.

تقسیم سوم: مثلی و قیمی

مثلی: مالی که شبیه دارد مثل حبوبات، خودرو صفر کیلومتر، لباس نو. (ماده ۹۵۰ ق.م.)
 ماده ۹۵۰: مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشباه و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آن است معذالک تشخیص این معنی با عرف می‌باشد.
 قیمی: مالی که شبیه ندارد مثل اموال غیرمنقول (زمین، خانه، آپارتمان و باغ). چیزای دست دوم معمولاً قیمی به شمار می‌روند.

رابطه مثلی و قیمی با اقسام عین:

۱. عین معین می‌تواند مثلی باشد و می‌تواند قیمی باشد.
۲. کلی و کلی در معین باید از اموال مثلی باشد نمی‌تواند قیمی باشد. قیمی را فقط به صورت عین معین می‌توان فروخت و گرنه باطل است.
- مال مثلی به سه شکل معامله می‌شود: عین معین، کلی، کلی در معین.
- اینکه بدانیم مال، به مثلی و قیمی تقسیم می‌شود به چه درد ما می‌خورد؟
۱. تهاتر: اموال قیمی، قابل تهاتر نیستند اما اموال مثلی، قابل تهاتر هستند.
۲. عقد قرض: در عقد قرض، مال باید مثلی باشد.
۳. مورد معامله اگر کلی فی‌الذمه باشد چون چیزی نمی‌بینم که بخوام قیمت بگذارم: کلی فی‌الذمه فقط مثلی است (مثلاً ماشین مدل ۹۹ را در سال ۹۷ فقط باید به صورت کلی مورد معامله قرار داد). اموال قیمی فقط به صورت عین معین، مورد معامله قرار می‌گیرند اما اموال مثلی هم به صورت عین معین، هم کلی و هم کلی در معین.

مثلی یا قیمی بودن در مورد عقود و قراردادها به هیچ عنوان صفت نیستند و ناشی از اراده طرفین هستند؛ مال مثلی را در رابطه با طرفین ممکنه قیمی تصور کنیم، مال قیمی را در رابطه با طرفین ممکنه مثلی تصور کنیم؛ برای مثال قرض، عقد است و مال باید در این عقد، مثلی باشد با این حال در عقد قرض، می‌توانیم مال قیمی را مثلی تلقی کنیم و آن را قرض دهیم (چون قرارداد است)؛ یک رأس گوسفند سی کیلویی قوچان (که قیمی است) قرض داده شود، این قرض، صحیح است چون طرفین توافق کرده‌اند این مال قیمی مثلی فرض شود. مثالی دیگر:

کسی تعهد کند یک کیسه معین گندم به کسی بدهد؛ گندم مثلی است؛ طرفین می‌توانند توافق کنند این مال مثلی، قیمی فرض شود و متعهد نتواند مثل‌اش را بخواهد (مثلاً طرف بگه: «من حال ندارم برم مثل‌اش را پیدا کنم پس بیا این را قیمی فرض کنیم» طرف مقابل نیز قبول کند)؛ اما در رابطه با ضمان قهری (غیرقراردادی) مثلی یا قیمی بودن، صفت است و باید طبیعت مال را در نظر گرفت چون دیگر قراردادی نیست که بتوانیم الزام را عوض کنیم.

تقسیم چهارم: مال مصرف‌شدنی و مصرف‌نشدنی

تقسیم اموال به مصرف‌شدنی و مصرف‌نشدنی، مخصوص اموال مادی است، اما دسته‌بندی مال به منقول و غیرمنقول، مربوط به همه اموال است.

مال مصرف‌شدنی (استهلاکی): مالی است که با مصرف و استفاده از بین می‌رود.

مال مصرف‌نشدنی (غیر استهلاکی): مالی است که با مصرف و استفاده از بین نمی‌رود.

ملاک تشخیص این دو نوع مال، نوع مال نیست (یعنی نمی‌شود از خود مال فهمید که مصرف‌شدنی است یا مصرف‌نشدنی) بلکه ملاک نوع مصرف است. ممکن است یک مال با یک مصرف از بین برود (مصرف‌شدنی) و ممکن است همان مال با مصرف دیگر از بین نرود (مصرف‌نشدنی). مثلاً خوراکی «برای خوردن» مصرف‌شدنی ولی «برای نمایش در ویترین» مصرف‌نشدنی است یا مثلاً شمع «برای سوختن» مصرف‌شدنی ولی «برای نمایش» مصرف‌نشدنی است بنابراین از نوع مصرف می‌توان پی به مصرف‌شدنی و نشدنی بودن مال برد.

اگر نوع مصرف گفته نشد باید سراغ مصرف متعارف آن مال برویم. هر مالی یک مصرف متعارف دارد باید به آن مصرف نگاه کنیم. اگر با آن مصرف از بین رفت مصرف‌شدنی و اگر با آن مصرف از بین نرفت مصرف‌نشدنی است. مثلاً اگر همان خوراکی را به ما نشان بدهند و مصرف آن را نگویند، شما به سرعت می‌گویید مصرف متعارفش برای خوردن و مصرف است اما چیزی مثل صندلی این طور نیست بلاشک اگر از همین کلاس سؤال شود مصرف متعارف صندلی چیست تعداد زیادی از شما پاسخ می‌دهید مصرف متعارف صندلی، نشستن بر روی آن است، بنابراین غیر استهلاکی است.

تشخیص مال مصرف‌شدنی از مصرف‌نشدنی سه فایده دارد:

۱. در چهار عقد ذیل، مال باید مصرف‌نشدنی باشد:

مثل اجاره و عاریه و وقف و عقد موجد حق انتفاع مواد ۴۶، ۵۸، ۴۷۱ و ۶۳۷ ق.م.

ماده ۴۶: حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد اعم از اینکه مال مزبور منقول باشد یا غیرمنقول و مشاع باشد یا مفروز.

ماده ۵۸: فقط وقف مالی جایز است که با بقاء عین بتوان از آن منتفع شد اعم از اینکه منقول باشد یا غیرمنقول، مشاع باشد یا مفروز.

ماده ۴۷۱: برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقای اصل آن ممکن باشد.

ماده ۶۳۷: هر چیزی که بتوان با بقاء اصلش از آن منتفع شد می‌تواند موضوع عقد عاریه گردد. منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلایی باشد.

۲. در بحث نامزدی (که همان وعده ازدواج است)، اگر نامزدها به هم هدیه بدهند و بعداً نامزدی به هم بخورد حال می‌خواهند هدیه‌هایی که داده‌اند را پس بگیرند. در اینجا هم بین مال مصرف‌شدنی و مصرف‌نشدنی فرق وجود دارد (مواد ۱۰۳۷ و ۱۰۳۸ ق.م). پس از آنجا که دوران نامزدی، دوران خودشیرین‌بازی است! هدایای دوران نامزدی اگر موجود باشند را می‌توان پس گرفت (چه هدایا را آقا به خانم داده باشد و چه خانم به آقا داده باشد)؛ اگر هدایا موجود نباشد (مثلاً تلف شده باشد) دو حالت دارد: آن هدایا یا مصرف‌شدنی بوده یا مصرف‌نشدنی؛ اگر مصرف‌نشدنی بوده باشد آن کسی که گرفته باید بدل بدهد به شرطی که در تلفش تقصیر کرده باشد اما اگر مصرف‌شدنی بوده باشد و الان نیز دیگر موجود نیست نمی‌تواند بدل بگیرد.

ماده ۱۰۳۷: هر یک از نامزدها می‌تواند در صورت به هم خوردن وصلت منظور، هدایائی را که به طرف دیگر یا ابوین او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایائی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می‌شود مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد.

ماده ۱۰۳۸: مفاد ماده قبل از حیث رجوع به قیمت در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها به هم بخورد مجری نخواهد بود.

۳. در مورد نفقه زوجه (زن) نفقه طبق ماده ۱۱۰۷ ق.م شامل یک سری اموال می‌شود؛ مانند خانه و خوراکی که در مورد نفقه بین اموال مصرف‌شدنی (غیرقابل بقاء) و مصرف‌نشدنی (قابل بقاء) فرق است. مثلاً اگر نفقه مصرف‌شدنی باشد مال خود زن است و اگر مصرف‌نشدنی باشد اصولاً مال زن نیست (یعنی فقط حق استفاده دارد). اثاث خانه‌ای که جز نفقه است متعلق به زن نمی‌شود (زیرنویس ماده ۱۱۰۷ ق.م).

ماده ۱۱۰۷: نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن، از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض (اصلاحی ۱۳۸۱/۸/۱۹).

تقسیم پنجم: مال با مالک و مال بی مالک

مالی که مالک دارد به آن ملک گفته می‌شود. مالی که مالک ندارد به آن مباح گفته می‌شود، پس اولین رکن مال مباح این است که مال، مالک خاص نداشته باشد و دومین رکن مباحت این است که امکان تملک یا انتفاع داشته باشد. وسیله تملک، حیازت است. حیازت یعنی تصرف و وضع ید؛ چنانچه ماده ۱۴۶ قانون مدنی اشعار می‌دارد:

«مقصود از حيازت، تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا». حيازت، عمل حقوقی ایقاع است از نوع مُملَک. حيازت یک عنصر مادی دارد و یک عنصر معنوی: عنصر معنوی آن، قصد تملک است و عنصر مادی آن، استیلاء یا همان تصرف یا وضع ید است هر کدام از این دو عنصر نباشد، حيازت واقع نمی‌شود.

مباح:

۱. مباحی که انسان می‌تواند مالک آن شود؛ مثل ماهی دریا و حیوان جنگل (البته با رعایت قانون خاص مربوط به هر یک از آنها، اشخاص می‌توانند مالک آنها شوند).

۲. مباحاتی که انسان نمی‌تواند مالک آن شود و فقط می‌تواند از آن استفاده کند. مثل اموال عمومی و مشترکات عمومی مانند کوچه، خیابان و پارک.

نکته: امروزه دولت‌ها برای حفظ مصالح عمومی با وضع قوانین خاص، موارد حيازت مباحات را بسیار محدود کرده‌اند. مثلاً به موجب اصل ۴۵ قانون اساسی ایران، همه ثروت‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی نهاده شده تا بر پایه مصالح، درباره آنها تصمیم گرفته شود. ترتیب استفاده از هر یک از مصادیق به تفصیل در قوانین مرتبط به هر یک از آنها آمده است.

ماده ۲۷: 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.

با وجود ماده ۲۷، مواد ۹۲ و ۲۳ اضافه‌اند. مواد ۹۲ و ۲۳ راجع به مباحات قسم دوم است. مواد ۲۴، ۲۵ و ۲۶ مثال‌هایی آورده برای مباحات قسم دوم یعنی همه مثال‌ها برای قسم دوم هستند.

دو واژه داریم که گاهی با هم در یک اصطلاح می‌آیند: اموال دولتی و اموال عمومی. اموال عمومی همین مباحات قسم دوم هستند اما اموال دولتی با اموال عمومی فرق دارد و ملک خود دولت (دولت به عنوان یک شخص حقوقی) هستند. از این رو ابتدای ماده ۲۶ ق.م.ا.شبه نگارش شده است.

ماده ۹۲: هر کسی می‌تواند با رعایت قوانین و نظامات راجعه به هر یک از مباحات از آنها استفاده نماید.

ماده ۲۳: استفاده از اموالی که مالک خاص ندارد مطابق قوانین مربوطه به آنها خواهد بود.

إشکال قانون مدنی این است که از ماده ۲۳ تا ماده ۲۸ عنوان فصلش این است: «اموالی که مالک خاص ندارد» بعد در آخرین ماده اشتباه کرده و «اموال مجهول‌المالک» را تعیین تکلیف نموده؛ در حالی که اموال مجهول‌المالک، مالک دارند حال آنکه مالکشان معلوم نیست. ماده ۲۸ را نباید در بحث مباحات می‌آورد و حکمش هم با مباحات فرق دارد. فرق آن این است که اموال مجهول‌المالک را به مصرف فقرا می‌دهند ولی مباحات را به شرح فوق، استفاده یا تملک می‌کنند.

جمع‌بندی: از یک جهت دیگر هم می‌شه تقسیم‌بندی انجام داد: اموال فاقد مالک خاص سه دسته‌اند: ۱. مشترکات عمومی (خود سه دسته است: ۱. راه‌های عمومی: ماده ۲۴؛ ۲. اموال مورد استفاده عموم: ماده ۲۵؛ ۳. اموال اختصاص یافته به خدمت عمومی: ماده ۲۶)، ۲. مباحات و ۳. مجهول‌المالک^{۱۰}.

ماده ۲۴: «هیچ کس نمی‌تواند طرق و شوارع عامه و کوچه‌هایی را که آخر آنها مسدود نیست تملک نماید.»

ماده ۲۵: «هیچ کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد، از قبیل پل‌ها و کاروانسراها و آب انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و میدان‌گاه‌های عمومی، تملک کند و هم چنین است قنوات و چاه‌هایی که مورد استفاده عموم است.»

ماده ۲۶: «اموال دولتی^{۱۱} که مُعد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی، مثل استحکامات و قلاع و خندق‌ها و خاکریزهای نظامی و قورخانه^{۱۲} و اسلحه و ذخیره و سفاین جنگی و همچنین اثاثیه و ابنیه و عمارات^{۱۳} دولتی و سیم‌های تلگرافی دولتی و موزه‌ها و کتابخانه‌های عمومی و آثار تاریخی و امثال آنها و بالجمله آن چه که از اموال منقوله و غیرمنقوله 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 یا ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد.»

انواع مباحات:

۱. دَفینه: دَفینه مالی است که کسی در ملکش بر حسب اتفاق و تصادف پیدا کرده باشد و همچنین است هر دَفینه‌ای که در زمین موات پیدا شود.

۲. شکار: حیوانات غیر اهلی اصولاً از جمله مباحات می‌باشند.

۳. آب‌های مباح: آب رودخانه‌ها دریاها و باران در زمره اموال است که بهره‌برداری از آنها برای عموم امکان دارد.

نکته: مواد ۱۴۸ تا ۱۶۱ این قانون با ماده اول قانون توزیع عادلانه آب منسوخ شده است.

۴. اراضی موات: زمین‌های بدون مالکی که معطل افتاده و کشت و زرع در آن نباشد نباشد اراضی موات نامیده می‌شود.

۵. معادن: مواد معدنی را گویند.

^{۱۰} مشترکات عمومی و مباحات، هم ثبوتاً و هم اثباتاً مالک ندارند اما مجهول‌المالک، ثبوتاً مالک دارند اما اثباتاً مالک ندارند.

^{۱۱} بهتر بود به جای «اموال دولتی» می‌گفت: «اموال عمومی»

^{۱۲} زرادخانه یا کارخانه اسلحه‌سازی

^{۱۳} عمارات جمع عمارت است به معنای بنا، ساختمان.

گفتیم که ترتیب استفاده از هریک از مصادیق به تفصیل در قوانین مرتبط به هریک از آنها آمده است. امروزه حقوقدانان، مصداق مهم حیازت را تنها مباحاتی بسیار اندک دانسته‌اند، مانند غذا یا لباس اعراض شده و به‌جا مانده از مشتریان در غذاخوری‌ها و مسافرخانه‌ها.

مجهول‌المالک:

در لُقْطه^{۱۴} و حیوانات ضاله، مالک خاص وجود دارد ولی قابل شناسایی نیست. هر مالی است که مالکش آن را گم کرده و در اختیارش نباشد؛ قابل تَمْلُک نیستند. البته لُقْطه را قانون مدنی با شرایطی قابل تَمْلُک می‌داند.

ماده ۱۷۰ قانون مدنی: «حیوان گم‌شده (ضاله) عبارت از هر حیوان مَمْلُوکِ [مَمْلُوک یعنی مالک دارد] است که بدون متصرف یافت شود ولی اگر حیوان مزبور در چراگاه یا نزدیک آبی یافت شود یا متمکن از دفاع خود در مقابل حیوانات درنده باشد ضاله محسوب نمی‌گردد.»

ماده ۱۷۲ قانون مدنی: «اگر حیوان گم‌شده در نقاط مسکونه یافت شود و پیداکننده با دسترسی به حاکم یا قائم‌مقام او، آن را تسلیم نکند حق مطالبه مخارج نگهداری آن را از مالک نخواهد داشت. هر گاه حیوان ضاله در نقاط غیرمسکونه یافت شود پیداکننده می‌تواند مخارج نگهداری آن را از مالک مطالبه کند مشروط بر این که از حیوان انتفاعی نبرده باشد و الا مخارج نگهداری با منافع حاصله احتساب و پیداکننده یا مالک فقط برای بقیه، حق رجوع به یکدیگر را خواهند داشت.»

ماده ۲۸ قانون مدنی: «اموال مجهول‌المالک با اذن حاکم یا مأذون از قِبَل او به مصارف فقرا می‌رسد.» بعضی‌ها اعتقاد دارند که «حاکم» در این ماده، نهادی است که مال مجهول‌المالک مرتبط با آن است بعضی‌ها می‌گویند مقصود، دادستان است.

ماده ۱۶۴ قانون مدنی: «تعریف اشیای پیداشده عبارت است از نشر و اعلان بر حسب مقررات شرعی به نحوی که بتوان گفت که عادتاً به اطلاع اهالی محل رسیده است.»

یک تقسیم‌بندی دیگر هم من می‌خواهم بر پنج تقسیم‌بندی فوق اضافه کنم:

تقسیم ششم: تقسیم مال به انتقال‌پذیر و غیرقابل انتقال

قابل انتقال بودن در اموال، اصل است همانطور که منقول بودن اصل بود عدم قابلیت انتقال، استثناء است.

اموالی که انتقال‌پذیر نیستند دو حالت دارند یا به حکم قانون، انتقال‌پذیر نیستند یا به حکم قرارداد:

^{۱۴} لُقْطه مالی است که مالک دارد ولی مالکش آن را گم کرده و دیگری آن را پیدا می‌کند، اما مالی که مالک به امانت می‌گذارد و برای استرداد آن مراجعه نمی‌کند، امانت‌گیرنده آن را نزد حاکم می‌سپارد زیرا مالک از گرفتن امتناع کرده است. در این حالت، هرچند مال باید به مالک داده شود اما مصداق لُقْطه نیست.

