



حقوق اموال و مالکیت

فصل اول: مفاهیم و کلیات

در این فصل، معنا و مفهوم مال و ابعاد مختلف آن را مورد بررسی قرار خواهیم داد؛ در ظاهر امر، معنای «مال»، ممکن است، بسیار ساده به نظر آید، لیکن با دقت در اجزاء آن، به پیچیدگی مفهوم و مصادیق آن، پی می‌بریم. همچنین «حق مالی» و «دارایی» از مفاهیم بنیادی است که باید مورد مطالعه قرار گیرد.

مبحث اول: معنا و مفهوم مال

گفتار اول: معنای لغوی مال

«مال» کلمه‌ای است عربی^۱ و در «لغت»، آنچه «تملک» پذیرد را گویند.^۲ نخست به «طلا و نقره»، «مال» می‌گفتند و سپس به هر چیز «عینی ذخیره شدنی» و «تملک پذیر» مال گفتند. اعراب، «شتر» را «مال» می‌خواندند، زیرا دارایی را بر آن می‌نهادند.^۳ در یکی از لغتنامه‌ها، در تعریف «مال» آمده است: «آنچه در ملک کسی باشد و آنچه ارزش مبادله داشته باشد، دارایی، خواسته و...».^۴

در «ترمینولوژی حقوق» آمده است: «مال در اصل، از فعل ماضی میل است به معنی خواستن. در فارسی هم به مال، خواسته می‌گویند».^۵ البته به نظر می‌رسد «مال» از ریشه میل نیست، زیرا در ادبیات عرب، انحراف و کج شدن را «میل» گویند؛ بنابراین، ترجمه (مال) به

۱- عبدالنبی، قیم، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، تهران، انتشارات سپهر، سال ۱۳۸۱، ذیل واژه مال
۲- ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۱، نشر ادب حوزه، قم، ۱۳۶۳هـ.ش، ۱۴۰۵ هـ.ق، ص ۶۳۶ و کتاب العین فراهیدی، انتشارات دارالهجره، ۱۴۰۵هـ.ق، ص ۳۴۴.

۳- طریحی، مجمع البحرین، ج ۵/ دارمکتبه الهلال، بیروت، ۱۹۸۵م، ص ۴۷۵

۴- معین، محمد، فرهنگ فارسی، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۳هـ.ش، ج ۳، ص ۳۰۷۸

۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸هـ.ش، ص ۳۱۲۶.

(خواستن) درست نیست.

بی‌شک، واژه «مال» در گذر تاریخ، بسیار دگرگون شده است و به تدریج «عرف» مصادیق جدیدی به «مال» افزوده است؛ بنابراین، برای تعریف مال باید از عرف کمک گرفت، چنانکه عرف به تدریج معنی «مال» را گسترانیده و اکنون «منفعت» و «حقوق مبادله پذیر» را نیز «مال» می‌داند؛ و چیزی را که امکان تصرف در آن نباشد را «مال» نمی‌گویند.

گفتار دوم: معنای اصطلاحی مال

شناخت «معنای اصطلاحی» مال، می‌تواند در ادامه، ما را نسبت به «حقوق اموال» آشنا سازد؛ همچنین، شناخت «حقوق اموال»، می‌تواند ما را در پاسخ به سوالات زیادی که در «حقوق قراردادها» و «حقوق مسئولیت مدنی» پیش می‌آید کمک کند؛ البته با گسترش روز افزون صنعت و تحولات اجتماعی، شناخت مفهوم «مال»، روز به روز مشکل تر می‌شود؛ در گذشته بیشتر به چیزی «مال» گفته می‌شد که مادی و قابل دیدن و لمس باشد، مثل خانه، میوه، لباس؛ ولی امروزه برخی اموال در عالم خارج دیده نمی‌شوند و قابل لمس نیستند، به عنوان مثال حق سرقفلی (نه خود ملک)، دیون، مطالبات، بُعد مالی حق تألیف و اختراع از «حقوق مالی» هستند که امروزه «مال» هستند. سابقاً تنها صاحبان املاک، ثروتمند محسوب می‌شدند، ولی امروزه سهامداران بزرگ شرکت‌های عظیم نیز ثروتمندند؛ در حالی که اموال مادی منقول یا غیر منقول در اختیار ندارند. جامعه امروزی، هر روز به سمت غیر مادی شدن (اعتباری شدن) پیش می‌رود و بسیاری از ارزش‌های مالی غیر مادی، مثل علائم تجاری و مالکیت‌های فکری، شاید دارای ارزش بیشتری از اموال مادی هستند؛ به عنوان مثال گاه، جواز و پروانه بهره برداری از زمین، ارزشمندتر از خود زمین است.^۲

در «قانون مدنی»، تعریفی از «مال» نشده است، لیکن مصادیق و انواع آن در «باب اول» از «کتاب اول» آن ذکر شده است. حقوقدانان،^۳ هر یک سعی کرده‌اند تعاریفی ارائه دهند که کامل باشد؛ در ادامه به تجزیه و تحلیل این تعاریف می‌پردازیم:

۱- یوسف موسی، محمد، الاموال ونظریه العقد فی الفقه الاسلامی، دارالفکر العربی، قاهره ۱۴۱۷هـ (۱۹۹۶م)، ص ۱۹۷
 ۲- Carbonnier, J, droit civil, t.3, les biens, 16 ed, 1995, p.94
 ۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران: نشر یلدا، ۱۳۷۴، ش ۱، ص ۱۱. برخی گفته‌اند در اصطلاح حقوقی، به چیزی مال گفته می‌شود که قابل داد و ستد باشد و برای آن عرضه و تقاضا مطرح بوده و بتوان آن را به پول ارزیابی کرد (مدنی، سید جلال الدین، حقوق مدنی، ج اول، نشر پایدار، ۱۳۹۰، ص ۱۶۰). برخی نیز گفته‌اند: فرق بین مال و شیء، این است که مال همواره دارای ارزش مبادله اقتصادی و قابل تقویم به پول است، ولی شیء ممکن است دارای ارزش مبادله اقتصادی باشد یا نباشد، لذا هر مالی، شیء است ولی هر شیء، مال نیست، مال لازم نیست محسوس و مادی باشد. (صفایی، سید حسین، حقوق مدنی، ج اول، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۲۳).

بند اول: مفید بودن^۱

این تعریف بر اساس تفکیک بین «شیء» و «مال» است. اشیاء زیادی پیرامون ما وجود دارد، لیکن همه این اشیاء، «مال» نیستند. بنابراین، برخی حقوقدانان سعی کردند «مال» را بر اساس ویژگی «مفید بودن»، تعریف کنند؛ این تعریف که به تعریف «مال» در حقوق «رم» بسیار نزدیک است چنین مقرر می‌دارد: «اشیائی که به هیچ وجه برای آدمی مفید نباشند، مال محسوب نمی‌شوند».^۲ بنابراین، «مال» باید «مفید» باشد و نیاز «مادی» یا «معنوی» انسان را تامین کند؛ مقصود از «نفع مادی»، نفعی است که بتواند یکی از نیازهای جسمی و فیزیکی شخص را مرتفع سازد، و مقصود از «نفع معنوی» آن است که بتوان با استفاده از مالی، یکی از نیازهای روحی و معنوی انسان را برطرف کرد. بنابراین «عقلا» به یک قطعه سنگ یا چوب بی‌ارزش، توجه نمی‌کنند و در قبال آن پولی پرداخت نمی‌نمایند، زیرا هیچ نیاز مادی یا معنوی را برآورده نمی‌سازد، اما اگر همین سنگ یا چوب را بتراشند یا خراطی نمایند به نحوی که در منزل برای تزئین استفاده شود، می‌توان به آن «مال» گفت، زیرا اکنون یک نیاز معنوی (پاسخ به حس زیبایی طلبی انسان) را برآورده می‌کند.

اما مبنای مفید بودن، مورد انتقاد واقع شد، زیرا بسیاری از اشیاء در عالم وجود دارند که برای جسم و روح ما مفیدند و در عین حال، «مال» نیستند؛ به عنوان مثال، «خون» برای بدن ما مفید است، ولی تا زمانی که در بدن ما جریان دارد، «مال» محسوب نمی‌شود، همچنین اشیائی مانند دریا، هوا و نور خورشید، نسیم صبحگاهی، برای انسان، بسیار مفید و دارای اهمیت هستند؛ نور خورشید، منبع انرژی کره خاکی است و برای همه انسان‌ها و حیوانات و گیاهان، مفید است و نیاز انسان را برطرف می‌کند، ولی «مال» به حساب نمی‌آیند.^۳

بند دوم: قابلیت اختصاص^۴

برخی از حقوقدانان، «مال» را بر مبنای ویژگی «قابلیت اختصاص» تعریف کرده‌اند و معتقدند: اشیائی مانند دریاها، هوا و نور خورشید، برای انسان مفیدند؛ لیکن به حکم طبیعت، قابلیت اختصاص به شخص یا اشخاص را ندارد، و هیچکس نمی‌تواند نسبت به آنها، ادعای «مالکیت انحصاری» و «اختصاصی» نماید؛ بنابراین گفته‌اند: «مال، آن چیزی است که قابلیت اختصاص به فردی را داشته باشد و هر شیئی به لحاظ حقوقی، زمانی، مال تلقی می‌شود که بتواند در اختیار انسانی قرار گیرد».^۵

1- utilite

2- Demolombe, cours de napelon, livre 11, titre 2, t. 1861, p14 et Terre, ph. Simmler, Droit civil, les biens, dalloz, 2006, p32.

3- Zanti, F., Les biens, coll. Droit fundamental, PUF, p13.

4- appropriation

5- Malaurie, ph. Ripert, Traite theorique et pratique de droit civil: Les biens < paris > 1896, p10

این تعریف نیز مورد انتقاد واقع شده است، زیرا در برخی از اشیاء، به علت کثرت و رایگان بودن، علیرغم قابلیت اختصاص، مال نیست و لذا، صرف قابل اختصاص بودن چیزی، نمی تواند موجب مالیت آن شیء گردد؛ از طرفی علم روز می تواند برخی از اشیائی که سابقاً امکان دسترسی و تملک آنها نبوده را به کنترل خویش در آورد؛ مثلاً هوا را به صورت فشرده در آورند و در کپسول برای استفاده در زیر آب یا مصارف دیگر بکار برند و یا نور خورشید را ذخیره کنند؛ امروزه آبها در اختیار سازمان های مربوطه قرارداد و مورد معامله و قرارداد واقع می شود و حتی امواج رادیویی را به کنترل در آورده اند و با مبالغ سرسام آوری به فروش می رسانند؛ بنابراین حتی اگر نگوییم این اشیاء مثل آب و هوا، به صورت شخصی و اختصاصی در آمده، لیکن حداقل می توانیم بگوییم، بطور «جمععی» در اختصاص «جامعه» هستند (مثلاً متعلق به ایرانیان) و بر اساس این تعریف، باید «مال» محسوب گردند؛ در حالی که همگان معترفند که این اشیاء، «مال» نیستند.^۱

بند سوم: جمع دو مبنای مفید بودن و قابلیت اختصاص

برخی «حقوقدانان» معتقدند: با جمع دو شرط «مفید بودن» و «قابلیت اختصاص» می توان به معنا و مفهوم «مال» دست یافت.^۲ در حقوق «فرانسه» نیز به نظر، این معنا از «مال» مورد توجه قرار گرفته است؛ چنانکه در ماده «۷۱۴» «قانون مدنی فرانسه» آمده است: «آنچه از اشیاء که مختص فرد نیست، برای عموم قابل استفاده است» برخی از این ماده، مفید بودن و قابلیت اختصاص را استنباط کرده اند و آنچه این دو شرط را نداشته باشد، «شیء» دانسته اند.^۳

البته این تعریف نیز دارای اشکالاتی است؛ بر این تعریف، همان ایراداتی که در تعریف اول و دوم مطرح شد، وارد است؛ یعنی اشیائی وجود دارند که «مفید» و «قابل اختصاص» به انسان هستند، ولی همگان اذعان دارند که «مال» نیستند؛ مثل خون جاری در بدن که مفید است و مختص انسان است، ولی «مال» محسوب نمی شود.^۴

اشکال دیگری که به این تعریف وارد ساخته اند، این است که این تعریف «حقوق مالی» را نیز در زمره اموال قرار داده است، زیرا دارای هر دو شرط «مفید بودن» و «قابلیت اختصاص» می باشند، در حالی که، «حقوق مالی» در زمره «اموال» نیستند، زیرا چگونه می توان گفت حقوق مالی که از اموال، نشأت می گیرند در عین حال، خود «مال» باشند؟ این امر باعث شده که برخی حقوقدانان، دچار تعارض شده و گاه «حقوق مالی» را ناشی از اموال بدانند و بگویند

1- Planiol, Marcel et Ripert, Gerges. Traité pratique de droit civil français Tome.6 Paris, 1930, p.57.

۲- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ش ۱، ص ۱۱

3- Mousseron, J.M, Reynard, J.Th. Revet, de la propriete comme model, p15

4- Zanti, F., Les biens, p.63.

حقوق مالی، از اموال نشأت می‌گیرند و گاه معتقد شوند حقوق مالی در زمره اموالند.^۱

بند چهارم: تعریف مال بر اساس ویژگی ارزش اقتصادی

برخی عقیده دارند «مال» را باید از زاویه «صاحبان مال» و از بُعد «اقتصادی» به آن توجه شود: «مفهوم مال، لزوماً می‌باید از دید ثروتمندان ترجمه شود»؛ به نظر آنها، «پول» نقش تعیین کننده‌ای در شکل دهی نظرات حقوقی دارد؛ بر این اساس، «مال»، آن چیزی است که دارای «ارزش اقتصادی» باشد.^۲

برخی از «حقوقدانان ایران» نیز با استنباط از این مبنا در «تعریف مال» گفته‌اند: «مال، چیزی است که قابل داد و ستد باشد و برای آن تقاضا مطرح بوده و بتوان آن را به پول ارزیابی کرد»^۳ یعنی مردم در برابر آن، «پول» یا «مال» دیگری بدهند. به عنوان مثال، برای یک شاخه چوب خشک، کسی پول نمی‌دهد، پس، «مال» محسوب نمی‌شود، زیرا نوع انسان‌ها و عرف، ارزش تجاری و داد و ستد برای آن، قائل نیستند.^۴

انتقادی که بر این مبنا مطرح شده، این است که معلوم نیست آیا این ارزش اقتصادی، «نسبی» است یا «مطلق»؟ به عنوان مثال، عکس و فیلم خانوادگی قدیمی و شخصی، برای صاحب آن، یاد آور خاطرات است و ارزش بالایی معنوی و مادی دارد، ولی برای سایرین، ارزشی ندارد و عموم مردم، بابت آن پولی پرداخت نمی‌کنند؛ حال، آیا این گونه عکس‌ها، باید «مال» محسوب شوند یا خیر؟ اگر معنای «مطلق»، مد نظر باشد، این نوع اشیاء، نباید «مال» محسوب شوند، زیرا نوع مردم، بابت آن، وجهی نمی‌پردازند؛ ولی آیا می‌توان گفت، اینگونه اشیاء «مال» نیستند و در صورت تلف توسط شخص دیگر، مسئولیتی ایجاد نمی‌گردد؟ در پاسخ، برخی گفته‌اند، هیچ مانعی ندارد که چیزی در میان دو نفر و یا حتی برای یک نفر، «مفید» باشد و او حاضر به خرید آن «مال» باشد؛ به همین دلیل گفته‌اند، مفهوم نفع و ارزش، «نسبی» است، نه «مطلق».^۵

اما ایراد اساسی این تعریف در «حقوق ایران» که مبتنی بر «فقه اسلامی» است، این است که چیزهایی وجود دارند که بسیاری حاضرند برای آن پول پرداخت نمایند، مثل انواع مواد مخدر و مشروبات الکلی، در حالی که می‌دانیم «شارع مقدس»، مالیت را از اینگونه اشیاء، سلب نموده است؛ علت ممنوعیت خرید و فروش اینگونه اشیاء، فقدان «نفع عقلایی» و «مشروع»

1- schiller. s.droit des biens, p12

2- Savatier, Les metamorphoses economiques et sociaux du droit prive, paris, 1924, p151. cite par schiller. s.droit des biens, p. 14.

۳- مدنی، سید جلال الدین، حقوق مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات پایدار، ۱۳۸۲، ص ۱۶۰

۴- جعفری لنگرودی، حقوق اموال، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۱۲

۵- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ش ۲، ص ۱۲

است.^۱

«فقهاء» معتقدند: «منافع مال»، باید «مشروع» و «حلال» باشد (منافع محلله). بخش مهمی از کتب «فقهاء» به بررسی اشیاء و حیواناتی می‌پردازد که از نظر شرع، خرید و فروش آنها «حرام» است و بالتبع، معامله نسبت به این گونه اشیاء، «باطل» می‌باشد، بنابراین مشروبات الکلی، تریاک، سی‌دی‌های مستهجن و... «مال» نیستند و خرید و فروش آنها نیز، باطل و حرام است.^۲ چنانکه «آیه... خویی»، پس از تعریف لغوی «مال» می‌فرماید: «و اما نزد شرع، مالیت هر چیزی، بسته به وجود منافع حلال در آن است و هرگاه منافع آن شیء، حلال نباشد (مثل شراب و خوک) پس مال نیست».^۳ ایشان پس از مقید کردن مال به داشتن «منافع حلال» می‌افزایند: «همانا دلیلی وجود ندارد که مال، مختص اعیان باشد، بلکه شامل منافع نیز می‌گردد».^۴

البته، اگر چنانچه برخی از این اشیاء، با تحول صنعت و در دوره‌ای، دارای «منفعت عقلایی» گردند می‌توان آنها را در زمره اموال قرارداد؛ مثل سم مار برای سرم سازی، یا خون، برای تزریق به بیمار، یا سگ برای کشف مواد مخدر.^۵ بنابراین، صرف خرید و فروش و پرداخت پول، برای مال دانستن شیئی، کافی نیست؛ بلکه «منفعت» بایستی «عقلایی» و «مشروع» باشد.

ذکر این نکته لازم است که، ممکن است قانون کشوری، چیزی را «مال» بداند و قانون کشور دیگر، حکم به امحاء و از بین بردن آن بدهد و یا بالعکس، مانند شراب که اگر مسلمانی آن را در کشور دیگری تلف کند، باید قیمت آن را بدهد.^۶ پس شراب، «حکماً» مال نیست نه «واقعاً»، به همین دلیل اگر مسلمانی در کشور اسلامی، شراب متعلق به مسلمان دیگر را تلف کند، ضامن نیست، زیرا در رابطه بین آن دو، شراب «حکماً» «مال» محسوب نمی‌شود.

بند پنجم: واگذاری تعریف مال به عرف

بسیاری از «فقهاء»، «مال» را تعریف نکرده و آن را بی‌نیاز از تعریف دانسته‌اند و آن را به

۱- تعریف مشابهی نیز توسط یکی از نویسندگان مطرح شده است: (ر.ک: حیاتی، عباسعلی، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران: بنیاد حقوقی میزان، پاییز ۱۳۸۹، ص ۱۴)

۲- مکی عاملی، محمد ابن جمال الدین، (شهید اول)، اللمعه الدمشقیه، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۱۲هـ، جلد ۳، کتاب المتاجر ص ۲۰۳. و همچنین: انصاری، مرتضی، مکاسب محرمة و علامه حلی (یوسف بن علی ابن مطهر حلی)، تبصره المتعلمین، کتاب المتاجر.

۳- و اما عند الشرع فمالیه کل شیء باعتبار وجود المنافع المحلله فیہ فعدیم المنفعه المحلله (کالخنمر و الخنزیر)، لیس بمال»
 ۴- «ثم إنه لا وجه لتخصیص المال بالأعیان کما یظهر من الطریحی فی مجمع البحرین بل المال فی السلفه و العرف یعمُ المنافع ایضاً ولعلَّ غرض من التخصیص هو بیان الفرد الغالب» (سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه فی المعاملات، به قلم میرزا محمدعلی توحیدی، دارالهادی، بیروت، ۱۴۱۲هـ، ج ۲، ص ۳۰۲).

۵- مطابق ماده « ۲۱۵ » قانون مدنی: « مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد » و بر طبق ماده « ۳۴۸ » همان قانون: « بیع چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد باطل است »

۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۳۷.

«عرف» واگذار نموده‌اند؛ یکی از «فقه‌ها» در مورد مال می‌فرمایند: «معنای ملکیت و مالیت و ملک و مال، عرفی است که به توضیح شرع و نیز به دلیل شرعی نیاز ندارد. بلکه برای تعریف آنها عرف و لغت را باید دید».^۱ به نظر فقیه دیگر: «مالیت، اعتباری عقلایی است، برخاسته از غرض و رغبت مردم بدان، به گونه ای که برای به دست آوردنش بر یکدیگر پیشی گیرند و کشمکش کنند؛ خواه مانند غذا از نیازهای اولیه باشد یا همچون ادویه که بدان نیاز عارضی دارند، و یا برای رفاه و لذت باشد؛ البته همین که مردم چیزی را رغبت کنند به کشمکش نمی انجامد، بلکه باید کمیاب نیز باشد؛ بنابراین، به آب در کنار رودخانه و همچنین هیزم در جنگل و ریگ در صحرا، مال گفته نمی شود».

«امام خمینی» (ره) در تعریف مال می‌فرمایند: «مال، چیزی است که متقاضی داشته باشد و عقلاً بدان میل و رغبت کنند».^۲ بنابراین، اگر چیزی چنان فراوان شود که هرگاه اراده شود بی‌هیچ زحمتی بتوان آن را بدست آورد، آن را، مال نمی‌گویند همانند: آب رودخانه و ریگ صحرا و نور خورشید و هوا برای تنفس».^۳

مطلب قابل توجه اینکه، بسیاری از «حقوقدانان اروپایی» نیز پس از طرح نظرات مختلف و نقد آن، در نهایت به همین نتیجه رسیده‌اند؛ چنانکه یکی از «حقوقدانان فرانسوی» می‌گوید: «بسیار مشکل است که مال را بر اساس یک ویژگی خاص تعریف کنیم، بنابراین، بجای آنکه مال را برای مردم تعریف کنیم، بهتر است بگوییم، مال، آنچیزی است که مردم آن را مال می‌دانند».^۴

گفتار سوم: بررسی چند مصداق مبهم

بند اول: مال اندک

سوالی که مطرح است این است که آیا «مال اندک»، مثل یک دانه گندم یا یک دو ریالی یا یک لیوان آب، مال هستند یا خیر؟

برای پاسخ به این سوال، باید از «فقه» کمک گرفت؛ در فقه بین «ملک» و «مال» فرق است. چنانکه در تعریف مال گفته شد، «مال»، به اشیاء و چیزهایی گفته می‌شود که «عرف» آن را دارای ارزش مبادله و منفعت عقلایی بداند و نشانه آن، این است که مردم و عقلاً حاضرند

۱- نراقی، مولی احمد، عوائد الایام، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۳۷۵ هـ.ش (۱۴۱۷ هـ.ق)، ص ۱۱۳.

۲- خمینی، روح الله، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، ج ۱، ص ۲۰.

۳- طباطبایی (حکیم)، سید محسن، نهج الفقاهه، انتشارات جواد قیومی، قم، ۱۳۷۹ هـ.ش، ج ۲، ص ۳۲۵.

4- schiller. s, droit des biens, p15

بابت آن کار کنند یا معادل آن، پول بپردازند؛ اما «ملک»، عبارت است از «سلطه» و «تصرفی» که انسان بر چیزی دارد، اعم از آن که آن شیء، ارزش عرفی داشته یا نداشته باشد. بنابراین رابطه بین «مال» و «ملک»، «عموم و خصوص من وجه» است، زیرا برخی از چیزها هم «ملک» و هم «مال» هستند، مثل خانه، اتومبیل، کتاب و... و برخی از اشیاء، «مال» هستند، ولی «ملک» نیستند، مانند «مباحات» قبل از اینکه در اختیار و تسلط مردم درآیند، نظیر: معادن، جنگل‌ها، اراضی موات، حیوانات وحشی، آبیان حلال گوشت و... اما بعضی از چیزها «ملک» هستند، ولی «مالیت» ندارند و مال نیستند، مثل یک دانه گندم که به خاطر کمی ارزش، «مال» نیست و یا کرم‌ها و حشرات که به لحاظ پلیدی، مالیت ندارند، ولی اگر در تملک کسی باشند ملک او هستند و کسی نمی‌تواند در آنها بدون اجازه مالک تصرف کند.^۱

«امام خمینی» (ره) می‌فرماید: «گاهی توهم می‌شود که اگر چیزی مال نیست و خرید و فروش و سایر معاملات بر آن بار نمی‌شود، ملک نیز نمی‌تواند باشد... بطلان این تصور روشن است، زیرا اگر کسی مشتبی از خاک را بردارد و به تصرف خویش درآورد، مالک آن می‌شود و کسی نمی‌تواند در آن تصرف کند و اگر کسی بدون اجازه، با آن تیمم کند، باطل خواهد بود، با این که آن کف خاک، مسلماً مال نیست».

با این توضیح باید گفت: «مال اندک» مثل یک دانه گندم، موضوع داد و ستد واقع نمی‌شود و عرف حاضر نیست برای آن پولی یا عوضی پرداخت کند؛ بنابراین، «مال» نیست. ولی نباید گمان کرد که نمی‌تواند مورد تملک کسی باشد و هیچگونه ارزشی ندارد، زیرا اگر یک دانه گندم ارزشی نداشت و قابل تملک نبود، پس یک خرمن گندم نیز ارزشی نداشت؛ در حالی که چنین نیست، زیرا خرمن گندم از همین دانه‌های گندم تشکیل شده است.

بند دوم: مال آینده

هر گاه «عرف»، تشخیص دهد، مالی به «حکم عادت» و به طور «معمول» در آینده به وجود خواهد آمد و احتمال ایجاد آن قریب به یقین است، آن را «مال» می‌داند و برای آن ارزش قائل است؛ به عنوان مثال، میوه درختی که هنوز به طور کامل نرسیده ولی دانه بسته، مورد خرید و فروش واقع می‌شود؛ در «فقه» این معامله مورد تایید قرار گرفته و احکام آن آمده است، لیکن محدودیتی که در اینگونه قراردادها وضع شده است، این است که احتمال بوجود آمدن این

۱- «امام خمینی» (ره) می‌فرماید: «قد يتوهم أن بين المال والملک عمومًا مطلقاً لأن مالا ليس بمال ولا يترتب عليه البيع والشراء وسائر المعاملات لا يعتبر ملكاً وعلى ذالك حمل كلام الشيخ الأعظم (ره) حيث استدلال باعتبار المالیه بقوله (ص): (لا بيع إلا في ملک) وهو كما ترى. لأن الأثر لا ينحصر بالبيع بل ولا بسائر المعاملات فمن حاز كفاً من التراب فقد ملكه وليس لأحد التصرف فيه ويكون التيمم به باطلاً مع عدم كونه مالاً بالضرورة». (خمینی، روح...، كتاب البيع، ص ۲۱)

«مال» در آینده، قطعی باشد؛ لذا در پیش خرید میوه، «فقهاء» شرط می‌کنند که میوه به «بدو صلاح» برسد،^۱ یعنی نشانه رسیدن در آن هویدا گردد و آلا معامله به علت «غرری بودن» (خطری بودن) باطل است.^۲

بند سوم: نیروی کار انسان

بی‌گمان «کار» و «عمل انسان» دارای ارزش اقتصادی است، «فقهاء» نیز بر مالیت داشتن «کار»، صحه گذاشته‌اند. برخی فرموده‌اند: وجدان، ضرورت، سیره عقلایی و شارع مقدس، بی‌شک همگی حکم بر تسلط هر فرد بر کار و نفس خود و نیز «ما فی ذمه» خود می‌کند و از اینجا روشن می‌شود که «مال»، بر کار انسان نیز صدق می‌کند.^۳ یکی دیگر از «فقهاء»، مسئولیت جبران خسارت در جلوگیری از عمل شخص کارگر با بیکار را متفاوت می‌داند، زیرا عرف، «کار کارگر» را «مال» می‌شمارد.^۴ چنانکه اشاره شد «حضرت امام» (ره) نیز تفاوتی میان «مال» و «کار» نمی‌گذارند و می‌فرمایند: «مال چیزی نیست جز آنچه عقلا بدان رغبت و میل برند و در برابر آن ثمن بپردازند» و بدیهی است «عقلا» برای کار شخص، ارزش قائل بوده و حاضر به پرداخت وجه هستند.^۵

بند چهارم: مالیت انسان و اعضای بدن انسان

از زمانی که قانون منع برده داری در سال «۱۸۴۸» میلادی تصویب شد، دیگر «روح» و «جسم» انسان نمی‌تواند به عنوان یک کالا خرید و فروش شود و خرید و فروش انسان و اعضای بدن، در بسیاری کشورها با منع قانونی مواجه شده است.^۶ البته در دنیای مدرن امروزی! در بسیاری

۱- «و يجوز بيعها بعد بدو صلاحها اجماعا.. و يجوز بيع الخضر بعد انعقادها..» (شهید ثانی، پیشین، ج ۳، ص ۳۵۵ فی بیع الثمار و رجوع کنید به کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۸۲)

۲- اگر کسی مانع رسیدن مالی به کسی شود که اگر او مانع نمی‌شد قطعاً آن مال به او می‌رسید فرد مانع شونده ضامن است و باید خسارات را جبران نماید و مثل حالتی است که شخص باعث تلف مال موجودی شده است به عنوان مثال اگر شخصی نگذارد مالک، مدتی از ملک خود استفاده نماید باید اجره المثل آن مدت را بپردازد یا اگر شخص کاسبی را از کار بیندازد باید خسارت ناشی از تلف را جبران کند در عرف نیز خسارت از کار افتادگی مورد مطالبه قرار می‌گیرد؛ امام خمینی (ره) می‌فرماید: اگر فردی «شخص کسوب» یعنی شخصی که کاسب است را از کار بیندازد ضامن است؛ دلیل این فتوی این است که عرف مردم برای عمل اینگونه افراد ارزش اقتصادی قائلند. (رک: خمینی، روح ا...، کتاب البیع، ج ۱، ص ۲۰).

۳- خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، به قلم میرزا محمدعلی توحیدی، دارالهادی، بیروت، ۱۴۱۲ هـ (۱۹۹۲ م)، ج ۲، ص ۳۰۳

۴- طباطبایی یزدی، محصل المطالب فی تعلیقات المکاسب، صادق طه‌وری، ج ۱، ص ۱۹

۵- خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۷

۶- آقا بابائی، اسماعیل، پیوند اعضا از بیماران فوت شده و مرگ مغزی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵، ج اول، ص ۱۴۹

از موارد شاهد قیمت گذاری انسان یا برخی از اعضا آن هستیم؛ مبالغ سنگینی که برای «انتقال» بازیکنان از یک تیم به تیم دیگر پرداخت می‌شود، آیا چیزی غیر از خرید و فروش انسان است؛ از طرفی در آراء بیشماری در «دادگاه‌های فرانسه» توقیف و بازداشت اعضا انسان پذیرفته شده است و مبالغ هنگفتی بابت آن پرداخت می‌شود.

در هر حال با توجه به اینکه در بین «فقهاء» و «حقوقدانان» در مورد مالیت و در نتیجه خرید و فروش اعضا بدن، اختلاف وجود دارد، مراتب را در دو قسمت توضیح می‌دهیم:

الف: عدم مالیت و عدم جواز فروش

برخی معتقدند: با توجه به آیات قرآن، بدون اذن مالک حقیقی یعنی «خداوند»، انسان، حق تصرف در جسم خود را ندارد.^۱ انسان، تنها امانت دار جسم خویش است، نه مالک آن، بنابراین مجاز به تصرف در بدن خود نیست، زیرا «مبیع» باید در ملکیت فروشنده باشد؛ ولی «اعضاء انسان»، مال او به حساب نمی‌آید و نمی‌توان آنها را مورد معامله قرار داد و در مقابل آنها پول گرفت، زیرا کرامت انسان، اجازه نمی‌دهد که جسم و روح انسان، قیمت بازاری داشته باشد و چنین امری در مورد انسان، صادق نیست. بنابراین، انسان، نه مال، و نه ملک کسی است تا مورد فروش، بخشش و معاوضه قرار گیرد و همین حکم در «اعضاء» وی هم جاری است.^۲ شاهد بر این مدعا، این است که «فقهاء» در موضوع ربوده شدن انسان، سارق را مشمول «حد» یا «تعزیر»ی که در سرقت اموال ثابت است نمی‌دانند و مستند آنان، برخی از روایات است که تصریح دارد «انسان»، مال تلقی نمی‌شود تا احکام سرقت اموال بر آن جاری گردد.^۳

استدلال دیگر هم این است که، اعضای بدن انسان پس از جدائی، «میت» است و با توجه به آیه کریمه «حرم علیکم المیتة و الدم و لحم الخنزیر»^۴ فروش گوشت مردار و خون و گوشت خوک، حرام است و «مالیت» ندارد.^۵

ب: جواز فروش

در مقابل، برخی معتقدند: بی‌گمان، «بنای عقلا» و «عرف» تایید می‌کند که «انسان» بر تن و مال خود «مسلط» است^۶ و همین مقدار «ملکیت شخص» بر خود و اجزای بدنش، می‌تواند به او

۱- سنهلی، محمد برهان الدین، حکم الشریعه الاسلامیه فی زرع الاعضاء الانسانیه، البعث الاسلامی، ۱۴۰۷ق، ج ۲۲، شماره ۲

۲- شرف الدین، احمد، الاحکام الشرعیه للاعمال الطبیعیه، کویت، المجلس الوطنی للثقاف و الفنون و الادب، ۱۴۰۳ق، ص ۹۴-۹۵

۳- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، قم، داراحیاء التراث العربی، بی تا، ج هفتم، ج ۴، ص ۵۰۹ و ۵۱۲

۴- سوره مائده، آیه ۳

۵- روحانی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثه، تهران، موسسه فرهنگی- انتشاراتی حیان، بی جا، ۱۳۷۶، ج اول، ص ۱۲۳

۶- اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه مشورتی (شماره ۷/۱۵۵۷-۷۶/۶/۲۵) چنین اظهار نظر کرده است: «با توجه به ملاک ماده ۲۸۷ قانون مدنی عضو قطع شده متعلق به همان کسی است که از او قطع شده و می‌توان آن را به خود او یا دیگری پیوند زد.» از این

اجازه دهد تا آن را فروخته یا هبه نماید و مادامی که منع شرعی وجود نداشته باشد، نمی‌توان مخالف فروش بود و «شارع» نیز «بنای عقلا» را امضاء و تایید کرده است.^۱ به بیان دیگر، در عصر حاضر که اعضای بدن انسان از نافع‌ترین اشیاء نزد عقلا و عرف به حساب می‌آید و برای دریافت آن، گاه مردم حاضر به پرداخت مبلغ زیادی پول هستند، این امر، حکایت از مالیت و جواز فروش این اعضاء دارد و «خداوند» نیز در قرآن، «بیع» را حلال کرده است.^۲

عده‌ای نیز با استناد به این آیه شریفه که می‌فرماید: «خداوند از مؤمنان جان‌ها و مال هایشان را می‌خرد تا بهشت از آنان باشد»^۳ معتقدند که انسان مالک خویش است و با «اذن خدا» می‌تواند در جسم خویش تصرف کرده و مورد خرید و فروش قرار دهد.^۴

بر اساس یک دیدگاه دیگر، هر چند «اعضای انسان»، مال نیست، ولی گرفتن «عوض» مثل پول، در مقابل واگذاری اعضا مجاز است، و انسان گرچه قابل تملک نیست و نمی‌توان او را «مال» تلقی کرد، لیکن رابطه انسان با اعضاء خویش به نحوی است که می‌تواند از باب «حق اختصاص» یا «حق اولویت» در آن «تصرف مالکانه» بنماید. به عبارت دیگر، اختیار عضو با صاحب عضو است؛ و می‌تواند آن را مجانی اهداء کند و یا در برابر منتقل کردن آن به دیگری، عوض دریافت کند.^۵

به نظر می‌رسد، گرفتن وجه یا مال در مقابل اهدای عضو، منع شرعی نداشته باشد، زیرا بر فرض مالیت نداشتن این اعضاء در زمان حیات، این اعضاء پس از جدا شدن از انسان یا پس از مرگ انسان، «مالیت» پیدا می‌کنند، چرا که مرغوبیت دارند و نیاز انسان را برطرف می‌کنند و عرف و عقلا حاضرند در مقابل آن، وجه پرداخت کنند.

البته، حکم به مالیت اعضای بدن بر خلاف «شأن» و «کرامت انسان» است که اعضای بدن او را به مانند اشیاء بی‌جان در ردیف اموال قرار دهیم؛ ضمن اینکه جامعه و عرف، به انسان به عنوان مال نگاه نمی‌کند و اگر در مواردی به دهنده عضو، مالی پرداخت می‌شود به دلیل تقدیر از عمل شایسته اوست، چرا که همگان واقفند که ارزش عضو اهدایی با پول قابل تقویم نیست و بنابراین بهتر است نظام حقوقی، ماهیت چنین عمل حقوقی را «جعاله»^۶ بدانند،

نظریه می‌توان استنباط نمود که اداره حقوقی قوه قضائیه نیز نوعی رابطه ملکیت را بین انسان و اعضاء بدنش پذیرفته است.

۱- آقا بابائی، اسماعیل، پیوند اعضاء از بیماران فوت شده و مرگ مغزی، ص ۱۶۶

۲- بقره، آیه ۲۷۵

۳- توبه، آیه ۱۱۱

۴- ابراهیم موسی، عبدالله، المسؤولية الجسدية فی الاسلام، بیروت، دارامیر، جزم، ۱۴۱۶ق، ج اول، ص ۱۹۵

۵- مؤمن قمی، محمد، پیوند اعضاء، فقه اهل بیت، شماره ۳۴، ص ۲۶-۲۷

۶- مطابق ماده «۵۶۱» قانون مدنی: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف، معین باشد یا غیر معین»

نه «بیع».

البته، اگرچه، اعضایی که بعد از جدا شدن از بدن حیات دارند و برای پیوند به بدن انسان دیگر مورد استفاده قرار می‌گیرند، «مال» محسوب نمی‌شوند؛ اما اعضایی که بعد از جداسازی، قابلیت پیوند به بدن انسان دیگر را ندارند و برای انتفاع دیگران مورد استفاده قرار می‌گیرد، مثل مو برای تهیه کلاه گیس (بدلیل نفع عقلایی مشروع) «مال» محسوب می‌شوند.^۱

بند پنجم: خون

امروزه، با پیشرفت دانش و استفاده‌های گوناگون از خون انسان و فرآورده‌های آن، این ماده نقش و جایگاه ویژه و حیاتی یافته است.

«امام خمینی» (ره) در مورد جواز خرید و فروش «خون» می‌فرمایند: «بهترین قول جواز، بهره‌وری از خون و خرید و فروش آن است در غیر خوردن. زیرا آنچه در روایات و آیه شریفه آمده است دلالتی بر حرمت مطلق استفاده از خون ندارد... به علاوه در آن زمان برای خون، غیر از خوردن استفاده‌ای نبوده است. بنابراین حرمت در آیه و روایات، منصرف به همان مورد (حرمت خوردن) می‌باشد».^۲

ماده «۸» قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی (مصوب ۱۳۳۴) به دارندگان آزمایشگاهها اجازه می‌دهد که با مجوز مخصوص وزارت بهداشت، اقدام به خرید و فروش خون نمایند که به منزله مالیت داشتن آن است. از طرفی داشتن یا نداشتن مالیت و منفعت عقلایی، بستگی به شرایط زمان و مکان دارد. چه بسا چیزی در زمان یا مکانی مالیت نداشته باشد، ولی در زمان و مکان دیگر مالیت داشته باشد. به خاطر وجود همین منافع مهم و حیاتی است که «فقه‌های معاصر» و «مراجع عظام تقلید» به حلیت خرید و فروش خون، فتوا می‌دهند.^۳

بند ششم: مالیت برخی از حیوانات

«فقه‌ها» معمولاً در ابتدای «باب متاجر»، از تجارت‌های حرام سخن می‌گویند که برخی از مصادیق آن مثل: «نبیذ»، «فقاع»، «میت»، «خون»، «نجاسات»، «سگ» و «خوک» و «آلات لهو و لعب» از آن نمونه‌اند؛ در این میان، برخی از این اموال چنانچه دارای منفعت عقلایی گردند؛

۱- حیاتی، حقوق اموال و مالکیت، ص ۳۱

۲- «والأظهر فيه جواز الانتفاع به في غير الأكل و جواز بيعه لذلك فان ماوردت فيه من الإيه والروايه لاتدل على حرمة الانتفاع مطلقاً... مع انه لم يكن في تلك الأعصار للدم نفع غير الأكل فالتحريم منصرف اليه..» (خمینی (ره)، کتاب البیع، ص ۳۸)

۳- خمینی، روح... (ره)، کتاب البیع، (مکاسب محرمة)، ج ۱، ص ۳۸. «فلا دلیل علی حرمة بيع الدم سواء كان نجساً ام طاهراً لاوضعا ولا تکلیفاً».

حرمت خرید و فروش از آنها برداشته می‌شود، مثل برخی از سگ‌ها نظیر سگ شکار و سگ گله و سگ نگهبان و.. البته در نجاست سگ از نظر «فقه امامیه» جای هیچ شک و تردیدی نیست و هیچ یک از «فقه‌های امامیه» با آن مخالفتی نکرده است.^۱ با وجود این، اصل اولی در مورد انواع انتفاعات از این حیوان بنا به مقتضای «اصاله الصحه» و اصل حلیت، «جواز» است، لکن باید این نکته را مد نظر داشت که انتفاع، باید «عقلایی» و «مشروع» باشد. اهم استفاده‌های مشروع از سگ بدین ترتیب است:

(۱) **نگهبانی و شکار:** استفاده از سگ در امر نگهبانی منزل، دام، باغ، شکار و سگ‌هایی که دارای منفعت عقلایی بوده و اصطلاحاً سگ قابل تعلیم (در امور عقلایی)، حلال بوده و خرید و فروش آن نیز حلال است.

(۲) **جرم یابی و نجات:** با پیشرفت علم و شناخت ویژگی‌های منحصر به فرد این حیوان از نظر بویایی، استفاده از آن در مواردی مثل استفاده پلیس در جهت کشف مواد مخدر یا مواد منفجره و یا تعقیب مجرمین و امثال آن، بنابر قاعده فقهی «اصاله الصحه» و «اصاله الحلیه» جایز و حلال است.

(۳) **امور طبی و پزشکی:** استفاده از اجزاء سگ مانند خون یا جوارح داخلی و ظاهری آن در جهت درمان پزشکی و یا پیوند به انسان جایز می‌باشد و در صورت پیوند، این اجزاء، عضوی از بدن انسان محسوب می‌گردد و دیگر نجس نیست.

چنین سگ‌هایی مثل سگ نگهبان، سگ شکار و سگ پلیس، به لحاظ انتفاعی که دارند، «مال» محسوب شده، قابل خرید و فروش و رهن و اجاره و... هستند، صدمه به آنان ضمان آور و مستوجب پرداخت خسارت است و حتی تأمین خوراک و درمان آن نیز بر مالک واجب است.

اما استفاده از سگ به عنوان زینت که اخیراً شاهد آن هستیم، منفعت توهمی بوده و عقلایی نیست و استفاده از سگ بدین منظور مورد نهی شدید روایات قرار گرفته است؛ همچنین، خرید و فروش اینگونه سگ‌ها، جایز نبوده و پول حاصل از آن حرام است.

صدمه و کشتن سگ در صورتی که «هار» بوده و یا بنا به تعبیر روایات، گاز گیرنده و مودی باشد، جایز است؛ لکن سگ‌هایی که دارای «منفعت عقلایی» هستند، نه تنها کشتن آنها

۱- «إن أصاب ثوبك من الكلب رطوبة فاغسله، اگر رطوبتی از سگ به لباس برخورد کرد آن را بشوی» (وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۲۲۵ روایت ۵۷۱ و همان، ج ۳، ص ۴۱۵ روایت ۴۰۲۵ و همان ج ۳، ص ۴۴۱ روایت ۴۱۰۸)

حرام، بلکه مستوجب «ضمان» و پرداخت «خسارت» به مالک است.^۱

بند هفتم: حق کسب و پیشه و تجارت و سرقفلی

یکی از حقوق مالی که مورد تردید است، «حق کسب و پیشه و تجارت» است، این حق، چه در «عرف تجاری ایران» و چه در قانون مربوط به روابط موجر و مستأجر، تغییر و تحولات عمده‌ای داشته و فراز و نشیب‌های فراوانی را به خود دیده است.

بحث سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، از بحث‌های مهم اجاره محل‌های تجاری هستند. قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در سال «۱۳۶۷» با تصویب جدیدترین قانون روابط موجر و مستأجر، تغییرات عمیقی در این حق به وجود آورد و آخرین قانون مربوط به موجر و مستأجر را به تصویب رساند.

الف: تعریف سرقفلی و حق کسب پیشه و تجارت

«حق سرقفلی» که در حقوق «فرانسه» به عنوان «Propriete Commercial»^۲ نامیده شده است، عبارت است از «حقی که تاجر برای تقدم در اجاره محل و ادامه تجارت خود دارد» اما بین استادان حقوق ایران در تعریف این حق، اختلاف عقیده وجود دارد. بعضی از استادان، این حق را فقط متعلق به مستأجر می‌دانند.^۳ برخی دیگر، آن را متعلق به مالک می‌دانند و حقی را که مشتری دارد، به عنوان «حق کسب و پیشه و تجارت» نام می‌نهند.

به نظر می‌رسد حقوقی که «مستأجر» و «موجر» دارند، دو چیز مختلف است و دو مبنای مختلف دارد که عبارتند از: «حق سرقفلی» و «حق کسب و پیشه و تجارت» این دو حق، از یکدیگر متمایز هستند، که در ادامه به تعریف این حقوق می‌پردازیم:

در تعریف «سرقفلی» باید گفت: «پولی است که در ابتدای عقد اجاره به هر علتی، توسط مالک از مستأجر دریافت می‌شود.»

در حالی که حق کسب و پیشه و تجارت، عبارت است از: «حقی که تاجر یا صنعتگر در نتیجه جلب مشتری و شهرت و فعالیت خود، برای محل کارش قائل می‌شود.»^۴ همچنین در

۱- مراجعه کنید به: بخش حقوق حیوانات رسائل فقهی (علامه جعفری)، ص: ۱۱۱ به بعد و رک: تهذیب الأحکام ج ۹، ص ۱۳۹ باب الصيد و الذکاة... روایت ۱۶۴ (عَنْهُ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ غَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي سَهْلِ الْقَرَنِيِّ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ لَحْمِ الْكَلْبِ فَقَالَ هُوَ مَسْحُوقٌ قُلْتُ هُوَ حَرَامٌ قَالَ هُوَ نَجَسٌ أُعِيدَتْهَا ثَلَاثَ مَرَّاتٍ كُلُّ ذَلِكَ هُوَ يَقُولُ هُوَ نَجَسٌ) و (وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۵۳۰، باب کراهه (اتخاذ کلب فی الدار إلا أن یكون کلب صید أو ماشیه أو یضطر إليه أو یغلق دونه الباب) و ص ۵۳۰ «ثُمَّ الْكَلْبُ سَخْتُ وَالسُّخْتُ فِي النَّارِ، بَهَاي سِگ حرام و حرام در آتش است» (الکافی، ج ۵، ص ۱۲۰ باب کسب المغنیه و شرائها).

۲- کورنو، ژرار، لغتنامه حقوقی (Vocabulaire Juridique)، انتشارات نشر دانشگاهی فرانسه، ۱۹۸۶م

۳- کانونیان، ناصر، عقود معین، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۵۲۲

۴- ستوده، حسن، حقوق تجارت، تهران: چاپ دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۶۸؛ کشاورز، بهمن، حق سرقفلی و کسب و پیشه و تجارت، تهران، جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۴، صص ۱۸ و ۳۷

تعریف دیگری از حق کسب و پیشه و تجارت آمده است: «حقی است که تاجر و کاسب نسبت به محلی پیدا می‌کند. این حق ناشی از تقدیم در اجاره، حسن شهرت، جمع‌آوری مشتری و رونق کسبی است که بر اثر عملکرد مستأجر محل به وجود آمده است.»^۱

ب: جدایی دو مفهوم سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

برای اثبات جداسازی دو واژه «سرقفلی» و «حق کسب و پیشه و تجارت»، به سه تفاوت عمده این دو عنوان می‌پردازیم:

۱- سرقفلی فقط در اول عقد اجاره به مالک پرداخت می‌شود. لذا، کسب اعتبار و شهرت تجاری و... هیچ تأثیری در این زمینه نمی‌تواند داشته باشد. در حالی که اساس حق کسب و پیشه و تجارت، بر شهرت و جلب مشتری است.

۲- فقها فقط با سرقفلی موافقت و حق کسب و پیشه را شرعی نمی‌دانند. این مطلب، دلیلی بر تفاوت ماهوی آنهاست.

۳- برخلاف حق کسب و پیشه و تجارت، مبلغ و میزان سرقفلی با توجه به موقعیت محلی، کیفیت بنا و تجهیزات عین مستأجره تعیین می‌شود، و مبلغ نهایی را موجر تعیین می‌کند.^۲

ج: مبنای سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

مبنای این دو نوع حق، از مهمترین مباحث این موضوع است. اصولاً، تا مبنای این حقوق شناخته نشود، نمی‌توانیم وضعیت قانونی و شرعی این حقوق را بررسی کنیم. متأسفانه، در این باره کمتر صحبت شده است. مجتهدانی نیز که در این باب اظهارنظر کرده‌اند، حکم مسئله را بدون ذکر علت و مبنای آن بیان کرده‌اند. با اینهمه، می‌توان به طور خلاصه مبنای این حقوق را به قرار ذیل ارزیابی کرد.

۱- مبنای حق کسب و پیشه و تجارت

این حق با این مبنا توجیه شده است که در نتیجه کوشش و فعالیت و پشتکار تاجر در اثر پیدا شدن مشتری، محل کسب و فعالیت، مرغوبیت و ارزش پیدا می‌کند که نمی‌توان آن را نادیده گرفت. ادامه استقرار مستأجر در محلی است که کار خود را شروع کرده و توسعه داده، و در اثر سعی و جدیت تاجر عده‌ای به عنوان مشتری برای مراجعه به محل کسب تاجر جلب می‌شوند که، ارزش محل را چند برابر می‌نماید، از این‌رو، هر کس جانشین او شود از نتیجه فعالیت سابق او استفاده خواهد کرد.

۱- احمدی، نعمت، بررسی قانون روابط موجر و مستأجر، تهران: انتشارات اطلس، ۱۳۷۴، ص ۶۸

۲- کشاورز، حق سرقفلی و کسب و پیشه و تجارت، صص ۲۸-۱۴

از طرف دیگر، چنانچه مالک محل کار تاجر، آزادانه بتواند تاجر را از ملک خود بیرون کند، نه تنها تاجر را از حقوق مکتسبه خود محروم خواهد نمود، بلکه بلاجهت از نتیجه و ثمره فعالیت او استفاده خواهد کرد.^۱ اگرچه دلایل دیگری نیز برای وجود چنین حقی نقل شده است، اما دلیل عمده و مبنای چنین حقی همان است که بیان شد.

به علت اینکه بیشتر «مجتهدان» به «غیر شرعی بودن» حق مزبور نظر داده‌اند، اختلاف رویه‌ای بین قضات در این زمینه ایجاد شد. در سال ۱۳۶۳، «شورای نگهبان» در نظریه‌ای اعلام کرد که حق مورد اشاره ماده «۱۹» قانون سال «۱۳۵۶» عنوان شرعی ندارد.^۲ این نظریه، کارساز واقع شد و بالاخره بعد از مباحث طولانی درباره شرعی بودن یا نبودن حق کسب و پیشه و تجارت، در سال «۱۳۷۶» قانون تغییر کرد، و قانون جدید چنین حقی را غیر قانونی اعلام نمود.^۳ اکنون، در باب نظر فقها و مجتهدان درباره حق کسب و پیشه و تجارت، باید گفت که از دیدگاه اینان، حق یاد شده با مبنایی که ذکر شد، مردود است. حتی بعضی از ایشان ضمن اشاره به توجیه یاد شده، آن را غیر صحیح و نامعقول دانسته‌اند، و سپس حکم بر حرمت مطالبه چنین حقی از سوی مستأجر داده‌اند.^۴

۲- مبنای سرقفلی

تقریباً همه «فقهاء» و «مجتهدانی» که در این زمینه بحث نموده‌اند، وجود چنین حقی را برای مالک تأیید کرده‌اند؛ ولی کمتر کسی به مبنا و علت آن اشاره کرده است.

از مجموع نظرات «حقوقدانان» و «فقها»، می‌توان مبنای این «حق» را بر یکی از مبانی زیر استوار کرد. اعتقاد برخی از حقوقدانان بر این است که مالک چون مسلط بر مال خویش است، بنابراین حق دارد علاوه بر «مال الاجاره‌ای» که دریافت می‌دارد، مبلغی نیز در ابتدا دریافت کند. این مبلغ را می‌بایست اصولاً جزء مال الاجاره محسوب کرد. در اینکه چه علتی باعث شده است که مالک علاوه بر دریافت مال الاجاره چنین مبلغی را نیز مطالبه نماید، یکی از حقوقدانان چنین اظهارنظر کرده است: «چون اجاره‌ای که بر طبق قانون روابط موجر و مستأجر منعقد می‌شود، حق مالکیت را بیش از پیش و فراتر از حد تراضی طرفین محدود می‌سازد، مالکان نیز پیش از انعقاد اجاره، مبلغی به عنوان سرقفلی از مستأجر می‌گیرند. گرفتن این پول با

۱- ستوده، حقوق تجارت، ج ۱، صص ۸۹-۹۰

۲- روزنامه رسمی، ۱۳۶۳، شماره ۱۱۵۰۲

۳- کشاورز، حق سرقفلی و کسب و پیشه و تجارت، ص ۱۲۰

۴- امام خمینی (ره)، ۱۴۰۳ ق، ج ۲، ص ۶۱۵؛ خویی، ابوالقاسم، مستحدثات المسائل، لطفی، ۱۳۹۵ ق، ص ۳۴؛ منتظری، حسینعلی، رساله توضیح المسائل، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۲، ص ۴۰۹؛ صانعی، یوسف، توضیح المسائل، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۴، صص ۴۷۷، ۴۷۸؛ فاضل لنکرانی، محمدرضا، جامع المسائل، قم: چاپ مهر، ۱۳۷۷، ص ۲۹۷

مفهوم سرقفلی انطباق ندارد، ولی در عمل رواج کامل دارد.^۱
 آیت ا... «فاضل لنکرانی» نیز معتقد است: «چون مال الاجاره محل کسب ترقی می‌کند و مالک نمی‌تواند اجاره را بالا ببرد یا مستأجر را از آن محل بیرون کند و گاهی یک محل کسب و مغازه سال‌های متمادی بدون اضافه شدن مبلغ اجاره در دست مستأجر باقی می‌مانده است، مالک اقدام به گرفتن چنین مبلغی علاوه بر مبلغ مال الاجاره می‌نماید.»^۲

براساس نظر دیگر، هر ملکی دارای شرایطی است و از جهت کیفیت شرایط برای تجارت، یک وضعیت ندارد. مالک می‌تواند وقتی که ملک خود را جهت تجارت به اجاره واگذار می‌کند، به جهت موقعیت خوبی که ملکش برای این کار دارد، مبلغی را از مستأجر دریافت کند. طبعاً، هر مکانی که دارای شرایط و کیفیت بهتری برای تجارت باشد، «سرقفلی» بیشتری خواهد داشت.^۳ بنابراین، هنگامی که مالک ملک تجاری، با دریافت سرقفلی محل را به اجاره واگذار می‌نماید، به مستأجر این امتیاز را می‌دهد که در پایان مدت اجاره، بتواند به اقامت خود در محل ادامه دهد و با «اجاره بهای متعارفی» اجاره ادامه پیدا کند؛ یا اینکه حق تخلیه محل را از خود سلب می‌نماید.

چنین معنایی از سرقفلی، باعث ایجاد حق مخصوصی برای مستأجر می‌شود که حتماً دارای ارزش مالی است، بنابراین، همیشه این امکان برای مستأجر فراهم می‌شود که به اجاره محل ادامه دهد؛ یا اگر بخواهد، محل را تخلیه نماید و به موجر تحویل دهد و در قبال گذشتن از این حق خود، از مالک «مبلغی» دریافت نماید و اگر بخواهد، به مستأجر دیگری منتقل نماید و مبلغی در مقابل این حق از او بگیرد.

همه فقها بالاجماع به «صحت» اخذ «سرقفلی» به وسیله موجر معتقدند و چنانکه بعضی اشاره کرده‌اند، مبنای آن را «اختیار مالکانه» می‌دانند. و لذا، حق رجوع برای مشتری نسبت به آن قائل نیستند، مگر اینکه شرطی به نفع مشتری شده باشد و مشتری در قبال گذشتن از حق خود، سرقفلی را مطالبه کند.^۴

قانونگذار در مواد مربوط به سرقفلی (مواد ۶ تا ۱۰) بعد از ذکر «حق مالک» در دریافت مبلغی به عنوان سرقفلی، حقی نیز به مشتری داده که این امتیازات، دارای ارزش مالی‌اند و لذا، مستأجر می‌تواند در ازای گذشتن از این حق خود، مبلغی دریافت دارد.

۱- کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۵۲۲

۲- فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ص ۲۹۷

۳- ستوده، حقوق تجارت، ج ۱، ص ۹۱

۴- فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ص ۳۰۰

مبحث دوم: دارایی

اصطلاح «دارایی» نیز مثل مال، یک مفهوم حقوقی است؛ در عرف مردم، داشتن دارایی به معنای ثروتمند بودن است؛ اما در معنای حقوقی، دارایی، یک بسته است که مجموع «حقوق» و «تکالیف مالی» شخص را در بر می‌گیرد و به تعبیر یکی از حقوقدانان اروپایی: «دارایی یک چمدان است که هر انسان آن را در طول زندگی بر دوشش حمل می‌کند که انواع طلب‌ها و بدهی‌ها به صورت در هم و برهم در آن چپانده شده است»^۱.

اگرچه اصطلاح «دارایی» توسط حقوقدانان اروپایی (اوبری و رو) در قرن «۱۹» میلادی، توسعه داده شد، لیکن در «فقه اسلامی» نیز این مفهوم بدون سابقه نیست؛ در «فقه»، دارایی یک «ظرف اعتباری» است که به آن ظرف «ذمه»^۲ می‌گویند، یعنی ظرف موجودی‌های اموال؛ در این ظرف، هم «دارایی‌های مثبت» مثل اموال و حقوق مالی، و هم «دارایی‌های منفی»، یعنی بدهی‌ها و تعهداتی که بر عهده دارد، وجود دارد. ممکن است کسی، تمامی موجودی دارایی اش منفی باشد؛ یعنی تماماً بدهی و تعهد باشد، ولی دارایی (یعنی آن ظرف) وجود دارد؛ در عرف، گاه به اشتباه می‌گویند، فلانی دارایی ندارد، در حالی که باید گفته شود، فلانی مال ندارد یا دارا نیست.

نکته‌ای که باید خاطر نشان کرد این است که، تنها، «حقوق» و «تکالیف مالی»، جزء دارایی هستند؛ این تاکید از آنجا لازم است که، برخی معتقدند کلیه «حقوق» مربوط به «شخصیت»، حتی حق آزادی و ازدواج و سایر حقوق انسانی در دارایی جا می‌گیرند^۳. در حالی که به نظر می‌رسد، حقوق غیر مالی در دارایی جای نگیرند، اگرچه معتبر و بحق می‌باشند. البته برخی حقوق غیر مالی، نظیر حق ازدواج، دارای آثار مالی مثل نفقه و مهریه بوده که آن آثار در دارایی جای می‌گیرند.

1- Vialleton, H., Traite pratique de droit civil français, t3, les biens, 1925; P211

۲- «ذمه» و «عهده» از مفاهیمی هستند که فقه اسلامی آنها را وضع کرده و هر کدام، یک ظرف اعتباری از اعتبارات عقلایی محسوب می‌شوند که از جهت مطروف با هم تفاوت دارند. اگر مطروف، یک شیء مشخص و عین خارجی باشد، ظرف آن، «عهده» نامیده می‌شود و اگر مطروف، کلی باشد، ظرف آن، «ذمه» نامیده می‌شود. پس «ذمه» ظرفی است که عقلاً آن را برای امور کلی منظور کرده و «عهده» ظرفی است که آن را برای امور جزئی و مشخص خارجی تدارک دیده و ساخته‌اند. به عنوان مثال، هر گاه عین مغضوب، موجود باشد می‌گویند: عین در عهده غاصب است و اگر عین، تلف شده باشد می‌گویند: عین در ذمه غاصب است. بنابراین ذمه، ظرف اموال نمادین است نه ظرف اموال خارجی. پس تقسیم دین به دو شکل ذمه و عهده، یک تقسیم نادرست و بی دلیل نیست، بلکه برگشت این تقسیم به طبیعت ظرف دین است. تا وقتی که عین در دست غاصب است، معنا ندارد در ذمه او باشد، برای این که ذمه، ظرف مال نمادین است نه ظرف عین موجود در خارج. تملک ذمی در عبارات فقها به «شغل ذمه» تعبیر شده، چنان که از مال، تعبیر به «دین» و از مالک، تعبیر به «دائن» (طلبکار) می‌کنند. اما عهده یک ظرف اعتباری دیگر و مطروف آن نیز چیزی دیگر است و با مطروف ذمه تفاوت دارد. عهده، ظرف مسئولیت‌ها و تعهداتی است که بر یک شخص مقرر شده است. (رک: سید علی رضا حائری، فقه اهل بیت (فارسی)، پاییز ۱۳۸۱، شماره ۳، ص ۵۴)

3- Cette règle a deux conséquences: une personne ne peut pas céder à une autre son patrimoine (il est incessible) ; une personne ne peut pas décider de fragmenter son patrimoine en plusieurs (il est indivisible). (Mazeaud. Leçons de droit civil T110 ; edparismontchrestien ; 1991 ; p.391)

دارایی به مفهومی که مرسوم است، دارای دو خصوصیت اصلی است که برخی از آنها در نظریات جدید مورد خدشه و نفی قرار گرفته است. در ادامه به بررسی این خصوصیات می‌پردازیم.

گفتار اول: ویژگی وحدت و استقلال دارایی

«دارایی»، کلی است حقوقی و مستقل از اجزای خود؛ یعنی ممکن است اجزای دارایی (موجودی آن) کم یا زیاد، منفی یا مثبت باشد، ولی دارایی که همان ظرف است پا برجاست و هیچ تغییری در آن بوجود نمی‌آید. دارایی یک موجود دو بُعدی است؛ از یک طرف، بُعد مثبت دارایی، که شامل دارایی شخص از بدو تولد تا هر آنچه در آینده بدست می‌آید را شامل می‌شود؛ و از طرف دیگر، بُعد منفی دارایی که مجموع بدهی فرد در آن گنجانده می‌شود. دارایی، صرف نظر از اجزای خود (موجودی‌های درون خود) دارای آثار حقوقی است و اجزاء مثبت و منفی آن، جدا از هم فرض نمی‌شوند؛ به عبارتی جنبه مثبت و منفی دارایی، یک اتحاد حقوقی تشکیل می‌دهند که امکان تجزیه آن نیست و نمی‌توان گفت که بین طلب‌ها و بدهی‌های فرد، ارتباطی وجود ندارد. بنابراین در درون دارایی، یک ارتباط قهری وجود دارد که تمام بدهی‌ها می‌توانند توسط دارایی‌های مثبت پوشش داده شوند.^۱ برخی به این امر، «اصل وحدت دارایی»^۲ و برخی اصطلاح «استقلال دارایی»^۳ را بکار برده‌اند. از این اصل و استقلال و این ارتباط، سه نتیجه به نحو آتی، حاصل می‌شود.

بند اول: تضمین دیون

«اوبری» و «رو» دو «حقوقدانان فرانسوی»، معتقد بودند: اصولاً دارایی مثبت هر کس باید ضامن پرداخت دیونش باشد؛ «حقوقدانان فرانسه» این نظر را در قانون مدنی نیز گنجانده، چنانکه ماده «۲۰۹۲» «قانون مدنی فرانسه» مقرر می‌دارد: «هرکس شخصاً متعهد است تا تعهدات خود را از اموال منقول و غیر منقول خود و آنچه در حال حاضر و آنچه در آینده بدست می‌آورد، پرداخت نماید»؛ این مسأله ناشی از همان «اصل وحدت دارایی» است؛ این اصل به طلبکاران حق می‌دهد که هر حقی و هر گونه دینی، در هر تاریخی که ایجاد شده را از دارایی بدهکار بردارند؛ بنابراین، هر گونه دینی اعم از دین شخصی یا کاری یا تجاری را می‌توان از هر نوع مال بدهکار برداشت کرد؛ به عنوان مثال، اگر یک قصاب برای انجام کارش، یک کانتینر حمل گوشت به نحو اقساطی بخرد، خانه‌ای که از دوستش پیش خرید کرده، ضامن پرداخت این

1- Lexique des termes juridiques , sous la direction de R.Guillien, j.Vincent,S.Guinchara et G.Montagenier,Dalloz,15 ed,2005,p.54.

۲- حیاتی، اموال و مالکیت، ص ۵۰

۳- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۲۵

بدهی است؛ بنابراین اگر اقساط کامیون را نپردازد، طلبکار می‌تواند خانه‌ای را که وی از دوستش خریده را برای طلبش مطالبه کند. بنابراین گفته می‌شود، اموال مدیون، «وثیقه طلب طلبکاران» است.

بند دوم: جایگزینی

نتیجه دیگر اینکه هر مالی که خریداری می‌گردد و وارد دارایی می‌شود، وثیقه بودن خود را حفظ می‌کند و طلبکار می‌تواند اموالی را که پس از معامله وی با طلبکار، وارد دارایی بدهکار شده را توقیف کند؛ لذا اگر کارخانه دار، کارخانه را بفروشد و زمین بخرد، آن زمین، وثیقه طلب طلبکاران می‌شود. بنابراین بدهکار از تصرف در اموال خود ممنوع نمی‌شود و وثیقه بودن اموال او نیز به نحو «جایگزینی» حفظ می‌شود.

همچنین، چون دارایی هر فرد مستقل از موجودی آن است، اگر یکی از موجودی‌ها به عنوان رهن، در اختیار طلبکار قرار گیرد و تلف شود، مال دیگری از تلف کننده گرفته می‌شود و جایگزین «مال الرهانه» می‌شود و مال جدید نیز در رهن طلبکار قرار می‌گیرد و تابع همان وضع حقوقی است.^۱

بند سوم: انتقال دارایی به ورثه

دارایی یا همان ظرف، با کل موجودی آن (منفی و مثبت) پس از مرگ به وراثت منتقل می‌شود. ورثه قائم مقام مورث خود هستند و چنانچه دارایی را قبول نمایند، جانشین مورث می‌شوند. البته ممکن است دارایی را رد کنند، که اصطلاحاً «رد ترکه» (به فتح راء) می‌گویند.^۲

گفتار دوم: رابطه دارایی با شخصیت

حقوقدانان پایه گذار مفهوم دارایی اظهار می‌داشتند، دارایی از مفاهیم وابسته به شخص (انسان) است؛ یعنی دارایی، بدون انسان قابل تصور نیست و هرگاه انسان فوت نماید، دارایی او نیز از

۱- ماده « ۷۹۱ » قانون مدنی مقرر داشته است: «اگر عین مرهونه بواسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود، باید تلف کننده بدل آن را بدهد بدل مزبور رهن خواهد بود» و مطابق ماده ۷۷۱ همان قانون: «رهن عقدی است که موجب آن، مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.»

۲- نکته‌ای که باید توجه داشت این است که کل دارایی منتقل می‌شود و ورثه نمی‌توانند انتخاب کنند و لذا دارایی‌های مثبت مثل خانه و ماشین را بردارند و دارایی‌های منفی مثل تعهدات و بدهکاری‌ها را بر عهده نگیرند، بلکه باید همه را بپذیرند، چون آنچه به آنها رسیده یک بسته است که مثبت و منفی در آن است و با توجه به اینکه گفتیم کل دارایی وثیقه طلب طلبکاران است، ورثه در صورت پذیرفتن دارایی باید بدهی‌ها را نیز از همان دارایی پرداخت کنند. اصطلاح شخصیت حقوقی حدود صد سال است که رایج شده است و مراد از آن، این است که در عالم حقوق می‌توان یک وجود فرضی ایجاد کرد که مثل انسان دارای حقوق و تکالیف گردد. وقتی انسان فوت می‌کند دارایی او (ترکه) معلق و بلا تکلیف است تا اینکه وراثت مرحوم آن را قبول کنند. حال درفاصله زمانی بین فوت و زمان قبول ترکه یا رد آن، ترکه متعلق به کیست؟ این سوال، مدت‌ها پاسخ روشنی نداشت؛ اما امروزه با نهاد شخصیت حقوقی این سوال را پاسخ داده‌اند و می‌گویند این دارایی، خود دارای شخصیت حقوقی مستقلی است. (رک: محمد صفار، شخصیت حقوقی، ص ۴۶)

بین می‌رود. در هر حال، «فرد گرایان»^۱ معتقد بودند دارایی، مختص شخص است و از فرد جدا و منتقل نمی‌شود که چهار نتیجه از آن گرفته می‌شد:

بند اول: تنها شخص می‌تواند دارایی داشته باشد

بنابراین، حیوانات توانایی داشتن دارایی را ندارند و این یکی از حقوق انسانی است. از طرفی نمی‌توان وجود دارایی را صرف نظر از وجود شخصی که صاحب آن باشد، تصور کرد. زیرا فقط اشخاص هستند که می‌توانند از حق و تکلیف برخوردار شوند، لذا دارایی، همیشه دارای مالک مشخص است. این مسأله که ممکن نیست دارایی بدون مالک مشخص باشد، در «حقوق اروپا» مواجه با انتقاداتی شده است، بویژه اینکه در رژیم مشترک مالی زوجین در «فرانسه»، این دسته، مختص فرد خاصی نیست و به صورت اشتراکی است.^۲

بند دوم: هر شخصی لزوماً دارای دارایی است و تصور وجود شخص، بدون دارایی ممکن نیست

به محض تولد انسان، دارایی برای او ایجاد می‌شود؛ یعنی حتی یک نوزاد تازه متولد شده نیز، دارایی دارد و بدون دارایی متصور نیست؛ ممکن است گفته شود یک نوزاد چگونه می‌تواند اموالی بدست آورده باشد؛ در پاسخ خواهیم گفت او ظرف اموال یا همان قابلیت دارا شدن را دارد، لیکن هنوز موجودی، درون آن نیست یا به تعبیر دیگر اجزائی هنوز در دارایی وجود ندارد. چرا که دارایی را نباید صرفاً بر اساس آنچه بالفعل وجود دارد ارزیابی کرد، دارایی، یک ظرفیت و پتانسیل است که هر شخص دارد، زیرا شخص می‌تواند مالک اموالی در آینده شود یا در آینده بدهکار شود، لذا می‌توان گفت، هیچ شخصی بدون دارایی نیست.

توجیه این مسأله نیز روشن است، زیرا طلبکار باید بتواند نسبت به دارایی بدهکار اقدام کند؛ او باید تضمینی داشته باشد تا نسبت به دارایی فعلی بدهکار و یا دارایی که در آینده بدست می‌آورد، حساب باز کند.

بند سوم: هر شخص تنها یک دارایی دارد

این اصل که در بسیاری از نظریات حقوقی مورد توجه قرار گرفته است، از نظریه «وحدت

۱- اصطلاح فرد گرایی، نشانگر نوعی گرایش فکری است که بر اساس آن، فرد به دور از دخالت و داوری دیگران تصمیم گرفته و روش خود را بر می‌گزیند، حال آنکه فردگرایی احساسی است که موجب می‌شود فرد از جامعه اعراض و کناره گیری کند و از خانواده و دوستان، دوری گزیند... «گنون» می‌گوید: فرد گرایی یعنی نفی هر گونه اصل عالی و برتر از فردیت و در نتیجه محدود کردن تمدن در جمیع شئون به عوامی که جنبه انسانی صرف دارند.... فرد گرایی یعنی خودداری از پذیرش اقتداری برتر از فرد و نیز معرفتی برتر از عقلانیت انسان.. (رنه گنون، بحران دنیای متجدد، صص ۸۲-۹۱ به نقل از سید علی میر موسوی، مبانی حقوق بشر از دیدگاه اسلام، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۸۸، ص ۱۱۱)

۲- حیاتی، اموال و مالکیت، ص ۵۰

دارایی» سرچشمه گرفته است، در «حقوق فرانسه» دارایی را نمی‌توان تجزیه کرد و برای یک فرد نمی‌توان، چند دارایی ایجاد کرد؛ بنابراین گفته می‌شود، دارایی یک مجموع است که به هیچ وجه قابل تقسیم، نیست؛ این امر به خاطر حمایت از طلبکار است، تا بتواند بر کل دارایی فرد، استیلاء و سلطه داشته باشد؛ البته این نظریه در حقوق بسیاری از کشورها نقض شده است.

امروزه در بسیاری از کشورها، ایجاد «دارایی اختصاصی» پذیرفته شده است، «دارایی اختصاصی»، عبارت است از اینکه بخشی از اموال و دارایی را در یک دارایی خاص قرار دهند؛ به عنوان مثال، اموال مربوط به شغل و حرفه را در دارایی خاصی قرار دهند، تا از دارایی زندگی شخصی جدا گردد؛ بنابراین هر گروه از طلبکاران، تنها در ارتباط با طلب خود می‌توانند حسب مورد از یکی از دارایی‌ها، طلب خود را مطالبه کنند. این تقسیم دارایی توسط «حقوق آلمان» و «حقوق انگلوساکسون» پذیرفته شده است.

در «حقوق فرانسه» هنوز اینگونه دارایی پذیرفته نشده است و تنها به صورت محدود در «قانون اعتبارات» (مصوب فوریه ۲۰۰۷) پذیرفته شده است بر اساس این قانون، هر کس می‌تواند بخشی از اموال، دارایی و تضمینات آن را به صورت اعتباری تخصیص داده و آن را از دارایی خود جدا ساخته و برای استفاده انفرادی یا به نفع یک مورد خاص، اختصاص دهد؛ بنابراین برای به روز کردن فعالیت‌های اعتباری، قانون پذیرفته است که افراد بتوانند بخشی از سپرده خود را در حاشیه افتتاح حساب خود به صورتی اختصاص دهند که هیچکس توان توقیف آن را نداشته باشد تا بتوانند به نحو کاملاً اختصاصی از آن بهره ببرند.^۱

امروزه برخی، دسته‌ای از اموال خود را به صورت واحد مستقلی در آورده و به صورت «شخصیت حقوقی» در می‌آورند، به نحوی که گویا خود یک دارایی مستقل است و بعد از فوت نیز این دارایی تا ابد پایدار می‌ماند. به عنوان نمونه می‌توان به «اموال موقوفه» اشاره کرد که مالک ندارد و خود، «شخصیتی مستقل» دارد و به صورت یک دارایی در می‌آید که وابسته به کسی نیست و خود دارای اموال و حقوق و تعهدات و مطالبات و نیرو و کارگر و مستخدم و... می‌باشد. نهاد «وقف» محصول «حقوق مترقی اسلام» است.

بند چهارم: دارایی از شخص جدا شدنی نیست

«دارایی» تنها با فوت انسان از وی جدا می‌شود و انسان تا زنده است نمی‌تواند آن را واگذار نماید یا به دیگری منتقل نماید، هر چند اجزاء و موجودی آن، قابل واگذاری به غیر می‌باشد، و در اجرای آن حق تصرف دارد، در مورد اشخاص حقوقی، تاریخ انحلال شخص حقوقی،

1- Ver.Dupichot, Ph. Operation fiducie sur le sol francais, JCP2007, act., 121 dossier la fiducie, p. 1347.

تاریخ پایان پذیرفتن رابطه دارایی و شخصیت است.

مبحث سوم: اقسام حق

شناسایی آثار و ویژگی‌های حق به منظور تمایز بین آن و سایر مفاهیم و تاسیسات مشابه، از اهمیت خاصی برخوردار است. حق را از دیدگاه‌های مختلفی می‌توان مورد بررسی قرار داد؛ از یک طرف فقهاء، «حق» را به «حق الناس» و «حق الله» تقسیم نموده‌اند و از طرف دیگر برخی، «حق» را در برابر «حکم» قرار داده‌اند. این روشی است که «فقیهان امامیه» در بحث از حق به کار گرفته و به طور خاص، «فقه‌های متأخر» در رساله‌هایی که در باب حق و حکم نوشته‌اند بر آن تأکید نموده‌اند. اما حقوقدانان، «حق» را به «حق مالی» و «حق غیر مالی» تقسیم کرده‌اند؛ در ادامه به بررسی این تقسیم بندی‌ها می‌پردازیم.

گفتار اول: تقسیم حق در برابر حکم

«مشهور فقهای امامیه» برای «حق» در مقایسه با «حکم»، سه ویژگی را برشمرده‌اند:

- ۱- اسقاط پذیری حق ۲- نقل پذیری حق ۳- انتقال پذیری حق.^۱
- برخی، ویژگی چهارمی را با عنوان امکان تعهد به سلب حق نیز اضافه نموده‌اند.^۲ در موارد مشتبه بین حق و حکم، باید حق از حکم تمیز داده شود. بنابراین با توجه به آنچه که بیان شد، برای شناخت حق از دید فقهاء، آثار و ویژگی‌های حق از نظر ایشان را باید مورد بررسی قرار داد. که در ادامه مورد بحث قرار می‌گیرد.

بند اول: اسقاط پذیری حق

اولین و مهم‌ترین اثر و ویژگی حق، آن است که «قابل اسقاط» می‌باشد. این بحث در چهار جهت اهمیت دارد؛ اول: ماهیت اسقاط؛ دوم: عبارات «فقهاء»؛ سوم: مستندات قاعده و چهارم ضابط عقلایی در اثبات حق که به ترتیب بیان می‌گردد:

«مشهور فقهاء» در باره اسقاط حق اعتقاد دارند که اسقاط حق، در واقع همان «زوال ارادی حق» است که به صاحب حق اجازه می‌دهد از حق خود، صرف نظر کند. از مصادیق بارز این صرف نظر کردن، «ابراء»^۳ و «اعراض»^۴ است که اولی در «حقوق دینی» است و از موارد سقوط

۱- انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، بیروت: مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ ق، ج ۱، ص ۲۲۴، و خوانساری، آقاموسی، منیه الطالب فی شرح

المکاسب (تقریرات میرزای نائینی)، الطبعة الثانية، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۱، ۱۴۲۴، ص ۱۰۷

۲- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۲، بخش مدنی، چاپ پنجم، تهران، سمت، ۱۳۸۱، ص ۲۸۷

۳- مطابق ماده «۲۸۹» قانون مدنی: «ابراء عبارت از این است که دائن از حق خود به اختیار صرف نظر نماید.»

۴- مطابق ماده «۱۷۸» قانون مدنی: «مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است، مال کسی است که آن را بیرون بیاورد.»

تعهدات است و دومی برای صرف نظر کردن از مالکیت در «حقوق عینی» است.^۱ این ویژگی از سوی مشهور «فقهاء»، به عنوان ضابط اصلی در تمیز بین حق و حکم اشاره شده است. از جمله «شهید اول» در این باره آورده است: «ضابط در حق این است که هر آنچه برای بنده، اسقاط آن جایز است، پس آن حق بنده است و آنچه این گونه نیست مانند تحریم ربا، حق نمی باشد».^۲

«محقق اصفهانی» در توضیح این عبارت می گوید که «حق الناس» قابل اسقاط است و لذا هر چه قابل اسقاط است از «حقوق بندگان» بوده و آنچه قابل اسقاط نیست، از دسته «حقوق الهی» بوده که همان «حکم» است، همچنانکه در عبارت برای آن به مانند تحریم ربا مثال زده شده است.^۳

«شیخ انصاری» نیز در کتاب «مکاسب» می فرماید: «قاعده مسلم آن است که برای هر صاحب حقی، اسقاط حقی می باشد».^۴

«محقق اصفهانی» در «رساله حق و حکم» با توجه به مبنای خود، پس از اینکه در ملاک بودن این سه ویژگی به عنوان آثار حق تردید می کند، در نهایت در باره ویژگی اول، یعنی اسقاط پذیری حق می نویسد: «انصاف آن است که هیچ موردی را نمی یابیم که حق بودن آن مسلم و قطعی باشد و در قابل اسقاط بودن آن تردید شود...»^۵

این در حالی است که برخی از مؤلفان کتاب های قواعد فقه نیز از این بحث، با عنوان «قاعده اسقاط حق» یاد کرده اند؛ بدین معنا که هر صاحب حقی، می تواند حق خود را اسقاط کند و یا امضا نماید.^۶

در مجموع با توجه به عبارات «فقها» به این نتیجه می رسیم که این مطلب، یعنی اسقاط پذیری حق از مسلمانات فقهی بوده و مورد اتفاق فقهای متقدم و متأخر است و تردید در آن سزاوار نیست. بنابراین یکی از گزاره های کلی که در تبیین و توصیف «حق» می توان اظهار نمود، این است که «حق به طور مطلق قابل اسقاط است»؛ یعنی قاعده کلی در باب حق، این

۱- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ پنجاه و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۳۰۷، ش ۲۹۸

۲- شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، تحقیق: دکتر عبدالهادی حکیم، قم: منشورات مکتبه المفید القواعد و الفوائد، بی تا، ج ۲، ص ۴۳

۳- اصفهانی، . الغروی الاصفهانی (کمپانی)، محمد حسین، حاشیه کتاب مکاسب، الطبعة الاولى، قم: پایه دانش، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۵۱

۴- انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۲۲۸

۵- اصفهانی، پیشین، ج ۱، ص ۵۱

۶- مصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد، الطبعة الرابعة، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱، ق، ص ۳۷، و محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، ج ۲، ص ۲۸۴، و تسخیری، محمدعلی (شارک و اشرف علی المشروع)، القواعد الاصولیه و الفقهیه، الطبعة الاولى، تهران: المجمع العالمی بین المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۱۷۳

است که هر آنچه عنوان حق بر آن صادق باشد، «قابل اسقاط» است.

بند دوم: نقل پذیری حق

دومین ویژگی که فقها برای حق ذکر نموده‌اند، این است که حق «قابلیت نقل» دارد و مقصود از نقل، این است که صاحب حق می‌تواند حق خود را به دیگری منتقل کند، اعم از اینکه این «نقل حق»، معوض باشد یا مجانی، بیع باشد یا صلح و یا عقود دیگر. قابل ذکر است که در زبان فارسی از این اصطلاح به «انتقال» نیز تعبیر می‌شود و گاهی اوقات این دو واژه به طور مترادف در تعبیر «نقل و انتقال» به کار می‌رود و چنین تفکیکی در زبان و ادبیات حقوقی نیز ملاحظه نمی‌شود.

«محقق نائینی» در این باره معتقد است که حقوق از این نظر، یکسان نیستند؛ وی حقوق را به چند دسته به شرح زیر تقسیم می‌کند:

- ۱- حقوقی که فقط قابلیت اسقاط دارند مانند حق قذف.^۱
- ۲- حقوق قابل (اسقاط و) نقل به غیر که گاه یا بدون عوض است؛ مانند حق تحجیر.^۲
- ۳- حقوق قابل (اسقاط و) انتقال به ارث که غیر قابل نقل به غیر است، زیرا تلازمی بین انتقال و نقل حق نیست؛ مانند حق خیار که قابل انتقال به وارث است، اما نقل آن به غیر جایز نیست.^۳

در مجموع می‌توان این گونه جمع بندی نمود که نقل حق به مانند اسقاط حق، از ویژگی‌های اصلی حق می‌باشد و دلایل ذکر شده از سوی برخی «فقهاء» برای منع نقل حق، کافی نبوده و بر مدعای ایشان دلالت ندارد. لذا قاعده این است که نقل حق «جایز» بوده و اگر در برخی موارد خاص نقل حق به دلیل خاصی ممنوع است، این امر جنبه استثنایی دارد. همچنین در موارد مشکوک نیز، اصل، «قابلیت نقل حق» است. بنابراین می‌توان این ویژگی را که حق، قابل نقل است به عنوان یک گزاره در تبیین و توصیف نظریه حق ارائه نمود.

بند سوم: انتقال پذیری حق

از مباحثی که در بحث نقل پذیری حق ارائه شد این جمع بندی به دست می‌آید که درباره صورت‌های مذکور در کلام «محقق نائینی» و دیگران، صورتی وجود ندارد که بین قابلیت نقل به غیر و قابلیت انتقال به ارث، تفاوت باشد فقط درباره صورت سوم در کلام «نائینی» یعنی حقوق قابل (اسقاط و) انتقال به ارث که غیر قابل نقل به غیر است مانند حق خیار، بحث در

۱- به مواد «۱۳۹» و «۱۶۱» قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ مراجعه نمایید.

۲- ر.ک به ماده «۱۴۲» قانون مدنی.

۳- خوانساری، منیه الطالب فی شرح المکاسب، ج ۱، ص ۱۰۸

این است که آیا این حقوق، قابل نقل به غیر می‌باشد یا خیر؟ در واقع کسی در قابلیت انتقال حق به سبب ارث، مخالفتی نداشته و همه آن را جایز می‌دانند و اگر بحثی هست در باره نقل حق به غیر است. به همین دلیل است که بعضاً در کتاب‌های فقهی، بحث انتقال حق به ارث به طور جداگانه طرح نشده و معمولاً با بحث نقل پذیری حق، تحت یک عنوان مورد بررسی قرار گرفته است.

قابل ذکر است که برخی، ضابطه عقلایی در انتقال حق به ارث را عیناً ملاکی برای بیان نقل پذیری حق می‌دانند.^۱

برخی صاحب نظران در اینکه قابلیت‌های سه گانه «اسقاط»، «نقل» و «انتقال» را به عنوان ضابط و مناط تشخیص حق قرار داده شوند ایراد نموده و در نهایت سعی نموداند ضابط دیگری را به عنوان مکمل ضوابط سه گانه فوق، برای تشخیص حق از حکم ارائه نمایند.^۲

در نقد این دیدگاه باید اشاره کرد، اینکه گفته شود همه اقسام حق قابل اسقاط، نقل و انتقال نیستند، بنابراین این سه ویژگی در همه اقسام حق وجود ندارد، مطلب صحیحی نیست، زیرا اولاً، قابلیت اسقاط به عنوان ملاک قطعی مورد پذیرش همه «فقهاء» بوده و مخالفی ندارد. دیگر اینکه بنابر نظر صحیح، ملاک نقل و انتقال نیز قطعی بوده و در همه اقسام وجود دارد. بنابراین قاعده این است که نقل و انتقال حق، «جایز» است و اگر در برخی موارد نقل و انتقال حق به دلیل خاصی ممنوع است، این امر جنبه استثنایی داشته و در واقع به دلیل خصوصیتی در طرف حق است و نه به دلیل ویژگی خود حق. اما گفته می‌شود، برای تشخیص درست حق از حکم، علاوه بر ضابطه مذکور باید به امر دیگری که همان «مفاد ادله» باشد نیز توجه شود است که باید در موارد ابهام از آن بهره جست، اما نکته در این است که این ضابط ملاک ثانوی است و در مرحله اول بدان مراجعه نمی‌شود و کماکان «قابلیت‌های سه گانه»، ضابط اصلی در شناخت حق از حکم می‌باشد.

علاوه بر خصوصیات سه گانه مذکور، برخی صاحب نظران، ویژگی چهارمی را برای حق با عنوان امکان «تعهد به سلب حق» برشمرده‌اند که بر مبنای آن امکان تعهد علیه حق - برخلاف حکم - وجود دارد؛ بدین معنا که صاحب حق می‌تواند به صورت «تبرعی» یا «معوض» متعهد شود که از حق خود استفاده نکند و این برخلاف «حکم» است که امکان تعهد به سلب آن وجود ندارد. در واقع مقصود از امکان تعهد به سلب حق، این است که اگر صاحب حق تعهد کند که حق خود را اعمال نکند، این تعهد «نافذ» است، در حالیکه در

۱- حائری، سید کاظم، فقه العقود، جلد اول، الطبعة الثانية، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۰۳ ق، ج ۱، ص ۱۴۰

۲- محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، ج ۲، ص ۲۸۸

«حکم»، سلب آن توسط شخص، «نافذ» نیست.

به نظر می‌رسد امکان تعهد به سلب حق، همان «اسقاط حق» است، زیرا وقتی کسی متعهد می‌شود از انجام فعلی خودداری کند و این تعهد چیزی جز خودداری از اعمال و اجرای حق نیست، در واقع شخص در اینجا حق خود را اسقاط کرده است؛ به عنوان مثال، اگر کسی خانه‌اش را بفروشد به شرط اینکه خریدار آن را تا سه سال اجاره ندهد، چنین بیع و شرطی صحیح بوده و شرط مذکور در ضمن عقد، مصداق اسقاط حق است. بنابراین نتیجه گرفته می‌شود که ویژگی‌های سه گانه، اصلی ترین فارق بین حق و حکم می‌باشد. قابل ذکر است که این بحث در آثار فقهی با عنوان «تحریم حلال» مورد بحث قرار گرفته است.^۱

بنابراین، اسقاط‌پذیری حق به عنوان یک قاعده فقهی، از مسلمات فقهی بوده و مورد اتفاق فقهای متقدم و متأخر است و تردید در آن سزاوار نیست. همچنین، قاعده این است که نقل حق، «جایز» بوده و اگر در برخی موارد خاص، نقل حق به دلیل خاصی ممنوع است، این امر جنبه استثنایی دارد. همچنین در موارد مشکوک نیز، «اصل»، قابلیت نقل حق است.

گفتار دوم: تقسیم حق بر اساس حق مالی و غیر مالی

در یک تقسیم بندی، «حق» به «حق مالی» و «حق غیر مالی» تقسیم شده است؛ در واقع ملاک این تقسیم، مربوط به «حقوق داخل دارایی» و «حقوق خارج دارایی» است؛ چنانکه اشاره شد، دارایی شامل اموال و حقوق متنوعی است، ولی آنچه در داخل دارایی جای می‌گیرد، باید ویژگی مالی داشته باشد؛ بنابراین حقوق سیاسی، خانوادگی و شخصی وارد دارایی نمی‌شوند.

بند اول: حق غیر مالی (شخصی)

«حقوق غیر مالی»، حقوقی هستند که نیازهای مذهبی، سیاسی، خانوادگی، عاطفی و اخلاقی انسان را بر آورده می‌کند؛ این حقوق و امتیازات، قابل قیمت گذاری و مبادله نیست، مثل حق ازدواج و ابوت و بنوت، حق ولایت (سرپرستی فرزندان) و حق داشتن دارایی و حق حضور در انتخابات و امثال اینها. البته پاره‌ای از حقوق غیر مالی، مثل حق تولیت، صرفاً به منظور رفع

۱- «شیخ انصاری» در این باره معتقد است احکام دو گونه است، گاهی حکم برای موضوع، مطلق بوده و حکم در هر حال، حتی با عروض عنوان ثانوی دیگر قابل تغییر نیست. در این قسم که اکثر محرمات و واجبات را شامل می‌شود، حکم غیر قابل تغییر بوده و نمی‌توان با شرط بر عدم انجام آن عمل تعهد نمود، زیرا این شرط مخالف کتاب و سنت بوده و موجب تحریم حلال و تحلیل حرام می‌شود. اما گاهی ثبوت موضوع برای حکم در حالت اولیه و عادی است و این حکم در صورت عروض عنوان ثانوی دیگر تغییر می‌کند. شیخ، اغلب مباحات، مستحبات و مکروهات بلکه همه آنها را از این قسم می‌داند، زیرا در این قسم، تجویز انجام و ترک عمل با توجه به ذات فعل و چشم پوشی از سایر عناوین است و این حکم اولی با ممنوعیت انجام یا ترک آن در صورت تحقق عنوان دیگر منافات ندارد. به طور مثال حکم خوردن گوشت، حلیت و اباحه است، اما می‌توان با قسم، نذر و غیر آن متعهد به عدم انجام این عمل شد (انصاری، کاسب، ج ۳، ص ۵)

نزاع و ایجاد نظم مقرر گردیده است.^۱

اگرچه خود این حقوق، «غیر مالی» اند، لیکن، ممکن است آثار مالی داشته باشند، یعنی سبب شوند اموالی وارد حساب دارایی شخص شود، به عنوان مثال حق وراثت (ارث بردن) که باعث می‌شود از متوفی، اموالی به شخص برسد یا حق زوجیت که زن پس از ازدواج، حق نفقه و مهریه را دارا می‌شود.

حقوق غیر مالی، قابل «توقیف»، «تملک» و «فروش» توسط طلبکاران نیست؛ لذا طلبکاران نمی‌توانند حق کاندیدا شدن شخصی را توقیف کنند. همچنین حقوق غیر مالی، قابلیت داد و ستد را نداشته، قابل تقویم به پول نیست؛ و قابلیت انتقال به دیگری را ندارد.

حقوق غیر مالی، قابل اسقاط نیز نبوده و دائمی و غیر قابل زوال هستند، مانند بنوت که به هیچ وجه فرزند یا پدر و مادر، نمی‌توانند نسبت خود را با یکدیگر سلب نمایند؛ ممکن است گفته شود، بعضی از حقوق غیر مالی به سبب مخصوصی قابل انحلال است، مانند زوجیت که به وسیله فسخ نکاح و طلاق، منحل می‌گردد؛^۲ در پاسخ باید گفت، «حق ازدواج» به هیچ وجه از شخص ساقط نمی‌شود؛ درست است که شخص می‌تواند «ازدواج» را منحل نماید، ولی «حق ازدواج» برای وی تا پایان عمر وجود دارد؛ چنانکه ممکن است فردی تا پایان عمر ازدواج نکند، که این عدم ازدواج، به معنای سلب حق ازدواج از وی نیست.

بند دوم: حق مالی

«حقوق مالی»، حقوقی هستند که در دسته دارایی قرار می‌گیرند؛ و وابستگی شدیدی به شخص دارند؛ حقوق مالی، امتیازاتی هستند که حکومت و جامعه به منظور تامین نیازهای مادی به افراد داده است. حق مالی فرد بر شیء، باعث می‌شود اموال افراد، از تصرف سایرین مصون باشد و دیگران حق تعرض به آن را نداشته باشند؛ در واقع «حق مالی»، بین «فرد» و «مال»، یک پیوند نامرئی ایجاد می‌کند که سایرین حق جدا کردن این پیوند را ندارند؛ این همان «حق مالی» شخص نسبت به «مال» است که قانونگذار از آن حمایت کرده است. اثر حق مالی آن است که اجرای آن برای دارنده، ایجاد منفعتی می‌نماید که قابل تقویم به پول است؛^۳ بدین ترتیب، این دسته از حقوق بر خلاف گروه نخست، قابل «انتقال»، «قیمت گذاری به پول»، «مبادله» و «اسقاط» هستند، مانند «حق مالکیت»، «حق انتفاع» و «حق مطالبه انجام کار معین». لذا در فروش یک اتومبیل، فروشنده، «حق مالی» خود را بر اتومبیل، در ازاء مبلغی به دیگری واگذار

۱- جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ص ۱۰۱

۲- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، تهران، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۱، ص ۳۸۷

۳- همان

می‌کند، همچنین حقوق مالی، قابل توقیف و فروش توسط طلبکاران می‌باشند.^۱

بند سوم: تداخل حقوق مالی با حقوق غیر مالی

برخی معتقدند: به لحاظ حقوقی نمی‌توان مرز قطعی، مسلم و روشنی بین «حق مالی» و «غیر مالی» ترسیم کرد یا دو ماهیت جداگانه برای آنها در نظر گرفت، و تقسیم حق، به مالی و غیر مالی بر مبنای «غلبه» است؛ یعنی غالباً حقوق به دو قسم مالی و غیر مالی تقسیم می‌شوند؛^۲ از طرفی، گاه جنبه مالی و غیر مالی حق با هم مخلوط می‌شود؛ که در برخی موارد، شناخت حق مالی از غیر مالی، مشکل می‌شود؛ در ادامه به برخی از این موارد اشاره می‌کنیم:

الف: مشاغل حرفه‌ای

می‌دانیم شغل‌ها و حرفه‌هایی مانند پزشکی، وکالت، سردفتری، دارای درآمد مالی زیادی هستند که ناشی از زحمات شبانه روزی صاحبان این مشاغل در کسب این جایگاه است؛ رابطه این مشاغل و مشتریان خود بیشتر یک «امر شخصی» و یک «حق غیر مالی» محسوب می‌شود تا یک امر مالی. مردم به یک پزشک به لحاظ تخصص و ویژگی‌های شخصی وی مراجعه می‌کنند؛ بنابراین «دادگاه‌های فرانسه» این موضوع را رد کرده‌اند که این شغل‌ها قابل انتقال و واگذاری باشد.^۳

در «حقوق ایران» نیز اصولاً خرید و فروش دفاتر اسناد رسمی، عنوان حقوقی و قانونی ندارد، زیرا پروانه سردفتری یک امتیاز محسوب شده و بنابراین قابل خرید و فروش نیست؛ اما نقل و انتقال آن در مواردی ممکن است. مطابق ماده «۶۹» قانون دفاتر اسناد رسمی، در صورت بازنشسته شدن یا فوت سردفتر و معرفی شخص واجد صلاحیت به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور از طرف سردفتر یا وراث سردفتر، نقل و انتقال دفتر امکان‌پذیر خواهد بود.^۴ از یک طرف می‌توان گفت، این نقل و انتقال در واقع یک نوع معرفی سردفتر جدید

۱- به نظر برخی، حق مالکیت به این دلیل که شامل تمام منافع اقتصادی شیء می‌شود، چنان با موضوع آن در آمیخته که در نظر نخست، در دسته حق مالی قرار می‌گیرد، ولی با اندک تأمل به خوبی پیداست که آنچه مورد تملک قرار می‌گیرد و به اشخاص اختصاص می‌یابد و از نظر حقوقی در آن تصرف می‌شود، رابطه اعتباری انسان با آن اشیاء است و به همین خاطر، به آنها مال گفته می‌شود، بنابراین حق مالکیت از حقوق غیر مالی است (بهرامی، بهرام، دعاوی مالی و غیر مالی، تهران، انتشارات نگاه بینه، چاپ چهارم، ۱۳۸۶، ص ۱۴)

۲- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ش ۴، ص ۱۵

3- ver:Civ.3juill,1996,d,1997,531,note N.Descamps-Dubaele,

۴- ماده «۶۹» قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مقرر می‌دارد: «سردفتر شاغل که بازنشسته می‌شود می‌تواند شخص واجد صلاحیت، طبق مقررات این قانون را برای تصدی دفترخانه خود به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور معرفی کند. مدت لازم برای معرفی در مورد بازنشستگی الزامی دو ماه قبل از تاریخ بازنشستگی است و در غیر این مورد باید معرفی مزبور، ضمن تقاضانامه بازنشستگی به عمل آید. ورثه سردفتر متوفی که حین الفوت شاغل بوده است تا شش ماه از تاریخ فوت سردفتر می‌تواند مجتمعاً به ترتیب فوق شخص واجد صلاحیت را معرفی کنند. در صورتی که سردفتر یا وراث او در مهلت های مذکور، شخص واجد صلاحیت معرفی نکنند سازمان ثبت اسناد و املاک کشور می‌تواند تصدی دفترخانه را با رعایت مقررات این قانون، به شخص واجد شرایط دیگری واگذار نماید».

بوده و انتقال امتیاز دفتر را به شخص جدید آن هم بعد از شرکت در اختبار علمی و کسب امتیازات لازم، امکان‌پذیر می‌کند؛ بنابراین نمی‌توان گفت سردفتری یک حق مالی است که مثل اموال، قابل انتقال است؛ از طرفی طبق بخشنامه ثبتی «سازمان ثبت اسناد و املاک کشور»، استعفای سردفتر به نفع دیگری و انتقال دفتر، صحیح نیست.^۱

اما از طرف دیگر می‌توان گفت، سردفتری مانند وکالت و قضاوت، قائم به شخص نبوده و این دوام، استمرار و پاسخگویی به مراجعات مردم و ثبت اسناد است که باعث تداوم و ثبات دفترخانه حتی پس از فوت یا بازنشستگی سردفتر است؛ بنابراین سردفتر می‌تواند این حق را به شخص دیگری پس از بازنشستگی واگذار نماید و یا پس از فوت، ورثه حق دارند با دریافت مبلغی وجه، به عنوان حق نقل و انتقال، این امکان تصدی را برای کسی ایجاد نمایند. در «حقوق فرانسه» اینگونه حقوق، هیچگونه حقی برای جانشین یا وارث شخص ایجاد نمی‌کند.

ب: حقوق مالکیت فکری

برخی از ارزش‌های بشری، قابل تقویم به پول نیست و موضوع آن از فکر و ذهن انسان ناشی می‌شود، البته این حقوق ممکن است دارای بعد مادی نیز باشند؛ یعنی استفاده از آن را می‌توان در قبال مبلغی پول واگذار کرد، مثل حق اختراع. بنابراین در تعریف این حقوق می‌توان گفت: حقوقی است که به صاحب آن اجازه می‌دهد تا با انحصار از منافع و شکل خاصی از فعالیت یا فکر خود استفاده کند. به عبارتی دیگر، حقوقی است که صاحب آن اختیار انتفاع انحصاری از آن را دارد و در نتیجه ابتکار و فعالیت فکری انسان بوجود می‌آید.

در میان حقوقدانان، در خصوص بکارگیری واژه حقوق «مالکیت فکری» یا «مالکیت معنوی» اختلاف نظر وجود دارد.^۲ لیکن از آنجایی که اصطلاح «حقوق مالکیت معنوی» با این ایراد اساسی مواجه است که می‌تواند با «حقوق معنوی دارندگان حق مؤلف» یکی گرفته شود،

۱- www.ssaa.ir

۲- عده‌ای از یک سو، به این دلیل که همه موضوعات مالکیت‌های غیر مادی الزاماً در اثر تفکر و اندیشه ایجاد نشده و برخی از آنها نظیر سرقلمی، صرفاً به لحاظ اینکه وجود مادی ندارند به این عنوان شناخته می‌شوند و از سوی دیگر، از آنجایی که متعلق حق، مادی نیست، واژه حقوق «مالکیت معنوی» را ترجیح داده‌اند، در مقابل برخی دیگر، اصطلاح حقوق «مالکیت فکری» را مناسب‌تر تشخیص داده و استدلال کرده‌اند که از یک سو کلمه «معنوی» در لغت منسوب به «معنی» و مقابل مادی و صوری توصیف شده، حال آنکه منشأ این حقوق، فکر، اندیشه و تعقل انسان هاست و این واژه، ماهیت این حقوق را بهتر نشان می‌دهد. برخی نیز عنوان حق آفرینش یا حق آفریننده به آن داده‌اند و گفته‌اند: حق آفرینش، یعنی حق مبتکران بر حاصل ابداع و اندیشه خویش در برابر همه مردم قابل استناد است، با این تفاوت که موضوع و محل استقرار آن، یک شیء مادی با ظهور خارجی نیست که موضوع این حق نیز، ارزش ابتکارها و آفرینش‌های فکری است. برای مشاهده نظرات مختلف در این زمینه رک: (میر حسینی، فرهنگ، حقوق مالکیت معنوی، ج ۲، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۳۹ و امیری، انتقال حقوق مالکیت معنوی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۵).

در حالی که «حقوق مالکیت فکری» در زمینه «مالکیت ادبی» و «هنری»، هم شامل حقوق مادی و هم حقوق معنوی است، لذا به نظر می‌رسد اصطلاح «حقوق مالکیت فکری» مناسب‌تر باشد.^۱

«حقوق مالکیت فکری» دارای دو شاخه اصلی است، شاخه اول، «مالکیت صنعتی» است که مشتمل بر حقوق راجع به ابداعات و اختراعات و علائم تمیز دهنده، شامل علائم و نام‌های تجاری است و شاخه دوم، «حقوق مالکیت ادبی» و «هنری» است که مشتمل بر حق مؤلف و حقوق مشابه است. «حقوق مالکیت فکری»، دارای ماهیتی دوگانه است. پدید آورنده، نه تنها از منافع مالی و مادی اثر بهره‌مند می‌شود، بلکه دارای حقوق دیگری نیز هست که ماهیت اقتصادی نداشته و با شخصیت او در ارتباط تنگاتنگ است که به آن «حقوق معنوی» گفته می‌شود. بنابراین «حقوق فکری» یک نهاد حقوقی جدیدی است که برای حمایت از آفریننده اثر، پیش‌بینی شده است و دارای ماهیت خاص با اوصاف و احکام ویژه است که عرف جامعه آن را به رسمیت می‌شناسد و قانونگذار به آن، ضمانت اجرای خاص داده و احکام ویژه‌ای در خصوص آن پیش‌بینی کرده است.^۲

ماده «۳» قانون حمایت مولفان، مصنفان و هنرمندان (مصوب سال ۱۳۴۸)، حقوق پدید آورندگان را، شامل حق بهره‌برداری مادی و معنوی از نام و اثر دانسته است، همچنین از ارجاعات مواد «۱۰» و «۱۱» به قانون (مصوب ۱۳۴۸) و قانون ترجمه و تکتیر کتب و نشریات و آثار صوتی (مصوب ۱۳۵۲)، مشخص می‌شود که حقوق مترجم و پدید آورندگان آثار صوتی، شامل دو بُعد معنوی و مادی است. در قانون حمایت از پدید آورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای (مصوب ۱۳۷۹) در ماده «اول»، حق بهره‌برداری مادی و معنوی را برای پدید آورنده نرم افزار به رسمیت می‌شناسد.

از ویژگی‌های حقوق معنوی پدید آورندگان این است که محدود به زمان و مکان معین نیست و غیرقابل انتقال است، همچنین وابسته بودن به شخص پدید آورنده و قابل توقیف نبودن آن، از دیگر ویژگی‌های آن است؛ از طرف دیگر پدید آورنده، دارای حق انحصاری هر گونه بهره‌برداری مالی از اثر است، حق نشر و تکتیر و انعقاد قرارداد با ناشر و دریافت حق التألیف، حق ترجمه، حق اقتباس و تلخیص و تبدیل، حق استفاده از پاداش و جایزه، از مظاهر «مادی بودن» این حقوق است و لذا «حقوق مالکیت فکری»، دارای ماهیتی دوگانه است.^۳

۱- صفایی، سید حسین، مالکیت ادبی و هنری و بررسی قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان، مندرج در مجموعه حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، انتشارات میزان، ۱۳۸۶، ص ۹۱

۲- شمس، عبدالحمید، حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۲، ص ۲۶

۳- جهت اطلاع بیشتر رک: زرکلام، ستار، حقوق مالکیت ادبی و هنری، انتشارات سمت، ۱۳۸۸. توضیح اینکه در قانون حمایت حقوق

حقوق مادی پدید آورنده، قابل نقل و انتقال به صورت معوض یا مجانی و همچنین قابل انتقال از طریق ارث و وصیت است. از طرف دیگر، حقوق مادی پدید آورنده، در طول حیات او باقی است و بعد از مرگ پدید آورنده نیز به مدت «سی سال» از تاریخ مرگ، متعلق به وارث یا شخصی است که این حقوق به موجب وصیت به او منتقل شده است. اگر «وارث» یا «موصی له»^۱ برای بهره برداری از اثر، وجود نداشته باشد، این حقوق برای همان مدت به منظور استفاده عمومی در اختیار «وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی» قرار خواهد گرفت. (ماده ۱۲)؛ حقوق مالی صاحب آفریده‌های فکری و هنری، نوعاً موقت است و بعد از مدتی بهره برداری، استفاده همگانی از اثر مجاز می‌گردد.^۲

در «حقوق فرانسه» میراث فرهنگی و یادگاری‌های خانوادگی، با اینکه دارای ارزش مالی هستند، قابل انتقال نیستند، زیرا ارتباط بین آنها و دارندگانشان بسیار وثیق و شخصی است. «دیوان عالی کشور فرانسه»، اعلام کرده است که نجیب زادگان می‌توانند از فروش میراث خانوادگی خود، ممانعت به عمل آورند، زیرا اینگونه اموال، معرف و یادآور خانواده آنها می‌باشد.

همچنین امروزه در حقوق مربوط به عکس و تصویری که از بازیگران معروف یا بازیکنان تیم‌ها گرفته می‌شود، تردید است که آیا مربوط به حقوق مالی یا غیر مالی‌اند؟ در پاسخ، یکی از «حقوقدانان فرانسه» اظهار داشته است: حقوقی مالی که از حقوق غیر مالی نشأت می‌گیرند، برای اینکه اثر مالی پیدا کنند باید توسط بازار قیمت گذاری شود.^۳ علیرغم این اشتراکات، اصل اولی مبنی بر تقسیم حقوق، به «مالی» و «غیر مالی» در

مولفان و مصنفان، ابتدا پدید آورنده اثر را که می‌تواند صاحب حق معنوی باشد معرفی کرده است، به گونه‌ای که هر هنرمند، مصنف، مولف را در قالب پدید آورنده شناخته است که با ابتکار و خلاقیت، اثری را تولید می‌کند. در ماده «۲» آثار مورد حمایت را مورد شناسایی قرار داده است که عبارتند از: کتاب و رساله و جزوه و نمایشنامه و هر نوشته دیگر علمی و فنی و ادبی و هنری، شعر و ترانه و سرود و تصنیف که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد. اثر سمعی و بصری به منظور اجرا در صحنه‌های نمایش یا پرده سینما یا پخش از رادیو یا تلویزیون که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد، اثر موسیقی، نقاشی و تصویر و طرح و نقش و نقشه جغرافیایی، هر گونه پیکره (مجسمه)، اثر معماری از قبیل طرح و نقشه ساختمان، اثر عکاسی، اثر ابتکاری مربوط به هنرهای دستی یا صنعتی و نقشه قالی یا گلیم، اثر فنی ابداعی و ابتکاری...

۱- موصی له، کسی است که وصیت تملیکی به نفع او شده است.

۲- برای مثال، به موجب ماده «۱۶» و بند «د» از ماده «۲۸» قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری (مصوب ۱۳۸۶)، حق اختراع برای مدت ۲۰ سال و طرح صنعتی پس از ۱۵ سال، دوام دارد. به موجب ماده «۵» قانون ثبت ارقام گیاهی و کنترل و گواهی بذر و نهال (مصوب ۱۳۸۲)، نیز همین محدودیت پیش بینی شده است. همچنین با استناد به مواد «۱۲»، «۱۳»، «۱۶» قانون حمایت حقوق مولفان، مصنفان و هنرمندان و همچنین قانون حمایت از پدید آورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای (مصوب ۱۳۷۹)، آثار علمی، ادبی و هنری تا مدت معینی، به نفع آفریننده قابل حمایت بوده و سپس استفاده از آن برای همگان مجاز می‌گردد. در خصوص علامت تجاری نیز چنانچه دارنده علامت، آن علامت را پس از انقضاء مدت معینی تمدید ننماید، این حق زائل می‌گردد و دیگران می‌توانند آن علائم تجاری را تحت شرایطی به نام خود نمایند.

«ایران» و حقوق سایر کشورها حفظ شده است، زیرا این تقسیم کمک می‌کند تا «حقوق اموال» را بهتر بشناسیم.

بند چهارم: رابطه مال و حق مالی

برخی معتقدند: همیشه «مال»، تعبیر دیگری از وجود رابطه و حق مالی است و اشیاء مادی به این اعتبار که می‌توانند ملک اشخاص قرار گیرند، «مال» محسوب می‌شوند. در انتقال مال، «رابطه اعتباری» «مالک قدیم» با «مال» قطع شده و رابطه جدیدی بین «مال» و «مالک جدید» ایجاد می‌شود، و لذا پیوند نامرئی مالکیت (حق مالی) از مالک قدیم قطع شده و به مالک جدید پیوند می‌خورد.^۱

علیرغم صحت و درستی آنچه گفته شد، این انتقاد مطرح شده است که چگونه می‌توان گفت که برخی حقوق مالی که ناشی از اموال هستند، در عین حال، در درون اموال جای دارند؟ به عبارت دیگر، نمی‌توان، دو مفهوم حقوقی را در هم حل کرد، زیرا این تعارض باعث می‌شود که گاه «حقوقدانان» بگویند، «حقوق مالی» از «مال» نشأت می‌گیرند، و گاه گفته شود حقوق مالی در زمره اموالند، بنابراین، حل کردن حقوق مالی در اموال، صحیح نیست.^۲

در پاسخ به این انتقاد، باید گفت، علم حقوق به روابط اجتماعی می‌پردازد و موضوعات حقوقی و مفهوم «مال»، مفهومی است که با وجود سایر انسان‌ها، معنا پیدا می‌کند. به بیان دیگر، حقوق، «علم اعتباری» است. اگر هیچ انسانی در کره زمین نباشد، چه کسی می‌تواند رابطه‌ای با مال یا اشیاء طبیعت برقرار کند؟ بنابراین به اشیاء، زمانی می‌توان، «مال» اطلاق نمود، که فردی باشد که با آن مال «رابطه مالی» برقرار کند؛ بنابراین، تمام اشیاء و ثروت‌ها و امکانات و اموال، بدون انسان، بی‌هویت می‌شوند؛ لذا یک رابطه دو طرفه بین «مال» و «انسان» برقرار است؛ از یک طرف، «مال»، می‌تواند متعلق به فلان شخص باشد و از طرف دیگر، آن شخص بر آن مال، «حق مالی» دارد.

همچنین، با توجه به توضیحاتی که در خصوص تعریف مال گفته شد، زمانی می‌توان به «شیئی»، مال گفت که به لحاظ حقوقی، مورد حمایت «قانون» و «حکومت» باشد؛ به عبارت دیگر قانون، آن حق مالی را برای فرد به رسمیت بشناسد و حقوق مالکیت، بر مال حاکم باشد؛ در عرف نیز، اشیائی که مورد حمایت قانونگذار نباشد و حقوق مالی مترتب بر آن به رسمیت شناخته نشود به تدریج از حیث انتفاع، خارج شده، از مالیت می‌افتد بنابراین «مال» و «حق مالی» دو روی یک سکه و دو بیان از یک ماهیت می‌باشند و می‌توان گفت، «حقوق مالی» نیز در

۱- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ش ۵، ص ۱۵

2- Malaurie, Ph, et Aynes, L, Droit civil, les biens, Defreons, 2005, n8p.6

زمره «اموال» قرار دارند.

بند پنجم: اقسام حق مالی

استفاده انسان از اموال به دو گونه است: اول؛ «بی واسطه» و مستقیم و دوم؛ «با واسطه» و از طریق شخص دیگری؛ بر این اساس، حقوقی که انسان بر اشیاء دارد، به دو دسته تقسیم شده است: «حق عینی» و «حق دینی».

الف: حق عینی^۱

«حق مالی عینی»، حقی است که به شخص امکان می‌دهد که به طور «مستقیم»، «فوری» و «بدون واسطه» از مال خود بهره برده و از آن استفاده کند. به عنوان مثال، هر کس نسبت به کیف، ساعت و لباس‌های خود، مستقیم و بلا واسطه حق دارد و می‌تواند از آن استفاده کند و لازم نیست از کسی اجازه بگیرد یا انجام و اجرای آن را از کسی مطالبه کند و اگر مال وی، در تصرف دیگری باشد، حق دارد از او مطالبه و استرداد آن را بخواهد و این، به دلیل «حق مالی عینی شخص» بر آن «مال» است و در خصوص موضوع حق بر دیگران، «تقدم» دارد. بنابراین در «حق عینی»، تنها دو عنصر وجود دارد: اول: شخصی که «صاحب حق» است (خواه شخص حقیقی یا حقوقی باشد) و دوم: چیزی که «موضوع حق» قرار می‌گیرد.

«مالکیت»، کاملترین نوع «حق عینی» است و لذا این حق، به مالک، حق هر گونه تصرف و استفاده را اعم از تصرف در مال، فروش یا اجاره را می‌دهد؛ شاخه‌های ضعیف تر حق عینی، «حق انتفاع» و «حق ارتفاق» است، در اینگونه حقوق عینی، صاحب آن با محدودیت‌هایی، حق استفاده از آن را پیدا می‌کند. به گونه‌ای که صاحب حق انتفاع و ارتفاق، صاحب تمامی منافع اقتصادی مال مورد حق نمی‌شوند و در نظر عرف با «مال مورد حق»، یکی شناخته نمی‌شوند. حقوق عینی را نیز می‌توان به دوبخش تقسیم نمود: «حقوق عینی اصلی» و «حقوق عینی تبعی».

۱- حق عینی اصلی

«حق عینی اصلی»، حقی است که به انسان، حق استفاده و بهره بردن از مال را به طور «کامل» (مثل مالکیت) یا «ناقص» (مثل حق انتفاع یا حق ارتفاق) می‌دهد. حق عینی اصلی، تابع هیچ دینی نیست و اصالت دارد و لذا از شخص دیگری به عنوان مدیون یا متعهد مطالبه نمی‌شود و صاحب حق به عنوان «داین» یا «متعهدله» آن حق را اعمال نمی‌کند، «حق مالکیت»، «حق انتفاع»، «حق تحجیر»^۲ و «حق شفعه»^۳ از این قبیل هستند.

1- droit réel

۲- مطابق ماده «۱۴۲» قانون مدنی: «شروع در احیاء از قبیل سنگ چیدن اطراف زمین یا کندن چاه و غیره، تحجیر است و موجب مالکیت نمی‌شود ولی برای تحجیر کننده ایجاد حق اولویت در احیاء می‌نماید.»

۳- مطابق ماده «۸۰۸» قانون مدنی: «هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی، بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه خود را به

۲- حق عینی تبعی

«حق عینی تبعی»، حقی است که خود، مستقیماً قابل اجرا نیست، مگر در اجرای تضمین یک دین، بنابراین، حق عینی تبعی، تابع «دینی» است که برای آن، تضمین قرار داده شده باشد. این حق در «حقوق فرانسه» در سه نوع از حقوق متجلی شده است: «رهن»^۱، «وثیقه»^۲ و «حق اختصاص»^۳. برای شناخت بهتر حق عینی تبعی، لازم به ذکر مثالی هستیم؛ فرض کنید (الف) بخواهد از (ب)، وامی اخذ نماید و (ب) برای اعطاء وام، وثیقه‌ای را به صورت رهن از وی بگیرد تا در صورتی که وام، توسط قرض گیرنده، برگردانده نشود، او (ب) با فروش آن مال، بتواند طلب خود را بردارد. (الف) وام گیرنده نیز این درخواست را می‌پذیرد و اتومبیل خود را به وثیقه (ب) می‌گذارد.

حال اگر وام گیرنده، مبلغ وام را پرداخت نکند، وام دهنده حق دارد با رعایت تشریفات قانونی، مال مزبور (اتومبیل) را فروخته و طلب خود را بردارد؛ همین حق که وام دهنده بتواند به تبع عدم استرداد مبلغ، «مال مورد وثیقه» را بفروشد، نوعی حق است که آن را «حق عینی تبعی» می‌نامند. بنابراین «حق عینی تبعی» حقی است که به موجب آن، عین معینی، وثیقه طلب صاحب حق قرار می‌گیرد و به او حق می‌دهد که در صورت خودداری مدیون از پرداخت دین، طلب خود را از آن محل استیفاء کند، و به این دلیل «تبعی» نامیده می‌شود که این حق، در نتیجه وجود رابطه دینی میان طلبکار و بدهکار بوجود می‌آید.

بنابراین در تفاوت حق عینی اصلی و حق عینی تبعی می‌توان گفت: در حق عینی اصلی، صاحب حق، می‌تواند بدون محدودیت از مال استفاده کند؛ ولی در حق عینی تبعی، صاحب حق، تنها در صورتی که مدیون از پرداخت دین، خودداری نماید، می‌تواند طلب خود را از محل فروش عین، استیفاء نماید و در این مدت، «منافع مال» به مدیون یا همان وام گیرنده تعلق دارد، زیرا هنوز او مالک عین است. بنابراین حق عینی تبعی، «مستقل» نیست و در صورت پرداخت دین، از بین می‌رود، ولی حق عینی اصلی، تابع هیچ شرطی نیست و «اصالت» دارد. تفاوت دیگر آنکه، در حق عینی اصلی، برای فروش، نیاز به اذن کسی نیست، ولی در حق عینی تبعی، به دلیل عدم استقلال، ابتدا باید طلبکار، پرداخت طلب خود را از مدیون مطالبه نماید (از طریق اظهار نامه یا دادخواست) و پس از اجازه حاکم، حق خود را استیفاء نماید.

قصده بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد، قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند»

1- Gage
2- Hypotheque
3- Privilege

بدین ترتیب حق عینی تبعی، به عنوان تضمین بدهی است که به «متعهد له» داده می‌شود. در «حقوق ایران»، عقد رهن، بیع شرط^۱، معامله با حق استرداد و وثیقه‌های حسن انجام کاری که در آنها متعهد، تعهد می‌کند به وظایف خود عمل کند و در غیر این صورت، متعهد له می‌تواند از محل وثیقه، حقوق خود را استیفاء کند از این نوع هستند. در اینگونه حقوق، حتی اگر مورد وثیقه به ارث برسد، حق صاحب حق عینی تبعی در آن محفوظ است.^۲

ب: حق دینی (شخصی)

«حق مالی دینی» حقی است که، به طور غیر مستقیم و از طریق شخص حقیقی یا حقوقی بدست می‌آید و در واقع رسیدن انسان به حق خود، مستلزم انجام آن، توسط دیگری با توجه به قرارداد یا سایر موجبات دیگر است؛ این حق در اصطلاح حقوق مدنی به تبعیت «فقه امامیه»، «دین» نامیده شده است. دین، غالباً جنبه منفی رابطه تعهد است، یعنی آنچه بسته به «متعهد» است و در مقابل «طلب» است؛ طلب، جنبه مثبت رابطه تعهد است که وابسته به «متعهد له» است. صاحب حق دینی را «دائن» یا «طلبکار» یا «بستانکار» یا «متعهد له» گویند و طرف مقابل را «مدیون» یا «بدهکار» یا «متعهد» گویند. لذا در حق دینی، سه رکن وجود دارد؛ دائن، مدیون و دین.^۳

در «حقوق فرانسه» به این حق، «حق شخصی»^۴ گفته می‌شود، زیرا این حق بر علیه اشخاص اعمال می‌شود و ذیحق باید آن را از اشخاص پیگیری کند؛ به عنوان مثال، چنانچه به موجب قرارداد، ساخت یک واحد مسکونی توسط پیمانکار تعهد شده باشد، برای متعهد له (سفارش دهنده) حق دینی بوجود آمده است و متعهد می‌باید نسبت به ساخت واحد اقدام نماید؛ اما پس از تحویل، حق دینی به حق عینی تبدیل خواهد شد و مالک می‌تواند بدون واسطه، نسبت به مال خود، هر گونه تصرفی (اعم از فروش، اجاره، رهن و...) بنماید.

با ملاحظه تمام مصادیق حقوق دینی، می‌توان گفت: حقوق دینی، بر سه قسم هستند:

۱- «تعهد در جهت انتقال مال» به عنوان مثال، شخصی مشخصات اتومبیلی را به خودروساز سفارش داده و خودرو ساز می‌باید آن را تحویل دهد که در این حالت، برای سفارش دهنده، حق دینی ایجاد شده است.

۱- مطابق ماده «۴۵۸» قانون مدنی: «در عقد بیع، متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند، خیار فسخ معامله را نسبت به تمام بیع داشته باشد و همچنین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بعض مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد. در هر حال حق خیار، تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن، قید تمام یا بعض نشده باشد، خیار ثابت نخواهد بود، مگر با رد تمام ثمن»

۲- داراب پور، مهرباب، حقوق اموال و مالکیت، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱، ص ۱۲

۳- حیاتی، اموال و مالکیت، ص ۴۲

4- Le droit personnel.

۲- «تعهد به انجام کاری»، مثل اینکه اتومبیلی را به تعمیرکار سپرده تا آن را تعمیر نماید.
 ۳- «تعهد به عدم انجام کاری»، به عنوان مثال، اگر دولت با کارخانه‌ای قراردادی منعقد نماید که قیمت کالا را از حد معینی بیشتر ننماید.

چنانکه اشاره شد، کسی که دارای حق دینی است، تنها از طریق مدیون می‌تواند به حق خود، دسترسی پیدا کند و در صورت عدم اجرای تعهد، می‌تواند از طریق طرح دعوا، الزام متعهد را به اجرای تعهد بخواهد و پس از صدور حکم، حسب مورد، وی را از طرق مورد نظر قانونی، الزام به اجرای تعهد نماید و یا از وی خسارت بگیرد.

ج: مقایسه حق عینی و دینی

برای شناخت بهتر این دو حق و فایده این تفکیک، مقایسه بین این دو حق ضروری است:

۱- عناصر حق عینی و دینی

صاحب حق عینی، حق مستقیم اعمال حق خود را بر روی مال دارد و نگران اعیان، یا کاهش ارزش پول متعهد، نیست؛ در «حق عینی»، تنها «دو» عنصر (یا دو ماهیت) وجود دارد؛ اول «موضوع حق» و دوم، «مالک» آن؛ مثل کیف و صاحب آن، که بین کیف و صاحب آن، هیچ جدایی و حایلی به لحاظ حقوقی قابل تصور نیست. اما در «حق دینی»، «سه» عنصر وجود دارد: اول: «صاحب حق» (متعهدله، داین، یا طلبکار)؛ دوم: «طرف حق» (متعهد یا مدیون یا بدهکار)، که ملزم به اجرای تعهد است؛ و سوم: «موضوع تعهد» (بدهی، دین، متعهد به) یا «حقی» که متعهد انجام آن را پذیرفته است، به عنوان مثال، تعمیر یک ماشین یا اجاره یک خانه، دوخت لباس یا کشیدن یک نقاشی.

۲- موضوع حق عینی و دینی

موضوع حق عینی، همیشه یک «شیء مادی مشخص و مفروز» است: حق عینی، در عالم خارج، معین و قابل رویت است و می‌توان به آن اشاره کرد، ولی حق دینی، غالباً ناظر بر انجام دادن کاری یا خودداری از انجام عملی در آینده است که نمی‌توان خود تعهد را مشاهده کرد یا به آن اشاره نمود. به عبارتی، حق دینی، «آماده ساز مال آینده است و زمانی که مالی وجود ندارد، تنها بر اساس حق دینی، می‌توان مال را بوجود آورد».^۱

البته گاه موضوع حق دینی، «شیء» است، به عنوان مثال، تعهد به تحویل یک وسیله، که این شیء می‌تواند «عین معین» یا «کلی» باشد.

