

کتاب شرح جامع قانون مدنی

چاپ نوزدهم سال ۱۳۹۹

دکتر فرهاد بیات

تلفن سفارش انتشارات ارشد: ۶۶۱۷۶۲۸۸-۶۶۱۷۶۲۹۱

برای مشاهده الحاقات سال‌های ۹۷ و ۹۸ و ۹۹ کتاب
می‌توانید به سایت مولف مراجعه کنید

www.farhadbayat.com

www.dadbanan.com

توضیحاتی پیرامون آخرین چاپ کتاب_شرح_جامع_قانون_مدنی (چاپ نوزدهم) در سال ۱۳۹۹

۱. هر سال کتاب شرح جامع قانون مدنی ویرایش و به روز رسانی می شود که سال ۱۳۹۹ هم این سنت ادامه داشته است؛
۲. یکی از علل اصلی این ویرایش ها، ارتباط مستمر میان مخاطبان کتاب شرح جامع قانون مدنی با مولف و طرح سوالات و ابهامات آن ها از متن کتاب است؛ در واقع پاسخ سوالات پرتکرار مخاطبان، در چاپ سال بعد در کتاب منعکس می شود و جهت انتقال ساده تر مفاهیم، مثال های متعددی به کتاب افزوده می شود؛
۳. حتی یکی از دلایل افزایش صفحات چاپ جدید (چاپ سال نود و نه، ۸۷۸ صفحه دارد) ناشی از درخواست مخاطبان، مبنی بر بزرگ تر شدن فونت یا فاصله خطوط کتاب بوده است تا چشمان آن ها کمتر خسته شود و می توان گفت ۵۰ درصد افزایش صفحات در پاسخ به همین درخواست، صورت گرفته است.
۴. شایان ذکر است بیشترین بازنگری و الحاقات در چاپ سال ۹۹ مربوط به حقوق مدنی ۸ است؛
۵. در چاپ سال ۹۹، تمام تغییرات قانونی و آرای محاکم و نظریات مشورتی و قوانین خاص پیرامون قانون مدنی تا پایان فروردین ۹۹ مدنظر قرار گرفته است؛
۶. از سال ۱۳۹۶ به بعد، بنا بر پیشنهاد مخاطبان گرامی، الحاقات کتاب به صورت جداگانه منتشر می شود تا دارندگان کتاب، نیازی به خرید مجدد کتاب نداشته باشند؛ بنابراین دارندگان چاپ های سال های ۹۶ و ۹۷ و ۹۸ می توانند الحاقات را از سایت مولف دانلود کنند.
۷. در کل سعی شده است که کتاب، جامع و مطابق آخرین تغییرات قانونی باشد؛ اینکه کتاب شرح جامع تا چه حد سوالات آزمون های حقوقی را پوشش می دهد سوالی است که باید پاسخ آن را از داوطلبان قبول شده سال های پیشین پرسید!
۸. برای کمک بیشتر به داوطلبان آزمون های حقوقی، مخاطبان می توانند پاسخ سوالات خود از کتاب را (با ذکر دقیق شماره توضیحات، ماده و نوبت چاپ کتاب) از طریق اینستاگرام مطرح و پاسخ آن را در برنامه ای که هر دوشنبه به این منظور با حضور مولف کتاب در صفحه *Dadbanan* برگزار می شود دریافت نمایند.

پیشگفتار مولف

«اللهم زدنی علماً»

آغازگر کتاب، سپاس و ستایش پروردگاری است که آدمی را به زیور عقل بیاراست و برای تشخیص حق از باطل به او نعمت کتاب و فرقان بخشید. کتاب حاضر براساس ترتیب مواد قانونی به نظم کشیده شده و هدف از آن، حرکت در محور قانون است تا در میدان عمل، کاربرد بیشتری داشته باشد. فعالان عرصه حقوقی می‌توانند با توجه به عناوین انتخاب شده برای هر ماده به راحتی حکم مسئله مورد نظر خود را از میان انبوه مواد قانونی بیابند و با مطالعه حاشیه آن ماده، ضمن درک مفاهیم و اصطلاحات به کار رفته در متن مواد، با قوانین مرتبط، رویه قضایی و آراء حقوقدانان در آن زمینه بیشتر آشنا شوند. در راستای تأمین اهداف بالا، کتاب پیش رو بر اساس اصول زیر نگارش یافته است:

۱- تبیین واژه‌های به کار رفته در مواد و تمییز آنها از واژه‌های مشابه:

درک مفهوم واژه‌ها و اصطلاحات حقوقی و تمییز آنها از یکدیگر، حقوقدان را در به کارگیری این واژه‌ها در جایگاه صحیح خود توانمند ساخته و او را از افراد عامی جامعه متمایز می‌گرداند (برای نمونه، در خصوص مفهوم «عقد»، «قرارداد» و «معامله» رجوع کنید به شماره‌های ۳۳، ۳۴ و ۳۵ ماده ۱۸۳ ق.م.؛ گفتنی است معنای لغوی برخی از واژگان نسبتاً دشوار هم جهت افزایش دانش عمومی بیان شده است (ر.ک: ش ۲ ماده ۲۶ و ش ۱ ماده ۱۳۷).

