

بسمه تعالی

جزوه مدنی 2

اموال و مالکیت

دکتر رضا ولویون

معانی حقوق:

الف) حقوق گاهی به عنوان اسم جمع مورد نظر است در این معنی عبارت است مجموعه قواعد و مقرراتی که در یک برهه زمان بر یک جامعه حکومت می کند و اجرای آن به وسیله ی دولت تضمین می شود که به آن قواعد حقوق نیز گفته می شود.

ب) گاهی حقوق به اتکای مفرد آن که حق است به کار می رود در این معنی عبارت است از امتیازات و توانایی هایی که هر فرد در جامعه دارا می باشد که به آن حقوق فردی یا شخصی نیز می گویند. حقوق فردی را ممکن است افراد بر برخی از اموال یا در برابر بعضی از اشخاص دیگر دارا باشند. مثلاً حق دینی طلبی است که شخص نسبت به شخص دیگر دارد ولی حق مالکیت حق شخص بر اموال اوست.

مقدمه : حقوق مالی

1- مفاهیم

مال چیست؟

مال از نظر حقوقی چیزی است که دو شرط اساسی داشته باشد:

الف) مفید فایده باشد (منفعت عقلایی) و نیازی را برآورده کند چه مادی و چه معنوی.

ب) قابلیت اختصاص به اشخاص یا گروه معین را داشته باشد. یعنی:

در شخص امکان تملک مال باشد و تملک یعنی سلطه پیدا کردن. چون رابطه انسان و مال (علاقه یا علاقه) همان امکان تملک است.

پس با توجه به دو شرط گفته شده هر شیء ای مال نیست مثلاً:

نور خورشید و هوا شرط اول یعنی مفید بودن را دارند ولی شرط دوم یعنی قابلیت اختصاصی را ندارند. پس مال نیستند. البته اگر هوا (اکسیژن) در کپسول جمع شود و بدین صورت عرضه شود مال است ولی در حالت کلی نه. پس هوا، خورشید و دریاها ی آزاد اشیایی ضروری هستند برای زندگی بشر ولی چون کسی نمی تواند نسبت به آنها ادعای مالکیت انحصاری کند مال نیستند.

پس:

قابلیت مالکیت و قابل نقل و انتقال بودن از شرایط مال بودن نیستند. چون مثلاً: وقتی یک ماشین خارجی وارد کشور می کنیم و تا (مثلاً) 5 سال حق خرید و فروش نداریم، در این صورت اگر قابل نقل و انتقال بودن را از شرایط مال بودن بگیریم این ماشین مال نیست، در صورتی که هست. و همچنین یادمان باشد که: قابلیت اختصاص یافتن با مالکیت فرق دارد و بکار بردن این دو به جای هم درست نیست.

اما قبل از بیان دو معنی مال در عرف کنونی جایگاه مال را مشخص می کنیم:

احوال دو نوع است:

شخصیه: نکاح، طلاق، ارث و وصیت

عینیه: یعنی بحث اموال

مال در عرف کنونی به دو معنای مادی و حقوقی به کار می رود:

1) به معنای مادی و محدود: اشیایی که موضوع داد و ستد حقوقی بین اشخاص قرار می‌گیرند. خانه، فرش و... .

2) به معنای مجرد و حقوقی: که حقوق مالی‌ای هستند که به اشخاص امکان انتفاع از اشیاء مادی را می‌دهند. حق مالکیت و طلب از دیگران.

پس در حقوق داریم:

موضوع حقوق ← اموال هستند.

طرف حقوق ← اشخاص هستند.

**چند نکته:**

**1) ماهیت اموال مطلق نیست و بر حسب مزاج کشورها فرق می‌کند.**

مثلاً در فقه ما: شراب و گوشت خوک مال نیستند، پس اگر دو مسلمان در دعوایی با هم، یکی شراب‌های دیگری را بشکنند، طرف مقصر ضامن نیست چون موضوع دعوی مال نیست. پس مالیت اموال نسبی است.

**2) آیا نحوه مصرف اموال در نحوه معامله اموال مؤثر است؟**

حلال یا حرمت اموال یعنی: اگر مصرف حلال است پس معامله آن هم حلال است.

**استثناء:**

ربا ← حرام است ولی اگر مسلمان از کافر بگیرد حلال است یعنی به کافر قرض بدهیم و از او ربا بگیریم.

هرچند که حرام است ولی معامله با کافر و خارجی‌ها درست است.

**و در اصول فقه هم داریم:**

امر ظهور در وجوب دارد. نهی در ظهور در حرمت دارد.

پس مال کافر بر مؤمن حلال است ولی ایراد اینجاست که آیا: «لقمه گرفتن شیر از دهان سگ درست است؟»

**3) آیا کمیت اموال نقش در مالیت آنها دارد یا خیر؟**

خیر ندارد و مال اندک مانند 1 ریال یا یک دانه گندم هم مال است ولی خوب موضوع داد و ستد واقع نمی‌شود و عرف از آن بی‌اعتنا می‌گذرد ولی مالیت دارد و مال است ولی قابل معامله در عرف نیست. به همین دلیل: اگر دزدی خرمن گندم را دانه دانه بدزد، نمی‌گویند به ارزشی نرسیده و دزدی نکرده، وانگهی ارزش مجموع، نتیجه مجموع اجزاء نیست، بلکه بر اثر وجود ارزش هر جزء می‌باشد. پس یک ریال و یک دانه گندم هم مفید است و هم قابل تملک چنانچه که در محاسبات مهم بانکی و بازرگانی از آن نمی‌گذرند.

**4) آیا این تعریف برای مال درست است؟**

مال: چیزی است که ارزش داد و ستد داشته باشد و در برابر آن پول یا مال دیگری داده شود.

ج) در این تعریف معیار تمیز ارزش نوعی است و در اختیار عرف یعنی در بازار معادل مبلغی پول است. پس از دو جهت باید این تعریف را تعدیل کرد.

1) ارزش: نتیجه رغبتی است که اشخاص برای بدست آوردن چیزی در خود احساس می کنند و از آنجا که خواسته ها و نیازهای مردم یک جامعه شبیه اند می گوئیم که «ارزش چهره نوعی و همگانی دارد». ولی اشکالی ندارد که: «مالی در رابطه دو طرف قرارداد ارزش مالی داشته باشد، هر چند که دیگران در برابر آن موضوع بهایی نپردازند.» و عقلایی و مشروع بودن انگیزه معامله کافی است مثل: خرید و فروش عکس ها و یادگارهای خانوادگی.

2) همچنین باید به مسأله مال اندک هم توجه کرد که در سؤال قبل جواب داده شد. پس در جواب این که: آیا یادگاری های خانوادگی مال است؟ باید گفت که: ملاک تشخیص مالیت اموال دو چیز است

1) عرف: پس وقتی که دادگاه در مالیت شیء شک می کند به عرف رجوع می کند.

2) ملاک شخصی: اگر در عرف سکوت شده بود، به (2) رجوع می کند.

### 5) مال آینده چیست؟

در موردی که مالی به حکم عادت در آینده ایجاد می شود و زمینه این وجود در دید عرف ارزش دارد باید آن را مال یا در حکم مال دانست. پس:

مال آینده ای مال است که عادتاً بدون هر گونه آفات و اشکال موجود شود.

### پس اموال دو گونه است:

مسلم الحصول: مثل میوه سال آینده باغ ← مال آینده است.

محتمل الحصول: مال آینده نیستند و مال محسوب نمی شوند.

مثال مال آینده: فروش آپارتمان های ساخته نشده، فروش میوه آینده درخت. و می توان اینها را واگذاری استعداد عین در ایجاد مال تعبیر کرد و همچنین تلف این اموال نیز موجب مسئولیت و ضمان می شود. مثلاً اگر کسی مانع انتفاع مالک از مالش شود باید خسارت ناشی از آن را جبران کند.

### 6) ارزش اموال:

#### ارزش اموال:

1) اصلی یا ذاتی: یعنی اینها ذاتاً و اصالتاً مالند و کسی مال بودن را به آنها بار نکرده و نبخشیده: گندم و طلا.

2) اعتباری یا حکمی: که ما مال بودن را بر آنها بار کردیم و ارزش آنها اعتباری است: اسناد تجاری و اسکناس.

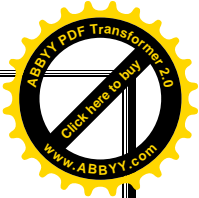
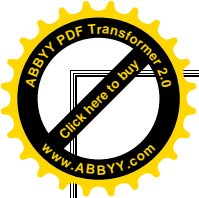
نظر امام خمینی (ه): سلب مالیت اموال در وسع مقنن یا شارع نیست، چون مال ذاتاً مال است ولی می توانیم بگوئیم که آثار مال را ندارد.

#### 7) رابطه مال و شیء: عموم و خصوص مطلق:

هر مالی شیء است. بعضی اشیاء مالند. بعضی اشیاء مال نیستند.

#### 8) رابطه مال و ملک: عام و خاص من وجه:

1- بعضی ملک ها مالند. 2- بعضی ملک ها مال نیستند: شراب. پس هر ملکی مال نیست.



3- بعضی مال‌ها ملک‌اند. 4- بعضی مال‌ها ملک نیستند.

ملک: یعنی چیزی که مالک داشته باشد و یعنی مملوک شخصی باشد.

2- اقسام حقوق مالی

**آیا مصادیق اموال فقط اموال مادیند؟ خیر.**

اموال دو گونه است: مرئی (مادی): محسوس و ملموس‌اند. نامرئی (معنوی): که به چشم دیده نمی‌شوند ولی حقوق مالی‌اند. پس:

**حق مالی:** 1- عینی (مالکیت، انتفاع، ارتفاق)، 2- دینی، 3- حقوق معنوی

**حق غیر مالی:**

- 1) امتیازی که هدف آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است.
- 2) موضوع آن روابط غیر مالی اشخاص است.
- 3) ارزش داد و ستد ندارد و قابل ارزیابی به پول و مبادله با آن نیست.
- 4) اصل این حق را نمی‌توان به فرد دیگری واگذار کرد و وسیله تحصیل مال قرار داد.
- 5) به وراث منتقل نمی‌شود و طلبکاران نیز نمی‌توانند با توقیف و تملک و فروض حق غیر مالی وسیله تأمین وصول طلب خود را فراهم آورند.
- 6) مثال: حق زوجیت، حق ابوت، حق نبوت، ولایت یا حق مؤلف بر اثر هنری‌اش.
- 7) ولی همین حقوق غیر مالی غالباً آثار مالی دارند. مثلاً: حق وراثت که سبب تملک دارایی شخص می‌شود و یا حق زوجیت که امکان مطالبه نفقه وراثت را در پی دارد که مالی است.

**و حق مالی:**

- 1) امتیازی است که هدفش تأمین نیازهای مادی است.
- 2) موضوعش تأمین حمایت از نفع مادی و با ارزش است.
- 3) قابل مبادله و تقویم به پول است. و همین ویژگی، ویژگی چهارم را باعث می‌شود.
- 4) انتقال‌پذیر بودن حق مالی، پس به وراثت می‌رسد، قابل داد و ستد است و طلبکاران نیز می‌توانند با توقیف آن به طلب خود برسند.
- 5) مثال: حق مالکیت، انتفاع یا مطالبه مبلغی پول و...

پس:

اصل در حق مالی این است که قابل نقل و انتقال باشد ← نفقه؟  
و اصل در حق غیر مالی این است که قابل نقل و انتقال نباشد مثل پیوند اعضا که غیر مالی است ولی قابل نقل و انتقال است.

**تداخل و ارتباط حقوق مالی**

چنان نیست که این دو نوع حقوق از یکدیگر کاملاً مجزا بوده بلکه برخی از حقوق دانان اعلام می‌کنند با آن که میان این دو گروه از لحاظ ماهیت اختلاف وجود دارد ولی این نوع تقسیم بندی از

برخی جهات تا اندازه ای تصنعی به نظر می رسد. چه بسا اتفاق می افتد که حقوق مالی و غیر مالی به یکدیگر مرتبط باشند و در میان آن ها تداخل وجود داشته باشد لذا چند نکته در این مورد عرض می کنیم

1- حقوق غیر مالی باعث به وجود آمدن حقوق مالی می شود مانند ارث که حق غیر مالی است باعث به وجود آمدن حقوق مالی می شود.

2- حق شخص بر نام خانوادگی از مصادیق حقوق شخصیت است و حقوق شخصیت نیز حق غیر مالی است ولی ممکن است شخص نام خود را بر نام مؤسسه یا شرکت خود بگذارد که در این صورت نام خانوادگی او به صورت اسم تجاری در می آید که دارای ارزش مالی نیز می شود.

3- حق شخص بر تصویر خود جز مصادیق حقوق شخصیت و غیر مالی است ولی گاهی موارد اشخاص انتشار عکس خود را در برابر پول می دهند که ارزش مالی پیدا می کند.

4- حق شخص بر تمامیت جسمی خود با شرف و حیثیت خود جزو حقوق غیر مالی است ولی اگر این امور مورد تجاوز قرار گیرد شخص متجاوز مسئول است و باید جبران خسارت به وسیله ی پرداخت پول صورت گیرد.

5- گاهی برخی از مصادیق حق غیر مالی در بعضی حقوق مالی دیده می شود مثلاً یکی از اوصاف حقوق غیر مالی غیر قابل انتقال بودن آن است ولی حق مالی نیز ممکن است چنین وضعی داشته باشد مثلاً حق نفقه که غیر قابل انتقال است.

پس تقسیم بندی حقوق فردی به مالی و غیر مالی مطلق نیست ولی در مجموع این تقسیم بندی حاکی از یک واقعیت است چون برخی از حقوق جنبه ی مالی و برخی دیگر جنبه ی غیر مالی آنها رجحان دارد اگرچه در بعضی مواقع این امر آسان نیست مثلاً حق مؤلف از یک طرف حق مالی است و از طرف دیگر حق غیر مالی. مثلاً وقتی شخصی کتابی می نویسد در برابر آن پول دریافت می کند از این جهت یک حق مالی است و از آنجا که حق انتشار و عدم انتشار، حق جلوگیری از تحریف، حق از بین بردن اثر، حق پاسخگویی در برابر مخالفان با اوست جزو حقوق غیر مالی است اگرچه در همین حال حقوق مالی و غیر مالی مؤلف با هم ارتباط نزدیک دارد. عیبجویی و خرده گیری بر آن علاوه بر اینکه بر منافع معنوی نویسنده لطمه می زند منافع مالی او را نیز دچار مخاطره می کند مثلاً خریداران کتاب او کم می شود

همچنین در تقسیم بندی حق به مالی و غیر مالی باید توجه داشت که نه تنها آثار مالی حقوق غیر مالی این دو دسته را به هم نزدیک می کند بلکه در برخی از موارد دو چهره مالی و غیر مالی با هم مخلوط می شوند. مثل حق مؤلف بر اثرش. یا یادگارهای خانوادگی با این که معمولاً ارزش مالی ندارند. اما اگر به امضای شخص مشهور یا هنرمندی برجسته برسند هر دو جنبه مالی و معنوی را دارند. پس:

مبنای تقسیم حق به مالی و غیرمالی غلبه چهره مالی یا اخلاقی حق است و نمی توان مرزی قاطع میان این قسم رسم کرد یا ماهیتشان را کلاً جدا پنداشت.

## مبنای تقسیم حقوق مالی به عینی و دینی چیست؟

فردگرایان در تعریف حق می‌گویند: اقتدار و امتیازی که شخص در برابر سایرین دارد و انسان نیز برای زندگی به اشیاء خارجی نیاز دارد و حق استفاده از آنها را نیز دارد. پس انتفاع او از دو راه ممکن است:

الف) بهره‌برداری مستقیم و بی‌واسطه از مال.

ب) اعمال حق از طریق دیگری، نه از طریق خود صاحب مال.

پس بر همین مبنا حقوق انسان بر اشیاء بر دو قسم است: 1- عینی 2- دینی.

### حق عینی

حقی است که شخص به طور مستقیم و بی‌واسطه نسبت به چیزی دارد. عناصر تشکیل دهنده ی حق عینی: معمولا دو عنصر هستند 1- شخص دارنده یا صاحب حق 2- چیزی که موضوع حق قرار می‌گیرد. همانطور که از تعریف بر می‌آید حق عینی به طور مستقیم و بی‌واسطه بر موضوع خود اعمال می‌شود و لزومی ندارد که شخص دارنده ی حق، اجرای این حق را از افراد دیگر مطالبه کند ولی اگر موضوع حق عینی در تصرف شخص دیگر باشد و ممانعت کند دارنده ی حق می‌تواند رد موضوع حق را از او خواستار شود.

حقوق عینی انواعی دارد که کامل‌ترین آن حق مالکیت است که در آن مالک حق هرگونه انتفاع و تصرف در ملک خودش را دارد در کنار حق مالکیت حقوق دیگری نیز وجود دارد که از متفرعات حق مالکیت است که عبارتند از: حق انتفاع، حق ارتفاق. پس انواع حقوق عینی به دو دسته تقسیم می‌شود: 1- حقوق عینی اصلی که عبارتند از حق مالکیت، انتفاع، ارتفاق 2-

### حقوق عینی تبعی

**حقوق عینی اصلی:** حق عینی اصلی که به دارنده اش اختیار استعمال و انتفاع از چیزی را به طور کامل یا ناقص واگذار می‌کند.

**حق عینی تبعی:** مثال شخصی از فردی قرض یا وام می‌گیرد فرد دوم در صورت رهن گذاشتن یا وثیقه حاضر است به او وام دهد. فایده ی این عمل در آن است که اگر شخص بدهکار در موعد مقرر حاضر به پرداخت دین خود نشد طلبکار با فروش مال رهنی طلب خود را استیفا می‌کند و حتی اگر طلبکاران دیگر هم باشند این فرد که اموال نزد او به رهن گذاشته شده بر دیگران تقدم دارد که در اینجا حق دینی خصوصیت حق عینی را پیدا کرده چون خصوصیت تقدم از ویژگی های حق عینی است در حق مالکیت وقتی مالک می‌شویم که بر آن تصرف داریم ولی در حق تبعی تصرف در زمانی است که موعد مقرر سر رسد و شخص بدهی خود را نپردازد.

ولی صاحب حق نمی‌تواند از منافع عین وثیقه استفاده کند و فقط نسبت به آن حق تقدم بر طلبکاران و تعقیب دارد.

### پس دو تفاوت حق عینی تبعی و اصلی:

1) در حق عینی اصلی، صاحب حق کامل یا ناقص می‌تواند از منافع مال استفاده کند.

ولی در حق عینی تبعی ، منافع وثیقه به مدیون (بدهکار) تعلق دارد و مرتهن (طلبکار) تنها در صورت خودداری مدیون از پرداخت دین، می تواند طلب خود را از حاصل فروش عین بردارد.

2) حق عینی تبعی ، مستقل نیست و در صورت پرداخت دین از بین می رود. ولی حق عینی اصلی تابع هیچ دینی نیست و اصالت دارد و برای همین عدم استقلال حق عینی تبعی است که دائن ابتدا باید طلب را از مدیون بخواهد، سپس اگر نداد به سراغ فروش آن برود.

منشأ رهن دین است و دین خود ناشی از: 1- قرض 2- انجام کار 3- عدم انجام کار رهن در جایی است که دینی باشد ولی بین مستأجر و موجر چه دینی است؟

پس رهن متعارف در آژانس های املاک، رهنی من درآوردی و غلطی مشهور است.

مثلاً: بانک  $x$  برای خرید یک دفتر وکالت به وکیلی وام می دهد و از صد میلیون ارزش دفتر، 80 میلیون را بانک می دهد و 20 میلیون را وکیل که این اجاره به شرط تملیک است و تا پایان ادای قسط آخر به بانک، مالک ملک، بانک است نه آقای وکیل.

در این رهن داریم:

راهن ← بدهکار: وام گیرنده از بانک

مرتهن ← طلبکار: مثلاً بانک

پس از تنظیم سند آن حقی برای بانک ایجاد می شود که به آن حق عینی تبعی می گوئیم. یعنی: بانک می تواند در صورت عدم پرداخت اقساط ملک را فروخته و حقش را بگیرد.

دین: دو نوع است: 1- با وثیقه یا رهن 2- حق عینی تبعی

بی وثیقه و این یعنی که حق عینی تبعی رابطه بین راهن (مدیون) و مرتهن (دائن) است که راهن در قبال اجرای تعهداتش، ملکی (یعنی عین معینی، عین معین یا مرهونه) می دهد و هر گاه تعهداتش ادا شد فک رهن می شود و در سند مربوطه در ستون متعامل اسم مرتهن نوشته می شود و در ستون متعامل اسم راهن. پس انتقال مال مرهونه غیر نافذ است (یعنی جایز نیست) مگر با اذن مرتهن. پس:

- عین مرهونه متعلق حق (عینی تبعی یا رهن) مرتهن است.

**چرا به رهن حق عینی تبعی می گوئیم:** چون تبعیت از دین می کند و هر وقت دین از بین رفت تبعیتش هم از بین می رود، یعنی این حق عینی تبعی مستقل نیست.

**پس دو تفاوت حق عینی تبعی و اصلی:**

1) در حق عینی اصلی ، صاحب حق کامل یا ناقص می تواند از منافع مال استفاده کند. ولی در حق عینی تبعی منافع وثیقه به مدیون (بدهکار) تعلق دارد و مرتهن (طلبکار) تنها در صورت خودداری مدیون از پرداخت دین، می تواند طلب خود را از حاصل فروش عین بردارد.

2) حق عینی تبعی ، مستقل نیست و در صورت پرداخت دین از بین می رود. ولی حق عینی اصلی ، تابع هیچ دینی نیست و اصالت دارد و برای همین عدم استقلال حق عینی تبعی است که دائن ابتدا باید طلب را از مدیون بخواهد، سپس اگر نداد به سراغ فروش آن برود.

**ب) حق دینی:**



رابطه حقوقی میان دو شخص را گویند یعنی حقی که شخص نسبت به دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند انجام دادن کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را دائن یا طلبکار و کسی را که ملزم است مدیون یا بدهکار و اصل حق را نیز به اعتبار صاحبش، طلب و به اعتبار مدیون تعهد یا دین می‌گویند.

پس در حق دینی داریم: 1-مدیون (بدهکار) یا متعهد. 2-دائن (طلبکار) یا متعهدله. حق دینی قابل شمارش نیست ولی حق عینی سه‌تاست: 1-مالکیت 2-انتفاع 3-ارتقاع موضوع حق عینی همیشه یک شیء مادی و محسوس ولی موضوع حق دینی ناظر است به سه چیز است:

1-وعده بیع (انتقال مال)

2-انجام کار مثلاً جراحی که قرار است عمل را روی بیمار انجام دهد.

3-ترک کار: فرش فروشی بگوید مغازه‌ام را به تو اجاره می‌دهم به شرطی که فرش فروشی در آن دایر نکنی یا زنی شرط کند که شوهرش ازدواج مجدد نکند.

و کسی که دارای حق دینی است فقط از طریق مدیون و غیر مستقیم می‌تواند آن را بر روی اشیاء اعمال کند و راه عملی آن خواستن الزام مدیون از دادگاه است.

**مقایسه حق عینی با حق دینی:**

**حق عینی:**

1)از نظر ساختار و ترکیب و یا عناصر تشکیل دهنده ی آن:در حق عینی فقط دو عنصر است: مالک حق ، موضوع حق.

2)دومین تفاوت در موضوع حق است. حق عینی همیشه یک شیء مادی و محسوس و معین در خارج است ولی موضوع حق دینی ممکن است 1- انجام کار 2- عدم انجام کار 3- انتقال مال باشد.

3)حق عینی یک حق مطلق است در صورتی که حق دینی یک حق نسبی است منظور از مطلق بودن حق عینی این است که دارنده ی حق به این حق خود می‌تواند در برابر همه استناد کند و رعایت نمودن آن را از همگان بخواهد اما حق دینی یک حق نسبی است به معنی که فقط در برابر یک نفر قابل استناد است فقط دائن از مدیون می‌تواند بخواهد که حق او را رعایت کند و محترم شمارد.

4)حق عینی متضمن حق تعقیب است یعنی دارنده ی حق عینی می‌تواند موضوع حق خود را دست هر کسی که ببیند ، مطالبه کند. ولی حق دینی متضمن حق تعقیب نیست و موضوع آن را می‌توان فقط از مدیون مطالبه کرد.از این مطلب دو نتیجه می‌توان گرفت :

الف) یک بستانکار عادی دارای حق تعقیب نسبت به اموال بدهکار خود نیست و نمی‌تواند آن‌ها را نزد منتقل‌الیه توقیف کند و حق خود را از آنان استیفا کند( بستانکاران دو دسته می‌باشند 1- بستانکار از اموال مدیون چیزی رهن دارد یا وثیقه ای از وی در نزد اوست این چنین بستانکاران با به وجود آمدن شرایطی از قبیل 1- رسیدن موعد مقرر 2- نپرداختن دین از طرف مدیون 3-

مطالبه کردن حق داین از مدیون و امتناع مدیون. در این صورت بستانکار می تواند وثیقه را بفروشد و دین خود را استیفا کند ولی گاهی 2- بستانکار از مدیون هیچ وثیقه ای ندارد این چنینی بستانکاری را بستانکار عادی می گویند و چون دارای حق عینی نیست نمی تواند دارای حق تعقیب باشد و طلب خود را از اموال بدهکار استیفا کند.

ب) فقدان حق تعقیب در حق دینی در اجرای تعهدات مربوط به استفاده از شی مؤثر می باشد مثلاً ما از دوستان می خواهیم ماشین خود را در آخر هفته به ما عاریه دهد تا به گردش برویم و او قبول می کند در اینجا ما دارای حق دینی بر او شده ایم حال اگر بعداً رفتیم و دیدیم که فروخته است نمی توانیم به خریدار ماشین بگوییم که ما دارای حق دینی بر صاحب ماشین بوده ایم چون دارنده ی حق دینی از حق تعقیب برخوردار نیست و رعایت آن را تنها از مدیون می تواند بخواهد نه کس دیگر.

5) حق عینی متضمن حق تقدم است در صورتی که حق دینی از آن برخوردار نیست. مثلاً تاجری که ورشکسته به تقلب شده است دارای بستانکارانی است یکی از بستانکاران خانه ی تاجر را به عنوان رهن در مقابل وام پرداختی به تاجر در اختیار دارد یعنی بستانکاران دیگر عادی و وی با وثیقه است لذا دارای حق عینی تبعی است حال اگر اموال او را بخواهند بین بستانکاران تقسیم کنند باید اول دین بستانکار با وثیقه پرداخت شود و بعد دین بستانکاران دیگر نسبت به دین داده شود چون بستانکار با وثیقه دارای حق عینی و در نتیجه دارای حق تقدم است که دارندگان حق دیگر واجد آن نیستند.

حال ممکن است این تاجر ورشکسته به تقلب نباشد و اتفاقاً شخصی مالی نزد او به ودیعه گذاشته باشد آیا مال ودیعه جزء اموال تاجر ورشکسته به دیان داده می شود؟ خیر، چون صاحب مال بر آن مال تملک دارد و دارای حق عینی که حق مطلق است می باشد و همگان از جمله طلبکاران باید آن را رعایت کنند

6) حقوق عینی به طور صریح توسط مقنن احصا شده است در حالی که در حقوق دینی متعدد است (با توجه به اصل آزادی قراردادها طرفین قرارداد می توانند هر اسباب ایجاد حق عینی محدود به همان سه تاست و شمارش را قانون معین می کند)

#### نکته:

فرق است میان قصاص و تقاص.

قصاص ، یعنی مجازات.

و تقاص یعنی انتقام گرفتن که در فقه جایزه ولی طبق قانون نه.

مثلاً من ماشینی از مدیون قرض می گیرم ولی نمی توانم آن را بابت دین او به من بردارم بلکه باید از دادگاه الزام مدیون را بخواهم ولی در فقه این کار جایز است و حتی می توانم وارد حرز شوم و حتی قفل خانه طرف را هم بشکنم و وارد شوم.

اموال مدیونین متعلق حق طلبکار (با وثیقه یا بی وثیقه) است. یعنی: اگر من 100 میلیون تومان بدهی دارم و هم مرتهن دارم (طلبکار با وثیقه) و هم طلبکار ساده. قانون بین این دو فرق می‌گذارد. می‌گوید که مرتهن (طلبکار با وثیقه) مقدم است بر طلبکار ساده! در حالی که این خلاف عدالت است که می‌گوید طلب را بین هم تقسیم کنید در شرایط مساوی.....

**سؤال:** هر گاه ماهیت حقوقی مورد تردید قرار گیرد یا معلوم شود که نهاد ما اختلاطی از حق عینی و دینی است کدامیک مورد قبول است؟

(ج) اصل بر دینی بودن (شخصی بودن) حقوق است و احکام ناظر به عینی بودن از قواعد استثنائی است که تنها در باره حقوق عینی مسلم اجرا می‌شود چرا که: حق دینی نسبت به عینی تکالیف کمتری ایجاد می‌کند برای افراد (یعنی برای دارندگان حق) و قلمرو آن کوچک‌تر از قلمرو حقوق عینی است و نفوذش نسبی است. و در موارد حقوق مختلط هم باید دید که چهره کدامیک چیره‌تر است که این امر در ادبیات حقوقی ما پاسخ مشخصی هنوز ندارد.

### 3- حقوق معنوی

حقوقی که به صاحب آن اختیار انتفاع انحصاری از فعالیت و فکر و ابتکار انسان را می‌دهد. حق معنوی ماهیتی مختلط از حقوق مادی و با ارزش و حق غیر مالی و مربوط به شخصیت است.

حق معنوی رابطه حقوقی بین دارنده حق است و موضوعش که مال هست ولی عین مال نیست. پس رابطه میان دارنده است و حق.

حق معنوی در قانون فرانسوی‌هاست و ذووجهین است یعنی هر دو وجه مالی و غیر مالی را دارد. ارزش‌هایی هستند شناخته شده که قابل مبادله با پول هستند ولی نه بر شخص دیگری است و نه بر عینی بلکه موضوع این حق، ارزش ابتکارات و تراوشات ذهنی انسان است. پس در تقسیم (عینی و دینی) نمی‌گنجد و گروهی از اموال را تشکیل می‌دهد که وصف مشترکشان حاصل از ابتکارات انسان بودن است.

#### مثال حق معنوی:

حق تألیف، حق اختراع، مالکیت صنعتی و تجاری، حق بر علائم تجاری و صنعتی. حق سرقتی (حق بر مشتریان دائم) و نباید در وجود این حقوق معنوی شک کرد و گفت که وجودشان منوط به شناسایی آنها توسط قانون است، چرا که: آفریدگار واقعی این ارزش‌ها اجتماع است و قانون تنها می‌تواند برای این ارزش ایجاد شده (مال) حکمی وضع کند و توزیعش را منظم و عادلانه کند.

پس قسم سوم حقوق مالی پس از عینی و دینی، حقوق معنوی است. حق معنوی به اعتبار موضوعش به دو گروه تقسیم می‌شود:

الف) حقوقی که موضوع آن پدیده فکری و ابتکاری است.

ب) حقوق بر مشتری: 1- مشتری تجاری (سرقتی) 2- مشتری خدماتی (حق سردفتران).

فرق حقوق معنوی با مالکیت: می‌توان گفت که آنچه در حقوق معنوی به صاحب آن تعلق می‌گیرد اوصاف مالکیت را ندارد و تنها به آن شبیه است و ثانیاً در اینجا موضوع و محل استقرار شیء مادی نیست.

پس مثلاً حق دکتر کاتوزیان بر کتابش (حقوق اموال) حق معنوی است پس خود کتاب عین مال نیست بلکه محل استقرار حق دکتر کاتوزیان است. همانطور که خانه محل استقرار حق مالکیت است.

و مثلاً حق معنوی، حقی است که در برابر همگان قابل استناد و بر شخص معین اعمال می‌شود و از این جهت شبیه به مالکیت است ولی برخلاف مالکیت در اینجا موضوع و محل استقرار عین مادی و خارجی نیست. همچنین است:

حق سهامداران بر سهامشان در شرکت‌ها که حقی معنوی است. یعنی اگر پدر من سهامدار شرکتی است، پول سهام مال پدر من نیست و مال شرکت است و حق ما بر آن نفعی است که می‌بریم.

#### 4- دارایی

دارایی در لغت زبان محاوره به معنی ثروت و تمول است اما به معنی اخص دارایی عبارت است از مجموع حقوق و تعهدات مالی شخص که کل و واحد مستقل حقوقی را تشکیل می‌دهد به عبارتی حقوق: قابلیت و استعداد دارا شدن، پولدار شدن، متمتع مادی شدن و یک ظرف است. چه با مظلوف و چه بی مظلوف. مظلوفات دارایی: حقوق مالی (تکالیف مالی) + دیون (یعنی بدهی‌ها)

#### نکته:

دین، در مورد تکلیف مالی به کار می‌رود. و تکلیف، معمولاً در امور غیر مالی مکلف به کار می‌رود، پس در امور مالی، مکلف را بکار نمی‌بریم مگر این که مالی را به آن اضافه کنیم و بگوییم تکلیف مالی.