۳- قابلیت استناد در حق عینی و دینی

حق عینی، «حق مطلق» است که در برابر همه، قابل استناد و قابل دفاع است، ولی حق دینی

1- Atias, Ch, Droit civil, les bien, op.cit, p.62.

نسبت به «شخص متعهد» قابل اجراست؛ بنابراین صاحب حق عینی، نسبت به مال خود، حق هر گونه تصرفی را دارد و همه افراد جامعه و دولت موظفند به این حق، احترام بگذارند؛ بدون اینکه صاحب حق، نگران این باشد که دیگران، این حق را به رسمیت بشناسند؛ اما در حق دینی، صاحب حق، برای گرفتن حق خود، تنها به یک نفر می‌تواند مراجعه کند و آن، شخص مدیون یا متعهد است و سایر افراد جامعه تکلیفی در اجرای حق ندارند. به همین جهت گفته می‌شود: حق عینی، «مطلق» است (یعنی در برابر همه افراد جامعه) و حق دینی، «نسبی» است (یعنی تنها نسبت به شخصی که می‌باید آن حق را اجرا نماید).

۴- حق تعقیب در حق عینی^۱

صاحب حق عینی، حق تعقیب مال خود را دارد؛ موضوع حق در دست هر شخصی باشد، مالک می‌تواند آن را استرداد کند و از ید متصرف غیر قانونی خارج نماید؛ شخصی که به حق عینی استناد می‌کند، همیشه بر صاحب حق دینی مقدم است؛ به عنوان مثال، اگر اتومبیل شخصی مورد سرقت قرار گیرد و سپس در شهری کشف شود؛ مالک اتومبیل به دلیل حق عینی خود، می‌تواند بلافاصله اتومبیل خود را از متصرف تحویل بگیرد؛ در این حالت مهم نیست که متصرف اتومبیل، سارق آن بوده یا اتومبیل را بدون اطلاع از سارق خریده باشد؛ در هر حال اتومبیل از تصرف وی خارج و به مالک تحویل می‌گردد؛ بنابراین «صاحب مال» می‌تواند مال خود را در دست هر کس بیاورد مطالبه کند، ولی در حق دینی، صاحب حق می‌باید از طریق شخص مدیون به حق خود دست یابد؛ لذا شخصی که اتومبیل خود را با سند عادی به فردی می‌فروشد، سپس آن را به صورت رسمی و قطعی به دیگری بفروشد؛ در این حالت، صاحب حق (خریدار اول) نمی‌تواند خود رأساً اتومبیل را در اختیار بگیرد، بلکه می‌بایست به فروشنده مراجعه نماید و اجرای قرارداد خود را از او بخواهد و اگر ممکن نشد، مبادرت به طرح دعوی نماید.

۵- حق تقدم در حق عینی^۲

صاحب حق عینی، در دریافت احتمالی وجه ناشی از فروش مالش بر سایر طلبکاران مقدم است؛ این حق، تساوی بین طلبکاران را بر هم می‌زند، لذا به آن «حق تقدم» و «ترجیح» می‌گویند. بنابراین، اگر دو نفر که یکی صاحب حق عینی و دیگری حق دینی است از کسی حق خود را مطالبه کنند؛ در این وضعیت، آن کس که حق عینی دارد بر صاحب حق دینی مقدم است، زیرا او بطور مستقیم می‌تواند حق خود را اعمال نماید. به عنوان مثال، چنانچه، شخصی،

1- droit de suite
2- droit de préférence

فرش دستباف خود را نزد تاجری به امانت سپارد تا برای او بفروشد و از طرفی تاجر، طلبکارانی دارد که از او طلبکارند؛ اگر تاجر، ورشکسته شود و دارایی تاجر، کافی برای پرداخت بدهی او نباشد و توافق شود که به هر یک از طلبکاران، پنجاه درصد طلبشان پرداخت شود؛ این قاعده، مشمول کسی که فرش خود را به امانت نزد تاجر سپرده، نمی‌شود و او می‌تواند فرش خود را بدون در نظر گرفتن اینکه تاجر ورشکسته است، بردارد و سایر طلبکاران نمی‌توانند در آن فرش، حقی داشته باشند و خواهان فروش آن و تقسیم بین خود شوند، زیرا حق عینی برحق دینی، «مقدم» است.^۱

۶- عوامل و اسباب ایجاد حق عینی ودینی

با توجه به «اصل حاکمیت اراده»، با توافق طرفین، انواع و اقسام حق دینی ایجاد می‌شود اما، عوامل و اسباب ایجاد حق عینی، «محدود» است: قانونگذار عوامل ایجاد حق عینی را منحصر به «چهار» مورد نموده است: «مالکیت»، «ارث»، «تصرف در طبیعت» (یا اصطلاحاً حيازت مباحات) و «حق شفعه»، ولی در حق دینی، هر توافقی که دو طرف بخواهند، بر اساس اصل آزادی قراردادی، می‌توانند ایجاد نمایند.^۲

در «حقوق فرانسه» این سوال مطرح شده است که آیا غیر از موارد احصاء شده در قانون، با «اراده طرفین» می‌توان حق عینی ایجاد کرد؟ تلاش‌ها برای ایجاد اینگونه حقوق زیاد است، زیرا برای دارنده حق، بسیار بهتر است، دارای حق عینی باشد تا حق دینی، که مجبور نباشد برای استیفاء حق خود، به کسی مراجعه نماید. در پاسخ، برخی گفته‌اند همانطور که قانونگذار ایجاد حق دینی را با قرارداد پذیرفته است، می‌تواند برای ایجاد حق عینی، با قرارداد نیز تدبیری بیندیشد؛ به نظر آنها، شناسایی این حق، اجازه می‌دهد که آثار منطقی و مشروع اصل آزادی اراده در حقوق جاری شود؛ اما این نظر در «حقوق فرانسه» با توجه به نص صریح

۱- در «حقوق فرانسه» این نظر مطرح است که نمی‌توان حق را به عینی و دینی تقسیم کرد، زیرا: اولاً همانطور که در حق دینی، سه عنصر وجود دارد، در حق عینی نیز سه عنصر وجود دارد. حال در حق عینی، تنها، مدیون عنصر سوم است در حالی که در حق عینی، همه مردم متعهد و ملزم به حفظ حقوق صاحب حق هستند، زیرا حق، مفهومی اجتماعی است و در عالم اجتماع معنا و مفهوم پیدا می‌کند و ثانیاً در هر دو حق، صاحب حق به حقش می‌رسد، لیکن در حق عینی با یک واسطه، شخص به حق می‌رسد و آن مدیون است، در حالی که در حق دینی، فرد مستقیم به حق دسترسی دارد و فاصله ایجاد شده نباید باعث جدایی دو حق گردد اما، برخی حقوقدانان معتقدند: علیرغم این انتقادات، جدایی این دو حق، انکار ناپذیر است، زیرا در حق عینی، صاحب حق، قدرت و اختیار خاصی پیدا می‌کند که به موجب آن می‌تواند در برابر هر متجاوز اقامه دعوی نماید و این قدرت، قابل مقایسه با حق دینی نیست. (رک: کاتوزیان، اموال و مالکیت، ش ۱۲، ص ۲۱)

۲- دانشمندان غربی پس از تحولاتی در مورد دامنه اختیار انسان، معتقد شدند هر گونه توافقی که انسان بخواهد، می‌تواند با دیگری انجام دهد. این نظریه در اقتصاد و فرهنگ آنان نیز وارد شد و مکاتب «اومانیزم» و «اگزیستانسیالیسم» و... را مطرح ساختند، این نظریه در «اسلام» همراه با محدودیت‌هایی است، در اسلام گفته می‌شود، انسان حق ندارد با دیگری توافق نماید تا به او لطمه وارد سازد. رک: (حسینی مراغه‌ای، میر عبد الفتاح، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷، ذیل قاعده اقدام، ص ۴۸۸)

قانونی رد شده است، زیرا ماده «۵۴۳» قانون مدنی فرانسه اعلام می‌دارد: «در مورد اموال، حق مالکیت، یا «حق انتفاع» یا حق شفعه نمی‌توان، هیچگونه تغییری ایجاد کرد» بنابراین موارد ذکر شده در قانون «حصری» اند و طرفین نمی‌توانند با اراده خود، حق عینی ایجاد نمایند.^۱

در «حقوق ایران» در خصوص «بیع عین معین»، امکان ایجاد حق عینی برای خریدار وجود دارد و به محض انعقاد عقد، انتقال مالکیت و ایجاد حق عینی برای خریدار ممکن است.

د: تحولات مربوط به حقوق عینی و دینی

با پیشرفت علم و پیچیده شدن روابط حقوقی و گسترش علوم و فنون و تکنولوژی، اموالی دیده می‌شود که در عینی یا دینی بودن آن تردید می‌شود؛ از یک طرف، شبیه «حقوق عینی» و از طرف دیگر، شبیه به «حقوق دینی» می‌باشند. فهرست طولانی از اینگونه اموال وجود دارد، به عنوان مثال، کارت‌های اعتباری، علائم تجاری، سهام شرکت‌ها، محصولات نرم افزاری، حق اختراع، حق مولف، حق کسب و پیشه و... از این قبیل هستند؛ به عنوان مثال، در کارت‌های بانکی اعتباری که مبلغی معین در آنها شارژ می‌شود؛ از طرفی صاحب کارت، «حق عینی» بر کارت دارد و می‌تواند مستقیماً با آن خرید نماید و از طرفی می‌توان گفت این حق، «دینی» است، زیرا خود کارت ارزشی ندارد، بلکه بانک یا موسسه مربوطه است که متعهد شارژ مبلغ، برای صاحب آن، است و باید در آن اعتبار ایجاد کند. همچنین، در بادی امر به نظر می‌رسد، «چک» یا «سهام» فرد در یک شرکت، حق عینی است و صاحب آن، حق دارد مستقیماً نسبت به آن تصرف نماید و به دیگری منتقل کند، ولی در واقع ممکن است حق دارنده چک نسبت به آن، حق دینی باشد، زیرا برگه چک، ارزش ذاتی ندارد، بلکه در واقع، متعهد (صادر کننده آن) می‌باید معادل آن در بانک موجودی داشته باشد، بنابراین در واقع، «حق دینی» است. همچنین، در خصوص سهام شرکت‌ها که از طرفی قابل خرید و فروش است و از طرفی، می‌توان گفت، شرکت متعهد و موظف به حفظ اعتبار آن است.^۲ بنابراین، حقوق مذکور از این جهت که بر روی یک مال است، شبیه حق عینی است ولی از جهات زیر با حقوق عینی متفاوت است:

- این حقوق، معمولاً برای صاحب حق، یک انحصار موقت ایجاد می‌کند، مثلاً حق مخترع بر اختراع، بیست سال است.

1- Carbonnier, J, Droit civil, t.3, les biens, op.cit, p.77.

۲- یکی از زمینه‌های جدید که حق عینی و دینی را به هم نزدیک کرده، انتقال آن است. در سابق تنها انتقال حق عینی قابل تصور بود، مثل اینکه کسی دینارهای خود را می‌بخشید، ولی اینکه کسی طلب خود را به دیگری ببخشد، کمی عجیب و غیر قابل تصور بود، زیرا در حق دینی چنان ارتباط نزدیکی بین طلبکار و بدهکار بود که جدایی بین آنها ممکن نبود. لیکن امروزه بحث انتقال طلب یا انتقال دین، امری طبیعی است. رک: Patrick M. Jost and Harjit Singh Sandhu, "The hawala alternative remittance system and its role in money laundering", 2000. Retrieved Nov. 1.2009.

- این حقوق، معمولاً غیر مادی هستند و امکان تصرف در آنها وجود ندارد.

- این حقوق، به شدت وابسته به انسان و مالک هستند، مثل مالکیت‌های ادبی و هنری.

اما سوال اصلی این است که در موارد تردید در اینگونه اموال چه رژیم حقوقی را باید بر این اموال حاکم گردانیم: حقوق عینی یا دینی؟ در حقوق «فرانسه»، برخی گفته‌اند، چون مبنا بر اساس تعهد است و بازگشت همه حقوق به حق دینی است، بنابراین قواعد مربوط به حقوق دینی، مطابق با «اصل» است و احکام ناظر به حقوق عینی، «استثناء» می‌باشند، پس در موارد تردید باید آن مصداق را، «حق دینی» بدانیم.

در اشکال به این نظریه گفته شده است: چگونه ممکن است حق دینی اصل باشد، در حالی که دامنه نفوذ حق عینی، وسیعتر است، زیرا در حق عینی، همه باید به آن احترام بگذارند، درحالی که در حق دینی، تنها مدیون باید به اجرای حق پردازد. برخی نیز معتقدند: باید دید کدام چهره حق، مورد نزاع، چیره و غالب است و متناسب با آن، حکم قابل اعمال را برگزید.^۱

اما به نظر می‌رسد، با توجه به توسعه روز افزون اینگونه حقوق و خاص بودن آنها، ممکن نیست یکی از حقوق عینی یا دینی را بر اینگونه اموال حاکم کرد، بلکه باید حقوقی را بر آن حاکم کرد که بتواند از صاحب اینگونه حقوق، حمایت نماید. بنابراین به نظر می‌رسد، رژیم حاکم بر اینگونه اموال، نبایستی بر اساس حقوق دینی و عینی باشد، بلکه می‌بایست رژیم مستقلی باشد، کما اینکه در برخی موارد، قانونگذار به این امر توجه داشته است.

۱- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ش ۱۴، ص ۲۴

فصل دوم: انواع مال

«قانون مدنی» در سه جلد تنظیم گردیده که جلد اول آن راجع به «اموال» است و حدود «۱۷۰» ماده به آن اختصاص داده شده است؛ در «باب اول» قانون مدنی از دو جهت، اموال تقسیم شده است (اموال منقول و اموال غیر منقول و اموالی که ملک افراد است و اموالی که مالک خاص ندارد).

تقسیم بندی مطالب را می توان اینگونه نیز مطرح ساخت: اول: از جهت «ماهیت اموالی» که موضوع «حق مالی» قرار می گیرند، و دوم از جهت «اشخاصی» که «مالک اموال» هستند. بنابراین در ابتدا، «مال» را از جهت ماهیت آن بررسی می کنیم.

مبحث اول: تقسیم اموال بر مبنای ماهیت آن

مطالب این فصل نه تنها به لحاظ نظری، بلکه به لحاظ عملی نیز مفید خواهد بود؛ به عنوان مثال، وقتی «مال» را به «عین» و «منفعت» تقسیم می کنیم، این نتیجه را خواهد داشت که عقدی که عین را انتقال می دهد «بیع» و عقدی که منافع را واگذار می کند، «اجاره» نام دارد و این دو عقد، هریک دارای شرایط و آثار مختلفی می باشند.

گفتار اول: اعیان و منافع

«اموال مادی» که با حواس ظاهری قابل درک و رویت هستند،^۱ از جهتی به «عین» و «منفعت» تقسیم می شوند.

۱- در مقابل اموال مادی، اموال غیر مادی وجود دارند که نمی توان وجود آنها را با یکی از حواس پنجگانه احساس نمود، بر خلاف اموال مادی که به صورت جسم بوده و حس می شود، لیکن از نظر حقوقی، جزئی از دارایی شخص را تشکیل می دهند، مانند حق معنوی مؤلف.

بند اول: عین**الف): تعریف عین**

معمولاً «عین» در مقابل «منفعت» قرار می‌گیرد و در این حالت، تعریف آن چنین است: اموالی که وجود خارجی داشته و با حواس انسان، مثل حس لامسه قابل درک باشند، (مثل میز، قالی، کتاب، ساختمان و...) البته نباید چنین پنداشت که منفعت، وجود خارجی ندارد، بلکه منافع دو گونه‌اند: برخی قابل دیدن و لمس و حس می‌باشند؛ (مثل میوه درخت) و برخی دیگر، خود، مستقلاً قابل دیدن و لمس نیستند (مثل سکونت خانه یا سواری اتومبیل).^۱

«عین»، ذاتی است و تشخیص و تحقق دارد و بطور مستقل در خارج وجود دارد و قابل احساس با یکی از حواس ظاهری است. «عین»، گاه «جزئی» است که صدق بر کثیر ندارد، مانند این کتاب و این فرش (اشاره به کتاب معین)؛ و گاه عین، «کلی» است و قابل صدق بر مصادیق متعددی است، (مثل کتاب حقوق مدنی اموال و مالکیت). عین، گاه، «مشاع» است، (مانند ثلث خانه و یا ثلث کتاب). و گاه، «مفروز» و «معین» و تفکیک شده است. عینی که مفروز و معین است، گاه به شکل «کلی در ذمه» است، مانند فروش ده کیلو گندم که شخصی می‌فروشد و آن ده کیلو را به «ذمه» می‌گیرد تا بعد تحویل دهد و ثمن را در عوض، نقداً دریافت می‌کند.

گاه، کلی در ذمه، «حال» است (در مقابل مؤجل)، یعنی مشتری می‌تواند بعد از بیع، فوراً آن را مطالبه کند و گاه زمان دارد و «مؤجل» است، یعنی مشتری ثمن را پرداخت کرده است، ولی بایع مبیع را بعداً تسلیم می‌نماید که به آن بیع «سلم» یا «سلف» می‌گویند. و گاه عین، «کلی در معین» است.

قابل توجه اینکه در عالم حقوق، می‌توان «عین» و «منفعت» را از هم جدا کرد، چنانکه مالک «عین» یک نفر، و مالک منافع، شخص دیگری باشد؛ به عنوان مثال، در عقد اجاره، صاحب ملک، منافع آن را در قبال مبلغی به دیگری واگذار می‌کند و مستأجر، مالک منافع می‌شود، پس «مالک عین» از «مالک منافع» جدا می‌گردد.^۲

ب): اقسام عین

قانونگذار در مواد «۳۳۸» و «۳۵۰» قانون مدنی، سه نوع از شایعترین عین‌ها را برشمرده است

۱- تعاریف دیگری نیز از عین وجود دارد، برخی گفته‌اند: عین عبارت است از مالی که به فرض وجود خارجی، جسم باشد (جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ص ۸۷) و برخی دیگر گفته‌اند: عین عبارت است از مالی که اگر موجود گردد دارای سه بُعد یعنی طول و عرض و ارتفاع باشد (داراب پور، حقوق اموال و مالکیت، ص ۳۱)

۲- عینی که منافعتش به شخص دیگری تعلق دارد، «مسلوب المنفعه» می‌نامند.

که عبارتند از: «عین معین»؛ «کلی در ذمه» و «کلی در حکم معین» (یا کلی در معین)

۱- عین معین

«عین معین» آن است که در عالم خارج، مشخص و معین و قابل اشاره و حد و حدود و ابعاد آن کاملاً واضح و معلوم باشد، (مثل این کتاب یا آن زمین)، «عین معین» را «عین شخصی» یا «عین خارجی» نیز می‌نامند که بر دو نوع است: مفروز و مشاع (به ضم میم از مصدر اشاعه به معنای انتشار)

۲- عین کلی فی الذمه (کلی)

مالی است که اوصاف و جنس و مقدار آن تعیین شود و در عالم خارج، صادق بر افراد عدیده باشد؛ این گونه اموال، معمولاً در تعهدات مد نظر قرار می‌گیرند. (به عنوان مثال، تعهد به تحویل ۱۰ دستگاه یخچال ۱۲ فوت آزمایش یا تعهد به تحویل ۱۰ دستگاه اتومبیل پژو ۴۰۵ رنگ قرمز آپشن... با امکانات...) در این حالت، متعهد باید مطابق اوصاف تعیین شده، نسبت به تحویل مال مورد نظر اقدام نماید. اگر مصادیق زیادی، دارای این اوصاف باشند، متعهد آزاد است که هر کدام از مصادیق را تحویل بدهد، لیکن نباید از فرد معیوب تحویل دهد.^۱ در این گونه تعهدات، شخص «متعهد»، موظف نیست که «مال معینی» را در مقام وفای به عهد به «متعهدله» بدهد، بلکه می‌بایست مصداقی از مصادیق موجود را انتخاب نماید که شرایط موضوع تعهد را داراست و آن را به متعهدله تسلیم نماید. لذا، در این گونه تعهدات، برخلاف «کلی در معین»، هیچ مقدار از تعهد در عالم خارج، معین نیست و فقط شرایط و اوصاف در ذهن آورده می‌شود یا با نمونه آن، تعیین می‌شود. متعهد در ایفای تعهد خود، باید مالی را تحویل دهد که از دیدگاه عرف، آن صفات و مقدار را داشته باشد. او باید مصادیق خارجی اموالی که متعهد بوده و بر افراد عدیده صادق است را مشخص نماید و تعهد خود را ایفاء نماید.

موضوع قابل ذکر اینکه، اگر در قرارداد بیع، مالی به نحو کلی، خرید و فروش شود، باید سه چیز در آن مشخص و ذکر شود و در غیر این صورت، معامله «باطل» است: اول: «مقدار» (به عنوان مثال صد کیلو) دوم: «جنس» (به عنوان مثال برنج طارم) و سوم: «وصف» (مثل برنج طارم اعلی یا درجه یک).^۲

۱- مطابق ماده «۲۷۹» قانون مدنی: «اگر موضوع تعهد، عین شخصی نبوده و کلی باشد، متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفاء کند، لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب است نمی‌تواند بدهد».

۲- مطابق ماده «۳۵۱» قانون مدنی: «در صورتیکه مبیع، کلی، یعنی صادق بر افراد عدیده باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر بشود».

۳- کلی در معین (در حکم عین معین)

هرگاه شخصی، مقدار معین از مالی را که اجزاء آن با هم مساوی هستند را مالک شود، آن موضوع «کلی در معین» یا در «حکم عین خارجی» است؛ لذا اگر شخصی، یک کیلو از میوه‌های یک جعبه پرتقال را بخرد تا زمانی که یک کیلو جدا نشده، حقی که خریدار در آن دارد، «کلی در معین» است.

«کلی در معین» را «در حکم معین» نیز گفته‌اند، زیرا «یک کیلو پرتقال» خارج از جعبه نبوده و در ذمه فروشنده نیست؛ البته مصداق آن نیز معین نیست، زیرا تا زمانی که جدا نشده، نمی‌توان گفت دقیقاً کدامیک متعلق به اوست، به همین جهت گفته می‌شود در حکم معین است. بدین ترتیب در «کلی در معین»، موضوع تعهد، «مقدار معین» از مجموعه‌ای از اموال شبیه به هم هست؛ بنابراین از مجموعه‌ای محدود، آن مقدار که موضوع تعهد است، «در حکم عین معین» نامیده می‌شود. در این حالت، متعهد می‌تواند موضوع تعهد را از هر قسمت از آن مجموعه استخراج نماید و در مقام ایفاء تعهد، به متعهدله، تسلیم نماید.

بند دوم: منافع

الف): تعریف منفعت

«منفعت» نیز از مصداق «مال» است؛ منفعت، ثمره^۱ و فایده ایست که به تدریج از عین اموال بدست می‌آید به طوری که از عین به نحو محسوسی نمی‌کاهد؛ این ثمره و فایده، گاه، مادی است و پس از جدایی، تبدیل به عین مادی می‌گردد؛ (مثل میوه درخت، یا تنه بریده شده از جنگل) و گاه، غیر مادی است (مثل سکونت در خانه یا سواری اتومبیل).^۲

گاه منافع در عالم خارج به صورت مادی در می‌آیند و سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا عین هستند یا هنوز منفعت هستند؟ باید گفت، تا زمانی که این منافع، وابسته به عین باشند، منافع هستند، ولی به محض اینکه جدا شدند، خود، عین می‌شوند؛ لذا میوه درخت تا زمانی که وابسته به درخت است، «منافع» و وقتی چیده شد و در جعبه قرار گرفت، «عین» است. ماده «۱۵» قانون مدنی چنین مقرر داشته است: «ثمره و حاصل، مادام که چیده یا درو نشده، غیر منقول است و اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد تنها، آن قسمت منقول است». لیکن قول مشهور «فقهای امامیه»، این است که میوه‌ای که روی درخت فروخته می‌شود،

۱- معمولاً در عربی، «ثمر» به منافع مادی گفته می‌شود، به عنوان مثال می‌گویند: ثمار الشجر، یعنی میوه‌های درخت، ولی «منفعت» بیشتر به منافع غیر مادی گفته می‌شود، مثل منافع خانه که در واقع به نحو محسوسی از عین نمی‌کاهد و تدریجی است.

۲- برخلاف نظریه مشهور فقها، شهید مطهری برای مال، تعریف مضیقی در نظر می‌گیرند و هرچند منفعت را مبادله پذیر با مال می‌دانند، خود آن را مال نمی‌شمارند. (مطهری، نظری به نظام اقتصادی اسلام، ص ۶۷).

یا حاصلی که قبل از درو کردن، مورد معامله قرار می‌گیرد در «حکم منقول» است و از این جهت، «حق شفعه» که ویژه اموال غیر منقول است در آن راه ندارد.^۱ با وجود این، علیرغم ظاهر مواد «۱۵» و «۱۶» قانون مدنی که، بطور مطلق مقرر می‌دارد که ثمره و حاصل مادام که چیده یا درو نشده باشد و اشجار و شاخه‌های آن، مادام که بریده یا کنده نشده است، غیر منقول است، اگر قصد طرفین برچیدن میوه باشد، مال مورد معامله با توجه به اراده طرفین، «منقول» است.

ب) انواع منافع

۱- منافع متصل

«منافع متصل»، عبارت از منافع و اوصافی است که به صورت مادی، جدای از عین، قابل تصور نیست و بر ارزش عین می‌افزاید؛ مثل چاق شدن گوسفند که نمی‌توان چربی را از رگ و پی گوسفند جدا در نظر گرفت؛ ممکن است گفته شود، گوسفند لاغر قیمت کمتری دارد و گوسفند فربه، قیمت بیشتری، و بنابراین مابه التفاوت آن می‌شود منافع اضافی گوسفند؛ ولی باید گفت مراد از منافع متصل، آن چیزی است که نتوان به صورت مادی از عین جدا کرد و در مثال ذکر شده، نمی‌توان فربهی را از گوسفند جدا کرد. همچنین وقتی زمین یا کالایی، گران می‌شود، نمی‌توان به نحو مادی، گرانی را از زمین جدا کرد.

۲- منافع منفصل

«منافع منفصل»، ثمره یا حاصلی است که از لحاظ مادی یا حقوقی بتوان آن را از عین جدا کرد؛ این منافع به طور مستقل، دارای بهاء و ارزش و اعتبار هستند؛ بنابراین، منافع گاه از نظر مادی و گاه از جهت حقوقی و اعتباری از اصل خود، جدا و منفصل می‌شوند مثل میوه درخت یا نوزاد حیوان که مثالهایی برای جدایی مادی هستند و قابلیت سکونت یا سواری بر حیوان که مثالهایی برای جدایی حقوقی می‌باشند.

ثمره بحث اینکه، هرگاه با انعقاد قرارداد، مالی مثل یک گوسفند به خریدار فروخته شود و پس از شش ماه در اثر فسخ (به علت وجود عیبی در گوسفند) یا اقاله^۲، گوسفند به مالکیت فروشنده درآید؛ در این حال، «منافع متصل» از حیوان قابل جدایی نیست و طبعاً متعلق به فروشنده خواهد بود؛ اما «منافع منفصل» (مثل بره، پشم و شیرگوسفند) با توجه به اینکه در

۱- شهید ثانی، مسالک الافهام، چاپ سنگی، ج ۲، ص ۲۵۶.

۲- مطابق ماده «۲۸۳» قانون مدنی: «بعد از معامله، طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند». اقاله در لغت به معنای نادیده گرفتن و گذشتن از خطای دیگران است. چنانکه در مورد خداوند گفته می‌شود «یا مقبل العثرات» یعنی ای گذشت کننده از خطاها و لغزش‌ها و در اصطلاح حقوق، یعنی فسخ طرفین عقد با تراضی.

زمانی بوجود آمده که خریدار مالک بوده، قابل برگشت به فروشنده نیست. همچنین اگر باغی فروخته شود و پس از یکسال، قرارداد، «اقاله» شود، گرانی باغ بالطبع برای فروشنده است، لیکن میوه‌های باغ که قابل جدایی است و در طی یکسال، در ملک صاحب باغ (خریدار) ایجاد شده، متعلق به خریدار است.

مطابق ماده «۲۸۷» قانون مدنی: «نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می‌شود، مال کسی است که بواسطه عقد، مالک شده است، ولی نمائات متصله، مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود؛ توضیح اینکه، این مقررہ مخصوص «اقاله» نیست و در سایر موارد مثل «فسخ» و «تلف مبیع پیش از قبض» (تسلیم) نیز قابل اجراست.^۱

ج: منافع گذشته و آینده

۱- منافع گذشته

منافعی است که در گذشته بوجود آمده است، (مثل منافع ملک در سال گذشته) که استیفاء و مصرف شده است.

۲- منافع آینده

منافع آینده بر دو قسم است: برخی از این منافع، عادتاً و معمولاً در آینده بوجود می‌آید مگر اینکه اتفاق خاصی، مانع ایجاد آن شود (مثل اجاره یک منزل برای یکسال آینده). در اینجا با توجه به اینکه منافع سکونت خانه، عرفاً و عادتاً بوجود می‌آید، می‌توان آن را «مال» نامید و اثر «مال» بودن آن، این است که می‌توان آنها را فروخت و به دیگران تملیک نمود، همچنین اگر کسی باعث تلف شود، باید آنها را جبران نماید؛ لذا اگر کسی در بهار، دانه‌های درختان میوه را از بین ببرد، «عرف» از بین بردن این منافع را خسارتی به صاحب باغ می‌داند و تلف کننده را ضامن میوه‌ها می‌شمارد، زیرا منافعی که در آینده به صاحب باغ می‌رسید در واقع قطعی بود، که به آن «منافع قطعی الحصول» می‌گویند.

اما در برخی موارد، «عرف»، حصول برخی منافع را در آینده، قطعی نمی‌داند، بلکه آن را احتمالی می‌داند که به آن «منافع محتمل الحصول» گویند و جبران آن با تردید روبروست؛ لذا اگر شخصی، شاخه‌های درختان را در زمستان از بین ببرد، ممکن است این تردید پیش آید که

۱- در «رهن» نیز همین گونه است. شخصی می‌خواهد وامی از دیگری بگیرد و باید برای این قرض، رهنی بدهد (راهن) و کسی که قرض می‌دهد (مرتهن) مالی را وثیقه نگه می‌دارد، تا قرض گیرنده (راهن) قرض را اداء نماید، حال اگر این مال، دارای ثمره و منافعی باشد، ماده «۷۸۶» قانون مدنی چنین مقرر داشته است: «ثمره رهن در صورتی که متصل باشد، جزء رهن خواهد بود و در صورتی که منفصل باشد، متعلق به راهن است، مگر اینکه ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد». همچنین در خصوص قاعده تلف مبیع پیش از قبض، به ماده «۳۸۷» قانون مدنی مراجعه نمایید.

آیا خسارتی معادل قیمت میوه‌های باغ، قابل جبران است یا خیر؟ با توجه به اینکه در به ثمر رسیدن میوه، تردید وجود دارد، با این تردید، «مال بودن» این منافع نیز مورد تأمل است و لذا پیش فروش یا در صورت تلف، جبران آن هم، محل بحث و مناقشه قرار می‌گیرد.^۱

د: منافع مستوفات و منافع غیر مستوفات

«فقهها»، منافع را به دو دسته «مستوفات» و «غیرمستوفات» تقسیم کرده‌اند: «منافع مستوفات»؛ منافع است که متصرف مال، آنها را استفاده و از آنها بهره برده است (مانند ساکن شدن در منزل و یا سواری اتومبیل). در این حالت، «مشهور فقهاء»، قائلند که باید متصرف، عوض آن را پرداخت نماید. آما، گاه، هیچیک از متصرف و مالک، از منافع مال استفاده نبرده‌اند، (مانند اتومبیل مسافربری که صاحب و متصرف آن، استفاده‌ای نکنند)؛ در این مورد نیز، «مشهور فقهاء» قائل به ضمان هستند و گفته‌اند: «منافع غیر مستوفات» نیز از مصادیق «مال» محسوب می‌شود.^۲ بنابراین، چنانکه شخصی، خانه دیگری را به نحوی تصرف کند ولی استفاده نکند، مالک خانه، برای گرفتن اجرت المثل، به او رجوع می‌کند و عوض منافی که تحت ید متصرف بوده را مطالبه می‌کند، هرچند او منافع را استفاده نکرده باشد.^۳

گفتار دوم: مال مفروز و مشاع

بند اول: تعریف مال مفروز و مشاع

چنانکه اشاره شد، عین معین، ممکن است به صورت «مفروز» باشد یا «مشاع»؛ کلمه «مفروز» که اسم مفعول از ریشه «فرز» به معنای جدایی است، به این معناست که «کل مال» به صورت جدا در مالکیت یک نفر قرار دارد؛ اما مال «مشاع»، مالی است که چند نفر در آن شریک باشند.

۱- در فقه می‌گویند «عدم النفع لیس بضرر» یعنی حاصل نشدن منافع، ضرر نیست و طبیعی است که قابل جبران نیز نخواهد بود و مراد و منظور «فقهاء» از نفع در اینجا، «منافع محتمل الحصول» است که نزد آنها مال محسوب نمی‌شود. رک: (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۹) در تبصره «۲» ماده «۵۱۵» قانون آیین دادرسی مدنی نیز خسارت ناشی از عدم النفع، قابل مطالبه دانسته نشده است که حقوقدانان این مقرر را حمل به مواردی کرده‌اند که خسارات، ناشی از منافع احتمالی باشد... (جهت اطلاع بیشتر به منابع آیین دادرسی مدنی مراجعه نمایید)

۲- محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۱۷ و محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۴۶

۳- خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۴۰۳ و صدوق، ابوجعفر بن محمد، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۹۸

۴- انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۱، ص ۲۰۶. در خصوص ضمان منافع عمل انسان باید گفت این منافع اقسامی دارد: حالت اول، منافع عمل برده یا انسانی است که اجیر دیگری شده است، که «فقهاء» در ضمان آن اتفاق نظر دارند. حالت دیگر، منافع عمل انسان آزاد است که اهل کسب و کار نیست و در آینده ممکن است کار کند، که «فقهاء» در عدم ضمان آن اتفاق نظر دارند و اما حالتی که محل بحث است، عمل انسان آزادی است که اهل کسب و کار است، در این مورد، برخی گفته‌اند: اگر شخص آزاد دارای شغل و حرفه معلومی باشد که هر روز و همیشه بدان می‌پردازد و دیگری او را حبس کند یا از کار باز دارد، ضامن است و باید از عهده خسارت برآید، زیرا عرف و سیره عقلا چنین قضاوت می‌کنند، در غیر این صورت، ضمانی نیست. (خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۳۶) در ماده «یک» قانون مسئولیت مدنی آمده است: «هرکس بدون مجوز قانونی عمداً و یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان و سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد»

بنابراین باید دو مفهوم «شرکت» و «اشاعه» را در «حقوق مدنی ایران» مورد تحلیل قرار داد، زیرا این تحلیل در بررسی ضوابط اصولی مربوط به تصرفات هر یک از شرکاء در مال مشترک ضرورت دارد.

ماده «۵۷۱» قانون مدنی، «شرکت» را بدین شرح تعریف می‌کند: «شرکت عبارت است از، اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه».

مطابق این تعریف، در شرکت، حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد، جمع می‌گردد. واضح است که مقصود از حقوق مالکین متعدد، حقوق مالکیت ایشان است، یعنی چند نفر در آن واحد، مالک یک شیئی باشند به نحوی که موضوع مالکیت هیچیک از مالکان شیئی واحد، مشخص نباشد و لذا هر جزئی از اجزاء شیئی واحد، در عین حال متعلق حق مالکیت هر یک از ایشان باشد. لذا اگر منزلی دارای شش شریک به صورت مشاعی باشد و هر یک از شرکاء، مالک یک دانگ^۱ از منزل باشند، هر شریک در همه اجزاء منزل و اتاق‌ها و حتی آجرهای اتاق به میزان یک دانگ سهم است. حتی اگر یک آجر را به شش قسمت نماییم، در هر یک از شش قسمت، باز شرکاء به میزان یک دانگ، سهم دارند بنابراین در هر ذره‌ای از منزل، همه شرکاء، سهم هستند و نمی‌توان گفت هر شریک، مالک یک اتاق از شش اتاق است و در سایر اتاق‌ها سهمی ندارد؛ بلکه هر شریک در هر اتاق به میزان یک دانگ سهم است و هر نقطه از منزل، متعلق به تمام شرکاء می‌باشد. این صورت از مالکیت را در اصطلاح «اشاعه» و مال موضوع این مالکیت را «مال مشاع» می‌گویند که سبب پیدایش شرکت خواهد بود.

با توجه به تعریف و توضیح بالا، در هر جزء از اجزاء مال مشاع، مالکیت‌های اشخاص متعدد، ثابت می‌گردد، و هیچ جزئی، هر چند بسیار کوچک را نمی‌توان تصور کرد که به یکی از شرکاء، تعلق داشته باشد و شرکاء دیگر را در آن حقی نباشد. بنابراین هر یک از شرکاء، در هر یک از اجزاء مال مشاع مالکیت دارد، منتهی مالکیت شرکاء دیگر هم در آن اجزاء ثابت است.

پس از این مقدمه، به بررسی وضعیت حقوقی تصرفات شریک در مال مشاع می‌پردازیم.

بند دوم: تصرفات شرکاء در مال مشاع

الف): تصرفات حقوقی

منظور از «تصرفات حقوقی»، انجام معاملات نسبت به مال مشاع است. این معاملات ممکن است به دو صورت واقع گردد:

۱- دانگ، واژه‌ای فارسی است که به زبان عربی هم راه یافته است و به صورت دانق درآمده است که به معنای یک ششم هر مال قابل تقسیم و تفکیک است. (صالحی راد، محمد، آیین نگارش آراء قضایی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷، صفحه ۱۰۳).

۱- تصرفات حقوقی شریک نسبت به سهم خود

هر یک از شرکاء می‌تواند در مال مشترک نسبت به سهم خود هر نوع «تصرف حقوقی» را انجام دهد، خواه این تصرف، «ناقل عین» باشد، (مانند بیع سهم مشاع) و یا «ناقل منفعت» باشد، (مانند اجاره)، که به موجب آن، مستأجر، به صورت مشاعی، با شریک موجر در منافع سهیم می‌گردد، گرچه استیفاء منفعت از عین مستأجره و تصرف مادی در آن، منوط به اذن شریک دیگر خواهد بود. همچنین ممکن است که تصرف مورد بحث، غیر ناقل باشد. در هر حال با توجه به اینکه، تحقق تصرفات حقوقی، ذاتاً با تصرفات مادی در مال مشاع ملازمه ندارد، چنانچه این قسم از تصرفات، نسبت به سهم شریک دیگر به عمل نیاید، صحیح و معتبر خواهد بود. به همین جهت، ماده «۵۸۳» قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر یک از شرکاء میتواند بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.»

برای صحت این انتقال، فرقی نیست میان آنکه سهم شریک به یک شخص منتقل شود، یا به اشخاص متعدد انتقال یابد و این امر که انتقال سهم یک شریک به اشخاص متعدد، سبب کثرت شرکاء می‌گردد، مانع از اعتبار انتقال مذکور نخواهد بود.

۲- تصرفات حقوقی نسبت به سهم شرکاء

از نظر حقوقی، این تصرفات از جهت آنکه تصرف در اموال دیگران است، «فضولی»^۱ می‌باشد و بنابراین مطابق ماده «۵۸۱» قانون مدنی: «تصرفات هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد، فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.» هر چند عبارت ماده «۵۸۱» قانون مدنی اطلاق دارد، ولی به قرینه مواد دیگر به خوبی معلوم می‌گردد که اولاً: برخلاف ماده «۵۸۲» قانون مدنی، منظور از تصرف در این ماده، تصرف حقوقی است نه تصرف مادی و ثانیاً: «عنوان فضولی بودن تصرف، اختصاص به تصرف در سهام سایر شرکاء دارد و الاً تصرف حقوقی شریک در سهم خود، همانطور که قبلاً اشاره شد، مطابق ماده «۵۸۳» قانون مدنی و مقررات دیگر معتبر می‌باشد.

ب): تصرفات مادی

«تصرفات مادی» ممکن است به منظور اجرای یک عمل حقوقی تشکیل یافته، انجام گردد یا آنکه، هیچگونه ارتباطی با تصرفات حقوقی و اعمال حقوقی نداشته باشد، و نیز ممکن است بدون اذن شرکاء دیگر بعمل آید یا با اذن آنها انجام شود. این بحث در دو قسمت به شرح زیر بررسی می‌شود:

۱- مطابق ماده «۲۴۷» قانون مدنی: «معامله به مال غیر، جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت، نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد، ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله، صحیح و نافذ می‌شود.»

۱- تصرف مادی بدون اذن شرکاء دیگر

هیچیک از شرکاء، قانوناً نمی‌تواند بدون اذن سایر شرکاء در مال مشاع تصرف کند، اعم از آنکه، این تصرف مادی به منظور اجرای یک عمل حقوقی باشد، (مانند آنکه شریک، سهم خود را از مال مشاع به دیگری اجاره دهد و آن را برای استفاده مستاجر به وی تسلیم کند)، یا آنکه تصرف مادی، ارتباطی با عمل حقوقی نداشته باشد، (مانند آنکه شریک بدون اذن سایر شرکاء در مال مشاع تغییراتی بدهد یا آنکه شخصاً در خانه مشاع، سکنی گزیند).

عدم جواز تصرف شریک در مال مشاع، بدون اذن شرکاء دیگر، عقیده «فقهای امامیه» است. به موجب مقررات «حقوق مدنی» نیز باید بر عدم جواز تصرف مادی شریک، بدون اذن شرکاء دیگر اظهار نظر کرد. زیرا با تحلیلی که از نظریه «اشاعه» به عمل آمد، معلوم می‌شود که در شرکت، تصرف مادی هر شریک در مال مشاع، هر چند تصرف در موضوع حق مالکیت خود اوست، لکن این تصرف، عیناً با تصرف در حق مالکیت شرکاء دیگر ملازمه دارد و مسلم است که عدم جواز تصرف در حقوق دیگران، تصرف مادی مورد بحث را غیر قانونی می‌سازد.^۱

۲- تصرف مادی با اذن شرکاء دیگر

تصرف مادی با اذن شرکاء دیگر در مال مشاع، تصرفی مجاز است، ولی هریک از شرکاء می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند و پس از آن تصرف شریک مأذون، غیر قانونی خواهد بود، مگر آنکه اذن یا اسقاط حق رجوع از آن، در ضمن عقد لازمی درج شده باشد.^۲

بنابراین لفظ اشاعه به اعتبار تعداد مالکان «یک مال» است، به نحوی که سهم هر یک از شرکاء، قابل تفکیک نباشد، البته، در اشاعه ممکن است اندازه مالکیت مالکان متفاوت باشد. همچنین در صورت توافق، شرکاء می‌توانند اتاق‌ها را مفروز کرده و هر یک، اتاقی را به خود اختصاص دهند که در این حالت، مال، از حالت «مشاع» به «مفروز» تغییر پیدا می‌کند.

۱- مطابق ماده «۵۷۹» قانون مدنی: «اگر اداره کردن شرکت به عهده شرکاء متعدد باشد، بنحوی که هر یک بطور استقلال مأذون در اقدام باشد، هر یک از آنها می‌توانند منفرداً به اعمالی که برای اداره کردن لازم است اقدام نمایند.» لذا این ماده، اختیار هر یک از شرکاء غیر مأذون در اداره مال شرکت را در اقدام انفرادی و استقلالی آنها نسبت به اداره مال مشاع نفی میکند، و ماده «۴۷۵» قانون مدنی، تسلیم عین مستاجر را به مستاجر، موقوف به اذن شریک می‌نماید. مطابق این ماده: «اجاره مال مشاع، جایز است لیکن تسلیم عین مستاجر موقوف است به اذن شریک.»

۲- مطابق ماده «۵۷۸» قانون مدنی: «شرکاء همه وقت می‌توانند از اذن خود رجوع کنند، مگر اینکه اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت مادام که شرکت باقی است حق رجوع ندارند.»

بند سوم: تفاوت کلی در معین و مال مشاع

ممکن است گفته شود مال «کلی در معین»، همان «مال مشاع» است، زیرا همانطور که در مال مشاع، مالکیت فرد در «کل مال» منتشر است و نمی‌توان سهم مالک را دقیقاً معلوم کرد، در «کلی در معین» نیز نمی‌توان دقیقاً معین کرد که شخص، مالک کدام قسمت است؛ ولی این مقایسه اشتباه است و این دو مفهوم با هم متفاوتند، زیرا اولاً در مالکیت مشاع، مالکیت شخص در «کل مال» واقعاً وجود دارد و شریک در هر جزء و ذره‌ای از «مال مشاع»، حق و مالکیت دارد، ولی در «کلی در معین»، خریدار (مثلاً یک کیلو میوه) نمی‌تواند ادعا کند که در کل میوه‌ها حق دارد، بلکه تنها در یک کیلو حق دارد. (لیکن مصداق این یک کیلو، هنوز معلوم نیست) این مصداق از یک قسمت از جعبه خواهد بود و در تمام میوه‌های جعبه نیست، تنها در یک کیلو از میوه هاست و فروشنده می‌تواند از هر بخش از جعبه، به اختیار خود به خریدار یک کیلو تحویل دهد. دوم اینکه اگر تمام میوه‌ها مثلاً صد کیلو باشد، اگر شریکی نصف آن را به صورت «مشاع» دارا باشد و نصف آن از بین برود، شریک، به میزان ۲۵ کیلو زیان کرده است، زیرا هر جزئی که از مال تلف شده در واقع از مال او هم بوده، ولی در همین مثال، اگر کسی ۵۰ کیلو میوه به صورت کلی در معین بخرد و بعد نصف میوه‌های مغازه از بین برود،^۱ در این صورت تمام تلف، بر فروشنده تحمیل خواهد شد، زیرا مالکیت خریدار بر ۵۰ کیلو میوه، زمانی است که فروشنده، آن را از میوه‌ها جدا کند. همچنین در اموال مشاعی، تقسیم باید به صورت توافقی بین شرکاء باشد و در صورت عدم توافق، «حاکم» اجبار به تقسیم می‌کند. مطابق ماده «۵۹۱» قانون مدنی: «هر گاه تمام شرکاء به تقسیم مال مشترک راضی باشند، تقسیم به نحوی که شرکاء تراضی نمایند بعمل می‌آید و در صورت عدم توافق بین شرکاء، حاکم اجبار به تقسیم می‌کند، مشروط بر اینکه تقسیم مشتمل بر ضرر نباشد که در این صورت اجبار جایز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد.» در حالیکه در فروش به صورت «کلی در معین»، تعیین مصداق و موضوع فروخته شده، از تعهدات «بایع» است.

گفتار سوم: اموال منقول و غیر منقول

در «حقوق فرانسه» که متأثر از «حقوق رم» است، این اصل مطرح بود که اصل در اموال، «غیر منقول بودن» است و مال منقول، فرعی است، زیرا اموال غیر منقول در اختیار اشراف و نجیب زادگان بود و سایر اموال، در اختیار عموم مردم قرار داشت؛ بنابراین در گذشته، تنها اموال غیر منقول مثل زمین بود که ارزش داشت، در حالی که اموال منقول، دارای ارزش زیادی نبودند.

۱- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ش ۲۸، ص ۳۶.

در حال حاضر، این اصل، به عکس خود تبدیل شده است، یعنی اصل در اموال، «منقول بودن» است، مگر اینکه وصف غیر منقول در آن احراز شود؛ بنابراین بر اساس این اصل در «حقوق فرانسه» اگر نتوان مالی را در زمره اموال غیر منقول در آورد، آن مال، منقول محسوب می‌شود.^۱

بنداول: تعریف و ضابطه تشخیص

ماده «۱۲» قانون مدنی، مال «غیر منقول» را تعریف کرده است: «مال غیر منقول، آن است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود، اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا بواسطه عمل انسان، به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود». بر اساس این تعریف، مهمترین وصف «مال غیر منقول»، وضعیت فیزیکی مال است که غیر قابل جابجایی است؛ بنابراین زمین و آنچه به زمین متصل است (مثل ساختمان و درخت)، غیر منقول است؛ البته باید در نظر داشت در موارد خاصی، قانونگذار، مال منقول را «در حکم غیر منقول» تلقی کرده است. مال غیر منقول، دارای اقسامی شامل: «غیر منقول ذاتی» و «ناشی از عمل انسان» و «تبعی» است؛ همچنین نوعی، مال غیر منقول نیز وجود دارد که «غیر منقول حکمی» نام دارد؛ غیر منقول ذاتی، غیر قابل انتقال است، (مثل زمین یا معدن که ممکن نیست از مکانی به مکان دیگر برود)؛ اما برخی اموال، به تبع عمل انسان، غیر منقول می‌شود، مثل ساختمان که با عمل انسان به زمین متصل شده و انتقال آن، باعث خرابی آن می‌شود یا لوله بکار رفته در درون ساختمان که جدا کردن آن، اگر چه ممکن است، ولی باعث خرابی آن می‌شود؛ برخی از اموال، اگر چه ذاتاً منقولند، لیکن قانونگذار بنا به مصالحی آنها را در زمره اموال غیر منقول قرار داده که «غیر منقول حکمی» نامیده می‌شوند.

با شناخت مال «غیر منقول»، مال «منقول» نیز مشخص می‌شود و آن عبارتست از مالی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد، بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد شود. مطابق ماده «۱۹» قانون مدنی: «اشیایی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد، بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد آید، منقول است.»؛ برخی اموال نیز در حکم مال منقولند که در ادامه به بررسی انواع اموال غیر منقول و منقول می‌پردازیم.

بند دوم: انواع اموال غیر منقول

مواد «۱۲» تا «۱۸» قانون مدنی، انواع مختلف اموال غیر منقول را احصاء و تعریف نموده است، که عبارتند از: «اموال غیر منقول ذاتی»، «اموال غیر منقول ناشی از عمل انسان»، «اموال در حکم غیر منقول» و «اموال غیر منقول تبعی».

1- Schiller, op.cit, p.26.

الف): اشیاء

۱- غیر منقول ذاتی

مال «غیر منقول ذاتی»، کاملترین نوع مال غیر منقول است، صفت غیر منقول، جزء طبیعت و ذات آن است. مال غیر منقول ذاتی با توجه به اقتباس قانون مدنی در این بخش از «حقوق فرانسه»^۱ شامل زمین و آنچه به زمین متصل و مرتبط است (مثل زمین، معدن، چشمه آب، ابنیه و آسیاب) و هر چه که در بنا منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب است، می‌شود و همچنین است لوله‌ها که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین یا بنا کشیده شده باشد (مستفاد از ماده ۱۳ قانون مدنی). در واقع برخی اموال منقول نیز اگر به طور فیزیکی به زمین متصل باشد در زمره اموال «غیر منقول ذاتی» قرار می‌گیرند. علت نامیده شدن غیر منقول ذاتی، آن است که این اموال در محل خود استقرار پیدا کرده است. البته ممکن است گفته شود به لحاظ عقلی، نقل و انتقال ابنیه و آسیا غیر ممکن نیست؛ در پاسخ باید گفت: عدم نقل و انتقالی که مورد نظر است به معنای علمی و فلسفی نیست؛ بلکه مراد، عدم جابجایی عرفی است؛ یعنی همین که مردم بگویند نقل و انتقال ممکن نیست، «غیر منقول ذاتی» نامیده می‌شود.

۲- غیر منقول در اثر عمل انسان (عرضی)

این دسته، اموالی را شامل می‌شود که در بنا و ساختمان بکار برده شده‌اند. این اموال، مادامیکه در بنا باشد و نقل و انتقال آن موجب خرابی آن اموال یا بنا شود، «غیر منقول به تبع عمل انسان» هستند. حال اگر بتوان، آنها را جدا کرد، به ذات خود که منقول است بر می‌گردد و در این حالت، صفت ذاتی خود که منقول است را باز می‌یابد. در ملاک و ضابطه تشخیص اینگونه اموال گفته شده است، اینگونه اموال، باید به گونه‌ای باشند که ارتباط قوی بین شیء و مال غیر منقول برقرار باشد، به نحوی که ساختمان بدون آن مال، کامل نباشد، (مثل آئینه‌ای که در دیوار نصب شده و یا آجرهای تزئینی بکار رفته در شومینه و یا چوبکاری بکار رفته در ساختمان و...) این اموال، مادام که در بنا و ساختمان بکار می‌روند، غیر منقول هستند؛ البته به شرطی که اگر آن مال از آنجا برداشته شود، موجب «نقص» یا «خرابی» خود آن یا «محل آن» شود؛ به عنوان مثال، اگر آینه از محل بکار برده شده در ساختمان، جدا شود، یا خود آینه بشکند و یا با در آوردن آن از درون دیوار، دیوار خراب گردد؛ همچنین اگر کمد دیواری از ساختمان کنده شود، یا کمد بشکند و یا دیواری که کمد در آن نصب شده، تخریب گردد.

۱- در «حقوق فرانسه» بر اساس ماده «۵۱۸» الی «۵۲۱»، زمین و هر چه به زمین متصل است، مثل ابنیه و ساختمان‌ها و گیاهان در زمره اموال غیر منقول ذاتی جای می‌گیرند، بنابراین حتی برخی اشیاء منقول، می‌توانند غیر منقول ذاتی تلقی شوند.

2- les immeubles par nature.

مطابق ماده «۱۴» قانون مدنی: «آینه و پرده نقاشی و مجسمه و امثال آنها، در صورتی که در بنا یا زمین به کار رفته باشد، به طوری که نقل آن موجب نقص یا خرابی خود آن یا محل آن بشود، غیر منقول است.» در این ماده، تمام مصادیق ذکر شده، «غیر منقول عرضی و بواسطه عمل انسان» است.

همچنین ماده «۱۵» قانون مدنی مقرر می‌دارد: «ثمره و حاصل، مادام که چیده یا درو نشده است، غیر منقول است. اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد، تنها آن قسمت، منقول است.» در این ماده، منظور از کلمه «ثمره»، میوه و مراد از کلمه «حاصل»، زراعت‌هایی از قبیل گندم، جو، برنج و نظایر آن است که بواسطه ریشه به زمین، متصل است.^۱

ماده «۱۶» قانون مدنی نیز مقرر داشته است: «مطلق اشجار و شاخه‌های آن و نهال و قلمه، مادام که بریده یا کنده نشده است، غیر منقول است.» در این خصوص، مصادیق مشابهی هم، نظیر تیر برق، جدول خیابان‌ها، آسفالت و.. قابل ذکر است.

۳- غیر منقول حکمی^۲

قانونگذار، برخی اموالی که در واقع منقولند از حیث «صلاحیت محاکم» و «توقیف اموال» در «حکم اموال غیر منقول» آورده است. ماده «۱۷» قانون مدنی مقرر داشته است: «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 به طور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت، لازم و مالک آن را به این امر تخصیص داده باشد، از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال، جزو ملک محسوب و در حکم مال غیر منقول است و همچنین است تلمبه و گاو و یا حیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یا خانه و باغ اختصاص داده شده است.» بنابراین هر گاه قرار باشد، اینگونه اموال توقیف شوند، توقیف آنها، مطابق مقررات مال غیر منقول است و بر روی زمین ثابت می‌مانند؛ قانونگذار خواسته با این استثناء، از جدا شدن این اموال از زمین و زراعت و در نتیجه بلااستفاده شدن اینگونه اموال، جلوگیری نماید.

این ماده در واقع ترجمه ماده «۵۲۴» قانون مدنی «فرانسه» است؛ در زمان تصویب «قانون مدنی فرانسه»، جامعه به شدت تحت تاثیر حقوق کشاورزی بوده است و به همین لحاظ، این ماده در جهت حمایت از کشاورزان تصویب شده است؛ امروزه «حقوقدانان فرانسه» معتقدند: این حمایت در زمینه‌های تجاری و صنعتی نیز بایستی توسعه یابد و همچنین اظهار شده است: چرا این حمایت تنها در زمینه توقیف اموال و صلاحیت محاکم مطرح شده است؟ و می‌بایست

۱- مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق مدنی، جلد اول، ص ۱۸۵

2- les immeubles par destination:

در زمینه رهن و فروش نیز توسعه پیدا کند.^۱

در «حقوق ایران» نیز برخی در انتقاد به این ماده گفته‌اند نباید برای یک مصلحت، اصل کلی را مخدوش کرد، زیرا اولاً، قانونگذار می‌توانست جدایی این اشیاء از زمین را غیر ممکن گردانیده یا موکول به رضای صاحب آن کند و ثانیاً، این عدم جدایی را تنها از حیث صلاحیت محاکم و توقیف اموال در حکم غیر منقول آورده و حال آنکه با سبب‌های دیگر مثل تقسیم مال توسط شرکاء یا وارثین یا وصیت، ممکن است این اموال از زمین جدا شوند. ثالثاً، در بسیاری از موارد دیگر، مثل صنعت یا تجارت ارزش و اهمیت آن از کشاورزی کمتر نیست؟^۲ به هر حال، اموال مقید شده در ماده «۱۷» قانون مدنی، فقط از حیث «صلاحیت محاکم» و «توقیف اموال» در «حکم مال غیر منقول» محسوب می‌شوند، یعنی دادگاه صالح، دادگاه محل وقوع ملک است که این اموال برای زراعت به آن اختصاص یافته است. از طرف دیگر، مطابق ماده «۱۰۳» قانون اجرای احکام مدنی: «توقیف مال غیر منقول، موجب توقیف منافع آن نمی‌گردد». لذا اگر در جهت درخواست طلبکار و محکوم له، فرضاً ادوات کشاورزی توقیف گردد، علیرغم توقیف، مالک، حق استفاده از آن را دارد، در حالیکه اگر مطابق مقررات توقیف اموال منقول عمل می‌شد، می‌بایست از تصرف مالک خارج می‌شد و در نزد شخص ثالث یا مکان امنی نگهداری می‌شد. همچنین مطابق مقررات «قانون اجرای احکام مدنی»، در صورتی که مال توقیف شده منقول باشد، به مالک «۴ ماه» مهلت داده می‌شود که «محکوم به» را بپردازد، در غیر اینصورت مال توقیف شده به فروش می‌رسد، لیکن این مهلت در خصوص اموال غیر منقول، «۸ ماه» می‌باشد.

اما برای تحقق حکم ماده «۱۷» قانون مدنی، و برای غیر منقول شدن این ادوات، «دو» شرط لازم است:

۱- این اموال باید متعلق به «مالک زمین» باشند و ملک دیگران نباشند. یعنی مالک حیوانات یا اشیاء و زمین، یک نفر (شخص حقیقی یا حقوقی) باشد. بنابراین باید حاکمیت حقوقی واحدی بر مال و مالک برقرار باشد؛ لذا اگر مستأجری، زمینی را برای کشاورزی اجاره کند و گاو و بذر را از مال خود در زمین مورد اجاره بکارد، گاو و بذر، غیر منقول نمی‌شود، زیرا مالک زمین و مالک گاو و بذر، یکی نیست.

۲- حیوانات و ادوات، باید «مختص» زراعت و آبیاری باشند و یک ارتباط فیزیکی مناسب بین این دو وجود داشته باشد؛ پس اگر اسبی برای سواری باشد، مشمول این ماده

1- Schiller, op.cit, p.28

۲- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ش ۴۹، ص ۵۲

نمی‌شود یا چنانچه تراکتوری، هم برای هموار کردن راه و هم برای شخم زدن بکار رود، نمی‌توان آن را در حکم غیر منقول دانست. نکته قابل ذکر اینکه، چون این حکم استثنائی است، باید آن را محدود به موارد «مستثنی به» (استثناء شده) کرد و لذا نایستی از آن، وحدت ملاک گرفت.

ب): حقوق غیر منقول

همانگونه که گفتیم، گاه «مال»، یک شیء خارجی است و گاه «حق مالی» است؛ بنابراین، حقوق را نیز می‌توان به اعتبار متعلق آن (یعنی آنچه حق به آن تعلق گرفته)، به منقول یا غیر منقول تقسیم کرد؛ لذا برای شناخت حق منقول یا غیر منقول، باید بینیم موضوع آن حق چیست؟ و حق به تبعیت از موضوع آن، می‌تواند منقول یا غیر منقول باشد؛ مطابق ماده «۱۸» قانون مدنی: «حق انتفاع از اشیاء غیر منقوله، مثل حق عمری و سکنی و همچنین حق ارتفاق نسبت به ملک غیر، از قبیل حق العبور و حق المجری و دعاوی راجعه به اموال غیر منقوله، از قبیل تقاضای خلع ید و امثال آن، تابع اموال غیر منقول است». با توجه به تمثیلی بودن موارد مندرج در ماده، همچنین می‌توان، حق حریم، حق تحجیر در اراضی موات، حق وثیقه نسبت به مال غیر منقول (مثل حق مرتهن یا منتقل الیه در مورد معاملات با حق استرداد و...) را نیز به این موارد افزود. برای توضیح مطلب، این حقوق را در حقوق عینی و دینی بررسی می‌کنیم:

۱- در حقوق عینی

در «حقوق عینی»، تشخیص حق عینی منقول و غیر منقول آسان است، زیرا اگر حق عینی مربوط به منقول باشد، «منقول» و اگر نسبت به مال «غیر منقول» باشد، غیر منقول است. به عنوان مثال، «حق انتفاع» (بهره برداری) از اتومبیل، منقول و نسبت به خانه، غیر منقول است. همچنین حق عبور (نوعی حق ارتفاق) و حق مجری (یعنی عبور آب) با توجه به اینکه نسبت به مال غیر منقول است، لذا غیر منقول، محسوب می‌شود.

۲- در حقوق دینی

ملاحظه شد که حق دینی، حق با واسطه ایست که متعهد له از طریق متعهد به حق خود می‌رسد؛ بنابراین ظاهراً به لحاظ اینکه این حقوق مربوط به انسانند، منقولند و طبعاً مربوط به غیر منقول نمی‌شوند. البته به نظر می‌رسد، باید موضوع را در «سه» حالت جداگانه بررسی کرد. قبلاً نیز گفته شد، که حقوق دینی از «سه» حالت خارج نیستند یا «وعده انتقال مال» هستند، یا «انجام کار» و یا «خودداری از انجام کار»:

۱-۲- وعده انتقال مال

«وعده انتقال مال» در عرف به آن «قولنامه» می‌گویند؛ در قولنامه، متعهد وعده می‌دهد که

موضوع مال را منتقل کند؛ (به عنوان مثال متعهد طی قولنامه، متعهد می‌شود ملکی را ۶ ماه بعد به صورت قطعی و رسمی منتقل نماید.) در این حالت به نظر می‌رسد اگر حق خریدار نسبت به مال غیر منقول باشد، حقی، غیر منقول است، هرچند خریدار هنوز حق عینی بر خانه ندارد. همچنین اگر مال غیر منقول را به نحو کلی بفروشد و بگوید ۱۰۰۰ متر زمین خوب از زمین هایم را می‌فروشم و هنوز ملکیت منتقل نشده باشد و قرار باشد مدتی با تاخیر، انتقال صورت گیرد، حق خریدار، غیر منقول است.

۲-۲- تعهد بر انجام کار یا خودداری از آن

در این صورت، با توجه به اینکه متعهد باید کاری انجام دهد، به نظر می‌رسد، نظر به اینکه کار، منقول است لذا حق مربوط به آن نیز «منقول» است، هر چند مربوط به مال غیر منقول باشد؛ لذا اگر معماری، متعهد است که نقشه ملکی را بکشد یا ساختمانی بسازد، نظر به اینکه تعهد وی، انجام کاری است و انجام کار، منقول است پس حق مربوط به آن نیز، منقول است.

۲-۳- تعهد به تسلیم

گاه انتقال ملک انجام شده است و مالک باید کالا را تسلیم و تحویل نماید و خریدار را بر مبیع، مسلط کند؛ به عنوان مثال، مالک، زمین را بموجب سند رسمی منتقل کرده است و اکنون باید زمین را تسلیم و تحویل نماید، در این حالت به نظر می‌رسد حتی اگر موضوع انتقال، غیر منقول است، لیکن این حق دینی، منقول است، زیرا فروشنده، متعهد به انجام دادن کاری است و آن، مسلط کردن خریدار بر مبیع است، لذا این حق، منقول است، چرا که مربوط به انجام کار است.

ج: دعاوی غیر منقول

منظور از دعاوی، ادعاهایی است که مدعی، علیه طرف دیگر طرح می‌کند. در مورد دعاوی غیر منقول، قسمت اخیر ماده «۱۸» قانون مدنی مقرر داشته است: «دعای راجعه به اموال غیر منقوله، از قبیل تقاضای خلع ید و امثال آن، تابع اموال غیر منقول است». منظور قانونگذار از دعاوی راجع به اموال غیر منقوله، عام است و لذا دعاوی که برای اجبار متعهد طرح می‌شود را نیز در خود جای می‌دهد، از قبیل دعوی الزام به تنظیم سند رسمی یا الزام به انتقال یا تحویل مبیع غیر منقول یا دعوی مطالبه اجرت المثل مال غیر منقول، که تابع غیر منقول است. البته باید توجه داشت، مطالبه «مال الاجاره» مال غیر منقول، مطابق ماده «۲۰» قانون مدنی در «حکم مال منقول» است، زیرا در اثر عقد اجاره، برای مستأجر، تعهد پرداخت «مال الاجاره» ایجاد می‌گردد، بدین جهت، این دعوی راجع به یک «دین» است، اگرچه، در نتیجه مال غیر منقول باشد؛ همچنین، مطالبه ثمن بیع خانه، «دعوی منقول» می‌باشد، نه غیر منقول. برای اینکه

دعاوی راجع به مال غیر منقول، غیر منقول محسوب گردد، باید در نتیجه آن، مال غیر منقولی، داخل دارایی مدعی گردد و یا از حق مالکیت مال غیر منقولی ناشی شده و یا مربوط به خسارت وارده بر مال غیر منقولی باشد.^۱ بدین ترتیب، دعاوی تابع غیر منقول را می‌توان شامل موارد زیر دانست:

۱- دعاوی تصرف

اعم از اینکه مالکیت، محل نزاع باشد (یعنی متصرف، مدعی مالکیت ملک در تصرف باشد) یا اعم از آنکه مالکیت، اعاده وضع سابق را بخواهد (یعنی شخصی، ملکی را تصرف کرده و متصرف سابق، رفع تصرف او را از ملک بخواهد در حالی که مالک نیست؛ که این حق را قانونگذار به خاطر تصرف سابق به او می‌دهد) یا مدعی، تسلیط خود را بر مال غیر منقولی درخواست کند. همچنین تمام دعاوی مربوط به خلع ید غاصبانه و در مواردی که مالی، امانت نزد او بوده و اکنون منکر آنست و تصرف عدوانی (شخصی که مانع تصرف متصرف سابق شده است)، رفع مزاحمت (دعایی که علیه کسی اقامه می‌شود که مزاحم تصرف متصرف سابق می‌شود)، ممانعت از حق (دعوی علیه کسی که خودش ملک را تصرف نمی‌کند، ولی مانع استفاده از متصرف سابق می‌شود) و... همه این موارد داخل در دعاوی راجع به غیر منقول است.

۲- دعا با موضوع تملک مال غیر منقول

دعایی که موضوع آن تملک مال غیر منقول است، به تبعیت از موضوع آن، غیر منقول است. در اینگونه دعاوی، نتیجه اجرای آن، رسیدن یک «مال غیر منقول» به شخص است. به عنوان مثال، دعوی فسخ زمین و یا بطلان (که با دعوی بطلان می‌خواهد مالکیت کنونی مالک را لغو نماید و ملک را به خود منتقل نماید) و عدم نفوذ در معاملات غیر منقول که با اجرای این دعاوی، مال غیر منقول به مدعی آن می‌رسد.^۲

«حق تولیت»، مربوط به شخصی است (متولی) که بر اساس وقفنامه، مسئول رسیدگی به کارهای موقوفه است، این حق، اگرچه به طور منطقی، غیر منقول محسوب نمی‌شود، ولی مطابق ماده «۱۸» قانون مدنی در مورد تولیت اموال غیر منقول (به عنوان مثال اگر کسی به تولیت، اعتراض داشته باشد) دعوی باید در محل وقوع وقف مطرح شود، یعنی در واقع آن را «غیر منقول تبعی» محسوب کرده است.

۱- مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق مدنی، جلد اول، ص ۱۹۹

۲- اما کلیه دیون (دین‌ها - طلبها)، منقول محسوب می‌شود. لذا اگر کسی از دیگری طلب داشته باشد، این دین در حکم منقول است، حتی اگر ناشی از غیر منقول باشد، یعنی اگر خانهای به او فروخته و مبلغ بیست میلیون تومان طلبکار است، این دین، در حکم منقول است یا اگر موجر برای مطالبه اجاره، دعوی مطرح کند، منقول است و باید در دادگاه محل اقامت مدعی علیه (خواننده) اقامه شود.

بند سوم: انواع اموال منقول

الف): منقول ذاتی

گفته شد مال منقول، هر شیء مادی خارجی است که قابلیت نقل و انتقال را از محلی به محل دیگر داشته باشد، خواه به خودی خود بتواند حرکت کند، (مانند حیوانات یا ربات) و خواه با نیروی خارجی، (مثل کتاب) مطابق ماده «۱۹» قانون مدنی: «اشیایی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد آید، منقول است.»

۱- اموال

گاه اموال منقول به طور موقت و با عمل انسان، به نحو تصنعی، صفت غیر منقول را می گیرند، مثل آجری که در بنا به کار رفته است، که در این صورت، مادامی که در بنا بکار رفته، غیر منقولند. مطابق ماده «۲۲» قانون مدنی: «مصالح بنائی از قبیل سنگ و آجر و غیره، که برای بنائی تهیه شده یا به واسطه خرابی از بنا جدا شده باشد، مادامی که در بنا به کار نرفته، داخل منقول است.»

نکته قابل ذکر اینکه، اگر قانونگذار بنا به مصالحی، توقیف اموال منقولی را در حکم غیر منقول نمود؛ این امر، اموال منقول را تبدیل به غیر منقول نمی کند، چنانکه ماده «۲۱» قانون مدنی مقرر می دارد: «انواع کشتی های کوچک و بزرگ و قایق ها و آسیاها و حمامهایی که در روی رودخانه و دریاها ساخته می شود و می توان آنها را حرکت داد و کلیه کارخانه هایی که نظر به طرز ساختمان، جزو بنای عمارتی نباشد، داخل در منقولات است، ولی توقیف بعضی اشیاء مزبوره، ممکن است نظر به اهمیت آنها موافق ترتیبات خاصه به عمل آید.» این اموال، ذاتاً منقول هستند، ولی توقیف برخی از آنها نظر به اهمیتی که دارند ممکن است ترتیبات خاصی را لازم داشته باشد، (مثل کشتی ها که ممکن است دولت به خاطر تجارت دریایی، توقیف آنها را تابع شرایط خاصی قرار دهد.)

قانون دریایی (مصوب ۱۳۴۳) ضمن تصریح به منقول بودن کشتی از جهت اهمیت موضوع، ترتیبات و قواعد مخصوصی در مورد تابعیت، ثبت معاملات مربوط به کشتی و وضعیت فروش آن در پرداخت دیون مالک، مقرر نموده است. همچنین مطابق ماده «۲۴» قانون مزبور: «ثبت کلیه انتقالات و معاملات و اقاله راجع به عین کشتی و همچنین منافع آن، اجباری است.»^۱

۱- قانون دریایی ایران (مصوب ۱۳۴۳/۶/۲۹ کمیسیون مشترک مجلسین) با اصلاحات بعدی، منتشر شده در روزنامه رسمی شماره ۵۸۷۶ مورخ ۱۳۴۴/۲/۶ صفحه ۴۳۳۳، مجموعه قوانین سال ۱۳۴۳

۲- اسناد در وجه حامل

مطابق ماده «۱۲۸۴» قانون مدنی: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع، قابل استناد باشد» طبق این تعریف، «سند» تنها وسیله اثبات حق است و خود، ذاتاً مالیت ندارد، بلکه با آن می‌توان دادگاه را متقاعد کرد که شخصی را محکوم به پرداخت وجهی نماید؛ بنابراین، نمی‌توان اسناد را، «مال»، محسوب کرد.

ولی امروزه با پیشرفت جامعه، اسنادی وجود دارند که خود به خود، مالیت دارند، که نمونه بارز آن، اسکناس است که امروزه دارای ارزش اعتباری است. «ارزش اعتباری»، یعنی ارزشی که دولت و حکومت ایجاد می‌کند؛ در مقابل آن، «ارزش واقعی» است. (در سابق سکه‌های طلا و نقره مثل درهم و دینار دارای ارزش واقعی بودند). ارزش واقعی یک برگ اسکناس، بسیار کم است، ولی دولت، به آن ارزش اعتباری می‌بخشد.

امروزه چک‌های تضمینی، سهام شرکت‌ها، بروات و... به نحوی‌اند که گویا متصرف آن، دارای یک «حق مالی» است؛ در حالی که برگه آن، ارزش چندانی ندارد. این اسناد به عنوان «مال» مبادله می‌شوند و نظر به اینکه دلیل وجود «حق مالی» است که به متصرف آن برگه تعلق دارد و قابلیت داد و ستد را دارد، پس می‌توان، آنها را از اشیاء مادی منقول شمرد.^۱

ب): منقول حکمی

هر «دین» یا «طلبی» که نسبت به اشیاء منقول یا غیر منقول باشد، در «حکم منقول» است. قانون مدنی در ماده «۲۰» مقرر می‌دارد: «کلیه دیون، از قبیل قرض و ثمن مبیع و مال الاجاره عین مستأجره از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است، و لو اینکه مبیع یا عین مستأجره از اموال غیر منقول باشد» لذا، هر دینی، صرف نظر از اینکه منشأ آن منقول بوده (مثل اجاره ماشین) یا غیر منقول (مثل اجاره آپارتمان)، در حکم منقولند و از لحاظ صلاحیت، باید در محل اقامت مدعی علیه (یعنی کسی که ادعا بر علیه اوست) اقامه شود که به این مورد، «منقول حکمی» گفته می‌شود.

ج): منقول تبعی (حقوق و دعاوی)

از ماده «۱۸» قانون مدنی، می‌توان استنباط کرد که کلیه حقوق عینی و دعاوی راجع به اموال منقول، به تبع مال منقول، «منقول» است، (از قبیل حق انتفاع از اموال منقول). دعاوی راجع به اموال منقول اعم از اینکه موضوع آن اثبات مالکیت یا حق عینی دیگر و خواه مطالبه و استرداد

۱- برخی گفته‌اند اسکناس و ارز و اوراق در وجه حامل و سهام بی‌نام شرکت‌ها، بروات، سفته‌ها و چک‌های در وجه حامل، نماینده ارزش اعتباری هستند که جامعه برای آنها قایل است. این ارزش اعتباری که متعلق به دارنده اینگونه اسناد است، آنها را در حکم منقول قرار می‌دهد، لذا اسناد در وجه حامل، اشیاء مادی منقول شمرده نمی‌شود (داراب پور، حقوق اموال و مالکیت، ص ۵۲).

آن باشد، همچنین حق وثیقه بر اموال منقول و دینی که موضوع آن غیر منقول باشد، با اینکه موضوع تعهد، مال «غیر منقول» است، ولی از آنجا که عنوان دین و تعهد دارد، «مال منقول» محسوب می‌شود. توضیح اینکه، «مال الاجاره» غیر منقول که ناشی از قرارداد اجاره است «منقول» به شمار می‌آید، لیکن «اجرت المثل» مال غیر منقول که بدون قرارداد بر عهده متصرف یا غاصب قرار می‌گیرد، «غیر منقول» محسوب می‌شود.^۱

د: منقول قراردادی (منقول از پیش)^۲

مفهوم اموال «منقول از پیش» توسط «دکترین فرانسه» مطرح شد،^۳ ولی در «حقوق ایران» توسعه چندانی نیافته است و مراد از آن، این است که به طور ارادی به اموال غیر منقول، وصف منقول داده شود؛ مثال سستی آن میوه‌هایی است که فعلاً بر روی درخت است، لیکن توافق طرفین بر انتقال آنهاست؛ این میوه‌ها با توجه به اینکه هنوز از درخت جدا نشده، اصولاً وصف غیر منقول دارد، لیکن با توجه به اصل حاکمیت اراده، بنای طرفین بر منقول بودن آن است؛ بنابراین، ورود این دسته از اموال غیر منقول به منقول، بر اساس اراده طرفین است. نکته مهم در این مسأله، این است که این توافق تنها نسبت به طرفین قرارداد قابل اجراست، و نسبت به اشخاص ثالث، بلااثر است.

بند چهارم: موارد مشتبه

در برخی از حقوق و دعاوی، شناخت ماهیت آن (منقول یا غیر منقول بودن) مشکل است که از آن جمله، «حق شریکان» و «حقوق مالکیت ادبی و هنری و معنوی» و «حق سرقفلی» است که در ادامه به بررسی آنها می‌پردازیم.

الف: حق و سهام شریکان در شرکت

در شرکت، هر یک از شرکاء، مالی به عنوان «سهم الشرکه» می‌آورند، مثلاً یکی ممکن است مغازه و دیگری اتومبیلی را به عنوان سهم الشرکه بیاورد؛ در این حالت، آیا باید سهم شریک اول را «غیر منقول» و سهم شریک دوم را «منقول» دانست؟ برای پاسخ، باید در مورد شرکت‌ها، تفکیکی صورت گیرد، گاه شرکت بر اساس «قانون

۱- مطابق رأی وحدت رویه شماره ۳۱ مورخ ۶۳/۹/۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «با عنایت به تعاریفی که از اموال غیر منقول و اموال منقوله در مواد ۱۲ الی ۲۲ قانون مدنی به عمل آمده، از ماده «۲۰» آن چنین استنباط می‌شود که قانونگذار بین دعوی مطالبه وجوه مربوط به غیر منقول ناشی از عقود قراردادهای و دعوی مطالبه وجوه مربوط به غیر منقول و نیز اجرت المثل آن، در غیر مورد عقود و قراردادهای، قائل به تفصیل شده و دعاوی قسم اول را منطوقاً از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول و دعاوی قسم دوم را مفهوماً از دعاوی راجع به غیر منقول دانسته است که نتیجتاً دعاوی اخیرالذکر تحت شمول حکم ماده «۲۳» قانون آیین دادرسی مدنی قرار می‌گیرد.

2- Meuble par anticipation

3- Frejavill.M, Des meubles par anticipation, these, paris, 1927 cite par

مدنی» تشکیل می‌شود که به آن «شرکت مدنی» گویند، که در این حالت «شخصیت حقوقی» تشکیل نمی‌شود؛ و حق شریک، تابع آن مالی است که آورده است، پس اگر ساختمانی به عنوان سهم الشرکه آورده است حق، غیرمنقول و اگر اتومبیلی آورده، حق، «منقول» است.

اما برخی از شرکت‌ها، مثل شرکت‌های تجاری به محض تشکیل، دارای «شخصیت حقوقی» می‌شوند و خود، دارایی مستقل از دارایی شرکاء پیدا می‌کند؛ یعنی اموال وارد دارایی شرکت می‌شود و کلیه اموال شرکاء به عنوان سهم الشرکه، جزو دارایی شرکت می‌شود در این حالت، همه اموال به این شخصیت، تعلق دارد و از ملکیت شرکاء خارج می‌شود، مگر اینکه شرکت منحل گردد که در این صورت هر شریکی نسبت به سهم خود در اموال شرکت ونه مالی که آورده است حق دارد. بنابراین صرفنظر از اینکه شرکاء، چه مالی را به عنوان سهم الشرکه به شرکت تقدیم کنند (منقول یا غیر منقول)، تنها حقی که شرکاء نسبت به شرکت دارند، حق بردن سود از شرکت است که این حق را می‌توان به تبعیت از موضوع آن، «منقول» شمرد.

بنابراین، تمام اوراق بهادار صادره از شرکت‌های خصوصی و دولتی را باید «منقول» دانست.

ب): حق کسب و پیشه

چنانکه توضیح داده شد، هرگاه یک تاجر با فعالیت خوب و با صداقت و امانت عمل نماید و با ارائه کالای با کیفیت، باعث شهرت و معروفیت ملکی گردد و موجب شود تا مشتریان زیادی برای خرید کالا به آن مکان مراجعه نمایند، آن مکان، دارای ارزشی می‌شود که به آن «حق کسب و پیشه» اطلاق می‌شود.^۱

حال سوال این است که این حق، در حکم منقول است یا غیر منقول؟ طبق یک نظر با توجه به اصل کلی برای شناخت منقول یا غیر منقول بودن حق، باید به موضوع آن مراجعه کرد و موضوع این حق نیز، «ملک» است، بنابراین «حق غیر منقول» است.^۲ از طرف دیگر شاید بتوان گفت: آنچه موجب معروفیت و شهرت ملک شده، تلاش

۱- با توجه به فتوای امام (ره) که گرفتن حق کسب و پیشه را غیر شرعی اعلام نمودند، در قانون روابط موجر و مستاجر در سال «۱۳۷۶» حق کسب و پیشه معتبر دانسته نشد و اکنون نیز قضات در مورد اجاره‌های بعد از سال ۱۳۷۶ حکم به حق کسب و پیشه نمی‌دهند ولی اجاره نامه‌هایی که قبل از سال «۱۳۷۶» باشد را به علت وجود حق مکتسب، حکم به حق کسب و پیشه می‌دهند. الان در جامعه چیزی به عنوان «حق سرقفلی» مطرح است و آن پولی است که مالک از مستاجر می‌گیرد تا او را در اولویت قرار داده و ملک را به او واگذار نماید و از طرفی مالک برای اجازه استفاده تجاری از ملک، مبلغ هنگفتی به شهرداری داده و مبلغ ناچیز اجاره ملک، برای او صرفه ندارد، لذا مبلغی را به عنوان سرقفلی در ابتدای اجاره می‌گیرد و هرگاه مستاجر بخواهد ملک را تخلیه نماید، مالک می‌باید سرقفلی را به نرخ روز به او بدهد، این حق را اصطلاحاً «حق سرقفلی» گویند.

۲- داراب پور، حقوق اموال و مالکیت، ص ۴۹

شخص تاجر بوده و خود ملک به تنهایی این ارزش را نداشته است؛ لذا، این حق، مربوط به حق بر مشتریان دائم و کار و فعالیت انسان است و عمل انسان را نمی‌توان غیر منقول شمرد، بنابراین در زمره «حقوق معنوی» قرار گرفته و مثل قسمت قبل، باید آن را «منقول» شمرد.

در زمینه حق کسب و پیشه یا تجارت بر اساس قانون روابط موجر و مستأجر (مصوب ۱۳۵۶)، حقی است که به تبع اجاره به مستأجر تعلق می‌گیرد و عنصر عمده آن، وضعیت و موقعیت ملک و شرایط اجاره و مالکیت مستأجر بر منافع است، هر چند که کار و فعالیت و حسن شهرت مستأجر نیز از عناصر آن به شمار می‌آید، لذا می‌توان گفت حق مزبور در شمار اموال غیر منقول و در «حکم غیر منقول» است.^۱

اما «حق سرقفلی» به مفهوم قانون روابط موجر و مستأجر (مصوب ۱۳۷۶) که در واقع، نوعی «حق تصرف» یا «حق تقدم در انتفاع» است که مالک آن را به مستأجر واگذار می‌کند، یامستأجر با شرایطی به مستأجر بعدی انتقال می‌دهد و بیشتر مربوط به ملک و در حقیقت از آثار مالکیت عین یا منافع است، نه ثمره کار و فعالیت و حسن شهرت مستأجر، در «حکم غیر منقول» است.^۲ هر چند برخی، عقیده به «منقول» بودن آن دارند.

بند پنجم: آثار و فواید تقسیم

تشخیص مال منقول و غیر منقول، در تعیین رژیم حقوقی بر آن دو مال موثر است. آثار عملی مهمی بر این تقسیم بار می‌شود که به آنها اشاره می‌شود:

الف: روش‌های مختلف تملک در اموال منقول و غیر منقول

در فقه و حقوق، «ذو الید» کسی است که مال را در اختیار دارد و هرگونه تصرفی که بخواهد، می‌تواند در آن داشته باشد، با این توضیح، سلطه و اقتدار شخص بر شیء، به «ید» اطلاق می‌شود.^۳

نظر معتبر این است که در اموال منقول، چون غالباً مردمی که سیطره و استیلا بر اشیاء دارند، مالک یا در حکم مالکند، پس باید در موارد تردید، به موارد «غالب» رجوع کنیم و آنها را نیز مالک یا در حکم مالک بدانیم.^۴ ماده «۳۵» قانون مدنی مقرر داشته است: «تصرف به عنوان

۱- نقل از صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج اول، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۳۹.

۲- جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ص ۷۴.

۳- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، تهران، نشر اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ص ۷۶.

۴- بعضی مانند «مرحوم محقق اصفهانی» در «رساله ید» گفته‌اند: ان ملاک الحجیه و هی غلبه الایدی المالکیه فی مقابل (یعنی ملاک حجیت ید، بنا به عقیده ما همان غلبه ایادی مالکی در برابر غیرمالکی است). بنابراین، ایشان نحوه کاشفیت ید را غلبه ایادی مالکی می‌دانند. لیکن، دسته دیگری چون آیه الله العظمی «ناصر مکارم شیرازی»، به نظریه مرحوم «شیخ محمدحسین اصفهانی» ایراد می‌گیرند و می‌گویند: «کاشفیت ید از مالکیت صاحب... یقتضیها طبعها الاولی، آن امری است که اقتضاء طبیعت اولیه آن است. اما مبنای طبع اولیه این است که اگر انسان‌ها و زندگی بشر اولیه را تصور نماییم، می‌توانیم احتمال دهیم که آن انسان‌ها مثل بشر امروزی، ذهنیت مالکیت

مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود». در این معنا، تصرف، عبارت از تسلط و اقتداری است «عرفی» که انسان در مقام اعمال حق خود بر مال دارد. به نحوی که عرف، متصرف را با عنوان صاحب حق و مالک بر مال بدانند.^۱ بنابراین قانونگذار در شرایط خاصی در اموال منقول، متصرف مال منقول را «مالک» می‌داند؛ اما با تصویب قانون ثبت اسناد و املاک (مصوب ۱۳۱۰)، و با توجه به مواد «۲۲» و «۱۴۷» اصلاحی آن، اعتبار «اماریت»^۲ ید، در خصوص «اموال غیر منقول» تا حدودی کاهش یافت. چنانکه بر اساس قسمت اول ماده «۲۲» قانون ثبت اسناد و املاک، در ملکی که مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت تنها کسی را که ملک به اسم او ثبت شده، مالک خواهد شناخت. همچنین به لحاظ اهمیت اموال غیر منقول و جلوگیری از اختلافات ملکی، مقرر گردید، کلیه اراضی و املاک، باید دارای «سند رسمی»^۳ باشند و بر این اساس، نقل و انتقال اینگونه اموال نیز باید به صورت «رسمی» صورت گیرد و حتی مطابق مقررات قانون ثبت (مواد ۲۲ و ۴۶)، تا زمانی که انتقال رسمی صورت نگیرد، همه ادارات و محاکم باید صاحب سند رسمی را مالک بدانند.^۴

بر این اساس در خصوص اثبات مالکیت نیز بین اموال منقول و غیر منقول تفاوت وجود دارد؛ در مورد اموال منقول، متصرف به نحو قانونی، مالک تلقی می‌شود، مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد، اما در مورد اموال غیر منقول، اصولاً کسی که سند رسمی به نام اوست، صاحب مال شناخته می‌شود، مگر اینکه خلاف آن اثبات گردد.

نداشته‌اند. با وجود این، خوراک و اشیاء مورد نیاز خود را همواره در دسترس نداشته تا که هر وقت اراده کنند، از آن استفاده نمایند. بنابراین، آن انسان‌ها نیز به قدر نیاز، اشیاء مورد احتیاج خود را حیزات و حفاظت می‌کردند، به عنوان مثال، اگر سببی داشتند و دیگری می‌خواست آن را بگیرد، مانع می‌شدند البته به مرور ایام می‌بینیم که مشخصه مالکیت، به تدریج از وضع ید و تصرفات فیزیکی و ابتدایی خارج می‌شود و ممکن است شخصی در یک سوی دنیا خانه‌ای داشته باشد و خودش در طرف دیگر جهان، ساکن باشد و بدون این که ملک در ید او باشد، به طور قراردادی و قانونی، مالک آن است. در هر حال چون منشاء مالکیت با دست بوده است، همواره آدمیان آثار مالکیت را بر «ید» مترتب نموده‌اند. با تأمل در این دو نظریه، به نظر می‌رسد نظر اول با حقوق امروز تطابق بیشتری دارد. (محقق اصفهانی، رساله قاعده ید، به نقل از آیه الله العظمی ناصر مکارم شیرازی، همان، صص ۲۹۸).

۱- نقل از طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، ص ۲۰۵.

۲- مطابق ماده «۱۳۲۱» قانون مدنی: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی، دلیل برامری شناخته می‌شود».

۳- ماده «۱۲۸۷» قانون مدنی، سند رسمی را چنین تعریف کرده است: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد، رسمی است».

۴- مطابق ماده «۲۲» قانون ثبت اسناد و املاک: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر اسناد به ثبت رسید، دولت فقط کسی را مالک می‌شناسد که این ملک به نام او ثبت شده است.» مواد «۴۶» و «۴۷» قانون ثبت مقرر داشته است: «ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل: ۱- کلیه عقود معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد ۲- کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است. در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند، ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱- کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیر منقول که در دفتر املاک ثبت نشده. ۲- صلح نامه و هبه نامه و شرکت نامه.»

ب): توقیف اموال منقول و غیر منقول

۱- اصول مربوط به توقیف اموال منقول

با توجه به اینکه تصرف مال منقول، دلیل مالک بودن است، اگر محکوم علیه، مالی را در اختیار داشت، اصل بر این است که مال خود اوست و لذا اموالی که در تصرف غیر محکوم علیه است، اصل بر این است که به محکوم علیه، تعلق ندارد و نمی‌توان آن را توقیف کرد، مگر اینکه متصرف، محکوم علیه را مالک معرفی کند. در اموال منقول، اصولاً توقیف اموال منقول در محل سکونت یا محل کار محکوم علیه انجام می‌شود؛ وقتی محل سکونت و محل کار محکوم علیه مشخص باشد، اصل بر این است که وسایل و اثاثیه و اموال موجود در آن مکان متعلق به محکوم علیه است، زیرا عرف و عادت بر این است که اموال خود را نگهداری می‌کنند.

البته اموال منقول محکوم علیه در هر محلی و در تصرف هر کس، قابل بازداشت است، مشروط بر اینکه قرائن کافی بر احراز مالکیت او باشد.

۲- توقیف اموال غیر منقول

توقیف اموال غیر منقول، کاملاً با اموال منقول متفاوت است و با یک سلسله اقدامات ثبتی، توقیف صورت می‌گیرد. واحد اجرا برای توقیف مال غیر منقول، مشخصات ملک را از جمله، پلاک ثبتی و دیگر خصوصیات به طرفین و به اداره ثبت محل اعلام می‌نماید.

در مورد ملک ثبت شده به نام محکوم علیه، اداره ثبت پس از اعلام توقیف ملک از جانب واحد اجرا، مراتب را در دفتر املاک قید نموده و به قسمت اجرا اعلام می‌کند. با این اقدام، ملک را از هر نقل و انتقالی مصون می‌کند. ممکن است برای ملک، سند مالکیت صادر نشده باشد و پرونده ثبتی در جریان مواعد و مهلت‌های قانونی باشد، در این صورت توقیف ملک، در دفتر املاک بازداشتی و در پرونده ثبتی قید می‌گردد و ملک نمی‌تواند در معرض نقل و انتقال قرار گیرد.

در برخی نقاط کشور ممکن است املاک اشخاصی، جریان ثبت را سپری کرده باشد یا در مواردی، افراد به آبادی زمین پرداخته، ولی هنوز تقاضای ثبت نکرده باشند، بنابراین در اداره ثبت هم از این گونه املاک، سابقه‌ای نیست که با یکی از دو شرط قابل بازداشت است، شرط اول؛ محکوم علیه در آن، تصرفات مالکانه داشته باشد، شرط دوم؛ محکوم علیه به موجب حکم نهایی مالک شناخته شود.

ارزیابی مال غیر منقول هم مانند اموال منقول است، ولی حفاظت از آن ساده تر از مال منقول است، مال غیر منقول بعد از توقیف، موقت به مالک یا متصرف ملک تحویل داده می‌شود

و او موظف است، ملک را همانطور که تحویل گرفته، تحویل دهد.
در مورد توقیف عواید موجود در مال غیر منقول، «امین» تعیین می‌شود و امین، همان «حافظ» است که در مورد اموال منقول معین می‌شود.
همچنین «قیم» حق ندارد برای هزینه‌های خود یا امر دیگری، اموال غیر منقول مولی علیه (کسی که بر او ولایت دارد) مثل صغیر را بفروشد، مگر با اجازه دادستان (ماده ۱۲۴۱ قانون مدنی).

ج: تملک خارجی

به لحاظ مصالح سیاسی، طبق قانون مدنی و سایر قوانین عادی^۱، خارجی‌ان نمی‌توانند در «ایران» آزادانه اموال غیر منقول، مثل خانه یا زمین را تملک کنند، در حالی که چنین محدودیتی در خصوص اموال منقول وجود ندارد؛ البته استثنائاً طبق آیین نامه «استملاک اتباع بیگانه» (مصوب ۱۳۲۸)، خارجیانی که در ایران، اقامت دائمی داشته باشند، می‌توانند برای «سکونت»، «شغل» و «صنعت»، اموال غیر منقول را تملک نمایند؛ مشروط به «رابطه متقابل»، یعنی اینکه در کشور متبوع بیگانه نیز، «ایرانیان» حق استملاک داشته و بتوانند لااقل همان مقدار ملک را عملاً مالک شوند، البته ممکن است به صورت استثنایی، هیأت دولت به افرادی که به صورت منظم در سنوات متعدد و متوالی، مسافرت‌های فصلی داشته باشند، اجازه خرید مال غیر منقول برای سکونت شخصی با رعایت تناسب‌های لازم را صادر نماید^۲؛ همچنین اگر معاهده دیگری نیز بین ایران و کشوری برقرار شود، ممکن است بر اساس آن، تملک صورت گیرد؛ اما به طور کلی، بیگانگان، حق تملک املاک را در ایران، ندارند.^۳

د: در حق شفعه

«حق شفعه» (به ضم شین و سکون فاء)، حقی برای شریک ملک مشاع است که می‌تواند در صورتی که شریک وی، سهم خود را بفروشد، با دادن وجه به خریدار آن، سهم را مالک شود، اعم از اینکه خریدار راضی باشد یا خیر؛ این حق، تنها در مورد اموال غیر منقول، یعنی خانه، زمین و معدن و.. ممکن است و در مورد اموال منقول، ممکن نیست.^۴

۱- ماده «۸» قانون مدنی مقرر می‌دارد: اموال غیر منقوله که اتباع خارجه در ایران بر طبق عهود تملک کرده یا می‌کنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود»

۲- جهت اطلاع بیشتر رک: سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۷، ص ۳۱۷

۳- ماده «۶» قرارداد اقامت بین دولت ایران و آلمان در این خصوص مقرر می‌دارد: «اتباع هر یک از طرفین متعاهدین، حق دارند با متابعت از قوانین و نظامات جاریه، در خاک طرف متعاهد دیگر هر قسم حقوق و اموال منقول را تحصیل و تصرف و نقل و انتقال نموده و یا به معرض فروش بگذارند، راجع به حقوق و اموال غیر منقوله موافقت شد که اتباع آلمان در خاک ایران مجاز نیستند اموال غیر منقوله، غیر از آنچه برای سکونت و شغل و یا صنعت آنها لازم است، تحصیل یا تصرف یا تملک نمایند».

۴- مطابق ماده «۸۰۸» قانون مدنی: «هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی، بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه خود را به

ه): در صلاحیت

مراجع قضایی در دادگستری، تنها به دعاوی رسیدگی می‌کنند که در صلاحیت آنان باشد، اصولاً دادگاه محل اقامت «خوانده»، صلاحیت رسیدگی به دعوی را دارد، اما در مورد اموال غیر منقول، مثل زمین، اگر اختلافی در مورد مالکیت یا حقوق مربوط به آن رخ دهد، دادگاه محل وقوع مال «غیر منقول» صلاحیت رسیدگی به آن را دارد، حتی اگر طرفین اختلاف، در جای دیگری ساکن باشند؛ این امر به این دلیل است که اگر قاضی یا کارشناس یا نیروی انتظامی بخواهند در محل مال غیر منقول، حاضر شوند به سهولت بتوانند حضور یابند، یا استعلامات، سریعتر انجام شود.^۱

و): دعاوی تصرف عدوانی، ممانعت از حق و مزاحمت

هرگاه کسی، ملکی را صرفاً در تصرف داشته باشد (خواه واقعاً مالک باشد یا خیر) و سپس به هر دلیلی، شخص دیگری، آن ملک را از تصرف شخص اول خارج نماید؛ قانونگذار به متصرف اول، حق داده تا با مراجعه به دادگستری و بدون نیاز به اثبات مالکیت خود، شخص دوم را صرفاً بر اساس «تصرف» سابق خود، اخراج نماید که ممکن است از طریق دادخواست رفع مزاحمت یا رفع تصرف عدوانی باشد.^۲ مطابق ماده «۱۶۱» قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب «۱۳۷۹»: «در دعاوی تصرف عدوانی، ممانعت از حق و مزاحمت، خواهان باید ثابت نماید که موضوع دعوا حسب مورد، قبل از خارج شدن ملک از تصرف وی و یا قبل از ممانعت و یا مزاحمت، در تصرف و یا مورد استفاده او بوده و بدون رضایت او و یا به غیر وسیله قانونی از تصرف وی خارج شده است.» بدین ترتیب، «دعای مالکیت» ممکن است در مورد اموال منقول یا غیر منقول اقامه شود، در حالیکه «دعای تصرف عدوانی»، «ممانعت از حق» و «مزاحمت»، مختص اموال غیر منقول است. این حمایت از متصرف مال غیر منقول، به دلیل حمایت قانونگذار از «نظم عمومی» است.

قصود بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبعه را تملک کند. این حق را، حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند.»

۱- مطابق ماده «۲۳» قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹): «دعای مربوط به اموال غیر منقول، اعم از دعای مالکیت، مزاحمت، ممانعت از حق، تصرف عدوانی و سایر حقوق راجع به آن در دادگاهی اقامه می‌شود که مال غیر منقول در حوزه آن واقع است، اگر چه خوانده در آن حوزه مقیم نباشد.»

۲- ممکن است فرد اول غاصب بوده و واقعاً شخص دوم مالک باشد؟! در پاسخ باید گفت: قانونگذار ابتدائاً از شخص دوم، رفع تصرف می‌کند و سپس اگر او، ادعای مالکیت داشته باشد حق دارد با طرح دعوی اثبات مالکیت و در صورت صدور حکم بر مالکیت، ملک خود را در اختیار گیرد. ممکن است سوال شود، چرا از همان ابتدا به مالکیت ایشان توجه نشود تا هر کس که مالک بود را بر زمین مستقر سازند؟ در پاسخ باید گفت: این مقررات به خاطر ارزش تصرف در اموال غیر منقول تنظیم شده و مخصوص اموال غیر منقول است.

ز): در تجاری بودن

طبق مقررات «قانون تجارت»، خرید و فروش اموال غیر منقول به هیچ وجه، «تجارتی» نیستند، زیرا خرید و فروش این گونه اموال با سرعت در معاملات تناسب ندارد؛ بنابراین مشمول مقررات قانون تجارت مصوب سال «۱۳۱۱» نمی‌باشند و تنها خرید و فروش اموال منقول، تجاری محسوب می‌شوند؛ مطابق ماده «۴» قانون تجارت: «معاملات غیر منقول به هیچ وجه تجارتی محسوب نمی‌شود»؛ در مقابل، خرید و فروش اموال منقول بر اساس بند اول ماده «۲» قانون تجارت، از اعمال تجاری است و کسی که به معاملات اموال غیر منقول می‌پردازد ولو معاملات با اهمیت باشد، «تاجر» محسوب نمی‌شود، مگر اینکه قانون، داد و ستد اموال غیر منقول را در زمینه خاصی تجاری بداند؛ به عنوان مثال، در زمینه ساخت و ساز آپارتمان، از ظاهر «قانون تملک آپارتمان‌ها» بر می‌آید که شرکت‌هایی که به قصد ساخت خانه و آپارتمان و محل کسب، تشکیل می‌شوند، تجارتی هستند. مطابق ماده «۵» قانون تملک آپارتمان‌ها (مصوب ۱۳۴۳): «انواع شرکتهای موضوع ماده «۲۰» قانون تجارت که به قصد ساختمان خانه و آپارتمان و محل کسب، به منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش تشکیل می‌شود، از انجام سایر معاملات بازرگانی غیر مربوط به کارهای ساختمانی ممنوع‌اند.»؛ همچنین، کلیه فعالیت‌های شرکت‌های سهامی عام، حتی اگر مربوط به معاملات غیر منقول باشد، بر خلاف شرکت‌های دیگر، تجاری محسوب می‌شوند، حتی اگر در مورد غیر تجاری، مثل خرید و فروش املاک باشند.

ح): در حق ارتفاق

«حق ارتفاق» مخصوص اموال غیر منقول است. مطابق ماده «۹۳» قانون مدنی: «ارتفاق، حقی است برای شخص، در ملک دیگری». هرگاه دو ملک، مجاور یکدیگر باشند و مالک زمین برای رسیدن به ملک خود، چاره‌ای جز عبور از ملک مجاور نداشته باشد، برای او، این حق وجود دارد که از ملک مجاور عبور کند که این، یکی از مصادیق بارز «حق ارتفاق» می‌باشد؛ البته حق ارتفاق، مصادیق دیگری هم دارد که در مبحث حق ارتفاق توضیح داده خواهد شد.

ط): در ارث زوجه^۱

با اصلاح مواد «۹۴۶» و «۹۴۸» قانون مدنی (مصوب بهمن ۱۳۸۷) و سهم کردن زوجه در قیمت زمین، تحول چشم‌گیری در حقوق «ارث زوجه» از اموال شوهر به وجود آمد. قانون مدنی (مصوب ۱۳۰۷) به پیروی از نظر «فقه‌های امامیه»، زن را از عین و قیمت زمین محروم و تنها مستحق دریافت قیمت ابنیه و اشجار می‌دانست. با اصلاح مواد فوق، زمین نیز مشمول سهم زن از اموال شوهر شد. در عین حال، زن از قیمت اموال غیر منقول بهره‌مند و از عین آن، محروم است. اگرچه در ماده «۹۴۸» اصلاحی نیز کماکان بر حق زن از استیفای از عین اموال غیر منقول، در صورت امتناع سایر ورثه از ادای قیمت تأکید شده است، اما به نظر می‌رسد قانونگذار باید بین زوجه‌ای که از شوهر دارای فرزند است و زوجه بدون فرزند قائل به تفکیک می‌شد و زوجه دارای فرزند از شوهر را مستحق دریافت عین می‌دانست.^۲

۱- ماده «۹۴۷» قانون مدنی قبل از اصلاح سال «۱۳۸۷» بدین نحو بود: «زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث می‌برد و نه از عین آنها». به این ترتیب زن از زمین و بهای آن ارث نمی‌برد و معادل قیمت بنای احدائی در آن یا درختان به اندازه سهم خود شریک بود. البته تا زمانی که این قیمت پرداخت نمی‌شد، زن حق عینی تبعی بر آن اموال داشت و بر سایر طلبکاران مقدم بود، در تاریخ ۱۳۸۷/۱۱/۶، مواد مربوطه اصلاح و ماده «۹۴۷» قانون مدنی حذف گردید و در ماده «۹۴۶» چنین مقرر شد: «زوج از تمام اموال زوجه، ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزندان بودن زوج، یک هشتم از عین اموال منقول و یک هشتم از قیمت اموال غیر منقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد. در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد، سهم زوجه یک چهارم از کلیه اموال می‌باشد».

۲- با نگاهی اجمالی به تاریخ میراث قبل از اسلام و بررسی ادیان الهی (مهرپور، حسین، بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران، تهران، انتشارات اطلاعات ۱۳۷۰، ص ۱۷) و قوانین کشورهای اروپایی تا کمی قبل از یکصد سال اخیر (شایگان، سید علی، حقوق مدنی، قزوین، انتشارات طه، ۱۳۷۵، ص ۲۶۴، و مطهری، مرتضی، مجموعه آثار، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۷۸، ص ۲۱۴) که با زن به عنوان یک کالا و جزئی از ترکه برخورد می‌کردند و هیچگونه استقلال مالی برای زن قائل نبودند، باید به احکام افتخارآمیز اسلام در مورد مسائل مالی زن مباحثات کرد. (مکارم شیرازی، ناصر، برگزیده تفسیر نمونه، ج ۱، تهران، دارالکتب الاسلامی، ۱۳۷۷، ص ۲۷۶). قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۰۷ هـ. ش که مبتنی بر فقه امامیه تنظیم شده است در مواد ۹۴۰ تا ۹۴۹ احکام میراث زوجین را بیان کرده است. در این مواد شرایط، میزان و اموال موضوع ارث زوجه بیان شده است. در آیات قرآن به ویژه آیات ۷، ۱۱، ۱۲، ۱۷۶ سوره مبارکه نساء احکام ارث مانند سایر احکام در اسلام بر علم و حکمت الهی استوار است. و سهم هر یک از وراث بر اساس مصالح واقعی بشر تعیین شده است. برابر مواد «۹۱۳» و «۹۲۷» و «۹۳۸» قانون مدنی، زوجه در صورت وجود اولاد برای میت یک هشتم (ثمن) ترکه و در صورت عدم وجود اولاد برای میت یک چهارم (ربع) ترکه شوهر خود را می‌برد. زوج نیز در صورت وجود اولاد برای میت، ربع ترکه و در صورت عدم وجود اولاد برای میت نصف ترکه زوجه را می‌برد. برابر ماده «۹۴۹» قانون مدنی در صورتی که زوج تنها وارث همسر خود باشد همه ترکه متعلق به اوست اما در صورت انحصار ترکه به زوجه، زن فقط ربع مذکور در ماده «۹۲۷» را می‌برد بقیه ترکه شوهر در حکم مال بلاوارث و تابع مقررات ماده «۸۶۶» یعنی راجع به حاکم است و برابر ماده «۳» قانون تأسیس سازمان جمع‌آوری اموال تملیکی، ارث بلاوارث در اختیار ولی فقیه و حاکم است. (باختر، ۱۳۸۶، ص ۳۸۱) به موجب مواد «۹۴۶» و «۹۴۷» قانون مدنی ایران (مصوب ۱۳۰۷) زن سهم الارث خود را فقط از قیمت ابنیه و اشجار می‌برد و از عین یا قیمت زمین محروم بود. حکم این مواد از بین نظرات مختلفی که در بین فقه‌های امامیه مطرح و منطبق با نظر مشهور است برگزیده و مورد تصویب قرار گرفته است. حکومت این نظر در مجموعه قانون مدنی در هشتاد سال گذشته با اظهار نظر صریح یکی از فقه‌های معاصر (آیه الله خامنه‌ای، سیدعلی، طرح یک فوری اصلاح مواد قانون مدنی، مجلس شورای اسلامی، شماره چاپ ۲۰۰۵، ۱۳۸۶، ص ۳) و به دنبال آن اصلاح مواد «۹۴۶» و «۹۴۸» و حذف ماده «۹۴۷»، پایان پذیرفت. ایده اصلاح مواد مذکور در سال ۱۳۸۲ کلید خورد، اما به دلیل مغایرت با شرع مورد تأیید شورای نگهبان قرار نگرفت پس از بیان دیدگاه رهبر معظم انقلاب اسلامی (دام‌ظله) در دیدار با تعدادی از بانوان، این‌بار در سال «۱۳۸۶» طرحی از طرف تعدادی از نمایندگان ارائه و در سال «۱۳۸۷» از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشت. (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۴، ص ۳۰۲) به موجب مواد اصلاحی جدید زن نیز همانند شوهر از کلیه اموال منقول و غیر منقول شوهر خویش ارث می‌برد با این توضیح که زن از

در فاصله بین تصویب ماده «۹۴۶» قانون مدنی در بهمن ماه سال ۱۳۸۷ تا تصویب تبصره ذیل ماده «۹۴۶» قانون مدنی این سؤال مطرح بود که اجرای مفاد قانون جدید یعنی بهره‌مندی زوجه از قیمت اموال باقیمانده از شوهر متوفای خود در حالات زیر چه حکمی دارد؟^۱ فوت قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون جدید اتفاق افتاده است و ترکه تقسیم شده است.

۲. فوت قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون جدید اتفاق افتاده است ولی ترکه هنوز تقسیم نشده است.

۳. فوت بعد از لازم‌الاجرا شدن قانون جدید اتفاق افتاده است. اگرچه قانونگذار با الحاق یک تبصره به ماده «۹۴۶» قانون مدنی در تاریخ ۲۶ مرداد هشتاد و نه به ابهامات پاسخ داد، لیکن از نظر صاحب نظران هنوز تردیدهایی در مبانی این مصوبه که بر حسب اتفاق با سپری شدن مهلت‌های مقرر اصول «۹۴» و «۹۵» قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و عدم وصول نظر شورای نگهبان به قانونی لازم‌الاجرا تبدیل شد، وجود دارد. با توجه به اصول کلی ذکر شده و وحدت ملاک رأی وحدت رویه مذکور در مورد سرایت یا عدم سرایت بهره‌مندی زن از قیمت زمین به فوت‌های قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون جدید باید نظر منفی داد و یا منتظر رأی وحدت رویه جدید در صورت صدور آرای متناقض ماند که از آن هم نتیجه‌ای غیر از این انتظار نمی‌رود. در پایان پاسخ به این سؤال خالی از لطف نیست که چنانچه زوجه خارجی دارای شوهر ایرانی باشد و شوهر ایرانی بعد از لازم‌الاجرا شدن قانون فوت نماید، زوجه خارجی به استناد ماده «۹۶۷» و حاکمیت قانون متبوع متوفی یعنی قانون ایران از کلیه اموال منقول و قیمت اموال غیر منقول بهره‌مند می‌شود.^۱

عین اموال منقول و قیمت اموال غیر منقول بهره‌مند می‌گردد. توسعه این نظر به ارث بردن زوجه دارای فرزند از شوهر از عین اموال غیر منقول زوج نیز مورد انتظار بود. اما این نظر مورد توجه قانونگذار قرار نگرفت. استدلال اصلی پیروان مشهور این است که اگر چه از ظاهر قرآن (آیه ۱۲ سوره مبارکه نساء) بهره‌مندی زوجه از تمام ما ترک استنباط می‌شود لیکن ظاهر قرآن با روایات وارده تخصیص خورده و به عمومیت قرآن گرچه در ظاهر باقی است، نمی‌توان استناد کرد. (انصاری، مرتضی، مکاسب، ۱۳۷۵، ص ۴۰۲. فخرالمحققین، حلی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، ج ۴، قم، المطبعه العلمیه، ۱۳۸۷، ص ۲۴۰. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۳۹، تهران، دارالکتب، ۱۳۶۸، ص ۲۱۱) به نظر می‌رسد که زن نیز همانند شوهر از جمیع ماترک زوج ارث می‌برد و در این امر فرقی بین زنی که از شوهر خود صاحب فرزند باشد که برخی از بزرگان به آن نظر داده‌اند (محقق حلی، ۱۴۱۹ هـ.ق، ص ۳۲۹، خامنه‌ای، ۱۳۸۶، ص ۳؛ المطهر الحلی، ۱۳۸۹ هـ.ق، ص ۲۴۱) و زنی که از شوهر خود صاحب فرزند نیست، نمی‌باشد. این نظر نیز از عموم آیه مستفاد است. با توجه به تعارض موجود در روایات و ضرورت تقدم روایات موافق با کتاب، در مقام ترجیح ابتدا موافقت با کتاب مقدم داشته می‌شود و پس از آن به مخالفت با عامه توجه می‌شود. (قبله‌ای، خلیل، ارث، تهران، سمت، ۱۳۸۱، ص ۱۷۸) مرحوم «سید مرتضی علم‌الهدی» در کتاب «الانتصار» پس از طرح نظر «امامیه» مبنی بر عدم بهره‌مندی زن از منزل مسکونی متوفی و حتی قیمت زمین و فقط استحقاق دریافت قیمت ساختمان و ادوات آن، نظر خود را بیان می‌کند که زوجه تنها از عین خانه محروم است ولی قیمت خانه باید برای وی مورد محاسبه قرار گیرد و به همان استدلالی که در مورد «جبه» کرده است، استناد می‌کند. (علم‌الهدی، سیدمرتضی، ابی‌القاسم علی‌بن‌الحسین، الانتصار، نجف، منشورات المطبعه الحیدریه ۱۳۹۱ ق، ص ۳۰۱؛ مهرپور، همان)

۱- به موجب این قانون زوجه که تاکنون از عرصه اموال غیر منقول بی‌بهره بود، از قیمت زمین هم بهره‌مند گشت. این تحول نتیجه فقه پویای امامیه است که با استفاده از مبانی، همراه با پای بندی به اصول و با استفاده از اطلاق آیه ۱۲ سوره مبارکه نساء و حمل روایات بر محرومیت زوجه از عین اموال غیر منقول، زوجه را مستحق دریافت قیمت اموال غیر منقول می‌داند. با توجه به نظریات مختلفی که در

گفتار چهارم: مثلی^۱ و قیمی^۲

بند اول: تعریف

کلمه «مثلی» منسوب به «مثل»، یعنی شبیه و نظیر است، و کلمه «قیمی»، منسوب به «قیمت» است (در عربی با اتصال یای نسبت، تاء از آن حذف می‌شود). در تعریف مثلی و قیمی تعاریف زیادی وجود دارد، اما مطابق ماده «۹۵۰» قانون مدنی: «مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از، مالی است که اشباه (جمع شبیه) و نظایر (جمع نظیر) آن نوعاً زیاد و شایع باشد، مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آن است، معذالک تشخیص این معنی با عرف می‌باشد». بنابراین، هرگاه دو چیز از حیث قیمت و اوصاف و اعراض^۳، مانند هم باشند به گونه‌ای که در مقام اجرای تعهد (به عنوان مثال تعهد به تسلیم ۱۰۰ کیلو برنج) هر یک را بتوان به جای دیگر به طلبکار تسلیم کرد، آن دو مال، «مثلی» هستند.^۴ در «حقوق فرانسه» گفته می‌شود هرگاه مالی بر اساس وصف و کیفیت بتواند جایگزین مال دیگری شود، آن مال، «مثلی» است و آلا «قیمی» می‌باشد.^۵

نکته قابل ذکر اینکه، آن اوصافی باید مثل هم باشند که عامل اصلی رغبت مردم باشند و لازم نیست تمامی اوصاف، مثل هم باشند، به عنوان مثال اسکناس هزار تومانی کهنه و نو، «مثلی» هستند، زیرا به لحاظ ارزش، یکی هستند، اگرچه به لحاظ کهنه و نو بودن، مثل هم نیستند، ولی سکه بهار آزادی طرح جدید و قدیم، مثلی نیستند، چون به لحاظ ارزش، یکسان نیستند.

فقه امامیه در موضوع مورد بحث یعنی بهره‌مندی یا عدم بهره‌مندی زوجه از اموال غیر منقول (عین یا قیمت) مطرح است، قانونگذار به بهره‌مندی زوجه از قیمت اموال غیر منقول تمایل پیدا کرده است. بهره‌مندی زوجه دارای فرزند از عین اموال غیر منقول نیز اگرچه در حکم قانون نیامده است با مبانی ذکر شده سازگارتر است. (نقل از: صادقی مقدم، محمد حسن، تحول ارث زوجه، دو فصلنامه علمی پژوهشی دانش حقوق مدنی، دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۱، شماره دوم)

1- Fongible
2- Non fongible

۳- در فلسفه در خصوص بیان ویژگی‌های ماده در یک تقسیم‌بندی به «جوهر» و «عرض» اشاره می‌شود. منظور از جوهر، ذات و ماهیت شیئی‌ای است، مثل عنصر وجودی شیئی که عبارتست از مایع بودن یا جامد بودن یا گاز بودن و منظور از «عرض»، صورت ظاهری است که قابلیت رؤیت و مشاهده را دارد، مثل ابعاد و رنگ و شکل و صورت یک کتاب. مثلاً جسمی سرخ رنگ را تصور کنیم. دو چیز را از آن درک می‌کنیم: اولاً این که جسمی هست و ثانیاً این که رنگی وجود دارد که وابسته و قائم به این جسم است و این جسم محل و زیربنای است برای این سرخی. البته معلوم است که رنگ در تحقق و وجود خود، احتیاج به جسم دارد، یعنی باید جسمی باشد تا رنگ عارض بر آن گشته و در آن تحقق یابد؛ در حالی که جسم به رنگ، ابداً محتاج نیست؛ یعنی اگر رنگ سرخ از جسم زدوده شود، آن جسم از جسمیت خود نمی‌افتد و باز هم جسم است. از سوی دیگر، اگر رنگ سرخ از بین رفته و رنگ دیگری جانشین آن گردد، جسم در هر حال باقی است، در حالی که اگر جسم نابود شود، رنگ سرخ یا هر گونه رنگی که داشته، از میان خواهد رفت. بنابراین، رنگ، قائم و وابسته به جسم است، اما جسم، قائم به چیزی نیست. آنچه مانند جسم، وجودش قائم به خود باشد و برای تحقق به چیزی دیگر احتیاج نداشته باشد، «جوهر» نامیده می‌شود و آنچه مانند رنگ، وجودش وابسته و قائم به چیزی دیگر باشد، «عرض» خوانده می‌شود. اول کسی که مفهوم جوهر را وارد در فلسفه کرد، «ارسطو» بود.

۴- کائوژیان، اموال و مالکیت، ش ۳۴، صفحه ۴۱

اما «قیمی»، مالی است که در عرف، خود ماهیت آن، مورد نظر باشد و نتوان مال دیگری، بجای آن قرار داد و اگر تلف شود، نتوان مثل آن را پیدا کرده و بجای آن تحویل داد؛ (مثل عتیقه جات، ساعت قدیمی و حیوانات خاص).

البته عرف و زمان و مکان، تاثیر زیادی در مثلی یا قیمی شدن مال دارد؛ لذا یک ظرف منبت کاری شده، ممکن است در اصفهان، مثلی باشد و در مشهد، «قیمی» یا یک اتومبیل لوکس خارجی، ممکن است در کیش، مثلی و در تهران قیمی باشد یا بالعکس. بنابراین، قیمی، نه آن چیزی است که به هیچ وجه در عالم وجود نداشته باشد، بلکه همینکه، مثل آن به راحتی پیدا نشود یا در آن شهر و سرزمین نباشد، قیمی است.

بند دوم: فایده تقسیم

الف): در جبران خسارت

اگر مالی، توسط شخصی، تلف گردد و به عبارت دیگر، خسارتی به شخصی وارد شود، این «خسارت» باید توسط زیان زننده «جبران» شود؛ اولین مرحله در «جبران خسارت»، این است که «مثل مال تلف شده» تهیه شده و به «صاحب مال» برگردانده شود؛ لذا اگر شخصی، کیف دیگری را بسوزاند یا مفقود نماید یا شیشه خانه همسایه را بشکند، می باید مثل همان را تهیه و به زیان دیده بدهد؛ اما اگر «مال قیمی» تلف شود و مثل آن در بازار پیدا نشود، باید قیمت آن محاسبه و به زیان دیده پرداخت شود.^۱ در توجیه این روش (اول مثل، بعد قیمت) گفته شده که جبران به مثل، بهتر، خسارت زیان دیده را جبران می کند و با عدالت سازگارتر است.^۲ در مواد قانون مدنی نیز مثل بر قیمت، مقدم شده است؛ به نظر می رسد این تقدم، بی دلیل نبوده و نشان از تقدم جبران به مثل بر قیمت است.^۳

ب): در اجرای قرارداد

در «اجرای قرارداد»، اگر موضوع قرارداد، «مال قیمی» باشد؛ چنانکه عین خاص و معینی باشد، تنها باید همان مال، جهت اجرای تعهد تحویل گردد، اما در صورتی که موضوع قرارداد، «مال

۱- رک: کاتوزیان، الزام های خارج از قرارداد، ضمان قهری، ج ۲، غصب و استیفاء، ش ۴۰۵ و ۴۰۶.

۲- مستند آن، آیه ای از قرآن کریم است که می فرماید: «فمن اعتدى عليك فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» که مورد استناد حقوق دانان و «فقهاء» می باشد. البته نظرات در این خصوص زیاد است. به عنوان مثال، برخی معتقدند روایات به طور مطلق بر ضمان قیمی دلالت دارند. در روایتی از حضرت امیر (ع) در خصوص کسی که خانه و اثاثیه دیگری را آتش زده بود، آمده است: «یغرم قیمه الدار و ما فیها» در این روایت حکم به ضمان قیمی داده شده است، در حالی که در خانه اموال مثلی و قیمی وجود داشته است. رک: (خمینی، روح ا....، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۰۳).

۳- ماده « ۳۱۱ » قانون مدنی مقرر داشته است: «غاصب باید مال معضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد.» و در ماده « ۳۲۹ » همان قانون در مورد تخریب بنا مقرر داشته است: «اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آن را به مثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد، باید از عهده قیمت برآید.»

مثلی» باشد، همچنانکه مالی با تعیین وصف و جنس و مقدار به صورت «کلی فی الذمه»، فروخته شود، متعهد می‌تواند هر مالی که آن اوصاف را داشته باشد، تحویل دهد، مشروط به اینکه از نوع معیوب نباشد.

همچنین در فروش مال قیمی که معمولاً عین معین است، به محض انجام بیع، مالکیت آن مال به خریدار منتقل می‌شود، در حالی که در بیع به صورت «کلی فی الذمه» که در خصوص اموال مثلی، تحقق می‌یابد، انتقال مالکیت پس از تعیین و تحویل مال صورت می‌گیرد؛ در این نوع قرارداد، خریدار نگران تلف مال نیست، زیرا آنچه او می‌باید دریافت نماید، مال مثلی خواهد بود که در صورت تلف آن، فروشنده مثل آن را ملزم به تحویل به خریدار است.

گفتار چهارم: اموال مصرف شدنی^۱ و قابل بقاء^۲

بند اول: ضابطه تقسیم

برخی از اموال به محض استفاده از بین می‌روند، به عنوان مثال، خوردنی‌ها که استفاده از آنها با از بین رفتن آنها، همزمان است (مادی) یا هزینه کردن پول که استفاده از آن با از دست دادن مالکیت حقوقی آن است، به اینگونه اموال، اموال «مصرف شدنی» می‌گویند؛ اما دسته‌ای دیگر را می‌توان استفاده از آنها را تکرار کرد، مثل زمین، خانه، دوچرخه و لباس؛ البته این اموال نیز به مرور زمان فرسوده و از بین می‌روند، ولی به نحوی نیستند که با اولین استفاده، از بین بروند؛ به همین جهت به آنها «قابل بقاء» می‌گویند.

بند دوم: فایده تقسیم

تقسیم «مال» به «قابل بقاء» و «مصرف شدنی»، فواید و آثاری در حقوق دارد که به شرح زیر است:

الف: در قراردادها

اموال «مصرف شدنی» پس از استفاده، از بین می‌روند، لذا اینگونه اموال، نمی‌توانند موضوع قراردادهایی واقع شوند که مستلزم استرداد مال مورد استفاده است؛ به عنوان مثال در قرارداد اجاره، مالک عین، منافع مالش را واگذار می‌کند و پس از پایان مدت اجاره، مستأجر، باید عین را بر گرداند؛ بنابراین باید مالی به اجاره واگذار شود که بتوان از آن با بقاء عین بهره برد، و آنگاه اگر مالی به اجاره داده شود که به محض استفاده از عین، مال از بین رود، قرارداد اجاره «باطل» خواهد بود؛ در عقد «عاریه» و عقد «انتفاع» نیز به همین کیفیت است، ماده «۴۶» قانون مدنی

1- Consumptible
2- Non consumptible

مقرر داشته است: «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 غیر منقول و مشاع باشد یا مفروز» و در مواد «۴۷۱» و «۶۳۷» قانون مدنی نیز همین مقرر ذکر شده است.^۱ ماده «۵۸» قانون مدنی در مورد «وقف» نیز مقرر می‌دارد: «فقط وقف مالی جایز است که با بقاء عین بتوان از آن منتفع شد، اعم از اینکه منقول باشد یا غیر منقول، مشاع باشد یا مفروز»

ب: در نفقه

در خصوص اموالی که زوج، به عنوان «نفقه» به زوجه می‌دهد، اگر زوج، اموال مصرف شدنی را در اختیار زوجه قرار دهد، مراد و مقصودش، «تملیک مال» به او بوده است و بعداً نمی‌تواند مثل آن را استرداد نماید، ولی اگر اموال قابل بقائی را در اختیارش قرار دهد، منظور او «اباحه انتفاع» بوده است و لذا زوج می‌تواند آن را پس بگیرد و مال دیگری را در صورتی که از مصادیق نفقه باشد، جایگزین آن نماید و لذا زوجه، مالک آن نیست و در صورت وقوع طلاق، نمی‌تواند ادعای مالکیت آن را نماید.

ج: در هدایای نامزدی

در مورد هدایایی که در دوران نامزدی، زوجین به یکدیگر می‌دهند، اگر یکی از زوجین، بدون عذر موجه، نامزدی را بر هم بزند آن اموال باید از طرف بر هم زننده، به طرف دیگر داده شود، اما طبعاً اموالی قابل استرداد است که قابل بقاء باشد و لذا زوج نمی‌تواند اموالی مثل گل و شیرینی را مسترد نماید مطابق ماده «۱۰۳۷» قانون مدنی: «هر یک از نامزدها می‌تواند در صورت بهم خوردن وصلت منظور، هدایائی را که به طرف دیگر یا ابوین او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند...»^۲

بند سوم: اثر اراده در این اموال

گاه با «توافق»، می‌توان با مال مصرف شدنی، برخورد مال «قابل بقاء» نمود؛ به عنوان مثال، شمع، ذاتاً یک مال «مصرف شدنی» است، ولی اگر شخصی، شمعی را از دیگری عاریه بگیرد تا آن را برای تزئین سفره عقد استفاده کند، آن مال، طبق توافق طرفین، قابل بقاء محسوب شده

۱- مطابق ماده «۴۷۱» قانون مدنی: «برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقای اصل آن ممکن باشد» و مطابق ماده «۶۳۷» همان قانون: «هر چیزی که بتوان با بقاء اصلش از آن منتفع شد، می‌تواند موضوع عقد عاریه قرار گیرد. منفعتی که مقصود از عاریه است، منفعتی است که مشروع و عقلائی باشد» و مطابق ماده «۶۳۵» همان قانون: «عاریه، عقدی است که بموجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود.»