۱. بعضی اموال هستند که به حکم قانون، انتقال پذیر نیستند: مال حبس شده، مال مرهون (چون منوط به تنفیذ مرتهن بود)، ملک مشاع در حالت ایجاد حق شفعه (چون ممکنه من حق شفعه‌ام را اعمال کنم و آن را بگیرم)، اموال عمومی، ترکه متوفی قبل از تصفیه.

ماده ۷۹۳ قانون مدنی: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافای حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن.»

ماده ۸۶۸ قانون مدنی: «مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی مستقر نمی‌شود مگر پس از ادای حقوق و دیونی که به ترکه میّت تعلق گرفته.»

ماده ۸۶۹ قانون مدنی: «حقوق و دیونی که به ترکه میّت تعلق می‌گیرد و باید قبل از تقسیم آن ادا شود از قرار ذیل است: ۱- قیمت کفن میّت و حقوقی که متعلق است به اعیان ترکه مثل عینی که متعلق رهن است؛ ۲- دیون و واجبات مالی متوفی؛ ۳- وصایای میّت تا ثلث ترکه بدون اجازه ورثه و زیاده بر ثلث با اجازه‌ی آنها.»

ماده ۸۷۱ قانون مدنی: «هر گاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معاملاتی نمایند مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است معاملات مزبوره نافذ نبوده و دّیان می‌توانند آن را بر هم زنند.»

۲. گاهی اوقات به حکم قرارداد، مال، غیر قابل نقل و انتقال است که دو حالت دارد:

یکی شرط تعهد به عدم انتقال (یعنی مالک تعهد می‌کند که مال خود را انتقال ندهد)؛ از آنجا که چنین شرطی، شرط فعل است، ضمانت اجرای آن فسخ است.

و دیگری شرط سلب حق انتقال: ضمانت اجرای این، بطلان است، توجه داشته باشیم که نتیجه عدم انجام شرط نتیجه، بطلان نیست؛ پس چرا اینجا شد باطل؟! یادآوری می‌کنیم که راجع به بطلان، باید در مورد حق دینی و عینی صحبت کرد. حق عینی چون حق تعقیب وجود دارد؛ می‌توانستیم دست هر کسی بود، آن را باطل کنیم ولی حق دینی اول الزام می‌دهد و نهایتاً فسخ.

حق مالکیت: (مواد ۳۰ تا ۳۹ ق.م.)

در بحث مالکیت ۳ مبحث خوانده می‌شود:

قاعده تسلیط: طبق ماده ۳۰ هر مالکی حق همه گونه تصرف در مایملک خود را دارد. به این قاعده تسلیط می‌گویند (الناس مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ)؛ یعنی مالک هر کاری با مالش می‌تواند بکند. یک قاعده دیگر داریم در ماده ۱۳۲ به نام قاعده لاضرر که می‌گوید به دیگران ضرر نزنید. این دو قاعده، بسیاری از مواقع با هم جمع می‌شوند و مشکلی به وجود نمی‌آید؛ یعنی شخصی مال خودش را تصرف می‌کند و به دیگران هم ضرر نمی‌زند. ولی بعضی مواقع این دو قاعده با هم مشکل دارند که به آن تعارض نمی‌گویند، بلکه تراحم می‌گویند و تراحم از مزاحمت می‌آید.

مثال: می‌خواهیم مثالی بزنیم که یک نفر در ملک خودش تصرف می‌کند و به دیگران هم ضرر می‌زند به عبارت دیگر طبق قاعده تسلیط می‌تواند تصرف کند اما طبق قاعده لاضرر نمی‌تواند ضرر بزند که این را تراحم این دو قاعده می‌گویند؛ مثلاً شخصی در خانه خویش، صدای ضبط را به طور غیر متعارف بالا می‌برد. وقتی تسلیط با لاضرر تراحم پیدا می‌کند یک اصل داریم و یک استثناء. اصل این است که لاضرر مقدم است یعنی اصل این است که نباید آن کار مضر را انجام داد؛ اما استثناً اگر دو تا شرط جمع بشود آن وقت تسلیط مقدم می‌شود؛ یعنی اگر ضرر وارد کردی اشکال ندارد و نیازی به جبران ندارد.

مثال: یک نفر می‌خواهد در ملکش آتش روشن کند. اولین شرط این است که تصرف مضر «به قدر متعارف» باشد (زیاد از حد نباشد). شرط دوم این است که تصرف مضر، آلفی نباشد، یا به عبارت بهتر برای «رفع حاجت» یا برای «دفع ضرر» باشد. پس اگر تصرف مضر این دو شرط را داشته باشد، آن وقت اگر ضرر هم بزند نیاز به جبران ندارد؛ یعنی قاعده تسلیط بر لاضرر مقدم است (ماده ۱۳۲ ق.م.).

ماده ۳۰: هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

ماده ۱۳۲: کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.

مالکیت تبعی (مواد ۳۲، ۳۳ و ۳۴ ق.م.):

مالکیت تبعی یعنی مالکیت شخص بر ثمرات و متعلقات اموال. مالکیت تبعی یعنی شخص به تبع یک مالی، مالک مال دیگری می‌شود. مالکیت تبعی دو نوع است یکی را طبیعی و یکی را مصنوعی می‌گویند.

۱. مالکیت تبعی طبیعی: مالکیتی که خود به خود ایجاد شده مثلاً کسی زمینی دارد و پس از چند سال یک درخت در آن روییده که این را مالکیت طبیعی گویند. (بوته‌ها و درختان خودرو، حمل حیوان، آب چشمه و ...)

۲. مالکیت تبعی مصنوعی: مالکیت مصنوعی در اثر کار است یعنی شخص بذر خریده، کود خریده و آبیاری کرده درخت شده که این را مالکیت مصنوعی گویند. (زراعت، میوه، ساختمان و ...)

ماده ۳۲: تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیرمنقوله که طبعاً [مالکیت تبعی طبیعی] یا در نتیجه عملی [مالکیت تبعی مصنوعی] حاصل شده باشد بالتبع، مال مالک اموال مزبوره است.

مالکیت تبعی در قانون مدنی به دو شکل است:

۱. راجع به محصول زمین است (ماده ۳۳).

۲. راجع به محصول حیوان است (ماده ۳۴).

۱. راجع به زمین (ماده ۳۳ ق.م): در مورد زمین یک قاعده داریم و یک استثناء:

قاعده: هر کس مالک زمین است، مالک محصول هم هست.

استثناء: اگر بذر مال یکی باشد و زمین مال دیگری، محصول، مال مالک بذر است.

ماده ۳۳: [اصل:] نِماء و محصولی که از زمین حاصل می‌شود مال مالک زمین است چه به خودی خود روئیده باشد [طبیعی] یا به واسطه عملیات مالک [مصنوعی]، [استثناء:] مگر اینکه نِماء یا حاصل از اصله [نِهال] یا حبه [دانه] 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.

۲. راجع به حیوان (ماده ۳۴ ق.م): در مورد حیوان می‌خواهیم ببینیم که بچه‌اش مال چه کسی است که دو حالت دارد:

حالت اول: حیوان نر، مال یک مالک است و حیوان ماده، مال مالک دیگر، که قانون گفته بچه این دو حیوان، مال مالک مادر است (ماده ۳۴ ق.م).

ماده ۳۴: نِتاجِ حیوانات، در ملکیتِ تابعِ مادر است و هر کس مالکِ مادر است مالکِ نِتاجِ آن هم خواهد شد.

قسمتِ اخیرِ ماده فوق که می‌گوید: «... هر کس مالکِ مادر است مالکِ نِتاجِ آن هم خواهد شد.» غلط است؛ واژه «خواهد شد» را باید حذف کرد و واژه «هست» را جایگزین آن کرد. اینجوری که: «هر کس مالکِ مادر هست (یعنی قبلاً بوده) مالکِ نِتاجِ هم می‌شود»

حالت دوم: (ماده ۳۵۸ ق.م) یک حیوان ماده داریم که حامل است (اصطلاح «حامله» غلط است)؛ مالک، این حیوان را به یکی می‌فروشد. خریدار، مالکِ مادر می‌شود ولی مالکِ بچه نمی‌شود مگر اینکه تصریح کنند بچه را هم مورد بیع قرار داده‌اند.

ماده ۳۵۸: نظر به دو ماده فوق در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه، ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد بطوریکه نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود متعلق به مشتری می‌شود و بر عکس، زراعت، در بیع زمین و میوه، در بیع درخت و حمل، در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود مگر اینکه تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال، طرفین عقد می‌توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند.

مالکیتِ تبعی بر متعلقات مال:

۱. مالکیتِ فضا و قرارِ زمین: ماده ۳۸ قانون مدنی می‌گه: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و هم چنین است نسبت به زیر زمین، بالجمله مالک حق همه‌گونه تصرف در هوا و قرار دارد، مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد.»

۲. مالکیتِ فضا و قرارِ شوارع عمومی:

۳. مالکیتِ بنا و درخت بر روی زمین:

۴. مالکیتِ چشمه واقع در زمین: ماده ۹۶ قانون مدنی می‌گه: «چشمه واقع در زمین کسی محکوم به ملکیت صاحب زمین است، مگر این که دیگری نسبت به آن چشمه عیناً یا انتفاعاً حقی داشته باشد.» به موجب قانون آب و نحوه ملّی شدن آن و قانون توزیع عادلانه آب، چشمه‌ها در زمره اموال عمومی است و استفاده از آن منوط به صدور پروانه مصرف از وزارت نیرو است.

اماره تصرف:

اماره در لغت به معنی علامت، نشان و نشانه است در اصطلاح، اماره عبارت است از هر چیزی که اولاً جنبه کاشفیت و حکایت از چیز دیگری را داشته باشد، مانند تصرف که ظاهراً حکایت از مالکیت در شیء مورد تصرف می‌کند. ثانیاً کاشفیت مزبور قطعی نبوده بلکه ظنی باشد، مانند تصرف. امارات در علم حقوق از جایگاه ویژه‌ای برخوردارند، به طوری که به موجب بند ۴ ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی امارات از ادله اثبات دعوا شمرده شده‌اند. طبق قانون، اماره یعنی اوضاع و احوالی که دلالت بر امری می‌کند.

اماره تصرف (ماده ۳۵): طبق این ماده تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. این عبارت، بیانگر قاعده ید است که برای اثبات مالکیت به کار می‌رود یعنی هر کس به عنوان مالک، مالی را در تصرف خویش داشته باشد اصولاً مالک آن مال است مگر خلاف آن ثابت شود.

طبق ماده ۱۳۲۲ ق.م.دلیل در ماده ۳۵ ق.م. یعنی اماره. در قانون ۵ تا دلیل داریم: اقرار، سند، شهادت، اماره و سوگند.

ماده ۳۵: تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

یعنی هر کس متصرف مالی است مالک حساب می‌شود مگر اینکه خلافش ثابت شود؛ این را اماره تصرف گویند.

ماده ۱۳۲۲: امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده^{۱۵} مثل امارات مذکوره در این قانون از قبیل مواد ۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۰ و ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آنها، و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر.

بدیهی است که هر تصرفی نمی‌تواند دلیل مالکیت باشد. بنابراین تصرفی دلیل مالکیت است که دارای دو شرط اساسی باشد شرایط اعتبار تصرف: (۱) تصرف به عنوان مالکیت باشد؛ (۲) تصرف باید مشروع باشد.

به عنوان مالکیت: یعنی متصرف طوری رفتار کند که انگار مالک است. هر کس او را می‌بیند بگوید که فلانی مالک است. بنابراین هرگاه شخصی مالی را با عنوان غیر از مالک در تصرف داشته باشد، مالک آن مال فرض نمی‌شود، مثلاً کسی مال را با عنوان امانت در تصرف داشته باشد در این صورت، تصرف، دلیل مالکیت نیست لذا تصرف مذکور در ماده ۳۵ باید دارای دو عنصر باشد: ۱. عنصر مادی: داشتن استیلاء بر مال؛ ۲. عنصر معنوی: داشتن قصد اعمال تصرف به عنوان مالکیت.

توجه: اگر اختلاف شود در این که تصرف به عنوان مالکیت بود یا از جانب دیگری (مثلاً به عنوان امین یا مستأجر) تصرف به عنوان مالکیت تلقی می‌شود و خلاف آن نیاز به اثبات دارد اما اگر ثابت شود شروع تصرف شخصی بر مال از جانب دیگری بوده (مثلاً به عنوان مستأجر) در این صورت، بار اثبات اینکه عنوان تصرف تغییر کرده و به تصرف به عنوان مالکیت تبدیل شده است به عهده متصرف است.

اصل: اصل این است که تصرف هر کس به عنوان مالکیت است. حال اگر کسی ادعا دارد که تصرف متصرف به عنوان مالکیت نیست باید آن را اثبات کند. همواره در دادگاه، مدعی باید دلیل بیاورد. حال مدعی کیست؟ مدعی کسی است که خلاف اصل صحبت می‌کند. در بحث ما اصل این است که تصرف به عنوان مالکیت است و در این دعوا مدعی کسی است که می‌گوید تصرف این شخص به عنوان مالکیت نیست که باید دلیل بیاورد. حال باید به این سؤال پاسخ داد، تصرف در چه چیزی؟ در واقع باید بدانیم «قلمرو قاعده ید» تا کجاها هست: اماره تصرف، مخصوص مالکیت در اعیان نیست و در مالکیت منافع و سایر حقوق عینی اجرا می‌شود؛ مثلاً تصرف به عنوان حق ارتفاق، دلیل حق ارتفاق است.

در سه چیز، تصرف، دلیل مالکیت است:

۱. عین: تصرف در عین دلیل مالکیت عین است. مثلاً کسی متصرف گوشی تلفن همراه است (گوشی همان عین است).

۲. منفعت: تصرف در منفعت، دلیل مالکیت منفعت است. مثلاً یک نفر به نام «الف»، متصرف یک واحد آپارتمان است، یک نفر دیگر به نام «ب» بیرون آپارتمان است. حال فرض کنید بر سر منافع آپارتمان دعوا دارند. کسی که

^{۱۵} فرق «اماره قانونی» با «فرض» در این است که خلاف اماره را می‌توان ثابت کرد اما خلاف فرض را نمی‌توان ثابت کرد.

در خانه است می‌گوید من مستأجر «ج» هستم (ج مالک یا موجر است) و کسی که بیرون خانه است می‌گوید من مستأجر «ج» هستم. در این مثال کسی که در خانه است مستأجر محسوب می‌شود (طبق اماره تصرف).

تصرف موجر به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت موجر است. تصرف مستأجر به عنوان مالکیت منافع، دلیل مالکیت منافع مستأجر است.

۳. حق تصرف در حق (حق انتفاع، ارتفاق و تحجیر)، دلیل صاحب حق بودن است.

مثال: دو همسایه در مجاورت هم زندگی می‌کنند. یکی از آن‌ها سال‌های سال از ملک دیگری عبور می‌کرده (فقط عبور) انگار حق ارتفاق داشته است. بعد از چند سال دعوایشان می‌شود و همسایه دیگر نمی‌گذارد عبور کند. به دادگاه مراجعه می‌کنند و هیچکدام هم دلیل ندارند. کسی که عبور کرده است دلیل مبنی بر اینکه حق دارد ندارد و دیگری هم که جلوی آن را گرفته دلیل ندارد که حق دارد جلوی آن را بگیرد. دادگاه می‌گوید که تصرف این شخص دلیل آن است که او حق ارتفاق دارد. (مواد ۹۷ و ۱۲۴ ق.م.)

ماده ۹۷: 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.

ماده ۱۲۴: اگر از قدیم [واژه «از قدیم» نشانه تصرف سابق است] 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 سرتیر 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.

مشروعیت تصرف: طبق ماه ۳۶ تصرفی دلیل مالکیت است که مشروع (قانونی) باشد. تصرف غاصب چون مشروع نیست، دلیل مالکیت نیست.

ماده ۳۶: تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود.

اصل این است که تصرف مشروع است؛ یعنی متصرف نیازی ندارد که ثابت کند تصرفش مشروع است. اگر کسی ادعا دارد که تصرف متصرف مشروع نیست، باید ثابت کند.

ماده ۳۷ (تعارض بین تصرف فعلی و مالکیت سابق): فرض کنید یک نفر در حال حاضر متصرف است و یک نفر دیگر مدعی است که من مالکم. در دادگاه مالکیت سابق مدعی از دو راه ثابت می‌شود:

۱. یا شاهد می‌آورد که شاهدها می‌گویند، ما الان را خبر نداریم اما مدعی، یک ماه پیش مالک بوده است.

۲. متصرف، خودش اقرار می‌کند که یک ماه پیش، مدعی، مالک بوده است اما الان نیست.

همین که مالکیت سابق مدعی ثابت شد، مال را از متصرف می‌گیرند و به مدعی می‌دهند و به متصرف می‌گویند که: «اگر مالک هستی ثابت کن»؛ (مثلاً ثابت کن مال را خریده‌ای یا مال به شما هبه شده یا ...) پس در تعارض تصرف فعلی و مالکیت سابق، مالکیت سابق مقدم است. ماده ۳۷ ناقص است چرا که فقط اقرار را گفته و شهادت را نگفته در حالی که شهادت و سوگند هم مثل اقرار است؛ اما از نظر منطقی باید گفت: مالکیت سابق مدعی چه با اقرار، چه با شهادت و چه با سوگند ثابت می‌شود و مهم این است که ثابت شود.

بیشتر بدانیم: اماره تصرف در دسته‌بندی ادله اثباتی یک نوع اماره قانونی است و اگر دلیلی بر خلاف آن موجود باشد باید کنار گذاشته شود زیرا اماره تاب مقاومت در برابر دلیل را ندارد پس اگر شخصی متصرف مالی باشد و دیگری مدعی مالکیت بر آن مال گردد و سپس متصرف به مالکیت سابق مدعی اقرار نماید اماره تصرف بی‌اثر می‌شود. زمانی می‌شود به اماره تصرف استناد کرد که دلیل نباشد چون اماره، تاب مقاومت در برابر دلیل را ندارد. متصرف برای اثبات مالکیت خود نمی‌تواند به تصرف خویش استناد کند بلکه باید ثابت کند که آن مال بر طریقه قانونی به او منتقل شده است.

ماده ۳۷: 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 [چون تصرفش، اماره است ولی اقرار، دلیل است] مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.