پس با توجه به مظلوفات دارای، فردی که سراپا مقروض است هم دارایی دارد. مثل کسی که سراپا مکنث و ملاتت دارد یعنی متمول و ملئست و دارایی هر فرد واحد مستقلی است از اموال و دیونش که از جمع روابط مالی افراد با دیگران بدست می‌آید و همیشه ثابت می‌ماند. پس سه ویژگی دارایی:

- 1) کلی است حقوقی و مستقل از اجزای خود: یعنی از مظلوفاتش جداست.
- 2) تنها شامل حقوق و تکالیف مالی است و نه غیر مالی.
- 3) از مفاهیم وابسته به شخص است یعنی از مختصات شخصیت انسان بوده و پس از فوت به ورثه منتقل می‌شود.

ویژگی اول: باعث می‌شود که بتوان گفت دارای هر شخصی ضامن دیون اوست و طلبکاران اموال مدیون را وثیقه طلب خود شمرده و غیر مستقیم خود را در حفظ آن محق می‌پندارند پس اگر دارایی وجودی مستقل در برابر اجزایش نبود لازم می‌شد که شخص به خاطر حفظ حقوق

طلبکاران از تصرف در اموالش ممنوع شود ولی با فرض ویژگی ما وثیقه طلبکار با تغییر اجزای دارایی از بین نمی‌رود.

و در نتیجه همین ویژگی: دارایی شخص با فوتش به همان صورت به وراثت می‌رسد و بازماندگان در مجموع دارایی، قائم مقام مورث خود می‌شوند یعنی در حدود ترکه مالک اموال و بدهکار دیون او می‌شوند.

ویژگی دوم: پس نمی‌توان اصل حق و آثارش را با هم اختلاط کرد و حقوق غیر مالی را به خاطر این که آثار مالی دارند در زمره دارایی آورد، بلکه تنها پس از تحقق آثار مالی حقوق غیر مالی آنها در زمره دارایی آورده می‌شوند.

ویژگی سوم: دارایی از مختصات شخص است پس مانند شخصیت غیر قابل انتقال و تقسیم است.

### پس چهار نتیجه مهم فردگرایان یا کلاسیک‌ها:

- 1) تنها شخص می‌تواند دارایی داشته باشد زیرا تنها شخص قابلیت دارا شدن حق و تکلیف را دارد پس دارایی بدون مالک نداریم.
- 2) شخص بدون دارایی نداریم (پس دایی با ثروت فرق می‌کند)
- 3) هر شخصی فقط یک دارایی دارد.
- 4) دارایی از شخص جدا شدنی نیست و تا زمانی که زنده است نمی‌تواند آن را به دیگری منتقل کند.

### ایراد دکتر کاتوزیان به نتایج کلاسیک‌ها:

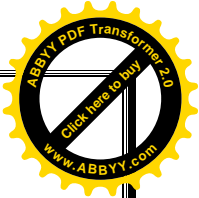
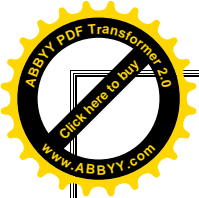
1- این که هر شخصی فقط یک دارایی می‌تواند داشته باشد خلافش هم هست. مثلاً: وارث که خودش یک دارایی دارد و یک ارث هم به او می‌رسد پس تا قبل از ملحق شدن ماترک دو دارایی دارد. چرا که به موجب قانون مدنی، به محض فوت مورث، وارث مالک دارایی یا ترکه مورث می‌شوند. به همین دلیل دکتر کاتوزیان قائل به این شده که این مفهوم مخالف دارد. یعنی: دارایی شخص با فوتش منتقل می‌شود. ولی نظر ما بر این است که: خود دارایی (یعنی ظرف دارایی) منتقل نمی‌شود بلکه اقلام (مظروفات) منتقل می‌شوند. پس ایراد به کلاسیک‌ها وارد نیست و جمله مزبور مفهوم مخالف ندارد و با فوت شخص دارایی از بین می‌رود و تنها اقلامش منتقل می‌شود.

### ایراد دیگر دکتر کاتوزیان این است که:

دارایی بدون شخص هم ممکن است. مثل پاره‌ای از اموال که شخصیت حقوقی دارند ولی مالک ندارند. ولی خود دکتر سخنش را نقض کرده چرا که کلاسیک‌ها نگفته‌اند که دارایی بدون شخص طبیعی متصور نیست بلکه گفته‌اند شخص و این اعم از طبیعی و حقوقی است و دکتر کاتوزیان به این قائل شده‌اند که منظور کلاسیک‌ها این بوده که:

اول شخص باید باشد. سپس دارایی عارض شود.

در صورتی که کلاسیک‌ها شخص را اعم گفته‌اند و انگشتر و انگشت در به هم وصل شدن مقدم و مؤخر ندارند!!



یادمان باشد که نمی‌توانیم بگوییم که ترکه در دوران انتقالی (دوره‌ای که هنوز دیون ادا نشده) یک دارایی است و دارایی خود ورثه یکی دیگر. پس ما اینجا افرادی (وارث) داریم با دو دارایی. چرا که اینجا منظور از دارایی اقلام و مظروفات آن است نه خودش، چرا که خود ظرف دارایی با مرگ فرد از بین می‌رود.

ضمناً در حقوق اسلام در مورد مالکیت وراثت بر ترکه دو دیدگاه داریم:

- 1- به محض فوت، ورثه مالک ترکه (دارایی) نمی‌شوند مگر پس از ادای دیون.
- 2- به محض فوت مالک می‌شوند.

که قانون‌گذار ما نظر دوم را قبول کرده و ایراد دکتر کاتوزیان در صورت قبولی اولی مورد قبول بود. از طرفی، دکتر کاتوزیان برای ترکه شخصیت حقوقی در نظر گرفته‌اند که از نظر ما نیازی به این کار نیست چرا که به محض فوت ورثه مالک می‌شوند.

دکتر کاتوزیان برای ترکه متوفی پیش از تصفیه آن از دیون و واجبات مالی و وصایا یک شخصیت جدا و مستقل از دارایی ورثه فرض کرده و در این کار به مواد قانونی قائل شده است که در ذیل می‌آید ولی در هر حال از نظر ما نیازی به ابتکار (شخصیت‌سازی حقوقی برای ترکه) نیست. همچنین ذکر این نکته نیز خالی از لطف نیست که:

ارسطو زیاد از افلاطون ایراد می‌گرفت. بدو می‌گفتند مگر استادت نیست، مگر دوستش نداری، پس چرا اینقدر ایراد می‌گیری؟ گفت: استادم را دوست دارم ولی حقیقت را بیشتر دوست دارم.

1) قانون امور حسبی، «دیون و حقوقی که به عهده متوفی است و همچنین هزینه کفن و دفن از ترکه داده شود و به دارایی ورثه تحمیل نگردد.»

2) دعاوی راجع به ترکه در دادگاه آخرین اقامتگاه متوفی اقامه می‌شود (ق.آ.د.م)، در حالی که امکان دارد مالکان جدید اقامتگاه دیگری داشته باشند. گویی خواننده دعوی دارایی متوفی است و هنوز سایه او را بر سر دارد. و مواد قانونی دیگر در ص 28 و ص 29 کتاب حقوق اموال و مالکیت دکتر کاتوزیان.

### ترکه در حقوق ایران:

وجود دین مانع انتقال ترکه به ورثه نیست و در صورتی که متوفی مدیون باشد، مالکیت ورثه متزلزل بوده و با پرداخت دین مستقر می‌شود.

**دکتر کاتوزیان:** حقوق و اموال ترکه هنگامی به ورثه می‌رسد که کلیه دیون و وصایای متوفی، پرداخت شده باشد. این نظر نافی اصل تملک فوری حقوق و اموال متوفی از سوی ورثه بوده و با قائم‌مقامی وارثان نیز منافات دارد، زیرا آثار قراردادهای متوفی به ترکه پیوسته و به ذمه وارث سرایت نمی‌کند.

بنا بر این نظر، وراثت در زمان تصفیه نه قائم‌مقامی متوفی بلکه مدیر ترکه (شخص حقوقی) بوده و مطالبه حقوق از سوی آنها به نمایندگی از ترکه است نه به قائم‌مقامی از متوفی. (نظریه عمومی تعهدات، شماره 188).

### انتقال دیون به ورثه:

در حقوق ما، غالب اساتيد استناداً به ماده 896 قانون مدني معتقدند كه ديون مورث به تركه تعلق گرفته و به ذمه ورثه منتقل نمي‌شود.

عده‌اي بر مبناي استقلال شخصيت حقيقي وارث از مورث و دسته‌اي بر اساس اعتقادشان به شخصيت حقيقي تركه اين نظر را توجيه مي‌كنند. برابر نظر اخير (كاتوزيان) تركه مديون پيش از تصفيه و پرداخت دين و اخراج موصي به داراي شخصيت حقيقي بوده و شركتي از حقوق طلبكاران و موصي له و وارثان است كه ديون خاص و اقامتگاه جداگانه دارد.

برخي ديگر (دكتر شهيدى) گفته‌اند كه ديون و تعهدات متفوي به تبع اموال وي به ورثه منتقل شده و اگر متوفي مالي نداشته باشد ورثه او تعهدات و ديون مورث را به ارث نبرده و مسئوليتي نسبت به پرداخت آنها ندارند.

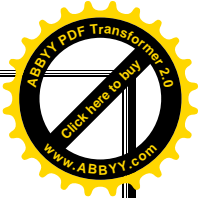
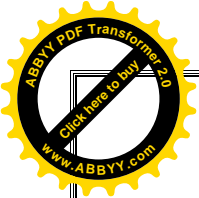
### ايرادات به نظريه شخصيت حقيقي:

1) اين تئوري باعث نفى قائم‌مقامي وراث مي‌شود.  
 2) بند 4 ماده 140 و 867 و 868 قانون مدني مالكيت ورثه را گفته است.  
 3) علاوه بر مواد 823 و 445 كه از انتقال حق خيار و شفعه به ورثه سخن گفته‌اند. ماده 300 قانون مدني در مالكيت في‌الذمه تاييدي بر انتقال حق و طلب مورث به وارث است. زيرا شرط وقوع مالكيت في‌الذمه اجتماع دين و طلب در يك دارايي است. پس اگر وارثي از مورث خود، دائن يا به وي مديون باشد بعد از فوت با انتقال طلب يا دين مورث به دارايي وارث، مالكيت في‌الذمه حاصل شده و تعهد ساقط مي‌شود. بديهي است چنانچه طلب يا دين متوفي به ذمه يا دارايي وارث نپيوندد، مالكيت في‌الذمه تحقق نيافته و دين همچنان باقي مي‌ماند.

4) عدالت اقتضا مي‌كند كه اگر حقوق به وارث منتقل مي‌شود، ديون مورث را نيز تحمل كنند (با فرض قبول تركه) عده‌اي گفتند كه حقوق به وارث منتقل مي‌شود ولي ديون منتقل نمي‌شود.

5) از ماده 869 قانون مدني كه گفته ديون به تركه تعلق مي‌گيرد نمي‌توان عدم انتقال ديون به ورثه را استنباط كرد، زيرا اولاً دين (حق ديني) معمولاً به ذمه تعلق مي‌گيرد نه بر عين و نيز با توجه به مواد 871 قانون مدني و 229 قانون امور حسبي كه تصرفات ورثه را غير نافذ دانسته و ماده 606 قانون مدني نتيجه مي‌گيريم كه منظور ماده 869 آن است كه تركه ميث و ثيقه ي ديون وي باشد و وثيقه بودن، نافي انتقال تركه به ورثه نيست و آيا معني وثيقه بودن جز اين است كه اگر مديون نداد، از ويقه استيفاي حق شود؟ و اين مديوم كسي جز وارث نيست، چنانچه دكتر كاتوزيان گفته است: كه ديان متوفي يك حق ديني بر هر يك از ورثه به نسبت سهم خود دارند و يك حق عيني بر تمام تركه و همچنان كه قاعده ديون با وثيقه است، نخست بايد از حق ديني استفاده کرده و به مديون مراجعه نمايند.

**نتيجه:** اين كه: ديون متوفي به ذمه ورثه منتقل شده و تركه، وثيقه پرداخت اين ديون بوده و مسئوليت ورثه نيز محدود به ميزان تركه (جنبه مثبت آن) است.



## فصل اول: انواع مال

### تقسیم های قانون مدنی

#### ویژگی های مال (عناصر مال)

1- فایده ای که به اشیا مالیت می بخشد نفع عقلانی است از این رو ماده ی 215 ق.م می گوید مورد معامله باید مالیت داشته باشد و متضمن منفعت عقلانی و مشروع باشد یا در ماده ی 348 ق.م «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانونا ممنوع است و یا منفعت عقلانی ندارد یا چیزی که بایع قدرت برتسلیم آن را ندارد باطل است مگر این که مشتری قادر به تسلیم باشد. سزاوار است که برای تسهیل معاملات مردم و احترام به اراده ی آنها ضابطه ی «شخصی» به کار رود و گفته شود که «هرچیزی که برای شخص نفع داشته باشد و آن فرد حاضر باشد در ازای آن مالی پرداخت کند مال محسوب می شود و معامله ی آن درست است» مانند یادگارهای خانوادگی از قبیل عکس پدربزرگ که برای خیلی ها ارزشمند است و حاضریم چندین مقدار بپردازیم و آن را بخریم حال آن که ممکن است برای دیگری ارزشی نداشته باشد.

2- علاوه بر مورد نخست مال باید قابلیت اختصاص یافتن به اشخاص خواه حقیقی یا حقوقی باشد و یا امکان تملک آن ممکن باشد از این رو اشیایی که بر حسب طبیعت و ماهیت با اختصاص یافتن به شخص یا حتی یک ملت سازگاری ندارد مال به حساب نمی آید مثل نور خورشید، هوا، دریا ها و اقیانوس ها. از طرف دیگر برخی از اشیا اگر چه از لحاظ ماهیت و طبیعت قابلیت اختصاص دادن به شخص را دارد ولی بنا به مصالحی در یک نظام حقوقی، امکان تملک آنها برای اشخاص وجود ندارد مثل مواد مخدر که مال محسوب نمی شود.

تعریف مال: در یک معنی ابتدایی و اولیه مال عبارت است از «اشیایی که برای برآورده ساختن نیاز های افراد بشر مفید بوده و دارای نفع عقلانی باشد و نیز واجد قابلیت اختصاص یافتن به اشخاص هستند و مورد نقل و انتقال قرار می گیرند» در این تعریف مال فقط اشیا را در بر می گیرد ولی پیشرفت هایی که در عالم حقوق حاصل گشته به آن معنی گسترده تر داده است. در این معنی مال شامل جمیع حقوقی می گردد که جزء مثبت دارایی اشخاص را تشکیل می دهد اعم از اینکه بر اشیا استقرار یافته باشد یا نباشد مانند حق عینی و دینی مؤلف.

از لحاظ حقوقی مال شامل هر دو تعریفی که از مال کردیم می شود و مبنای تقسیم بندی اموال مادی و غیر مادی قرار می گیرد.

1- **اموال مادی**: اموالی هستند که توسط حواس پنجگانه می توان آنها را درک کرد.

2- **اموال غیر مادی**: اموالی هستند که با حواس درک نمی شوند فقط در عالم اعتبار موجودند مثل حق انتفاع، حق ارتفاق

**انواع اموال**: ده ماده اول در قانون مدنی ما مقدمه است. بعد از آن مواد اصلی جلد اول شروع میشود. مقنن ما همانند قانون مدنی فرانسه در این باب سه فصل ذکر کرده فصل اول در مورد **اموال غیر منقول**، فصل دوم در **اموال منقول** و فصل سوم در **مورد اموالی که مالک خاص ندارند**.



تقسیم بندی اموال: علاوه بر تقسیم اموال به منقول و غیر منقول تقسیم بندی های دیگری وجود دارد که نسبت به تقسیم مذکور که اصلی است جنبه فرعی دارد. پس ما دو دسته تقسیم بندی داریم: 1- اصلی، از این جهت که در باب انواع اموال آورده شده است. 2- فرعی، چون در باب انواع اموال آورده نشده است. مثلاً با تعریف بیع و اجاره در ماده 338 و 466 ق. م. اموال بر دو قسم تقسیم می شود: 1- اموال عین 2- اموال منفعت. در جای دیگر اموال به قیمی و مثلی تقسیم می شود. و در جای دیگر اموال به 1- اموالی که استفاده از آنها موجب از بین رفتن آنها می شود 2- اموالی که استفاده از آنها موجب از بین رفتن آنها نمی شود.

اموال را از دو جهت می توان تقسیم کرد:

1) به اعتبار ماهیت اشیائی که موضوع حق مالی قرار می گیرند.

2) به اعتبار اشخاصی که مالک این اشیاء هستند.

اهمیت تشخیص نوع مال مورد معامله یا در واقع ماهیت اشیائی که موضوع حق قرار می گیرند: مثلاً در اختلاف بین فروشنده و خریدار راجع به مالی که فروشنده بگوید: من اجاره دادم، ولی خریدار بگوید: من خریدم.

و می دانیم که بیع ← تملیک عین است به عوض معلوم.

و اجاره ← تملیک منفعت است به عوض معلوم.

و در بیع ← فروشنده مالک ثمن می شود و خریدار مالک مثن (مبیع).

ولی در اجاره ← مستأجر مالک منفعت می شود و موجر مالک عین است.

پس تشخیص نوع مال در نوع قرارداد مؤثر است و نظر قاضی بستگی دارد به نوع مال که عین است یا منفعت.

بر طبق یک تقسیم اموال داریم: مال: 1- عین 2- منفعت

عین ← مالی است که در عالم خارج تجسم مادی پیدا کرده و دارای ابعاد ثلاثه (طول و عرض و عمق) باشد و همچنین با حواس ما قابل درک است. وقتی که عین را در مقابل منفعت به کار می برند مراد خود مال و همه ی منافع مال است مثلاً با فروش مال، خود مال و همه ی منافع مال به فروش می رسد. البته ممکن است منافع از خود مال جدا شود و به طور مجزا مورد انتقال قرار گیرد مثلاً در عقد اجاره موجر مالک عین است و مستأجر مالک منفعت. و عینی را که منافعش به دیگری تعلق دارد اصطلاحاً مسلوب المنفعت گویند.

باید توجه داشت که واژه مقابل عین، دین (ذمه یا گرده یا عهده) است نه منفعت!

و یادمان باشد که عین مال، جدای از منافع آن نیز متصور است.

اقسام عین: در ابتدا باید عرض کنیم که هدف ما از ذکر اقسام یا ثمره، در تمییز و تشخیص عقد بیع روشن می شود چرا که به موجب ماده 338 ق.م. "عقد بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم" و این عین، عین معین است و اگر عین، عین معین نباشد، عقد تملیکی نیست. عقد در صورتی تملیکی است که عین معین باشد در غیر این صورت عقد عهده ای است. در صورت اول

عینی انتقال پیدا می کند ولی در مورد دوم فقط شخص متعهد می شود که بعداً عین را معین کند و تسلیم نماید . با توجه به ماده ی 350 و 402 ق.م . عین به سه قسم است: -1 عین معین یا شخصی یا خارجی 2- کلی در معین 3- کلی در ذمه.

**الف) عین معین یا شخصی :** "عین معین آن مالی است که در عالم خارج از دیگر اموال متمایز و مشخص گردیده به نحوی که قابل اشاره گشته است ." مثلاً وقتی یک کتاب طوری معین شود که قابل اشاره باشد می گویند عین معین . و اصطلاح دیگر آن عین شخصی یا خارجی است. عین معینی که تمامش متعلق به یک فرد باشد یعنی یک شخص واحد ، مالک کل عین معین باشد مفروز گویند. ولی ممکن است عین معین مشاع باشد یعنی دارای مالکین متعدد باشد که در این صورت عین معین را مشاع گویند و شرکا نسبت به سهم خود در تمام اجزا شریک اندبه نحوی که نتوان قسمت خاصی از مال را از آن یکی دانست در مال مشاع هر یک از اجزاء عین، موضوع حق تمام شریکان است و هیچ یک از مالکان نمی تواند ادعا کند که بخش معین تنها به او تعلق دارد. مثلاً اگر خانه ای 3 اتاق دارد و مشترک باشد بین 3 مالک، هر یک از اتاق ها به تمام مالکان تعلق دارد و هیچ یک بی اذن دیگری نمی تواند در اتاق مستقلی تصرف کند و آن را ملک انحصاری خود بشمارد. از اوصاف مالکیت این است که مالک این اجازه را می دهد که از تجاوز دیگران به حریم مالکیت خود ممانعت به عمل آورد . حال این حق مالکیت در مال مشاع نیز دارای این وصف است ولی به نحو خاصی که همه ی شرکا در همه ی ذرات مال به نسبت سهم خود شریک هستند که البته تمییز و تشخیص آن از هم مقدور نیست . بنابراین شریکی که بدون اذن دیگر شرکا در مال مشاع تصرف می کند ، در واقع در مالی تصرف کرده که خود اونیز شریک است ولی چون سهم هنوز متمایز نشده این تصرف به منزله ی تصرف در مال غیر است و طبق وصف مالکیت اشخاص نباید به حریم مالکیت دیگران تجاوز کنند . پس قاعده ی مورد پیروی در مال مشاع این است که : "هیچکدام از شرکا نمی تونند بدون اذن دیگر شرکا در مال مشاع تصرف به عمل آورند". البته هر یک از شرکا هر وقت که خواستند می توانند درخواست افراز مال بدهند ولی تا وقتی مفروز نگشته قاعده بالا بر آن حکومت دارد .

عینی که وجود خارجی دارد یا حاضر است یا غایب. عین معین حاضر آن است که دیده می شود و عین معین غایب به فروش ماشینی میماند که در پارکینگ است و دیده نمی شود. معامله هر دو درست است ولی اگر عین معین غایب باشد نیاز به توصیف دارد مگر این که قبلاً رؤیت شده باشد.

### ب) کلی در معین: (در حکم معین) ← در حکم عین معین

همان طور که از ماده ی 350 ق.م. برمی آید هر وقتی که موضوع تعهد مقدار معین، به طور کلی از شی متساوی الاجزا (مثلی) باشد در این حالت موضع تعهد در حکم عین خارجی یا معین است . شی متساوی الاجزا شی ای است که اجزای آن با هم برابر باشد . مثل گندم . پس وقتی شی ای در حکم عین معین میشود که موضوع تعهد مقدار معین به طور کلی از شی متساوی الجزایی باشد. مثلاً وقتی 2 خروار گندم از انبار معین می خریم درست است که 2 خروار به طور کلی خریداری شده ولی گفتیم که حتما باید از انبار به خصوصی داده شود .

یا مثلاً در فضایی 100 عدد خودروی پیکان سفید رنگ یک مدل وجود دارد یکی از این صدا را می‌خواهیم بخریم ولی کدا م؟ نمی‌دانیم. پس کلی در معین است.

**تفاوت میان عین در حکم معین با مبیعی که مشاع باشد:** برای روشن شدن موضوع تعهد فرض مذکور یک مثال می‌زنیم: مثلاً انبار گندم به مقدار 100 خروار در اختیار بایع است. حال اگر شخصی 20 خروار از این گندم را بخرد بایع میتواند از هر گوشه‌ی انبار این 20 خروار را بدهد. ولی اگر خریدار به طور مشاع مثلاً یک پنجم از این انبار را بخرد در اینجا اگر چه مقدار ان همان 20 خروار میباشد ولی از آنجا که به طور اشاعه خریده در کل انبار با بایع شریک شده‌اند. ثمره‌ی این تمییز در بعضی مواقع به خوبی روشن می‌شود مثلاً اگر انبار آتش گرفت و 80 خروار گندم سوخت و 20 خروار باقی ماند در صورتی که موضوع تعهد در حکم عین معین باشد در اینجا 20 خروار گندم نسوخته متعلق به خریدار است ولی اگر موضوع تعهد مال مشاع باشد در اینجا بایع و مشتری در همان 20 خروار هم شریکند یعنی چهار پنجم آن متعلق به بایع و یک پنجم آن متعلق به مشتری است.

توجه: پس، «در کلی در معین ← هر گاه موضوع تعهد مقدار معینی از مالی باشد که اجزائش از هر حیث با هم برابر است به اصطلاح قانون مدنی آن موضوع در حکم عین خارجی است (ماده 402).

← احکام معین و کلی در معین عین همدیگر است.

**ج) کلی در ذمه (عهده):** در صورتی موضوع تعهد دین کلی است که "تنها صفات و مقداران معین شده باشد" در ماده‌ی 350 ق.م. می‌گوید "در صورتی که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد بیع وقتی صحیح است که مقدار، جنس و وصف مبیع ذکر شود" مثلاً وقتی می‌خواهیم برنج بخریم از آنجا که انواع آن زیاد است میتوانیم فقط مقدار، جنس و وصف آن را معین کنیم مثلاً بگوییم 100 کیلو (مقدار) برنج (جنس) امل (وصف).

وقتی مبیع کلی است و بر مصادیق عدیده صدق می‌کند بایع ملزم به ادای دین از بهترین نوع آن نیست و از طرف دیگر نیز نمی‌تواند یک مال معیوب را تحویل دهد البته در صورتی که در قرارداد شرط نشده باشد مثلاً اگر قرار شده که از بهترین نوع باشد باید به این شرط عمل کند و الا معامله باطل است (279 ق.م.).

پس کلی در ذمه مالی است که در صفات، ذهن مخیل و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده می‌باشد. همیشه ناموجود است. مثلاً من، خریدار 100 کیلو گندمی هستم که ندیدم و شاید هم فروشنده ندارد یا آپارتمان‌های ساخته نشده یا میوه سال آینده باغ (میوه بر روی درخت ← منفعت است و وقتی افتاد پایین ← عین است).

**توجه) عین کلی در ذمه ← عین نیست و در واقع دینی در حکم عین است و چون ناموجود است با اغماض در حکم عین است.** فقها نظر دارند بر این که بیع عین کلی در ذمه اشکال دارد، چرا که بیع عین کلی در ذمه، بیع نیست بلکه تعهد به بیع است. "الشیء ما لم یتشخص لم یوجد." شیء تا زمانی که متشخص (تعیین) نشود ایجاد نمی‌شود.

\*عقد بیع در هنگامی تملیکی است که مبیع عین معین باشد بنابراین اگر عین معین نباشد جنبه ی تملیکی نداشته بلکه عهدی خواهد بود . عقد تملیکی یعنی عقدی که به محض ایجاب و قبول از طرف بایع و مشتری ، مال مورد معامله ، انتقال یابد و مشتری بر آن مالک شود ولی در عقد عهدی مالی مورد انتقال قرار نمی گیرد بلکه فقط بایع متعهد می گردد که مبیع را چه کلی ، چه معین بعداً مشخص کرده و تحویل دهد.

### اوصاف عیون:

عین معین ← نیازی به توصیف ندارد چون وجود خارجی دارد.  
 کلی در معین ← نیازی به توصیف ندارد چون وجود خارجی دارد.  
 کلی در ذمه ← در ضمن معامله باید توصیف شود. چرا؟ چون موجود نیست. و همچنین کمیت و کیفیت (مقدار و جنس و وصف) مالی که کلی در ذمه است باید گفته شود.

### تفاوت احکام عین معین و کلی در ذمه در قانون مدنی:

ماده 410: هر گاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد، بعد از دیدن اگر دارای اوصاف ذکر شده نباشد مختار می شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید.....  
 ماده 412: هر گاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعض دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض مطابق وصف یا نمونه نباشد می تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول کند....

ماده 413: هر گاه یکی از متبایعین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رؤیت سابق، معامله کند و بعد از رؤیت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابق را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت.....  
 مثلاً اگر بروم نمایشگاه اتومبیل و بگم مثلاً فلان بنز به شماره فلان را می خواهم اجاره کنم اگر همان بنز را نفرستد حق فسخ قرارداد و پس گرفتن پول را دارم ولی اگر بگویم یکی از این بنزها را می خواهم و آنچه را که می خواستم نفرستد حق فسخ ندارم.

### منفعت:

مقصود از منفعت ثمره حاصل است که به تدریج از اعیان اموال بدست می آید بی آن که از عین مال به گونه ای محسوس بکاهد. پس هر شیئی که دو شرط ذیل را داشته باشد منفعت می باشد:  
 1) تدریجی الحصول بودن. 2) موجود بودنش ملازم با از بین رفتن عین نباشد.  
 پس منفعت ثمراتی است که از اعیان حاصل میشود، خواه ثمرات مثل میوه ی درختان که در عالم خارج تجسم مادی پیدا می کنند باشد یا این که صفاتی باشند که عین مال به جهت ان صفات قابل انتفاع باشد مثل منفعت اسب که باربری است و منفعت خانه که قابلیت سکونت است .  
 در نتیجه منافع دو نوع است: 1- مادی: که موجود است مثل میوه درخت، پشم و شیر گوسفند. 2- غیر مادی: مانند سوار شدن بر صندلی هواپیما یا صلاحیت حیوانات برای سواری و باربری و خانه برای سکنی. ← یعنی وصفی که عین مال از آن جهت قابل انتفاع است.

از طرفی: ماده 15 قانون مدنی: ثمره و حاصل، مادام که چیده یا درو نشده غیر منقول است و اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد تنها همان قسمت منقول است. پس این ماده که معمولاً منافع را از اموال مادی دانسته، درست نیست.

### سؤال: آیا ثمره همان منفعت است یا قسمی خاص از آن میباشد؟

جواب) منفعت اگر مادی باشد می‌توان گفت ثمره همان منفعت است. به منافی ثمره می‌گوییم که پس از جدایی از عین خود، عینی دیگر تلقی شود. میوه درخت و سرشاخه‌ها. پس ثمره منفعت مادی تدریجی الحصول است.

### سؤال: با توجه به ماده 15 قانون مدنی، آیا ثمره همان حاصل است؟

جواب) در این ماده که ترجمه‌ای از مواد قانون مدنی فرانسه است به نظر می‌آید با توجه به این که این دو واژه در قانون مدنی فرانسه مترادف نیستند و با هم فرق دارند پس در قانون ما هم فرق دارند. پس:

ثمره ← منفعت تدریجی که ایجادش از عین نمی‌کاهد.

و محصول یا حاصل ← فایده‌ای که از عین جدا می‌شود و در دید عرف از آن می‌کاهد مثل سنگ استخراجی از معدن و درخت بریده شده از باغ. در واقع حاصل بخشی از عین بوده و به تدریج بدست نمی‌آید. پس حاصل ثمره‌ای است غیر تدریجی که موجودیتش از عین می‌کاهد. باید توجه داشت که محصول و ثمره هر کدام معانی عام و خاص دارند و این دو در معانی عام مترادفند و در معانی خاص متفاوت.

### منافع:

متصل: اوصاف یا کیفیتی که بر ارزش عین می‌افزاید ولی جدای از آن هیچ وقت متصور نمی‌شود. مثل فربه شدن حیوان یا افزایش قیمت کالا.

منفصل: ثمره و حاصلی که قابل جدا شدن از عین است به لحاظ مادی یا حقوقی، مستقلاً می‌شود فروخت و جدا کرد بدون آن که ضرری به عین برسد. میوه درخت و محصول زمین و نوزاد حیوان و قابلیت سکونت در خانه و سواری به حیوان و ماشین و...  
و یادمان باشد که ← منفعت از عین ناشی می‌شود پس هر کجا که منفعت هست 100٪ عین هم هست.

### آثار تفاوت منافع:

منافع متصل از آن فروشنده است و منافع منفصل خریدار. آثار آن را در اقاله یا فسخ معامله می‌بینیم.

مثلاً: آپارتمانی فروخته شده 100 میلیون ولی در هنگام فسخ معامله افزایش قیمت پیدا کرده به 200 میلیون. حالا در هنگام فسخ خریدار نمی‌تواند بیش از 100 میلیون پس بگیرد و مدعی مابه‌التفاوت شود چرا که افزایش قیمت کالا جز منافع متصل است و منافع متصل از آن فروشنده و بایع است نه خریدار. پس:

منافع متصل پس از فسخ معامله، از آن مالک قبل از معامله است یعنی فروشنده.

و منافع منفصل پس از فسخ معامله، از آن مالک پس از معامله است یعنی خریدار. پس اگر گوسفندی فروخته شود ولی بعد از مدتی معامله فسخ شود: فروشنده نمی‌تواند ادعا کند که تو (یعنی خریدار) شیر گوسفند را در این مدت فروختی و باید پولش را بدهی، چرا که شیر گوسفند جزء منافع منفصل است و متعلق به خریدار است. همچنین: خریدار نمی‌تواند ادعا کند که چون من در این مدت آب و علوفه دادم و گوسفند را چاق کردم تو باید مابه‌التفاوت بدهی. چون چاقی گوسفند جزء منافع متصل بوده و متعلق به فروشنده است. و این در قانون نیز آمده ← نمآت و منافع منفصله که حادث می‌شوند از زمان عقد تا اقاله مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده ولی نمآت متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود (ماده 287 قانون مدنی).