۲- توضیح اینکه، معنای نامزدی در حقوق، حالت آشنایی قبل از عقد است که اصطلاحاً در عرف، «نشان» می‌گویند. ماده مربوط به نامزدی پس از انقلاب حذف شد، اما مقررات آن باقی ماند... (رک: صفایی، سید حسین، مختصر حقوق خانواده، نشر دادگستر، پاییز ۷۶، ص ۳۰ به بعد).

است، زیرا دیگر با استفاده مزبور، مال از بین نمی‌رود، اما اگر هنگام رفتن برق، همسایه شمعی بگیرد تا روشن کند، نوع استفاده او برای روشنایی و مصرف مال است و در اینجا مال، «مصرف شدنی» محسوب می‌شود.

حال سوال این است که آیا عکس آن هم ممکن است؟ یعنی آیا می‌توان با مالی که قابل بقاء است، برخورد مال مصرف شدنی را نمود؟ در دنیای امروز، گاهی اموال قابل بقاء را برای از بین بردن استفاده می‌کنند، مثل اینکه اتومبیل را برای از بین بردن آن، استفاده کنند، لذا این امر نیز ممکن است.

مبحث دوم: تقسیم اموال به اعتبار اختصاص آنها به مالک

بسیاری از اموال، این قابلیت را ندارند تا موضوع حق شخص واقع شوند، این ویژگی ممکن است ناشی از عوامل مختلف باشد: اولین عامل، «طبیعت» بعضی از اموال است که قابل اختصاص نیست، مثل آب و هوا که هیچکس نمی‌تواند آن را به خود اختصاص دهد؛ همچنین برخی اموال به دلیل ارتباط جدانشدنی از شخص، موضوع حق واقع نمی‌شوند و امکان انتقال و اختصاص آن به افراد وجود ندارد، مثل حقوق مالکیت ادبی و هنری و اختراع پس از گذشت مهلت‌های مربوطه که متعلق به جامعه می‌باشند؛ دسته دیگری از اموال وجود دارند که به لحاظ در خدمت قرار گرفتن جهت نفع عموم مردم، امکان اختصاص آنها وجود ندارد؛ اموالی که بر طبق حقوق اداری برای منافع عمومی در نظر گرفته شده، نمی‌تواند موضوع حق افراد خصوصی قرار گیرد، مثل ساحل دریا و جاده‌ها و جنگل‌ها....

در یک تقسیم حقوقی، اموال یا متعلق به افراد خصوصی هستند که به آنها «مالکیت خصوصی» گفته می‌شود و یا متعلق به دولت یا تحت نظارت دولت هستند که به آنها «مالکیت دولتی» گفته می‌شود، و یا متعلق به عموم مردم و جامعه می‌باشد و هیچکس به صورت انحصاری حق تصرف در آنها را ندارد که به آنها «مالکیت عمومی» گفته می‌شود؛ البته گاه مالکیت عمومی را در معنای عام به کار می‌برند که شامل «اموال دولتی» و «مشترکات عمومی» و «مباحات» می‌شود و به طور کلی «اموال غیر خصوصی» را در بر می‌گیرد. در واقع می‌توان گفت: اموالی که مالک خصوصی ندارند و متعلق به شخص خاصی نیستند؛ برخی «ملک عموم مردم» است و همه می‌توانند از آن استفاده نمایند و نمی‌توانند مالک خصوصی داشته باشند (مشترکات عمومی) و برخی هنوز مالک ندارند ولی اشخاص می‌توانند آنها را تملک

۱- برای توضیح بیشتر رک: اسدی، حسن، دعاوی راجع به جنگل‌ها و مراتع و رسیدگی به آن، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، به راهنمایی دکتر عبدا... شمس، دانشگاه پیام نور، خرداد ۱۳۹۰، صص ۱۴ تا ۲۶

نمایند (مباحات)، و برخی در اختیار «حکومت اسلامی» است و در اختیار افراد نیست، ولی با شرایط خاصی می‌توان آنها را مالک شد (انفال)؛ بنابراین می‌توان اموال غیر خصوصی یا عمومی را به چهار دسته تقسیم کرد:

۱- اموال و مشترکات عمومی ۲- مباحات ۳- انفال ۴- مجهول المالک

گفتار اول: اموال و مشترکات عمومی

بند اول: تعریف اموال عمومی

«اموال عمومی»، اموالی است که در اختیار عموم است و کسی حق استفاده اختصاصی و انحصاری از آن را ندارد؛ تملک خصوصی آنها ممنوع بوده و امکان نقل و انتقال آنها وجود ندارد.^۱

ممکن است مفهوم «اموال عمومی» (مشترکات عمومی) و «اموال دولتی» یکسان پنداشته شود، در حالی که این تصور صحیح نیست، زیرا، اموالی که در اختیار دولت است، به دو گونه است؛ برخی اموال، مختص «دولت» است و دولت به عنوان «شخصیت حقوقی»، مالک آن اموال است. این اموال، مثل اموال اختصاصی و شبیه حق مالکیت افراد بر اموالشان است، که به آن «اموال دولتی» می‌گویند. این دسته از اموال دولتی، برای استفاده عموم نیست و تابع مقررات راجع به اموال عمومی نیستند. اعضای دولت یا مدیران شرکت‌ها به عنوان امین ملت، هیچگونه حقی در این اموال ندارند، دولت، این اموال اختصاصی را به نام خود ثبت می‌کند؛ این اموال از طرق مختلفی مثل ملی شدن اراضی، خرید اموال برای دولت، تصاحب اموال بلاوارث، هبه به نفع دولت و غیره بدست می‌آید.

اما دسته‌ای دیگر از اموال در اختیار دولت، اموال و «مشترکات عمومی» است؛ اداره این اموال، اگرچه در اختیار دولت است ولی برای استفاده مردم مهیا شده است که اصطلاحاً در «فقه» به آن «بیت المال» می‌گویند، لذا دولت از جهت ولایتی که بر آنها دارد، آنها را اداره می‌کند نظیر این اموال است: پلها، جاده‌ها، موزه‌ها و...؛ اینگونه اموال، متعلق به عموم و برای استفاده عموم است و کسی حق استفاده انحصاری از آن را ندارد که به آن «مشترکات عمومی» نیز می‌گویند؛ تملک خصوصی اینگونه اموال، ممنوع است و قابلیت نقل و انتقال را ندارند و دولت تنها به عنوان نماینده مردم، این اموال را اداره می‌کند. این اموال نیز حسب مورد به دو

۱- در رابطه با مالکیت عمومی از امام صادق (ع) سؤال شد: زمین عراق چه حکمی دارد؟ امام فرمودند: متعلق به مسلمانانی است که اکنون هستند و همچنین مسلمانانی که پس از این به دین مبین اسلام در می‌آیند؛ بلکه مسلمانانی که هنوز آفریده نشده و به دنیا نیامده‌اند (به سند صحیح از محمد حلبی روایت شده است: سئل ابو عبدالله علیه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن یدخل فی الاسلام بعد اليوم و لمن لم یخلق بعد... حرعالمی، وسایل الشیعه، ج ۲، ص ۲۱۳)

دسته تقسیم می‌شوند:

الف: اموال برای مصالح عموم

ذات برخی اموال، به نحوی است که برای استفاده عموم است و به ملکیت خصوصی در نمی‌آید (مانند ساحل دریا و رودخانه‌ها و...). از طرفی، گاه دولت مالی را برای استفاده عموم قرار می‌دهد؛ (به عنوان مثال، شهرداری فضای سبزی را برای استفاده عموم قرار می‌دهد)، پس گاه دولت است که مشخص می‌کند چه مالی به منظور مشترکات عمومی مورد بهره برداری قرار گیرد.^۱

ب: اموال برای مصالح خاص

دولت، برخی اموال را در اختیار بنگاه‌هایی قرار داده و آن بنگاه‌ها، آنها را برای اختصاص به یک خدمت، در اختیار مردم قرار می‌دهند، مثل راه آهن یا بیمارستان دولتی که هریک در اختیار سازمان و نهاد خاصی است که به سود عموم استفاده می‌کند.

نکته مهم اینکه، «اموال عمومی» در مقابل «اموال دولتی» قرار نمی‌گیرند، چراکه نهادهای دیگری نیز که دولتی نیستند مثل شهرداری‌ها نیز، اموال عمومی و اختصاصی دارند. ماده «۴۵» آیین نامه مالی شهرداری‌ها (مصوب ۱۳۴۶) مقرر می‌دارد: «اموال شهرداری‌ها، اعم از منقول و غیر منقول، به دو نوع تقسیم می‌شود، اموال اختصاصی و اموال عمومی. اموال اختصاصی شهرداری، اموالی است که شهرداری حق تصرف مالکانه نسبت به آن‌ها دارد، از قبیل اراضی و ابنیه و اثاثیه و نظایر آن. اموال عمومی شهرداری، اموالی است که متعلق به شهر بوده و برای استفاده عموم اختصاص یافته است، مانند معابر عمومی، خیابان‌ها...»

در ماده «۴۶» قانون مذکور آمده است: «حفاظت از اموال عمومی شهرداری و آماده و مهیا ساختن آن برای استفاده عموم و جلوگیری از تجاوز و تصرف اشخاص نسبت به آنها، به عهده شهرداری است..» بنابراین ملاک و معیار عمومی بودن اموال، غیر قابل نقل و انتقال بودن و ممنوع بودن استفاده اختصاصی از آن‌هاست و نه دولتی یا غیر دولتی بودن آن.

بند دوم: فایده تشخیص

فایده شناخت اموال و مشترکات عمومی، این است که قابل تملک توسط افراد نیست و همچنین آثار دیگری دارد که در ادامه می‌آید.

الف: ممنوعیت تملک خصوصی

به طور کلی، و با استفاده از مواد «۲۴»، «۲۵» و «۲۶» قانون مدنی، این نتیجه حاصل می‌شود که

۱- نقل از کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۶۵.

این اموال، قابل تملک خصوصی نبوده و از طرف طلبکاران دولت، «قابل تملک» نیست، لذا توقیف آنها نیز امکان پذیر نیست، مثلاً اگر پیمانکار، مبلغی بابت ساخت جاده، از وزارت راه طلب دارد، نمی‌تواند جاده را توقیف کند یا اگر شخصی از شهرداری طلب دارد، نمی‌تواند پارکی را توقیف کند تا آن را بفروشد.

البته در سال «۱۳۸۴» در خصوص واگذاری اموال دولتی به بخش خصوصی، اصل «۴۴» قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به بیان ساختار اقتصاد کشور از جهت حقوقی پرداخته است. در این اصل، تاکید شده بود که بنیان اقتصاد ایران، «دولتی» است و فعالیت بخش خصوصی به عنوان مکمل و پایین دست پذیرفته می‌شود.

مقام معظم رهبری، در خرداد سال «۱۳۸۴»، طی ابلاغیه‌ای در این اصل تجدید نظر کردند و فعالیت بخش خصوصی را در بخش‌های بالادستی و بنیانی اقتصاد، مجاز شمردند. ایشان سال بعد، بند «ج» این ابلاغیه را که مربوط به واگذاری بخش‌های کلان اقتصاد ایران به بخش خصوصی بود را نیز به دولت، ابلاغ فرمودند. با اجرای این تغییر، بخش‌های عظیمی از اقتصاد دولتی ایران که ۸۰٪ اقتصاد ایران را شامل می‌گردد، به بخش خصوص واگذار خواهد شد که می‌تواند آثار گسترده اقتصادی و اجتماعی مثبت داشته باشد.

اغلب احزاب و کارشناسان، اساس این تغییرات اقتصادی ایران را برای هماهنگی با اقتصاد جهانی و افزایش رشد اقتصادی مناسب می‌دانند. از سویی، برخی دیگر از کارشناسان (که در اقلیت قرار دارند) با اساس این تغییرات مخالف بوده و آن را زمینه ساز شکاف طبقاتی گسترده در ایران می‌دانند.

بر اساس این ابلاغیه، دولت حق فعالیت اقتصادی جدید، خارج از موارد صدر اصل «۴۴» را ندارد و موظف است هرگونه فعالیت (شامل تداوم فعالیت‌های قبلی و بهره برداری از آن) را که مشمول عناوین صدر اصل «۴۴» نباشد، حداکثر تا پایان برنامه پنج ساله چهارم (سالیانه حداقل ۲۰٪ کاهش فعالیت) به بخش‌های تعاونی و خصوصی و عمومی غیردولتی واگذار کند.

در خصوص واگذاری، استفاده از روش‌های معتبر و سالم واگذاری با تأکید بر بورس، تقویت تشکیلات واگذاری، برقراری جریان شفاف اطلاع رسانی، ایجاد فرصت‌های برابر برای همه، بهره گیری از عرصه تدریجی سهام شرکت‌های بزرگ در بورس به منظور دستیابی به قیمت پایه سهام، مد نظر بوده است.^۱

۱- بند «ج» سیاست‌های کلی اصل ۴۴ «قانون اساسی ج.ا.ا: با توجه به ضرورت شتاب گرفتن رشد و توسعه اقتصادی کشور مبتنی بر اجرای عدالت اجتماعی و فقرزدایی در چارچوب چشم انداز ۲۰ ساله کشور:

ب: اداره شدن توسط دولت و حاکم اسلامی

در اینکه رابطه دولت با اموال و مشترکات عمومی چه رابطه‌ای است؛ اختلاف است که آیا دولت، مالک است یا خیر؟ در این خصوص نظراتی مطرح است:

۱- مالکیت اداری

برخی می‌گویند: دولت، نوعی مالکیت محدود دارد که باید در حدود قوانین باشد. بر این اساس، آنچه از اموال دولتی که به خدمت مردم و عموم اختصاص داده شده، از اموال عمومی و مشترکات است و سایر اموال، ملک خصوصی دولت است. برخی دیگر معتقدند: دولت هیچگونه مالکیتی ندارد؛ علامه «مطهری» (ره) در بحث مالکیت دولت می‌فرماید: «در مورد مالکیت دولت، در میان «فقها» دو نظریه وجود دارد. یک نظریه این است که دولت هم مثل فرد

- تغییر نقش دولت از مالکیت و مدیریت مستقیم بنگاه به سیاستگذاری و هدایت و نظارت
- توانمند سازی بخش‌های خصوصی و تعاونی در اقتصاد و حمایت از آن، جهت رقابت کالاهای بازارهای بین‌المللی
- آماده سازی بنگاه‌های داخلی جهت مواجهه هوشمندانه با قواعد تجارت جهانی در یک فرایند تدریجی و هدفمند
- توسعه سرمایه انسانی دانش پایه و متخصص
- توسعه و ارتقاء استانداردهای ملی و انطباق نظام‌های ارزیابی کیفیت با استانداردهای بین‌المللی
- جهت گیری خصوصی سازی در راستای افزایش کارایی و رقابت پذیری و گسترش مالکیت عمومی و بنا بر پیشنهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام، بند ج سیاستهای کلی اصل «۴۴» قانون اساسی ج.ا.ا. مطابق بند «۱» اصل «۱۱۰» ابلاغ می‌گردد.
- واگذاری ۸۰ درصد از سهام بنگاههای دولتی مشمول صدر اصل «۴۴» به بخش‌های خصوصی شرکت‌های تعاونی سهامی عام و بنگاه‌های عمومی غیردولتی به شرح ذیل مجاز است:
- بنگاه‌های دولتی که در زمینه معادن بزرگ، صنایع بزرگ و صنایع مادر (از جمله صنایع بزرگ پایین دستی نفت و گاز) فعال هستند؛ به استثنای شرکت ملی نفت ایران و شرکت‌های استخراج و تولید نفت خام و گاز
- بانک‌های دولتی به استثنای بانک مرکزی ج.ا.ا. بانک ملی ایران، بانک سپه، بانک صنعت و معدن، بانک کشاورزی، بانک مسکن و بانک توسعه صادرات
- شرکت‌های بیمه دولتی به استثنای بیمه مرکزی و بیمه ایران
- شرکت‌های هواپیمایی و کشتیرانی به استثنای سازمان هواپیمایی کشوری و سازمان بنادر و کشتیرانی
- بنگاه‌های تامین نیرو به استثنای شبکه‌های اصلی انتقال برق
- بنگاه‌های پستی و مخابراتی به استثنای شبکه‌های مادر مخابراتی، امور واگذاری فرکانس و شبکه‌های اصلی تجزیه و مبادلات و مدیریت توزیع خدمات پایه پستی
- صنایع وابسته به نیروهای مسلح به استثنای تولیدات دفاعی و امنیتی ضروری به تشخیص فرمانده کل قوا.

الزامات واگذاری:

الف) قیمت گذاری سهام از طریق بازار بورس انجام می‌شود ب) فراخوان عمومی با اطلاع رسانی مناسب جهت ترغیب و تشویق عموم به مشارکت و جلوگیری از ایجاد انحصار و رانت اطلاعاتی صورت پذیرد. ج) جهت تضمین بازدهی مناسب سهام شرکت‌های مشمول واگذاری اصلاحات لازم در خصوص بازار، قیمت گذاری محصولات و مدیریت مناسب براساس قانون تجارت انجام گردد. د) واگذاری سهام شرکت‌های مشمول طرح در قالب شرکت‌های مادر تخصصی و شرکت‌های زیرمجموعه با کارشناسی همه جانبه صورت گیرد. (به منظور اصلاح مدیریت و افزایش بهره وری بنگاه‌های مشمول واگذاری با استفاده از ظرفیت‌های مدیریتی کشور اقدامات لازم جهت جذب مدیران با تجربه، متخصص و کارآمد انجام پذیرد. فروش اقساطی حداکثر ۵ درصد از سهام شرکت‌های مشمول بند ج به مدیران و کارکنان شرکت‌های فوق مجاز است. و) با توجه به ابلاغ بند ج سیاست‌های کلی اصل «۴۴» و تغییر وظایف حاکمیتی، دولت موظف است نقش جدید خود در سیاستگذاری، هدایت و نظارت بر اقتصاد ملی را تدوین و اجرا نماید. ز) تخصیص درصدی از منابع واگذاری جهت حوزه‌های نوین با فناوری پیشرفته در راستای وظایف حاکمیتی مجاز است. (<http://maslahat.ir>) -مجمع تشخیص مصلحت نظام)

می‌تواند مالک باشد، می‌تواند ثروت داشته باشد و تمام احکامی که در شخص مالک هست در مورد دولت هم می‌تواند وجود داشته باشد و به اصطلاح امروز دولت «شخصیت حقوقی» دارد. مرحوم «بروجردی» و «قمی» و بسیاری از مراجع، عقیده‌شان همین است که در مالکیت هیچ فرقی نمی‌کند میان شخصیت حقوقی و شخصیت حقیقی و شخصیت حقوقی هم، می‌خواهد دولت باشد و یا غیردولت... بعضی دیگر قایل به «شخصیت حقوقی» نیستند، بلکه فقط به «شخصیت حقیقی» اعتقاد دارند؛ آنها معتقدند که دولت صلاحیت مالکیت ندارد و حتی از راه مشروع هم، نمی‌تواند مالک بشود؛ لذا اموالی که در دست دولت است، خودش مالک آن نیست، زیرا، دولت یا هر موسسه عمومی، وجود حقیقی ندارد، و چیزی که وجود حقیقی ندارد چطور می‌تواند مالک باشد؟ در جواب باید گفت، خود مالکیت هم وجود حقیقی ندارد و یک امر «اعتباری» است؛ یک وقت ما می‌خواهیم یک امر حقیقی را برای یک امر اعتباری ثابت بکنیم و یک وقت می‌خواهیم یک امر اعتباری را برای یک امر اعتباری ثابت بکنیم. وجود دولت، اعتباری است و مالکیت هم وجودش، اعتباری است.^۱

۲- امتیاز اداره و نگهداری

نظر دیگر بر این است: دولت حق و امتیاز نگهداری از این اموال را دارد و این امتیازی است که مردم با رأی خود در اختیار دولت، قرار می‌دهند. این امتیاز، ارزش مالی ندارد و دولت حق واگذاری این امتیاز را به دیگری ندارد و از لحاظ اقتصادی، قابل مبادله نیست. به نظر برخی، این دو نظر به هم نزدیک است و این نظرات تنها از جهت علمی مطرح است و فایده عملی ندارد.^۲

ج: عدم انتقال اموال

«دولت» نمی‌تواند اموال و مشترکات عمومی را انتقال دهد، لذا دولت نمی‌تواند پارک را به فردی بفروشد، البته ممکن است در برخی موارد، قوانین اجازه فروش بدهد، در این صورت، حق فروش اموال دولتی با رعایت تشریفات قانونی از طریق «مزایده» وجود دارد؛ به عنوان مثال، طبق اصلاحیه اصل «۴۴» قانون اساسی، کلیه اموال دولتی، جز برخی موارد، باید به مردم واگذار شود.

د: ممنوعیت استفاده انحصاری

مطابق این ویژگی، هیچیک از افراد جامعه نمی‌تواند این اموال را برای استفاده شخصی خود اختصاص دهد و مانع استفاده دیگران شود، به عنوان مثال، هیچ فرد یا گروهی حق ندارد

۱- مطهری، نظری بر نظام اقتصادی اسلام، ص ۴۴

۲- نظریه اول طرفداران بیشتری دارد. (نقل از صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۱۴۲).

خیابانی را ببندد و مورد استفاده اختصاصی قرار دهد. بنابراین بایستی گفت که اموال دولتی به دو صورت تجلی پیدا می‌کند، اول: اموال دولتی که برای مصالح یا انتفاعات عمومی بکار می‌رود و در واقع جزو مشترکات عمومی بوده، قابل تملک خصوصی نیست و از آنها نمی‌توان استفاده انحصاری کرد که صدر ماده «۲۶» قانون مدنی به آن اشاره داشته است و مقرر نموده است: «اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی، مثل استحکامات و قلاع و خندق‌ها و خاکریزهای نظامی و قورخانه و اسلحه و ذخیره و سفاین جنگی و...». دوم: اموال دولتی که تحت نظارت و یا تصرف دولت بوده و برای انتفاعات عمومی بکار می‌رود که ممکن است بر طبق قوانین و نظامات به افراد مردم اجازه داده شود که آنها را بطور خصوصی تملک نمایند یا از آنها استفاده نمایند، مثل اراضی موات، کارخانجات دولتی، اموال فروشگاه‌ها و شرکت‌های دولتی که به آن «اموال دولتی قابل تملک» نیز می‌گویند. این دسته از اموال، تابع مقررات مشترکات عمومی نیستند، لذا مثل اموال خصوصی افراد، قابل انتقال و تملک هستند. حق دولت بر آنها، شبیه حق مالکیت افراد نسبت به سایر اموال است، هر چند که ممکن است تصرفات دولت به موجب قوانین محدود شده باشد.^۱

بند سوم: انواع مشترکات عمومی

«قانون مدنی»، برخی از اموال عمومی را بیان کرده که به شرح زیر است:

الف: راه‌های عمومی

مقصود از «راه‌های عمومی»، طرق و شوارع عامه و کوچه‌هایی است که آخر آنها مسدود نیست.^۲ مطابق ماده «۲۴» قانون مدنی: «هیچکس نمی‌تواند طرق و شوارع عامه و کوچه‌هایی را که آخر آنها مسدود نیست تملک نماید». طرق، (جمع طریق در عربی) به راه‌های وسیع گفته می‌شود؛ و شوارع، (جمع شارع)، به معنای راه‌ها و خیابان‌های کم عرض است.

ممکن است زمینی در سابق، ملک افراد بوده که راه‌های عبوری را برای خود ایجاد کرده‌اند، ولی به محض اینکه بخشی از زمین آنها جزء خیابان شد، صاحبان قبلی املاک حق ندارند به این استناد که قبلاً ملک متعلق به آنها بوده، خیابان را بین خود تقسیم نمایند یا خیابان را مسدود نموده و ملک اختصاصی خود نمایند.^۳

همچنین، تبصره «۶» ماده «۹۶» قانون اصلاح قانون شهرداری (مصوب ۱۳۴۵) نیز به

۱- مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق مدنی، جلد اول، ص ۲۱۲.

۲- القول فی المشتركات... و منها الطرق و فاندتها الاستطراق و الناس فیها شرع... (شهید اول، لمعه الدمشقیه، کتاب احیاء الموات، ص ۱۴۷)

۳- از جمله، به موجب تبصره یک بند ۲ از ماده «۵۵» قانون شهرداری، سد معابر عمومی و اشغال پیاده‌روها و استفاده غیرمجاز آنها و میدان‌ها و پارک‌ها و باغ‌های عمومی برای کسب و یا سکنی و یا هر عنوان دیگری ممنوع است.

صراحت اعلام می‌دارد: «اراضی کوچه‌های عمومی و میدان‌ها و پیاده‌روها و خیابان‌ها و به طور کلی معابر و بستر رودخانه‌ها و... و درخت‌های معابر عمومی واقع در محدوده هر شهر که مورد استفاده عموم است، ملک عمومی محسوب و در مالکیت شهرداری است».

استفاده انحصاری از «مشترکات عمومی» چنانچه به نحوی بهره‌برداری شود که مانع از انتفاع دیگران گردد، ممنوع است. (به عنوان مثال کسی حق ندارد میدان عمومی شهر را به محل سکونت خود اختصاص دهد).

اما در خصوص «کوچه‌هایی» که «بن بست» (برخلاف بن باز) است، باید گفت: «کوچه بن بست»، کوچه‌ای است که آخر آن مسدود است و راه به خارج ندارد. در متون فقهی نیز در باب احیای موات و مشترکات عمومی به بحث کوچه، اعم از بن باز و بن بست، زیر عنوان شوارع و طرق عامه پرداخته شده و «فقهاء» راه را به دو نوع «نافذ» و «غیرنافذ» تقسیم کرده‌اند. «راه نافذ» که خیابان عمومی نامیده می‌شود، برای همه مردم است و مردم در آن با هم مساوی‌اند و کسی حق احیای آن یا اختصاص به آن را ندارد. و اما «راه غیر نافذ» که به آن سکه مرفوعه یا راه کوچک یا بن بست نیز اطلاق می‌شود، راهی است که از آن به راه دیگری یا به مباحی، راه نداشته باشد.

میزان تصرفات مجاز از طرف مالکین املاکی که در کوچه‌های بن بست وجود دارند، به دلیل ماهیت حقوقی و ثبتی کوچه بن بست، تفاوت اساسی دارد. اولاً: حق تصرف و عبور و مرور صرفاً برای کسانی که در کوچه بن بست درب ورود و رفت و آمد دارند، شناخته شده است. هرچند در اختصاص حق رفت و آمد به دارندگان درب در کوچه بن بست، اتفاق نظر وجود دارد، لیکن در سایر حقوق تصرفی، نظریات متفاوتی در متون فقهی مشاهده می‌گردد.^۱

ثانیاً: همه کسانی که در کوچه بن بست، دارای درب رفت و آمد هستند، دارای همه حقوق تصرفی نسبت به ملک خود مثل گذاشتن وسیله نقلیه و نشستن و... می‌باشند، مشروط بر اینکه مغایر با مقررات عمومی ساخت و ساز نبوده و عرفاً در تعارض با حقوق سایرین در کوچه بن بست نباشد.

ثالثاً: کوچه بن بست، همانند سایر املاکی که بین چند نفر مشترک است، می‌تواند منحصرراً در تصرف و اختیار شرکا قرار گرفته و با بستن ابتدای کوچه، آن را به اصطلاح به صورت دربند درآورده و رفت و آمد مالکین با باز و بسته شدن درب یا حفاظ ورودی صورت

۱- از جمله در مساله سوم کتاب مشترکات تحریرالوسیله آمده است: کسی که دیوار خانه‌اش در کوچه بن بست است حق ندارد دربی را به آن کوچه باز کند مگر با اذن صاحبان کوچه، البته حق دارد سوراخ و پنجره‌ای به آن کوچه باز کند و آنها حق منع او را ندارند. زیرا این کار تصرف در دیوارش است نه در ملک آنها. و آیا حق دارد در(ب)ی به منظور نور گرفتن و ورود هوا، نه راه پیدا کردن، به آن کوچه باز نماید، اقرب جواز آن است. (اسلامی، علی، ترجمه تحریرالوسیله، ج. سوم، ج. ۲۳، دفتر انتشارات اسلامی، سال ۱۳۸۶، ص ۳۷۳).

پذیرد^۱.

ب): اموال مورد استفاده عموم

«اموال مورد استفاده عموم» نیز جزء مشترکات و اموال عمومی هستند، مثل: پلها و کاروانسراها و آب انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و مساجد و میدان گاههای عمومی و قنوات و چاههایی که مورد استفاده عموم است. استفاده از این اموال، به صورت اختصاصی و انحصاری، توسط افراد ممکن نیست. مطابق ماده «۲۵» قانون مدنی: «هیچکس 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 میدان گاههای عمومی، تملک کند. و همچنین است قنوات و چاههایی که مورد استفاده عموم است.»

باید دانست که هر کس از این اموال زودتر استفاده نماید، حقی برای وی ایجاد می‌شود بنام «حق تقدم»، یعنی تا زمانی که او متصرف آن اموال است، کسی حق تعرض و مزاحمت به او را ندارد، لذا کسی که در پارک، روی صندلی نشسته، بر سایرین حق تقدم دارد و به نوعی «حق انتفاع» موقت پیدا می‌کند، یا در مورد خوابگاه دانشجویان، دانشجوی ورودی قدیم بر جدید، مقدم است. در «فقه» نیز عنوان شده، اگر کسی زودتر در مسجد نشسته بر دیگران مقدم است.^۲

ج): اموال اختصاص یافته به خدمت عمومی

در ماده «۲۶» قانون مدنی، اموالی، برای مصالح عمومی اختصاص یافته است، مطابق این ماده: «اموال دولتی که معد است (یعنی مهیاست) برای مصالح یا انتفاعات عمومی، مثل استحکامات (مراکز نظامی) و قلاع (قلعه‌های نظامی) و خندق‌ها و خاکریزهای نظامی و قورخانه (پادگان) و اسلحه و ذخیره و سفاین جنگی (کشتی‌های جنگی) و همچنین اثاثیه و ابنیه و عمارات دولتی و سیمهای تلگرافی دولتی و موزه‌ها و کتابخانه‌های عمومی و آثار تاریخی و امثال آنها و بالجمله (به طور کلی) آنچه که از اموال منقول و غیر منقوله که دولت، به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی، در تحت تصرف دارد، قابل تملک خصوصی نیست و همچنین است اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت یا ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد.»

بخش اخیر ماده که مقرر داشته، آنچه از اموال که به عنوان «مصالح عمومی» و «منافع

۱- بروجردی (عبد)، محمد، حقوق مدنی، انتشارات مجد، ج. اول، سال ۱۳۸۰، ص ۶۴.

۲- فمنها المسجد فمن سبق الى مكان فهو اولى به، فلو فارق بطل حقه الا ان يكون رحله باقيا وبنوی العود، و لو استبق اثنان و لم يكن الجمع اقرع (شهید اول، لمعه، ص ۱۴۷)

ملی... ملاک و ضابطه اینگونه اموال را بیان می‌کند، بنابراین می‌توان قبرستان‌های عمومی و چراگاه‌های عمومی و ورزشگاه‌ها و... را جزء اینها دانست؛ هر چند برخی از مصادیق ذکر شده، جزء «اموال دولتی» هستند، نه «مشترکات عمومی» (مثل اسلحه).

د: بستر رودخانه‌ها و جنگلها

بستر آبهای طبیعی و رودخانه‌ها، در آبهای دائم یا فصلی و ساحل دریاها و دریاچه‌ها متعلق به دولت و از مشترکات عمومی است^۱ و این زمین‌ها به دلیل طبیعت خاص و مصرفی که دولت برای آن معین کرده، از اموال عمومی هستند. پهنای بستر رودخانه و انهار تا حدی که حداکثر طغیان معمولی را نشان می‌دهد، جزو اموال عمومی می‌باشند و همچنین است ساحل دریاها و دریاچه‌ها مطابق قانون اراضی ساحلی (مصوب ۱۳۴۶).^۲ علاوه بر این اموال، باید جنگل‌های طبیعی و آبهای کشور را نیز افزود. البته خواهیم دید که این دسته از اموال در «قانون اساسی» تحت عنوان «انفال» بوده و حکم دیگری پیدا می‌کنند، اگرچه این اموال در قانون مدنی، جزء «مشترکات عمومی» تلقی شده، ولی با تصویب «قانون اساسی» دیگر نمی‌توان، آنها را جزء «مشترکات عمومی» دانست.

گفتار دوم: مباحات عامه

مطابق ماده «۱۴۰» قانون مدنی^۳، اسباب تملک چهار چیز است، که یکی از آنها «حیازت مباحات» است؛ حیازت مباحات در شش باب مطرح شده است که شامل موارد زیر است:

- ۱- «در احیاء اراضی موات و مباحه».^۴ ۲- «آب‌های مباح»^۵ ۳- «معادن».^۶ ۴- «اشیاء پیدا شده و حیوانات ضاله».^۷ ۵- «دفینه».^۸ ۶- «شکار»؛ اما قبل از توضیح این موارد لازم است توضیحاتی

۱- القول فی المشتركات... و منها المیاء المباحه فمن سبق الی اغتراف شیئ منها فهو ولی... شهید اول، لمعه، ص ۱۴۷

۲- به موجب ماده «۳۰» قانون اراضی ساحلی (مصوب ۱۳۴۶): «حریم دریای خزر، شصت متر از آخرین نقطه مد خواهد بود و مشمول ماده «۲۴» قانون مدنی است ولو اینکه متصرفین این قبیل اراضی، اسناد مالکیت در دست داشته باشند ولی استفاده از حریم مزبور برای ایجاد تأسیسات بندری و گمرکی و نظامی و تأسیسات شرکت سهامی شیلات و سایر تأسیسات ضروری دولتی که جنبه اختصاصی نداشته و مورد استفاده عموم قرار بگیرد، طبق آیین نامه اجرایی این قانون مجاز می‌باشد».

۳- مطابق ماده مذکور: «تملک حاصل می‌شود: ۱- به احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه ۲- به وسیله عقود و تعهدات ۳- به وسیله اخذ به شفعه ۴- به ارث»

۴- اراضی را از چند منظر، می‌توان تقسیم نمود که عبارتند از: الف- موقعیت و محل استقرار؛ از این جهت اراضی به دو نوع تقسیم می‌شود: ۱- اراضی شهری که برابر ماده «۲» قانون زمین شهری (مصوب ۱۳۶۶) اراضی شهری، زمین‌هایی است که در محدوده قانونی و حریم استحفاظی شهرها و شهرک‌ها قرار گرفته است. ۲- اراضی غیر شهری یا اراضی خارج از محدوده شهری. ب- اراضی از نظر قابلیت بهره برداری، که شامل اراضی بایر، دایر، موات و اراضی ملی و جنگل‌ها می‌شود. ج- از نظر اسلام، انواع اراضی عبارتست از: ۱- زمین انفال مانند اراضی موات، جنگل‌ها، سر کوه‌ها، ته دره‌ها، زمین خراب و بایری که مالک مشخص ندارد. ۲- زمین فیه که زمینی است که از کفار بدون جنگ و لشکر کشی بدست مسلمان‌ها افتاده است. ۳- زمین مفتوح العنوه؛ زمینی است که مسلمانان با لشکر کشی و جنگ گرفته باشند. ۴- زمین وقف. ۵- ملک خصوصی که ممکن است یک یا چند مالک داشته باشد. (میانجی، علی احمد، مالکیت خصوصی در اسلام، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۱۵۴)

در خصوص اصطلاح «حیازت مباحات» ارائه گردد.

بند اول: شناخت اصطلاح

الف: تعریف مباحات

«مباح» در لغت به معنای مجاز و حلال است و جمع آن «مباحات» است. «مباحات عامه» با اموال دولتی متفاوتند؛ در مباحات عامه، دولت، مدیر، سرپرست و اداره کننده است و اختیاراتی دارد، ولی اختیارات او در حد مالک نیست. در مباحات عامه، دولت وظیفه نظارت را داراست، نه این که مالک باشد؛ یعنی تصرف او در مباحات عامه، تصرف مالکانه نیست. دولت، مدیر است و صلاحیتش محدود به اداره می باشد، برخلاف تصرفش در اموال دولتی که تصرف مالکانه است.^۱

به همین جهت در ملکیت، فرد یا دولت به تنهایی حق تصرف در مال دارند، ولی در مباحات عامه، همه به طور برابر، از این حق برخوردارند. از سوی دیگر در ملکیت، مالک می تواند مانع تصرف دیگران شود و دیگران نمی توانند مانع تصرف او گردند. در حالیکه، در مباحات عامه، همه شریکند و می توانند از آن به مقدار نیاز استفاده کنند، ولی نمی توانند، از استفاده دیگران جلوگیری کنند، البته برای این که کسی مانع استفاده عموم نشود و مصالح مردم و نسل های آینده نیز حفظ شود، مدیریت و نظارت دولت لازم است تا هر کس و هر نسل به میزان نیازش از آن استفاده کند و به دیگران ضرر نرساند.

در «مباحات»، مردم می توانند با تصرف و تسلط بر آنها، مالک آنها شوند؛ البته در سابق این تسلط و تملک، بسیار بیشتر از اکنون بوده است؛ اما در حال حاضر با افزایش جمعیت و لزوم حفظ طبیعت و اموال مربوط به میراث فرهنگی و ملی شدن بسیاری از اموال، امکان مالک شدن با «حیازت» یا بکلی ممنوع شده و یا بسیار محدود شده است. در ماده «۲۷» قانون مدنی، «مباحات» اینگونه تعریف شده است: «اموالی که ملک اشخاص نمی باشد و افراد مردم می توانند آنها را، مطابق مقررات مندرج در این قانون و قوانین مخصوصه مربوطه به هریک از اقسام مختلفه آنها تملک کرده و یا از آنها استفاده کنند، مباحات نامیده می شود، مثل اراضی موات، یعنی زمین هایی که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد». قانون مدنی به بیان ماده «۲۷» اکتفاء نکرده و در ماده «۹۲» این امر را مورد تاکید قرار داده و مقرر داشته است: «هر کس می تواند با رعایت قوانین و نظامات راجعه به هر یک از مباحات، از آنها استفاده نماید». از مفاد ماده «۲۷»، دو شرط برای اینگونه اموال استخراج می شود، اول: «نداشتن مالک» و

۱- ر. ک: امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۲۲

دوم: «امکان تملک» یا «انتفاع از آنها بر طبق قانون».

ب: تعریف حيازت

«حيازت» از ریشه «حوزه» و مصدر از فعل «حاز» در لغت به معنای تصرف، بدست آوردن و در اختیار گرفتن چیزی آمده و منظور از آن، تحصیل چیزی است از مباحات به قصد تملک، و در اصطلاح «قانون مدنی» به معنای تصرف و وضع ید است، یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلاء. بنابراین، نتیجه حيازت مباحات، «تملک مال» مربوطه برای عامل آن است. حيازت مباحات در مورد هر چیز می‌باید متناسب با ذات آن چیز باشد، به عنوان مثال حيازت زمین به آباد کردن آن است و حيازت معدن، به کشف و استخراج و حيازت حیوانات وحشی به شکار و...

مطابق ماده «۱۴۶» قانون مدنی: «مقصود از حيازت، تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلاء». از این ماده استنباط می‌شود که برای تحقق حيازت، نیاز به «قصد» است و در اصطلاح، یک «عمل حقوقی» است.^۱ عمل حقوقی شامل «عقد» و «ایقاع» است. جهت تحقق عقد، اراده حداقل دو نفر لازم است، در حالی که جهت تحقق ايقاع، اراده یک نفر کفایت می‌کند. در «حقوق ایران» به پیروی از «حقوق اسلام»، ايقاع در کنار عقد، جزو اعمال حقوقی پذیرفته شده است که مصادیقی از آن را می‌توان در فسخ، طلاق، ابراء، اخذ به شفعه و حيازت مباحات ملاحظه کرد. بنابراین «حيازت»، دارای دو رکن است: اول، «رکن مادی» که تصرف و وضع ید است، البته با مهیا کردن وسایل تصرف و دوم: «رکن معنوی» که همان قصد تملک است، خواه از جانب خود شخص باشد یا از جانب کسی باشد که او را مأمور به تصرف کرده‌اند. قید اخیر ماده «۱۴۶» قانون مدنی مواجه با ایراد است زیرا، صرف مهیا کردن وسایل تصرف، موجب تملک نمی‌شود، بلکه می‌بایستی به قصد تملک بر مال مباح،

۱- اموری که در عالم حقوق برای تحقق آن نیاز به قصد و اراده دارد را «عمل حقوقی» می‌نامند و در مقابل «واقع حقوقی» قرار دارند که اراده و قصد در تحقق آن اثری ندارد مثل فوت؛ بنابراین چنانچه به عنوان مثال، عشایر کوچ نشین در جایی اتراف کنند و در آنجا برای اقامت چند هفته‌ای خود زمینی را قابل سکونت و آباد کنند چون قصد تملک ندارند و عن قریب قصد رحلت دارند، مالک زمین نمی‌شوند یا اگر بیمارستان صحرایی در مکانی احداث شود یا اردوی موقتی توسط نظامیان در زمینی ایجاد شود.

۱- شش باب از قانون مدنی با عنوان احياء اراضی موات و حيازت اشیاء مباحه از مواد «۱۴۱» تا «۱۸۲» به چگونگی استفاده از مباحات پرداخته‌اند، اما ملاحظه خواهد شد که قوانین دیگری پاره‌ای از مقررات ابواب ششگانه (اراضی موات و مباحه، حيازت مباحات، معدن، اشیاء پیدا شده و حیوانات ضاله، دفینه و شکار) را تحت الشعاع قرار داده است. امروزه اراضی موات با توجه به قانون زمین شهری (مصوب ۱۳۶۶) متعلق به دولت است و لذا جزو مباحات محسوب نمی‌گردد، همچنین برابر اصل «۴۵» قانون اساسی و قانون توزیع عادلانه آب، آنها نیز از مشترکات عمومی محسوب شده و در اختیار دولت است، معادن نیز با توجه به قانون اصلاح معادن سال «۱۳۹۰» جزو مباحات محسوب نمی‌شوند، همچنین اشیاء پیدا شده و حیوانات ضاله (گمشده) نیز اصولاً از اموال مجهول المالک هستند، نه مباحات. توضیح اینکه تقسیم قانون مدنی از اموالی که مالک خاص ندارند مربوط به قبل از تصویب قانون اساسی است. با تصویب این قانون و بویژه اصل «۴۵» در این قسمت از مقررات قانون مدنی تغییراتی داده شده است که با وجود اصلاحات قانون مدنی در سالهای «۱۳۶۱» و «۱۳۷۰» تطبیقی با قانون اساسی در این قسمت داده نشده است.

تصرف و وضع ید صورت گیرد، مثل اینکه شکارچی، پرنده‌ای را شکار نماید یا ماهی را صید نماید و به قصد تملک با رعایت قوانین، شکاری را انجام دهد که در این صورت برای او، مالکیت ایجاد می‌شود.

بند دوم: اقسام مباحات

در یک تقسیم، مباحات را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد: «مباحات اصلی» و «مباحات فرعی» یا «عرضی»؛

الف: مباحات اصلی

«مباحات اصلی» اموال بلا مالکی هستند که از همان اول در طبیعت، مطابق حکم شارع مقدس به صورت مباح وجود دارند که شامل سه دسته‌اند:

- ۱- مباح برای تملک «عین»، مثل پرندگان «بلا مالک» در جنگل یا آسمان.
- ۲- مباح برای تملک «منافع»، مثل دریا و رودخانه‌ها که عین آنها قابل تملک نیست، اما منافع متصل یا منفصل آنان قابل تملکند، مثل میوه‌های درختان وحشی و ماهیان دریا.
- ۳- مباح برای «انتفاع» (اباحه انتفاع)، اینگونه اموال شامل اموالی است که نه عین آنها قابل تملکند و نه منافع آنها، بلکه تنها انتفاع و بهره‌وری از آنها مباح است، مثل استفاده از جنگل برای تفریح و بهره‌مندی از هوای پاک آن.

ب: مباحات فرعی

«مباحات فرعی» یا «عرضی» شامل مباحاتی است که سابقه مالکیت داشته است، لیکن مالک، سلطه مالکانه خویش را از آن مال برداشته است؛ یعنی این نوع اموال قبلاً مالک داشته، ولی مالک از آن اعراض کرده است؛ این نوع اباحه نیز به سه دسته تقسیم می‌شود:

- ۱- «مباح» برای «تملک عین»، مثل اینکه شخصی سکه‌هایی را بر روی عروس نثار کند که در این صورت مالک، این سکه‌ها را مباح کرده است و یا اینکه شخصی میز تحریر خود را بیرون بگذارد تا دیگری بردارد.
- ۲- «مباح» برای تملک «منافع»، مثل اینکه شخصی گاو شیرده خود را برای مدت معینی به دیگری بدهد تا شیر آن را مورد استفاده قرار دهد.
- ۳- «مباح» برای «انتفاع»، مثل اینکه شخصی به دیگری اجازه دهد تا از کتابخانه شخصی وی استفاده کند.^۱

۱- برای توضیح بیشتر رک: اسدی، دعاوی راجع به جنگل‌ها و مراتع و رسیدگی به آن، صص ۱۷ و ۱۸

بند سوم: انواع مباحات

چنانکه اشاره شد در قانون مدنی، انواع مباحات ذکر شده است که در ادامه به بررسی آن می‌پردازیم:

الف: احیای اراضی موات

«احیاء» یعنی زنده کردن و در اصطلاح به معنی «آباد کردن زمین» آمده است، «موات» به معنی مرده و بی‌روح است و در اصطلاح به اراضی گویند که مالک ندارد. مباحه به معنی آزاد گذاردن است و اراضی موات هم در وضع «اباحه» هستند، به اعتبار آنکه اشخاص آزادانه آن را تملک نمایند، لذا اراضی موات و مباحه، اراضی هستند که مالک ندارد و از آنها انتفاع برده نمی‌شود؛^۱ در ادامه به توضیح این عبارات می‌پردازیم.

۱- معنی زمین موات

در ماده «۲۷» قانون مدنی، زمین‌های بدون مالک که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد، اراضی موات نامیده شده است.^۲ بنابراین زمینی از اراضی موات است که اولاً، مالک نداشته باشد؛ بنابراین اگر زمینی مالک داشته، ولی مالک به آن توجه نکند و زمین را معطل بگذارد، زمین «بایر» است و قابل تملک نیست؛ و ثانیاً، فقدان آبادی و کشت و زرع؛ آبادانی نیز حسب مورد متفاوت است، گاه آبادی به کشت و زرع است و گاه به ساختمان سازی و....^۳

در خصوص تشخیص اراضی موات، ماده «۱۲» قانون زمین شهری مقرر می‌دارد: «تشخیص عمران و احیاء و تاسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات، به عهده وزارت مسکن و شهرسازی است. این تشخیص، قابل اعتراض در دادگاه صالحه می‌باشد». نخستین قانونی که «زمین بایر» را به صورت مجزا از «زمین موات» تعریف کرد، ماده «۱» بند «دال» قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی (مصوب ۱۳۵۸) بود که مقرر می‌داشت: «اراضی بایر، زمین‌هایی است که سابقه احیاء دارد، ولی به علت اعراض و عدم بهره برداری برای مدت ۵ سال متوالی بدون عذر موجه متروک مانده و یا بماند» این تعریف جامع نبوده و قید مهلت ۵ سال ملاک شرعی نداشت؛ در ماده «۱۴» قانون اراضی شهری (مصوب ۱۳۶۰)، «زمین بایر» چنین تعریف شده است: «اراضی

۱- مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق مدنی، جلد اول، ص ۲۱۸

۲- مبحثی در فقه تحت عنوان «احیاء موات» مورد بحث قرار می‌گیرد که منظور از آن، احیاء زمین‌های موات است؛ زمین موات، زمینی است که سابقه آبادی ندارد و بدون مالک و معطل و بدون کشت و زرع باشد، برخلاف زمین بایر که اگرچه کشت و زرع در آن نمی‌شود، لیکن قبلاً آباد بوده و سابقه آبادی دارد؛ «احیاء الموات و هو ما لا یتنفع به لعطلته او لاستیجانه ولعدم الماء عنه یتملکه من احیاء مع غیبه الامام» (شهید اول، لمعه، ص ۱۴۶)

۳- و کل ارض ترک اهلها عمارتها فالمحیی احق به، (همان).

بایر شهری، زمین‌هایی است که سابقه عمران و احیاء داشته و به تدریج به حالت موات برگشته است، اعم از اینکه صاحب مشخصی داشته یا نداشته باشد.»

در مقابل اراضی موات و بایر، اراضی «دایر» قرار دارد که مراد از اراضی دایر، «اراضی آباد» را گویند که مورد بهره برداری مالک است؛ در هر حال برای تشخیص دایر یا بایر بودن زمین، باید به «عرف» مراجعه نمود.

در «فقه»، زمین موات، زمین غیر آباد و به عبارتی، زمین معطل مانده‌ای است که از آن بهره برداری نشود و عدم بهره برداری از آن به سبب قطع و بریده شدن آب از آن یا به واسطه مستولی شدن آب بر آن یا به لحاظ تحت پوشش قرار گرفتن توسط شن و ماسه و نمک و غیره است.^۱

«موات» به چند قسم تقسیم می‌شود: قسم اول، «موات بالاصل» که جزء «انفال» است و در اختیار «امام مسلمین» قرار دارد که در زمان غیبت «امام عصر» (عج) به «مجتهد جامع الشرایط» واگذار شده است که بر اساس مصالح عامه، اذن در احیاء می‌دهد؛ و قسم دوم، «موات بالعرض» است، در صورتی که زمین آبادی، خراب شود به موات ملحق می‌شود و رابطه آباد کننده سابق با زمین قطع می‌شود و برای وی، حقی نسبت به زمین و نسبت به احیاء کننده بعدی وجود ندارد.^۲

۲- مفهوم احیاء

ماده «۱۴۱» قانون مدنی، مفهوم احیاء را توضیح داده است: «مراد از احیاء زمین آن است که، اراضی موات و مباحه را بوسیله عملیاتی که در عرف، آباد کردن محسوب است، از قبیل زراعت، درختکاری، بنا ساختن و غیره، قابل استفاده نمایند» بنابراین، نحوه آباد کردن زمین، حسب مورد متفاوت است، به عنوان مثال آباد کردن زمین جهت امور زراعی به کشت و زرع در آن است و آباد کردن زمین سنگلاخ، با ساخت ساختمان یا بنای ورزشی یا بیمارستان و... است، لذا در هر مورد، «عرف» تشخیص می‌دهد که زمین آباد شده یا خیر؟^۳

بر اساس مقررات «قانون مدنی» برای تملک اراضی موات، سه شرط لازم است: ۱- عملی که عرفاً آباد کردن محسوب گردد، مانند زراعت و درختکاری ۲- قصد تملک، زیرا احیاء، یک عمل حقوقی است، لذا آباد کردن زمین بدون قصد تملک مثل گلکاری توسط یک مسافر چند روزه بدون قصد مالک شدن، ایجاد مالکیت نمی‌کند. ۳- رعایت مقررات که احیاء

۱- اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیله النجاه، انتشارات مرتضویه، نجف، چاپ نهم، ۱۳۸۵، ه.ق، ص ۲۰۶

۲- رک: التهذیب، ج ۷، ص ۱۵۱ و الاستبصار، ج ۳، ص ۱۰۸ و وسائل الشیعه، ج ۱۷، باب ۳ از احیاء، ص ۳۲۹ و جواهر الکلام، ج ۳۸، ص ۲۱ و مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۱۲

۳- و المرجع فی الاحیاء الی العرف کعضد الشجر و قطع المیاء الغالبه و التحجیر بحائط او مرز او مسناه. (شهید اول، لمعه، ص ۱۴۷)

کننده باید مقررات مربوط به این موضوع را از هر حیث رعایت نماید.

۳- مفهوم تحجیر

مراد از «تحجیر»، این است که اگر کسی به قصد تملک، مقدمات احیاء و آبادی را فراهم کند، «حق اولویت» و «تقدم در آبادی» برای وی ایجاد می‌شود، لیکن تا زمانی که زمین را آباد نکرده، مالکیت ایجاد نمی‌شود. زیرا تحقق احیاء، شرط اساسی برای تملک است؛ بنابراین اگر پس از ایجاد مقدمات از آبادی زمین منصرف شد و زمین را ترک کرد، شخص دیگری می‌تواند آن زمین را احیاء و تملک نماید.

«تحجیر» از «حجر» به معنای سنگ آمده و مراد، سنگچین کردن اطراف زمین است، ولی اکنون می‌توان گفت، سیم خاردار کشیدن یا کندن اطراف زمین یا کندن چاه و کشیدن نهر نیز از مصادیق تحجیر است، بنابراین هر عملی که شروع در احیاء محسوب شود، تحجیر است. ماده «۱۴۲» قانون مدنی در مورد تحجیر، چنین مقرر داشته است: «شروع در احیاء از قبیل سنگ چیدن اطراف زمین یا کندن چاه و غیره، تحجیر است و موجب مالکیت نمی‌شود، ولی برای تحجیر کننده، ایجاد حق اولویت در احیاء می‌نماید».

ماده «۱» آیین نامه اجرایی قانون زمین شهری (مصوب ۱۳۶۷) نیز در مورد تحجیر چنین مقرر داشته است: «... عملیاتی از قبیل شخم غیر مسبوق به احیاء و تحجیر و ریختن مصالح در زمین و حفر چاه و نظائر آن، عمران و احیاء محسوب نمی‌گردد».

«حقوقدانان» گفته‌اند: حق تحجیر از «حقوق عینی» می‌باشد، زیرا در برابر هر متجاوزی می‌توان به آن استناد کرد و صاحب حق می‌تواند دیگران را از تصرف در مال باز دارد، حتی اگر غاصب، زمین را احیاء کرده باشد این احیاء، اثری در تملک برای او ندارد.^۱ در صورتی که تحجیر کننده از آباد کردن زمین خودداری نماید، «فقه‌های امامیه» قایل به آن هستند که حاکم برای حفظ منافع عمومی، تحجیر کننده را به «احیاء» یا «اعراض» از تحجیر ملزم می‌نماید. هر گاه تحجیر کننده، مهلتی برای احیاء بخواهد، حاکم مهلتی مناسب به او می‌دهد. چنانچه در مهلت مقرر، تحجیر کننده بدون عذر موجه اقدام به احیاء نکند، حاکم، می‌تواند آباد کردن زمین مزبور را به دیگری واگذار نماید. عدم استطاعت مالی به عقیده «فقه‌های امامیه»، عذر موجه محسوب نمی‌شود. برخی گفته‌اند: اگر تحجیر کننده در ظرف سه سال از تاریخ تحجیر، اقدام به احیاء نکند، حق او ساقط می‌شود.^۲ در حقوق موضوعه با توجه به اینکه خودداری تحجیر کننده از احیاء بدون عذر موجه، «سوء استفاده از حق» تلقی می‌شود و سوء استفاده از

۱- مدنی، سید جلال الدین، اموال و مالکیت، ص ۲۴.

۲- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۸، ص ۵۹.

حق، بنابر قاعده «لاضرر» و اصل «۴۰» قانون اساسی، ممنوع است، قاضی این اختیار را دارد که در صورت تحقق شرایط مزبور، حکم به سقوط اولویت تحجیر کننده نماید.^۱

۴- توابع احیاء

احیاء زمین، باعث می شود مالک، حقی نیز بر «حریم زمین» پیدا نماید. به عنوان مثال، اگر برای احیاء، ناچار باشد از ملک دیگری عبور نماید؛ امکان عبور برای او ممکن است. همچنین پس از آباد کردن نیز، حق عبور برای او وجود دارد.

ماده «۱۴۴» قانون مدنی مقرر داشته است: «احیاء اطراف زمین، موجب تملک وسط آن نیز می باشد» یعنی اگر به عنوان مثال، یک زمین ۱۰ هکتاری آباد شد و در وسط زمین، چند تپه وجود داشت، آن تپه ها نیز به تبع کل زمین، ملک آباد کننده می شود. البته باید تناسب میزان احیاء شده را با میزان تملک شده، رعایت کرد. بنابراین اگر کسی، اطراف ۱۰ هکتار زمین را به عرض یک متر شخم بزند و سبزی بکارد، نمی تواند ادعا کند زمینی که در وسط واقع شده را نیز به تبع آن، مالک شده است، زیرا تناسب حفظ نشده است.

۵- مالکیت مشروط در احیای اراضی

سؤال این است که آیا احیای زمین های موات، موجب «ملکیت مطلق» می گردد یا خیر؟ اکثریت قریب به اتفاق «فقهاء»، ملکیت مطلق وابدی زمین را برای احیا کننده قائل نیستند، و می گویند مقصود از ملکیت، ملکیت مطلق نیست، به این معنی که احیاء کننده، گرچه مالک زمین می شود، ولی این ملکیت، تا زمانی است که آثار احیاء وجود داشته باشد. بنابراین احیا کننده زمین تا زمانی می تواند تصرفات مالکانه (مثل فروش یا اجاره یا...) در زمین خود را انجام دهد که در احیاء زمین، کوشا باشد و آلا از مالکیت او خارج می شود؛ بنابراین حق تصرفات تامه، «مادام الاحیاء» است.

بنابراین، اگر بگوییم، احیاء کننده، تنها تا موقعی که در آباد کردن زمین پایبند است، حق هر گونه تصرف مالکانه را دارد، سخنی به گزاف نگفته ایم. دوم اینکه، این احیاء در صورتی است که زمین، سابقه آبادانی نداشته باشد، و اگر مالک قبلی داشته باشد، باید از وی اجازه خواست و حق وی را پرداخت.^۲

۱- صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد اول، ص ۱۴۸.

۲- و اینک سه نمونه از روایت هایی که در این باره رسیده است مطرح می شود: ۱- صحیحہ ابو خالد کابلی «عن ابی جعفر الباقر علیہ السلام قال: وجدنا فی کتاب علی (علیہ السلام) ان الارض لله یورثها من یشاء من عباده و العاقبه للمتقین.....» زمین از آن ماست، و حق واگذاری آن با ماست. هر مسلمانی که زمینی را برای آباد ساختن انتخاب کرد، از جانب ما مجاز است، و باید در آبادی آن بکوشد، و درآمد مقرری آن را به امام وقت بپردازد، و هر آنچه بهره گیرد از آن خود اوست. اگر از آبادی آن فرو نهشت و آن را در دست خرابی رها کرد و سپس دیگری آمد و آن را از نو آباد و احیا ساخت، همو سزاوارتر از رها کننده نخست است و او نیز باید همان رفتاری را کند که فرد سابق می کرد. بیا ویران شدن، زمین از سلطه احیا کننده خارج می گردد و رابطه وی با زمین قطع می شود، اما هرگز ویرانی از

بنابراین اکثریت «فقهاء» قایل به این هستند که شخصی که ملکی را احیاء می‌کند در تصرف زمین سزاوار است، ولی مالک زمین نمی‌شود، لذا چنانچه زمین را رها کند و آثار آبادانی از بین برود و دیگری آن را آباد کند، در آن صورت، آباد کننده جدید به آن سزاوارتر است.^۱ بنابراین با توجه به روایات گفته شده، زمین، ذاتاً قابل ملکیت نیست، بلکه تنها با احیای آن، حق اولویت حاصل می‌گردد و با زوال آبادی، آن حق از بین می‌رود.

۶- محدودیت‌ها

مقررات احیاء با توجه به قوانین بعدی، دچار محدودیت‌هایی شده است. همچنانکه «قانون مدنی» در ماده «۱۴۵» نیز بیان می‌دارد: «احیاء کننده باید قوانین دیگر مربوطه به این موضوع را از هر حیث رعایت نماید». بنابراین، مقررات «قانون مدنی» راجع به تملک اراضی موات از طریق احیاء، با عنایت به مقررات بعدی تا حد زیادی فایده عملی خود را از دست داده است، امروزه این اراضی از طریق احیاء، قابل تملک نیستند، بلکه دولت می‌تواند با رعایت مقررات آنها را واگذار نماید. برخی از محدودیت‌هایی که در احیاء زمین بوجود آمده بدین شرح است:

۶-۱- به موجب لایحه قانونی ثبت اراضی موات اطراف تهران (مصوب ۱۳۳۴) تقاضای ثبت اراضی بایر بدون مالک و موات اطراف شهر تهران از تاریخ «۱۳۳۱» تنها از بانک ساختمانی (وزارت مسکن و شهرسازی فعلی) پذیرفته می‌شود و هیچکس نمی‌تواند به عنوان احیاء اراضی، تقاضای ثبت کند؛ که ظاهراً این قاعده به تدریج به شهرستان‌های دیگر نیز سرایت داده شد.

۶-۲- به موجب ماده «۶» قانون اصلاحات ارضی، (مصوب ۱۳۳۹/۲/۲۶) در زمین‌های «بایر» و «موات» در روستاها بین زارعین بر اساس نحوه تملک آنها، قانون حکم می‌کند و نه تقدم آنها در احیاء و آبادی و ماده «۴» قانون راجع به الحاق «۸» ماده به آیین نامه اصلاحات ارضی (مصوب ۱۳۴۶) به سازمان اصلاحات ارضی، اجازه داده که اراضی موات را جهت برنامه‌های

اسباب انتقال نیست. لذا معلوم می‌شود که تعلق زمین به احیا کننده به تبع احیاء آن است. ۲- صحیح عمر بن یزید: «سمعت رجلاً من اهل الجبل یسأل ابا عبد الله علیه السلام عن رجل اخذ ارضاً مواتاً ترکها اهلها،... (شنیدم مرد کوهستانی را که از امام صادق علیه السلام درباره زمینی می‌پرسید که مردمانش آن را ترک گفته‌اند. پس دیگری آمد و آن را آباد کرد، جویهای آن را پاک نمود، خانه‌هایی ساخت و درختانی غرس کرد، امام فرمود: امیر المؤمنین علی علیه السلام فرموده: هر کس از مؤمنان زمینی را احیا نماید، از آن او خواهد بود و بر وی است که اجرت زمین را به امام وقت بپردازد. و این تا موقعی است که حکومت عدل اسلامی برقرار نگردیده، ولی در موقع ظهور دولت حق، او باید خود را آماده کند که آن زمین از وی گرفته شود. یعنی اگر گرفته شود، حق اعتراض ندارد، زیرا زمین از آن وی نبوده، و با پس گرفتن مالک حقیقی (امام وقت)، جای اعتراض نیست) ۳- صحیح معاویه بن وهب: «سمعت ابا عبد الله علیه السلام یقول: ایتما رجل اتى خربة بائرة فاستخرجها...» هر کس زمین بایری را آباد نماید، جز زکات غلات (ده یک درآمد از حاصل جو و گندم) چیز دیگری بر او نیست، و اگر زمین قبلاً متعلق به دیگری بوده و آن را رها نموده تا خراب شده است، و سپس آمد و زمین را مطالبه نمود، هیچ حقی ندارد، زیرا زمین از آن خداست و آن کس که فعلاً آن را آباد نمود (کلینی، محمد بن یعقوب، اصول کافی، ج ۱، ص ۴۰۸)

۱- طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۲۳۷ و شهید ثانی، مفتاح الکرامه، ج ۷، باب احیاء الموات، ص ۱۲

عمرانی، مثل ساخت کارخانه.. با تصویب دولت در اختیار موسسات دولتی قرار دهد.

۶-۳- در خصوص اراضی موات واقع در محدوده قانونی و حوزه استحفاظی شهرها، ماده «۱» قانون لغو مالکیت اراضی شهری و کیفیت عمران آن، (مصوب ۱۳۵۸) مقرر داشته بود که اراضی موات واقع در محدوده قانونی شهرها، اصولاً متعلق به دولت است و برای کسانی که قبلاً نسبت به این اراضی، سند مالکیت اخذ کرده بودند، قانون مهلت معینی جهت عمران و آبادی در نظر گرفته بود تا در طی آن مدت مقرر اقدام به احیاء اراضی خود نمایند.

درباره اراضی موات خارج از محدوده قانونی و حوزه استحفاظی شهرها نیز، قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن (مصوب ۱۳۶۵) مقرر داشته است که کلیه اسناد و مدارک رسمی و غیر رسمی مربوط به این اراضی به استثناء زمین‌هایی که توسط مراجع صلاحیتدار دولت جمهوری اسلامی واگذار شده است، باطل است و این قبیل اراضی، در اختیار دولت قرار می‌گیرد تا در جهت تولید محصولات کشاورزی و صنعتی، ایجاد اشتغال و مصارف عام المنفعه و بر طرف ساختن نیاز دستگاه‌های دولتی و نهادهای انقلاب اسلامی و شهرداری‌ها و ایجاد مسکن و واگذاری زمین برای کسانی که مسکن ندارند، مورد استفاده قرار گیرد. تشخیص این اراضی به عهده وزارت کشاورزی است که از طریق هیات‌های هفت نفره واگذاری زمین اقدام می‌گردد.

۶-۴- در ماده «۵» قانون زمین شهری (مصوب ۱۳۶۶) تکلیف بخش مهمی از زمین‌های موات مشخص شده است؛ این ماده مقرر داشته است: «کلیه زمین‌های موات شهری، اعم از اینکه در اختیار اشخاص یا بنیادها و نهادهای انقلابی دولتی یا غیر دولتی باشد، در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد و مدارک مالکیت گذشته، ارزش قانونی ندارد و ادارات ثبت اسناد و املاک مکلفند به درخواست وزارت مسکن، اسناد آنها را به نام دولت صادر نمایند...»

ماده «۸» قانون مزبور مقرر داشته است: «کلیه اراضی بایر شهری که صاحب مشخصی نداشته باشد، در اختیار ولی فقیه است». بنابراین بر اساس این قانون، احیاء اراضی موات، تنها به اذن دولت و مقام‌های صالح ممکن است.

حال سؤال این است که آیا زمین‌هایی که قبل از این قانون احیاء شده نیز مشمول این قانون می‌شوند یا قانون مذکور ناظر به آینده است؟ از ظاهر قانون که عنوان می‌دارد، اسناد و مدارک مالکیت گذشته ارزش قانونی ندارد، چنین بر می‌آید که بخش مهمی از زمین‌های احیاء شده قبلی نیز به مالکیت دولت در می‌آید و قانون «اثر قهقرایی» پیدا نموده است.^۱

۱- قانون زمین شهری سال «۱۳۶۶» اراضی شهری را به ۳ دسته تقسیم کرد: ۱- اراضی دایر ۲- اراضی بایر ۳- اراضی موات. اراضی دایر، زمین‌هایی است که آن را احیاء و آباد نموده‌اند و در حال حاضر دایر و مورد بهره برداری مالک است. زمین‌های دایر مشمول این

۵-۶- ماده واحده مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام اسلامی در خصوص حل مشکل اراضی بایر (مصوب ۱۳۶۷) اعلام می‌دارد: «کلیه اراضی بایر در سراسر کشور در صورت اعراض صاحبان آنها، بلاعوض در اختیار دولت قرار می‌گیرد و در صورت عدم اعراض، مالکین اراضی بایر به دلیل ضرورت ملزم به کشت بر اساس ضوابط کشاورزی یا فروش یا اجاره یا مزارعه زمین بایر خود هستند. چنانچه از تاریخ ابلاغ، ظرف مدت یکسال اقدام به یکی از موارد فوق نمایند، وزارت کشاورزی رأساً و یا توسط هیأت هفت نفره واگذاری زمین، از طرف مالک برای کشاورزی و دامداری به قیمت عادله زمان تصویب این قانون (۶۷/۵/۲۵) خواهد فروخت.»

تذکر: اراضی «بایر»، شامل اراضی ای است که بیش از ۵ سال بدون عذر موجه بلاکشت مانده یا بماند.

تبصره ۱- مهلت عنوان شده، چنانچه عذر مالک در زیر کشت قرار دادن اراضی موجه باشد، مدت یکسال تمدید خواهد شد.

تبصره ۲- پرداخت بهای عادله در هر مورد پس از کسر بدهیهای قانونی و شرعی مالک انجام خواهد گرفت.

تبصره ۳- آیین نامه ماده واحده ظرف مدت دو ماه تهیه و به تصویب دولت خواهد رسید.

تبصره ۴- در مواردی که مشروعیت مالکیت اراضی بایر از طرف وزارت کشاورزی یا زارعین محلی یا دادسرای انقلاب و دادگاه اصل «۴۹» محل اعتراض باشد، دادگاه، اصل «۴۹» مکلف است ظرف حداکثر یکسال نسبت به اعتراض رسیدگی و تعیین تکلیف نماید و چنانچه در این مدت این اراضی به فروش رسیده و یا به صورت اجاره و یا مزارعه واگذار گردیده، وجوه مربوطه در حسابی که وزارت دارایی تعیین میکند، نگهداری خواهد شد تا پس از تعیین تکلیف در دادگاه طبق مقررات قانون نحوه اجرای اصل «۴۹» قانون اساسی اقدام شود»

علیرغم محدودیت‌های ایجاد شده، دولت می‌تواند با شرایط خاصی اجازه احیاء اراضی موات را بدهد و در صورت وجود اجازه صریح یا ضمنی دولت، احیاء کننده اینگونه اراضی، مالک شناخته می‌شوند. در این حالت، قوانین و مقررات مذکور در قانون مدنی در احیاء اراضی مورد اجرا قرار خواهد گرفت.

قانون، اراضی کشاورزی یا آیش، اعم از محصور یا غیر محصور می‌باشد. اراضی بایر شهری، زمین‌هایی است که سابقه عمران و احیاء داشته و به تدریج به حالت موات برگشته، اعم از اینکه صاحب مشخص داشته و یا نداشته باشد و اراضی موات شهری، زمین‌هایی است که سابقه عمران و احیاء نداشته باشد. نتیجه قانون زمین شهری، اولاً، لغو کلیه مالکیت‌های زمین موات شهری بود که تا تاریخ ۱۳۵۸/۴/۵ احیاء نشده بود، ثانیاً، لغو مالکیت کلیه اراضی بایر شهری بود که صاحب مشخصی نداشت، بعلاوه تمام مالکین اراضی دایر و بایر شهری مکلف شدند در صورت نیاز دولت برای اجرای طرحهای عمومی، اراضی خود را بفروشند.

ب): آبهای مباح

۱- اصل

قبل از ملی شدن آبها به سال «۱۳۴۷»، بیشتر آبهای ایران از مباحات به شمار می‌آمده و افراد می‌توانستند با رعایت مقررات، آنها را حيازت و تملک نمایند. «قانون مدنی» از «آبهای مباح» تعبیر به «مياه مباحه» کرده (که جمع ماء به معنای آب است) و مقرراتی راجع به آن ذکر کرده است. ماده «۱۴۸» قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر کس در زمین مباح، نهري بکند و متصل کند به رودخانه، آن نهري را احیاء کرده و مالک آن نهري می‌شود، ولی مادامی که متصل به رودخانه نشده است، تحجیر محسوب می‌شود» و مطابق ماده «۱۴۹» قانون مدنی: «هر گاه کسی به قصد حيازت مياه مباحه، نهري یا مجرای احداث کند، آب مباحی که در نهري یا مجرای مزبور وارد شود، ملک صاحب مجری است، و بدون اذن مالک، نمی‌توان از آن نهري جدا کرد یا زمینی مشروب نمود» بنابراین آب دریا و رودخانه‌ها و باران، از مشترکات عمومی و جزء مباحات بوده که با حيازت آن از طریق کندن نهري، می‌توان آن را تملک کرد، همچنین با حفر چاه و قنات نیز می‌توان آبهای زیر زمین را تملک کرد، زیرا به موجب ماده «۱۶۰» قانون مدنی: «هر کس در زمین خود یا اراضی مباحه، به قصد تملک، قنات یا چاهی بکند تا به آب برسد یا چشمه جاری کند، مالک آب آن می‌شود و در اراضی مباحه، مادامی که به آب نرسیده، تحجیر محسوب است».

پس از ورود آب به نهري یا رسیدن به آب در چاه یا جاری شدن آب قنات، دیگر آب از مباحات نبوده و ملک صاحب نهري می‌شود.^۱

ممکن است چند نفر به شرکت، آب مباحی را حيازت نمایند، در این صورت به نسبت کار یا هزینه‌ای که کرده‌اند، مالک آب می‌شوند. ماده «۱۵۰» قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «هرگاه چند نفر در کندن مجری یا چاه شریک شوند به نسبت عمل و مخارجی که موجب تفاوت عمل باشد، مالک آب می‌شوند و به همان نسبت، بین آنها تقسیم می‌شود» نتیجه شرکت در حيازت آب مباح و مالکیت مشترک، این است که هیچ یک از شرکاء حق ندارد بدون رضایت شریک دیگر، در مجری یا آب مشترک تصرف نماید. مطابق ماده «۱۵۱» قانون مدنی: «یکی از شرکاء نمی‌تواند از مجرای مشترک، مجرائی جدا کند یا دامنه نهري را وسیع یا تنگ کند یا روی آن پل یا آسیاب بسازد یا اطراف آن درخت بکارد یا هر نحو تصرفی کند مگر

۱- و منها المياه المباحه فمن سبق الى اغتراف شيء منها فهو اولى به و تملكه مع نيه التملك و من اجري فيها نهرا ملك الماء المجري فيه، و من اجري عيناً فكذا له و كذا من احتقن شيئاً من مياه الغيث او السيل، و من حفر بئراً ملك الماء بوصوله اليه و لو كان قصده الانتفاع... (شهيد اول، لمعه، ص ۱۴۷)

به اذن سایر شرکاء.» که البته این قاعده کلی مربوط به «اموال مشاع» است. اگر شرکاء آب مشترک، مال خود را افراز کنند و نصیب مفروز شریک، از آب نهر مشترک، داخل مجرای اختصاصی او شود، آب آن ملک، مخصوص صاحب مجری می‌گردد، و هر گونه تصرفی در آن می‌تواند انجام دهد (ماده ۱۵۲ قانون مدنی)، زیرا هر کس در مال خود، در تصرفات آزاد است. همچنین مطابق ماده «۱۵۳» قانون مدنی: «هر گاه 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.» که البته این قاعده «تساوی» در مورد هر حق و مال مشترک، قابل اعمال است.

بموجب ماده «۱۵۵» قانون مدنی: «هر کس حق دارد از نهرهای مباحه، اراضی خود را مشروب کند یا برای زمین و آسیاب و سایر حوائج خود، از آن نهر جدا کند.» اما اگر چند نفر بخواهند از یک نهر مباح استفاده نمایند و آب نهر کافی نباشد که در یک زمان آب ببرند و یا برای استفاده همه آنها کافی نباشد، در این صورت چنانچه قراردادی برای تقدم و تأخر استفاده آنها باشد، مطابق قرارداد عمل خواهد شد، در غیر اینصورت و چنانچه تاریخ احیاء اراضی مختلف باشد، زمینی که احیاء آن، مقدم بوده در استفاده از آب، حق تقدم خواهد داشت. مطابق ماده «۱۵۸» قانون مدنی: «هر گاه تاریخ احیاء اراضی اطراف رودخانه مختلف باشد، زمینی که احیاء آن مقدم بوده در آب نیز مقدم می‌شود بر زمین متأخر در احیاء، اگر چه پایین تر از آن باشد.» و مطابق ماده «۱۵۹» قانون مدنی: «هر گاه کسی بخواهد جدیداً زمینی در اطراف رودخانه احیاء کند، اگر آب رودخانه زیاد باشد و برای صاحبان اراضی سابقه تضییقی نباشد می‌تواند از آب رودخانه، زمین جدید را مشروب کند و الا حق بردن آب ندارد، اگر چه زمین او بالاتر از سایر اراضی باشد.» در صورتی که تاریخ احیاء اراضی اطراف رودخانه مختلف نباشد و یا اینکه هیچیک نتواند حق تقدم را ثابت نماید، زمینی که به منبع آب نزدیکتر است، بقدر حاجت، حق تقدم بر زمین پایین تر را خواهد داشت. (ماده ۱۵۶ قانون مدنی)

و نهایتاً اینکه مطابق ماده «۱۵۷» قانون مدنی: «هر گاه دو زمین در دو طرف نهر، محاذی هم واقع شوند و حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند و آب، کافی برای هر دو نباشد، باید برای تقدم و تأخر در بردن آب، به نسبت حصه «قرعه» زده و اگر آب، کافی برای هر دو باشد به نسبت حصه تقسیم می‌کنند.» که البته «قاعده قرعه» به عنوان یک قاعده استثنایی، زمانی به آن توسل می‌شود که دلیل دیگری جهت ترجیح و تقدم یکی بر دیگری، وجود نداشته باشد.

توضیح اینکه در تمام مواردیکه حق تقدم برای صاحب زمین وجود دارد به «میزان

حاجت» است، لذا صاحب زمین مؤخر در صورتی حق مشروب شدن خواهد داشت، که آبی زاید بر احتیاج زمین مقدم وجود داشته باشد.^۱

۲ - محدودیت‌ها

با توجه به افزایش جمعیت و مصرف بی‌رویه آب‌های سطحی و افزایش چاه‌های عمیق، دولت‌ها احساس کردند، باید به «آب» به عنوان یک «ثروت ملی» نگاه کنند تا به صورت عادلانه تقسیم گردد؛ بر این اساس، اولین قانونی که به تصویب رسید «قانون حفظ وحراست منابع آبهای زیرزمینی کشور» (مصوب ۱۳۴۵) و همچنین قانون آب و نحوه ملی شدن آن (مصوب ۱۳۴۷) بود. با تصویب این قانون، «آب»، از زمره مباحات خارج شد و جزء «مشترکات عمومی» قرار گرفت و مسئولیت حفظ و بهره برداری از آن به «وزارت آب و برق» آن زمان قرار گرفت و همه آب‌های غیر خصوصی کشور بر طبق ماده اول این قانون ملی، شده‌اند.

بعد از «انقلاب اسلامی» نیز بر اساس اصل «۴۵» قانون اساسی، کلیه آب‌های کشور، در اختیار «حکومت اسلامی» قرار گرفت تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل شود؛ همچنین قانون توزیع عادلانه آب (مصوب ۱۳۶۱)، تمام آب‌های سطحی و زیر زمینی را در زمره مشترکات عمومی آورد و مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره برداری از آنها را به «دولت» واگذار کرد و بستر انهار طبیعی و سیلها و مردابها و برکه‌های طبیعی و اراضی ساحلی را نیز بر آنها افزود و در واقع کلیه آب‌های کشور را، ملی اعلام نمود.^۲ بنابراین می‌توان گفت، حیات آب‌های مباح، دچار محدودیت‌هایی شده که به مهمترین آنها اشاره می‌شود:

۲-۱- اجازه استفاده از آبهای زیر زمینی

بر اساس ماده «۳» قانون توزیع عادلانه آب، استفاده از منابع زیر زمینی از طریق هر نوع چاه و قنات و توسعه چشمه در هر منطقه از کشور، می‌باید با اجازه و موافقت وزارت نیرو انجام شود و صاحبان چاههایی که در گذشته بدون موافقت احداث شده، نیز می‌باید به «وزارت نیرو» مراجعه تا تشریفات اخذ پروانه را کسب کنند...^۳

۱- صفایی، دوره مقدماتی حقوقی مدنی، جلد اول، ص ۱۵۴.

۲- مطابق ماده «اول» قانون توزیع عادلانه آب: «بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، آبهای دریاها و آبهای جاری در رودخانه‌ها و انهار طبیعی و دره‌ها و هر مسیر طبیعی دیگر، اعم از سطحی و زیر زمینی و سیلابها و فاضلابها و زه آبها و دریاچه‌ها و مردابها و برکه‌های طبیعی و چشمه سارها و آبهای معدنی و منابع زیر زمینی از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره برداری می‌شود. مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره برداری از آنها به دولت محول می‌شود.»

۳- در مصوبه مجلس پیش‌بینی شده بود: «تمام چاه‌های عمیق و نیمه‌عمیقی که پیش از سال ۱۳۸۴ و به صورتی غیرقانونی در کشور حفر شده‌اند را مجاز شمرده و وزارت نیرو را موظف کرده‌بود برای این چاه‌های کشاورزی فاقد پروانه‌واقع در دشت‌های ممنوعه‌آبی، مجوز و پروانه‌صادر کند»، این مصوبه حیرت انگیز، خوشبختانه توسط شورای نگهبان، مغایر با اصول «۴۰»، «۱۵۶»، «۱۷۳» قانون اساسی و

استثنایی که وجود دارد حفر چاه و استفاده از آن، برای مصارف خانگی و شرب و بهداشتی و باغچه است به شرط اینکه ظرفیت آبدهی آن از «۲۵» متر مکعب در شبانه روز بیشتر نباشد (ماده ۵ همان قانون). البته موضوع حفر و استفاده از چاه باید به اطلاع وزارت نیرو برسد و وزارت نیرو می‌تواند از این چاه‌ها بازرسی به عمل آورد. همچنین در این قانون پیش بینی شده است که چنانچه اختلافی در مورد برخی از موضوعات مرتبط با آب رخ دهد، قبل از مراجعه به مراجع قضایی، موضوع باید تا حد امکان از طریق کدخدامنشی و توسط سرآبیاران و میربان و با همکاری شورای محلی، حل و فصل شود و در صورت ادامه اختلاف، به دادگاه صالح مراجعه نمایند. (ماده ۴۲ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱)

۲-۲- مصرف متعارف و معقول

پس از مجوز وزارت نیرو، ممکن است چنین تصور شود که مالک چاه به هر میزان که بخواهد، می‌تواند از چاه استفاده کند، ولی ماده «۷» همان قانون این اجازه را نمی‌دهد و مقرر داشته است که «در مواردی که مقدار آب دهی بیش از مصرف معقول باشد، وزارت نیرو می‌تواند نسبت به فروش آن به مصرف کنندگان مدیریت نماید و در واقع به بهایی که منصفانه و عادلانه است به خریداران بفروشد و صاحب چاه حق فروش به میل خود را ندارد».

۲-۳- ممنوعیت موقت

ماده «۴» قانون توزیع عادلانه آب به وزارت نیرو اجازه داده است در مناطقی که به تشخیص آن وزارت، مقدار بهره برداری بیش از حد مجاز باشد، حفر چاه‌های عمیق یا نیمه عمیق و یا قنات و یا هر گونه افزایش در بهره برداری از منابع آب منطقه را، برای مدت معین ممنوع سازد.

۲-۴- مسدود نمودن چاه

در برخی موارد به علت استفاده بیش از حد از آب زیر زمینی، آب شور و شیرین مخلوط شده و تعادل آب‌های زیر زمینی به هم می‌خورد؛ یا چاه آب در معرض فاضلاب قرار می‌گیرد و آب استخراجی، آلوده به «نیتрат» می‌شود. در این خصوص ماده «۹» چنین مقرر کرده است: «در مواردی که آب شور و یا آب آلوده با آب شیرین مخلوط شود، چنانچه وزارت نیرو تشخیص

شرع تشخیص داده و رد شد. در مناطق روستایی کشور ما از دهه ۴۰ بود که حفر چاه‌های عمیق و نیمه عمیق در دشت‌های مختلف آغاز و جایگزین قنات‌ها در بهره‌برداری از آب‌های زیرزمینی گردید و ظرف ۲۰ سال تعداد این چاه‌ها به ۱۰۵ هزار حلقه مجاز و غیرمجاز رسید و به دلیل برداشت بیش از حد مجاز، از همان زمان، افت آب‌های زیرزمینی در کشور آغاز گردید. پایین رفتن سطح آب سفره‌های زیرزمینی، دشت‌های ممنوعه و محدود را در کشور رقم زد. چاه‌های نیمه عمیق به عمیق تبدیل شد، هزینه‌های تأمین آب کشاورزان افزایش یافت، قنات‌های قدیمی خشک شد و سبب شور شدن آب شیرین چاه‌ها گردید که این شوری نیز انتقال اجباری آب از جایی به جای دیگر و خشک شدن، شوری و تبدیل به نمک زار شدن دشت‌ها را به دنبال داشت. از دیگر اثرات مخرب افت آب‌های زیرزمینی، می‌توان به نشست زمین - ایجاد فروچاله‌ها - و به دنبال این رخداد، از دست رفتن قابلیت آبیگری سفره‌های زیرزمینی و هدر رفت آب‌ها اشاره کرد و در نهایت اینکه، بیابانی شدن سرزمین را شاهد خواهیم بود.

دهد، می‌تواند پس از اطلاع به صاحبان و استفاده کنندگان، مجرای آب شور یا آلوده را مسدود کند... و در ادامه متذکر می‌شود، چنانچه مسلم شود چاه با شرایط مندرج در پروانه حفر شده، خسارت صاحب چاه باید توسط وزارت نیرو جبران شود.

۲-۵- تکلیف در احیاء قنات یا چاه متروک

گاه چاه یا قناتی به علت عدم رسیدگی مالک، «مسلوب المنفعه» شده یا به طرز فاحشی از برداشت آب، کم شده است، در این حالت، مطابق ماده «۱۶» قانون توزیع عادلانه آب، در صورت ضرورت، می‌توان مالک را مکلف به احیاء آن نمود و در صورت عدم اقدام، وزارت نیرو خود اقدام می‌نماید. بنابراین اقدامات وزارت نیرو، تماماً جنبه سلبی و منع ندارد، بلکه گاه ایجابی و تکلیفی است.

۲-۶- جلوگیری از اسراف آب

قانونگذار در ماده «۱۰» و «۱۱» و «۱۳» قانون توزیع عادلانه آب، برای جلوگیری از اتلاف و اسراف آب، صاحبان چاه‌های آرتزین (خود جوش) یا قنات‌ها را موظف به نصب شیر و دریچه برای جلوگیری از تخلیه دائم آب نموده است؛ بنابراین صاحبان این چاه‌ها، باید به نحوی از نفوذ آب مخزن در قشرهای دیگر جلوگیری نمایند و در صورت ضرورت، باید مجهز به وسایل اندازه گیری سطح آب و میزان آبدهی طبق نظر وزارت نیرو بر اساس کنتور باشند.

ج: معادن

«فقه‌های امامیه»، معادن را به دو قسم «ظاهری» و «باطنی» تقسیم کرده‌اند. «معادن ظاهری»، معادنی را گویند که روی زمین قرار دارند و یا با برداشتن کمی از سطح زمین، معدن آشکار می‌گردد؛ (مثل معدن نمک) بر خلاف معادن باطنی که می‌باید با استخراج و زحمت فراوان به آن رسید. اصل اولی این است که اجازه بهره برداری از معادن به همه افراد داده شده است و کسی نمی‌تواند مانع استفاده دیگری شود.^۱ مطابق ماده «۱۶۱» قانون مدنی: «معدنی که در زمین کسی واقع شده باشد، ملک صاحب زمین است و استخراج آن، تابع قوانین مخصوصه خواهد بود.»

مستنبط از ماده «۱۴۷» قانون مدنی، اگر معدنی در اراضی موات و مباحه یافت شود، متعلق به کسی است که آن را حیات کرده است؛ اما با اصلاح قانون معادن (۱۳۹۰/۸/۲۲) مواردی جدید مطرح شده است:

مطابق ماده «۲» قانون اصلاح معادن، در راستای اجرای سیاست‌های کلی اصل «۴۴» و نیز

اصل «۴۵» قانون اساسی، فراهم آوردن موجبات توسعه فعالیت‌های معدنی، دستیابی به ارزش افزوده مواد خام معدنی، توسعه صادرات مواد معدنی با ارزش افزوده، ایجاد اشتغال در این بخش و نیز افزایش سهم بخش معدن در توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور، به عهده «وزارت صنعت، معدن و تجارت» است و اعمال حاکمیت مذکور در این ماده، مانع اعمال مالکیت اشخاص حقیقی و حقوقی در محدوده قوانین و مقررات نیست.

بر اساس ماده «۵» قانون مزبور: «اکتشاف ذخایر معدنی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی مجاز انجام می‌شود. وزارت صنعت، معدن و تجارت مکلف است بستر لازم را برای اکتشاف ذخایر معدنی در سراسر کشور برای اشخاص حقیقی و حقوقی فراهم کند.»

بر اساس تبصره «۲» این ماده، حق اکتشاف برای متقاضیان پروانه اکتشاف به رسمیت شناخته شده است و بر اساس ماده «۷» این قانون، وزارت صنعت، معدن و تجارت مکلف است پس از رسیدگی به گزارش عملیات اکتشاف که توسط اشخاص حقیقی و حقوقی ذیصلاح گواهی شده است، نسبت به صدور «گواهی کشف» به نام دارنده پروانه اکتشاف، اقدام نماید.

بر اساس تبصره «۲» این ماده: بهره‌برداران از ذخایر معدنی طبقه «دو»، به استثناء بهره‌برداران کشف و یا دارندگان گواهی کشف، مکلفند، حداکثر نیم درصد (۰.۵٪) از محصول استخراج شده از معدن یا بهای آن را به نرخ روز (به اختیار کشف) از تاریخ شروع استخراج، تا حداکثر بیست و پنج سال به‌عنوان حق اکتشاف به وی بپردازند.^۱

به نظر می‌رسد اصلاح قانون معادن، امکان سرمایه‌گذاری بیشتر بخش غیردولتی را در معادن بزرگ فراهم می‌کند. همچنین با توجه به صرف بخشی از درآمد معدنی کشور برای عمران و آبادی مناطق حومه معادن، امید است این اقدام به توسعه روستاها و شهرهای حومه معادن منجر شود.^۲

۱- با تصویب نمایندگان مجلس شورای، دارنده پروانه بهره‌برداری باید درصدی از بهای ماده معدنی موضوع پروانه را به نرخ روز و به تشخیص وزارت صنایع و معادن به عنوان حقوق دولتی به این وزارتخانه پرداخت کند. به منظور تسریع در امر اکتشاف و بهره‌برداری از معادن، دستگاه‌های اجرایی مکلفند، حداکثر تا دو ماه برای صدور پروانه اکتشاف در موارد مشخص شده، از وزارت صنایع و معادن استعلام کنند. مزاحمت اشخاص حقیقی یا حقوقی به نحوی که مانع عملیات معدنی شود، جرم تلقی و مجرم ضمن جبران خسارت، به حبس از یک تا شش ماه و یا پرداخت جریمه نقدی معادل دو برابر خسارت وارد شده محکوم می‌شود. براین اساس، چنانچه اجرای عملیات معدنی در محدوده املاک دایر یا مسبوق به احیای اشخاص حقیقی و حقوقی و موسسات دولتی و موسسات عمومی غیردولتی و سازمان اوقاف و امور خیریه واقع و نیاز به تصرف این املاک باشد، مجری ذی ربط پس از تایید وزارت صنایع و معادن مکلف است اجرت المثل یا بهای آن را بدون محاسبه ذخایر معدنی واقع در آن، به صاحب ملک بپردازد. همچنین بر اساس تصویب نمایندگان، چنانچه محدوده عملیات معدنی در منابع ملی و طبیعی واقع شده باشد، به منظور جبران خسارت ناشی از اکتشاف و بهره‌برداری مواد معدنی هزینه‌های ناشی از اکتشاف یا بهره‌برداری مواد معدنی به مأخذ ۱۵ درصد درآمد دولت ناشی از اکتشاف و نیز ۱۲ درصد از کل حقوق دولتی موضوع ماده «۱۴» این قانون توسط وزارت صنایع و معادن وصول می‌شود.

۲- در ماده «۳» مواد معدنی به شرح زیر طبقه‌بندی می‌شوند: الف) مواد معدنی طبقه یک عبارتند از: سنگ آهک، سنگ گچ، شن و ماسه، خاک رس، صدف دریایی، پوکه معدنی، نمک‌آبی و سنگی، مارن، سنگ لاشه ساختمانی و نظایر آنها. ب) مواد معدنی طبقه دوم عبارتند

(د): د فینه (عتیقه)

۱- اصل اولی

با توجه به ماده «۱۷۴» قانون مدنی، تنها دینه‌ای که مالک آن معلوم نباشد، ملک کسی است که آن را پیدا کرده است. بنابراین، «دینه» نباید مالک خاص داشته باشد و «فقهاء» گفته‌اند: اگر انسان در زمینی که ملک کسی نیست، گنجی پیدا کند و مالک آن به هیچ وجه مشخص نباشد، مال خود اوست.^۱ در این امر، بار اثبات بر عهده کسی است که ادعا می‌کند دینه مال اوست، بنابراین ابتدائاً، دینه از آن کسی است که آن را یافته است، مگر اینکه دیگری اثبات نماید که آن دینه، متعلق به اوست.

اما باید دید مراد از «دینه» چیست؟ مطابق ماده «۱۷۳» قانون مدنی: «دینه، مالی است که در زمین یا بنایی دفن شده و بر حسب اتفاق و تصادف پیدا می‌شود». «دینه» اصطلاحی در فقه است که اکنون در لسان عرف رایج به «عتیقه» یاد می‌شود.

مطابق ماده واحده اردیبهشت «۱۳۵۸» راجع به جلوگیری از حفاری‌های غیر مجاز در بند «۳»، «عتیقه» چنین تعریف شده است: «منظور از اشیاء عتیقه، اشیایی است که بر طبق ضوابط بین الملل، یکصد سال یا بیشتر از تاریخ ایجاد یا ساخت آن گذشته باشد...»^۲ بدین ترتیب، با تصویب ماده واحده مذکور، به نظر می‌رسد، معنی «عتیقه» یا همان دینه، گسترش پیدا کرده است.^۳

مطلبی که در پایان ماده «۱۷۳» ذکر شده، این است که «دینه بر حسب اتفاق و تصادف پیدا شود» و این برداشت می‌شود که اگر با قصد و نیت قبلی، شخصی، دینه‌ای پیدا کند، مالک

از: ۱- مواد معدنی آهن، طلا، کرم، قلع، جیوه، سرب، روی، مس، تیتانیم، آنتیموان، مولیبدن، کبالت، تنگستن، کادمیوم و سایر فلزات. ۲- نیراتها، فسفاتها، بوراتها، نمکهای قلیایی، سولفاتها، کربناتها، کلوریتها به استثناء مواد یاد شده در طبقه یک و نظایر آنها. ۳- میکا، گرافیت، تالک، کائولن، نسوزها، فلدسپات، سنگ و ماسه سیلیسی، پرلیت، دیاتومیت، زئولیت، بوکسیت، خاک سرخ، خاک زرد، خاکهای صنعتی و نظایر آنها. ۴- سنگها و کانیهای قیمتی و نیمه قیمتی، مانند الماس، زمرد، یاقوت، یشم، فیروزه، انواع عقیق و امثال آنها. ۵- انواع سنگهای تزئینی و نما. ۶- انواع زغال سنگها و شیلها، قیر طبیعی و سنگ آسفالت طبیعی. ۷- مواد معدنی قابل استحصال از آنها و نیز گازهای معدنی به استثناء گازهای هیدروکربوری. ۸- مواد معدنی موجود در فلات قاره. پ - مواد معدنی طبقه سه عبارتند از: کلیه هیدروکربن‌ها، به استثناء زغال سنگ مانند: نفت خام، گاز طبیعی، پلمه سنگهای نفتی، ماسه‌های آغشته به نفت و امثال آنها. ت - مواد معدنی طبقه چهار عبارتند از: کلیه مواد پرتوزا اعم از اولیه و ثانویه.

۱- مکارم شیرازی، ناصر، رساله توضیح المسائل، مساله ۱۵۲۵

۲- مطابق بند «۳» قانون مذکور: «منظور از اشیاء عتیقه اشیایی است که بر طبق ضوابط بین الملل یکصد سال یا بیشتر از تاریخ ایجاد یا ساخت آن گذشته باشد، در مورد اشیایی که قدمت آن از یکصد سال کمتر باشد، پس از تأدیه خمس بهای آن از طرف کاشف به نفع بیت المال، اشیاء مکشوفه به وی تعلق خواهد گرفت»

۳- ماده «۱» قانون راجع به حفظ آثار ملی (مصوب ۱۳۰۹) مقرر داشته بود: «کلیه آثار صنعتی و ابنیه و اماکن را که تا اختتام دوره سلسله زندیه در مملکت ایران احداث شده، اعم از منقول و غیر منقول با رعایت ماده ۲ قانون می‌توان جزء آثار ملی ایران محسوب داشت و در تحت حفاظت و نظارت دولت می‌باشد». بنابراین از این ماده می‌توان استنباط کرد که دینه اموالی است که تا اختتام دوره زندیه در مملکت ایران ایجاد شده است.

نمی‌شود ولی چنین برداشتی صحیح نیست، زیرا این قسمت از ماده، مفهوم مخالف ندارد و منظور از آن، این است که یابنده، اجیر و کارگر دیگری در پیدا کردن دفینه نباشد، بلکه خود بخود و اتفاقاً مالی را بیابد. بنابراین اگر کارگری به دستور کارفرما برای بدست آوردن گنج، به حفاری مشغول شود، مالک اشیاء پیدا شده نمی‌باشد، زیرا بر حسب تصادف پیدا نکرده است؛ در این صورت دفینه متعلق به دستور دهنده خواهد بود.

«فقهاء» جواهراتی که از دریا استخراج می‌شود و همچنین مرواریدی که در شکم ماهی باشد را در «حکم این اموال» شمرده‌اند.^۱

قانونگذار در باب پنجم قانون مدنی، دو ماده دیگر، مطرح کرده است. مطابق ماده «۱۷۷» قانون مدنی: «جواهری که از دریا استخراج می‌شود، ملک کسی است که آن را استخراج کرده است و آنچه که آب به ساحل می‌اندازد، ملک کسی است که آن را حیازت نماید.» که البته شرط آن، نداشتن مالک است. همچنین مطابق ماده «۱۷۸» همان قانون: «مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن، اعراض^۲ کرده است، مال کسی است که آن را بیرون بیاورد.» مطابق ماده «۱۷۶» قانون مدنی: «دفینه که در اراضی مباحه کشف شود، متعلق به مستخرج آن است»^۳

۲- محدودیت‌ها

«دفینه» در صورتی از اموال مباح محسوب می‌شود که مشمول قانون راجع به حفظ آثار ملی (مصوب ۱۳۰۹) و ماده واحده اردیبهشت «۱۳۵۸» راجع به جلوگیری از حفاری‌های غیر مجاز نباشد.

بدین ترتیب، اگر شخصی در ملک خود عتیقه‌ای مشمول مقررات قانون حفظ آثار ملی مشاهده کرد، باید طبق ماده واحده مشروحه ذیل عمل نماید:

ماده واحده: «نظر به ضرورت حفظ ذخائر متعلق و مربوط به میراث‌های اسلامی و فرهنگی و لزوم حفظ و حراست این میراث‌ها از نقطه نظر جامعه‌شناسی و تحقیقات علمی و فرهنگی و تاریخی و نظر به لزوم جلوگیری از غارت و صدور آن ذخایر ارزنده به خارج از کشور که طبق مقررات مملکتی و بین‌المللی منع شده است. ماده واحده ذیل تصویب می‌شود:

۱- مکارم شیرازی، ناصر، رساله توضیح‌المسائل، مساله ۱۵۲۶

۲- اعراض، عبارت است از اینکه مالک با رها ساختن مال خود از آن رفع ید نماید، بدون اینکه قصد تملک یا مباح ساختن منافع آن را به غیر داشته باشد، در مورد اعراض، شخص اعراض کننده به هیچ وجه نظر به شخصی که آن را بر می‌دارد و تملک می‌کند ندارد، او صرفاً با خارج کردن شیء از حیطه مالکیت خود، خویش را از تسلط بر آن منزع می‌سازد. برای تحقق اعراض، صاحب مال باید به قصد قطع رابطه مالکیت با مال، آن را رها نماید، یعنی دو عنصر مادی (رها کردن) و معنوی (قصد) وجود داشته باشد. بهر حال اعراض، سبب سقوط مالکیت است و مال را در زمره مباحات قرار می‌دهد.

۳- البته با توجه به اینکه در حال حاضر همه اراضی مباح متعلق به دولت است، چنین فرضی امروزه مصداق ندارد.

۱- انجام هر گونه عمل حفاری و کاوش به قصد به دست آوردن اشیاء عتیقه و آثار تاریخی، مطلقاً ممنوع است و مرتکب به حبس تأدیبی از ۶ ماه تا ۳ سال و ضبط اشیاء مکشوفه و آلات و ادوات حفاری به نفع بیت‌المال محکوم می‌شود. چنانچه حفاری در اماکن تاریخی که به ثبت آثار ملی رسیده باشد انجام گیرد مرتکب به حداکثر مجازات مقرر محکوم می‌شود.

۲- در صورتی که اشیاء مذکور در این قانون بر حسب تصادف کشف بشود. کاشف مکلف است آنها را در اسرع وقت به نزدیکترین اداره فرهنگ و آموزش عالی ارائه دهد. در این مورد هیأتی مرکب از قاضی شرع، دادستان محل و رییس اداره فرهنگ و آموزش عالی^۱ یا نمایندگان آنها با حضور یک نفر کارشناس اهل خبره تشکیل و پس از بررسی به ترتیب زیر عمل خواهد شد.

۳- در صورتی که اشیاء مکشوفه از ملک شخصی باشد. در مورد فلزات قیمتی و جواهرات پس از توزین معادل دو برابر بهای روز ماده خام آن و در مورد سایر اشیاء، نصف بهای تقویم شده به کاشف پرداخت خواهد شد.

۴- در صورتی که اشیاء مکشوفه از غیر ملک شخصی به دست آید، به میزان نصف حق‌الکشف مقرر در بند «الف» به کاشف پرداخت خواهد شد.

۵- در مورد اشیایی که قدمت آن از یک صد سال کمتر باشد، پس از تأدیه خمس بهای تقویم شده آن از طرف کاشف به نفع بیت‌المال، اشیاء مکشوفه به وی تعلق خواهد گرفت.

۶- اشخاصی که اشیاء مکشوفه را بر خلاف ترتیب مقرر در این قانون به معرض خرید و فروش بگذارند، به مجازات مقرر در بند یک محکوم خواهند شد.

توضیح اینکه بموجب بند «اول» ماده واحده راجع به جلوگیری از حفاریهای غیر مجاز: «انجام هر گونه حفاری و کاوش به قصد به دست آوردن اشیاء عتیقه و آثار تاریخی، مطلقاً ممنوع است و مرتکب به حبس تأدیبی از ۶ ماه تا ۳ سال و ضبط اشیاء مکشوفه و آلات و ادوات حفاری به نفع بیت‌المال محکوم می‌شود».

همچنین، مطابق تبصره «۲» ماده «۵۶۲» قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰: «خرید و فروش اموال تاریخی، فرهنگی حاصله از حفاری غیر مجاز ممنوع است و خریدار و فروشنده، علاوه بر ضبط اموال فرهنگی مذکور، به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم می‌شوند. هرگاه فروش اموال مذکور، تحت هر عنوان از عناوین به طور مستقیم یا غیر مستقیم به اتباع خارجی صورت گیرد، مرتکب به حداکثر مجازات مقرر محکوم می‌گردد».

۱- در حال حاضر ادارات فرهنگ و ارشاد اسلامی، این وظیفه را بر عهده دارند.

بنابراین اکنون، حق کاوش و حفر اراضی برای به دست آوردن عتیقه‌جات، منحصرراً متعلق به دولت است.

ه: شکار

۱- اصل اولی

طبق نظر «فقهاء»^۱ می‌توان حیوان وحشی را شکار و «تملک» کرد؛ البته حیوان وحشی نباید دارای مالک خاص باشد، بنابراین «قانون مدنی» پس از آنکه بموجب ماده «۱۷۹» مقرر داشته است: «شکار کردن، موجب تملک است»، در ماده «۱۸۰» می‌افزاید: «شکار حیوانات اهلی و حیوانات دیگری که علامت مالکیت در آن باشد، موجب تملک نمی‌شود». بر خلاف تصور، لازم نیست حیوان شکار شده، لزوماً حلال گوشت باشد، بلکه می‌توان حیوان حرام گوشت، مثل عقاب یا شیر را شکار کرد.

در اسلام، «شکار»، آداب و دستورهای مفصلی دارد و در کتب فقهی، احادیث و روایات، مباحثی همچون حرمت شکار در حال احرام، زمان شکار، وسیله شکار، ضرورت شکار و... را به خود اختصاص داده است. در اکثر این روایات، دستوراتی در جهت رعایت حقوق حیوانات دیده می‌شود.^۲ به عنوان مثال، در احادیث آمده است که شکار حیوانات برای تفریح و بدون احتیاج، حرام است.^۳ به همین جهت، کسی که برای تفریح به شکار می‌رود، سفرش معصیت است و باید نماز را در این سفر تمام بخواند. همچنین، شکار پرندگان در آشیانه مادامی که به پرواز در نیامده است، حرام است؛ زیرا پرنده در آشیانه در پناه خداست. و به طور کلی شکار و صید حیوانات از نظر ائمه (ع) مطلوب و پسندیده نبوده و آن را موجب سیاهی قلب می‌دانستند.^۴

۱- «يجوز الاصطياد بجميع آلاته ولا يؤكل منها ما لم يذك ...» (شهید اول، لمعه، کتاب الصيد و الذبح، ص ۱۴۸)

۲- از جمله اینکه: در کتب فقهی، صید حیوانات وحشی و پرندگان یا ذبح حیوانات در شب، مکروه اعلام شده است، مگر هنگامی که ضرورت اقتضا کند. شاید فلسفه کراهت، این باشد که خداوند شب را مایه آرامش و استراحت قرار داده است، بنابراین به هم خوردن آسایش و آرامش هیچ موجودی، حتی حیوانات در شب روا نخواهد بود. در مورد وسیله صید نیز دستوراتی همچون برنده بودن وسیله (برای آزار ندادن حیوان)، نهی از قطع و بریدن و مثله کردن اندامی از حیوان، قبل از ذبح، متناسب بودن وسیله صید با شکار و... دیده می‌شود (حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ پنجم، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۳۶۱).

۳- همان، ج ۱۶، ص ۲۴۱

۴- در عصر جاهلیت بعضی در کشتن شترهای خویش با یکدیگر مسابقه می‌گذاشتند و هر کس تعداد بیشتری از شترهای خود را می‌کشت، غلبه و پیروزی از آن وی بود. این عمل را «معاقره» می‌خواندند. در کتب لغت، عقر به معنای قطع کردن پای حیوان است و وجه تسمیه کشتن شترها و معاقره این بود که اول یکی از چهارپای حیوان را با ضربه شمشیر قطع می‌نمودند و چون به زمین می‌افتاد، نحرش می‌کردند. این خود نمونه واضح آزار و اذیت حیوان پیش از قربانی کردن بود. ریشه روانی این عمل، خود خواهی، نفوق طلبی، ریاکاری و فخر فروشی بود. مسابقه‌دهندگان، گوشت شترهای نحر شده را به رایگان در اختیار عموم می‌گذاشتند، و در واقع با این بذل و بخشش به کار خلاف اخلاق خود لباس فتوت و انفاق می‌پوشاندند و عمل قبیح خود را زیبا نشان می‌دادند. پیامبر (ع) این مسابقه

نحوه حیات حیوانات غیر اهلی بر حسب نوع آن، متفاوت و تشخیص آن با «عرف» است. مطابق ماده «۱۸۱» قانون مدنی: «اگر کسی کندو یا محلی برای زنبور عسل تهیه کند، زنبور عسلی که در آن جمع می‌شوند، ملک آن شخص است، همین طور است حکم کبوتر که در برج کبوتر جمع شود». بنابراین حیوانات قابل شکار، در صورتی که مالک خاص نداشته باشند، از «مباحات» محسوب می‌شوند و افراد می‌توانند از طریق شکار با رعایت مقررات، آنها را تملک نمایند.

۲- محدودیت‌ها

در سال «۱۳۴۶» قانون شکار و صید تصویب شد که مقررات و نظامات خاصی برای شکار، وضع گردید و دامنه شکار به طرز محسوسی محدود گردید؛ سپس در تاریخ ۱۳۷۵/۱۰/۵، بسیاری از مواد آن قانون اصلاح گردید و مجازات‌هایی را برای شکارچیان غیر مجاز در نظر گرفت.^۱ منظور از شکار در این قانون، تیراندازی به پستانداران و پرندگان و خزندگان قابل شکار یا کشتن یا گرفتن آنهاست و مقصود از صید، کشتن یا گرفتن آبزیان قابل صید یا

خلاف اخلاق را ممنوع کرد و پیروان خود را از چنین رقابت جاهلانه و زیانباری که مایه فساد اجتماعی و کینه‌توزی بود، بر حذر داشت. (مقیمی، ابوالقاسم، حقوق حیوانات در اسلام، انتشارات نورالسجاد، ۱۳۸۷، ص ۲۰۱). از دیگر تفریحات مرسوم در زمان جاهلیت که هنوز هم در جوامع و ملل گوناگون دیده می‌شود، مسابقه از طریق به جنگ انداختن حیوانات بود. پیامبر(ع) این کار غیر انسانی را به شدت نهی و قدغن نمودند: «نهی رسول الله (ع) عن تجریش البهائم؛ پیامبر(ع) از اینکه حیوانات را وا دارند که با هم بجنگند و زور آزمایی کنند نهی فرمود». (حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۸، ص ۳۶۲)

۱- مطابق ماده «۵» قانون شکار و صید: «هرکس مرتکب اعمال زیر شود به جزای نقدی از یکصد هزار تا یک میلیون ریال یا حبس از یک ماه تا شش ماه محکوم می‌شود: الف- شکار و صید جانوران وحشی عادی بدون پروانه.

ب- شکار و صید بیش از میزان مندرج در پروانه و یا خلاف مقررات و خارج از محلهای مندرج در پروانه ج- حمل، عرضه، فروش و صدور جانوران وحشی زنده یا کشته و اجزای آنها بدون کسب پروانه و یا مجوز از سازمان»

ماده «۶» همان قانون: «هرکس مرتکب اعمال زیر شود به جزای نقدی از یک میلیون و پانصد هزار ریال تا سه میلیون ریال یا حبس از ۹۱ روز تا ۶ ماه محکوم می‌شود: الف- شکار و صید در فصول و ساعات ممنوع مقرر ب- مبادرت به شکار و صید در مناطق ممنوع و یا خلاف محدودیت‌ها و ممنوعیت‌هایی که سازمان در حدود اختیارات قانونی خود تعیین و آگهی کرده است و شکار غیر مجاز در فرقه‌های اختصاصی ج- شکار و صید با وسایل و از طرق غیر مجاز و یا شکار با استفاده از اسلحه دیگران د- تخریب چشمه‌ها و آبشخور حیوانات در مناطق حفاظت شده و پناهگاههای حیات وحش ه- اقدام به صدور و ورود حیوانات وحشی موضوع ماده «۷» این قانون به صورت غیر مجاز» ماده «۷»: «هرکس مرتکب اعمال زیر شود به مجازات حبس از سه ماه تا سه سال و یا به جزای نقدی از یک میلیون و پانصد هزار ریال تا هجده میلیون ریال محکوم می‌شود: الف- شکار و صید جانوران وحشی حمایت شده بدون داشتن پروانه ویژه ب- شکار و صید در مناطق حفاظت شده و پناهگاههای حیات وحش بدون تحصیل پروانه ویژه و صید غیر مجاز در رودخانه‌های حفاظت شده» ماده «۸»: «هرکس مرتکب اعمال زیر شود به مجازات حبس از نودویک روز تا سه سال یا جزای نقدی از یک میلیون و هشتصد هزار ریال تا بیست میلیون ریال و در صورت تکرار به هردو مجازات محکوم می‌شود: الف- شکار جانوران وحشی کمیاب و در معرض خطر انقراض از قبیل جیبیر، گورخر، گوزن زرد ایرانی، یوزپلنگ، تمساح (کروکودیل)، هوبره و میش مرغ ب- شکار در پارک‌های ملی ج- شکار، صید و یا کشتار جانوران وحشی با استفاده از سموم و مواد منفجره و امثال آن و شکار به صورت تعقیب با استفاده از وسیله نقلیه موتوری و همچنین کشتار آنان به طریق جرگه و محاصره دسته‌جمعی و... تبصره ۲- هرکس مبادرت به زنده‌گیری، شکار، خرید، فروش، حمل، نگهداری و صدور پرندگان شکاری از قبیل شاهین، بخری، بالابان و دلیجه کند علاوه بر محکومیت به حداکثر مجازات حبس مقرر در این ماده به جزای نقدی از یک میلیون و هشتصد هزار ریال تا بیست میلیون ریال محکوم خواهد شد»

تیراندازی به آنهاست.^۱

ممکن است گفته شود، علیرغم مجازات‌های در نظر گرفته شده، اصل تملک بوسیله شکار، کماکان به قوت خود باقی است؛ یعنی شکارچی غیر مجاز، ضمن تحمل محکومیت، مالک مورد شکار می‌شود، لیکن ماده «۶۷۶» و «۶۸۰» قانون مجازات اسلامی، ضمن تعیین مجازات برای شکارچیان غیر مجاز اعلام نموده شکارهایی که برخلاف مجوز و بدون رعایت مقررات انجام شده باشد، باعث ایجاد مالکیت نمی‌شود.

گفتار سوم: انفال

بنداول: تعریف و مصادیق انفال

«انفال» در لغت به معنای هر شیئی زائد بر اصل و زیاده بر استحقاق آمده است. در اصطلاح حقوقی، تعاریف زیادی از انفال به عمل آمده است که از مجموع این تعاریف، می‌توان چنین نتیجه گرفت که انفال عبارت است از: «اموالی که مالک خاص نداشته و متعلق به مقام ومنصب

۱- برخی دیگر از اصلاحات قانون اصلاح موادی از قانون شکار و صید (مصوب ۱۳۴۶) و اصلاحیه بعدی آن به شرح ذیل است: ماده «۲»: «ماده (۷) به شرح زیر اصلاح می‌شود: خرید و فروش، تکثیر و پرورش و صدور و ورود حیوانات وحشی و اجزای آنها که غیربومی ایران بوده و از خارج به کشور وارد شده و یا از قبل در کشور تکثیر و پرورش یافته‌اند با کسب پروانه و یا اجازه از سازمان مجاز می‌باشد. ورود و صدور آن دسته از جانوران وحشی و اجزای آنها که در فهرست کنوانسیون تجارت بین‌المللی گونه‌های در معرض خطر انقراض ثبت شده‌اند...».

ماده «۳»: «ماده «۸» به صورت زیر اصلاح می‌شود: سازمان می‌تواند در موارد زیر برحسب مورد پروانه و یا اجازه رایگان صادر نماید: الف - جمع آوری نمونه‌های جانوران وحشی به منظور انجام تحقیقات و مطالعات علمی و آموزشی و یا انجام فعالیتهای مورد نیاز موزه تاریخ طبیعی ونمایشگاههای تندیس‌آرایی. ب - دفع آن دسته از جانوران وحشی که به مزارع و باغها آسیب می‌رسانند. ج - صید برخی از گونه‌های آبریزان توسط ساکنان مناطق محروم در مواردی که سازمان صدور پروانه رایگان را در آن مناطق ضروری بداند.» ماده «۴»: «ماده «۹» به شرح زیر اصلاح می‌شود: چنانچه ماموران سازمان و میرشکاران و یا صاحبان مزارع و باغها در حدود مجوزهای صادر شده نتوانند از دفع خسارت یا صدماتی که از ناحیه جانوران وحشی به افراد، مزارع و باغها وارد می‌شود جلوگیری به عمل آورند، جبران خسارات وارد شده از محل درآمدهای حاصل از اجرای این قانون تامین خواهد شد، همچنین سازمان می‌تواند جهت پیشگیری از این خسارت نسبت به محصور نمودن زیستگاههای حفاظت شده جانوران وحشی از محل درآمدهای مذکور اقدام نماید. ماده «۸»: «ماده «۱۳» به شرح زیر اصلاح می‌شود: هرکس مرتکب اعمال زیر شود به مجازات حبس از نودویک روز تا سه سال یا جزای نقدی از یک میلیون و هشتصد هزار ریال تا بیست میلیون ریال و در صورت تکرار به هردو مجازات محکوم می‌شود: الف - شکار جانوران وحشی کمیاب و در معرض خطر انقراض از قبیل جیبیر، گورخر، گوزن زرد ایرانی، یوزپلنگ، تمساح (کروکودیل)، هوبره و میش مرغ. ب - شکار در پارک‌های ملی. ج - شکار، صید و یا کشتار جانوران وحشی با استفاده از سموم و مواد منفجره و امثال آن و شکار به صورت تعقیب با استفاده از وسیله نقلیه موتوری و همچنین کشتار آنان به طریق جرگه و محاصره دسته‌جمعی. د - مبادرت به اقداماتی که موجبات آلودگی آب دریای خزر و خلیج فارس و دریای عمان با مواد غیر نفتی را فراهم آورده و باعث مرگ و میر آبریزان یا به‌خطر افتادن محیط زیست آنان شود. ه - ایجاد یا فراهم کردن مقدمات آتش‌سوزی در پارک‌های ملی و آثار طبیعی ملی و مناطق حفاظت شده یا پناهگاههای حیات وحش بر اثر بی‌مبالاتی یا عدم رعایت مقررات محیط زیست و یا تخلف از نظامات دولتی. تبصره ۱- در صورت ایجاد آتش‌سوزی عمدی در پارک‌های ملی و آثار طبیعی ملی، مرتکب به مجازات‌های مقرر در ماده «۶۷۵» قانون مجازات اسلامی محکوم خواهد شد. ماده «۹»: «ماده «۱۴» به شرح زیر اصلاح می‌شود: وسایل شکار و صید از قبیل تفنگ، فشنگ، نورافکن، دوربین چشمی، تور و قلاب ماهیگیری و سایر ادوات ارتکاب جرم که مرتکبان اعمال یاد شده بالا به همراه دارند و همچنین موتور سیکلت‌هایی که مرتکبان اعمال بالا به طور مستقیم برای شکار مورد استفاده قرار می‌دهند، توسط سازمان توقیف و این وسایل تا خاتمه رسیدگی و صدور حکم قطعی زیر نظر سازمان به صورت امانی نگهداری شده و دادگاه پس از صدور حکم نسبت به اموال یاد شده تعیین تکلیف می‌کند.»

امامت و رهبری جامعه اسلامی است تا طبق مصالح عامه مسلمین صرف نماید.^۱ انفال بیش از یک بار در «قرآن کریم» ذکر نشده است، ولی از نظر اهمیت، موضوع بسیار مهمی است. در قرآن کریم آمده است: «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْإِنْفَالِ، قُلِ الْإِنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ»^۲ یعنی: «از توای پیغمبر از انفال سوال می‌کنند. در پاسخ بگو: «انفال، از آن خدا و رسول خداست». این آیه در بیان مالکیت انفال است و مصادیق آن را بیان نکرده است؛ بنابراین مصادیق انفال را باید در روایات و احادیث جستجو کرد.

در توضیح مطلب، باید گفت که در زمین، اشیائی وجود دارد که از جهت داشتن ارزش اقتصادی اهمیت زیادی دارد از قبیل: معادن، دریاها، جنگلها و اراضی که منبع ثروتهای سرشاری می‌باشند. البته بسیاری از آنها نه تنها هنوز مورد بهره برداری واقع نشده است، بلکه هنوز شناخته نشده است، ولی می‌دانیم که زندگی اقتصادی بشر، وابسته به این موضوعات است.

اکنون، این سوال پیش می‌آید که این اموال چیست و از آن کیست و در اختیار چه کسی باید قرار بگیرد؟ منظور از انفال، در این «سوره»، موضوعاتی است که منابع ثروت می‌باشند. در تفاسیر «امامیه»، انفال شامل تمام منابع ثروت از قبیل: دریاها، جنگلها، معادن، نزارها، رودخانه‌ها و زمینهای موات می‌شود.^۳

«فقههاء»، «انفال» را شامل منابع و ثروت‌های طبیعی می‌دانند که لازم است در اختیار «سرپرست حکومت اسلامی» قرار بگیرد تا بتواند با برنامه ریزی صحیح و عادلانه، مورد بهره برداری واقع شود و نیز مانعی در جلوی تکاثر و تراکم ثروت در دست عده‌ای خاص شود. در انواع انفال، میان «فقههای امامیه» اختلاف نظر وجود دارد، ولی در اینجا مصادیقی را ذکر می‌کنیم:

۱- «اراضی موات». زمین موات، به قطعه زمینی گفته می‌شود که فعلاً صلاحیت واستعداد بهره برداری ندارد. حال این عدم استعداد بهره برداری ممکن است به عللی نظیر کمبود آب یا وجود شن و خاک یا شوره زار باشد.

۲- «جنگلها» که در روایات از آن به «آجام» تعبیر شده است.

۳- «دریاها» و «دریاچه‌ها».

۴- «معادن» که اعم از «معادن ظاهری» و «باطنی» است. معدن ظاهری، در اصطلاح فقهی

۱- برای دیدن تعاریف رک: محمد حسن حبیبی و مجید نجار زاده، ملاک تمییز انفال و نسبت آن با سایر عناوین مالکیت عمومی، فصلنامه حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱۵، ص ۶۰

۲- سوره انفال، آیه ۱.

۳- نوری، حسین، حکومت اسلامی و نقش انفال، مجله حوزه، فروردین و اردیبهشت ۱۳۶۹، شماره ۳۷ و ۳۸، ص ۴۵.

به آن دسته از معادن گفته می‌شود که رسیدن به آن، احتیاج به کاوش و فعالیت زیاد ندارد مانند: معدن نمک و معادن باطنی، آن معادنی است که دستیابی به آن احتیاج به کاوش و استفاده از صنعت است.

۵- «قله کوهها»، بلکه بنا به عقیده برخی «فقهاء»، دامنه کوهها و نیز آنچه که در آنهاست.
۶- «بستر رودخانه‌ها» که در احادیث از آن، به «بطون الاودیه» تعبیر شده است، و رودخانه‌ها و آنچه که در آن است از قبیل ماهی‌ها یا گنج‌ها.

۷- زمینهایی که در اصل، محل سکونت کفار بوده ولی تحت سیطره مسلمانان قرار گرفته است، اعم از این که آن را ترک کرده و به مسلمانان واگذار شده یا این که خود نیز در آنجا سکونت داشته باشند.

۸- «غنائی» که لشکر مسلمانان از کفار بدون اذن امام به دست آورده‌اند (و در صورتی که جنگ با اذن امام باشد، تنها خمس غنائم به امام تسلیم می‌شود و بقیه از آن مجاهدین خواهد بود).

۹- «میراث» کسی که از دنیا رفته و وارث ندارد.

۱۰- «ساحل» دریاها و کنار رودخانه‌ها.

۱۱- هر زمینی که مالک معین ندارد.

وجه مشترک تمام مصادیق مطرح شده، «مالک خاص نداشتن است». «امام خمینی» (ره) می‌فرماید: مواردی که در روایات به عنوان انفال و ملک امام (ع) نام برده شده همه از باب ذکر مصادیق هستند و از مجموع آن‌ها این امر برداشت می‌شود که آنچه مربوط به امام است، شامل موارد زیادی می‌شود که ملاک در همه آنها، نداشتن مالک و صاحب است و امام می‌تواند آن را در مصالح مسلمین صرف نماید^۱

بند دوم: مالکیت انفال

اصل «۴۵» قانون اساسی، «انفال» را در اختیار حکومت اسلامی به طور عام قرار داده است. در «فقه»، «انفال» متعلق به منصب «امامت» و «مقام رهبری جامعه اسلامی» است؛ البته انفال، متعلق به شخص امام و رهبر نیست، بلکه متعلق به منصب امام است و در صورت فوت یا شهادت، به امام یا رهبر بعدی که اقامه امور به دست اوست می‌رسد.^۲ علیرغم اینکه اختیار این اموال به دست امام است، اما سیره پیامبر و امامان نشان می‌دهد که آنها این اموال را جهت مصارف عامه و حوایج مسلمین مصروف داشته‌اند؛ بنابراین هدف پیامبر و امام و رهبر جامعه اسلامی، تنها

۱- خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیله، ص ۲۵ و رک: طباطبائی، تفسیر المیزان، ج ۳، ص ۵۶

۲- شمس، احمد، نظام حقوقی اراضی ملی شده، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۶، ص ۵۶

مصالح دینی و اجتماعی مردم است.^۱

بند سوم: رابطه انفال با مفاهیم مشابه

بدین ترتیب انفال، اصطلاح عام و فراگیری است که شامل طیف وسیعی از اموال با ویژگی‌های متفاوت می‌باشد؛ کوهها، دره‌ها، جنگل‌ها، مراتع و... با توجه به اینکه برخی مصادیق، در انفال و اموال عمومی و مباحات، مشترک هستند، این سوال پیش می‌آید که رابطه اموال عمومی و مباحات با انفال به چه نحو است؟ بنابراین در ادامه به بررسی این مساله می‌پردازیم:

الف: رابطه انفال با مشترکات عمومی

چنانکه توضیح داده شد، «مشترکات عمومی»، اموالی هستند که برای استفاده عموم مردم، اختصاص داده شده‌اند و دولت به نمایندگی از مردم نسبت به نظارت و اداره آن اقدام می‌کند؛ طبیعت اینگونه اموال این اقتضاء را دارد که به ملکیت در نیامده و عموم می‌توانند از آن استفاده کنند، مثل پل‌ها و جاده‌ها؛ بنابراین به نظر می‌رسد معیار در اینگونه اموال، «مالک خاص نداشتن» است، زیرا چنانکه اشاره شد طبیعت اینگونه اموال این است که در بند ملکیت فرد خاصی در نمی‌آیند؛ این معیار در نظر «امام خمینی» (ره) نیز مشهود بود و در ماده «۲۵» قانون مدنی نیز آمده است. در مشترکات عمومی، علاوه بر معیار مالک خاص نداشتن، ویژگی اصلی آنها این است که منافع مستقیمی برای بهره‌برداری از آن ندارد، بلکه فقط امکان انتفاع از آنها برای مردم وجود دارد.

با وصف مراتب فوق، مشترکات عمومی از یک جهت با انفال، مشترک و از بُعد دیگر افتراق دارند؛ از این جهت که مشترکات عمومی نیز قابل تملک خصوصی نیستند با انفال مشترکند، ولی از این جهت که مشترکات عمومی در اختیار عموم است و انفال در اختیار «امام» با هم متفاوت می‌شوند؛ البته اینکه مشترکات عمومی در اختیار مردم است، به معنای مالکیت ایشان نسبت به اینگونه اموال نیست؛ بلکه به این معناست که عموم مردم در آن حق دارند؛ با این بیان، انفال و مشترکات عمومی هر چه بیشتر به هم نزدیک می‌شوند؛ زیرا ملاک و معیار «مالک خاص نداشتن» و «عدم تملک خصوصی» در هر دو مشترک است، همچنین بسیاری از مصادیق مشترکات عمومی و انفال با هم مشترکند و در سایر مصادیق با توجه به اینکه مصادیق هیچیک از دو دسته، انحصاری نیست می‌توان گفت در محتوا یکی هستند.