موضوعی که باید در اینجا بررسی کنیم این است که اگر مدعی مالکیت با شهادت شهود یا با اسناد کتبی اثبات کند که در گذشته، مالک مال بوده است آیا این ادله مانند اقرار، اماره تصرف را بی‌اثر می‌کند؟ در این زمینه اختلاف نظر داریم، طبق نظر مشهور: «بله، اماره تصرف را بی‌اثر می‌کند و منظور از دلیل، هر دلیلی می‌تواند باشد»، هرچند که طبق ظاهر قانون مدنی منظور از دلیل، اقرار است. پس اگر در سؤال، نظر قانون مدنی را خواستند فقط اقرار را مدنظر قرار می‌دهید و در غیر این صورت، با سایر دلایل هم قابل اثبات است.

سه نکته راجع به ماده ۳۷:

نکته ۱. در تعارض تصرف فعلی با وقفیت سابق، وقفیت سابق مقدم است. مثلاً ملکی در حال حاضر در تصرف الف است دو نفر شاهد می‌آیند می‌گویند این ملک پارسال وقف بوده (وقفیت سابق ثابت شد) در این صورت، ملک را از تصرف الف می‌گیرند، چون همانگونه که بعداً خواهیم گفت امکان انتقال و تملک وقف، خلاف اصل است.

اگر اختلاف در ملکیت یا وقفیت یک مال باشد اصل بر ملکیت است و وقفیت بودن نیاز به اثبات دارد؛ چون اول باید یکی مالک باشد که بعد وقفش کند.

تصرف موقوفه به عنوان تولیت، دلیل تولیت نیست.

نکته ۲. در تعارض تصرف فعلی با مالکیت عمومی سابق، مالکیت عمومی سابق مقدم است زیرا اصل بر آن است که اموال عمومی قابل انتقال نیستند. مثلاً کسی متصرف یک ملک است، دو نفر شاهد می‌آیند و می‌گویند: «این

ملک، پارسال پارک بوده است» (مالکیت عمومی سابق). در این صورت ملک را از متصرف می‌گیرند چون متصرف نمی‌تواند بگوید خریده‌ام.

نکته ۳: در تعارض تصرف فعلی با تصرف سابق، تصرف فعلی مقدم است چون هر دو اماره‌اند و اماره کنونی بر اماره گذشته مقدم است. مثلاً مالی در حال حاضر دست متصرف است، دو نفر شاهد هم می‌آیند می‌گویند ما این مال را دیروز دست الف دیدیم (نمی‌گویند دیروز الف مالک بوده)، در اینجا متصرف فعلی، مالک است.

نکته ۴: در تعارض بین امارات قانونی (همین تصرف) با امارات قضایی طبق نظر غالب، امارات قضایی مقدم هستند.

نکته ۵: در تعارض بین تصرف با ادله اثبات دعوا طبق قانون مدنی، اگر منظور اقرار باشد، ادله حاکم است.

نهایتاً همانطور که گفتیم اماره توان معارضه با دلیل را ندارد البته این در حالتی است که ادله اقامه شده دلالت بر حق مالکیت مدعی داشته باشد ولی اگر دلالت بر تصرف سابق او داشته باشد در این حالت، تعرض بین تصرف سابق و تصرف لاحق بوجود آمده که در این صورت، تصرف فعلی مقدم است.

حق انتفاع: (مواد ۴۰ تا ۹۲ ق.م.)

ماده ۴۰ قانون مدنی حق انتفاع را تعریف کرده است.

تعریف حق انتفاع: حقی است که شخص می‌تواند از منافع مالی که آن منافع مال خودش نیست، استفاده کند.

ماده ۴۰: 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.

مفاهیم مشابه: برای درک بهتر حق انتفاع، لازم است آن را با مفاهیم مشابه مقایسه کرد:

الف) تفاوت مالکیت منفعت و حق انتفاع که قبلاً به صورت گذرا بدان اشاره کردیم:

۱. در حق انتفاع، دارنده فقط می‌تواند از متعلق آن انتفاع ببرد و سایر تصرفات را نمی‌تواند در مال انجام بدهد ولی مالک منفعت می‌تواند هر نوع تصرفی در منفعت متعلق حق انجام دهد (چون مالکیت، نسبت به حق ارتفاق و انتفاع، یک حق کامل‌تری است) بنابراین مالک منفعت، می‌تواند منفعتی را که مالک آن است به دیگری اجاره (تصرف حقوقی) دهد (چون حق مالکیت، مطلق بود: چه تصرف حقوقی و چه تصرف مادی) مگر اینکه مالک عین، او را منع کرده باشد (ماده ۴۷۴ قانون مدنی) در حالی که دارنده حق انتفاع، مجاز به اجاره دادن مال موضوع حق انتفاع نیست چون مالک آن نیست.

۲. در مالکیت منفعت ذره‌های منفعت در ملک صاحب آن یعنی مالک منفعت به وجود می‌آید نه در مالکیت مالک عین، مالکیت عین لزوماً به معنای مالکیت منفعت نیست و با یکدیگر ملازمه ندارند بنابراین اگر شخصی ملک خود

را اجاره دهد مالک منفعتش، مستأجر است و مالک عین، موجر و ذره‌های منفعت در ملکیت صاحب منفعت که مستأجر است به وجود می‌آید اما در حق انتفاع ذرات منفعت در ملک صاحب عین به وجود می‌آید.

۳. در مالکیت منفعت اگر برای مثال باغی به مدت یک سال اجاره داده شود پس از پایان مدت اجاره مستأجر می‌تواند میوه‌های روی درخت را بچیند چون مالک منفعت باغ است و منافع، در ملک او حاصل شده است (تمام ذره‌های میوه در ملک او به وجود آمده است)؛ اما اگر حق انتفاع باغی به مدت یک سال به کسی داده شود پس از پایان مدت منتفع نمی‌تواند میوه‌های بر روی درخت را بکند چون مالک منفعت نیست و ذره‌های میوه در ملک او به وجود نیامده است و به صاحب اصلی باغ تعلق دارد.

از تفاوت‌های فوق می‌توانیم نتیجه بگیریم که: حق انتفاع در درجه‌ای ضعیف‌تر از مالکیت منفعت است چون مالکیت، کامل‌ترین حق عینی است که حق هرگونه تصرف را می‌دهد بنابراین، درجه‌ای قوی‌تر از حق انتفاع است. این دو، یک شباهت نیز با هم دارند: در هر دو چه مالکیت منفعت (اجاره) و چه حق انتفاع، مال باید مصرف‌نشده باشد.

موضوع حق انتفاع فقط حق عینی است، اگر حق معنوی و حق دینی را بخواهید به انتفاع بدهید تابع ماده ۱۰ قانون مدنی است. حق انتفاع، حق عینی است لذا موضوع آن باید شیئی مادی باشد (منقول یا غیرمنقول) انتفاع از دین یا حق معنوی را باید طبق ماده ۱۰ بررسی کرد.

(ب) تفاوت حق انتفاع با اذن در انتفاع: سبب ایجاد انتفاع ممکن است حق باشد گاهی هم ممکن است اذن باشد اگر حق بود نیاز به چیزی داریم به نام عقد (عقد موجد حق انتفاع) که این عقد، لازم است و قبض در آن شرط صحت است اما اذن در انتفاع، ایقاع است و جایز است و هیچ حقی به طرف مقابل نمی‌دهد. اذن در انتفاع از سوی مالک اصولاً قابل رجوع است مگر اینکه مالک، حق رجوع خود را به وجه ملزومی ساقط کرده باشد (جایز، ضمن لازم درج شود) یا رجوع او بر خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد (مثل نبش قبر) برای درک بهتر حق انتفاع با اذن در انتفاع بهتر است تفاوت‌های حق و اذن را در مبحث عقد لازم و جایز مطالعه کنید. مرحوم کاتوزیان می‌گفت: «حق انتفاع به ارث می‌رسد» منظورشان این بود که عقد موجد حق انتفاع به ارث می‌رسد چون عقد موجد حق انتفاع، عقدی است لازم، با فوت و حجر از بین نمی‌رود اما اذن در انتفاع از بین می‌ره.

تفاوت اذن در انتفاع با اباحه در انتفاع: هر دو ایقاع هستند، هر دوی اینها برای انتفاع هستند، تنها تفاوت اینها در این است که زمانی که اذن در انتفاع می‌دهیم یعنی «انتفاع کن» و در اباحه یعنی «انتفاع کن و می‌توانی مصرف هم بکنی» مثلاً زمانی که به دیگری شربت تعارف می‌کنی نمی‌توانی اذن در انتفاع بدهی چون کسی نمی‌تواند شربت را به انتفاع ببرد و بعد آن را برگرداند.

(ج) تفاوت حق انتفاع و حق ارتفاق:

۱. موضوع حق انتفاع، ممکن است منقول باشد یا غیرمنقول اما حق ارتفاق، اختصاص به املاک و اراضی (غیرمنقول ذاتی) دارد حتی در مورد اموال غیرمنقول حکمی و تبعی نیز جاری نمی‌شود.
۲. حق انتفاع جز در حبس مؤبد و وقف اصولاً موقت است اما حق ارتفاق دائمی است مگر به تراضی طرفین محدود به مدت خاصی شود.
۳. دارنده حق انتفاع هر شخصی از اشخاص حقیقی یا حقوقی می‌تواند باشد ولی دارنده حق ارتفاق، مالک غیرمنقول است.
۴. حق انتفاع حقی مستقل و اصلی است اما حق ارتفاق، حق عینی تبعی است.
۵. حق انتفاع، قابل نقل و انتقال است اما حق ارتفاق، جدا از ملک و مستقلاً قابل انتقال نیست.

سبب برقراری حق انتفاع ممکن است عقد باشد، ممکن است اذن باشد یا ممکن است قانون باشد:

- ۱. اگر عقد باشد به آن عقد موجد حق انتفاع گویند که این عقد، عقدی است لازم. این عقد ممکن است دو جور باشد:
- معین (عقود با نام): اگر عقد معین باشد دو مدل است (منشاء قراردادی حق انتفاع در قانون مدنی دو عقد است): حبس و وقف. (مرحوم صفایی و کاتوزیان بر این دو، وصیت را نیز اضافه می‌کنند.)
- عقد حبس ممکن است موقت باشد، مطلق باشد یا مؤبد باشد. حبس مؤبد در قانون مدنی نیامده است اما موقت و مطلق در قانون مدنی ذکر شده است.
- در حبس موقت، طرفین با توافق برای حق انتفاع، مدت، معین می‌کنند این مدت ممکن است به چند صورت زیر باشد:

عُمری، رُقبی و سُکنی (مواد ۴۱ تا ۵۴ ق.م)

این سه اصطلاح هر سه حق انتفاع هستند و ناشی از یک عقد هستند. مالک با یک نفر عقد می‌بندد و به او حق انتفاع می‌دهد. به این عقد، عقد موجد حق انتفاع می‌گویند. این حق انتفاع (از حیث مدت زمان) یا به صورت عُمری است یا رُقبی.

عُمری (ماده ۴۱ ق.م): عمری از واژه عمر می‌آید. طبق ماده ۴۱ حق انتفاعی است که به مدت عمر یک نفر است و به مدت عمر هر کس می‌تواند باشد. به مدت عمر مالک یا به مدت عمر منتفع (دارنده) و یا به مدت عمر ثالث.

ماده ۴۱: عُمری 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.

رُقبی (ماده ۴۲ ق.م): رقبی از واژه مراقبت می‌آید. حق انتفاعی است که به مدت معین است مثلاً شش ماه، یک سال. عُمری، معین نیست اما رُقبی، معین است.

ماده ۴۲: رُقبی حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می‌گردد.

سُکنی: سُکنی از واژه سکونت می‌آید. سُکنی نباید کنار عُمری و رُقبی بیاید و این، اشتباه قانون است. به دلیل اینکه مقصود سُکنی اصلاً مدت نیست ولی عُمری و رُقبی، مدت است.

تعریف سُکنی: حق انتفاع در مَسکن است که می‌تواند عمری یا رقبی باشد (ماده ۴۳ ق.م).

ماده ۴۳: اگر حق انتفاع عبارت از سکونت در مَسکنی باشد «سُکنی» یا «حق سُکنی» نامیده می‌شود و این حق ممکن است به طریق عمری یا به طریق رقبی برقرار شود.

حبس مطلق: مالک به یک نفر بدون مدت، حق انتفاع می‌دهد، به این مدل، حبس مطلق می‌گویند. این عقد باطل نیست. «حبس» یعنی عقدِ موجدِ حق انتفاع و برای اینکه قیدی ندارد (مدت ندارد) به آن مطلق گویند.

نکته: اگر مالک برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشد حبس، مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک است، فرق حبس مطلق با حق عمری تا فوت مالک این است که در حبس مطلق هیچ سخنی از ذکر مدتِ عمر نمی‌آید اما در حق عمری، طرفین، آن را ذکر می‌کنند.

مدت حبس مطلق تا فوت مالک است اما مالک می‌تواند قبل از فوت رجوع کند. در عُمری و رُقبی مالک نمی‌تواند رجوع کند اما در حبس مطلق استثنائاً مالک می‌تواند رجوع کند و همچنین استثنائاً منتفع می‌تواند رجوع کند. حبس مطلق با فوت هر کدام به هم می‌خورد و چون وابسته به شخصیتِ منتفع است با فوتِ وی به هم می‌خورد ولی حبس مطلق با حجر به هم نمی‌خورد (ماده ۴۴ قانون مدنی در کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی مرحوم کاتوزیان دو زیرنویس یا حاشیه دارد که در همین مورد صحبت کرده است) بنابراین حبس مطلق عقدی است جایز.

ماده ۴۴: 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.

فرق حبس مطلق و عُمری: ۱. در عمری، مدت ذکر می‌شود اما این مدت تا عمر است در حالی که در حبس مطلق، حرفی از مدت زده نشده است؛ ۲. عمری لازم است ولی حبس مطلق جایز است؛ ۳. عمری، قابل رجوع نیست، حبس مطلق، قابل رجوع است.

نکته: برخی اعتقاد دارند که عقد موجد حق انتفاع، نسبت به یک سمت، لازم است و نسبت به سمت دیگر جایز البته در حالتی که رایگان است.

حبس مؤبد: اسم دیگر حبس مؤبد، حبس ابدی است؛ طرفین توافق می کنند که حق انتفاع، دائمی و ابدی باشد (عقد موجد حبس مؤبد شباهت بسیاری به عقد وقف دارد مثلاً در هر دو شرط عیوض راه ندارد). در مورد وقف نیز، حبس، دائمی است. فرق حبس مؤبد و وقف گفته خواهد شد.

نکته: می دانیم که عقد موجد حق انتفاع، قبض می خواهد که این حکم، مخصوص عقد موجد حق انتفاعی است که معین باشد لذا طبق نظر غالب، عقد موجد حق انتفاع نامعین نیازی به قبض ندارد.

نامعین (عقود بی نام):

اوصاف عقد حبس: همانطور که گفتیم اگر مبنای حق انتفاع عقد باشد آن عقد یا حبس است یا وقف؛ عقد حبس دارای این اوصاف است:

۱. عقد است و دو طرف دارد: حابس و منتفع؛ می تواند معوض باشد یا غیرمعوض ولی وقف، مجانی است و نمی توانیم شرط عیوض کنیم و شرط عیوض باعث می شود که شرط، باطل و عقد، صحیح باشد.

۲. عقد حبس در شمار حقوق عینی است یعنی اگر موضوع عقد حبس به قبض منتفع و نماینده او در نیاید عقد منعقد نمی شود بنابراین قبض، شرط صحت است؛ البته فوریت قبض، شرط نیست (نظر مخالف وجود دارد). در وقف، قبض، شرط تحقق است.

۳. موضوع عقد حبس باید مال قابل بقاء باشد و در وقف هم باید قابل بقاء باشد.

۴. عقد حبس عقدی است لازم جز در حبس مطلق که عقدی جایز است (غیراذنی) و با فوت از بین می رود، وقف هم لازم است.

نکته مهم: وقف و حبس هر دو منشاء حق انتفاع هستند اما تفاوت هایی با هم دارند که عبارتند از:

۱. در وقف، شرط خیار امکان پذیر نیست (زیرا وقف، دائمی است و اگر موقت باشد باطل است) در حبس می توان شرط خیار کرد.

۲. وقف را نمی توان اقاله کرد (اقاله باطل است)، حبس قابل اقاله است.

۳. در وقف عام، قبول حاکم شرط است در حبس، قبول حاکم نیاز نیست.

۴. در وقف نمی‌توان شرطِ عَوْضِ کرد چون عقدی است غیرمعووض (اگر شرطِ عَوْضِ شود شرط، باطل و عقد، صحیح است)^{۱۶}؛ حبس ممکن است معوض باشد یا غیرمعووض.

۵. وقف، عقد لازم است؛ حبس، لازم است؛ اصولاً حبس مطلق، جایز است (ماده ۴۴).

توجه: نظرِ اَرَجَحِ آن است که منظور از عقدِ موجدِ حق انتفاع، حبس است.

نکته: تفاوت وقف و حبس مؤبد: هر چند که این دو دائمی می‌باشند و یکدیگر شبیه هستند اما ارتباط منطقی آنها از نوع تباین است و تفاوت‌هایی به شرح زیر دارند:

۱. در حبس مؤبد، حابس، مالکِ عین می‌ماند.

۲. در حبس مؤبد، مال، قابل خرید و فروش است.

۳. حبس مؤبد قابل اقاله است.

۴. در حبس مؤبد، منتفعین می‌توانند حق خود را ساقط کنند مانند حق انتفاع و حق ارتفاق در حالی که در وقف، این امکان وجود ندارد.

۵. در حبس مؤبد اگر شرط مباشرت نشده باشد، منتفعین می‌توانند حق خود را انتقال دهند.

۶. در حبس مؤبد اگر نسل منتفعین خاتمه یابد مال از حبس خارج می‌شود اما در وقف خاص، مقطوع‌النسل شدن منتفعین باعث از بین رفتن وقف نیست و وقف باقی می‌ماند و صرف امور خیریه می‌شود.

• ۲. اگر اذن باشد به آن اذن در انتفاع گویند که این، ایقاع جایز است. البته باید توجه شود که حق انتفاع مبتنی بر اذن از ثبات و دوام زیادی برخوردار نیست زیرا اذن، تعهدی را برای مالک ایجاد نمی‌کند و هر لحظه ممکن است از اذن خود رجوع کند به همین دلیل ماده ۱۰۸ مقرر می‌دارد: «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 این که مانع قانونی موجود باشد.»