در رهن نیز این تفاوت آمده:

ماده 786 قانون مدنی: ثمره رهن اگر متصل باشد جزء رهن است و اگر منفصل باشد متعلق به رهن است مگر این که ضمن عقد ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

#### اقسام منفعت :

1- **منافع طبیعی**: مانند محصولات خودروی زمین بی آنکه برای آن رنجی کشیده باشد یا کاری برای آن انجام گرفته باشد. مثلاً فربه شدن حیوان جزو این منافع است. 2- **منافع مصنوعی**: منافع هستند که در نتیجه ی کار و کوشش انسان از مال به دست می‌آید. مثل محصولات کشاورزی 3- **منافع عهدی یا قراردادی یا مدنی**: منافع هستند که بر اثر انعقاد قرارداد به وجود می‌آیند مثل عقد اجاره، مزارعه. به عبارت دیگر منافع مدنی پول یا مال دیگری است که در قرارداد معین گشته و مالک می‌تواند از شخصی که انتفاع و بهره‌گیری از مال خویش را به او واگذار کرده دریافت بدارد مانند مبلغی پول که موجر به عنوان اجاره بها وصول می‌کند یا ربع محصول گندم یک زمین که به موجب عقد مزارعه، عامل باید به مزارع بدهد. در نتیجه اگر روی زمین به تنهایی کار کنیم و محصول به دست آوریم این جزو منافع مصنوعی است و اگر توانایی نداشتیم و زمین را در عقد مزارعه به کشاورزی دهیم تا بکار، منافع که از طریق مزارعه به دست مالک می‌رسد منافع قراردادی است.

(عین در مقابل دین بکار می‌رود نه منفعت و بکار بردن عین در مقابل منفعت تنها یک امتیاز دارد و آن: تمیز عقد بیع است از عقد اجاره، همین.)

مال:

#### 1) مثلی

**تعریف مال مثلی**: با توجه به ماده 950 ق.م. یک چنین تعریفی میتوانیم از مال مثلی به دست دهیم که " اموال مثلی اموالی هستند که ان چنان همانند یکدیگرند که به هنگام ادای دین یکی از آنها بدون هیچ گونه تفاوتی میتواند جای دیگری را بگیرد و موجب برائت ذمه ی مدیون شود "

مال مثلی مالی است که از حیث قیمت و اوصاف و اعراض مانند هم باشند به گونه‌ای که در مقام وفای به عهد، هر یک را بتوان به جای دیگری به طلبکار تسلیم کرد و لزومی ندارد که همه وصف‌های دو تا مثل هم باشند و کافی است اوصافی که جلب رغبت می‌کند و مبنای تعیین قیمت قرار می‌گیرد در دید عرف یکسان باشد. مال مثلی مالی است که در بازار بدون تفاوت عرفی پیدا شود یا مالیکه نظایرش در بازار زیاد است. و به قول غزالی مالی است که اجزای آن در قیمت و منفعت شبیه به هم هستند.

مثلاً: اگر 10 تومان به کسی بدهکاریم فرق نمی‌کند که چه سکه 10 تومانی را به فرد بدهیم چون سکه‌های 10 تومانی مثل همند. یا مثلاً وسایل نقلیه از یک مدل.

"مثلاً حبوبات جزو اموال مثلی هستند که اگر شخصی ده خروار گندم قرض گرفت می‌تواند ده خروار گندم به عنوان مثل پس دهد یا اگر ده هزار تومان پول قرض کرد میتواند آن را پس دهد یعنی پول جزو اموال مثلی است. از جمله مصادیق اموال مثلی " غلات ، حبوبات ، پول و کالاهایی که امروزه در کارخانه‌ها به صورت سری تولید میشود " هستند . تعیین اموال مثلی با ذکر " وزن ، قد، اندازه " صورت می‌گیرد . مثلاً پارچه به وسیله متر ، گندم یاغلات به وسیله وزن ، تخم مرغ به وسیله ی عدد . این است که برخی از حقوقدانان اسلامی در تعریف مال مثلی گفته اند " و اما المثلی فهو المکیل والموزون " این ضابطه برای تمییز و تشخیص اموال مثلی و قیمی در قوانین مدنی جهان نیز به چشم می‌خورد .

#### مصادیق مال مثلی:

- 1) **عددیات:** یعنی عددی معامله می‌شوند.
- 2) **مکیلات:** یعنی پیمانهای.
- 3) **موزونات:** یعنی وزنی معامله می‌شوند. مثل تخم مرغ.
- 4) **موزونات متقارب:** مثل گردو و تخم مرغ.
- 5) **ذرعیات:** هر ذرعمقدار مشخصی از متر است و ذرعی فروخته می‌شود.

کتب چاپی ← مال مثلی هستند.

کتب خطی ← مال قیمی هستند.

در میان اموال مثلی پول از یک موضع و وضع خاصی برخوردار است چون پول ، خواه سکه و خواه اسکناس نمونه بارز اموال مثلی است و مثلی بودن پول به یک تعبیر جنبه ی مطلق دارد . توضیح اینکه اسکناس ها و سکه های رایج در یک کشور این ابزار ها ی پرداخت ، علیرغم تنوع مادی، نسبت به هم مثلی هستند مثلاً اگر از کسی یک اسکناس هزار تومانی قرض بگیریم و در موعد پرداخت دو اسکناس 500 تومانی بدهیم برائت ذمه حاصل کرده ایم یا پنج تا اسکناس 200 تومانی یا ده اسکناس صد تومانی ، بازهم ذمه ادا شده و مثل قرض را پرداخته ایم چون همه ی پول ها علیرغم تنوع آنها مثل یکدیگرند و همچنین سکه نیز همین طور است . نکته ی دیگر در ممتاز بودن پول در میان اموال مثلی این است که از آنجا که همه ی اموال قابل ارزیابی به پول هستند پول قابلیت آن را دارد که جایگزین همه ی آنها در اجرا ی تعهدات شوند . مثلاً در مورد

غصب مقنن اعلام می کند که غاصب باید عین مال مغضوب را رد کند . اگر تلف شده باشد، مثل آن را ، اگر مثلی است والا اگر قیمی است قیمت آن را . و این قیمت به وسیله ی پول پرداخت می شود پس پول جایگزین همه ی اموال مثلی می تواند شود .

### مال قیمی :

" مال قیمی بر عکس مالی است که مال دیگری نتواند جایگزین آن شود . خواه به واسطه ی آن که اشباه و نظایر آن در بازار یافت نمی گردد و خواه به دلیل آن که خود مال مورد نظر باشد . "

مالی که در عرف شخص آن منظور باشد و نتوان مال دیگری را به جای آن قرار داد، قیمی است پس اگر مال قیمی تلف شود به ناچار عقد باطل می شود . چون در صورت تلف مال باید قیمتش پرداخته شود چون به آن قیمی گفته میشود . مال قیمی ، مالی است که در بازار مثل آن یافت نمی شود ولی اگر یافت هم شود با هم تفاوت در قیمت دارند. مثل حیوانات و اموال عددی متفاوت مثل خربزه.

پس اگر مالی تخریب شد و دعوی نزد دادگاه مطرح شد اگر مثلی بود ← دادگاه ملزم به ادای مثل می کند. اتومبیل صفر کیلومتر از یک مدل و اگر قیمی بود ← دادگاه ملزم می کند به پرداخت قیمتش. اتومبیل دسته دوم یا گوسفند.

پس مثلاً اگر هزار کیلو گندم را به ده بسته 100 کیلویی تقسیم کنیم اینجا مال مثلی است چرا که قیمت اجزای آن با هم مساوی است و موزون متقارب میباشد..

ولی گوسفند با گوسفند از نظر ران و مغز و... فرق دارند. پس گوسفند موزون متفاوت و قیمی است.

پس ← موزون متفاوت ← مالی قیمی است.

و موزون متقارب ← مال مثلی است.

نکته دیگر:

مال مثلی می تواند به هر سه قسم عین معین، کلی در معین و کلی در ذمه معامله شود اما مال قیمی را منحصرأ می توان در عین معین فروخت و اگر در دو مورد دیگر معامله شود عقد بیع باطل است، زیرا در این دو فرض مبیع مجهول می ماند.

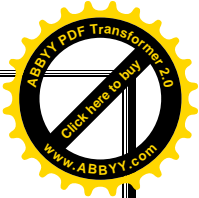
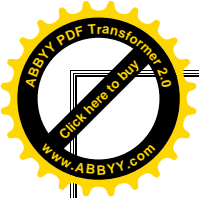
مثلاً: گندم (مال مثلی) موجود نشده را می توان معامله کرد ولی گوسفند (مال قیمی) موجود نشده را نمی توان.

### ضابطه ی این تقسیم بندی :

در تعریف قانون مدنی در ماده ی 950 که از مال مثلی و قیمی کرده است چنین بر می آید که ضابطه ی تمییز و تشخیص اموال مثلی از قیمی علی الاصول جنبه ی نوعی دارد یعنی ناشی از طبیعت اشیا می باشد و در نهایت امر بستگی به داوری عرف دارد .

همچنین باید توجه داشت که برای تعیین مثلی یا قیمی بودن مال، همیشه از یک ضابطه نمی توان استفاده کرد و باید دین ناشی از قرارداد را از ضمان قهری (الزامات خارج از قرارداد) جدا کرد.





بدین ترتیب اراده ی طرفین کافی برای آن نیست که دو چیز مانند دو تابلوی نقاشی یا دو خانه که طبیعت آنها با مثلی بودن وفق نمی کند مثلی گردند ، چون برای اینکه یک شی بتواند مثلی تلقی گردد می باید قابلیت ارزیابی بر حسب عدد و وزن و اندازه را واجد باشد . و این طبیعت اشیا است نه اراده ی طرفین که چنین قابلیت را به اشیا می بخشد . ولی این طور هم نیست که تنها اراده ی طرفین کافی باشد و رد آن هیچ تاثیری نداشته باشد . زیرا ممکن است که :

1- در تعهدات بنا به تراضی طرفین می توان مال مثلی را در روابط خود مال قیمی قرار داد. مثلاً اگر کسی تعهد کند که کیسه معینی گندم به دیگری بدهد نمی تواند به بهانه مثلی بودن گندم کیسه دیگری به او بدهد. در واقع در عقدی که دو نفر با هم منعقد می کنند مال موضوع قرارداد را با آنکه مثلی است قیمی تلقی کنند . مثلاً یک کتاب مجموعه قوانین جزایی یک مال مثلی است ولی اگر دوستان آن را قرض گرفت یا به عبارت دیگر آن را عاریه کرد باید عین آن را مسترد دارد و او نمیتواند یک جلد دیگر به جای آن مسترد کند. پس یک مال مثلی در عقد عاریه قیمی تلقی گشت .

2- همچنین ممکن است مالی که نوعاً مثلی است از نظر مالک آن بنا بر ملاحظاتی شخصی و عاطفی ، بی نظیر تلقی شود و در نتیجه قیمی تلقی گردد مثلاً کتاب دعایی است که از پدر بزرگ به نوه رسیده است اگرچه مثلی است و اشباه آن در بازار فراوان است ولی به جهت ملاحظه ی شخصی و عاطفی قیمی تلقی می گردد . همچنین ممکن است مال بدون اینکه یادگار خانوادگی یا اثری باشد قیمی تلقی گردد مثلاً مالی که نوعاً مثلی است ولی از آنجا که سرشار از خاطرات و یادآور لحظات دوران گذشته ی زندگی است این مال قیمی تلقی میگردد

3- ولی در مورد الزامات خارج از قرارداد چون توافقی بین طلبکار و مدیون در باره موضوع الزام نشده، پس باید مثلی و قیمی بودن از حیث نوعی و موضوعی مورد توجه قرار گیرد. و ماده 950 قانون مدنی نیز می گوید: مثلی عبارت است از مالی که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حبوبات و قیمتی مقابل آنست. معذالک تشخیص این معنی با عرف است.

### فواید مترتب بر این تقسیم بندی :

1- در مواردی که مال شخصی برخلاف حق از بین می رود باید کوشید تا حد امکان وضع زیان دیده به صورت نخست باز گردد و برای رسیدن به این مقصود بهترین راه این است که: اگر دارای اشباه و نظایر فراوان باشد مثل آن را برای مالک فراهم آورد. مثل این که اگر کسی به عمد یا در اثر بی احتیاطی شیشه خانه کسی را شکست چه بهتر که خود زحمت خرید و نصب آن را بکشد ولی هر گاه نتوان مثل آن را یافت چاره ای جز پرداختن پول آن نمی ماند. و با توجه به ماده 329 قانون مدنی:

طرز جبران خسارت باید متناسب با ماهیت مال تلف شده باشد و در برابر تلف مال مثلی نمی توان قیمت آن را پرداخت.

در نتیجه ی این تقسیم بندی روشن میشود که موضوع مسوولیت اشخاصی که به تلف یک مال مبادرت کرده اند چه هست . اگر مال تلف شده مثلی بوده باید مثل آن را و اگر قیمی بوده باید قیمت آن را به عنوان جبران خسارت بدهد . ماده ی 311 ق. م. میگوید " غاصب باید مال مغضوب را عینا به صاحب آن رد نماید واگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد واگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد " مثلا اگر کسی شیشه ی ماشین غیر را شکست و این شیشه کمیاب است یا احتیاج صرف وقت برای پیدا کردن آن دارد در اینجا به نفع صاحب ماشین است که تلف کننده مثل آن را بیاورد چون جز اموال مثلی است . وهدف مسوولیت مدنی این است که وضع سابق را بازگرداند واین وضع سابق اگر مال مثلی باشد مثل آن واگر قیمی باشد قیمت آن را باید بدهد مثلا در ماده ی 329 میگوید " اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آن را مثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد باید از عهده ی قیمت برآید ."

2- ولی گاهی هم به اقتضای دعوی دادگاه می تواند به جای مثل به قیمت آن حکم دهد. مثلاً در تصادف دو خودرو چون صاحب اتومبیل نمی تواند آن را تعمیر نکند و به انتظار پایان دادرسی بنشیند که در این صورت زیان ناشی از عدم تعمیر و کهنه شدن خودرو بیشتر از زیان اصلی می باشد، پس دادگاه حکم به پرداخت قیمت خسارت می دهد در حالی که می توان خودروی صدمه دیده را به حالت اول در آورد.

و یادمان باشد که اگر مالی مشاع میان دو نفر باشد :

در مثلی ← جهت افراز راجح است و

در قیمی ← جهت مبادله معتبر است.

پس شریک در مال مثلی می تواند حصه (سهم) خود را بدون اذن شریک اخذ (تصرف) کند ولی در قیمی جایز نیست چرا که مال مثلی قابل افراز است. ولی مال قیمی قابل افراز نیست. بلکه واجب که مبادله در آن (مال قیمی) به موجب تراضی یا حکم قاضی باشد. مثلاً گندم که مال مثلی است اگر مشاع میان دو مالک باشد، هر یک می توانند سهم خود را تصرف کنند ولی در گوسفند مشاع نمی شود.

3-- یکی از موارد سقوط تعهدات تهاتر است البته تهاتری که یکی از شرایط آن این است که موضوع دو دین اموال مثلی باشد در این زمینه ماده ی 294 ق. م. میگوید " وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند بین دیون آنها به یکدیگر به طریقی که در موارد زیر مقرر است تهاتر حاصل می شود " مثلا اگر فردی از کسی طلب کار است و آن کس نیز به مناسبت دیگر از آن فرد طلب دارد به شرط این که طلب آنها حال باشد می توانند به صورت تهاتری عمل نمایند . یعنی اگر شخصی هزار تومان از دیگری طلب دارد و آن کس نیز هزار تومان از شخص مذکور طلب دارد این دو دین با تهاتر از بین می رود . واگر مقدار یکی زیاد تر از مقدار دین دیگر باشد فقط در آن قسمت به آن دو دین تهاتر حاصل می شود .

## اموال مصرف شدنی و اموال مصرف نشدنی و قابل ابقاء:

مال مصرف شدنی مالی است که با نخستین استفاده از بین می‌رود و انتفاع از آن با بقای عین مال امکان ندارد.

مال مصرف نشدنی اموالی اند که با حفظ ماهیت خود مورد استفاده قرار می‌گیرند. زمین، اثاث‌البیت، لباس و آلات کار. که اینها نیز در اثر استعمال فرسوده شده و به تدریج قابلیت انتفاع را از دست می‌دهند ولی امکان بهره‌برداری مکرر و طولانی آنها را از اموال مصرف شدنی جدا می‌کند.

برای این دو دسته اموال اصطلاحات دیگری به کار می‌برند از جمله اموال استهلاکی و غیر استهلاکی یا مصرف شدنی و مصرف نشدنی. این تقسیم بندی در مواد ق.م. نیز به کار گرفته شده است. همچنین بررسی قانون مدنی این نکته را نیز روشن می‌کند که این تقسیم بندی ویژه ی اموال مادی است و ناشی از طبیعت اشیا است و همچنی اموال غیر منقول ذاتی و غیر منقول به وسیله عمل انسان جزو اموالی هستند که استفاده از ن ها با بقای عین ممکن است ولی غیر منقول تبعی چون حقوق هستند و حقوق نیز غیر مادی است و با توجه به نکته ای که عرض کردیم که این تقسیم بندی ویژه ی اموال مادی است شامل این تقسیم بندی نمی‌شود همچنین اموال منقول ذاتی یا از پیشاپیش منقول، ممکن اسن جزو اموال مصرف شدنی یا مصرف نشدنی باشد.

## تعریف اموال مصرف شدنی و مصرف نشدنی:

اموال مصرف شدنی آن ها یی است که با نخستین انتفاع معمول و متعارف بالضروره نابود می‌گردد مانند خوراکی ها و آشامیدنی ها و مواد سوختنی و یا این که مالکیت آن ها به دیگری انتقال می‌یابد مانند پول. در هر صورت چه خوراکی ها که بر اثر استفاده ی متعارف نابود می‌شوند و چه پول که منتقل می‌شود. مالک، این اموال را از دست میدهد ولی از دست رفتن مال در مورد نخست جنبه ی مادی دارد و در مورد دوم جنبه ی حقوقی. یعنی در مورد خوراکی ها مصرف شده و اربین رفته ولی پول که از بین نرفته بلکه از لحاظ حقوقی از بین رفته و به مالک دیگر منتقل شده است ولی وجه اشتراک این دو این است که تصرفی که در این دو دسته از اموال شده آن چنان تصرفی است که یک بار بیشتر نمی‌توان به عمل آورد مثلا شیرینی را یک بار بیش تر نمی‌توان خورد یا نفت را یک بار می‌توان سوخت یا با پول یک بار می‌توان خرید کرد.

اموال مصرف نشدنی اموالی هستند که با نخستین انتفاع معمول و متعارف از بین نمی‌روند و در برابر کاربرد و انتفاع مکرر و ممتد تاب می‌آورند هر چند بر اثر کهنگی و فرسودگی از بقای آن ها کاسته شود و سر انجام روزی فرا می‌رسد که از حیز انتفاع بیفتند مثل لباس، اتومبیل. پس ضابطه ی این تقسیم بندی عبارت است از نخستین انتفاع است که اگر با نخستین انتفاع از بین رفتند مصرف شدنی و اگر از بین نرفتند مصرف نشدنی است.

### سوال: آیا این ضابطه یک ضابطه ی نوعی است یا شخصی ؟

ضابطه علی الاصول نوعی است و اراده ی طرفین عقد به آن ها بی تاثیر است چون آن چه مورد توجه واقع میشود کاربرد انتفاع معمول و متعارف اشیا است. ولی در موارد استثنایی ممکن است معیار شخصی ملاک قرار گیرد. تو ضیح آن که طرفین قرارداد میتوانند در رابطه ی میان خود از دیدگاه ویژه ای به این گونه بنگرند و انتفاعی را در نظر گیرند که سبب نابودی و از بین رفتن آن نگردد. در نتیجه در اثر ارائه دو طرف قرارداد می توان مال مصرف شدنی را در زمره مصرف نشدنی و قابل ابقاء در آورد.

مثلاً: اگر به صرافی مقداری پول عاریه داده شود تا به معرض تماشا بگذارد در اینجا، پول مال مصرف شدنی است و استفاده از آن با حفظ عین منافاتی ندارد.  
و یا: اگر فردی چند عدد شمع برای تزئین مثلاً سفره عقد عاریه کند یا اجاره کند اینجا هم شمع با این که مصرف شدنی است ولی اینجا چون به منظور استفاده از نورش گرفته نشده مال قابل ابقاء است.

پس اراده ی طرفین میتواند بر موضوع معامله و در نتیجه استفاده ی آن اثر بگذارد چون استفاده ی متعارف از آن نمی شود تا از بین برود پس اجاره و عاریه ی آن باطل نیست. پس می توانیم بگوییم که به طور استثنایی معیار شخصی در برخی قرارداد ها مورد توجه فقها نیز است.

### فواید مترتب بر این تقسیم بندی :

برای روشن شدن فواید این تقسیم بندی مثالی می زنیم. وقتی که شخصی مالی را در اختیار دیگری قرار می دهد به او اجازه می دهد که از آن مال به رایگان استفاده کند. اگر این مال با نخستین انتفاع از بین نرود و بدین سان رد آن مال به مالک مقدور باشد آن عمل حقوقی که این منظور را برآورده می سازد عاریه نام دارد که در این مورد میتوان به مواد 635 و 637 ق.م. رجوع کرد. حال اگر مالی که در اختیار شخصی دیگر قرار گیرد با نخستین کاربرد و انتفاع نابود شود و در نتیجه رد عین موثر نباشد و باید مثل آن را به مالک باز پس دهد آن عمل حقوقی که این نیت شخص را تامین می کند قرض نام دارد. و سبب انتقال مالکیت مال به مقترض می شود چون به موجب ماده ی 648 ق.م. باید رفتار شود حال با توجه به دو مثال می توانیم بگوییم که مثال ها ی فوق این نکته را روشن می کند که ماهیت برخی از عقود ایجاب می کند که موضوع چنان مالی باشد که در نخستین انتفاع متعارف از بین نرود.

در نتیجه قراردادهای اجاره انتفاع عاریه در مورد مال های مصرف نشدنی به کار می رود.

**مثلاً در مورد نفقه زن:** اگر مصرف شدنی باشد، به زوجه تملیک می شود یعنی زن مالک آن شده و دیگر بر نمی گردد. اگر مصرف ناشدنی باشد، مقصود اباحه انتفاع است و شوهر می تواند آنها را بگیرد و اموال دیگری به جایش بدهد، زیرا زن مالک آنها نیست و پس از انحلال نکاح باید آنها را پس بدهد.

همچنین در مورد هدایایی که نامزدها به هم می دهند: اموال مصرف شدنی قطعاً به نامزد تملیک شده و در صورت به هم خوردن نامزدی تنها عین باقی مانده را می توان خواست ولی از بابت

قیمت تلف شده این چنین نیست. اموال مصرف ناشدنی ، مالکیتشان از بین رفته و باید باز گردانده شود

نکته : ما نباید این تقسیم بندی را با تقسیم بندی دیگری که عبارت اند از مصرفی و سرمایه ای اشتباه بگیریم . اموال سرمایه ای اموالی هستند که پایه اصلی و اساس ثروت های خصوصی را تشکیل می دهند . این اموال شامل مصادیقی می شوند که عبارت اند از : 1- اموال سرمایه ای غیرمنقول مثل زمین ها ی کشاورزی ، زمین های شهری ، عمارات . 2- اموال سرمایه ای منقول مثل طلا ، نقره ، اوراق بهادار ، جواهرات ، کلکسیون های گران قیمت. 3- اموال تولیدی ، واحد ها ی تولیدی . در مقابل اموال سرمایه ای ، اموال مصرفی قرار دارند که عبارت اند از اموالی که برای رفاه و استفاده ی روزمره استفاده می شوند مثل اساس منزل و وسایل شخصی . فایده ی این تقسیم بندی که جنبه ی اقتصادی دارد از سرنوشتی که برای آن ها در نظر گرفته می شود آشکار می شود مثلاً شخص در نظر دارد که پس اندازی داشته باشد یا این که اموال خود را پس از خود به ارث گذارد ولی غرض از اموال مصرفی ، استفاده از آن ها است که جنبه ی سرمایه ای ندارد اموال مصرفی جزو اموال مصرف شدنی و اموال مصرف نشدنی می گردد . مثل خوراکی ها ، اتومبیل ها . ولی اموال مصرف شدنی فقط خوراکی ها و پول را در بر می گیرد .

### اموال:

ارزش ذاتی = واقعی = اصلی ← مثل طلا

ارزش اعتباری = نسبی (دولتی) ← مثل اسکناس: دولت مثلاً می تواند از فردا اسکناس خاصی را از درجه اعتبار ساقط کند ولی طلا را که نمی تواند.

### اموال منقول و غیر منقول:

مقنن در ماده 11 اعلام می دارد اموال بر دو قسم است منقول و غیر منقول. در ماده 12 اموال غیر منقول را تعریف می کند: « مال غیر منقول آنست که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود اعم از این که استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان، بنحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود.»

پس ضابطه اصلی قابلیت و امکان حمل و نقل است و در تعریف قانون مدنی منظور از نقل: نقل فیزیکی است یعنی حرکت دادن. مقنن در تقسیم بندی اموال جایی برای نوع بینابین نگذاشته است و همه اموال در این دو قالب جا می گیرند. از میان این دو قالب ، قالب اموال منقول است که حقوق دانان فائلند که می توان موارد مشکوک یا اموالی که تعریف مال غیر منقول بر آنها صدق نمی کند را نیز در بر گیرد. در نتیجه به طور تصنعی حقوق مالی نیز بر حسب ماهیت موضوع به منقول و غیر منقول تقسیم می شود. (18،20 ق.م.)

فواید مترتب بر این تقسیم بندی : علل و اسبابی که باعث این آثار می شوند عبارتند از

1- پیروی مقنن از حقوق اسلامی: این تقسیم در فقه سابقه داشته و ادر بعضی موارد بر حسب اینکه مال منقول یا غیر منقول باشد احکام آنها متفاوت است.

1- حق شفعه فقط در مورد اموال غیر منقول پذیرفته شده است. در این زمینه ماده 808 ق.م. می گوید: هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد وی به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. دارد.

أحق شفعه: حقی است که قانون گذار برای شریک بی اطلاع قائل شده. مثلاً اگر ملکی مشاع باشد میان دو نفر  $A$  و  $B$  و اگر  $A$  حصه خود را به  $C$  بفروشد حق شفعه برای  $B$  است که می تواند ثمن مربوطه را به  $C$  بدهد و آن را بخر در مورد ارث بردن زن:

2) زوج از تمام اموال زوجه ارث می برد لیکن زوجه از غیر منقول ارث نمی برد مگر دو چیز: 1- قیمت آپارتمان 2- قیمت درختان (اشجار).

پس زن نه تنها از زمین و عرصه محروم است بلکه عین ابنیه و اشجار را نیز نمی تواند به عنوان وراثت تملک کند و باید قیمت ثمن یا ربع اعیان و اشجار را از وارثان مطالبه کند. منتها تا زمانی که این قیمت پرداخت نشده زن حق عینی تبعی دارد و بر سایر طلبکاران مقدم است.

أدر مورد ارث بردن زن، سنی ها برخلاف ما شیعیان بر طبق **مما ترکتم** اعتقاد دارند که قرآن فرق میان منقول و غیر منقول نگذاشته است. [.

**فلسفه ارث نبردن زن به طور مطلق از زمین و عرصه از نظر سید مرتضی علم الهدی در کتاب الانتصار:**

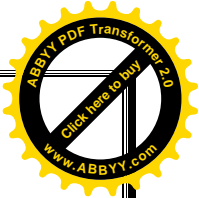
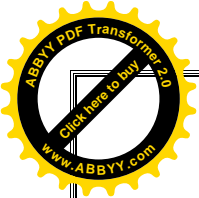
وی معتقد است که: هنگام مرگ شوهر وارث رسیدن خانه او به زوجه، اگر زوجه شوهر دیگری اختیار کند و او را در منزل متوفی سکونت دهد این باعث غیض و حسد میت شده و بر او یعنی متوفی غیر قابل تحمل می آید. به همین دلیل زن نباید ارث ببرد از زمین و عرصه.

مطمئناً در آن زمان شاید کمتر زنی مالک خانه ای بوده ولی آیا خلاف این نمی شود؟ مثلاً زنی مالک خانه ای باشد و فوت کند و شوهرش زن دیگری اختیار کند و در آن خانه سکنی دهد. آیا این باعث حسد میت (که این بار زن است) نمی شود؟...

2- **طبیعت اشیا:** بر حسب طبیعت اشیا اموال غیر منقول دارای دو خصیصه ثابت بودن و بر خورداری از هویت فردی می باشند چون مال غیر منقول بر خلاف مال منقول که ثبات طبیعی ندارند و در بیشتر موارد فاقد هویت فردی هستند، علی الاصول یک مقرر ثابتی دارند و به آسانی قابل شناسایی می باشند. این تفاوت بین این دو دسته اموال نتایجی حقوقی دارد که عبارتند از

1- نقل و انتقال اموال غیر منقول باید با سند رسمی صورت گیرد ولی این در مورد مال منقول ضرورتی ندارد. آیا قیم بی اجازه دادستان اجازه فروش یا رهن مال غیر منقول مولی علیه خود را ندارد.

2- دادگاه صالح برای رسیدن به دعاوی غیر منقول، دادگاهی است که مال غیر منقول در حوزه آن واقع شده ولی در سایر دعاوی دادگاه محل اقامت مدعی علیه (خوانده) صالح است. .



3-ق.آ.د.م از متصرف مال غیر منقول حمایت مخصوص کرده و به استناد همین تصرف به او اجازه داده که خلع ید و رفع مزاحمت کسانی را که به تصرفاتشان تجاوز کرده‌اند را از دادگاه بخواهند بی آن که مجبور باشد مالکیت خود را در دادگاه ثابت کند.

4-املاک غیر منقول به موجب ماده 9 ق. ت. املاک باید ثبت شوند از طرف دیگر تصرف یک نشانه و علامت مالکیت است حال با توجه به این دو نکته می توان گفت اموالی که به ثبت رسیده اند تصرف آنان اهمیت گذشته را ندارد ولی علی القاعده ثبت اموال منقول مورد پیش بینی قرار نگرفته و حتی ممکن است سند عادی هم تنظیم نشده باشد. پس نقش مهم تصرف در اموال منقول است.

5- حق ارتفاق مخصوص اموال غیر منقول است.

### 3- ملاحظات سیاسی و اقتصادی:

**سیاسی:** خارجی‌ها نمی‌توانند آزادانه اموال غیر منقول را مالک شده و تنها برای سکونت، شغل، صنعت حق دارند خود اموال غیر منقول را تحصیل و تملک کنند ولی در مورد اموال منقول هیچ محدودیتی نیست. ماده 6 قرارداد اقامت میان ایران و آلمان، ص 47 کتاب).

**اقتصادی:** 1- این که اموال غیر منقول از لحاظ اقتصادی از ارزش اقتصادی بیشتری برخوردار است باعث شده که قوانین حمایتی از اموال غیر منقول در قانون راه پیدا کند. این قوانین بیشتر در هنگام اداره ی اموال غیر ، توسط فرد دیگر متجلی میشود. مثلا در مورد اموال غایب مفقود الاثر دیون او اول از وجوه نقد و منافع اموال ، و در صورت عدم کفایت از اموال منقوله و در صورت عدم کفایت اموال منقوله از اموال غیر منقول داده می شود (147ق. ا. ح).

2- تفاوت دیگر این است که قواعد ناظر بر بازداشت و اداره ی اموال منقول و غیر منقول با یکدیگر تفاوت دارد و مقررات مربوط به اموال غیر منقول پیچیده تر است.

3- بر نقل وانتقال اموال غیر منقول مالیات بیشتری تعلق می گیرد .

### اموال غیر منقول:

با در نظر گرفتن مواد 12، 17، 18 در حقوق ما اموال غیر منقول را میتوان به چهار دسته تقسیم کرد که عبارت اند از:

#### 1) غیر منقول ذاتی:

یعنی ذاتاً غیر منقولند و از بدو آفرینش و به حکم طبیعت خود و بی آن که دست انسان دخالتی داشته باشند. زمین، کوهها و معادن. البته داوری ما در این زمینه عرفی است نه علمی، چرا که هیچ چیز بر حسب ذاتش ثابت نیست و حتی سنگ‌ها و معادن نیز قابل جدا شدن و حرکت دادن هستند.