نکته قابل ذکر اینکه، اصطلاح «مشترکات عمومی»، اصطلاحی است که در «حقوق اسلام» رایج نیست و مخصوص «حقوق موضوعه» و «قانون مدنی» است که در «حقوق اسلام»

۱- خامنه‌ای، سید محمد، مالکیت عمومی، تهران، انتشارات تک، ۱۳۷۰، ص ۱۲۳

مترادفی جز انفال نمی‌توان برای آن یافت؛ در واقع وقتی گفته می‌شود، انفال قابل تملک نیست مگر با اذن امام، به این معناست که مشترکات عمومی قابل تملک نیست، مگر با اجازه قانونگذار اسلامی؛ در اصل «۴۵» قانون اساسی نیز، انفال و ثروت‌های عمومی در کنار هم آمده است و سپس از باب تمثیل، مواردی ذکر شده است. لذا این دو مفهوم در محتوا و مصداق، تشابه بسیار زیادی به هم پیدا می‌کنند تا جایی که می‌توان گفت مترادفند.^۱

ب): رابطه انفال و مباحات

همچنانکه ملاحظه کردیم «مباحات»، اموالی هستند که ملک اشخاص نمی‌باشند، اما افراد می‌توانند آنها را طبق مقررات تملک نمایند؛ مباحات به عنوان ثروت عمومی نه تنها به نسل حاضر، بلکه به نسل‌های بعد اختصاص دارد؛ مباحات را با «حیازت» می‌توان تملک کرد، ولی شرط مهم این است که شرط نفوذ عمل حیازت، «اذن امام» و «دولت اسلامی» است و در غیر این صورت، تصرفات افراد نه تنها غیر قانونی، بلکه غیر شرعی خواهد بود؛ بنابراین ویژگی اصلی مباحات، آن است که با رعایت شرایط قانونی و اذن ویژه از مقامات صالحه، امکان بهره برداری مستقیم از آنها وجود دارد، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها، مراتع، اراضی موات، صید شکار که با مجوزهای لازم انجام می‌شود، در زمره این گروه هستند.^۲ مصادیق ذکر شده در «قانون مدنی»، عبارتند از: آب‌های مباح، دفینه، شکار، معادن و.. بنابراین ملاحظه می‌شود که برخی از مصادیق انفال نیز در این مصادیق وجود دارد.

بنابراین نتیجه اینکه، انفال اصطلاح جامع و وسیعی است که شامل مباحات نیز می‌شوند؛ زیرا در اصل «۴۵» قانون اساسی، مواردی بیان شده است که از مصادیق مباحاتند، مثل اراضی موات؛ بنابراین شکی نیست که مباحات نیز جزء انفال محسوب می‌شوند و احکام انفال در مباحات نیز جاری خواهد بود، از جمله اینکه جز با اذن امام، قابل تملک نیستند. ویژگی اصلی مباحات آن است که با رعایت شرایط قانونی و اذن ویژه از مقامات صالحه، امکان بهره برداری مستقیم از آنها وجود دارد.

نکته قابل ذکر اینکه تا قبل از تصویب قوانین محدود کننده، اصل بر اذن امام در حیازت مباحات بود و عدم اذن امام، خلاف اصل بود، لیکن با تصویب قوانین متعدد محدود کننده، برای جلوگیری از تخریب منابع عمومی و حفظ مصالح عامه، حکومت، نظارت و کنترل خویش را بر این منابع گسترش داد و بنابراین امروزه برای هر مورد خاص، باید تشریفات اخذ اذن از

۱- شمس، نظام حقوقی اراضی ملی شده، ص ۳۹ و حبیبی و نجار زاده، ملاک تمییز انفال و نسبت آن با سایر عناوین مالکیت عمومی، ص ۶۴.

۲- شمس، احمد، نظام حقوقی اراضی ملی شده، ص ۳۷.

حکومت اسلامی (به نمایندگی از امام) کسب شود؛ بنابراین برخی معتقدند: اکنون دیگر اصل بر اذن امام نیست، بلکه برعکس است و در هر مورد، اذن امام لازم است و به نوعی، امام از اذن خود رجوع نموده است.^۱

البته نمی‌توان گفت: هیچیک از این اموال را نمی‌توان در زمره مباحات و قابل تملک خصوصی شمرد، بلکه هنوز آب‌ها، معادن و دفینه از مباحات است که حيازت آن بر حسب زمان و مکان ممکن است مضیق یا موسع گردد؛ اصل «۴۵» قانون اساسی نیز ماهیت اینگونه اموال را تغییر نداده است و اینکه مباحات را که در زمره انفال هستند در اختیار حکومت اسلامی قرار داده، از باب تولیت و اداره آنها بوده و نه اینکه مباحات را در ملکیت حکومت قرار دهد.

نتیجه بحث اینکه نسبت انفال با مباحات، «عموم و خصوص مطلق» است. یعنی انفال دامنه وسیعتری نسبت به مباحات دارد و مباحات، جزئی از انفال محسوب می‌شود. بنابراین مالکیت مشترکات عمومی، متعلق به عموم مردم است و قابلیت تملک خصوصی ندارد و قابل توصیف نیز نیست. استفاده از مشترکات عمومی از طریق انتفاع غیر مستقیم است، ولی استفاده از سایر اموال عمومی از طریق کسب منافع مستقیم می‌باشد. انتفاع از مشترکات فاقد تشریفات است، لیکن بهره‌برداری از منافع اموال عمومی و انفال، با ضوابط ویژه‌ای صورت می‌گیرد. بنابراین هم مشترکات عمومی و هم مباحات، «انفال» هستند. رابطه بین انفال با مشترکات عمومی و رابطه بین انفال با مباحات، «عموم و خصوص مطلق» است. انفال، اموالی است که متعلق به کل جامعه و مردم است و در اختیار حکومت به معنای عام آن قرار می‌گیرد تا طبق ضوابط قانونی مورد انتفاع یا بهره‌برداری برای مصالح عامه مردم قرار گیرد.

گفتار چهارم: مجهول المالک

قانون مدنی، اموال «مجهول المالک» را تعریف نکرده است، لیکن به طور کلی مقرر داشته است به مصرف «فقراء» می‌رسد. مطابق ماده «۲۸» قانون مدنی: «اموال مجهول المالک با اذن حاکم یا مأذون از قبل او، به مصارف فقرا می‌رسد.»

«مجهول المالک» را باید از اموال عمومی شمرد که قانون مصرف آن را دستگیری از فقرا قرار داده است. علاوه بر آن، به موجب ماده «۳» قانون تاسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی و اساسنامه آن (مصوب ۱۳۷۰)، اموال مجهول المالک در اختیار ولی فقیه (حاکم) است که با اذن کلی ایشان در اختیار سازمان قرار می‌گیرد.

اموال مکشوفه از سارقین که مالک آنها معلوم نیست و هیچ خبری از مالک آن نیست و اشیا و حیوانات گمشده نیز در تعریف ماده «۲۸» قانون مدنی می‌گنجد. منتها بر اساس قانون و مقررات ویژه در تعریف و تملک «لقطه» و «حیوان ضالّه» آن را از قواعد عمومی جدا ساخته؛ و برای آن حکم خاصی مقرر داشته است.

بند اول: شناخت اموال مجهول المالک

در هر جامعه‌ای ممکن است به علل مختلف، اموالی یافت شود که مملوک بودن آنها مسلم، ولی مالک آن مشخص نباشد. به عنوان مثال، شخصی فوت کند و وارث او معلوم نباشد، یا شخص در زمان جنگ از کشور خارج شده و یا از زلزله یا سیل فرار کرده و مال خود را رها کند. در این صورت باید تکلیف آن مال مشخص شود. بنابراین «مجهول المالک»، مالی است که سابقه تملک دارد، لیکن در زمان معینی، مالک آن شناخته نمی‌شود. یعنی هویت مالک برای ما مجهول است و اعراض وی نیز مسلم نمی‌باشد. چنانچه اعراض مالک، مسلم باشد، مال،^۱ جزء مباحات به شمار می‌آید؛ و منظور از «فقیر» در اصطلاح به کسی گفته می‌شود که سطح زندگی اش بسیار پایین بوده و از ضروریات زندگی بی‌بهره باشد. در اصطلاح فقه نیز منظور از فقیر، کسی است که نمی‌تواند هزینه‌های اداره زندگی یک سال خانواده اش را آن گونه که در خور آنهاست؛ برآورده سازد و در آینده نیز توانایی آن را ندارد.^۲ باید مال مورد نظر در جایی باشد که شائبه اعراض را بر طرف کند، زیرا مال اعراض شده در محلی قرار می‌گیرد که برای همه قابل دسترس است، ولی مال مجهول المالک چنین حالتی ندارد و عرفاً نمی‌توان به اعتبار محل استقرار آن، اعراض را تشخیص داد. نظر مشهور «فقه‌های امامیه» و «عامه» آن است که پس از طلب و ناامیدی از یافت شدن مالک، آن مال را به عنوان صدقه به فقرا دهند، اگر مالک مراجعه نمود و مطالبه کرد، صدقه دهنده، ضامن جبران خسارت است. از جمله روایاتی که در این باب هست، روایتی هست که به موجب آن مال مذکور باید به امام (ع) داده شود. برخی گفته‌اند: تصدق دهنده ضامن نیست، زیرا احسان کرده است.^۳ و جماعتی از «اهل سنت» گویند که باید به بیت المال وارد شود، دادن به حاکم اقوی است که «ولی من لا ولی له، حاکم، ولی کسی است که ولی ندارد» است.^۴

مقصود ماده «۲۸» قانون مدنی از مجهول المالک، مال منقول است. زیرا «مجهول المالک

۱- مستنبط از ماده «۱۷۸» قانون مدنی که مقرر داشته است: «مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است، مال کسی است که آن را بیرون بیاورد».

۲- امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۳۳۴.

۳- قمی، جامع الشتات، ج ۱، ص ۱۵۳.

۴- نقل از داراب پور، حقوق اموال و مالکیت، ص ۷۳.

غیر منقول» در ماده «۱۳۹» قانون ثبت «۱۳۱۰» و ماده «۵۱» آیین نامه آن، تابع همان قانون و آیین نامه است لیکن، برخی گفته‌اند: تفاوت ندارد که این اموال منقول باشند یا غیر منقول^۱.

بند دوم: انواع اموال مجهول المالک

با تعاریفی که از اموال مجهول المالک شد، می‌توان آنها را شامل «اشیا پیدا شده» و «حیوانات ضاله» دانست، لیکن «قانون مدنی» در مواد «۱۲۲» تا «۱۷۲»، احکام خاصی برای هر یک از این اموال، مقرر داشته است.

الف: اشیاء پیدا شده

این اشیاء که در «فقه»، «لقطه»^۲ نامیده می‌شوند، اموال مملوک گمشده‌ای هستند که بدون متصرف، یافت می‌شوند و اعراض مالک از آنها، مسلّم نیست. بنابراین برای اینکه مالی، لقطه به شمار آید و مقررات راجع به اشیاء پیدا شده درباره آن قابل اجرا باشد، چهار شرط لازم است: ۱- مالک داشته باشد، لذا مال مباح را که مالک ندارد نمی‌توان از اشیاء پیدا شده محسوب داشت ۲- مالک آن معلوم نباشد ۳- مالک، آن را گم کرده باشد. ۴- در محل زندگی مردم یافت شود و متصرفی نداشته باشد.

تشخیص این موارد، «عرفی» و با توجه به اوضاع و احوال امکان دارد. یعنی با توجه به عرف زمان و محل است که انسان می‌تواند تشخیص دهد که «مال»، توسط کسی گم شده و یا از آن اعراض شده است. مالی که توسط مالک در محلی پنهان شده و یا فراموش شده باشد و مالی که به سرقت رفته باشد، «مال گم شده» محسوب نمی‌شود.

مطابق ماده «۱۶۲» قانون مدنی: «هرکس مالی پیدا کند که قیمت آن کمتر از یک درهم که وزن آن ۱۲/۶ نخود نقره باشد، می‌تواند آن را تملک کند.»^۳ در این صورت مطابق ماده «۱۶۲» اصلاحی «قانون مدنی (مصوب ۱۳۷۰)، پیدا کننده می‌تواند آن را بدون آگهی و تشریفات تملک نماید، لذا در این صورت، مال پیدا شده از زمره مباحات است.

مطابق ماده «۱۶۳» همان قانون: «اگر قیمت مال پیدا شده، یک درهم که وزن آن ۱۲/۶

۱- داراب پور، حقوق اموال و مالکیت، ص ۷۳.

۲- «لَقْطَةُ» (به ضمّ لام و فتح قاف) به معنای اعم آن، هر مالی است که مالکش آن را گم کرده و در اختیارش نباشد. بهتر این است که هر گاه انسان، گم شده‌ای را یافت، آن را بر ندارد تا از این نظر، تکلیفی بر عهده‌اش نباشد، مگر این که بر نداشتن آن موجب تلف شدن مال گردد. یکی از شاگردان امام صادق علیه السلام می‌گوید: درباره «لَقْطَةُ» از امام علیه السلام سؤال کردم، فرمودند: «لَا تَعْرِضُ لَهَا، فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ تَرَكُوهَا لَجَاءَ صَاحِبُهَا حَتَّى يَأْخُذَهَا؛ مُتَعَرِّضٌ غَمٌّ شَدِيدٌ (آن را بر ندارد)؛ چون اگر مردم آن را رها کنند، صاحبش می‌آید و آن را بر می‌دارد.» در حدیثی، امام باقر (ع) فرمودند: «لَا يَأْكُلُ الضَّالُّهُ إِلَّا الضَّالُّونَ؛ یعنی گم شده را جز گمراهان نمی‌خورند.» (حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۵، ص ۴۴۰). لقطه یا حیوان است یا غیر حیوان و هر کدام از این‌ها احکام خاصی دارد که در کتاب‌های فقهی بیان شده است.

۳- مال گم شده‌ای را که انسان پیدا می‌کند، اگر قیمتش کم‌تر از یک درهم (۱۲/۶ نخود نقره سکه دار) بوده و صاحب آن معلوم نباشد، می‌تواند بردارد، تملک نماید و از آن استفاده کند. (تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۲۱، مسئله ۱)

نخود نقره یا بیشتر باشد، پیدا کنند. باید یکسال «تعریف» کند و اگر در مدت مزبور صاحب مال پیدا نشد، مشارالیه مختار است که آن را به طور امانت نگه دارد و یا تصرفی دیگری در آن بکند، در صورتی که آن را به طور امانت نگاه دارد و بدون تقصیر او تلف شود، ضامن نخواهد بود.^۱

و مطابق ماده «۱۶۵» قانون مدنی: «هرکس در بیابان یا خرابه که خالی از سکنه بوده و مالک خاصی ندارد مالی پیدا کند، می‌تواند آن را تملک کند و محتاج به تعریف نیست، مگر اینکه معلوم باشد که مال عهد زمان حاضر است، در این صورت در حکم سایر اشیاء پیدا شده در آبادی خواهد بود.» البته مشروط بر اینکه مشمول قانون راجع به حفظ آثار ملی نباشد. همچنین مطابق تبصره ماده «۱۶۳» قانون مدنی: «در صورتی که پیدا کننده مال از همان ابتداء یا پیش از پایان مدت یک سال، علم حاصل کند که تعریف، بی‌فایده است و یا از یافتن صاحب مال مأیوس گردد، تکلیف تعریف از او ساقط می‌شود».

اما اگر کسی مالی را دید ولی از تصرف آن خودداری کرد، قاعدتاً تکلیفی ندارد، ولی به محض اینکه مال را تصرف کرد، قهراً با شرایطی که گفته شد تکلیف «تعریف» نیز بر عهده او مستقر می‌شود.

در مورد «تعریف»، ماده «۱۶۴» قانون مدنی مقرر داشته است: «تعریف اشیاء پیدا شده عبارت است از نشر و اعلان بر حسب مقررات شرعی به نحوی که بتوان گفت که عادتاً به اطلاع اهالی محل رسیده است.» از واژه «عادتاً» معلوم می‌شود که تشخیص مصداق تعریف نیز محول به «عرف» شده است، به عنوان مثال، اگر چیزی در تاکسی پیدا شود، راننده باید آن را به مرکز اشیاء گم شده تحویل دهد و نظامات شغلی و عرف خاص، مقدم بر رعایت عرف عموم است.

باید توجه کرد که نحوه تعریف باید با ارزش مال تناسب داشته باشد، بنابراین یابنده تکلیف ندارد چند برابر ارزش مال، برای تعریف آن هزینه کند. در صورتی که پس از یکسال تعریف، مالک مال پیدا نشد، یابنده اختیار دارد یا مال را به صورت امانت نزد خود نگه دارد و یا اینکه در آن تصرف کند و منظور از تصرف، هر نوع تصرف مالکانه است و در صورتی که آن

۱- اگر قیمت مال گم شده، بیش از یک درهم باشد، نشانه هم داشته باشد، باید تا یک سال اعلام کند، کیفیت اعلام بدین صورت است که از روزی که آن را پیدا کرده تا یک هفته، هر روز و پس از آن تا یک سال، هفته‌ای یک مرتبه در محل اجتماع مردم اعلام کند، اگر صاحبش پیدا نشد، میان سه کار مخیر است: ۱- برای خود بردارد، به قصد این که هر وقت صاحبش پیدا شد عین مال و یا، عوض آن را به او بدهد. ۲- از طرف صاحبش در راه خدا صدقه بدهد، به این قصد که اگر صاحبش پیدا شد و راضی نشد، عوض آن را به او بدهد. ۳- به صورت امانت برای صاحبش نگه دارد، در این صورت، اگر بدون تقصیر او تلف شود، ضامن نیست. (خمینی، روح‌ا...، توضیح المسائل، ص ۴۸۵، مسأله ۱۹۸۹.)

را بطور امانت نگاهدارد و بدون تقصیر او تلف شود، ضامن نخواهد بود.^۱
اگر مالی پیدا شد که فاسد شدنی است، باید به قیمت عادلانه فروخته شود و قیمت آن، در حکم خود مال پیدا شده خواهد بود.^۲

اگر کسی در ملک غیر یا ملکی که غیر خریده، مالی پیدا کند و احتمال بدهد که متعلق به مالک قبلی یا مالکین سابق است، باید به آنها اطلاع دهد و اگر آنها مدعی مالکیت شدند و به قرائن، مالکیت آنها معلوم شد باید به آنها بدهد و الا به طریقی که مقرر است رفتار کند. توضیح اینکه مطابق ماده «۱۶۹» قانون مدنی: «منافعی که از مال پیدا شده، حاصل می‌شود قبل از تملک، متعلق به صاحب آن است و بعد از تملک، مال پیدا کننده است.» هر گاه پیدا کننده بعد از یکسال تعریف، مال پیدا شده را تملک نماید و سپس مالک اصلی، پیدا شده آن را مطالبه نماید، مالک اصلی، بنابر قول مشهور «فقهای امامیه»، حق مطالبه عین را ندارد، ولی می‌تواند مثل یا قیمت آن را مطالبه کند، زیرا، مالکیت پیدا کننده همراه با ضمان و مشروط به دادن عین یا عوض آن در فرض مطالبه صاحب اصلی بوده است. قول دیگر که «صاحب جواهر» آن را اقوی دانسته، این است که در این فرض، پیدا کننده مکلف به دادن عین، در صورت وجود آن و دادن مثل یا قیمت در صورت تلف عین است.^۳

ب: حیوانات ضالّه (گم شده)

برابر ماده «۱۷۰» قانون مدنی: «حیوان گم شده (ضالّه) عبارت از هر حیوان مملوکی 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، ضالّه محسوب نمی‌گردد.» بنابراین حیوانی، ضالّه محسوب می‌شود که:

- ۱- مالک داشته باشد. ۲- بدون متصرف یافت شود. ۳- در چراگاه یا نزدیک به آب یافت نشود و یا متمکن از دفاع خود در مقابل حیوانات درنده نباشد.^۴

۱- قسمت اخیر ماده «۱۶۳» قانون مدنی، همچنین ماده «۱۶۸» قانون مدنی مقرر داشته است: «اگر مال پیدا شده در زمان تعریف، بدون تقصیر پیدا کننده، تلف شود مشارالیه ضامن نخواهد بود»

۲- اگر «لقطه» از چیزهای فاسد شدنی (مثل غذا و میوه) باشد، باید تا مدتی که فاسد نمی‌شود، آن را نگه دارد، بعد قیمت کند و خودش مصرف نماید یا بفروشد و پولش را نگهدارد و در جست و جوی صاحبش باشد (یعنی یک سال اعلام کند)؛ اگر پیدا نشد، از طرف او صدقه بدهد. احتیاط مستحب آن است که اگر دسترسی به حاکم شرع دارد، برای فروش از او اجازه بگیرد. (تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۲۳) و مطابق ماده «۱۶۷» قانون مدنی: «اگر مالی که پیدا شده است ممکن نیست باقی بماند و فاسد می‌شود باید به قیمت عادلانه فروخته شود و قیمت آن در حکم خود مال پیدا شده خواهد بود»

۳- نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۸، ص ۳۴۷.

۴- اگر کسی حیوانی را در جایی آباد پیدا کند که خطری متوجه آن نیست و یا حیوان در وضعیتی باشد که در بیابان هم خطری آن را تهدید نمی‌کند، حق ندارد آن را در اختیار بگیرد، ولی اگر حیوان در معرض خطر باشد، می‌تواند آن را در اختیار بگیرد و صاحبش را جست و جو کند. (امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۲۲، مسئله ۲)

تملك حيوان ضالّه به هيچ وجه مجاز شناخته نشده و به موجب ماده «۱۷۱» قانون مدنی: «هرکس حيوان ضالّه پيدا نمايد بايد آن را به مالک آن رد کند و اگر مالک را نشناسد بايد به حاکم يا قائم مقام او تسليم کند و الا ضامن خواهد بود، اگرچه آن را بعد از تصرف رها کرده باشد»

در مورد هزینه نگهداری حیوانات گمشده، تفاوتی در مناطق مسکونی و غیر مسکونی وجود دارد و تنها در فرض دوم برای پیدا کردن، حق مطالبه هزینه نگهداری قائل شده است. ماده «۱۷۲» قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «اگر حيوان گمشده در نقاط مسکونی يافت شد و پيدا کننده با دسترسی به حاکم يا قائم مقام او، آن را تسليم نکند، حق مطالبه مخارج نگهداری آن را از مالک نخواهد داشت. هرگاه حيوان ضالّه در نقاط غير مسکونی يافت شود پيدا کننده می‌تواند مخارج نگهداری آن را از مالک مطالبه کند، مشروط بر اینکه از حيوان انتفاعی نبرده باشد و الا مخارج نگهداری با منافع حاصله احتساب و پيدا کننده يا مالک فقط برای بقیه، حق رجوع به یکدیگر را خواهند داشت.»

ممکن است سئوالی مطرح شود که هرگاه در فرض دوم، پیدا کننده با دسترسی به حاکم، حيوان گمشده را به او تسليم نکند، آیا می‌تواند مخارج نگهداری آن را از مالک بخواهد؟ با اینکه اطلاق «بند دوم» ماده «۱۷۱» قانون مدنی، حاکی از استحقاق مطالبه مخارج نگهداری در این فرض است، اما با توجه به ملاک «بند اول» ماده و آنچه «فقه‌ای امامیه» گفته‌اند، باید قائل به عدم استحقاق هزینه نگهداری در این مورد شد و نیز می‌توان استدلال کرد که پیدا کننده در این فرض در «حکم غاصب» است که نمی‌تواند هزینه نگهداری مال مغضوب را مطالبه کند.^۱

لازم به ذکر است که در «قانون مدنی» به تبعیت از «حقوق اسلام» در مواردی از «حاکم» نام برده شده است؛ در «حقوق امامیه»، اختیارات قضایی و اداری «حاکم شرع» به اندازه‌ای وسیع است که آن را با هیچ مقام عمومی امروز نمی‌توان برابر دانست. زیرا امروز مسئولیت مقامات حکومتی معین و محدود است. از «قانون مدنی» می‌توان چنین برداشت کرد که مقام تعیین کننده مال مجهول المالك، دولت و قوای عمومی است، زیرا عناوین «دادگاه» یا «مدعی العموم» در «قانون مدنی» مکرراً بکار رفته است. برخی از اساتید حقوق^۲ به استناد ماده اول نظامنامه اجرای مواد «۲۸» و «۸۶۶» قانون مدنی (مصوب ۱۳۱۲) که جمع آوری و نگهداری اموال مجهول المالك و ترکه اموال بلاوراث را از وظایف «دادستان» قرار داده و با توجه به

۱- صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد اول، ص ۱۶۶.

۲- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۷۱.

اینکه حفظ حقوق اجتماع به طور کلی از وظایف و اختیارات اوست، گفته‌اند که منظور از «حاکم» در ماده «۲۸» قانون مدنی، «دادستان» است.

لذا به نظر می‌رسد برای یافتن مصداق حاکم، باید دید در هر مورد، کدام سازمان دولتی، وظیفه حکومت را بر عهده دارد، برای مثال، در تشخیص حاکمی که به نمایندگی از دولت، «وقف» را قبول می‌کند، اگر واقف ملک خود را، وقف ساختن راه نماید، حاکم، وزارت راه است، زیرا از طرف دولت، نمایندگی در این خدمت را به عهده دارد و یا اگر وقفی به منظور زیبا سازی شهر انجام شود، شهرداری، حاکم خواهد بود و در امر بیمارستان، وزارت بهداشت و...

البته در بسیاری از موارد، سازمان یا اداره خاصی وجود ندارد که متصدی امر باشد که در اینگونه موارد، «دادستان» به عنوان حافظ حقوق عامه، این وظیفه را بر عهده می‌گیرد، مثل وقف بر جهات عامه یا مثل وقف در امور «خیریه»، که مشخصاً معلوم نیست برای راه سازی یا مدرسه سازی و یا بیمارستان است؛ در اینگونه موارد، «دادستان» قبول وقف می‌کند.^۱ اما برخی گفته‌اند که به نظر می‌رسد که حاکم به طور مطلق، منصرف به «قاضی محکمه» است.^۲ در ماده «۴» نظامنامه اجرای مواد «۲۸» و «۸۶۶» قانون مدنی (مصوب ۱۳۱۲) نیز چنین مقرر شده است: «وجوه مذکور در ماده دوم را نمی‌توان به هیچ مصرف رسانید، مگر به مصارف معینه قانون و با اجازه رئیس محکمه بدایت.» پس منظور ماده «۸۶۶» که مقرر می‌دارد: «در صورت نبودن وارث، امر ترکه متوفی راجع به حاکم است» یعنی رئیس محکمه بدایت در خصوص آن تصمیم می‌گیرد.

۱- همان

۲- داراب پور، حقوق اموال و مالکیت، ص ۷۴

فصل سوم: مالکیت

«مالکیت» را از ابعاد مختلف تاریخی، اجتماعی و سیاسی می‌توان مورد مطالعه قرار داد، اما از لحاظ حقوقی، مالکیت، کاملترین نوع حق عینی است. مالکیت، حقی است که بموجب آن مال به طور مطلق و منحصراً تحت اختیار شخص خاص قرار می‌گیرد. بنابراین حق مالکیت، دارای ویژگی «اطلاق»، «انحصار» و «دوام» است. بدین معنی که مالک جز در مواردی که قانون مستثنی نموده است، نسبت به مایملک خود، حق هرگونه تصرف و انتفاع را دارد و هیچ مالی را نمی‌توان از تصرف صاحب مال خارج کرد، مگر به حکم قانون. مالکیت، به مالک حق می‌دهد تا نسبت به «حق استعمال و استفاده»، «حق استثمار و بهره‌بری از منافع» و «حق در اختیار داشتن مال» اقدام نماید.

مالکیت، امری است اعتباری و ذهنی، نه عینی و مستقل از ذهن، ولی می‌تواند از واقعیت‌های عینی و مستقل نشأت گیرد.

حقوق مالکیت دارای دو جنبه «ایجابی» و «سلبی» اند، از یک طرف خود فرد، حق استفاده دارد و از طرفی، دیگران حق تعرض به مالکیت فرد را ندارند. حق مالکیت، یک امر به اصطلاح «ذو مراتب» است یعنی، شدت و ضعف دارد و قوت و قدرت آن بستگی به میزان و حدود و دامنه حق استیلا و تصرف دارد.

مطابق «قانون مدنی»، امکان دارد سه نوع علاقه (ارتباط) بین اشخاص و اموال وجود داشته باشد که عبارتند از: «مالکیت» (اعم از عین یا منفعت)، «حق انتفاع» و «حق ارتفاق به ملک غیر» (ماده ۲۹ قانون مدنی)؛ این سه قسم حق، نسبت به اموال، از حقوق عینی می‌باشند. علاوه بر حقوق مزبور، در سایر مواد قانون مدنی و قوانین دیگر، مواردی ذکر شده که شامل حق وثیقه، حق طلبکار نسبت به اموال بازداشتی و حق تحجیر و نیز حقوق مشابهی مانند حق تقدم در مشترکات عمومی، حق تقدم مستاجر در تجدید اجاره عین مستاجره، تعهد انتقال مال

و... نیز وجود دارد که از مصادیق حقوق مالی می‌باشند.^۱

اختیار وسیع مالک در تصرفات در ملک، مبتنی بر قاعده یا اصل «تسلیط» می‌باشد؛ البته اختیار این تسلط، بایستی با مصالح جامعه و عموم مردم نیز منطبق باشد. بنابراین امروزه حسب ضروریات اجتماع، مالکیت بی‌قید و شرط وجود ندارد و محدودیت‌هایی برای آن ایجاد شده است. در ادامه به بررسی مسائل مربوط به مالکیت می‌پردازیم:

مبحث اول: کلیات

گفتار اول: سابقه تاریخی مالکیت

برخی معتقدند: مالکیت از زمان بوجود آمدن انسان بوجود آمده است،^۲ اما برخی دیگر معتقدند: ایجاد مالکیت به «۲۵۰۰» سال قبل از مسیح بر می‌گردد، به نظر آنها، پیدایش مفهوم مالکیت، مقارن با انقضای دوره تاریخی صید و پیدایش دوره کشاورزی بوده است، زیرا انسان در مرحله صیادی برای تأمین معاش ملزم نبود در جای ثابتی مستقر شود، در صورتی که در دوره کشاورزی به حکم ضرورت در دوره کشت، مجبور بوده تا مدتی در جای ثابتی توقف کند تا به کار و فعالیت پردازد و در همان نزدیکی، برای مراقبت از محصول، سکنی گزیند. با کار کردن تدریجی در جای ثابت، علقه با زمین پیدا کرده و فکر اختصاصی بودن زمین که معلول رابطه انسان با زمین می‌باشد، نضج گرفته است. از اختصاص، استقرار و از استقرار، تقسیم زمین به نسبت قدرت کشت حاصل آمده است، زیرا هر کس در قطعه زمینی که کار کرده، آن را برای خود محافظت و نگهداری نموده و هر چه بهره برداری از آن بیشتر تکرار شده، سلطه‌اش بر زمین بیشتر شده است. بدین ترتیب گمان می‌رود منشأ تاریخی حقوق خصوصی در زمین «کار» بوده که به مرور ایام به صورت مالکیت ظاهر گردیده است.^۳

مالکیت و حقوق مترتب بر آن، از دیر باز مورد توجه حکومت‌ها و پادشاهان بوده است، چنانکه در «منشور کورش» آمده است: «من تا روزی که پادشاه هستم، نخواهم گذاشت کسی مال غیر منقول یا منقول دیگری را به زور یا به طریق دیگر بدون پرداخت بهای آن و جلب رضایت صاحب مال، تصرف نماید و من تا روزی که زنده هستم نخواهم گذاشت که شخصی، دیگری را به بیگاری بگیرد و بدون پرداخت مزد، وی را به کار وا دارد. من امروز اعلام می‌کنم که هر کسی آزاد است در هر نقطه که میل دارد سکونت کند، مشروط بر اینکه در آنجا حق

۱- مدنی، سید جلال الدین، حقوق مدنی، ج اول، نشر پایدار، سال ۱۳۹۰، ص ۲۲۲.

۲- Portalis, J.E.M, Expose de motifs du projet de loi sur la propte, PUAM, p. 112

۳- صدر، محمد باقر، اقتصادنا، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، چاپ بیستم، ۱۴۰۸ هـ.ق، ص ۴۵۸

کسی را غصب ننماید و هر شغلی را که میل دارد پیش بگیرد و مال خود را به هر نحو که مایل است به مصرف برساند، مشروط بر اینکه لطمه به حقوق دیگران نزنند...»^۱.

در «پنج» قرن قبل از میلاد در «یونان» و «رم»، مالکیت با مفهومی که امروزه در «حقوق فرانسه» مطرح است، مشابهت داشته است، در «حقوق اروپا»، مالکیت، حق بهره برداری و در اختیار داشتن مال به نحو «مطلق» است. کلمه «اطلاق» در «حقوق اروپا» بسیار مورد تأکید واقع شده است و در «حقوق ایران» نیز به عنوان یکی از مشخصه‌های مالکیت مطرح شده است.

در مورد مالکیت، در «حقوق غرب»، دو دیدگاه مطرح شده است: برخی «حق مالکیت» را یک حق شخصی می‌دانستند که از طبیعت و شخص انسان، قابل تفکیک و جدایی نیست؛ بر اساس این دیدگاه، مالک حق دارد هرگونه استفاده و انتفاع شخصی از مال را بنماید و نیازی نیست به منافع عموم و جامعه توجهی داشته باشد، بر این اساس، هر کس می‌تواند آنطور که مایل است از مال خود استفاده کند، بدون اینکه بتوان وی را از بهره بردن از منافعش باز داشت.

بر اساس دیدگاه دوم، مالکیت یک وظیفه و کارکرد اجتماعی است که جامعه بر عهده فرد قرار می‌دهد تا در راستای اجرای وظیفه اجتماعی خود از آن بهره گیرد، بنابراین، او نمی‌تواند از مال استفاده‌ای بکند که بر خلاف منافع عموم باشد و یا منافع عمومی را به خطر بیاندازد.

تنظیم «قانون مدنی فرانسه» و «اعلامیه حقوق بشر» بر اساس دیدگاه «فرد گرایان» بوده، بدین معنا که مالکیت را به عنوان «حق شخصی» مطرح نموده‌اند و نه یک تکلیف اجتماعی.^۲ از دیدگاه حقوق بشر مدرن، یکی از حقوق بنیادین انسان، حق مالکیت است، ماده «۱۷» اعلامیه حقوق بشر اعلام می‌دارد: «۱- هر شخص، منفرداً یا به طور اجتماع، حق مالکیت دارد. ۲- احدی را نمی‌توان خود سرانه از حق مالکیت محروم نمود»؛ از دیدگاه غرب، حق مالکیت از حقوق طبیعی و شخصی انسان می‌باشد. از نظر «جان لاک»، فیلسوف غربی، بنیاد بزرگ بشر در وجود بشر است که خداوند خودش، مالک شخصی خویش، افعال و کار خویش است.

«جان لاک» از مالکیت در «جامعه مدنی» سخن می‌گوید که بر این ویژگی‌ها استوار است: ۱- اسراف، ممنوع نیست، بلکه سعادت عمومی، مستلزم برداشته شدن قید و بند از توان مال اندوزی بشر و حمایت از این توان است. ۲- در جامعه مدنی، همه چیز موضوع مالکیت

۱- رضایان، فرزین، هفت رخ فرخ ایران. چاپ ایبانه. انتشارات دایره سبز، ۱۳۸۶، ص ۵۲.
2- Terre, F., Simler, Droit civil, Les biens, op. cit., p. 94.

می‌شود، البته با این تفاوت که زمین و طلا و نقره، کمیاب و ارزشمند است و به اندازه کافی برای همگان وجود ندارد. این برداشت از مالکیت بعدها بسط یافت و محور حقوق بشر در مسأله مالکیت گردید.^۱

در زمان تنظیم «قانون مدنی فرانسه»، این قانون به شدت تحت تأثیر «حقوق کشاورزی» بود، اصطلاحات و عبارات بکار رفته در این قانون، این امر را نشان می‌دهد، به عنوان مثال حیوانات و وسایل کشاورزی تحت عنوان «اموال غیر منقول تبعی»، قرار گرفتند و به زمین مرتبط شدند. (ماده ۵۲۴ قانون مدنی فرانسه)^۲

گفتار دوم: معنا و مفهوم مالکیت

«مالکیت» در لغت به معنای «حیازت و تحت سیطره و در تصرف خویش درآوردن است»^۳ و در واقع، استیلای مالک بر مال است.^۴ در مالکیت، چیزی به شخص، گروه، جامعه یا عموم مردم اختصاص می‌یابد. بنابراین به طور خلاصه، «مالکیت» عبارت است از: نسبت میان مالک و مملوک^۵ یا سلطه مالک بر مملوک.^۶ به تعبیر دیگر، احاطه مالک بر مملوک^۷. برخی در تعریف مالکیت گفته‌اند: «مالکیت، عبارت از رابطه‌ای است بین شخص و چیز مادی که قانون آن را معتبر شناخته و به مالک حق می‌دهد که انتفاعات ممکنه را از آن ببرد و کسی نتواند از آن جلوگیری کند»^۸. برخی دیگر گفته‌اند: «حقی است دائمی که بموجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین، تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و به هر طریق که مایل است از تمام منافع آن استفاده کند»^۹. که البته این تعاریف با توجه به اینکه صرفاً تعریف را منحصر به امور مالی کرده است، قابل ایراد است.

«قانون مدنی»، حق و مالکیت را تعریف نکرده است، ولی از اوصاف و آثاری که برای آن ذکر کرده است، به اجمال می‌توان تعریف حق مالکیت را به دست آورد. مرسوم است که گفته شود، مالکیت دارای سه هدف اساسی است: ۱- مطلق بودن؛ ۲- انحصاری بودن؛ ۳- دائمی بودن. ولی به زودی خواهیم دید که هیچیک از این اوصاف، به مفهوم پیشین خود باقی نمانده

۱- لئواشتر اوس، حقوق طبیعی و تاریخ، ص ۲۵۰ به نقل از سید علی موسوی، مبانی حقوق بشر از دیدگاه اسلام، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۸۸، ص ۳۰۰

2- sophie, schiller, droit des biens, dalloz, 2007, p2

۳- ابراهیم انیس، المعجم الوسیط، کلمه «ملک»

۴- حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۳، ص ۳۷۲ و اردبیلی، الانوار لاعمال الابرار، ج ۱، ص ۳۵۳

۵- نجفی خوانساری، (تقریرات مرحوم نائینی)، منیه الطالب، ج ۱، ص ۳۵.

۶- یزدی، سید محمدکاظم، عروه الوثقی، ص ۱۰.

۷- طباطبایی (حکیم)، شرح عروه الوثقی، ص ۱۱۱.

۸- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج اول، ص ۴۲.

۹- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۶.

است.^۱

دکتر «جعفری لنگرودی» در این باره می‌نویسد: «قانون مدنی ما تعریفی از مالکیت نکرده است و فقط دو قسم آن را (مالکیت عین-مالکیت منفعت) بیان کرده است. مالکیت، مفهومی است که هرکس از آن چیزی می‌داند، اما موقع طرح یک تعریف کسی جان سالم از معرکه اندیشه در نمی‌برد؛ زیرا تعریف آن دشوار است».^۲ و در مقام تعریف مالکیت می‌گوید: «حق استعمال و بهره‌برداری و انتقال یک چیز به هر صورت، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».^۳

گفتار سوم: مالکیت در اسلام

باید توجه داشت که «مالکیت در اسلام» بر اساس جهان بینی ایمان به مبدأ و معاد سرچشمه می‌گیرد و بر این اساس، از دیدگاه اسلام، کلیه موجودات جهان، «مملوک خداوند» هستند و اموالی نیز که در دست انسانها با شرائط خاصی قرار می‌گیرد، ذاتاً از آن خداوند است و به طور عاریت، به انسانها عطا شده است و در مقابل، وظائفی برای آن مقرر شده است. مالکیت حقیقی از آن خداوند است، زیرا اوست که هستی بخش همه موجودات جهان است و جهان و هرچه در اوست به او تعلق دارد. انسان، تنها به اذن خدا، مالک و صاحب اختیار خویش و مالک و صاحب اختیار آنچه به دست می‌آورد هست.

خداوند در قرآن می‌فرماید: «زمین را در اختیار انسانها گذارد. در آن میوه و درختان خرما و خوشه‌دار قرارداد».^۴

در «حقوق اسلام»، اسباب ایجاد مالکیت برای انسان و روش‌های مشروع درکسب اموال را «خداوند» تعیین می‌نماید و به حکومت اسلامی، حق وضع آنها را می‌دهد.^۵ اصل «۴۵» قانون اساسی مقرر داشته است: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوهها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید، تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند.»

امیرالمؤمنین «حضرت علی» (ع) می‌فرمایند: «...کسی که خداوند به او مال عطا فرموده

۱- همان، ص ۹۹

۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، ص ۸۸، ماده ۳۱.

۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۹۹۵

۴- سوره الرحمن، آیه ۱۱ و ۱۰

۵- رسول اکرم (ص) فرمودند: «مردم در سه چیز شریکند: سوخت، آب و مرتع.» (محدث نوری، مستدرک الوسائل، ج ۱۷، ص ۱۱۴)

است، لازم است به وسیله مال، پیوند خویشاوندی خود را برقرار و مهمانان خود را پذیرائی کند و اسیران و گرفتاران را رهایی ببخشد و به فقرا و مقروضان کمک نماید و در سایه آن مال در راه ادای حقوق اجتماعی به منظور تحصیل ثواب خداوند گام بردارد و دست یافتن به این خصلت‌ها، باعث شرافت و عظمت در زندگی دنیا و رسیدن به درجات عالیه آخرت است.^۱ همچنین ایشان به حاکم خود در شهر «فارس» فرمودند: «... تو اموال مسلمانان را، که با نیزه‌ها و اسب هایشان آن اموال را گرد آورده‌اند و خون هایشان بر سر آن، ریخته شده در بین عرب‌های خویشاوند خود، که تو را برگزیده‌اند، قسمت می‌کنی. پس سوگند به خدایی که دانه را شکافت و انسان را آفرید، اگر این کار راست باشد، از من نسبت به خود زبونی می‌یابی و از حیث مرتبه، نزد من سبک گردی (جایگاهت پایین می‌آید) پس حق پروردگارت را خوار نکن و دنیايت را به کاستن دینت آباد مکن که در جرگه آنان که از حیث کردارها، زیان کارترند، خواهی بود.»^۲

از دیدگاه «مبانی اقتصادی اسلام»، برداشتن هر گامی در راه تقویت اقتصاد و هرگونه حرکت و فعالیتی در تحکیم بنیه اقتصادی جامعه اسلامی، یک نوع عبادت و ایجاد ارتباط مثبت با خالق جهان است. تحصیل مال باید با روش‌های مشروع و حلال و پرهیز از مکاسب محرمة و ممنوع باشد. همچنین داشتن مال، باید با احساس وظائفی از قبیل: انفاق در راه خدا و توجه به مستمندان و مستضعفان همگام باشد و در مصرف آن، باید از اسراف و تبذیر و تجمل‌گرایی دوری نموده و با تقدیر و اندازه‌گیری که براساس احتیاجات لازم زندگی فردی و اجتماعی پی ریزی شده است، توام باشد.

«دین اسلام»، مسلمانان را ملزم می‌کند که از اسراف، تبذیر، تجمل‌گرایی، تقلب، ربا، احتکار و گرانفروشی احتراز کنند تا از تورم، فقر، پریشانی و بیکاری اثری نباشد و جامعه بر اساس کار صحیح و مفید و بر پایه محبت، اخوت، عواطف انسانی، ایثار، احسان، تعاون، خودکفائی و استقلال، استوار باشد.

گفتار چهارم: اقسام مالکیت در اسلام

بند اول: مالکیت حقیقی

مقصود از «مالکیت حقیقی»، عبارتست از قدرت و سلطنت تکوینی خداوند بر تمامی موجودات جهان هستی. بنابراین آنچه غیرخدا به شمار می‌آید، ملک حقیقی او هستند. خداوند از آنرو که آفریننده و پدیدآورنده جهان هستی می‌باشد، مالک حقیقی آن نیز

۱- نهج البلاغه، خطبه ۱۴۲ «من آتاه الله مالا فليصل به القرابه و ليحسن منه الضيافه و ليفك..»

۲- همان، نامه ۴۵

می‌باشد. همانگونه که انسان، مالک صورت‌های ذهنی است که آنها را می‌آفریند. اگرچه انسان و آفریده‌هایش نیز مملوک حقیقی خداوند قادر متعالند.^۱ آیاتی به این مضمون، بارها در قرآن تکرار شده است.^۲

اعتقاد به مالکیت خدا، از اصول اعتقادی مسلمانهاست. «ملک» به این معنا، از امور حقیقی است نه حقوقی، از اینرو موضوع مباحث و احکام فقهی حقوقی نخواهد بود و از مختصات ذات مقدس الهی است و از قلمرو اشخاص حقیقی و حقوقی خارج است. گاهی تصرف مالکانه به این دلیل است که مملوک، مخلوق مالک است؛ به عبارت دیگر، مالک در اعطای وجود به مملوک دخالت دارد. در این صورت، مالک، حقیقی است؛ مانند مالکیت خداوند نسبت به مخلوقات. «مالکیت حقیقی بالذات» منحصر به ذات اقدس الهی است. آیات متعددی در قرآن کریم، صراحت در مالکیت خداوند بر آسمان‌ها و زمین و آنچه در آنهاست، دارد: «له ما فی السموات و ما فی الارض و ما بینهما و ما تحت الثری»؛^۳ آنچه در آسمانها و زمین است و آنچه بین آنهاست و آنچه در دل زمین است، همه از آن خداست. مالک اصلی اوست و مالکیت دیگران، «بالعرض» و نه «بالاصاله» می‌باشد.

ب: مالکیت اعتباری

مقصود از «مالکیت اعتباری»، این است که قانونگذار و عقلا میان خودشان، ملکیت را «اعتبار» می‌کنند، مانند اعتبار ملکیت خانه برای شخصی و یا اعتبار ملکیت اتومبیل برای شخص دیگر. ملکیت بدین معنا، مورد بحث و گفتگو و موضوع مباحث فقهی - حقوقی و اقتصادی است.

«فقهاء» برای تعریف ملکیت اعتباری، عنوان مستقلی را در کتاب‌های فقهی به کار نبرده‌اند ولیکن به مناسبت‌های گوناگون، آن را تعریف کرده‌اند. ما به لحاظ اهمیت این موضوع در اثبات آثار حقوقی با تفصیل بیشتری به آن می‌پردازیم.

«محقق یزدی» می‌فرماید: «حقیقت مالکیت، چیزی جز اعتبار عقلایی نیست؛ زیرا آنان هنگامی که چیزی در دست شخصی هست میان آن دو، رابطه‌ای که سبب تسلط شخص می‌گردد، اعتبار می‌کنند و یا اینکه، عقلا خود تسلط شخص را بر آن شیء اعتبار می‌کنند».^۴

«مرحوم نائینی» می‌فرماید: «بی‌گمان ملکیت از امور اعتباری عقلایی است، که در نظر عقلا نفس الامر دارند و این ملکیت اعتباری، منشأ آثاری در عالم اعتبار است».^۵ براساس نظر

۱- مطهری، مرتضی، مسأله ربا، انتشارات صدقی، ص ۳۱.

۲- آل عمران: آیه ۹۸۱؛ مائده: آیات ۷۱، ۸۱، ۱۰۴، ۲۱؛ توبه: آیه ۶۱۱؛ حائیه: آیه ۷۲؛ فتح: آیه ۴۱؛ حدید: آیه ۲.

۳- سوره طه، آیه ۶.

۴- محقق یزدی، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۴۵.

۵- منیه الطالب، تقریرات محقق نائینی، ج ۱، ص ۹۲۲.

ایشان نیز، ملکیت قابل اعتبار و جعل برای شخص است. از مجموع سخنان «فقهاء» درباره ملکیت، می‌توان گفت، مالکیت امر اعتباری است، هرچند کلمات «فقهاء» در تعریف و بیان این مطلب، اندکی اختلاف دارد. و نیز این امر اعتباری، همانگونه که برای اشخاص حقیقی قابل جعل شدن است، برای اشخاص حقوقی نیز اعتبار می‌شود و آثار و احکام مالکیت بر آنها بار می‌شود.

«مالکیت اعتباری» متکی به مالکیت انسان می‌باشد. در قرآن کریم، همه نعمت‌ها با واژه‌های «خلق لکم» و «جعل لکم» و مانند آن‌ها برای انسان در نظر گرفته شده است. برای مثال: «الذی جعل لکم الارض فراشاً و السماء بناءً و انزل من السماء ماءً فاخرج به من الثمرات رزقاً لکم»^۱، آیه شریفه، حقیقت امور را به خداوند متعال منتسب کرده است؛ اما مالکیت انسان را نیز معتبر شناخته است؛ البته مشروعیت تعیین ضوابط و حدود برای مالکیت‌های اعتباری از ناحیه مالک اصلی از همین جا سرچشمه می‌گیرد.

مبحث دوم: اجزاء وعناصر مالکیت

در عصر «ژوستینین»^۲، در حقوق «رم» مالکیت شامل سه امر بود: ۱- «حق انتفاع» و استعمال، ۲- حق بهره برداری از منافع ۳- حق در اختیار داشتن؛ جمع این سه حق، مالک را در جایگاه مالکیت قرار می‌داد؛ این سه عنصر در تعریف حق مالکیت در «حقوق فرانسه» و حتی «حقوق ایران» نیز وارد شده است؛ در تعریف مالکیت در «حقوق فرانسه» در ماده «۵۴۴» قانون مدنی این کشور آمده است: «مالک، حق بهره‌مندی و استثمار از مال خود را دارد، بنابراین اوست که شیوه استثمار از مال خود را معین می‌کند و همچنین شخصاً منافع را که مفید و سودمند به حالش است را مورد استفاده قرار می‌دهد». در ادامه، این سه حق را بیشتر توضیح می‌دهیم.

گفتار اول: حق استعمال^۳

«حق استعمال» و استفاده و بهره‌بری؛ بدین معناست که مالک حق دارد از مال خود، بلا واسطه استفاده و انتفاع ببرد و دیگران حق جلوگیری از این حق را ندارند. ماده «۳۰» قانون مدنی مقرر داشته است: «هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در

۱- سوره بقره، آیه ۲۲

۲- در سال ۵۲۷ میلادی، ژوستینین Justinian (ژوستینیانوس) امپراتور روم شد و ۳۸ سال حکومت کرد. وی و معاصر او خسرو انوشیروان، آخرین حکمرانان بزرگ دو امپراتوری روم و ایران بودند و بمانند یکدیگر توجه خاص به ایجاد دادگاههای مختلف و وضع قوانین دادرسی داشتند. ژوستینین در طول حکومت ۳۸ ساله خود، در آفریقا و اسپانیا و غرب به فتوحات بزرگی نائل آمد ولی سه بار از ایران شکست نظامی خورد و اراضی وسیعی را از دست داد. در سال ۵۴۵ میان دو امپراتوری یک قرارداد صلح امضاء شد ولی این قرارداد به اختلافات و نزاع دو دولت پایان نداد.

مواردی که قانون استثناء کرده باشد.» در واقع «حق استعمال»، ملموس ترین حق مستقیمی است که مالک بر شیء تحت تملک دارد. شیوه استفاده از هر مال با مال دیگر متفاوت است، به عنوان مثال، شیوه استفاده از خانه، سکونت است و شیوه استفاده از اتومبیل، سواری و... اما سوال این است که شیوه استفاده از اموال غیر مادی و غیر محسوس چگونه است؟ مسلماً استفاده از اینگونه اموال به طور محسوس ممکن نیست، لذا این حق با حق سوم مالک، یعنی حق در اختیار داشتن، ادغام می شود، لیکن باید توجه داشت که عدم امکان استفاده از مال یا استفاده نکردن از مال، وی را از مالکیت نمی اندازد.^۱

گفتار دوم: حق استثمار^۲

«حق استثمار»، یعنی حق دریافت ثمره و حاصل مال، زیرا منافع در ملک مالک ایجاد می شود. این حق به مالک اجازه می دهد که محصول و ثمره مالش را دریافت کند و بالعکس حق دریافت ثمرات و منافع که از مالش، ناشی نمی شود را ندارد و نمی تواند تقاضای جبران آن را بنماید. اثر دیگر این حق، آن است که تنها با اراده مالک می توان از منافع استفاده کرد و هر گاه مالک بخواهد منافع را به دیگری واگذار کند، می تواند از طریق عقود مربوطه این کار را انجام دهد. بسیاری از اموال، قابلیت استثمار ندارند، مثل اموال مصرف شدنی که به محض استفاده از بین می روند.

بنابراین، حق مالکیت مالک بر مال به توابع، متعلقات و منافع حاصل از آن نیز سرایت می کند که این مالکیت بر منافع و ثمره ها و نمائات را «مالکیت تبعی» گویند. مطابق ماده «۳۲» قانون مدنی: «تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد، بالتبع مال مالک اموال مزبوره است.» «منفعت»، به فایده ای گفته می شود که به تدریج از مال بدست می آید و ایجاد آن ملازمه ای با از بین رفتن اصل مال ندارد، مانند سکونت در خانه ای یا میوه های درخت، ولی «ثمره»، معنای عام تری دارد و علاوه بر منافع مال، فوایدی که از تفویت اصل مال بدست می آید را نیز شامل می شود، مثل ثمراتی که از سوختن چوبی عاید می شود. برخی گفته اند: اثر این تفکیک این است که هرگاه در نتیجه قراردادی مانند اجاره، مالک عین و منفعت، یکی نباشد، مالک منفعت فقط از فوایدی استفاده می کند که با از بین رفتن عین تلازم ندارد.^۳ بنابراینچه گذشت، محصولات و ثمرات اموال، دارای انواع مختلفی می باشند: اول: «ثمرات» و «محصولات طبیعی» (طبعاً) که بدون دخالت انسان ایجاد می شود، مثل میوه درخت وحشی، دوم: «منافع صنعتی» یا «تبعی» (بالتبع) که در نتیجه عمل شخص بوجود می آید، مثل

1- Schiller, S, op. cit, p. 55
2- Droit de jouir

۳- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۵۳.

محصولات مزرعه. دسته سومی نیز از منافع وجود دارد، تحت عنوان «منافع حقوقی» که در نتیجه قرارداد حاصل می‌شود، مثل مال الاجاره یک ملک که با قرارداد اجاره به مستأجر واگذار شده است.

واژه «محصول» نیز در «عرف» اختصاص به منافع حاصل از زمین و باغ دارد. واژه «نما»^۱ نیز مترادف با واژه «ثمر» است. مطابق ماده «۳۳» قانون مدنی: «نماء و محصولی که از زمین حاصل می‌شود مال مالک زمین است چه به خودی خود روئیده باشد یا به واسطه عملیات مالک، مگر اینکه نماء یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد، که در این صورت، درخت و محصول، مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.» که این قسمت اخیر ماده «۳۳» قانون مدنی از نظر مشهور «فقه امامیه» اقتباس شده است که متخذ از یک قاعده فقهی است که «الزَّرْعُ لِلزَّارِعِ وَ لَوْ كَانَ غَاصِباً»، یعنی زراعت مال زارع است اگر چه غاصب باشد. البته زارع غاصب، ملزم به پرداخت خسارت و اجرت المثل به صاحب زمین است.

البته در خصوص «نتایج حیوانات» و بر اساس قول مشهور «فقه‌های امامیه»، ماده «۳۴» قانون مدنی مقرر داشته است: «نتاج حیوانات در ملکیت، تابع مادر است و هر کس مالک مادر شد، مالک نتاج آن هم خواهد شد.» با وجود این، قسمت اخیر ماده «۳۵۸» قانون مدنی مقرر داشته است: «حمل در بیع حیوان، متعلق به مشتری نمی‌شود، مگر اینکه تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود.» که این ماده ناظر به حیوان حاملی است که فروخته شود و در مورد مالکیت حمل، میان خریدار و فروشنده اختلاف ایجاد شود، لکن فرض ماده «۳۴» ناظر به موردی است که مالک حیوان نر و ماده متفاوت باشد و لذا پدر و مادر حیوانی، متعلق به یک نفر نباشد و صاحبان آنها در مالکیت حیوان متولد شده با یکدیگر اختلاف داشته باشند. یکی از موضوعات جالبی که در دادگاه‌های «فرانسه» پیش آمده، این است که آیا عکس گرفتن از بناهای تاریخی و یا افراد معروف و هنر پیشگان و یا انتشار عکس نقاشی‌های بسیار معروف، جزء منافع آن بنا یا منافع اموال آن فرد معروف، شناخته شده و باید با اجازه صاحب بنا و یا فرد باشد یا خیر؟

برخی آراء در «حقوق فرانسه» این دیدگاه را مطرح کرده‌اند که به جهت نیاز فرهنگی و دغدغه اطلاع رسانی، تکثیر و نسخه برداری از کاخ‌ها و اماکن فرهنگی و... نمی‌تواند حقی برای مالک کاخ یا صاحب نقاشی و.. ایجاد کند، زیرا آنچه در «قانون مدنی» در مورد «حق استثمار»،

۱- «نما» از ریشه نمو است و در اصطلاح حقوقی، افزایش مادی یا معنوی است که در مال حاصل می‌شود. نمائات ممکن است متصل باشد مثل رشد درخت و فربهی حیوان، یا منفصل باشد، مانند میوه درخت پس از جدا شدن آن، یا پشم گوسفند پس از چیدن آن.

پیش بینی شده، ناظر به حقوق مادی محسوس است و نه مربوط به مالکیت‌های غیر مادی و ابداعات ذهنی و مالکیت‌های هنری و ادبی.^۱

اما در برخی از آراء دیگر، برخی قضات در «حقوق فرانسه»، این مسأله را مطرح کرده‌اند که انتشار عکس یا کارت پستال از اماکن تاریخی یا انتشار عکس افراد معروف می‌تواند به حق استثماری از مال، لطمه بزند، بنابراین همانطور که از حقوق مالکیت ادبی و هنری یک نویسنده و یا یک نقاش حمایت می‌شود، باید از نسخه برداری و انتشار عکس آثار هنری آنها نیز بدون رضایت ایشان ممانعت به عمل آورد و در مقام توجیه می‌گویند مالکیت بر یک مال مادی به بعد غیر مادی آن نیز توسعه پیدا می‌کند؛ البته برخی آراء دیگر گفته‌اند: این راه حل تا زمانی قابل اجراست که منتهی به اغتشاش در حقوق مورد استفاده از مالکیت هنری و ادبی نشود، بنابراین عکس گیرنده حق ندارد استفاده تجاری از عکس بنماید.^۲

گفتار سوم: حق در اختیار داشتن مال^۳

بند اول: معنا و مفهوم این حق

«حق در اختیار داشتن» مال بدین معناست که مالک می‌تواند تمام اعمال «مادی» و «حقوقی» مورد نظر خود را نسبت به مال انجام دهد. از جهت «ایجابی»، این حق، بدین معناست که مالک می‌تواند با انجام اعمال مادی، مثل مصرف کردن مال و یا از بین بردن آن و یا با انجام اعمال حقوقی مثل هبه کردن، صلح کردن یا فروختن و غیره، مال را از ملکیت خویش خارج نماید. از جهت «سلبی»، مالک حق دارد که نابودی مالش را نپذیرد و یا به فروش مالش، رضایت ندهد. البته این اختیار، نامحدود نیست و گاه به جهات متعدد، محدودیت‌هایی ایجاد می‌شود که در ادامه به بررسی آن می‌پردازیم.

بند دوم: محدودیت‌های انتقال اموال

چنانکه اشاره شد مالکیت، اقتضاء دارد، مالک بتواند مال خود را به هر نحوی که می‌خواهد مثل بخشش، صلح، فروش و یا اجاره واگذار نماید، بنابراین اصل اولی در اموال، «انتقال پذیری» آن است؛ لیکن ممکن است به دلایلی، انتقال مال به دیگران، غیر ممکن و یا محدود شود، انتقال ناپذیری، جنبه «استثنایی» دارد و ممکن است به حکم قانون و یا با قرارداد خصوصی انجام شود.

الف: انتقال ناپذیری به حکم قانون

مالک می‌تواند برای همیشه یا مدت معینی، «انتقال مال» را به دیگران غیر ممکن سازد که در

1- Civ.10 mars 1999,JCP,1999,note Agostini,Grands arrêts de la jurisprudence civile,p327.

2- Civ.2mai 2001,JCP ed.2001,p824

3- Droit de disposer

اصطلاح به آن «حبس» گفته می‌شود؛ حبس مال دارای مصادیقی است که در ادامه به شرح آن می‌پردازیم:

۱- مال مرهونه

مطابق تعریفی که از «رهن» در ماده «۷۷۱» قانون مدنی^۱ آمده است، با انعقاد عقد و قبض مورد رهن، مرتهن (طلبکار) بر عین مرهونه (مال معینی از اموال بدهکار) حق عینی تبعی می‌یابد و پس از آن، هرگونه تصرفات رهن محدود می‌شود، به عبارت دیگر، عین مرهونه، وثیقه طلب مرتهن است و مدیون حق ندارد در آن تصرفی کند که به زیان طلبکار باشد.

قانون مدنی در ماده «۷۹۳» مقرر می‌دارد: «رهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به‌اذن مرتهن». اما سوال این است که تصرفات مضر به حق طلبکار یا به تعبیر قانونی آن «منافی حق مرتهن» چه تصرفاتی است؟

در تفسیر «تصرفات منافی حق مرتهن» و تعیین مصادیق آن، وحدت‌نظر وجود ندارد. گروهی معتقدند که هیچیک از رهن و مرتهن حق هیچ‌گونه تصرفی در عین مرهونه ندارند.^۲ برخی دیگر، تصرفاتی را که موجب انتقال مالکیت رهن می‌شود، ممنوع دانسته‌اند و نسبت به سایر تصرفات، معیار را اباحه یا منع رهن را ضرر مرتهن قرار داده‌اند.^۳ گروه سوم، با توسعه دامنه تصرف به تصرفات مادی و حقوقی، مثل بیع یا سواری اسب و یا سکونت در خانه‌ای که در مقابل دین، وثیقه باشد، تصرف رهن را ممنوع می‌دانند ولو، ضرری برای مرتهن نداشته باشد.^۴

البته گاه، ممکن است «تصرفات رهن» برای رهن، نافع باشد که به اعتقاد «اکثر حقوقدانان»، تصرفات رهن در چنین حالتی مجاز می‌باشد. اما ممکن است تصرف «رهن»، نفعی برای «رهن» نداشته باشد ولی با حقوق مرتهن هم متعارض نباشد؛ این‌گونه تصرفات مورد توجه حکم صریح قانونگذار قرار نگرفته است، لیکن به دلیل عدم منافات با حقوق مرتهن، «مباح» تلقی می‌گردد و سرانجام ممکن است تصرفات رهن در تعارض با حقوق مرتهن قرار گیرد که چنین تصرفاتی مورد نهی قانونگذار است.

۱- مطابق ماده «۷۷۱» قانون مدنی: «رهن عقدی است که بموجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.»

۲- شیخ انصاری، مکاسب، ص ۲۹۱

۳- طباطبایی بروجردی، آقا حسین، ۱۳۱۳ق، مجمع الرسائل، بی‌جا، انتشارات تهران، ص ۸۷

۴- جعفری لنگرودی در «مبسوط در ترمینولوژی»، تصرف را «عبارت از اینکه مالی (عین یا غیرعین) در اختیار کسی (بی‌واسطه یا باواسطه) باشد (مال او یا مال غیر) و او بتواند به حساب‌خود یا به حساب‌غیر درباره آن مال تصمیم بگیرد»، تعریف کرده است، به اعتقاد ایشان، تصرف اعم است از تصرف حقوقی و تصرف مادی و از انواع تصرفات مادی، صرفاً تصرفات اصلاحی (اداری) رهن، نافذ و در نتیجه سایر تصرفات وی، مشمول احکام خاص دیگری می‌باشد.

در مورد تصرفاتی که موجب انتقال مال رهنی می‌گردد مثل بیع و صلح، باید بین دو مورد، تفکیک نمود. اول، با رضایت مرتهن و دوم، بدون رضایت وی. ابتدا باید گفت، مرتهن در عقد رهن، دارای «حق عینی تبعی» در مورد وثیقه است، به‌صورتی که اگر بدهکار، با نقض تعهد، نسبت به ایفای طلب طلبکار اقدام ننماید، طلبکار می‌تواند مطالبات خود را از محل وثیقه، استیفاء نماید.

اما در صورتی که این انتقال، بدون رضایت مرتهن باشد، به نظر برخی «فقه‌ها»^۱، برای راهن جایز نیست در مالی که آن را رهن داده، تصرف کند و این تصرف، منافی با حق مرتهن است. لحن ماده «۳۴ مکرر» قانون ثبت اسناد و املاک^۲ و مفاد ماده «۲۲۹» قانون امور حسبی^۳ نیز نظر «مشهور» را تأیید می‌کند. مطابق ماده «۷۹۳» قانون مدنی: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن و در این امر، فرقی نمی‌نماید که تصرف راهن در عین مرهونه، عمل حقوقی باشد، مانند انتقال عین یا منفعت، یا تصرف مادی مانند تخریب بنای خانه یا قطع اشجار».

۱- از مسأله ۱۹ کتاب رهن «تحریرالوسیله» «امام خمینی» (ره) و ماده «۷۹۳» قانون مدنی استفاده می‌شود که راهن حق ندارد تصرف منافی حق مرتهن در عین مرهونه نماید، مگر با اذن مرتهن. در صورتی که مرتهن اذن بدهد، راهن تنها در محدوده اذن، مجاز به تصرف است، به عنوان مثال، اگر مرتهن اجازه انتفاع داد، راهن نمی‌تواند مورد رهن را اجاره دهد. یا اگر اجازه اجاره داد، نمی‌تواند آن را بفروشد و اگر اجازه داد یا فروخت، فضولی، و متوقف بر اجازه مرتهن است.

۲- ماده «۳۴ مکرر»: در کلیه معاملات مذکور در ماده ۳۴ این قانون، بدهکار می‌تواند با تودیع کلیه بدهی خود اعم از اصل و اجور و خسارت قانونی و حقوق اجرایی نزد سردفتر اسناد رسمی تنظیم کننده سند، مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله نماید یا کلیه بدهی خود را در صندوق ثبت یا هر مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین می‌نماید تودیع و با تسلیم مدرک تودיעی به دفترخانه تنظیم کننده سند، موجبات فسخ و فک سند را فراهم کند. دفاتر اسناد رسمی مکلفند وجوه امانی مذکور را بلافاصله و در صورت انقضای وقت اداری در اولین وقت اداری بعد، به صندوق ثبت تحویل نمایند. هر بستانکاری که حق درخواست بازداشت اموال بدهکار را دارد نیز می‌تواند کلیه بدهی موضوع سند به بستانکار دیگر و نیز حقوق دولت را پرداخت و یا در صندوق ثبت و یا هر مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین می‌نماید تودیع و تقاضای استیفای حقوق خود را از اداره ثبت بنماید. هر گاه مدت سند باقی باشد باید حق بستانکار تا آخر مدت رعایت شود. در صورت صدور اجراییه گواهی اداره اجرا در مورد بلامانع بودن فک و فسخ معامله یا انجام معامله نیز ضروری خواهد بود. در کلیه موارد مذکور فوق هر گاه منافع مال مورد معامله حق سکنی یا حقوق دیگری بوده و به بستانکار منتقل شده باشد، باید حق نامبرده تا آخر مدت مذکور در سند رعایت شود. تبصره ۱: انتقال قهری حق استرداد به وراثت بدهکار موجب تجزیه مورد معامله نخواهد بود. هر گاه قبل از صدور اجراییه یا قبل از خاتمه عملیات اجرایی کلیه بدهی و خسارت قانونی و حق اجرا در صورت صدور اجراییه از ناحیه احد از وراثت مدیون در صندوق ثبت یا مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین نماید تودیع شود مال مورد معامله در وثیقه وراثت مزبور قرار می‌گیرد. در این مورد هر گاه هر یک از وراثت به نسبت سهم الارث، بدهی خود را به وارث مزبور بپردازد به همان نسبت از مورد وثیقه به نفع او آزاد خواهد شد. ترتیب و نحوه وصول طلب وارث پرداخت کننده دین از سایر وراثت به موجب آیین نامه وزارت دادگستری خواهد بود. تبصره ۲: عملیات اجرایی با صدور سند انتقال یا تحویل مال منقول یا پرداخت طلب بستانکار و اجرای تعهد بدهکار مختومه خواهد بود. در صورتی که مال از طریق حراج به فروش برسد ختم عملیات اجرایی، تاریخ تنظیم صورت مجلس حراج می‌باشد. تبصره ۳: نحوه توقیف حق بدهکار نسبت به مازاد مورد وثیقه و طرز استیفای حقوق توقیف کننده به موجب آیین نامه وزارت دادگستری خواهد بود. تبصره ۴: کلیه اسناد تنظیمی و اجراییه‌های صادر قبل از اجرای این قانون تابع مقررات زمان تنظیم سند خواهد بود.

۳- ماده «۲۲۹» قانون امور حسبی مقرر می‌دارد: تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ نیست، مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا اداء دیون.»

در «رأی وحدت رویه» هیئت عمومی دیوان عالی کشور چنین مقرر شده است: «معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد، نافذ نخواهد بود، اعم از اینکه معامله راهن بالفعل منافی حق مرتهن باشد یا بالقوه. بنا به مراتب مذکور در جایی که بعد از تحقق رهن، مرتهن، مال مرهونه را به تصرف راهن داده، اقدام راهن در زمینه فروش و انتقال سرقفلی مغازه مرهونه به شخص ثالث بدون اذن مرتهن، از جمله تصرفاتی است که با حق مرتهن منافات داشته و نافذ نیست»^۱.

به هر حال در نافذ نبودن تصرفات ناقل مالکیت مانند بیع و هبه و صلح، بین «فقه‌های امامیه» کمتر اختلاف شده است.^۲

۲- ترکه متوفی پیش از تصفیه

محدودیت دیگری که قانونگذار برای تصرف در اموال ایجاد کرده، تصرف در «ترکه پیش از تصفیه» است؛ تا زمانی که شخص زنده است، مالک دارایی خودش است، اما پس از مرگ و با از بین رفتن شخصیت متوفی، این دارایی قهراً به ورثه منتقل می‌شود. برابر ماده «۸۶۷» قانون مدنی: «ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می‌کند.» بنابراین ورثه با فوت مورث، قهراً مالک ترکه (اموال به جای مانده از متوفی) می‌گردند. اراده ورثه در انتقال ترکه اثر نخواهد داشت.^۳ اما ترکه پس از پرداخت دیون و واجبات مالی، در ملکیت وارثان استقرار می‌یابد.^۴

«مالکیت مستقر» در برابر «مالکیت غیر مستقر» یا «متزلزل» است. منظور از «مالکیت غیر مستقر»، آن است که مالکیت از شخص انتقال دهنده به انتقال گیرنده منتقل شود، ولی به علت وجود قیدی (در خصوص ترکه، به علت عدم پرداخت دیون و وصایا و...) این انتقال، تثبیت نشود.^۵

با مرگ مورث (متوفی) دارایی او به ملکیت وارثان در می‌آید، ولی چون این دارایی با حقوق موصی له (کسی که وصیت به نفع او شده است) و طلبکاران و تعهدات مربوط به واجبات مالی متوفی آمیخته است، ترکه به دارایی وارثان نمی‌پیوندد و تا زمان تصفیه به صورت مستقل و جدای از دارایی وارثان باقی می‌ماند.^۶ به این معنا که ترکه پس از پرداخت دیون و

۱- رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ - ۱۳۷۶/۸/۲۰

۲- نقل از کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، ص ۲۰۳

۳- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد اول، ص ۲۳۶

۴- کاتوزیان، ناصر، ارث، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۳۵

۵- نوین، پرویز و خواجه پیری، عباس، حقوق مدنی ۸، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۲

۶- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ش ۲۴، ص ۴۷.

واجبات مالی در ملکیت وارثان «استقرار» می‌یابد و تصفیه ترکه، شرط استقرار مالکیت است.^۱ برای تعیین میزان ترکه، باید همه اموالی که در ملکیت متوفی بوده است در نظر گرفته شود. مطالبات متوفی نیز باید محاسبه گردد. همچنین تمام اموالی که پس از مرگ، به دارایی مورث می‌پیوندد پس از تعیین میزان ترکه و برای به دست آوردن ترکه خالص (یعنی آن چه به ملکیت مستقر وارثان در می‌آید و میان آنها تقسیم می‌شود) که میان ورثه تقسیم می‌شود؛ باید آن را تصفیه کرد و حقوق و دیونی را که به آن تعلق می‌گیرد را از ترکه ناخالص کاست. در صورتی که ترکه، بیش از دیون باشد، همه آن‌ها پرداخت می‌شود ولی هرگاه ترکه، کمتر از میزان دیون باشد، برخی دیون، بر برخی دیگر مقدم هستند. (ماده ۸۷۰ قانون مدنی).

اگر پیش از تأدیه تمام حقوق و دیونی که به ترکه تعلق می‌گیرد، ورثه نسبت به اعیان ترکه، معاملاتی انجام دهند، این معاملات «غیر نافذ» است و تنها در صورتی صحیح است که بستانکاران، آن معامله را «اجازه» دهند، زیرا حقوق بستانکاران به ترکه تعلق گرفته است و ترکه، وثیقه قانونی طلب بستانکاران است. البته در صورت ادای دیون نیز، معامله صحیح خواهد بود. مطابق ماده «۸۷۱» قانون مدنی: «هرگاه ورثه نسبت به اعیان ترکه، معاملاتی نمایند، مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است معاملات مزبوره نافذ نبوده و دیان می‌توانند آن را برهم زنند». ماده «۲۲۹» قانون امور حسبی نیز مقرر می‌دارد: «تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ نیست، مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا ادای دیون»^۲ باید توجه داشت که حکم عدم نفوذ معاملات در ماده فوق، ناظر به تصرفاتی است که موجب انتقال مال باشد، مانند فروش و هبه و بنابراین شامل قراردادهای مربوط به اداره ترکه، مانند اجاره دادن و تعمیر اموال نمی‌شود.^۳ موارد دیگری نیز از محدودیت در انتقال وجود دارد، مثل اموال عمومی که به دلیل اختصاص به خدمت عمومی، قابل انتقال یا توقیف نیستند.

ب: انتقال ناپذیری قراردادی

قانون مدنی در ماده «۹۵۹» مقرر می‌دارد: «هیچکس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند» از مفهوم این ماده و دیگر مواد قانونی، این نتیجه حاصل می‌شود که سلب حق از انسان به‌طور «جزئی» ممکن است، اما این یک قاعده نیست، زیرا نمی‌توان گفت هر حق جزئی، قابل سلب است، بلکه برخی از حقوق جزئی که در قانون از آنها تعبیر به حق شده، در واقع «حکم» هستند و قابل سلب نیستند. این

۱- مصلحی عراقی، حسین، حقوق ارث، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۶، ص ۴۷

۲- جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ش ۵۷، ص ۵۵

۳- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷، ص ۵۳

بحث در «فقه» با عنوان «تحریم حلال» آمده است. به عبارت دیگر در «فقه»، حق در صورتی قابلیت سلب دارد که حرامی را حلال نکند و یا حلالی را حرام نگرداند.

۱- سلب حق به طور کلی

سلب حق در «فقه» با عنوان «تحریم حلال» مد نظر است. به عبارت دیگر، عنوان «تحریم حلال» در «فقه» مساوی است با سلب «حق کلی» در حقوق؛ و این دو لفظ یک معنا را می‌رسانند.^۱ منظور از تحریم حلال، رفع حکم حلیت است؛ یعنی از بین بردن حکم اباحه و ممنوع کردن عمل مجاز.^۲ به عنوان مثال، «حق مالکیت» و یا «انتقال پذیری مال» از امور حلال است، از این رو اگر شخصی، حق مالکیت یا حق انتقال اموالش را به طور کلی از خود سلب کند، به این معنا که دیگر حق مالک شدن را نداشته باشد و یا اگر مالکیتی برایش حاصل شد، حق انتقال آن را نداشته باشد، این سلب حق، از مصادیق تحریم حلال محسوب شده و ممنوع است.^۳

مطابق ماده «۹۵۹» قانون مدنی: «هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». این ماده قانونی به دو حق اشاره دارد: «حق تمتع» و «حق استیفاء».^۴

سلب حق می‌تواند به دو صورت باشد. اول، سلب تمامی حقوق تمتع، یعنی شخص تمامی حقوق مدنی را که یک شخص می‌تواند دارا باشد اعم از حق مالکیت، آزادی، تحصیل و غیره را از خود سلب کند و در واقع در حکم حیوانات، بلکه نباتات در آید. دوم، سلب یک یا چند حق از حقوق تمتع (به طور کلی): به عنوان مثال، شخصی حق ازدواج را که یکی از حقوق تمتع است را کلاً از خود سلب کند و یا اینکه شرط کند، حق مالک شدن در هیچ ملکی را نداشته باشد. بدیهی است با توجه به صراحت ماده «۹۵۹» قانون مدنی و مجموع نظرات فقهی و حقوقی، هر دو حالت فوق از مصادیق «ممنوعیت سلب» بوده و فاقد ارزش و اعتبار است.^۵

اما حق «استیفاء»، عبارت است از توانایی قانونی شخص، بر اعمال حق خود؛ سلب این حق نیز می‌تواند در دو حالت متصور باشد؛ اول، سلب حق اجرای تمام یا بخشی از حقوق

۱- جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۲۱۸

۲- شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، انتشارات مجد، ۱۳۸۵، صص ۲۱۰ - ۲۰۹

۳- برای ممنوعیت تحریم حلال در مباحث فقهی به روایات متعددی استناد شده است که از جمله روایات نبوی است که «فإن المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً». و این روایت که «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحاً احل حراماً او حرم حلالاً».

۴- صفایی، سید حسین و قاسم‌زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، سمت، ج. ۱۴، ۱۳۸۷، ص ۳۵

۵- امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۱۵۷

مدنی «به طور کلی»؛ در اینجا نیز اگر شخصی حق فروش اموال و املاک خود را به طور کلی از خود سلب کند، به نحوی که هیچگاه نتواند آنها را بفروشد، این سلب حق، فاقد اعتبار بوده و در صورت اقدام به فروش اموال، معامله انجام شده، دارای اعتبار است؛ دوم، سلب حق اجرای یک یا چند حق نیز، مثل اینکه حق فروش یا اجاره املاک اگر به طور کلی، باشد یعنی تمامی مصادیق آن را شامل شود، فاقد اعتبار است، به همین لحاظ، قانون مدنی در ماده «۹۵۹» سلب «حق اجرا» را در ردیف سلب «حق تمتع» منع کرده است.^۱

۲- سلب حق به طور جزئی

با توجه به مفهوم مخالف ماده «۹۵۹» قانون مدنی، قانون‌گذار، سلب حق تمتع و اجرا را در موارد «جزئی» پذیرفته است؛ و نظریه صاحب‌نظران علم حقوق و برخی از مواد قانونی از جمله مواد «۴۴۸»^۲، «۶۷۹» و «۸۲۲» نیز مؤید این مطلب است، زیرا عقیده بر این است که «قدرت به سلب حق به طور جزئی، لازمه آزادی حقوقی فردی می‌باشد. زیرا سلب حق از موضوع معین، خود از حقوق مدنی به شمار می‌آید که به انسان عطا شده است».^۳ لذا شخص می‌تواند حق انتقال خانه مشخص را از خود سلب کند.^۴

در «قانون مدنی» از جمله در ماده «۹۵۹» به حقوقی اشاره شده است که قانونگذار برغم اینکه از آنها به «حق» یاد کرده، ولی آنها را قابل سلب ندانسته است، این حقوق به نحوی هستند که حتی در صورتی که به طور جزئی از ذیحق سلب شوند، هیچگونه اعتباری ندارند.^۵ «حقوقدانان» معتقدند: در مواردی که امتیازی (حق) به موجب حکم برقرار شده، قابل اسقاط نیست و یا در مواردی که حق همراه با تکلیف است، در زمره «احکام» درمی‌آید و اسقاط آن در اختیار شخص نیست.^۶

بنابراین با توجه به مجموع نظرات فقهی و حقوقی می‌توان گفت، با توجه به اینکه غالب

۱- همان

۲- ماده «۴۴۸» قانون مدنی مقرر می‌دارد «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را میتوان در ضمن عقد شرط نمود» همچنین مطابق ماده «۶۷۹» قانون مذکور: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد» و مطابق ماده «۸۲۲» قانون مدنی: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن بهر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع میشود».

۳- امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۱۰۸

۴- ماده «۲۱۹» قانون مدنی: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الایثار است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود» و مطابق ماده «۲۲۱» همان قانون: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد».

۵- صرامی، سیف‌ا...، حق، حکم و تکلیف، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵، صص ۱۵۲-۱۵۱

۶- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، اقبال، ج ۶، ۱۳۶۴، ص ۲۰۷

«فقهاء» و «حقوقدانان»^۱ قابلیت اسقاط را از آثار حق می‌دانند، بنابراین حقوقی که قابل اسقاط نیستند، اساساً در زمره حقوق قرار ندارند، بلکه باید آنها را از مصادیق «احکام» بدانیم. مثل؛ حق ابوت، حضانت و..

مبحث سوم: ویژگی‌های مالکیت

در «فقه اسلامی»، مبنای مالکیت، قاعده «تسلیط» است که از مجموعه روایات و به ویژه حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم»^۲ سرچشمه گرفته است و پشتوانه‌ای محکم، در ادله «عقل» و «نقل» دارد و به معنای اختیار تام مالک بر مال خویش و سلطه مالکانه اش در کلیه تصرفات مربوط به دارایی خود است. از این اصل چند نتیجه حاصل می‌شود:

- ۱- «مطلق بودن» کلیه تصرفات مالکانه، بدین معنا که؛ مالک می‌تواند هرگونه تصرفی در ملک خود انجام دهد. این سلطه شامل حق استعمال (استفاده و به کارگیری) و حق استثمار (بهره‌وری از منافع) و حق تصرفات حقوقی و مادی در عین و منافع مال خواهد بود.
- ۲- «انحصاری بودن» مالکیت، که به معنای حق ممانعت دیگران از تصرف در اموال بدون اجازه مالک است.

- ۳- «دائمی بودن» حق مالکیت، بدین معنی که مالکیت، همیشگی و ابدی است و با مرور زمان از بین نخواهد رفت.^۳ در ادامه به بررسی این ویژگی‌ها می‌پردازیم:

گفتار اول: اطلاق مالکیت

بند اول: معنای اطلاق

در «حقوق اروپا» مطلق بودن مالکیت، تحت تاثیر شرایط سیاسی زمان خود بوده است؛ استعمال صفت مطلق در «اروپا» در جهت تثبیت مالکیت، در مقابل مالکیت‌های دولتی و حمایت از «لیبرالیزم» است. این کلمه بر یک نکته سیاسی تکیه داشت که «هر فرانسوی باید بتواند لویی شانزدهم بشود». بنابراین «مطلق بودن» بدین مساله توجه داشت، تا از مالکیت در مقابل غصب و تجاوز جلوگیری کند و افراد بتوانند در برابر قدرت دولت، از مال خود محافظت کنند.^۴

اما در معنای حقوقی، «مطلق بودن» بدین معناست که مالک، حق دارد ضمن ارتباط

۱- نقل از صرامی، سیفا...، حق، حکم و تکلیف، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ج. اول، ۱۳۸۵، صص ۱۵۲-۱۵۱

۲- مجلسی، محمدباقر، بحارالانوار، ج ۲، ص ۲۷۲

۳- ر. ک: عمید زنجانی، عباسعلی، «حق مالکیت و حدود آن»، مجموعه مقالات فارسی مجمع بررسی اقتصاد اسلامی، مشهد، آستان قدس رضوی، ۱۳۶۹. صص ۱۶۰-۱۴۰

4- Carbonnier, Droit civil, t.3, Les biens, op.cit., p.130.

مستقیم با مالش از کلیه منافع مال خود بهره برداری نماید؛ بنابراین مالکیت، عام و فراگیر است و به مالک اختیار می‌دهد هر گونه «تصرفی» که بخواهد در مال خود بنماید. مطابق ماده «۳۰» قانون مدنی: «هر مالکی نسبت به ما یملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.» حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» در تایید همین اطلاق حق مالکیت است. بنابراین لزوماً مالکیت، همراه با تصرف نیست و چه بسا مالکی که از حقش، دور نگه داشته شده است و یا مالش مورد غصب قرار گرفته است. این معنا از مالکیت بر این امر تاکید دارد که مالک می‌باید قدرت تصرف و استیلاء بر مالش را داشته باشد و قانون و نظام حکومتی باید از حق تصرف مالک بر مالش حمایت کنند.

«اطلاق» محتوای مالکیت را روشن می‌کند و این ویژگی، یادآور عناصر «استعمال»، «استثمار» و «حق در اختیار داشتن مال» است. همچنین مطلق بودن در صدد تعیین حد «اعلی» و «اسفل» مالکیت اموال غیر منقول است.

بند دوم: محدودیت‌ها

از نظر اخلاقی و شرعی در «اسلام» از بین بردن بدون جهت مال، کاری لغو و ناپسند و باعث اتلاف منابع خدادادی است و انسان می‌باید از اسراف و تبذیر و از بین رفتن اموال، خودداری نماید. بر خلاف این دیدگاه، در نظام‌هایی که بر «انسان محوری» و «اومانیسم» استوارند، اتلاف اموال، ممنوعیت حقوقی و اخلاقی ندارد و این از مصادیق اختلاف بین «نظام الهی» و «نظام بشری» است.^۱

محدودیت‌های دیگری نیز در تصرف در اموال وجود دارد، به عنوان مثال در استفاده از منزل شخصی، آزادی فرد محدود است و آنچنان گسترده نیست تا بتواند هر گونه تصرفی در آن بنماید. به همین لحاظ، امروزه در زندگی شهری و در آپارتمان‌ها، محدودیت‌های زیادی ایجاد شده است. از طرفی دولت‌ها برای حفظ نظم عمومی و مصالح اجتماعی، محدودیت‌هایی را بر افراد تحمیل می‌کنند، مثل فروش اجباری اجناس برای کنترل بازار و جلوگیری از افزایش خودسرانه قیمت‌ها، همچنین تصریح اصل «۴۰» قانون اساسی به اینکه: «هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» به این معنی است که حق مالکیت، «مطلق نیست»، تصرف و انتفاع مالک باید محدود به رعایت رفتارهای «معقول» و «متعارف» باشد. در واقع این اصل به «قاعده لاضرر» که محدود کننده «قاعده تسلیط» است، اشاره دارد. در اصل «۴۴» قانون اساسی نیز پس از بیان بخش‌های گوناگون

مالکیت در «نظام اسلامی» که عبارتند از: «مالکیت دولتی» و «تعاونی» و «خصوصی»، زمینه تحدید حق مالکیت را چنین بیان داشته است: «مالکیت در این سه بخش تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود، مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است.» لذا اطلاق حق مالکیت، تا جایی محترم است که با قانون تعارض نداشته باشد.

گفتار دوم: انحصاری بودن مالکیت

بند اول: معنای انحصاری بودن مالکیت

معنای «انحصاری» بودن مالکیت، چنان با اطلاق درآمیخته است که جدایی بین آن دو مشکل است؛ هر گاه «انحصار» در مقابل معنای «اطلاق» قرار گیرد، به معنای «عدم تجزیه» است؛ در این معنا، مالک حق دارد به تنهایی و به صورت کامل، حقش را اجرا کند و هیچکس بدون اذن و اجازه او حق تصرف در مال او را ندارد، این حق، موجب ایجاد بسیاری از آثار حقوقی می‌گردد و حتی عدم رعایت این حق، ممکن است دارای عناوین مجرمانه مثل سرقت یا تصرف نامشروع و کلاهبرداری شود. حکم «وضعی»^۱ آن نیز، لزوم رد مال به مالک است. مطابق ماده «۳۱» قانون مدنی: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد، مگر به حکم قانون.»

سلطه فرد بر مالش و ممنوعیت تصرف دیگران بدون اذن او، از چنان اهمیتی برخوردار است که نه تنها در معاملات، بلکه در عبادات نیز تأثیر و نفوذ جدی دارد.^۲ این توجه و ظرافت، تنها در مالکیت خصوصی نیست، بلکه در «اموال دولتی» نیز به

۱- احکامی که از ناحیه شرع وضع می‌شود دو گونه است: تکلیفی و وضعی، احکام تکلیفی عبارتند از: احکامی که مستقلاً از جانب شرع تشریع شده‌اند مانند: وجوب و حرمت و استحباب و کراهت و اباحه و از این جهت که تکلیف و مشقتی بر انسان تحمیل می‌کند، احکام تکلیفی می‌گویند. احکام وضعی، احکامی هستند که مستقلاً از جانب شارع مقدس تشریع نشده‌اند. برخی تکوینی و برخی به تبع احکام تکلیفی‌اند. شماری از آن‌ها عبارتند از: صحت، بطلان، عزیمت، رخصت، سببیت، مانعیت، شرطیت، رافعیّت، جزئیت، مالکیت، مملوکیّت. حکم وضعی یعنی صحیح و باطل بودن و...؛ گفتنی است که اگر احکام تکلیفی انجام گیرد بر آن ثواب و پاداش مترتب می‌شود و اگر انجام نشود و تخلفی صورت گیرد، برخی آثار آن تخلف با توبه بر طرف می‌شود؛ مثلاً در قیامت عذاب نخواهد شد. ولی قضای آن همچنان واجب است. بر خلاف آثار حکم وضعی که با توبه بر طرف نمی‌گردد؛ مثلاً بطلان عمل با توبه تبدیل به صحت نمی‌گردد و مانند آن. (ر.ک: محمد رضا مظفر، اصول فقه؛ نشر دفتر تبلیغات اسلامی، قم ۱۳۷۰ ش، ج ۱، ص ۱۱۳ و سید حسین دشتی، معارف و معاریف، نشر دانش، قم ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۵۹۳)

۲- اگر صاحب ملک به زبان، اجازه نماز خواندن (در ملک خود را) بدهد و انسان بداند که قلباً راضی نیست، نماز خواندن در ملک او باطل است. اگر در لباسی که نخ یا دکمه آن غصبی باشد نماز خوانده شود، احتیاط واجب آن است که نماز را دوباره بخواند. درغصبی نبودن مکان نمازگزار، آب یا خاک برای وضو و تیمم، حتی لزوم غصبی نبودن فضا و جایگاه کسی که می‌خواهد وضو، غسل و یا تیمم کند، همه نشانگر اهمیت اسلام به حق الناس دارد، این امر تا جایی پیش رفته که اگر سنگی از اموال غیر، در ساختن حوضی به کار رفته باشد، بعضی در صحت غسل در آن حوض تردید کرده‌اند.

حتی اگر کسی مجبور باشد در حال سواره بر حیوانی (از روی اضطرار) نماز بخواند، اگر جراحت بدن آن حیوان با نخ غصبی دوخته شده باشد، صحت آن نماز مورد تردید است. (خمینی، سید روح ا...، رساله توضیح المسائل، مسأله ۸۷۴)

همین قوت است.^۱ «حضرت علی» (ع) می‌فرمایند: «به کارگزاران حکومتی، امکانات فراوان بده که این کار آنان را برای اصلاح خویش توان می‌بخشد و از خوردن اموال زیردستانشان بی‌نیاز می‌سازد... ولی اگر یکی از ایشان، دستش به خیانت و نادرستی آلوده شد و بازرسانت به آن خبر دادند، به گواه و شهادت آنان اکتفا کن و او را عقوبت بدنی بده و آنچه از عملش به او رسیده، از او بگیر و او را خوارکن و داغ خیانت و بدنامی بر او بزن تا عبرت دیگران شود».^۲

بند دوم: محدودیت‌ها

البته این حق نیز مصون از خدشه نبوده و با استثنائاتی همراه است، که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱- مالکیت مالک از نظر استفاده از عمق زمین و استفاده از هوای بالای آن و ارتفاع ساختمان، محدود به رعایت «قوانین شهرسازی» است. امروزه مالکین ساختمانها در ساخت ساختمان باید مقررات شهرداری و ضوابط «طرح تفصیلی» را رعایت نمایند. همچنین مطابق ماده اول «لایحه قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصوب ۱۳۵۸) شورای انقلاب»: «هرگاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی وزارتخانه‌ها یا موسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، همچنین شهرداریها و بانک‌ها و دانشکده‌های دولتی و سازمان‌هایی که شمول قانون نسبت به آنها مستلزم ذکر نام آنها باشد و از این پس دستگاه اجرایی نامیده می‌شود به اراضی، ابنیه، مستحدثات، تاسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و اعتبار آن قبلاً بوسیله دستگاه اجرایی یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تامین شده باشد، دستگاه اجرایی می‌تواند زمین مورد نیاز را مستقیماً یا بوسیله سازمان خاصی که مقتضی بداند بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید».

۲- در قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری (مصوب ۱۳۶۷) و قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری (مصوب ۱۳۷۰) نیز مقررات مشابهی پیش بینی شده است. مطابق ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری (مصوب ۱۳۶۷): «کلیه وزارتخانه‌ها، موسسات، سازمانها، نهادها، شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت و شهرداریها و موسساتی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام آنها می‌باشد، مکلف می‌باشند در طرح‌های عمومی یا عمرانی که ضرورت اجراء آنها، توسط وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی با رعایت ضوابط مربوطه تصویب و اعلان شده

۱- همان، مساله ۸۷۷

۲- نهج البلاغه، نامه ۵۳، ص ۳۳۳

باشد و در اراضی و املاک شرعی و قانونی اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی قرار داشته و در داخل محدوده شهرها و شهرک‌ها و حریم استحفاظی آن‌ها باشد، پس از اعلام رسمی وجود طرح، حداکثر ظرف مدت هجده ماه نسبت به انجام معامله قطعی و انتقال رسمی و پرداخت بهاء یا عوض آن طبق قوانین مربوطه اقدام نمایند.»

۳- همچنین مطابق صدر ماده واحده قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری (مصوب ۱۳۷۰): «در کلیه قوانین و مقرراتی که شهرداریها مجاز به تملک ابنیه، املاک و اراضی قانونی مردم می‌باشند در صورت عدم توافق بین شهرداری و مالک، قیمت ابنیه، املاک و اراضی بایستی به قیمت روز تقویم و پرداخت شود...»

۴- در «حق ارتفاق»، قانون به فرد اجازه می‌دهد برای رسیدن به زمین خود، از زمین مالک مجاور، عبور کند، حتی اگر او راضی به این عبور نباشد.

۵- در «اموال مشاع»، تصرف مادی شریک در مال، مستلزم اجازه از شریک دیگر است.

۶- در «مالکیت زمانی» (چنانکه توضیح داده خواهد شد)، چند مالک به صورت «جایگزینی» در مدت زمان محدود از مال استفاده می‌کنند.

گفتار سوم: دائمی بودن مالکیت

بند اول: مفهوم دائمی بودن حق

مالکیت، تنها حق عینی «دائمی» است و در این امر با سایر حقوق عینی، مثل «حق انتفاع»، حق سکنی و... تفاوت دارد. دائمی بودن مالکیت، بدین معناست که گذشت زمان هر چند طولانی، و عدم استفاده مالک از مال خود، موجب سلب حق مالکیت از وی نمی‌گردد. در «فقه امامیه» برخی با استناد به جمله «امام علی» (ع) «الحق القديم لا يبطله شيء»^۱ یعنی حق گذشته را هیچ چیز از بین نمی‌برد» چنین گفته‌اند: با دقت در جمله حضرت «امیرالمومنین» (ع) که لفظ «شیء» را در سیاق نفی آورده است، چنین برداشت می‌شود که گذشت زمان حق را از بین نمی‌برد و هیچ دستاویزی نمی‌تواند حقوق افراد را پایمال کند، و «خداوند» که شارع است در هیچ آیه‌ای از اسباب «ابراء ذمه» و یا از «اسباب تملک» و یا از اسباب «اسقاط حقوق»، «مرور زمان» را ذکر

۱- امیرالمومنین علی (ع) بموجب معیارهای اسلامی که بیت المال باید در جهت مصالح عمومی هزینه شود نه منافع شخصی، آنچه از بیت المال به غارت رفته بود در آغاز حکومت به بیت المال بازگرداند و اعلام فرمود: «... فَإِنَّ الْحَقَّ الْقَدِيمَ لَا يَبْطُلُهُ شَيْءٌ» یعنی آگاه باشید هر قطعه زمینی که بدون خراج و هر مالی که از مال خدا بخشیده شده به بیت المال باز می‌گردد، زیرا حق قدیم و گذشته را چیزی باطل نمی‌کند. (ابن ابی الحدید، شرح نهج البلاغه، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۱، ص ۲۶۰) همچنین فرمودند: «وَاللَّهُ لَوْ وَجَدْتَهُ قَدْ تَزَوَّجَ بِهِ النِّسَاءَ وَمَلَكَ بِهِ الْأَمْوَالُ لَرُدَّتْهُ فَإِنَّ فِي الْعَدْلِ سَعَةً وَمِنْ ضَاقِ عَلَيْهِ الْعَدْلُ فَالْجَوْرُ عَلَيْهِ أَضِيقٌ». یعنی: به خدا سوگند، اگر ببایم که با مال بیت المال ازدواج شده و کنیزانی خریداری گردیده، آن را بر خواهم گرداند، زیرا در عدالت گشایشی است و کسی که عدل بر او دشوار باشد ستم دشوارتر است. (نهج البلاغه خطبه ۱۵). برای توضیح بیشتر رک: (ابن ابی الحدید، شرح نهج البلاغه، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۱، ص ۲۷۰)

نکرده است و «فقهاء» نیز چنین مسأله‌ای را ذکر نکرده‌اند.^۱

بنابراین، حق مالکیت، یک حق موقت و محدود به زمان نمی‌باشد؛ البته در مواردی مثل تلف شدن موضوع آن یا «اعراض» مالک، حق مزبور «زایل» می‌شود.

یکی از آثار مهم این حق در «فقه» در مسأله «بدل حیلولة» ظاهر می‌شود؛ «بدل حیلولة» عبارت است از عوض مالی که در پی حصول یکی از اسباب ضمان، مانند غصب و سرقت و عدم امکان دسترسی مالک به عین مال (علیرغم وجود آن)، بر عهده شخص است.^۲

مراد از عدم امکان دسترسی، عدم امکان «عرفی» است نه عقلی؛ بنابراین به محض تعذر عرفی از دسترسی به اصل مال، «بدل حیلولة» بر عهده ضامن، ثابت می‌شود؛ هرچند وی، در حال تلاش برای فراهم کردن مقدمات کار به منظور دسترسی به اصل مال باشد.^۳

مالک می‌تواند پس از ثبوت ضمان «بدل حیلولة» بر عهده ضامن، بدل را مطالبه نماید و یا تا زمان بر طرف شدن عذر و امکان گرفتن اصل مال، صبر کند.

نسبت به بدل حیلولة، این مسأله مطرح است که آیا مالک به نحو مطلق، مالک بدل می‌شود یا به نحو مقید و موقت تا زمان دسترسی نداشتن به عین مال؟ نظر «مشهور فقهاء» این است که پرداخت بدل حیلولة توسط غاصب، نوعی خسارت عدم انجام تعهد می‌باشد، چون پیش از تلف مال مغضوب، غاصب عهده‌دار رد آن بوده، حال اگر به علت عدم امکان رد مال مغضوب در صورت عدم تلف، غاصب نتواند این تعهد را (رد مال مغضوب) بجا آورد، باید بدل آن را بپردازد، و چون این بدل از جنس غرامت است و همانگونه که مثل یا قیمت به مالک، تملیک می‌شود، «بدل حیلولة» نیز به ملکیت مالک درمی‌آید. ولی این تملیک، همراه با «شرط فاسخ»^۴ است که هرگاه مال مغضوب، به مالکش رد شود باید «بدل حیلولة» به غاصب

۱- مطهری، مرتضی، سیری در نهج البلاغه، تهران: صدرا، ۱۳۷۵، ص ۱۱۲

۲- خویی، مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۲۰۳

۳- چنانچه مال، تلف نشده باشد ولی به جهتی رد آن ممکن نباشد، مثل اینکه مال غصب شده در رودخانه یا چاه بسیار عمیقی افتاده باشد یا آنرا سارق ببرد که در این فروض، مال تلف نشده ولی دسترسی به آن ممکن نیست، در این فرض قسمت دوم ماده «۳۱۱» قانون مدنی اجرا می‌شود که مقرر داشته است: «... ولی اگر بعلت دیگری رد عین، ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد» فقیهان به این بدل، «بدل حیلولة» می‌گویند، زیرا غاصب در اثر عمل خود بین مالک و مال، حائل شده است (بهرامی احمدی، حمید، ضمان قهری، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۱، ص ۴۱۹)

۴- گاهی عقود به دلایل متعدد منحل می‌شوند. یکی از دلایل انحلال عقود، شرط فاسخ است. بر این اساس طرفین شرط می‌کنند اگر حادثه، فعل یا ترک فعلی رخ دهد عقد از بین برود. در این صورت با حصول معلق علیه، عقد منفسخ می‌گردد. در این موارد سبب انفساخ ارادی است و نتیجه به طور قهری ظاهر می‌گردد. در مورد صحت شرط فاسخ تردید وجود دارد که با استناد به اصل صحت، حدیث معروف نبوی و روایات وارد شده در مورد بیع شرط، می‌توان حکم به صحت آن نمود. مدت شرط فاسخ باید معلوم و معین باشد. به علاوه امکان درج آن در تمام قراردادهای وجود ندارد. در مدتی که شرط فاسخ وجود دارد طرفین باید از انجام هر گونه عملی منافعی با حق طرف دیگر خودداری کنند. (ر.ک: اسدی نژاد سید محمد و جواد بهارلو قره بلطاقی پژوهشنامه حقوقی، سال دوم، شماره ۱)

بازگردانده شود. غاصب با دادن بدل حیلوله، نسبت به منافع مال مغضوب، دیگر ضمانتی ندارد. ولی مادامی که آن را به مالک (مغضوب منه) نداده در خصوص منافع مال مغضوب ضامن است.^۱

در حقوق «فرانسه» نیز این ویژگی مالکیت، مورد توجه قرار گرفته و در آراء قضات متجلی گشته است؛ در سال «۱۹۰۵» در مورد زمینی که مالک آن، «۷۰» سال از آن استفاده نکرده بود، «دیوان عالی کشور فرانسه» اعلام کرد: «مالکی که از حقش، بخاطر محرومیت موقت بر اثر عوامل طبیعی استفاده نکرده است، پس از رفع مانع به ملکیتش بر می گردد».^۲

بند دوم: محدودیت‌ها

چنانکه اشاره شد، یکی از آثار «دائمی» بودن مالکیت این است که «مرور زمان»، حق مالک بر مالش را از بین نمی برد؛ لیکن در مقطعی از تاریخ «حقوق ایران»، به تبعیت از «حقوق فرانسه»^۳، مرور زمان، موجب اسقاط حق اقامه دعوی، علیه طرف دعوی بود (مواد ۷۲۷ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی سابق). طرفداران مرور زمان، دلایل متعددی برای تصویب این مقررات مطرح می کردند؛^۴ از جمله اینکه ذیحق برای رسیدن به حق خود، سریع تر اقدام می نماید و اسناد و مدارک و شهود در دسترس تر است و اینکه زیان دیده نخواهد توانست برای مدت نامعلوم و نامحدودی، بدهکار را تعقیب و تهدید کند و از طرفی در صورت عدم پذیرش قاعده مزبور، قسمت مهمی از وقت دادگاه‌ها به رسیدگی به دعاوی قدیمی مصروف خواهد شد که در آنها جمع‌آوری دلایل به علت گذشت زمان، غیر عملی یا لافل دشوار خواهد بود و برخی نیز مرور زمان را بر مبنای «نظم عمومی» توجیه می نمودند.^۵

۱- نائینی، المکاسب و البیع، ج ۱، ص ۳۷۶

۲- در سال «۱۸۲۴» یک خانواده که مالک یک تالاب بودند زمین خود را بر اثر طوفان عظیمی که اتفاق افتاد از دست دادند و ارتباط بین دریا و تالاب باعث شد که تالاب جزو دریا شود و به عنوان بخشی از دریا درآید، پس از آن به تدریج نوار ساحلی به عقب رفته دوباره پس از هفتاد سال تالاب ظاهر گشت و ورثه مالک، تقاضای تعیین حدود مالکیتشان را نمودند؛ دیوان عالی کشور فرانسه اعلام نمود بر اساس یک اصل روشن و با توجه به اینکه مانع طبیعی امکان استفاده مالک از مالش را سلب کرده است و مالک نتوانسته مالکیتش را حفظ کند، پس از رفع این مانع طبیعی، مالکین حق دارند مال خود را تصرف کنند و مانع طبیعی نمی تواند موجب سلب مالکیت ایشان گردد. (Ver.12juill,1905,dp,1907,obs,Pothiew,Grands arrêts de la jurisprudence civile,p.319.)

۳- در «حقوق فرانسه» مرور زمان را به مرور زمان مسقط و مملکت تقسیم نموده‌اند. که مرور زمان مسقط، سبب سقوط تعهد و آزاد شدن ذمه متعهد در برابر طلبکاری است که در ظرف معین اقدام نکرده است، به همین جهت براساس بند آخر ماده «۱۲۳۴» ق. مدنی فرانسه، یکی از اسباب سقوط تعهد، دانسته شده است و مرور زمان مملکت، وسیله‌ای است که با آن متصرف مال دیگران، مالک آن می شود. چرا که مالکین در ظرف مقرر در صدد مطالبه حقوق خود برنیامده‌اند. در صورت اخیر در صورت طرح دعوی توسط مالک (اول)، متصرف می تواند با استناد به مرور زمان مملکت از خود دفاع کند. (السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، ج ۳، ص ۹۵۵)

۴- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، ج چهارم، تهران، حقوقدان، ۱۳۷۷، ص ۲۱۸

۵- ر.ک: آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۳، ص ۱۷۵ به بعد و همچنین: شفاهی، محسن، اسلام و قانون مرور زمان، تهران، مرکز نشر کتاب، ۱۳۴۵ه.ش. ۳۵ به بعد. لیکن سؤال قابل ذکر این است که اگر مرور زمان خلاف شرع است، چرا در امور کیفری مغایر شرع تشخیص داده نشده است (مواد ۱۷۳ و ۱۷۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های

طرفداران عدم مشروعیت مرور زمان معتقدند: گذشت زمان حق را از بین نمی‌برد و هیچ عاملی نمی‌تواند حقوق افراد را پایمال کند و «خداوند» که شارع است در هیچ آیه‌ای از اسباب ابراء ذمه و یا از اسباب تملک و یا از اسباب حقوق، حق مرور زمان را ذکر نکرده است و «فقهاء» نیز قائل به عدم مشروعیت مرور زمان هستند.^۱ برخی دیگر از «فقهاء»، مقتضای «اصل استصحاب»^۲ را مؤید عدم مشروعیت مرور زمان می‌دانند.

البته عده بسیار محدودی از «فقهاء» در تألیفات خود، از سقوط حق شخصی که اموال خود را برای مدتی در تصرف دیگری رها کرده و در مقام مطالبه آن بر نیامده است، سخن به میان آورده‌اند، «صدوق»، در کتاب «مقنع» نقل می‌کند: «هرگاه شخصی، خانه یا ملک یا زمینی را که در تصرف دیگری است رها کند و به مدت ده سال ساکت باشد و آن را مطالبه نکند، دیگر حقی ندارد».^۳

به نظر می‌رسد، حکم مزبور صرف نظر از اینکه اختصاص به اموال غیر منقول دارد، همچنانکه در خصوص «حیازت مباحات» اشاره شد، مبتنی بر «اعراض» و «سقوط حق» است و نمی‌تواند به عنوان مبنای شرعی برای مرور زمان در نظر گرفته شود.

در هر حال، «شورای نگهبان»، «مرور زمان» را غیر شرعی اعلام نمود^۴ و در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹) نیز مواد مربوط به «مرور زمان» حذف گردید.

اکنون در «حقوق ایران»، قاعده عمومی مرور زمان پذیرفته نشده است هرچند در

عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب سال ۱۳۷۸)، آیا اهمیت امور حقوقی از امور کیفری کمتر است؟

۱- مطهری، مرتضی، سیری در نهج البلاغه، تهران: صدرا، ۱۳۷۵، ص ۱۱۲

۲- اصلی در اصول فقه و حقوق، به معنای حکم به بقای چیزیست که پیشتر وجود داشته است. استصحاب زمانی کاربرد دارد که ما در مورد وضعیت فعلی چیزی تردید و در مورد وضعیت سابق آن یقین داشته باشیم. به این ترتیب فرض را بر بقای حالت سابق می‌گذاریم، مگر آنکه خلافش ثابت گردد. برای مثال هرگاه از زنده بودن یا مرگ سربازی که به جنگ رفته تردید داریم، فرض را بر زنده بودنش می‌گذاریم که تا چندی پیش به آن یقین داشته‌ایم.

۳- شیخ صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه، المقنع (من الجوامع الفقهیه، چاپ سنگی، محمد باقر خوانساری، باب المکاسب و التجارات: «اوصانی والدی علی بن الحسین بن موسی بن بابویه فقال فی وصیته... واعلم ان من ترک داراً و عقاراً او ارضا فی ید غیره فلم یتکلم و لم یطلب و لم یخاصم فی ذلک عشر سنین فلا حق له».

۴- شورای محترم نگهبان طی نظریه شماره ۷۳۵۷ مورخ ۲۷ بهمن ۱۳۶۱ در پاسخ به استعلام شورای عالی قضایی در خصوص مرور زمان اعلام نموده است: « مواد ۷۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی به بعد در مورد مرور زمان در جلسه فقهای شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت و به نظر اکثریت فقهای شورا مواد مزبور که مقرر می‌دارد پس از گذشتن مدتی (ده سال - بیست سال - سه سال - یک سال و غیره) دعوی در دادگاه شنیده نمی‌شود، مخالف با موازین شرع تشخیص داده شد.» همچنین متعاقباً در پاسخ به استعلام ریاست محترم جمهوری وقت طی نظریه شماره ۳۵۰۶ مورخ ۱۳ مرداد ۱۳۷۱ در خصوص دامنه شمول نظریه شماره ۷۳۵۷ مورخ ۲۷ بهمن ۱۳۶۱ اعلام شده است: در خصوص نظریه شورای نگهبان راجع به مرور زمان موضوع در جلسات شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت نظر فقهای شورا بدین شرح اعلام می‌شود: اطلاق نظریه شماره ۷۳۵۷ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۷ شورای نگهبان شامل دعاوی اشخاص حقیقی و یا حقوقی که در قوانین و مقررات کشورشان مرور زمان پذیرفته شده است نمی‌شود.

مواد «۱۷۳» و «۱۷۴»^۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (مصوب ۱۳۷۸)، نوعی مرور زمان وجود دارد.^۲

مبحث چهارم: دامنه مالکیت

گفتار اول: عدم اضرار به غیر

حد تصرفات مالکانه، محدود به مصالح اجتماعی طبق قانون می‌باشد. در «حقوق اسلام» در مقابل اصل یا قاعده تسلیط که ناظر بر اختیار ظاهراً بی‌حد و حصر مالک است، قاعده «لاضرر» وجود دارد که گاه در تعارض با قاعده «تسلیط» است. نسبت منطقی بین قاعده «تسلیط» و قاعده «لاضرر» عموم و خصوص من وجه است؛ یعنی ممکن است، گاه قاعده تسلیط برقرار شود، بدون این که ضرر و ضراری وجود داشته باشد؛ و ممکن است گاه ضرر و اضرار باشد، بدون وجود حقوق مالکیت؛ و ممکن است استفاده از حقوق مالکیت، همراه با اضرار به غیر نباشد؛ اما گاهی، در اجرای قاعده «تسلیط» و قاعده «لاضرر»، تعارض ایجاد می‌شود به عنوان مثال، در موردی که مالک بر مبنای سلطه مالکانه اش می‌خواهد از زمین خود استفاده کند و طبقاتی بسازد و لذا مانع تابش خورشید به ساختمان‌های همجوار گردد یا موجب ازدحام بیش از حد در محل شده و رفاه و آسایش آنان را بر هم زند؛ در این جا مورد تزامم دو قاعده «لاضرر» و «تسلیط» است.^۳ ماده «۱۳۲» قانون مدنی که بیان می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک

۱- ماده ۱۷۳ این قانون مقرر می‌دارد: «در جرائمی که مجازات قانونی از آن نوع مجازات باز دارند یا اقدامات تامینی و تربیتی باشد و از تاریخ وقوع جرم تا انقضای مواعید مشروطه ذیل تقاضای تعقیب نشده باشد یا از تاریخ اولین اقدام تعقیبی تا انقضای مواعید مذکوره به صدور حکم منتهی نشده باشد تعقیب موقوف خواهد شد. الف - حداکثر مجازات مقرر بیش از سه سال حبس یا جزای نقدی بیش از یک میلیون ریال با انقضای مدت ده سال ب - حداکثر مجازات کمتر از سه سال حبس یا جزای نقدی تا یک میلیون ریال با انقضای مدت پنج سال ج - مجازات غیر از حبس یا جزای نقدی با انقضای مدت سه سال. تبصره - در مواردی که مجازات قانونی جرم حبس یا جزای نقدی یا شلاق یا هر سه باشد مدت حبس ملاک احتساب خواهد بود». و ماده «۱۷۴»: «در موارد مذکور در ماده قبل هرگاه حکم صادر گردیده ولی اجراء نشده باشد پس از انقضای موارد مقرر در همان ماده از تاریخ قطعیت حکم، اجرای آن موقوف می‌گردد و در هر حال آثار تبعی حکم به قوت خود باقی خواهد بود.»

۲- در قانون مدنی برخی از حقوق مثل حقوق شخصیت و خانواده قابلیت شمول مرور زمان را نداشت، مع هذا به نحو استثنایی در دعوای نفی ولد، مرور زمان پذیرفته شده بود (ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی) البته مرور زمان در این جا به معنی اصطلاحی نیست، بلکه یک نوع مهلت سقوط حق است. مطابق ماده «۱۱۶۲» قانون مدنی: «در مورد مواد قبل، دعوی نفی ولد باید در مدتی که عادتاً پس از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل برای امکان اقامه دعوی کافی می‌باشد اقامه گردد و در هر حال، دعوی مزبور پس از انقضای دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود.» در مقابل، در زمینه حقوق مالی قاعده مرور زمان حکومت می‌کرد با وجود این اگر مالک در مدتی بیش از مدت قانونی مرور زمان (مواد ۷۳۷ و ۷۳۸ ق.آ.د.م. سابق)، از توانایی‌های حق مالکیت استفاده نمی‌کرد، حق خود را از دست نمی‌داد و حتی در صورتی که مورد مالکیت به نحو عدوان در تصرف دیگری در می‌آمد مالک می‌توانست با توسل به دعوای خلع ید (در مورد اموال غیر منقول) و استرداد (در مورد اموال منقول) به مال خود برسد. مرور زمان در اموال غیر منقول اصولاً ۲۰ سال و در اموال منقول ده سال بود و بعد از این مدت دعوا شنیده نمی‌شد، البته در صورت وجود سند دیگر، دعوای مرور زمان مسموع بود.

۳- هر چند در قرآن کریم در نفی ضرر به آیات ۲۱۳ و ۲۸۲ سوره بقره استناد شده است، لیکن مدرک عمده قاعده لاضرر را «سنت» می‌دانند و اعتقاد بر این است که مبنای قاعده «لاضرر»، «صحیح زراره» از «امام باقر» علیه السلام است که نقل شده که سمره بن جندب،

خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود...» نیز ناظر بر این امر می‌باشد. لیکن قسمت اخیر همین ماده مقرر می‌دارد: «مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد؛» بنابراین ماده مذکور، میزان محدودیت در ضرر به همسایه را معین نموده است که در ادامه توضیح بیشتری خواهیم داد.

شخص متصرف، ممکن است در ملک خود تصرفاتی نماید که به شرح ذیل است:

۱- تصرفاتی که در نتیجه آن، ضرر و زیانی به غیر وارد نیاید، که در این مورد قاعده «تسلیط»، حکومت دارد و هیچگونه منع قانونی در این امر وجود ندارد، خواه متعارف یا نامتعارف باشد، مثل اینکه فرد در بیابان، صدای ضبط اتومبیل خود را زیاد کند.

۲- تصرفاتی که «بیش از حد متعارف» باشد. در این مورد قاعده «لاضرر»، مقدم است در نتیجه در اینجا به مالک اجازه داده نمی‌شود بیش از حد متعارف، اگر چه برای رفع حاجت و یا رفع ضرر از خود باشد اقدام کند. برای تشخیص اینکه تصرف به قدر متعارف است یا خیر؟ باید به «عرف محل» مراجعه کرد. ممکن است ساختن عمارت ۵ طبقه در محلی، متعارف و در محلی دیگر، غیرمتعارف محسوب شود. آب دادن مکرر به باغچه با فاصله‌های کوتاه که به دیوار خانه همسایه، زیان رساند، ممکن است در منازل شهری، غیرمتعارف و در منازل روستایی، متعارف به شمار آید. البته اگر مقررات آمره‌ای وجود داشته باشد، بر «عرف»، مقدم خواهد شد و رعایت آن الزامی است، چنانکه در مقررات شهرداری، محدودیت‌هایی در آپارتمان‌ها در نظر گرفته شده است.

۳- تصرفاتی که در حد متعارف باشد و در عین حال، موجب زیان به غیر باشد. در این صورت چنانچه برای رفع حاجت و یا دفع ضرر مالک از خود باشد، مجاز خواهد بود. بنابراین، اگر مالک در ملک خود تصرفی به قدر متعارف نماید که برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد و از این تصرف، خسارتی به غیر وارد آید، مسئول نیست؛ مثلاً اگر برای دفع فاضلاب با اجازه مسئولین شهری، چاه استاندارد در ملک خود حفر کند، ولی این چاه

درخت خرمایی در حیاط مردی از انصار داشت و منزل انصاری در ورودی آن واقع شده بود. سمره، برای مراقبت از درخت خود، بدون اجازه از مرد انصاری به طرف آن می‌رفت. مرد انصاری از او تقاضا کرد که هرگاه قصد ورود دارد، اجازه بگیرد. ولی سمره از پذیرش این پیشنهاد امتناع کرد. مرد انصاری خدمت پیامبر اکرم (ص) رسید و شکایت کرد. پیامبر اکرم (ص)، سمره را احضار نمودند و فرمودند: هر وقت خواستی وارد شوی، اجازه بگیر. سمره از پذیرش این مسئله (به دلیل این که درخت در ملک من است؛ برای سرکشی از آن نیازی به اذن ندارم) امتناع کرد. پیامبر اکرم (ص)، از او خواست تا درخت خرمای خود را بفروشد. سمره نپذیرفت، آن حضرت قیمت درخت را هر قدر بالا بردند باز هم سمره از فروش آن ممانعت کرد. سپس پیامبر اکرم (ص) فرمودند: در برابر آن، یک درخت در بهشت بگیر، باز هم سمره خودداری کرد. پیامبر (ص) به مرد انصاری دستور دادند: برو، آن درخت را از ریشه بکن و پیش او بینداز؛ زیرا «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»؛ ضرر و ضراری در اسلام نیست. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که در تعارض قاعده لاضرر و تسلیط، قاعده لاضرر، مقدم است. البته آراء دیگری نیز وجود دارد به عنوان مثال شیخ انصاری می‌فرماید: هر دو ضرر متعارض، ساقط می‌شوند و به مقتضای قاعده «تسلیط»، تصرف مالک در مال خود جایز است (انصاری، مرتضی، مکاسب، ص ۲۷۶)

باعث آلودگی آب چاه همسایه گردد و از طرفی امکان دفع فاضلاب به نحو دیگری ممکن نباشد، این تصرف مجاز خواهد بود؛ یا اگر اتومبیل خود را در منزل پارک کند و پارک اتومبیل، باعث مزاحمت همسایه گردد و امکان پارک اتومبیل در جای دیگر نباشد، این تصرف مجاز خواهد بود. همچنین اگر شخصی برای رفع احتیاج، چاهی در حدود متعارف در ملک خود حفر نماید و ضرری به همسایه وارد نماید و یا برای رفع ضرر از خو، دگله گوسفند را از ملک خویش دور نماید و در نتیجه گله، به ملک دیگر وارد شود و خسارتی وارد نماید مسئول نیست.

۴- تصرفاتی که در حد متعارف باشد و موجب زیان به غیر شود، لیکن برای رفع حاجت و یا رفع ضرر مالک نباشد، مجاز نخواهد بود. بنابراین در مواردی که مالک در مال خود تصرفی کند که از آن زیانی به دیگری برسد، اگر چنانچه برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود نباشد، چنین تصرفی در اصطلاح حقوقی «سوء استفاده از حق» نامیده می‌شود و مجاز نخواهد بود. به عنوان مثال، مالک علیرغم اینکه امکان وصل فاضلاب خود به لوله فاضلاب شهری را دارد، اصرار بر حفظ و نگهداری چاهی را دارد که از آن چاه، آب چاه همسایه آلوده می‌گردد.

در اصل «۴۰» قانون اساسی نیز «سوء استفاده از حق»، ممنوع اعلام شده است. این اصل مقرر داشته است: «هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». البته این اصل، معیار تشخیص «سوء استفاده از حق» را به دست نمی‌دهد و برای جستجوی معیار، باید به ماده «۱۳۲» قانون مدنی توجه کنیم. اگرچه این ماده، ناظر به تصرفی است که مالک در مال غیرمنقول خود می‌کند و از آن زیانی به همسایه وارد می‌شود، لیکن می‌توان، با توجه به وحدت ملاک آن، و با توجه به اصل «۴۰» قانون اساسی، حکم آن را به کلیه تصرفات زیان‌آور مالک (اعم از اینکه مال، غیرمنقول یا منقول باشد و اعم از اینکه ضرر به همسایه وارد شود یا به دیگری) گسترش داد، مشروط بر اینکه شرایط مندرج در ماده «۱۳۲» در آن جمع باشد.

بنابراین، اگر مالک در ملک خود تصرفی کند که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد و از آن، خسارتی به غیر وارد آید مسئول نیست. اما اگر تصرف زیان‌آور وی، واجد دو شرط مذکور نباشد، چنانکه به قصد اضرار و بدون احتیاج، چاهی در ملک خود، در مجاورت دیوار همسایه، حفر نماید و موجب خرابی آن گردد، مسئول و مکلف به جبران خسارت است.^۱

۱- برخی معتقدند، در فرضی که تصرف قانونی موجب ضرر همسایه یا غیر شود، به مقتضای مفهوم قاعده لاضرر، مالک، ضامن

«سوء استفاده از حق»، نه تنها موجب مسئولیت مدنی است، بلکه زیان دیده می‌تواند، علاوه بر جبران خسارت، از بین بردن منبع ضرر و جلوگیری از ادامه خسارت را نیز از دادگاه بخواهد، چنانکه پرکردن چاه یا تعمیر مجرای آبی را که باعث ضرر شده است تقاضا کند. رویه قضائی نیز مؤید این نظر است.^۱

گفتار دوم: دخالت دولت

قوانین حاکم بر جوامع بشری، باید منطبق با فطرت و طبیعت انسان‌ها باشد. آیات و روایات متعددی بر جواز و بعضی بر لزوم دخالت دولت در اقتصاد و طبعاً حقوق مالکیت خصوصی وجود دارد.^۲

«اسلام»، تولید برخی از کالاها و خدمات را منع کرده، مالیت برخی کالاها و در نتیجه خرید و فروش و تملک آن‌ها را محدود نموده است. چنانکه اشاره شد در برخی نظام‌های مبتنی بر آزادی فردی، افراد، در به کارگیری و استفاده از اموال خود، آزادند، می‌توانند همه را ببخشند و یا حتی تلف کنند، اما در «نظام اسلامی» برای شیوه مصرف، و میزان مصرف، حدود و قیودی قرار داده شده و آزادی اقتصادی مطلق پذیرفته نشده است.

در مقابل، دولت نیز حق دخالت مطلق و خود سرانه را در اموال خصوصی مردم ندارد. در «اقتصاد اسلامی»، آزادی افراد و دخالت دولت در امور اقتصادی، هریک قلمرو مخصوص به خود را دارد و هر دو، مکمل یکدیگرند. روش اسلام برای تنظیم جامعه در مرحله اول، مبتنی بر فطریات افراد جامعه است. زمانی که افراد، بر اساس احکام مبتنی بر فطریات عمل کنند، کار دولت آسان است و نیازی به دخالت نمی‌باشد، ولی زمانی که در مقابل آن قرار گیرند، حرص و طمع در افراد شعله ور شود و تخلف از فرامین الهی و قانونی بالا گیرد، دخالت دولت نه تنها مشروع، بلکه ضرورت می‌یابد. معیار دخالت دولت همین است و میزان دخالت دولت بر اساس رعایت کردن مسائل اسلامی توسط افراد و عدم رعایت آن‌ها صورت می‌گیرد.^۳ بنابراین معیار در آزادی بهره‌بری از حق مالکیت، «مصالح جامعه» است. و می‌توان گفت: اصل اولیه، تأمین مصالح جامعه است. و «حکومت اسلامی» بر اساس رعایت مصالح

است (بهرامی احمدی، ضمان قهری، تهران، دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۱، ص ۴۶۹)

۱- صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد اول، ص ۱۷۵

۲- از جمله: آیات «۱» سوره انفال و «۶» و «۷» سوره حشر که انفال را متعلق به خدا و رسول می‌داند؛ آیه «۴۱» همین سوره نیز متذکر می‌شود که خمس غنایم و سود مکاسب، متعلق به خدا و رسول است. علاوه بر آیات مذکور، از آیات متعددی نیز جواز دخالت دولت در اقتصاد را می‌توان استفاده کرد. مثل آیات «۴۷» و «۴۹» سوره یوسف که دلالت بر برنامه ریزی پانزده ساله اقتصادی حضرت یوسف (ع) دارد.

۳- بسیونی، محمد و ابوالفتح، سعید، الحریه الاقتصادية فی الاسلام و اثرها فی التنمیه، قاهره، دارالوفاء، ۱۴۰۸ ه. ق، ص ۹۲ به نقل از: محمدعبدالله العربی، المنظم الاسلامیه، ص ۱۳۴

جامعه، می‌تواند به میزانی که مصلحت اقتضا کند، دخالت کرده و حقوق مالکیت افراد را محدود سازد و یا افراد را در بهره‌گیری از حقوق مالکیت خویش باز دارد.