۲- توجه به قوانین مرتبط:

با توجه به وضع قوانین گوناگون پیرامون مباحث حقوق مدنی، کشف حکم مسئله مطروحه در قانون مدنی، بدون در نظر گرفتن قوانین مرتبط با آن موضوع، نه تنها دشوار بلکه گمراه کننده است؛ زیرا در پاره‌ای از موارد، احکام قانون مدنی از سوی قوانین خاص نسخ شده یا تخصیص خورده‌اند (ر.ک. ش. ۲ و ۳ ماده ۹۱ و ش ۸ ماده ۳۸۴ و ش ۳ ماده ۷۸۰)؛ از سوی دیگر برخی از قوانین مرتبط از چنان اهمیتی برخوردارند که توضیح و تفسیر آنها همانند متن مواد قانون مدنی ضروری می‌نماید که قانون مسئولیت مدنی، از آن جمله است (ر.ک. ص ۲۵۲ تا ۲۶۲).

۳- گزینش و تلخیص آرای قضایی و حقوقی:

اگر چه اثر رأی، نسبی و محدود به همان دعواست ولی استناد به آن در دعوای دیگر می‌تواند راهگشا باشد؛ البته هنوز بسیاری از مسائل در دادگاه‌ها مطرح نشده و موضع دادگاه‌ها نسبت به آن نامعلوم است که می‌توان آراء و نظریات مشورتی را برای رفع این خلأ به کار گرفت. در کتاب حاضر رأی قضایی و حقوقی (از جمله آرای دادگاه‌های بدوی، تجدیدنظر، دیوان عالی

کشور، آرای اصراری و وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری و شورای عالی ثبت، آرای دادگاه‌های عالی انتظامی قضات، نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه و شورای نگهبان و ...) گزینش شده و برای دوری از اطالة کلام، به نحو چکیده و مختصر بیان شده‌اند.

۴- توجه به قاعده‌مندی حقوق:

حقوق- به ویژه حقوق مدنی- درس قاعده‌مندی است که بعضاً حتی بدون وجود ماده قانونی می‌توان حکم مسئله را با توجه به اصول حقوقی و روح کلی حاکم بر نظام حقوقی کشور استنباط نمود.

به عنوان نمونه، ماده ۱۵۳ ق.م. مقرر می‌دارد: «هر گاه نهی مشترک بین جماعتی باشد و در مقدار نصیب هر یک از آنها اختلاف شود، حکم به تساوی نصیب آنها می‌شود مگر این که دلیلی بر زیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد» و یا ماده ۸۵۳ ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر موصی‌لهم متعدد و محصور باشند موصی به بین آنها بالسویه تقسیم می‌شود مگر اینکه موصی، طور دیگر مقرر داشته باشد»؛ قاعده تساوی از قواعد عمومی است و ادعای نصیب بیشتر، خلاف اصل عدم زیاده بوده و بدیهی است که مدعی در جهت اثبات ادعای خویش باید دلیل ارائه کند؛ پس بدون آگاهی از مواد ۱۵۳ و ۸۵۳ هم استخراج حکم مسئله امکان‌پذیر است؛ بنابراین در این کتاب، سعی شده است، قواعد و اصول مستند حکم مندرج در ماده هم ذکر شود تا بتوان به جای حفظ مصادیق بی‌شمار، آنها را در موارد مشابه به کار بست (نظیر اصل آزادی قراردادهای (م ۱۰)، اصل تسلیط (م ۳۰)، قاعده لاضرر (م ۱۳۲)، اصل رضایی بودن (م ۱۹۱)، اصل لزوم (م ۲۱۹) اصل صحت (م ۲۲۳)، اصل نسبی بودن قراردادهای (م ۲۲۱)، اصل استصحاب (م ۳۵۹)، اصل عدم (م ۶۷۲) و اصل لزوم جبران کامل خسارت (زیرنویس م ۳۹۱).

۵- نقد مستدل و منصفانه آراء و نظریات حقوقی و قضایی

گسترده‌گی مطالب و موضوعات از یک سو و حجم کم کتاب از سوی دیگر، امکان نقد آراء حقوقی را محدود نموده است؛ با وجود این تلاش شده است تا حد امکان، برخی از نظرات حقوقی و قضایی، نقدی مستدل و منصفانه گردد (ش ۳ م ۱، ش ۴ م ۷، ش ۱ م ۳۹، ش ۲ م ۴۴، ش ۲ م ۴۵ و ش ۱ م ۸۵).