#### 2) در اثر عمل انسانی:

اموال منقولی هستند که در بنا یا زمین بکار رفته‌اند و جز با خرابی عین یا محل نمی‌توان آنها را حرکت داد. ولی در واقع ذات آنها قابلیت انتقال را دارد ولی این وصف غیر منقول را به طور مصنوعی کسب کرده‌اند، به همین دلیل اگر از زمین یا بنا جدا شود صفت اکتسابی و مصنوعی

خود را از دست داده و در شمار اموال منقول قرار می‌گیرد. مثل: آینه و لوله‌های منصوب در ساختمان. همچنین بر طبق قانون مدنی: ثمره و حاصل مادام که چیده یا درو شده‌اند و همچنین مطلق اشجار و شاخه‌ها و نهال و قلم مادام که بریده یا کنده شده نباشند. (مواد 13 تا 16 ق.م.)

### 3- مال پیشاپیش منقول یا منقول قراردادی اِبه قول عرب‌ها: منقول بالمآل یا اثر تراضی اشخاص در صفت اموال:

در اثر تراضی اشخاص مالی غیر منقول می‌تواند تبدیل به منقول شود. یعنی: اگر بنای دو طرف معامله بر جدا کردن اموال از زمین باشد (مثلاً معامله میوه‌های روی درخت) در حقیقت مال منقولی صرف نظر از عوارضش موضوع معامله قرار گرفته است. پس دلیلی وجود ندارد که این میوه‌ها را چون هنوز به درخت وصله غیر منقول حساب کنیم و اگر نزاعی هم در بگیرد محکمه محل اقامت مدعی علیه صالح است نه دادگاهی که در حوزه باغ واقع شده!

### 3) اموال در حکم غیر منقول:

یعنی منقول بوده ولی به علت اختصاص به امور زراعت و آبیاری از حیث صلاحیت محاکم و توقیف اموال، در حکم اموال غیر منقول آمده است!

اما فلسفه این عمل قانون‌گذار: حمایت از کشاورزی است و این که چون این اموال ارتباطی کامل دارند با امر زراعت و اگر منقول باشند توقیف آنها شرایط ساده‌تری دارد و بیم آن می‌رود که توقیف شوند و کشاورزی فلج شود فلذا در حکم غیر منقول آمده‌اند.

این امر در ماده 17 قانون مدنی آمده و از آن برمی‌آید که آلات و ادوات کشاورزی فقط در صورت داشتن دو شرط ذیل در حکم غیر منقولند:

1) فرض غیر منقول بودن تنها در مورد حیوانات و اشیایی است که به مالک زمین تعلق دارد و این یعنی که حیوانات و اشیاء و زمین یک مالک داشته باشند.

2) حیوانات و ادوات باید اختصاص به کار زراعت داشته باشند. پس اگر تراکتور هم برای زراعت و هم برای تسطیح راهها بکار می‌رود دیگر در حکم غیر منقول نیست یا اگر حیوانی علاوه بر کار زراعت، باربری هم در شهر کار می‌کند باز هم در حکم غیر منقول نیست.

### ایرادات دکتر کاتوزیان به ماده 17:

1) برای جلوگیری از تعطیل شدن زراعت و آبیاری لزومی ندارد روش تصنع‌آمیز بکار رود و اشیاء منقول را در حکم غیر منقول قرار دهیم، بلکه کافی بود قانون‌گذار در ماده خاصی توقیف و انتزاع آلات و ادوات کشاورزی را ممنوع یا موقوف به رضای صاحب ملک می‌کرد.

مقصود این ماده، حمایت از کشاورزی و جدا شدن ادوات آن از زمین زراعی است، اما حکم در نظر گرفته شده در ماده 17 وافی به مقصود نیست چرا که گفته تنها از حیث صلاحیت محاکم و توقیف اموال و حال آن که به موجب تقسیم و وصیت همیشه احتمال انتزاع این اشیاء از زمین می‌رود.

مثلاً: الف) کشاورز می‌تواند از طریق وصیت تکمیلی آلات کشاورزی را مجاناً به فرد یا افرادی تملیک کند.



ب) به هنگام فوت کشاورز و تقسیم ماترک بین وراث امکان دارد که زمین به یکی و ادوات به دیگری برسد.

2) اگر حمایت از کشاورزی مجوز ایجاد چنین استثنای مهمی باشد با اهمیت روزافزون تجارت و صنعت باید به طریق اولی حکم ماده 17 در مورد ادوات صنعتی و تجاری نیز انشا شود، زیرا این ماده حصری است و قابل سرایت به ادوات صنعتی و تجاری نیست.

اما ایراد دیگری که می‌توان به ماده 17 گرفت و در انتقادات دکتر کاتوزیان نیامده است که: از شرایط اجرای حکم ماده 17 این است که مالک زمین و ادوات یک نفر باشند که این شرط از نظر ما قابل قبول نیست و قابل انتقاد. چرا که اگر زمین مال  $A$  و ادوات مال  $B$  باشد به دلیل فقدان شرط قانون‌گذار حکم ماده 17 اجرا نشده و کشاورزی تعطیل می‌شود و این مخالف فلسفه این ماده یعنی حمایت از کشاورز و کشاورزی است و این بدین علت است که این ماده اقتباس ناقصی از قانون مدنی فرانسه است. پس در صورتی که مالک ادوات و زمین دو نفر باشند هم امکان توقیف دو دارایی و تعطیلی کشاورزی هست چرا که طلبکاران  $A$  مثلاً می‌روند سراغ زمین و طلبکاران  $B$  هم می‌روند سراغ ادوات.

#### 4- حقوق و دعاوی؛ غیر منقول تبعی: (ماده 18 قانون مدنی)

حقوق مالی و دعاوی که موضوعشان غیر منقول است تابع اموال غیر منقولند. ضابطه تقسیم‌بندی اموال به (منقول و غیر منقول) ناظر به اموال مادی خارجی است. پس اموال غیر مادی یعنی حقوق مالی در این تقسیم‌بندی نمی‌گنجد ولی از آنجا که این حقوق مال محسوب می‌شوند و بالاخره باید یا منقول باشند یا غیر منقول و حد وسطی وجود ندارد. پس باید اجباراً صفت منقول یا غیر منقول را به آنها سرایت بدهیم و در این راه به جای توجه به ماهیت حقوقی باید موضوع را در نظر گرفت. پس: حقی که موضوع آن مال غیر منقول است به تابعیت از موضوع غیر منقول و حقی که بر مال منقول وجود دارد، منقول است.

#### اموال منقول

قانون مدنی اموال منقول را به دو دسته تقسیم میکند: 1- منقول ذاتی یا مادی 2- منقول تبعی یا غیر مادی. بر این تقسیم بندی قسم سومی نیز اضافه میکنیم که عبارت است از 3- مال از پیشاپیش منقول

مال منقول ذاتی یا مادی که در این مورد ماده ی 19 ق.م. میگوید "اشیایی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد آید منقول است" در این ماده مقنن از اموال منقول ذاتی سخن می گوید و این ها اشیایی هستند که در عالم خارج تجسم مادی پیدا میکنند. به دین جهت نام دیگری به نام اموال مادی دارند. قابلیت تحرک که ضابطه ی تقسیم اموال به منقول و غیر منقول است در اموال منقول ذاتی یا مادی ممکن است

1- در نهاد خود این ها نهفته باشد و از جایی به جای دیگر حرکت کنند مانند حیوانات  
2- برخی دیگر فاقد نیروی تحرک درونی هستند بلکه باید با نیروی خارجی آن ها را به تحرک در  
آورد. مثل اشیا منقول بی جان از قبیل کتاب ها ، میز ها . ... . پس منقول ذاتی به دو دسته  
تقسیم می شوند :

**حیوانات :** این که مقنن حیوانات را مورد حمایت قرار داده بدین سبب است که 1- از اتلاف  
اموال جلوگیری کند چون حیوانات در حکم اموال انسان به شمار می آیند 2- یا برای تامین منافع  
عمومی چرا که حمایت از حیوانات حمایت از محیط زیست است که منفعت عمومی دارد 3- از  
جریحه ساختن احساسات مردم جلوگیری می کند

در مورد حیوانات توجه به سه نکته ضروری است که 1- حیوانات طرف حق و تکلیف قرار نمی  
گیرند بلکه موضوع حق هستند ". پس منقول ذاتی بوده و اجزای مثبت دارایی را تشکیل میدهد  
2- حیوان جزو مباحات است و توسط نخستین شکار یا حیازت به ملکیت انسان در می آید . 3-  
حیوان به عنوان مملوک صاحب مورد استفاده قرار می گیرد (5070 تا 570 ق.م.) باید دانست که  
اگر چه حیوان منشا استفاده برای صاحب خود است ولی ممکن است برای صاحب خود منشا  
مسئولیت مدنی نیز واقع شود در این زمینه ماده ی 334 ق.م. می گوید : مالک یا متصرف حیوان  
مسئول خساراتی نیست که از ناحیه ی حیوان وارد می شود. مگر این که در حفظ حیوان تقصیر  
کرده باشد لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطه ی عمل کسی منشا ضرر گردد فاعل آن عمل  
مسئول خسارت وارده خواهد بود . "

**اشیا بی جان :** جان از محلی به محل دیگر بدون این که به خود یا محل آن خرابی وارد آید دو  
نکته را باید یادآور شویم : 1- این گونه اشیا در صورتی که به مالی غیر منقول ملحق و ملصق  
شوند ، توسط عمل انسان غیر منقول شده اند (ماده ی 13 و 14 ق.م.) یا این که برای کشاورزی  
یا ابیاری اختصاص یابند (ماده ی 17 ق.م.) که در حکم غیر منقول هستند) به صورت غیر منقول  
در می آیند .

قانون مدنی در دو ماده ی 21 و 22 از برخی از مصادیق اشیا بی جان سخن به میان آورده است .  
**ماده ی 21:** این ماده می گوید : "انواع کشتی ها ی کوچک و بزرگ و قایق ها و آسیا ها و حمام ها  
یی که در روی رود خانه ها و دریا ها ساخته می شوند و می توان ان ها را حرکت داد و کلیه ی  
کارخانه ها یی که نظر به طرز ساختمان جزو بنای عمارتی نباشد داخل در منقولات است ولی  
توقیف بعضی از اشیا مزبوره ممکن است نظر به اهمیت آن ها موافق ترتیبات خاصه به عمل آید  
". لذا اموال منقوله پر ارزش نیز همچنان منقول به حساب می آیند و لذا برای از بین بردن این  
توهم که ارزش زیاد اموال منقول موجب نمی شود که بر خلاف طبیعت ان ها غیر منقول بنگاریم  
مقنن از اموال منقولی که دارای ارزش زیاد هستند سخن می گوید و اعلام می دارد که این ها  
همچنان منقول به حساب می آیند . پس به طور خلاصه می توان گفت مقنن ما در ماده ی 21 از  
"از اموالی که منقول بوده اند و لی الان در جایی ثابت و مستقر شده و به علت حجیم بودن جابه  
جایی آنها آسان نیست منقول دانسته است

**ماده ی 22:** "مصالح بنایی از قبیل سنگ و آجر و غیره که برای بنایی تهیه شده یا به واسطه ی بنایی از بنا جدا شده باشد مادامی که در بنا به کار نرفته داخل در منقول است " به موجب این ماده مصالح بنایی که در جایی گردآوری شده تا به وسیله ی آنها بنایی ساخته شود بر اثر این تخصیص صفت منقولی خود را از دست نمی دهند . برعکس مصالحی که در نتیجه ی خراب شدن یا تخریب ساختن از آن جدا می گردد به محض جدایی وصف منقولی خود را باز می یابند

**اسناد در وجه حامل :** از نظر حقوقی سند نوشته ای است که در مقام دعوی می توان به آن استناد جست . پس وسیله ای برای اثبات حق بوده و ارزشی غیر یک کاغذ ندارد . آن چه از لحاظ حقوقی دارای ارزش و اهمیت است آن طلبی است که به واسطه این سند مورد شناسایی قرار می گیرد. به عبارت دیگر ارزش اقتصادی مختص خود حق است و نه مختص سند که تنها وسیله اثبات حق است ولی در برخی موارد موضوع سند چنان با ماهیت آن مخلوط شده که گویی مالک نوشته صاحب واقعی حق است و حق مالی از اجزا سند شده. مثل اسکناس، چکهای تضمین شده، سهام بی نام شرکتها، بروات، سفتهها و چکهای در وجه حامل که با این که کاغذ این اسناد ارزشی ندارد چون دلیل وجود حق مالی است که به متصرف برگه تعلق دارد قابل داد و ستد شده است. پس به همین اعتبار اسناد در وجه حامل را می توان جز اشیاء مادی منقول به حساب آورد. چنان که طلب کار همان کسی است که حامل و در دست دارنده ی طلب است. (باید توجه داشت اسناد دو دسته اند : اسناد در وجه حامل و اسناد در وجه نام معین . اسناد در وجه حامل، مال منقول مادی است .)

### اموال منقول تبعی یا غیر مادی (حقوق) :

در مورد نامگذاری این دسته از اموال اختلاف نظر وجود دارد چون برخی از اساتید حقوق این دسته از اموال منقول را با الهام از ماده ی 20 ق.م. در حکم منقول یا منقول حکمی نامیده اند . ماده ی 20 ق.م. ک کلیه ی دیون از قبیل قرض ، ثمن، مبیع و مال الاجاره ی عین مستاجر از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است ولو این که مبیع یا عین مستاجر از اموال غیر منقول باشند . " حال دلیل ما مبنی بر این که این دسته را اموال منقول تبعی نام نهاده ایم این است که در تقسیم اموال غیر منقول بیان کردیم که به چهار دسته تقسیم می شوند : 1- غیر منقول ذاتی در مقابل منقول ذاتی 2- غیر منقول به واسطه ی عمل انسان 3- غیر منقول حکمی 4- غیر منقول تبعی حال ضابطه و ملاک مال منقول و غیر منقول ذاتی " قابلیت تحرک " است و ملاک در غیر منقول دسته ی سوم این بود که اموالی ذاتا منقول هستند ولی به واسطه ی ارتباط با اموال غیر منقول در حکم غیر منقول درآمده اند . حال اگر اموال منقول را نیز به اموال منقول حکمی بنامیم ممکن است این توهم پیش آید که اموالی غیر منقول بوده اند که در حکم منقول قرار گرفته اند در صورتی که این چنین نیست . لذا بهتر است که ملاک و ضابطه دسته ی چهارم اموال غیر منقول را که این بود که : اگر موضوع حق یک مال غیر منقول باشد حق نیز به تبع موضوعش یک مال غیر منقول خواهد بود " نیز در مورد اموال منقول غیر مادی به کار بریم و بگوییم که " اگر موضوع حق یک مال منقول باشد حق نیز

به تبغ آن منقول خواهد بود " و لذا این حقوق را اموال منقول تبعی می گوئیم و از آن جا که جنبه ی ذهنی دارند ان ها را غیر مادی می گوئیم .

**توضیح ماده ی 20:** اموال منقول مادی یا تبعی منحصر به دیون نیستند چون جنبه ی حصری ندارد و با توجه به ماده ی 18 ق.م. دارای مصادیق دیگری نیز هستند . با در نظر گرفتن ماده ی 18 و 20 و همچنین ماده 11 ق.م. که اموال را خارج از دو قسم منقول و غیر منقول نمی داند در نتیجه مالی که نتواند در دسته ی غیر منقول جای گیرد ضرورتا وارد دسته ی منقول می شود .

### حقوق مالی:

حق عینی (منقول): اگر موضوع حق عینی منقول باشد ← حق عینی منقول تبعی و اگر غیر منقول: اگر موضوع حق عینی غیر منقول باشد ← حق عینی غیر تبعی)

حق دینی

حق معنوی.

### 1- حق عینی:

مالکیت (منقول): ماشین و کشتی: حق عینی مالکانه منقول؛ غیر منقول: خانه: حق عینی مالکانه غیر منقول).

انتفاع (منقول): ماشین: حق عینی انتفاعی منقول؛ غیر منقول: خانه: حق عینی انتفاعی غیر منقول).

ارتفاق (مثل حق شرب و مجری که همیشه غیر منقول است).

- 2) حق دینی منقول:** ماده ی 20 می گوید: کلیه ی دیون از قبیل قرض، ثمن، مبیع و مال -1- الاجاره عین مستاجر از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است ولو این که مبیع یا عین مستاجر از اموال غیر منقوله باشند. " با این که ماده در صدر خود کلیه ی دیون را منقول تلقی می کند ولی به نظر می رسد مقصود مقنن از دیون تنها مطالبات مال باشد. چون علاوه بر آن که ممکن است تعهد ناظر بر انجام یا عدم انجام کار که منقول است باشند ممکن است به طور استثنایی موضوع تعهد انتقال یک مال غیر منقل باشد. لذا حق دینی علی الاصول منقول است. در مورد ماده ی 20 یادآوری سه نکته لازم است: 1- ارتباط غیر مستقیم برخی مطالبات پولی مثل ثمن و مال الاجاره با اموال غیر منقول یعنی مبیع و عین مستاجر به هنگامی که غیر منقول هستند این گونه طلب ها را غیر منقول نمی گرداند. 2- در ماده ی 20 ق.م. ثمن منقول تلقی شده منتها باید توجه کنیم که این گفته ی مقنن همیشه در هر حال صادق نیست چون ثمن همیشه مال منقول که نمونه ی بارز آن پول است، نیست. 3- ماده ی 20 حقوق دینی را فقط از یک لحاظ منقول تلقی کرده و آن این است که " فقط از جهت صلاحیت محاکم منقول دانسته است ولی باید بدانیم که حقوق دینی از جهات دیگر هم منقول اند. به عنوان مثال شوهری که خانه ی غیر منقول خود را می فروشد و ثمن آن موجل است و بعدا بمیرد این ثمن جزو اموال

منقول و جزو ماترک است و از آن جا که زن از کلیه ی اموال منقول شوهر ارث می برد و این ثمن موجب هم جزو اموال منقول است پس ارث می برد  
 چون حق دینی، حق بر شخص است و بی واسطه به مال مربوط نمی شود پس صرفنظر از موضوعش منقول است (ماده 20 قانون مدنی) و نباید آن را در زمره حقوق غیر منقول به حساب آورد، اما آن را در تک تک موارد حقوق دینی بررسی می کنیم.

### انواع حق دینی:

**1) وعده انتقال ملک:** که استثنائاً غیر منقول است. مثلاً اگر کسی تعهد کند که خانه اش را به دیگری بفروشد با آن که خریدار هنوز هیچ حق عینی بر خانه ندارد چون با تحقیق وعده متعهد خانه را به طلبکار می دهد، دین را باید به تبع موضوعش غیر منقول دانست.  
 پس بر طبق ماده 20 (از مواد دوست داشتنی قانون مدنی) کلیه حقوق دینی منقولند مگر استثنای حقوق دانها و قانون گذار که در بالا گفتیم. پس:

مثلاً اگر در معامله ای خریدار از کل مبلغ 20 میلیون، 10 میلیون را بدهد به فروشنده تا فروشنده به دنبال سند و مدارک و خریدار خانه به دنبال 10 میلیون بقیه برود ← قولنامه برای خریدار حق دینی ایجاد می کند و غیر منقول است و استثنائی است بر ماده 20.

**2) تعهد بر انجام کار یا عدم انجام کار:** در این حالت چون موضوع تعهد، کار است منقول است هر چند که مربوط به مال غیر منقول باشد. مثلاً: اگر معماری تعهد ساختن خانه ای را بکند اگرچه نتیجه کارش خانه ای است غیر منقول ولی چون تعهد معمار به انجام سلسله کارهایی است مثل طرح نقشه، تهیه مصالح و... که هم منقولند پس منقول به حساب می آید.

**3) تعهد به تسلیم:** تعهد فروشنده در تسلیم مبیع غیر منقول در زمره تعهدات منقول است چون در این حالت تعهد فروشنده مربوط به انتقال مالکیت نیست بلکه تنها خریدار را بر مالی که خریده مسلط می کند. پس موضوع تعهدش انجام دادن کاری است که تنها با مال غیر منقول ارتباط دارد.

**دعای منقول:** ضابطه در این جا این است که اگر خواسته مدعی، مال منقول باشد خود دعوی نیز به تبع آن منقول خواهد بود. نکته ها یی در این زمینه مطرح می شود عبارت است از: 1- مالکیت ها ی ادبی، هنری و صنعتی، به ویژه حق مخترع بر اختراع ثبت شده ی خویش نیز منقول تلقی گشته اند. 2- وضع سهام و سهم الشرکه شرکت ها ی تجاری است که البته منظور ما از سهام، سهام با نام است، نه سهام بی نام. (چون این دسته جزو اموال منقول ذاتی یا مادی است). سهام با نام یا سهم الشرکه ی شرکا نیز جزو اموال منقول به حساب می آیند از آن جا که شرکت ها ی تجاری دارای شخصیت حقوقی هستند، پس طرف مثبت و منفی حق قرار می گیرند و آورده های شرکا، چه منقول و چه غیر منقول به این شخص حقوقی تعلق می گیرد حال در مقابل این آورده ها شرکا نسبت به شرکت حقی پیدا می کنند و این حق این است که در سود

سالیانه ی شرکت به نسبت سهم خود شریک هستند و از آن جا که سود سالانه نیز به صورت منقول که اکثرا وجه نقد است می باشد پس این حق نیز به تبع ان منقول است . این که " سهم الشرکه ی شرکا یک شرکت ، یک حق منقول است " اصل است که البته استثنائاتی هم دارد .

در نتیجه امکان اقامه دعوی چیزی جز وسیله ای برای برآوردن موجبات به رسمیت شناختن یک حق توسط دادگاه نیست. چیزی جز یک ضمانت اجرا برای حق نیست و در واقع وسیله ای برای اثبات حق و طریقی است حقوقی جهت وصول به این حق. از این رو تعمیم دادن تقسیم بندی مربوط به خود حق به وسیله اثبات آن ممکن است به نظر نابجا بیاید ولی با وجود این تردید باید گفت اقامه دعوی در دادگستری که به وسیله آن از دولت خواسته می شود در برابر اعمال دیگری رعایت و حرمت حقوقی که بر روی اموال داریم تأمین سازد خود یک مال است. پس این که می گوییم:

دعوی وسیله و ابزار اثبات حق است، و نیز اقامه دعوی هم، حق است، پس باید تقسیم شود به منقول و غیر منقول. درست به نظر نمی رسد پس تقسیم بندی اشیاء مادی و حقوق مالی به منقول و غیر منقول درست است ولی بکار بردن این تقسیم بندی در مورد دعاوی درست به نظر نمی آید. ماده 18 قانون مدنی ← دعاوی راجعه به اموال غیر منقول، تابع اموال غیر منقول است. ماده 22 ق.آ.د.م قدیم و ماده 12 جدید ← دعاوی راجع به غیر منقول در دادگاهی اقامه می شود که مال غیر منقول آنجاست اگرچه مدعی و مدعی علیه در آن حوزه مقیم نباشند. پس دعوی را نمی توان به منقول و غیر منقول تقسیم کرد ولی نزاعی که در مطالبه حق یا مال غیر منقول ایجاد می شود به تبعیت از خواسته آن غیر منقول است. پس علاوه بر دعاوی که موضوعشان مطالبه حق عینی یا تعهد غیر منقول است دعاوی زیر تابع اموال غیر منقولند:

### 1) دعاوی تصرف از جمله:

- 1- خلع ید غاصبانه و امانی اشخاص بر غیر منقول
- 2- دعوی تصرف عدوانی
- 3- دعوی رفع مزاحمت از حق
- 4- دعوی رفع ممانعت از حق
- 5- دعوی مالکیت
- 6- تخلیه ملک
- 7- مطالبه اجرت المثل ملک
- 8- پرداخت اجاره بهای ملک
- 9- دعوی اجبار فروشنده بر تسلیم مبیع
- 10- پرداخت ثمن مال.

### 2) دعاوی که موضوعش تملک مال غیر منقول است:

دعوی فسخ و بطلان و عدم نفوذ معاملات غیر منقول.  
و برعکس دعاوی مربوط به مطالبه دیون ← اگرچه دین ناشی از غیر منقول باشد ← منقول است.

### یک ایراد به نظر آقای دکتر کاتوزیان:

ایشان تعهد تسلیم را به دلیل موضوعش که کار انسان است منقول گرفته‌اند ولی در صفحه بعد کتابشان دعوی تعهد به تسلیم مبیع را غیر منقول. حالا سؤال اینست مگر می‌شود خود تعهد به تسلیم منقول باشد ولی دعوی آن غیر منقول:

### جواب:

دکتر کاتوزیان بر این نظر قائلند که:

دعوی مطالبه اجاره بها ← منقول است و

دعوی مطالبه اجرت‌المثل ← غیر منقول است

و دیوان عالی کشور هم این نظر را پذیرفته ولی از نظر ما این دو مثل همدند و نباید با هم فرق کنند و دلیل ما برای نظرمان این است که: اگر اجرت‌المسمی: منقول است چرا که مبلغی است که در اجاره‌نامه *fix* شده و آمده (ذکر شده) پس اجرت‌المثل هم باید مثل اجرت‌المسمی منقول باشد چرا که خسارت بوده و از پیش تعیین شده نیست و دادن خسارت هم انجام اماره و انجام کار هم منقول است.

اما توجیه دیوان برای نظرش:

اجرت‌المسمی مال غیر منقول چون دین و ذمه است ملحق به منقول حساب می‌شود و در محکمه‌ای غیر از محکمه‌ای که ملک در آنجاست می‌توان اقامه دعوی کرد، لیکن اجرت‌المثل مال غیر منقول تابع غیر منقول بوده و در محکمه‌ای رسیدگی می‌شود که ملک در آنجا واقع شده!

### دعاوی منقول: دعاوی مربوط به دیوان طبق ماده 20

الف) حق شریکان (سهم‌الشرکه)

ب) حقوق معنوی

ج) سرقتی

### الف) حق شریکان:

هر گاه دو یا چند شخص به منظور سودجویی و یا مقاصد دیگر، اموالی را بین خود مشترک قرار دهند، چنین اجتماعی را شرکت می‌نامند و برای تشکیل شرکت هر یک از شریکان مالی به عنوان سرمایه می‌دهد و در مقابل مالک سهم مشاعی از تمام اموال شرکت می‌شود.  
حال سؤال این است که:

اگر سرمایه شرکت را مقداری منقول و غیر منقول تشکیل دهد آیا سهم هر یک از شریکان به تناسب موضوعش منقول و غیر منقول است و یا این که از تشکیل شرکت حق شریک به طور کلی منقول است؟

برای پاسخ به این سؤال دو فرض موجود است:

1) اگر اجتماع مالکان شخصیت حقوقی نداشته باشد طبیعت حق شریک تابع ماهیت حقوقی هر یک از اجزای سرمایه است و به تناسب نوعش منقول یا غیر منقول است. مثلاً اگر دو نفر برای ساختن مهمانخانه‌ای مقداری پول به شرکت گذارند و عمارتی بنا کنند سهم هر یک از آن دو در عمارت غیر منقول است.

2) برعکس، اگر اجتماع مالکان از نظر حقوقی شخصیت خاصی داشته باشد سرمایه شرکت چه منقول و چه غیر منقول به این شخصیت متعلق است و هر یک از شرکا تا شرکت منحل نشده نمی‌تواند ادعا کند که به طور مشاع در هر یک از اجزاء سرمایه حق مالکیت دارد. مثلاً در شرکت‌های تجاری حق شرکت منحصر به مطالبه منافع حاصل در زمان بقای شرکت و تملک باقیمانده سرمایه پس از انحلال آن است و این حقی است که شرکا در مقابل مالک سرمایه یعنی شخصیت حقوقی دارند. پس حقوقی عینی شرکا بر سرمایه تبدیل به حقی خاص می‌شود که موضوعش درآمد مربوط به منافع سالیانه است پس به تابعیت از موضوعش منقول محسوب می‌شود.

و از طرفی داریم:

**شرکت:**

مدنی ← شخصیت حقوقی ندارد و تابع حق مدنی است و حق شرکا بسته به نوع مال است و ماهیت حقوقی آن مال.

تجاری ← شخصیت حقوقی دارد و تابع قانون تجارت است. مثلاً اگر  $A$ ,  $B$ ,  $C$  شرکتی تشکیل دهند هر سه حق عینی مالکانه‌شان پس از تشکیل شرکت به حق خاص تبدیل می‌شود و همیشه این حق منقول است.

و این وضع اقتصادی به شرکت‌های تجاری انحصار ندارد و هر شرکتی که دارایی خاص داشته باشد این وضع را دارا است. مثلاً اگر شرکتی جهت استخراج معدن تشکیل شود چون موضوعش تحصیل و خرید و فروش مال غیر منقول است شرکتی تجاری نیست ولی سهامش منقول است.

**ب) حق معنوی یا حق مالی ذهنی:**

که حقوقی است که به صاحبش اجازه می‌دهد تا به انحصار از منافع و شکل خاصی از فعالیت یا فکر انسان استفاده کند و موضوعش فعالیت و فکر انسان است.

و از طرفی باید جز آن بخش از حقوق مالی که مطابق قانون غیر منقول دانسته شده است. بقیه حقوق منقول شناخته شود و این اصل از روح ماده 18 قانون مدنی که حقوق غیر منقول را شمرده نیز فهمیده می‌شود پس چون موضوع حقوق معنوی ابداع ذهنی انسانی است و این موضوع را نمی‌توان غیر منقول تلقی کرد. این دسته از حقوق مالی بر طبق مفهوم ماده 18 منقول محسوب می‌شوند.



**حق سرقفلی:** حقی که تاجر یا پیشه ور یا کاسب بر محل تجارت یا پیشه یا کسب خود دارد حق سرقفلی است. در این که حق سرقفلی منقول است یا غیر منقول دو نظر وجود دارد: سرقفلی عناصر متشکله گوناگونی دارد یکی از این عناصر عبارت است از

- 1- حسن شهرت تاجر، پیشه ور یا کاسب است هر چه شهرت و تعداد مشتریان او بیش تر باشد سرقفلی او نیز افزون تر خواهد بود. وی این حسن شهرت را از طریق حسن سلوک، مهارت، امانت، درست کاری با مردم به دست آورده است و اگر در حق سرقفلی بر این جنبه تکیه شود در نتیجه چون این ها منقول اند پس سرقفلی نیز منقول می شوند.
- 2- ولی برخی حقوقدانان با توجه به وضع خاصی که حق سرقفلی ما دارد و به آن وسعتی که در قانون تجارت فرانسه است نمی باشد حق سرقفلی را نیز غیر منقول می انگارند.

چون در حقوق ما آنچه بیشتر مورد توجه است انتقال حقی است که تاجر یا کاسب در صورتی که مستاجر باشد نسبت به ادامه ی کار در آن محل دارد. حال شخص همین "حق ادامه ی محل کسب خود را انتقال می دهد و به جای خود، مستاجر دیگر می آورد". پس در قوانین تکیه بر این است که مستاجر محل کسب یا تجارت یا پیشه، حق دارد حتی در صورتی که حق انتقال به غیر از او سلب شده باشد، آنجا را به فرد دیگری واگذار کند. در نتیجه با تکیه بر این وضع خاص است که در حقوق ما سرقفلی را مال غیر منقول می انگارند. چرا که حقی دایر بر استفاده از مال غیر منقول است.

سرقفلی از دیدگاه دکتر کاتوزیان: در سال 39 حق کسب و پیشه یا تجارت می خواندند. در قانون 56 حق کسب یا پیشه یا تجارت آمده است. تعریف: آن حقی است که به موجب آن مستاجر متصرف مغازه در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته میشود و در غرف بازار، معنای فروش سرقفلی آن است که آن را تخلیه کند و به دیگری واگذار نماید و این معنا هیچ وقت شامل انتقال سرمایه و نام تجاری او نمی شود.

در رویه قضایی برای تعیین سرقفلی از کارشناسان رسمی و غرف استفاده می کنند. نکته) توجه کارشناس به حسن کار و و حسن شهرت تاجر تغییری در ماهیت سرقفلی نمیدهد و لذا آن را به عنوان یک مال منقول در نمی آورد. بلکه هدف اصلی از سرقفلی، شناسایی حق تقدم در اجاره برای کسی است که ابتدا ملکی را به عنوان مستاجر، محل کسب خود قرار داده است.