• اگر حق انتفاع را قانون بدهد به آن حق انتفاع از مباحات گویند.

ماده ۹۲ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «هرکس می‌تواند با رعایت قوانین و نظامات راجعه به هر یک از مباحات از آنها استفاده نماید.» یعنی حق انتفاع را ممکن است قانون به شما بدهد.

نکته: حق انتفاع یک حق مالی است. حق مالی قابل نقل و انتقال است. حق انتفاع چون یک حق مالی است قابل نقل و انتقال است چه به صورت ارادی و چه به صورت قهری؛ یعنی منتفع می‌تواند حقش را به دیگری بدهد و اگر هم بمیرد حقش به ورثه می‌رسد، اما اگر حق انتفاع وابسته به شخصیت منتفع بود دیگر قابل نقل و انتقال نیست

^{۱۶} شرط به سود واقف به عهده منتفع، شرط باطل است اما عقد، صحیح می‌ماند.

(یعنی فرضاً مالک حق انتفاع را فقط و فقط به منتفع داده باشد؛ به عبارت دیگر، مقصود وی این بوده باشد که: «نخواهد دیگری این حق را داشته باشد»).

نکته: طبق ماده ۴۵ قانون مدنی حق انتفاع مانند هر حق دیگری باید به موجود داده بشود. حق به معدوم تعلّق نمی‌گیرد اما می‌توانیم حق را به موجود بدهیم و سپس بگوییم بعد از تو به فرزندت برسد. فرض کنی در حال حاضر آقای «الف» فرزند ندارد، از این رو نمی‌توان حق انتفاع را به فرزند وی داد اما می‌توان حق انتفاع را به خودش (آقای الف) داد و بعد تأکید شود بعد از خودت به فرزندت برسد. اگر بخواهیم به معدوم بدهیم، باید به تبع موجود بدهیم (ماده ۴۵ ق.م). نکته قابل توجه اینکه «حمل، موجود است» البته حمل، مشروط به اینکه زنده متولد شود. ماده ۸۵۱ ق.م.هم، مشابه این مورد را مقرر داشته: «وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملک او منوط است بر این که زنده متولد شود.»

ماده ۴۵: 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 نیامده‌اند برقرار شود و مادامی که صاحبان حق انتفاع موجود هستند حق مزبور باقی و بعد از انقراض آنها حق زائل می‌گردد. نکته: عقد موجد حق انتفاع می‌تواند معوض یا مجانی باشد. یک سری عقود در قانون معوض‌اند مثل بیع و اجاره؛ یک سری عقود مجانی‌اند مثل هبه، ودیعه و عاریه؛ یک سری عقود هم دو وجهی‌اند یعنی هم معوض‌اند و هم مجانی مانند عقود موجد حق انتفاع که می‌تواند معوض یا مجانی باشد. مالک حق انتفاع می‌دهد می‌تواند عوض بگیرد (معوض) و می‌تواند عوض نگیرد (مجاناً) که فرقی ندارد.

نکته: منتفع در عقد موجد حق انتفاع، امین است. (امین مسئول مال نیست مگر تقصیر کرده باشد، به عبارت بهتر امین، نه مسئول خسارت و نه تلف است مگر اینکه تقصیر کرده باشد) پس، منتفع چون امین است اگر تقصیر کرده باشد مسئول است و گرنه مسئولیتی ندارد (مواد ۴۸، ۵۰ و ۵۲ ق.م).

ماده ۴۸: منتفع باید از مالی که موضوع حق انتفاع است سوءاستفاده نکرده و در حفاظت از آن تعدی یا تفریط ننماید.

ماده ۵۰: اگر مالی که موضوع حق انتفاع است بدون تعدی یا تفریط منتفع تلف شود مشاراًلیه مسئول آن نخواهد بود.

ماده ۵۲: در موارد ذیل منتفع ضامن تضررات مالک است:

۱. در صورتی که منتفع از مال موضوع انتفاع سوءاستفاده کند.

۲. در صورتی که شرایط مقرر از طرف مالک را رعایت ننماید و این عدم رعایت موجب خسارتی بر موضوع حق انتفاع باشد.

ماده ۴۹ ق.م.راجع به مخارج نگهداری مال موضوع انتفاع است. مالی که موضوع حق انتفاع است دو سری مخارج و هزینه دارد:

۱. مخارج نگهداری اصل مال

۲. مخارج استفاده مثل بنزین، روغن، ضد یخ و ...

در حق انتفاع مخارج نگهداری با مالک است. مخارج استفاده با منتفع است. ولی علی‌الاصول می‌توان خلافش را به هر نوعی شرط کرد. ماده ۴۹ فقط یکی از آن‌ها را گفته است.

ماده ۴۹: مخارج لازمه برای نگهداری مالی که موضوع انتفاع است بر عهده منتفع نیست [می‌خواهد بگوید: «با مالک است»] مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد.

پس هزینه‌هایی که برای انتفاع، ضرورت دارد به عهده منتفع است مثل هزینه نظافت. هزینه‌هایی که برای تسهیل انتفاع است به عهده منتفع است مثل رنگ‌آمیزی اتاق. هزینه‌های که برای بقای اصل مال است به عهده مالک است مثل هزینه تعمیر. در وقف و حبس دائم هزینه‌های حفظ مال باید از منافع آن پرداخت شود.

نکته: ماده ۵۱ ق.م.راهای از بین رفتن حق انتفاع را گفته است.

حق انتفاع در موارد زیر از بین می‌رود:

۱. انقضای مدت: اگر مدت تمام شود حق انتفاع از بین می‌رود. پایان مدت حق انتفاع در رقبی به این علت موجب از بین رفتن حق انتفاع است زیرا در رقبی، مدت باید معین باشد.

۲. تلف مال: اگر مال از بین برود حق انتفاع از بین می‌رود؛ ممکن است تلف کل باشد یا بعضی؛ در مورد تلف کل باید گفت: حق انتفاع به طور کل از بین می‌رود؛ در مورد تلف بعضی باید گفت: نسبت به آن مقدار از بین می‌رود و نسبت به مقدار باقی‌مانده، حق انتفاع باقی می‌ماند مگر آنکه از مقدار باقی‌مانده هم نتوان انتفاع برد. (در مورد اینکه آیا متعلق حق انتفاع باید در زمان موجود باشد یا مثلاً اگر سبب حق انتفاع قرارداد است باید در زمان تشکیل عقد، متعلق موجود باشد یا وجود آن در زمان آینده کفایت می‌کند؟ مثلاً شخصی آپارتمانی را پیش‌خرید کرده ولی هنوز ساخته و تکمیل نشده؛ حالا آیا این را می‌شود متعلق حق انتفاع قرار داد؟ اختلاف نظر داریم اما نظر غالب این است که امکان‌پذیر است. توجه: وصیت به مال آینده هم امکان‌پذیر است.)

نکته: اگر مال مورد حق انتفاع تلف شود و منتفع، مثل را بدهد باز هم حق انتفاع از بین رفته است.

نکته: تعدی و تفریط منتفع باعث زوال حق انتفاع نیست فقط ید امانی او را به ید ضمانی تبدیل می‌کند.

علاوه بر دو مورد زوال حق انتفاع که در ماده ۵۱ اشاره شده باید گفت مواردی وجود دارد که قانون نگفته مثل:

«۳. رجوع مالک در حبس مطلق: چون حبس مطلق، جایزِ غیراذنی است»

«۴. فوت مالک در حبس مطلق»

«۵. اعراض صاحب حق انتفاع: یعنی صاحب حق انتفاع حق خود را نسبت به متعلق موضوع ساقط نماید که چون حق انتفاع یک حق عینی است، اسقاط آن، اعراض نامیده می‌شود و نه ابراء»

«۶. فک ملک: مانند مصادره شدن یا ملّی شدن ملک یعنی مثلاً ملک، قدیمی باشد و تبدیل به اثر ملّی شود»

«۷. شرطِ خیار: منظور، شرطِ خیار در عقد موجد حق انتفاع است زیرا در اذن در انتفاع نمی‌توان شرط خیار گذاشت (یکی از تفاوت‌های وقف و حبس در این بود که در وقف، خیار شرط راه ندارد اما در حبس، خیار شرط، راه دارد.)»

«۸. فوت کسی که حق انتفاع به مدت عمر او برقرار شده است مثلاً در عُمری با فوت مالک، منتفع یا ثالث»

ماده ۵۳ ق.م.راجع است به انتقال موضوع

فرض کنید مالک، حق انتفاع را مثلاً برای یک سال (به صورت رُقبی) به دیگری داده است. بعد از یک ماه، مالک مالش را به یکی دیگر می‌فروشد. باید گفت اولاً این فروش درست است ثانیاً با فروش مالک، حق انتفاع از بین نمی‌رود در واقع در این صورت منتفع می‌گوید: «برای من فرقی ندارد که مالک چه کسی باشد.» ثالثاً از آن طرف، خریداری که مال را از مالک خریده اگر جاهل باشد (یعنی اگر نداند که واگذاری حق انتفاع وجود دارد) می‌تواند معامله‌اش را با مالک فسخ کند.

اگر مالک، حقوق خود را به منتفع واگذار کند یا منتفع، حق انتفاع خود را به مالک منتقل سازد حق انتفاع زائل می‌شود (شبیه مالکیت مافی‌الذمه)

ماده ۵۳: انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان [زوال] حق انتفاع نمی‌شود ولی اگر منتقل‌إلیه [خریدار] جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

ماده ۵۴ قانون مدنی: «سایر کیفیات انتفاع از مال دیگری به نحوی خواهد بود که مالک قرار داده یا عرف و عادت اقتضاء بنماید.»

جمع‌بندی: حقوق و تکالیف مالک و منتفع:

حقوق منتفع: انتفاع متعارف، امانی بودن.

تکالیف منتفع: حفاظت از متعلق حق، پرداخت هزینه‌ها (ماده ۵۴).

حقوق و تکالیف مالک: هر یک از مالک و منتفع می‌توانند در حدود اختیارات و امتیازاتی که قانون به آنها داده در مال موضوع حق تصرف کنند و رابطه این دو، مثل مالکان مال مشاع در مال مشترک نیست. در وقف هم رابطه مالک قطع می‌شود و واقف هیچگونه تصرفی ندارد.

حق ارتفاق (مواد ۹۳ تا ۱۰۸ ق.م):

حق ارتفاق حقی عینی است که نسبت به اموال غیرمنقول اصلی (ذاتی) ایجاد می‌شود، این حق وابسته به ملک است و چون وابسته است به طور مستقل قابل انتقال نیست. حق ارتفاق، غیرقابل تقسیم است یعنی اگر حق ارتفاق به نفع ملک مشاعی وجود داشته باشد و سپس آن ملک بین شرکاء تقسیم شود این حق برای هر یک از مالکان یا شرکاء قدیم باقی می‌ماند یعنی تقسیم آن ملک تأثیری در حق ارتفاق آنها ندارد. حق ارتفاق دائمی است البته در برخی موارد دائمی نیست یعنی مالک می‌تواند برای مدت محدودی برای دیگری حق ارتفاق ایجاد کند یا مثلاً صاحب حق اختیار دارد پس از مدتی آن را اسقاط کند (اعراض).

ماده ۹۳ می‌گوید: «ارتفاق حقی است برای شخصی در ملک دیگری»؛

ماده ۹۳ ق.م. تعریف حق ارتفاق است که تعریف مناسبی نیست. طبق این ماده، حق ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگری. یک تعریف خوب باید هم جامع تمام افراد باشد و هم مانع اغیار. تعریف این ماده جامع هست اما مانع نیست زیرا تعریف آن، شامل حق انتفاع، حق شفعه، حق عینی تبعی و ... نیز می‌شود.

یک تعریف مطلوب از حق ارتفاق بدین شرح است: دو مال غیرمنقول داریم؛ مالک یک مال، روی ملک دیگری حق دارد؛ این حق را حق ارتفاق گویند. حق ارتفاق قائم به ملک است یعنی به درد کسی می‌خورد که خودش مالک ملک باشد. به همین خاطر در حق ارتفاق باید دو ملک داشته باشیم. اگر دو ملک نداشته باشیم حق ارتفاق گفته نمی‌شود، بلکه شاید حق انتفاع باشد.

نکته: حق ارتفاق از سه راه به وجود می‌آید:

۱. قرارداد

۲. قانون

۳. اذن

دیدیم که حق انتفاع هم مانند حق ارتفاق سه منبع داشت. ماده ۹۴ ق.م «قرارداد» را و ماده ۹۵ ق.م «قانون» را و ماده ۹۸ «اذن» گفته است.

ماده ۹۴: صاحبان اموال غیرمنقول می‌توانند در ملک خود هر حقی [مقصود این ماده از «هر حقی»، حق ارتفاق است] را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند در این صورت کیفیت استحقاق [کیفیت بهره‌برداری] تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن، حق داده شده است [و اگر در قرارداد چیزی گنجانده نشده باشد تابع عرف است].

ماده ۹۵: هر گاه 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 صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود.

قرارداد: اولین منبع حق ارتفاق، قرارداد است؛ یعنی صاحب دو ملک با هم قرارداد می‌بندند و به هم حق ارتفاق می‌دهند (مانند حق عبور، حق مجری، حق در، حق شبکه، حق ناودان و ...). قانونگذار اسمی برای این قرارداد نگذاشته و به آن «عقد موجد حق ارتفاق» می‌گویند. این عقد می‌تواند معوض باشد و همچنین می‌تواند مجانی (رایگان) باشد؛ یعنی همسایه‌ای که حق ارتفاق می‌دهد می‌تواند عوض بگیرد (معوض) یا نگیرد.

اگر مبنای حق ارتفاق، قرارداد باشد (یعنی اذن نباشد) مالک نمی‌تواند از عهد خود عدول کند زیرا عقد موجد حق ارتفاق، عقدی است لازم که مالک نمی‌تواند از آن عدول کند.

قانون: دومین منبع حق ارتفاق قانون است. قانون در بعضی مواقع به افراد حق ارتفاق داده است؛ یعنی طرفین آن اراده نکرده‌اند. این حالت، مواردش زیاد است. در ماده ۹۵ قانون مدنی یکی از موارد آن آمده است باید نام این ماده را «ارتفاق طبیعی» نامید بدین معنا که دو ملک به طور طبیعی یکی بر روی دیگری حق ارتفاق دارد (یا ارتفاق به حکم قانون).

پس ارتفاق قراردادی (از طریق عقد) ماده ۹۴ ق.م شد و ارتفاق طبیعی (از طریق قانون) ماده ۹۵ ق.م

نکته: غیر از دو مورد فوق، یکی دیگر از اسباب حق ارتفاق اذن است. اگر کسی حق عبور از ملک غیر ندارد اما صاحب ملک، اذن داده باشد که از ملک عبور کند هر موقع بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند. پس حق ارتفاق ممکن است در اثر اذن به وجود آید در این حالت، بر خلاف ارتفاق قراردادی، هیچ حقی به نفع مأذون ایجاد نمی‌شود و مالک، اصولاً ملزم نیست به اذن خود باقی بماند و هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند زیرا اثر اذن، اباحه (به معنای عام) است نه التزام؛ البته در موارد استثنایی، حق رجوع از اذن را ندارد: ۱. ماده ۱۰۸ (مانع قانونی) ۲. ماده ۱۲۰ (به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد)

توجه: اگر مالک برای رفع حاجت و دفع ضرر از خود، ناگزیر از رجوع باشد مسؤول زیان مأذون نیست ولی هر گاه به قصد اضرار، لجبازی و انتقام از اذنش رجوع کند باید از عهده زیان مأذون برآید.

ماده ۹۶ به ماده ۳۹ برمی‌گردد که از موارد اماره تصرف است:

ماده ۹۶: چشمه واقع در زمین کسی محکوم به ملکیت صاحب زمین است مگر اینکه دیگری نسبت به آن چشمه عیناً یا انتفاعاً حقی داشته باشد.

ماده ۳۹: 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.

ماده ۹۷ با ماده ۱۲۴ ق.م.ارتباط دارد:

ماده ۹۷: هر گاه کسی از قدیم [نشانه تصرف] 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.

نکته: گاهی مبنای حق ارتفاق، مجهول است. به این دلیل می‌گوییم سبب آن مجهول است که مشخص نیست در گذشته، این حق ارتفاق به موجب اذن بوده است یا قرارداد.

ماده ۱۲۴: اگر از قدیم [نشانه تصرف] سرتیر 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 سرتیر 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.

نکته: اثبات حق ارتفاق با ادله عمومی اثبات دعوا، قابل اثبات است (با سند رسمی هم همینطور) همچنین می‌توان به تصرف استناد کرد یعنی تصرف در ارتفاق، دلیل بر حق ارتفاق است زیرا گفتیم اماره تصرف، مخصوص عین نیست و شامل حقوق هم می‌شود.

ماده ۹۸ با ماده ۱۰۸ ق.م.ارتباط دارد. این دو ماده راجع به اذن است. «اذن» با «حق» تفاوت دارد:

ماده ۹۸: اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد ولی صاحب ملک، اذن داده باشد که از ملک او عبور کنند هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او بشود و همچنین است سایر اتفاقات.

ماده ۱۰۸: 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.

اذن: یعنی رفع مانع. فرض کنید کسی مانع دارد که وارد خانه دیگری شود؛ صاحب خانه، اذن می‌دهد و مانع کنار می‌رود. اذن ایجاد حق نمی‌کند. اذن فقط رفع مانع می‌کند، اذن ایجاد تعهد نمی‌کند.

هزینه‌های اجرای حق ارتفاق:

هزینه لازم برای بقاء (برای حفظ مال در برابر تصرف صاحب حق) به عهده مالک است.

هزینه لازم برای استفاده به عهده صاحب حق ارتفاق است.

نکته مهم: اگر در مقام اعمال حق، دارنده حق از حدود متعارفش تجاوز نکند و عملیاتی که داره انجام می‌ده ضرورت داشته باشه اما با وجود این، ضرری به مالک برسه خود مالک باید رفع ضرر کنه و هزینه لازم را بپردازد. ماده ۱۰۰ ق.م.مقرر می‌دارد: «اگر مجرای آب شخصی در خانه دیگری باشد و در مجرا خرابی به هم 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 رفع مانع کند، در این صورت برای تعمیر مجرا می‌تواند داخل خانه یا زمین شود و لیکن بدون ضرورت حق ورود ندارد مگر به اذن صاحب ملک»

بنابراین اگر مجرای آب شخصی در خانه دیگری باشد و خرابی به وجود آید اگر خرابی:

۱. مانع از عبور آب شود تعمیر بر عهده صاحب حق ارتفاق است.