برای حفظ منافع عمومی به موجب قوانین خاص، محدودیت‌هایی مقرر شده است. در قدیم، «مالکیت فردی» را حقی مقدس می‌شمردند و قانونگذاران، از تجاوز به آن بیم داشتند و سلب آن را مخالف حقوق فطری می‌دانستند. لیکن قانونگذاران جدید، در راه مصالح اجتماعی و برای حفظ منافع عمومی، در موارد بسیاری، تصرفات مالک را محدود و حتی سلب مالکیت را تجویز کرده‌اند. در «ایران» قوانین و مقررات خاصی در موضوعات مختلف، از قبیل اصلاحات ارضی، ملی شدن جنگلها و مراتع، سهم شدن کارگران در سود کارخانه‌ها، حفظ و حراست آبهای سطحی و زیرزمینی، بهره‌برداری از معادن، روابط مالک و مستأجر، حفظ آثار ملی، توسعه معابر و غیر اینها، اختیارات مالک را محدود و یا سلب مالکیت را در راه مصلحت عمومی پیش‌بینی کرده است، به نحوی که تخلف از این مقررات و عدم رعایت حدود مزبور، در حقیقت «تجاوز از حق» به شمار می‌آید نه اعمال حق^۱.

۱- در سال «۱۳۴۰» با هدف بهبود کشاورزی و بر انداختن رژیم ارباب رعیتی و با مقاصد سیاسی آن روز و سپس با اصلاحات سالیهای ۱۳۴۶ و ۱۳۴۷ و ۱۳۴۸ سه مرحله اصلاحات ارضی انجام شد. در مرحله اول که در سال ۱۳۴۰ بود، حداکثر مالکیت اراضی کشاورزی هر شخص ده یک از شش‌دانگ بود، در مرحله دوم که در سال ۴۱ شروع شد برای مالکین دهات و مزارعی که مشمول تقسیم نشده بودند، راه حل‌هایی تدارک دیده شد از قبیل اینکه مالکین باید ملک خود را بر اساس عایدات سه سال اخیر ملک به زارع همان ملک اجاره نقدی دهند. مدت اجاره سی سال و اجاره بها هر ۵ سال یکبار قابل تجدید نظر خواهد بود یا اینکه ملک خود را با تراضی به زارعین بفروشند و یا اراضی آبی و دیم را به نسبت بهره مالکانه مرسوم در محل، بین خود و زارعین تقسیم نمایند. همچنین هر گاه اکثریت مالکین با اکثریت زارعین ده توافق می‌کردند می‌توانستند یک واحد سهامی زراعی تشکیل دهند و به این طریق از ده بهره‌برداری کنند و به این شکل زراعت بزرگ را حفظ کنند. اداره واحد سهامی زراعی به عهده هیئت مدیره‌ای مرکب از سه نفر بود که یک نفر از طرف زارعین و یک نفر از طرف مالک یا مالکین و نفر سوم با توافق طرفین انتخاب می‌شد. سهام اشخاص اعم از مالک و زارع به میزان حق السهمی بود که نسبت به مجموع عواید ده داشتند. در مرحله سوم اصلاحات ارضی که از سال ۴۸ شروع گردید، املاک مورد اجاره را بین زارعین تقسیم کرد و مهلتی برای توافق با زارعین معلوم شد. قوانین اصلاحات ارضی، حق مالکیت و اختیارات مالک را در اراضی زراعتی به شدت محدود کرد و حتی سلب مالکیت بدون رضایت مالک را در حدودی پیش‌بینی کرد. این سلب مالکیت با پرداخت قیمت عادلانه بود. - در بهمن ماه ۴۱ بموجب قانون ملی شدن جنگلهای کشور، کلیه جنگلها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی، جزو اموال عمومی و متعلق به دولت محسوب شد ولو اینکه قبلاً افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند. پس از انقلاب اسلامی و بموجب اصل ۴۵ قانون اساسی، جنگل‌ها و مراتع در ردیف انفال و ثروتهای عمومی اعلام شد و در اختیار حکومت اسلامی قرار گرفت. - قانون سهم شدن کارگران در سود کارگاههای تولیدی و صنعتی (مصوب ۱۳۴۱) از جمله قوانینی بود که در جهت افزایش درآمد کارگران، تکالیفی را به کارفرمایان تحمیل کرد، - همچنین بموجب مقررات قانون ۱۳۴۷/۹/۲۷ نوسازی و عمران شهری و بمنظور اجرای طرحهای نوسازی و عمران و ایجاد تاسیسات شهری و توسعه و اصلاح معابر و نظارت بر ساختمانها درباره تصرف و خرید املاک مردم مقرراتی وضع شد. همچنین در ماده اول قانون تملک اراضی برای اجرای برنامه‌های شهرسازی (مصوب ۱۳۳۹)، در قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرحهای دولتی شهرداری سال ۱۳۶۷ و قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداریها (مصوب ۱۳۷۰) و قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصوب ۱۳۵۸) تملک اراضی مورد نظر و مورد نیاز وزارتخانه‌ها یا موسسات و شرکتهای دولتی و وابسته بدولت، بانکها، دانشگاههای دولتی و سلب مالکیت مالک با پرداخت غرامت عادلانه پیش‌بینی شده است. در این قانون پیش‌بینی شده که بهای عادلانه اراضی، ابنیه، مستحدثات، تاسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق بین دستگاه اجرایی و مالک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌شود و هرگاه نسبت به تعیین بهای عادلانه توافق نشود بهای عادلانه توسط هیاتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری تعیین

قانون و آیین نامه‌های دولت، گاه حقوق مؤسسات خصوصی را کاهش می‌دهند؛ به عنوان نمونه دولت ممکن است مقررات قیمت گذاری وضع کند. از سوی دیگر، وضع مقررات و قانون، امنیت سرمایه و سرمایه گذاری را تأمین می‌کند و مانع تعرض دیگران به حق مالکیت افراد و اشخاص حقوقی می‌گردد.^۱ به همین لحاظ گفته شده است: مالکیت که رابطه‌ای اعتباری بین مالک و ملک است، یکی از مهمترین حقوق موقتی، محدود، مقید و عینی اشخاص بر اشیاء یا اعتبارات یا آفرینش‌های محسوس و نامحسوس است که به موجب آن مالک می‌تواند، در حدود قوانین و مقررات عرفی و شرعی، از آن، همه گونه تصرف و انتفاع و بهره برد یا آن را نقل و انتقال داده یا چنانچه زایل نشده باشد به ارث بگذارد.^۲

گفتار سوم: محدودیت‌های زندگی در آپارتمان

در گذشته، آپارتمان نشینی به شکل امروز چندان رایج نبود و بنابراین «قانون مدنی»، تنها دو ماده از موادش را به آن اختصاص داده بود، ولی با گسترش شهرها و ساخته شدن ساختمان‌های چند طبقه، مشکلات حقوقی و اجتماعی فراوانی نیز بوجود آمد که بخشی از آن به علت فقدان فرهنگ آپارتمان نشینی و بخشی به علت خلاء قانونی بوجود آمد، به همین جهت در سال «۱۳۴۷» آیین نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها به تصویب رسید و مقرراتی را تنظیم نمود که در سال «۱۳۷۶» بخش‌هایی از آن اصلاح گردید؛ که در این قانون محدودیت‌هایی بر مالکین آپارتمان تحمیل گردید.

مالکیت در آپارتمان دو گونه است: «قسمت‌های اختصاصی» و «قسمت‌های مشاع». قسمت‌های اختصاصی، در سند مالکیت هر مالک، مشخصاً ثبت می‌شود. میان قسمت‌های اختصاصی و قسمت‌های مشترک نسبت به سهم، ارتباط ناگسستنی وجود دارد، به همین لحاظ، ماده «۳» قانون تملک آپارتمان‌ها مقرر می‌دارد: «حقوق هر مالک در قسمت اختصاصی و

می‌گردد. کارشناسان یک نفر از طرف دستگاه اجرایی، یک نفر از طرف مالک یا صاحب حق و نفر سوم به انتخاب طرفین و در صورت عدم توافق یا استنکاف به معرفی دادگاه صالحه محل وقوع ملک انتخاب می‌شوند. امروزه سلب مالکیت به وسیله دولت اغلب بر اساس قانون مزبور انجام می‌شود. - همچنین بمنظور تنظیم و تنسيق امور مربوط به زمین و تعدیل و تثبیت قیمت آن به عنوان یکی از عوامل عمده تولید مسکن و تأمین رفاه عمومی و اجتماعی در ۲۲ شهریورماه ۱۳۶۶ قانون زمین شهری به تصویب رسید، لغو مالکیت کلیه زمین‌های موات شهری که تا تاریخ ۱۳۵۸/۴/۵ احیا نشده بودند، لغو مالکیت کلیه اراضی بایر شهری که صاحب مشخصی نداشت و تکلیف کلیه مالکان اراضی دایر و بایر شهری به فروش اراضی خود به دولت در صورت نیاز برای اجرای طرح‌های عمومی شهری از جمله ویژگی‌های این قانون بود. در این قانون پیش بینی شده کسانی که طبق مدارک مالکیت از زمین‌های موات شهری در اختیار داشته‌اند مشروط بر اینکه مسکن مناسبی نداشته باشند، طبق ضوابط مسکن و شهرسازی در سراسر کشور قطعه یا قطعاتی جمعاً معادل ۱۰۰۰ متر مربع در اختیارشان گذاشته می‌شود تا در مهلت مناسب که در آیین نامه تعیین می‌گردد، عمران و احیاء نمایند، در صورت عدم عمران زمین به دولت باز می‌گردد...

۱- نمازی، حسین، مقایسه تأثیر آموزه خداشناسی در شکل گیری نظام اقتصادی اسلام و سرمایه داری، مجله اقتصاد، ش ۲، تابستان ۱۳۷۲، ص ۱۲.

۲- داراب پور، حقوق اموال و مالکیت، ص ۸۶

حصری او در قسمت‌های مشترک غیرقابل تفکیک بوده و در صورت انتقال قسمت اختصاصی، به هر صورتی که باشد انتقال قسمت مشترک، قهری خواهد بود.»

بند اول: قسمت‌های اختصاصی

مطابق ماده «یک» آیین نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها (مصوب ۱۳۴۷) قسمت‌هایی از بنا، «اختصاصی» تلقی می‌شود که عرفاً برای استفاده انحصاری شریک ملک معین یا قائم مقام او تخصیص یافته باشد.

ماده «۱۲۵» قانون مدنی مقرر داشته است: «هرگاه طبقه تحتانی مال کسی باشد و طبقه فوقانی مال دیگری، هر یک از آنها می‌تواند به طور متعارف در حصه اختصاصی خود تصرف بکند، لیکن نسبت به سقف دو طبقه هر یک از مالکین طبقه فوقانی و تحتانی می‌تواند در کف یا سقف طبقه اختصاصی خود به طور متعارف، آن اندازه تصرف نماید که مزاحم حق دیگری نباشد» و مطابق ماده «۹» قانون تملک آپارتمان‌ها: «هیچ یک از مالکین حق ندارد 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، بدهد.»

بند دوم: قسمت‌های مشترک

به موجب ماده «۲» قانون تملک آپارتمان‌ها: «قسمت‌های مذکور در این قانون، عبارت از قسمت‌هایی از ساختمان است که حق استفاده از آن منحصر به یک یا چند آپارتمان نبوده و به کلیه مالکین به نسبت قسمت اختصاصی آنها تعلق می‌گیرد. به طور کلی قسمت‌هایی که برای استفاده اختصاصی، تشخیص داده نشده است یا در اسناد مالکیت، ملک اختصاصی یک یا چند نفر از مالکین تلقی نشده از قسمت‌های مشترک محسوب می‌شود، مگر آن که تعلق آن به قسمت معینی بر طبق عرف و عادت محل مورد تردید نباشد.» تفصیل تعیین قسمت‌های اشتراکی در ماده «۴» آیین نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها آمده است.

بند سوم: دامنه تصرفات مالکین

در مورد تصرف قسمت‌های مشترک مانند پله‌ها و سقف بین دو طبقه یا دیوار بین آپارتمان‌ها، باید بین تصرفاتی که لازمه استفاده از آنهاست و تغییر در ساختمان ایجاد نمی‌کند با تصرفاتی که وضع ساختمان را دگرگون می‌سازد یا تعمیر قسمت‌های مشترک آن را ایجاب می‌کند تفاوت گذارد:

۱- هر یک از مالکان می‌توانند در حدود متعارف از قسمت‌های مشترک استفاده کنند، مشروط بر این که مزاحم دیگری نباشد. بنابراین مالکان طبقه بالا، می‌توانند از پله مشترک عبور کنند، مالک طبقه تحتانی می‌تواند سقف را سفید کند و یا به آن چراغ بیاویزد و مالک طبقه

فوقانی بر روی آن، رفت و آمد کند یا اثاث منزل خود را بگذارد، ولی ایجاد صداهای ناهنجار و حرکات شدید بر روی سقف طبقه پایین ممنوع است، هر چند که این تصرفات در ملک مستقل، متعارف باشد (ماده ۱۲۵ قانون مدنی)

۲- تغییر و تصرف در هر یک از قسمت‌های مشترک، باید با موافقت سایر شرکا باشد و هزینه و نگهداری آن به عهده همه مالکان به تناسب سهم آنهاست. ماده «۴» اصلاحی سال «۱۳۷۶» در این باره مقرر داشته است: «حقوق و تعهدات و همچنین سهم هر یک از مالکان قسمت‌های اختصاصی از مخارج قسمت‌های مشترک، متناسب است با نسبت مساحت قسمت اختصاصی به مجموع مساحت قسمت‌های اختصاصی تمام ساختمان به جز هزینه‌هایی که به دلیل عدم ارتباط با مساحت زیر بنا به نحو مساوی تقسیم خواهد شد و یا اینکه مالکان ترتیب دیگری را برای تقسیم حقوق و تعهدات و مخارج پیش‌بینی کرده باشند. پرداخت هزینه‌های مشترک اعم از اینکه ملک مورد استفاده قرار گیرد یا نگیرد الزامی است.» البته مطابق تبصره‌های الحاقی، مدیران نقش عمده‌ای در تعیین سهم هر یک از مالکین دارند.

۳- مطابق ماده «۹» قانون مذکور: «هر یک از مالکین می‌توانند با رعایت مقررات این قانون و سایر مقررات ساختمانی، عملیاتی را که برای استفاده بهتر از قسمت اختصاصی خود مفید می‌داند انجام دهد. هیچ یک 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 مرئی و منظر باشد، بدهند».

۴- مطابق ماده «۱۰» همان قانون: «هر کس آپارتمانی را خریداری می‌نماید به نسبت مساحت قسمت اختصاصی خریداری خود، در زمینی که ساختمان روی آن بنا شده یا اختصاص به ساختمان دارد، مشاعاً سهم می‌گردد، مگر آنکه مالکیت زمین مزبور به علت وقف یا خالصه^۱ بودن یا علل دیگر متعلق به غیر باشد که در این صورت باید اجور آن را به

۱- مسعود کیهان تاریخ املاک خالصه ایران را چنین می‌آورد: خالصجات عبارتند از: دهات یا مراتع و اراضی که از زمان سلطنت نادرشاه به دولت تعلق یافته و بوسیله مأمورین دولتی اداره میشوند. قسمتی از خالصجات سابقاً به اشخاص متفرقه منتقل و فروخته شده و امروز این قبیل ده‌ها به اسم خالصجات انتقالی در دفاتر مالیه نامبرده میشود. قانونی برای خرید اضافه مالیات این دهات وضع شده که موجب تأمین و تشویق مالکین و بالتجیه باعث آبادی آنها خواهد شد. اساساً خالصجات دولت با اینکه از املاک مرغوبی است نسبت به املاک اربابی و خرده مالک خراب تر و عایداتش کمتر و همه ساله بطور کلی بمیزان معینی به اجاره واگذار شده و مستاجرین مقدار زیادی از عواید دولت را بعنوان آفت یا مخارج از بین می‌برند. قرائی که به اسم خالصه دولت ثبت شده بیش از ۱۳۴۵ پارچه نمی‌باشد که از این عده ۱۷۵ پارچه درایالت تهران و وسعت آنها تقریباً هفده فرسخ مربع است. به تناسب این مقیاس وسعت کل اراضی خالصه را میتوان به یکصد و ده فرسخ مربع تخمین نمود (دهخدا، لغتنامه، ذیل واژه خالصه). در حال حاضر مراد از خالصه، املاکی است که مختص دولت است و مانند مالک خصوصی عمل می‌کند و ممکن است جهت بهره برداری از منافع به نهاد یا سازمانی، واگذار شود، که در این صورت، صرفاً مالکیت منافع به صورت محدود یا نامحدود، به منتقل الیه داده می‌شود. (نقل از: داراب پور، حقوق اموال و مالکیت، ص ۲۵۱)

همان نسبت بپردازد». مخارج مربوط به محافظت ملک و جلوگیری از انهدام و اداره و استفاده از اموال و قسمت‌های مشترک و به طور کلی مخارجی که جنبه مشترک دارد و یا به علت طبع ساختمان یا تأسیسات آن اقتضاء دارد یکجا انجام شود، نیز باید به تناسب حصه هر مالک به ترتیبی که در آیین‌نامه ذکر خواهد شد پرداخت شود و هر چند آن مالک، از استفاده از آنچه که مخارج برای آن است صرف نظر نماید.» مطابق ماده «۱۳» قانون تملک آپارتمان‌ها (الحاقی ۱۳۷۶/۳/۱۱): «در صورتی که به تشخیص سه نفر از کارشناسان رسمی دادگستری، عمر مفید ساختمان به پایان رسیده و یا به هر دلیل دیگری، ساختمان دچار فرسودگی کلی شده باشد و بیم خطر یا ضرر مالی و جانی برود و اقلیت مالکان قسمت‌های اختصاصی در تجدید بنای آن موافق نباشند، آن دسته از مالکان که قصد بازسازی مجموعه را دارند، می‌توانند براساس حکم دادگاه، با تأمین مسکن استیجاری مناسب برای مالک یا مالکان که از همکاری خودداری می‌ورزند، نسبت به تجدید بنای مجموعه اقدام نمایند و پس از اتمام عملیات بازسازی و تعیین سهم هر یک از مالکان از بنا و هزینه‌های انجام شده، سهم مالک یا مالکان یاد شده را به اضافه اجوری را که برای مسکن اجاری ایشان پرداخت شده است از اموال آنها از جمله همان واحد استیفا کنند....».

۵- مطابق ماده «۱۲۸» قانون مدنی: «هیچ یک از صاحبان طبقه تحتانی و غرفه فوقانی نمی‌تواند دیگری را اجبار به تعمیر یا مساعدت در تعمیر دیوارها و سقف آن بنماید.» البته راجع به این ماده قابل ذکر است که اولاً، هر گاه دفع ضرر به نحو دیگری ممکن نیست، اجبار به تعمیر بخش‌های مشترک امکان دارد. ثانیاً، تعمیر قسمت‌های مشترک و تأمین مخارج آنها تابع قانون تملک آپارتمان‌ها و آیین‌نامه آن است و لذا ماده «۱۲۸» قانون مدنی در این باره نسخ ضمنی شده است.

۶- مطابق ماده «۱۱۴» قانون مدنی: «هیچ یک از شرکاء نمی‌تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید، مگر اینکه رفع ضرر به نحو دیگری ممکن نباشد.» در حالیکه مطابق ماده «۶» قانون تملک آپارتمانها، اراده اکثریت مالکینی که بیش از نصف مساحت تمام قسمت‌های اختصاصی را دارا هستند در امور اداری و تعمیرات ضروری بر دیگران تحمیل می‌شود.

بند چهارم: اداره آپارتمان

در مورد اداره قسمت‌های مشترک بین «قانون مدنی» و «قانون تملک آپارتمانها» تفاوت بسیار است. مطابق ماده «۶» قانون تملک آپارتمانها: «چنانچه قراردادی بین مالکین یک ساختمان وجود نداشته باشد، کلیه تصمیمات مربوط به اداره و امور مربوط به قسمت‌های مشترک، به

اکثریت آراء مالکینی است که بیش از نصف مساحت تمام قسمت‌های اختصاصی را مالک باشند.»

بر اساس ماده «۸» همان قانون: در هر ساختمان (مشمول مقررات این قانون) در صورتی که عده مالکین بیش از سه نفر باشد، مجمع عمومی مالکین مکلفند مدیر یا مدیرانی از بین خود یا از خارج انتخاب نمایند. طرز انتخاب مدیر از طرف مالکین و وظایف و تعهدات مدیر و امور مربوط به مدت مدیریت و سایر موضوعات مربوط در آیین‌نامه این قانون تعیین خواهد شد.» در حالی که برابر «قانون مدنی»، اجبار به تجدید بنای مشترک فقط در صورتی مجاز است که دفع ضرر به نحو دیگری ممکن نباشد (ماده ۱۱۴ قانون مدنی) و اجبار به تجدید بنای اختصاصی هم تجاوز به حق مالکیت محسوب می‌شود و اصولاً مجاز نیست، «قانون تملک آپارتمانها» اجبار به تجدید بنای ساختمان مجموعه آپارتمانی را با شرایطی پذیرفته است. این اجبار نه تنها قسمت‌های مشترک، بلکه قسمت‌های اختصاصی را نیز در بر می‌گیرد. کما اینکه در ماده «۱۳» قانون تملک آپارتمانها (الحاقی سال ۱۳۷۶) این موضوع تصریح شده بود و مطابق ماده «۱۴» قانون مذکور (الحاقی ۱۳۷۶/۳/۱۱): «مدیر یا مدیران مکلفند تمام بنا را به عنوان یک واحد در مقابل آتش‌سوزی بیمه نمایند. سهم هر یک از مالکان به تناسب سطح زیر بنای اختصاصی آنها به وسیله مدیر یا مدیران تعیین و از شرکاء اخذ و به بیمه‌گر پرداخت خواهد شد. در صورت عدم اقدام و بروز آتش‌سوزی، مدیر یا مدیران، مسئول جبران خسارات وارده می‌باشند.»

گفتار چهارم: محدودیت ناشی از مجاورت

مقررات «فصل سوم» از «قانون مدنی» در باب حق ارتفاق نسبت به ملک غیر و در احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاور از قبیل حق العبور، حق المجری، حق پنجره و روزنه و شبکه، حق الشرب، حق منظره، حق ناودان، حق فاضلاب است، که آن هم مستلزم انعقاد نوعی عقد بین طرفین با رعایت عرف و عادت محل است. بر طبق قاعده کلی، تعمیر ملک بر عهده مالک آن است و بنابراین «قانون مدنی» هزینه‌های لازم برای نگاهداری یا تعمیر هر قسمت را که اختصاص به یک مالک دارد را بر عهده آن مالک گذاشته است و انجام هزینه‌های قسمت مشترک یا مشاع را بر عهده مالکین ذی سهم و به نسبت استفاده یا سهمی که از آن مال یا مشترکات دارند، قرار داده است. در قسمت‌های اختصاصی ممکن نیست مالکی را مجبور به تقبل هزینه مرمت و تعمیر نمود (ماده ۱۲۸ قانون مدنی)، اما در قسمت‌های اشتراکی چنانچه دفع ضرر ممکن نباشد، اجبار مالک از طرف مقامات صالح، دارای جواز قانونی است. در خصوص محدودیت‌های وضع شده مربوط به مجاورت املاک، برخی معتقدند: که این محدودیت‌ها از

قواعد عمومی مالکیت است و برخی قایل هستند که نوعی ارتفاق به سود همسایه است که مستقیم از قانون ناشی شده است که یا «مثبت» است، مثل زمینی که مجرای باران زمین بالاتر است که قانون، این حق را به مالک آن تحمیل کرده است و یا «حق ارتفاق منفی» است، مثل ممنوع شدن مالک از باز کردن در و پنجره در دیوار خود که قانون به سود همسایه برقرار کرده است.^۱ مبحث دوم از «قانون مدنی» در باب آثار و احکام املاک نسبت به املاک مجاور، در برگیرنده اصول و قواعد کلی حاکم بر ساختمان‌های چند طبقه است که در موارد سکوت و نقص قانون تملک آپارتمان‌ها می‌توان به آن رجوع نمود. به همین جهت ذیلاً به بررسی برخی از این اصول و قواعد می‌پردازیم.

بند اول: اماره‌های اشتراک و اختصاص

در مواردی که طبقات ساختمان به چند نفر تعلق داشته باشد و حدود مالکیت آنها در اسناد، معین نشده باشد، ممکن است در مالکیت دیوارهای عمارت و به ویژه سقف مشترک، بین مالکان اختلاف ایجاد شود. در این صورت اگر اصحاب دعوی، دلیلی بر مالکیت خود اقامه نکنند، باید از راه تشخیص متصرف، فصل خصومت کرد و مالک بخش‌های مورد نزاع را معین نمود.

الف: دیوار مشترک

دیوار فاصل دو ملک که در تصرف مالکان اطراف آن است، به حکم ماده «۳۵» قانون مدنی که مقرر داشته است: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.» مشترک میان دو مالک است، زیرا هر دو مالک، در آن دیوار تصرف می‌نمایند و بر حسب عرف، تصرف هر یک از دو همسایه در دیوار به عنوان مالکیت است که البته این «اماره‌ای» است که اگر دلیلی بر خلاف آن موجود باشد، اماره از اعتبار ساقط می‌شود. به همین لحاظ ماده «۱۰۹» قانون مدنی مقرر داشته است: «دیواری که مابین دو ملک واقع است، مشترک مابین صاحب آن دو ملک محسوب می‌شود، مگر اینکه قرینه یا دلیلی بر خلاف آن موجود باشد.»

۱- اداره دیوار مشترک

مطابق ماده «۵۷۶» قانون مدنی: «طرز اداره کردن اموال مشترک، تابع شرایط مقرر بین شرکاء خواهد بود.» و چنانچه قراردادی بین طرفین وجود نداشته باشد، بحکم ماده «۱۱۳» قانون مدنی: «مخارج دیوار مشترک بر عهده کسانی است که در آن شرکت دارند.» در صورتی که میان

۱- کاتوزیان، حقوق اموال و مالکیت، ص ۱۱۱.

طرفین، توافقی در این زمینه نشود، تنها در صورت دفع ضرر، اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک را «قانون مدنی» مجاز دانسته است. مطابق ماده «۱۱۴» قانون مدنی: «هیچ یک از شرکاء نمی‌تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید، مگر اینکه دفع ضرر به نحو دیگری ممکن نباشد.»

۲- تصرف در دیوار مشترک

تا جایی که وضع طبیعی دیوار مشترک اقتضاء می‌کند و مانع تصرف دیگران نمی‌شود، هر یک از شرکاء حق استفاده از دیوار مشترک را دارد و در این خصوص البته عرف و تراضی طرفین نیز دخیل است. در تایید این نظر می‌توان از ملاک ماده «۱۳۴» قانون مدنی بهره برد که مقرر داشته است: «هیچ یک از اشخاصی که در یک معبر یا یک مجری شریکند نمی‌توانند شرکاء دیگر را مانع از عبور یا بردن آب شوند». البته به طور کلی، «تصرفات مادی» در مال مشاع می‌بایست با اذن همه شرکاء باشد، ولذا بدون اذن شریک جایز نیست. مطابق ماده «۱۱۸» قانون مدنی: «هیچ یک از دو شریک حق ندارد دیوار مشترک را بالا ببرد، یا روی آن، بنا یا سرتیری بگذارد یا دریچه و رف باز کند یا هر نوع تصرفی نماید، مگر به اذن شریک دیگر.» و ماده «۱۱۹» همان قانون نیز مقرر داشته است: «هر یک از شرکاء بر روی دیوار مشترک سرتیر داشته باشد، نمی‌تواند بدون رضای شریک دیگر، تیرها را از جای خود تغییر دهد و به جای دیگر از دیوار بگذارد.» زیرا تغییر محل سرتیر و گذاردن آن در محل دیگر دیوار، تغییر در وضعیت دیوار است و این امر اجازه شریک دیگر را می‌خواهد، زیرا داشتن سرتیر در محل سابق، در اثر «حق» یا «اذن» اختصاص، به همان محل سابق داشته است و برای محل جدید اذن شریک لازم است. ماده «۱۲۱» قانون مدنی نیز مؤید این امر است.

۳- خرابی دیوار

مطابق ماده «۱۱۵» قانون مدنی: «در صورتی که دیوار مشترک خراب شود و احد شریکین از تجدید بنا و اجازه تصرف در مبنای مشترک امتناع نماید، شریک دیگر می‌تواند در حصه خاص خود تجدید بنای دیوار را کند.» و مطابق ماده «۱۱۶» همان قانون: «هرگاه احد شرکاء، راضی به تصرف دیگری در مبنا باشد ولی از تحمل مخارج مضایقه نماید، شریک دیگر می‌تواند بنای دیوار را تجدید کند و در این صورت، اگر بنای جدید با مصالح مشترک ساخته شود، دیوار مشترک خواهد بود و الا مختص به شریکی است که بنا را تجدید کرده است.» بدیهی است در صورتی که یکی از شرکاء، دیوار را خراب نماید باید به مثل اول، دیوار را بنا نماید، مگر اینکه ثابت نماید که خراب کردن دیوار، لازم بوده است. مطابق ماده «۱۱۷» قانون مدنی: «اگر یکی از دو شریک، دیوار مشترک را خراب کند در صورتی که خراب کردن آن لازم

نبوده، باید آنکه خراب کرده، مجدداً آن را بنا کند.»

۴- اجبار به ساختن دیوار مشترک

مطابق ماده «۱۲۳» قانون مدنی: «اگر خانه یا زمینی بین دو نفر تقسیم شود، یکی از آنها نمی‌تواند دیگری را مجبور کند که با هم دیواری ما بین دو قسمت بکشند.» با این ترتیب هر گاه یکی از دو مالک مجاور بخواهد در حد فاصل بین دو ملک، دیوار داشته باشد و مالک مجاور دیگر موافقت در ساختن دیوار مشترک ننماید، او می‌تواند دیوار اختصاصی با هزینه خود در ملک خود بنا نماید و اگر توافق در ساخت دیوار اشتراکی شود، هزینه‌های ساخت بر عهده طرفین خواهد بود که اگر دیوار مشترک در «مبنای اختصاصی» یکی باشد، دیوار مشترک و مبنا اختصاصی خواهد بود و یا بگونه‌ای ساخته شود که دیوار مشترک در «مبنای اشتراکی» باشد، یعنی نصف عرض دیوار در یکی از دو ملک مجاور و نصف دیگر در ملک مجاور دیگر باشد.

۵- رفع اختلاف در مالکیت

قانون مدنی در مواد «۱۲۶» و «۱۲۷»، دلایل عرفی تصرف را بدین شرح بیان کرده است: مطابق ماده «۱۲۶» قانون مذکور: «صاحب اتاق تحتانی نسبت به دیوارهای اتاق و صاحب فوقانی نسبت به دیوارهای غرفه بالا اختصاص، و هر دو نسبت به سقف مابین اتاق و غرفه، بالاشتراک متصرف شناخته می‌شوند» و به موجب ماده «۱۲۷» همان قانون: «پله فوقانی، ملک صاحب طبقه فوقانی محسوب است، مگر این که خلاف آن ثابت شود» آنچه در ماده «۱۲۶» قانون مدنی مفروض است، اختلاف بین مالکین طبقات ساختمان است که این اختلاف‌ها به چند وجه قابل تصور است:

۵-۱- اختلاف در دیوارهای اتاق تحتانی به نحوی که هر یک، مدعی مالکیت اختصاصی بر آن دیوارها باشد. در این حالت، مشهور بین «فقهاء» آن است که صاحب اتاق تحتانی نسبت به دیوار، «ذوالید» است و قول او با قسم، مقدم می‌باشد.^۱ «قانون مدنی» بر اساس اماره تصرف، (تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است) این قول را اختیار کرده است.

۵-۲- اگر اختلاف در دیوار اتاق فوقانی باشد، در این فرض نیز مانند صورت اولی، مطابق قول مشهور صاحب طبقه فوقانی، «ذوالید» است.^۲

۵-۳- اگر در مالکیت سقف، بین طبقه فوقانی و تحتانی اختلاف شود و هر یک از متداعیین، سقف را مختص به خود بدانند، در این صورت «فقهاء» اختلاف دارند. برخی، صاحب بنای

۱- نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، کتاب صلح، ص ۲۷۶

۲- همان

تحتانی را، «ذوالید» می‌دانند و دسته‌ای، مورد را از موارد مشتبه معرفی کرده و به «قرعه» متوسل شده‌اند.^۱ ولی ماده «۱۲۶» قانون مدنی، حکم به اشتراک داده است.

۴-۵- در صورتی که در خصوص مالکیت بر پله‌های فوقانی اختلاف ایجاد شود و هر یک از مالکان، ادعا نماید که مالکیت پله فوقانی متعلق به اوست، در این صورت پله غرفه فوقانی، و لو اینکه در طبقه تحتانی قرار گرفته، چون برای استفاده طبقه فوقانی است و منحصراً برای رفت و آمد طبقه مزبور در نظر گرفته شده است، ملک اختصاصی او شناخته می‌شود، مگر این که خلاف آن ثابت شود.

۵-۵- در صورتی که بین مالکین طبقه فوقانی و تحتانی راجع به دیوار اتاق تحتانی اختلاف شود، در اینجا صاحب طبقه تحتانی «سوگند» می‌خورد و حکم به نفع او داده می‌شود.

۶-۵- اگر اختلاف در دیوارهای اتاق فوقانی باشد، در اینجا صاحب طبقه فوقانی قسم می‌خورد و آنچه در مورد دیوار اتاق تحتانی نسبت به کل طبقه گفتیم، این جا هم صادق است.

۷-۵- اگر اختلاف در سقف طبقه تحتانی باشد، برخی از «فقهاء» گفته‌اند به حکم «قرعه»، مالک آن تعیین می‌شود. زیرا هر دو طبقه در نیاز به آن و انتفاع از آن مساوی هستند، اما قول قوی آن است که سقف ما بین دو طبقه، مشترک است.^۲

۸-۵- اگر اختلاف در مورد راه پله باشد، صاحب طبقه فوقانی به آن اندازه که محل رفت و آمد اوست، سوگند می‌خورد و دیگری نسبت به مازاد از آن، سوگند می‌خورد.^۳

ب): دیوار اختصاصی

۱- اماره‌های دیوار اختصاصی

چنانچه قرائنی دال بر تصرف اختصاصی یکی از مالکان باشد، مطابق قاعده «ید»، دیوار، ملک اختصاصی متصرف است؛ از جمله این قرائن عبارتند از: «ترصیف»، «سرتیر»، «طاقچه» و «رف» و «نما» و....

«ترصیف»، اتصال منظم دو بنا است، بگونه‌ای که آجرهای آن دو به هم قفل و بست شده باشد. مطابق ماده «۱۱۰» قانون مدنی: «بنا، بطور ترصیف و وضع سرتیر از جمله قرائن است که دلالت بر تصرف و اختصاص می‌کند.» و در صورتی که از هر دو طرف، این قرائن وجود داشته باشد، دیوار محکوم به اشتراک است، مگر اینکه خلاف این قرائن اثبات شود. به همین جهت ماده «۱۱۱» قانون مدنی مقرر داشته است: «هر گاه از دو طرف، بنا متصل به دیوار،

۱- همان

۲- شهید اول، لمعه، ص ۱۴۱؛ و شهید ثانی، روضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج سوم، ص ۱۵۳

۳- همان

به طور ترصیف باشد و یا از هر دو طرف به روی دیوار سرتیر گذاشته شده باشد، آن دیوار محکوم به اشتراک است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. در مورد «طاقچه» و «رف» نیز همین طور است که از یک طرف دیوار ایجاد شده باشد و اگر در هر دو سوی دیوار ایجاد شده باشد، دیوار متعلق به هر دو خواهد بود، مگر اینکه خلاف آن اثبات شود. در صورتی که این قرائن در دو طرف باشد مثل اینکه در یک طرف دیوار، طاقچه یا رف و در طرف دیگر، نما باشد، قرائن بر همدیگر تقدم و برتری ندارد و مشترک بین دو طرف خواهد بود. بهر حال همانگونه که در ذیل اخیر مواد «۱۰۹»، «۱۱۱» و «۱۱۲» قانون مدنی ذکر شده است، اعتبار این امارت و قرائن تا زمانی است که خلاف آن ثابت نشود، لذا اگر در «سند مالکیت» در صورت مجلس تحدید حدود، تعلق دیوار به ملکی از دو ملک مجاور تصریح شده باشد یا از اشتراکی بودن نام برده باشند، دیگر به امارات قانونی توجه نمی‌شود.

۲- محدودیت‌های مالک دیوار اختصاصی

هر چند مطابق صدر ماده «۳۰» قانون مدنی: «هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد» لیکن در ذیل همان ماده تصریح شده است که «مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد».

به همین جهت به منظور حفظ آسایش عمومی و دفع ضرر از همسایه در ماده «۱۳۳» همان قانون مقرر شده است: «کسی نمی‌تواند از دیوار خانه خود به خانه همسایه، در باز کند، اگر چه دیوار، ملک اختصاصی او باشد. لیکن، می‌تواند از دیوار مختصی خود، روزنه یا شبکه باز کند و همسایه حق منع او را ندارد، ولی همسایه هم می‌تواند جلوی روزنه و شبکه، دیوار بکشد یا پرده بیاویزد که مانع رویت شود.» بدیهی است بازکردن «در» و «پنجره» از مصادیق ایجاد مزاحمت است و در صورت ایجاد آن، مالک ملک مجاور، حق ازاله آن را دارد، چرا که مطابق ماده «۱۳۰» قانون مدنی: «کسی حق ندارد خانه خود را به فضای خانه همسایه، بدون اذن او خروجی بدهد و اگر بدون اذن، خروجی بدهد ملزم به رفع آن است.» منظور از «خروجی» یعنی اینکه راهی را برای خروج ایجاد نماید که در این صورت مجاز نیست. لیکن احداث «روزنه» که سوراخ کوچکی است که بمنظور استفاده از نور مورد استفاده قرار می‌گیرد و یا «شبکه» که سوراخ‌های متعددی است که بمنظور استفاده از نور و هوا، معمولاً با مصالح همان ساختمان، ساخته می‌شود مجاز دانسته شده است.

البته قانون معین نکرده است که میزان و اندازه شبکه تا چه حد می‌تواند باشد؟ به همین لحاظ تشخیص آن بر عهده «عرف محل» است. برخی نیز گفته‌اند: مراد از شبکه، پنجره کوچکی است که برای نور یا هوا تعبیه می‌شود، اعم از اینکه دارای روزنه باشد یا خیر. ولی

نمی‌توان آن را شامل پنجره‌های بزرگ امروز که گاهی از در نیز بزرگتر است دانست. تفکیک بین در و شبکه با «عرف» است.^۱ به هر حال به نظر می‌رسد که اگر پنجره به اندازه‌ای باشد که شخص بتواند از آن خارج شود یا از آن به بیرون خم شده به خانه همسایه سرکشی نماید شبکه به شمار نمی‌آید و باز کردن آن حتی در دیوار اختصاصی مالک مجاز نیست، لیکن باز کردن روزنه یا شبکه به خانه همسایه در صورتی که در دیوار اختصاصی شخص باشد جایز است اما همسایه می‌تواند جلوی روزنه و شبکه دیوار بکشد یا پرده بیاویزد که مانع رویت شود.

۳- حدود اختیار مالکین

حدود اختیار مالک در بخش‌های اختصاصی در ماده «۱۲۵» قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته است. به موجب این ماده: «هر گاه طبقه تحتانی، مال کسی باشد و طبقه فوقانی مال دیگری، هر یک از آنها می‌تواند به طور متعارف در حصه اختصاصی خود تصرف کند...» همچنین هر یک از مالکان می‌تواند در حدود متعارف از قسمت‌های مشترک استفاده کند، مشروط بر اینکه مزاحم دیگری نباشد. صاحب طبقه تحتانی یا فوقانی نمی‌تواند شریک دیگر را اجبار به تعمیر یا مساعدت در تعمیر سقف مشترک میان دو طبقه نماید. این نتیجه یکی از آثار اجرای اصل «تسلیط» و اصل نداشتن ولایت بر دیگری است. ماده «۱۲۸» قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «هیچ یک از صاحبان طبقه تحتانی و غرفه فوقانی نمی‌تواند دیگری را اجبار به تعمیر یا مساعدت در تعمیر دیوارها و سقف آن بنماید».

با استفاده از وحدت ملاک ماده «۱۱۴» قانون مدنی می‌توان چنین استدلال نمود که هرگاه دفع ضرر به نحو دیگری ممکن نباشد، به وسیله مقامات صالحه، می‌توان شریک را اجبار به بنا و تعمیر سقف مشترک نمود.

همچنین بر اساس ماده «۱۲۹» قانون مدنی: «هرگاه سقف واقع ما بین عمارت تحتانی و فوقانی خراب شود، در صورتی که بین مالک فوقانی و مالک تحتانی، موافقت در تجدید بنا حاصل نشود و قرار داد ملزمی سابقاً بین آنها موجود نباشد، هر یک از مالکین اگر تبرعاً سقف را تجدید نموده، چنانچه با مصالح مشترک ساخته شده باشد، سقف مشترک است و اگر با مصالح مختصه ساخته شده، متعلق به بانی خواهد بود.» مقصود از «تبرع» در ماده مرقوم، اقدام به تعمیر و پرداخت هزینه آن، بدون قصد رجوع به شریک دیگر است. بر فرض هم که متبرع نباشد، چون اقدام به ضرر خود کرده است، نمی‌تواند مطالبه مخارج کند. این ماده در صورتی

است که مالک دیگر، اجازه تصرف در مصالح مشترک را بدهد، والا شریک نمی‌تواند در مصالح مزبور تصرف نماید، در این صورت می‌تواند یا آن را تقسیم کند و یا با مصالح اختصاصی که تهیه می‌نماید، تجدید بنا کند. قسمتی از دیوارهای اطراف که محل اتصال سقف به آنهاست، مشترک و «مشاعی» است. صاحبان طبقه فوقانی و تحتانی، هر دو حق تصرف در آن دارند. بنابراین، هیچ یک از آن دو، بدون اذن شریک دیگر نمی‌تواند در آن تصرف کند و سقف جدید را به آن متصل کند. پس اگر دو مالک در خصوص اتصال سقف به محل مشترک به توافق نرسند، می‌توانند در قسمت اختصاصی از دیوار خود، سقف را بنا کنند. موارد فوق در صورتی است که خرابی سقف و دیوار در اثر استهلاک آن باشد، ولی هر گاه یکی از دو شریک، سقف یا دیوار مشترک را خراب کند، باید آن را مانند صورت اول بنا کند، خواه این تخریب عمدی باشد یا به غیر عمد و خواه اتلاف به مباشرت انجام شود یا به تسبیب (مواد ۳۲۹ و ۳۴۱ قانون مدنی) الزام شریک، به تجدید بنا ناشی از مسئولیت تخریب مال دیگری است و نباید آن را از قواعد شرکت در مال یا احکام مجاورت در ملک شمرد. وقتی سقف یا دیوار ما بین دو نفر، مشترک است، یعنی در تمام ذره‌های آن حق دارند، پس کسی که دیوار یا سقف مشترک را خراب کرده است، در واقع مال دیگران را از بین برده و باید مثل یا قیمت آن را به منظور جبران خسارت شریک زیان دیده بدهد. «جبران به مثل»، مقدم بر «پرداخت قیمت» است، زیرا وضع را به صورت نخست باز می‌گرداند. اما در صورتی که تجدید بنا ممکن نیست، مسئول تخریب، باید بهای آن را بدهد.^۱

بند دوم: تصرف در فضا

فضای بالای ساختمان، مشاع بین مالکان است و هیچ کدام بدون اذن دیگری حق تصرف ندارد. به علاوه، ساختن طبقه جدید با حق مالکیت اختصاصی شریک دیگر نیز منافات دارد. این تعارض در مورد طبقه پایین، آشکار است، زیرا اگر او بخواهد بنایی در بالای طبقه فوقانی بسازد، ناچار است که از سقف آن به عنوان کف اتاق‌ها استفاده کند و دیوارهای ساختمان جدید را به دیوارهای آن بگذارد و این حق را ندارد. ولی، در مورد مالک طبقه بالا که سقف و دیوارهای جانبی را به طور مستقل، مالک است، تصور این تعارض دشوارتر می‌نماید. با وجود این، در ممنوع بودن آن نباید تردید کرد.

درست است که مالک طبقه بالا حق دارد دیوارهای ملک خود را بر دیوارهای طبقه پایین بنا کند، ولی این حق، تنها درباره ساختمان موجود است، ولی ساخت دیوار جدید، در

واقع تصرف در فضای محاذی (برابر، مقابل) دیوار پایین است که باعث ایجاد بار اضافی است. در واقع، مالک طبقه بالا می‌خواهد، دیوارهای جدید را به طور غیر مستقیم بر ساختمان طبقه پایین گذارد و این اقدام، نیازمند اذن می‌باشد.^۱

گفتار پنجم: توابع مالکیت

حق مالکیت مالک بر مال به «توابع»، متعلقات و منافع حاصل از آن نیز سرایت می‌کند که این مالکیت بر منافع و ثمره‌ها و نمائات را «مالکیت تبعی» گویند. مطابق ماده «۳۲» قانون مدنی: «تمام ثمرات و متعلقات اموال منقول و غیر منقول که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد، بالتبع، مال مالک اموال مزبوره است.» «منفعت» به فایده‌ای گفته می‌شود که به تدریج از مال بدست می‌آید و ایجاد آن ملازمه‌ای با از بین رفتن اصل مال ندارد، مانند سکونت در خانه‌ای یا میوه‌های درخت، ولی «ثمره» معنای عام تری دارد و علاوه بر منافع مال، فوایدی که از تفویت اصل مال بدست می‌آید را نیز شامل می‌شود، مثل ثمراتی که از سوختن چوبی عاید می‌شود. برخی گفته‌اند اثر این تفکیک آن است که هرگاه در نتیجه قراردادی مانند اجاره، مالک عین و منفعت یکی نباشد، مالک منفعت، فقط از فوایدی استفاده می‌کند که با از بین رفتن عین تلازم ندارد.^۲

چنانکه در باب معنای «استثمار» اشاره شد، مطابق ماده «۳۳» قانون مدنی: «نماء و محصولی که از زمین حاصل می‌شود، مال مالک زمین است چه به خودی خود روئیده باشد یا به واسطه عملیات مالک، مگر اینکه نماء یا حاصل، از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد، که در این صورت، درخت و محصول، مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.» که این قسمت اخیر ماده «۳۳» قانون مدنی از نظر مشهور «فقه امامیه» اقتباس شده است.

البته در خصوص نتایج حیوانات، ماده «۳۴» قانون مدنی مقرر داشته است: «نتایج حیوانات در ملکیت، تابع مادر است و هر کس مالک مادر شد، مالک نتایج آن هم خواهد بود.» فرض ماده «۳۴» ناظر به موردی است که مالک حیوان نر و ماده متفاوت باشد و لذا پدر و مادر حیوانی متعلق به یک نفر نباشد و صاحبان آنها در مالکیت حیوان متولد شده با یکدیگر اختلاف داشته باشند.

همچنین مطابق ماده «۳۸» قانون مدنی: «مالکیت زمین، مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین، بالجمله مالک حق همه گونه

۱- همان، ص ۱۲۸

۲- همان، ص ۱۵۳

تصرف در هوا و قرار دارد مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد. طبیعی است به دلیل این مالکیت، هیچ کس حق تعرض و تجاوز را ندارد، حتی ماده «۱۳۱» قانون مدنی، در تعرض غیر ارادی به فضا و قرار ملک مجاور مقرر داشته است: «اگر شاخه درخت کسی داخل فضای خانه یا زمین همسایه شود، باید از آنجا عطف کند و اگر نکرد، همسایه می‌تواند آن را عطف کند و اگر نشد از حد خانه خود قطع کند و همچنین است حکم ریشه‌های درخت که داخل ملک غیر می‌شود.»

طبیعی است با ملاک از موارد فوق، همسایه این حق را دارد که از عبور دادن سیم‌های برق، تلفن و غیره نیز در ملک خود، خودداری نماید. بدلیل مالکیت فضای محاذی زمین، مالک زمین می‌تواند در ملک خویش، چند طبقه احداث بنا نماید یا به دیگری اجازه بدهد در فضای زمین او یا در فضای روی بنای او به ارتفاع معین احداث ساختمان نماید. همچنین مالکیت زمین، مستلزم مالکیت زیر زمین هم هست، لذا مالک می‌تواند چاه حفر نماید یا در ملک خویش استخراج معدن نماید. البته امروزه مقرراتی وضع شده است که باید مطابق آن مقررات اعمال نماید. کما اینکه، مطابق مقررات شهرداری، احداث طبقات منوط به رعایت ضوابطی است و محدودیت‌هایی پیش‌بینی شده است. بدلیل همین مالکیت، کسی نمی‌تواند بدون اجازه او سیم و لوله و کانال، از زیر زمین او عبور دهد یا چاهی حفر نماید

مبحث پنجم: اثبات مالکیت^۱

اگر کسی ادعای مالکیت مالی را داشته باشد باید با ادله اثبات پنج گانه اثبات کند؛ مطابق ماده «۱۲۵۸» قانون مدنی: «دلایل اثبات دعوی به قرار ذیل است. ۱- اقرار ۲- اسناد کتبی ۳- شهادت ۴- امارات ۵- قسم.»

با لحاظ جمیع ضوابط حاکم بر ادله اثبات دعوی، باید بر آن بود که اولین و مهمترین دلیل اصولی و متناسب در اثبات مالکیت، دلیل تصرف به عنوان مالکیت است که اصولاً در کلیه اموال اعم از منقول و غیرمنقول به کار می‌آید، مگر در تعداد معدودی از اموال و حقوق

۱- بررسی نهادهای حقوقی در دو مرحله ثبوت و اثبات یکی از روشهای متداول در تحلیل حقوقی می‌باشد. ثبوت، عالم واقع است و ماهیت آن اعم است از حکم یا موضوع و اثبات، تلاش برای علم یافتن به ثبوت است. ثبوت وجودی مستقل از اثبات دارد و هدف حقوق نیز دستیابی به همین وجود مستقل است. اما در این میان اثبات به عنوان دریچه‌ای برای رهیابی به ثبوت نقش آفرین می‌شود. زمانی که در صدد اثبات یک نهاد هستیم، بر اساس میزان دلالت دلیل بر ثبوت (قطعی، ظنی و اجمالی) از جهت علم به آن نهاد، یا علم یا ظن و یا شک برای ما حاصل خواهد شد. آثار هر یک از سه حالت فوق متفاوت و قابل بررسی است. دادگاه ممکن است، با ادله اثباتی، مالکیت یکی از طرفین را احراز نماید که به آن، مرحله اثباتی گفته می‌شود. اگر صدور حکم مطابق با واقع باشد، مرحله ثبوت و اثبات، با هم منطبق است و مالکیت احراز شده با مالکیت واقعی مالک، منطبق است، و اگر به هر دلیلی، حکم خلاف واقع صادر شود، مرحله اثبات، مخالف با مرحله ثبوت خواهد بود.

که در اثبات مالکیت بر آنها، به سایر ادله باید توسل و تمسک جست. اینک به تفصیل به شرح مطلب خواهیم پرداخت.^۱

اثبات مالکیت، اگرچه با توجه به مقررات «قانون مدنی» در باب ادله اثبات دعوی (جلد سوم قانونی مدنی) مطرح می‌شود، لیکن نمی‌توان بررسی آن را صرفاً به «قانون مدنی» محدود کرد بلکه «مقررات آیین دادرسی» را نیز دربرخواهد گرفت، چه آنکه وقتی صحبت از دعوی می‌شود، بلافاصله رسیدگی و دادرسی در دادگاه به ذهن متبادر می‌گردد. در نتیجه آنچه که به مبحث ادله اثبات قوت می‌بخشد و ظهور آن را متجلی می‌سازد، محضر دادگاه و طرح دعاوی و مدافعات طرفین و نهایتاً رسیدگی و اتخاذ تصمیم دادگاه است که در تمامی این موارد، این ادله اثباتی و ابرازی دعاوی و دفاعیات متداعیین است که به اظهارات طرفین و رأی دادگاه رنگ عدالت را می‌بخشد.

در نتیجه باید ضمن توصیف ادله اثبات دعوی، جایگاه آن را در دعاوی مربوط به مالکیت و احراز آن بیان کنیم.

ادله اثبات دعوی، مجموعه دلایلی هستند که اشخاص و اصحاب دعوی به منظور اثبات ادعای خویش، از آنها سود جسته و با تدارک دلیل در مقام اثبات ادعا و دفاعیات خود قرار می‌گیرند. به همین جهت، ماده «۱۹۴» قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹/۱/۲) در تعریف «دلیل» اشعار می‌دارد: «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوی برای اثبات یا دفاع از دعوی به آن استناد می‌نمایند». همین تعریف در مورد «اسناد» نیز طی ماده «۱۲۸۴» قانون مدنی آمده است: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد». ادله اثبات، واجد خصائص و ویژگی‌هایی است که اصحاب دعوی می‌باید در استفاده از آنها، این ویژگی‌ها را مدنظر داشته و رعایت کنند.

گفتار اول: ویژگی‌های ادله اثبات دعوی

بند اول: انحصاری بودن ادله اثباتی

اولین و مهمترین ویژگی ادله اثباتی دعوی، این است که اصحاب دعوی در استناد و توسل به دلایل و ادله اثباتی، «مبسوط الید» نیستند. به عبارت دیگر، هریک از اصحاب دعوی در اثبات دعاوی خود، مقید به استفاده از ادله‌ای هستند که جواز آن از سوی مقنن صادر شده باشد و آلا ادله استنادی و ابرازی از قدرت قانونی به منظور اثبات و احراز ادعا و کشف حقیقت برخوردار نخواهند بود؛ بنابراین، نفوذ ادله اثباتی در اولین گام و ذات خود به تجویز و تصریح قانونی

بستگی دارد و الا هیچگونه اعتباری بر آن نمی‌رود.

منظور از ادله قانونی اثبات دعوی، ادله‌ای است که صرفاً توسط قانون احصا و تجویز شده و طرفین دعوی (متداعیین) صرفاً برای اثبات ادعای خود می‌توانند از این ادله استفاده کنند و سایر ادله‌ای که ممکن است از نظر عموم، مثبت دعوی باشد از منظر قانونی چنین قدرتی ندارد. این ادله قانونی مطابق دلایل پنجگانه مقرر در ماده «۱۲۵۸» قانون مدنی بدین قرار است: ۱- اقرار ۲- اسناد کتبی ۳- شهادت ۴- امارات ۵- قسم (سوگند). افزون بر آن، سه دلیل دیگر که معمولاً در جریان دادرسی و توسط دادگاه و به منظور کشف حقیقت به کار می‌رود و در مقررات آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی شده عبارتند از: ۱- معاینه محل (مواد ۲۴۸ به بعد آیین دادرسی مدنی) ۲- تحقیقات محلی (ماده ۲۴۹ آیین دادرسی مدنی) ۳- کارشناسی (ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی).

اگر از طریق بینة شرعیه، یعنی شهادت شهود امری اثبات گردد، دادرس طبق آن عمل می‌کند. علمی که به این طریق ایجاد شود «حجت» است، ولی در هنگام فقدان چنین دلایلی چنانچه «ظنی» برای دادرس وجود داشته باشد، در صورتی که قانونگذار برای چنین ظنی، اعتبار قایل شده باشد، دادرس موظف است طبق آن عمل کند. ولی اگر دلیل معتبری وجود نداشته باشد و قاضی در مقام شک و تردید قرار گیرد به «اصول عملیه»^۱ یا «عقلیه» رجوع می‌نماید.

«علم قاضی» به یک شاخه مستقل در ادله را تشکیل نمی‌دهد، بلکه دلیل مزبور را می‌توان برپایه برخی از ادله دیگر مستقر دانست. به همین جهت نیز مقنن در ماده «۱۳۳۵» قانون مدنی (اصلاحی مصوب ۱۳۷۰)، علم قاضی را بر مبنای اسناد یا امارات ممکن می‌داند: «توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوای مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد، در این صورت مدعی می‌تواند حکم به دعوی خود را که مورد انکار مدعی علیه است، منوط به قسم او نماید».

علاوه بر این، علم قاضی می‌تواند به‌طور غیرمستقیم و از طریق تحقیق و معاینه محل به دست آید؛ ماده «۲۵۵» قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر داشته است: «اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب می‌گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن باشد».

۱- اصل عملیه: در زمانی به این اصول استفاده می‌شود که امر دایر باشد بین دو مورد و هیچ یک از آن دو بر دیگری ترجیح یا غلبه نداشته باشد و به این جهت اصول عملیه گفته می‌شود که در مقام عمل ما را از شک و تردید خارج می‌نماید. عمده این اصول که مبنای «حکم ظاهری» قرار می‌گیرند شامل: «اصل استصحاب»، «اصل برائت»، «اصل اشتغال» و اصل «تخیر» می‌باشند. (حیدری، اصول استنباط، قم، انتشارات حقوق اسلامی، ترجمه عباس زراعت و حمید مسجد سرائی، ۱۳۸۲، ص ۲۱۴)

بنابراین با توجه به مطالب بالا، این نتیجه بدست داده می‌شود که به غیر از ادله قانونی احصا شده در قانون، اساساً نمی‌توان از سایر ادله‌ای که ممکن است حتی مثبت ادعا در طریق عادی باشد، استفاده نمود و فی الواقع باید بر این اعتقاد بود که دعاوی از طریق ادله غیرقانونی، اساساً اثبات و احراز نمی‌شوند.^۱

بند دوم: لزوم ارائه و استناد دلایل توسط متداعیین

دومین خصیصه ادله اثبات دعوی، لزوم ارائه آن توسط طرفین و اصحاب دعوی است. در حقیقت اثبات موضوع دعوی در تمامی ارکان و جهات آن، به عهده «اصحاب دعوی» می‌باشد. بدین ترتیب که مدعی، مکلف است ادعای خود را با ابراز دلایل قانونی به اثبات برساند و بالعکس مدعی علیه، نیز تکلیف دارد در موضوع دفاع، مستندات خود را ارائه کند. نتیجه چنین امری آنست که قاضی و دادرس دادگاه، ممنوع از تحصیل و تدارک دلیل به نفع هریک از اصحاب دعوی هستند چه آنکه چنین امری (تحصیل دلیل) خارج از حیطه اختیارات دادرس بوده و انجام آن، او را از بی‌طرفی خارج می‌سازد؛ بنابراین بر خلاف «امور کیفری» که مقام تعقیب‌کننده (مدعی العموم) با بی‌طرفی در مقام جمع‌آوری کلیه ادله «له» یا «علیه» متهم می‌پردازد (ماده ۳۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری)، در «امور حقوقی»، این تلاش و تعهد بر عهده هریک از اصحاب دعوی قرار دارد و استمداد از دادرس و قاضی دادگاه به منظور تحصیل دلیل، فاقد وجاهت قانونی است (ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق).

اما فارغ از بحث اصولی فوق، در موارد استثنایی و آن هم به منظور کشف حقیقت، دادرس حق مداخله می‌یابد؛ به همین منظور ماده «۱۹۹» قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹)، مقنن دادگاه را مجاز ساخته تا به منظور کشف حقیقت و احراز واقعیت امر، هرگونه تحقیق و اقدامی را که لازم می‌داند به عمل آورد و این امر «تحصیل دلیل» محسوب نمی‌گردد، بلکه دادرس با بی‌طرفی کامل و بدون اینکه منافع یا مضار یکی از طرفین دعوی را در نظر داشته باشد، صرفاً اقدامات و تحقیقاتی را انجام می‌دهد تا از آن طریق به حقیقت امر دست یابد، بنابراین شاید با مسامحه بتوان این اقدام دادگاه را استثنایی بر اصل ابراز دلیل توسط اصحاب دعوی به شمار آورد؛ مانند آنکه خواهان در دعوی به سندی استناد و اشاره می‌کند که این سند در پرونده ثبتی ملک متنازع فیه موجود است، لیکن خواهان

۱- تفاوت بین دلیل و اماره، این است که، «دلیل»، جنبه قطعی دارد، ولی «اماره» ظنی بودن موضوع را مشخص می‌کند، لیکن، «اصول عملیه» حکم ظاهری را ایجاد می‌کند، بنابراین با توجه به اینکه، اماره و دلیل، واقعیت را خواه قطعاً و خواه ظناً بیان می‌کند، لذا، دلیل و اماره بر اصل، مقدمند.

قادر به ابراز و ارائه آن نمی‌باشد، در این صورت دادگاه حتی بدون درخواست خواهان و صرفاً به جهت کشف حقیقت امر، با صدور دستوری، سند مزبور را از سازمان ثبت مطالبه خواهد کرد.

بند سوم: متناسب بودن ادله اثبات در کلیه دعاوی

بر خلاف تصور کلی، ادله احصایی مذکور، اصولاً نسبت به یکدیگر قوت و ضعف ندارند، بلکه هریک و یا بعضی از آنها در اثبات برخی از دعاوی قدرتی ندارند، هرچند که همگی، دلیل قانونی محسوب می‌شوند. به عبارت دیگر، با هر دلیلی، حتی قانونی، نمی‌توان هر دعوایی را ثابت کرد، بلکه باید به دنبال دلایلی بود که در اثبات دعوی موردنظر، تناسب و دلیلیت بیشتری دارند. بنابراین، اگر به منظور اثبات یک دعوی، به دلیلی استناد جوییم که اساساً هیچ‌گونه تناسب و ارتباطی با دعوی مطروحه ندارد، نمی‌توانیم آن دعوی را اثبات کنیم؛ به عنوان مثال، در دعوی «خلع ید غاصب» از ملک غیرمنقول ثبت شده، خواهان برای اثبات دعوی، صرفاً باید «سند رسمی» مالکیت خود را ارائه کند، زیرا مطابق مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک و رای وحدت رویه، این دعوی تنها از این طریق قابل طرح است، خواه، خواهان در ملک مزبور، سابقه تصرف داشته یا هیچگاه متصرف ملک نبوده باشد. اما بالعکس در دعوی «رفع تصرف»، تنها دلیل متناسب، «تصرف» او به عنوان مالکیت است و نه ابراز سند رسمی.

بند چهارم: شکلی بودن مقررات مربوط به ادله اثبات

قوانین و مقررات از یک جهت به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند؛ بخشی از این مقررات و قوانین «ماهوی» یا ماهیتی هستند به نحوی که به اصل موضوعات ناظر بر حقوق و احکام مربوط به آنها می‌پردازند، از قبیل مقررات ناظر بر ایجاد، انتقال و یا زوال حق. برخی دیگر از این قوانین، هیچگونه ارتباطی به نحوه ایجاد یا زوال و انتقال حق ندارند، بلکه متضمن تشریفات و نظاماتی هستند که به معنی اعم کلمه به حقوق ماهوی ضمانت اجرا می‌بخشند؛ قوانین مربوط به آیین‌های دادرسی و تشریفات ثبتی از این قبیل‌اند که به عنوان قوانین و مقررات «شکلی» نام‌گذاری شده‌اند.^۱

مقررات و احکام ناظر بر ادله را باید در شمار مقررات شکلی انگاشت، زیرا این مقایسه فی نفسه نه حقی برای کسی ایجاد یا منتقل می‌کند و نه حق کسی را زائل می‌سازد، اگرچه بدون وجود این ادله، اثبات حق ممکن نیست و به قول برخی از علمای حقوق، «حق»، بدون

۱- برای اطلاعات بیشتر ر.ک. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، صص ۳۳۴-۳۱۹

امکان اثبات آن، حق، شمرده نمی‌شود.

با این وصف، باید مقررات مربوط به این دسته را شکلی دانست و نه ماهوی. مثلاً در تعریف «اقرار» ماده «۱۲۵۹» قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اقرار، اخبار به حقی است به ضرر خود و برای غیر». مفهوم همین مقرر که در جلد دوم کتاب «قانونی مدنی» آمده، موضوع اقرار را، اخبار به حق اعلام می‌دارد و نه خود حق. فی الواقع، حق می‌باید ماهیتاً وجود داشته باشد تا مورد اخبار قرار گیرد. نتیجتاً از جهت وجود یا انتقال یا زوال حق، اقرار، هیچگونه تأثیری ندارد.

گفتار دوم: تصرف به عنوان دلیل عام اثبات مالکیت

بند اول: مفهوم تصرف (ید)

یکی از اماره‌های مهم در اثبات مالکیت، «قاعده ید» است؛ گاه از این قاعده، به اماره تصرف، اماره ید، قاعده تصرف، نیز نام برده شده است. اهمیت و کاربرد وسیع این قاعده، موجب گردیده است که معمولاً فقیهان و حقوقدانان در اظهارات و نوشته‌های خود به این قاعده اشاره کنند و در مقام تنازع و اختلاف، به عنوان «دلیل مالکیت»، به آن استناد نمایند.

«ید» واژه‌ای عربی است و در لغت به معنای دست، از منکب تا انگشتان و یا کف دست است.^۱ و معنای مجازی آن، «استیلاء» است و منظور از استیلاء، تسلط و تصرف است، تا وقتی که کسی مالی را تصرف نکرده است به آن شخص، «ذوالید» گفته نمی‌شود، بلکه باید حیازت بالفعل باشد. برای تشخیص اینکه شخص بر مال، استیلاء دارد یا خیر، غالباً بایستی به «عرف» مراجعه کرد. زیرا، نحوه سلطه و اقتدار انسان بر اشیاء، گوناگون است. به عنوان مثال: لباس را می‌پوشند، ساعت را به میچ می‌بندند، براتومبیل سوار می‌شوند و یا آن را در توقفگاه، پارک می‌کنند. «قاعده ید»، یعنی اینکه هر کس هر مالی در دست دارد، متعلق به خود اوست و تا خلاف آن اثبات نشده است، کسی حق گرفتن آن را از «ذوالید» ندارد.^۲

البته «تصرف فیزیکی» برای صدق مفهوم «ید» شرط نیست، بلکه «تصرف فعلی» به انواع مختلف ممکن است. گاه، تصرف وجود دارد، ولی «ید» موجود نیست و بالعکس؛ لذا رابطه ید و تصرف، عموم و خصوص من وجه است. بهر حال منظور از تصرف در این مقوله، تصرفی است که صدق «ید» بر آن می‌شود و عنصر استیلاء را محقق می‌سازد.

بنابراین، «ذوالید» کسی است که مال را در اختیار دارد و هرگونه تصرفی که بخواهد، می‌تواند در آن داشته باشد، با این توضیح، سلطه و اقتدار شخص بر شیء، به «ید» اطلاق می‌شود.^۳ با

۱- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، جلد دوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۳، ص ۱۸۷۱

۲- محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، چاپ دوم، ص ۱۱۸

۳- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، نشراندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ص ۷۶

این حال، گاهی در تطبیق مصداق بر تعریف، تردید وجود دارد، مثل اینکه دو نفر بر یک مال، سیطره داشته باشند، چنانکه یک نفر سوار بر اسب است و دیگری مهار آن را در دست داشته باشد، برای «عرف» مشکل است که تشخیص دهد که کدام یک از دو نفر، مالک اسب می باشد. با این حال، قاعده ید، مورد قبول، استعمال و استناد «عقلاء» است و همواره مورد استناد و عمل پیروان همه ادیان و عقلاء عالم بوده است و ناگزیر همه آن را پذیرفته‌اند.

بند دوم: نحوه کاشفیت ید

«اماره» عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم «قانون» یا در نظر «قاضی»، دلیل بر امری شناخته می‌شود. (ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی). «اماره تصرف»، یکی از امارات قانونی و از شیوه‌های اثبات مالکیت به شمار می‌رود. مطابق ماده «۱۳۲۲» قانون مدنی: «امارات قانونی، اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده، مثل امارات مذکور در این قانون از قبیل مواد «۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۰-۱۱۵۸ و ۱۱۵۹» و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر».^۱ «ید»، از جهت اعتباری و قانونی، تا زمانی که دلیل مخالف وجود نداشته باشد، دلیل بر مالکیت به شمار می‌رود. ماده «۳۵» قانون مدنی مقرر داشته است: «تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود».

ید، «اصل» نیست تا برای تعیین تکلیف «حجت» شناخته شود؛ بلکه، ید برای کاشفیت از واقع و پی بردن به حکم واقعی به کار می‌رود. به بیان ساده تر، وقتی می‌گوییم ید، «اماره» است، منظور این است که «ید» به طور نوعی کاشفیت از واقع می‌نماید. یعنی، مردم نوعاً با مشاهده شیئی در دست کسی، ظن و احتمال قوی پیدا می‌کنند که وجود استیلاء و سلطه فرد بر شیء، نشانه مالکیت اوست، مگر این که به نحوی خلافش ثابت گردد.^۲

در مورد حجیت ید، این سؤال مطرح است که کاشفیت ید از مالکیت، به چه دلیل است؟ نظر معتبر این است که چون غالباً مردمی که سیطره و استیلاء بر اشیاء دارند، مالک یا در حکم مالکند، پس باید در مورد مشکوک، به موارد غالب رجوع کنیم و آنها را نیز مالک یا در حکم مالک بدانیم، بنابراین، نحوه کاشفیت ید از مالکیت، بر مبنای «غلبه» است؛ زیرا غالباً افراد جامعه، مالک آن چیزی هستند که در اختیار دارند، پس در مورد تردید و گمان نیز، حکم موارد غالب را به مورد مشکوک سرایت می‌دهیم. به عنوان مثال اگر از ۱۰۰ نفر راننده خودرو، در مورد مالکیت اتومبیلی که در اختیار دارند سؤال شود، غالب آنان، مالک خودرو می‌باشند،

۱- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، انتشارات دانشگاه تهران، پاییز ۱۳۸۱، ص ۲۷۲
۲- در تعریف دیگر گفته شده است: اماره، چیزی است که اثبات کننده موضوعی از موضوعات شرعی باشد و به لحاظ کاشفیت از واقع، حجت شناخته شده باشد. (نقل از طاهری، حبیب ا...، حقوق مدنی، ج اول، ص ۲۰۵).

بنابراین اگر با موردی مواجه شویم که نمی دانیم «ذو الید»، مالک است یا خیر؟ به حکم غلبه، او را مالک محسوب می نماییم.^۱ لذا عرفاً در غالب موارد و به اقتضای طبیعت، ید متصرف، مالکانه است، به همین دلیل حمایت از متصرف، معمولاً به معنای حمایت از مالک است.

بند سوم: شرایط اماره بودن ید

برای اینکه متصرف بخواهد از «اماره ید» استفاده کند، نباید از خود نفی حق نماید، یا اقرار به نفع ثالثی نماید. اگر نفی حق از خود کند، خاصیت «اماره» از بین می رود و اگر اقرار به نفع غیر نمود، ولی نتوانست ثابت کند که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است، مالکیت وی سلب می شود، ولی اگر سبب مملک کنونی مورد تصرف، به متصرف، معلوم باشد (مثل ارث) مالکیت به موجب آن سبب است و ارتباطی به قاعده ید و اماره تصرف ندارد.

البته تصرفی، «دلیل» محسوب خواهد شد که مستقر، مستمر، علنی، غیر مبهم و بدون قهر و اجبار باشد و آلا آن تصرف، معیوب است و لذا اثر حقوقی تصرف را ندارد. البته عیوب ممکن است موقت باشند و پس از اینکه استمرار پیدا کرد و یا از حالت ابهام خارج شد، مثل اینکه معلوم شد که شخص خودش متصرف است نه اینکه به نمایندگی یا قیمومت یا ولایت از طرف دیگری ملک شخصی را متصرف شده است، رفع عیب پیدا می کند و در آن صورت، شخص «ذوالید» محسوب می شود و «قاعده ید» در خصوص وی جاری می شود.

و تصرف در صورتی دلیل مالکیت است که به «عنوان مالکیت» باشد نه مثلاً به عنوان امانت، و دیگر اینکه، تصرفات، «مشروع» باشد، چرا که تصرفات نامشروع و غیر قانونی، دلیل مالکیت محسوب نمی گردد. به همین جهت ماده «۳۶» قانون مدنی مقرر داشته است: «تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده، معتبر نخواهد بود».

بند چهارم: میزان دلالت

گاه سئوالی مطرح می شود که آیا حجیت ید، علاوه بر عین (مثل خانه، خودرو و کتاب)، نسبت

۱- بعضی مانند مرحوم محقق اصفهانی در رساله ید گفته اند: ان ملاک الحجیه و هی غلبه الایدی المالکیه فی مقابل، یعنی ملاک حجیت ید، بنا به عقیده ما همان غلبه ایدی مالکی در برابر غیرمالکی است. بنابراین، ایشان نحوه کاشفیت ید را غلبه ایدی مالکی می دانند. لیکن، دسته دیگری چون «آیه الله العظمی ناصر مکارم شیرازی»، به نظریه مرحوم «شیخ محمدحسین اصفهانی» ایراد می گیرند و می گویند: «کاشفیت ید از مالکیت صاحب... یقتضیها طبعها الاولی، آن امری است که اقتضاء طبیعت اولیه آن است. اما مبنای طبع اولیه این است که اگر انسان ها و زندگی بشر اولیه را تصور نماییم، می توانیم احتمال دهیم که آن انسان ها مثل بشر امروزی، ذهنیت مالکیت نداشته اند. با وجود این، خوراک و اشیاء مورد نیاز خود را همواره در دسترس نداشته تا که هر وقت اراده کنند، از آن استفاده نمایند. بنابراین، آن انسان ها نیز به قدر نیاز، اشیاء مورد احتیاج خود را حیازت و حفاظت می کردند، به عنوان مثال اگر سببی داشتند و دیگری می خواست آن را بگیرد، مانع می شدند. البته به مرور ایام می بینیم که مشخصه مالکیت به تدریج از وضع ید و تصرفات فیزیکی و ابتدایی خارج می شود و ممکن است شخصی در یک سوی دنیا خانه ای داشته باشد و خودش در طرف دیگر جهان ساکن باشد و بدون این که ملک در ید او باشد، به طور قراردادی و قانونی، مالک آن است. در هر حال چون منشاء مالکیت با دست بوده است، همواره آدمیان آثار مالکیت را بر «ید» مترتب نموده اند. با تأمل در این دو نظریه، به نظر می رسد، نظر اول با حقوق امروز تطابق بیشتری دارد. (محقق اصفهانی، رساله قاعده ید، ص ۹۸)

به منافع، (مانند اجاره) نیز صادق است یا خیر؟ بعضی اعتقاد دارند که ید، تنها بر «اعیان» تعلق گرفته و نمی تواند به «منافع»، سرایت کند؛ ولی عده ای دیگر از اکابر «فقهاء متأخرین»، قائل به امکان تعلق ید به منافع شده اند.^۲

ثمره این بحث درجایی است که، مثلاً اگر، مزرعه موقوفه ای، تحت ید متولی باشد و او منافع و ثمرات آن را به موقوف علیهم می رساند؛ اگر ید متصرف را در منافع، «حجت» بدانیم، ید او به معنای مالکیت منافع است و او نیازی به آوردن دلیل ندارد. ولی اگر قائل به حجیت ید در منافع نباشیم، متصرف نیز باید دلیل بیاورد؛ به نظر می رسد، اماره تصرف، ویژه اعیان نیست، بلکه در منافع و حتی حقوق دیگر از جمله، «حق انتفاع»، حق وثیقه، حق تحجیر^۳ نیز قابل اعمال است.

در مورد اماره تصرف در «حق ارتفاق» نیز مواردی قابل ذکر است. مطابق ماده «۹۵» قانون مدنی: «هر گاه زمین یا خانه کسی مجرای فاضلاب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است صاحب آن خانه یا زمین نمی تواند جلوگیری از آن کند، مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود». بنابراین، مال مورد تصرف متعلق به متصرف است و «اماره ید»، سبب اثباتی بر حسب ظاهر است. اثر اماره ید این است که از متصرف، دلیلی مبنی بر مالکیت مطالبه نمی شود، بلکه از کسی که «ذوالید» نیست، دلیل، طلب می گردد.

همچنین مطابق ماده «۹۷» قانون مدنی: «هر گاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری، مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته، صاحب خانه یا ملک نمی تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود و همچنین است سایر حقوق از قبیل داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره». ضمناً ماده «۱۲۴» قانون مدنی مقرر داشته است: «اگر از قدیم 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 می تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد، مگر اینکه ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است». البته، با تصویب قانون ثبت اسناد و املاک (مصوب ۱۳۱۰)، در مواد «۲۲» و «۱۴۷» اصلاحی آن، اعتبار اماریت ید، خصوصاً در اموال غیرمنقول تا حدودی کاهش یافت. چنانکه بر اساس قسمت اول ماده «۲۲» قانون ثبت اسناد و املاک، در ملکی که مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت تنها کسی را که ملک به اسم او ثبت

۱- نراقی، فاضل، عوائد الایام، ص ۲۵۷ و امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج اول، انتشارات اسلامی، ص ۵۲

۲- مکارم شیرازی، رساله قاعده ید، ص ۳۰۲ و خمینی، روح...، الرسائل، ص ۲۶۷ و کاتوزیان، اموال و مالکیت، ش ۲۱۰، ص ۲۶۲

۳- یزدی، سید محمدکاظم، عروه الوثقی، ج ۳، ص ۱۰۴

شده، مالک خواهد شناخت.

بند چهارم: بررسی قوانین مرتبط با تصرف

الف: بررسی ماده ۳۵ قانون مدنی

مناسب‌ترین و اصولی‌ترین دلیلی که در دعوی مالکیت و اثبات آن از منظر قانونی مطرح است، «تصرف به عنوان مالکیت» می‌باشد، خواه موضوع مالکیت، اموال مادی از قبیل منقول یا غیرمنقول باشد، خواه موضوع آن، امور و حقوق مالی باشد. مگر این‌که استثنائاً مقنن با تصریح به خلاف این وضعیت، دلیل اثبات مالکیت را، ادله دیگری به غیر از اماره تصرف قرار دهد. برخی افراد، بدون توجه به دلیل متناسب و قانونی آن، که اماره تصرف می‌باشد، عمدتاً به استناد و شهادت متوسل می‌شوند، درحالی‌که قوانین و مقررات جاری، چنین ادله‌ای را جز در موارد استثنایی، اساساً مثبت مالکیت نمی‌شناسد. بنابراین، باید در این‌گونه موارد به ادله‌ای استناد کرد که در اثبات دعوی مالکیت آنها مناسب و مؤثر باشد.

ماده «۳۵» قانون مدنی که حسب مفاد ماده «۱۳۲۲» همان قانون، در شمار «امارات قانونی» قرار گرفته، از جمله اماراتی است که می‌توان گفت، اثبات اکثریت دعاوی مربوط به مالکیت برپایه آن استوار می‌گردد. اگرچه در ماده «۳۵» قانون مدنی، امکان اثبات خلاف اماره تصرف پیش‌بینی و پذیرفته شده، اما در عمل و حتی در تئوری نیز خلاف آن را نمی‌توان بسادگی اثبات کرد. کمی دقت در مادتين «۳۶» و «۳۷» قانون مدنی این حقیقت را روشن می‌سازد که اثبات خلاف این اماره قانونی تنها با اقرار شخص متصرف به ضرر خود امکان‌پذیر است. همین امر نشان می‌دهد که قاعده تصرف را نباید تنها در قالب یک «اماره» دید؛ اگرچه در مباحث اصولی، اماره از حیث قوت و توانایی اثباتی، در حد فاصل میان دلیل یقینی و اصل عملیه قرار دارد، اما بنظر می‌رسد که اماره تصرف را باید چیزی فراتر از امارات قانونی شمرد و البته نه در حد دلیل یقینی.

دلیل اماره تصرف در اثبات مالکیت متصرف، به اندازه‌ای است که صرفاً اقرار و سوگند قادر به رفع آن است و این دو دلیل همانطور که از ماهیت و تعاریف قانونی آن پیداست، هر دو از ناحیه مدعی علیه (متصرف) ابراز می‌گردد. به همین جهت همانطور که بعداً خواهد آمد، با ادله دیگر همانند شهادت، سند، کارشناسی و غیره نمی‌توان خلاف این اماره را به تنهایی به اثبات رساند، و همین امر موجب می‌گردد که اماره تصرف را نتوان به مثابه سایر امارات قانونی و در ردیف و هم‌عرض آنها قرار داد.

عده‌ای از اساتید بر این عقیده هستند که به موجب ماده «۳۵» قانون مدنی، تصرف در صورتی بر مالکیت متصرف دلالت دارد که دلیل دیگری برخلاف آن موجود نباشد. از لحن

مواد «۹۷» و «۱۲۴» قانون مدنی نیز به خوبی برمی‌آید که تصرف در صورتی دلیل مالکیت است که مالک سابق مال معلوم نباشد و تنها در این حالت خاص، اوضاع و احوال امر، دلیل بر مالکیت متصرف است.

در موردی که مالکیت سابق کسی بر آن مال اثبات شود، اوضاع و احوال به سود متصرف موجود نیست، پس او باید در دادگاه نشان دهد که به یکی از اسباب نقل، مال مورد نزاع به او منتقل شده است، زیرا تصرف، دلالت بر انتقال ندارد تا متصرف بتواند در مقام اثبات مالکیت خود به آن استناد کند. این استدلال مورد قبول قانون مدنی قرار گرفته است؛ متن ماده «۳۷» ناظر به صورتی است که مالکیت سابق مدعی مورد اقرار متصرف باشد ولی چون اقرار، هیچ خصوصیتی جز اثبات مالکیت مدعی ندارد، باید بر آن بود که ثبوت حقانیت سابق مدعی، به هر دلیل که باشد، اثر اماره تصرف را از بین خواهد برد.^۱

به نظر برخی، بر خلاف اقرار، این وصف را نمی‌توان در دلیلی همچون، شهادت و یا اسناد یافت، چه آنکه مفاد شهادت بر مالکیت سابق مدعی، هیچ امتیازی جز اثبات مالکیت سابق ندارد و این امر بر قوت تصرف فعلی متصرف که دلالت بر مالکیت فعلی و حال او دارد، هیچ‌گونه تأثیری نخواهد داشت. دلیل این استدلال، همان «عمل عرف» است که عمدتاً در داد و ستد و نقل و انتقال اموال، به دنبال تدارک و تهیه دلیل نیستند. نزاع بر سر مالکیت فعلی است که این امر با وجود اماره تصرف حاصل می‌گردد و دلیل شهادت که تنها ناظر بر مالکیت سابق مدعی است، چنین قوتی ندارد، زیرا بی‌تردید شهود از تمامی وضعیت مال و استمرار مالکیت اشخاص بر مال اطلاع ندارند، بلکه به‌طور معمول اطلاعات شهود حول محور یک زمان خاص یا یک معامله ویژه است. چه آنکه شهود و مطلعین دائماً و مستمراً همراه با مال و واقف بر اعمال حقوقی که مالک آن انجام می‌دهد نیستند، بلکه صرفاً بر یک مورد نقل و انتقال ناظر بوده و شهادت می‌دهند، مثلاً شاهد نمی‌تواند شهادت دهد که هیچگاه مالک سابق نسبت به این مال معامله ننموده و مال مزبور را به متصرف یا اشخاص ثالث منتقل نکرده است. چنین فرضی تقریباً محال و اساساً بعید است.^۲

استناد به تصرف به عنوان مالکیت حتی در آرای هیأت عمومی دیوانعالی کشور نیز سابقه دارد.^۳

۱- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۹۰

۲- کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، ص ۱۱۷، شماره ۶۳، و اموال و مالکیت، ص ۱۸۵، شماره ۱۹۹.

۳- در پرونده‌ای، مالک رسمی با استناد سند رسمی مالکیت خویش اقدام به طرح دعوی خلع ید، به طرفیت متصرف ملک نموده و با استناد به مواد «۲۲» و «۴۶» و «۴۷» و «۴۸» قانون ثبت و تصرفات غاصبانه خوانده، خلع ید او را می‌خواهد. خوانده در پاسخ به استناد وکالتنامه رسمی مأخوذه از مورث خواهان و همچنین تصرفات مالکانه و ممتد خویش در ملک و شهادت شهود، مدعی می‌گردد که ملک را از پدر

ب): بررسی مواد قانون اجرای احکام مدنی

تأثیر اماره تصرف را در سایر مقررات نیز می‌توان مشاهده نمود. قانونگذار با در نظر داشتن قدرت اثباتی تصرف به عنوان مالکیت، مقرراتی را در بخشی از اجرای احکام مدنی تدوین نموده که بسادگی نمی‌توان دلالت آن را متغی ساخت.

در قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال «۱۳۵۶»، فصلی تحت عنوان «توقیف اموال» وجود دارد که «مبحث دوم» آن، اختصاص به توقیف اموال منقول و «مبحث هشتم» آن به توقیف اموال غیرمنقول اختصاص یافته است. بدین ترتیب که مقنن، تصرف محکوم علیه بر اموال منقول و غیرمنقول را با فرض مقرر در ماده «۳۵» قانون مدنی، اماره مالکیت او دانسته و در جهت توقیف اموال محکوم علیه که نزد شخص ثالث قرار دارد، با رعایت همین اماره تصرف، قواعدی را بدست می‌دهد.

ماده «۶۱» قانون اجرای احکام مدنی اشعار می‌دارد: «مال منقولی که در تصرف کسی غیر از محکوم علیه باشد و متصرف نسبت به آن ادعای مالکیت کند یا آن را متعلق به دیگری معرفی نماید به عنوان مال محکوم علیه توقیف نخواهد شد. در صورتی که خلاف ادعای متصرف، ثابت شود مسئول جبران خسارت محکوم علیه خواهد بود»

در نتیجه، اگر این اموال (اموال محکوم علیه) تحت تصرف اشخاص ثالث هم باشد، توقیف آن امکان‌پذیر است، النهایه توقیف اموال محکوم علیه که در ید اشخاص ثالث قرار

خواهان خریداری نموده و مالک آن است. در رسیدگی به این دعوی، دادگاه‌های حقوقی یک وقت، مدافعات خواننده را پذیرفته و مستنداً به ماده «۳۵» قانون مدنی با احراز وقوع عقد بیع بین مورث خواهان و خوانده و تصرفات متامدی و بلامنازع خواننده دعوی که به عنوان مالکیت بوده و این که صرف داشتن سند مالکیت خواهان، دلیل بر غصب ید متصرف (خواننده) نیست، حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر می‌نماید. از طرف دیگر، شعبه سیزدهم دیوانعالی کشور نیز در رأی خویش (دادنامه 55/13-11/2/72) تجدیدنظر خواهی را وارد دانسته و با استدلال به این که ادعای خواننده بر وقوع عقد بیع بین مورث خواهان و خوانده متکی به دلیل کافی اثباتی نبوده و اظهارات شهود نیز به تنهایی کفایت امر را نمی‌کند و همچنین به وکالتنامه رسمی نیز در زمان حیات مورث عمل نشده، صدور حکم بر رد دعوی خواهان را واجد اشکال دانسته و رأی صادره از دادگاه حقوقی یک گنبد کاووس را نقض می‌کند. النهایه، با توجه به این که حکم بعدی یعنی حکم دادگاه حقوقی یک گرگان نیز مستند به علل و اسبابی بوده که حکم مفوض دادگاه گنبد کاووس مبتنی بر آن صادر شده و شعبه دیوانعالی کشور نیز بیع را محقق نمی‌داند با استناد ماده «۵۷۶» قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸، موضوع در هیأت عمومی شعب حقوقی دیوانعالی کشور مطرح که رأی اصراری شماره ۱۳۷۴/۷/۱۱-۲۱ هیأت عمومی دیوانعالی کشور (شعب حقوقی) بدین شرح صادر می‌گردد: «اعتراضات آقای وکیل تجدیدنظرخواه (خواهان) نسبت به دادنامه شماره ۴۵۶/۷۳ مورخ ۷۳/۸/۷ صادره از دادگاه حقوقی یک شهرستان گرگان مؤثر و موجه نیست و نقض رأی تجدیدنظرخواسته را ایجاب نمی‌کند و با عنایت به اوراق پرونده به‌ویژه اظهارات شهود (و این که تشخیص درجه اعتبار شهادت شهود به موجب ماده «۴۲۴» قانون آیین دادرسی مدنی با قاضی دادگاه است) و به قرینه مفاد وکالتنامه رسمی شماره 61820-3/3/46 دفترخانه شماره ۴ گنبد کاووس و تصرفات ممتد تجدیدنظر خواننده دادنامه تجدیدنظرخواسته مشعر به احراز مالکیت آقای ک. س و رد دعوی آقای «م. ف.» به خواسته خلع ید از نه هزار متر مربع زمین مزروعی از پلاک ۳۳۰ فرعی از ۶۵ اصلی واقع در قریه «ق.ت» بخش ۹ ثبت گرگان با اکثریت آرا صحیح و بلااشکال و منطبق با اوراق پرونده و موازین قانونی تشخیص و ابرام می‌شود». به نقل از مذاکرات و آرا هیأت عمومی دیوانعالی کشور در سال ۱۳۷۴، جلد اول، دفتر مطالعات و تحقیقات دیوانعالی کشور، روزنامه رسمی، تهران، ۱۳۷۶، صص ۳۷۱-۳۸۸.

دارد، همیشه با این ایراد و اشکال روبرو است که اثبات تعلق اموال مزبور به محکوم علیه را متعذر می‌سازد، زیرا با فرض ماده «۳۵» قانون مدنی و ماده «۷۴۷» سابق آیین دادرسی مدنی، تصرف اشخاص نسبت به هر مالی، اماره و دلیل مالکیت آنان به شمار می‌آید و محکوم له به منظور توقیف اموال محکوم علیه که نزد شخص ثالث قرار دارد، همواره به تکلیف و زحمت افتاده و بسان یک مدعی، می‌باید ابتدا تعلق این اموال به محکوم علیه و عدم مالکیت ثالث متصرف را به اثبات برساند.

ماده «۹۱» همان قانون، «شخص ثالث» را مکلف می‌نماید، در صورتی که منکر وجود تمام یا قسمتی از اموال و طلب محکوم علیه نزد خود باشد، ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اخطاریه، مراتب انکار خود را به قسمت اجرا اطلاع دهد و الاً علی‌رغم وجود تصرف، اموال مزبور به عنوان اموال محکوم علیه توقیف خواهد شد. از مفاد این مقرر نیز پیداست که صرف انکار و یا اظهار شخص ثالث بر عدم تعلق اموال تحت تصرف به محکوم علیه، جهت جلوگیری از توقیف، کفایت خواهد کرد، زیرا مقنن نیز او را به عنوان مالک و متصرف شناخته و اظهارات او را به عنوان صاحب اختیار اموال تحت تصرف مناط اعتبار می‌داند.

و لیکن ماده «۶۲» قانون فوق، متضمن یک مفهوم مخالف است، این مقرر اشعار می‌دارد: «اموال منقولی که خارج از محل سکونت یا محل کار محکوم علیه باشد در صورتی توقیف می‌شود که دلایل و قرائن کافی بر احراز مالکیت او در دست باشد».

مفهوم مخالف مقرر مزبور بدین ترتیب است که توقیف اموال منقولی که در محل سکونت یا محل کار محکوم علیه باشد، به سادگی امکان‌پذیر بوده و ضرورتی به اثبات و احراز مالکیت محکوم علیه به واسطه وجود دلایل و قرائن کافی نیست زیرا اموالی که در محل سکونت یا محل کار محکوم علیه وجود دارد، به منزله اموالی است که تحت تصرف است.

مفاد ماده «۶۲» ناظر بر جایی است که مال معرفی شده جهت توقیف، در تصرف شخص خاصی وجود ندارد، زیرا در این صورت نیازی به توسل به وجود دلایل و قرائن کافی بر احراز مالکیت محکوم علیه نبود، چه متصرف، مالک آن شناخته می‌شد. به علاوه، اساس ماده «۶۳» نیز که در خصوص اموال موجود در منزل مشترک زوجین است، به غیر از اموال مورد استفاده اختصاصی هریک از زن و مرد که مالکیت آن را حسب مورد بر اموال مزبور، مورد حکم قرار داده، در مورد سایر اموال موجود در منزل مشترک، حکم به اشتراک مالکیت زوجین داده است، زیرا از نظر این قانون، زن و مرد هر دو متصرف این اموال شناخته شده و چاره‌ای جز رعایت اصل تصنیف و تساوی نیست، در نتیجه هرگاه مرد، محکوم علیه باشد تنها می‌توان یک دوم اموال منقول غیراختصاصی را به عنوان مال محکوم علیه توقیف نمود، مگر این‌که

خلاف آن اثبات گردد.

عموماً در مورد اموال منقول، کمتر می‌توان به اماره تصرف به عنوان مالکیت تردید کرد. اما تردید بیشتر در مورد اموال غیرمنقول وجود دارد که آیا با توجه به مقررات قانون ثبت اسناد و املاک (مواد ۲۲ و ۴۶ الی ۴۸ قانون ثبت)، تصرف در ملک غیرمنقول که سابقه ثبتی ندارد، می‌تواند اماره مالکیت شناخته شود یا خیر؟

پاسخ مثبت است، زیرا ماده «۱۰۱» قانون اجرای احکام مدنی نیز مقرر می‌دارد: «توقیف مال غیرمنقولی که سابقه ثبت ندارد، به عنوان مال محکوم علیه وقتی جایز است که محکوم علیه در آن تصرف مالکانه داشته باشد و یا محکوم علیه به موجب حکم نهایی مالک شناخته شده باشد. در موردی که حکم بر مالکیت محکوم علیه صادر شده ولی به مرحله نهایی نرسیده باشد، توقیف مال مزبور در ازای بدهی محکوم علیه جایز است ولی ادامه عملیات اجرایی، موکول به صدور حکم نهایی است».

ج: بررسی مقررات قانون ثبت اسناد و املاک

در این مبحث، احراز مالکیت «اموال منقول» و ملک «غیرمنقول ثبت نشده» از نظر قانون ثبت اسناد و املاک بررسی می‌شود. ماده «۹۲» قانون ثبت مقرر می‌دارد: «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول، بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم الاجرا است مگر در مورد تسلیم عین منقولی که شخص ثالثی متصرف و مدعی مالکیت آن باشد».

از آنجا که مقنن، تصرف را به عنوان دلیل مالکیت پذیرفته و صرف نقل و انتقال به واسطه قبض و اقباض مال را از موجبات نقل و انتقال مال می‌شناسد و همچنین با عنایت به اینکه انتقال اموال منقول، اصولاً مستلزم تنظیم سند رسمی و یا حتی عادی نیست، بنابراین به صرف اینکه مال، تحت تصرف اشخاص درآید، اسناد رسمی نمی‌تواند دلیلیت تصرف را به عنوان اماره مالکیت از بین ببرد و سند رسمی را در وضعیت برتر قرار دهد. به همین جهت است که ماده «۹۲» قانون ثبت، مدلول اسناد رسمی راجع به اموال منقول را در مقابل اشخاص ثالثی که متصرف و مدعی مالکیت همان مال هستند، لازم الاجرا نمی‌داند.

و اما در مورد «اموال غیرمنقول» نیز باید قائل به تفکیک شویم؛ یعنی به استثنای اموال غیرمنقول ثبت شده که بررسی آن در مباحث آتی خواهد آمد، در مورد املاک غیرمنقول ثبت نشده نیز، حکم قضیه به ترتیبی است که درخصوص اموال منقول آمد. ماده «۸۸» قانون ثبت می‌گوید: «در مورد املاکی که مطابق این قانون به ثبت نرسیده دفاتر اسناد رسمی و همچنین دوایر ثبت اسناد و املاک (در دفتر مخصوص) می‌تواند هر نوع معامله و تعهد و نقل و انتقال را راجع به عین غیرمنقول یا منافع آن ثبت نمایند، ولی این قبیل اسناد فقط نسبت به طرفین یا

طرفی که تعهد کرده و قائم مقام قانونی آنها رسمیت خواهد داشت». نکته جالبی که تصرف به عنوان مالکیت را به عنوان یک اماره مؤثر قانونی تقویت می‌کند و حتی برای آن، ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته، ماده «۱۰۹» قانون ثبت اسناد و املاک است، زیرا مطابق این مقرر، کسی که خود را برخلاف واقع و علیرغم تصرف دیگری، متصرف قلمداد و تقاضای ثبت ملک را نماید، کلاهبردار محسوب می‌کند. مطابق ماده مذکور: «هرکس نسبت به ملکی که در تصرف دیگری بوده، خود را متصرف قلمداد کرده و تقاضای ثبت کند، کلاهبردار محسوب می‌شود. اختلاف راجع به تصرف در حدود، مشمول این ماده نیست».

د: بررسی مقررات قانون تجارت

در «مقررات تجاری» نیز به استثنای مواردی که ثبت آنها در ادارات ثبت شرکتها الزامی شناخته شده، مواردی ملاحظه می‌شود که حکم تصرف به عنوان دلیل مالکیت را پذیرفته و حتی معاملات مربوط به آنها را نیز به طریق «معاطات»^۱ یا «قبض و قباض» در نظر گرفته است. ماده «۳۲۰» قانون تجارت مقرر داشته است: «دارنده هر سند در وجه حامل، مالک و برای مطالبه وجه آن، محق محسوب می‌شود، مگر در صورت ثبوت خلاف. معذک اگر مقامات صلاحیتدار قضایی یا پلیس، تأدیه وجه آن سند را منع کند، تأدیه وجه به حامل، مدیون را نسبت به شخص ثالثی که ممکن است سند متعلق به او باشد، بری نخواهد کرد». همان‌طور که از متن ماده «۳۲۰» قانون تجارت پیداست، دارنده هر سند در وجه حامل همانند سایر اموال منقول، مالک و ذیحق در مطالبه وجه سند محسوب می‌گردد و منظور از دارنده هر سند، متصرف سند در وجه حامل است. چه آنکه سند در وجه حامل، به مثابه وجوه نقدی است که بدون نام و نشانی صاحب آن بوده و مقنن همانند سایر اموال علی‌الخصوص وجوه نقد، متصرف در اسناد در وجه حامل را مالک آن می‌شناسد. همین حکم در «سهام بی‌نام»^۲

۱- بیع معاطات که غالباً آن را به عنوان بیع بدون لفظ یا داد و ستد بدون صیغه ایجاب و قبول می‌شناسند از جمله عقود دیرپا و رایج است. قول به عدم صحت این بیع در میان فقهای متقدم امامیه و شافعیه طرفداران نسبتاً زیادی داشته، اما به مرور زمان از میزان آنها کاسته شده به نحوی که شاید امروزه نتوان برای آن طرفداری یافت. قائلان به صحت و انعقاد بیع معاطات به دلایلی چون کتاب، سنت، اجماع، قاعده رفع حرج و عرف استناد کرده‌اند. به نظر می‌رسد که از میان این دلایل نقش عرف برجسته تر و مهمتر باشد، زیرا سایر ادله خود به نحوی متأثر از عرف یا ناظر بر آن و یا مؤید حجیت دلیل عرفند. تغییر رأی فقها در گذر زمان، از قول به عدم صحت بیع معاطات به جواز و صحت آن، نشانگر واقع بینی و توجه روز افزون آنها به نقش عرف در استنباط احکام و تسلیم شدن آنها در برابر واقعیات زندگی اجتماعی است. منظور از معاطات نوعی از بیع است که بدون رد و بدل شدن لفظ و صرفاً به صورت عملی معامله انجام می‌شود. مطابق ذیل اخیر ماده «۳۳۹» قانون مدنی: «ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد».

۲- ماده «۲۴» قانون یادشده نیز اعلام می‌دارد: «سهام، قسمتی است از سرمایه شرکت سهامی که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی می‌باشد. ورقه سهم، سند قابل معامله‌ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد».

شرکت‌های سهامی نیز وجود دارد. ماده «۳۹» اصلاحی قانون تجارت (باب شرکت‌های سهامی مصوب ۱۳۴۷) مقرر می‌دارد: «سهم بی‌نام به صورت سند در وجه حامل، تنظیم و ملک دارنده آن شناخته می‌شود، مگر خلاف آن ثابت گردد. نقل و انتقال اینگونه سهام به قبض و اقباض به عمل می‌آید».

در پایان باید خاطر نشان کرد، حقوقدانان در مبحث مربوط به شرایط اعتبار تصرف، تصرفی را دلیل مالکیت می‌دانند که دارای دو شرط اساسی باشد: ۱- تصرف به عنوان مالکیت باشد. ۲- تصرف باید مشروع باشد.

«دکتر کاتوزیان» در توضیح ماده «۷۴۵» قانون آیین دادرسی مدنی سابق اشعار می‌دارند، کسانی که به عنوان امین یا نماینده دیگری، مال را در تصرف خود دارند، مالک آن محسوب نمی‌شوند، مانند تصرف پدر در اموال مولی علیه به عنوان ولایت. در چنین فرضی، ولی قهری در برابر فرزند یا دیگران نمی‌تواند به تصرف خود به عنوان دلیل مالکیت خویش استناد جسته و مدعی مالکیت گردد. در این موارد، عرف آن اموال را در استیلا کسی می‌داند که به حساب یا به دستور او، دیگران (ولی قهری یا امین یا مباشر) اقدام به تصرف کرده‌اند. چه آنکه ماده «۳۶» قانون مدنی مقرر داشته است: «تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده، معتبر نخواهد بود». چنین تصرفی اماره و دلیل مالکیت محسوب نخواهد شد؛ مانند آنکه ثابت شود که تصرف مزبور ناشی از اعمال ولایت بر ملک مولی علیه است.^۱

بند سوم: تعارض تصرف با عناوین دیگر

الف: تعارض تصرف با وقفیت

اثبات وقف، با تصرف صورت نمی‌گیرد و تصرف اساساً دلیل متناسب برای ثابت کردن وقفیت نیست، بلکه دلیل متناسب بر آن را باید ادله‌ای همچون، سبق مالکیت واقف و اثبات عقد وقف به واسطه ابراز وقفنامه عادی یا رسمی یا شهادت شهود بر انعقاد عقد وقف و قبض آن دانست. به عکس، در بحث وقف، هیچگونه اماره قانونی بر اثبات آن نداریم، مگر اینکه دادگاه با توجه به اوضاع و احوال و قرائن موجود و به واسطه حصول علم از طریق اماره قضایی، تحقق عقد وقف را احراز نماید.

۱- برتری تصرف در تعارض با وقفیت

در صورتی که وقفیت ملک قابل اثبات نباشد و در وقفیت یا ملکیت آن تردید شود، رأی اخیر هیأت عمومی دیوانعالی کشور و استدلال مندرج در آن قابل توجه است: «هیأت عمومی

دیوانعالی کشور» در سال (۱۳۷۹)، اعلام داشته است (رای اصراری شماره ۶-۲۷/۲/۱۳۷۹ ردیف ۳/۷۹): «نظر به اینکه وقفیت عنوانی است طاری، برای اثبات آن دلیل کافی لازم است و صرف اشاره به وقفیت در سند اجاره و یا شهادت شهود به نحوی که در پرونده منعکس است، کافی برای احراز و تحقق وقف نمی‌باشد... همچنین، ماده «۳۵» قانون مدنی که مقرر می‌دارد تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، خلاف ادعای وقفیت را محرز می‌دارد، مضافاً به اینکه عمل به وقف به اثبات نرسیده است...»

فی الواقع، عنوان تصرف، همواره منصرف به مالکیت است و تصرف به عنوان وقفیت را نمی‌توان دلیل وقفیت محسوب داشت و بطور معمول مالکین به نحو استثنایی، املاک و اموال خود را وقف می‌نمایند، در نتیجه نمی‌توان همانند قاعده‌ای که در تصرف به عنوان مالکیت وجود دارد، به وقفیت نیز تسری داد. از طرفی، همواره املاک مسبوق بر اراضی موات و اشیاء مباحه، بلامالک است و مالکیت، پس از احیای اراضی موات (مواد ۱۴۳، ۱۴۹ و ۱۶۰ قانون مدنی) صورت می‌گیرد، بنابراین، نمی‌توان تصور نمود مالک، مالی را وقف کند، بدون اینکه مسبوق به ملکیت باشد. چه آنکه تا زمانی که مالی، وصف ملکیت پیدا نکند، وقف آن بی‌اعتبار و غیرممکن است (لا وقف الا فی ملک). در نتیجه، اصل بر ملکی بودن اراضی و اشیای مباحه است و وقفیت، استثنا است. به همین دلیل نیز، مالکیت اموال را باید مطابق با اصل دانست.

اداره حقوقی دادگستری نیز در نظریه شماره ۷/۱۵۱۲-۳/۲۱-۱۳۶۵ خود به نحوی این نکته را تأیید می‌کند: «در مورد اموال، اصل بر مالکیت است نه وقفیت، بنابراین بقای ایادی متصرفین به عنوان مالکیت و استمرار و تداوم تصرفات مالکان، دلیل بر مالکیت بودن رقبه مورد تصرف خواهد بود، مگر آنکه حسب وقفنامه و دلایل مثبت دیگر، امر وقفیت مسجل و محرز شود و به هر تقدیر وقفیت حال و ماضی اموال، استثنایی بوده و اعلام آن نیاز به اثبات قانونی دارد».

از مطالب فوق این نتیجه گرفته می‌شود که در تعارض میان اماره تصرف به عنوان مالکیت در مقابل ادعای وقفیت، همواره اماره تصرف و مالکیت ملک، مقدم بوده و ترجیح دارد و صرف ادعا یا دعوی وقف را نمی‌توان نافی اماره تصرف به عنوان مالکیت پنداشت، مگر آنکه، تحقق عقد وقف اثبات گردد. با اثبات سبق وقف، اماره تصرف کارآیی خود را از دست می‌دهد و دیگر به عنوان اماره قانونی نمی‌توان بدان استناد جست.

برخی از اساتید حقوق مدنی^۱ با تقابل اماره تصرف و اصل استصحاب وقفیت، و در نتیجه قوت اماره بر اصل، استدلال نمودند که حتی اگر وقفیت سابق محرز گردد و با جریان

۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ششم، ص ۲۱۰

اصل استصحاب هم بتوان آن را تا زمان حاضر باقی فرض کرد، به جهت عدم قابلیت معارضه اصل با اماره، نمی‌توان اثری بر اصل استصحاب و نفوذ وقفیت مترتب نمود، چه آنکه استصحاب، «اصل» است و تصرف، «اماره» و همواره در تعارض این دو، اماره بر اصل مقدم بوده و ارجحیت دارد.^۱

«دکتر لنگرودی» نیز به نوعی دیگر و در مبحث مربوط به تعارض وقف و ملک، جانب ملک را ترجیح داده است، مثلاً در باب تقاضای ثبت ملک معین، هرگاه دو شخص باهم اختلاف داشته و یکی ملک خود بداند و دیگری آن را موقوفه بنامد، رعایت یک اصل کلی ایجاب می‌کند که اگر مدارک طرفین، کافی برای اثبات مدعای آنان نباشد و مرجع رسیدگی‌کننده در تقابل ادله و اظهارات طرفین مردد و درمانده گردد، باید جانب ملک را ترجیح دهد، زیرا در صورت شک در ملکیت و وقفیت، اصل، ملکیت است و وقفیت، خلاف اصل بوده و محتاج به اثبات است.^۲

۲- برتری وقفیت بر تصرف

حال، چنانچه ملکی سابقاً وقفیت آن، مسلم بوده و قابل اثبات باشد ولی اینک در دست شخصی است که در آن، تصرف مالکانه می‌نماید و احتمال رود که به ذوالید فعلی منتقل شده باشد، در این صورت، آیا می‌توان به حاکمیت قاعده ید استناد کرد و «ذوالید» را مالک شناخت و یا اینکه باید حکم به وقفیت مال نمود؟ در پاسخ باید گفت، اصولاً نباید موقوفه را از وضعیت وقفی آن خارج کرد و یا آن را نقل و انتقال داد، مگر در موارد استثنایی، مثل اینکه مال موقوفه خراب شود یا بیم آن باشد که منجر به خرابی گردد و انتفاع از آن ممکن نباشد که در این صورت، فروش آن با شرایطی جایز است.^۳

بنابراین، به موجب «قانون مدنی» و به استناد «فقه امامیه»، اقتضاء در وقف آن است که مال موقوفه، «حبس» و «مقید» می‌گردد (ماده ۵۵ قانون مدنی) و جز با مجوز خاص مانند خرابی یا ترس از خونریزی بین موقوف علیهم، مورد انتقال واقع نمی‌شود، و مطابق اصل «۴۹» قانون اساسی، دولت موظف است که ثروت‌های ناشی از سوءاستفاده از موقوفات را گرفته و به صاحب حق رد کند. بنابراین، تا زمانی که دلیل و بینه محکمی مبنی بر دگرگون شدن حالت اولیه

۱- کتاب اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، نشر میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۰، ص ۱۲۳، ش ۶۷.

۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق ثبت، جلد اول، گنج دانش، چاپ دوم، سال ۱۳۷۸، ص ۶۱، ش ۶۱.

۳- در مواد «۸۸» و «۳۴۹» قانون مدنی، مواردی که بیع وقف صحیح می‌باشد، پیش‌بینی شده است. مطابق ماده «۸۸» قانون مدنی: «بیع وقف در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد بطوری که انتفاع از آن ممکن نباشد در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.» و مطابق ماده «۳۴۹» همان قانون: «بیع مال وقف، صحیح نیست مگر در موردی که بین موقوف علیهم، تولید اختلاف شود بنحوی که بیم سفک دماء رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف، مقرر است.»

وقف پیش نیامده است، باید قائل به بقاء وقفیت بود و جائز نیست که به صرف ید و تصرف، دیگری را مالک شناخت. لذا، «اصل»، فساد تصرف است به نحوی که بناء عقلا، سیره مستمره مسلمین و اخبار اجماعات نیز چنین یدی را حجت نمی داند و به نظر می رسد این قبیل اموال به وقفیت خود باقی هستند. بنابراین، در تعارض بین تصرف کنونی و وقف بودن سابق، چون انتقال و تملک وقف، خلاف اصل است، نمی توان تصرف را دلیل مالکیت دانست.^۱

با وجود این، برخی می گویند، نباید غافل بود که اصل اولیه در اموال، عدم وقفیت است و وقف بودن، امری طاری است، بنابراین بایستی تصرف را دلیل مالکیت دانست، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود، یعنی باید احراز شود مال، موقوفه بوده و عدواناً از حالت وقف خارج شده است که در این حالت، دیگر تصرف متصرف، دلیل مالکیت او نیست و نمی توان چنین ملکی را از متصرف آن خریداری کرد یا مورد معامله قرار داد.^۲

لازم به ذکر است که، دلالت قاعده ید، تنها منحصر به موارد ذکر شده نیست، ولی باید توجه داشت که ید سارق و افراد مشابه، حجت نیست. ضمناً در باب لحوم (گوشت‌ها)، گفته اند: نبی شک در قاعده سوق (بازار) مسلمانان، ید آنها اماره بر تذکیه و حلیت گوشت است.

بند دوم: تعارض قاعده ید با استصحاب

«استصحاب»، عبارت است از حکم به بقای چیزی که قبلاً وجود داشته است.^۳ مثلاً هرگاه یقین داشته باشیم که چیزی در گذشته، متعلق به شخص خاصی بوده است و حال تردید کنیم که در زمان بعد از آن هم، مالکیت او وجود دارد یا خیر؟ باید فرض را بر این بگذاریم که آن شیئی، متعلق به مالک سابق است و مالکیت او را استصحاب کنیم، اما در تعارض تصرف فعلی و مالکیت سابق دیگری، این اصل نمی تواند مقدم باشد، زیرا در تعارض بین «تصرف فعلی» و «استصحاب»، اگر بخواهیم استصحاب را بر «اماره ید»، مقدم بدانیم و مالکیت سابق را استصحاب کنیم، دیگر موردی برای «قاعده ید» باقی نمی ماند، از طرفی، «اصل استصحاب»، در مواقعی کاربرد دارد که اماره‌ای وجود نداشته باشد و نمی تواند بر ید، که اماره بر مالکیت است، مقدم باشد. در تقدم اماره ید بر اصل استصحاب، دلائل دیگری نیز وجود دارد که در اینجا به ذکر دو مورد اکتفا می کنیم:

۱- بین مالکیت سابق بر اشیاء و دلالت ذوالید بر مالکیت فعلی آن شیئی، تعارضی نمی تواند وجود داشته باشد زیرا، اگر آن چیز، قبلاً مال کسی بوده و حالا در دست «ذو الید» است،

۱- رأی شماره ۴۶۱ دیوان عالی کشور

۲- حسینی طرقی، مرتضی، جستاری در قاعده ید و اماره تصرف، مجله کانون وکلاء، سال ۴۸، دوره دوم، تیر و مرداد ۱۳۸۴، شماره ۵۷

۳- انصاری، مرتضی، به نقل از محمدی، ابوالحسن، اصول فقه، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ج پانزدهم، ص ۳۱۹.

ید فعلی، دلالت بر مالکیت ذوالید می کند و ممکن است به طریق قانونی به وی منتقل شده است و این مالک قبلی است که باید خلاف آن را ثابت نماید؛ همانگونه که بسیاری از اموالی که اکنون در دست کسی است، قبلاً در ملکیت و تصرف دیگری بوده است.

۲- عقلاً در مالکیت ذوالید، تردیدی ندارند، چون در بیشتر موارد عقلاً، ذوالید را مالک می دانند، بنابراین با اجرای این قاعده، موضوع اصل استصحاب منتفی می گردد و شارع نیز در تعارض ید و استصحاب، قاعده ید را حجت دانسته است.^۱

بند سوم: تعارض تصرف و اقرار

مطابق ماده «۳۷» قانون مدنی: «اگر متصرف فعلی، اقرار نماید که ملک، سابقاً مال مدعی او بوده است، در این صورت مشارالیه نمی تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور، به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است». بنابراین با این اقرار، وی، مدعی محسوب و بار اثبات دعوی به عهده وی می افتد (اصطلاحاً دعوا منقلب می شود)، نه اینکه تصور شود، با اقرار، تصرفاتش بی اثر می شود؛ بلکه در اینجا بین دلیل و اماره، یعنی اقرار و ید، تعارض پیش می آید و بی تردید، اقرار، مقدم است و بنابراین اقرار کننده باید این ادعا را ثابت نماید که مال به طریق مشروع و قانونی به او منتقل شده است، البته نظر به اینکه در اقرار خصوصیت خاصی نیست، لذا به هر دلیلی که مالکیت سابق مدعی ثابت شد، اثر اماره تصرف از بین خواهد رفت.^۲ برخی گفته اند، درست است که بین مالکیت فعلی متصرف و مالکیت سابق مدعی تعارضی نیست، لیکن اماره تصرف نمی تواند هم مالکیت فعلی متصرف را اثبات کند و هم انتقال مال را از مالک سابق به متصرف فعلی ثابت نماید. لذا در اینجا، استصحاب مالکیت، بر تصرف، مقدم خواهد شد و با استصحاب مالکیت سابق مدعی، تصرف، ارزش اثباتی خود را از دست خواهد داد، مگر اینکه متصرف اثبات نماید که ملک با یک ناقل صحیح قانونی، مانند بیع و هبه به او انتقال یافته است.

«قاعده ید»، اماره ای است که نشان می دهد در حال حاضر و تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده است، مال، تعلق به متصرف و ذوالید است. به عبارت دیگر، اثر اماره قانونی این است که در مقام تنازع، جای مدعی و مدعی علیه را «منقلب» می کند. در این حالت ذوالید، احتیاج به اقامه دلیل ندارد.

بنابراین هر گاه تردید در مالکیت ذوالید شود، اماره ید، ذوالید را مالک می شناسد. لذا اگر حالت سابق دلالت بر عدم مالکیت ذوالید داشته و مفاد استصحاب دال بر عدم مالکیت

۱- همان، ص ۳۳۸.

۲- برخی نظر مخالف داده اند. ر. ک، امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۵۴.

باشد، این فرض، استصحاب را در عرض قاعده ید قرار می‌دهد که مغلوب قاعده ید قرار می‌گیرد.^۱

بند چهارم: تعارض قاعده ید و بیّنه

«بیّنه»، به معنای دلیل و حجت است و در اصطلاح فقهی، منظور از «بیّنه»، تعداد شهودی هستند که قانوناً شهادت آنها می‌تواند یک امر حقوقی (مدنی یا جزایی) را اثبات کند.^۲ پس از انقلاب اسلامی، «شورای نگهبان» این نظر که شهادت (بیّنه شرعیه) در برابر اسناد معتبر، فاقد ارزش است را خلاف موازین شرع دانست.^۳ حال اگر بیّنه با تصرف (ید) تعارض داشته باشد، کدام یک مقدم است؟

«شهادت»، چنانچه با شرایط خود انجام شود در زمره «ادلّه» قرار دارد و در این صورت، دیگر نمی‌توان به «ید» که «اماره» است، تمسک جست و آن را دلیل مالکیت متصرف به حساب آورد، زیرا در تعارض دلیل و اماره، «دلیل» مقدم است. بدین ترتیب، باید بیّنه شرعی را «حجت» بدانیم و آن را بر «ید»، مقدم نماییم. البته شهود نیز باید حائز شرایط مهمی چون عدالت و ایمان باشند. مطابق ماده «۱۳۱۳» قانون مدنی: «در شاهد، بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد شرط است.»

هرچند ماده «۳۵» قانون مدنی، تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت دانسته، اما در نهایت، قاعده ید را تا جایی حجت دانسته که خلافش ثابت نشود؛ بنابراین، اگر به وسیله گواهان و یا سایر دلایل، ثابت شود که تصرف ذوالید، عدوانی بوده است، ید، نخواهد بود و تصرف و سلطه، فاقد ارزش و اعتبار خواهد شد.^۴

تکمله: تعدد ایادی بر مال مشترک

در مواردی که بر مال واحد، چند نفر تصرف دارند مثل اینکه سه نفر بر مغازه ای تصرف داشته باشند، اگر دلیلی دایر بر میزان مالکیت هر یک نباشد، هر سه نفر به «تساوی»، مالک آن مغازه یا اشیاء موجود در آن هستند و در صورت بروز اختلاف، قاعده ید از حجیت نمی‌افتد. بیشتر «فقهها»، می‌گویند که تعدد ایادی در مال واحده، اماره بر این است که هر کدام به نسبت کسر مال از آن، «مالک» است؛^۵ به علاوه، عقلا و مردم نیز هر یک از ایادی را در صورتی

۱- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۴۵۵

۲- جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۲۳

۳- ر. ک: نظریه شورای نگهبان مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۲۷۳۴ مورخ ۱۳۶۷/۸/۲۴ برای ملاحظه نقد این نظریه ر. ک: دکتر ناصر کاتوزیان، مجله کانون وکلا، شماره ۵۶، ص ۲۸ به بعد.

۴- مکارم شیرازی، رساله قاعده ید، ص ۲۹۲.

۵- موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ص ۴۷.

که دلیل دیگری نباشد، به اندازه مساوی و مشاع، مالک مالی که بر آن سلطه دارد، می شناسند. اجرای این قاعده، در زندگی مشترک و زناشویی و غیر آن نیز ممکن است، مثلاً چنانچه بین زوجین یا ورثه آنان در رابطه با اموال مورد تصرف مشترک، اختلاف شود^۱ و یا طلبکاران بخواهند از اموال مدیون بردارند، و مدیون با چند نفر دیگر بر مال، تصرف داشته باشند، راه حل عادلانه و منطقی برای رفع این اختلاف این است که در صورت فقدان دلیل مالکیت برای هریک، اموالی که در زندگی مخصوص مردان است، به مرد (زوج) یا ورثه او و یا طلبکارش داده شود و اموالی که عادتاً مورد استعمال جنس زنان است، متعلق به زن (زوجه) تلقی گردد و اموالی که مورد تصرف اشتراکی باشد، محکوم به اشتراک و بالمناصفه باشد. البته اگر اموال مذکور در تصرف یکی از طرفین باشد، متعلق به «ذو الید» است، مگر این که طرف دیگر، خلاف آن را ثابت کند و آلاً، بالمناصفه متعلق به زوجین خواهد بود و در همه این موارد، چنانچه خلاف آن ثابت شود، بدان عمل می شود.

این روش در ماده «۶۳» قانون اجرای احکام مدنی و آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی در ماده «۷۹» مورد عمل واقع شده است که مقرر شده است: «از اثاث البیت آنچه که عادتاً مورد استعمال مردان است، ملک شوهر و آنچه عادتاً مورد استعمال زنان است ملک زوجه و مابقی مشترک بین زوجین محسوب خواهد شد، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.» ترتیب فوق در مواردی که دو یا چند نفر با هم زندگی یا کار می کنند، مثل چند نفر دانشجو در یک خوابگاه یا چند نفر کاسب در یک مغازه نیز، جاری است.

مبحث ششم: اسباب تملک

قانون مدنی در ماده «۱۴۰»، برخی از مواردی که باعث تملک می شود را ذکر کرده است، مطابق این ماده: «تملك حاصل می شود: ۱- به احیاء اراضی موات و حيازت اشیاء مباحه ۲- به وسیله عقود و تعهدات ۳- به وسیله اخذ به شفعه ۴- به ارث» در خصوص احیاء اراضی موات و حيازت اشیاء مباحه، قبلاً به تفصیل بیان شد.

گفتار اول: عقود و تعهدات

ماده «۱۸۳» قانون مدنی، «عقد» را چنین تعریف کرده است: «عقد عبارتست از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد به امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.» بنابراین

۱- امروزه، در خانواده های جوان مشاهده می شود که اکثر اثاثیه منزل از جهیزیه زن و متعلق به او است. لیکن، نمی توان به راحتی حکم کرد که تمامی اموال موجود در زندگی مشترک، از آن زوجه می باشد و شوهر عندالافتضاء بایستی خلاف این امر را ثابت نماید. زیرا، چه بسا زوج نیز اموالی از خود در زندگی مشترک دارد که تشخیص و تفکیک آن از اموال زوجه، به راحتی امکان پذیر نیست.

بوسیله عقد، رابطه حقوقی بین دو یا چند نفر بوجود می‌آید. پذیرفتن عقد به عنوان یکی از اسباب ایجاد تملک و حق، ناشی از «اصل حاکمیت اراده» است. در فرهنگ حقوقی ایران، به پیروی از عقیده حاکمیت اراده، تعهد، تنها از عقد و قرارداد حاصل می‌شود. عقد، سبب ایجاد تعهد و تعهد، مسبب آن است.^۱ برخی گفته‌اند: تعهد در اصطلاح حقوقی، عبارت از این است که شخصی، در نتیجه یک «عمل حقوقی» یا «واقعه حقوقی» انجام امر یا خودداری از انجام امری را به عهده گیرد. بنابراین، تعهد نتیجه و معلول عقد یا ایقاع یا واقعه حقوقی است.^۲

«عمل حقوقی»، اعلام اراده‌ای است که اثر حقوقی دارد که اگر در اثر توافق دو اراده باشد «عقد» و اگر در اثر اعلام یک اراده، دارای اثر حقوقی باشد، «ایقاع» نامیده می‌شود، مثل احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه، فسخ، طلاق، ابراء، اخذ به شفعه. لیکن «واقعه حقوقی»، واقعه ایست که یا خود آن واقعه، ارادی نیست، مثل مردن و یا آثار و نتایج آن ارادی نیست، مثل اتلاف مال دیگری که قانون، اثر جبران خسارت را بر اتلاف کننده تحمیل می‌نماید. «قانون مدنی ایران» اگر چه، سرچشمه اصلی تعهد را، عقد و قرارداد میدانند ولی تعهدات خارج از قرارداد را نیز تحت عنوان «الزامات خارج از قرارداد» مورد بررسی قرار داده است.

گفتار دوم: شفعه

مطابق ماده «۸۰۸» قانون مدنی: «هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی، بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه (فروخته شده) را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند». بنابراین برای «اخذ به شفعه» لازم است که:

- ۱- مال، غیر منقول باشد. حق شفعه، حقی است استثنایی که به زمین اختصاص دارد. این شرط به روشنی از جمع احکام مواد «۸۰۸» و «۸۰۹» قانون مدنی برمی‌آید. زیرا اگر چه بر طبق ماده «۸۰۸» برای ایجاد حق شفعه، مال باید غیر منقول باشد، ولی به موجب ماده «۸۰۹»، «هرگاه بنا و درخت بدون زمین فروخته شود، حق شفعه نخواهد بود» بنابراین، حق شفعه هنگامی ایجاد می‌شود که حصه مشاعی از زمین با شرایط مقرر فروخته شود.
- ۲- قابل تقسیم باشد. مقصود از قابل تقسیم بودن این است که مال موضوع حق شفعه، از نظر قانون یا عرف یا طبع مال، قابل تقسیم باشد. با وجود این، قابل تقسیم بودن مال با توجه

۱- بهرامی احمدی، حمید، حقوق تعهدات و قراردادها، انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰، ص ۵۸.

۲- صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد اول، ص ۲۱۴.

به طبیعت آن مال و عرف کافی نیست و باید مال مشترک (زمین) از نظر قانون نیز قابل تقسیم باشد. بنابراین هرگاه عرف با توجه به طبیعت مال مشترک، آن را قابل تقسیم بداند ولی قانون، تقسیم آن را ممنوع اعلام کند و یکی از دو شریک، حصه مشاع خود را به ثالثی بفروشد، برای شریک دیگر، حق شفعه ایجاد نمی‌شود.

۳- عده شرکاء بیش از دو نفر نباشد. هرگاه چند نفر (بیش از دو نفر) با هم شریک باشند و یکی از آنها، حصه خود را بفروشد، برای شریکان دیگر، حق شفعه ایجاد نمی‌شود.

۴- ملک موضوع حق شفعه، باید «مشاع» باشد. لذا هرگاه پس از افزای حصه مشاع، یکی از دو مالک، مال مفروز خود را به ثالثی بفروشد، برای دیگری حق شفعه ایجاد نمی‌شود، اگر چه دو ملک در جوار یکدیگر قرار گرفته باشند. بنابراین، حق شفعه، به سبب هم جوار بودن دو ملک و همسایگی مالکان ایجاد نمی‌شود.

۵- عمل حقوقی که به سبب آن، ملکیت حصه مشاع به ثالث منتقل می‌شود، باید، «عقد بیع» باشد. بنابراین هرگاه، شریک حصه خود را با عقد صلح یا معاوضه یا وصیت یا قراردادهای خصوصی به ثالثی منتقل کند، برای شریک او، حق شفعه ایجاد نمی‌شود.^۱ مطابق ماده «۷۵۹» قانون مدنی: «حق شفعه در صلح نیست، هر چند در مقام بیع باشد.» بنابراین، حق شفعه یکی از موارد ایجاد حق مالکیت برای «شفیع» است. اگر شفیع، حق شفعه خود را اعمال کند، سهم فروخته شده شریک، در مقابل پرداخت ثمن قراردادی به مالکیت شفیع در می‌آید و بدین وسیله برای شفیع، ایجاد حق مالکیت می‌کند. لذا حق شفعه، مالکیت خریدار را از بین می‌برد و اگر خریدار، مال مورد نظر را به دیگری فروخته باشد، معامله «باطل» خواهد بود. مطابق ماده «۸۱۶» قانون مدنی: «اخذ به شفعه، هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد باطل می‌کند.» و بموجب ماده «۸۱۹» همان قانون: «نمائی 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.»