نتیجه) صفت مشخص و عنصر اصلی سرقفلی، حق تقدم در اجاره و مالکیت منافع عین مستاجره در برابر اجاره بهای ثابتی است که طرفین تراضی نموده و شبیه ماده ی 18 ق.م. است

در تجارت، فعالیت و سرمایه تاجر و نوع کاری که انجام می دهد بیش از ویژگی های اخلاقی او اهمیت دارد و ممکن است مشتریان تجارتخانه ای صاحبش را شناسد ولی به علت نام و فعالیت مؤسسه اش کالاهایشان را از او بخرند ولی مشتریان مدنی مانند موکلان و بیماران به اعتبار صلاحیت و حسن سلوک وکیل و پزشک به آنها مراجعه می کنند

و با توجه به این واقعیت حقی داریم به نام حق سرقفلی که این حق سرقفلی عناصر گوناگون دارد:

- 1) عناصر مادی (کالای تجارتي و ابزار کار)
  - 2) عناصر غیر مادی (حق تقدم در اجاره و نام تجارتي)
- ولی عنصر اساسی حق سرقفلی حفظ مشتریان تاجر است.  
پس تشخیص نوع این حق به وسیله موضوعش امکان دارد. اگر موضوعش مال منقول باشد آن حق: منقول و اگر موضوعش مال غیر منقول باشد حقی هم «غیر منقول تبعی» است.  
در حقوق فرانسه چون موضوع این حق را کار و فعالیت آدمی می‌دانند بنابراین حق سرقفلی را منقول دانسته‌اند.

اما در حقوق ایران حق سرقفلی به وسعت حقوق فرانسه نیست و این حق که به موجب قانون روابط مالک و مستأجر مصوب 1339 از عرف به حقوق وارد شد و به آن حق کسب و [یا] پیشه یا تجارت گفته شده: «حقی است که مستأجر متصرف به موجبش در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته شده.

و در عرف بازار هر گاه سخن از فروش سرقفلی می‌آید یعنی تاجر مغازه را خالی کرد و رفت و این برخلاف حقوق فرانسه شامل انتقال سرمایه تاجر و نام تجارتي او نمی‌شود.  
پس تشخیص این حق مختلط در ایران آسان نیست و باید دید تابع کدام یک از ارکانش می‌باشد.  
نظریه 1) دکتر کاتوزیان: چون رکن اصلی سرقفلی موقعیت ملکی است پس سرقفلی غیر منقول تبعی است.

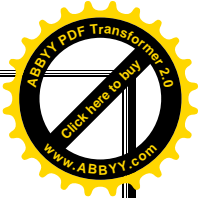
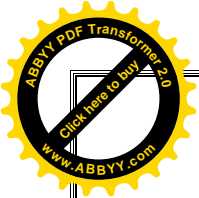
آقای دکتر کاتوزیان هدف اصلی از وضع مقررات قانون روابط موجر و مستأجر را شناسایی حق تقدم در اجاره می‌دانند. برای کسی که ملکی را به عنوان مستأجر، محل کسب خود قرار داده بنابراین عنصر اساسی آن را حق تقدم در اجاره و مالکیت منافع عین مستأجره می‌دانند در برابر اجاره‌بهای ثابت مورد تراضی طرفین.

. جناب آقای دکتر کاتوزیان در بیان نظرشان به دو ماده قانونی نیز استناد می‌کنند:

1) به موجب مستفاد از ماده 19 و به ویژه تبصره 2 آن حق سرقفلی از مال غیر منقول و موضوع اجاره قابل انفکاک نیست و تنها با واگذاری محل قابل انتقال است مثلاً کسی نمی‌تواند در محل کسبش بنشیند و سرقفلی آن را نیز انتقال دهد.

2) و به موجب تبصره 2 ماده 19 انتقال حق سرقفلی فقط با تنظیم سند رسمی امکان‌پذیره، در حالی که می‌دانیم انتقال اموال منقول اصولاً نیازی ندارد به تنظیم سند رسمی.  
اما این انتقاد به نظر آقای دکتر کاتوزیان رواست که:

اولاً: اصل بر منقول بودن اموال و حقوق مالی است. و ثانیاً: در قانون برای کشتی‌ها و انتقال سهم‌الشرکه شرکت با مسئولیت محدود [با این که هر دو منقولند] تنظیم سند رسمی لازم است. و ثالثاً: نظر ایشان مخالف حقوق زن است و زنها را در این مورد از ارث محروم می‌کند که این هم نادرست به نظر می‌رسد.



نکته:

مستأجر هم مالک منفعت مغازه است و هم مالک حق سرقفلی. پس برای انتقال هر یک، یک قرارداد جداگانه لازم.

- 1) قرارداد اول بین مالک و مستأجر جدید (پس از انقضای مدت اجاره یا مستأجر قبلی).
- 2) قرارداد دوم بین مستأجر سابق و فردی که حق سرقفلی را خریده.

**مباحات:**

**تعریف مباحات:** ماده ی 27 ق.م. مباحات را این گونه تعریف می کند اموالی که ملک اشخاص نمی باشد و افراد مردم می توانند آن ها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوط به هر یک از اقشار مختلفه ، ان ها را تملک کرده ویا از ان ها استفاده کنند مباحات نامیده می شود مثل اراضی موات یعنی زمین ها یی که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آن ها نباشد .

**مقایسه ی میان مباحات و اموال و مشترکات عمومی :**

1- اشخاص حقوقی حقوق عمومی نوعی مالکیت که به مالکیت اداری تعبیر می شود بر اموال و مشترکات عمومی دارند پس این اموال دارای مالکی به نام دولت است در صورتی که مباحات ملک دولت نیست ولی در اختیار دولت است و بر ان ها نظارت می کند و می تواند با وضع قوانین ان ها را تملک کند .

2- اموال و مشترکات عمومی قابل تملک خصوصی نیستند در صورتی که مباحات با رعایت مقررات به تملک خصوصی در می آیند در این زمینه ماده ی 92 ق.م. میگوید : هر کس می تواند با رعایت قوانین و نظامات راجع به هر یک از مباحات از آن ها استفاده نماید .  
نکته در ماده ی 140 ق.م. می گوید : تملک حاصل می شود 1- با احیا اراضی موات و حیازت اشیا مباحه .

**اموال عمومی**

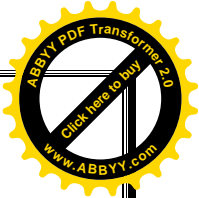
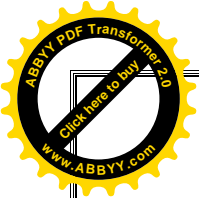
اموال بر سه قسمند: 1- عمومی یا انفال 2- خصوصی 3- دولتی

اموال عمومی یا انفال:

- 1) قابل فروشند ولی با اجازه مجلس شورای اسلامی
  - 2) غیر قابل فروشند و هرگز فروخته نمی شوند مثل نفایس ملی که اعتبار ریال ما به آنهاست و المال مال الناس (الله). مثل: (کوه نور، دریای نور، تحت طاووس)
- و دولت در این اموال مدیر و ناظر است و مردم مالکند.

**(2) اموال دولتی:**

که اعمال تصدی دولت از این طریق است و در حقیقت دولت باید سیاسی باشد و مردم تاجر که در این برعکسه و مردم سیاسی هستند و دولت تاجر!! پس اموال عمومی (انفال) اختصاص به استفاده عموم دارند و تصرف دولت به عنوان مدیر است. مثلاً دولت نمی تواند راه عمومی یا



کتابخانه عمومی یا راه‌آهن را بفروشد و به دلیل اختصاص یافتن به خدمت عمومی قابل تملک خصوصی نیست ولی همانطور که در صفحات قبل گفتیم اگر قانون نحوه مصرف را تغییر دهد، انتقال‌ناپذیر است. مثلاً اگر شهرداری به موجب قانون قسمتی از پارک عمومی را به خانه‌سازی اختصاص دهد آن قسمت از پارک عمومی قابل انتقال می‌شود یا مثلاً قانون‌گذار تصمیم به فروش جواهرات سلطنتی بگیرد.

### اصل انتقال‌پذیری اموال:

اسن اصل در هیچ قانونی به صراحت نیامده ولی از مجموع احکام مربوط به حقوق مالی بخوبی فهمیده می‌شود: «فایده مال در صورتی کامل می‌شود که موضوع داد و ستد باشد و از نظر اقتصادی در گردش قرار بگیرد.»

**پس اموال انتقال‌ناپذیر جنبه استثناء دارند** و ممکن است مالی به دلیل اختصاص یافتن به مصرف معین انتقال‌ناپذیر شود یا انتقالش منوط به تغییر وضع حقوق موجود مثل اموال عمومی که قابل انتقال به اشخاص نیست مگر این که قانون مصرفش را تغییر دهد و وصف عمومی بودن را از آن بگیرد اما قطع نظر از این مورد حقوق عمومی در حقوق خصوصی گاهاً مالی که ملک شده انتقال‌ناپذیر می‌شود. پس:

انتقال‌ناپذیری اموال بر دو قسم است:

الف) انتقال‌ناپذیری به حکم قانون

ب) انتقال‌ناپذیری قراردادی

انتقال‌ناپذیری به قلم قانون خود به سه قسم است:

- 1) اموالی که قانون انتقالشان را ممنوع کرده: اموال عمومی و ترکه پیش از تصفیه اموالی که به خاطر قرارداد مالک با دیگران انتقال‌ناپذیر شده‌اند مثل مال مرهون و موقوف.
- 2) اموال قابل انتقال که به خاطر محدودیت در انتقال جز استثنائات آمده‌اند ← سهم مشاع از ملک

قابل تقسیم (حق شفعه).

### 2) ترکه متوفی پیش از تصفیه:

ترکه متوفی پس از مرگ به وراثت انتقال می‌یابد ولی این مالکیت زمانی استقرار می‌یابد که حقوق و دیونی که به ترکه تعلق دارد (دیون و واجبات مالی و وصایا) ادا شود (مواد 868 و 869 قانون مدنی) یا به عبارتی دیگر: س

ترکه متوفی به وراثت پیش از تصفیه انتقال‌ناپذیر است به حکم قانون، مگر پس از تصفیه دیون و اجرای وصیت متوفی. پی در دورانی که ترکه ناخالصه وضع وراثت و طلبکاران و موصی‌له مانند شریکان مال مشاعه. با این فوق که طلبکاران و موصی‌له حق عینی اصلی بر هیچ جز ترکه ندارند و ترکه مثل وثیقه طلب آنان است.

پس نفوذ انتقال اموال مورث پیش از تصفیه ترکه تابع هدف از مصرف بهای آنست:

- 1) اگر انتقال به منظور ادا دیون ترکه باشد نافذ است.
- 2) اگر انتقال به منظور سود وارثان و با انگیزه تملک باشد غیر نافذ است و ماده 871 قانون مدنی هم ناظر به اینگونه معامله‌هاست.

**سؤال: اگر ترکه کفاف دیون را نکند (یعنی دین بیشتر از ترکه باشد) آیا باز هم ترکه به وراثت منتقل می‌شود یا خیر؟**

پاسخ: نظر فقها بر این است که [دیون مستوعب (مستغرق) ترکه منتقل نمی‌شود به وراثت] و در واقع نظرشان این است که دین بیشتر از ترکه منتقل نمی‌شود و گرنه منتقل می‌شود. ولی قانون نظر فقها را نپذیرفته و گفته: حتی دین مستوعب ترکه هم منتقل می‌شود: «به محض فوت ترکه منتقل می‌شود و اعم گفته یعنی هم بیشتر و هم کمتر از دین را شامل می‌شود.» ولی می‌دانیم که قبول ترکه بر دو قسم است:

- 1) مطلق
- 2) مشروط

### 1) مطلق:

یعنی بی قید و شرط و از مصادیق آن تصرفه یعنی تصرف به معنای قبول ترکه است و آن هم قبول مطلق (مثلاً در پرونده‌ای زنی پس از فوت شوهرش با شخصی برخورد می‌کند که ادعا می‌کند چند روز قبل از مرگ همسرش ماشین را با او معامله کرده و حالا پشیمانانه و پول را می‌دهد و می‌خواهد ماشین را پس بگیرد. زن هم بی‌خبر از همه جا قبول می‌کند و این هم به گوش طلبکاران متوفی می‌رسد و به دادگاه می‌گویند و زن هر چه می‌گوید که به خدا نمی‌دانستم که این تصرفه و تصرف هم که قبول مطلقه دیگر دادگاه استماع نمی‌کند و مجبور می‌شود به قبول مطلق و پرداخت تمام دیون متوفی)

که قبول مطلق هم ضمانت اجرایش اینه که وراثت ثابت کنند که دین بیشتر از ترکه است که آن هم امکان‌پذیر نیست چرا که مدارک و شواهد وراثت یا شاهده که دادگاه قبول نمی‌کند و یا صورت دارایی اموال متوفی که از نظر دادگاه ادعایی بیش نیست و دادگاه عنوان می‌کند که از کجا بدانیم راست می‌گویید و از کجا معلوم که دارایی‌اش را پنهان نکرده باشید؟

### 2) مشروط

که در این حالت وراثت ضامن نیستند و در واقع به شرطی قبول می‌کنند ترکه را که بیش از دیون نباشد. یعنی قبول مطابق تحریر ترکه.

### 3) اموال حبسی:

مالک می‌تواند بجای انتقال دادن مال خود به دیگران آن را حبس کند و منافع عین محبوسه را در اختیار آنان بگذارد. و چنین مالی در مدت حبس مصون است از هر گونه نقل و انتقال مگر در مواردی استثنائی.

پس:

اموال حسبی بر دو قسمند:

1) دائم: مثل وقف که کامل‌ترین اینگونه حبس است و عبارت است از این که عین مال حبس و منافع آن تسهیل شود.

2) موقت.

1) **دائم:** مال موقوف نه ملک واقف است و نه از آن منتفعان، بلکه شخصیتی حقوقی دارد و زندگی آن زمانی پایان می‌پذیرد که صرف عین و منافع آن در هدف اختصاص یافته، ممکن نباشد.

مثلاً در ماده 88 مدنی آمده: بیع وقف، در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد در صورتی جایزه که عمران آن متعدی باشد یا کسی برای عمرانش حاضر نشود.

که در این صورت اگر اجرای وقف در همان مصرف مورد نظر واقف ممکن باشد وقف تبدیل می‌شود (ماده 90) وگرنه منافع آن صرف امور خیریه می‌شود (ماده 91).

و این تنها ناظر به بیع نیست و سایر عقود تملیکی از جمله صلح و هبه و وام دادن عین و یا به مضاربه دادن در شرکت‌ها را هم شامل می‌شود.

#### وصیت:

عمدی: اگر موصی دستور وقف داده باشد وقف زمانی صورت می‌پذیرد که این دستور اجرا شود. تملیکی: اگر موصی ثلث دارایی‌اش را بعد از فوت وقف کند که این حبس با مرگ موصی و قبولش از سوی حاکم یا موقوف علیهم صورت می‌گیرد.

#### 1) حبس موقت:

یعنی حق انتفاع

1) سکنی (الف) رقبی (مدت دار معین) (عقد لازم؛ ب) عمری (یعنی بستگی دارد به عمر مالک یا منتفع یا شخص ثلث) (عقد لازم؛ ج) حبس مطلق (یعنی بی مدت) (عقد جایز)

2) غیر سکنی (الف) رقبی؛ ب) عمری؛ ج) مطلق.

و غیر سکنی یعنی موضوعش مال منقوله مثل سوار شدن ماشین و غیره.

در این حق انتفاع مالک حق انتقال ملک خود را به همان صورت (مسلوب‌المنفعه) به دیگران دارد چرا که دادن حق انتفاع، مالکیت را از بین نمی‌برد ولی مانعی هم ندارد که عین مال نیز در آن مدت حبس شود و مالک از انتقال عین ممنوع.

#### 2) مال مرهونه:

در مواردی که مالی، وثیقه پرداخت دینی می‌شود طلبکار بر آن مال حق عینی تبعی دارد و این حق باعث محدود شدن مالکیت بدهکار می‌شود ولی آن را از بین نمی‌برد. یعنی مالک از منافع عین بهره می‌برد و سلطه خود را بر آن حفظ می‌کند و از طرفی در قانون داریم که:

«راهن می‌تواند تغییراتی در رهن دهد یا تصرفاتی بکند ولی به شرط آن که برای رهن نافع باشد و منافی حقوق مرتهن هم نباشد بدون این که مرتهن بتواند او را منع کند و در صورت منع اجازه

با حاکم است (ماده 794 قانون مدنی) پس تنها موانع راهن نفع مرتهن است و همچنین در ماده 793 داریم:

راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن. حال سؤال اصلی اینجاست که: آیا انتقال عین مرهونه به دیگران منافی با حق مرتهن است؟ مثلاً: اگر  $A$  به  $B$  پول قرض دهد برای خرید خانه و همچنین  $A$  خانه را به عنوان وثیقه گروگان بگیرد پس دو قرارداد نوشته می‌شود: یکی برای قرض (سند قرض) و دومی برای تنظیم سند رهن. در اینجا دو نظریه هست:

1) نظر دکتر کاتوزیان: که قایلند به این که  $B$  (مقروض و مدیون) می‌تواند خانه را بفروشد چرا که: مرتهن حق عینی بر خانه دارد و اگر به طلبش نرسد می‌تواند خانه را بفروشد و طلبش را وصول کند و در واقع حق تعقیب ملک با تغییر مالک آن باقی می‌ماند و در واقع حق عینی مرتهن بر ملکه نه بر مالک.

یعنی تغییر راهن مؤثر از حق عینی مرتهن نیست که این نظر ایشان از نظر منطقی و حقوقی درسته ولی برای قانون‌گذار قابل قبول و قابل اجرا نیست پس ایشان هم تسلیم قانون شده و بر طبق قانون دفاتر اسناد مال رهنی را سند نمی‌زنند.

## 2) نظر قانون و رویه قضایی:

که عنوان می‌کند: «معاملات رهنی ممنوع است مگر با اذن مرتهن.» حال ایرادی را که می‌توان از نظر آقای دکتر کاتوزیان گرفت اینست که: اگر فروش مال رهنی منافی حق مرتهن نیست مگر بالاتر از سیاهی رنگیه و بالاتر از فروش هم عملی ممکن است؟ [به هر حال چون خواهی نیست حاضر معذور دار ما را].

1) در هر صورت انتقال ناپذیری عین مرهونه ذاتی نیست و با رضای مرتهن از بین می‌رود و انتقال پذیری آن از شرط درستی رهنه چنانچه ماده 773 «هر مالی که قابل نقل و انتقال قانونی نیست نمی‌تواند رهن واقع شود»

2) همچنین نسبی بودن مانع انتقال سبب شده که تنها حق مدیون و سایر طلبکاران او محدود شود و مرتهن جهت استیفای طلبش می‌تواند عین را بفروشد مگر آن که راهن دین را از طی دیگر پرداخت کند و فک رهن کند.  
پس مرد آخربین مبارک بنده‌ای است.

## 2) ملک مشاع - حق شفعه:

: اشاعه مانع از انتقال نیست. ماده 583: «هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت دیگری سهمش را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.

ولی در مورد استثنائی (حق شفعه) برای شریک مانع از آزادی انتقال مال مشاع می‌شود اما این حکم استثنائی شرایطی دارد: (بر طبق ماده 808 قانون مدنی)

- 1) ملکیت مشاع باشد.
- 2) شرکا دو نفر باشند و نه بیشتر (اگر بیشتر از دو نفر باشند حق شفعه‌ای نداریم).

- 3) مال قابل تقسیم غیر منقول باشد.
- 4) انتقال به قصد بیع باشد. (سؤال: یعنی صلح و هبه و اینها قابل قبول نیست؟ و اگر قبول نیست فلسفه‌اش چیست؟)
- 5) مال غیر منقول هم باشد.

پس حق شفعه قابل اعمال نیست تا زمانی که یکی از دو شریک حصه‌اش (سهمش) را به شخصی ثالث بفروشد. ولی پس از این کار شریک دیگر می‌تواند قیمتی را که خریدار (شخص ثالث) پرداخته به شریکش بدهد و سهم فروخته شده را تملک کند.

یادمان باشد که حق شفعه مخصوص شریک ملک است و برخلاف اصل انتقال‌پذیری حقوقی مالی قابلیت انتقال به دیگران را ندارد.

**نکته:** شفعه مانع فروش نمی‌شود لکن اگر بدون اذن دیگری فروخت طرف دیگر می‌تواند با پرداخت پولش حصه دیگر را هم مالک شود پس اصل معامله صحیح ولی با پرداخت ثمن یعنی (اعمال) حق شفعه باطل می‌شود.

**نکته 2:** راه فرار از اعمال حق شفعه چیست؟

پاسخ: به قیمتی کاذب شریکی حصه‌اش را بفروشد. مثلاً اگر قیمتش 50 میلیون، بفروشد به 150 میلیون.

سؤال: دیگر آیا شریکی که می‌خواهد حصه فروخته شده را بخرد و تملک کند باید ثمن حصه را بدهد یا قیمتش را. مثلاً اگر قیمت واقعی‌اش 80 میلیون ولی ثمن در قولنامه صد میلیون باشد.

پاسخ: ثمن را (یعنی 100 میلیون را).

در نهایت باید توجه داشت که:

مال انتقال‌ناپذیر به حکم قانون قابل توقیف به سود طلبکاران نیست زیرا توقیف مقدمه تملک و در باره غیر قابل تملیک معنا ندارد پس اموال مرهونه، وقفی و یا عمومی را نمی‌توان بازداشت کرد.

**(ب) انتقال‌ناپذیری قراردادی:**

**سؤال:** آیا به موجب قرارداد می‌توان مالی را انتقال‌ناپذیر کرد؟ جواب: بله و به صورت ذیل:

1) شرط فعل: (مثبت و منفی) و حق مالکیت را نقض نمی‌کند.

2) شرط نتیجه: که حق مالکیت را نقض می‌کند و در واقع حق انتقال را از مالک سلب می‌کند.

شرط فعل: شرطی که بر طبقش مالک تعهد کند که از انتقال ملکش خودداری کند.

الف) شرط فعل ← یعنی انجام کاری شود مثلاً (خانه‌ام را به شما می‌فروشم به شرط آن که مرا وکیل خودت بکنی).

ب) شرط فعل منفی ← یعنی ترک کاری شود مثلاً (ماشینم را به شما می‌فروشم به شرط آن که تا 5 سال حق فروش خود را اعمال نکنید).

شرط نتیجه ← مثلاً خانه‌ام را به شما فروختم به شرط آن که حق فروشش را از خود سلب کنید. یا: مأمور سیاسی یا دانشجوی بازگشته به وطن خودروی واردی خود را تا 5 سال نمی‌توانند منتقل کنند و بفروشند.



پس یعنی: در شرط نتیجه داریم: فاقد شیء معطی شیء نمی‌شود.

(ذات نایافته هستی بخش کی شود هستی بخش؟)

یعنی: در شرط فعل قدرت شرعی یا قانونی مفاد شرط را دارد (یعنی اهلیت تمتع و برخورداری هست ولی اهلیت استیفاء نیست یعنی حق داریم ولی نباید استفاده کنیم).

ولی در شرط نتیجه این قدرت شرعی یا قانونی وجود ندارد و به محض شرط این قدرت از او سلب می‌شود (یعنی اصلاً اهلیت تمتعی نیست که بخواهد استیفا (اجرا) بشود یا خیر، یعنی اصلاً حق نداریم که بخواهیم از آن استفاده کنیم یا خیر).

در شرط نتیجه داریم ← شرط نتیجه:

الف) نتیجه به محض شرط حاصل شده

ب) نتیجه به محض شرط حاصل نشده

یعنی برخی نتایج اعمال حقوقی را نمی‌توان در قالب شرط نتیجه آورد.

1) نکاح

2) طلاق

یعنی نهادهایی که تشریفات خاص دارند یعنی مثلاً این که: این را به تو مجاناً فروختم به شرطی که طلاق بگیری از من که غلطه و نمی‌شود.

یعنی در این دو مورد نه تنها شرط حاصل نشدنی نیست بلکه اصولاً خود شرط باطله.

**نکته مهم:** در شرط نتیجه، نتیجه یک عمل حقوقی شرط می‌شود نه خود عمل که اگر خود عمل شرط شود می‌شود شرط فعل!

ماده 234 قانون مدنی می‌گوید: «شرط بر سه قسم است:

1) شرط صفت

2) شرط نتیجه

3) شرط فعل اثباتاً یا نفیاً.

شرط نتیجه ← تحقق امری در خارج شرط شود.

شرط فعل ← اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

و شرط صفت ← شرط راجع به کیفیت یا کمیت.

مثلاً: اسبت را خریدم به شرطی که ترکمنی باشد که یا حاصل شدنی است یا حاصل نشدنی.

یعنی شرط نتیجه و شرط صفت قابل اسقاط نیست یعنی یا حاصل شده یا نشده که در هر دو صورت قابل اسقاط نیست.

حال سؤال اینست که: آیا حق عینی و مالکیت را هم مثل حقوق دینی می‌توان تنها به اراده خود (ایقاع) ساقط و مدیون را ابرا کرد یا این که قلمرو حکومت ایقاعات محدود به حقوق دینی است؟

پاسخ: از ویژگی‌ها و اوصاف اصلی حق ← امکان اسقاط آنست خواه موضوعش دینی باشد یا عینی. پس:

صاحبان حق عینی هم می‌توانند از مالشان اعراض کنند. یعنی: اعراض و ابرا در نتیجه منجر به اسقاط (نابودی حق) می‌شود. و باید توجه داشت که:  
صرفنظر کردن:

- 1) اعراض ← در مورد حقوق عینی یعنی: مالکیت، انتفاع بکار می‌رود، ارتفاق.
- 2) ابرا ← در مورد حقوق دینی بکار می‌رود.

مثلاً ← اگر صرفنظر کردن از مهریه زن:

آپارتمان باشد ← اعراض می‌شود.

سکه طلا باشد ← ابرا می‌شود.

اما دو نکته ذیل را باید توجه داشت:

1) الف) اگر حق محض (ناب و خالص) باشد قابل اسقاط است. ولی

ب) اگر آمیخته به تکلیف باشد یعنی اگر حق حکمی باشد قابل اسقاط نیست.

و جاهایی که حق و تکلیف با همند:

1) حضانت

2) ولایت

3) ریاست شوهر بر خانواده (مبنی بر سواد و وضع اقتصادیش و...)

4) طلاق [و نکاح یک مقدار کمتر]

پس اگر حقی برای من هست، تکلیفش برای دیگران است. یعنی در این موارد صاحب حق نمی‌تواند همراه با امتیاز خود، امتیاز بقیه را ساقط کند و به منفعت عموم جامعه صدمه بزند.

2) اسقاط حقوق مربوط به شاخه‌های مالکیت. یعنی: انتفاع و ارتفاق با مانعی روبرو نیست ولی اسقاط خود حق مالکیت موجب بی‌مالک شدن مال شده و در زمره مباحات می‌آید. در این صورت گاه تملک مالی همراه با تشریفات خاصه و انتقال آن در نظارت دولت است.

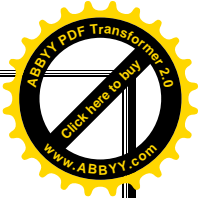
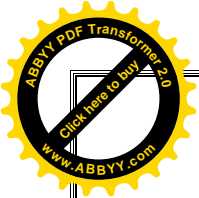
اعراض تنها سبب رهایی ملک نمی‌شود مثلاً ملک غیر منقول ثبت شده تا وقتی که با سند رسمی دیگری انتقال نیابد، از نظر دولت مالکش همان مالک ثبت شده است.

وفا کنیم و ملامت کشیم و خوش باشیم که در طریق ما کافری است رنجیدن

نتیجه: در موانع ارادی انتقال، مالک با تراضی با دیگران یا به اراده خود در واقع از اختیارش می‌کاهد و در اسقاط حق نیز احتمال دارد مالی را از دست بدهد. پس تقسیم اموال به بیان اقسام مالکیت و قلمروشان می‌پردازد و بیشتر به مالک و التزام‌هایش مربوط می‌شود تا به مال!! پس تنها طرفین قرارداد می‌توانند به تملک و توقیف مال اعتراض کنند. با این حال برخی از شرط عدم انتقال در تقسیم اموال گفته‌اند که در صورتی قابل توجیه است که:

1) یگانگی حقوقی مالی و اموال پذیرفته شود.

2) تقسیم در زمره اعراض ملک و به اعتبار انتقال انجام پذیرد و مخلوط با سایر تقسیم‌ها شود.



باید توجه داشت که در شرط فعل (التزام یا تعهد مالک) نفوذ و اعتبارش نسبی است یعنی محدود به دو طرف قرارداد است. یعنی طرف قرارداد می‌تواند الزام مالک را به مفاد شرط بخواهد و بیگانگان خیر و اگر هم ادعا شود تعهد به خودداری از انتقال نیز به سلب حق انجامیده و فرقی با سلب حق (شرط نتیجه) ندارد. باید گفت که این «تردید در مفاد شرط و قصد مشترک دو طرف است».

### حال ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل یا همان التزام یا تعهد مالک:

اگر شرط فعل از طرف مشروط علیه (یعنی کسی علیه‌اش شرط شده و در واقع متعهد به شرط شده) نقش شده مشروط له (کسی که به نفعش شرط شده) حق دارد:

### ضمانت اجرای خلف وعده شرط فعل:

1) فسخ معامله اول را بخواهد (نه معامله دوم یعنی حق بطلان معامله دو را ندارد، زیرا فرض این که مالک حق عینی متعلق به خود را انتقال داده است. مثلاً اگر شرط فعل بین  $A$  و  $B$  بوده و  $B$  برخلاف شرط ملک را به  $C$  فروخت دو تا معامله داریم:  $B$  با  $A$  و  $C$  با  $B$  که مشروط له تنها می‌تواند فسخ  $A$  و  $B$  را بخواهد و معترض معامله  $C$  با  $B$  نمی‌تواند بشود.

2) خسارتی اگر باشد بگیرد (مطالبه خسارت) (اختلاف در این که شخص می‌تواند خسارت بگیرد یا ابطال را هم می‌تواند بخواهد اکثراً در موردی است که قولنامه فروش ملکی امضا شده و مالک با خلف وعده ملک را به دیگری انتقال داده که در این موارد نکته اصلی این که آیا قولنامه فروش حاوی تعهدی بر نگهداری ملکیت تا هنگام معامله در دفتر اسناد هست یا از مدلول ضمنی آن اینطور برداشت می‌شود؟)

اما در شرط نتیجه یا همان سلب حق انتقال از مالک:

می‌دانیم که اوصاف حق عینی سه تا است:

- 1) استعمال
- 2) انتفاع
- 3) انتقال: که در شرط نتیجه حق انتقال گرفته شده ناقص می‌شود.

اما سلب حق انتقال به دو صورت امکان‌پذیر است:

1) هنگام انتقال ملکیت شرط می‌شود که انتقال گیرنده حق واگذاری به غیر را ندارد. مثلاً فروشگاه‌ای برای مدت 1 سال اجاره داده می‌شود و در اجاره‌نامه حق انتقال به غیر از مستأجر سلب شود یا شهرداری زمین را به شخصی منتقل کند و در سندش شرط کند که خریدار تا 20 سال حق فروش ندارد.

2) مالک در اثر قرارداد به دیگران حق انتقال را از خود سلب کند. مثلاً دانشجو هنگام ورود به کشور قراردادی می‌نویسد که ماشین وارد کرده را تا 10 سال حق انتقالش را ندارد.

اما سلب حق انتقال ممکن است از جهاتی مورد ایراد قرار گیرد:

الف) بر طبق 959 ق.م. قانون مدنی: «هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا بخشی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.» که این ایراد بر قسم اول وارد نیست و در آن

تردید نیست و در مورد دوم هم باید گفت که ناظر به سلب حق به طور کلی است نه جزئی. پس اگر مفاد شرط محدود به زمان مقید یا فرض خاص (مانند فروش به همسایه یا رقیب تجارتي) باشد اسقاط جزئی است نه کلی. مانند پیش‌بینی اسقاط مرور زمان و حق خیار و شفعه در قانون.

ایراد دوم: شرطی که حق انتقال را از خریداری گیرد، مخالف مقتضای عقد تملیکی است و یا به عبارتی مالکی که حق انتقال ندارد عرفاً مالک نیست و اگر درضمن عقد تملیکی بیاید عقد و شرط هر دو باطل است. این ایراد را می‌توان چنین پاسخ داد که نه جزئی کردن اسقاط حق انتقال باعث می‌شود نفوذ شرط محتوای عقد تملیکی از بین نبرد و مالک در عرف هم هنوز مالک. مثلاً اگر خریدار ملکی نتواند آن را مثلاً تا 5 سال دیگر بفروشد عرف باز هم او را مالک می‌داند. (ج) اگر گفته شود: چون حق انتقال در قرارداد معین از مالک سلب شده اثرش نسبی و محدود به همان رابطه و در رابطه او با دیگران نفوذی ندارد. این هم قاطع نیست چون طبیعت حق عینی طوری است که کمال و نقصش محدود به رابطه خاص و نسبی نیست پس در برابر همگان قابل استناد. یعنی مثلاً هر گاه انتقال به غیر از مستأجری سلب شود نفوذ شرط محدود به همان رابطه نیست و ماجر می‌تواند ابطال انتقال منافع به هر شخص دیگری را از دادگاه بخوهد. در واقع چون حق انتقال برای حفظ منافع طرفیت و با تراضی سلب شده تنها همان طرف می‌تواند ابطال را از دادگاه بخوهد. مثلاً اگر شهرداری زمینی را به کسی فروخت با سلب حق انتقال به غیر تنها شهرداری می‌تواند ابطال انتقال را بخوهد و آن شخص.