۲. سبب ورود خسارت به خانه شود دفع ضرر بر عهده مالک خانه و هزینه‌ها با خود مالک است.

نکته آخر: وقف ملک که در آن حق ارتفاق موجود است جایز است بدون اینکه به حق مزبور خللی وارد آید.

چهار تفاوت بین حق و اذن:

۱. حق، قابل رجوع نیست؛ یعنی اگر فرضاً شما به یک نفر حق دادین نمی‌توانید آن را پس بگیرید ولی اذن قابل رجوع است.

۲. حق، قابل انتقال به دیگران است؛ صاحب حق می‌تواند حقش را به دیگری منتقل کند اما اذن قابل انتقال نیست. اذن قائم به شخص است یعنی من اگر به شما اذن دادم شما نمی‌توانید اذن را به دیگری بدهید.

۳. حق، با فوت به ورثه می‌رسد، ولی اذن چه با فوت اذن (کسی که اذن می‌دهد) و چه با فوت مأذون از بین می‌رود.

۴. حق، با حجر (محجور شدن) از بین نمی‌رود؛ کسی که حق داشته باشد و محجور بشود حق از بین نمی‌رود حبس مطلق چون حق است با حجر از بین نمی‌رود ولی اذن با حجر از بین می‌رود. چه حجر آذن و چه حجر مأذون.

نکته: اذن با اجازه دو تفاوت دارد:

۱. اذن قبل از عمل داده می‌شود اما اجازه بعد از عمل داده می‌شود. فرض کنید من به شما اذن می‌دهم ماشینم را بردارید؛ یعنی شما هنوز بر نداشته‌اید. اجازه متفاوت است؛ یعنی شما بدون اذن من ماشین را بر می‌دارید و کارتان را انجام می‌دهید و من سپس می‌گویم: «عیب ندارد» یعنی من بعداً اجازه می‌دهم.

۲. اذن قابل رجوع است ولی اجازه قابل رجوع نیست. قانونگذار در خیلی از ماده‌ها به جای اذن گفته اجازه مثلاً مواد ۶۳۵ و ۱۰۴۳ قانون مدنی. منظور قانون از «اجازه»، «اذن» است.

ماده ۶۳۵: عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه‌دهنده را مُعیر و عاریه‌گیرنده را مُستَعیر گویند.

ماده ۱۰۴۳: نکاح دخترِ باکره، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید. (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴)

وقف (مواد ۵۵ تا ۹۱ ق.م)

وقف عقدی است که به موجب آن، مالک مالی را که با بقاء عین بتوان از آن استیفاء منفعت نمود به طور دائم حبس و منافع آن را برای مصرف در جهت خاص یا افراد خاص و یا استفاده عمومی قرار می‌دهد. عقد است، چون نیاز به ایجاب و قبول دارد و وقف، عقدی تشریفاتی نیست. از مال مورد وقف باید با بقاء عین بتوان استفاده متعارف نمود؛ لذا اموالی که منفعت آنها مصرف عین آن است مانند میوه، قابلیت وقف ندارد. به موجب ماده ۵۵ قانون مدنی وقف، حبس عین و تسبیل منفعت است و لازمه حبس عین و تسبیل منفعت آن است که مال مورد وقف باقی بماند و با بقاء عین، بتوان از آن استیفاء منفعت کرد. وقتی می‌گید عین، حبس شود یعنی داری می‌گی که حبس، یک ویژگی دارد و آن، دائمی بودنش است و نتیجه‌اش در پاراگراف ذیل است:

تفاوت وقف با بنیادهای خیریه در این است که بنیادها خیریه، حبس نمی‌شوند.

عقودی که در آن قبض، شرط صحت است عقود عینی نامیده می‌شوند، چون فقط عین قابل قبض است. منفعت و حقوق مالی قابل وقف نیست، چون قابل قبض و لمس نیستند. اموال کلی و دیون قابل وقف نیستند چون قابل

قبض نیستند. اموال کلی، دیون و مطالبات عین نیستند، بلکه تعهدی هستند که در زمان اجرای تعهد عینیت پیدا می‌کنند و قبل از آن فقط تعهدی بر ذمه می‌باشند. طبق ماده ۵۵ ق.م. وقف یعنی یک نفر عین مالش را حبس کند و منافع مالش را تسبیل کند.

منظور از حبس عین مال این است که مالک مال را از ملکیتش خارج کند و از نقل و انتقال مصون بدارد یعنی پس از وقف، مال، قابل فروش و هبه و مهریه دادن و ... نیست. پس «حبس عین» یعنی اینکه مالکیت واقف از بین می‌رود بدون آنکه به مالکیت دیگری در بیاید و اسم دیگر آن «فک ملک» است. وقتی قانون می‌گه حبس «عین» یعنی منفعت و دین قابل وقف نیست از اقسام عین نیز فقط می‌توان عین معین و کلی در معین را وقف کرد؛ طبق نظر غالب، کلی فی‌الذمه قابل وقف نیست.

نتیجه منطقی لزوم حبس عین این است که تنها اعیان اموال را می‌توان وقف کرد و منفعت و دین و حق نمی‌تواند موضوع این نهاد حقوقی قرار بگیرد لذا وقف منافع مال به طور دائمی صحیح نیست.

مقصود از تسبیل منفعت: «سبیل» یعنی «راه». «تسبیل منفعت» یعنی «منافع را در راهی صرف کند». منتها اوون امری که منافع در آن صرف می‌شود ممکنه امور خیریه باشه یا امور اجتماعی باشد اما نمی‌تواند امر شخصی باشد. قصد قربت شرط نیست یعنی نیاز نیست انگیزه واقف، خداوند باشد.

ماده ۵۵: وقف عبارتست از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود.

وقف دو قسم است:

۱. وقف خاص (به جور بیشتر نیست: «وقف بر محصور» است)

۲. وقف عام (یا «وقف بر غیرمحمصور» است یا «وقف بر جهت»)

وقف خاص: موقوف‌علیهم (کسی که به نفعش وقف شده) افراد مشخصی‌اند یا محصوراند مثل وقف بر اولاد.

وقف عام: آن است که یا موقوف‌علیهم بی‌شمار هستند (وقف بر غیرمحمصور)؛ مثل وقف بر دانشمندان، بیماران، دانشجویان، وکلا و هنرمندان یا وقف بر مصالح عامه است یعنی کارهایی که نفع عمومی دارد (امور عام‌المنفعه) یا وقف بر جهت باشد، وقف بر جهات یعنی واقف بخواهد کاری که نفع عمومی داشته باشد بکند؛ مثل ساختن مرکز نگهداری کودکان بی‌سرپرست، بیمارستان، مسجد، مدرسه، راه، کتابخانه و ...

در وقف غیرمحمصور، موقوف‌علیهم مستقیماً منتفع می‌شوند اما در وقف بر جهت، موقوف‌علیهم غیرمستقیم منتفع می‌شوند.

نکته: یک «وصیت عام» داریم که خود دو جور است: «وصیت بر غیرمحمصور» یا «وصیت بر جهت». فرق وصیت عام با وقف عام این است که وصیت عام، ایقاع است اما وقف عام، عقد است.

نکته: وقف عقد است یعنی برای شکل‌گیری آن، دو اراده لازم است، چه وقف خاص و چه وقف عام. در وقف خاص، خود موقوف‌علیهم قبول می‌کنند و در وقف عام چون کسی نیست که قبول کند، حاکم قبول می‌کند. حاکم، نهاد عمومی‌ای است که به نفعش وقف شده است و در صورتی که نهاد عمومی یا سازمانی نباشد دادستان عمومی است.

نکته: «طبقه» در وقف با «طبقه» در ارث فرق دارد؛ در وقف، «طبقه» را «نسل» می‌گویند. نسل اول را طبقه اول و ... اما در ارث تمام اقوام را سه طبقه می‌کنند.

ماده ۵۶ ق.م.ایجاب و قبول وقف را گفته است:

ماده ۵۶: وقف واقع می‌شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و قبول طبقه اول از موقوف‌علیهم [جمع موقوف‌علیه] یا قائم‌مقام قانونی آنها در صورتی که محصور باشند مثل وقف بر اولاد [وقف خاص] و اگر موقوف‌علیهم غیرمحصور و یا وقف بر مصالح عامه باشد [وقف عام] در این صورت قبول حاکم شرط است.

نکته: وقف علاوه بر ایجاب و قبول، قبض هم می‌خواهد (ماده ۵۹ ق.م.).

ماده ۵۹: اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می‌کند.

سؤال: قبض با چه کسی است؟ ماده ۶۲ ق.م: در وقف خاص، قبض با خود موقوف‌علیهم است (هم قبول و هم قبض با خودشان است). در وقف عام، قبض با متولی است و اگر متولی نبود با حاکم است.

مقایسه قبول و قبض:

۱. در وقف خاص قبول با موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم و قبض هم با موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم است.

۲. در وقف عام قبول با حاکم و قبض با متولی است اگر نبود با حاکم است.

ماده ۶۲: در صورتی که موقوف‌علیهم، محصور باشند [وقف خاص] خود آنها قبض می‌کنند و قبض طبقه اولی کافی است و اگر موقوف‌علیهم غیرمحصور یا وقف بر مصالح عامه باشد [وقف عام] متولی وقف والا حاکم قبض می‌کند.

نکته: طبق ماده ۶۲ ق.م در وقف خاص علی‌الاصول قبض با موقوف‌علیهم است و این مورد یک استثناء دارد: وفق قسمت اخیر ماده ۶۳ قانون مدنی استثنائاً در وقف خاص اگر واقف خودش متولی بود، قبض با خودش است؛ یعنی قبض نمی‌خواهد.

ماده ۶۳: 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.

نکته: در وقف ایجاب، قبول و قبض را می‌خواهیم. وقتی ایجاب و قبول تحقق پذیرد ولی هنوز قبض صورت نگرفته باشد عقدی واقع نشده است و وقتی قبض محقق شد عقد واقع می‌شود. حالیه در وقف بایستی دو مرحله را بررسی کنیم: (یک) مرحله قبل از قبض؛ (دو) مرحله بعد از قبض. ماده ۶۰ قانون مدنی مرحله اول یعنی قبل از قبض را تحلیل کرده و ماده ۶۱ قانون مدنی مرحله دوم یعنی بعد از قبض را تبیین نموده است.

مرحله اول) قبل از قبض: قبل از قبض فقط ایجاب و قبول را داریم، با این وجود هنوز عقد واقع نشده است. سه نکته ذیل در این راستا مطلوب به نظر می‌رسد:

۱. این ایجاب و قبول از سوی هر دو طرف قابل رجوع است چون عقدی واقع نشده است.

۲. این ایجاب و قبول با فوت هر یک از دو طرف از بین می‌رود.

۳. این ایجاب و قبول با حجر هر یک از دو طرف از بین می‌رود.

یعنی این ایجاب و قبول با رجوع، فوت و حجر از بین می‌رود و اگر این سه اتفاق نیفتند ایجاب و قبول می‌ماند تا قبض هم متعاقباً بدان بپیوندد. پس اینطور می‌توان نتیجه گرفت که قبض، فوری نیست^{۱۷} (ماده ۶۰).

ماده ۶۰: در قبض، فوریت، شرط نیست بلکه مادامی که واقف رجوع از وقف نکرده است هر وقت قبض بدهد وقف تمام می‌شود.

مرحله دوم) بعد از قبض: بعد از قبض، عقد وقف منعقد شده است. وقف، عقد لازم است یعنی دیگر نمی‌توان آن را بر هم زد؛ به عبارت دیگر، واقف، نه می‌تواند از موقوفه‌علیهم کم کند و نه زیاد کند چراکه می‌دانیم پس از تحقق سه رکن (ایجاب، قبول و قبض) فک ملک صورت می‌گیرد و آن ملک حبس می‌شود (ماده ۶۱ ق.م).

ماده ۶۱: 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 موقوفه‌علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوفه‌علیهم 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.

نکته ماده ۵۷: منظور قسمت اول ماده ۵۷ ق.م که می‌گه واقف باید مالک مال باشد این است که هم مالک عین و هم مالک منافع باشد. این قاعده یک استثناء دارد و آن، قسمت اول ماده ۶۴ است. در مورد مالکیت منفعت، نیازی نیست که در موقع عقد، مالک منفعت باشد (چنانچه مالکیت منفعت، موقتی و اگذار شده باشد مثل اینکه مؤجر آن را به اجاره داده باشد: وقف چنین ملکی از سوی مالک عین، مجاز است). اگر دائمی، مالکیت منافع را منتقل کرده باشد نمی‌تواند مثلاً اگر من منفعت ملکم را صلح کرده باشد نمی‌توانم آن را وقف کنم.

ماده ۵۷: واقف باید مالک مالی باشد که وقف می‌کند و به علاوه دارای اهلیتی باشد که در معاملات معتبر است.

^{۱۷} در بحث هبه، اگر یکی از طرفین، قبل از قبض فوت کند، عقد، باطل است به استثناء حجر متهب و نه فوت متهب.

ماده ۶۴: 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.

در مورد قسمت دوم ماده ۶۴ نیز این مثال لازم به ذکر است: مالکی به همسایه‌اش حق ارتفاق داده بعد از مدتی مال را وقف می‌کند؛ در این صورت، حق ارتفاق از بین نمی‌رود.

در مورد قسمت دوم ماده ۵۷ نیز باید اینگونه گفت:

۱. وقف مجنون و صغیر غیرممیز باطل است.

۲. تاجر متوقف در زمان توقف نمی‌تواند اموال خود را وقف کند.

۳. صغیر ممیز و سفیه اگر واقف باشند یک حکم دارند اگر موقوف‌علیهم باشند یک حکم دارند:

اگر موقوف‌علیهم باشند عقد وقف صحیح است قبض با ولی یا وصی است (صحبتی از قیم به میان نیامده) اما اگر واقف، خود، متولی باشد قبض خود واقف کافی است. اگر صغیر ممیز و سفیه، واقف باشند عقد، باطل است چون صیرفاً مضر است البته طبق نظر برخی، غیر نافذ است.

۴. در وقف خاص در مورد اموال غیرمنقول، اتباع بیگانه نمی‌توانند موقوف‌علیهم باشند زیرا در وقف خاص، قبول و قبض با موقوف‌علیهم است و چون اتباع بیگانه، اهلیت برای تملک این اموال ندارند نمی‌توانند موقوف‌علیهم باشند اما در وقف عام، در اموال غیرمنقول اتباع بیگانه می‌توانند موقوف‌علیهم باشند زیرا در وقف عام، قبول و قبض موقوف‌علیهم را نمی‌خواهیم پس اهلیت آنها را هم نمی‌خواهیم.

ماده ۶۵ با ماده ۲۱۸ ق.م.ارتباط دارد:

ماده ۶۵: صحت وقفی که به علت اضرار دیان واقف واقع شده باشد منوط به اجازه دیان است.

ماده ۲۱۸: هرگاه معلوم شود معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده آن معامله باطل است. (اصلاحی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴).

ماده ۶۶ با ماده ۲۱۷ ق.م.ارتباط دارد:

ماده ۶۶: وقف بر مقاصد غیرمشروع باطل است.

ماده ۲۱۷: در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد والا معامله باطل است.

ماده ۶۷ با ماده ۳۴۸ ق.م.ارتباط دارد:

ماده ۶۷: مالی که قبض و اقباض آن ممکن نیست وقف آن باطل است لیکن اگر واقف تنها قادر بر أخذ و اقباض آن نباشد و موقوفٌ‌علیهم قادر به اخذ آن باشد صحیح است.

ماده ۳۴۸: بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عُقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلّم باشد.

ماده ۶۸ با ماده ۳۵۶ ق.م.ارتباط دارد:

ماده ۶۸: 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 ۳۵۶: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند.

ماده ۶۹ با ماده ۴۵ ق.م.ارتباط دارد:

ماده ۶۹: «وقف بر معدوم صحیح نیست مگر به تَبَعِ موجود.»

ماده ۴۵: «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 تَبَعاً برای کسانی هم که در حین عقد به وجود نیامده‌اند برقرار شود و مادامی که صاحبان حق انتفاع موجود هستند حق مزبور باقی و بعد از انقراض آنها حق زائل می‌گردد.» پس وقف بر معدوم درست نیست مگر به تَبَعِ موجود. ماده ۴۵ هم مشابه این موضوع را ذکر کرده است.

در وقف خاص، موقوفٌ‌علیهم باید موجود باشند (در وقف خاص، طبقه اول باید زمان انشاء، یعنی حین العقد موجود باشد اما طبقات بعدی، زمان به وجود آمدن حق انتفاع به نفع آنها باید موجود باشند یعنی زمان اجرا) ولی در وقف عام، نیازی نیست مثلاً من بگم: «موقوفٌ‌علیهم، فقرا باشند» یعنی مالم را برای فقرا وقف کردم. اما فرض کنید مثلاً الان اصلاً فقیری نیست!! (مثلاً آلکی!)؛ خب چی می‌شه؟ طبق بند ۲ ماده ۹۱ قانون مدنی عمل می‌شود: چنانچه صرف منافع موقوفه در مورد خاص تعیینی توسط واقف متعذر باشد وفق قانون مدنی، منافع موقوفات عامه، صرف بریات عمومیّه خواهد شد

ماده ۷۰ ق.م. ذکر کرده اگر وقف بر معدوم و موجود مَعاً (با هم) واقع شود، نسبت به موجود درست و نسبت به معدوم باطل است.

وقف بر معدوم به تَبَعِ موجود به صورتِ طولی صحیح است. بر موجود و معدوم مَعاً (به صورتِ عَرَضی):

ماده ۷۰: اگر وقف بر موجود و معدوم مَعاً [عَرَضی] واقع شود نسبت به سهم موجود صحیح و نسبت به سهم معدوم باطل است.