گفتار سوم: ارث

«ارث» یکی دیگر از اسباب تملک است که به موجب آن اموال شخص، بعد از مرگ او به خویشاوندان او میرسد. خویشاوندان هر شخص بر دو دسته هستند:

۱- خویشاوندانی که از طریق خون به وی بستگی دارند که «اقرباء نسبی» گویند.

۱- قاسم زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی (حق شفعه) وصیت وارث، تهران، نشر دادگستر، سال ۱۳۹۱، ص ۲۶ به بعد

۲- خویشاوندانی که از طریق ازدواج به شخص وابسته هستند که «اقربای سببی» گفته می‌شود.

مطابق ماده «۸۶۲» قانون مدنی: «اشخاصی که به موجب نسب، ارث می‌برند، سه طبقه‌اند: ۱- پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد ۲- اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها ۳- اعمام و عمات و احوال و خالات و اولاد آنها.» در بین اقربای سببی نیز، فقط زن و شوهر از هم ارث می‌برند. بموجب ماده «۸۶۴» قانون مدنی: «از جمله اشخاصی که به موجب سبب ارث می‌برند، هر یک از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد.» البته مطابق ماده «۸۶۸» همان قانون: «مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی مستقر نمی‌شود، مگر پس از اداء حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق گرفته.» منظور از حقوق و دیون از جمله هزینه کفن و دفن و تجهیز متوفی و سایر هزینه‌های ضروری و پرداخت بدهی‌های متوفی می‌باشد. اگر ترکه، برای تمام دیون، کافی نباشد مابین بستانکاران به نسبت طلب آنها تقسیم می‌شود. البته همه بستانکاران در یک ردیف نیستند. پس از پرداخت دیون متوفی، به وصایای او عمل خواهد شد که نسبت به اموال، تا ثلث ترکه معتبر است و وصیت زاید بر ثلث را ورثه باید اجازه دهند.^۱ طلبکاران نسبت به ترکه، یک نوع «حق عینی» پیدا می‌کنند. معاملاتی که وراثت قبل از ادای دیون مورث انجام می‌دهند، «غیر نافذ» خواهد بود.^۲ اگر ورثه، دیون را رد کرده باشند به معنی اعراض و صرف نظر کردن از ترکه نیست، بلکه به معنی عدم مداخله در تصفیه ترکه است. بموجب ذیل اخیر ماده «۲۵۴» قانون امور حسبی: «لیکن اگر از دیون متوفی، زایدی بماند، مال ورثه خواهد بود.»

۱- مباحث تفصیلی عقود و تعهدات و شفعه و ارث در سایر دروس حقوق مدنی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.
۲- مطابق 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 دیان می‌توانند آن را بر هم زنند.»

فصل چهارم: مالکیت‌های خاص و ویژه

با توجه به پیشرفت‌های روز افزون اجتماعی و صنعتی و مقتضیات زمان، مالکیت‌هایی بوجود آمده‌اند که با تعاریف و مبانی مالکیت‌های سنتی قابل تطبیق نیستند؛ در این فصل، دو عنوان از این مالکیت‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مبحث اول: مالکیت فکری

با گسترش علم و مفاهیم حقوقی، امروزه حقوقی وجود دارند که کاملاً بر عین معین مادی (حق عینی) و بر حقوق شخصی (دینی) قابل اعمال نیستند؛ به اینگونه حقوق، «حقوق فکری» یا «معنوی» گویند.^۱

گفتار اول: مفهوم و ماهیت حق فکری و معنوی

این حقوق، حاصل تراوشات فکری و محصول ابتکارات ذهنی انسان است؛ حق تالیف کتاب یا مقاله، حق نقاشی یک تابلو، موزیک، طرح، حق اختراع، حق بر اسم تجاری و... از اینگونه حقوق هستند. بر اساس یک تعریف: «منظور از حقوق فکری، حقوقی است که دارای ارزش اقتصادی است و موضوع آنها، شیء مادی نیست. موضوع این حقوق در واقع اثر فکری انسان است. این حقوق، شامل حق مؤلف و هنرمند، حق مخترع، حق تاجر نسبت به نام تجاری و علائم صنعتی و تجارتي و حق سرقتی است»^۲

اما در تعیین ماهیت اینگونه حقوق، برخی معتقدند: ماهیت حقوق فکری و معنوی با هیچ یک از حقوق عینی و دینی به طور کامل قابل انطباق نیست، و باید دسته سومی به نام

1- Les droits intellectuels - droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux.

۲- صفایی، سیدحسین، مالکیت ادبی و هنری و بررسی قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران، میزان، ۱۳۷۵، چاپ اول، ص ۶۸

«حقوق فکری» و «معنوی» را اضافه نمود^۱ در مقابل برخی دیگر با توسعه در مفهوم حق عینی، حقوق معنوی را نوعی «حق عینی» می‌دانند.^۲

به نظرمی رسد، این حقوق دارای دو بُعد هستند، بُعد مادی آنها، قابل فروش و تقویم به پول است؛^۳ بنابراین حق پدیدآورنده اثر فکری، هم جنبه مالی و هم جنبه غیر مالی دارد، «حق مالی» (مثل حق تکثیر اثر ادبی یا تولید کالای اختراعی) و «حق غیر مالی» (مثل حق تمامیت اثر یا حق ولایت بر اثر). بُعد معنوی اثر، هیچگاه قابل فروش یا واگذاری نیست، بنابراین در تعریف «حقوق معنوی» باید گفت: «حقوقی است که به صاحب آن، اختیار انتفاع انحصاری از فعالیت فکر و ابتکار انسان را می‌دهد»^۴، بنابراین هیچکس نمی‌تواند اثر فکری دیگران را به نام خود منتشر نماید و در غیر اینصورت، به عنوان «سرقت ادبی» تحت تعقیب قرار می‌گیرد.

قانون حمایت مولفان، مصنفان و هنرمندان (مصوب سال ۱۳۴۸)، در ماده «۳» حقوق پدید آورندگان را شامل حق بهره برداری مادی و معنوی از نام و اثر دانسته است، همچنین از ارجاعات مواد ۱۰ و ۱۱ به قانون (مصوب ۱۳۴۸) و قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی (مصوب ۱۳۵۲)، مشخص می‌شود که حقوق مترجم و پدید آورندگان آثار صوتی شامل دو بعد معنوی و مادی است. در قانون حمایت از پدید آورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای (مصوب ۱۳۷۹) در ماده «اول»، حق بهره برداری مادی و معنوی را برای پدید آورنده نرم افزار به رسمیت می‌شناسد.

از ویژگی‌های «حقوق معنوی» پدید آورندگان این است که محدود به زمان و مکان معین نیست و غیرقابل انتقال است، همچنین وابسته بودن به شخص پدید آورنده و قابل توقیف نبودن آن از دیگر ویژگی‌های آن است؛ از طرف دیگر پدید آورنده، دارای حق انحصاری هر گونه بهره برداری مالی از اثر است، حق نشر و تکثیر و انعقاد قرارداد با ناشر و دریافت حق التألیف، حق ترجمه، حق اقتباس و تلخیص و تبدیل، حق استفاده از پاداش و جایزه از مظاهر مادی بودن این حقوق است و لذا حقوق مالکیت فکری دارای ماهیتی دوگانه است.^۵

۱- میرحسینی، سید حسن، حقوق اختراعات، تهران، میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۵

۲- شهیدی، سید مهدی، حقوق مدنی ۶، ص ۲۵

۳- همچنانکه در پشت جلد برخی کتب می‌نویسند: «حقوق مادی این اثر، متعلق به انتشارات X می‌باشد» و مراد این است که سود ناشی از فروش این کتاب، متعلق به انتشارات X است.

۴- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ش ۱۴، ص ۲۴

۵- جهت اطلاع بیشتر رک: زرکلام، ستار، حقوق مالکیت ادبی و هنری، انتشارات سمت، ۱۳۸۸. توضیح اینکه در قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان، ابتدا پدید آورنده اثر را که می‌تواند صاحب حق معنوی باشد معرفی کرده است، به گونه‌ای که هر هنرمند، مصنف، مولف را در قالب پدید آورنده شناخته است که با ابتکار و خلاقیت، اثری را تولید می‌کند. در ماده «۲» آثار مورد حمایت را مورد

«حقوق مادی» پدید آورنده، قابل نقل و انتقال به صورت معوض یا مجانی و همچنین قابل انتقال از طریق ارث و وصیت است. از طرف دیگر حقوق مادی پدید آورنده در طول حیات او باقی است و بعد از مرگ پدید آورنده نیز به مدت «سی سال» از تاریخ مرگ متعلق به وارث یا شخصی است که این حقوق به موجب وصیت به او منتقل شده است. اگر وارث یا موصی له برای بهره برداری از اثر وجود نداشته باشد، این حقوق برای همان مدت به منظور استفاده عمومی در اختیار وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی قرار خواهد گرفت. (ماده ۱۲)؛ حقوق مالی صاحب آفریده‌های فکری و هنری، نوعاً موقت است و بعد از مدتی بهره برداری، استفاده همگانی از اثر مجاز می‌گردد.^۱

اما برای دانستن اینکه، حقوقی که به مخترع و صاحب علامت تجاری و... تعلق می‌گیرد، چه نوع حقی است؟ باید به مهمترین نظریه‌هایی که در این خصوص ارائه شده است اشاره کنیم: برخی، حقوق معنوی را در چهارچوب «حقوق کار» قرار داده و معتقدند: که حق مؤلف و مخترع، ناشی از کار آنان است و پدیدآورندگان آثار فکری، شایسته دریافت مزد برای کار فکری خود هستند. این مبنا، امروزه طرفداران چندانی ندارد، چرا که اثر فکری، نتیجه خلاقیت و ابتکار فکری پدیدآورنده آن است و نه کار ساده انسان.^۲

برخی، این حقوق را ناشی از شخصیت انسان می‌دانند؛ در این دیدگاه محور اصلی «شخصیت پدیدآورنده» است. بر اساس این دیدگاه، اثر فکری از شخصیت پدیدآورنده نشأت می‌گیرد.^۳

اما از مهمترین نظریات، که امروزه نیز طرفداران زیادی دارد، این است که حق صاحب اثر فکری به عنوان نوعی مالکیت شناخته شود. از این رو حقوقدانان بسیاری بر این مطلب

شناسایی قرار داده است که عبارتند از: کتاب و رساله و جزوه و نمایشنامه و هر نوشته دیگر علمی و فنی و ادبی و هنری، شعر و ترانه و سرود و تصنیف که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد. اثر سمعی و بصری به منظور اجرا در صحنه‌های نمایش یا پرده سینما یا پخش از رادیو یا تلویزیون که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد، اثر موسیقی، نقاشی و تصویر و طرح و نقش و نقشه جغرافیایی، هر گونه پیکره (مجسمه)، اثر معماری از قبیل طرح و نقشه ساختمان، اثر عکاسی، اثر ابتکاری مربوط به هنرهای دستی یا صنعتی و نقشه قالی یا گلیم، اثر فنی ابداعی و ابتکاری...

۱- برای مثال، به موجب ماده «۱۶» و بند «د» از ماده «۲۸» قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری (مصوب ۱۳۸۶)، حق اختراع برای مدت ۲۰ سال و طرح صنعتی پس از ۱۵ سال، دوام دارد. به موجب ماده «۵» قانون ثبت ارقام گیاهی و کنترل و گواهی بذر و نهال (مصوب ۱۳۸۲) نیز همین محدودیت پیش بینی شده است. همچنین با استناد به مواد «۱۲»، «۱۳»، «۱۶» قانون حمایت حقوق مولفان، مصنفان و هنرمندان، آثار علمی، ادبی و هنری و همچنین قانون حمایت از پدید آورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای (مصوب ۱۳۷۹)، تا مدت معینی، به نفع آفریننده قابل حمایت بوده و سپس استفاده از آن برای همگان مجاز می‌گردد. در خصوص علامت تجاری نیز چنانچه دارنده علامت، آن علامت را پس از انقضاء مدت معینی تمدید ننماید، این حق زائل می‌گردد و دیگران می‌توانند آن علائم تجاری را تحت شرایطی به نام خود نمایند.

۲- صفایی، مالکیت ادبی و هنری و بررسی قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، ص ۶۵

۳- حکمت نیا، محمود، مبانی مالکیت فکری، ص ۲۸۳

تأکید کرده‌اند، از جمله «لامارتین» گفته است: مالکیت ادبی «مقدس ترین نوع مالکیت» است. این نظر قابل دفاع است، زیرا گفتیم که مالک، کسی است که مملوک را بوجود آورده باشد و عمده این آثار، مخلوق ذهن هنرمند یا مخترع است. اگر این نظریه را بپذیریم، می‌توانیم از مقررات عمومی مالکیت (در صورت فقدان قانون خاص) در خصوص «آفرینش‌های فکری» استفاده کنیم. اگرچه این دیدگاه نیز مورد انتقاد قرار گرفته است، لیکن طرفداران دیدگاه مالکیت، ضمن پاسخ به این ایرادات بر نظر خود تاکید دارند.^۱ نظرات دیگری نیز در ماهیت این حقوق مطرح شده است.^۲ توجه داشته باشیم که بُعد معنوی مالکیت‌های فکری، انحصاری، محض و دائمی است و به فوت مالک هم از بین نمی‌رود و قابل انتقال و اسقاط نیست.

گفتار دوم: مصادیق حقوق مالکیت فکری و معنوی^۳

«حقوق معنوی» گاه ناشی از فکر و ذهن انسان است، مثل کتاب، رمان و تألیف علمی و گاه ناشی از تجارت و خدمت است، مثل حق سرقفلی، حق کسب و پیشه و تجارت.^۴ (البته آن هم به طور غیر مستقیم از فکر انسان ناشی می‌شود). با توجه به اینکه این حقوق، انحصاراً در اختیار صاحب آن است به آنها «حق مالکیت ادبی، هنری، صنعتی»، نیز می‌گویند. چراکه انسان، نوعی تعلق شبیه به مالکیت نسبت به آنها پیدا می‌کند. به عنوان مثال صاحب حرفه‌ای، وسیله‌ای اختراع می‌کند که با آن کار را با سهولت و سرعت بیشتر انجام دهد؛ این ابتکار یا اختراع، حاصل تلاش چندین سال تجربه و زحمت وی می‌باشد که به راحتی آن را در اختیار دیگران

۱- به نقل از صفایی، حقوق مدنی، ص ۶۵

۲- برخی همچون «ژرژ ریپر» که بر نزدیکی حقوق و اخلاق تاکید دارد، معتقد است می‌توانیم با استفاده از برخی قواعد اخلاقی همچون قاعده دارا شدن ناعادلانه و برخی عناوین اخلاقی همچون رقابت غیر منصفانه، برای اثبات حقوق مالکیت فکری استفاده نماییم (حکمت نیا، محمود، مبانی مالکیت فکری، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷، چاپ دوم، ص ۳۲۵). به همین صورت می‌توان از برخی دیگر از عناوین اخلاقی استفاده کرد. برخی از مبنای قرارداد اجتماعی برای توجیه نظام مالکیت فکری استفاده نموده‌اند. به عنوان مثال «استرلینگ» هنگام شمارش مبنای توجیه مالکیت فکری یکی از مبنای حق ناشی از قرارداد را قرارداد اجتماعی شمرده است. وی می‌نویسد: «حق میان پدیدآورنده اثر و اجتماع است. اجتماع، زمینه‌ای را فراهم می‌کند که در آن هنرمندان مبتکر پرورش یابند، در عوض نیز پدیدآورنده اثر خود را به اجتماع داده، در ازای آن پاداش دریافت می‌کند.» (همان، ص ۳۴۱).

۳- اصطلاح مالکیت فکری معادل «Intellectual property» می‌باشد. از آنجاکه واژه «Intellectual» هم به معنای فکری، ذهنی و عقلانی و هم به معنای معنوی و نامحسوس و غیر مادی و واژه property، هم به معنای حق مالکیت و هم به معنای مال و شیء مورد معامله ترجمه می‌شود، لذا این عبارت به اموال مادی، مالکیت معنوی، مالکیت ذهنی و مالکیت فکری مادی، مالکیت غیر، ترجمه شده است. (حکمت نیا، محمود، مبانی مالکیت فکری، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷، چاپ دوم، ص ۲۹).

۴- حق کسب و پیشه (و نه سرقفلی) که در سابق در قانون روابط موجر و مستاجر مورد تایید قرار گرفته بود، در قانون سال «۱۳۷۶» پیش بینی نشد و با توجه به فتوای امام (ره) مبنی بر غیر شرعی بودن آن، طبق قانون «۱۳۷۶» دیگر حق کسب و پیشه موضوعیت ندارد. تنها اجاره‌هایی که در قبل از سال «۱۳۷۶» تنظیم شده باشد مستاجر می‌تواند حق کسب و پیشه مطالبه کند. حق کسب و پیشه، حقی است که مستاجر ادعا می‌کند به دلیل مدتی که در ملک مستقر بوده، سبب مرغوبیت ملک شده و از این باب مستحق مبلغی می‌باشد، این حق با حق سرقفلی که اکنون نیز رایج است تفاوت دارد.

نمی‌گذارد.^۱

گفتار سوم: مبانی فقهی حقوق مالکیت فکری

همانگونه که اشاره شد عمل و کار انسان، خواه فکری باشد یا یدی، «مال» شمرده می‌شود. پس حق التألیف و حقوق مشابه آن نیز، نوعی «کار فکری» است و بی شک، عنوان «مال» بر آن اطلاق می‌شود. رعایت امانت علمی، نخستین انتظار پدیدآورندگان است. افزون بر آن، برخی از «فقهاء»، سرقت ادبی را حرام دانسته‌اند.^۲ اما در این خصوص، اختلافاتی نیز وجود دارد و در خصوص حق التألیف، نظرات «فقهاء» مختلف است.

بند اول: طرفداران عدم مشروعیت

برخی، حق تألیف را مشروع نمی‌دانند و معتقدند؛ صرف نشر کتاب و ثبت این مطلب که (حق) چاپ و تقلید برای صاحب اثر محفوظ است) هیچ گونه حق مالکیتی برای او ایجاد نمی‌کند و پیمانی با دیگران شمرده نمی‌شود. در نتیجه، دیگران می‌توانند آن را چاپ کنند و از آن تقلید نمایند و هیچ کس، او را از این کار نمی‌تواند بازدارد. دلیل این عده، عدم جواز سلب تسلط بی قید و شرط مردم بر اموالشان است. زیرا کسی که کتابی می‌خرد مالک آن می‌شود و می‌تواند هرگونه تصرفی به حکم قاعده «تسلیط» در آن داشته باشد، مانند: انتشار و تقلید و اگر او را از برخی تصرفات، بی هیچ قرارداد و پیمانی بازدارند خلاف قاعده «تسلیط» خواهد بود.^۳

برخی دیگر از «فقهاء» نیز در خصوص حق تألیف و اختراع و امثال آن اعلام کرده‌اند:

۱- در اسلام، انحصاری در علم نیست و از پیامبر (ص) منقول است که فرموده‌اند زکات علم انتشار و آموزش آن است و بر عالم واجب است، علم را نشر و گسترش داده و به دیگران بیاموزد؛ در «قرون وسطی»، وقتی اروپاییان به ایران و کشورهای اسلامی می‌آمدند، مسلمین، آخرین علوم و دستاوردهای خود را به طور رایگان در اختیار آنان قرار می‌دادند و اکنون طبق آمار حدود پانصد هزار اثر خطی در کتابخانه‌های آنها از مسلمین در زمینه‌های پزشکی، دارو شناسی، هندسه، ریاضی و فلسفه و... وجود دارد، ولی اکنون آنها نه تنها آن را به راحتی در اختیار سایرین قرار نمی‌دهند، بلکه از رسیدن آنان به علم نیز جلوگیری می‌کنند.

۲- از این نمونه سرقت های ادبی بسیار شده و کتاب هایی در این باره نوشته شده است. (ابانه عن سرقات المتنبي نوشته عمیدی (۲۳۳هـ) و الحجه فی سرقات بن حجه (۸۵۹هـ) و الفارق بین المصنف والشارح نوشته سیوطی (۹۱۱هـ)).

۳- برخی از محققان می‌گویند از نظر منطق فطری واقعاً این سؤال مطرح است که اگر کسی اختراع کرد حق انحصار هم دارد؟ ... از نظر منطق فطری، در مالکیت دلیل فطری بر نفی استفاده از دیگران در این حد نداریم (بهشتی، محمد حسین، مسئله مالکیت، انتشارات سید جمال، ص ۷۳) و به گفته یکی دیگر از محققان: دلیلی بر ثبوت این حق از جانب شارع نداریم و نیز مسئله از موضوعات ارتکازی عقلا نیست تا شارع آن را امضا کند، زیرا عقلا با ارتکازشان این مسئله را تأیید نمی‌کنند که ناشر تنها به دلیل چاپ کتاب افزون بر کتاب بیرونی که موجود است و ملک او شمرده می‌شود حقی دیگر داشته باشد، چنان که عقلا، بازداشتن مردم را از حق تقلید و اقتباس نمی‌پذیرند، زیرا انسان بنابر خلقت و فطرتش در تمامی اشیاء، اعمال، اختراعات و صناعات تقلید می‌کند. عقلا، تقلید از صنایع و استفاده از ثمرات فکری و اعمال گذشتگان را هرگز تصرف در حقوق مردم نمی‌شمرند تا برای این تصرفات ناگزیر از اجازة ایشان شوند. چاپ کتاب نیز از این سیره عقلایی جدا نیست. (مطهری، احمد، مستند تحریر الوسیله، چاپ خانه خیام، چاپ اول، قم، ۱۴۰۳هـ ق ص ۱۸۶ و ۱۸۷). اما توجیهات شارحان تأمل بر انگیز است؟ آیا انتشار، تقلید و تحریف تألیفات و تصنیفات دیگران و ایجاد ضررهای مادی و معنوی و نادیده انگاشتن تلاش های فکری و علمی آنان با منطق سازگار است؟ همچنین چگونه، نیافتن حکم شرعی بر جواز مسئله ای، جایز بودن آن مسئله را موجب می‌شود؟

مشروعیت حقوق مذکوره را ثابت نمی دانیم، هرچند ترتب برخی از آثاری که بر این حقوق مترتب می گردد، به طور شرط ضمن عقد امکان پذیر است.^۱

در خصوص علت مخالفت ایشان، باید گفت که آنها مدعی هستند این حق از جانب شارع، امضاء و شناسایی نشده است و می گویند: اگر شارع مقدس مسائلی را که عرف خاص بر آن پایبند است، امضاء کرد، معتبر است، و (برخلاف حقوق مادی) هیچ دلیلی در دست نیست تا بواسطه آن بتوان گفت: شارع «حق معنوی» را امضا کرده است.^۲

بند دوم: موافقان مشروعیت

موافقان، ضمن اشکال به تحلیل های یاد شده، از دلایلی که درباره احترام به مال مسلمان است، بهره برده و معتقدند: ملاک هایی که در «حقوق اسلام» در تعریف مال برشمرده شده، مثل تقویم پذیری به پول، بر حق التألیف صادق است از طرفی، اگر حق تألیف «مال» نباشد، چرا معامله آن پذیرفته شده است؛ در حالی که مالیت، شرط درستی معاملات است؟^۳

«شهید مطهری» می فرماید: «امتیاز کتاب تعلق دارد به مؤلف. مالک کاغذ و قلم، حق دارد از روی نسخه ملکی خود برای مطالعه خود نسخه ای استنساخ کند، اما حق ندارد با کاغذ و مرکب و حروف چاپی و ماشین خود، هزار نسخه از روی نسخه خود چاپ کند و به فروش برساند. در قدیم که چاپ نبود، حق التألیف نبود، ولی ماشین این حق را ایجاد کرده است، این حق را اجتماع معتبر می شناسد».^۴ ایشان معتقدند: حق التألیف، حق اختراع و حقوق مشابه، گونه ای از «حقوق مالی» اند که به اعتبار جامعه پدید آمده است و شرعی دانستن آن، هیچ مفسده ای ندارد؛ برخلاف نامشروع دانستن آن که به ظلم و اجحاف به مؤلف و مخترع می انجامد. البته ایشان، بهره برداری خریدار کتاب را برای مطالعه واستنساخ جزئی، جایز می شمرند، اما چاپ و تکثیر آن را مجاز نمی دانند.^۵ برخی فقهای دیگر نیز به وجود چنین حقی، تاکید دارند.^۶

۱- صافی گلپایگانی، به نقل از شفایی، حق التألیف در فقه تطبیقی، مجله رهنمون، انتشارات مدرسه عالی شهید مطهری، فصلنامه اول، ص ۱۱۹

۲- گرجی، ابوالقاسم، به نقل از مجله دانش پژوهان، ۱۳۸۱ ش ۲، ص ۱۴۱

۳- سیستانی، سید علی، قاعده لاضرر ولاضرار، نشر مکتبه سیستانی، چاپ اول قم ۱۴۱۴ هـ.ق. ص ۳۳۱

۴- مطهری، مرتضی، نظری به اقتصاد اسلامی، انتشارات صدرا، ۱۳۶۸ هـ.ش، ص ۱۳۴. «آیه ا... مرعشی» می فرماید: «مالیت و ارزش اشیا از اعتبارات عقلایی است و محدودیتی از ناحیه شارع مقدس اسلام وجود ندارد. بنابراین در مسئله فوق، حقوق مذکوره شرعاً معتبر و لازم الرعایه هستند» آیه الله مکارم شیرازی پس از بیان این که حق طبع تألیف و اختراع و مانند آن، حق شرعی و قانونی است و از نظر اسلام محترم شمرده شده، تأکید می کند که اهمیت مالکیت های فکری کمتر از مالکیت های عینی نیست. (به نقل از شفایی، حق التألیف در فقه تطبیقی، مجله رهنمون، فصلنامه اول، ص ۶۳).

۵- مطهری، پیشین، ص ۶۳

۶- «آیت الله مکارم شیرازی» می فرمایند: «امروز تقریباً همه عقلای دنیا، این مسئله را به عنوان یک حق شناخته و سلب آن را ظلم می

به نظر می‌رسد حمایت از «حقّ التألیف» و حقوق مشابه و اقتضای زمان، چنان ضرورت یافته که حتی بیشتر «فقهاء امامیه» (اعم از موافقان و مخالفان حقّ التألیف) پذیرفته‌اند که دولت می‌تواند، حقّ التألیف را به رسمیت بشناسد و قانونی برای حمایت از آن تدوین کند که در حال حاضر، قانون مربوطه وجود دارد.^۱

مبحث دوم: مالکیت زمانی

«تایم شر»^۲، که از آن به «بیع زمانی»^۳ یاد می‌شود، اولین بار در استفاده از رایانه‌ها مطرح شد، بعدها به روشی برای استفاده از اموال، مخصوصاً اموال غیرمنقول، تبدیل شد. «تایم شر»، امکان استفاده افراد متعدد را از مال واحد، در دوره‌های زمانی مشخص، فراهم می‌آورد و زمینه استفاده حداکثری از اموالی را که به طور مستمر مورد نیاز مصرف کننده واحد نیستند، ایجاد می‌کند. «تایم شر» یک نهاد حقوقی جدید نیست، بلکه یک روش استفاده است که ممکن است در قالب بیع، اجاره یا هر عقد دیگری، متناسب با نهادهای پذیرفته شده در حقوق داخلی، مورد استفاده قرار گیرد.

می‌خواهیم بدانیم «تایم شر» یا آنچه که اصطلاحاً در «ایران» با عنوان «بیع زمانی» مطرح شده، چیست. مهم‌ترین مسئله‌ای که حقوقدانان داخلی با آن روبه‌رو هستند، فقدان تصویری صحیح از این نهاد تازه تأسیس حقوقی و بلکه وجود تصویری نادرست از «تایم شر» است.

دانند. در تأیید نکته ایشان، به یک سند بین المللی می‌توان اشاره که مقرر داشته است: هرکس حق دارد از حمایت منافع معنوی و مادی آثار علمی یا هنری خود برخوردار شود. (ماده ۲۷ اعلامیه حقوق بشر) مطابق ماده شانزده اعلامیه جهانی حقوق بشر در اسلام نیز: هر انسانی حق بهره‌برداری از نتایج فعالیت‌های علمی و ادبی و هنری و کسی خود را داراست و نیز هر انسانی حق دارد از مصالح معنوی و اعتباری و مالی خود که از فعالیتش ناشی می‌شود حمایت کند، مشروط به این که آن فعالیت، مخالف شرع نباشد. مرحوم «علامه جعفری» (ره) در توضیح این ماده می‌فرماید: حق بهره‌برداری از نتایج فعالیت‌های علمی و ادبی و هنری و کسی از حقوق مسلم انسان‌ها در هر دو نظام حقوقی است. همچنین «آیه الله حایری» می‌فرمایند: ما بر این باوریم که در توسعه جدید در ارتکاز (برداشت و تبادر به ذهن) ما، از عدم ردع شارع، امضای او اثبات نمی‌شود. «حضرت آیت الله سیستانی» در پاسخ به استفتائاتی که از ایشان درباره حق کپی رایت، سی‌دی‌ها و نرم افزارهای کامپیوتری شده، از حقّ التألیف حمایت کرده است، مشروط به این که قانون از این حقوق، حمایت کند (به نقل از شفاپی، حق التألیف در فقه تطبیقی، از مجله رهنمون، فصلنامه اول، ص ۶۳)

۱- قانون حمایت مولفان، مصنفان و هنرمندان (مصوب سال ۱۳۴۸)، حقوق پدید آورندگان را شامل حق بهره‌برداری مادی و معنوی از نام و اثر دانسته است، همچنین از قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی (مصوب ۱۳۵۲)، مشخص می‌شود که حقوق مترجم و پدید آورندگان آثار صوتی شامل دو بعد معنوی و مادی است. در قانون حمایت از پدید آورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای (مصوب ۱۳۷۹) نیز، حق بهره‌برداری مادی و معنوی را برای پدید آورنده نرم افزار به رسمیت شناخته شده است.

2- Leposky, George, Timeshare Basics from Timesharing Today, available at: <http://www.tstoday>

۳- اصطلاح بیع زمانی، اصطلاحی خود ساخته است که بدون توجه به ماهیت قرارداد «تایم شر» و صرفاً به جهت بازاریابی و جذب خریداران انتخاب شده است و چنان که خواهیم دید، اساساً اطلاق عنوان بیع بر چنین قراردادی نادرست می‌باشد. بنابراین ما در این نوشتار برای آنکه گرفتار تعابیر و الفاظ نادرست نشویم از به کار بردن عنوان بیع زمانی خودداری نموده، به جای آن از اصطلاح «تایم شر» یا «قرارداد مالکیت زمان‌بندی شده» استفاده خواهیم کرد. اصطلاح اخیر با توجه به ماهیت «تایم شر» انتخاب شده و محذورات یاد شده در اصطلاح بیع زمانی را ندارد.

فقدان تصویری صحیح از «تایم شر»، با توجه به جدید بودن این بحث، تعجب‌انگیز نیست. چرا که خود کشورهای صاحب «تایم شر» نیز در ابتدا با چنین مشکلی مواجه بوده‌اند.^۱ برای نمونه می‌توان گفت تصور برخی از حقوقدانان، این است که «تایم شر» نوعی عقد است؛ در حالی که این ذهنیت کاملاً خطاست. «تایم شر» نه یک عقد، بلکه نهادی است که در آن عقود مختلف وجود دارد.

گفتار اول: تاریخچه تایم شر

بند اول: تایم شر در صنعت رایانه

اصطلاح «تایم شر»، قبل از هرجای دیگری، در صنعت رایانه به کار برده شد. این واژه بدین معنا بود که تعداد زیادی از افراد می‌توانند به بانک اطلاعاتی یک شرکت رایانه‌ای در قبال پرداخت هزینه مختصری دسترسی داشته باشند.^۲ «تایم شر» در رایانه، روشی در اخذ اطلاعات از رایانه بود که در آن، رایانه‌ای که به منظور دادن اطلاعات و سرویس عمومی در نظر گرفته می‌شد، امکان سرویس‌دهی به چندین کاربر را می‌یافت. این مفهوم در اوایل سال «۱۹۵۷» توسط «باب بومر»^۳ در مقاله‌ای در مجله کنترل اتوماتیک مطرح شد.^۴

بند دوم: تایم شر در عالم حقوق

رواج «تایم شرینگ»^۵ در برخی از کشورهای اروپایی و نقشی که این شیوه در جذب سرمایه‌ها و جلوگیری از اتلاف منابع دارد، برخی از شرکت‌های ایرانی را بر آن داشته تا این روش را الگوی فعالیت‌های خود قرار دهند، اگرچه این شرکت‌ها، تطبیق فعالیت‌های خود بر موازین حقوقی و قوانین جاری، از قراردادهایی چون «بیع مشاع» و «صلح منافع» کمک گرفته‌اند، اما با توجه به رواج این مسئله در سال‌های اخیر و به ویژه استفاده از عناوین «بیع زمانی» و «تایم شر» و نیز با توجه به بهره‌گیری این شرکت‌ها از تجارب شرکت‌های خارجی، بیم آن می‌رود که مشکلاتی از این ناحیه ایجاد شود، لذا لازم است در جهت قانونمند شدن آن اقدام شود.

امروزه هرگاه از «تایم شر» به طور مطلق یاد می‌شود، بیش از هر چیز دیگر، ذهن، متوجه استفاده از املاک و مستغلات، مخصوصاً در مناطق تفریحی می‌شود. «کوه‌های آلپ» در «فرانسه» همیشه میزبان تعداد زیادی از طرفداران ورزش اسکی بود که برای گذراندن تعطیلات خود به آنجا می‌آمدند. در اوایل دهه شصت، کم کم جمعیت کسانی که می‌خواستند از آن

1- Reminiscences on the History of Time Sharing, Stanford University, 1983, Winter or Spring (available at: www-formal.stanford.edu/jmc/history/timesharing/timesharing.html).

2- General Information: How to buy Timeshare (available at:).

3- vacationregister.com/ http://www.TimeshareInformation/Buy_time_share_faqs.asp). How to Buy Timeshare? (The Timeshare Solution), (available at

4- Root /SitePage.aspx). Investor Alert: Vacation TimeSharing, (available at: <http://newyork.bbb.org>

5- Timesharing

مناطق استفاده کنند رو به فزونی گذاشت و محدودیت خانه‌های ویلایی باعث شد که مالکان ویلاها، برای کسانی که می‌خواستند همه ساله در آن ناحیه به اسکی بپردازند، به صورت تضمینی «رزرو» کنند. بدین ترتیب کسانی که قبلاً خانه را برای یک سال کامل به اجاره می‌گرفتند، مجبور نبودند برای خانه‌ای که فقط یک یا چند هفته از آن استفاده می‌کردند، اجاره بهای یک سال را بپردازند.^۱

اینگونه بود که به علت شباهتی که این روش با «تایم شر» در رایانه داشت، برای اولین بار، مفهوم «تایم شر» به عالم املاک و به دنبال آن عالم حقوق راه پیدا کرد. «مارسی» اولین شرکت «تایم شر» برای فعالیت در مناطق تفریحی اسکی در کوه‌های آلپ فرانسه را بنیان نهاد. او در تبلیغات خود از این شعار استفاده می‌کرد که «اتاق اجاره نکنید، به جای آن هتل بخرید که ارزان‌تر است».^۲

گفتار دوم: تعریف و انواع تایم شر

بند اول: تعریف

برای «تایم شر» تعاریف زیادی ارائه شده که همه آنها بیان کننده یک مطلب هستند و تفاوت زیادی با هم ندارند: «تایم شر» دربردارنده مالکیتی است که از خرید دوره مشخصی از زمان یا درصد مشخصی از استفاده (یک محل اقامتی) در یک خانه یا منطقه تفریحی حاصل می‌شود.^۳ این واژه در لغت، به معنای «سهم زمانی» یا «مشارکت زمانی» است و در اصطلاح، به شیوه خاص استفاده و انتفاع از ملک اطلاق می‌شود که بر طبق آن، مالکین به صورت زمان‌بندی شده حق استفاده از ملک را دارند.

- در فرهنگ حقوقی «Black» در تعریف این واژه (Timesharing) آمده است: «شکلی از مالکیت سهم بندی شده مال است که عموماً در املاک مشاعی که مخصوص گذران اوقات فراغت است و نیز در اماکن تفریحی رواج دارد و در آن، چند مالک استحقاق می‌یابند که برای مدت معین در هر سال، از آن مال استفاده کنند، مثلاً دو هفته در هر سال».^۴

- «تایم شر» واژه‌ای است که برای بیان یک حق و مالکیت مشترک در یک مال، در منطقه تفریحی (مثلاً یک مجتمع) که متعلق به دیگران نیز هست، استفاده می‌شود. هر مالک مقدار مشخصی از زمان را مالک است و یک واحد از آن مجتمع را، براساس مقررات، برای

1- Time share resales information (The Timeshare Solution), (available at: http://www.vacationregister.com/TimeshareInformation/Buy_time_share_faqs.asp).

2- Don't rent the room... buy the hotel, It's cheaper

3- Read Before You Buy Timeshare, p. 1 of 3 (available at: http://www.vacationregister.com/TimeshareInformation/Buy_time_share_faqs.asp)

4- Timesharing: form of shared property ownership. Commonly on vacation or recreation condominium property where in rights vest in sharerd owners to use propirty for specified priod each year (e. g two weeks each year)". Blacks Lawdictionary p.1483.

تعداد مشخصی سال، استفاده می‌کند.^۱

«تایم شر» یک حق است، به صورت مشاعی با دیگران، برای سکونت در یک واحد از یک مجتمع، برای یک دوره زمانی (که معمولاً یک هفته است)، براساس یک برنامه مدون و برای تعداد سال‌های مشخص. «تایم شر» می‌تواند در یک ساختمان، آپارتمان یا قایق باشد.^۲ به طور کلی باید گفت در «تایم شر» حقی برای خریدار در استفاده «موقت» از مال موضوع «تایم شر» که معمولاً یک ملک است، ایجاد می‌گردد. این حق «موقت» است و تنها در محدوده زمانی مشخص، قابل اعمال است که در نتیجه، از یک مال، تعداد افراد زیادی می‌توانند استفاده کنند. بنابراین، هرگاه مالی مورد حق افراد مختلف قرار بگیرد و این افراد بتوانند براساس برنامه و مقررات معینی، برای روزهای مشخصی از ایام سال و به تعداد سال‌های مشخصی یا برای همیشه، از آن مال استفاده کنند، این نوعی «تایم شر» است.^۳

بند دوم: انواع

تقسیم‌بندی انواع «تایم شر» براساس نوع حق ایجاد شده برای فرد عبارت است از:

۱- «تایم شر مالکیتی»: در این نوع از «تایم شر»، فرد، مالک یک هفته‌ای (یا دوره زمانی مشخص دیگری از) یک واحد مسکونی است. در واقع در این نوع از «تایم شر»، فرد، یکی از مالکین متعدد واحد مسکونی است که این مالکیت، با توجه به سهم هر مالک، براساس زمان، بین آنها تقسیم شده است. لذا مالک، تا آخر عمر، حق استفاده از واحد مسکونی را دارد و پس از مرگ او، این واحد به ورثه خواهد رسید. همچنین او می‌تواند به هر طریق که می‌خواهد از ملک خود استفاده کند یا آن را به دیگران انتقال دهد. البته اختیارات مالک در «تایم شر»، هیچ‌گاه کامل نیست و در واقع او مانند خریدار آپارتمان، با برخی محدودیت‌های قانونی و قراردادی، در استفاده از واحد خود، برخورداری است.

۲- «تایم شر اجاره‌ای»: در این نوع «تایم شر»، همانند «تایم شر» اول، فرد، حق استفاده از یک واحد مسکونی را به دست می‌آورد؛ ولی این حق به تعداد معدودی سال که می‌تواند شش، دوازده، چهل یا نود و نه باشد، محدود می‌شود. در واقع، محدود بودن حق استفاده، ایجاب می‌کند که این حق از طریق حق اجاره ایجاد شود و پس از پایان مدت، مشتری هیچ حقی نسبت به موضوع قرارداد نخواهد داشت.

۳- «تایم شر براساس حق انتفاع»: در این نوع «تایم شر»، برای خریدار «تایم شر»، هیچ حق مالکیتی نسبت به مکان خاصی ایجاد نمی‌شود، همچنین او مالک منافع هم نیست، در این

1- Glossary of Terms, p.2 of 2 (available at: <http://www.arda.org/AM/Template.cfm?Section=Home>)

2- A Glossary of Timeshare Terms and Acronyms, p. 6 of 7 (available at: <http://www.arda.org/AM/Template.cfm?Section=Home>)

3- Free Advice: What are time_shares? (legal problems); p.1 of 2 (available at: <http://www.icye.org/>)

روش، زمان با استفاده از روش «رزرو» تعیین شود و اختصاص به یک واحد مسکونی خاص ندارد.

۴- «تایم شر براساس عضویت در باشگاه یا طرح‌های مبتنی بر سیستم اماکن»: در این نوع «تایم شر»، یک باشگاه «تایم شر» وجود دارد؛ یعنی یک مجموعه تفریحی که افراد مختلف می‌توانند عضو آن شوند، یعنی حق استفاده از تسهیلات آن مجموعه را پیدا کنند. بنابراین هیچ حقی مانند مالکیت عین یا مالکیت منفعت یا حق استفاده از یک واحد خاص برای فرد ایجاد نمی‌شود، بلکه او به عضویت باشگاهی در می‌آید که براساس پرداخت حق عضویت و سایر مواردی که معمولاً به صورت قراردادی تعیین می‌شود، حق استفاده از امکانات و تسهیلات آن باشگاه را، معمولاً براساس سیستم رزرو، پیدا می‌کند.^۱

در این میان شرکت‌هایی به نام «شرکت‌های مبادله» وجود دارند که وظیفه آنها، ایجاد ارتباط میان مجموعه‌های تفریحی است. اعضای این شرکت‌ها در مقابل پرداخت مبلغی، این فرصت را می‌یابند که حق «تایم شر» خود را با سایر «تایم شر»هایی که طرف قرارداد با این شرکت‌ها هستند، مبادله کنند. این شرکت‌ها تنوع انتخاب در استفاده از حق «تایم شر» را افزایش می‌دهند.^۲

بند سوم: سابقه تایم شر در فقه و حقوق ایران

در چند دهه اخیر در حقوق ایران، تأسیس «تایم شر» که بیشتر با هدف استفاده موقت از اموال در مناطق تفریحی به وجود آمده، به عنوان یک پدیده حقوقی جدید، ذهن حقوقدانان را به خود مشغول کرده است. لازمه امکان تحلیل حق ایجاد شده در «تایم شر» برای خریدار، آشنایی با نهادهای حقوقی داخلی است که برای استفاده از یک مال برای شخص وجود دارد. تردید و ابهام در مشروعیت عناوین فوق و نیز احساس خلأ قانونی در این زمینه به ویژه با عنایت به مشکلاتی که در مورد ثبت اینگونه املاک برای سازمان ثبت اسناد و املاک پدید آمد، سؤالی به شرح زیر تنظیم و برای مراجع و تعدادی از فضلاء حوزه علمیه فرستاده شد:

متن سؤال: «در بخش عقود، فروش یک ملک به صورت زمانی به چند نفر چه حکمی دارد؟ مثلاً ملکی به چهار نفر فروخته شده، این ملک در هر فصل سال در اختیار مالک همان فصل است که خودش استفاده کند یا اجاره دهد و یا...» مراجع و فضلاء که مورد سؤال قرار گرفته

1- General Information, (available at: <http://www.vacationregister.com/TimeshareInformation/>); Timeshare Information _ types of vacation ownership, (available at: <http://www.vacationownership.com/>); free Advice: What are Time _ shares?, (available at: <http://www.icve.org/>); A Glossary of Timeshare Terms and Acronyms, (available at: <http://www.timesharemall.com/glossary.shtml>);

1- Glossary of terms (ARDA), (available at: <http://www.arda.org/>).

2- <http://secure.dre.ca.gov/PublicASP/CurrentExams.asp>

بودند، عموماً چنین قرارداد بیعی را «باطل» دانستند.^۱

محققین مرکز، همچنین سؤال فوق را از اداره حقوقی قوه قضائیه استعلام نمودند و اداره مزبور، در پاسخ استعلام چنین مرقوم داشته است: «عقد بیع با فرض مندرج در استعلام، قابل تحقق نیست، به عبارت دیگر، بیع یک ملک برای مثلاً یک فصل سال با قوانین موجود مطابقت ندارد، زیرا وقتی شش دانگ ملکی را می‌فروشد، آن ملک از ملکیت او خارج و داخل در ملکیت مشتری می‌گردد و این امر محدودیت زمانی ندارد، یعنی برای همیشه است، ولی در بعضی از کشورهای اروپایی، این قبیل معاملات تجویز شده است و اگر مصلحت باشد که در ایران هم آن روش اعمال شود، نیاز به تصویب قانونی خاص دارد».

البته، در «ایران» از گذشته‌های دور، در نحوه تقسیم بندی برای استفاده از آب زراعی املاک کشاورزی روش «مالکیت زمانی» مرسوم بوده است و اکنون نیز چنین است به طور مثال، یک زمین زراعی دارای حق استفاده روزانه یا هفته‌ای یک یا چند ساعت از آب

۱- دیدگاه‌های فقهی درباره بیع زمانی: در بخش عقود، فروش یک ملک به صورت زمانی به چند نفر چه حکمی دارد؟ (مثلاً ملک به چهار نفر فروخته شده، این ملک در هر فصل سال در اختیار مالک همان فصل است که خودش استفاده کند یا اجاره دهد و یا...) «آیت‌الله العظمی محمدتقی بهجت»: خرید و فروش برای چند نفر به صورت زمانی که در هر زمان یکی از آنها مالک باشد صحیح نیست. «آیت‌الله العظمی سیدعلی سیستانی»: فروش به زمان محدود نمی‌شود، ولی می‌توان آن را در هر فصل به یک نفر اجاره داد. اجاره موجب ملکیت همه منافع است. «آیت‌الله العظمی لطف‌الله صافی گلپایگانی»: فروش ملک به صورت مذکور شرعی نیست، ولی اجاره اشکال ندارد. والله العالم.. «آیت‌الله العظمی سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی»: اگر چهار نفر با هم قرار بگذارند خانه‌ای را بخرند و در هر فصل سال در اختیار یکی از آنان باشد و عقد را مبنی بر این قرارداد کنند، اشکالی ندارد و خانه مال چهار نفر می‌باشد و بر طبق شرط و قرارداد در هر فصلی از فصول سال یکی از آنها بالمباشره یا بالاچاره استفاده کنند و اسم این معامله بیع زمانی نیست. «آیت‌الله العظمی ناصر مکارم شیرازی»: جایز نیست، ولی اگر به صورت اجاره باشد صحت آن بعید نیست.. «آیت‌الله حمید شریانی»: در عقود تملیکی عین - مثل بیع - تملیک و فروش محدود و فصلی مشروع نیست. «آیت‌الله سیدعلی شفیعی»: ظاهراً خالی از اشکال بلکه منع نیست. زیرا اولاً عقد بیع در حکم علت و سبب تام جهت انتقال مبیع به مشتری است، لهذا با ایجاد عقد، ملک به تملک مشتری درمی‌آید و این خود یکی از دلایل شرطیت تنجیز در عقود و ایقاعات می‌تواند باشد. لهذا یا باید عقد، عقدی باشد که تمام ملک آنرا و فوراً به تملک مشتری درآید هر چند تصرفات مالکانه مشروط به شرط یا مدت باشد یا به تملک تمام مشتری‌ها به نحو افراز و یا مشاع درآید. اما ملکیت زمانی یا طولی به این نحو که یک چهارم به شخص اول در فصل بهار تملیک شود و در این فصل استفاده کند (در کل ملک) و یک چهارم دیگر از اکنون به تملک شخص دیگر در فصل تابستان درآید و هکذا... مستلزم محذورات یاد شده است (تفکیک زمانی یک مالک از ملکیت یک بخش از ملک) و این مطابق قواعد نیست. پس تصرف هر فرد هم در کل ملک موجه نیست. «آیت‌الله محمد علی علوی گرگانی»: این نحو خرید و فروش معلوم نیست مصادق بیع باشد، زیرا ظهور تملیک، در ملکیت استمراری است و اگر شک کردیم در مصادق بیع، تمسک به عام در شبهه مصادق بیع جایز نیست و لذا به نظر می‌رسد که بیع با فرض مذکور جایز نباشد. «آیت‌الله محمد علامه هشتروندی»: در فرض مرقوم، استفاده از ملک و اجاره‌اش موقوف به رضایت همه ملاک است. «آیت‌الله عباسعلی عمید زنجانی»: فروش ملک به صورت زمانی مانند فروش منفعت به معنای اجاره است و در صورت انتقال عین، تنها در صورتی معقول است که بیع مشاع به چند نفری باشد که منافع در ازمنه مختلف متعلق به آنها می‌باشد. والله العالم. «آیت‌الله محمدهادی معرفت»: چنین معاملاتی بیشتر به اجاره شباهت دارد و در بیع بی سابقه است، لذا اگر به عنوان اجاره زمانی باشد بی اشکال است. «آیت‌الله سید ابوالفضل موسوی تبریزی»: در بیع متعارف که شارع مقدس هم امضا کرده و اصطلاح خاصی ندارد، تملیک مال با تمام شئون و اطوار و ازمان است. فرض سؤال، نمی‌تواند بیع باشد. «آیت‌الله محمدتقی مجلسی اصفهانی»: این نحو عقد از منصرف ادله خارج بوده و غیر معهود است و مشروعیت آن ثابت نیست. مقتضای اصل، عدم تحقق آن است و مسئله مشابه آن در وقف، آن را تأیید می‌کند. «آیت‌الله حسین مظاهری»: جایز نیست، زیرا بیع باید قطعی بوده و در آن زمان دخالت نداشته باشد، ولی می‌توان به چهار نفر به طور مشترک فروخت و آنها بعد از فروش به طور زمان‌بندی تقسیم کنند. (نظرات فقهای عظام شیعه، مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه (قم)، ماهنامه دادرسی، ش ۴۱)

کشاورزی است. این حق گرچه در عرض سال محدود به ۳۶۵ ساعت یا بیشتر است، اما حقی دائمی است که عرف و جامعه آن را پذیرفته و از نظر حقوقی نیز کلیه دفاتر اسناد رسمی بر اساس این حق، اقدام به تنظیم سند رسمی می‌کنند و ادارات ثبت املاک نیز در هنگام صدور سند مالکیت برای زمین به میزان حق استفاده از آب تصریح می‌کنند و در سایر فعالیت‌های اقتصادی نیز، استفاده از عقد صلح منافع برای واگذاری حق استفاده از اموال متداول بوده و هیچگونه مشکلی را پیش نیاورده است. به طور مثال حق «سر قفلی» و حق «کسب و پیشه» در املاک تجاری یا «حق نسق»^۱ یا حق «ریشه در املاک زراعی» که هر کدام حق دائمی می‌باشند.

گفتار سوم: دلایل مخالفان و موافقان مشروعیت مالکیت موقت در فقه و حقوق ایران

سؤالی اساسی که باید به آن پاسخ داده شود این است که آیا این نوع از مالکیت که محدود و موقت است، در حقوق ایران قابل پذیرش است یا خیر؟ دوام مالکیت اقتضاء دارد مالکیت «زمان‌دار» نباشد، یعنی ممکن نیست یک نفر برای مدت خاص، مالک عینی باشد، به طوری که پس از گذشت آن مدت معین از تصرف او، بدون آنکه نیاز به سبب مملک و ناقل جدیدی باشد، ملکیت به نفر دوم منتقل شود. به عبارت دیگر، منظور از «دوام مالکیت» آن است که وقتی مال در ملکیت شخص داخل شد، برای همیشه در ملک او باقی می‌ماند، مگر آنکه به یکی از اسباب انتقال، مالکیت به دیگری منتقل شود.

از بررسی مجموع نظرات «فقهاء» و «حقوقدانان» برمی‌آید که به طور کلی «شش» دلیل بر بطلان و عدم مشروعیت مالکیت موقت اقامه شده است که ما به ترتیب به ذکر آن مبادرت می‌نماییم.

۱- در بسیاری از مکانها، زارع پس از فعالیت در محل مورد اجاره، در زمین زراعی و اشجار، صاحب حقی به نام حق زارخانه، حق ریشه، نسق و نظایر آن می‌شود که با پایان یافتن اجاره و تخلیه ملک، مؤجر باید مبلغی به مستأجر زارع پرداخت نماید. شبیه آنچه در املاک تجاری از حق کسب یا پیشه یا تجارت بحث می‌گردد. این حقی است عرفی که اگر چه در منابع فقهی اشاره‌ای به آن نشده است لیکن در عرف به نحو قابل توجهی پذیرفته شده و وجود داشته است. در قوانین متعدد قبل و بعد از انقلاب از حق زارخانه سخن به میان آمده و مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است، لیکن سالها مشروعیت چنین حقی زیر سؤال بود و دیوان عالی کشور به استناد پاره‌ای از فتاوی فقهی، چنین حقی را خارج از موازین توصیف می‌نمود. اما سرانجام هیأت عمومی اصراری دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱ مورخ ۷۹/۱/۲۳ به توصیف تازه‌ای از این حق اقدام نمود و آنچه را بین مؤجر و زارع مرسوم بود براساس تبصره ۲ ماده ۵ قانون تملک اراضی و املاک مورد نیاز دولت جهت اجرای طرح‌های نظامی و عمرانی به ماده ۳۱ آیین نامه قانون ثبت و انصاف توصیف نمود. عنصر اساسی حق زارخانه که در واقع نوعی حق تقدم است، کار و فعالیت انسان در ملک زراعی است بنظر می‌رسد حق زارخانه نوعی حق مالی است که در تقسیم بندی اموال در رسته حقوق همانند حق کسب و پیشه و تجارت حق تحجیر و غیره قرار می‌گیرد. این حق بر مبنای مختلف از جمله قانون و رویه قضایی استوار است. از مطالعات انجام شده معلوم گردید، اگر چه در نگاه اول عرف مبنای حق موصوف است لیکن نقش عرف تنها در تشخیص موضوع و تعیین مصادیق کاربرد دارد و از آن نمی‌توان بعنوان مبنا و منبع حقوق نام برد. حق زارخانه در قوانین متعددی مورد اشاره و پذیرش واقع شده و رویه قضایی کشور نیز نظر به پذیرش آن داشته و در آراء بسیاری که از دادگاهها صادر شده حکم به پرداخت حق زارخانه به نفع زارع داده‌اند.

بند اول: دائمی بودن مالکیت

اولین دلیل منکرین مالکیت موقت آن است که مالکیت به دلیل ماهیت ویژه خود، اساساً قابل تحدید و تقيید به زمان نیست.^۱

«مرحوم محقق اصفهانی» پس از نقل این دلیل می‌فرماید: «عدم امکان تقيید مالکیت به زمان، توهمی بیش نیست، لذا مالکیت قابل تقدير و تحدید به زمان نمی‌باشد».^۲ بنابراین مالکیت، امری بسیط و غیرقابل تبعیض و تقسیم به قطعات است و معنای بسیط بودن مالکیت و عدم امکان تقطیع و تقسیم آن، این است که نصف و ثلث و ربع و... ندارد نه اینکه این امر بسیط را نتوان به اعتبار استمرارش در طول زمان تقسیم کرد.^۳

دکتر «سنه‌وری» می‌گوید: «مدت، وصفی است که به تمامی حقوق شخصی و حقوق عینی یکسان ملحق می‌گردد، منشاء حق هر چه باشد، بنابراین، حق منفعت از هر چه ناشی شده باشد، به مدت مقرون می‌گردد که نهایت آن مرگ آدمی است، ... تنها یک حق عینی وجود دارد که نمی‌توان آن را به مدت مقرون ساخت و آن حق مالکیت است که طبیعت آن اقتضای دائمی بودن را دارد».^۴ برخی از «حقوقدانان غربی» نیز در مورد امکان زمان دار بودن ملکیت، به تعارض زمان دار بودن، با طبیعت مالکیت اشاره کرده و گفته‌اند: از آنجا که حق مالکیت، این اقتدار را به مالک می‌دهد تا بتواند مملوک را از بین ببرد، لذا مالکیت زمان دار قابل پذیرش نیست.^۵ «حقوقدانان داخلی» نیز با این عنوان که «طبیعت مالکیت اقتضای دوام دارد» مسئله غیر قابل توقیت بودن مالکیت را مسلم دانسته‌اند. لازم به توضیح است که دلیل ورود صفت دوام در ذات و ماهیت مالکیت، همان تعریف مالکیت است که با توجه به مفهوم

۱- «ان ملكيه الواقف المجعوله لجميع البطون ملكيه واحده مرسله و الواحد لا يتكثر و لا يتبعض و حيث أنها عرض غير قار فلا تتحدد و لا تنقيد بالزمان فلا معنى لتقطيعها و تحديدها بالازمنه ليكون تمليكا لجميع البطون لئلا تكون لكل منهم ملكيه مرسله» (ر.ک: اصفهانی، شيخ محمد حسين، بحوث في الفقه، الاجاره، ص ۲۶). در عبارت مرحوم اصفهانی که ذکر شد، مالکیت از اعراض غیر قاره دانسته شده است که مسلماً ناشی از اشتباه چاپی یا خطای سهوی است، زیرا ماهیت مالکیت با اعراض قار سازگار است نه غیر قار علاوه بر اینکه مرحوم اصفهانی در ادامه سخن خود تصریح به این مطلب دارند.

۲- «توهم امتناع تحدید و تقييدها بالزمان مدفوع بان التحدید بالزمان تازه بالذات كما في الاعراض غير القاره فان التدرجيه عين الحركه المساوقه للتقدر بالزمان و أخرى بالعرض كما في الامور القاره فانها و ان لم تتقدر بالزمان لکنه يمر عليها الزمان فيمكن لحاظها مع هذا الزمان و مع زمان آخر فهذا الوجه المستمر مع الازمنه يمكن تقطيعه بلحاظ الازمنه الماره عليه...» (اصفهانی، شيخ محمد حسين، همان مأخذ).

۳- توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه (تقریرات درس آیت... خویی)، ج ۷، ص ۴۸۸. آیت... خویی در مصباح الفقاهه می‌فرماید: «قد تكون منفعة العين المستأجرة ما يوجد من الاعيان و لكنها غير موجودة حال الاجاره كاستيجار المنايع و البقرات و الشياه للبنها غير المحلوب و استيجار المرضع ليرضع الطفل من لبنها و استيجار الشجره لثمرتها المعدومه» (مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۳۰).

۴- السنه‌وری، عبدالرزاق، الوسيط فی شرح القانون المدنی (بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی‌تا)، ج ۳، ص ۹۶.

۵- ریپر و بولانژه، شفیق شاحته به نقل از عبدالمنعم الصده، حقوق العینی الاصلی، ص ۲۳.

۶- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۲.

آن در «عرف» و در میان «عقلا» استنباط شده و قبلاً مطرح شد. اما، نظر عده‌ای از «فقه‌اء» و «محققین» بر آن است که وصف دائمی بودن، از اوصاف مالکیت نیست و مالکیت می‌تواند به صورت «موقت» نیز برای افراد ایجاد شود و به تعبیر دیگر، اگر دائمی بودن مالکیت تاکنون از ویژگی‌های مالکیت بوده، از آنجا که این وصف، وصفی اعتباری و تابع عرف است، قابل تغییر نیز هست.^۱

بند دوم: استناد به قاعده تسلیط

دلیل دیگر بر بطلان مالکیت موقت، استناد به قاعده «تسلیط» می‌باشد. برخی از محققین بر این عقیده‌اند که «در حقوق اسلام با استناد به قاعده تسلیط، مالکیت سه ویژگی دارد که عبارتند از مطلق بودن، انحصاری بودن و دائمی بودن. ویژگی اخیر به این معنا است که وقتی فردی مالک چیزی شد تا زمانی که مالک آن است، بدون مقید بودن به زمان خاص، حق استفاده و بهره‌برداری از آن را داشته باشد. یکی از تفاوت‌های مستأجر و به طور کلی کلیه اشخاصی که از طرف مالک، حق استفاده و انتفاع از ملکی را پیدا می‌کنند همین است که استفاده و بهره‌برداری مالک، مقید به زمان و وقت خاص نیست، ولی «حق انتفاع» اشخاص دیگر فقط در محدوده زمانی مشخصی امکان‌پذیر است»^۲ بنابراین ویژگی دائمی بودن مالکیت را می‌توان از قاعده تسلیط استفاده کرد.

سخن فوق قابل قبول به نظر نمی‌رسد، زیرا مفاد قاعده تسلیط آن است که اشخاص بر اموال خود مسلطند و حق همه گونه تصرف و استفاده‌ای را در اموال خود دارند، ولی این مسئله که مالکیت، دائمی است یا موقت؟ در قاعده فوق مورد اشاره قرار نگرفته است، به عبارت دیگر مضمون این قاعده عبارت است از تسلط کامل مالکین بر اموال خود و این معنا در مورد مالکیت موقت هم قابل جریان است، یعنی مالک در زمان مالکیت خود؛ چه مالکیت دائمی و چه موقت، مسلط بر مالش بوده، قادر به تصرف و استفاده از مالش می‌باشد. بنابراین نمی‌توان دوام مالکیت را مستقیماً از این قاعده استنباط کرد.

بند سوم: عدم سابقه فقهی

مالکیت موقت سابقه‌ای در «شرع» ندارد و لذا نمی‌توان چنین امری را مشروع دانست. این سخن در کلمات برخی از «فقه‌اء» به چشم می‌خورد. این دلیل نیز قابل قبول نیست، زیرا اولاً سابقه نداشتن امری در شرع نمی‌تواند در همه موارد دلیل بر ممنوعیت و عدم مشروعیت آن باشد، به ویژه در مورد موضوعات و مفاهیمی که حقیقت شرعی و متشرعی ندارد، توضیح آن

۱- شریعتی، سعید، بیع زمانی، فقه اهل بیت، سال ۷، ش ۲۶، صص ۲۱۰ الی ۲۶۱

۲- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۲، ص ۱۰۷.

به «عرف» محول شده است. از طرفی، مالکیت، امری اعتباری است که چگونگی آن تابع نحوه اعتبار آن می‌باشد و به همین دلیل، قابل توقیت و تأیید است.^۱

بند چهارم: ارتباط مالکیت و مال

یکی دیگر از دلایلی که بر بطلان مالکیت موقت اقامه شده است، این است که دوام مالکیت، نتیجه منطقی ویژگی انفکاک‌ناپذیری مالکیت از عین است. به عقیده «حقوقدانان» یکی از ویژگی‌های مالکیت آن است که همواره با مملوک همراه بوده، مادام که شیء مملوک باقی است، مالکیت آن نیز باقی می‌باشد. و براین اساس، مالکیت نسبت به شیء مملوک، تنها در صورتی زایل می‌شود که آن شیء منهدم شود و مادام که شیء مملوک وجود دارد، حق مالکیت مربوط به آن هم وجود دارد.^۲

برخی از «حقوقدانان» در توجیه این ویژگی گفته‌اند: «ملکیت عبارت است از رابطه‌ای مستقیم بین مالک و شیء و حق مالکیت چنان با شیء مملوک آمیخته و مخلوط می‌شود و در آن تجسم می‌یابد که قابل جدایی از آن نیست و مادام که شیء موجود است آن حق هم دوام دارد»^۳

ویژگی انفکاک‌ناپذیری مالکیت از مال، نتایج چندی را به دنبال دارد. به عقیده «حقوقدانان»، یکی از نتایج این ویژگی، آن است که مالکیت نمی‌تواند مقید به زمان شود، چرا که تقييد مالکیت به زمان، بادوام مالکیت و انفکاک‌ناپذیری آن از مملوک منافات دارد.^۴

در پاسخ این دلیل باید گفت: انفکاک‌ناپذیری مالکیت از وجود خارجی و فیزیکی مال، امری نادرست و غیرقابل قبول است، چراکه بی‌تردید، حق مالکیت در بسیاری از موارد از شیء مملوک زایل می‌شود مانند موارد اعراض مالک از مال؛ و جدا نشدن مالکیت از وجود اعتباری مال در عالم حقوق، اگرچه سخنی صحیح و قابل قبول به نظر می‌رسد، اما این بدان معنا نیست که مالکیت قابل تقييد به زمان نمی‌باشد، زیرا انفکاک‌ناپذیری مالکیت، به معنای آن است که حق مالکیت از شیء مملوک جدا نمی‌شود نه اینکه از شخص مالک، قابل انفکاک نباشد.

در مالکیت موقت که مال از مالک - مثلاً - به مدت یک‌سال به دیگری منتقل می‌شود، پس از سپری شدن یک‌سال، مالکیت عین زایل نمی‌شود، بلکه به همان مالک اصلی باز می‌گردد. بنابراین هیچ‌گونه انفکاک‌ناپذیری بین مالکیت و مال صورت نمی‌گیرد، براین اساس هرچند ویژگی انفکاک‌ناپذیری مالکیت از شیء مملوک را بپذیریم اما این ادعا که نتیجه منطقی این

۱- بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۲۴۲.

۲- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۲.

۳- فرج، توفیق حسن، الحقوق العينية الاصلية، ص ۶۳.

۴- همان

ویژگی، بطلان مالکیت موقت است؛ غیرقابل قبول می‌باشد.

بند پنجم: حق اختیار مالک

دلیل دیگری که توسط «حقوقدانان» مطرح شده این است که تقیید مالکیت به زمان، با طبیعت مالکیت منافات دارد، زیرا مهم‌ترین ویژگی مالکیت آن است که مالک می‌تواند در ملک خود تصرف کند و دایره اختیارات مالک تا حدی است که حتی می‌تواند مالش را از بین ببرد و نابود سازد. با توجه به این ویژگی می‌توان گفت مالکیت موقت با طبیعت مالکیت و عناصر تشکیل دهنده آن منافات دارد. پذیرش مالکیت موقت به آن معنا است که برای مالک موقت نیز همان اختیارات و حق تصرفی را بپذیریم که مالک دائمی دارا می‌باشد و این امر، نادرست و غیرقابل قبول است، زیرا، حق از بین بردن و انهدام آن را ندارد و یا آنکه قایل به جواز تصرف و از بین بردن مال توسط مالک موقت شویم که در این صورت چنین ملکیتی، دیگر مالکیت موقت نیست بلکه ملکیتی دائمی و همیشگی است.^۱

دلیل فوق در کلمات «فقهاء» دیده نمی‌شود. غالب فقیهانی که بر بطلان مالکیت موقت تاکید نموده‌اند، آن را امری غیر معقول و غیرقابل تصور دانسته و بر همین اساس مشروعیت آن را مورد تردید قرار داده‌اند.^۲ اگرچه این گروه، توضیح بیشتری در مورد این دلیل ذکر نکرده‌اند، اما بعید نیست که منظور آنان از این سخن، اشاره به دلیل فوق باشد. به تعبیر دیگر، در مالکیت موقت، یا باید مالک موقت را از تصرف و از بین بردن مال در طول مدت معین شده ممنوع کرد که در این صورت، مالکیت، چیزی جز «حق انتفاع» موقت نیست، چون در «حق انتفاع» هم، مالک حق می‌تواند از مال بهره مند شود، ولی حق از بین بردن و انهدام آن را ندارد؛ یا آنکه قائل به جواز تصرف و از بین بردن مال، توسط مالک موقت شویم که در این صورت، چنین ملکیتی دیگر مالکیت موقت نیست، بلکه مالکیتی دائمی است.^۳ برخی از «فقهاء» در استدلال بر بطلان مالکیت موقت، آن را امری غیرمعقول و غیرقابل تصور دانسته و لذا در مشروعیت آن تردید کرده‌اند.^۴

مالکیت در «حقوق اسلام» دارای مفهومی گسترده‌تر از مالکیت در «حقوق رم» است «مالکیت در حقوق اسلام نه تنها شامل مالکیت عین می‌گردد بلکه مالکیت منفعت و انتفاع را نیز فرا می‌گیرد. حتی این کلمه گاهی در مورد حقوق غیرمالی نیز به کار می‌رود».^۵

۱- همان، ص ۵۳۵.

۲- بحرانی، یوسف، الحقائق الناظره، بیروت: دارالاحیاء، ۱۴۰۵ هـ.ق. ج ۲۲، ص ۱۲۸.

۳- السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی [بی تا]، ج ۷، ص ۵۴۰.

۴- بحرانی، الحقائق الناظره، ج ۲۲، ص ۱۲۸.

۵- صفایی، سیدحسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و تطبیقی، ص ۷۰.

از طرفی، «مالکیت اعتباری» توسط عقلا به خاطر مصالحی برای اشخاص اعتبار می‌شود و چه بسا شارع به خاطر آن مصلحت، این اعتبار را امضاء می‌کند، گرچه عقلا چنین اعتباری نداشته باشند. مانند مالکیت غرقى و مهدوم علیه در «ارث»^۱ بنابراین با توجه به منشأ اعتبار مالکیت، می‌توان گفت: مالکیت، اصطلاحی است که برای اشاره به رابطه‌ای مخصوص بین شیء (مملوک) و شخص (مالک) به کار برده می‌شود. این رابطه اعتباری به مالک اجازه می‌دهد که از شیء مملوک استفاده کند و از آن منتفع گردد.^۲ بنابراین می‌توان تصور کرد که رابطه مالکیت بین مالک و مال برقرار باشد، ولی مالک به دلایل مختلف حق از بین بردن مالش را نداشته باشد در این موارد - که نمونه‌های آن هم در فقه کم نیست - گرچه مالک، سلطه کامل بر مال ندارد، ولی اعتبار مالکیت توسط عقلا همچنان به قوت خود باقی است.^۳ چنانکه ملاحظه می‌شود ادله منکرین مالکیت موقت در حدی نیست که بتواند عدم امکان مالکیت موقت یا عدم مشروعیت آن را در فقه و حقوق اثبات نماید.

گفتار چهارم: دلایل مشروعیت مالکیت موقت

بند اول: اعتباری بودن مالکیت

همان‌گونه که گفتیم: مالکیت عبارت است از رابطه اعتباری بین مال و شخص که توسط «عقلا» اعتبار می‌شود. حدوث و بقای مالکیت همانند هر امر اعتباری دیگر به دست منشأ اعتبار آن می‌باشد و کیفیت اعتبار مالکیت نیز به دست همان منشأ اعتبار است و نیز اشاره کردیم که شارع مقدس در مورد مفهوم مالکیت و مصادیق آن بیان خاصی ندارد و تشخیص این امور را به عرف و عقلا واگذار کرده است. و نیز با عنایت به اینکه موقت بودن مالکیت، هیچ منافاتی با طبیعت مالکیت ندارد، می‌توان گفت: از نظر عقلی و حقوقی، هیچ مانعی در راه تصور و اعتبار مالکیت موقت نیست، چرا که عقلا همان‌گونه که «مالکیت مستمر» را اعتبار کرده‌اند مالکیت موقت را نیز می‌توانند لحاظ کنند و در بسیاری از موارد، چنین اعتباری تحقق یافته است. بنابراین: «اگر دلیلی بر مالکیت موقت وجود داشته باشد، هیچ مانعی از آن نیست و چون مالکیت، امری اعتباری است که قابل توقیت و تأیید می‌باشد، پس تابع اعتبار شارع یا عقلا

۱- یزدی، سیدمحمدکاظم، عروه الوثقی، ص ۵۳.

۲- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۲، مرحوم نراقی در تعریف مالکیت می‌فرماید: «معنی المملک و المالیه و مایراد فهما من الالفاظ معنی اضافی لایتحقق الا مع وجود مالک و ممول و هذا المعنی الاضافی بحکم العرف و التبادر عبارة عن اختصاص خاص و ربط مخصوص معهود بین المالك و المملوک و الممول و المال موجب للاستبداد به و الاقتدار على التصرف فيه مفرداً، ماله ذلك الاختصاص المعهود بالنسبة الى شخص هو الملك و المال» (نراقی، عوایدالایام، ص ۱۱۳).

۳- «الاثر فیما نحن فيه - الى التصرفات فی العین و جواز ورود التقلبات - لیس اثرأ لطبیعه الملك مطلقاً سواء اکان طلقاً او غیر طلق بل اثر للملك المطلق» (بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۲۸۲).

خواهد بود.^۱

بند دوم: وقوع مالکیت موقت در فقه

مهم‌ترین دلیل مشروعیت مالکیت موقت، وقوع آن در «فقه» است. موارد متعددی در فقه می‌توان یافت که «فقهاء» قایل به مالکیت موقت شده‌اند، این موارد نشان می‌دهد که مفهوم مالکیت موقت در میان «فقهاء»، امری ناشناخته و مبهم نبوده، بلکه در پاره‌ای موارد به مشروعیت آن معتقد شده‌اند.

الف: وقف

مثلاً شخصی خانه خود را به مدت ده سال بر «زید» و سپس بر «فقرا» وقف کند، چنین وقفی مورد بحث و تردید قرار گرفته است. بسیاری از «فقهاء» چنین وقفی را صحیح و نافذ دانسته‌اند.^۲ با توجه به دو مبنای فوق، در مواردی که وقف، مقرون به زمان می‌باشد، مانند، مثال فوق، مالکیت موقوف علیه به صورت موقت می‌باشد.^۳ مثلاً اگر شخصی خانه خود را به مدت ده سال بر «زید» و سپس بر فقرا وقف کند در چنین وقفی، مالکیت زید در طول مدت ده سال ادامه دارد و پس از آن منقضی می‌شود، بنابراین «مالکیت زید» یک مالکیت موقت و محدود به زمان می‌باشد.^۴

ب: بدل حیلولة

به نظر بعضی از «فقهاء»، «بدل حیلولة»، غرامت و خسارتی است که به مالک عین داده می‌شود و به مالکیت مالک عین درمی‌آید، ولی مالکیت او دائمی و مستمر نیست، بلکه مالکیتی موقت است، یعنی تا زمان تعذر ردّ یا استرداد عین مغضوبه باقی است. علت این نظر آن است که «بدل حیلولة» غرامت است و تدارک خسارت، فقط بر مقداری صدق می‌کند که خسارت وارد شده است و در موارد بدل حیلولة، عین موجود است و لذا در مورد اصل عین، خسارتی وارد نشده است و خسارت، محدود به زمان معینی است، تدارک آن هم تا زمانی است که سلطنت مالک بر عین باز گردد.^۵ چنان که مشاهده می‌شود، مالکیت موقت در بدل حیلولة تحقق یافته و

۱- «و اما الملك الموقت فلا مانع منه اذا دل الدليل عليه لانه امر اعتباری قابل للتوقيت و للتأیید فتابع للدليل و اعتبار الشارع او لاعتبار العقلاء»، (بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۲۴۲).

۲- «لو وقفه علی ولده سنه ثم علی الفقراء او مده حياه الواقف علی ولده ثم الفقراء صح...» (عاملی، شمس‌الدین محمد (شهید اول)، الدروس الشرعیه، ج ۲، ص ۲۶۶). صاحب جواهر در این باره می‌فرماید: «لو وقفه علی ولده سنه ثم علی الفقراء او مده حياه الواقف علی ولده ثم الفقراء ففی الدروس صح و نقل فیہ الفاضل الاجماع لانه وقف مؤید فی طرفیه و وسطه قلت لکن فیہ انه مناف لاشتراط الدوام بالمعنی الذی ذکرناه سابقاً اللهم الا ان یحمل ذلک علی اراده تقييد اصل الوقف بمده لا تقييده بالنسبه الی خصوص موقوف علیه فتأمل جيداً» (نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۸، ص ۶۱).

۳- یزدی، عروه الوثقی، ص ۶۶.

۴- «لو وقف علی زید عشر سنین ثم علی الفقراء فملکیه زید عشره سنین تكون موقتاً» (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۷۸).

۵- بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۸۰.

برخی «فقهاء»، بدان معتقد شده‌اند.^۱

ج: اجاره به شرط تملیک

به عقیده برخی از «حقوقدانان»، در موارد خاصی از قراردادهای معین نیز می‌توان مصداقی از مالکیت موقت یافت، مثلاً هرگاه، انتقال مالکیت در بیع به بعد موکول شده باشد، مانند قراردادهای «اجاره به شرط تملیک» که فروشنده مالکیت آن را تا پرداخت کلیه اقساط برای خود حفظ می‌کند، مالکیت فروشنده موقت خواهد بود و پس از مدتی که در قرارداد تعیین شده است، مبیع به مالکیت خریدار در خواهد آمد.^۲

از مجموع موارد فوق می‌تواند به این نتیجه رسید که مالکیت موقت، حداقل نزد عده‌ای از «فقهاء»، امری ممکن و قابل تصور، بلکه امری مشروع بوده و لذا در مواردی به آن معتقد شده‌اند. و همین مقدار نشان می‌دهد که اجماع ادعا شده بر بطلان مالکیت موقت،^۳ امری غیرقابل قبول است.

صرف نظر از مباحثات نظری که میان «فقهاء» و «حقوقدانان» وجود دارد ماده «۱۰» قانون مدنی، اصل آزادی قراردادی را مورد تأکید و تأیید قرار داده و مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی، نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد نافذ است». بنابراین در حقوق ما، «آزادی اراده» را باید به عنوان اصلی مسلم و پذیرفته شده تلقی کرد و لذا جز در مواردی که قانون، مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است، اراده اشخاص، حاکم بر سرنوشت پیمان‌های ایشان است. مهم‌ترین نتیجه اصل «آزادی اراده» آن است که اشخاص می‌توانند قراردادهای خود را تحت هر عنوان که مایل باشند منعقد ساخته، نتایج و آثار آن را به دلخواه، معین کنند. بنابراین پیش بینی نهادهای حقوقی و عقود معین در فقه و قانون، بدان معنا نیست که اشخاص ناچار باشند یکی از قالب‌های پیش ساخته قراردادی را برای هر پیمان برگزینند.

بند سوم: سیره و بنای عقلا

مهمترین دلیل مشروعیت مالکیت زمانی، «سیره عقلا» است. مقصود از سیره عقلا، استمرار عادت مردم و بنای عملی «عقلا» بر انجام دادن یا ترک چیزی است.^۴

شرایط زندگی امروز، با زمان شارع و قبل از آن بسیار متفاوت است و به دلیل شرایط

۱- همان، ص ۲۴۲.

۲- صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۶۶.

۳- صاحب جواهر توقیت در ملک و وقف را برخلاف اجماع محکی دانسته است. (ر.ک: نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۶۱)

۴- برای اطلاع بیشتر: ک: گواهی، زهرا، مالکیت زمانی، در فقه و حقوق موضوعه، فصلنامه علمی تخصصی پیام حقوق، شماره اول، ۱۳۹۱، ص ۵۹ به بعد.

جدید، عقلای این عصر ممکن است معاملات و قواعدی بین خود بنا نهند که در عصر شارع، اصلاً اثری از آنها وجود نداشته باشد، حال آیا مصالح عمومی بشر و قوام نظام اجتماعی، اقتضاء نمی‌کند که شارع، بنائات عقلانیه هر زمان را امضا نماید؟ پاسخ این پرسش، «مثبت» است. اساساً باید گفت که در بسیاری از احکام شارع، قواعد و مناسبات بین عقلاء نقش عظیمی داشته است. به طوری که اگر آن مبادلات و مناسبات در میان عقلای عصرهای بعد دگرگون شود، حکم شرع نیز که از آنها تاثیر پذیرفته بود قطعاً تغییر می‌یابد؛ به عنوان نمونه نیازها و ضرورت‌های زندگی امروز، باعث شده که عقلای این عصر، عقد جدیدی به نام «بیمه» را به وجود بیاورند. آیا تنها با این استدلال که بیمه در زمان شارع وجود نداشته، باید آن را غیر شرعی دانست؟ خیر، زیرا ضرورت زندگی عقلا وجود آن را اقتضاء کرده و منع صریح شرع در مورد آن وجود ندارد، «اسلام» نیز بر آن صحنه می‌گذارد.^۱

پس جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرار داد ایجاد کرده است، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت قراردادهای ایشان است و برآزادی اراده در پیمان‌ها به عنوان یک «اصل مسلم» تاکید شده است. بنابراین با توجه به عموم آیه «اوفوا بالعقود» و اصل «آزادی قراردادها» و نتایج آن می‌توان قرار داد مالکیت زمانی را به عنوان «عقد جدید» پذیرفت.

گفتار پنجم: تطبیق تایم شر با نهادهای مشابه در حقوق ایران

بند اول: تایم شر و حق انتفاع

برخی معتقدند: اگر بخواهیم در فقه امامیه و حقوق ایران به دنبال نهادی شبیه نهاد «تایم شر» باشیم به نظر می‌رسد، بهترین نهاد، نهاد «حق انتفاع» به معنای عام باشد که شامل «حق انتفاع» به معنای خاص و وقف می‌شود. شاید «نهاد وقف»، بهترین مورد برای تقریب ذهن به این مطلب باشد.^۲

اما باید به این نکته اشاره کنیم که واگذاری موقت منافع یک عین به صورت تملیک منافع و یا به صورت واگذاری «حق انتفاع»، بدون تردید، صحیح و نافذ می‌باشد، اما در فرض مورد بحث، عین مال به صورت زمان‌بندی شده به «مالکیت» چند نفر درمی‌آید گرچه منافع آن نیز به تبع عین، مورد تملیک قرار می‌گیرد.^۳

بند دوم: تایم شر و مهایات

برخی معتقدند که «تایم شر» در حقیقت، عبارت دیگری از «مهایات» در فقه است، یعنی چند

۱- گواهی، زهرا، مالکیت زمانی، ص ۶۹ به بعد

۲- شریعتی، بیع زمانی یا انتقال مالکیت زمان‌بندی شده، ص ۲۲۳

۳- امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۵۹

مالک که به صورت مشاع در ملکی شراکت دارند به دلیل آنکه نمی‌توانند به طور همزمان از آن ملک استفاده کنند، منافع ملک را به صورت زمان‌بندی شده بین خود تقسیم می‌کنند. بنابراین در این صورت، مالکیت مالکین به صورت مشاع بوده تنها «حق انتفاع» از ملک، به صورت زمان‌بندی شده تقسیم شده است.

به نظر می‌رسد که «تایم شر»، با «بیع مشاع» و «مهایات»، قابل تطبیق باشد، به بیان دیگر «تایم شر» عبارت است از مالکیت زمان‌بندی شده مال، به این صورت که مالکیت یک ملک به صورت زمان‌بندی شده به چند نفر انتقال می‌یابد به گونه‌ای که هر کدام از آنها در مدت مشخصی از سال، مالک آن ملک می‌باشند و از آن استفاده می‌کنند و این ترتیب، هر ساله تکرار می‌شود. چنانکه اشاره شد، مالکیت زمان‌بندی شده به معنای فوق، در حقوق ایران در «مهایات» سابقه دارد.

بند سوم: تایم شر و عقد بیع

عقد «بیع» از عقود معین است. «عقود معین» به قراردادهایی اطلاق می‌شود که در فقه و قانون، نام خاص و مشخص دارد و احکام و آثار ویژه آنها به تفصیل بیان شده است مانند اجاره، بیع، قرض و... در اینگونه قراردادها که به دلیل اهمیت اجتماعی و اقتصادی خود از دیرباز مورد توجه قانونگذاران بوده است قالب بیان اراده از پیش فراهم آمده و همه امور به حاکمیت اراده دو طرف عقد واگذار نشده است.^۱

عقد «بیع»، رایج‌ترین و مهم‌ترین عقد تملیکی است و به دلیل همین اهمیت و رواج، بخش عمده مباحث فقهی و حقوقی را به خود اختصاص داده است.

مهم‌ترین نکته‌ای که به نظر، باعث تمایز ماهوی این دو نوع قرارداد می‌شود، موقت بودن تملیک در قرارداد «تایم شر» است، زیرا در این قرارداد، چنانکه گفتیم مالک، عین را برای مدت محدودی مثلاً یک فصل، به چند نفر منتقل می‌کند و این ترتیب، هر ساله تکرار می‌شود، اما ماهیت عقد بیع با تملیک موقت سازگار نیست.

یکی دیگر از ویژگی‌های بیع، دوام بیع می‌باشد، غالب «فقهاء» به این ویژگی تصریح نکرده‌اند. اما بیع به صورت دائم به طور شایع در جامعه و میان مردم رواج دارد.^۲

اما در فرضی که عین معینی، برای مدت مشخص تملیک شود، برخی چنین بیعی را باطل و فاسد می‌دانند^۳

۱- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۷۵.

۲- یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه مکاسب، ص ۶۶.

۳- تنها تعداد کمی از فقها به مسئله بیع موقت اشاره کرده‌اند. از آن جمله‌اند: یزدی، سیدمحمدکاظم، که در حاشیه مکاسب، در بطلان بیع موقت تردید ندارند. خویی، ... سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۶، ص ۲۷۶ و ۲۰۶ و نیز برای دیدن نظرات فقیهان معاصر رک:

اولین دلیل بطلان بیع موقت آن است که بایع، مبیع را به صورت موقت به مشتری تملیک می‌کند. بنابراین اثر بیع موقت، تملیک موقت است و از آنجا که تملیک موقت، امری نامعقول و غیرقابل قبول است و بر فرض معقول بودن، در «حقوق اسلام» امری نامشروع می‌باشد؛ بیع موقت نیز باطل است.

دلیل دیگر بر بطلان بیع موقت آن است که اساساً چنین بیعی از عنوان بیع مصطلح در فقه خارج می‌باشد، زیرا در صورتی می‌توان عنوان بیع را بر یک معامله اطلاق کرد و آن را از مصادیق بیع دانست که عرفاً چنین اطلاقی صحیح باشد. بنابراین اگر قراردادی در عرف مردم، خارج از عنوان بیع باشد، نمی‌توان آن را مصداق بیع مصطلح در فقه دانست.^۱ به عبارت دیگر بیع و سایر عقود دارای مفهوم عرفی هستند و به همین جهت برای تعریف بیع باید به موارد صدق آن در عرف مراجعه کرد و مرجع فهم معانی این اصطلاحات و موارد تطبیق آن، عرف می‌باشد.^۲

به عقیده برخی از «فقهاء»، عنوان بیع در عرف، تنها بر بیع مطلق (غیر موقت) صادق است، به عبارت دیگر بیع موقت، اساساً مصداق بیع مصطلح نیست و از اصطلاح بیع عرفی، خارج می‌باشد.^۳ «آیت... خویی» در این باره معتقد است که معنا و مفهومی برای تملیک موقت، قابل تصور نیست، زیرا معنای بیع خانه آن است که بایع، خانه خود را به صورت ابدی و غیر مقید به زمان به دیگری تملیک کند، بنابراین بیع و تملیک موقت، صحیح نیست.^۴ و در جای دیگر بطلان بیع موقت را بدیهی دانسته، می‌نویسد: «تردید نیست که آنچه در عقد بیع، انشاء می‌شود، از حیث زمان مطلق است و بایع در عقد بیع، ملکیتی مطلق و همیشگی را انشاء می‌کند».^۵

جزوه استفتانات مرکز تحقیقات قوه قضاییه درباره بیع زمانی

۱- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۷۹.

۲- «انه بعد الفراغ عن ان المسبب امر عرفی و فی مقام الاصطلاح لا یختلف الشرع عن العرف فی ذلک بل انما تکلم علی نحو المحاورات العرفیه فلا بد من الرجوع الی العرف لتعین موارد حصوله و عدمه» .. «حیث ان المعامله لابد و ان تكون معتبره شرعاً و انه لیس للشارع المقدس فی الفاظها اصطلاح خاص و اختراع جدید و لم یؤسس فی حقیقه المعاملات شیئاً غیر ما هو المتعارف عند العقلاء و لو اعتبر شیئاً فیها اعتبره شرطاً لتأثیرها لا ان حقیقه المعامله عنده مغایره لحقیقتها عند العرف فلا بد من الرجوع الی العقلاء فیها»، (قدیری، محمدحسن، البیع (تقریرات درس امام خمینی (ره) ص ۱۸)

۳- یزدی، حاشیه مکاسب، ص ۲۴۵.

۴- توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه (تقریرات درس آیه الله خویی)، ج ۶، ص ۲۷۴.

۵- «آیت... خویی» معتقد است که در مواردخیار شرط، دایره ملکیت از ابتدا محدود و مقید به عدم فسخ است و لذا مُنشأً در بیع در چنین مواردی مقید به عدم فسخ می‌باشد. ایشان در همین رابطه می‌فرماید: «لایقال ان الملكیه المنشأه مطلقه حتی بعد الفسخ فأنه لامعنی للبیع الی وقت خاص کسنة او سنتین لکونه باطلا اجماعاً. فانه یقال لا شبهه فی أن المنشأ مطلق من حیث الزمان و ان البایع انشأ ملکیه مطلقه للمشتري و ابدیه و لکن کلامنا لیس فی الاطلاق و التقييد من حیث الزمان بل من حیث الزمانیات... و لا یقاس کون المنشأ ملکیه محدود بالفسخ، بالبیع الی سنه فان الثانی باطل بالضرورة بخلاف الاول» (مصباح الفقاهه، ج ۶، ص ۲۰۶).

بنابراین، انتقال دائمی عین از ویژگی‌های لازم و اوصاف ممیزه «عقد بیع» است و به همین جهت انتقال موقت عین را اساساً نمی‌توان، مصداق بیع دانست. بنابراین، تحلیل قرارداد تایم شر تحت عنوان عقد بیع، نادرست و غیرقابل قبول است و به همین دلیل، غالب «فقهاء» و محققینی که درباره «تایم شر» مورد سؤال قرار گرفته‌اند، آن را مصداق بیع مصطلح ندانسته‌اند.^۱

بند چهارم: صلح

یکی از عقود معین که در فقه مورد بحث قرار گرفته است عقد «صلح» می‌باشد. عقد صلح چنانکه بسیاری از «فقهاء» گفته‌اند، تنها عقدی که برای قطع کشمکش و رفع نزاع، باشد، نیست.^۲ و عقد صلح منحصر به مواردی نیست که نزاعی رخ داده یا اختلافی وجود داشته باشد،^۳ بلکه عقد صلح به عنوان عقدی مستقل در کنار سایر عقود، مشروعیت و اعتبار دارد. عقد صلح از آن جهت که قالبی گسترده‌تر از همه عقود دارد و به عبارت دیگر، همه عقود را می‌توان در قالب صلح منعقد کرد، می‌تواند قالبی برای بیع زمانی قرار گیرد.

با توجه به ماهیت و ویژگی‌های عقد صلح می‌توان گفت: انتقال مالکیت زمان‌بندی شده اگرچه در قالب عقد بیع امکان ندارد، اما به نظر می‌رسد انعقاد چنین قراردادی تحت عنوان «عقد صلح» نیز مانعی ندارد. بنابراین مالک عین می‌تواند در قالب یک عقد صلح معوض، مالکیت زمان‌بندی شده عین را به چند نفر منتقل نماید به گونه‌ای که مالکیت این افراد به صورت مقطعی و موقت بوده، هر یک از آنها در مدت مشخصی از هر سال، مالک آن عین باشند.

قرارداد فوق با توجه به ماده «۷۵۸» قانون مدنی^۴، شرایط و احکام خاص بیع را ندارد، اما قابل تقیید به زمان می‌باشد و مشروط به دوام مالکیت نیست.

تنها نکته‌ای که در اینجا قابل بحث می‌باشد این است که هرچند هرگونه قرارداد و توافقی را می‌توان تحت عنوان عقد صلح منعقد کرد، اما محدوده اختیار افراد بدان اندازه نیست که بتوانند امور نامشروع را نیز تحت عنوان این عقد قرار دهند.^۵ ماده ۷۵۴ قانون مدنی نیز در

۱- به عنوان نمونه «آیت... معرفت» می‌فرماید: چنین معامله‌ای بیشتر به اجاره شباهت دارد و در بیع بی‌سابقه است. «آیت... علوی گرگانی» می‌فرماید: این نحو خرید و فروش معلوم نیست مصداق بیع باشد، زیرا ظهور تملیک در مالکیت استمراری است. «آیت... صافی» می‌فرماید: فروش ملک به صورت مذکور شرعی نیست، ولی اجاره اشکال ندارد. (ر.ک: جزوه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه).

۲- «هو عقد شرع لقطع التجاذب» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴، ص ۲۵۹؛ بحرانی، شیخ یوسف، الحدایق الناظره، ج ۲۱، ص ۸۳).

۳- بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج ۵، ص ۱۰، بحرانی، شیخ یوسف، پیشین، ص ۸۵.

۴- مطابق ماده مذکور: «صلح در مقام معاملات هرچند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود».

۵- یجوز ایقاعه علی کل امر الا ما استثنی کما یأتی بعضها و فی کل مقام الا اذا کان محرماً لحلال او محلاً لحرام» (امام خمینی (ره)،

این باره تصریح می‌دارد: «هر صلح نافذ است، جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد». اشکالی که ممکن است در مورد صلح مالکیتِ زمان‌بندی شده مطرح شود، آنست که موضوع چنین عقدی عبارت است از انتقال مالکیت موقت به چند نفر و این امر در «حقوق اسلام» مورد قبول واقع نشده، لذا مشروعیت ندارد.

در پاسخ باید گفت اگر عدم مشروعیت مالکیت موقت در فقه اثبات شود، صحت عقد صلح به صورتی که ذکر شد با اشکال روبرو خواهد شد در حالی که چنانکه اشاره شد در فقه عدم مشروعیت این نوع مالکیت ثابت نشد.

«آیت‌الله محمد یزدی» در این رابطه می‌فرماید: «همانطور که امام راحل «آیت‌الله العظمی الخمینی» فرموده‌اند: ملاک باطلان در معاملات عرف و عقلاء است مگر آنکه شارع به طور خاص آن را باطل یا حرام اعلام کرده باشد مثل ربا که فرمود: «احل الله البيع و حرم الربا» و معمولاً معاملات از نظر شرع امضایی است نه تأسیسی و تعبدی و صحت در معاملات اختصاص به معاملات متداول و جاری ندارد بلکه اگر معامله جدیدی حسب شرایط زمان به وجود بیاید که حتی هیچیک از عناوین فعلی معاملات بر آن صدق نکند و عقلاً آن را حق می‌دانند و شارع به طور خاص یا عام آن را رد نکرده باشد صحیح و معتبر و ممضی خواهد بود مثل بیمه در اشکال گوناگون آن. با توجه به این مقدمه بیع زمانی که در فرض سؤال آمده یک معامله صحیح عقلایی است که خریدار نسبت به ملک در آن فصل مالک است و هر نوع انتفاع مالکانه می‌تواند ببرد از استفاده شخصی یا فروش یا اجاره به غیر و... چه آنکه صدق بیع و مبادله مال به مال بر آن باشد یا نه که صدق ظهور عرفی در تملک ملک به طور دائم در طول زمان است که از نظر ما همین مفهوم عرفی در مورد فرض سؤال وجود دارد. زیرا در تمام سالها در همان زمان معین مالک است و خروج از ملک او یا عدم ورود در ملک او در قطعه بعدی زمان، مانع از مالکیت او در طول سال‌ها، در همان قطعه زمانی نیست. حال اگر فرض کنیم این شبهه مانع از صدق عرفی تملک متعارف در بیع است مانع از صدق یک قرارداد و داد و ستد عقلایی جدید نیست که شارع آن را رد نکرده و عقلاء آن را حق و صحیح می‌دانند و عموم آیه شریفه شامل آن خواهد بود.^۱

تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۱۶.

۱- نظرات فقهای عظام شیعه، مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه (قم)، ماهنامه دادرسی، ش ۴۱.

فصل پنجم: شاخه‌های مالکیت

چنانکه شرح داده شد، «مالکیت» کاملترین مصداق حق عینی و بارزترین حق مالی فرد نسبت به اموال است؛ لیکن در مراتب ضعیف‌تر خود شامل «حق انتفاع» و «حق ارتفاق» است که به شرح آتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث اول: حق انتفاع

گفتار اول: معنا و مفهوم حق انتفاع

«حق انتفاع»، یکی از مراتب مالکیت و یکی از وجوه آن است؛ هرگاه مالک، تنها حق استفاده از مال خود را به دیگری واگذار کند و مورد قبول استفاده کننده نیز واقع گردد، «عقد انتفاع» شکل گرفته است. اثر عقد انتفاع آن است که دارنده حق می‌تواند از مال استفاده نماید. در واقع این حق، «حق عینی» برای منتفع است و موضوع آن شیء معین مادی است، اعم از اینکه از اموال منقول باشد یا غیر منقول. در این حالت، منتفع فقط حق استفاده از منافع بوجود آمده را دارد، لیکن مالک منافع نیست.

مطابق ماده «۴۰» قانون مدنی: «حق انتفاع، عبارت از حقی است که بموجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند» حق انتفاع، برای مالک عین، که حق انتفاع را واگذار کرده، محدودیت در تصرفات مالکانه ایجاد می‌کند. موضوع حق انتفاع، اموالی است که استفاده از آن موجب استهلاک فوری یا معدوم شدن عین مال نشود و انتفاع از مال با بقاء آن ممکن باشد.

نکته قابل ذکر اینکه، دارنده «حق انتفاع» مالک منافع نیست و منافع در ملکیت او ایجاد نمی‌شود، بلکه وی صرفاً حق استفاده دارد؛ البته همین حق استفاده را (در صورت عدم شرط مخالف) می‌تواند به دیگری واگذار کند، ولی شخص انتقال گیرنده نیز تنها حق استفاده دارد و مالک منافع نمی‌شود؛ اثر این نکته حقوقی در این امر ظاهر می‌شود که اگر شخصی، مالک

منافع گردید به لحاظ مالکیت، حق تصرفات مالکانه نظیر انتقال به غیر را دارد و نیازی به اجازه گرفتن از کسی ندارد؛ در حالی که در «حق انتفاع» آنچه صاحب حق دارد، یکی از شاخه‌های مالکیت که همان «حق استعمال» باشد را داراست. به عنوان مثال، اگر «حق انتفاع» باغی به فردی برای یک سال واگذار شود، وی حق دارد در طول سال از میوه، سایه و سایر منافع باغ استفاده نماید، لیکن در پایان سال حق بردن میوه را از باغ ندارد، زیرا حقی که داشته، استفاده از باغ بوده که در طول یکسال استیفاء نموده است؛ اما اگر همین باغ، یکساله در اجاره وی می‌بود، چون منافع باغ در ملکیت او حاصل شده است و حق «استثمار» از باغ را دارد، پس از یکسال، حق بردن میوه‌های باغ را دارد، زیرا مالک منافع است.^۱

گفتار دوم: چگونگی برقراری و ویژگی‌های حق انتفاع

«حق انتفاع» ممکن است از طریق قانون یا عقود و ایقاعات یا اذن مالک ایجاد شود. مالک، می‌تواند صرفاً «اذن» انتفاع بدهد یا با عقدی از عقود انتفاع یا ایقاع، بهره‌برداری از منافع مال خود را به دیگری انتقال دهد. عدول از «اذن» جایز است، ولی رجوع از ایقاع و عقد، مگر با داشتن خیار یا اقاله و انفساخ قرارداد جایز نیست. گاه قانونگذار اجازه انتفاع از اموالی که مالک خاص ندارند را اعطاء می‌کند، در این صورت هر کس می‌تواند در حدود مقررات موجود، مبادرت به بهره‌برداری و انتفاع از آن اموال را بنماید. مطابق ماده «۱۷۷» قانون مدنی: «جواهری که از دریا استخراج می‌شود، ملک کسی است که آن را استخراج کرده است و آنچه که آب به ساحل می‌اندازد، ملک کسی است که آن را حیزت می‌کند».

بند اول: برقراری حق انتفاع به موجب عقد

«حق انتفاع» به تبع عین، از آن مالک است و باید به وسیله عقد به دیگری واگذار شود. عقد، توافق دو اراده است که موجب ایجاد یک ماهیت حقوقی می‌گردد که آن ماهیت، موجب آثار حقوقی می‌شود. در تشکیل عقد، حداقل «دو اراده» می‌باید وجود داشته باشد، در حالی که در ایقاع، اراده یک نفر برای تشکیل آن ماهیت حقوقی کافی است، مثلاً هبه (بخشش) (در «حقوق ایران» عقد است و نیاز به پذیرش هدیه‌گیرنده دارد، در حالی که فسخ، طلاق، ابراء و حیزت مباحات از مصادیق ایقاع است که برای تحقق آن، وجود یک اراده کفایت

۱- این مساله کاربردهای عملی دیگری نیز دارد؛ به عنوان مثال در «فقه» این مساله مطرح است که آنچه در عروسی تقدیم میهمانان می‌شود (نثار العرس) چه حقی برای میهمانان ایجاد می‌کند؛ آیا میهمانان مالک آن غذا یا میوه و شیرینی هستند یا تنها حق استفاده دارند و حق بردن به خارج را ندارند؛ در فقه گفته می‌شود میهمانان تنها حق استفاده دارند و بردن به خارج و بخشش به دیگری ممکن نبوده و حرام است. زیرا مالک آن نیستند (آنچه در افواه مردم است که خوردن حلال، بردن حرام، ریشه در شرع دارد)، البته قصد ونیت میزبان را نیز باید مد نظر قرارداد؛ به عنوان مثال، چنانچه میزبان، غذا یا میوه را در ظرف یکبار مصرف قرار داده و تقدیم میهمان نماید، در واقع قصدش تملیک آن بوده که در این صورت می‌توان آن را به خارج برد و یابه دیگری داد.

می‌کند. «عقد انتفاع» با توجه به اینکه در قانون مدنی عنوان خاصی ذکر نشده است، لذا عقدی نامعین و مشمول مقررات ماده «۱۰» قانون مدنی است البته این حق ممکن است ضمن یکی از عقود معین، مثل بیع برقرار شود. لیکن بایستی متذکر شد که لزوم عقد در برقراری «حق انتفاع»، مخصوص موردی است که «حق انتفاع» نسبت به مال غیر برقرار شود. در برقراری «حق انتفاع»، نسبت به مباحات، عقد، لازم نیست، لذا اگر شخصی بدون قصد تملک و صرفاً بمنظور ایجاد «حق انتفاع»، با رعایت مقررات، زمین مواتی را احیاء نماید یا مال مباحی را تصرف نماید، در این صورت «حق انتفاع» بوجود می‌آید.

بند دوم: قابلیت بقاء

مورد «حق انتفاع»، باید مالی باشد که استفاده از آن با «بقاء عین» ممکن باشد (از اموال قابل بقاء باشد) منقول و یا غیر منقول بودن مال و یا مفروز و یا مشاع بودن مال، هیچگونه خصوصیتی ندارد. بنابراین، مالی که با استفاده از آن، از بین رود (مصرف شدنی) نمی‌تواند موضوع «حق انتفاع» واقع شود. البته مقصود، آن نیست که موضوع «حق انتفاع» نباید قابل استهلاك باشد، زیرا هر مالی غیر از زمین در طول زمان، کهنه می‌شود و استهلاك پیدا می‌کند و سرانجام از بین می‌رود. بلکه مراد، آن است که موضوع «حق انتفاع»، نباید مالی باشد که مانند خوراکی و نوشیدنی با اولین استفاده معدوم گردد. به همین جهت، چیزهایی مانند لباس و کتاب که پس از مدتی استفاده، عین آن غیرقابل انتفاع می‌گردد، می‌تواند مورد «حق انتفاع» واقع شود. ماده «۴۶» قانون مدنی در این باره تصریح می‌کند: «حق انتفاع، ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد...». همچنین ماده «۵۸» قانون مدنی در مورد وقف مقرر می‌دارد: «فقط وقف مالی جایز است که با بقای عین بتوان از آن منتفع شد...»

بند سوم: موجود بودن منتفع

کسی که «حق انتفاع» به او منتقل می‌شود، باید در زمان انعقاد عقد «حق انتفاع»، «موجود» باشد. بنابراین نمی‌توان برای کودکی که ده سال بعد به دنیا می‌آید «حق انتفاع» ایجاد کرد، مطابق ماده «۴۵» قانون مدنی: «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 زایل می‌گردد.» ماده «۶۹» قانون مدنی در مورد وقف نیز همین قاعده را مطرح کرده است. مطابق این ماده: «وقف برمعدوم صحیح نیست، مگر به تبع موجود.» البته برای حمل، قبل از تولد می‌توان حق انتفاع

ایجاد کرد و اگر زنده متولد شد از آن حق بهره می برد. مطابق ماده «۹۵۷» قانون مدنی: «حمل از حقوق مدنی متمتع می گردد، مشروط بر اینکه زنده متولد شود.» و با ملاک از ماده «۸۵۱» قانون مدنی که مقرر داشته است: «وصیت برای حمل صحیح است، لیکن تملک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود.» می توان گفت، قرار دادن «حق انتفاع» و وقف بر حمل صحیح است.

استثنایی که بر این قاعده وجود دارد «به تبع موجود» است، بدین معنا که می توان «حق انتفاع» را نسل بعد نسل قرارداد، مثلاً اگر سکونت در خانه ای را برای سرایداری در نظر بگیریم و شرط نماییم چنانچه منتفع، فوت نماید برای فرزندان او حق سکونی باشد و حتی اگر در هنگام وقوع عقد نیز سرایدار، دارای فرزندی نباشد، حق سکونت به فرزند او می رسد. البته در هنگام فوت، شخص، باید فرزندی از وی وجود داشته باشد. ماده «۴۵» قانون مدنی به این نکته اشاره دارد و مقرر داشته است: «...ممکن است حق انتفاع، تبعاً برای کسانی هم که در حین عقد بوجود نیامده اند برقرار شود و مادامی که صاحبان حق انتفاع موجود هستند، حق مزبور باقی و بعد از انقراض آنها حق زائل می گردد».

بند چهارم: مجانی و بلاعوض بودن حق انتفاع

«حق انتفاع» از عقود «مجانی» یا «بلاعوض» است. در مقابل عقود مجانی، عقود «معوض» قراردادند، «عقد معوض» عقدی است که می باید یک مابازاء متناسب با آن را داشته باشد و آنگاه عقد به دلیل عدم تعادل بین دو طرف عقد (عوض و معوض) باطل یا قابل فسخ خواهد بود؛ اما در عقود مجانی لازم نیست در مقابل انتقال مال، مابه ازایی وجود داشته باشد و اگر طرف مقابل نیز برای تکریم و احترام، مالی را متقابلاً واگذار کند لطفی بوده که خود خواسته و الزامی در آن نداشته است؛ همچنین لزومی ندارد این دو مال به لحاظ ارزش باهم تناسبی داشته باشند چنانکه شخصی «حق انتفاع» از آپارتمانی را در مقابل «حق انتفاع» از کامپیوتری به دیگری واگذار نماید که در اینجا در عین عدم تناسب، عقد باطل یا غیر نافذ نمی شود. حتی می توان برای «حق انتفاع»، شرط عوض متناسب را مقرر کرد که باز این شرط عوض، عقد را از مجانی بودن خارج نمی کند. همانگونه که شرط عوض در هبه جایز است^۱، زیرا «شرط عوض» جنبه فرعی و تبعی دارد و با ماهیت عقد مجانی، منافات ندارد. البته در مورد مجانی بودن «حق انتفاع»، میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. نظر برخی^۲ بر این است که مجانی بودن، «مقتضای ذات عقد حق انتفاع»^۳ نیست، بنابراین می توان در ذات آن شرط عوض نمود و

۱- مطابق ماده «۸۰۱» قانون مدنی: «هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب می تواند شرط کند که متهدب، مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد.»

۲- امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۳۱

۳- مقتضای ذات عقد موضوع اصلی و اثری است که اگر از عقد گرفته شود جوهر و مفاد آنچه مورد تراضی است از بین می رود.

همچنین با توجه به ماده «۱۰» قانون مدنی می‌توان شرط فسخ و اقاله را در آن نمود، بر خلاف «وقف» که به هیچ وجه، شرط عوض در آن راه ندارد و عقد را باطل می‌کند. برخی نیز گفته‌اند، هر چند «حق انتفاع»، غالباً مجانی است، زیرا غرض از برقراری آن، کمک به امور خیریه است، لیکن از هیچ نص قانونی، شرط مجانی بودن آن بر نمی‌آید، لذا بلا عوض بودن در حقوق جدید از شرایط «حق انتفاع» به شمار نمی‌آید و این حق با توجه به اصل حاکمیت اراده و صحت قراردادها، ممکن است معوض برقرار شود.^۱ برخی نیز معتقدند، عقد انتفاع، مجانی است و شرط خلاف آن از مصادیق شرط خلاف مقتضای ذات عقد بوده و موجب بطلان آن می‌گردد.^۲

بند پنجم: تحویل مال مورد انتفاع

«قبض»، یعنی تحویل و تسلیم مال، به نحوی که منتفع بر آن استیلاء و تصرف پیدا نماید از شرایط صحت «حق انتفاع» است. بنابراین چیزی را می‌توان موضوع «حق انتفاع» قرار داد که قابل قبض و اقباض باشد. توضیح اینکه در بیشتر عقود، صرف تراضی و توافق طرفین بر مفاد عقد باعث تشکیل عقد می‌شود. این عقود را «عقود رضایی» می‌گویند، در مقابل «عقود عینی» وجود دارند که عنصر سومی هم غیر از اراده طرفین برای تشکیل عقد لازم است که همان «قبض» یا «تسلیم و تسلّم» مال است و در این عقود، چنانچه قبض صورت نگیرد، عقدی شکل نگرفته است. البته «فقیهان امامیه»، در تأثیر قبض اختلاف دیدگاه دارند، غالب «فقه‌های امامیه»، «قبض» را شرط «صحت» عقد انتفاع می‌دانند و برخی دیگر آن را شرط «لزوم عقد» می‌شناسند. بر اساس این دیدگاه، تا زمانی که قبض نشده است، مالک، می‌تواند عقد را فسخ کند، اما پس از قبض، عقد، لازم می‌شود و دیگر نمی‌توان آن را بر هم زد، لیکن انتقال منافع از زمان انعقاد عقد است و از زمان انعقاد عقد، تصرفات منتفع یا موقوف علیه، تصرف در ملک غیر نیست ولی بدون قبض، عقد، لازم نمی‌شود و اگر قبل از قبض، مالک فوت نماید، عقد انتفاع مثل دیگر «عقود جایز»، منفسخ می‌شود، چراکه مطابق ماده «۹۵۴» قانون مدنی: «کلیه «عقود جایز»

مقتضای عقد بستگی به نوع عقد دارد هر عقدی مقتضای خاص خود را دارد. مقتضای عقد بیع، انتقال مالکیت و انتقال منفعت مقتضای عقد اجاره است. حقوقدانان در مبطل بودن این شرط و چرایی و چگونگی آن اختلافاتی دارند. اما به طور کلی توجیه‌شان این است که طرفین عقد با آوردن این شرط در حقیقت مفادی را که قبلاً در عقد تراضی کرده بودند را نفی می‌کنند و به دو انشاء متضاد بر می‌گردد. در عقد بیع تراضی به انتقال ملکیت به مشتری است اگر شرط شود ضمن عقد بیع ملکیت انتقال نیابد و ملکیت در بایع باقی بماند این شرط با انشاء در عقد منافات دارد و انشاء عقد را باطل می‌کند و این تضاد موجب بطلان عقد شده است. در مقابل مقتضای ذات عقد، مقتضای اطلاق عقد قرار دارد که عبارت است از آثار معمولی عقد که عقد بدون ذکر امری از متعاملین، سبب حصول آن اثر می‌شود شرط بر خلاف مقتضای اطلاق عقد صحیح می‌باشد. مثلاً در ضمن عقد بیع شرط شود که مشتری برای مدت معینی حق انتقال مبیع را نداشته باشد. (افتخاری، جواد، کلیات عقود و تعهدات، تهران، سال ۱۳۸۲، چاپ اول، ص ۲۲۳)

۱- صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۴۴.

۲- لنگرودی، حقوق اموال، ص ۱۲۸.

به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفته در مواردی که رشد معتبر است. «قانون مدنی ایران» نظر اول را برگزیده، و در مورد «حق انتفاع» به معنای خاص، در ماده «۴۷» مقرر می‌دارد: «در حبس، اعم از غمری و غیره، قبض، شرط صحت است.» و نیز ماده «۵۹» قانون مدنی در مورد وقف اعلام می‌دارد: «اگر واقف، عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد، وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به قبض داد، وقف تحقق پیدا می‌کند.» اثر این عبارت، این است که اگر در فاصله بین ایجاب و قبول و قبض، یکی از متعاقدین فوت نماید، عقد منعقد نمی‌شود و بر طبق این دیدگاه انتقال از زمان قبض انجام می‌گیرد و منافع آن از تاریخ قبض، به منتفع یا موقوف علیه در وقف تعلق پیدا می‌کند و طبعاً منافع قبل از آن، متعلق به مالک است و لذا منتفع قبل از قبض نمی‌تواند بدون اجازه مالک یا قائم مقام او در ملک تصرف نماید و اگر تصرف نماید در حکم تصرف در مال غیر است. با وجود این، بایستی متذکر شد که در عقد «حق انتفاع»، قبض، شرط فوری نیست و تا زمانی که مالک از عقد رجوع ننمود، می‌تواند قبض، صورت گیرد و عقد لازم شود، کما اینکه در مورد وقف در ماده «۶۰» قانون مدنی چنین مقرر شده است: «در قبض، فوریت شرط نیست، بلکه مادامی که واقف رجوع از وقف نکرده است هر وقت قبض بدهد وقف تمام می‌شود.»

گفتار سوم: تفاوت حق انتفاع با مفاهیم مشابه

بند اول: تفاوت حق انتفاع با اذن (اباحه انتفاع)

در اثر عقد «حق انتفاع»، منتفع، مالک «حق انتفاع» می‌گردد در صورتیکه در «اباحه» یا «اذن در انتفاع»، منتفع، حقی بر انتفاع پیدا نمی‌نماید بلکه انتفاع بردن، بر او «مباح» می‌شود و تا زمانی که این اذن یا اباحه وجود داشته باشد، تصرف برای متصرف، مباح است به عنوان مثال، هرگاه مهمان با اذن قبلی وارد خانه‌ای شود نشستن در آن خانه برای مهمان، مباح است، زیرا با اذن صاحب خانه وارد شده است و این به معنای «حق انتفاع» نیست، زیرا هر زمان که صاحب خانه اراده نماید، حضور مهمان در خانه مباح نخواهد بود و می‌باید خانه را ترک نماید، در حالیکه در «حق انتفاع» به موجب عقد، حقی جهت انتفاع ایجاد می‌شود که هیچیک از طرفین بدون جهت، حق بر هم زدن آن را ندارد. همچنین به نظر می‌رسد حضور در فروشگاه‌ها جهت خرید و طبعاً استفاده از فضا و خنکی آن اذن و اباحه در انتفاع باشد و «حق انتفاع» ناشی از عقد نیست.^۱

۱- تفاوت اساسی اذن و اجازه در آن است که اذن دو جنبه دارد: رخصت دادن و رفع مانع کردن و نیز اعلام رضایت. ولی اجازه تنها جنبه اخیر، یعنی اظهار رضایت به تصرف را داراست. چرا که رخصت دادن نسبت به تصرف و عملی که قبلاً تحقق یافته است معقول نمی‌باشد. از نظر اصطلاحی، به کار بردن واژه اجازه در مورد انشای رضایت، پیش از واقع شدن عمل، استعمالی نابه جاست. در کتاب‌های

با توجه به آنچه گذشت، اذن و «حق انتفاع» در موارد ذیل از یکدیگر متمایز می‌گردند:

۱- «حق انتفاع»، غالباً به وسیله «عقد» به وجود می‌آید و تا زمانی که طرف عقد، آن را قبول نکند واقع نمی‌شود. درحالیکه اذن، «ایقاع» است و اراده اذن دهنده در وقوع آن کافی است و رد یا قبول مأذون در وقوع یا انحلال آن نقشی ندارد.

۲- پس از واگذاری «حق انتفاع»، منتفع نسبت به مال مورد «حق انتفاع»، صاحب حق می‌گردد. درحالیکه با اذن، برای مأذون «حق انتفاع» پیدا نمی‌شود؛ بلکه انتفاع بروی، مباح می‌گردد و دیگر، انتفاع از مال برای او، ممنوع و تجاوز به حق غیر به شمار نمی‌آید. به همین جهت، در «حق انتفاع»، به جز آن که شرط خلاف شده باشد، منتفع می‌تواند آن را به دیگری واگذار نماید. حتی اگر قید مباشرت در «حق انتفاع» شده باشد، منتفع می‌تواند با شرط آنکه تنها خود از آن استفاده کند، «حق انتفاع» را به دیگری انتقال دهد. در مقابل، مأذون از چنین حقی بهره‌مند نمی‌باشد. چنان که هرگاه کسی، دیگری را به منزل خویش دعوت کند، میهمان می‌تواند از آنچه برای او حاضر می‌کند بهره‌برد، از خوردنی‌ها بخورد و از نوشیدنی‌ها بنوشد، ولی حقی نسبت به آنها پیدا نمی‌کند و نمی‌تواند آنها را با خود ببرد و یا به دیگری اعطا کند.^۱ بنابراین نمی‌توان منتفع را در «حق انتفاع»، مالک انتفاع شناخت.^۲

۳- «حق انتفاع»، از عقود «لازم» است؛ یعنی مالک نمی‌تواند آن را برهم زند و از آن رجوع کند، مگر آنکه به علتی زایل گردد. درحالی که طبیعت «اذن»، قابل رجوع است و اذن دهنده هرگاه بخواهد می‌تواند از اذن خویش، رجوع کند، مگر آن که اذن یا عدم رجوع آن،

فقهی و حقوقی به تفاوت آن دو از نظر مورد استعمال تصریح شده است، چنانکه صاحب عناوین در بیان تفاوت اذن و اجازه می‌نویسد: «... و هو قد یکون قبل التصرف و هو المسمی بالاذن و قد یکون بعد ذلک و یسمی بالاجازه». (عبدالفتاح بن علی مراغی حسینی، العناوین، ص ۳۳۹) و امام خمینی، در کتاب البیع، ج ۲، ص ۱۰۴. مقرر داشته‌اند: «الاجازه و الإذن یشتکان الأ فی التقدّم و التأخّر». و در حاشیه ابن عابدین آمده است: «أن الإذن إنما یکون لما سیقع والاجازه انما تكون لما وقع» (محمد امین بن عمر ابن عابدین، جامع الفصولین، ج ۱، ص ۲۳۱) (با این حال، قوانین حقوقی بارها این دو واژه را به جای یک دیگر به کار برده است؛ مثلاً در مواد ۱۱۵، ۱۲۴، ۵۰۳، ۷۹۴ و ۱۰۴۳ «قانون مدنی و نیز ماده «۸۵» قانون امور حسبی، واژه اجازه به جای اذن به کار رفته است. همچنین برخی از حقوقدانان و فقیهان نیز، این دو واژه را در محل مناسب خود به کار نبرده و گاهی از اذن به اجازه تعبیر کرده‌اند؛ از جمله موارد مزبور عبارتند از: (عدل، مصطفی، حقوق مدنی، صص ۷۸ و ۳۷۹، کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۰۱، ص ۲۳).

۱- در منهاج آمده است: «ولا یتصرف فیما قلّم له بغير الاکل لانه المأذون فیه عرفاً فلا یطعم منه سائلاً و لاهره الا بإذن صاحبه او علم رضاه». الشربینی، محمد الخطیب، مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ (المنهاج، ج ۳، ص ۲۹۸. به نقل از: جمال عبدالناصر، الموسوعه فی الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۱۷۰)

۲- ماده «۴۰» قانون مدنی اگر چه برگرفته از ماده «۵۷۸» قانون مدنی فرانسه است، ولی قانون‌گذاران ایرانی با تغییری در ترجمه آن نشان می‌دهند که منتفع را، مالک انتفاع نمی‌دانند. ازاین رو، یکی از تفاوت‌های حق انتفاع در قانون مدنی ما با قانون مدنی فرانسه در آن است که بر خلاف قانون فرانسه، منتفع، مالک انتفاع نمی‌گردد، بلکه تنها حق استفاده و انتفاع برای او محفوظ است. ماده «۵۷۸» قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «حق انتفاع عبارت است از حق استفاده از اشیاء متعلق به دیگری هم‌چون خود مالک، اما با تعهد به حفظ عین آن» (قانون مدنی آلمان نیز، حق انتفاع را به همین صورت تعریف کرده‌است؛ در ماده «۱۰۳۹» قانون مدنی آلمان، منتفع، مالک حق انتفاع معرفی شده است)

ضمن عقد لازمی شرط شده باشد و یا رجوع از طرف قانون، ممنوع گردد. به همین جهت، تعیین مدت - مگر آن که ضمن عقد لازمی باشد - اذن را لازم نمی‌گرداند. درحالی که در «حق انتفاع»، در صورتی که مدت تعیین شود، تا پیش از انقضای آن، «حق انتفاع» خاتمه نمی‌یابد. بدین ترتیب، در مورد «رقبی» با انقضای مدتی که در عقد معین گردیده، «حق انتفاع» خاتمه می‌یابد و در «عُمَری»، با فوت کسی که «حق انتفاع» به عمر او مقید شده، «حق انتفاع» منتفی می‌گردد.

در «حبس مطلق» که مدت در عقد انتفاع، قید نگردیده، «حق انتفاع» تا زمانی که مالک حیات دارد، از بین نمی‌رود. ولی از آنجا که حبس مطلق قابل رجوع می‌باشد، مالک در هر زمان می‌تواند از آن رجوع کند.

۴- چنانکه اشاره شد، مورد «حق انتفاع»، صرفاً مالی است که با انتفاع از آن، عین باقی بماند. لیکن مورد اذن، نه تنها به چنین شرطی مقید نمی‌باشد، بلکه حتی به مال نیز اختصاص ندارد. چنانکه موضوع اذن، می‌تواند عمل حقوقی یا تصرف غیر حقوقی باشد؛ مانند اذن وُلّی به غیر رشید در انجام معاملات و تصرفات او.^۱ یا اذن شرکا، به یک دیگر در اداره اموال مشترک که موجب نفوذ اعمال آنان می‌گردد.

از نظر «حقوق مدنی فرانسه» وجود چنین شرطی در مورد «حق انتفاع»، لازم نمی‌باشد. به همین جهت ماده «۵۸۷» قانون مدنی فرانسه در این زمینه مقرر می‌دارد: «اگر حق انتفاع، اشیائی را شامل شود که استفاده از آن بدون زوال عین آن ممکن نیست؛ مانند پول، حبوبات و مایعات، منتفع حق دارد از آنها استفاده کند، اما متعهد است در پایان حق انتفاع مثل آنها را در کیفیت یا قیمت آنها را در زمان تلف بپردازد».^۲

۵- چنانکه اشاره شد «قبض»، شرط صحت «حق انتفاع» است؛ بر خلاف اذن که به صرف اراده اذن دهنده و بدون توقف بر قبض، به نحو صحیح واقع می‌شود.^۳

۱- ماده «۱۲۱۴» قانون مدنی مقرر داشته است: «معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست، مگر با اجازه ولی یا قیم او، اعم از این که این اجازه قبلاً داده شده باشد یا بعد از انجام عمل...» و طبق ماده «۵۷۷» قانون مدنی: «شریکی که در ضمن عقد به اداره کردن اموال مشترک مأذون شده است، می‌تواند هر عملی را که لازمه اداره کردن است، انجام دهد و به هیچ وجه مسئول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود، مگر در صورت تفریط یا تعدی».

2- Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer comme l'argent les grains les liqueurs l'usufruitier a le droit de s'en servir mais a la charge de rendre ala fin de l'usufruit soit des choses de me'me quantite etqualite soit leur valeur estimee a la date de La restitution

ماده «۹۹۲» قانون مدنی مصر نیز در این مورد تصریح می‌کند: «و للمتفع الذی قوم الکفاله أن يستعمل الاشياء القابله للاستهلاك و إنما علیه أن یرد بدلها عند انتهاء حقّه فی الانتفاع».

۳- شعبه سوم دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۲۹۹ مورخ ۱۳۲۸/۷/۱۶ با استناد به ماده فوق اعلام می‌کند: «بر طبق مستفاد از مواد ۴۰ و ۴۱ قانون مدنی، عمری حق انتفاعی است که از طرف مالک به دیگری واگذار می‌شود و به موجب ماده «۴۷» قانون مزبور در این موضوع قبض شرط صحت عقد است». (احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، ص ۳۱۹)

۶ - فوت مالک یا منتفع، «حق انتفاع» را از بین نمی‌برد، مگر آن‌که در ضمن عقد، «حق انتفاع» به «عمر» آنان مقید شده باشد، درحالی‌که اذن به محض فوت اذن دهنده، خاتمه می‌یابد.^۱

بند دوم: تفاوت حق انتفاع با مالکیت منافع

تفاوت «حق انتفاع» با مالکیت منافع در اجاره، آن است که در اجاره، منافع در مدت اجاره به ملکیت مستأجر درمی‌آید و ذرات منافع در ملکیت مستأجر تولید می‌گردد. ولی در «حق انتفاع»، منافع در ملکیت مالک عین پدید می‌آید؛ لیکن منتفع از حق انحصاری بهره‌برداری از آن برخوردار است. به همین دلیل، در «حق انتفاع»، منتفع نمی‌تواند عین را به دیگری اجاره دهد، زیرا اجاره، تملیک منفعت است،^۲ اما در انتفاع، منتفع مالک منافع نمی‌باشد تا آن را به دیگری انتقال دهد؛^۳ بلکه دارای حقی است که در اثر آن از منافع مال مورد «حق انتفاع»، بهره‌مند می‌گردد و نمی‌تواند این حق را مانند حقوق مالی دیگر به هر کس بخواهد واگذار کند. برخی معتقدند «حق انتفاع» حق مالی منتفع است و علی‌القاعده هر مالک و صاحب حقی می‌تواند «حق انتفاع» خود را به دیگری واگذار نماید، اما هر گاه قید مباشرت در عقد «حق انتفاع» شده باشد. دیگر قابل انتقال نیست.^۴ با وجود این، قول به اینکه دارنده «حق انتفاع» نمی‌تواند حق خود را به دیگری انتقال دهد موافق نظر مشهور «فقهای امامیه» است. لیکن بایستی متذکر شد که «فقهای امامیه» این نظر را فقط در مورد «سکنی» ذکر کرده‌اند، نه در همه اقسام «حق انتفاع»،^۵ در مورد «سکنی» هم بطور عموم انتقال را منع نکرده‌اند، بلکه انتقال «حق انتفاع» را در صورت اذن مالک، مجاز دانسته‌اند.