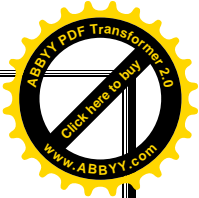
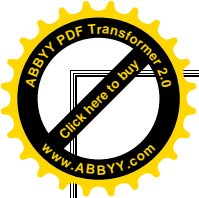
پس نسبی بودن اثر قراردادها سبب می‌شود که معامله مخالف با شرط تنها قابل ابطال باشد از سوی کسی که مشروط له باشد ولی قابلیت استنادش در برابر اشخاص ثالث این نتیجه را می‌آورد که مشروط له بتواند در برابر هر انتقال گیرنده‌ای به مفاد آن استناد کند. مثل حالت بین راهن و مرتهن که سلب حق انتقال عین مرهونه از جانب راهن تنها به سود مرتهن است و فقط او می‌تواند ابطال معامله منافی با حقش را بخوهد یعنی عدم نفوذش را.

### ضمانت اجرای شرط نتیجه:

1) حق فسخ معامله خودش با مشروط علیه به استناد خیار تخلف از شرط (که معمولاً نمی‌کند چون ملک مثلاً گران شده و فسخ به ضررش شده ولی می‌تواند).

2) ابطال معامله دوم یا همان معامله انتقال به غیر (دادخواست به طرفیت مالک و انتقال گیرنده است زیرا نتیجه دادگاه ممکن است حق مالکیت را از انتقال گیرنده بگیرد. پس باید به او امکان دفاع داد).

3) گرفتن خسارت ناشی از عدم انجام تعهد از مالک که موضوع تعهد در فرض ما منفیه ولی این مانع از درخواست جبران خسارت نیست ولی باید توجه داشت که با فسخ قرارداد اصلی یا دوم بخشی از خسارت جبران می‌شود. پس اگر از شماره 1 و 2 مشروط له استفاده کرد اگر خسارتی مانده بود می‌تواند از 3 هم استفاده کند. به همین جهت برای جلوگیری از دشواری‌های احتراز اثبات خسارت مبلغی مقطوع برای الزام متعهد در نظر می‌گیرند به نام وجه التزام ماده 230. اگر



در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه شود حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده محکوم کند.

### حقوق عینی اصلی:

**الف) مالکیت:** حقی است دائمی که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافعش استفاده کند.

با توجه به ماده 29 قانون علقه‌های مردم نسبت به اموالشان عبارت است از:

(1) مالکیت (اعم از مالک عین یا مالک منفعت)

(2) حق انتفاع

- 3) حق ارتفاق به ملک غیر
- 4) حق عینی تبعی (رهن) یعنی مرتهنند.
- 5) حق تحجیر یعنی سنگ‌چینی و صف کردن و مقدمه احیاست (مثل فرهاد کوه‌کن که حجاری می‌کرد).

حق مالکیت اکمل (کامل‌ترین) حقوق عینی است و سه وصف (ویژگی) دارد: که این تقسیم‌بندی مال فرنگی‌هاست:

- 1) حق استعمال (مثلاً خود مالک استفاده کند از ملکش یعنی خودش سکونت کند)
- 2) حق استثمار (مثلاً زراعت کند یا از ریشه ثمره اجاره دهد که موقتی است)
- 3) حق تصرف حقوقی (یعنی نقل و انتقال نماید که دائمی است. مثلاً هبه، فروش، اتلاف و...)

(که در مبحث پیش گفتیم شرط نتیجه (3) یعنی حق تصرف حقوقی را از بین می‌برد ولی شرط فعل را خیر.)

اقبال لاهوری:

دانه را صحرانشینان کاشتند حاصلش افرنگیان برداشتند

اما تقسیم‌بندی داخلی (حقوق خودمان):

مالکیت:

1) مطلق بودن 2) دائمی بودن 3) انحصاری بودن

1) مطلق بودن (ماده 30 قانون مدنی)

هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد و این استثناءها چنان زیاد است که بهتر است بگوییم: «حقی که به مالک اختیار انتفاع و تصرف را در حدود قوانین می‌دهد.»

اما مطلق بودن به دو معناست:

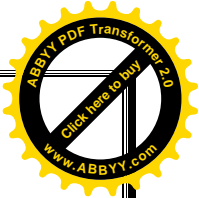
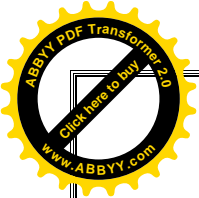
معانی مطلق بودن:

1) گاه در برابر مقید بودن است. یعنی فلانی حقش مقیده یعنی مطلق نیست. یعنی مقید به قیود حق عینی مثلاً قاعده لاضرر: لاضرر و لاضرار فی الاسلام: یعنی در اسلام و حقوق ما اضرار به دیگران مجاز نیست هر چند به نام اجرای حق باشد. اصل 4 قانون اساسی می‌گوید:

هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد. یعنی رفتار مالک محدود می‌شود در انتفاع و تصرف معقول و متعارف و نه به قصد اضرار به دیگران.

4) منافع عمومی: مثل قیده‌های اصل 44 قانون اساسی که می‌گوید:

مالیکت در سه بخش دولتی و تعاونی و خصوصی تا جایی که با اصول دیگر مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور شود و مایه زبان جامعه نشود مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است.



و نشام می‌دهد که حق مالکیت دیگر از حقوق طبیعی و مربوط به شخصیت نیست و وسیله‌ای است برای حفظ منافع عمومی یعنی مثلاً من مالک نمی‌توانم به شهرداری بگویم که در زمین حق زدن تیر برق نداری. چرا که دولت در مقام اعمال حق مالکیت می‌تواند این کار را انجام دهد. انسان، نیز کلاً از مطلق‌ها بیگانه است. مولانا می‌گوید: انسان آزاد، انسانی است که خودش باشد و قیودی چون طماعی، حریصی و تکبر نداشته باشد [یادمان باشد که زنها برخلاف مردها مثل نمرو و فرعون هیچ وقت ادعای خدایی نکرده‌اند].

## 2) دائمی بودن:

جان کلام این که تمام مالکیت‌ها دائمی است مگر اجاره که موقتی است یعنی حق مستأجر به منفعت موقتی است.

در حق انتفاع، منتفع مالک منفعت نیست یعنی در مقام منتفعه و نه در مقام مالکیت ولی در اجاره مستأجر مالک منفعت هست یعنی در مقام مالکیت.

پس با این که هر دو از منفعت استفاده می‌کنند ولی مقامشان فرق می‌کند.

در اجاره دو شرط اصلی است (که در ازدواج موقت هم هست (1) مهریه و (2) مدت دو شرط واجب ازدواج موقت است.)

1) مدت (ماده 486 قانون مدنی: در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است)

2) اجاره‌بها.

اما عقد انتفاعی: 1) می‌تواند با مدت و بی مدت باشد.

2) معوض یا غیر معوض باشد.

3) منتفع مالک نیست ولی مستأجر مالک است.

در اجاره، حق انتفاع انتقال مادی به غیر است و از منفعت به عنوان سکونت استفاده می‌شود ولی (مادی یا حقوقی)

جواب:

از وصف دائمی بودن دو نتیجه گوناگون گرفته می‌شود:

1) حق مالکیت تا موضوعش از بین نرفته باقی است. یعنی حق مالکیت آنقدر با موضوعش آمیخته شده که در دید عرف ماهیتی یکسان دارند و وابستگی حق اعتباری و شیء خارجی آنچنان است که جز در مورد منافع نمی‌توان آن دو را از هم جدا کرد. حق مالکیت با موضوعش انتقال می‌یابد و از بین نمی‌رود و حتی در مواردی که مانعی باعث ناممکن شدن تصرف و انتفاع می‌شود، تا عین باقی است مالکیت از بین نمی‌رود.

مثل بدل حیلوله: که بدلی است حایل (نشانه غاصب) میان مالک و مال و نوعی غرامت است که به مالک داده می‌شود تا در برابر سلطه‌ای که از دست داده از آن بهره‌مند شود. مثلاً اگر کسی انگشتر دیگری را در برکه بیندازد مکلف است که مثل آن را به مالک بدهد ولی اگر بعد از مدتی انگشتر در برکه پیدا شود مالک می‌تواند آن را رد کند و مالش را پس بگیرد. با این حال گاهی در

حقوق ما ارتباط عین مال با حق مالکیت قطع می‌شود بی آن که مالی تلف یا حتی منتقل شود. مثلاً مال موقوف از ملکیت مالک خارج می‌شود و به منتفعات هم انتقال نمی‌یابد زیرا موقوف علیهم تنها حق انتفاع، از عین را دارند پس ماهیت وقف فک ملک است نه تملیک. یا مثلاً اگر کسی از حقی اراض کند حق مالکیت انتقال نمی‌یابد، از بین می‌رود و مال جزء مباحات می‌شود و در اثر حیات حقی دیگر پیدا می‌شود یا در زمره انفال در می‌آید.

2) حق مالکیت در اثر معطل ماندن از بین نمی‌رود: که این نظر در مورد تملک به موجب ارث، قرارداد یا اخذ به شفعه قطعی است و مرور زمان هم اصل حق را از بین نمی‌برد، بلکه اختیار طرح دعوی را می‌گیرد ولی برخی از فقیهان می‌گویند که در اثر بایر شدن زمین ملکیت از بین می‌رود و در زمره اموال عمومی در می‌آید که این نظر فقها مهجور است.

### 3) انحصاری بودن

نتیجه طبیعی مطلق بودن حق مالکیت است (ماده 31 و 308 قانون مدنی): هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون و مواد 308 به بعد غاصب را به رد عین ملک و منافع آن مکلف می‌کند و مسئولیت تلف عین و توابعش را بر عهده او می‌گذارد. یعنی مالک می‌تواند هر تصرفی را که مایل است در مالش بکند و مانع از تصرف و انتفاع دیگران نیز بشود.

اما با این حال انحصاری بودن حق مالکیت هم به قیودی محدود شده است:

1) **حق ارتفاق تحمیلی:** که قانون این حق را به سود عموم به مالکان تحمیل کرده است. مثلاً دولت و یا شهرداری (مؤسسات عمومی) می‌توانند سیم‌های برق و تلفن و گاز و... را در محل‌های مناسب قرار دهند یا ملک مورد نیاز خود را تملک کنند یا زمین بایر را آباد کردن و تملک به دیگران بدهند.

2) **عسر و حرج:** در واقع در این مورد حمایت از گروه‌های نیازمند و اجرای عدالت، دولت را وادار به مداخله کرده است. مثلاً مستأجر محل کسب و پیشه می‌تواند پس از پایان یافتن مدت اجاره، مالک را به تجدید اجاره ناچار کند و همچنین مستأجر محل سکونت به همین استناد از تخلیه ملک خودداری کند.

3) **قرارداد:** یعنی با همین قراردادهای خصوصی مالک باغی می‌تواند حق انحصاریش را محدود کند یعنی منتفع و صاحب حق ارتفاق می‌تواند از مال دیگری استفاده کند و مانع از تصرف مزاحم شود.

**قیود و لجام‌ها و زنجیرهای به پای مالک عبارتند از:**

- 1) قاعده لاضرر (یا به قول فرنگی‌ها سوءاستفاده از حق)
- 2) قاعده عسر و حرج
- 3) منافع عمومی
- 4) قراردادها: یعنی محدودیت‌های قراردادی در اثر اراده مالک بوجود می‌آید و در واقع تأیید اختیار اوست.



5) حقوق ارتفاعی قانون (چون قراردادی هم داریم) که قانون به منظور ایجاد دوستی و جلوگیری از اختلاف بین همسایه‌ها و تأمین حداکثر منافع مالک قسمتی از اختیار مالک زمین را گرفته و نوعی ارتفاع قهری را تحمیل کرده.

#### قاعده لاضرر:

که شأن نزول این قاعده به حدیث سمره بن جندب از عهد پیامبر (ص) برمی‌گردد که وی جعال حدیث بود. در زمان علی (ع) و معاویه درختی خرما در باغ انصاری داشت و بی‌یال‌الله گفتن و با رفت و آمدهای نابهنگامش انصاری را ناراحت کرده بود که انصاری از او به محمد (ص) شکایت کرد و محمد (ص) به سمره گفت که: موقع ورود باید از انصاری اجازه بگیری. ولی وی قبول نکرد که پیامبر (ص) خواست آن درخت را از او بخرد ولی قبول نکرد. حتی پیامبر (ص) به او گفت در مقابلش درختی از بهشت به تو می‌دهم که باز هم قبول نکرد و حضرت محمد (ص) دستور به بریدن درخت به انصاری داد. پس از:

#### معانی لاضرر:

1) ضرر به دیگران مزین به قول حافظ  
2) یعنی حکم ضرری در اسلام نداریم. مثلاً: روزه واجب است ولی اگر مریض هستی نگیر و به خودت ضرر نرسان.

3) ضرر غیر متدارک در اسلام نداریم. یعنی غیر قابل جبران. یعنی ضرر باید جبران شود. مثلاً در مجلس 6 آن قانونی که شوهر می‌تواند به هیچ علتی همسر خود را طلاق دهد را تلطیف کردند و برای زن هم حقی قائل شدند و تبصره ماده 1133 قانون مدنی می‌گوید: «زن نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر از دادگاه تقاضای طلاق کند.»

آب دریا را اگر نتوان چشید                      هم به قدر تشنگی باید چشید

آنچه می‌گویم به قدر فهم تست                      مردم اندر حسرت فهم درست

با این که حق ارتفاع از شاخه‌های مالکیت است ولی می‌تواند لگامی باشد به پای مالک. مثلاً دو زمین  $A$  و  $B$  مجاور همدند و  $A$  می‌خواهد در زمین  $B$  حق عبور (یا مرور یا ممر) داشته باشد ولی  $B$  راضی نیست ولی با این حال قانون‌گذار این حق ارتفاع قانونی تحمیلی را به  $A$  می‌دهد برخلاف میل شخصی  $B$ . پس دیگر در حقوق، چهاردیواری اختیاری نیست.

مثلاً عسر و حرج در فقه فقط در مورد اجاره بود ولی سیدکاظم یزدی گفت که: این قاعده عام‌الشموله و در طلاق هم آن را آورد و همین فتوا شد. ماده ( ) قانون مدنی که می‌گوید: «اگر ادامه زندگی موجب عسر و حرج باشد...» همچنین است که داریم:

ابوحنیفه (مشهور به امیر قیاس) که شاگرد بلافضل امام صادق (ع) بود و امام هم نتوانست او را شیعه کند، یعنی سنی است که حتی مشهور است در قضیه موهای سفید و سیاه، اعتقادی به سوءاستفاده از حق نداشت و در خبر است که همسایه‌اش از او شکایت کرد و او به همسایه گفت که تو هم برو چاهی در خانه‌ات بزن و به دیگری ضرر بزن. پس وی معتقد بود که حق با تقصیر قابل جمع نیست و این یعنی:

«الجواز الشرعی ینافی الضمان»

جواز شرعی با ضمانت منافات دارد.

یعنی شخصی بابت تصرف در مایملکش ضامن نیست حتی اگر به دیگری ضرر برساند ولی الآن مد این حرفها گذشته و امروزه حق با تقصیر قابل جمع است و این شبیه نظریه حقوق فردی فرانسوی‌هاست (متأثر از انقلاب فرانسه) همچنین پلانیوی فرانسوی گفته که: «حق از زمان سوءاستفاده‌اش پایان می‌پذیرد.» اما در مورد سوءاستفاده از حق دو نظریه است:

### 1) نظریه مادی:

که به انگیزه عامل توجه نمی‌کند و تنها به نتیجه عمل توجه می‌شود.

فقها به این قائلند که: «درع المفاسد اولی من جلب المنفعت»

و این یعنی احکام دائرمدارند بر دفع مفسد و جلب منفعت و در تعارض میان این دو، دفع مفسده بر جلب منفعت مقدم است. (مثل مثال چاه زدن در خانه و موجب ضرر همسایه شدن. حال اگر مساوی باشد چه؟)

که در این حالت منفعت مقدم است و تصمیم‌گیری در این مورد هم توسط کارشناس صورت می‌گیرد.

چون همانطور که می‌دانیم امور دو نوعند:

1) موضوعی که با کارشناس است.

2) حکمی که با قاضی است.

پس اگر مفسده زیادتر از منفعت شد، دفع مفسده مقدمه و این یعنی که اگر سوءاستفاده از حق منتهی به ضرر فاحش شود مالک منع می‌شود از این کار. حال ضرر فاحش چیست؟ هر چیزی که مالک را از حوائج اصلیش منع کند (یعنی از نیاز اصلی به مالی منع شود). مثلاً منفعت اصلی از ساختمان سکونت. پس ضرر فاحش به عرف بستگی دارد و:

### ضرر در حقوق:

1) نقص در مال

2) عدم‌النفع (مثلاً نقصی در تاکسی پیدا شود و مانع از مسافركشی و درآمد شود)

3) ضرر معنوی (توهین و اهانت به شخصیت افراد؛ تألمات روحی (که در ایران نداریم. مثلاً کسی شکایت مضاعف کند از قاتل که تو باعث تألمات روحی ما شدی و از جنبه ذهنی و روحی هم به ما ضرر زدی که همچو چیزی در قانون ایران نیست).

نکته: در این که دفع مفسده بر جلب منفعت با شرایطی که گفتیم مقدمه در احکام حقوقی و اسلامی ما تفاوتی نیست و حتی در حقوق فرانسه هم، همچون چیزی نداریم.

نگه کن به احوال زندانیان که ممکن بود بی‌گناه در میان

مولانا: مال آدم یک بار می‌رود ولی آدم 50 بار.

### 2) نظریه معنوی:

که قائل است به این که حق مطلق نیست و نسبی است [البته هر دو نظریه قائل به نسبیت هستند] و به انگیزه توجه می‌کند نه به نتیجه عمل. مثلاً: شخصی دیواری ایجاد می‌کند در جهت دفع دزد یا منع نظر در حریم خانه که این عمل جایز است ولو این که موجب منع نور آفتاب برای همسایه شود و در واقع اینجا دیگر به بلندی و کوتاهی دیوار کاری نداریم و به انگیزه‌ها توجه می‌شود.

موضوع ماده 132 قانون مدنی تعارض میان دو قاعده تسلیط و لاضرر است که هر دو از حدیث هستند.

به موجب قاعده تسلیط: ماده 30 قانون مدنی: هر مالکی می‌تواند همه گونه تصرف در مالش بکند هر چند که عملش موجب ضرر به دیگران شود: «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» و به موجب قاعده لاضرر: هیچ کس حق ضرر زدن به دیگری را ندارد.

این دو قاعده در مرحله وضع با هم تعارضی ندارند زیرا لازمه تصرف و انتفاع در ملک، اضرار به دیگران نیست ولی گاه اجرای این قانون با هم ممکن نیست. مثلاً در تصرفی که به زیان همسایه است اجرای قاعده تسلیط آن را ممکن و اجرای قاعده لاضرر آن را ممنوع می‌کند و چاره و راه حل در ماده 132 قانون مدنی آمده:

یعنی اگر مالک در تصرفاتش این دو شرط را رعایت کند تسلیط مقدم است:

- 1) تسلیط عرفی باشد (به قدر متعارف) مثلاً اگر عرف است که دیوار چاه را سیمان اندود کنند این کار انجام شود تا رطوبت به ملک همسایه سرایت نکند.
- 2) برای دفع مفسده یا جلب منفعت باشد (یعنی برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود) که اعتبار این امر هم عرفیه. مثلاً اگر کسی پشت دیوار همسایه‌اش باغچه‌ای بکند و رطوبت به خانه همسایه سرایت کند باید دید که آیا عرف قبول می‌کند که زدن این باغچه آنقدر ضروری بوده که بتوان گفت مالک از نظر روحی به باغچه نیاز داشته؟

مثلاً ایجاد بوی ناشی از پخت و پز و صدای ناشی از رفت و آمد با ماشین که محدودیت‌های طبیعی و متعارف شهرنشینی است مانعی ندارد و از نظر عرف پذیرفته شده که مزاحمت نیست. پس اگر هر دو شرط یا یکی از آنها زیر پا گذاشته شده دیگر تسلیط مقدم نیست و لاضرر مقدم است.

گر بود لطفش کج و معنیش راست آن کجی لفظ مقبول خداست

مثلاً در قانون مجازات اسلامی ما: اکراه مجوز قتل نیست یعنی مثلاً اگر من اسلحه را بگذارم پشت سر شما و بگویم که فلانی را بکش یا من می‌کشم، فقها و از جمله انصاری در مکاسب می‌گویند: که حیات خودت مقدم بر حیات دیگری است ولی قانون‌گذار در اینجا نظر فقه را نپذیرفته و می‌گوید: اگر تهدید شدی که بکش و گرنه می‌کشم تو حق کشتن نداری و اگر بکشی قاتلی. پس قانون ما در باب قتل نظر فقه را نپذیرفته ولی در امور مدنی پذیرفته اما مشروط یعنی نتوانسته طرف یکی را بگیرد و در واقع الجارثم‌الدار یعنی حق همسایه را پایمال کرده و طرف مالک را گرفته.

سؤال: اگر تصرف زیانبار همسایه به اذن دولت انجام شده باشد آیا باز هم می‌توان به دلیل تجاوز از حدود متعارف از آن جلوگیری کرد؟ مثلاً اگر مالکی به منظور استخراج معدن واقع در ملکش از دولت پروانه حفر بگیرد و گودال‌هایی که می‌کند باعث سستی پی ساختمان همسایه شود آیا می‌توان از دادگاه خواست که جلویش را بگیرند؟ یا خیر.

در پاسخ به این سؤال سه راه حل محتمل است:

1) اجازه مقام اداری دولت مسئولیت اقدام کننده را از بین می‌برد و وی دیگر مسئول نیست چرا که مجوز از دولت گرفته.

2) اجازه مقام اداری دولت مانع از این است که دادگاه بتواند نهاد تأسیسی به اذن دولت را از بین ببرد یا مانعش شود ولی همسایه زیان دیده می‌تواند خسارت ناشی از اقدام نامتعارف را از دادگاه بخواهد.

3) اذن مقام اداری دولت قطع نظر از عوارض خارجی است و اضرار به همسایه را مباح نمی‌کند یا به عبارتی دیگر هر گونه اذنی (حتی اذن دولت) مقید به رعایت حقوق اشخاص ثالث است و رعایت مقررات مجوز بی‌احتیاطی نیست.

که به نظر می‌رسد نظر سوم منطقی‌تر و بهتر است.

همچنین باید گوشزد کرد که تقدم در تصرف نیز مانع از اجرای ماده 132 نیست مگر این که جمعی باشد و حدود متعارف را تغییر دهد. مثلاً:

اگر در محلی که به طور معمول کارخانه‌های گوناگون احداث می‌شود مالکی برای استفاده مسکونی آپارتمانی بسازد نمی‌تواند از دیگران بخواهد که مانع آسایش نشوند و هوا را آلوده نکنند ولی اگر از قدیم کارخانه یا گاوداری در محله مسکونی باشد قدمت تصرفش او را از امکان اعتراض همسایه‌ها مصون نمی‌دارد.

#### نهادن سر تیر بر دیوار اختصاصی:

که از نزاعات شایع میان همسایگان است و آن این که مالکی به همسایه اذن داده تا سر تیر بنایش را بر دیوار او قرار دهد و پس از مدتی اختلاف می‌شود و مالک ادعا می‌کند که با دادن اذن، ملزم نشده و حقی به همسایه نداده پس می‌تواند از اذنش عدول کند و از همسایه بخواهد که سر تیرش را بردارد و همسایه می‌گوید که بنای درخواستش و احسان مالک از ابتدا این بوده که تا عمارت هست سر تیر هم بماند و هیچ عاقلی بنای خود را بر پایه یک اذن ساده قرار نمی‌دهد.

#### اما راه حل‌ها:

1) مالک می‌تواند هر وقت خواست از اذنش رجوع کند زیرا حقی برای همسایه ایجاد نشده و تنها انتفاع همسایه از دیوار مباح شده و این یعنی اذن محض.

2) ایجاد حق عینی: مالک حق ندارد از اذنش رجوع کند چرا که بنای دو طرف ایجاد التزام بوده.

3) که جمع 1 و 2 است. یعنی: مالک اختیار رجوع از اذن داد ولی باید خسارت ناشی از آن را بدهد.

4) رجوع از اذن ممکنه ولی تا جایی که باعث ضرر همسایه نشود پس مالک می‌تواند با رجوع از اذن در برابر انتفاع از دیوار اجرت‌المثل بخواهد ولی اختیار خلع ید همسایه را ندارد. پس داریم:

### رجوع:

ضرری

لاضرری

پس در (4) گفتیم که رجوع ضرری نباشد.

که در واقع اختلاف در این راه‌حل‌ها به اختلاف در تعبیر تراضی دو طرف برمی‌گردد. اما ماده 120 قانون مدنی:

اگر صاحب دیوار به همسایه اذن بدهد که روی دیوار او سر تیر 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.

اما وجه التزام یعنی چه؟ دکتر کاتوزیان نظرشان بر اینست که بر طبق اصل آزادی قراردادهای (ماده 10 قانون مدنی) برای نفوذ تراضی و ایجاد التزام هیچ قالب پیش ساخته‌ای ضروری نیست و منبع نیروی الزام‌آور قرارداد، مفاد تراضی و اراده طرفین است نه صورت آن و ضرورتی ندارد که حتماً التزام در قالب عقود معینه لازم یا شرط ضمن آن بیان شود. و باید جستجوی اراده واقعی دو طرف بود و «العقود تالعه للقصود». پس اگر احراز شد که مفاد تراضی یا بنای طرفین بر ایجاد التزام بوده و باید از آن پیروی کرد.

و در ادامه دکتر کاتوزیان قائلند بر این که:

اگر صاحب دیوار بی هیچ و شرطی به همسایه اذن دهد می‌توان ادعا کرد که مقصود ایجاد حقی به نفع همسایه بوده و انسان عاقل (سر تیر یا بنایش) را بر مبنای اذنی ساده بر دیوار دیگری نمی‌نهد (الفاظ عقود محتمل است بر معنای عرفیه) و مالک دیوار ملتزم شد. اما دکتر کاتوزیان حق ناشی از التزام را حق ارتفاع ندانسته بلکه آن را عاریه دائم می‌دانند مثل عاریه برای رهن. پس جنون یا مرگ اذن دهنده آثارش را از بین نمی‌برد و اباحه انتفاع تا زمان بقای دیوار و عمارت متکی بر آن، باقی است.

ولی اگر احراز شود مقصود اذنی ساده و ایجاد اباحه بوده صاحب دیوار می‌تواند رجوع کند. مشروط بر این که رجوعش ضرری نباشد و اگر ضرری باشد دادگاه می‌تواند به خاطر سوءاستفاده از حق به قصد اضرار از اقدام مالک جلوگیری کند.

اما چند نکته و ایراد به نظر دکتر کاتوزیان:

ماهیه اذن نهادن سر تیر:

- 1) عاریه دائم (که نظر دکتر کاتوزیان است).
- 2) حق ارتفاع که می‌دانیم همیشگی است.
- 3) اذن محض (که نظر قانون مدنی)

## و از طرفی می‌دانیم که عقد:

لازم که قابل فسخ نیست و پشیمانی سودی ندارد مگر فسخ‌های قانونی. چیزی که ذاتاً قابل فسخ است.

## و خود فسخ هم بر دو قسم است:

قراردادی: مثلاً تا دو ماده حق فسخ داریم.  
قانونی مثل خیار عیب.

می‌دانیم که عاریه عقدی است جایز و در قانون مدنی که آمده: «مگر به وجه ملزمی...» منظورش عقد لازم است یعنی اعطای اذن در ضمن عقد لازمی درج شده باشد. یعنی: مالک (اذن دهنده) و همسایه (مأذون) باشد و اذن در قالب عقود لازمی باشد تا اذن کسب لزوم کند و این یعنی:

وقتی که دکتر کاتوزیان گفته‌اند عاریع دائم (یعنی بی مدت) عاریه که جایزه پس چه جوری الزام ایجاد می‌کند؟ مگر همین طوری می‌شود عاریه را که عقدی جایز است لازم کرد؟  
بله دکتر کاتوزیان می‌توانستند بگویند که «عاریه را می‌توان در ضمن عقد لازمی لازم کرد. چرا که می‌توان عقد جایزی را در ضمن عقد لازمی شرط کرد و این باعث می‌شود که عقد جایز، لازم شود. مثلاً:

در طلاق خلع (توافقی) در دادگاه گفته می‌شود که: زن مثلاً یک پنجاهم از سکه‌های مهریه را به شوهر بفروشد یا هبه کند و وکالت در طلاق را (چون وکالت عقدی است جایز ولی هبه و بیع لازمند) ضمن آن عقد بیع یا هبه شوهر به زن بدهد چون وکالت جایزه و نمی‌تواند مستقلاً لازم شود مگر ضمن عقد دیگری که لازم است شرط شود. [می‌فروشم به شرطی که وکیل باشم در طلاق].

و مثل همین قضیه را می‌توان در مثال سر تیر پیاده کرد. پس:

دادن اذن از چند راه می‌شود:

- 1) ضمن عقد لازم
  - 2) ضمن ایقاع لازم
  - 3) اصلاً ضمن نباشد بلکه خودش الزام‌آور باشد (یعنی خودش هم ایجاد باشد و هم لازم).
- و از طرفی نظر دکتر کاتوزیان برعکس قانون است چرا که قانون مدنی می‌گوید: مقصود اذن محض است مگر خلافش ثابت شود ولی آقای دکتر کاتوزیان بر این قائلند که نه حق است آن هم عاریه دائم.

پس برخلاف نظر دکتر کاتوزیان بر این قائلیم که عقد جایز را نمی‌توان بدون شرط لازم کرد.

هرگز نمیرد آنکه دلش زنده شد به عشق  
چند گویم تو را کین انگبین  
ثبت است بر جریده عالم دوام ما  
زهر قتال است از آن دوری گزین  
هر که را مردم سجودی می‌کنند  
زهر اندر جان او می‌آکنند

## اما تفاوت حق ارتفاق با عاریه دائم:

1) حق ارتفاق مثل مالکیت مستمر و دائمی است و تغییر وضع استفاده آن را از بین نمی‌برد ولی عاریه دائم ناظر به حفظ وضع موجود و مقید به همان شرایط است. پس اگر حق ارتفاق باشد التزام ناشی از اذن، اگر سر تیر یا عمارت برداشته شود یا به خاطر حادثه‌ای (مثلاً خرابی دیوار) وضع موجود بهم بخورد چون حق ارتفاق دوباره گذاشتن سر تیر اذن مجدد نمی‌خواهد ولی چون قانون گفته که «ماده 121 قانون مدنی: هر گاه کسی به اذن صاحب دیوار، سر تیر بگذارد و بعد آن را بردارد نمی‌تواند مجدداً بگذارد مگر این که اذن مجدد بگیرد.» پس حق ارتفاق نیست و عاریه دائم است (از نظر دکتر کاتوزیان) و مستمر و همیشگی نیست و اگر از بین رفت اذن مجدد می‌خواهد.

2) پیش از نهادن سر تیر می‌توان از اذن رجوع کرد اما حق ارتفاق قابل رجوع نیست.

### نکته دیگر:

بنا به ماده 114 قانون مدنی در مورد دیوار مشترک: «هیچیک از شرکا نمی‌تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک کند مگر این که دفع ضرر به نحو دیگری ممکن نباشد.» پس اگر دیوار مشترک خراب شود هیچیک از شرکا را نمی‌توان به تجدید بنای دیوار اجبار کرد. ولی این حکم از دو جهت تعدیل شده:

1) دفع ضرر به نحو دیگری ممکن نباشد.

2) شریکی بدون آن که ضروری باشد، دیوار را خراب کند.

یک سؤال: با توجه به این که حکم صریحی در قانون مدنی نسبت به دیوار اختصاصی وجود ندارد آیا حکم فوق در مورد دیوار مشترک را در مورد دیوار اختصاصی نیز قابل اجرا است؟ پاسخ: بله. چون هیچ همسایه‌ای نمی‌تواند مالک مجاور را به تعمیر یا ساخت دیوار اختصاصی خود اجبار کند و این از آثار اجرای اصل تسلیط و اصل نداشتن ولایت بر دیگری است (همچنین ماده 123 قانون مدنی) همچنین استثنای حکم ماده 114 را نیز می‌توان به دیوار اختصاصی سرایت داد و آن را از مصادیق حکومت لاضرر بر تسلیط شمرد پس اگر همسایه بتواند با دیوار کشیدن در ملک خود دفع ضرر کند اجبار مالک لازم نیست ولی اگر به دلیل وضع ویژه ملک این کار ممکن نباشد در اجبار او نباید تردید کرد.