از ماده ۷۰ می‌توان وحدتِ ملاک گرفت و چند نتیجه به وجود می‌آید:

۱. در وقف خاص، اگر بر شخصی که اهلیت ندارد و بر شخصی که اهلیت دارد وقف کنم نسبت به شخص دارای اهلیت، صحیح و نسبت به شخص فاقد اهلیت، باطل است.

۲. اگر واقف، خود را در کنار موقوفِ عَلَیْهِم قرار دهد، نسبت به واقف، باطل و نسبت به موقوفِ عَلَیْهِم، صحیح است. نکته: شخصی مالی را برای اولادِ فرزندِ خود (نوه) و اولادِ آنها (نتیجه) وقف می‌کند، اگر واقف، دارای فرزندِ بلاواسطه باشد ولی هنوز صاحبِ نوه نشده باشد؛ این وقف، باطل است.

ماده ۷۱ ق.م. مقرر داشته است که وقف بر مجهول صحیح نیست (یعنی باطل است)؛ این ماده با ماده ۹۱ قانون مدنی ارتباط دارد. ماده ۷۱ مربوط به وقف خاص است اعم از اینکه موقوفِ عَلَیْهِم مجهول باشند یا مصرف آنها؛ ولی در وقف عام طبق ماده ۹۱ عمل می‌شود.

ماده ۷۱: وقف بر مجهول صحیح نیست.

ماده ۹۱: در موارد ذیل منافع موقوفاتِ عامه^{۱۸} صرفِ برّیاتِ عمومیه خواهد شد:

۱. در صورتی که منافع موقوفه مجهول‌المصرف باشد مگر اینکه قدرِ مُتیقنی در بین باشد.^{۱۹}

۲. در صورتی که صرفِ منافع موقوفه در مورد خاصی که واقف معین کرده است متعذر^{۲۰} باشد.^{۲۱}

^{۱۸} نکته: ماده ۹۱ در مورد موقوفات عام است و در مورد وقف خاص، صحبتی نشده است؛ در وقف خاص، معمولاً مجهول‌المصرف شدن اتفاق نمی‌افتد اما متعذرالمصرف شدن اتفاق می‌افتد مثلاً موقوف‌علیهم مقطوع‌النسل شوند یعنی نسل‌شان تمام شود. نکته: اگر معلوم نباشد وقف، عام است یا خاص و مجهول‌المصرف شود باعث بطلان وقف است.

^{۱۹} طبق ماده ۸ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه، درآمدِ موقوفات مجهول‌المصرف، قابل مصرف در تحقیق و تبلیغ و نشر کتب در زمینه معارف اسلامی و عمران موقوفات می‌باشد و زیر نظر سازمان اوقاف به مصرف می‌رسد. ^{۲۰} منظور از متعذر بودن، متعذرالمصرف است.

^{۲۱} به تبصره ماده ۸ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه توجه شود: «درآمد موقوفات متعذرالمصرف و موقوفاتی که عواید آنها به سبب قِلَّتِ گرچه با پس‌انداز چند سال برای اجرای نظر واقف کافی نباشد با تشخیص [اداره] تحقیق

پس: اگر منافع موقوفه مجهول‌المصرف باشد عقد، صحیح است و منافع موقوفات عامه صرف برّیات عمومیه خواهد شد اما اگر موقوف علیهم مجهول باشند عقد، صحیح نیست.

توجه مهم: ماده ۸ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه و تبصره آن مهم است. اگر در فرض سؤال، نظر قانون مدنی را خواستند، نظر قانون مدنی را بنویسید ولی اگر مطلق، سؤال پرسیدند طبق قانون اوقاف جواب دهید چون جدیدتر است.

نکته ۱. بعد از اینکه وقف واقع شد، فک ملک صورت می‌گیرد، یعنی مال از ملکیت واقف خارج می‌شود. حال که مال از ملکیت واقف خارج شد ملک، مال چه کسی می‌شود؟ وفق قانون مدنی مال موقوفه مالک خاصی ندارد (مثل مباحات که مالک خاصی ندارد) اما در قانون اوقاف (مصوب سال ۱۳۶۳) ماده ۳ گفته که هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است. پس وقتی موقوفه دارای شخصیت حقوقی است مالکش همان شخص حقوقی می‌شود و از اراده واقف خارج می‌شود یعنی اصولاً واقف نمی‌تواند بعد از تحقق وقف در آن دخل و تصرف کند^{۲۲} (یعنی به ملکیت شخص حقوقی در می‌آید درست همون جوری که یه مال مثلاً به ملکیت یک شرکت تجاری در می‌آید). این شخصیت حقوقی مانند شخص حقیقی هر حقوقی می‌تواند داشته باشد به جز حقوق غیرمالی (ازدواج، طلاق و ...). شخص حقوقی قابل دیدن نیست و دست و پا نیز ندارد که امور جاریه خویش را انجام دهد، پس بنابراین بایستی این شخص حقوقی، مدیر و نماینده داشته باشد. نماینده وقف، متولی است؛ یعنی کارهای شخص حقوقی را نماینده آن (متولی) انجام می‌دهد. مثل ماده ۴۹۹ ق.م که در این ماده متولی، نماینده (مدیر) وقف است نه نماینده واقف.

ماده ۴۹۹: هرگاه متولی با ملاحظه صرفه وقف، مال موقوفه را اجاره دهد اجاره به فوت او باطل نمی‌گردد.

موقوف علیهم کیست؟ در وقف، موقوف علیهم دارای حق انتفاع است؛ توجیه اینکه: قانون‌گذار وقف را در مبحث حق انتفاع آورده است.

واقف در وقف چه نقشی دارد؟ علی‌الاصول سمتی ندارد مگر اینکه متولی باشد.

نکته ۲. وقف، عقدی مجانی است. عقود یا معوض‌اند یا مجانی و بعضی هم دو وجهی‌اند. وقف جزء عقود مجانی است. در عقود مجانی یک قاعده داریم:

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.

^{۲۲} استثنائاً در سه جا واقف می‌تواند حتی بعد از وقف نیز دخل و تصرف کند: ۱. عزل متولی؛ ۲. تعیین متولی بعد از زوال سمت و ۳. تعیین ناظر بعد از زوال سمت.

قاعده: در عقود مجانی می‌توانیم شرط عَوْض بگذاریم. اگر در عقود مجانی شرط عوض بگذاریم عقد مجانی، معوض نمی‌شود و به آن «عقد مجانی با شرط عَوْض» گفته می‌شود. به این دلیل که شرط، جنبه فرعی دارد یعنی شرط، فرع بر عقد است.

می‌دانیم هبه یک عقد مجانی است؛ حال فرض کنید کسی مالی به دیگری می‌بخشد به شرط اینکه او نیز مالی به واهب ببخشد (مانند کتاب در برابر خودکار)؛ یعنی کتاب، مورد اصلی است و خودکار، مورد شرط است. به این، عقد مجانی با شرط عَوْض می‌گویند نه عقد معوض.

ماده ۸۰۱ ق.م: در تمام عقود مجانی شرط عوض درست است به جز عقد وقف.

ماده ۸۰۱: هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب می‌تواند شرط کند که متهد مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد.

وقف عقد مجانی است. شرط عوض در وقف باطل است اما وقف را باطل نمی‌کند (حاشیه ۳ ذیل ماده ۷۲ کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی مرحوم کاتوزیان).

نکته ۳: ماده ۷۲ و ۷۴ ق.م:

یه «وقف بر غیر» داریم که با رعایت شرایطش صحیح است؛ یک بحث به نام «وقف بر نفس» داریم؛ وقف بر نفس خود دو جور است: وقف بر نفس واقعی و وقف بر نفس حکمی: در وقف بر نفس واقعی، واقف به تنهایی موقوف‌علیه است یا اشخاص متعددی محصوراً را موقوف‌علیهم قرار داده و خودش نیز جزء آنها باشد (وقف خاص) که باطل است. وقف بر نفس حکمی: واقف جزء موقوف‌علیهم نیست اما شرایطی در عقد قرار می‌دهد که نتیجه آن به او عاید شود: ۱. خود را متولی قرار دهد و بخش عمده منافع مال را به عنوان حق تولیت بر دارد (اگر حق تولیت به اندازه فوق بردارد وقف بر نفس نیست)؛ ۲. خود را ناظر قرار دهد و بخش عمده منافع را به عنوان حق نظارت بر دارد؛ ۳. شرط کند دیون یا سایر مخارج او از محل منافع مال موقوفه تأمین شود.

توجه: طبق نظر غالب معمولاً در وقف بر نفس واقعی شرط وجود ندارد، بنابراین خود عقد وقف باطل است (اگر شرطی هم باشد شرط باطل است) اما وقف بر نفس حکمی معمولاً به صورت شرط می‌آید که شرط باطل و عقد صحیح است.

توجه: در مورد ضمانت اجرای وقف بر نفس باید بین دو حالت، تفاوت قائل شد: اگر به صورت شرطی باشد شرط، باطل است اما اگر شرطی نباشد عقد، باطل است.

ماده ۷۲ ق.م مقرر داشته که وقف بر نفس باطل است باید تصریح کرد این موضوع در مورد «وقف خاص» صادق است. مثلاً فرض کنید کسی مالی را برای خود و آقای الف وقف می‌کند؛ در این صورت نسبت به خود باطل و نسبت به آقای الف درست است. حال اگر مثلاً کسی مالی را برای خود وقف کند، تمام وقف باطل است؛ اما در

وقف عام طبق ماده ۷۴ «وقف بر نفس» درست است؛ یعنی واقف می‌تواند خودش جزو موقوف‌علیهم باشد. مثلاً کسی دانشجوی فلسفه است و مالی را برای دانشجویان فلسفه وقف می‌کند که خود نیز می‌تواند از وقف منتفع گردد. ماده ۷۴ ایراد دارد چراکه «وقف بر مصالح عامه» را گفته است و وقف بر غیرمحمصور را نگفته است در حالیکه در وقف عام چه وقف بر غیرمحمصور باشد چه وقف بر مصالح عامه واقف خود می‌تواند مصداق موقوف‌علیهم باشد اما در وقف خاص نمی‌تواند.

مواردی که وقف بر نفس نیست:

۱. وقف بر اولاد؛ ۲. وقف بر اقوام؛ ۳. وقف بر خدمه؛ ۴. در وقف بر جهت، واقف خود را جزو موقوف‌علیهم قرار دهد؛ ۵. در وقف بر غیرمحمصور (نه محصور)، واقف خود را جزو موقوف‌علیهم قرار دهد.

ماده ۷۲: 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.

ماده ۷۴: در وقف بر مصالح عامه [و غیر محصور] اگر خود واقف نیز مصداق موقوف‌علیهم واقع شود می‌تواند منتفع گردد.

ماده ۷۳: وقف بر اولاد و اقوام و خدمه و واردین و امثال آنها صحیح است.

واردین در ماده ۷۳ یعنی کسانی که به دیدن شخص می‌آیند.

ماده ۷۵ راجع به متولی و بحث تولیت است. در واقع این ماده می‌خواهد بگوید تولیت با نصب است.

متولی، نماینده وقف است. واقف می‌تواند خود، خود با یک یا چند نفر، چند نفر، یا یک نفر را متولی قرار دهد؛ اما باید هر کاری که می‌خواهد انجام دهد در هنگام وقف باشد.

ماده ۷۵: واقف می‌تواند تولیت یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام‌الحیوه یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می‌تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند [متولی، وکیل واقف نیست و تولیت متولی باید به وسیله شعبه تحقیق اداره اوقاف گواهی شود]. تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر دیگر [به استقلال، اجتماع، ترتیب^{۲۳} یا اطلاق^{۲۴}] غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا منضمماً

^{۲۳} اگر واقف سه شخص را به نحو ترتیب به تولیت منصوب کرده باشد و اولی آن را رد کند و دومی و سومی قبول کنند؛ چون به ترتیب است، فقط دومی اختیار اداره موقوفه را دارد و سومی وقتی می‌تواند موقوفه را اداره کند که دومی معزول یا منعل یا فوت شود.

^{۲۴} اگر واقف چند نفر را به نحو اطلاق به تولیت نصب کند و بیان کرده باشد که در صورت فوت یا حجر یکی از آنها دیگری به طور مستقل، موقوفه را اداره کند و سپس یکی از متولیان فوت کند، در حالت اطلاق، اصولاً هیچ یک از متولیان اختیار اقدام مستقل ندارد و اختیار آنان را اصولاً اجتماعی فرض می‌کنیم مگر اینکه واقف به اختیار مستقل آنها تصریح کرده باشد و در این حالت، در صورت فوت یکی از متولیان، حاکم باید شخصی را ضمیمه کند ولی اگر واقف تصریح کند که هر یک از آنها در صورت فوت دیگری اختیار

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.

نصب متولی عقد نیست، ایقاع است؛ متولی را واقف تعیین می‌کند (و ممکن است متولی‌ای که از سوی واقف تعیین شده نصب متولی کند) و ممکن است خود واقف باشد یا دیگری و ممکن است شخص حقیقی باشد یا حقوقی و ممکن است یک شخص باشد یا متعدد باشند و برای مدت معین قرار دهد یا مادام‌الحیات. تکرار می‌کنم: تعیین متولی، ایقاع (با حق رد) است؛ تعیین وصی هم ایقاع (با حق رد) است.^{۲۵} ماده ۷۶ بیان کرده واقف یک نفر را متولی قرار می‌دهد و متولی می‌تواند یا قبول کند و یا رد کند؛ یعنی وقتی واقف کسی را متولی تعیین کرد او متولی می‌شود و اراده‌اش دخالت ندارد حال برای اینکه تولیت بر متولی تحمیل نشود به او می‌گویند: «تو متولی شدی! حالا قبول می‌کنی یا خیر؟» اگر قبول کند سَمَتش محکم می‌شود و دیگر نمی‌تواند آن را رد کند و اگر هم رد کند دیگر نمی‌تواند قبول کند؛ این حالت، مثل صورتی است که از اصل متولی قرار داده نشده باشد

سؤال: اما اگر سکوت کند چه می‌شود؟ اگر سکوت کند همچنان متولی است. این نشان می‌دهد که نصب متولی ایقاع است یعنی انتصاب مدیر برای وقف با اراده واقف است و قبول و رد متولی در لزوم آن اثر ندارد اما این نکته نیز لازم به ذکر است که متولی بعداً می‌تواند قبول کند یا رد (حاشیه شماره ۱ ماده ۷۶ کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی).

ماده ۷۶: 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 یعنی در وقف خاص، اداره آن با موقوف‌علیهم و در وقف عام، طبق نظر ولی فقیه. طبق نظر غالب، اگر متولی تولیت را رد کند: ۱. اگر رد، قبل از قبض مال باشد واقف می‌تواند شخص دیگری را انتخاب کند؛ ۲. اگر رد، بعد از قبض مال باشد نمی‌تواند شخص دیگری را انتخاب کند زیرا بعد از اتمام وقف، اراده واقف از بین می‌رود و حق تغییر و دخل و تصرف ندارد مگر شرط خلاف شده باشد. پس در این صورت، من واقف نمی‌توانم شخص دیگری را معین کنم[.]

ماده ۷۷ به ماده ۶۷۰ بر می‌گردد و به نوعی با آن ارتباط دارد:

ماده ۷۷: 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

اقدام مستقل دارد نیازی به ضمیمه کردن متولی جدید نیست و پس از فوت یکی از آنها دیگر می‌تواند مستقلاً اقدام کند. نکته مهم اینکه در این حالت، تا زمانی که هر دو متولی موجود هستند، هیچ کدام نمی‌توانند بدون تصویب دیگری اقدام کنند.

^{۲۵} تفاوت این دو در این است که وصی تا قبل از فوت موصی، حق رد دارد اما متولی تا زمانی که خودش قبول نکرده می‌تواند رد کند.

تصرف کنند. [در بحث مشابه، یعنی عقد وکالت، اگر چند وکیل تعیین می‌کردم که به طور اجتماع عمل کنند با فوت یکی وکالت بقیه منفسخ می‌شود در حالی که در اینجا شخصی ضم می‌شود]

ماده ۶۷۰: در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می‌شود.

اختیارات متولی:

۱. اجاره دادن مال موقوفه: طبق ماده ۴۹۹ ق.م که مقرر می‌دارد: «هرگاه متولی با ملاحظه صرفه وقف، مال موقوفه را اجاره دهد اجاره به فوت او باطل نمی‌گردد» متوجه می‌شویم متولی می‌تواند مال موقوفه را اجاره دهد. متن ماده ۴۹۹ قانون مدنی راجع است به «متولی» و شامل «موقوف‌علیهم» نمی‌شود. حکم ماده فوق (حکم یعنی: «اجاره به فوت از بین می‌رود») راجع به موقوف‌علیهم نیست یعنی اگر موقوف‌علیهم، مال موقوفه را اجاره داد (که می‌تونه) اجاره تا فوت موقوف‌علیهم ادامه دارد و بعد از آن از بین می‌رود.

۲. فروش مال وقفی در موارد استثنائی:

- اگر بعض خراب شود ولی بقیه سالم باشد همان بعض فروخته می‌شود.
 - اگر بعض خراب شود و این خرابی به بقیه سرایت کند، کل فروخته می‌شود.
- ماده ۸۹ قانون مدنی، دو مورد فوق را می‌گوید. خرابی بعض فقط در صورتی جواز فروش را می‌دهد که «انتفاع از آن ممکن نباشد»
- ماده ۸۹: «هرگاه بعض موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به‌طوری‌که انتفاع از آن [بعض] ممکن نباشد، همان بعض، فروخته می‌شود مگر این که خرابی بعض، سبب سلب انتفاع قسمتی که باقی مانده است بشود، در این صورت تمام فروخته می‌شود.»
- حالا اگر فروخته شد، حاصل فروش باید اقرب به غرض واقف تبدیل شود.
- بیم خون‌ریزی در نتیجه اختلاف: ماده ۳۴۹ می‌گه: «بیع مال وقف، صحیح نیست مگر در موردی که بین موقوف‌علیهم، تولید اختلاف شود به نحوی که بیم سفک دماء رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف، مقرر است.»
 - غیر از خرابی و بیم سفک دماء [ترس ریختن خون‌ها] که فوقاً بدان اشاره شد ماده ۱ لایحه قانونی خرید اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداری‌ها اشعار می‌دارد: «در مواردی که وزارتخانه‌ها و سازمان‌های دولتی یا وابسته به دولت یا شهرداری‌ها برای ایجاد یا توسعه مرافق عامه از قبیل توسعه یا احداث جاده، راه‌آهن یا خیابان، توسعه معابر، لوله‌کشی آب و نفت و گاز، حفر نهر و غیره برای مصارف عمومی احتیاج به خرید اراضی و املاک اشخاص داشته باشند و در انجام معامله یا تعیین قیمت با مالک توافق نشود یا ملک مجهول‌المالک باشد می‌توانند به ترتیب در این قانون با پرداخت قیمت عادلانه آن را تملک نمایند

مشروط به این که اجرای طرح مورد نظر در محدوده یا مسیر معین ضروری باشد به نحوی که انجام آن در محلّ دیگر مُیسّر نبوده یا موجب خسارت عمده‌ای گردد.» پس اگر مال موقوفه در مسیر طرح‌های عمرانی دولت و شهرداری باشد فروش مال موقوفه به دولت و شهرداری الزامی است.