در واقع قول به عدم جواز انتقال، منحصر به مورد اطلاق سکنی و مبتنی بر تفسیر اراده متعاملین به کمک عرف و عادات است. البته در مورد «سکنی» این نظر مورد انتقاد برخی از جمله «صاحب جواهر» و «مسالک» قرار گرفته است. لذا اصل این است که «حق انتفاع» مانند سایر حقوق مالی، قابل انتقال است مگر اینکه از اراده صریح طرفین یا ضمنی آنها یا عرف و عادات خلاف آن استفاده شود.^۶

از آنجا که در «حقوق مدنی فرانسه»، بین «حق انتفاع» و مالکیت منافع تفاوتی وجود

۱- برای مطالعه بیشتر در زمینه حق انتفاع ر. ک: احمد حاجی محمدپور، «بررسی عقد حق انتفاع در رابطه با عمری، رقبی و سکنی»، پایان نامه فوق لیسانس، رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۱۳۶۹.

۲- مطابق تعریف ماده «۴۶۶» قانون مدنی: «اجاره، عقدی است که به موجب آن، مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود...».

۳- ماده «۴۷۳» قانون مدنی در زمینه لزوم مالکیت منافع توسط موجر می‌گوید: «لازم نیست که موجر مالک عین مستأجره باشد، ولی باید مالک منافع آن باشد».

۴- مدنی، سید جلال الدین، حقوق مدنی، ج اول، نشر پایدار، سال ۱۳۹۰، ص ۲۷۲.

۵- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۱۴۲.

۶- صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۴۲.

ندارد، ماده «۵۹۵» قانون مدنی فرانسه، به منتفع اجازه می‌دهد که مورد «حق انتفاع» را به شخص ثالث اجاره دهد. ماده «۵۹۵» قانون مدنی فرانسه در این باره تصریح می‌کند: «منتفع می‌تواند خود از حقش استفاده کند، آن را به دیگری اجاره دهد یا همچنین آن را بفروشد یا بلاعوض انتقال دهد».^۱ همچنین در ماده «۱۳۰۹» قانون مدنی آلمان حق اجاره دادن منافع را به منتفع داده است.

همچنین بر خلاف عقد اجاره^۲، «تعیین مدت» از شرایط صحت عقد «حق انتفاع» نمی‌باشد. بنا براین چنانچه در «حق انتفاع»، مدت قید نشود «حق انتفاع»، «صحیح» است؛ بر خلاف عقد اجاره که تعیین مدت از شرایط صحت عقد است. عدم امکان انتقال منافع توسط منتفع در «حقوق ایران» به این دلیل است که منتفع، مالک منافع نیست و به همین دلیل نمی‌تواند این حق را به ارث نیز بگذارد، پس مادامی که صاحبان «حق انتفاع»، موجود هستند، حق مزبور باقی و بعد از فوت آنها، زایل می‌گردد (قسمت اخیر ماده ۴۵ قانون مدنی).

ولی اگر حق برای مدت عمر مالک یا یک دوره معین به منتفع داده شده است و وی قبل از مالک یا قبل از اتمام دوره فوت نماید، در این صورت «حق انتفاع» به ارث می‌رسد.^۳

در رد اینکه حق «عمری» به ارث نمی‌رسد، گفته شده است، انتقال این حق به موجب قراردادی است که در بدو امر منعقد شده است. پس هر گاه «عمری» به مدت عمر عاقلد یا ثالث یا مالک منعقد گردد و آن‌ها قبل از مالک فوت کنند، از همان اول، «حق عمری» برای پس از فوت آنها، به نفع اولاد آنها مقرر بوده است.

بدلیل وجود وصف مالکانه است که اگر ملک مورد «حق انتفاع» در طرح توسعه قرار گیرد، «بدل مال» به منتفع داده نمی‌شود. در مقابل گفته شده است «حق انتفاع» بر اساس قصد و رضای متعاقدین است و تفسیر آن اراده به کمک «عرف» و «عادت» انجام می‌شود، پس در صورتی که عرف و عادت در منع انتقال موجود نباشد یا مالک صریحاً منع نکرده و قرارداد بر مبنای این منع بنا نشده باشد نمی‌توان منتفع را از انتقال «حق انتفاع» خود منع کرد. برخی نیز اصولاً «حق انتفاع» را قابل انتقال می‌دانند مگر اینکه بموجب قرارداد یا «عرف» و «عادت» این حق از منتفع سلب شده یا مباشرت منتفع شرط گردیده باشد. عده‌ای نیز حق عمری را قائم بشخص منتفع دانسته که نمی‌تواند آن را به دیگری واگذار نماید و به ارث نیز نمی‌رسد.^۴ ولی

1- L'usufruitier peut jouir par lui-meme donner a bail a un autre meme vendre ou ceder son droit a titre gratuit....

۲- مطابق ماده «۴۶۸» قانون مدنی: «در اجاره اشیاء، مدت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است»

۳- محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۱۳۶ و محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، کتاب المستاجر و شهید ثانی، مسالک الافهام، کتاب السکنی و علامه حلی، تذکره، ج ۲، ص ۴۵۰

۴- بحرانی، شیخ یوسف، حدائق، ج ۴، ص ۵۰۱ و نجفی، محمد حسن، ج ۲۸، ص ۱۳۴ نقل از داراب پور، حقوق اموال و مالکیت،

واقعیت این است که این حق و نحوه واگذاری آن تابع قرارداد و عرف است، چنانچه در عرف انتقال بلامانع باشد، نمی‌توان در صورت سکوت قرارداد، «عرف» نادیده گرفته شود.

گفتار چهارم: اثر انتقال موضوع حق انتفاع

«حق انتفاع»، مستقل از حق مالکیت عین می‌باشد. یعنی انتقال مالکیت عین مال مورد انتفاع، موجب زوال یا انتقال «حق انتفاع» نمی‌گردد. بنابراین چنانچه مالکی، «حق انتفاع» از خانه خود را برای یکسال به فرزندش واگذار نماید، سپس همان خانه را به شخص دیگری بفروشد، بیع خانه صحیح است؛ البته ممکن است خریدار، جاهل به این امر باشد که در این صورت می‌تواند قرارداد را فسخ نماید، زیرا وجود «حق انتفاع» برای یک سال به نوعی «عیب» محسوب می‌شود که امکان استفاده از مال را از او سلب کرده است. مطابق ماده «۵۳» قانون مدنی: «انتقال عین از طرف مالک به غیر، موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود ولی اگر منتقل الیه، جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت».

گفتار پنجم: اقسام حق انتفاع

«حق انتفاع» به معنی عام شامل «عمری»، «رقبی»، «سکنی»، و «حبس مطلق» می‌شود علت این نامگذاری آن است که قواعد کلی بر آن حاکم است، اما «حق انتفاع» به معنی خاص شامل «وقف» می‌باشد، که قواعد و مقررات ویژه‌ای بر آن حکومت می‌کند که البته به وقف، «حبس کامل» نیز گفته می‌شود زیرا مالکیت مالک در موقع انعقاد عقد و قبض بطور کامل قطع می‌شود و او نمی‌تواند در مال تغییری دهد، در این حالت، انتقال ارادی و قراردادی ممکن نیست و به ارث نمی‌رسد. اما در سایر اقسام «حق انتفاع» به آن «حبس ناقص» نیز می‌گویند.

هر یک از این انواع می‌تواند بموجب عقد برقرار شود. اسم عام این دسته را «حبس» نیز گفته‌اند. ذیلاً به بررسی این مصادیق می‌پردازیم.

بند اول: حبس مطلق

در «حبس مطلق»، تعیین مدت از شرایط اساسی صحت عقد انتفاع نمی‌باشد (برخلاف عقد اجاره) بنابراین در صورتیکه، مالک «حق انتفاع» ملک خود را ضمن عقد، بدون قید مدت واگذار کند، عقد «جایز» تلقی و «حبس مطلق» نامیده می‌شود. عقد جایز (در مقابل عقد لازم) است و بدین معناست که هر یک از طرفین عقد می‌توانند هر زمان که بخواهند آن را بر هم زده و فسخ نمایند، ضمن اینکه این عقد با فوت یا جنون مالک یا منتفع منحل می‌گردد. ماده «۴۴» قانون مدنی مقرر داشته است: «در صورتیکه 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». لیکن بایستی گفت «حبس عام» و «خاص» هر دو از عقود «لازم» هستند، حبس مطلق هم عقدی لازم است ولی قانونگذار تعیین مدت در آینده را به عهده مالک گذارده است، هر گاه او مدت را معین نماید و یا به عبارت دیگر از حبس مطلق رجوع نماید مدت به پایان رسیده و عقد هم پایان می‌پذیرد.

بند دوم: حبس مؤبد

در صورتیکه در عقد راجع به «حق انتفاع»، «دوام» قید شده باشد و «حق انتفاع» از مال خود را به دیگری برای همیشه واگذار نماید آن را «حبس مؤبد» می‌نامند و مادام که عین مال مورد «حق انتفاع» باقی باشد، دارنده حق، از آن منتفع خواهد بود. در «قانون مدنی» اشاره به این نوع حبس نشده است. لکن ماده «۱۰» قانون اوقاف (مصوب ۱۳۵۴) ناظر است بر حبس و... که منافع آنها بطور دائم برای مصارف عام تخصیص داده شده باشد. «حبس مؤبد» مانند «وقف» است و بنابراین نمی‌توان در آن شرط فسخ یا شرط عوض نمود. لیکن بین حبس مؤبد با وقف تفاوت دارد. در «حبس مؤبد» هر چند با فوت منتفع به وراثت او منتقل می‌شود لیکن اگر وراثی نداشته باشد، عقد منحل می‌شود و «حق انتفاع» از مال به مالک آن باز می‌گردد، در حالی که در وقف، عین مال حبس می‌شود و منافع به موقوف علیه منتقل می‌شود و با فوت موقوف علیه نیز منافع به مالک اولیه یعنی «واقف» باز نمی‌گردد، ضمن اینکه در «حبس مؤبد» مالکیت عین برای مالک باقی است.

بند سوم: عمری

بموجب ماده «۴۱» قانون مدنی: «عمری، حق انتفاعی است که به موجب عقدی از طرف مالک برای شخص بمدت عمر خود یا عمر منتفع و یا عمر شخص ثالثی برقرار شده باشد» با توجه به اینکه طول مدت در این عقد به درازی عمر مالک یا منتفع یا شخص ثالثی بستگی دارد، نام آن «عمری» گذاشته شده است با توجه به متن ماده مزبور، عمری بر سه قسم است:

۱- «عمری بمدت عمر مالک» که با فوت او از بین می‌رود. و چنانچه منتفع زودتر فوت نماید، «حق انتفاع»، مثل سایر حقوق مالی او به ورثه منتفع منتقل می‌شود و این حق برای ورثه تا انقضای عمر مالک باقی است.

۲- «عمری بمدت عمر منتفع» که در این حالت فوت مالک اثری ندارد و تنها با فوت منتفع، ساقط می‌شود.

۳- «عمری بمدت عمر شخص ثالث» که در اینجا نیز فوت مالک اثری ندارد و وراثت مالک می‌باید این حق را محترم بشمارند؛ زیرا عقد عمری، عقدی «لازم» می‌باشد و لذا تا

انقضاء مدت، طرفین نمی‌توانند آن را فسخ نمایند، مگر اینکه به تراضی آن را اقاله و تفاسخ نمایند.

بند چهارم: رقبی

«رقبی» از ارتقاب به معنی انتظار می‌باشد، زیرا در این عقد، مالک انتظار پایان مدت را می‌کشد تا از ملک خود استفاده نماید و مطابق ماده «۴۲» قانون مدنی: «رقبی، حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می‌گردد» عقد رقبی، نظیر عقد عمری، لازم است. ولی تفاوت آن با عمری این است که در این عقد، مدت برقراری حق از طرف مالک تعیین می‌شود (مثلاً پنج سال) و به عمر کسی منوط نمی‌گردد. اگر ابتدای مدت برقراری «حق انتفاع»، معین نشده باشد، شروع مدت انتفاع از تاریخ عقد است.

بند پنجم: سکنی

حق انتفاعی که سکونت در مسکنی باشد، «سکنی» یا «حق سکنی» نامیده می‌شود و این حق ممکن است به طریق «عمری» یا «رقبی» برقرار شود. مطابق ماده «۴۳» قانون مدنی: «اگر حق انتفاع، عبارت از سکونت در مسکنی باشد سکنی یا حق سکنی نامیده می‌شود و این حق ممکن است به طریق عمری یا به طریق رقبی برقرار شود.» بنابراین اگر «حق انتفاع»، ناظر به سکونت در محل یا ملکی باشد به این اعتبار «سکنی» نامیده می‌شود. برقراری این حق، ممکن است به عمر مالک یا عمر متفع یا عمر شخص ثالث منوط شود و یا به طور مطلق یا برای زمان خاصی در نظر گرفته شود و یا بصورت موبد باشد، پس «سکنی» از نظر ذاتی، قسم خاصی از «حق انتفاع» نیست، بلکه همان عمری یا رقبی و یا حبس مطلق یا موبد، در سکونت در مکانی است.

گفتار ششم: حقوق و تعهدات طرفین حق انتفاع

بند اول: حقوق و تکالیف مالک

مالک حق دارد در حدود قوانین و مقررات، هر گونه تصرفی را که تعارضی با «حق انتفاع» منتفع نداشته باشد، در عین انجام دهد، مالک حق انتقال و فروش مال موضوع «حق انتفاع» را با رعایت حقوق منتفع دارد، در این حالت اگر منتقل الیه آگاه از وجود «حق انتفاع» به نفع دیگری باشد، حق فسخ قرارداد را ندارد و الا خریدار حق فسخ^۱ را دارد. کیفیت انتفاع از مال را مالک در عقد انتفاع بیان و مشخص می‌نماید و در غیر این صورت مطابق عرف و عادت عمل خواهد شد. (ماده ۵۴ قانون مدنی). همچنین هزینه‌های نگهداری مال بر عهده مالک است

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

مطابق ماده «۴۹» قانون مدنی: «مخارج لازمه برای نگهداری مالی که موضوع انتفاع است بر عهده منتفع نیست، مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد.»

بند دوم: حقوق و تکالیف منتفع

الف: عدم سوء استفاده از مال موضوع حق

منتفع می‌تواند در حدود قرارداد منعقد بین وی و مالک، از مال موضوع «حق انتفاع»، بهره برداری نماید و اگر قرارداد ساکت باشد، کیفیت انتفاع و بهره برداری از مال موضوع انتفاع با عرف و عادت خواهد بود. (ماده ۵۴ قانون مدنی). دارنده «حق انتفاع» نباید از مال مورد انتفاع سوء استفاده کند و تعدی و تفریط در این امر، موجب ضمان خواهد بود. مطابق ماده «۴۸» قانون مدنی: «منتفع باید از مالی که موضوع حق انتفاع است سوء استفاده نکرده و در حفاظت آن تعدی یا تفریط ننماید.» و مطابق ماده «۵۲» همان قانون: «در موارد ذیل منتفع، ضامن تضمرات مالک است: ۱- در صورتی که منتفع از مال موضوع انتفاع، سوء استفاده کند ۲- در صورتی که شرایط مقرر از طرف مالک را رعایت ننماید و این عدم رعایت، موجب خسارتی بر موضوع حق انتفاع باشد.» در این ماده مرز «سوء استفاده» مشخص نشده است. برخی معیار تشخیص آن را به «عرف» و «عادت» محول کرده‌اند.^۱ و عده‌ای، مصادیقی را بیان کرده‌اند، از جمله اینکه منتفع نباید موضوع «حق انتفاع» را اجاره یا رهن دهد و یا نبایستی ماهیت موضوع انتفاع را تغییری دهد، به عنوان مثال اگر مال موضوع انتفاع مزرعه است باید همان زراعت مالک را انجام دهد. از آنجائی که «ید منتفع» امانی است، ماده «۵۰» قانون مدنی مقرر داشته است: «اگر مالی که موضوع حق انتفاع است، بدون تعدی یا تفریط منتفع، تلف شود، مشارالیه مسئول آن نخواهد بود.» «تعدی»، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری (ماده ۹۵۱ قانون مدنی) و «تفریط»، عبارت است از ترک عملی که بموجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است. (۹۵۲ قانون مدنی)

«تعدی» و «تفریط» به معنای خروج و عدول از «رفتار متعارف» است، به عنوان مثال، استفاده متعارف از خودرو سواری، حمل افراد است و نه بارکشی و حمل مصالح ساختمانی. همچنین منتفع، نباید نوع مصرفی که برای او در نظر گرفته شده را تغییر دهد، مثلاً درختان باغ را بریده و استفاده مسکونی از آن بنماید و قس علی هذا. بدین ترتیب بایستی گفت: در کیفیت استفاده منتفع در مرحله اول، بایستی به مفاد قرارداد رجوع کرد، و چنانچه در این خصوص توافقی صورت نگرفته باشد باید به «عرف» رجوع کرد. البته درج شرط مسئولیت نقص و تلف

۱- صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج اول، ص ۲۴۷

را ولو بدون تقصیر منتفع در عقد انتفاع، بلامانع است.

ب: پرداخت مخارج لازمه برای انتفاع

مخارج لازم برای حفظ و بقای اصل مال بر عهده «مالک عین» است، اما مخارج لازم برای امکان انتفاع بر عهده «منتفع» است. همچنین مخارجی که برای سهولت در بهره برداری و یا بهره برداری بیشتر لازم است بر عهده منتفع است. مطابق ماده «۴۹» قانون مدنی: «مخارج لازمه برای نگاهداری مالی که موضوع انتفاع است بر عهده منتفع نیست، مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد.» به عنوان مثال، تنظیم موتور اتومبیل و سرویس آن، بر عهده منتفع می‌باشد، لیکن چنانچه بدون تقصیر منتفع، اتومبیل تصادف نماید، هزینه‌های تعمیر آن با مالک است، البته می‌توان برخلاف ضوابط فوق، تراضی نمود.

ج: پیگیری حقوق مالی

«حق انتفاع» از حقوق مالی عینی است و تمام حقوقی که در مورد «حق مالی عینی» ذکر شد، در اینجا نیز مطرح است، بنابراین برای دارنده آن حق تعقیب، حق تقدم و قابلیت استناد در برابر همه را دارد. همچنین با توجه به مالی بودن حق، اصولاً قابل انتقال است؛ یعنی چنانچه شرط مباشرت نشده باشد و حق انتقال آن از طرف مالک سلب نشده باشد یا قصد طرفین، استفاده شخصی منتفع نباشد، منتفع می‌تواند همان حق را یعنی امتیازی که بدست آورده به دیگری واگذار کند، البته باید متذکر شد منتفع جدید نیز همان «حق انتفاع» (استفاده) را دارد و نه بیشتر بنابراین او نیز مالک منافع نمی‌شود تا بتواند مال را اجاره دهد بلکه او نیز صرفاً حق استفاده دارد.

گفتار هفتم: موارد زوال حق انتفاع^۱

«حق انتفاع» در موارد زیر زایل می‌شود:

بند اول: در صورت فوت یا انقضای مدت

در صورت فوت یا انقضای مدت، اعم از اینکه مدت معین باشد (رقبی) یا انقضای مدت به پایان عمر شخص منوط شود و منتفع یا مالک یا ثالث فوت نماید (عمری) «حق انتفاع» زائل می‌شود. (بند ۱ ماده ۵۱ قانون مدنی)، همچنین اگر «حق انتفاع» بصورت «حبس مطلق» بوده باشد، با فوت مالک، عقد پایان می‌پذیرد. (ماده ۴۴) به محض فوت مالک، مدت انتفاع منقضی شده و پایان می‌پذیرد. اگر مالک قبل از فوت خود، رجوع نماید، در این صورت نیز، وی مدت انتفاع را با رجوع خود معین کرده است و مدت «حق انتفاع» منقضی شده است.

۱- مطابق ماده «۵۱» قانون مدنی: «حق انتفاع در موارد ذیل زایل می‌شود: ۱- در صورت انقضاء مدت. ۲- در صورت تلف شدن مالی که موضوع انتفاع است.»

بند دوم: در صورت تلف شدن

در صورت تلف شدن مال مورد انتفاع، مثل سیل و زلزله و نظائر آن که به تبع آن «حق انتفاع» نیز از بین می‌رود. (بند ۲ ماده ۵۱ قانون مدنی) البته در صورت تلف بخشی از مال، «حق انتفاع» نیز به همان نسبت از بین می‌رود.

بند سوم: انقراض نسل

در مواردیکه «حق انتفاع» برای کسانی که در حین عقد موجود نباشند به تبع موجود برقرار شود و پس از فوت افراد موجود، فرزندی که بتواند صاحب یا دارنده «حق انتفاع» بشود متولد نشود، «حق انتفاع» زایل می‌شود.

بند چهارم: در مورد رجوع و انصراف مالک

در مورد «رجوع و انصراف مالک» در حبس مطلق، زیرا این عقد، «جایز» بوده و مالک می‌تواند هر لحظه که اراده کند مال را پس بگیرد به شرطی که موجب سوء استفاده از حق نشود، به عنوان مثال مالک نمی‌تواند در خیابان لباس را پس بگیرد.

بند پنجم: در صورت واگذاری

در صورتی که مالک، خود عین مال را به منتفع «واگذار» کند یا ببخشد، که در این حالت، مالک و صاحب حق، یکی می‌شوند و «حق انتفاع» منتفی می‌شود؛ همچنین است اگر صاحب «حق انتفاع» از حقش اعراض کرده و آن را به مالک برگرداند. (مستفاد از مواد ۱۷۸ و ۱۷۸ و ۳۰۰ قانون مدنی). در تمامی موارد فوق، به محض زوال «حق انتفاع»، هیچگونه بهره برداری و استفاده از مال موضوع «حق انتفاع»، جایز نیست و چنانچه استفاده‌ای صورت پذیرد، مالک مستحق اجرت المثل خواهد بود.

مبحث دوم: حق ارتفاق

گفتار اول: معنا و مفهوم حق ارتفاق

«ارتفاق» در لغت به معنای تکیه کردن بر آرنج، از چیزی یاری گرفتن و رفاقت کردن است.^۱ واژه ارتفاق از «رفق» به معنای «مدارا» گرفته شده و چون مالک ملک با صاحب ارتفاق باید مدارا نماید و جلوی حق او را نگیرد به «حق ارتفاق» موسوم گردیده است.

در «فقه»، حق ارتفاق به معنای عام، عبارت است از حق بهره مندی از مباحات عمومی، مانند راه‌ها، خیابان‌ها، مساجد و میدان‌ها و از این حق به مناسبت در باب‌هایی مانند صلح، شرکت و احیاء موات سخن رفته است.^۲ بدین معنا، هر گاه «حاکم اسلامی» مکانی از راه‌ها یا

۱- عمید، حسن؛ فرهنگ فارسی، ماده رفق، ارتفاق

۲- نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۸، ص ۸۱

محل اجتماع مردم را به کسی اعطا کند، حق ارتفاق، شخص پیدا می‌کند که با رفتن او، دیگری نمی‌تواند جایش را تصرف کند.^۱

مطابق ماده «۹۳» قانون مدنی: «ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگری» اما این تعریف، کامل و مانع نیست، زیرا شامل بعضی از موارد حق انتفاع و شامل حقوقی از قبیل حق رهن و حق مستاجر نسبت به مورد اجاره نیز می‌گردد. اما برخی حقوقدانان در تعریفی کاملتر می‌گویند: «حق ارتفاق، حقی است که به موجب آن صاحب ملکی، به اعتبار مالکیت خود، می‌تواند از ملک دیگری استفاده کند».^۲ به عنوان مثال کسی برای آبیاری و یا رفتن به ملک خود، می‌تواند از ملک دیگری عبور نماید. «حق ارتفاق» از جمله حقوق مالی است که در دسته «حقوق عینی» قرار می‌گیرد؛ با این توضیح که هر شخصی که مالک ملک بوده یا دارای «حق انتفاع» از آن باشد، می‌تواند از این حق، بهره‌مند شود و مالکیت ملکی که بر آن حق ارتفاق تحمیل شده، «محدود» است.

به همین جهت ارتفاق از «حقوق عینی تبعی» است که صاحب ملکی می‌تواند به اعتبار مالکیت در ملک خود از املاک مجاور یا نزدیک استفاده ببرد.

در مورد وجود لااقل دو ملک در اجرای حق ارتفاق، طبیعی به نظر می‌رسد، اما با استناد به ماده «۹» قانون برنامه و بودجه کشور (مصوب ۱۳۵۱) می‌توان گفت که این قانون برای اموال عمومی دولت، حق ارتفاق را پیش‌بینی کرده و مفهوم حق ارتفاق مذکور در ماده «۹۳» قانون مدنی را وسعت بخشیده است. به همین لحاظ باید گفت که حق ارتفاق، حق دارنده مال غیرمنقولی است که به مناسبت آن، در املاک اشخاص پیدا می‌کند.

حق امتیاز مربوط به آب و برق به دلیل آن که در زمره حقوق عینی به شمار می‌رود، به ارتفاق شباهت دارد؛ زیرا حقی است که مالک به اعتبار ملک خود بر تأسیسات سازمان‌های آب و برق دارد و نمی‌تواند آن را جدا از ملک به دیگران منتقل نماید؛ ولی آنچه بیشتر در مورد حق ارتفاق شایع شده، حق عبور از ملک دیگری به اعتبار مالکیت در جوار آن ملک است. حق العبور، حق المجری، حق ناودان، حق پنجره، حق روزنه و شبکه، حق منظره، حق فاضلاب، حق عدم احداث ساختمان، حق عدم ساختمان بیش از دو طبقه و امثال آن از مصادیق حق ارتفاق است.

۱- علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۴۱۱ و محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۷، ص ۳۷.
 ۲- کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۲۳۲ و برخی آن را چنین تعریف کرده‌اند: «حق ارتفاق، حقی است دائمی برای کمال انتفاع از ملک، نسبت به مال غیر منقول مجاور که به تبعیت ملک قابل انتقال است.» (مدنی، سید جلال الدین، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۱۷).

گفتار دوم: خصوصیات حق ارتفاق

بند اول: حق ارتفاق، قائم به ملک است

«حق ارتفاق» یک حق عینی است که به اموال «غیر منقول اصلی» یعنی زمین و ساختمان اختصاص دارد، یعنی اینکه به سود مالک زمین خاصی برقرار می‌شود و هر کسی که مالک زمینی شد، می‌تواند از این حق استفاده کند و به طور معمول حق ارتفاق در دو زمین متصل و نزدیک به هم به وجود می‌آید، البته ممکن است بین دو زمین، فاصله زیاد باشد و حق ارتفاق نیز بوجود آید. بنابراین تغییر مالک زمین، تاثیری در حق ارتفاق ندارد و حق ارتفاق برای مالک جدید ایجاد می‌شود.

بند دوم: حق ارتفاق، تابع ملک و فرع بر مالکیت زمین است

به این معنی که نمی‌توان آن را جداگانه به دیگری انتقال داد، و همواره با زمین منتقل می‌شود. ماده «۱۰۲» قانون مدنی مقرر داشته است: «هر گاه ملکی کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک، حق الارتفاقی در ملک دیگری یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد، آن حق به حال خود باقی می‌ماند، مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد».

بند سوم: حق ارتفاق، دائمی است

تا زمانی که ملک وجود دارد، حق ارتفاق نسبت به آن نیز وجود دارد و چون مالکیت در مورد عین، «دائمی» است، پس ارتفاق نیز که تابع ملکیت است، دائمی است. البته مالک می‌تواند به صورت قراردادی و نه اینکه طرف قرارداد، حق ارتفاق داشته باشد، برای مدت محدودی برای دیگری، حق عبور از ملک خود را ایجاد کند که در این صورت می‌تواند پس از مدتی، این حق را سلب نماید یا صاحب حق پس از مدتی، آن را اسقاط نماید.

بند چهارم: حق ارتفاق، قابل تقسیم نیست

منظور این است که اگر حق ارتفاق به سود ملکی مشاع (مشترک) برقرار شده باشد، پس از تقسیم ملک، حق ارتفاق تنها به سود یکی نخواهد بود، و هر کدام به طور مستقل حق استفاده از این حق را خواهند داشت، همان‌گونه که ماده «۱۰۳» قانون مدنی مقرر داشته است: «هر گاه شرکاء ملکی، دارای حقوق و منافع باشند، و آن ملک مابین شرکاء تقسیم شود، هر کدام از آنها به قدر حصه، مالک آن حقوق و منافع خواهد بود، مثل اینکه اگر ملکی دارای حق عبور در ملک غیر بوده و آن ملک که دارای حق است بین چند نفر تقسیم شود، هر یک از آنها حق عبور از همان محلی که سابقاً حق داشته است خواهد داشت».

ماده «۶۰۴» همان قانون نیز مقرر داشته است: «کسی که در ملک دیگری حق ارتفاق دارد، نمی‌تواند مانع از تقسیم آن ملک شود؛ ولی بعد از تقسیم، حق مزبور به حال خود باقی

می‌ماند».

بند پنجم: حق ارتفاق، تنها به املاک و اراضی اختصاص دارد

حق ارتفاق حتی در بین اموال غیرمنقول حکمی یا تبعی جاری نمی‌شود. درخصوص مشابهت حق ارتفاق با «حق حریم» اظهارنظرهای مختلفی شده است؛ گروهی از حقوقدانان آن را با توجه به این که به تابعیت و به لحاظ مالکیت صاحب آن بر ملک دیگری ایجاد می‌شود، نوعی حق ارتفاق خاص محسوب کرده‌اند که مالک بر اراضی موات و مباح پیدا می‌کند و در سایر موارد، این حق برای مالک چاه و قنات و نهر و امثال آن بر زمین‌های اطراف ملک ایجاد می‌شود.

در مقابل، عده‌ای از حقوقدانان با این استدلال که قانون مدنی فصل سوم را با عنوان «در حق ارتفاق نسبت به ملک غیر و در احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاور» آغاز نموده و سپس مبحثی را بدون آن که در این عنوان درج نماید، به حق حریم اختصاص داده و با نظر به این که متعلق حق حریم، زمین‌های موات هستند؛ در حالی که متعلق حق ارتفاق، ملک غیر می‌باشد، مغایرت و تفاوت حق حریم با حق ارتفاق را استنباط کرده و به قرارگرفتن حق حریم در زمره حقوق ارتفافی از منظر نویسندگان قانون مدنی با تردید نگریسته‌اند؛ اما درنهایت، حق حریم را در دسته ارتفاق قانونی که ناشی از حکم قانون می‌باشد قرار داده‌اند.

نتیجه آنکه «حق حریم» نوعی ارتفاق تلقی می‌شود؛ با این تفاوت که نسبت به اراضی موات و مباح ایجاد می‌گردد. این در حالی است که به دلیل احیای اراضی در ممالک اروپایی، حریم تنها در املاک مجاور پیش‌بینی شده است؛ اما در حقوق ایران به موجب قانون قنات (مصوب ۱۳۰۹) به صورت استثنایی این حق در زمین‌های آباد نیز شناخته شده و در مواردی که کندن چاه خانگی بدون اخذ پروانه انجام می‌پذیرد، رعایت حق تقدم چاه‌های مجاور وفق مقررات مربوط به قانون توزیع عادلانه آب ضرورت دارد. (مواد یک و ۳ قانون قنات و مواد ۵ و ۱۴ قانون توزیع عادلانه آب)

لازم به ذکر است که موضوع حق حریم براساس ماده «۱۳۶» قانون مدنی، زمین است و یک حق عینی محسوب می‌شود که دیگران ملزم به رعایت آن هستند.

گفتار سوم: تفاوت حق ارتفاق با مفاهیم مشابه

بند اول: تفاوت حق ارتفاق با حق انتفاع

به طور کلی می‌توان تفاوت‌های حق ارتفاق و «حق انتفاع» را در موارد ذیل بیان کرد:

- ۱- «حق انتفاع» یک «حق مستقل» است برای منتفع؛ در حالیکه حق ارتفاق، یک حق «فرعی» و «تبعی» صاحب ملک است در ملک دیگری. به عبارت دیگر شخصی، باید مالکی

داشته باشد تا بخواهد از حق عبور از ملک دیگری استفاده نماید، اما در «حق انتفاع»، مستلزم آن نیست که صاحب حق، مالک عینی باشد.

۲- «حق انتفاع» در صورتی که مباشرت منتفع در انتفاع شرط نشده باشد، مثل سایر حقوق مالی قابل واگذاری به غیر می‌باشد. در صورتیکه حق ارتفاق بطور مستقل، قابل واگذاری به غیر نبوده و با ملکی که حق ارتفاق برای آن برقرار شده، قابل واگذاری به غیر می‌باشد. البته، ایرادی ندارد که صاحب حق ارتفاق، حق خود را به صاحب ملک موضوع حق ارتفاق واگذار نماید.

۳- در «حق انتفاع»، «قبض» شرط صحت است؛ در حالیکه حق ارتفاق به تبع مالکیت و به صرف ایجاب و قبول واقع می‌شود و نیازی به قبض ندارد.

۴- حق ارتفاق، حقی است که دارنده آن مالک آن می‌باشد. در حالیکه منتفع، مالک منافع مال موضوع «حق انتفاع» نیست و صرفاً حق بهره برداری را دارد.

۵- «حق انتفاع»، علی‌الاصول «مجانی» است و برخی مجانی بودن را جزء ذات عقد «حق انتفاع» می‌دانند. در حالیکه حق ارتفاق، علی‌الاصول «غیر مجانی» است. هر چند می‌تواند بطور مجانی نیز برقرار گردد.

۶- «حق انتفاع» با فوت و حجر هر یک از طرفین در حبس مطلق و انقضای مدت در رقبی و فوت کسی که «حق انتفاع» به مدت عمر او برای منتفع برقرار شده است از بین می‌رود. در حالیکه حق ارتفاق، تابع ملک است. بنابراین حق ارتفاق، «دائمی» است، لیکن «حق انتفاع» جز در موارد خاص، «موقت» است.

۷- حق ارتفاق، اختصاص به غیر منقول ذاتی مثل املاک و اراضی دارد و در اموال غیر منقول تبعی و حکمی جاری نمی‌گردد، ولی «حق انتفاع» ممکن است به مال منقول یا غیر منقول اختصاص یابد. (ماده ۴۶ قانون مدنی)

۸- حق ارتفاق به تبع ملک، قابل انتقال است، در حالی که «حق انتفاع» جنبه استقلالی دارد.

بند دوم: تفاوت حق ارتفاق با اذن

حق ارتفاق، همانند «حق انتفاع»، تفاوت‌های زیر را با «اذن» دارد:

۱- حق ارتفاق، از توافق اراده طرفین عقد حاصل می‌شود و اراده مالک، به تنهایی در تحقق آن مؤثر نبوده، و قبول کسی که از حق ارتفاق بهره می‌برد نیز لازم است. در حالی که اذن، به اراده اذن دهنده واقع می‌شود و قبول یا رد مأذون در حدوث یا بقای آن نقشی ندارد. چرا که اذن، عقد نمی‌باشد و «اباحه محض» است و اثر اذن ایجاد اباحه است و نه التزام و لذا

با اذن دادن، حقی ایجاد نمی‌شود.

۲- حق ارتفاق، دائمی و همیشگی است. بنابراین، مالک نمی‌تواند مانع استفاده دیگری از ارتفاق خود شود. چنان که ماده «۹۵» قانون مدنی اعلام می‌دارد: «هرگاه زمین یا خانه کسی، مجرای فاضلاب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است، صاحب آن خانه یا زمین نمی‌تواند جلوگیری از آن کند، مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود». همچنین، مالک نمی‌تواند با تصرف در ملک خود، موجب تضییع حق دیگری یا وقفه افتادن در استفاده او از ارتفاق گردد. به همین دلیل، ماده «۱۰۶» قانون مدنی تصریح می‌کند: «مالک ملکی که مورد حق الارتفاق غیراست، نمی‌تواند در ملک خود تصرفاتی نماید که باعث تضییع یا تعطیل حق مزبور باشد، مگر با اجازه صاحب حق».

گرچه مالک مختار است هر نوع تصرفی در ملک خود نماید، اما وقتی در ملک، حق ارتفاقی برقرار شد، تصرفات او باید به نحوی باشد که به حق ارتفاق، لطمه وارد نیاید، زیرا قانون اجازه تجاوز به حقوق دیگران را به کسی نمی‌دهد. منظور از واژه «تضییع» در ماده «۱۰۶»، از بین بردن حق است و منظور از واژه «تعطیل حق»، آن است که مالک عملی نماید که مدتی صاحب حق ارتفاق نتواند از حق استفاده نماید، در هر دو صورت، مالک مسئول خساراتی است که به دارنده حق ارتفاق وارد نموده است.

در مقابل، «اذن» قابل رجوع است و کسی که به دیگری در استفاده از ارتفاق معینی، اذن داده است، هرگاه بخواهد می‌تواند از اذن خویش رجوع کند؛ زیرا همانگونه که گفتیم با اذن، حقی برای ماذون ایجاد نمی‌شود. به همین دلیل است که ماده «۹۸» قانون مدنی پس از بیان مطلب فوق، آن را در قالب یک اصل به تمامی ارتفاقات تسری داده، و مقرر داشته است: «اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد، ولی صاحب ملک اذن داده باشد که از ملک او عبور کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او شود و همچنین است سایر ارتفاقات». و نیز ماده «۱۰۸» قانون مدنی آن را به صورت قاعده، این چنین بیان می‌کند: «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».^۱

۱- ماده «۱۲۰» قانون مدنی در مورد حق رجوع از اذن در گذاردن سرتیر مقرر داشته است: «اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که به روی دیوار او سرتیر بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر این که به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد». در حالی که در مورد حق ارتفاق نسبت به گذاردن سرتیر ماده «۱۲۴» قانون مدنی تصریح می‌کند: «اگر، از قدیم 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 این که ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است».

در اینجا باید متذکر شد که هر گاه در نتیجه رجوع از اذن، خسارتی متوجه مأذون شود، نمی‌تواند از اذن دهنده مطالبه خسارت نماید، چراکه با اذن، «حقی» برای مأذون ایجاد نشده است و رجوع از اذن، حق اذن دهنده می‌باشد، چراکه قانون حق رجوع را به مالک داده است. با وجود این در ذیل اخیر ماده «۱۰۸» قانون مدنی مقرر شده است: «... مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد.» مثل اینکه بموجب توافق شخصی اجازه دهد تا دیگری مرده اش را در زمین او دفن نماید، در اینجا اذن دهنده، نمی‌تواند از اذن خود بعد از دفن رجوع نماید، زیرا نبش قبر، بموجب قانون ممنوع و مستوجب مجازات است، البته اگر بواسطه‌ای از جمله زلزله، جسد خارج شود، دفن مجدد در همان قبر، محتاج اذن جدید است، زیرا دفن در قبر بواسطه اذن بوده است نه بواسطه انعقاد عقد تا حقی برای صاحب متوفی ایجاد شده باشد. همچنین اگر اذن ضمن عقد لازمی داده شده باشد یا عدم رجوع از اذن ضمن عقد لازم شرط شود، مادام که عقد اصلی بقوت خود باقی است، اذن دهنده نمی‌تواند از اذن رجوع نماید. قسمت اخیر ماده «۱۲۰» قانون مدنی موید این امر است: «... هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند مگر اینکه به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد.»

وسوم اینکه: موضوع حق ارتفاق، تنها مال غیر منقول است، در حالیکه موضوع اذن نه تنها به مال غیر منقول اختصاص ندارد، بلکه غیر مال را نیز شامل می‌شود.

گفتار چهارم: اسباب ایجاد حق ارتفاق

حق ارتفاع با شیوه‌های ذیل ایجاد می‌شود:

بند اول: قرارداد

به نحو معمول، حق ارتفاق با قرارداد ایجاد می‌شود، همچنانکه ماده «۹۴» قانون مدنی مقرر می‌دارد: «صاحبان املاک می‌توانند در ملک خود هر حقی را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند، در این صورت، کیفیت استحقاق، تابع قرارداد و عقدیست که مطابق آن، حق داده شده است.» حق ارتفاق، ممکن است مجانی یا در مقابل عوض برای مالک مجاور ایجاد شود. هیچکس حق ندارد، بدون اجازه مالک در ملک او تصرفی نماید. مطابق ماده «۹۹» قانون مدنی: «هیچکس حق ندارد ناودان خود را به طرف ملک دیگری بگذارد یا آب باران از بام خود را به بام یا ملک همسایه جاری کند و یا برف بریزد مگر به اذن او»، همچنین ماده «۱۵۴» قانون مدنی مقرر داشته است: «کسی نمی‌تواند از ملک غیر، آب به ملک خود ببرد بدون اذن مالک، اگر چه راه دیگری نداشته باشد.»

بند دوم: قانون

ممکن است حق ارتفاق ناشی از حکم مستقیم قانون و مربوط به وضع طبیعی املاک باشد. به

عنوان مثال، زمینی که بالاتر از زمین دیگر است، بر حسب طبیعت که قانون نیز آن را محترم می‌شمارد؛ دارای حق ارتفاق برای فاضلاب و آب باران نسبت به زمین پائین‌تر است؛^۱ این حق ارتفاق را که ناشی از طبیعت است، «حق ارتفاق طبیعی» نامیده‌اند. همان‌طوری که ماده «۹۵» قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه زمین یا خانه کسی، مجرای فاضلاب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است، صاحب آن خانه یا زمین نمی‌تواند جلوگیری از آن کند، مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود.»

همانگونه که تصرف در ملک، دلیل مالکیت متصرف است، استفاده از حق ارتفاق هم، دلیل استحقاق استفاده کننده است؛ لذا تصرف در حق ارتفاق، «اماره‌ای» برای وجود حق ارتفاق است. همچنین مطابق ماده «۹۷» قانون مدنی: «هر گاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته، صاحب خانه 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.» جز در مواردی که قرارداد یا وضع طبیعی زمین، حق ارتفافی به وجود آورده باشد، هیچ کس نمی‌تواند به استناد حق ارتفاق، مجرای فاضلاب یا آب باران خود را در ملک دیگری قرار دهد یا برف خود را به ملک همسایه بریزد. این گونه اعمال هر گاه بدون اذن مالک باشد، تجاوز به حق غیر محسوب و موجب مسئولیت است. (مواد ۹۹ و ۱۵۴ قانون مدنی).

گفتار پنجم: احکام و آثار حق ارتفاق

بند اول: جنبه مثبت و منفی حق ارتفاق

حق ارتفاق، گاهی جنبه «مثبت» دارد؛ مانند حق شرب، حق عبور، حق عبور فاضلاب، حق ناودان و حق پنجره، و گاه نیز جنبه «منفی» دارد؛ مانند حق عدم ساخت ساختمان و حق عدم بالا بردن بنا بیش از دو طبقه و....

هر مالکی می‌تواند آزادانه در ملک خود، هر گونه حق ارتفافی را به طور رایگان و یا در برابر عوض، برای مالک ملک دیگر قرار دهد؛ چنان که می‌تواند تنها اذن در استفاده از ارتفاق معینی را به دیگری بدهد. مثلاً می‌تواند بدون این که حق ارتفاق در ملک خود را به دیگری واگذار نماید، به او اذن دهد که از ارتفاق معینی مثل عبور از ملک، گذاردن ناودان، داشتن مجرا و گذاردن سرتیر به روی دیوار استفاده کند.

۱- صفائی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۶۱

بند دوم: حدود و اختیارات صاحب حق ارتفاق

حدود و اختیارات صاحب حق ارتفاق، تابع «عقد» و قراردادیست که منعقد شده و چنانچه در قرارداد تصریح نشده باشد، تصرفات صاحب حق ارتفاق، بایستی «متعارف» باشد. قسمت اخیر ماده «۹۴» قانون مدنی مقرر داشته است: «... کیفیت استحقاق، تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن، حق داده شده است.» همچنین در ماده «۱۰۷» قانون مدنی مقرر شده است: «تصرفات صاحب حق در ملک غیر که متعلق حق او است باید به اندازه‌ای باشد که قرار داده‌اند و یا به مقدار متعارف و آنچه ضرورت انتفاع، اقتضاء می‌کند.» ماده «۱۰۴» قانون مدنی نیز مقرر داشته است: «حق الارتفاق، مستلزم وسایل انتفاع از آن حق نیز خواهد بود، مثل اینکه اگر کسی حق شرب از چشمه یا حوض یا آب انبار غیر دارد حق عبور تا آن چشمه یا حوض و آب انبار هم برای برداشتن آب دارد.» که البته این اجازه متکی به قاعده عقلی «ملازمه» است، زیرا انجام هر عملی، متوقف بر انجام مقدمات و لوازم آن است. (اذن در شیء اذن در لوازم آن است)

بند سوم: هزینه استفاده از حق ارتفاق

مطابق ماده «۱۰۵» قانون مدنی: «کسی که حق الارتفاق در ملک غیر دارد، مخارجی که برای تمتع از آن حق، لازم شود به عهده صاحب حق می‌باشد، مگر اینکه بین او و صاحب ملک، برخلاف آن، قراری داده شده باشد.» زیرا معقول نیست که هزینه استفاده کسی از حق خود، برعهده دیگری باشد.

بند چهارم: تاثیر انتقال ملک در حق ارتفاق

چنانچه ملکی دارای حق المجری یا حق العبور در ملک دیگری باشد و آن ملک بفروش رسد، حق ارتفاق مزبور به تبع ملک به مشتری منتقل می‌گردد و همین طور اگر ملکی که مورد حق ارتفاق از قبیل حق العبور و حق المجری برای ملک دیگری است انتقال داده شود، حق ارتفاق، بقوت خود باقی است ولو در انتقال به آن تصریح نشده باشد، چرا که حق ارتفاق، حقی است «تبعی» و از توابع و متعلقات ملک محسوب می‌شود. مطابق ماده «۳۵۶» قانون مدنی: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت، جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید، داخل در مبیع و متعلق به مشتری است، اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند.» و ماده «۱۰۲» قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد: «هر گاه ملکی، کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق الارتفاقی در ملک دیگر یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد، آن حق به حال خود باقی می‌ماند، مگر آنکه خلاف آن

تصریح شده باشد.»

بند پنجم: تاثیر تقسیم ملک در حق ارتفاق

مطابق ماده «۵۸۹» قانون مدنی: «هر شریک المال می‌تواند هر وقت بخواهد، تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکاء به وجه ملزومی، ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند.» قانون وجود حق ارتفاق را مانع تقسیم ملک ندانسته است، اعم از اینکه ملک صاحب حق ارتفاق مورد تقسیم باشد، یا ملکی که در آن حق ارتفاق برقرار شده باشد. ماده «۱۰۳» قانون مدنی مقرر داشته است: «هر گاه شرکاء ملکی، دارای حقوق و منافعی باشند و آن ملک ما بین شرکاء تقسیم شود، هر کدام از آنها به قدر حصه، مالک آن حقوق و منافع خواهد بود، مثل اینکه اگر ملکی دارای حق عبور در ملک غیر بوده و آن ملک که دارای حق است بین چند نفر تقسیم شود، هر یک از آنها حق عبور از همان محلی که سابقاً حق داشته است، خواهد داشت.» ملکی که در آن حق ارتفاق برقرار شده است قابل تقسیم است، ماده «۶۰۴» قانون مدنی مقرر داشته است: «کسی که در ملک دیگری حق ارتفاق دارد نمی‌تواند مانع از تقسیم آن ملک بشود، ولی بعد از تقسیم، حق مزبور به حال خود باقی می‌ماند.»

اما اگر ملکی بین چند نفر مشترک باشد و قسمتی از آن در قسمت دیگر مجرای آب یا محل عبور داشته باشد و آن ملک بین مالکین تقسیم و افزاز گردد. ماده «۶۰۳» قانون مدنی مقرر داشته است: «ممر و مجرای هر قسمتی که از متعلقات آن است، بعد از تقسیم، مخصوص همان قسمت می‌شود.» و ماده «۶۰۵» قانون نیز مقرر داشته است: «هر گاه حصه بعضی از شرکاء مجرای آب یا محل عبور حصه شریک دیگر باشد بعد از تقسیم، حق مجری یا عبور ساقط نمی‌شود مگر اینکه سقوط آن شرط شده باشد و همچنین است سایر حقوق ارتفاقی.» بدین ترتیب چنانچه ملکی در ملک دیگر حق ارتفاق دارد و حق ارتفاقی برای استفاده قسمتی از ملک است و قسمت دیگر نمی‌تواند از آن استفاده کند و یا احتیاج به آن حق ارتفاق ندارد پس از تقسیم، حق ارتفاق مزبور مخصوص آن قسمتی است که از آن استفاده می‌کرده است. توضیح دیگر اینکه اگر حق ارتفاق «اصلی» از بین برود، حق ارتفاق «تبعی» هم زائل خواهد شد، مثل موردی که چشمه‌ای در زمینی باشد و مالک زمین‌های مجاور، حق عبور از آن ملک برای برداشتن آب شرب داشته باشند که با خشک شدن چشمه، حق ارتفاق اصلی از بین می‌رود و حق عبور که به تبع آن وجود داشته نیز زائل می‌گردد.

در خاتمه این بحث بایستی ذکر کرد، همانگونه که ملاحظه کردیم در قانون حقوق و تکالیف هر یک از مالک و صاحب حق ارتفاق پیش بینی شده است و می‌بایستی هر کدام از

مالک و صاحب حق ارتفاق، حقوق یکدیگر را رعایت نمایند، پس اگر مالک ملک که محل عبور ملک دیگری است، مانع دارنده حق ارتفاق شود و از این جهت به صاحب حق ارتفاق، خسارتی وارد شود و یا صاحب حق ارتفافی که حق عبور دادن آب را از ملک دیگری دارد و مالک آن ملک مانع بردن آب از ملکش شود و در نتیجه این ممانعت، ضرر و زیانی به صاحب حق ارتفاق وارد شود، طبعاً ضامن خسارات وارده است. ماده «۳۳۱» قانون مدنی مقرر داشته است: «هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد، باید از عهده نقص قیمت آن برآید.»

مطابق ماده «۱۰۰» قانون مدنی: «اگر مجرای آب شخصی، در خانه دیگری باشد و در مجری خرابی بهم رسد به نحوی که عبور آب موجب خسارت خانه شود، مالک خانه حق ندارد صاحب مجری را به تعمیر مجری اجبار کند، بلکه خود او باید دفع ضرر از خود نماید، چنانچه اگر خرابی مجری، مانع عبور آب شود، مالک خانه ملزم نیست که مجری را تعمیر کند، بلکه صاحب حق باید خود رفع مانع کند در این صورت برای تعمیر مجری، می‌تواند داخل خانه یا زمین شود و لیکن بدون ضرورت حق ورود ندارد مگر به اذن صاحب ملک.» مبنای قاعده مقرر در ماده مذکور این است که هزینه‌های اعمال حق و تهیه مقدمات لازم برای آن، برعهده «صاحب حق» می‌باشد و شخص دیگر را نمی‌توان به آن اجبار کرد، در اینجا دو ضرر متعارض وجود دارد که هر دو ساقط می‌شود لذا جایی برای اعمال قاعده «لاضرر» نیست و در نتیجه قاعده تسلیط اعمال می‌شود. در فرض مذکور جریان آب در مجری موجب ضرر صاحب خانه است و الزام صاحب مجری به تعمیر هم باعث ضرر اوست و چون این دو ضرر به علت تعارض ساقط می‌شود، و قاعده لاضرر نمی‌تواند اجرا شود، بنا به قاعده «تسلیط» هر یک از صاحبخانه و صاحب مجری حق تصرف در مال خود را دارد ولی نمی‌توان او را مجبور به رفع ضرر و یا تعمیر مجری کرد.^۱ لیکن بنظر می‌رسد که اگر اعمال حق صاحب مجری بر خلاف متعارف باشد یا برای رفع حاجت یا دفع ضرر نباشد و از این راه زیانی به صاحب خانه وارد شود، صاحب مجری، مسئول و مکلف به جبران خسارت و رفع ضرر صاحب خانه است، چرا که مطابق ماده «۱۳۲» قانون مدنی: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضییع همسایه شود، مگر تصرفی که بقدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد.»^۲

۱- امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۰۶ و حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی، ج ۱، ص ۱۰۱.

۲- صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۶۹.

بند ششم: اثبات حق ارتفاق

حق ارتفاق را با «ادله عمومی» اثبات دعوی (اقرار، شهادت، اسناد کتبی، امارات و قسم) موضوع مواد «۱۲۵۷» تا «۱۳۳۵» قانون مدنی، می‌توان اثبات کرد. بنابراین مدعی حق ارتفاق، می‌تواند ادعای خود را با سند اثبات نماید. لذا اصل، عدم ارتفاق است و مدعی داشتن حق ارتفاق، بایستی آن را اثبات نماید. همچنین مدعی می‌تواند به «تصرف» در ارتفاق استناد نماید و همانگونه که تصرف در مالکیت دلیل مالکیت است، تصرف در ارتفاق نیز یک «اماره قانونی» است و دلیل بر وجود حق ارتفاق شناخته می‌شود، مگر اینکه خلاف آن اثبات شود. مثل اینکه ثابت شود که فقط اذن در ارتفاق بوده است. مطابق ماده «۹۷» قانون مدنی: «هر گاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری، مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته، صاحب خانه، یا مالک 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.»

گفتار ششم: در حریم املاک**بند اول: تعریف حریم**

«حریم» در لغت به معنای منع است و منظور، آن است که کسی نمی‌تواند در حریم ملک تصرفاتی نماید که به حقوق صاحب حریم لطمه وارد آورد. مطابق ماده «۱۳۶» قانون مدنی: «حریم، مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد.»

برخی تصرفات در ملک هستند که مستلزم این است که زمین اطراف آن به ملکیت دیگری در نیاید، یا دست کم تصرفی در آن نشود که انتفاع از ملک را دشوار یا ناممکن سازد، مثلاً آنچه امروز معمول است، در زمینهای کشاورزی (چاه عمیق) حفر می‌کنند و «حق حریمی» قرار می‌دهند، برای اینکه چاه عمیق دیگری حفر نشود، این محدوده مشخص را در اصطلاح (حریم) و حقی را که مالک بر آن دارد «حق حریم» می‌نامند. پس همانطور که گفته شد، منظور و هدف اصلی از شناسایی حریم، جلوگیری از تضرر صاحب حق است که ابتدائاً شروع به انتفاع کرده است. شناسایی حریم برای ملکی، گاهی موجب می‌شود که دیگران نتوانند آن حریم را تملک کنند و گاهی هم موجب می‌شود که صاحبان املاک مجاور نتوانند تصرفات خاصی را در آن محدوده انجام دهند. طبیعی است وقتی که شخصی مجاز می‌شود که با احیاء اراضی موات، باغ، خانه، چاه آب، قنات احداث نماید، مقداری از اراضی موات که نزدیک آن است و برای کمال انتفاع لازم است «حریم» آن می‌شود.

حق حریم از نظر تحلیلی یک نوع «حق ارتفاق» بر اراضی اطراف قنات و نهر و امثال آن

است، ماده «۱۳۹» قانون مدنی در این راستا بیان می‌دارد: «حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافعی باشد با آنچه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالک، صحیح نیست، بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری، چاه یا قنات بکند، ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایز است» پس مطابق این ماده مطلق تصرفات در حریم قنات دیگری منع نشده است، بلکه تصرفات مضره از قبیل کندن چاه منع شده است، لذا عبور دادن حیوانات از حریم یا زراعت در حریم قنات، بلا مانع است. بنابراین حق حریم، نوعی حق ارتفاق خاص و منفی در ملک دیگری است.

نکته قابل ذکر در مورد حریم اینکه، «فقهاء» و غالب «حقوقدانان» عقیده دارند «حق حریم» تنها در اراضی موات که مالک خاصی ندارند پیدا می‌شود^۱ و نمی‌توان بوسیله کندن چاه در ملک خود، حق حریم در اراضی مجاور که ملک دیگری است پیدا نمود، زیرا حق حریم، منافات با حق مالکیت در اراضی مجاور که ملک دیگری است پیدا می‌نماید، و لذا منافات با حق مالکیتی دارد که سابقاً ایجاد شده است خصوصاً اینکه مالکیت، حقی مطلق و انحصاری است. بنابراین اگر کسی در زمین مباح (بر فرض وجود زمین مباح) باغی احداث نماید، نه فقط به علت احیاء، مالک باغ می‌گردد که نسبت به اراضی مباحه مجاور باغ، تا حدی که برای کمال انتفاع و استفاده از باغ، مثلاً برای عبور و مرور و آبیاری لازم باشد، حق حریم پیدا می‌کند. اما اگر در زمین مباح یا در زمین متعلق به خود، باغی احداث نماید یا چاهی حفر نماید، نسبت به اراضی مجاور که ملک غیر باشند، حقی پیدا نخواهد کرد. لیکن باید توجه داشت، ایجاد حق حریم، امری استثنایی است و این امر منافاتی ندارد که قانونگذار به موجب قانون و بنا به مصالحی حق حریمی را در املاک مجاور نسبت به صاحب حقی ایجاد کند.^۲

۱- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، ص ۵۸ و امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۲۲ و علامه حلی، تذکره، ج ۲، باب احیاء اراضی موات و شهید ثانی، مسالک الافهام، باب احیاء اراضی موات.

۲- مطابق بند ط ماده «یک» آیین نامه تعیین حد بستر و حریم رودخانه و انهار و مسیلها و مردابها و برکه‌های طبیعی (مصوب ۱۳۷۰): «حریم آن قسمت از اراضی اطراف رودخانه، مسیل، نهر طبیعی یا سستی، مرداب و برکه طبیعی است که بلافاصله پس از بستر قرار دارد و به عنوان حق ارتفاق برای کمال انتفاع و حفاظت آنها لازم است و طبق مقررات این آیین نامه، توسط وزارت نیرو و یا شرکتهای آب منطقه‌ای و آب و برق خوزستان تعیین می‌شود.» در این بند حریم موارد مشخص اعلام شده، به عنوان حق ارتفاق شناخته شده و صرفاً به اراضی موات اختصاص داده نشده است و میزان حریم از اختیارات وزارت نیرو و شرکتهای تابعه شناخته شده است. برابر قسمت آخر بند ط ماده «یک» آیین نامه حریم انهار طبیعی یا رودخانه‌ها اعم از اینکه آب دائم یا فصلی داشته باشند از یک تا بیست متر است که حسب مورد به وسیله وزارت نیرو و شرکتهای تابعه تعیین می‌شود. قانون قنات ۱۳۰۹/۶/۶ به موضوع حریم قانون مدنی استثناء وارد نموده است و در اراضی غیر موات، حق حریم پیش بینی کرده است. مطابق ماده «۳» این قانون، در املاک مزروعی مطلقاً و در باغات، دهات و باغات، قصبات و باغات خارج از شهرها، مشروط بر اینکه عرقاً اطلاق منزل به آنها نتوان کرد، هر گاه کسی بخواهد چاه یا استخر یا مجرای قناتی احداث کند یا برای اصلاح یا تکمیل قناتی چاه یا مجرای ایجاد کند، صاحبان املاک مزبور حق ندارد (مشروط بر اینکه رعایت حریم شده باشد) جلوگیری نمایند. ولی باید قیمت عادلانه زمین و اعیان آن، که چاه و استخر و مجرای جدید در آنجا حفر می‌شود قبلاً تادیه گردد...» همانگونه که ملاحظه می‌شود صاحبان مزارع و باغات و دهات ملزم هستند که به تعداد کافی از املاک

برخی نیز معتقدند با توجه به اینکه امروزه مالکیت، مفهوم و رابطه اعتباری بین مالک و مال است و دیگر وصف مطلق بودن، دائمی و انحصاری بودن را ندارد، لذا می‌توان حق حریم را در ملک دیگری برای شخص در نظر گرفت. لذا هر گاه رشته قناتی از زمین‌هایی عبور می‌کند که در ملکیت سایر مالکین است، مالکین حق ندارند بدون رعایت حریم قنات در زمین مالکانه خود چاهی را حفر نمایند که باعث ورود ضرر و کم شدن آب قنات گردد. همچنین مالکین مجاور نمی‌توانند در ملک خود قنات یا چاهی را حفر نمایند که رعایت حریم چاه یا قنات دیگران نشده باشد، زیرا کسی که زودتر چاهی یا قناتی را حفر کرده است، حق دارد از دیگران بخواهد که حتی در ملک خود آنان رعایت حریم چاه و قنات وی را بنمایند. پس اجازه حفر چاه یا مجری مشروط به رعایت حریم‌های قانونی است.^۱

بند دوم: میزان حریم

«مقدار حریم» به اعتبار ملک که برای آن حریم مقرر می‌گردد تفاوت دارد. «حریم خانه»، مقدار مساحت جلوی درب برای عبور و مرور و برف انداز در اطراف خانه است یا «حریم چاه»، مقدار مساحت اطراف آن است که خاک ریخته می‌شود و برای تنقیه آن، آلات و ادوات لازم نصب می‌گردد. مطابق ماده «۱۳۷» قانون مدنی: «حریم چاه برای آب خوردن (۲۰)

خود را به کسانی واگذار نمایند که قصد ایجاد چاه یا استخر یا قنات را دارند و پس از احداث قنات در زمین دایر، مالک اراضی دایر ناگزیر است، رعایت حریم قنات احداث شده را بنماید، لذا مستنبط این است که اگر شخصی در ملک خود قنات یا چاه آبی حفر کرد، مالکان مجاور باید رعایت حریم را داشته باشند و از اقدامات مضر خودداری نمایند.

- قانون بودجه اصلاحی سال ۴۳ در تبصره ۵۶ برای راههای اصلی و فرعی و خطوط مواصلاتی برق و مجاری آب، حق حریم نسبت به اراضی اطراف اگر چه ملک دیگر باشد قایل گردیده است. - قانون تعیین حریم دریاچه اهدائی در پشت سدها (مصوب ۱۳۴۴) نسبت به کلیه اراضی مجاور دریاچه مزبور اعم از اینکه از اراضی مباح یا ملک افراد باشد حق حریم قایل شده است. - تصویب نامه اردیبهشت سال ۱۳۴۶ برای راههای کشور به تناسب اهمیت آنها از هر طرف حریم تعیین کرده است. بر این اساس راهها به ۵ نوع تقسیم شده‌اند (شاهراه، درجه یک، درجه دو، درجه سه، درجه چهار، و حریم آنها به ترتیب از هر طرف ۳۸-۲۲/۵-۱۷/۵-۱۲/۵-۷/۵ متر می‌باشد). - قانون اراضی مستحدثات و ساحلی تیرماه ۱۳۵۴ برای دریای خزر و خلیج فارس و دریای عمان حریم در نظر گرفته هر چند متصرفین دارای سند مالکیت باشند. - از قانون توزیع عادلانه آب (مصوب ۱۳۶۱) نیز ایجاد حق حریم چاه یا قنات در ملک دیگری استنباط می‌شود. برابر این قانون، اصولاً حفر چاه یا احداث قنات به موافقت وزارت نیرو و پروانه حفر و بهره برداری نیاز دارد، جز حفر چاه و استفاده از آب آن برای مصارف خانگی و شرب و بهداشتی و باغچه تا ظرفیت آبدی ۲۵ متر مکعب در شبانه روز، در مناطق غیر ممنوعه که احتیاج به صدور پروانه حفر و بهره برداری ندارد (ماده ۵)، در ماده «۱۷» از موردی سخن گفته است که کسی مالک چاه یا قنات یا مجرای آبی در ملک غیر باشد که در این صورت مالک باید حق حریم غیر را رعایت کند. بدین معنا که می‌تواند در اطراف چاه و قنات و مجری هر تصرفی که می‌خواهد داشته باشد مشروط بر اینکه تصرفات او موجب ضرر صاحب قنات و چاه و مجری نشود. بدین ترتیب این ماده ناظر به مصداقی از حق حریم در ملک غیر است.

حریم قریه مقداری از اراضی اطراف ده است که برای چرانیدن حیوانات و گردآوری علوفه یا بوته و مانند آنها طبق رسوم محلی در نظر گرفته شده و تعلق به ده دارد و حریم درخت در زمین موات بقدر وصول ریشه‌ها و شاخه‌ها در آخرین حد رشد آن و معبر آمد و شد صاحب درخت برای آبیاری و رسیدگی به درخت و بهره برداری از آن است. (نقل از لنگرودی، حقوق اموال، ص ۳۳۷)

۱- داراب پور، حقوق اموال و مالکیت، ص ۱۸۱

گز^۱ و برای زراعت (۳۰) گز است» و برابر ماده «۱۳۸» همان قانون: «حریم چشمه و قنات از هر طرف در زمین رخوه (۵۰۰) گز و در زمین سخت (۲۵۰) گز است. لیکن اگر مقادیر مذکوره در این ماده و ماده قبل برای جلوگیری از ضرر کافی نباشد به اندازه‌ای که برای دفع ضرر کافی باشد به آن افزوده می‌شود.» از این ماده قانونی و مقررات متعدد، استنباط می‌شود که حداقل میزان حریم را قانون پیش بینی کرده است و کمتر از آن قابل اثبات نیست، خصوصاً مقدار حریمی که به نفع اموال عمومی مانند راهها برقرار شده است که می‌توان گفت، قانونگذار رعایت مقادیر مذکور را به عنوان قاعده‌ای برای «دفع ضرر» لازم شمرده است و لذا، اثبات اینکه مقدار کمتری برای دفع ضرر کافی است، امکان پذیر نیست و لذا مقدار کمتر برای «حریم» امکان ندارد، لیکن چنانچه ثابت نماید برای رفع ضرر، نیاز به افزایش میزان حریم است با نظر کارشناس قابل اثبات است. هر چند برخی معتقدند مقدار حریم «اماره» ورود ضرر است نه «حکم موضوعی» و لذا اثبات اینکه به مقدار کمتر چنانچه قناتی حفر نماید ضرری به قنات مجاور نمی‌زند ایرادی ندارد و مجاز به حفر قنات است، زیرا اماره‌ای است که خلاف آن قابل اثبات است.^۲

در مورد قنات، مقدار مذکور مربوط به چاه آبد قنات است و نسبت به مجرای خشکه کار قنات، حریم در نظام «قانون مدنی» به اندازه‌ای است که برای دفع ضرر از مالک لازم باشد. این مقادیر را قانون مدنی برای حریم تعیین کرده است، لیکن قانون توزیع عادلانه آب، تشخیص حریم چاه و قنات و مجری را به وزارت نیرو واگذار کرده است و وزارت نیرو مکلف به رعایت مقادیر مقرر در قانون مدنی نیست و دادگاهها باید طبق نظر وزارت نیرو تصمیم بگیرند.

۱- مطابق قسمت آخر بند «ط» ماده «یک» آیین نامه تعیین حد بستر و حریم رودخانه و انهار و مسیله‌ها و مردابها و برکه‌های طبیعی (مصوب ۱۳۷۰) حریم انهار طبیعی یا رودخانه‌ها، اعم از اینکه آب دائم یا فصلی داشته باشند، از یک تا بیست متر است که حسب مورد به وسیله وزرات نیرو و شرکتهای تابعه آن تعیین می‌گردد.

۲- مقدار حریم دریاچه احداثی پشت سدها بموجب قانون تعیین حریم دریاچه احداثی پشت سدها (مصوب ۱۳۴۴)، یکصد و پنجاه متر از محیط اطراف است.

۳- بموجب بند «د» ماده «۲» و ماده «۷» قانون مربوط به اراضی مستحدث و ساحلی حریم

۱- گز. [گَ] (۱) کردی قز (مقیاس طول، اندازه) معادل ذرع و هر گز ۱۶ گره است. امروزه گز را معادل «متر» گیرند. (نقل از دهخدا، لغتنامه، ذیل واژه گز)

۲- کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۲۴۲ و صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۷۷

دریای خزر مقدار حریم ۶۰ متر از آخرین نقطه مد دریا در سال ۱۳۴۲ قرار داده است و غیر قابل تملک خصوصی اعلام نموده است.

۴- تصویب نامه مورخ ۴۴/۴/۹ برای انهار اصلی شبکه آبیاری کرج، حریمی به میزان ۶ متر از هر طرف و برای انهار درجه دوم ۴ متر از هر طرف و برای انهار درجه سوم ۳ متر از هر طرف شناخته است.

بدین ترتیب با وضع این مقررات، بنظر می‌رسد که مقررات مواد «۱۳۷» و «۱۳۸» قانون مدنی، در قسمتی که مبین مقدار حریم می‌باشد «نسخ» شده است.^۱ مطلب دیگر اینکه اگر چاه یا قناتی که حریم برای آن منظور شده است، خشک شود و در دایر کردن آن هم کاهلی رخ دهد، امکان دارد حق حریم نیز از بین رود. مطابق ماده «۱۱» قانون حفظ حراست منابع آبهای زیر زمینی کشور: «قنات و چاههایی که، ۴ سال متوالی بایر و بدون آب جاری مانده یا بماند، در صورتی که با اخطار قبلی وزارت آب و برق به مالک یا مالکین و تعیین مهلتی که از یکسال تجاوز نخواهد کرد، مالک یا مالکین نسبت به دایر کردن قنات یا بهره برداری از چاه اقدام ننمایند، متروکه تشخیص داده شده و احداث چاه یا قنات در حریم آنها، با اجازه وزارت آب و برق، مجاز خواهد بود.»

همچنین، در ماده «۱۶» قانون توزیع عادلانه آب نیز مقرر شده است: «وزارت نیرو می‌تواند قنات یا چاهی که به نظر کارشناسان این وزارتخانه، بایر یا متروک مانده یا بعلت نقصان فاحش آب، عملاً مسلوب المنفعه باشد، در صورت ضرورت اجتماعی به مالک یا مالکین، احیاء آنها را تکلیف نماید و در صورت عدم اقدام مالک یا مالکین تا یکسال پس از اعلام، وزارت نیرو می‌تواند راساً آنها را احیا نموده و هزینه صرف شده را در صورت عدم پرداخت مالک یا مالکین از طریق فروش آب وصول نماید. همچنین می‌تواند اجازه حفر چاه یا قنات در حریم چاه یا قنات فوق الذکر صادر نماید.»

فصل ششم: وقف

«وقف»، سنت حسنه‌ای است که از دیرباز به اشکال گوناگون در تاریخ بشر، وجود داشته است و «اسلام» نیز آن را در مسیری روشن، منطقی و هدفدار، مورد استفاده قرار داده است. در «فقه» و «حقوق» ما «نهاد وقف» هم از نظر عبادی و قصد تقرب در آن و هم از جهت اقتصادی، اهمیت فراوانی دارد؛ چندانکه می‌توان گفت، در طول تاریخ اسلامی، یکی از وسایل عمومی شدن مالکیت خصوصی و توزیع عادلانه ثروت و حفظ میراث فرهنگی و «شعائر مذهبی» بوده است. با وجود این، گاه، «حبس عین مال موقوفه»، بویژه در مورد املاک، سبب شده است که بخشی از سرمایه ملی از گردش بیفتد و بی‌مبالاتی «متولیان وقف» و «اختلاف موقوف علیه»، این نهاد مفید حقوقی و اجتماعی را از اثر مطلوب خود، منحرف سازد و باعث ویرانی املاک کشاورزی شود. دشواری فروش مال موقوفه و استثنایی بودن موارد «تبدیل به احسن»، آرمانهای «واقف» و حکمت تشریع «وقف» را خنثی می‌کند و ضرورت بازنگری در قواعد سنتی را با حفظ موازین شرعی آشکار می‌سازد.^۱

«وقف»، در «اسلام» بسیار مورد توجه واقع شده است و پس از مرگ، به عنوان «صدقه دایم» به شخص وقف‌کننده می‌رسد. «ائمہ اطہار» (علیهم السلام)، خود در اجرای سنت وقف پیشقدم بودند؛ حضرت علی (ع) چاه‌ها و باغ‌های بسیاری را که به دست خود احداث فرموده بود، در راه خدا و مسلمانان، وقف کرد. برخی از این چاه‌ها، هنوز در کشور «عربستان» با عنوان «آبار علی» (چاه‌های علی) شناخته می‌شود و مورد استفاده است.

«وقف» سنت پسندیده‌ای برای تسکین دردها و رنج‌ها و بهبود زندگی انسانهاست. بویژه در وقف برای عموم مردم که وقف بر «امور خیریه» یا «بریات عام» نامیده می‌شود، هدف

۱- ابهری علی آبادی، حمید و رضیان، عبدالله، مفهوم و ماهیت وقف و وضعیت مالکیت مال موقوفه در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، صفحه ۱۱.

از وقف، ایجاد تسهیلات اقتصادی برای بهبود زندگانی و معیشت و آرامش و اعتبار موقوف علیهم، و رفع مشکلات زندگی آنهاست.^۱

در «حدیث نبوی» است که «پیامبر اکرم» (ص) فرمودند: «با مرگ شخص، پرونده عمل او بسته می‌شود، مگر از سه جهت: صدقه جاریه، علم مفید، فرزند صالح»^۲ از این حدیث، استنباط می‌شود که صدقه جاریه، اجری مستمر دارد و «وقف»، نیز نوعی صدقه جاریه است. به عبارت دیگر، لفظ «صدقه» شامل وقف و دیگر کارهای خیر از قبیل زکات و ... می‌شود، اما هرگاه گفته شود، «صدقه جاریه»، مراد از آن، «وقف» است.

مبحث اول: شناخت موضوع

گفتار اول: تاریخ وقف در جوامع اسلامی

«وقف» در نزد تمامی «مذاهب اسلامی»، امری «جایز» و «صحیح» است. بعضی، تنها «وقف» را بر «مسجد» جایز می‌دانند که تقریباً رأی متروکی است. برخی «مذاهب اسلامی» به‌طور کلی، وقف خانه، زمین، و... را شرعاً «جایز» می‌دانند و برخی هم گفته‌اند: «وقف، تنها در اسلحه و اسب و مرکب جایز است و در غیر اینها، باطل»؛ «فقهای شیعه» در تایید «وقف»، به کتاب و سنت تکیه دارند. دلیل اول این گروه، آیه «۱۹» سوره مبارکه «آل عمران» است که می‌فرماید: «شما هرگز به نیکویی نمی‌رسید، مگر آنگاه که انفاق کنید از آنچه دوست می‌دارید و آنچه انفاق می‌کنید، پس به یقین خدا بر آن داناست». در این آیه مبارکه به «انفاق» ترغیب شده و «وقف» نیز «انفاق» است و در نتیجه مورد ترغیب «شارع» است.^۳

به‌هر حال این نکته میان فقها و علما مورد اتفاق است که، «وقف»، از انواع صدقات است که شارع مقدس، بدان ترغیب فرموده است تا مردم تصدق کنند و بدان وسیله به درگاه خداوند متعال، تقرب جویند و مالی از اموال خود را در وجوه برّ و خیر انفاق نمایند، خواه به جهتی از «جهات عامّه» باشد، مانند فقرا و مسافران درمانده و طالبان علم، و یا نیکویی و «برّ» بر خویشان

۱- واسعی، سید علیرضا، سیر اندیشه وقف در سیر فقه شیعی، مجموعه مقالات وقف و تمدن اسلامی، ج اول، ص ۲۷۶

۲- پیامبر اکرم (ص) می‌فرمایند: «با مردن انسان، طومار زندگی او پیچیده شده و ارتباط او با دنیا قطع می‌گردد، مگر سه گروه: دانشمندی که اثر علمی برای هدایت مردم، از خود به یادگار گذاشته باشد. صدقات و خیرات مستمری که از کسی باقی مانده باشد و مردم، به آنها سود برند، و فرزند صالح و نیک کرداری که پدر و مادر، وی را به دعای خیر یاد کنند». «هشام بن سالم» نقل می‌کند که امام صادق (ع) فرمودند: «پس از مرگ، هیچ اجر و پاداشی به میت نمی‌رسد، جز سه مورد: صدقه‌ای که در زمان حیات بدهد و پس از مرگش نیز جریان داشته باشد، سنت خوبی را بنا نهاده باشد که پس از مرگش به آن عمل شود و فرزند صالحی که برایش، دعای خیر کند». (به نقل از خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۲)

۳- عطائی، محمد رضا، وقف در فقه و حقوق (بررسی مقایسه‌ای و تطبیقی آرا و نظریات مذاهب اسلامی)، مجله وقف میراث جاویدان، بهار ۱۳۸۳، شماره ۴۵، صص ۴۹ تا ۶۵

و اولاد.^۱

در سابق «اصول وقف»،^۲ دامنه محدودی داشت، لیکن امروزه دامنه «وقف» گسترش پیدا کرده و «وقف» از انحصار بر فقرا و مساکین خارج شده و به تأسیس مراکز علم و تأمین زندگی طلاب و مدرّسین، ساخت مدارس و بیمارستان‌ها و کتابخانه‌ها و غیره، تعمیم پیدا کرده است.

گفتار دوم: معنا و مفهوم وقف

«وقف» را از سه جهت «لغوی»، «فقهی» و «حقوقی»، می‌توان تعریف کرد:

بند اول: معنای لغوی

«وقف»، مصدر باب افعال، به معنای «حبس»، و واژه‌ای عربی به معنای ایستادن، «توقف» کردن و اطلاع دادن و منحصر کردن چیزی برای کسی به کار می‌رود. همچنین، در «فرهنگ‌های فارسی» در تعریف «وقف» آمده است: «وقف، یعنی چیزی را برای خدا گذاشتن، آنچه در ملک کسی نباشد و برای خدا آن را گذاشته و البته در بعضی جاها به معنای مطلق عطا نیز هست»^۳

۱- الکیسی، محمد عبید، وقف در شریعت اسلام، ج ۱، صص ۵۴-۳۵.

۲- تعدادی از «اصول وقف» بدین شرح است: ۱- «مسجد»: مسجد، نخستین بار به دستور و اقدام شخص «پیامبر اسلام» (ص) احداث گردید. «مسجد» به محض احداث، «شخصیت مستقلی» یافت و اموال منقول و املاک موقوفه بر مسجد، دارای آن به‌شمار می‌رفت و از درآمد همین موقوفات، تمام یا بخشی از هزینه زندگی امام، مؤذن، خادم، حافظ قرآن، خطیب و واعظ و فراش، تأمین و پرداخت می‌شد. عنوان «مسجد»، «موضوعیت» دارد و نمی‌توان آن را به عنوان دیگری مانند مدرسه و یا دکان تبدیل کرد، ولی آنچنان نیست که اصلاً و ابداً، مسجد از مسجدیت خارج نشود و قابل فروش نباشد. چرا که ممکن است در شرایط ویژه‌ای، مسجدی از مسجدیت خارج شود. در این صورت فروخته می‌شود و مسجد دیگری تهیه می‌شود و یا ثمن آن در «مماثل» هزینه می‌شود. ۲- «مدرسه»: با گسترش اسلام و توسعه علوم و افزایش دانشجویان رشته‌های مختلف، تعلیم و تعلم، کم‌کم از مساجد به مکان دیگری انتقال یافت، و این مرکز، نام مدارس به خود گرفت، هر مدرسه مانند مسجد از «اصول وقف» به‌شمار می‌رود. ۳- «مشهد»: یعنی محل شهادت و مدفن شهید، احتمال دارد که به محل اقامت امامی از ائمه نیز «مشهد» گفته شود (شده باشد) یعنی محل حضور. «مشاهد» در حکم «مساجد» هستند و دارائی آنها را اموال منقول، موقوفات و مرافق و نذورات تشکیل می‌دهد. ۴- «زاویه»: زاویه که جمع آن زوایاست، به محل اطعام فقرا و پذیرایی از مهمانان و واردین گفته می‌شود. در قدیم، زاویه‌ها در شهرها و کنار جاده‌ها احداث می‌شد، امروز «خانقاه»، قسمتی از خدمات زاویه را عهده‌دار است. زوایا نیز از جهت داشتن شخصیت مستقل و دارایی، مانند سایر «اصول وقف» است. ۵- «مصنعه»: «مصنعه» که جمع آن مصانع است، یکی دیگر از «اصول وقف» است، به معنای «آب‌انبار»، مسأله تأمین آب آشامیدنی و مصرفی و آب مزارع و باغ‌ها، یکی دیگر از آثار درخشان «وقف» است. ۶- «مقبره»: «مقبره» که جمع آن مقابر است به معنای گورستان می‌باشد، گورستان‌ها با اقدام نیکوکاران به وجود آمده و چه‌بسا برای نگهداری آنها و غسل خانه‌های واقع در آنها و هزینه کفن و دفن بینوایان، موقوفاتی نیز اختصاص یافته است. ۷- «بیت الکتب» (مخزن الکتب): نیکوکاران در شهرهای زیادی، کتابخانه‌های عمومی تأسیس کرده و در معرض استفاده عموم گذاشته‌اند، و چه‌بسا برای حفظ و اداره آن، موقوفات فراوانی نیز اختصاص داده‌اند. ۸- «بیمارستان»: یکی از «اصول وقف» است. ۹- «رباط»: که به صیغه رباطات و رابطه جمع بسته می‌شود، و از آیه شریفه «۲۰۰» سوره «آل عمران» اقتباس شده است، به معنای «کاروانسرای بیابانی» است. علاوه بر رباطات مرزی، از طرف مردم در بیابان‌ها و حتی در شهرها، اماکنی احداث شد و به کمک واردین شتافت. نتیجه آنکه «وقف»، آثار و نتایج درخشانی دارد که قطع نظر از انواع «وقف منفعت» مانند دکان، اراضی و... انواع «وقف انتفاع»، تاریخ و سرگذشت بسیار جالبی دارد که هریک از اینها، دارای «شخصیت مستقلی» است (الکیسی، محمد عبید، وقف در شریعت اسلام، ج ۱، ص ۴۱۱) به طور کلی، اقسامی که برای «وقف» ذکر می‌شود، از قبیل مساجد، مشاهد، وقف به جهت خاص و غیره، این همه در واقع اقسام «وقف» نیستند، بلکه این تقسیمات، با ملاحظه مصادیق وقف صورت گرفته و الا وقف، دارای مفهوم واحدی است که هیچگونه امتیازی در انواع مختلف آن مشاهده نمی‌شود. (خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیله، ج ۳، ص ۲۸)

۳- دهخدا، علی‌اکبر، فرهنگ فارسی، ذیل واژه وقف

کلمه «وقف» با توجه به موارد استعمال، معانی دیگری نیز می‌تواند داشته باشد، از جمله: ایستادن، اندکی درنگ کردن در بین کلام؛ به حال ایستاده ماندن؛ آرام گرفتن؛ آگاهی و اطلاع؛ توقف در دو مکان مقدس «منا» و «عرفات»؛ و به معنای نهاد یا سازمان مخصوصی که برای اداره «اموال موقوفه» تشکیل می‌شود.^۱

در مباحث فقهی هم آمده است که «وقف» از آن جهت اینگونه نامیده شده که بر «وقف مال» بر یک جهت معین و قطع سایر جهات و تصرفات مربوطه است. در صیغه وقف، معمولاً «وقف وقف» گفته می‌شود. در بعضی اوقات به نادرست «اوقف» گفته می‌شود که جمع آن وقوف و اوقاف است.^۲

بند دوم: معنای فقهی

از لحاظ «فقهی»، درباره «مفهوم وقف»، اختلاف نظر وجود دارد. موضوعاتی مانند لزوم یا عدم لزوم «قصد قربت» در «صحت وقف» و اختلاف در شرایط «تحقق وقف»، موجب ذکر معانی مختلف، برای وقف شده است.

برخی از «فقه‌ها»، وقف را از «صدقات» می‌دانند؛ به تعبیر این عده، «وقف»، صدقه جاریه‌ای است که نتیجه آن «حبس اصل مال» و «مطلق شدن منفعت» آن است.^۳ عده‌ای نیز، «وقف» و «صدقه» را موضوع واحد می‌دانند: «الوقف و الصدقه شی واحد».^۴ عده‌ای دیگر، «وقف» را «عقد تلقی، و اقتضای آن را «تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه» می‌دانند.^۵

«فقه‌ها» در این تعریف که «وقف» را به «تحبیس الاصل» و «اطلاق المنفعه» معنا کرده‌اند، از «حدیث نبوی» کمک گرفته‌اند که می‌فرماید: «حبس الاصل و تسبیل الثمره»، یعنی اصل را حبس کن و منافعش را در راه خدا آزاد نما.^۶

«محقق حلی» نیز، در تعریف وقف گفته است: «الوقف عقد ثمرته تحبیس الاصل و اعطا المنفعه»، یعنی، «وقف»، عقدی است که ثمره آن، حبس اصل، و رها کردن منافع است. «تسبیل منافع» یعنی صرف کردن مال در جهتی که «واقف» تعیین کرده است.^۷ برخی نیز گفته‌اند: «وقف، عبارتست از حبس مستمرعین مال پایدار در راه امور خیر، برحسب آنچه واقف مقدر

۱- معین، محمد، فرهنگ معین، ج چهارم، ص ۵۰۴۷

۲- علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۴۲۷

۳- شهیدثانی، الروضه البهیة، ص ۲۶۳؛ شیخ مفید، المقنعه، ج ۱، ص ۶۵۲

۴- شیخ طوسی، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۵۹۶

۵- علامه حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۴۴۲، خمینی، روح ا....، تحریرالوسیله، ص ۱۳۴، و الکبیری، محمد عبید، وقف در شریعت اسلام، ج ۱، ص ۲۸۴

۶- طباطبایی یزدی، عروه الوثقی، ص ۲۷۳

۷- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۳۴۳

کرده است.^۱ با عنایت به این تعاریف و با جمع بندی مطالب فوق، می‌توان به این نتیجه رسید که همه فقها و حقوقدانان در موضوع وقف در دو مسأله، اشتراک نظر دارند:

۱- «حبس مال» از تمامی نقل و انتقالات اعتباری و خارجی؛ به این معنا که وقتی، مالی «وقف» شد، اصولاً قابل خرید و فروش و نقل و انتقال نیست، مگر در موارد استثنایی که در «فقه» و «قانون مدنی» پذیرفته شده است، مانند «اختلاف شدید بین موقوف علیه» یا «خرابی مال موقوفه». (مواد ۳۴۹ و ۸۸ قانون مدنی)

۲- «تسبیل منافع»، یعنی صرف منافع مال موقوفه در راه خدا. در «وقف»، منافع مال موقوفه در جهتی که «واقف» تعیین کرده است مصرف می‌شود و قطعاً شخص یا اشخاصی غیر از «واقف»، از منافع مال موقوفه بهره‌مند می‌شوند. اگر «واقف»، خود را جزو «موقوف علیه»، یا پرداخت دیون و مخارج خود را از منافع مال موقوفه قرار دهد، وقف، «باطل» خواهد بود (ماده ۷۲ قانون مدنی)

بند سوم: معنای حقوقی

در «قانون مدنی»، «مبحث دوم» از «فصل دوم» از «باب دوم جلد اول» به «وقف» اختصاص یافته و در «۳۷» ماده از مواد «۵۵» تا «۹۱» به این موضوع پرداخته شده است. تعریف قانون مدنی از وقف از تعریف «فقها» دور نیفتاده است؛ در ماده «۵۵» در «تعریف وقف» آمده است: «وقف، عبارتست از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود».

بعضی از «حقوقدانان»، اعتقاد دارند که «وقف» دارای دو معنای نزدیک به هم است که در معنای اول، «واقف» برای رسیدن به پاداش معنوی، اموال خود را حبس می‌کند، تا منافع آن در جهتی که «وقف شده» استفاده شود و در معنای دوم نیز، از نهادی به نام «سازمان وقف» باید بهره برد که در گذشته به دلیل مصطلح نبودن «شخصیت حقوقی» میان فقها، چارچوب مدونی نداشته است، لیکن، امروزه وقف، «سازمانی» است که دارای «مدیر» و «ناظر» و «اموالی خاص» است که به آن، «شخصیت حقوقی وقف» گفته می‌شود.^۲ بنابراین به نظر برخی حقوقدانان در تعریف وقف باید به «شخصیت حقوقی وقف» توجه کرد.

برخی دیگر از «حقوقدانان» عقیده دارند که «وقف»، عقدی است که به موجب آن، مالک مال معین، آن را کاملاً حبس و منافع آن مال را به صورت «اباحه» یا «تملیک» به دیگران واگذار می‌کند.^۳ همچنین معتقدند که «قانونگذار ایران» در «تعریف وقف» باید کلمه «کامل» را اضافه

۱- شیخ طوسی، التهذیب، ج ۷، ص ۳۷۱ و حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۷۸

۲- کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، عطایا، ص ۱۱۶

۳- جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ص ۳۸۱۹

می‌کرده است، زیرا در «وقف»، عین مال به طور کامل، حبس و منافع آن تسبیل می‌شود. بنابراین، از آنجاکه ماده «۵۵» قانون مدنی، حبس کامل و ناقص را فرا می‌گیرد، «عمری» و «رقبی» و «سکنی» و «حبس به معنی اخص» را نیز شامل می‌شود که این امر موجب نقص تعریف می‌شود.^۱

حقوقدانان دیگر، در «وقف» به ماده «۵۵» قانون مدنی، تکیه کرده و «حبس مال» را، نگهداشتن عین مال، از نقل و انتقال و همچنین از تصرفاتی می‌دانند که موجب تلف مال شود، به نظر این عده، «غرض» از «وقف»، انتفاع همیشگی «موقوف علیه» از مال موقوفه است.^۲ برخی دیگر از «حقوقدانان» گفته‌اند، «وقف»، حبس عین مال و تسبیل منافع است؛ بنابراین منظور، آن است که عین مال، از نقل و انتقال و تلف حفظ شود و منافع آن به «مصارف خیر» اختصاص یابد.^۳

گفتار سوم: ماهیت وقف

وقف، «عقد» است؛ «عقد» در لغت، به معنی بستن و گره زدن است.^۴ و در اصطلاح حقوقی، در تعریف صحیح عقد باید گفت: «عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص برای ایجاد ماهیت حقوقی». بعضی از «حقوقدانان» معتقدند، با توجه به اینکه «وقف» به موجب «قانون مدنی»، یکی از «عقود معین» است، به «ایجاب» و «قبول» و «توافق اراده دو طرف» نیاز دارد. «ایجاب» از طرف «واقف» و «قبول» در «وقف خاص» از طرف «موقوف علیه» و در «وقف عام»، از طرف «حاکم» واقع می‌شود. «وقف عام» را ممکن است نماینده سازمان اوقاف یا سازمان دیگری که نوعاً «وقف» با هدف آن ارتباط دارد، قبول کند.^۵

مطابق ماده «۵۶» قانون مدنی: «وقف واقع می‌شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و قبول طبقه اول از موقوف علیه یا قائم مقام قانونی آنها در صورتی که محصور باشند، مثل وقف بر اولاد، و اگر موقوف علیه، غیر محصور یا وقف بر مصالح عام باشد، در این صورت قبول حاکم، شرط است». با عنایت به حکم این ماده، به نظر می‌رسد که وقف، «عقد» باشد، زیرا طبق ماده مذکور، «وقف» به «ایجاب» و «قبول» احتیاج دارد و بدیهی است که «عمل حقوقی» که با ایجاب و قبول واقع شود، «عقد» است، نه «ایقاع». بدین

۱- جعفری‌لنگرودی، حقوق اموال، ۱۷۵.

۲- امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۶.

۳- صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۵۰.

۴- عمید، فرهنگ فارسی، ذیل واژه عقد.

۵- کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۲۱.

۶- صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۵۱.

ترتیب، این «عمل حقوقی»، به اعتقاد اکثر «فقه‌ها» و «حقوقدانان»^۱، «عقد» محسوب می‌شود. البته، «عقد وقف» با عقود دیگر، تفاوت‌هایی دارد و نسبت به سایر عقود، دارای خصوصیات ویژه‌ای است، مانند اینکه «وقف»، عقدی «دائمی»^۲ و «غیر قابل فسخ» و «غیر قابل اقاله» است که با این خصوصیات، عقد «وقف»، از سایر عقود متمایز می‌شود و نمی‌توان آن را در قالب سایر «عقود معین» قرار داد. به همین جهت، «قانون مدنی» نیز آن را در مبحث جداگانه مطرح کرده است.^۳

عده‌ای گفته‌اند: اگر «وقف»، طرف مشخصی داشته باشد، باید قبول را شرط بدانیم، زیرا طبق قاعده، اگر بخواهیم چیزی را ملک کسی قرار دهیم، باید او راضی باشد. لذا ایشان، «وقف خاص» را عقد و «وقف عام» را ایقاع می‌دانند.^۴ در «قانون مدنی» به پیروی از دسته‌ای از «فقه‌ها»،^۵ «وقف» را اعم از «خاص» یا «عام»، «عقد» دانسته است.

گفتار چهارم: انواع وقف

«وقف» را می‌توان از جهات مختلف تقسیم نمود؛ مثلاً در تقسیم وقف به «اعتبار واقف»؛ ممکن است مقصود، تملیک منافع بر «موقوف علیه»، باشد.^۶ و یا صرف آن در «موقوف علیه»، و در صورت دوم، ممکن است منظور مصرف شخصی منافع باشد و یا اعم از آن. اما از جهت دیگر وقف به اعتبار «موقوف علیه»، به «وقف عام» و «وقف خاص» تقسیم می‌شود.

۱- نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۵ و انصاری، مکاسب، ص ۲۳۲ و کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ص ۱۵۶ و امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۶۹

۲- اگر وقف به صورت موقت منعقد گردد، عنوان «وقف» به معنی مصطلح را نخواهد داشت و برخی از فقها، عقد واقع شده را «حبس» می‌دانند (خمینی، روح...، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۵ و شهید ثانی، مسالک الافهام فی شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۳۵۲ و علامه حلی، تبصره المتعلمین، ص ۷۶ و نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۵۱ و محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۵۱۴) و بعضی آن را «باطل» می‌شمارند (محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۱۵۴) که نظر اول ارجح است.

۳- در مقابل، برخی از «حقوقدانان» و «فقه‌ها» مخالف عقد بودن وقفند؛ مرحوم «محقق حلی» می‌گوید: «وقف»، ایقاع است ولی «صدقه»، عقد است؛ شهید اول^۷ در «لمعه» می‌گوید: «ظاهر»، این است که در مطلق وقف، قبول شرط نیست، یعنی وقف، ایقاع است (ر.ک: لنگرودی، محمد جعفر، الفارق، ص ۳۸۳ و محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۲۵۳)

۴- محقق قمی، جامع الشتات، ص ۳۴۶ و علامه حلی، تبصره، ج ۲، باب وقف و شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۵۶ و خمینی، روح...، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۳، همچنین از نظر «فقه‌های عامه»، وقف بر جهات عمومی مانند ایجاد مسجد و امثال آن و وقف بر عناوین عام و کلی مانند وقف بر فقرا، عنوان ایقاع است و نیاز به قبول ندارد (عبید الکیسی، محمد، احکام وقف در شریعت اسلام، ج اول، صفحات ۱۴۲-۱۳۴) و برخی معتقدند در هر حال و به مقتضای ادله وقف، عدم اعتبار قبول در وقف به طور مطلق قوی تر است و قبول، فقط نسبت به وقف خاص معتبر است که آن هم با رد نکردن عین یا منفعه موقوفه و اعتراض نکردن پس از آگاه شدن از وقف آشکار می‌شود. البته اگر موقوف علیه به صراحت وقف را بپذیرد، به احتیاط نزدیکتر است. (معروف الحسنی، الوصایه والاقواف، ص ۱۲۷)

۵- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۵ و محقق خراسانی، رسائل الفقهاء، کتاب الوقف، ص ۱۰۱

۶- خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۲.

بند اول: وقف عام

«وقف» در صورتی «عام» است که یا بر «جهات عمومی» وقف شده باشد، مانند وقف بر مساجد و پل‌ها و قنوات و مدرسه‌ها و وقف بر عزاداری امام حسین (ع)، یا وقف بر عناوینی که مصادیق آن، محصور نیست، مانند وقف بر دانشجویان، فقرا، بیماران یا زوار حرم امام رضا (ع) و... در بند «۲» دستورالعمل مربوط به تعاریف و اصطلاحات مندرج در آیین نامه قانون سازمان اوقاف (مصوب ۱۳۶۳) آمده است: «وقف عام، وقفی است که در جهت و مصلحت عمومی و یا عناوین عامه باشد، مانند وقف بر مساجد، مدارس، تعزیه داری، اطعام، دارو و درمان، کمک به فقرا و ایتام و غیره. موقوفاتی که به وسیله اقلیت‌های دینی برای معابد و امور عام المنفعه اختصاص یافته، وقف عام تلقی می شود»

«وقف عام» را وقف بر «جهات» یا وقف بر «مصالح عامه» نیز می‌گویند. منظور از وقف بر مصالح عامه، وقف برای «منافع عمومی» است، مثل وقف برای ترویج شعائر اسلامی. موقوفه عام دارای «شخصیت حقوقی» است و «متولی» یا «سازمان اوقاف»، حسب مورد نماینده آن می‌باشند. در وقف عام، هر چند «وقف بر نفس» باطل است (ماده ۷۲ قانون مدنی)، اما وقف بر جهات عامه که «واقف» هم امکان دارد یکی از مصادیق آن باشد، ایرادی ندارد. مطابق ماده «۷۴» قانون مدنی: «در وقف بر مصالح عامه»، اگر خود واقف نیز، مصداق موقوف علیه واقع شود، می‌تواند منتفع گردد». مفاد این ماده، استثنایی بر ماده «۷۲» قانون مدنی می‌باشد. بدین توضیح که وقف بر مصالح عامه و امور خیریه از قبیل وقف بر طلبان و علما و دانشجویان و نیز مسجد و مدرسه، هرگاه «واقف»، مصداق «موقوف علیهم» باشد یا جزو اشخاصی باشند که منتفع می‌شوند، چون اینگونه امور، وقف بر جهت است، نه وقف بر افراد، «واقف» می‌تواند منتفع شود، مگر اینکه «واقف» خروج خود را از آنها قصد یا در عقد، خروج خودش را تصریح کرده باشد.

بند دوم: وقف خاص

اما «وقف خاص» در جایی است که وقف بر اشخاصی باشد که عرفاً «محصور» و «معین» باشند، مانند وقف بر اولاد، نسل بعد نسل یا بر کارکنان یک موسسه معین. در بند «۳» دستورالعمل مربوط به تعاریف و اصطلاحات مقرر شده است: «وقف خاص، وقفی است برای شخص یا اشخاص معین و محصور مانند وقف بر اولاد و احفاد»؛ در «وقف عام»، قبول از ناحیه «حاکم» صورت می‌گیرد.

مبحث دوم: مالکیت مال موقوفه

درباره تعلق مالکیت مال موقوفه، پس از «تحقق وقف»، مباحث زیادی در منابع فقهی و حقوقی وجود دارد. سؤال این است که آیا پس از وقف، «واقف»، همچنان مالک مال موقوفه است یا مالکیت به «موقوف علیه» انتقال می‌یابد؟ یا پس از تحقق وقف، «شخصیت حقوقی مستقلی» برای مالکیت مال موقوفه ایجاد می‌شود؟ در این زمینه، نظرات مختلفی وجود دارد که به آن اشاره می‌شود.

گفتار اول: مالکیت واقف

بند اول: طرح نظریه

عده‌ای از «فقه‌ها»، اعتقاد دارند که عین موقوفه، «حبس» و در «ملک واقف» باقی می‌ماند، زیرا ظاهر از لزوم حبس عین، با انتقال آن به دیگری منافات دارد. پس تنها «ثمره» و «منافع» مال است که به «موقوف علیه» می‌رسد.^۱ بنابراین مال از «مالکیت واقف» خارج نمی‌شود و تنها مالکیت او محدود می‌شود و به همین دلیل در برخی وقف‌ها، مثل وقف «منقطع الآخر»^۲ پس از انحلال وقف، مال به «واقف» یا «ورثه» او می‌رسد. به عبارت دیگر، «حبس‌الاصل» به معنای ابقای عین در ملک «واقف» است و با انتقال آن منافات دارد. بنابراین، تنها ثمره متصور برای وقف، آن است که «موقوف علیه»، «حق انتفاع» دارند. معتقدین به این نظریه بر همین اساس، «شرط واقف» را مبنی بر جواز فروش، به هنگام «نیاز واقف» به قیمت مال موقوفه، جایز می‌دانند.^۳

بند دوم: نقد نظریه

در نقد این نظریه می‌توان گفت، اولاً، لزوم حبس عین با خروج آن از «مالکیت واقف» هیچ منافاتی ندارد، چراکه می‌توان عین را در مالکیت «موقوف علیه»، «حبس» و از نقل و انتقال آن، جلوگیری کرد.^۴ ثانیاً دلایلی وجود دارد که اساساً بقای عین را در «مالکیت واقف» مردود می‌کند؛ از جمله اینکه، «مالکیت»، یک اعتبار عقلایی است که بین شخص و عین بوجود می‌آید و این امر عقلایی، دارای ثمراتی مانند انتفاع از منافع، دخل و تصرف، نقل و انتقال و هر گونه

۱- آل کاشف الغطا، تحریرالمجله، ج ۵، ص ۷۱.

۲- برخی معتقدند اگر کسی وقف کند بر معدوم و پس از آن بر موجود، مانند آنکه وقف کند بر شخصی که فوت شده است و پس از آن بر اولاد او که زنده‌اند، وقف «منقطع الاول» و باطل است و اگر وقف کند بر موجود و پس از آن بر معدوم و بعد از آن بر موجود، مانند آن که مالی وقف کند بر شخصی که زنده است و پس از آن بر پدر آن شخص که فوت کرده است و بعد از آن بر اولاد آن شخص که زنده هستند، وقف «منقطع الوسط» و نسبت به موجود مرتبه اول صحیح و نسبت به وسط و مابعد آن باطل است، زیرا انقطاع زمانی باعث انقطاع ما بعد هم می‌شود (حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی و محمد بروجرودی عبدی، حقوق مدنی، ص ۴۱).

۳- علم الهدی، الانتصار، ص ۲۲۶.

۴- نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۸، ص ۸۸.

استیفای ممکن از عین مورد مالکیت است. حال آنکه بعد از «وقف»، «شخص واقف»، هیچ رابطه‌ای با عین مال ندارد و تمام روابط مالکی بین او و عین قطع می‌شود. بنابراین، با توجه به مجاز نبودن هیچ عملی اعم از حقوقی یا مادی در مال، توسط «واقف»، نمی‌توان او را مالک مال موقوفه دانست و بعد از «وقف» هیچگونه رابطه مالکیت بین «واقف» و «عین موقوفه» باقی نمی‌ماند، به همین دلیل، «واقف» نمی‌تواند در وقف شرط کند که هرگاه اراده کند، بتواند از وقف رجوع نماید، یا موقوفه را بفروشد یا تصرفات ناقله در آن نماید یا آن را تلف کرده یا از آن منتفع شود، زیرا با وقف، کلیه این حقوق را از خود سلب کرده است. «واقف» حتی نمی‌تواند دیگران را بر موقوفه علیهم، بیفزاید، زیرا با وقف، این حقوق را از خود ساقط کرده است.

ماده «۶۱» قانون مدنی مقرر داشته است: «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 موقوفه علیه، کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوفه علیه نماید یا با آنها شریک شود یا اگر در ضمن عقد، متولی معین نکرده، بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند». از این ماده نیز استفاده می‌شود که عین موقوفه از «مالکیت واقف» بیرون می‌رود و دیگر به او باز نمی‌گردد، بنابراین، «واقف» را نمی‌توان به عنوان مالک مال موقوفه پذیرفت.

گفتار دوم: مالکیت موقوف علیه

بند اول: طرح نظریه

بسیاری از «فقهها»، اعتقاد دارند که «وقف»، تملیک عین به «موقوف علیه» است، یعنی بعد از «ایجاد وقف»، عین موقوفه به «موقوف علیه» منتقل می‌شود.^۱ طرفداران این نظریه، برای تأیید این نظر به «سه» دلیل استناد می‌کنند:

۱- نتیجه مالکیت، استحقاق منافع و ثمرات است (حق استثمار) و طبق اصل عقلی «پی بردن از اثر به مؤثر» مشخص می‌شود که «موقوف علیه»، مالک عین موقوفه است، زیرا، مالکیت «نما»، مالکیت عین را در پی دارد؛ از طرف دیگر، تلف‌کننده عین موقوفه، ضامن آن خواهد بود و بین این دو، تلازم وجود دارد، بنابراین، «مالکیت موقوف علیه» نسبت به «عین موقوفه» ثابت می‌شود.^۲

۱- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۱۸؛ شیخ طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۲۹۰؛ خمینی، روح...، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۵۱، الکیسی، محمد عبید، وقف در شریعت اسلام، ج ۱، ص ۲۷۰؛ محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۲، ص ۵۲؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۲۹؛ ابن قدامه، المغنی، ج ۶، ص ۷

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۱۸

۲- «وقف»، عقدی است که محتاج قبول است و الا اگر مسأله مالکیت «موقوف علیه» مطرح نباشد به قبول نیاز نبود.^۱

۳- برخی «فقه‌های عامه» معتقدند که تصور ملک بدون مالک و همچنین بقای مالکیت «واقف»، امری غیر معقول است، بنابراین، با «تحقق وقف»، عین موقوفه از «مالکیت واقف» خارج می‌شود و ضروری است به ملکیت طرف مقابل (موقوف علیه) درآید.^۲

بند دوم: نقد نظریه

در بررسی این استدلال، باید گفت که ملازمه‌ای بین مالکیت منافع و مالکیت عین وجود ندارد؛ چنانکه، در اجاره، مستأجر، مالک منافع است، ولی مالک عین نیست.^۳

در رد استدلال دوم گفته‌اند، که در بسیاری از موارد وقف، قبول «موقوف علیه» یا حاکم، منتفی است، از جمله در «وقف عام» که قبول «موقوف علیه» شرط نیست؛ از طرفی، اینطور نیست که هر جا قبول هست، لازمه‌اش، ایجاد ملکیت باشد، بنابراین، با عدم شرطیت قبول، وجهی برای استدلال این عده باقی نمی‌ماند.^۴

در رد استدلال سوم نیز باید گفت، وجود مال بدون مالک هیچ اشکالی ندارد؛ چنانکه در «مباحات» که مالیت دارند، مالک ندارند و نیز اموالی که صاحبانشان از آنها، «اعراض» کرده‌اند، تا وقتی که فردی بر آنها تسلط نیافته، در ملک کسی داخل نبوده و مالکی ندارند.^۵

گفتار سوم: مالکیت خداوند

بند اول: طرح نظریه

بعضی از «فقه‌ها»، اعتقاد دارند که مال موقوفه متعلق به «خداست» و در این خصوص گفته‌اند: که در هر دو قسم از موقوفات (خاص و عام) برای موقوف علیه نسبت به موقوفه، فقط «حق اختصاص» پیدا می‌شود و الا، ملک متعلق به «خداست».^۶

بند دوم: نقد نظریه

در پاسخ به این نظریه باید گفت، اگر منظور از تعلق ملک به «خدا»، آن باشد که چون مالک تمام هستی «خداوند» است و اموال به عنوان جزیی از عالم هستی تحت سلطه قادر متعال قرار دارد، این امر صحیح است، اما، باید گفت که در علم حقوق، مالکیت به این معنی بررسی

۱- نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۸، ص ۳۰.

۲- ابن قدامه، المغنی، ج ۲، ص ۱۹۸؛ و الکیسی، محمد عبید، وقف در شریعت اسلام، ج ۱، ص ۱۷۳.

۳- خمینی، روح‌ا...، تحریرالوسیله، ج ۳، ص ۸۵.

۴- موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۲۱۶.

۵- موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۲۱۸؛ طباطبایی یزدی، ملحقات عروه، ج ۲، ص ۲۳۲.

۶- شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۵۶.

نمی‌شود، بلکه هنگام سخن از ملکیت اشیا، احترام به روابط حقوقی بین افراد انسانها و سلطه ایشان بر اموال تحت تصرف آنها، مد نظر است.^۱ درست است که هستی در پرتو ذات الهی باقی است، اما «فقه» و «حقوق»، امور کاربردی است که به تنظیم روابط بین انسان‌ها می‌پردازد، بنابراین، امروزه نظریه فوق، نمی‌تواند قابل قبول باشد.^۲

البته، از آنچه گفته شد، چنین بر می‌آید که «فقه» از گذشته، در خصوص «ماهیت وقف» و «مالکیت مال موقوفه» تلاش و کنجکاوی فراوانی داشتند و تفکر «شخصیتی مستقل» برای مال موقوفه، جدای از «واقف» و «موقوف علیه» وجود داشته است.^۳ و برخی از این طریق، ارتباط مالکیت مال موقوفه به اشخاص حقیقی را منکر شده‌اند.^۴ البته، از آنجاکه در «فقه» وجود نهادی که دارای شخصیت حقوقی مستقل، جدای از شخصیت اشخاص باشد، متصور نبوده، نظریه «شخصیت حقوقی وقف» در منابع فقهی ارئه نشده، اما اینگونه استدلال، پایه‌گذار چیزی شبیه «شخصیت حقوقی» است.^۵

گفتار چهارم: شخصیت حقوقی وقف

قائل شدن به نظریه «شخصیت حقوقی» برای وقف و تعلق مال موقوفه به این شخصیت، به بسیاری از اختلاف نظرات موجود، درباره مالکیت موقوفه خاتمه می‌دهد و به این ترتیب، «حقوق ایران» و «فقه امامیه» رابطه نزدیک‌تری با هم پیدا می‌کنند، زیرا نظرات ارائه شده در «فقه امامیه» پیرامون فک ملک یا مالکیت خداوند بر مال موقوفه با مفهوم «شخصیت حقوقی» در «حقوق» شباهت زیادی دارد و با این وصف، هم در فقه و هم در حقوق مدنی، «واقف» و «موقوف علیه»، هیچکدام، مالک مال موقوفه نیستند.

در نظر گرفتن «شخصیت حقوقی» برای موقوفه، از لحاظ عملی و کاربردی نیز حائز اهمیت است، زیرا اگر «واقف» را همچنان مالک مال موقوفه بدانیم و «موقوف علیه»، «حق انتفاع» از آن مال را داشته باشند، «طلبکاران واقف» می‌توانند برای وصول طلب خود، عین مال موقوفه را توقیف کنند، چون طبق این نظر، واقف، «مالک مال موقوفه» است و «موقوف علیه»، فقط «حق انتفاع» از آن را دارند. بدیهی است عین مالی که دیگری صرفاً در آن حق انتفاع دارد، مالیت و ارزش داشته و از طرف طلبکاران، قابل توقیف است. از طرف دیگر، اگر مالکیت مال

۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۲

۲- طباطبایی یزدی، ملحقات عروه، ج ۲، ص ۲۳۲

۳- البته، می‌توان ایده «شخصیت مستقل حقوقی» را در این نظریه پیدا کرد تا به این وسیله، از تعلق موقوفات به اشخاص حقیقی جلوگیری شود، به نظر می‌رسد، معتقدین به نظریه «مالک بودن خداوند» در اموال موقوفه، از طریق این اندیشه، درصدد بوده‌اند که ضرورت ارتباط و تعلق ملک به اشخاص حقیقی را انکار کنند (کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۲، ص ۳۶۹)

۴- کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۲، ص ۳۶۸

۵- کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، عطایا، ص ۱۴۶

موقوفه را متعلق به «موقوف‌علیه» بدانیم، طلبکاران این اشخاص، حق توقیف و فروش آن مال برای وصول طلب خود را خواهند داشت؛ در حالیکه، اگر این مال را متعلق به «شخص حقوقی موقوفه» بدانیم، «طلبکاران واقف» و «موقوف‌علیه»، هیچ حقی نسبت به آن مال نخواهند داشت. نظیر این موضوع در مورد «شرکت‌های تجاری» که دارای شخصیت حقوقی هستند، مصداق دارد؛ ماده «۱۲۴» قانون تجارت مقرر می‌دارد: «مادام که شرکت تضامنی^۱ منحل نشده، مطالبه قروض آن باید از خود شرکت بعمل آید و پس از انحلال، طلبکاران شرکت می‌توانند برای وصول مطالبات خود به هر یک از شرکا که بخواهند یا به تمام آنها رجوع کنند...» به این ترتیب، تا وقتی «شخصیت حقوقی» شرکت باقی است، دارایی شرکت، کاملاً مستقل از دارایی شرکای شرکت است. بدیهی است، طلبکاران شخصی شرکا، نیز برای وصول طلب خود، حق مراجعه به دارایی شرکت را ندارند. بنابراین، ماده مذکور نشان‌دهنده شخصیت حقوقی شرکت، جدای از شخص شرکا است. در مورد وقف نیز با «انعقاد وقف» و ایجاد «شخصیت حقوقی»، مال موقوفه، متعلق به «واقف» یا «موقوف‌علیه» نیست، بلکه «شخصیت حقوقی موقوفه»، مالک آن مال است و طلبکاران «واقف» و «موقوف‌علیه»، بر آن حقی ندارند.^۲ ماده «۳» قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و امور خیریه (مصوب ۱۳۶۳)، «شخصیت حقوقی» را به رسمیت شناخته است. مطابق این ماده: «هر موقوفه، دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان (حج و اوقاف و امور خیریه) حسب مورد نماینده آن می‌باشد». علاوه بر ماده «۳» قانون فوق‌الذکر، مواد «۵۸۳، ۵۸۴، ۵۸۷ و ۵۸۸» قانون تجارت، (مصوب ۱۳۱۱) نیز شخصیت حقوقی را به رسمیت شناخته است. ماده «۵۸۸» قانون تجارت مقرر می‌دارد: «شخص حقوقی، می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قابل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد، مانند حقوق و وظایف ابوت، بنوت و امثال ذلک».

همانگونه که مطرح شد، پذیرش شخصیت حقوقی برای موقوفه و تعلق مالکیت مال به این شخصیت، به اختلافات مطروحه در «فقه» و «حقوق» درباره مالکیت این مال پایان می‌دهد. در این حالت، عین مال موقوفه، اختصاص به «شخص حقوقی موقوفه» دارد و منافع آن، مختص «موقوف‌علیه» است. بنابراین مثلاً اگر «متولی»، به عنوان نماینده «موقوف‌علیه»، زمینی را برای کشت و زرع یا باغستان یا ساختن ساختمان و سکونت، اجاره دهد، کشت و زرع و باغ

۱- مطابق ماده «۱۱۶» قانون تجارت: «شرکت تضامنی، شرکتی است که در تحت اسم مخصوص برای امور تجاری بین دو یا چند نفر با مسئولیت تضامنی تشکیل می‌شود، اگر دارایی شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد، هر یک از شرکاء مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است».

۲- جعفری‌لنگرودی، حقوق اموال، ص ۲۰۲

و اعیان مسکونی ساخته شده، متعلق به زارع و باغدار و سازنده است، همچنین منفعت هر دوره از آن، متعلق به «موقوف علیه» همان دوره است؛ لیکن زمین مزبور متعلق به شخص موقوفه بوده و به «موقوف علیه»، تعلق ندارد. در نظریه «شخصیت حقوقی»، «شخص موقوفه»، مالک است و اقدامات مالکانه انجام می‌دهد، «حق شفعه» دارد و در صورت انقراض «موقوف علیه» و یا پایان وقف به علت دیگر، باز هم مالک عین موقوفه است.

مبحث دوم: ارکان و شرایط وقف

گفتار اول: ارکان وقف

بنابر قول اکثر فقها، و بر اساس مواد قانون مدنی، «وقف»، شامل چهاررکن است: ۱- «صیغه وقف» ۲- «مال موقوفه» ۳- «واقف» ۴- «موقوف علیه».

بند اول: صیغه وقف

تمامی فقهای امامیه و «عامه»، بر این مطلب اتفاق نظر دارند که وقف، با لفظ «وقف» تحقق پیدا می‌کند و این لفظ، صراحت در «وقف» دارد و به هیچ قرینه «لغوی»، «شرعی» و یا «عرفی» احتیاج ندارد.^۱ به قول «علامه حلی» لفظ صریح در وقف، واژه «وقف» است و لا غیر.^۲ و برتری این لفظ بر دیگر صیغه های وقف، از لحاظ دلالت، مورد اتفاق فقهاست، در حالیکه الفاظ دیگری، همچون «تصدقت» (صدقه دادم) با توجه به اینکه بر وقف و غیر وقف دلالت دارند، باید همراه با قرینه باشند تا بدانیم منظور از آن، «وقف» بوده است. حسب نظر «فقها»، لفظ مربوط به وقف ممکن است به صورت «وقف» و «حبست» و «سبلت» و یا الفاظ دیگری باشد که حکایت از وقف کند و حتی ممکن است به صورت جمله اسمیه و فعلیه باشد، مثلاً «واقف» به ساختمانی اشاره کند و بگوید: «این وقف است» و «عربی بودن» و «ماضی بودن» شرط نیست.^۳

بعضی از «فقهای امامیه» فرموده‌اند:^۴ در وقف مسجد و مقبره، احتیاج به «صیغه» نیست، یعنی اگر کسی مسجدی را بنا کند و به مردم اجازه اقامه نماز را بدهد و یا قطعه زمینی را جهت دفن اموات اختصاص دهد و اجازه دفن بدهد، این عمل به تنهایی در «تحقق وقف»، کفایت نموده و احتیاجی به گفتن لفظ «وقف» نیست. ماده «۵۶» قانون مدنی نیز مقرر داشته

۱- همان

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۳۴۳

۳- امینیان مدرس، محمد، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین، ص ۳۱

۴- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ملحقات عروه، ج ۲، ص ۲۳۱، خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۴۰ و اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیله النجاه، ج ۲، ص ۳۰۲

است: «وقف واقع می شود به ایجاب از طرف واقف و به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و قبول طبقه اول از موقوف علیهم یا قائم مقام قانونی آنها در صورتی که محصور باشند، مثل وقف بر اولاد و اگر موقوف علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد، در این صورت قبول حاکم، شرط است».

در این ماده قید شده است که «صیغه وقف» باید به لفظ ادا شود، در حالی که طبق اصول کلی و مستنبط از مواد «۱۹۱» و «۱۹۲» قانون مدنی، اشکالی ندارد که عقد وقف به ویژه در نوع «عام» به نحو فعلی و عملی تحقق پذیرد، و برخی فقها^۱ نیز بدان تصریح کرده اند. با استنباط از ماده «۱۹۲» قانون مدنی،^۲ با عجز از تلفظ، ایجاب و قبول از ناحیه شخص «لال» می تواند به صورت «اشاره» باشد. علیهذا، الفاظ موضوعیت ندارند، بلکه وسیله ای برای بیان اراده گوینده می باشند و تکیه بر هر چیزی که ما را به این هدف برساند، صحیح است و فرقی بین وقف و غیر وقف، وجود ندارد.

بند دوم: مال موقوفه

«موقوفه» نیز باید دارای شرایطی باشد:

الف: عین بودن

از آنجایی که تنها «عین» را می توان «حبس» و منافع آن را برای مصلحت معینی اختصاص داد، لذا مال موقوفه، باید «عین معین» باشد، بنابراین، «دین» و «منفعت» را نمی توان وقف کرد. در ماده «۵۸» قانون مدنی نیز مقرر شده است: «فقط وقف مالی جایز است که با بقا عین بتوان آن منتفع شد، اعم از اینکه منقول باشد یا غیر منقول، مشاع باشد یا مفروز» علت اینکه نمی توان دین را وقف کرد، به این جهت است که دین، «کلی در ذمه» است و «قابلیت حبس» را ندارد و علت اینکه «منفعت» را نمی توان وقف کرد، به این دلیل است که استفاده از منفعت با تلف تدریجی آن صورت می گیرد.

لازم نیست در وقف اموال، مالک عین و منفعت، یکی باشند. بنابراین، اگر هر دو مالک عین و منفعت، مجتمعاً مالی را وقف کنند، عقد وقف صحیح است. ممکن است گفته شود که منافع تنها را نیز می توان وقف کرد، ولی این تعبیر، مورد قبول مواد «۵۵» و «۵۷» قانون مدنی قرار نگرفته است، لذا امکان ندارد منافع صرف، به عنوان وقف، برای امور خیریه قرار داده شود و تسبیل گردد. منظور از «عین»، عین خارجی پایدار اعم از مفروز یا مشاع است و لذا

۱- خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۳

۲- مطابق ماده «۱۹۲» قانون مدنی: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد، اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی است»

امکان وقف دیون و منافع وجود ندارد، لذا اگر قرار باشد دیون و منافع در امور خیر، مورد بهره‌برداری قرار گیرند، باید تحت عناوین دیگر حقوقی انجام شود.

«عین»، باید معین بوده و قابلیت تملیک و استمرار داشته باشد. در اینکه آیا لازم است که مال موقوفه معین باشد یا امکان دارد یکی از دو یا چند مال به نحو تردید وقف شود، اختلاف نظر است. برخی فقها، آن را «باطل» می‌دانند^۱ و برخی آن را جایز می‌دانند که به طور «قرعه» معین می‌شود^۲ و به نظر می‌رسد، هر مصداقی که «واقف» به قبض داد، نسبت به آن واقع شده محسوب می‌گردد.^۳ «مال موقوفه» باید اجمالاً معلوم باشد، ولی لازم نیست، «جنس» و «وصف» و «اندازه» آن مانند بیع، معلوم و معین باشد. از طرفی نباید مالی که وقف می‌شود، مبهم باشد، مثل اینکه مالک به طور کلی بگوید «مالی» را وقف کردم، که در این صورت وقف، صحیح نیست. اما اگر «واقف»، شخصی را معین کند که مال موقوفه را از بین چند مال معین نماید، این شخص، می‌تواند مال موقوفه را از بین آن اموال تعیین نماید.

ب: مملوک بودن

مطابق ماده «۵۷» قانون مدنی، «واقف، باید مالک مالی باشد که وقف می‌کند و بعلاوه دارای اهلیتی باشد که در معاملات، معتبر است...» عین معین پایدار و یا قابل تعیینی که برای وقف قرار داده می‌شود، باید متعلق به مالک باشد، یا به وکالت از مالک یا با اجازه او وقف شود. «وقف فضولی» هم «غیرنافذ» است و به محض تنفیذ، واقع می‌شود، مشروط بر اینکه به «قبض» داده شده باشد. لازم نیست، مالک در همان لحظه وقف، مالک منافع آن نیز باشد، پس منزلی که به اجاره داده شده است را می‌توان وقف کرد، اما ملکی که کلاً «مسلوب المنفعه» باشد، قابلیت وقف ندارد، زیرا تسبیل منافع در آن ممکن نیست. بنابراین اگر عین، دارای منافع نباشد، چه «بالاصاله»، مانند اموال منقولی که از «حیز انتفاع» خارج شده است، مثل زمین شوره زاری که قابل استفاده نباشد و چه اینکه با یک عمل حقوقی، «مسلوب المنفعه» شده باشد، مثل اینکه منافع ملکی به طور دائم به دیگری منتقل شده و تنها عین (بدون منافع باقی) مانده باشد، نمی‌تواند مورد وقف قرار گیرد، زیرا چنین عینی، قابلیت انتفاع را ندارد. این امر از مفهوم مخالف ماده «۶۴» قانون مدنی، استنباط می‌شود که مقرر می‌دارد: «مالی را که منافع آن موقتاً متعلق به دیگری است، می‌توان وقف نمود و همچنین وقف ملکی که در آن حق ارتفاق موجود است جایز است، بدون اینکه به حق مزبور خللی وارد آید.»

۱- علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، کتاب الوقف

۲- نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۸، ص ۱۶ و طباطبایی یزدی، عروه الوثقی، ج ۲، ص ۲۱۳

۳- امینیان مدرس، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین، ص ۷۵

ج: قابلیت بقا

مال مورد وقف باید، «قابل بقا» و «قابل انتفاع» باشد. وقف مالی جایز است که با بقا عین بتوان از آن منتفع شد. (ماده ۵۸ قانون مدنی) منظور از پایدار بودن مال موقوفه، پایدار بودن و استمرار و بقای «عرفی» است، ولی لازم نیست که هم‌اکنون و به صورت «بالفعل»، قابل بهره‌برداری باشد، بلکه «بالقوه» کافی است بعد از مدتی قابل انتفاع شود، مانند وقف چهارپای کوچک و نهال کاشته شده که چندین سال بعد میوه می‌دهد.

د: مشروع بودن

به نظر «فقها»، آنچه وقف می‌شود باید دارای «منافع حلال» باشد.^۱ به تعبیر دیگر، منافع باید «عقلایی» و «مشروع» باشد و وقف اعیانی همچون آلات لهو و لعب و قمار و خوک و امثال آن (نجس العین) جایز نیست، زیرا، مسلمانان نمی‌توانند از آن استفاده مشروع ببرند.^۲ و با توجه قانون، این نوع اموال، مانند مالی است که منافع نداشته باشد، لذا قابلیت وقف را نخواهد داشت.

ه: قابلیت انتقال

«مال» بایستی «قابل انتقال» باشد، زیرا مال باید از «ملکیت واقف» خارج می‌شود و به ملکیت «شخص حقوقی موقوفه» وارد می‌شود، لذا آنچه شرعاً و قانوناً قابل انتقال نیست و یا از «مشترکات عمومی» است، نمی‌تواند مورد وقف قرار گیرد.

و: قابلیت قبض

مال، بایستی قابلیت «قبض» و «اقباض» داشته باشد. مطابق ماده «۶۷» قانون مدنی: «مالی که قبض و اقباض آن ممکن نیست، وقف آن باطل است، لیکن اگر واقف قادر بر اخذ و اقباض آن نباشد و موقوف علیه قادر به اخذ آن باشد صحیح است»، عدم قابلیت قبض ممکن است به لحاظ طبیعت مال باشد، مانند اموال غیر مادی (از قبیل حقوق مالی) و ممکن است در اثر موانع خارجی باشد، مانند مالی که، در دریا غرق شده است و نتوان به قبض داد.

در پایان، سوالی که مطرح می‌شود، این است که آیا توابع و متعلقات عین موقوفه نیز جزو موقوفه خواهد بود یا خیر؟ مطابق ماده «۶۸» قانون مدنی: «هر چیزی که طبعاً یا بر حسب عرف و عادت جز یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می‌شود، داخل در وقف است، مگر اینکه واقف آن را استثنا کند، به نحوی که در فصل بیع (مواد ۳۵۶ تا ۳۵۹) مذکور است.» پس هر چیزی که عرفاً دخول در وقف داشته باشد، جزو موقوفه است، هر چند صریحاً در

۱- خمینی، روح‌ا...، تحریر الوسیله، ج ۳، ص ۲۲۱

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۵۴۳

وقفنامه قید نشده باشد، یا حتی «واقف» هم از آن اطلاعی نداشته باشد (ماده ۳۵۶ قانون مدنی). بدیهی است اراضی اطراف موقوفه به هیچ وجه از «توابع عرفی وقف» نیستند، مثلاً در وقف خانه، ممر و مجری و هرچه ملصق به بنا باشد، بطوری که نتوان آن را بدون خرابی منتقل نمود؛ متعلق به موقوفه خواهد بود (صدر ماده ۳۵۸ قانون مدنی)، البته زراعت و میوه درختان در وقف و حتی حمل در حیوان، داخل در وقف قرار نمی‌گیرد (ذیل ماده ۳۵۸ قانون مدنی). آنچه مهم است «عرفی بودن» توابع است، البته درج شرط خلاف، بلامانع است. اگر دخول شیء در وقف، «عرفاً» مشکوک باشد، آن شیء، داخل در وقف نخواهد بود.