فصل دوم: مالکیت

تعریف مالکیت

\*قانون مدنی ما تعریفی از آن نکرده و فقط محتوای آن را گفته (ماده 30).

**محتوای آن در ماده 30:** هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده است.

دکتر امامی در تعریف مالکیت: عبارت از رابطه‌ای که بین شخص و شیء مادی تصور شده و قانون آن را معتبر دانسته و به مالک حق می‌دهد که انتفاعات ممکنه را از آن ببرد و کسی نتواند از آن جلوگیری کند.

دکتر کاتوزیان در تعریف مالکیت: حقی است دائمی که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین تصرف در حالی را به خود اختصاص دهد و به هر طریق که مایل است از تمام منافع آن استفاده کند.

### اوصاف مالکیت

(در فقه به این شکل است)

#### 1- مطلق بودن: (به دو لحاظ)

1- قابل استناد در برابر همه است- احترام به همگان- در مقابل نسبی بودن.

2- مالک حق هر گونه تصرف و انتفاع را دارد (مگر به حکم قانون).

سؤال: آیا استثناء مطلق بودن را نفی می‌کند؟

جواب: در مقایسه با حق انتفاع و ارتفاق یک حق مطلق است. در حق انتفاع نحوه مصرف باید تصریح گردد. در حالی که در مالکیت، اصل آزادی است مگر در مواردی که قانون استثناء کرده است.

#### 2- انحصاری بودن:

\*انحصاری بودن نتیجه طبیعی اطلاق اختیار مالک و لزوم رعایت احترام آن از طرف تمامی مردم است. پس مالک می‌تواند هر تصرفی را که مایل باشد در مال بکند و مانع دیگران بشود. معنی آن: منحصرأ مالک از تمامی امتیازات حق برخوردار است از جمله: منع دیگران در استفاده از مال. مثال: ورود دیگران به باغ به قصد تفرج که می‌تواند آن را منع کند و این امر به استناد انحصاری بودن است.

#### صفت انحصاری بودن در قانون اساسی:

قانون اساسی در اصل 22: مال از تعرض مصون است. بعد گفته مسکن از تعرض مصون است. یعنی حق شخص بر محل سکونت و زندگی شخصی وی مورد حمایت قرار گرفته است که از مصادیق حقوق شخصیت می‌باشد

#### 3- دائمی بودن:

1- حق مالکیت بدون مدت است تا هنگامی که شیء موضوع حق باقی است، با مرگ پایان نمی‌پذیرد، با انتقال به دیگری این حق از بین نمی‌رود منتهی مالک تغییر کرده، پس حق جدیدی برای خریدار به وجود نیامده است.

2- حق مالکیت: مستقل از اجرای آن است: با عدم استفاده از بین نمی‌رود، مشمول مرور زمان مسقط حق نمی‌شود حتی در؟؟؟ که مرور زمان مسقط حق وجود دارد حق مالکیت مشمول آن نمی‌شود، مگر این که دیگری از مرور زمان موجد حق یا مملک استفاده کند.

\*دائمی بودن حق منوط به بقای شیء مورد تملک است.

\*استثناء دائمی بودن: مالکیت منفعت !! ...

#### عوامل زوال حق مالکیت:

1- در انهدام مادی شیء موضوع حق: مالی در آتش می‌سوزد.



2- عدم امکان اجرای حق بر اثر تغییرات ناشی از نیروی طبیعی، مثلاً ملک کسی بر اثر بالا آمدن سطح آب دریا ضمیمه آن شود. **نکته:** اگر سطح آب پایین رفت و زمین خارج شد، دوباره به مالکیت مالک برمی‌گردد.

3- اعراض از شیء موضوع حق: مباح عرضی یکی از اقسام مباحات بوده که در نتیجه اعراض شخص از ملک به وجود می‌آید. پس اعراض یکی از عوامل پایان؟؟ مالکیت است.

**نکته مهم:** در قولنامه حق مالکیت موقتی است یا در بیع عهده: حق مالکیت مایع بر مبیع موقتی است و با فرا رسیدن مدت عهده، مالکیت وی پایان می‌پذیرد.

(بیع عهده: مواردی است که حق مالکیت جنبه موقت دارد. مثلاً عین معینی را بیع کند و قرار بگذارند که دو ماه دیگر تحویل دهد. در اینجا مالکیت با بیع موقتی است و همان دو ماه می‌باشد.)

**تعریف حق مالکیت:** رابطه‌ای است اجتماعی- اعتباری- قراردادی میان یک شخص یا گروه با یک شیء که بیانگر مشروعیت تصرفات مالک در ملک خود و جلوگیری او از تصرف دیگران در آن است.

1- مالکیت ملک امر عینی، فیزیکی نیست: فیزیکی یعنی چیزی دارای واقعیت باشد، هر چند ذهنی و صاحب ذهنی در جهان نباشد. این درخت در کنار خیابان وجود دارد. خواه تصور کننده او در جهان باشد، خواه نباشد. مسأله یک واقعیت عینی و خارجی است.

2- واقعیت‌های اعتباری: چیزهایی که واقعیت دارند اما به شرط آن که اعتبار کننده و صاحب ذهنی در جهان باشد و مالکیت نیز از همین قبیل است. وجود تکلیفی یعنی احکام واجب- حرام- مستحب- مکروه- مباح- که احکام تکلیفی‌اند، از همین قبیل می‌باشند.

3- مالکیت امری اعتباری است که در زندگی اجتماعی به وجود می‌آید. اگر در دنیا یک انسان وجود می‌داشت، چه بسا زمینه این فکر که من مالک چیزی هستم برای او فراهم نمی‌شد.

4- مالکیت امری قراردادی است. وقتی انسان‌ها با همدیگر زندگی می‌کنند، یک سلسله قراردادها به وجود می‌آید. لازم نیست دو یا چند نفر گرد هم بنشینند و قرار بگذارند بلکه گاهی قراردادها خود به خود به وجود می‌آیند.

پس مالکیت رابطه‌ای است: اعتباری- اجتماعی و قراردادی میان مالک و ملک.

**مالک می‌تواند:**

شخص باشد

گروه باشد. پس از مرگ مالک، تبدیل به رابطه گروهی می‌شود.

**مشروعیت حق نسبی است:**

1- حق همه گونه تصرف را دارد.

2- منع دیگران

**«حدود اختیارات مالک» یا «امتیازات حق مالکیت»:**

از قدیم حق مالکیت را مورد تجریه قرار می‌دادند و در آن سه امتیاز را برای مالک باز می‌شناختند.

## 1) استعمال 2) استثمار 3) حق اخراج از ملک

**1) حق استعمال:** ملموس ترین وجه و چهره حق مستقیمی است که مالک بر شیء مورد تملک خود دارد. به عبارت دیگر به کار بردن مستقیم مال توسط خود مالک را حق استعمال گویند. برخلاف حق استثمار که دیگر، مالک در بکار بردن مال مباشرت ندارد. مثلاً سکونت مالک در خانه اش استعمال حق مالکیت است ولی اجاره دادن و استفاده از اجاره بها اعمال حق استثمار است چون در مورد اول مالک مستقیماً بهره می برد ولی در مورد دوم به طور غیر مستقیم بهره می برد، چون مباشرت ندارد.

### موارد حق استعمال:

1- ماده 30 قانون مدنی محتوی را گفته (شاید بگوییم: انتفاع متضمن حق استعمال نیز هست).  
2- مالک شخصاً استفاده می کند یا خانواده اش - شکل و شیوه شخص، بهره گرفتن و انتفاع از مال است - (مباشرت شرط است ولی در حق استثمار مباشرت نیست. مثل اجاره دادن و اخذ مال الاجاره).

3- در شیوه استفاده از مال آزاد است - حتی می تواند استفاده غیر متعارف کند. مثلاً خرید اسب مسابقه ای و در کار کشاورزی استفاده کند - یا اصولاً استفاده نکند.

حق استعمال مورد احترام مقنن در قانون موجر - مستأجر سال 56 بوده است.  
بند 3 آن: تخلیه به منظور احتیاج شخص موجر برای کسب پیشه - یا اگر برای سکنی هم مناسب باشد، می تواند درخواست کند.

**حق استثمار:** تنها به معنی بهره برداری و فایده بردن نیست و می توان بهره نبرد و آن را معطل گذارد.

### مواد حق استثمار:

معنی آن: مالک می تواند از مال بهره بگیرد و یا معطل بگذارد. (ماده 30 از حق استثمار تصریح کرده) پس دو جنبه دارد: 1- بهره گرفتن، 2- اگر مالک بخواهد می تواند بهره نگیرد. مثلاً مقدار پول داریم: هر گونه استفاده می توان کرد: پس انداز، تجارت و... یا زمین داریم می توانیم بکاریم یا ساختمان بسازیم یا معطل بگذاریم.

\* حق استثمار متضمن این حق نیز هست که مالک می تواند منافع بدست آمده را نگه دارد یا آن را به وسیله عمل مادی یا حقوقی بفروشد.

## 3- حق اخراج از ملک: چه امتیازاتی به مالک آن می دهد؟

حق مالکیت در این امتیاز به نقطه اوج خود می رسد. یعنی حق اخراج از مالکیت به صورت یک حکومت کوچک جلوه می کند. چون متضمن این است که مالک می تواند با انجام اعمال مادی یا حقوقی، ملک خود را از مالکیت خارج سازد. موارد:

1- یعنی مالک می تواند با انجام اعمال مادی یا حقوقی مایملک خود را از مالکیت خارج سازد. مثلاً: مال مصرف شدنی: مصرف کند - اعراض کند - انتقال دهد - هبه کند.

2- حق اخراج در بعضی مزییق: حق انتقال مالکیت مال است. ممکن است مال غیر قابل انتقال شود ولی این امر موقتی است. مثل مالکیت اداری که همان مالکیت اشخاص حقوق عمومی به اموال عمومی، اگرچه قابل تملک خصوصی نیست. ولی این غیر قابل انتقال بودن، ابدی نیست، بلکه اگر تبدیل به اموال اختصاصی شد با رعایت مقررات قابل انتقال است. یا نفایس ملی با تصویب مجلس قابل انتقال است یا وقف عام و خاص که حبس؟ است که قابل فروش است.

### آثار حق اخراج:

- 1- رهن کند (انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد) ولی اگر از دین، خودداری کند مرتهن آن را در ازای دین خود تملک می‌کند.
- 2- تجزیه حق مالکیت کند. مثلاً می‌تواند حق انتفاع از مال خود را به دیگری واگذار کند. مثل اجاره دادن خانه که مالکیت منافع را منتقل کرده است.
- 3- می‌تواند استفاده نکند از آن. مثال: زمین مالک در کنار ملک دیگری است نمی‌توان او را وادار به فروش کرد.

پس حق اخراج همانند حق استعمار دو جنبه دارد:

- 1- حق انتقال مالکیت خود به دیگری
- 2- در صورت خواستن، عدم استفاده از این حق ← ماده 31. در قانون صحبت کرده: مالک حق هر گونه تصرف را دارد: قسمت اول ماده 30، قاعده الناس مسلطون می‌باشد.

محدودیت های ناشی از مجاورت املاک (تحدید حق مالکیت):

- 1- رعایت حقوق دیگران
  - 2- تأمین منافع خصوصی
- اصل 40 قانون اساسی: مصداق مهم و بارز «سوءاستفاده از حق» است. هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

### زیان برای همسایه:

- 1- مادی باشد. 2- مادی نباشد. 3- ارزش املاک مجاور کاهش یابد. صافکار یا جوشکاری در کنار همسایه باشد.

مثال فاصل: چیزی است که دو ملک را از هم جدا می‌کند. ممکن است دیوار، چاله یا یک درخت باشد. حال اگر مالک در کنار فاصل درختی بکارد- ریشه آن وارد زمین همسایه می‌شود پس به حریم او تجاوز کرده است.

مصادیق مسأله سوءاستفاده از حق: ماده 1036: در نامزدی یعنی نامزد نمی‌تواند سوءاستفاده از حق نماید. ولی ماده 1036 در سال 61 حذف شد. این اقدام به مبنای جلوگیری از سوءاستفاده از حق صدمه نمی‌زند و تنها مصادیقی از تقصیر در اجرای حق را حذف می‌کند.

### ماده 132: منع مالک از انجام برخی تصرفات زیانبار

قول 1: هیچ کس بر اثر اعمال حق خود، مقصر انگاشته نمی‌شود.

قول 2: از حق خود نباید سوءاستفاده (استفاده غیر عادلانه) کرد. اگر مالک نفعی نبرد و قصدش اضرار باشد این یک نوع خبائث و شیطنت است و لذا مسئول می‌باشد ← تحت عنوان سوءاستفاده از حق تعبیر می‌کنند.

### [تقسیم‌بندی دیگر]:

الف) جمعی پذیرفته‌اند که هیچ کس به استناد داشتن حق عمداً نمی‌تواند ضرر بزند یعنی تنها تقصیر عمدی را سبب مسئولیت دانسته‌اند.

ب) گروه دیگر حق را نسبی و محدود به مبنای اجتماعی آن می‌دانند و تجاوز از اهداف اجتماعی مقنن را مانع از اجرای حق می‌دانند.

ج) گروه سوم قواعد عمومی مسئولیت را در اجرای حق اعمال می‌کنند یعنی کسی که صاحب حق است ممکن است خطاکار باشد و معیار تشخیص خطا مانند سایر موارد، رفتار انسانی معقول و متعارف است.

**قاعده لاضرر:** اعمال حق مالکیت را محدود کرد. (قاعده تسلیط ← ماده 30: قاعده تسلیط را می‌گوید).

1- از عقلیه است (بدون حکم شارع)

قضیه سمره بن جندب. دشمن سرسخت علی (ع) بود. 400 هزار درهم از معاویه پول می‌گرفت و حدیث جعل می‌کرد. یکی از خوشخدمتی‌های او این بود که حدیث جعل می‌کند که آیات 204 و 205 سوره بقره در باره علی (ع) است و آیه 207 در باره ابن ملجم است. والی بصره می‌شود- بعد توسط معاویه خلع می‌شود و می‌گوید: خدا معاویه را لعنت کند، بخدا قسم آن گونه که معاویه را اطاعت کردم اگر خدا را اطاعت می‌کردم، هر چه از او طلب می‌کردم به من می‌داد. تعارض قاعده لاضرر- تسلیط: لاضرر حکومت دارد و به استناد ماده 132.

### شرایط ماده 132:

1- به قدر متعارف باشد (اجرای هر حق محدود به هدفی است که قانون در نظر گرفته. مالک باید قواعد عرف را در تصرف خود رعایت کند) اگر متعارف باشد ولو این که برای رفع حاجت یا دفع ضرر باشد، مسئولیت‌آور است. مثلاً کندن حوض در خانه. اگر در عرف معماری لازم باشد که حوض با سیمان ساخته شود باید این کار را بکند.

2- برای رفع حاجت یا دفع ضرر باشد. (در تشخیص احتیاج ملک نیز نظر عرف مناط اعتبار است). شهرکی لوله‌کشی آب نداشته و هر کس ناچار است که چاه بکند. این کندن اگر به قدر متعارف باشد، ضامن نیست ولو آب همسایه کم شود.

مثال دفع ضرر: آمدن سیل و گذاشتن شن جلوی خانه. اگر آب به خانه همسایه رود، ضامن نیست.

**راه حل ماده 132:** می‌توان این گونه توجیه کرد: تصرف مالک در ملک خودش. موجب تضرر همسایه و عدم تصرف وی سبب ورود ضرر به خود اوست. تعارض در ضرر است و قاعده تسلیط که مجوز تصرفات مالک است حاکم می‌شود. «اذا تعارضاً با تساقط، ردّ الی اصله». دلیل مرحوم شیخ:

شیخ علاوه بر استناد به دلیل ساقط ضرر مالک و همسایه، به قاعده نفی عسر و حرج استناد نموده. یعنی منع مالک از تصرف در ملک خود برای دفع ضرر از وی برای او موجب عسر و حرج است.

سوءتصرف مالک: (1 و 4 حرام و موجب ضمان است).

تصرفی که به قصد اضرار همسایه باشد.

تصرفی که لازم است به نحوی که ترک آن موجب ضرر مالک و انجامش موجب ضرر دیگری می‌گردد.

تصرفی که فایده دارد ولی به زیان همسایه تمام می‌شود.

تصرفی که نفع و ضرر برایش ندارد و به زیان همسایه است.

**نظریه مشهور:** از باب تعارض ضرر دو شخص است و چون ترجیحی وجود ندارد، دلیل تسلیط باقی است.

منتهی تأثیر تصرف مالک:

1) تصرف از باب تسبیب است. کندن چاه و سرایت رطوبت به همسایه. قاعده نسبیب جاری است.

2) تصرف در ملک غیر نیست: مثل بالا بردن دیوار: قاعده تسلیط حاکم است.

فصل سوم: شاخه های مالکیت

**اموال، ص 177:**

**نکته اول:** منتفع چون مالک منافع نیست با مرگ او این حق از راه وراثت به ورثه نمی‌رسد. اشتباه نویسندگان قانون مدنی آن است که این مورد (مرگ) را در ردیف اسباب زمان در ماده 51 نیاورده است. حال آن که در فقه این نظر از اسباب زوال شمرده شده است و ماده 617 فرانسه قبول کرده است.

**نکته دوم:** عمر به مدت عمر مالک: با مرگ از بین می‌رود، منتها زوال عقد به دلیل انقضای مدت است نه به دلیل مرگ. حالا اگر به جای مالک، منتفع بمیرد، ورثه او حق استفاده دارند اما نه از راه وراثت بلکه به استناد عدم انقضای مدت عمر عقدی.

**نکته سوم:** عمری از عقود رایگان است.

**تفاوت عاریه و عمری:** عاریه هم موجب حق انتفاع است ولی عمری، عقد لازمی است و عاریه جایز. ذکر مدت در عقد عاریه لازم نیست ولی می‌توان مدت آن را ذکر نمود.

عمری از طرف مالک لازم است ولی عاریه از هر دو طرف جایز است.

**انتفاع:**

**رقبی:** اگر پیش از سپری شدن مدت، منتفع بمیرد، ورثه بهره‌ور می‌شوند اما نه به عنوان وراثت (بند 1 ماده 51 قانون مدنی).

ولی ید ورثه، ید متلقى از مالک است نه از مورث. اگر مالک هم در مدت رقبی بمیرد، عقد منحل نمی‌شود.

\*ممکن است عقد مرکب از عمری (برای مالک) و رقبی (برای ورثه ملک) باشد. مثال: مالک گوید: این زمین را انتفاعاً به عمر تو دادم و سپس تا 10 سال برای وراثت تو باشد. حبس مطلق (ماده 44): ص 186، کتاب اموال لنگرودی.

**حبس مطلق:** عقد لازم قابل رجوع است و با فوت و جنون و سفه یکی از طرفین منحل نمی‌شود. اگر با فوت مالک از بین می‌رود به این جهت است که عقد، مدت‌دار بوده و مدت آن تمام شده است. این را پایان عقد می‌گویند نه انحلال آن، زیرا در انحلال یک عقد باید مقتضی دوام عقد وجود داشته باشد ولیکن مانعی موجب گسستن آن گردد.

#### **ماده 45: حق برای معدوم:**

این ماده شبیه ماده 69 قانون مدنی (وقف به معدوم) است. در ماده 51 قانون مدنی این فرض را فراموش کرده‌اند و باید ذکر می‌کردند.

#### **ماده 51: راه‌های زوال انتفاع:**

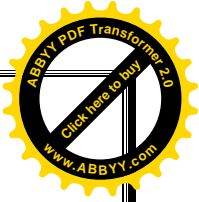
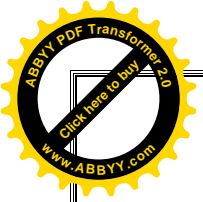
الف) انقضای مدت

ب) تلف مال.

قانون ایران مرگ مباح له را نپذیرفته است و حق با اوست، زیرا گفته شده است که تعیین مدت برای حق انتفاع به این معنی است که اگر منتفع قبل از رسیدن آن بمیرد، حق انتفاع از جانب مالک تبعاً برای ورثه او مقرر شده است و این دلیل به معنی وراثت نیست.

**یک اشکال:** اگر این مطلب صحیح باشد، دیگر چه نیازی که مقنن، ایجاد حق برای معدوم را به تبع موجود در ماده 45 تصویب کرده است؟

پاسخ آن است که ماده 45 در خصوص موردی است که منتفع هنوز دارای فرزند نیست و مطلب فوق (دکتر لنگرودی) در جایی است که منتفع دارای فرزند است.



خلاصه مدنی 2

## ترکه در حقوق ایران:

وجود دین مانع انتقال ترکه به ورثه نیست و در صورتی که متوفی مدیون باشد، مالکیت ورثه متزلزل بوده و با پرداخت دین مستقر می‌شود.

**دکتر کاتوزیان:** حقوق و اموال ترکه هنگامی به ورثه می‌رسد که کلیه دیون و وصایای متوفی، پرداخت شده باشد. این نظر نافی اصل تملک فوری حقوق و اموال متوفی از سوی ورثه بوده و با قائم‌مقامی وارثان نیز منافات دارد، زیرا آثار قراردادهای متوفی به ترکه پیوسته و به ذمه وارث سرایت نمی‌کند.

بنا بر این نظر، وراثت در زمان تصفیه نه قائم‌مقامی متوفی بلکه مدیر ترکه (شخص حقوقی) بوده و مطالبه حقوق از سوی آنها به نمایندگی از ترکه است نه به قائم‌مقامی از متوفی. (نظریه عمومی تعهدات، شماره 188).

## انتقال دیون به ورثه:

در حقوق ما، غالب اساتید استناداً به ماده 896 قانون مدنی معتقدند که دیون مورث به ترکه تعلق گرفته و به ذمه ورثه منتقل نمی‌شود.

عده‌ای بر مبنای استقلال شخصیت حقوقی وارث از مورث و دسته‌ای بر اساس اعتقادشان به شخصیت حقوقی ترکه این نظر را توجیه می‌کنند. برابر نظر اخیر (کاتوزیان) ترکه مدیون پیش از تصفیه و پرداخت دین و اخراج موصی به دارای شخصیت حقوقی بوده و شرکتی از حقوق طلبکاران و موصی له و وارثان است که دیون خاص و اقامتگاه جداگانه دارد.

برخی دیگر (دکتر شهیدی) گفته‌اند که دیون و تعهدات متوفی به تبع اموال وی به ورثه منتقل شده و اگر متوفی مالی نداشته باشد ورثه او تعهدات و دیون مورث را به ارث نبرده و مسئولیتی نسبت به پرداخت آنها ندارند.

## ایرادات به نظریه شخصیت حقوقی:

- 1) این تئوری باعث نفی قائم‌مقامی وارث می‌شود.
- 2) بند 4 ماده 140 و 867 و 868 قانون مدنی مالکیت ورثه را گفته است.
- 3) علاوه بر مواد 823 و 445 که از انتقال حق خیار و شفعه به ورثه سخن گفته‌اند. ماده 300 قانون مدنی در مالکیت فی‌الذمه تأییدی بر انتقال حق و طلب مورث به وارث است. زیرا شرط وقوع مالکیت فی‌الذمه اجتماع دین و طلب در یک دارایی است. پس اگر وارثی از مورث خود، دائن یا به وی مدیون باشد بعد از فوت با انتقال طلب یا دین مورث به دارایی وارث، مالکیت فی‌الذمه حاصل شده و تعهد ساقط می‌شود. بدیهی است چنانچه طلب یا دین متوفی به ذمه یا دارایی وارث نیبوند، مالکیت فی‌الذمه تحقق نیافته و دین همچنان باقی می‌ماند.
- 4) عدالت اقتضا می‌کند که اگر حقوق به وارث منتقل می‌شود، دیون مورث را نیز تحمل کنند (با فرض قبول ترکه) عده‌ای گفتند که حقوق به وارث منتقل می‌شود ولی دیون منتقل نمی‌شود.
- 5) از ماده 869 قانون مدنی که گفته دیون به ترکه تعلق می‌گیرد نمی‌توان عدم انتقال یون به ورثه را استنباط کرد، زیرا اولاً دین (حق دینی) معمولاً به ذمه تعلق می‌گیرد نه بر عین و نیز با



توجه به مواد 871 قانون مدنی و 229 قانون امور حسبی که تصرفات ورثه را غیر نافذ دانسته و ماده 606 قانون مدنی نتیجه می‌گیریم که منظور ماده 869 آن است که ترکه میث و وثیقه دیون وی هستند و وثیقه بودن، نافی انتقال ترکه به ورثه نیست و آیا معنی وثیقه بودن جز این است که اگر مدیون نداد، از وثیقه استیفای حق شود؟ و این مدیوم کسی جز وارث نیست، چنانچه دکتر کاتوزیان گفته است: که دیتان متوفی یک حق دینی بر هر یک از ورثه به نسبت سهم خود دارند و یک حق عینی بر تمام ترکه و همچنان که قاعده دیون با وثیقه است، نخست باید از حق دینی استفاده کرده و به مدیون مراجعه نمایند.

**نتیجه:** این که: دیون متوفی به ذمه ورثه منتقل شده و ترکه وثیقه پرداخت این دیون بوده و مسئولیت ورثه نیز محدود به میزان ترکه (جنبه مثبت آن) است.

### دکتر ویولون

اموال، ص 177:

**نکته اول:** منتفع چون مالک منافع نیست با مرگ او این حق از راه وراثت به ورثه نمی‌رسد. اشتباه نویسندگان قانون مدنی آن است که این مورد (مرگ) را در ردیف اسباب زمان در ماده 51 نیاورده است. حال آن که در فقه این نظر از اسباب زوال شمرده شده است و ماده 617 فرانسه قبول کرده است.

**نکته دوم:** عمر به مدت عمر مالک: با مرگ از بین می‌رود، منتها زوال عقد به دلیل انقضای مدت است نه به دلیل مرگ. حالا اگر به جای مالک، منتفع بمیرد، ورثه او حق استفاده دارند اما نه از راه وراثت بلکه به استناد عدم انقضای مدت عمر عقدی.

**نکته سوم:** عمری از عقود رایگان است.

**تفاوت عاریه و عمری:** عاریه هم موجب حق انتفاع است ولی عمری، عقد لازمی است و عاریه جایز. ذکر مدت در عقد عاریه لازم نیست ولی می‌توان مدت آن را ذکر نمود. عمری از طرف مالک لازم است ولی عاریه از هر دو طرف جایز است.

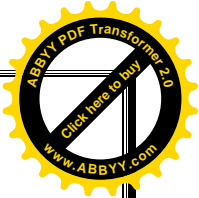
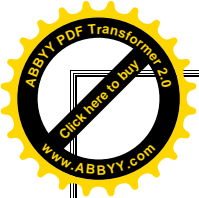
### انتفاع:

**رقبی:** اگر پیش از سپری شدن مدت، منتفع بمیرد، ورثه بهره‌ور می‌شوند اما نه به عنوان وراثت (بند 1 ماده 51 قانون مدنی).

ولی ید ورثه، ید متلقى از مالک است نه از مورث. اگر مالک هم در مدت رقبی بمیرد، عقد منحل نمی‌شود.

\*ممکن است عقد مرکب از عمری (برای مالک) و رقبی (برای ورثه ملک) باشد. مثال: مالک گوید: این زمین را انتفاعاً به عمر تو دادم و سپس تا 10 سال برای وراثت تو باشد. حبس مطلق (ماده 44): ص 186، کتاب اموال لنگرودی.

**حبس مطلق:** عقد لازم قابل رجوع است و با فوت و جنون و سفه یکی از طرفین منحل نمی‌شود. اگر با فوت مالک از بین می‌رود به این جهت است که عقد، مدت‌دار بوده و مدت آن



تمام شده است. این را پایان عقد می‌گویند نه انحلال آن، زیرا در انحلال یک عقد باید مقتضی دوام عقد وجود داشته باشد و لکن مانعی موجب گسستن آن گردد.

#### ماده 45: حق برای معدوم:

این ماده شبیه ماده 69 قانون مدنی (وقف به معدوم) است.  
در ماده 51 قانون مدنی این فرض را فراموش کرده‌اند و باید ذکر می‌کردند.

#### ماده 51: راه‌های زوال انتفاع:

الف) انقضای مدت

ب) تلف مال.

قانون ایران مرگ مباح له را نپذیرفته است و حق با اوست، زیرا گفته شده است که تعیین مدت برای حق انتفاع به این معنی است که اگر منتفع قبل از رسیدن آن بمیرد، حق انتفاع از جانب مالک تبعاً برای ورثه او مقرر شده است و این دلیل به معنی وراثت نیست.

**یک اشکال:** اگر این مطلب صحیح باشد، دیگر چه نیازی که مقنن، ایجاد حق برای معدوم را به تبع موجود در ماده 45 تصویب کرده است؟

پاسخ آن است که ماده 45 در خصوص موردی است که منتفع هنوز دارای فرزند نیست و مطلب فوق (دکتر لنگرودی) در جایی است که منتفع دارای فرزند است.

#### حق مالکیت:

\*قانون مدنی ما تعریفی از آن نکرده و فقط محتوای آن را گفته (ماده 30).

**محتوای آن در ماده 30:** هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده است.

دکتر امامی در تعریف مالکیت: عبارت از رابطه‌ای که بین شخص و شیء مادی تصور شده و قانون آن را معتبر دانسته و به مالک حق می‌دهد که انتفاعات ممکنه را از آن ببرد و کسی نتواند از آن جلوگیری کند.

دکتر کاتوزیان در تعریف مالکیت: حقی است دائمی که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین تصرف در حالی را به خود اختصاص دهد و به هر طریق که مایل است از تمام منافع آن استفاده کند.

#### اوصاف مالکیت: (در فقه به این شکل است)

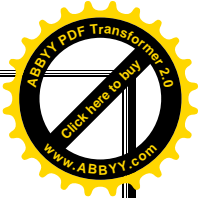
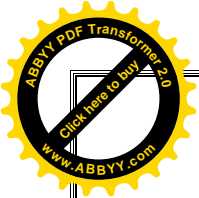
#### 1- مطلق بودن: (به دو لحاظ)

1- قابل استناد در برابر همه است- احترام به همگان- در مقابل نسبی بودن.

2- مالک حق هر گونه تصرف و انتفاع را دارد (مگر به حکم قانون).

سؤال: آیا استثناء مطلق بودن را نفی می‌کند؟

جواب: در مقایسه با حق انتفاع و ارتفاق یک حق مطلق است. در حق انتفاع نحوه مصرف باید تصریح گردد. در حالی که در مالکیت، اصل آزادی است مگر در مواردی که قانون استثناء کرده است.



## 2- انحصاری بودن:

\*انحصاری بودن نتیجه طبیعی اطلاق اختیار مالک و لزوم رعایت احترام آن از طرف تمامی مردم است. پس مالک می‌تواند هر تصرفی را که مایل باشد در مال بکند و مانع دیگران بشود. معنی آن: منحصرأ مالک از تمامی امتیازات حق برخوردار است از جمله: منع دیگران در استفاده از مال. مثال: ورود دیگران به باغ به قصد تفرج که می‌تواند آن را منع کند و این امر به استناد انحصاری بودن است.

### صفت انحصاری بودن در قانون اساسی:

قانون اساسی در اصل 22: مال از تعرض مصون است. بعد گفته مسکن از تعرض مصون است. یعنی حق شخص بر محل سکونت و زندگی شخصی وی مورد حمایت قرار گرفته است که از مصادیق حقوق شخصیت می‌باشد.

### 3- دائمی بودن:

1- حق مالکیت بدون مدت است تا هنگامی که شیء موضوع حق باقی است، با مرگ پایان نمی پذیرد، با انتقال به دیگری این حق از بین نمی رود منتهی مالک تغییر کرده، پس حق جدیدی برای خریدار به وجود نیامده است.

2- حق مالکیت: مستقل از اجرای آن است: با عدم استفاده از بین نمی رود، مشمول مرور زمان مسقط حق نمی شود حتی در؟؟؟ که مرور زمان مسقط حق وجود دارد حق مالکیت مشمول آن نمی شود، مگر این که دیگری از مرور زمان موجد حق یا مملک استفاده کند.

\* دائمی بودن حق منوط به بقای شیء مورد تملک است.

\* استثناء دائمی بودن: مالکیت منفعت !! ...

### عوامل زوال حق مالکیت:

1- در انهدام مادی شیء موضوع حق: مالی در آتش می سوزد.

2- عدم امکان اجرای حق بر اثر تغییرات ناشی از نیروی طبیعی، مثلاً ملک کسی بر اثر بالا آمدن سطح آب دریا ضمیمه آن شود. نکته: اگر سطح آب پایین رفت و زمین خارج شد، دوباره به مالکیت مالک برمی گردد.