- طبق ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع، اگر بخش مشاعی از یک مال، وقف باشد و برخی شرکاء، تقاضای تقسیم کنند و مال، قابل افراز نباشد، باید مال، فروخته شود.

۳. تقسیم مال وقفی: تقسیم ملک از وقف در ماده ۵۹۷ قانون مدنی آمده است؛ این ماده مقرر می‌دارد: «تقسیم ملک از وقف جایز است ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف‌علیهم جایز نیست.»

- تقسیم ملک از وقف: تقسیم ملک از وقف صحیح است؛ افراز ملک از وقف صحیح است.
- تقسیم مال موقوفه بین موقوف‌علیهم: تقسیم وقف بین موقوف‌علیهم صحیح نیست درحالی که تقسیم منافع مال وقف (مهایات^{۲۶}) بین موقوف‌علیهم صحیح است.

۴. تقسیم منافع مال وقفی: در بالا گفتیم که موقوف‌علیهم حق درخواست تقسیم مال موقوفه را ندارند ولی منافع موجود وقف را می‌توانند به تراضی میان خود تقسیم کنند چون آنچه در اثر وقف به دست می‌آورند حق انتفاع از مال موقوف است نه مالکیت کامل آن.

ماده ۸۶ قانون مدنی: «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.» پس طبق این ماده، تعمیرات مال وقفی بر حق موقوف‌علیهم مقدّم است (یعنی اول خود مال موقوفه حفظ شه و بعد نوبت به تقسیم منافع برسه)

ماده ۸۷ قانون مدنی: «واقف می‌تواند شرط کند که منافع موقوفه مابین موقوف‌علیهم به تساوی تقسیم شود یا به تفاوت و یا این که اختیار به متولی یا شخص دیگری بدهد که هر نحو مصلحت می‌داند تقسیم کند.»

اگر نحوه تقسیم منافع مشخص نباشد: در وقف عام دو حالت است: ۱. اگر استفاده به طور مشترک امکان‌پذیر باشد که مشکلی پیش نمی‌آید (همه استفاده می‌کنند) ۲. اگر استفاده به طور مشترک امکان‌پذیر نباشد با متولی است که بگوید چگونه استفاده کنند. اما در وقف خاص: اگر متولی باشد و تعیین نشده باشد که چطور تقسیم کند متولی ممکن است به تساوی یا به تفاوت تقسیم کند.

^{۲۶} مقصود از اصطلاح «مهایات»، قسمت منافع مال مشترک است که به دو شکل است: ۱. به حسب اجزاء: مانند تقسیم منافع یک خانه دو طبقه‌ای که مشترک بین دو نفر باشد بدین ترتیب که یکی از دو شریک از طبقه بالا و دیگری از طبقه پایین استفاده نماید. ۲. به حسب زمان: مثل این که توافق کنند که منافع خانه مشترک، یک سال متعلق به یک شریک و یک سال از آن دیگری باشد.

نکته: موقوف‌علیه‌هم نمی‌تواند قبل از مشخص شدن حصه آنها، در مال وقفی تصرف کند زیرا مشاعاً مُتعلّق به آنها می‌باشد.

اسباب زوال سِمَتِ متولی:

۱. فوت متولی (نه فوتِ واقف یا موقوف‌علیه‌هم)؛
۲. عزل (ارادی): جهات عزل طبق قانون مدنی یک چیز است و طبق قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه (مصوب ۱۳۶۳) چیز دیگری است: ماده ۷۹ قانون مدنی: «واقف یا حاکم نمی‌تواند کسی را که در ضمن عقد وقف، متولی قرار داده شده است، عزل کند مگر در صورتی که حقّ عزل شرط شده باشد و اگر خیانتِ متولی ظاهر شود، حاکم ضَمّ امین می‌کند.»
- ماده ۷ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه: «هر گاه متولی یا ناظر نسبت به عین یا منافع موقوفه تعدی یا تفریط نماید یا در انجام وظایف مقرر در وقف‌نامه و قانون و آیین‌نامه‌ها و مقررات مربوط مسامحه و اهمال ورزد، با رسیدگی شعبه تحقیق و حکم دادگاه حسب مورد معزول یا ممنوع‌المداخله یا ضَمّ امین خواهد شد ...»
- طبق رأی وحدت رویه سال ۱۳۷۶ در صورت تحقق شرایط موضوع ماده ۷ قانون اوقاف، حکم عزل متولی را باید دادگاه صادر کند و شعبه تحقیق اوقاف برای صدور حکم، صالح نیست.
- یادآوری: زمانی که متولی تعیین می‌شود تولیت متولی باید به وسیله شعبه تحقیق اداره اوقاف، گواهی شود.
۳. مُنْعَزَل (غیر ارادی): ماده ۸۰ قانون مدنی مقرر داشته: «اگر واقف وصف مخصوصی را در شخص متولی شرط کرده باشد و متولی فاقد آن وصف گردد منْعَزَل می‌شود.»
- توجه: اگر وقف منحل شود مثلاً مال موقوفه به فروش برسد باعث زوال سِمَت نیست زیرا حاصل فروش به اقرب به غرض واقف تبدیل می‌شود.
- نکته: استعفای متولی باعث زوال سِمَتِ او نیست (زیرا زمانی که متولی، تولیت را قبول کند دیگر حق رد ندارد).

ماده ۷۸ با ماده ۸۵۷ ق.م.ارتباط دارد:

ماده ۷۸: واقف می‌تواند بر متولی ناظر قرار دهد که اعمال متولی به تصویب یا اطلاع او باشد.

ماده ۸۵۷: موصی می‌تواند یک نفر را برای نظارت در عملیات وصی معین نماید. حدود اختیارات ناظر به طریقی خواهد بود که موصی مقرر داشته است یا از قرائن معلوم شود.

توضیح ماده ۷۸: راجع به ناظر است. واقف متولی تعیین کرده و بر متولی ناظر می‌گذارد.

ناظر دو قسم است:

ناظر اطلاعی: خیلی دارای قدرت نیست و بر کارهای متولی نظارت دارد. اگر تخلفی مشاهده کرد به حاکم گزارش می‌دهد. پس متولی باید اقدامات را به اطلاع ناظر برساند (+ ناظر، تخلفات را به مقامات اطلاع دهد.

ناظر استصوابی: مثل شورای نگهبان نسبت به مجلس است، یعنی اگر متولی بخواهد تصمیمی بگیرد ناظر استصوابی باید تصویب کند. اگر ناظر استصوابی تصویب نکند متولی نمی‌تواند آن کار را انجام دهد. هر کار و تصمیمی که متولی بخواهد انجام دهد، باید ناظر استصوابی آن را تصویب کند؛ در این حالت، برای اقدامات متولی، اجازه ناظر لازم است. تفاوت متولی با ناظر استصوابی این است که ابتکار عمل با متولی است یعنی تصمیمات را متولی می‌گیرد در حال که ناظر نمی‌تواند تصمیم بگیرد یا پیشنهاد بدهد. دقیقاً مانند شورای نگهبان که نمی‌تواند پیشنهاد چیزی را بدهد بلکه صرفاً مصوبه را تأیید یا رد می‌کند.

نکته: فرضاً اگر یک ناظر داشتیم و شک کردیم اطلاعی است یا استصوابی، اصل بر این است که ناظر، اطلاعی است (طبق اصل عدم زیاده)؛ یعنی اگر شما شک کنید چیزی کم است یا زیاده؛ کم را که مطمئن هستیم پس به کم اکتفا می‌کنیم که در اینجا نیز ناظر اطلاعی نسبت به ناظر استصوابی قدرت کمتری دارد پس بدان بسنده می‌کنیم.

ماده ۷۹ مقرر داشته که متولی‌ای را که نصب شده نمی‌توان عزل کرد. واقف و حاکم نمی‌توانند متولی را عزل کنند مگر اینکه در هنگام وقف حق عزل پیش‌بینی شده باشد. در ادامه، این ماده اشعار می‌دارد که اگر متولی خیانت (تقصیر) هم بکند نمی‌توانند او را عزل کنند. متولی امین است و مسئول نیست مگر اینکه تقصیر کرده باشد (ماده ۸۲). از سوی دیگر، آخر ماده ۸۲ بیان کرده متولی مثل وکیل امینی عمل می‌کند پس متولی وکیل است و وکیل امین است و نباید تقصیر کند. حال اگر تقصیر کرد او را برکنار نمی‌کنند حاکم ضمّ امین می‌کند یعنی حاکم یکی را ضمیمه می‌کند که با متولی با هم کار کنند. وقتی ضمّ امین شد انگار دو متولی‌اند یعنی همانند دو متولی با هم عمل می‌کنند.

ماده ۷۹: 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.

ماده ۸۲: 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 جمع‌آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید.

نکته: اگر واقف یک صفتی در متولی شرط کرده باشد بعداً متولی آن صفت را از دست بدهد، منعزل می‌شود؛ منعزل می‌شود یعنی خودبه‌خود عزل می‌شود (ماده ۸۰ ق.م)؛ مثلاً واقف گفته: چون فلان آقا قاضی است متولی این موقوفه باشد حال اگر آن شخص از منصب قضاوت بیرون می‌آید، او دیگر متولی نیست یعنی خودبه‌خود از تولیت منعزل می‌شود.

سؤال: اگر در وقف اصلاً متولی نباشد (متولی تعیین نشود) یا متولی که بوده از بین برود (صفت مقصود واقف را از دست بدهد، فوت کند) وقف بدون متولی را باید چکار کرد؟

ماده ۸۱ ق.م به‌طور ناقص به این سؤال جواب داده است.

ماده ۸۱: در اوقاف عامه [وقف عام] که متولی معین نداشته باشد، اداره موقوفه طبق نظر ولی فقیه خواهد بود.

این ماده سال ۱۳۷۰ تغییر کرده است اما ماده ۸۱ قانون مدنی ۱۳۰۷ کامل‌تر بود. قبلاً می‌گفت: «در وقف خاص اگر متولی نبود فلان کار را بکنید و در وقف عام اگر متولی نبود بهمان کار را بکنید»؛ اما ماده ۸۱ فعلی فقط وقف عام را گفته ولی در مورد وقف خاص ساکت است. با دو استدلال می‌توان گفت در وقف خاص اگر متولی نباشد اداره وقف با خود موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم است در این حال، اختیار موقوف‌علیهم در اداره وقف خاص، در حکم تولیت نیست و ویژگی‌های تولیت را ندارد پس اگر موقوفه را اجاره دهند مشمول حکم ۴۹۹ نیستند و اجاره فقط نسبت به زمان وجود آن طبقه از موقوف‌علیهم نافذ است و پس از انقراض آنان، اجاره برای طبقه بعد موقوف‌علیهم غیرنافذ است.

اگر متولی خاص، معین نباشد با دو استدلال ذیل، اداره وقف با خود موقوف‌علیهم است:

استدلال اول: ماده ۸۱ قانون قدیم هم در مورد وقف خاص و هم در مورد وقف عام بود. قانون جدید فقط در مورد وقف عام است. به نظر می‌رسد قانون جدید در مورد وقف خاص ساکت است و قانون قدیم را نسخ نکرده است. می‌دانیم قانون قدیم در وقف خاص می‌گفت اگر متولی نباشد اداره با خود موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم است. پس آن قسمت همچنان باقی است زیرا توسط قانون جدید نسخ نگردیده است.

استدلال دوم: فرض کنیم قانون قدیم هم در وقف عام و هم در وقف خاص کلاً نسخ شده باشد. باز هم می‌توان گفت اداره موقوفه در وقف خاص با موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم است زیرا در وقف خاص قبض با موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم است اگر متولی هم نباشد؛ مال دست موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم است بنابراین اداره هم با موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم است.

ماده ۸۳ با ماده ۶۷۲ ق.م ارتباط دارد:

ماده ۸۳: 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.

ماده ۶۷۲: وکیل در امری نمی‌تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد.

یک بحث داریم «تفویض» و یک بحث داریم «توکیل»:

تفویض: یعنی متولی خسته شده و می‌خواهد سِمَتِ خود را به یک نفر دیگر بدهد و خودش برود. متولی نمی‌تواند سِمَتش را به دیگری تفویض کند. تفویض اصولاً امکان‌پذیر نیست.

توکیل: متولی خسته نشده بلکه کارش زیاد است و نمی‌رسد همه کارها را خودش انجام دهد. وکیلی می‌گیرد و یک سری از کارها را به او می‌دهد. اگر در تولیت شرط مباشرت نشده باشد می‌تواند وکیل بگیرد. در وکالت، متولی می‌ماند اما در تفویض، متولی می‌رود. وکالت اصولاً امکان‌پذیر است.

به تبصره ۳ ماده ۴ قانون اوقاف توجه شود: «در موقوفاتی که شرط مباشرت نشده باشد هر گاه متولی برای انجام تمام یا قسمتی از امور مربوط به موقوفه وکیلی انتخاب کند وکیل مزبور باید توانایی انجام مورد وکالت را داشته باشد در صورتی که وکیل انتخابی به تشخیص سازمان قادر به ایفاء وظایف محوله نباشد مراتب کتباً به متولی ابلاغ خواهد شد هر گاه ظرف دو ماه برای متولیان مقیم ایران و چهار ماه برای متولیان مقیم خارج از کشور، متولی، 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 این حکم شامل وکلایی که قبلاً نیز انتخاب شده‌اند خواهد بود.»

نکته: اجرت وکیل با متولی است (همانطور که در عقد وکالت اگر به صورت توکیل باشد، اجرت وکیل دوم با وکیل اول است). اگر متولی، تولیت را تفویض کند، حق الزحمه متولی جدید از منافع مال موقوفه است (در بحث وکالت، تفویض باعث می‌شود که حق الوکاله وکیل جدید با موکل باشد).

ماده ۸۴ با ماده ۶۷۶ ق.م.ا.رتباط دارد:

ماده ۸۴: جائز است واقف از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولی قرار دهد [اجرت المسمی] و اگر حق التولیه معین نشده باشد متولی مستحق اجرت المثل عمل است.

ماده ۶۷۶: حق الوکاله وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد تابع عرف و عادت است اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است.

ماده ۶۷۶ ق.م.ا. در باب وکالت کامل‌تر است؛ اما ماده ۸۴ ق.م.ا. دو مرحله (از سه مرحله اشاره شده در ماده ۶۷۶) را گفته و این در واقع ناقص است. متولی مجانی کار نمی‌کند و حق التولیه می‌گیرد. حق التولیه سه مرحله دارد:

مرحله اول: واقف مشخص کرده که متولی چقدر دریافت کند (اجرت المُسمی).

مرحله دوم: واقف چیزی نگفته ولی یک عرف مشخص داریم. مثلاً عرف گفته متولی نیم درصد درآمد سالیانه موقوفه را به عنوان حق التولیه می گیرد که این را نیز اجرت المُسمی می گویند (طبق ماده ۲۲۵ ق.م) بنابراین طبق این ماده مبلغی که عرف تعیین کرده اجرت المُسمی نام دارد و این مرحله در ماده ۶۷۶ ق.م ذکر شده است اما در ۸۴ ذکر نشده).

ماده ۲۲۵: متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است.

مرحله سوم: بدین شکل است که نه عرف و نه واقف حق التولیه را تعیین نکرده باشد که در این صورت متولی مستحق اجرت المثل است.

ماده ۸۵: حق عینی و حق دینی را خواندیم. تفاوت آنها چه بود؟ حق عینی حقی است که مستقیماً روی مال و بدون واسطه است اما حق دینی حقی است که غیرمستقیم روی مال است یعنی از طریق یک شخص به مال می رسد. وقتی موقوف علیهم می خواهند سهم خود را بگیرند اول حق دینی دارند باید از متولی سهم خود را بگیرند. وقتی متولی سهم هر کدام را مشخص کرد حَقشان، حق عینی می شود که دیگر اذن نمی خواهد و خودشان به طور مستقیم بر می دارند.

ماده ۸۵: بعد از آنکه منافع موقوفه حاصل و حصه هر یک از موقوف علیهم معین شد موقوف علیهم می تواند حصه خود را تصرف کند اگر چه متولی اذن نداده باشد مگر اینکه واقف، اذن در تصرف را شرط کرده باشد.

ماده ۸۷ ق.م راجع به «تقسیم منافع» است. منافع موقوفه چطور بین موقوف علیهم تقسیم می شود؟ واقف می تواند به طور تساوی یا متفاوت مشخص کند؛ اما اگر واقف چیزی نگفت بر مبنای اصل عدم زیاده رفتار می شود. در واقع این ماده یک فرض را گفته و یک فرض را نگفته است.

قاعده: هرگاه چند نفر یک چیزی داشته باشند (مالی، حقی، دینی) اصل بر تساوی سهام آنها است.

ماده ۸۷: واقف می تواند 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 می داند تقسیم کند.

ماده ۱۵۳ ق.م و ۸۵۳ ق.م مبنای قاعده اصل عدم زیاده است که ماده ۸۷ ق.م از این موضوع را صحبت نکرده است.

ماده ۱۵۳: 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.

ماده ۸۵۳: اگر موصی‌لهم متعدد و محصور باشند موصی به بین آنها بالسویه تقسیم می‌شود مگر اینکه موصی طور دیگر مقرر داشته باشد.