بند سوم: واقف

از آنجایی که «وقف»، تصرف در امور مالی و از «تبرعات» است، «واقف»، باید دارای «اهلیت تمتع» و «استیفاء» باشد؛ صلاحیت شخص برای داراشدن حقوق و تحمل تکالیف قانونی و اعمال حقوق مذکور، «اهلیت» نام دارد. بنابر آنچه گفته شد، «واقف» باید، «عاقل»، «بالغ» و «جائز التصرف» باشد، یعنی محجور نباشد. «امام خمینی» می‌فرماید: «واقف، باید عاقل، بالغ، مختار و غیرمحجور باشد و ممنوعیتی از تصرفات در مالی که وقف می‌کند نداشته باشد». ^۱ زیرا «وقف»، متضمن تصرف مالی است و لذا «واقف»، بایستی محجور باشد؛ همچنین «انشای وقف» در مرض متصل به «موت واقف»، صورت نمی‌گیرد. ^۲ بنابر آنچه گفته شد، واقف باید دارای شرایط زیر باشد:

- ۱- «واقف»، بایستی «عاقل» باشد. بدیهی است وقف کردن مجنون ادواری در حال «افاقه» به مستفاد از ماده «۱۲۱۳» قانون مدنی، صحیح است، مشروط بر اینکه افاقه او مسلم باشد.
- ۲- «واقف»، بایستی «بالغ» باشد.
- ۳- «واقف» بایستی «رشید» باشد. به عبارت دیگر، تصرفاتش در امور مالی «سفیهانه» نباشد. زیرا وقف، متضمن تصرف در امور مالی است.
- ۴- «واقف»، بایستی «مختار» باشد. به عبارت دیگر مجبور و مکره نباشد، زیرا «وقف» و «وصیت» مکره، مانند سایر تصرفات او، «نافذ» نیست. به نظر می‌رسد، حکم قصد و اکراه و اشتباه و اضطرار در «وقف»، همان است که در سایر عقود جریان دارد و در مواد «۱۹۱» «۱۹۵»، «۹۹» تا «۲۰۹» قانون مدنی تعیین تکلیف شده است.
- ۵- «واقف»، بایستی اهلیت تصرف در مال را داشته باشد، (جائزالتصرف باشد) لذا «ورشکسته» نمی‌تواند مالی را وقف کند، مطابق ماده «۴۱۸» قانون تجارت: «تاجر ورشکسته از

۱- خمینی، روح‌ا...، تحریر الوسیله، ج ۷۳، ص ۲۲۱.

۲- الکیسی، محمد عبید، وقف در شریعت اسلام، ج ۱، ص ۵۵۲

تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود، حتی آنچه که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است....» و لذا اقدام وی به مستفاد از مواد «۴۲۳» و «۵۵۷» قانون تجارت، باطل خواهد بود.^۱ البته اگر ورشکسته، صلاحیت وکالت را داشته باشد، می‌تواند از طرف دیگری، عقد وقف را منعقد نماید.

«وقف» مدیونی که هنوز حکم حجر او صادر نشده است، صحیح و لازم است و وجود دین، اشکالی ایجاد نمی‌کند، گرچه «قصد مداخله»، (امروز و فردا کردن) داشته باشد، زیرا در این وضعیت، مالکیت او باقی است و حق طلبکاران به عین، تعلق نگرفته است.^۲

مطابق ماده «۶۵» قانون مدنی: «صحت وقفی که به علت اضرار دیان واقف، واقع شده باشد، منوط به اجازه دیان است.» فلسفه وضع این ماده، برای این بوده است که مالک نتواند باعث اضرار به طلبکار شود. منظور از «علت» در این ماده، «انگیزه واقف» است که همانا ضرر زدن به طلبکاران است. منوط نمودن صحت وقف به اجازه دیان، یعنی اینکه چنین وقفی، «باطل» نیست، بلکه «قابل ابطال» است. برای اثبات عدم نفوذ وقف، باید قصد افراد به طلبکاران و فرار از تأدیه دین، ثابت گردد. چنانچه دارایی «واقف»، کافی برای پرداخت دیون مالی نباشد، وقف، «اماره» بر چنین قصدی است. «واقف» می‌تواند با ارائه دلایل، توانایی‌اش را برای پرداخت طلب طلبکاران به دادگاه ثابت نماید.

۶- وقف باید توسط مالک صورت گیرد؛ در خصوص اینکه آیا «وقف فضولی» یعنی وقف از جانب غیرمالک، جایز است یا خیر؟ و اشخاص می‌توانند بدون داشتن نمایندگی از مالک، مال وی را وقف نمایند یا خیر؟ اختلاف نظر وجود دارد.^۳ لیکن به نظر می‌رسد از

۱- مطابق ماده «۴۲۳» قانون تجارت: «هرگاه تاجر بعد از توقف، معاملات ذیل را بنماید، باطل و بلاثر خواهد بود: ۱- هر صلح محاباتی یا هبه و به طور کلی هر نقل و انتقال بلاعوض اعم از اینکه راجع به منقول یا غیر منقول باشد. ۲- تأدیه هر قرض اعم از حال یا موجدل به هر وسیله که به عمل آمده باشد. ۳- هر معامله ای که مالی از اموال منقول یا غیر منقول تاجر را مقید نماید و به ضرر طلبکاران تمام شود» و مطابق ماده «۵۵۷» همان قانون: «کلیه قراردادهایی که پس از تاریخ توقف تاجر منعقد شده باشد، نسبت به هر کس حتی خود تاجر ورشکسته محکوم به بطلان است ...»

۲- حکم حجر، یعنی سلب صلاحیت اعمال حق که دارا بوده است. اسباب حجر عبارتند از: صغر جنون، سفه و افلاس یا اعسار و ورشکستگی، ... مرض مسرب به موت را نیز فقها از اسباب حجر شمرده‌اند، ولی در قانون مدنی ذکر نشده است. مطابق ماده «۱۲۰۷» قانون مدنی: اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند: ۱- صغار ۲- اشخاص غیر رشید ۳- مجانین (جهت اطلاع بیشتر به منابع حقوق مدنی در باب اشخاص و محجورین مراجعه نمایند)

۳- «محقق ثانی» در کتاب «جامع المقاصد» وقف فضولی را جایز می‌داند (جامع المقاصد، ج ۱، ص ۵۱۶) برخی دیگر، وقف فضولی را غیر نافذ می‌دانند که با اجازه مالک صحیح خواهد شد (شهید اول، لمعه، ص ۳۰ و محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۱۵۳ و شهید ثانی در مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۴۶ و شیخ محمد حسن نجفی در جواهرالکلام، ج ۲۸، ص ۱۸) و برخی معتقدند: اگر قصد تقرب را در وقف لازم ندانیم، وقف فضولی بی اشکال است (شهید ثانی، الروضه البهیة، ج ۱، ص ۲۲۶). از نویسندگان حقوقی، برخی وقف فضولی را جایز می‌دانند (امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۷۵ و کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۱۸۴ و حائری شایبانی، شرح قانون مدنی) و برخی آن را جایز نمی‌دانند (لنگرودی، حقوق اموال، ص ۲۱۰).

آنجایی که در وقف، باید قصد احسان و نیکوکاری وجود داشته باشد، این امر با فضولی بودن عقد وقف، منافات دارد، لذا «وقف فضولی» صحیح نخواهد بود.^۱

بند چهارم: موقوف علیه

رکن چهارم وقف، وجود «موقوف علیه» است؛ موقوف علیه باید دارای شرایطی باشد:

۱- «موقوف علیه» باید «اهلیت تملک» داشته باشند، یعنی باید از کسانی باشند که بتوانند مالک شوند. لذا وقف برای حیوانات جایز نیست، چون نمی توانند عین موقوفه یا منافع آن را مالک شوند.^۲

۲- در وقف عام «موقوف علیه» باید «معلوم» و در «وقف خاص»، باید «معلوم» و «معین» باشد. هدف از وقف، استفاده از موقوفه برای منافع عام یا خاص موقوف علیه می باشد و هنگامی که موقوف علیه، مجهول است، چنین هدفی حاصل نمی شود. به همین دلیل، ماده «۷۱» قانون مدنی مقرر می دارد: «وقف بر مجهول صحیح نیست»، البته از آنجا که، وقف از عقود مسامحه‌ای است، «معلوم بودن عرفی» یا قابلیت معلوم کردن موقوف علیه کفایت می کند، مشروط بر اینکه از الفاظ یا قرائن و اوضاع و احوال خارجی، بتوان آن را مشخص کرد.

هرگاه در وقف عام «موقوف علیهم»، معلوم بوده ولی مصرف آن مجهول باشد، منافع موقوفه، صرف بر مصالح عموم می شود. در این خصوص، ماده «۹۱» قانون مدنی به این موضوع پرداخته است. هر چند بسیاری از «فقها» بر این باورند که اگر مصرف موقوفه، «بطور کلی» مجهول باشد و معلوم نباشد که برای افراد محدود و معین و محصور است یا برای عموم مردم، وقف «باطل» است.^۳ لیکن برخی نظر بر این دارند که اگر قائل شویم که غرض از وقف، «خیرات» است، لذا وقفی که به صورت مردد هم واقع می شود، «صحیح» است، زیرا، قصد و نیت واقف، کمک و مساعدت به دیگران است، و لذا تعیین «موقوف علیه» با تحقیق از «واقف» یا دیگران، امکان دارد و در صورت مردد بودن موقوف علیه در چند نفر، می توان منافع را «بالمناصفه» بین آنها تقسیم کرد و لذا نباید این اقدام خدایسندانه برای جامعه، باطل شود. این نظر با شرطی مورد قبول برخی از فقها قرار گرفته است و آن شرط، این است که هرگاه، مثلاً غرض «واقف» یکی از دو شخص یا یکی از دو مسجد باشد، به نحوی که متولی، مخیر در

۱- مطابق ماده «۲۵۸» قانون مدنی: «نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن، اجازه یا رد از روز عقد موثر خواهد بود».

۲- برخی از فقهاء، وقف بر حیوانات را در موارد خاصی، جایز می دانند، مثل وقف بر کبوتران حرم امام رضا(ع) (امام خمینی، روح، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۵).

۳- نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۴۹.

انتخاب آنها گردد، می‌توان منافع را بالمناصفه بین آنها تقسیم کرد.^۱

۳- وقف برای فرد «معصیت کار» نباشد. مانند وقف بر صاحب مجالس قمار، همچنین مسلمان نمی‌تواند چیزی را بر «کافر حربی»، وقف کند، اگرچه از فرزندان یا وابستگان او باشد، ولی بر «کافر غیرحربی»، هرچند کافر بیگانه باشد، می‌توان وقف کرد.^۲ مطابق ماده «۶۶» قانون مدنی: «وقف بر مقاصد نامشروع باطل است» پس اگر کسی ملک خود را وقف جاسوسی، قمار، امور خلاف شرع و عفت و نظم عمومی کند، وقف وی به علت نامشروع بودن موضوع و هدف آن، باطل است.

۴- «موقوف علیه» باید در زمان وقف «موجود» باشد. اگر طبقه اول موجود باشد، ضرورتی ندارد که طبقه دوم به بعد، در زمان عقد موجود باشند. طبقه دوم به تبع طبقه اول که واسطه حمل حق است، صاحب حق خواهند شد. در وقف بر جهت و وقف بر غیر محصور (وقف عام)، وجود بالقوه موقوف علیهم، کافی است، مثل وقف بر دانشجویان دانشگاهی که هنوز دانشجو نگرفته است. در وقف خاص که موقوف علیهم اشخاص معین و محصور هستند، موقوف علیهم باید در زمان کامل شدن عقد، وجود داشته باشند.^۳

در «وقف عام»، بوجود آمدن «عنوان» کافی است، هر چند موقوف علیهم در آن هنگام

۱- بدیهی است تا جایی که امکان پذیر است دادرس باید رفع ابهام نماید، مثلاً «حضرت امام خمینی» در تحریرالوسیله می‌فرمایند: «۱- اگر مسلمانی وقف بر فقرا نماید، منظور فقرای مسلمان خواهد بود. ۲- اگر کافر، مالی را برای فقرا وقف نماید، منظور فقرای مذهب خودش هست ۳- اگر «وقف»، شیعه باشد، وقف بر فقرا، منصرف به فقرای شیعه است. ۴- اگر وقف «فی سبیل الله» یا بر ثبات باشد، در هر امری که ثواب داشته باشد صرف خواهد شد. ۵- اگر وقف بر اقارب و ارحام گردد، باید از عرف، کمک خواست و اگر قید «الاقرب فالاقرب» شده باشد، به کیفیت طبقات ارث خواهد بود. ۶- اگر وقف بر اولاد باشد، شامل پسر و دختر و ختنی خواهد بود و منافع بین آنها بالسویه تقسیم می‌شود و اگر وقف بر اولاد اولاد باشد، اولاد پسر و دختر را چه ذکور و چه اناث را شامل خواهد شد ۷- اگر وقف بر ذریه باشد شامل پسران و دختران و اولاد آنها خواهد بود و تمامی درجات را شامل خواهد شد و فرض بر تساوی است ۸- اگر وقف بر اولاد و اولاد اولاد باشد، تمامی درجات را شامل خواهد شد ۹- اگر بگوید، وقف نمودم بر اولاد و بعد برای فقرا، مختص به بطن اول اولاد خواهد بود ۱۰- اگر وقف بر اولاد ذکور نسلاً بعد نسل باشد، مختص به ذکور از اولاد ذکور در تمام درجات خواهد بود و شامل ذکور از اولاد اناث نخواهد شد ۱۱- اگر وقف بر اولاد نسلاً بعد نسل و بطناً بعد بطن شود، منظور وقف به ترتیب و در طول هم خواهد بود، لذا مادام که حتی یک نفر از نسل مقدم وجود داشته باشد نوبت به نسل بعد نخواهد رسید. ۱۲- اگر بگوید وقف بر اولاد «طبقه بعد طبقه» هر کدام که فوت کردند سهم او به فرزندش می‌رسد و اگر اولاد او متعدد باشند، بالسویه بین آنها تقسیم می‌شود و اگر یکی فوت کرد و فرزندی نداشته باشد سهم او به سایرین که هم درجه هستند بر می‌گردد ۱۳- اگر بگوید وقف بر علما کردم، منظور علمای دین و شریعت است و شامل علمای طب و نجوم و غیره نمی‌شود. ۱۴- اگر وقف بر اهالی یکی از مشاهد شود، منظور مقیمین و مجاورین خواهد بود و شامل زوار و مسافرین نخواهد شد ۱۵- اگر وقف بر مسجد بطور اطلاق شود، منافع آن در تعمیر و روشنایی و خدمت مسجد صرف خواهد شد و اگر چیزی زاید آمد به امام مسجد داده خواهد شد» (امام خمینی، روح ا....، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۷۱)

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۵۴۳

۳- مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی می‌فرماید: «وقف بر کافر حربی هم برای ترغیب او بر خیر جایز است و معصیت خداوند نیست، زیرا از بندگان خدا هستند، اما وقف بر خوارج جایز نیست (یزدی، ملحقات عروه الوثقی، ج ۲، ص ۲۲)، «حضرت امام خمینی» (ره) می‌فرمایند: «ظاهراً وقف بر کافر غیر حربی و مرتد غیر فطری، اگر از بستگان وی باشد صحیح است، اما وقف بر کافر حربی و مرتد فطری محل تامل است. (خمینی، روح ا....، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۵۲۱).

وجود نداشته باشد. مثل اینکه مالی را وقف بر دانشجویان شهری نماید اگرچه هنوز در آن شهر، دانشجویی وجود نداشته باشد، در «وقف خاص» مستفاد از مواد «۴۵»، «۶۹» و «۷۰» قانون مدنی، موقوف علیه هنگام عقد، در هنگام وقف بایستی وجود داشته باشد و وجود موقوف علیه در شروع وقف، شرط است. مطابق ماده «۶۹» قانون مدنی: «وقف بر معدوم صحیح نیست مگر به تبع موجود» منظور از «به تبع موجود»، کسی است که بعداً از افراد موجود، بوجود می آید، مانند اینکه کسی مالی را برای خواهرش که وجود دارد وقف نماید و مقرر دارد که پس از خواهرش، اولاد او از موقوفه منتفع شوند در حالیکه هنگام وقف، خواهرش فاقد اولاد است. برای صحت اینگونه وقف، کافی است که موقوف علیه هنگامی که حق انتفاع به او تعلق می گیرد، موجود باشد و ضرورتی ندارد که هنگام عقد موجود باشد. البته، نباید بین موقوف علیه موجود و موقوف علیه معدوم که بعداً بوجود می آید، «انقطاع زمانی» صورت گیرد. در غیر این صورت، وقف بر معدوم «باطل» است. مطابق ماده «۷۰» قانون مدنی: «اگر وقف بر موجود و معدوم معاً واقع شود، نسبت به سهم موجود صحیح و نسبت به سهم معدوم باطل است» در اینجا وقف بر موجود و غیر موجود «با هم» و در عرض همدیگر واقع شده است که بطلان وقف در مورد معدوم، سرایت به موجود نمی کند و آن را باطل نمی کند.

برخی از «فقهها»^۱ وقف بر حمل را «باطل» می دانند، که استدلال آنها بر این است که حمل در حکم «معدوم» است و برخی اعتقاد دارند که حمل دارای اهلیت تملک نیست؛ «حضرت امام» (ره) نیز وقف بر حمل قبل از تولد را صحیح نمی دانند. لیکن برخی معتقدند با توجه به ماده «۹۵۷» قانون مدنی که مقرر می دارد: «حمل از حقوق مدنی متمتع می گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود» و موقوف علیه واقع شدن نیز از مصادیق حقوق مدنی است، لذا حمل نیز می تواند، موقوف علیه واقع شود مشروط بر اینکه زنده متولد شود و لذا حق انتفاع معین شده تا زمان تولد «معلق» است و آثار وقف نیز از زمان تولد ایجاد می شود، لذا منافع بین زمان وقف تا زمان تولد، متعلق به «واقف» است و لذا قبل از تولد، مال در ملکیت «واقف» است و تا قبل از تولد نیز «واقف»، حق رجوع دارد، و برخی نیز قایل به صحت این وقف (وقف بر جنین) هستند.^۲

گفتار دوم: شرایط صحت وقف

برای صحت وقف شرایط زیر بیان شده است:

۱- محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۱۵۳، علامه حلی تذکره الفقهاء، ج ۲، کتاب الوقف، حسینی عاملی، سید محمدجواد، مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۴۸ و نجفی در جواهرالکلام، ج ۲۸، ص ۲۶ و شهید ثانی در مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۷۴
۲- یزدی، ملحقات عروه الوثقی، ص ۱۸۱

بند اول: دوام

«وقف» باید «دائمی» باشد نه موقت؛ از منابع فقهی چنین بر می آید که اکثر فقها، دوام را شرط صحت وقف می دانند، بدین معنا که مدت آن نباید معین باشد. «صاحب جواهر الکلام» تصریح می کند که اگر واقف مالی را برای مدت معینی وقف کند، وقف باطل است و موقوفه در ملک وی باقی می ماند.^۱

در مورد اینکه «واقف» بتواند در «وقف» شرط کند که با حصول شرایطی بتواند آن را فسخ کند و عین موقوفه را همراه با منافع آن بفروشد یا به نحو دیگری در آن تصرف کند، آرای مختلفی در «فقه» وجود دارد. «قاضی ابن براج» به طور مطلق، شرط فروش عین موقوفه، هروقت که «واقف» اراده کند را نادرست و به دلیل عدم امکان فروش عین موقوفه، آن را مخالف «مقتضای عقد وقف» می داند.^۲ البته، مشخص است که منظور ایشان، فروش عین موقوفه همراه با منافع آن که به «وقف» تعلق گرفته است، می باشد. در میان «حقوقدانان» نیز بعضی معتقدند که در عقد «وقف» نمی توان شرط اختیار کرد.^۳ چراکه شرط اختیار، با «مقتضای عقد وقف» که «تسبیل منافع» است، منافات خواهد داشت. با وجود این برخی فقهاء، شرط «واقف» را مبنی بر اینکه اگر احتیاج به عین موقوفه پیدا کرد، آن را پس بگیرد و بفروشد، «نافذ» دانسته و آن را موجب خلل در صحت عقد وقف ندانسته و شرط «رجوع وقف» را به «واقف» روا دانسته اند.^۴

به نظر «خوانساری»، بیشتر فقها شرط «برگشت وقف» به هنگام نیاز را پذیرفته اند.^۵ همچنین، «امام خمینی» (ره) در «تحریر الوسیله»، شرط «واقف» در وقف، مبنی بر فروش عین موقوفه در صورت کم شدن منفعت، زیادی مالیات، اختلاف میان موقوف علیهم و حصول ضرر، نیاز آنها به فروش و... را از شرایط فروش عین موقوفه می داند.^۶ لیکن بایستی گفت شرط اختیار، از هر نوع آن، در وقف با مقتضای ذات عقد، یعنی «تسبیل منفعت» و قطع

۱- با وجود این، برخی معتقدند در هر حال اعتقاد به تبدیل وقف موقت به حبس، بطور مطلق، خواه واقف، حبس را قصد کرده یا نکرده باشد بی وجه است و دلیلی بر صحت آن وجود ندارد، زیرا عقود تابع قصد متعاقدين است. هرگاه مالک وقف را اراده کند و بگوید این خانه را تا یکسال وقف کردم، تا زمانی که وی حبس را قصد نکرده است، دلیلی ندارد که آنرا «حبس» تلقی کنیم، زیرا هرکدام احکام جداگانه ای دارند. لذا اگر مالک، حبس را اراده نکرده باشد، «حبس» باطل است، لذا معتبر دانستن دوام در صحت وقف، بی دلیل و وقف موقت نیز صحیح است. (یزدی، ملحقات عروه، ص ۴۵).

۲- قاضی ابن براج، ۸۶، علامه حلی، مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۳۵ و علامه حلی، تذکره، ج ۲، وقف

۳- امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۷۰

۴- سید مرتضی علم الهدی، الانتصار، ص ۴۰

۵- خوانساری، منیه الطالب، ۴، ص ۱۰

۶- خمینی، روح...، تحریر الوسیله، ج ۳، ص ۷۳.

رابطه مالکیت منافات دارد و موجب بطلان وقف می‌شود.^۱ برخی «فقیهان» مطرح کرده‌اند که اگر ملکی وقف شود و در آن شرط شود که بدهی او یا خمس و زکات وی از آن مال داده شود یا از منافع مال موقوفه به خود وی هم داده شود، وقف «باطل» است، اعم از اینکه مطلق دین را گفته باشد یا دین خاصی را معین کرده باشد. البته در صورتی که در خود عقد وقف، شرط شده باشد، اما اگر بر موقوف علیه شرط شده باشد که از منفعی که به آنها می‌رسد و در مالکیت آنها می‌باشد، هزینه‌های او را بپردازند، اقوی صحت آن است، حتی اگر مقداری از منافع موقوفه را از وقف استثناء کرده باشد، نیز اقوی صحت آن است، که در این صورت، اصولاً این قسمت از اول، وقف نشده است.

همچنین عقد «وقف» را نمی‌توان «اقاله» کرد، زیرا اقاله با مقتضای عقد که تسبیل منافع آن است، منافات خواهد داشت و شرط خلاف مقتضای عقد، طبق ماده «۲۳۳» قانون مدنی «باطل» و «مبطل عقد» است.^۲

بند دوم: تنجیز

«تنجیز»، یعنی «وقف»، معلق و مشروط نباشد.^۳ منظور از «تنجیز»، آن است که انشای عقد یا ایقاع، بگونه‌ای باشد که معلق به چیز دیگری در گذشته، حال یا آینده نباشد و به عبارتی، معلق نبودن انشای عقد یا ایقاع بر امری است که وجود ندارد یا پدید آمدنش، احتمالی و مشکوک باشد. حال اگر کسی، وقف مال خود را معلق به موت خود کند، تا حدود «ثلث» اموال میت به عنوان وصیت بر وقف، «صحیح» تلقی می‌شود.

بند سوم: اخراج ملک

اخراج ملک از خود، یعنی «برای خود»، وقف نکردن.^۴ مطابق ماده «۷۲» قانون مدنی: «وقف بر نفس به این معنی که واقف خود را موقوف علیه یا جزو موقوف علیهم 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». چراکه وقف در حقیقت، «اخراج از مالکیت» است و «وقف بر نفس» به منزله تملیک مال موقوفه به خود می‌باشد، لذا اگر وقف نماید که منافع موقوفه، صرف هزینه‌های زندگی اش یا هزینه‌های کفن و دفن وی شود، «باطل» است. اگر وقف بر خود و

۱- علامه حلی، مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۳۵، و تذکره، ج ۲، وقف

۲- امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۷۰.

۳- غالب «فقهای امامیه»، تنجیز در عقد وقف را شرط صحت آن دانسته‌اند (خمینی، روح‌الامری، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۶۷ و محقق در شرایع الاسلام، ص ۱۵۴ و شهیدین در شرح اللمعه، ج ۱، ص ۲۲۵ و علامه در تبصره المتعلمین، ص ۷۶ و سید علی طباطبایی در ریاض، عبدالفتاح علی المراغی در عناوین، نجفی در جواهرالکلام، شیخ طوسی در نهاییه و مبسوط، ابن ادریس در سرایر و شیخ مفید در مقنعه، تنجیز را شرط صحت عقد دانسته‌اند و عقد معلق را باطل می‌دانند)

۴- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۵۳

دیگران نماید، نسبت به دیگران «صحیح» و نسبت به خودش «باطل» خواهد بود. اگر مالی را در زمان حیات برای خود و پس از فوتش برای دیگران وقف نماید، بیشتر «فقهها» چنین وقفی را «منقطع الاول» و «باطل» می دانند^۱

مطابق ماده «۷۳» قانون مدنی: «وقف بر اولاد و اقوام و خدمه و واردین و امثال آنها صحیح است». در این موارد، عرفاً وقف بر نفس محسوب نمی شود. منظور از «اولاد»، تمام کسانی است که قرابت نسبی نزولی با شخص دارند، ذکوراً و اناثاً و منظور از «اقوام»، کسانی هستند که با شخص، قرابت نسبی یا سببی داشته و منظور از «خدمه»، کسانی هستند که در خدمت «واقف» هستند، اعم از اینکه مزد بگیر باشند یا خیر؛ و منظور از «واردین» اشخاصی هستند که به دیدار انسان می آیند.

در خصوص اشخاص «واجب النفقه» با توجه به اینکه از مصادیق اشخاصی هستند که «واقف» به آنها، مدیون می باشد از مصادیق «وقف بر نفس» تلقی شده و با توجه به ماده «۷۲» قانون مدنی صحیح نیست.

برخی، افزودن افراد بر موقوف علیهم را بلاشکال، می دانند ولی کاستن از آن را روا نمی دانند. برخی هر دو مورد افزودن و کاستن را «باطل» می دانند، زیرا تصرف در ملک غیر می دانند که جایز نیست.^۲ و گروهی نیز افزودن و کاستن را صحیح می دانند.^۴ «امام خمینی» (ره) در این باره می فرماید: «واقف پس از تمامیت وقف، نمی تواند تغییری در مورد موقوف علیه بدهد و حق ندارد کسی را داخل موقوفه نماید یا از آن خارج کند».^۵

بند چهارم: قبض

مطابق ماده «۶۱» قانون مدنی: «وقف، بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض، لازم است و واقف نمی تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف علیهم کسی را

۱- خمینی، روح...، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۷۲، ابن ادریس حلی در سرایر، ص ۲۲۰، ص ۶۷ و شهیدثانی، شرح اللمعه، ج ۱، ص ۲۲۵ و بحرانی، شیخ یوسف، حدائق الناظره، ج ۵ ص ۴۶۷ و نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۶۷ و علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، کتاب الوقف و محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۱۵۴، لیکن برخی از فقهاء، وقف را نسبت به غیر صحیح می دانند، بدین دلیل که وقتی وقف، نسبت به خودش باطل باشد، مال در ملکیت او باقی و در هنگام انقراض موقوف علیه (پس از فوت واقف) برای سایر موقوف علیهم خواهد بود. اگر وقف ابتدا بر غیر و سپس بر خود و بعداً بر غیر شود، مثل اینکه وقف بر تحصیل دانشجویان بی بضاعت و سپس وقف بر مخارج تحصیلی خودش و بعداً وقف بر فقرا گردد، وقف در قسمت اول «صحیح» و در قسمت دوم و سوم «باطل» است، زیرا بطلان قسمت دوم، باعث انقطاع وقف نسبت به قسمت سوم هم می شود. (طباطبایی، عروه الوثقی، ج ۲، ص ۹۷ و طوسی، خلاف، ج ۲، ص ۲۲۹)

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام، و شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۵۵ و محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۵۱۶

۳- ابن قدامه، المغنی، ج ۲، ص ۴۹، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۷۷ و خمینی، روح...، تحریرالوسیله، جلد ۲، ص ۷۴

۴- کاشف الغطاء، شیخ محمد حسن، تحریرالمجله، ج ۵، ص ۸۸ و طباطبایی، عروه الوثقی، ج ۲، ص ۲۴۳

۵- امام خمینی، تحریرالوسیله، ج ۳، ص ۱۳۱.

خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید یا با آنها شریک کند یا اگر در ضمن عقد، متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند».

پس از جاری شدن «صیغه وقف»، موقوفه به «قبض» کسی داده می‌شود که «حق انتفاع» به او منتقل شده باشد. ماده «۵۹» قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر واقف، عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد، وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به «قبض» داد، وقف تحقق پیدا می‌کند.» بنابراین وقف، از جمله عقود است که قبض از ضروریات آن است. بنابراین پس از ایجاب و قبول و قبض و اقباض، عقد وقف منعقد می‌شود. همچنین مطابق ماده «۶۷» قانون مدنی: «مالی که قبض و اقباض آن ممکن نیست، وقف آن باطل است. لیکن اگر واقف، تنها قادر بر اخذ و اقباض آن نباشد و موقوف علیه، قادر به اخذ آن باشد، صحیح است.» حتی آنهایی که وقف را «ایقاع» می‌دانند،^۱ با توجه به اینکه «تسبیل» را از ارکان وقف می‌دانند، لذا اقباض را شرط تحقق وقف می‌دانند، زیرا، از زمان قبض است که وقف کامل می‌شود و انتقال منافع نیز، همان زمان است و از زمان قبض، «وقف» صحیحاً واقع می‌شود.^۲ برخی معتقدند «قبض» شرط «لزوم» است^۳؛ اگر قبض «شرط لزوم» باشد وقف با ایجاب و قبول واقع می‌شود، لیکن متزلزل است و اگر بعداً «واقف»، موقوفه را به قبض بدهد، کاشف از این است که از هنگام عقد، حق انتفاع برای موقوف علیهم ایجاد شده است.^۴ به نظر می‌رسد در قانون مدنی با تصریح ماده «۴۷» و

۱- لنگرودی، محمد جعفر، الفارق، ص ۴۱۱

۲- طوسی، نهاییه، ص ۵۹، ابن البراج، مهذب، ص ۱۰۸، ابن حمزه، وسیله، ص ۱۸۶، علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۹، ص ۲۴، طباطبائی، سیدعلی، ریاض، ج ۲، ص ۸۷، شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۵۳ و محقق کرکی، جامع المقاصد، ص ۵۱۳، سبزواری، محمدباقر، کفایه، ص ۱۳۹، امام خمینی، تحریرالوسیله، ج ۱، ص ۶۴ و از نویسندگان حقوق، امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۷۲ و صفایی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۲۹ و حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی.

۳- عده‌ای معتقدند که قبض «شرط لزوم» وقف است، منظور از «شرط لزوم» این است که وقف با ایجاب و قبول و بدون اینکه قبض صورت گیرد واقع می‌شود، لیکن مانند «عقد جایز» قابل رجوع از ناحیه «واقف» است و پس از قبض به صورت «عقد لازم» در می‌آید. (شیخ مفید، المقنعه، ص ۱۷، علامه حلی، تذکره، ج ۲، ص ۴۲۷، نجفی در جواهر الکلام، شهید اول، لمعه و از نویسندگان حقوقی، عدل، مصطفی، حقوق مدنی، ص ۵۵ و بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ص ۳۹ و امینیان مدرس، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین، ص ۴۲)

۴- بهر حال تاکید می‌شود که اگر قبض شرط صحت باشد، تا قبض صورت نگیرد، انشای وقف بی اثر است و تا هنگامی که موقوفه در دست واقف است از ملکیت او خارج نمی‌شود، اما اگر قبض شرط لزوم وقف باشد، عقد وقف به صرف انشای صیغه بدون قبض، کامل و آثار وقف بر آن مترتب است، منتهی عقدی جایز است و واقف می‌تواند آن را ابطال کند. اکثر فقها معتقدند وقف بدون قبض، کامل نیست و واقف می‌تواند پیش از آن، وقف را فسخ کند و اگر واقف پیش از اقباض بمیرد، وقف باطل است. همچنین رای مشهور بر این است که برپاکردن یک نماز در مسجد و دفن یک مرده در مقبره، قبض یا به منزله قبض است، بویژه هنگامی که واقف از این کار آگاه باشد و سکوت کند زیرا طرف، سکوت کردن او را اقباض و تسلیم کردن تلقی می‌کند چراکه قبض و اقباض هر چیزی بر حسب بهره برداری از آن تفاوت دارد.

اما اختلاف در این است که آیا قبض شرط صحت وقف است که موقوفه فقط به وسیله قبض از ملکیت واقف خارج شود یا شرط لزوم، تا عقد وقف با ایجاب و قبول، کامل باشد و به قبض نیاز نداشته باشد. در هر دو نظریه پیش از قبض موقوفه توسط موقوف علیه، واقف می‌تواند وقف را فسخ نماید و اگر واقف پیش از وقف دادن، فوت نماید، وقف باطل است. ثمره این اختلاف در رشد و نموهای موقوفه در فاصله زمان بین اجرای صیغه وقف و قبض است که در شرط صحت، رشد و نمو حاصله، متعلق به واقف است و در شرط

استنباط از ماده «۵۹»، قبض شرط «صحت» وقف است نه «لزوم» آن؛ بنابراین اگر قبل از قبض، «واقف» یا «موقوف علیهم» فوت نمایند، عقد منعقد نمی‌شود و باطل شمرده می‌شود.^۱ مطابق قسمت اخیر ماده «۶۷» قانون مدنی، عدم قابلیت قبض، «نسبی» است، زیرا منظور از قبض مال موقوفه، استیلائی «موقوف علیه» بر آن است، مشروط بر اینکه «موقوف علیه» قادر بر قبض آن باشد، هر چند خود واقف نتواند آن را به قبض بدهد. اگر شخص دیگری، غیر از «واقف» یا «موقوف علیه»، بتواند مال موقوفه را به قبض موقوف علیه بدهد، کفایت می‌کند، البته در قبض، فوریت شرط نیست، بلکه مادامی که واقف رجوع از وقف نکرده است، هر وقت به قبض داد، وقف تمام می‌شود (ماده ۶۰ قانون مدنی).

اصولاً قبض موقوفه باید از ناحیه اشخاصی صورت گیرد که حق انتفاع از آن را دارند و یا نمایندگان قانونی آنها (ولی قهری، وصی یا قیم) و یا نماینده قراردادی (وکیل) و یا نماینده موقوفه به طور عام (متولی یا حاکم)؛ ماده «۶۳» قانون مدنی مقرر می‌دارد: «ولی و وصی محجورین، از جانب آنها، موقوفه را قبض می‌کند و اگر خود واقف، تولیت را برای خود قرار داده باشد، قبض خود او کفایت می‌کند».

مطابق صدر ماده «۶۲» قانون مدنی: «در صورتی که موقوف علیهم، محصور باشند خود آنها قبض می‌کنند و قبض طبقه اول کافی است»، این قسمت از ماده، ناظر به «وقف خاص» است که معمولاً به صورت نسل بعد از نسل، وقف می‌شود که قبض طبقه اول کافی است و نیازی نیست طبقات بعدی در قبض شرکت نمایند، بخصوص اینکه چه بسا طبقات بعدی هنوز بوجود نیامده باشند، به همین جهت اگر مصادیق موجود به عنوان طبقه اول، موقوفه را قبض نمایند و پس از آن، یک یا چند نفر دیگر به همین طبقه اضافه گردد، قبض آنها لازم نخواهد بود، زیرا با قبض موجودین هنگام عقد وقف، این نهاد حقوقی تحقق پیدا کرده است و آنان که بعداً بوجود آمده‌اند، در زمره موقوف علیهم قرار می‌گیرند. در ذیل ماده «۶۲» قانون مدنی مقرر شده است که: «اگر موقوف علیهم، غیرمحصور یا وقف بر مصالح عامه باشد، متولی وقف و الّا حاکم، قبض می‌کند» این قسمت ماده ناظر به «وقف عام» است و منظور از «حاکم»، شخصی است که جهت موقوفه متوجه وی است و بنابراین اداره اوقاف و یا نهادی که منتفع از وقف است و یا حاکم شرع می‌تواند قبض را انجام دهد. توضیح اینکه اگر موقوفه قبلاً به هر عنوانی مثلاً امانت، عاریه، غصب و... در تصرف کسی باشد که باید به قبض او داده شود، همان

لزوم با توجه به اینکه پیش از انجام قبض، وقف صحیح است اما لازم الاجرا نیست، رشد و نمو، تابع موقوفه و متعلق به موقوف علیه است.

۱- خمینی، روح...، تحریرالوسیله، ج ۲، کتاب الوقف، مسئله ۱۴

تصرف به عنوان قبض کفایت می‌کند و نیازی به قبض جدید نیست، لیکن اگر موقوف علیه یا متولی بدون اجازه «واقف» موقوفه را تصرف نمایند، قبض موثر تحقق نیافته است.^۱

به نظر کسانی که قبض را «شرط لزوم» می‌دانند، «قبض» به هر شکل صورت گرفته باشد، کافی است، هرچند بدون اجازه «واقف» باشد؛ به عقیده برخی، در «وقف خاص» مانند وقف بر اولاد، نسلاً بعد نسل اگر تمامی افراد طبقه اول موقوف علیهم قبل از قبض، بمیرند، نسل بعد یعنی بازماندگان طبقه اول، موقوفه را قبض می‌نمایند، اما برخی معتقدند که در این حالت، وقف، باطل است، بویژه آنکه فوت موقوف علیهم پیش از اتمام وقف به منزله وقف بر معدوم است.^۲ لیکن به نظر می‌رسد که، «واقف» به هنگام «تسبیل منافع» اجمالاً همه طبقات موقوف علیهم را در نظر دارد، لذا اگر وقف نسبت به نخستین طبقه تحقق پیدا نکند، دلیل ندارد که دیگران از آن محروم بمانند و لذا آنان می‌توانند با «قبض» وقف را صحیح گردانند.^۳

هرگاه پدر، مالی را برای فرزندان صغیرش وقف کند، قبض جدید نیاز نیست، زیرا وی «ولی» و سرپرست آنان است. اگر مالی برای مجنون یا صغیری وقف شود، باید «ولی» آنان، موقوفه را قبض نماید و اگر سرپرست نداشت، «حاکم شرع» سرپرست او محسوب می‌شود.

مبحث سوم: اداره موقوفه

ممکن است «واقف» شخص یا اشخاصی را برای اداره موقوفه معین کرده باشد که به چنین شخصی «متولی منصوص» گویند. علاوه بر «متولی»، ممکن است یک یا چند نفر به عنوان «ناظر» بر اداره وقف تعیین گردند و گاه ممکن است، موقوفه، متولی نداشته باشد و از طرف مقامات مربوطه برای اداره آن یک نفر «متصدی» یا «متولی منصوب» معین گردد و امکان دارد برای موقوفه «امین» معین شود.

گفتار اول: متولی

بند اول: تعیین متولی

مدیر اجرایی وقف را «متولی» می‌گویند. متولی، شخص یا هیاتی است که از طرف واقف یا موقوف علیهم، یا حاکم یا سازمان یا اداره اوقاف یا «ولی فقیه» برای اداره مال موقوفه معین

۱- نظر مشهور بر این است که قبض، باید با اجازه واقف انجام پذیرد و اگر قبض بدون اجازه واقف صورت پذیرد، شیء قبض شده در حکم «مال غصبی» است و عقد وقف نیز باطل است و از مصادیق تصرف در مال دیگران بوده و حرام است. (طباطبایی، سید علی، ریاض ویزدی، ملحقات عروه الوثقی، شیخ نجفی در جواهرالکلام، شهید ثانی در شرح لمعه به نقل از معروف الحسنی، الوصایه و الاوقاف، ص ۱۳۵)

۲- شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۳۵۳ و طباطبایی، سید علی، ریاض المسایل، ج ۲، کتاب الوقف، ص ۳۴

۳- امینیان مدرس، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین، ص ۴۷

می‌شود. اگر «واقف» در «ضمن عقد وقف»، متولی تعیین نکرده باشد، بنابر قول اکثر «فقها» در «اوقاف عامه»؛ تولیت از آن «حاکم» است یا فرد منصوب از جانب او،^۱ برابر نظر «حضرت امام خمینی» (ره)، اگر تولیت به حاکم برسد، «اداره اوقاف» در این صورت، «جانشین حاکم» خواهد بود.^۲ مطابق ماده «۸۱» قانون مدنی: «دراوقاف عامه که متولی معین نداشته باشد، اداره موقوفه طبق نظر ولی فقیه خواهد بود». این ماده درقبل از اصلاحات قانون مدنی مقرر می‌داشت: «... ولی دراوقاف خاصه، اگر متولی مخصوص نباشد، تصدی با خود موقوف علیهم است» و بند «اول» ماده «۱» قانون سازمان اوقاف (مصوب ۱۳۶۳) «اداره موقوفات عام» را که فاقد متولی بوده یا مجهول التولیه است و موقوفات خاص را در صورتی که مصلحت وقف و بطون لاحق و یا رفع اختلاف موقوف علیهم متوقف بر دخالت ولی فقیه باشد، به عهده سازمان اوقاف گذارده است.^۳

مطابق ماده «۷۵» قانون مدنی: «واقف، می‌تواند تولیت یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام‌الحیاه یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می‌تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند، تولیت اموال موقوفه ممکن است، به یک یا چند نفر دیگر، غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا منضمماً اداره کنند و همچنین واقف می‌تواند شرط کند که خود او یا متولی که معین شده است نصب متولی کند و یا در این موضوع، هر ترتیبی که مقتضی بداند قرار دهد». در «وقف خاص» چنانچه متولی، معین نشده باشد، موقوف علیهم خود، امر «تولیت» را به عهده دارند. آنها می‌توانند کسی را به عنوان متولی، منصوب کنند. متولی، اعم است از اینکه از طرف «واقف» معین شده باشد یا منصوب موقوف علیهم باشد، او حق تفویض تولیت به دیگری را ندارد، مگر اینکه در ضمن حکم انتصاب صادره از موقوف علیهم شرط شده باشد یا واقف در ضمن وقف به او «اذن» داده باشد. البته اگر در ضمن وقف، شرط مباشرت نشده باشد، متولی می‌تواند، وکیل استخدام

۱- صادقی گلدر، احمد، مقدمه‌ای بر فرهنگ وقف در اسلام، ص ۶۱۱.

۲- خمینی، روح...، تحریر الوسیله، ج ۳، ص ۸۴۱.

۳- مطابق تبصره ۲ ماده مذکور: «بقاع متبرکه حضرت رضا(ع) و حضرت احمد بن موسی (شیراز) و حضرت معصومه (س) و حضرت عبدالعظیم و موقوفات مربوط به آنها که متولی خاص نداشته باشد و موقوفاتی که برای اداره هرکدام از آنها ازطرف ولی فقیه، «نایب التولیه» تعیین شده یا بشود ازشمول این قانون مستثنی است ودرغیراین صورت، اداره آنها باسازمان خواهد بود» و مطابق تبصره «اول» ماده «۴» همان قانون: «موقوفاتی که متولی آنها عزل یا فوت می‌شود تا تشخیص متولی بعدی و موقوفاتی که متولی آنها ممنوع المداخله می‌شود تارفع ممنوعیت یا ضمّ امین درحکم موقوفات بدون متولی است» و مطابق تبصره «۲» همان قانون: «هرگاه شخص یا اشخاصی که در وقفنامه به عنوان متولی معین شده‌اند، وجود نداشته باشد ویا اوصاف مقرر در وقفنامه منطبق بر شخص یا اشخاص معین نگردد، موقوفه درحکم «مجهول التولیه» است. همچنین مطابق ماده ۲ طرح توجیه قانون سازمان اوقاف و آیین نامه‌های مربوطه: «چنانچه ازطرف مقام معظم رهبری برای اداره موقوفه‌ای متولی معین و نصب شده باشد، ادارات حج و اوقاف وامور خیریه، مجاز به دخالت و یا نظارت درمورد اینگونه موقوفات نخواهند بود».

کند. این امر از مفهوم مخالف ماده «۸۱» قانون مدنی استنباط می‌شود که مقرر می‌دارد: «در اوقاف عامه که متولی معین نداشته باشد، اداره موقوفه طبق نظر ولی فقیه خواهد بود»، بنابراین استنباط می‌شود که در «اوقاف خاصه» که متولی معین، نداشته باشد اداره موقوفه طبق نظر «ولی فقیه» نخواهد بود و خود موقوف علیهم به اداره موقوفه مبادرت می‌ورزند. گاه، موقوفه، متولی دارد، لیکن به علل مختلف، نظیر عدم شناسایی یا عدم دسترسی، موقوفه، بدون متولی باقی مانده و به علت عدم اطلاع از «قصد واقعی واقف»، معلوم و معین نباشد، که در این صورت، وقف «مجهول التولیه» نامیده می‌شود. در بند اول ماده «یک» قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه (مصوب ۱۳۶۳)، عیناً اداره امور اوقاف عام که فاقد متولی بوده یا «مجهول» است و موقوفات خاصه که مصلحت وقف و بطون لاحق و یا رفع اختلاف موقوف علیهم، متوقف بر دخالت «ولی فقیه» باشد را به عهده سازمان حج و اوقاف و امور خیریه گذاشته است. مطابق تبصره اول ماده «۴» قانون مذکور، موقوفاتی که متولی آنها عزل یا فوت می‌شود تا رفع ممنوعیت یا ضم امین، در حکم موقوفات بدون متولی است.

مطابق تبصره «۲» همان قانون، هر گاه شخص یا اشخاصی که در وقف نامه به عنوان متولی معین شده‌اند، وجود نداشته باشند و یا اوصاف مقرر در وقفنامه، منطبق با شخص یا اشخاص معینی نگردد، موقوفه در حکم موقوفه مجهول التولیه است.^۱ بنابراین، «واقف» می‌تواند مادام الحیات تولیت موقوفه را با خود قرار دهد. اگر «واقف» که تولیت را برای خود قرارداده است، عاجز از انجام امور تولیت باشد، مستفاد از بند «۲» ماده «۱۰۳» و مواد «۱۰۴» و «۱۲۲» و «۱۲۳» قانون امور حسبی و ماده «۷» قانون سازمان اوقاف (مصوب ۱۳۶۳) پس از رسیدگی شعبه تحقیق، در دادگاه «ضمّ امین» خواهد نمود. همچنین واقف می‌تواند ضمن عقد وقف، تولیت را برای مدت معینی برای خود قرار دهد که پس از انقضای مدت تعیین شده، سمت او زایل خواهد شد و اگر تکلیف تولیت بعدی را معین کرده باشد به همان نحو عمل خواهد شد. ممکن است «واقف» علاوه بر خویش، فرد دیگری را به عنوان «متولی» معین کرده باشد، که «مجمعاً» یا «مستقلاً» به اداره موقوفه بپردازند و یا اینکه بدون اینکه خود را دخیل نماید، تولیت را به دیگری واگذار نماید یا افراد متعددی را تعیین نماید که مستقلاً یا مجتمعاً به اداره امور موقوفه بپردازند. در حالت استقلال، هر یک از متولیان به تنهایی تصمیمات لازم را اتخاذ می‌کند، اما در حالت انضمام یا اجتماع، توافق همه، برای اداره موقوفه لازم است. اگر در وقفنامه معلوم نگردید که متولیان متعدد، حالت استقلال یا اجتماع را دارند، مستفاد از ماده «۸۵۴» قانون مدنی^۱، اصل بر اجتماع است.

۱- ماده «۸۵۴» قانون مزبور مقرر می‌دارد: «موصی می‌تواند یک یا چند نفر وصی معین نماید، در صورت تعدد، اوصیا باید مجتمعاً عمل به

«واقف» می‌تواند ضمن عقد وقف، متولی تعیین نکند، لیکن شرط کند که بعداً خودش، متولی را معین نماید، ولی اگر چنین شرطی ضمن عقد نشده باشد، «واقف» نخواهد توانست بعداً متولی تعیین نماید. ممکن است «واقف» نحوه انتخاب متولیان بعد را پیش بینی نماید، مثل اینکه مقرر دارد به حالت ترتیب هر متولی برای بعد از خود، متولی دیگری تعیین نماید. مطابق ماده «۷۷» قانون مدنی: «هرگاه واقف برای دو نفر یا بیشتر به طور استقلال، تولیت قرار داده باشد هریک از آنها فوت کند دیگری یا دیگران، مستقلاً تصرف می‌کنند و اگر به نحو اجتماع قرار داده باشد، تصرف هریک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها حاکم شخصی را ضمیمه آن که باقی مانده است می‌نماید که مجتمعاً تصرف کنند» ملاحظه می‌شود که چنانچه تولیت برای چند نفر به حال اجتماع قرار داده شده باشد هیچیک به تنهایی نمی‌تواند اقدام نماید و می‌بایست با موافقت یکدیگر، موقوفه را اداره نمایند و چنانچه در امر یا اموری، توافق رای حاصل نشود، ظاهراً می‌بایست از طریق حاکم، تصمیم‌گیری شود. بنابه وحدت ملاک، «حکم حجر» نیز همانند «فوت» است.^۱

بند دوم: شرایط متولی

در خصوص شرایط متولی «فقها» اختلاف نظر دارند، برخی^۲ «امانت» و «عدالت» را در متولی، شرط می‌دانند و عده‌ای دیگر^۳، عقیده دارند که فقط «امانت» و «توانایی» کفایت می‌کند. «شهید ثانی»^۴ و «صاحب جواهر»^۵ گفته‌اند «واقف» می‌تواند خود را «ناظر» بر «وقف» قرار دهد و یا خود و دیگری را «متولی وقف» تعیین کند. همچنین، «شهید اول» می‌گوید؛ اگر «واقف»، متولی تعیین نکرده، در صورتیکه «وقف عام» باشد، «تولیت» از آن «حاکم شرع» است که به نیابت از امام(ع) تولیت را بر عهده می‌گیرد؛ و در «وقف خاص» تولیت به «موقوف علیه» می‌رسد.^۶ و نیز گفته‌اند: «واقف» می‌تواند تولیت و نظارت را به طور دایم یا موقت، مستقلاً و یا مشترکاً با دیگری، برای خود و یا دیگری قرار دهد و نیز جایز است، تولیت را به شخصی واگذار نماید که او متولی را تعیین کند. البته این اختیارات را «واقف» در ضمن «عقد وقف» دارد و بعد از آن، «واقف» نسبت به «وقف»، بیگانه است و حق جعل تولیت و عزل متولی را ندارد، مگر این حق

وصیت کنند، مگر در صورت تصریح به استقلال هر یک.»

۱- مرحوم سیدطباطبایی در ملحقات عروه الوثقی می‌فرماید: «اگر تولیت برای بیش از یک نفر باشد قدر متیقن، اشتراک است»

۲- نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۲۲ و شهید ثانی، الروضه البهیة، ج ۱، ص ۲۲۶

۳- خمینی، روح‌ا...، تحریر الوسیله، ج ۳، ص ۹۴۰

۴- شهید ثانی، اللمعه الدمشقیه، کتاب وقف، ص ۱۲۳.

۵- نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۲۵

۶- شهید اول، لمعه، ص ۸۸

را ضمن عقد برای خود شرط کرده باشد.^۱

بند سوم: وظایف متولی

اگر «واقف»، وظیفه خاصی برای «متولی» تعیین کرد، وظیفه او پیروی از نظر «واقف» است و اگر به طور اطلاق، وظیفه را به او محول کرد، وظیفه متولی طبق «متعارف» است، مانند تعمیر وقف و اجاره آن و تحصیل درآمد و صرف بر نظر «واقف» و همه این امور، با رعایت احتیاط و مراعات و صلاح و صرفه وقف صورت می گیرد و هیچکس، حتی «موقوف علیه»، حق مزاحمت او را ندارد؛ این نظر اکثر فقها و از جمله «امام خمینی» (ره) می باشد.^۲

در این مورد لازم است گفته شود که «متولی منصوب واقف»، حتی در صورت ناتوانی از «تصدی امور وقف»، حق تفویض تولیت را به دیگری ندارد، مگر آنکه «واقف»، در موقع «عقد وقف» چنین حقی را برای «تولیت» شرط کند. لیکن متولی می تواند جهت انجام بعضی امور، «وکیل» بگیرد.^۳ مطابق ماده «۸۳» قانون مدنی: «متولی نمی تواند 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، می تواند وکیل بگیرد». تفویض تولیت، به معنای خلع سمت تولیت از متولی اصلی و واگذاری آن به متولی جدید است. به کسی که متولی اختیارات خود را به او واگذار می کند، «نایب التولیه» گویند. مطابق بند «۱۱» دستورالعمل مربوط به تعاریف و اصطلاحات آیین نامه اجرایی قانون سازمان اوقاف: «نایب التولیه شخصی است که از طرف متولی به استناد متن وقفنامه و یا بر اساس موازین شرعی و قانونی، برای اداره موقوفه تعیین می شود». اما «اعطای وکالت» به وکیل، سمت تولیت متولی اصلی را از بین نمی برد، بلکه فقط کارهای عملی و اداری به عهده وکیل قرار می گیرد.

اگر شرط «مباشرت» برای انجام تولیت موقوفه شده باشد، متولی حق انتخاب وکیل برای انجام امور موقوفه، جز در موارد ناتوانی های قهری را ندارد. اگر متولی، وکیل را برای اداره امور موقوفه انتخاب کند که به تشخیص سازمان اوقاف، توانایی اداره موقوفه را نداشته باشد، «اداره اوقاف» مراتب تقاضای تغییر وکیل را به متولی اعلام می کند و چنانچه متولی ظرف «۲» ماه برای متولی مقیم ایران و «۴» ماه برای متولی مقیم خارج از کشور اعتنا ننماید، وکیل را عزل خواهد کرد. (تبصره «۳» ماده «۴» قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و زیارت و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۲)

۱- طباطبایی یزدی، ملحقات عروه الوثقی، ج ۲، ص ۲۴۱

۲- خمینی، روح...، تحریر الوسیله، ج ۳، ص ۹۴۱

۳- همان.

بند سوم: عزل متولی

اگر «واقف»، «تولیت وقف» را برای شخصی قرار دهد، بر آن شخص، «قبول» آن واجب نیست، خواه در مجلس عقد حاضر باشد یا غایب. حتی اگر بعد از وفات «واقف» باشد. و چنانچه تولیت را برای چند نفر قرار دهد و بعضی قبول کنند، با قبول یکی به شخص بعدی واجب نمی‌شود. (واجب کفایی)

سؤال این است که اگر متولی، تولیت را قبول کرد، آیا بعد از آن، «واقف» می‌تواند وی را عزل کند؟ در این مورد «دو» قول وجود دارد، و احتیاط به «عدم امکان عزل» است و تا مراجعه به حاکم و نصب متولی جدید، وی می‌باید به وظایف تولیت خود قیام کند.^۱

«واقف» بعد از «عقد وقف»، حق عزل متولی را ندارد، مگر اینکه حق عزل را در ضمن عقد برای خود شرط کرده باشد؛ بنابراین «متولی» می‌تواند تولیت را قبول کند و نیز می‌تواند قبول نکند، ولی بعد از قبول، نمی‌تواند منصرف شود، همچنین، قابل عزل نیست؛ چراکه به محض پذیرش قرارداد تولیت و قبول وقف، «اصل لزوم»، جاری می‌شود و حق فسخ عقد تولیت را ندارد.^۲ عده‌ای معتقدند که متولی به منزل وکیل است و حق استعفا دارد.^۳ لیکن در «قانون مدنی»، متولی مانند وکیل یا سایر نمایندگان قانونی که حق استعفا دارند، نیست و مطابق ماده «۷۶» قانون مدنی: «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». حتی بر طبق ماده «۷۹» همان قانون: «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». منظور از «حاکم» در این ماده «مقام قضایی» است پس از تمام شدن وقف، مقام قضایی و حتی شخص «واقف» نمی‌تواند متولی را عزل نماید، زیرا «واقف» نسبت به موقوفه در حکم غیر است و حق دخالت در آن را ندارد ولی اگر اختیار عزل متولی را برای خود شرط کرده باشد حق عزل او را دارد.

بنابراین عزل متولی زمانی، امکانپذیر است که در وقف نامه پیش بینی شده باشد، لیکن ماده «۷» قانون سازمان اوقاف (مصوب ۱۳۶۳) مقرر می‌دارد: «هرگاه متولی یا ناظر نسبت به عین یا منافع موقوفه، تعدی یا تفریط نماید یا در انجام وظایف مقرر در وقفنامه و قانون و آیین

۱- صادقی گلدر، احمد، مقدمه‌ای بر فرهنگ وقف، ص ۴۱۱

۲- نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۸، ص ۲۲

۳- طباطبایی، سید محمدکاظم، ملحقات عروه الوثقی، وشهید ثانی، مسالک، ج اول، ص ۳۴۷

نامه‌ها و مقررات مربوط مسامحه و اهمال ورزد، با رسیدگی شعبه تحقیق و حکم دادگاه حسب مورد معزول یا ممنوع المداخله ضم امین^۱ خواهد شد». مطابق تبصره «۲» همان ماده: «در مواردی که مطابق قانون مدنی یا این قانون، ضم امین می‌شود، و دادگاهها می‌توانند سازمان حج و اوقاف و امور خیریه را هم به عنوان امین تعیین کنند». ملاحظه می‌شود که ضمانت اجرای تعدی و تفریط (که در مرتبه پایین تری از خیانت قرار دارد) علاوه بر ضم امین، امکان معزول یا ممنوع المداخله شدن نیز خواهد بود و لذا با این وصف می‌توان گفت که این ماده، مقررات ماده «۷۹» قانون مدنی را تغییر داده است و معزول شدن از طرف دادگاه نیز پیش بینی شده است.

به همین جهت در ماده «۸۰» قانون مدنی نیز مقرر شده است: «اگر واقف وصف مخصوصی را در شخص متولی، شرط کرده باشد و متولی، فاقد آن وصف گردد معزل می‌شود» یعنی، احتیاجی به عزل وی نیست و خود به خود از سمت تولیت برکنار می‌گردد. در این حالت، نیازی به حکم دادگاه نیست و از دادگاه درخواست می‌شود که انعزال متولی را اعلام کند و این «حکم اعلامی» به گذشته، یعنی به زمان زوال صفت مورد نظر «واقف» از متولی، سرایت پیدا می‌کند. بر خلاف حالت «عزل» که جنبه «تأسیسی» دارد و آثار عزل از زمان برکناری متولی توسط دادگاه (حاکم) یا «واقف»، برقرار می‌شود. وقتی متولی، «معزل» شود، اگر بعد از فقدان وصف، مجدداً واجد وصف مورد نظر «واقف» شود، با توجه به اینکه از سمت خود «معزل» شده است، موجبی برای بازگشت آن سمت نیست و اصل، «استصحاب»

۱- گاه شخصی که به عنوان امین در اداره موقوفه دخالت دارد، عنوان وی «امین منضم» است که در ماده «۷۹» قانون مدنی و ماده «۷» قانون سازمان اوقاف (مصوب ۱۳۶۳) و ماده «۲۷» آیین نامه اجرایی قانون سازمان اوقاف (مصوب ۱۳۶۵) پیش بینی شده است. امین منضم در اداره موقوفه، جنبه استقلالی ندارد، بلکه حسب مورد با متولی یا ناظر یا امین منصوب، موقوفه را اداره می‌کند، اما گاهی ممکن است بنا به عللی، اداره امور موقوفه به «امین» یا «هیأت امناء» واگذار شود که در این صورت، آنان مستقلاً موقوفه را اداره می‌کنند و به متولی یا ناظر، منضم نمی‌شوند. مطابق ماده «۵» قانون سازمان اوقاف (مصوب ۱۳۶۳): «سازمان حج و اوقاف و امور خیریه می‌تواند در اموری که اداره آن به عهده این سازمان است شخص یا هیأتی از اشخاص متدین و معروف به امانت را به عنوان امین یا هیأت امناء تعیین نماید» همچنین بموجب ماده «۵» آیین نامه اجرایی قانون سازمان اوقاف: «در موقوفات خاص در صورت بروز اختلاف بین متولی و موقوف علیهم و یا بین موقوف علیهم و در موارد تعدی و تفریط و یا به خطر افتادن مصالح به عنوان لایحه باید موضوع به مرکز گزارش تا با تایید سرپرست سازمان، حسب مورد نظارت یا امور موقوفه موقتاً و تا رفع موانع به وسیله اداره حج و اوقاف و امور خیریه یا امین و یا هیأت امنای منتخب سازمان و با رعایت مفاد وقف نامه و نظیر موقوفات متصرفی اداره شود». ماده «۳» همین آیین نامه مقرر داشته است: «اداره امور اماکن مذهبی اسلامی از قبل بقاع متبرکه و غیره جز آنچه در تبصره «۲» ماده «۱» قانون استثناء شده و اماکنی که برای اداره آنها ترتیب خاصی داده نشده است، به عهده ادارت حج و اوقاف و امور خیریه است که می‌توانند برابر ماده «۵» قانون و تبصره‌های ذیل آن و آیین نامه مربوط، اشخاصی را به عنوان هیأت امناء انتخاب نمایند» در آیین نامه نحوه انتخاب و برکناری شرایط و حدود اختیارات و وظایف امین یا هیأت امنای اماکن مذهبی و موقوفات (مصوب ۱۳۶۵) به سازمان حج اختیار داده شده است تا برای موقوفات فاقد متولی، هیأت امناء انتخاب نمایند که تعداد آنها از «۲» تا «۵» نفر بوده که برای مدت «۳» سال انتخاب می‌شوند که تجدید انتخاب آنها بلامانع است و تصمیمات آنها به اکثریت آراء پس از تایید اداره اوقاف، قابل اجراست.

بقا وضع سابق است و مانند موردی است که متولی فوت کرده یا از ابتدا تعیین نشده است.^۱

گفتار دوم: ناظر

بند اول: انواع نظارت

به موجب ماده: «۷۸» قانون مدنی: «واقف می‌تواند بر متولی، ناظر قرار دهد که اعمال متولی به تصویب یا اطلاع او باشد» بنابراین، با استفاده از این ماده، از نظر «قانون مدنی ایران»، نظارت بر وقف، دو قسم است:

الف: نظارت اطلاعی

«نظارت اطلاعی»: آگاه شدن بر امور مربوط به موقوفات از عایدات و مصارف آن می‌باشد و بدین جهت، متولی باید عملیات خود را به اطلاع ناظر برساند، ولی لازم نیست که در امور موقوفه با او شور نماید و تصمیم مشترک اتخاذ کنند و هرگاه ناظر، امری را که متولی انجام داده است برخلاف ترتیب معینه در وقف‌نامه بداند، می‌تواند آن را اعلام دارد و در صورتی که «متولی»، تسلیم نگردد، «ناظر» می‌تواند به مقام صلاحیت دار (دادگاه و گاه اداره اوقاف) مراجعه، و متولی را وادار به متابعت از مندرجات وقف‌نامه بنماید و هرگاه خسارتی از عمل متولی، متوجه موقوفه یا «موقوف علیه» گردد، متولی مسئول آن خواهد بود.

ب: نظارت استصوابی

«نظارت استصوابی» که گاه از آن به «نظارت کامل» یاد می‌شود، اظهارنظر در امور مربوط به موقوفه، قبل از انجام آن است. در صورتی که موقوفه، «ناظر استصوابی» داشته باشد، متولی باید قبل از اقدام به هر عملی، در امور موقوفه جلب نظر «ناظر» را بنماید و در صورت موافقت و تصویب ناظر، متولی آن را انجام خواهد داد و متولی بدون تصویب ناظر، نمی‌تواند اقدام به امری بنماید.

«ناظر استصوابی» مانند «متولی» است و در اخذ کلیه تصمیمات با متولی شریک خواهد بود، ولی اجرای آن تصمیمات، منحصر با «متولی» می‌باشد.

«مرحوم یزدی» در این مورد فرموده‌اند: «اگر معلوم نباشد که نظارت اطلاعی است و یا استصوابی، بدون اذن ناظر نباید اقدامی در مورد موقوفه صورت گیرد و تمامی اعمال متولی باید به تصویب ناظر استصوابی برسد و متولی در اجرای نظر واقف می‌بایست نظر را اخذ

۱- امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۸۲؛ هرچند برخی قایل به عودت تولیت به شرط بازگشت صفت مورد نظر واقف شده‌اند (طباطبایی یزدی، ملحقات عروه الوثقی، ص ۴۵ و کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۲۲۸) و برخی بازگشت تولیت را در صورتی می‌دانند که واقف، آن را شرط کرده باشد. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۳۴۷ و نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۲۲)

نماید.^۱ لیکن برخی دیگر معتقدند، اگر «واقف» قصد داشت که متولی و ناظر «باهم» وقف را اداره کنند، مبادرت به انتصاب دو متولی می نمود که مجتمعاً به اداره موقوفه بپردازند، لذا دلیلی در تأیید اینکه اصل بر نظارت استصوابی است، وجود ندارد.^۲ لیکن در جایی که ناظر، «سازمان اوقاف» باشد، نظارت، «استصوابی» خواهد بود زیرا بند «۵» دستور العمل مربوط به تعاریف و اصطلاحات مندرج در آیین نامه اجرایی قانون سازمان اوقاف مقرر داشته است: «نظارت استصوابی آن است که اقدامات متولی با تصویب قبلی ناظر صورت گیرد و نظارت اطلاعی، آن است که اقدامات متولی فقط به اطلاع ناظر برسد و در مواردی که طبق قانون و آیین نامه، نظارت سازمان پیش بینی شده، این نظارت استصوابی است».

توضیح اینکه، «حاکم» اجازه دخالت در تعیین یا تغییر ناظر را ندارد، به این دلیل که، مال متعلق به «واقف» است و او اجازه هرگونه تصرفات مشروع از جمله تعیین ناظر را دارا می باشد. افراد، وقتی ببینند دارای حق تعیین ناظر هستند، تمایل بیشتری به وقف پیدا می کنند. مضافاً، براساس ماده «۷۹» قانون مدنی که می گوید: «واقف یا حاکم نمی تواند کسی را که در ضمن عقد وقف، متولی قرار داده شده عزل کند، مگر در صورتی که حق عزل شرط شده باشد...»، می توان این استنباط را از مفاد این ماده نمود که وقتی «واقف» در ضمن عقد، ناظری را برای مال موقوفه تعیین نماید، هیچکس ولو «حاکم»، نمی تواند ناظر را تغییر دهد، لیکن مانند متولی در مواردی مانند از بین رفتن وصفی که در او شرط شده است، «منعزل» خواهد شد، و حکم دادگاه بر «انعزال»، جنبه «اعلامی» دارد و اثر به گذشته دارد و از تاریخ حدوث سبب، آثار لازم بر آن مترتب خواهد شد.

از طرف دیگر، طبق قانون مدنی ایران، «متولی وقف» دارای مسئولیت فراگیر در اداره مال موقوفه است و در واقع به عنوان «اصل» است و ناظر به عنوان «فرع»، از آنجایی که فرع، تابع اصل است، وقتی نتوان «متولی» را تغییر داد، پس، به طریق اولی، نمی توان «ناظر» را تغییر داد.

گفتار سوم: حقوق و تکالیف متولی و ناظر

بند اول: حقوق

الف: حق التولیه

به موجب ماده «۸۴» قانون مدنی: «جایز است واقف از منافع موقوفه، سهمی برای عمل متولی قرار دهد و اگر حق التولیه معین نشده باشد، متولی، مستحق اجرت المثل عمل است». بنابراین

۱- نقل از لنگرودی، حقوق اموال، ص ۳۰۳

۲- داراب پور، حقوق اموال و مالکیت، ص ۳۵۶ و کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۲۴۴

مقدار حق التولیه را «واقف» تعیین می‌کند. تعیین «حق التولیه» برای «خود واقف» که شخصاً متولی موقوفی خویش شده است، از مصادیق «وقف بر نفس» نیست و اشکالی ندارد. هرگاه «واقف»، اجرتی که برای خود معین می‌کند، چندان زیاد باشد که نشان دهد، هدف وی، اختصاص دادن منافع به سود خویش است و می‌خواهد در پناه عنوان وقف، مالکیت خود را حفظ نماید و از اجرای قوانین آمره مثل اخذ مالیات، شانه خالی نماید، در صحت وقف تردید شده است. عده‌ای چنین وقفی را صحیح نمی‌دانند^۱ و برخی اعتقاد دارند اگر «واقف»، «نه عشر» (نود درصد) از عایدات موقوفه را برای حق التولیه و «یک عشر» (ده درصد) را برای «موقوف علیهم» معین نماید، وقف صحیح است، هر چند متولی خودش باشد^۲ و بنظر می‌رسد با توجه به هدف از وقف، نظر اول راجح باشد.^۳

ب: حق النظاره

همانگونه که «واقف» می‌تواند، حق التولیه را در هنگام وقف معین نماید، می‌تواند «حق النظاره» را هم تعیین نماید. به موجب ماده «۱۱» قانون اوقاف (مصوب ۱۳۵۴): «حق التولیه متولی و یا سازمان اوقاف، در قبال اعمال تولیت، نسبت به موقوفات عامه، همچنین حق النظاره ناظر به میزان مقرر در وقفنامه خواهد بود و در صورتی که وقف نامه موجود نباشد و یا میزان حق التولیه و حق النظاره، در آن تعیین نشده باشد، حق التولیه ده درصد و حق النظاره پنج درصد از عایدات خالص آن خواهد بود و سازمان اوقاف برای نظارت در موقوفات عامه‌ای که متولی دارد، صدی پنج از عایدات خالص آن‌ها را بعنوان حق النظاره دریافت خواهد داشت.^۴

۱- کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۲۳۰

۲- امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۸۵

۳- امینیان مدرس، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین، ص ۱۱۶

۴- بموجب تبصره «۱» ماده مزبور: «سازمان اوقاف از موقوفات مساجد و بیمارستانها و مدارس، حق التولیه و حق النظاره دریافت نمی‌کند. همچنین نظارت آن بر در آمد و هزینه موسسات خیریه و آبهای وقف بر شهرها، مجانی خواهد بود». تبصره ۲: «در مواردی که واقف، خود متولی است، سازمان اوقاف جز به درخواست او نسبت به در آمد و هزینه موقوفه نظارت ندارد و حق النظاره دریافت نمی‌کند». تبصره ۳: «به متولی ممنوع المداخله در زمان ممنوعیت، حق التولیه تعلق نخواهد گرفت و در صورت ضم امین، نصف حق التولیه متعلق به امین خواهد شد». همچنین ماده «۳۳» آیین نامه اجرایی قانون سازمان اوقاف (مصوب ۱۳۶۳) مقرر می‌دارد: «حق التولیه متولی یا سازمان در قبال اعمال تولیت نسبت به موقوفات و همچنین حق النظاره ناظر اعم از شخص یا سازمان به میزان مقرر در وقف نامه خواهد بود و در صورتی که وقف نامه موجود نباشد، و یا میزان حق التولیه و حق النظاره در آن تعیین نشده باشد، حق التولیه به مقدار اجرت المثل معادل ده درصد در آمد خالص سالیانه و حق النظاره به مقدار اجرت المثل معادل پنج درصد همان در آمد خواهد بود» تبصره ۱: «در موارد استثنایی که در صدهای مندرج در این ماده با توجه به وضعیت موقوفه، متناسب و متعارف نباشد با تایید سرپرست سازمان کسر یا اضافه می‌شود». تبصره ۳: «در آمد خالص موقوفه برابر ۸۰ درصد در آمد کل خواهد بود» همچنین بموجب ماده «۱۹» آیین نامه اجرایی قانون سازمان اوقاف: «حق الزحمه امین یا هیات امنای موقوفه با در نظر گرفتن عواید و میزان کار بوسیله سازمان تعیین می‌شود و در هیچ مورد، مجموع پرداختی نباید از نصف حق التولیه مقرر در وقف نامه تجاوز نماید».

بند دوم: تکالیف

الف: امکان اجرای تکالیف

مطابق ماده «۸۲» قانون مدنی: «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 اجاره و جمع‌آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره، مثل وکیل امینی، عمل نماید». تبصره «۴» ماده «۷» قانون سازمان اوقاف (مصوب ۱۳۶۳) نیز مقرر داشته است: «کلیه مباشران موقوفات مذهبی، اعم از متولی و ناظر و امناء و مدیران و امنای موسسات و بنیادهای خیریه مذکور در این قانون در حکم امین می‌باشند و در صورت تعدی یا تفریط یا تخلفات دیگر، ملزم به تادیه حقوق و وجوه و اموال و جبران خسارات ناشی از اعمال خود خواهند بود. هرگاه عمل آنها مشمول عناوین کیفری باشد، از طریق مراجع قضایی نیز تعقیب و به مجازات مقرر محکوم خواهند شد».

به موجب 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 موقوف علیهم مقدم خواهد بود» و بر اساس ماده «۶» قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه (مصوب ۱۳۶۳): «صرف درآمد موقوفات به منظور بقاء عین بر سایر مصارف «مقدم» است و متولی موظف است موجبات آبادانی رقبات موقوفات را در جهت بهره‌برداری صحیح از آنها به منظور اجرای نیت واقف فراهم آورد» هزینه نگهداری مال موقوفه بر هر هزینه‌ای اولویت دارد. سپس هزینه‌های تحصیل منفعت مثل مخارج کشت و برداشت اراضی موقوفی، مقدم بر حق موقوف علیهم است. متولی و ناظر به عنوان امین موقوفه شمرده می‌شوند و لذا مسئول تلف به مال نیستند، مگر اینکه در نگهداری آن مرتکب تقصیر شده باشند. بموجب ماده «۸۵» قانون مدنی: «بعد از آن که منافع موقوفه حاصل و حصه هر یک از موقوف علیهم معین شد، موقوف علیه می‌تواند حصه خود را تصرف کند، اگر چه متولی اذن نداده باشد، مگر اینکه واقف اذن در تصرف را شرط کرده باشد». آنچه مطرح شده است، همان موضوع تصرف شریک در سهم مفروزه است و وقتی سهام معلوم گردید هر کس می‌تواند در سهم خود تصرف کند و نیازی به اجازه متولی نمی‌باشد، لیکن مقررات ذیل ماده راجع به موردی است که در وقفنامه قید شده که تصرف در سهم افزای نیز منوط به اجازه متولی است که به همان نحو رفتار می‌شود. و بر طبق ماده «۸۷» همان قانون: «واقف می‌تواند شرط کند که منافع موقوفه بین موقوف علیهم به تساوی تقسیم شود و یا به تفاوت و یا آنکه اختیار به متولی یا شخص دیگری بدهد که هر نحو مصلحت می‌داند تقسیم کند»، اگر واقف میزان سهم

موقوف علیه را معین نکرده باشد، در قانون تکلیفی پیش بینی نشده است، به نظر می‌رسد در وقف عام که منتفعین، غیر محصورند، متولی باید بر مبنای انصاف و عدالت عمل نماید و اگر محصور باشند، باید سهم هر یک بنابر اصل «تساوی» تقسیم شود.^۱

ب: تعذر مصرف منافع موقوفه

در مورد «متعذر المصرف» شدن موقوفه نیز، تبصره ماده «۸» قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه (مصوب ۱۳۶۳)، مقرر می‌دارد: «درآمد موقوفات متعذر المصرف و موقوفاتی که عواید آنها به سبب قلت، گرچه با پس انداز چند سال برای اجرای نظر واقف، کافی نباشد با تشخیص تحقیق اوقاف در موارد اقرب به غرض واقف در محل به مصرف می‌رسد؛ و در ادامه آن آمده است که مقصود از «متعذر المصرف»، آنست که صرف درآمد موقوفه در مصارف مقرر به علت فراهم نبودن وسایل و یا انتفاء موضوع و یا عدم احتیاج به مصرف، مقدور نباشد؛ بر خلاف «وقف خاص»، قانون مدنی نیز در ماده «۹۱» در مورد «وقف عام» مقرر می‌دارد: «در موارد ذیل منافع موقوفات عامه، صرف بریات عمومی

۱- اگر در وقف نامه راجع به اجاره دادن موقوفه شرایطی پیش بینی شده باشد، به همان نحو عمل خواهد شد. مثل این که شرط شده باشد برای هر دفعه، بیش از ۲ سال اجاره داده نشود و یا به اشخاص معین اجاره داده شود. هرگاه موضوع اجاره دادن در وقف نامه مسکوت مانده باشد، متولی در صورت مصلحت و با توجه به عرف می‌تواند با شرایط و مدتی که خود صلاح می‌داند، اجاره دهد و با توجه به اینکه متولی، نماینده سازمان موقوفه است، لذا نفوذ اجاره محدود به مدت تصدی یا حیات او نیست. مطابق ماده «۴۹۹» قانون مدنی: «هرگاه متولی با ملاحظه صرفه وقف، مال موقوفه را اجاره دهد، اجاره به فوت او باطل نمی‌گردد». بند «ج» ماده «۴» آیین نامه قانون سازمان اوقاف (مصوب ۱۳۶۳) اجاره دادن بیش از مدت ده سال موقوفات خاص و بند «د» آن اعطای حق تملک اعیان به مستاجر را در رقباتی که عرصه و اعیاناً وقف باشند، با توجه به مواد ۱۲ و ۳۲ آیین نامه، موکول به نظارت یا دخالت ادارات اوقاف کرده است. مطابق ماده «۱۲» آیین نامه: «در مورد موقوفاتی که عرصه و اعیاناً وقف است، اعطای حق تملک اعیان به مستاجر ممنوع می‌باشد. در بعضی موارد استثنایی، تملک اعیان مستحدثه به وسیله مستاجر با تصویب سرپرست سازمان مجاز است و این موضوع در مورد باغهای موقوفه و همچنین در مورد موقوفات خاص نیز جاری است». مطابق ماده «۱۱» آیین نامه: «به منظور رعایت مصلحت وقف و بهره برداری صحیح، باید رقبات موقوفه را با توجه به مفاد وقف نامه و قوانین مربوط و با جلب نظر کارشناس رسمی یا خبره محلی و رعایت شرایط زیر از طریق مزایده به اجاره واگذار نمود: الف: خسارات احتمالی حتی الامکان به عهده مستاجر باشد ب: از مستاجر باید ضامن معتبر و یا وثیقه مناسب برای تادیه حقوق موقوفه و تخلیه و تحویل آن در پایان مدت اخذ شود. ج: حق انتقال مورد اجاره از طرف مستاجر به غیر، حسب مورد موکول به موافقت کتبی متولی و ادارات حج و اوقاف و امور خیریه باشد، بدیهی است رعایت آیین نامه نحوه وصول پذیره و اهدایی الزامی است. د: مدت اجاره نباید بیش از ده سال باشد مگر با جلب موافقت سرپرست سازمان ه: از پیشنهاد دهندگان برابر ده درصد مبلغ پیشنهادی به عنوان سپرده اخذ شود. و: حداقل مال الاجاره، بر اساس نظر کارشناس رسمی یا خبره محلی و به نرخ عادلانه روز و سایر شرایط لازم در آگهی مزایده قید گردد. ز: اجاره نامه باید رسمی باشد و در مواردی که تنظیم اجاره نامه رسمی میسر نیست، قرارداد تنظیم گردد. تبصره ۱: در مورد رقباتی که در آمد سالانه آنها تا دویست هزار ریال می‌باشد، مزایده الزامی نیست، مشروط بر اینکه میزان اجاره از طرف کارشناس رسمی یا خبره محل با توجه به نرخ عادلانه روز تعیین شده باشد». همچنین مطابق ماده «۱۳» آیین نامه مذکور: «اجاره اراضی و رقبات بلامعارض موقوفه مورد نیاز وزارتخانه‌ها و موسسات وابسته و نهادهای انقلاب اسلامی با رعایت صلاح و غبطه وقف بر اساس نظر کارشناس رسمی و خبره محلی و بر مبنای نرخ عادلانه روز بدون انجام مزایده و با رعایت آیین نامه نحوه وصول پذیره و اهدایی مجاز است». ماده «۲» از مواد الحاقی به قانون اصلاحات ارضی (مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۳۰) مقرر داشته است: «املاک موقوفه عام با در نظر گرفتن منافع وقف به اجاره طویل المدت «۹۹» سال به زارعین همان موقوفه، اجاره نقدی داده می‌شود. اجاره بها هر پنج سال یک مرتبه قابل تجدید نظر است..».

خواهد شد:

۱- در صورتی که منافع موقوفه، مجهول المصرف باشد، مگر اینکه قدر متیقنی در بین باشد.
 ۲- در صورتی که صرف منافع موقوفه در مورد خاصی که واقف معین کرده است، متعذر باشد.
 در صورتی که معلوم نباشد، موقوفه عام است یا خاص، باید آن را «عام» دانست و مطابق بند اول ماده مذکور، «عایدات» آن صرف «بریات عمومی» شود، اگر عام بودن موقوفه محرز است، لیکن مصرف آن معلوم نیست و قدر متیقنی در بین باشد، مثل اینکه وقف بر دانشجویان دانشگاهی شده باشد، لیکن دانشگاه معلوم نباشد، عایدات موقوفه صرف دانشجویان خواهد شد. در غیر این صورت، عایدات صرف امور متعدد خیریه خواهد شد. در صورتیکه صرف منافع موقوفه در موردی که «واقف» معین کرده است متعذر باشد، مانند آنکه عواید موقوفه ای برای مدرسه ای تعیین شده باشد که دیگر فرزند مشمول آن مدرسه در آن روستا نباشد، در این صورت عواید موقوفه طبق بند «۲» ماده مذکور به مصرف «بریات عمومی» خواهد رسید.

در ماده «۸» قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه آمده است: «درآمد موقوفات مجهول المصرف و موقوفاتی که به صیغه مبرآت مطلقه وقف شده، قابل مصرف در تحقیق و تبلیغ و نشر کتب در زمینه معارف اسلامی و عمران موقوفات می باشد (که) زیر نظر سازمان به مصرف می رسد.» تبصره: «درآمد موقوفات متعذر المصرف و موقوفاتی که عواید آنها به سبب قلت، گرچه با پس انداز چند سال برای اجرای نظر واقف کافی نباشد با تشخیص تحقیق اوقاف در موارد اقرب به غرض واقف در محل به مصرف می رسد.»
 آن قسمت از درآمد موقوفاتی که به علت کثرت عواید، زاید بر مصرف متعارف باشد، حتی الامکان در موارد «اقرب به نظر واقف» صرف می گردد و در صورت نبودن مورد اقرب در مطلق امور خیریه به مصرف خواهد رسید. مقصود از «متعذر المصرف» آنست که صرف درآمد موقوفه در مصارف مقرر، به علت فراهم نبودن وسایل و یا انتفای موضوع و یا عدم احتیاج به مصرف، مقدور نباشد.»

ج: تقسیم مال موقوفه

مطابق ماده: «۵۹۷» قانون مدنی: «تقسیم ملک از وقف جایز است ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم، جایز نیست.» بنابراین با توجه به اینکه وقف «مال مشاع» جایز است و ممکن است بنا به مصالحی، لازم باشد مال موقوفه از ملک جدا شود، این اقدام می تواند صورت گیرد، ولی مطابق ذیل اخیر ماده مذکور و نظر به اینکه، موقوف علیهم، مالکین مشاعی موقوفه نیستند، بلکه فقط می توانند از منافع آن برخوردار شوند، تقسیم مال موقوفه، بین آنها جایز نیست.

مبحث چهارم: انحلال وقف

ممکن است شخصیت حقوقی موقوفه در مواردی منحل و در مواردی تغییر یابد که به شرح زیر است:

گفتار اول: انقراض موقوفه علیه و انتفاء هدف

گاهی وقف بر موقوف علیه موقت می‌شود، مثل اینکه بگوید این منزل وقف فرزندان عالم من است، اگر پس از مدتی فرزندان عالم او منقرض شوند و یا در صورت انتفاء هدف و انقراض موقوف علیه، سوالی که مطرح می‌شود، این است که تکلیف چیست؟ در این باره «۲» نظریه کلی وجود دارد: نظریه نظریه «بطلان وقف» و نظریه «صحت وقف»

الف: نظر اول این است که وقف از پایه و اساس «باطل» است.

ب: اما نظر مشهور فقهاء این است که اینگونه وقف «صحیح» است، لیکن برخی^۱ اعتقاد دارند که اگر مالک زنده باشد، عین موقوفه به او و اگر از دنیا رفته باشد به ورثه اش بر می‌گردد. برخی دیگر^۲ معتقدند، عین موقوفه به ورثه موقوف علیه بر می‌گردد، زیرا پس از خروج مال از ملکیت واقف، برگشت آن به ملکیت وی، نیاز به دلیل دارد که چون دلیلی موجود نیست، مالکیت پیشین استصحاب می‌شود، و مال به ورثه موقوف علیه خواهد رسید و برخی^۳ معتقدند که عین موقوفه صرف امور خیریه می‌شود، زیرا این امور به قصد واقف نزدیکترند، بویژه اینکه وقف چه خاص می‌باشد و چه عام باشد تا این حد اقتضاء دارد که عین موقوفه از ملک واقف وسلطه او خارج شود که به «فک ملک» تعبیر می‌شود. قصد واقف در وقف، کسب ثواب و تقرب است و لذا صرف امور خیریه می‌شود که بنظر می‌رسد با توجه به ماده «۹۱» قانون مدنی و ماده «۸» قانون سازمان اوقاف مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۲ و ماده اول آیین نامه اجرایی (مصوب ۱۳۶۵) این نظر با مصالح اجتماعی و هدف واقف، نزدیکتر و ارجح باشد. در خصوص انقراض موقوف علیه، فقیهانی که «وقف منقطع» مانند وقف بر کسانی که منقرض می‌شوند، را «صحیح» و از اقسام «وقف» می‌دانند و همچنین «وقف» درباره بعض از منافع را نافذ می‌شمرند، در این «دو مورد»، عین حبس شده را ملک «واقف» می‌دانند.^۴ البته، قانون مدنی از نظر ماهیت، میان «وقف خاص» و «وقف عام» یا «وقف مطلق منافع» و «وقف

۱- خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۵ و محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۱۵۴ و علامه حلی، تبصره المتعلمین، ص ۷۶.

شہید ثانی، شرح اللمعه، ج ۱، ص ۲۲۵، طباطبائی یزدی، ملحقات عروه الوثقی، ج ۲، ص ۱۹۴

۲- علامه در تحریر و ابن ادریس در سرائر و شیخ مفید در مقنعه به نقل از شیخ محمد حسن نجفی در جواهرالکلام، ج ۲۸، ص ۵۸

۳- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۷۱

۴- کاتوزیان، تحول نهاد وقف، ص ۳۰۹

بعض منافع تفکیک قائل نشده است؛ برای مثال، اگر مالک، رایانه‌ای را فقط برای استفاده نوجوانی، «وقف» کرده باشد و آن نوجوان در زمانی که هنوز رایانه باقیست فوت کند، «وقف»، منتفی، و شخصیت حقوقی آن منحل می‌گردد.

دیگر اینکه ممکن است هدف، بدون اینکه انجام شود، منتفی گردد. برای مثال، بیماران مبتلا به مرضی که کشف داروی آن «هدف وقف» بوده فوت کنند و واکسنی اختراع گردد که به طور کامل مانع از ایجاد آن بیماری شود؛ به نظر می‌رسد در چنین صورتی نیز «انتفاء وقف» محتمل است. در این باره، صرف هدف، وضعیت «وقف» را مشخص نمی‌کند؛ بلکه باید «عام» یا «خاص» بودن آن «وقف» مشخص گردد تا بتوان در مورد زوال یا دوام و مطابق بند «۲» ماده «۹۱» قانون مدنی و تبدیل آن به «اقرّب به غرض واقف» نظر داد.

گاهی ضرورت‌های اجتماعی نظیر نیاز به تعریض خیابان‌ها یا ساختن سد، «تبدیل وقف» و پایان آن نسبت به عین موقوفه را ایجاب می‌کند. در این صورت، همانگونه که در املاک آزاد، چاره‌ای جز تبعیت از مقررات مصوب نیست، در مورد «واقف» نیز وضع به همین نحو خواهد بود. همچنین، در صورتی که «موضوع وقف» زمین کشاورزی و نظایر آن باشد، در صورتی که بدون استفاده بماند، به استناد مقررات مربوطه، «بایر» تلقی و همان گونه که از ملک آزاد می‌گردد از «وقف» نیز رهایی خواهد یافت. همچنین، تردیدی نیست که موقوف علیهم اصولاً می‌توانند از حق انتفاعی که نسبت به موقوفه دارند «اعراض» کنند.^۱

گفتار دوم: تلف مال موقوفه

گفته شده است که مالی «وقف» است که عین آن حبس شود، یعنی به اراده مالک مصون از انتقال و تلف گردد.^۲ وقتی عین موقوفه توسط «واقف» تلف گردد، او موظف خواهد بود از عهده خسارتی که به «حق انتفاع» موقوف علیهم وارد آورده است، برآید. در این مورد، مالکیت قبلی «واقف» نسبت به موقوفه، مانع از مطالبه خسارت وارده نیست، زیرا، اگرچه موقوفه، قبلاً به او تعلق داشته، ولی حق انتفاع از آن به موقوف علیهم تعلق گرفته و تلف موقوفه منجر به تقویت منافع یا ممانعت از تحصیل منافع ممکن الحصول می‌گردد و منتهی به ضرر ایشان می‌شود. قابل ذکر اینکه، اگر موقوف علیهم نیز عین موقوفه را تلف کنند، وظیفه دارند «بدل» آن را فراهم کنند تا حق مالکیت «واقف» محفوظ باشد و خواست او رعایت گردد. در اینکه «بدل» مزبور خود به خود، وقف می‌باشد یا اینکه مجدداً باید وقف گردد اختلاف نظر وجود

۱- امینیان، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین، ص ۲۴

۲- کاتوزیان، تحول نهاد وقف، ص ۳۲۱ و امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۶۸.

دارد؛ برخی^۱ معتقدند که «بدل مال»، باید مجدداً وقف شود، زیرا وقفیت مال موقوفه با تلف آن از بین رفته است و مال جدید نیاز به وقف جدید دارد. اما برخی^۲ با استفاده از ماده «۷۹۱» قانون مدنی که مقرر داشته است: «اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود باید تلف کننده، بدل آن را بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود». اعتقاد دارند که شخصیت حقوقی موقوفه در مال جدید ادامه دارد و این نظر با شرایط وقف و مصالح عمومی موقوفه مناسب تر است، زیرا چه بسا شخص نسبت به وقف آن اقدامی ننماید. گاهی مال موقوفه بکلی از بین نرفته است ولی صلاحیت انتفاع مورد نظر را ندارد، مانند درختی که خشک شده ولی چوب آن قابل استفاده است، در این صورت برخی^۳، وقف را باقی می‌دانند و برخی، گفته‌اند اگر شرایط صریح یا ضمنی از بین برود، وقف باطل می‌گردد، مثل اینکه قید شده درخت برای استفاده از میوه آن وقف می‌گردد، لیکن اگر منفعت بخصوصی مورد نظر واقف نبوده وقف به حال خود باقی است.^۴

گفتار سوم: بیع وقف

در «بیع وقف»، این مطلب بررسی می‌شود که آیا واقف یا متولی و یا حاکم و یا دیگری، حق فروش عین موقوفه را دارند یا خیر؟ و اگر فروش موقوفه مجاز است، تحت چه شرایطی و چگونه باید این بیع واقع شود؟ آنچه از فتاوی علمای اسلام به دست می‌آید، «عدم جواز بیع» است؛ از جمله «حضرت امام خمینی» (ره) در همین مورد می‌فرمایند: «فروش و نقل اموال وقفی (وقف خاص و وقف عامی که بر عناوین عمومی مانند فقرا وقف شده) جایز نیست، شارع، بیع «وقف» را جایز ندانسته و روایاتی هم از ائمه اطهار (ع) در منع بیع «وقف» رسیده است.^۵

در «وقف خاص» در صورتیکه بین «موقوف علیهم» اختلاف بروز نماید، «بیع وقف» جایز است. «حضرت امام خمینی» (ره) در این مورد می‌فرمایند: «در صورتیکه میان افرادی که مال بر آنان وقف شده است اختلاف شدید درگیرد که بقای آن به همان حال، موجب تلف شدن مال و جان گردد و جز با فروش آن، اختلاف حل نمی‌شود، در این حال می‌توان آن را فروخت و پولش را میان آنان تقسیم کرد. مگر آنکه خریدن مالی مشابه آن به پول وقف ممکن،

۱- امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۹۴

۲- کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۲۵۶

۳- خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۷۸، محقق حلی، در شرایع الاسلام، ص ۱۵۶؛ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۳۶۱؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، کتاب الوقف، محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۶۲۱، سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۸۴

۴- نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۱۰۹؛ وطباطبائی، عروه الوثقی، ج ۲، ص ۲۴۶

۵- به نقل از امام خمینی، تحریر الوسیله در کتاب رساله نوین، ج ۲، ص ۱۵۱

و یا تبدیل و نقل امکان‌پذیر باشد».^۱

در «وقف عام» چون عوایدش متعلق به گروه خاصی نیست، اکثر علما، فتوا بر عدم جواز «بیع وقف» داده‌اند، حتی اگر وقف در معرض خرابی باشد. «مرحوم سید کاظم طباطبایی یزدی» برخلاف سایر فقهاء از جهت بیع، فرقی بین «عام» و «خاص» قائل نیست و در شرایط خاص، بیع «وقف عام» را نیز جایز می‌داند.^۲

در برداشت‌های فقهاء از ماهیت و آثار آن نیز در طی قرون، تفاوت‌هایی مشاهده می‌شود و این تفاوت آراء و برداشت‌های حقوقدانان از «احکام وقف»، قانون مدنی را نیز متأثر ساخته است.^۳ مطابق ماده «۳۴۹» قانون مدنی: «بیع مال وقف صحیح نیست، مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود، به نحوی که بیم خونریزی رود، یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد». همچنین طبق ماده «۸۸» قانون مدنی: «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». اگر قسمتی از مال موقوفه خراب شده و فقط با فروش آن قسمت، بتوان از ضرر اقتصادی اجتناب کرد باید به فروش همان اندازه اکتفا کرد. مطابق ماده «۸۹» قانون مدنی: «هرگاه بعض موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد بطوری که از انتفاع از آن ممکن نباشد، همان بعض فروخته می‌شود، مگر اینکه خرابی بعض، سبب سلب انتفاع قسمتی که باقی مانده است بشود، در این صورت تمام فروخته می‌شود». بنابراین در این موارد می‌توان مال موقوفه را فروخت:

۱- مال موقوفه خراب شده باشد، در این صورت حسب خواسته واقف و در راه مورد نظر او مصرف می‌گردد، البته در صورتی که تعمیر مال موقوفه یا بازگرداندن آن به وضع سابق ممکن نباشد یا کسی حاضر به تعمیر آن نشود.

۲- در نتیجه اختلاف بین موقوف علیهم احتمال خرابی مال موقوفه برود که آن را «تلف تقدیری» نامیده‌اند که در مقابل «تلف حقیقی» است، در این حالت خرابی باید عرفاً احتراز ناپذیر باشد و بیم خرابی هم معقول و متعارف باشد.

۳- بیم خونریزی و درگیری بین موقوف علیهم؛ حاصل فروش به موقوفه جدید «بدل» می‌شود که منافع آن برای موقوف علیهم تسهیل می‌شود و عین آن بدل به صورت وقف است. مطابق ماده «۹۰» قانون مدنی: «عین موقوفه در مورد جواز اقرب به غرض واقف تبدیل

۱- به نقل از امام خمینی، همان، ج ۳، ص ۲۵۱

۲- طباطبایی یزدی، ملحقات عروة الوثقی، ج ۲، ص ۲۵۴

۳- قلی زاده، احد، تحلیل نحوه ارتباط عین موقوفه با واقف و آثار آن قبل و بعد از زوال «وقف» در حقوق مدنی ایران، مقالات و بررسیها، شماره ۸۹، صفحه ۹۹.

می‌شود» که به آن «ابدال» و «استبدال» عین موقوفه گویند که منظور فروختن عین موقوفه به منظور خرید ملک دیگری به جای آن است. آنچه خریده می‌شود، باید به «غرض واقف» نزدیکتر باشد. برخی عنوان «تبدیل به احسن» را بکار می‌برند که بایستی نزدیک به غرض و هدف واقف را تعبیر کنیم که البته با شرایط خاص امکان پذیر است در ماده «۲۳» آیین نامه اجرایی قانون اوقاف، این اجازه به سرپرست سازمان که نماینده از طرف «ولی فقیه» است و تحت شرایطی خاص داده شده است. این مال معمولاً بهتر از مال موقوفه‌ای است که غیر قابل استفاده شده است، اما ضرورتاً، بهتر از مال اولیه که اکنون غیر قابل استفاده شده است نخواهد بود.

گفتار چهارم: حق شفعه در وقف

مطابق ماده «۸۰۸» قانون مدنی: «هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند». حال اگر یکی از دو مالک مشاعی، سهم خود را بفروشد و خریدار آن را وقف نماید، شریک دیگر می‌تواند با پرداخت ثمن به خریدار، مورد معامله را که وقف شده است، تملک نماید، زیرا حق شفیع بوسیله عقد بیع یعنی قبل از عقد وقف به مورد معامله تعلق گرفته است و عقد وقف موخر، نمی‌تواند موجب زوال حق ثابت سابق گردد لذا با اخذ شفعه، وقف باطل می‌شود. ماده «۸۱۶» قانون مدنی نیز در این خصوص مقرر داشته است: «اخذ به شفعه، هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می‌نماید». اخذ به شفعه وقف را از آغاز باطل می‌نماید،^۱ و بنابراین منافع ملک از زمان وقف تا زمان اخذ به شفعه به موقوف علیهم تعلق نمی‌گیرد و به علت بطلان وقف، متعلق به مشتری است، زیرا مالکیت شفیع از زمان اخذ به شفعه ایجاد می‌شود، معذک برخی این منافع را متعلق به شفیع دانسته‌اند.^۲ مطابق ماده «۸۱۹» قانون مدنی مقرر می‌دارد: «نمائاتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می‌شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صوتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می‌تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند».

در پایان باید خاطر نشان کرد، مقتضیات زمان و مکان، نباید نادیده انگاشته شود و نباید «وقف» که از عوامل رفاه اجتماعی است با گذشت مدتی از انعقاد و اجرای آن، بعنوان مانعی

۱- امینیان مدرس، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین، ص ۱۷۰

۲- کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۲۶۱

بر سر راه اجرای طرح‌های مربوط به توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور تلقی گردد.^۱ اگرچه در کشورهای اروپایی، «وقف» به معنایی که در قوانین ما وجود دارد به چشم نمی‌خورد؛ ولی فکر ایجاد سازمانی که دارایی آن به هدفهای خیر اختصاص یابد، از دیرباز وجود داشته است و هم‌اکنون بنیادهای خیریه در غالب کشورها، سهم بزرگی در امور اجتماعی و سیاسی و اقتصادی به عهده دارند و نام برخی از آنها در جهان پرآوازه است: مانند بنیاد «نوبل» در «سوئد» و بنیادهای «فورد» و «راکفلر» در «آمریکا».^۲

در «حقوق فرانسه»، «واقف» می‌تواند از راه هبه یا وصیت تملیکی به تاسیس بنیاد مورد نظر بپردازد. مالک می‌تواند آنچه را مایل است به مصرف مورد نظر اختصاص دهد و به شخصیتی که از نظر اجتماعی مفید دانسته، ببخشد. از این پس، بنیاد خیریه تحقق می‌یابد و اموال انتقال یافته به آن دارایی، شخص حقوقی محسوب می‌شود و زندگی حقوقی مستقل می‌یابد. ولی پیمودن این راه با مانع عملی روبه‌روست: نخست این که بنیادها به‌طور معمول به سرمایه فراوان نیاز دارند و مؤسس باید در زمان حیات، از تمام یا بخش مهمی از دارایی خود محروم بماند؛ کاری که به‌طور متعارف اشخاص از آن پرهیز می‌کنند. دیگر اینکه احتمال دارد مؤسس پیش از تحصیل فرمان اعطای شخصیت به بنیاد، فوت کند. این حادثه هبه را باطل می‌سازد و نقشه‌های طرح شده را درهم می‌ریزد.^۳

در «حقوق آلمان» (مواد ۸۰ تا ۸۹ قانون مدنی) پذیرفته شده است که مجموعه‌ای از اموال، به دلیل اختصاص یافتن به هدف معین، ممکن است دارایی مستقلی شود و زندگی حقوقی ویژه خود را آغاز کند. حقوقدانان آلمانی به آسانی پذیرفته‌اند که برای ایجاد یک مؤسسه مفید اجتماعی هیچ ضرورتی ندارد که دارایی مؤسس به شخص موجود تملیک شود.

بدین ترتیب، مفهوم «وقف» در حقوق آلمان و ایران بسیار به هم نزدیک است؛ چرا که در هر دو، تکیه بر «اصالت اموال» است و این اموال به هیچ شخصی تعلق ندارد. با وجود این، در مقابل این امتیاز، وجود شخصیت حقوقی برای «وقف» در آلمان نیز موکول به اذن دولت است، در حالی که حقوق ما چنین قیدی ندارد و همین که مالی از جانب مالک آن، «وقف» و به تصرف موقوف علیهم داده شد، خود مؤسسه‌ای مستقل است.

۱- کاتوزیان، ناصر، تحول نهاد وقف و دورنمای آینده آن، مجله نقد و نظر، زمستان و بهار ۱۳۷۸-۱۳۷۹ - شماره ۲۱ و ۲۲ (از صفحه ۳۰۷ تا ۳۳۱)

۲- واژه، (Foundation) به دو معنی عام و خاص به کار رفته است: به معنی عام، اختصاص دادن توده‌ای از اموال به هدف معین است و ناظر به تصرفی است که اثر آن ایجاد بنیادهای خیر است. ولی در معنی خاص، شخصیت حقوقی ایجاد شده به منظور تحقق هدفهای خیر و احسان است: (ر.ک: مازو و برتون، (Breton)، درس حقوق مدنی، ج ۴، ش ۱۴۱۳)

۳- مازو، همان، ص ۵۷۰. به اضافه، در این باره که آیا می‌توان بدون کسب اذن دولت و از راه تشکیل شرکت‌های مدنی و انجمنها، بنیادهای خیریه را به وجود آورد؟ ایرادهای زیادی شده است که طرفداران روبه قضایی به آن پاسخ داده‌اند.

فهرست منابع و مآخذ

الف: منابع فارسی

اول: کتب

- ۱- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۳
- ۲- آقا بابائی، اسماعیل، پیوند اعضاء از بیماران فوت شده و مرگ مغزی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵
- ۳- اسلامی، علی، ترجمه تحریرالوسیله، ج. سوم، دفتر انتشارات اسلامی، سال ۱۳۸۶
- ۴- افتخاری، جواد، کلیات عقود و تعهدات، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۲
- ۵- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۱
- ۶- امینیان مدرس، محمد، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۸۵
- ۷- بروجردی (عبده)، محمد، حقوق مدنی، انتشارات مجد، ۱۳۸۰
- ۸- بنی هاشمی خمینی، محمد حسن، توضیح المسائل مراجع (مطابق با فتاوی سیزده نفر از مراجع تقلید)، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۴
- ۹- بهرامی احمدی، حمید، حقوق تعهدات و قراردادهای، انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰
- ۱۰- بهرامی، بهرام، دعاوی مالی و غیر مالی، تهران، انتشارات نگاه بینه، ۱۳۸۶
- ۱۱- جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷
- ۱۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸
- ۱۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشی از قانون مدنی، گنج دانش، ۱۳۸۲
- ۱۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸
- ۱۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق ثبت، جلد اول، گنج دانش، ۱۳۷۸
- ۱۶- حائری یزدی، محمد حسن، وقف در فقه اسلامی و نقش آن در شکوفایی اقتصاد اسلامی، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۸۰
- ۱۷- حسینی، سید حسن، مقدمه‌ای بر حقوق مالکیت معنوی، تهران، میزان، ۱۳۸۷

- ۱۹- حسینی، سید حسن، حقوق اختراعات، تهران، میزان، ۱۳۸۵
- ۲۰- حکمت نیا، محمود، مبانی مالکیت فکری، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷
- ۲۱- داراب پور، مهرباب، حقوق اموال و مالکیت، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱
- ۲۲- رضاییان، فرزین. هفت رخ فرخ ایران. ایبانه. انتشارات دایره سبز، ۱۳۸۶
- ۲۳- ره‌پیک، حسن، حقوق مدنی، عقود معین ۲، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷.
- ۲۴- زرکلام، ستار، حقوق مالکیت ادبی و هنری، انتشارات سمت، ۱۳۸۸
- ۲۵- سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۷
- ۲۶- شایگان، سید علی، حقوق مدنی، قزوین، انتشارات طه، ۱۳۷۵
- ۲۷- شریعتی، سعید، بیع زمانی یا انتقال مالکیت زمان‌بندی شده مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه (گروه تحقیقات حقوق خصوصی)
- ۲۸- شمس، احمد، نظام حقوقی اراضی ملی شده، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۶
- ۲۹- شمس، عبدالحمید، حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی، تهران، سمت، ۱۳۸۲
- ۳۰- شمس عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، تهران، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۱
- ۳۱- شهیدی، سید جعفر، ترجمه نهج البلاغه، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۴
- ۳۲- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۳، انتشارات مجد، ۱۳۸۷
- ۳۳- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران، حقوقدان، ۱۳۷۷
- ۳۴- شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، انتشارات مجد، ۱۳۸۵
- ۳۵- صادقی گلدر، احمد، مقدمه‌ای بر فرهنگ وقف، تهران، انتشارات صائن، ۱۳۸۵
- ۳۶- صالحی راد، محمد، آیین نگارش آراء قضایی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷
- ۳۷- صانعی، یوسف، استفتائات قضایی، ج ۲، نشر میزان، ۱۳۸۷
- ۳۸- صرامی، سیفا...، حق، حکم و تکلیف، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵
- ۳۹- صفائی، حسین، دوره مقدمات حقوق مدنی، ج ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۹
- ۴۰- صفایی، سید حسین و قاسم‌زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، سمت، ۱۳۸۷
- ۴۱- صفایی، سیدحسین، مالکیت ادبی و هنری و بررسی قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران، میزان، ۱۳۷۵
- ۴۲- عبدالنبی، قیم، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، تهران، انتشارات سپهر، سال ۱۳۸۱
- ۴۳- عمید زنجانی، عباسعلی، حق مالکیت و حدود آن، مجموعه مقالات فارسی مجمع بررسی اقتصاد اسلامی، مشهد، آستان رضوی، ۱۳۶۹
- ۴۴- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، جلد دوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۳
- ۴۵- فلسفی، محمد تقی، گفتار فلسفی اخلاق از نظر همزیستی و ارزش‌های انسانی، هیات نشر معارف اسلامی، ۱۳۹۷
- ۴۶- قاسم زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی (حق شفعه) وصیت وارث، تهران، نشر دادگستر، سال ۱۳۹۱
- ۴۷- کاتوزیان ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران، میزان، ۱۳۸۳
- ۴۸- کاتوزیان، ناصر، ارث، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶
- ۴۹- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، شرکت انتشار، ۱۳۷۶

- ۵۰- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷
- ۵۱- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵
- ۵۲- کیسی، محمد عبید، وقف در شریعت اسلام، ج ۳، مترجم: صادقی گلدر، احمد، اداره کل حج و اوقاف و امور خیریه استان مازندران، ۱۳۶۴
- ۵۳- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، ج ۲، تهران، سمت، ۱۳۸۱
- ۵۴- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، انتشارات دانشگاه تهران، پاییز ۱۳۸۱
- ۵۵- محمدی، ابوالحسن، اصول فقه، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱
- ۵۶- مدنی، سید جلال الدین، حقوق مدنی، ج اول، نشر پایدار، سال ۱۳۹۰
- ۵۷- مصلحی عراقی، حسین، حقوق ارث، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۶
- ۵۸- مطهری، مرتضی، مجموعه آثار، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۷۸
- ۵۹- مطهری، مرتضی، سیری در نهج البلاغه، تهران: صدرا، ۱۳۷۵
- ۶۰- مطهری، احمد، مستند تحریر الوسیله، خیام، قم، ۱۴۰۳هـ.ق
- ۶۱- مطهری، مرتضی، نظری به اقتصاد اسلامی، انتشارات صدرا، ۱۳۶۸هـ.ش
- ۶۲- معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۳، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۳هـ.ش
- ۶۳- مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، تهران، انتشارات دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۰
- ۶۴- مکارم شیرازی، ناصر، برگزیده تفسیر نمونه، ج ۱، تهران، دارالکتب الاسلامی، ۱۳۷۷
- ۶۵- میرموسوی، سید علی، مبانی حقوق بشر از دیدگاه اسلام، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۸۸
- ۶۶- مهرپور، حسین، بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۰
- ۶۷- میانجی، علی احمد، مالکیت خصوصی در اسلام، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۲
- ۶۸- میر حسینی، سید حسن، فرهنگ حقوق مالکیت معنوی، ج ۲، نشر میزان، ۱۳۸۵
- ۶۹- میر حسینی، سید حسن، حقوق اختراعات، تهران، میزان، ۱۳۸۵
- ۷۰- میرزایی، علیرضا، محشی مجموعه قوانین و مقررات اوقاف، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۸۰
- ۷۱- نائینی، علیرضا، ربانی، محمد، حقوق حیوانات از دیدگاه قرآن و احادیث، فصلنامه علمی پژوهشی دانشور، سال هفتم، دانشگاه شاهد، ۱۳۷۸
- ۷۲- نریمانی، سید محسن، فروش وقف در فتاوی فقهای شیعه، مجموعه مقالات همایش بین المللی وقف و تمدن اسلامی، اصفهان ۱۳۸۷
- ۷۳- نوین، پرویز و خواجه پیری، عباس، حقوق مدنی ۸، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲
- دوم: مقالات و پایان نامه‌ها
- ۷۴- ابن تراب، مریم، حقوق شهروندی از دیدگاه حضرت علی(ع)، ندای صادق، سال ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۸۵، شماره ۴۱ و ۴۲
- ۷۵- ابهری علی آبادی، حمید، رضیان، عبدالله، ۱۳۸۵، لزوم انطباق موارد جواز بیع موقوفه در حقوق مدنی ایران با فقه اسلامی، مجموعه مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۸۰
- ۷۶- ابهری علی آبادی، حمید، رضیان، عبدالله، مفهوم و ماهیت وقف و وضعیت مالکیت مال موقوفه در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، مجموعه مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۸۰، ۱۳۸۵

- ۷۷- احمد حاجی محمدپور، بررسی عقد حق انتفاع در رابطه با عمری، رقبی و سکنی، پایان نامه فوق لیسانس، رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۱۳۶۹
- ۷۸- اسدی، حسن، دعاوی راجع به جنگل‌ها و مراتع و رسیدگی به آن، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، با راهنمایی عبدالله شمس، دانشگاه پیام نور، خرداد ۱۳۹۰
- ۷۹- امیری، انتقال حقوق مالکیت معنوی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۵
- ۸۰- حائری، سید علی رضا، فقه اهل بیت (فارسی)، پاییز ۱۳۸۱، شماره ۳
- ۸۱- حائری یزدی، محمد حسن، وقف در فقه اسلامی و نقش آن در شکوفایی اقتصاد اسلامی، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۸۰
- ۸۲- حائری، سید کاظم، لقطه و مجهول المالک، فقه اهل بیت، شماره ۵۸ و ۵۹
- ۸۳- حبیبی، محمد حسن و مجید نجار زاده، ملاک تمیز انفال و نسبت آن با سایر عناوین مالکیت عمومی، فصلنامه حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱۵
- ۸۴- حسینی طرقی، مرتضی، جستاری در قاعده ید و اماره تصرف، مجله کانون وکلاء، سال ۴۸، دوره دوم، تیر و مرداد، ۱۳۸۴
- ۸۵- درجی، حسن، تغییر وضعیت موقوفات، مشهد، مدرسه عالی نواب، پایان نامه سطح ۳ فقه و اصول، ۱۳۸۸
- ۸۶- دریاباری، سید محمد زمان، پایان وقف، نشریه حقوقی دادگستری، زمستان ۱۳۸۱، شماره ۴۱
- ۸۷- رجائی، سید محمد کاظم، حقوق مالکیت و راهبردهای تثبیت آن، مجله معرفت، شماره ۵۳
- ۸۸- سلیمانپور، محمد جواد، مبانی فقهی حرمت استعمال و قاچاق مواد مخدر و جرایم مربوط به آن، فصلنامه فقه اهل بیت فارسی، شماره ۳۵
- ۸۹- شفاعی، حق التالیف در فقه تطبیقی مجله رهنمون، انتشارات مدرسه عالی شهید مطهری، فصلنامه اول
- ۹۰- عطائی، محمد رضا، وقف در فقه و حقوق (بررسی مقایسه‌ای و تطبیقی آرا و نظریات مذاهب اسلامی)، مجله وقف میراث جاویدان، بهار ۱۳۸۳، شماره ۴۵
- ۹۱- فریدونی، حسین، بررسی حقوق حیوانات در اسلام و قوانین روز، پایان نامه دکترای دانشگاه تهران، بی تا
- ۹۲- فلسفی، محمد تقی، گفتار فلسفی اخلاق از نظر همزیستی و ارزش‌های انسانی، هیات نشر معارف اسلامی، ۱۳۹۷ه.ق
- ۹۳- قلی‌زاده، احد، تحلیل نحوه ارتباط عین موقوفه با واقف و آثار آن قبل و بعد از زوال وقف در حقوق مدنی ایران، مقالات و بررسی‌ها، شماره ۸۹
- ۹۴- کاتوزیان، ناصر، تحول نهاد وقف و دورنمای آینده آن، مجله نقد و نظر، زمستان و بهار ۱۳۷۸-۱۳۷۹ - شماره ۲۱ و ۲۲
- ۹۵- ملکوتی فر، ولی الله، بررسی تطبیقی تعریف وقف، وقف نقود و شرایط موقوفه
- ۹۶- نائینی، علیرضا، ربانی، محمد، حقوق حیوانات از دیدگاه قرآن و احادیث، فصلنامه علمی پژوهشی دانشور، سال هفتم، دانشگاه شاهد، ۱۳۷۸
- ۹۷- نهرینی، فریدون، تناسب اصولی دلیل تصرف در اثبات مالکیت، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۰
- ۹۸- هاشمی، میرسجاد، آثار حقوقی واگذاری عضو انسان مرده یا مبتلا به مرگ مغزی، مجله اندیشه تقریب، زمستان ۱۳۸۵، شماره ۵

ب: منابع فقهی و عربی

- ۹۹- ابراهیم موسی، عبدالله، المسؤولية الجسديه في الاسلام، بيروت، دارامير، حزم، ۱۴۱۶ق
- ۱۰۰- ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۱، نشر ادب حوزه، قم، ۱۳۶۳هـ ش، ۱۴۰۵هـ ق
- ۱۰۱- اردبیلی، احمد (محقق اردبیلی)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، ۱۳۹۹
- ۱۰۲- اصفهانی، الغروی الاصفهانی (کمپانی)، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۱، الطبعة الاولى، قم، پایه دانش، ۱۴۲۵ ق،
- ۱۰۳- اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیله النجاه، انتشارات مرتضویه، نجف، ۱۳۸۵، ه.ق
- ۱۰۴- انصاری، مرتضی، المکاسب، قم، مؤسسه الهادی، ج ۴، ۱۴۱۷هـ.ق
- ۱۰۵- بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، ج ۴، ۱۴۱۹ ه.ق
- ۱۰۶- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، تحقیق محمدتقی ایروانی، قم، جامعه مدرسین، ج ۲۲، ۱۴۰۵ ه.ق
- ۱۰۷- بسیونی، محمد و ابوالفتح، سعید، الحریه الاقتصادیه فی الاسلام و اثرها فی التیمیة، قاهره، دارالوفاء، ۱۴۰۸ ه. ق
- ۱۰۸- تسخیری، محمدعلی (شارک و اشرف علی المشروع)، القواعد الاصولیه و الفقهیه، الطبعة الاولى، ج ۲، تهران: المجمع العالمی بین المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۵
- ۱۰۹- حائری، سید کاظم، فقه العقود، جلد اول، الطبعة الثانية، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۰۳ ق
- ۱۱۰- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۸، بیروت، دار احیاء لتراث العربی، ۱۴۰۳
- ۱۱۱- حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، به تحقیق علی اصغر مروارید، بیروت، دار التراث، ج ۱۸، ۱۴۱۸هـ ق
- ۱۱۲- حسینی مراغه‌ای، میر عبد الفتاح، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷
- ۱۱۳- حلبی، ابن زهره، غنیة النزوع، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۷هـ ق
- ۱۱۴- حلبی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، قم، مؤسسه سید الشهداء، ۱۴۰۵هـ ق
- ۱۱۵- حلبی، محمد بن حسن (فخر المحققین)، ایضاح الفوائد، قم، بی‌نا، ج ۲، ۱۳۸۷هـ ق
- ۱۱۶- حلبی، محمد بن حسن، تحریر الاحکام، مشهد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ج ۱، بی‌نا
- ۱۱۷- حلبی، محمد بن حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، بی‌جا، مکتبه المرتضویه، ج ۲، بی‌نا
- ۱۱۸- حلبی، ابوالقاسم، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، بیروت، دارالاضواء
- ۱۱۹- حلبی، احمد بن محمد بن فهد، المذهب البارع، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۳، ۱۴۱۱هـ
- ۱۲۰- حلبی، جعفر بن حسن (محقق حلبی)، مختصر النافع فی فقه الامامیه، تهران، مؤسسه بعثت، ۱۴۱۰ ه. ق
- ۱۲۱- حلبی، جعفر بن حسن (محقق حلبی)، شرایع الاسلام فی مسائل الحرام و الحلال، با تعلیق سید صادق شیرازی، تهران، انتشارات استقلال، ج ۲، ۱۴۰۹ ه. ق
- ۱۲۲- حلبی، حسن بن یوسف (علامه حلبی)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۶، ۱۴۱۵هـ.ق
- ۱۲۳- حلبی، حسن بن یوسف (علامه حلبی)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، مؤسسه

- النشر الاسلامی، ج ۲، ۱۴۱۳ هـ.ق.
- ۱۲۴- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، ۱۴۱۰ هـ.ق، نهاییه الاحکام فی معرفه الاحکام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۱.
- ۱۲۵- حلی، محمد ابن ادريس، کتاب السرائر حاوی لتحریر الفتاوی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ هـ.
- ۱۲۶- خمینی، روح ا...، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، ج ۱، ص ۲۰.
- ۱۲۷- خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، به قلم میرزامحمدعلی توحیدی، دارالهادی، بیروت، ۱۴۱۲ هـ.ق (۱۹۹۲ م)، ج ۲.
- ۱۲۸- دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، المراسم العلویه، قم، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۴ هـ.ق.
- ۱۲۹- راوندی، قطب الدین، فقه القرآن، تحقیق سید احمد حسینی، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ هـ.ق.
- ۱۳۰- روحانی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثه، تهران، مؤسسه فرهنگی، انتشاراتی حیان، بی جا، ۱۳۷۶.
- ۱۳۱- سبزواری، محمد باقر (محقق سبزواری)، کفایه الاحکام، اصفهان، مدرسه صدر مهدوی، بی تا.
- ۱۳۲- سنهلی، محمد برهان الدین، حکم الشریعه الاسلامیه فی زرع الاعضاء الانسانیه، ج ۲، البعث الاسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- ۱۳۳- السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی ج ۳، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
- ۱۳۴- سیستانی، سید علی، قاعده لاضرر ولاضرار، نشر مکتبه سیستانی، قم ۱۴۱۴ هـ.ق.
- ۱۳۵- سیوری، فاضل مقداد، التنقیح الرائع لمختصر الشرایع، قم، نشر کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۴ هـ.
- ۱۳۶- شرف الدین، احمد، الاحکام الشرعیه للاعمال الطبعیه، کویت، المجلس الوطنی للثقاف و الفنون و الادب، ۱۴۰۳ ق.
- ۱۳۷- شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، تحقیق: دکتر عبدالهادی حکیم، قم: منشورات مکتبه المفید القواعد و الفوائد، بی تا، ج ۲.
- ۱۳۸- صدر، محمد باقر، اقتصادنا، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۰۸ هـ.ق.
- ۱۳۹- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، بی تا، تکمله العروه الوثقی، ج ۲، قم، مکتبه داوری.
- ۱۴۰- طباطبایی یزدی، محصل المطالب فی تعلیقات المکاسب، ج ۱، صادق طهوری.
- ۱۴۱- طباطبایی (حکیم)، سید محسن، نهج الفقاهه، ج ۲، انتشارات جواد قیومی، قم، ۱۳۷۹ هـ.ش.
- ۱۴۲- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۹، ۱۴۱۹ هـ.ق.
- ۱۴۳- طباطبایی، محمد حسین، تفسیر المیزان، تهران، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- ۱۴۴- طریحی، مجمع البحرین، ج ۵، دارالمکتبه الهلال، بیروت، ۱۹۸۵ م.
- ۱۴۵- طوسی، محمد بن علی (ابن حمزه)، الوسیله، قم، کتابخانه سید مرعشی، ۱۴۰۸ هـ.ق.
- ۱۴۶- طوسی، محمد، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ج ۲، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۳.
- ۱۴۷- طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، ه.ق، المبسوط، ج ۳، تهران، المکتبه المرتضویه ۱۳۸۷.
- ۱۴۸- طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، الخلاف، به تحقیق سید علی خراسانی سید جواد شهرستانی و شیخ محمد مهدی نجف، ج ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ هـ.ق.
- ۱۴۹- طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم، انتشارات قدس، بی تا.
- ۱۵۰- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، ج ۲، مشهد، انتشارات آستان

فهرست منابع و مآخذ ۳۰۹

- قدس رضوی، ۱۴۱۸هـ. ق
- ۱۵۱- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام، ج ۵، بی جا، موسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۴هـ. ق
- ۱۵۲- عبدالنبی، قیم، فرهنگ معاصر عربی - فارسی، تهران، انتشارات سپهر، سال ۱۳۸۱
- ۱۵۳- عکبری بغدادی، محمد بن نعمان (شیخ مفید)، المقنعه، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰هـ. ق
- ۱۵۴- علم الهدی، سید مرتضی، الانتصار، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵هـ. ق
- ۱۵۵- فخرالمحققین، حلی، محمد بن حسن، «ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد»، ج ۴، قم، المطبعه العلمیه، ۱۳۸۷
- ۱۵۶- قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، بی جا، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳هـ. ق
- ۱۵۷- کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۹، قم، موسسه ال البيت (علیه السلام) لا حياء التراث، ۱۴۱۰هـ. ق
- ۱۵۸- مصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد، الطبعه الرابعه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ ق
- ۱۵۹- مطهری، احمد، مستند تحریر الوسیله، خیام، قم، ۱۴۰۳هـ. ق
- ۱۶۰- مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، تهران، انتشارات دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۰
- ۱۶۱- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، هدایه العباد، بی جا، دارالقران کریم ۱۴۱۳، هـ. ق
- ۱۶۲- نائینی، میرزا محمد حسین، منیه الطالب فی شرح المکاسب، به قلم موسی بن محمد، ۱۴۱۸هـ. ق
- ۱۶۳- نجفی خوانساری، منیه الطالب، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول،
- ۱۶۴- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام، قم، داراحیاء التراث العربی، بی تا، ج
- ۱۶۵- یوسف موسی، محمد، الاموال ونظریه العقد فی الفقه الاسلامی، دارالفکر العربی، قاهره، ۱۴۱۷هـ. ق (۱۹۹۶م)
- ۱۶۶- یوسفی، حسن بن ابی طالب (فاضل آبی)،، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، ۱۴۱۰هـ. ق

ج: منابع فرانسه

- 167- Demolombe, cours de napelon, livre 11, titre 2, t., 1861.
- 168- Frejavill.M, Des meubles par anticipation, these, paris, 1927.
- 169- Malaurie.ph.Ripert, Traite theorique et pratique de droit civil: Les biens< paris< 1896
- 170- Mazeaud.Lecons de droit civil T110 ;edparismontchrestien ;1991
- 171- Mousseron.J.M, Reynard,J.Th.Revet,de la propriete comme model,
- 172- Planiol. Marcel et Ripert. Gerges. Traité pratique de droit civil français Tome.6 Paris ,1930.
- 173- Portalis,J.E.M, Expose de motifs du projet de loi sur la proprte,PUAM.
- 174- Rigaux,F,La liberte de la vie prive,RIDC,1990.
- 175- Savatier, Les metamorphoses economiques et sociaux du droit prive,paris,1924.
- 176- Terre Simmler, Droit civil, les biens,dalloz,2006,.
- 177- Vialleton,H,Traite pratique de droit civil francais,t3, les biens, 1925.
- 178- Vincent,S,Guinchars et G.Montagenier,Dalloz,15 ed,2005, Malaurie,Ph, et.
- 179- Aynes,L,Droit civil,les biens,Defreons,2005.
- 180- Zanti,F,Les biens, coll.Droit fundamental,PUF.

د: منابع اینترنتی

- 181- <http://www.vacationregister.com/TimeshareInformation>.
- 182- free Advice: What are Time _ shares.
- 183- <http://www.icye.org/>
- 184- <http://www.timesharemall.com/glossary.shtml>

- 185- Glossary of terms (ARDA) <http://www.arda.org>
- 186- <http://www.timesharemall.com/glossary.shtml>
- 187- <http://www.arda.org//AM/Template.cfm?Section=Home>
- 188- Read Before You Buy Timeshare <http://www.vacationregister.com/>
- 189- <http://www.tstoday>
- 190- <http://www.vacat>