3- اعراض از شیء موضوع حق: مباح عرضی یکی از اقسام مباحات بوده که در نتیجه اعراض شخص از ملک به وجود می آید. پس اعراض یکی از عوامل پایان؟؟ مالکیت است.

**نکته مهم:** در قولنامه حق مالکیت موقتی است یا در بیع عهدی: حق مالکیت مایع بر مبیع موقتی است و با فرا رسیدن مدت عهد، مالکیت وی پایان می پذیرد.

(بیع عهدی: مواردی است که حق مالکیت جنبه موقت دارد. مثلاً عین معینی را بیع کند و قرار بگذارند که دو ماه دیگر تحویل دهد. در اینجا مالکیت با بیع موقتی است و همان دو ماه می باشد.)

**تعریف حق مالکیت:** رابطه ای است اجتماعی- اعتباری- قراردادی میان یک شخص یا گروه با یک شیء که بیانگر مشروعیت تصرفات مالک در ملک خود و جلوگیری او از تصرف دیگران در آن است.

1- مالکیت ملک امر عینی، فیزیکی نیست: فیزیکی یعنی چیزی دارای واقعیت باشد، هر چند ذهنی و صاحب ذهنی در جهان نباشد. این درخت در کنار خیابان وجود دارد. خواه تصور کننده او در جهان باشد، خواه نباشد. مسأله یک واقعیت عینی و خارجی است.

2- واقعیت های اعتباری: چیزهایی که واقعیت دارند اما به شرط آن که اعتبار کننده و صاحب ذهنی در جهان باشد و مالکیت نیز از همین قبیل است. وجود تکلیفی یعنی احکام واجب- حرام- مستحب- مکروه- مباح- که احکام تکلیفی اند، از همین قبیل می باشند.

3- مالکیت امری اعتباری است که در زندگی اجتماعی به وجود می آید. اگر در دنیا یک انسان وجود می داشت، چه بسا زمینه این فکر که من مالک چیزی هستم برای او فراهم نمی شد.

4- مالکیت امری قراردادی است. وقتی انسان‌ها با همدیگر زندگی می‌کنند، یک سلسله قراردادهای وجود می‌آید. لازم نیست دو یا چند نفر گرد هم بنشینند و قرار بگذارند بلکه گاهی قراردادهای خود به خود به وجود می‌آیند.

پس مالکیت رابطه‌ای است: اعتباری- اجتماعی و قراردادی میان مالک و ملک.

### مالک می‌تواند:

شخص باشد

گروه باشد. پس از مرگ مالک، تبدیل به رابطه گروهی می‌شود.

### مشروعیت حق نسبی است:

1- حق همه گونه تصرف را دارد.

2- منع دیگران

### «حدود اختیارات مالک» یا «امتیازات حق مالکیت»:

از قدیم حق مالکیت را مورد تجزیه قرار می‌دادند و در آن سه امتیاز را برای مالک باز می‌شناختند.

1) استعمال 2) استثمار 3) حق اخراج از ملک

1) **حق استعمال:** ملموس‌ترین وجه و چهره حق مستقیمی است که مالک بر شیء مورد تملک خود دارد. به عبارت دیگر به کار بردن مستقیم مال توسط خود مالک را حق استعمال گویند. برخلاف حق استثمار که دیگر، مالک در بکار بردن مال مباشرت ندارد. مثلاً سکونت مالک در خانه‌اش استعمال حق مالکیت است ولی اجاره دادن و استفاده از اجاره‌بها اعمال حق استثمار است چون در مورد اول مالک مستقیماً بهره می‌برد ولی در مورد دوم به طور غیر مستقیم بهره می‌برد، چون مباشرت ندارد.

### موارد حق استعمال:

1- ماده 30 قانون مدنی محتوی را گفته (شاید بگوییم: انتفاع متضمن حق استعمال نیز هست).  
2- مالک شخصاً استفاده می‌کند یا خانواده‌اش - شکل و شیوه شخص، بهره گرفتن و انتفاع از مال است - (مباشرت شرط است ولی در حق استثمار مباشرت نیست. مثل اجاره دادن و اخذ مال الاجاره).

3- در شیوه استفاده از مال آزاد است - حتی می‌تواند استفاده غیر متعارف کند. مثلاً خرید اسب مسابقه‌ای و در کار کشاورزی استفاده کند - یا اصولاً استفاده نکند.

حق استعمال مورد احترام مقنن در قانون موجر - مستأجر سال 56 بوده است.

بند 3 آن: تخلیه به منظور احتیاج شخص موجر برای کسب پیشه - یا اگر برای سکنی هم مناسب باشد، می‌تواند درخواست کند.

**حق استثمار:** تنها به معنی بهره‌برداری و فایده بردن نیست و می‌توان بهره نبرد و آن را معطل گذارد.

### مواد حق استثمار:

معنی آن: مالک می‌تواند از مال بهره بگیرد و یا معطل بگذارد. (ماده 30 از حق استثمار تصریح کرده) پس دو جنبه دارد: 1- بهره گرفتن، 2- اگر مالک بخواهد می‌تواند بهره نگیرد. مثلاً مقدار پول داریم: هر گونه استفاده می‌توان کرد: پس انداز، تجارت و... یا زمین داریم می‌توانیم بکاریم یا ساختمان بسازیم یا معطل بگذاریم.

\* حق استثمار متضمن این حق نیز هست که مالک می‌تواند منافع بدست آمده را نگه دارد یا آن را به وسیله عمل مادی یا حقوقی بفروشد.

### 3- حق اخراج از ملک: چه امتیازاتی به مالک آن می‌دهد؟

حق مالکیت در این امتیاز به نقطه اوج خود می‌رسد. یعنی حق اخراج از مالکیت به صورت یک حکومت کوچک جلوه می‌کند. چون متضمن این است که مالک می‌تواند با انجام اعمال مادی یا حقوقی، ملک خود را از مالکیت خارج سازد. موارد:

1- یعنی مالک می‌تواند با انجام اعمال مادی یا حقوقی مایملک خود را از مالکیت خارج سازد. مثلاً: مال مصرف شدنی: مصرف کند- اعراض کند- انتقال دهد- هبه کند.

2- حق اخراج در بعضی مضییق: حق انتقال مالکیت مال است. ممکن است مال غیر قابل انتقال شود ولی این امر موقتی است. مثل مالکیت اداری که همان مالکیت اشخاص حقوق عمومی به اموال عمومی، اگرچه قابل تملک خصوصی نیست. ولی این غیر قابل انتقال بودن، ابدی نیست، بلکه اگر تبدیل به اموال اختصاصی شد با رعایت مقررات قابل انتقال است. یا نفایس ملی با تصویب مجلس قابل انتقال است یا وقف عام و خاص که حبس؟ است که قابل فروش است.

### آثار حق اخراج:

1- رهن کند (انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد) ولی اگر از دین، خودداری کند مرتهن آن را در ازای دین خود تملک می‌کند.

2- تجزیه حق مالکیت کند. مثلاً می‌تواند حق انتفاع از مال خود را به دیگری واگذار کند. مثل اجاره دادن خانه که مالکیت منافع را منتقل کرده است.

3- می‌تواند استفاده نکند از آن. مثال: زمین مالک در کنار ملک دیگری است نمی‌توان او را وادار به فروش کرد.

پس حق اخراج همانند حق استثمار دو جنبه دارد:

1- حق انتقال مالکیت خود به دیگری

2- در صورت خواستن، عدم استفاده از این حق ← ماده 31.

در قانون صحبت کرده: مالک حق هر گونه تصرف را دارد: قسمت اول ماده 30، قاعده الناس مسلطون می‌باشد.

\* تحدید حق مالکیت:

1- رعایت حقوق دیگران

2- تأمین منافع خصوصی

اصل 4 قانون اساسی: مصداق مهم و بارز «سوءاستفاده از حق» است.

هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

### زیان برای همسایه:

1- مادی باشد 2- مادی نباشد. 3- ارزش املاک مجاور کاهش یابد. صافکار یا جوشکاری در کنار همسایه باشد.

**مثال فاصل:** چیزی است که دو ملک را از هم جدا می‌کند. ممکن است دیوار، چاله یا یک درخت باشد. حال اگر مالک در کنار فاصل درختی بکارد- ریشه آن وارد زمین همسایه می‌شود پس به حریم او تجاوز کرده است.

**مصادیق مسأله سوءاستفاده از حق:** ماده 1036: در نامزدی یعنی نامزد نمی‌تواند سوءاستفاده از حق نماید. ولی ماده 1036 در سال 61 حذف شد. این اقدام به مبنای جلوگیری از سوءاستفاده از حق صدمه نمی‌زند و تنها مصادیقی از تقصیر در اجرای حق را حذف می‌کند.

### ماده 132: منع مالک از انجام برخی تصرفات زیانبار

قول 1: هیچ کس بر اثر اعمال حق خود، مقصر انگاشته نمی‌شود.

قول 2: از حق خود نباید سوءاستفاده (استفاده غیر عادلانه) کرد. اگر مالک نفعی نبرد و قصدش اضرار باشد این یک نوع خباث و شیطنت است و لذا مسئول می‌باشد ← تحت عنوان سوءاستفاده از حق تعبیر می‌کنند.

### [تقسیم‌بندی دیگر]:

الف) جمعی پذیرفته‌اند که هیچ کس به استناد داشتن حق عمداً نمی‌تواند ضرر بزند یعنی تنها تقصیر عمدی را سبب مسئولیت دانسته‌اند.

ب) گروه دیگر حق را نسبی و محدود به مبنای اجتماعی آن می‌دانند و تجاوز از اهداف اجتماعی مقنن را مانع از اجرای حق می‌دانند.

ج) گروه سوم قواعد عمومی مسئولیت را در اجرای حق اعمال می‌کنند یعنی کسی که صاحب حق است ممکن است خطاکار باشد و معیار تشخیص خطا مانند سایر موارد، رفتار انسانی معقول و متعارف است.

**قاعده لاضرر:** اعمال حق مالکیت را محدود کرد. (قاعده تسلیط ← ماده 30: قاعده تسلیط را می‌گوید).

1- از عقلیه است (بدون حکم شارع)

قضیه سمره بن جندب. دشمن سرسخت علی (ع) بود. 400 هزار درهم از معاویه پول می‌گرفت و حدیث جعل می‌کرد. یکی از خوشخدمتی‌های او این بود که حدیث جعل می‌کند که آیات 204 و 205 سوره بقره در باره علی (ع) است و آیه 207 در باره ابن ملجم است. والی بصره می‌شود- بعد توسط معاویه خلع می‌شود و می‌گوید: خدا معاویه را لعنت کند، بخدا قسم آن گونه که معاویه را اطاعت کردم اگر خدا را اطاعت می‌کردم، هر چه از او طلب می‌کردم به من می‌داد.

تعارض قاعده لاضرر- تسلیط: لاضرر حکومت دارد و به استناد ماده 132.

### شرایط ماده 132:

1- به قدر متعارف باشد (اجرای هر حق محدود به هدفی است که قانون در نظر گرفته. مالک باید قواعد عرف را در تصرف خود رعایت کند) اگر متعارف باشد ولو این که برای رفع حاجت یا دفع ضرر باشد، مسئولیت‌آور است. مثلاً کندن حوض در خانه. اگر در عرف معماری لازم باشد که حوض با سیمان ساخته شود باید این کار را بکند.

2- برای رفع حاجت یا دفع ضرر باشد. (در تشخیص احتیاج ملک نیز نظر عرف مناط اعتبار است). شهرکی لوله‌کشی آب نداشته و هر کس ناچار است که چاه بکند. این کندن اگر به قدر متعارف باشد، ضامن نیست ولو آب همسایه کم شود.

مثال دفع ضرر: آمدن سیل و گذاشتن شن جلوی خانه. اگر آب به خانه همسایه رود، ضامن نیست.

**راه حل ماده 132:** می‌توان این گونه توجیه کرد: تصرف مالک در ملک خودش. موجب تضرر همسایه و عدم تصرف وی سبب ورود ضرر به خود اوست. تعارض در ضرر است و قاعده تسلیط که مجوز تصرفات مالک است حاکم می‌شود. «اذا تعارضاً با تساقط، ردّ الی اصله». دلیل مرحوم شیخ: شیخ علاوه بر استناد به دلیل ساقط ضرر مالک و همسایه، به قاعده نفی عسر و حرج استناد نموده. یعنی منع مالک از تصرف در ملک خود برای دفع ضرر از وی برای او موجب عسر و حرج است.

سوءتصرف مالک: (1 و 4 حرام و موجب ضمان است).

تصرفی که به قصد اضرار همسایه باشد.

تصرفی که لازم است به نحوی که ترک آن موجب ضرر مالک و انجامش موجب ضرر دیگری می‌گردد.

تصرفی که فایده دارد ولی به زیان همسایه تمام می‌شود.

تصرفی که نفع و ضرر برایش ندارد و به زیان همسایه است.

جیخی وجود ندارد، دلیل تسلیط باقی است.

منتهی تأثیر تصرف مالک:

1) **نظریه مشهور:** از باب تعارض ضرر دو شخص است و چون ترتصرف از باب تسبیب است. کندن چاه و سرایت رطوبت به همسایه. قاعده نسبیب جاری است.

2) تصرف در ملک غیر نیست: مثل بالا بردن دیوار: قاعده تسلیط حاکم است.

**فاصل:** جدا کننده، آن چیزی است که دو ملک مجاور را از یکدیگر جدا می‌کند. دیوار و سیم خاردار، خندق و... .

**احکام فاصل (مشترک - اختصاصی)**

ماده 109: قول 1) ماده 1322: یک اماره قانونی است مثل ماده 109 (اصل اشتراکی بودن دیوار). اگر 109 نبود ماده 35 برای آن کافی بود.



قول (2) 109: اماره نیست بلکه فرض قانونی است که مبتنی بر عدل و انصاف است چون اماره بر غلبه تکیه دارد و غالباً دیوارها بین دو ملک مشترک نمی‌باشد.  
ماده 110: قرائن فنی است که خلاف ماده 109 را ثابت می‌کند.

**توصیف:** نظام متصل اجزا مادی یک دیوار به طوری که زینتی را بکار برده و حاکی از به وجود آوردن ذوقی یا اندیشه خاصی در آن باشد و خود آن از یک طرف دیوار مشترک دلیل مالکیت آن دیوار به نفع مالک محوطه‌ای است که در آن طرف قرار دارد.  
کنگره‌ها و طاقچه‌ها ← مصادیق توصیف.

**احکام دیوار مشترک:** ماده 118 متضمن یک قاعده کلی است: هیچ یک از شرکاء بدون اذن شریک دیگر، حق تصرف در مال مشاع را ندارد.

ماده 126: سقف میان طبقه تحتانی و فوقانی ملک مشاع آن دو است.  
با استناد به مواد 125 و 134: شریک مال مشاع بدون اذن دیگری می‌تواند تصرفی هماهنگ با ماهیت آن بکند (با طبیعت دیوار اقتضاء کند). مثال: کوبیدن میخ در دیوار مشترک برای آویزان کردن تابلو. یا روبیدن برف. این استثنای قاعده تصرف در دیوار مشترک که حتماً باید با اجازه باشد.

ضمانت اجرای بدون رضایت شریک دیگر: ماده 329 و 117 می‌باشد.  
ماده 32: حق مالکیت تبعی (یعنی حقوقی که مالک بر ثمره و متعلقات مال دارد به تبع موضوع اصلی حق مالکیت ایجاد شده).

«ملاک مالکیت بذر است»

1- مالکیت تبعی بر منافع و ثمر است: یکی از نتایج مطلق بودن حق مالکیت است.  
2- تعارض ماده 34 و 358 قانون مدنی: گوساله نماد منفصله گویند البته جزو منافع طبیعی است.

3- منافع مصنوعی: لازم نیست در نتیجه عمل مالک باشد بلکه اجیر هم می‌تواند.

ماده 33 و اسنثای آن: استثناء: «فان اصل الزرع للزارع ولو كان غاصباً»  
قلمرو ذیل ماده 33: گسترده‌تر از اصل است. زیرا شامل:

- 1) شخصی با اذن یا بدون اذن مالک زمین، بذر خود را می‌کارد. محصول از آن زارع است.
- 2) مالک زمین حبه‌های دیگری را در زمین خود می‌کارد. اگر با اذن او بوده، مستحق اجرت زمین است و بی‌اذن بوده، مستحق اجرت نیست.
- 3) ثالثی حبه متعلق به دیگری (زارع) را در زمین غیر (مالک) با اذن یا بی‌اذن هر دو یا یکی از آنها کاشته است. محصول متعلق به مالک بذر است. پس ملاک در ماده 33 مالک بودن است نه زارع بودن.

**نظارت فقها در مور حبه متعلق به غیر در زمین مالک:**

1) حبه‌ای که در زمین غیر روئیده، تلف شده محسوب است و کارنده آن متلف و ضامن است. حالا اگر: الف) غاصب حبه، مالک زمین بوده، باید با صاحب... (ماده 328) اگر کارنده مالک زمین بوده و غصب کرده.

2) محصولی که از حبه غیر حاصل گردیده است، عامل تبدیل به محصولاتی است: 1) حبه که متعلق به غیر است، 2) مواد غذایی در زمین.

برای رفع اختلاف آن: محصول زمین به مالک زمین داده می‌شود و مالک زمین باید بدل حبه را به مالک آن بدهد.

3) نظر قانون مدنی است: محصول همان حبه اولی است پس محصول از آن کسی است که حبه به او تعلق دارد ولی مالک بذر باید اجرت زمین را بدهد. اعم از این که غاصب زمین بوده یا نبوده. ولی اگر مالک زمین، حبه را غصب کرده باشد و در زمین خود بکارد، مستحق اجرت نیست. به تعبیری از مصادیق قاعده مالکیت تبعی مالک بر ثمرات آن هم بشود زیرا محصول، منفعت و نما حبه می‌باشد.

**نکته:**

در عربی: اهدیه: فضاتحت ابنیه: قرار مجازی: مقابل - روبرو

### **قسمت دوم مالکیت تبعی بر متعلقات مال:**

1- مالکیت فضا و قرار زمین: ماده 38: اختیار مالک همیشه به این اطلاق نیست و مقنن برای حفظ منافع عمومی آن را محدود و گاهی نیز از بین می‌برد:

2- فضا و قرار شوارع عمومی: راههای عمومی مانند کوچه‌ها و خیابان‌های غیر اختصاصی جزو مشترکات عمومی است و تمام مردم می‌توانند استفاده کنند.

3- مالکیت بنا و درخت روی زمین: ماده 39. اگر مالک زمین با مصالح خودش بنایی بسازد یا درختی بکارد مال اوست و برعکس اگر مصالح مال او نباشد، مالک نیست و صاحب مصالح می‌تواند از دادگاه قلع آنها را بخواهد. (ماده 313 قانون مدنی).

ماده 39 یکی از مصادیق اماره تصرف است.

4- مالکیت چشمه واقع در زمین: ماده 96

اماره تصرف (ماده 35)

\* آیا در منافع و حقوق عینی دیگر جاری است: یا فقط در اعیان مادی و مالی است؟

قول 1: فقط در عین مالی است. دلیل آنها: سلطه فقط بر اشیاء مادی است و در منافع قابل تصور نیست. جواب آن: تصرف در عین گاهی به اعتبار مالکیت منافع است مثل اجازه. پس ملاک عرفی است. مواد 368 و 369.

2- با قیاس نمی‌شود اماره درست کرد (ماده 1323)

جواب: دوم 29 شق 1 مختص به مالکیت عین نیست. ماده 97 و 124.

**نکات اماره تصرف:**

1- در دعوی ملکیت همیشه متصرف، سمت منکر و مدعی علیه را دارد و بار اثبات دعوی بر دوش مدعی است. این اصل را قاعده ید گویند.

**تعریف تصرف:** عبارت است از تسلط و اقتداری عرفی که انسان در مقام اعمال حقوق خود بر مالی دارد.

**عناصر تعریف:** 1) عنصر مادی یا استیلاء بر مال 2) عنصر معنوی: قصد اعمال حق به عنوان مالکیت: 1) ساوینی: متصرف باید دارای این اراده باشد که بمانند یک مالک رفتار کند. 2) ایرینگ: اراده مهم نیست بلکه مسبب مهم است.

شرایط اعتبار تصرف: 1) تصرف به عنوان مالکیت باشد: تصرف امین - وکیل. دلیل مالکیت کسی است که این اشخاص از طرف او اقدام می کنند... (A) سؤال: اگر در عنوان تصرف اختلاف شود بار دلیل بر عهده کیست.

پاسخ: ماده 747 آ.د.م (A...) و دلیل مالکیت خودشان نیست. به همین جهت ماده 745 آ.د.م می گوید: تصرف اعم است از این که با مباشره باشد یا بواسطه مانند تصرف قیم، وکیل و ... .

2) تصرف باید مشروع باشد: غاصب حق استفاده از اماره تصرف را ندارد ولی در این مورد در مقام نزاع، متصرف نیاز به اثبات مشروع بودن تصرف خود ندارد و خواهان خلع ید باید برای بی اثر ساختن اماره ید، ثابت کند که تصرف وی نامشروع بوده است.

\* از لحن ماده 36 برمی آید که قانون تسلط را اصولاً مشروع فرض کرده است.

#### تعارض بین تصرف صلح و مالکیت سابق:

\* در اماره تصرف سابقه مالکیت آن باید معین باشد و اگر معین شود باید متصرف ثابت کند که ملک به وسیله یکی از اسباب قانونی به او منتقل شده چنانکه ماده 37 می گوید:

**صورت مسأله:** کسی متصرف است و دیگری به ادعا مالکیت خلع ید او را می خواهد و مالکیت سابق خود را ثابت می کند. آیا متصرف می تواند به استناد ماده 365 خود را بی نیاز از اقامه دلیل بداند یا خیر؟ پاره ای از نویسندگان گفته اند:

1) در صورتی مدعی حاکم است که مالکیت فعلی خود را ثابت کند زیرا مالکیت سابق او با حق فعلی متصرف هیچ منافاتی ندارد. از طرفی دلایلی که بر مالکیت گذشته وجود دارد هنگامی می تواند حق فعلی مدعی را اثبات کند که به اصل استصحاب ضمیمه شود. پس در تعارض حاصله اماره ید بر اصل علمی استصحاب مقدم است. (سیدکاظم طباطبایی یزدی - صاحب عروه الوثقی)

2) به موجب قانون 35 ماده تصرف در صورتی بر مالکیت متصرف دلالت دارد که دلیل دیگری برخلاف آن موجود نباشد. ظهور ماده 35 مخصوص موردی است که سابقه مالکیت مال روشن نباشد و در صورتی که سابقه مالکیت مدعی ثابت شود اوضاع و احوال دیگر به نفع متصرف نیست. پس متصرف باید ثابت کند که به او منتقل شده است. زیرا تصرف ذاتاً دلالت بر انتقال ندارد، تا متصرف بتواند در مقام اثبات مالکیت خود به آن استناد کند. این استدلال مورد قبول قانون مدنی واقع شده زیرا ماده 37 می گوید:

متن ماده ناظر بر اقرار متصرف است ولی اقرار هیچ خصوصیتی جز اثبات مالکیت مدعی ندارد و هر دلیل دیگری می‌تواند اثر اماره تصرف را از بین ببرد. از لحن مواد 97 و 124 برمی‌آید که تصرف در صورت دلیل است که مالک سابق مال معلوم نباشد.

**مصادیق اماره تصرف:** تصرف زوجین در اثاث خانه. هر دو بر مال تصرف و تسلط دارند. در صورت نزاع: راه‌حل چگونه است؟ قانون مدنی حکمی ندارد و نظرات مختلف است: باید به عرف و عادت رجوع کرد. اگر وسایل را زن می‌آورده، شوهر مدعی است. و اگر عرفی نباشد، هر یک را باید مالک نصف دانست. هر یک مالک نصف است.

قول مشهور آن دسته که تنها مورد استعمال مردان است به شوهر تعلق دارد و اموال غیر اقتصادی بین زن و شوهر به تساوی تقسیم می‌شود. این نظر با مفاد قاعده ید سازگارتر است. مثلاً زیورآلات زن که سلطه‌ای اختصاصی دارد و روزانه استفاده می‌کند.

ماده 56 آیین‌نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی همین را می‌گوید. رأی در جهیز: آوردن جهیز و حتی دادن رسید زوج، به تنهایی بر مطالبه آن کافی نیست. در صورتی زن می‌تواند مطالبه کند که پس از انحلال نکاح ثابت کند که عین یا قیمت اموال نامبرده در ید شوهر باقی است.

زن صورت اموال را با امضای شوهر در دادگاه ارائه می‌دهد ولی دادگاه قبول نکرده و گفته است که اقرار شوهر نسبت به مالکیت زن بر اموال، حکایت از بقاء اموال در ید زوج یا تلف آن بعد از طلاق ندارد. اثر قبض رسید این است که با بقاء عین جهیزیه، شوهر نمی‌تواند بدون وجود ناقل حبه یدی، نسبت به آن دعوی مالکیت مطرح کند.

### **حقوق مدنی 2: بخش مالکیت، ص 102، 79/9/13 ساعت 12 شب.**

دیگر مالکیت مطلق نیست و قید قانونی در شیء هست. بهتر است بجای گفتگو از وصف طلاق، از اصل تسلیط سخن گفت (الناس مسلطون) یعنی اگر اعمال مالکیت مقید به قید قانونی نباشد اصل این است که می‌تواند تصرف کند.

در حقوق اسلام سخن از اطلاق حق نیست معنای دوم اطلاق بلکه نسبی است (قاعده لاضرر آن را نسبی می‌کند).

معنای دیگر اطلاق نسبی نیست و محدود به رابطه معین نیست. در برابر همه قابل استناد است، زیرا یک حق عینی است.

**وصف دوم: انحصاری بودن (جنبه فردی بودن) مالکیت:** انحصاری بودن نتیجه مطلق بودن آن است. می‌تواند هر تصرفی بکند و مانع تصرف دیگران نیز بشود (ماده 31 قانون مدنی). با وجود این انحصاری بودن نیز محدود و مقید گشته است:

1) ایجاد حق ارتفاق به سود دیگران. مثل پایه برق در زمین دیگران - تملک زمین؟ مردمی جهت فضای سبز و عمران و ... .

2) ایجاد سرقفلی برای مستأجر به موجب قانون - قاعده عسر و حرج برای عدم تخلیه.

3) قراردادهای خصوصی محدودیت ایجاد می‌کند.

**نتیجه:** هر چقدر از اطلاق مالکیت کاسته گردد، بنابراین از وصف انحصاری کم می‌شود.

**وصف سوم:** دائمی بودن: مالکیت‌ها دائمی است مگر در اجاره. با مرگ از بین نمی‌رود ولی به دیگران منتقل می‌شود.

دو نتیجه از این وصف اخذ می‌گردد:

1) تا موضوع حق از بین نرفته خود حق باقی است.

(بدل حیلوله) ← ماده 311 قانون مدنی)

مالکیت هست یعنی بدل حائل می‌شود میان مالک و مال. نوعی غرامت است.

استثناها:

البته در وقف مالکیت میان عین و مالک قطع می‌شود. بدون آن که تلف شده باشد یا حق منتقل شده باشد.

در اعراض هم همین طور است. یعنی مالکیت از بین می‌رود ولی عین باقی می‌ماند.

**نتیجه 2:** اگر مال عاطل بماند، حق مالکیت از بین نمی‌رود. دو حالت دارد: اگر تملک آن در اثر ارث یا شفعه یا قرارداد ایجاد شده، حتی اگر از آنها استفاده نشود مالکیت از بین نمی‌رود. ولی عده‌ای گفته‌اند در تملک ناشی از حيازت اگر بعداً بایر گردد، مالکیت از میان می‌رود و این نظر در ماده 9 زمین شهری آمده است که دولت می‌تواند نیاز خود را از اراضی بایر تأمین سازد.

**تحلیل حق مالکیت:** تعارض قاعده تسلیط و لاضرر: ماده 30 قانون مدنی مؤید اصل تسلیط است. این اصل مطلق نبوده و به وسیله لاضرر محدود گردیده است.

گاهی اجرای این دو قاعده با هم ممکن نیست. برای رفع تزاحم: ماده 132 قانون مدنی.

کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرف ضرری نماید ولی با رعایت دو شرط: 1) عرفی باشد، 2) رفع نیاز یا دفع ضرر باشد. ملاک تشخیص عرف است.

**نکته:** ایجاد بوی پخت و پز و صداهاى ناشی از رفت و آمد ماشین محدودیت است؟ طبیعی زندگی شهرنشینی است، مانعی ندارد.

قاعده لاضرر: اجرای دو حق محدود به هدف ایجاد آن حق است. سوءاستفاده از حق ممنوع است.

ص 117، دیوار مشترک، دیوار فاصل در تصرف مالکان مجاور است.

لذا به حکم ماده 35 مالکیت دیوار اشتراکی است مگر خلافش ثابت شود.

**نکته:** نویسنده گفته است: تنها به کمک نهادن سر تیر بر دیوار اختصاصی = 127. حال آیا مالک دیوار می‌تواند از اذن خود عدول کند یا خیر؟

1) مالک می‌تواند عدول کند زیرا مفهوم اذن، اباحه است نه ایجاد حق.

2) مالک نمی‌تواند زیرا دو طرف مستلزم شده‌اند.

3) جمع حیقین: مالک حق رجوع دارد ولی خسارت را باید بپردازد.

4) رجوع تا جایی ممکن است که مستلزم ضرر همسایه نباشد یعنی می‌تواند اجرت‌الثل را بگیرد ولی حق خلع ید ندارد. نظر انتخابی قانون مدنی ماده 120 می‌گوید.

نظر مؤلف: اذن مالک:

1) غیر مقید است. به معنی ایجاد حق است به سود همسایه زیرا انسان عاقل بر مبنای اذن ساده ساختمان نمی‌سازد (ماده 224).

منتها این حق ارتفاق نیست، بلکه عاریه دائم است.

2) اگر احراز شود، اذن ساده بوده است، مالک می‌تواند رجوع کند. ولی این فرض دوم: دلیل عین مدعاست زیرا نزاع در جایی است که معلوم نیست که ماهیت اذن مالک چگونه صادر شده است؟ ولی مؤلف گفته در صورت فرض دوم مالک می‌تواند از ماده 132 قانون مدنی استفاده کند.

حق ارتفاق: لنگرودی:

عناصر حق ارتفاق:

1) میان دو ملک (دو مال غیر منقول بالذات) نه در حکم غیر منقول.

دو نفر عقدی ببندند که یکی به سود خانه و دیگری تعهد کند که خانه خود را از دو طبقه بیشتر نکند. این تعهد منشأ حق ارتفاق خواهد بود.

2) امتیازی برای یکی از دو ملک (ملک سود برده (مخدوم، منتفع) علیه ملک دیگر (ملک سود جسته (خادم) تحمیل شود.

3) مالکان دو ملک یکی نباشند. مجاورت هم شرط نیست. چون در املاک مجاور حقوق و تکالیفی وجود دارد (در مدلول 118-119 نمی‌توان تصور ارتفاق کرد) ممکن است یک ملک از ملک دیگر بسیار دور باشد ولی حق‌المجرى برای آوردن آب داشته باشد.

**اوصاف حق ارتفاق:**

1) حق عینی است. غیر منقول است (ماده 18). حق تبعی نسبت به مال غیر منقول است. (به تبع ملک خادم است). حق دائم است به نفع ملک سود برده (موقتی هم می‌توان معین کرد) غیر قابل تقسیم و تجزیه است (103 و 104 قانون مدنی). یعنی اگر مشاع باشد و عده‌ای سهم خود را بفروشند این حق اشاعه‌گونه است. ملک سودباخته غیر منقول باشد.

**تعارض توصیف و سر تیر: لنگرودی**

ماده 109: اماره نیست بلکه فرض قانونی است که به جهت عدل و انصاف ایجاد شده، زیرا مبتنی بر غلبه نیست. غالباً دیوارها مشترک نیستند.

تعارض: قانون مدنی ساکت است. اگر دو دلیل مختلف‌الجنس باشند تقدم با توصیف است زیرا دیوار باید تمام شود و سپس سر تیر بر آن نهند. بنابراین مالکیت دیوار مصرف برای صاحب ملکی که در جانب توصیف قرار دارد. پس از نهان سر تیر محرز بوده اگر بعداً سر تیر بر آن نهاده شد ممکن است ناشی از شرکت در دیوار باشد و ممکن است ناشی از اذن اعضا و حق ارتفاق باشد. اثبات اشتراک محتاج اقامه دلیل از جانب مدعی اشتراک است.

دانشجویان گرامی احتراماً به اطلاع می‌رسانم که برگه دیگری با عنوان حق انتفاع در تاریخ 86/10/10 به انتشارات دانشکده داده خواهد شد. نسبت به دریافت آن اقدام نمایید.