مواد ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ با هم ارتباط دارند که این مواد می‌گویند: مال موقوفه را نمی‌توان فروخت چون مال موقوفه حبس می‌شود (و همچنین نمی‌توان هبه کرد و نیز نمی‌توان انتقال داد)؛ اما در بعضی موارد استثنائی که این سه ماده بدان اشاره کرده است می‌توان مال موقوفه را فروخت. مثلاً مال موقوفه خراب شود یا بین موقوف‌علیه‌هم اختلاف شود و بیم خونریزی (سَفکِ دِماء) رود. در موارد استثنائی مال موقوفه فروخته می‌شود پولش را طبق ماده ۹۰ صَرَفِ کاری می‌کنند که به هدف واقف نزدیک‌تر است. مثلاً بیمارستان را اگر فروختند درمانگاه می‌زنند.

ماده ۸۸: 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.

ماده ۸۹: هرگاه بعض موقوفه خراب یا مُشْرِف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد همان بعض فروخته می‌شود مگر اینکه خرابی بعض، سبب سلب انتفاع قسمتی که باقیمانده است بشود؛ در این صورت تمام فروخته می‌شود.

ماده ۳۴۹: بیع مال وقف صحیح نیست مگر در موردی که بین موقوف‌علیه‌هم تولید اختلاف شود به نحوی که بیم سَفکِ دِماء رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف مقرر است.

ماده ۹۰: عین موقوفه در مورد جواز بیع [در جاهایی که بیع آن مجاز است] به اقرب به غرض واقف تبدیل می‌شود.

نکته: یک اصطلاح به نام حبس یا حبس مؤبد داریم. کلمه حبس در مواد ۴۴، ۴۷ و ۵۵ آمده است و باید تأکید گردد «حبس» در این مواد با «حبس مؤبد» فرق دارد. در وقف، مال دیگر از مالکیت واقف خارج شد و قضیه تمام می‌شود.

ماده ۴۴: 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.

ماده ۴۷: در حبس اعم از عمری و غیره قبض، شرط صحت است.^{۲۷}

^{۲۷} همانطور که گفتیم متعلق حق انتفاع ممکن است مال غیر، مال دولت، یا اموال عمومی یا مال موقوفه باشد. دکتر کاتوزیان معتقد بودند که قبض، شرط صحت همه عقود موجد حق انتفاع است اما ظاهر ماده ۴۷ ناظر به حبس عین مال است و در مورد همه عقود

ماده ۵۵: وقف عبارتست از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود.

اگر موقوفه‌علیه‌م یا هدف وقف منقرض شود چه می‌شود؟ تحت هیچ شرایطی وقف بر نمی‌گردد.

حبس مؤبد آن عقدی است که مال از ملکیت حابس (حبس‌کننده) خارج نمی‌شود ولی برای محبوس‌لهم (کسی که مال به نفعش حبس شده) تا ابد حق انتفاع برقرار می‌شود.

حبس مؤبد شبیه عقد موجد حق انتفاع است (که یا عمری بود یا رقبی) که می‌توان این را حبس موقت گفت؛ اما حبس مؤبد دائمی است و به عبارت بهتر، قرارداد حق انتفاع به طور نامحدود و همیشگی می‌باشد.

فرق حبس مؤبد با وقف:

۱. در وقف، واقف دیگر مالک نیست اما در حبس، حابس مالک است.

۲. در حبس اگر محبوس‌لهم (کسی که مال به نفعش حبس شده) منقرض شدند مال آزاد می‌شود و به حابس بر می‌گردد و اگر حابس نبود به وراثش می‌رسد.

اشخاص دخالت‌کننده در اداره مال وقفی:

۱. متولی (راجع به متولی صحبت کردیم)

۲. ناظر (راجع به ناظر صحبت کردیم)

۳. وکیل: اگر در ضمن وقف، شرط مباشرت نشده باشد متولی می‌تواند وکیل بگیرد. وکیل گرفتن یعنی مسئولیت متولی از بین نمی‌رود. متولی نمی‌تواند تولیت را به دیگری تفویض کند مگر اینکه واقف در ضمن وقف به وی اذن داده باشد.

۴. امین: در مورد امین باید دید که امین در قانون در کجاها انتخاب می‌شود.

ماده ۷۹ قانون مدنی در مورد امین صحبت کرده؛ این ماده گفته: «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، ضم امین می‌کند.»

ماده ۷۷ قانون مدنی نیز اینگونه گفته: «هر گاه 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

حق انتفاع نیست، پس به عبارت بهتر همانطور که گفتیم عقد موجد حق انتفاع ممکن است عقد معین یا نامعین باشد؛ اگر از عقود معین حبس‌کننده باشد قبض، شرط صحت است. اما اگر از عقود معین حبس‌کننده نباشد مانند وصیت، قبض، شرط صحت نیست. نکته: اگر قبل از قبض یکی از دو طرف بمیرد یا محجور شود، عقد، باطل می‌شود اگر بعد از ایجاب و قبول، ایجادکننده حق انتفاع از تسلیم امتناع کند، الزام نمی‌شود (یعنی قرارداد تشکیل نمی‌شود). در تمام عقود عینی چون قبل از قبض، عقدی واقع نشده پس رابطه قراردادی به وجود نمی‌آید که به استناد آن بخواهیم الزام کنیم.

شخصی را ضمیمه آنکه باقی مانده است می‌نماید که مجتمعاً تصرف کنند.» در مورد این شخص، اختلاف شده است که آیا نام این فرد، امین است یا نه (نظر غالب هم نداریم!).

ماده ۷ قانون اوقاف: «هر گاه متولی یا ناظر نسبت به عین یا منافع موقوفه تعدی یا تفریط نماید یا در انجام وظایف مقرر در وقف‌نامه و قانون و آیین‌نامه‌ها و مقررات مربوط مسامحه و اهمال ورزد، با رسیدگی شعبه تحقیق و حکم دادگاه حسب مورد معزول یا ممنوع‌المداخله یا ضمّ امین خواهد شد.»

پس اگر متولی، تعدی یا تفریط کنه یا مسامحه و اهمال کنه ضمّ امین خواهد شد و اگر ناظر، تعدی یا تفریط کنه یا مسامحه و اهمال کنه ضمّ امین خواهد شد ولی قانون مدنی در ماده ۷۷ فقط راجع به متولی صحبت می‌کند.

چند نکته در مورد وقف:

نکته: احکام توابع و متعلقات وقف، تابع احکام توابع و متعلقات بیع است و طبق ۳۵۸ ق.م.حمل، از توابع مبیع نیست پس از توابع موقوفه هم نیست لذا اگر شخصی، حیوان آبستنی را وقف کند، حمل از توابع وقف نیست مگر عرف یا تراضی بر خلاف آن باشد.

نکته: وقف از عقود رایگان است و علم تفصیلی به مورد معامله، شرط صحت نیست.

نکته: انقراض طبقه اول موقوف‌علیهم قبل از قبض باعث بطلان وقف نیست بلکه طبقه بعدی می‌تواند موقوفه را قبض کند؛ پس اگر الف، زمین خود را بدون تعیین مساحت به شخص ب و اولاد او نسلاً بعد نسل^{۲۸} (پشت اندر پشت) وقف می‌کند، این وقف، صحیح است هر چند مساحت تعیین نشده باشد.

اگر در همین مثال، شخص ب وقف را قبول و قبل از قبض فوت کند و مدتی بعد اولاد ب زمین را قبض کنند وقف، صحیح است. انقراض طبقه اول موقوف‌علیهم قبل از قبض باعث بطلان وقف نمی‌شود بلکه طبقه بعدی می‌تواند موقوفه را قبض کند و همین قبض کافی است.

نکته: در وقف خاص، قبول و قبض توسط همه موقوف‌علیهم ضرورت دارد (و متولی اختیار قبول ندارد)؛ قبول و قبض، توسط هر یک از موقوف‌علیهم فقط نسبت به خود او مؤثر است و تأثیری در تحقق وقف نسبت به سهم سایر موقوف‌علیهم ندارد بنابراین اگر شخصی مالی را به چهار نفر وقف کند و یکی از آنها را متولی قرار دهد، قبول و قبض متولی باعث می‌شود که عقد فقط نسبت به سهم او واقع شود.

نکته: نیازی نیست که در زمان انشاء وقف، منافع موقوفه در ملکیت واقف باشد البته اگر این منافع، موقتی منتقل شده باشد وقف صحیح است و اگر منافع، دائمی منتقل شده باشد وقف باطل است.

^{۲۸} قید عبارت «نسلاً بعد نسل» یا «طبقاً بعد طبقه» به «ترتیب» دلالت دارد نه به «شراکت».

نکاتی در مورد قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان (مصوب ۱۳۴۸):

ماده ۲۲ قانون فوق مقرر داشته: «حقوق مادی پدیدآورنده موقعی از حمایت این قانون برخوردار خواهد بود که اثر برای نخستین بار در ایران چاپ یا پخش یا نشر یا اجرا شده باشد و قبلاً در هیچ کشوری چاپ یا نشر یا پخش و یا اجرا نشده باشد.» این ماده فقط داره راجع به حقوق مادی صحبت می‌کند و نه حقوق معنوی.

ماده ۱ قانون اخیرالذکر مقرر داشته: «از نظر این قانون به مؤلف و مصنف و هنرمند "پدیدآورنده" و به آن چه از راه دانش یا هنر و یا ابتکار آنان پدید می‌آید بدون در نظر گرفتن طریقه یا روشی که در بیان و یا ظهور و یا ایجاد آن به کار رفته "اثر" اطلاق می‌شود.»

نکته: مالکیت، در حقوق مالکیت فکری اصولاً موقت است مثلاً حقوق مادی مؤلف و پدیدآورنده نرم‌افزار ۳۰ سال است. قانونی داریم به نام «قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای» که نکته آخر از ماده اول آن مستنبط است.^{۲۹}

نکته: در حقوق مالکیت فکری، حقوق مادی پدیدآورنده در صورتی از حمایت برخوردار است که اثر، برای نخستین بار در ایران چاپ، پخش، نشر و اجرا شده باشد (ماده ۲۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان).
نکته: حقوق معنوی، منوط به هیچ شرطی نیست.

یه توصیهٔ مخلصانه: از بهترین راه‌های دستیابی به اهداف این است که انرژی‌مان را در بخشش به دیگران متمرکز کنیم. اگر می‌خواهیم اعتماد به نفس خودمان بیشتر شود، سعی کنیم اعتماد به نفس اطرافیانمان را بالا ببریم. اگر حس امیدواری و مثبت‌اندیشی می‌خواهیم باید در شخص دیگری این‌ها را القا کنیم و اگر موفقیت را برای خودمان می‌خواهیم برای دیگران هم بخواهیم. این «اثر دیگران» است بر زندگی ما! اثر موجی کمک به دیگران و بخشیدن سخاوتمندانه وقت و انرژی‌مان به آنها این است که خودمان بزرگ‌ترین ذینفع این «نوع دوستی» خواهیم بود. وقتی هم آموختیم یکی از تأثیرگذارترین بخش‌ها بر زندگی هر کس اطرافیان می‌باشد، لذا با بهبود وضع اطرافیان در واقع زندگی خودمان را به سمت خوبی تغییر داده‌ایم. اثر دیگران یعنی اینکه اگر دوستم جزوه حقوق مدنی را خوانده است و از آن متأثر شده، آن را به من هدیه کند، من به دیگری هدیه کنم یا با نوشتن مطلبی دربارهٔ این جزوه، دیگران را تشویق به خواندن آن کنم تا هم خودم لذت ببرم، هم جامعه و اطرافیانم هم موجی از لذت و تغییر مثبت را احساس کنند. من متوجه شده‌ام بهترین راه برای به دست آوردن چیزهایی که در زندگی‌ام می‌خواهم این است که انرژی‌ام را روی بخشش به دیگران متمرکز کنم. اگر این جزوه به تو کمک کرده اوون رو برای پنج نفر بفرست؛ چون بدون تو حتی ممکن نبود آن را پیدا کند.

اگر در حین مطالعه با موارد سهو قلم و یا خطاهای انسانی دیگر که ما از آن غافل مانده‌ایم، مواجه شدید؛ از طریق ایمیل mollakarimi.omid@gmail.com با ما در میان بگذارید تا اصلاح نماییم.

^{۲۹} ماده ۱: حق نشر، عرضه، اجرا و حق بهره‌برداری مادی و معنوی نرم‌افزار رایانه‌ای متعلق به پدیدآورنده آن است. نحوه تدوین و ارائه داده‌ها در محیط قابل پردازش رایانه‌ای نیز مشمول احکام نرم‌افزار خواهد بود. مدت حقوق مادی سی (۳۰) سال از تاریخ پدیدآوردن نرم‌افزار و مدت حقوق معنوی نامحدود است.



امید ملاکریمی هستم؛ یه حواسِ پرتِ متولدِ دههٔ ۶۰ توو تهران! ارزشِ اصلی من در زندگی، کمک به دیگران و تأثیرگذاری بر زندگی آنهاست. به یادگیری و اشتراک‌گذاری آموخته‌هایم با دیگران علاقه‌ی زیادی دارم. البته همه تلاش‌م را می‌کنم تا روش‌هایی را که به افزایش کیفیت یادگیری کمک می‌کنند یاد بگیرم و بعد از افزودن تجربیات خودم، آنها را به دیگران هم انتقال بدهم. در حوزهٔ آموزش و نویسندگی در رشتهٔ حقوق با روش «ساده‌نویسی» و «به کار بردن مثال‌های روان» متفاوتم! من به این جمله ایمان دارم: «اگر موفقیتِ بیشتری می‌خواهی باید به دیگران کمک کنی تا به موفقیتِ بیشتری دست یابند.»

آخرین به‌روزرسانی جزوه: بهمن ۹۸ اینستاگرام شخصی نویسنده: @omid_mollakarimi

داستان نویسنده: بعد از اینکه لیسانسم رو گرفتم مثل خیلی از دانش‌آموخته‌های حقوق وارد دورهٔ کارشناسی ارشد شدم؛ البته باید بگم که یه کارِ ثابت هم داشتم که ماهانه یه حقوقِ ثابت از اوون می‌گرفتم. رفته رفته به این نتیجه رسیدم که اگه بخوام اینجوری ادامه بدم دستِ آخر بعد از دریافت مدرک کارشناسی ارشد و یا حتی دکتری در بهترین حالت می‌خوام یه کارمندِ سطحِ بالا توو یه اداره بشم که نهایتاً یه حقوق خوب دریافت کنم. شاید برای خیلی‌ها رسیدن به یه حقوقِ کارمندی خوب نقطهٔ اوجِ آرزوهاشون محسوب بشه اما من رسیدن به یه حقوقِ ثابت خوب رو مطلوب نمی‌دیدم. همیشه دوست داشتم مثل قهرمانای این فیلما به آدمایی که توو موقعیت‌های بد قرار گرفتن کمک کنم و با کلی غرور و کمالِ رضایت از مفید بودنِ خودم یه نفس عمیق بکشم و بگم «تونستم!». از این فیلما که بگذریم ذاتِ زندگی آدمیزاد اینه که باید بجنگه و از «یه جا نشستن» یا همون «صبح به صبح کارت زدن توو یه محیطِ اداری» فراری باشه. خلاصه اواخر اسفند ماه بود که تصمیم گرفتم عطای حقوقِ ثابت را به لقایش ببخشم و از اوّل فروردین شروع کنم به خوندن! البته این اشتیاقِ سوزان باید اوّل توو خودِ آدم ایجاد بشه و حتی اگه دوستان و اطرافیان با تمسخر بهت بگن: «تو که کارِ ثابت داری، می‌خوای بشینی و بخونی که چی!»، یا بگن: «صد و ده هزار تا شرکت می‌کنن و نهایتاً سه هزار تا ور می‌دارن و تو بدونِ سهمیه عُمراً شانسِ نداری!» اطمینانِ نداشتم که به موفقیتِ برسم اما با خودم عهد کردم که اوّل فروردین «بسمه‌الله» بگم و با همهٔ توانم پیش برم؛ البته قبلش از خانواده‌ام خواستم که توو این مسیر کمک کنن و این هشت ماه یه کم توقع و انتظارشون رو از من کم کنن. من ریسکِ شیرینِ بلندپروازانه‌ای رو آغاز کرده بودم؛ خلاصش کنم برات: «با وجودِ تمامِ ترسی که از شکست داشتم، از تصمیم‌ام راضی بودم!». جملهٔ یه بنده‌ی خدا اوومد توو ذهنم که می‌گفت اگر آرزوت اینه که یه ماشین بخری، اوّل برو یه جاسوئچی برای ماشینی که توو روایته تهیه کن و یقین داشته باش که به ماشینه می‌رسی! منم بدونِ معطلی، رفتم یک سنجاق‌سینه کوچولو که رووش آرمِ کانون رو داره و وکیل‌های کانون همیشه روی کُت یا مانتوشون می‌زنن تهیه کردم. تا شروع کردم کمک‌های خدا رو دیدم که یکی یکی برام می‌اومد. مثلاً با مسؤولِ یه کتابخونه صحبت کردم و با وجودِ اینکه ساعتِ کارِ اوونجا تا ۶ بعد از ظهر بود بهم گفت: می‌تونی با نگاهیان مجموعه هماهنگ کنی و تا ۱۱ شب هم از کتابخونه استفاده کنی! خلاصه اینکه ایمان داشتم اگر امروز زحمت بکشم فردا از نتیجه و میوهٔ شیرینِ اوون زحمات بهره‌مند می‌شم؛ به فرموده قرآن: «فان مع العسر، یُسرا». خوشحالم از اینکه که امروز که این متن رو نوشتم در وضعیتی هستم که در تمامیِ آزمون‌های حقوقی (وکالت، قضاوت، ارشد، دکتری) قبول شدم و به عضویت «هیأت علمی» رسیدم و می‌خوام متنم رو با یه جمله تموم کنم: «تووی سکوت تلاش کن و اجازه بده صدای موفقیت همه جا بپیچه!»

چشم‌انتظار خواندنِ داستانِ موفقیت‌تان هستم. به امید موفقیتِ تو؛ امید ملاکریمی (پایان گفتار ما: حمد و سپاس مخصوص پروردگار جهانیان است.)

Telegram Channel: @OmidMollakarimi E-mail: mollakarimi.omid@gmail.com Instagram: @vekalatyar web: mollakarimi.ir

به شماره همراه ۰۹۳۵۲۲۱۳۱۷۵ نام، نام خانوادگی و ایمیل‌تان را پیامک یا واتس‌آپ کنید و جزواتِ ارزنده‌ای را از ما دریافت کنید.