۶- پرهیز از مباحث صرفاً نظری و گاه ملال آور:

ضرورت نگرش کاربردی به مسائل و رعایت اختصار در بیان مطالب، مانع از پرداختن به مسائل نظری شده است. البته این امکان وجود دارد که علاقه‌مندان برای مطالعه بیشتر، بر اساس ارجاعات کتاب، به سایر منابع رجوع نمایند.

۷- رها نکردن خواننده در تردیدهای فکری و بیان نظر اقوی:

حقوق ماهیتی متفاوت از ریاضیات دارد و صحت یک نظریه به آسانی قابل سنجش نیست و گاه به سختی می‌شود یک نظر را بر نظر دیگر ترجیح داد. با این حال، در این نوشتار ضمن بیان نظر اقوی، حسب مورد، نظر مراجع قضایی، مشهور فقها و حقوقدانان دیگر هم بیان شده است (به‌عنوان نمونه ر.ک.ش. ۱، ماده ۳۷ ق.م).

۸- توجه به آخرین تغییرات قانونی:

قوانین هر روزه دست خوش تغییر هستند؛ بنابراین دانستن آخرین مصوبات و به ویژه تفسیر آنها که بعضاً مدت‌ها طول می‌کشد تا مورد توجه کتاب‌های درسی دانشجویان قرار گیرد از اهمیت به‌سزایی برخوردار است؛ ممنوعیت بانک‌ها از اخذ وکالت بلاعزل از راهن در قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر مصوب ۱۳۹۴ (ر.ک: پاورقی ش ۱ م ۷۷۷) و تصویب قانون بیمه اجباری شخص ثالث (۱۳۹۵) (ر.ک: زیرنویس‌های ماده ۳۳۵)، نمونه‌هایی از این موضوع است.

۹- پوشش آزمون‌های حقوقی

در کتاب حاضر معمولاً جواب صحیح از نظر طراحان آزمون‌های حقوقی در گیومه «» قرار داده شده است.

برای نمونه طبق ماده ۳۷ قانون مدنی، اثبات مالکیت سابق از طریق اقرار، سبب بی‌اعتباری اماره تصرف است. اگر چه در منطق حقوقی، آنچه مهم است اثبات مالکیت سابق و حکومت آن بر تصرف فعلی است اما طراحان سوال نیز به پیروی از ظاهر قانون، این اثر را منحصر به «اقرار» دانسته‌اند (ر.ک.ش. ۱، ماده ۳۷ ق.م). همچنین در صورتی که موکل فوت کند و وکیل بدون اطلاع از فوت، ملک موکل را بفروشد در خصوص ضمانت اجرای معامله اخیر، اختلاف نظر وجود دارد که در کتاب حاضر نظر صحیح از نظر طراحان آزمون (در مثال اخیر «غیرنافذ») در گیومه قرار داده شده است (ر.ک: ش ۳ م ۶۸۰)؛ همچنین رجوع کنید به شماره ۱۸ ماده ۲۸۹.

گاهی در متن سوال آزمون از داوطلب خواسته می‌شود که «طبق ظاهر» قانون مدنی یا طبق نظر «مشهور فقها» پاسخ دهد که کتاب حاضر این نوع سوالات را هم مد نظر قرار داده است؛ در خصوص سوال با مضمون «طبق ظاهر قانون مدنی» رجوع کنید به شماره ۹ ماده ۲۲۷ و در خصوص «مطابق نظر مشهور فقها» رجوع کنید به شماره ۱ ماده ۷۷۸.

۱۰- ذکر اقوال مختلف

ذکر نظرات متعدد، محتملی است تا خواننده با تفکرات مختلف آشنا شده و پیرامون آنها تفکر و تأمل نماید (برای نمونه رجوع کنید به زیرنویس شماره ۳ ماده ۱۰۶۴ و پاورقی آن)؛ البته در مواردی که نظر نقل شده مورد قبول نگارنده کتاب نبوده اما ذکر آن ضروری یا مفید به نظر رسیده

است، جهت نقل آن، معمولاً از عبارت «به اعتقاد برخی از حقوقدانان» یا عبارت مشابه استفاده شده است (برای نمونه ر.ک. به زیرنویس شماره ۵ ماده ۷ در خصوص قانون حاکم بر وصیت)؛ بدیهی است ذکر عبارت اخیر بر مبنای شیوه متعارف نقل قول در نوشتارهای حقوقی بوده و نگارنده تکریم و تقدیر از تمام اساتید برجسته حقوق را وظیفه خویش می‌داند.

۱۱- بی‌نیازی از مراجعه به منابع دیگر جهت درک ابتدایی مطلب

نکات مندرج در کتاب، در حدی توضیح داده شده است که برای فهم اولیه نیازی به مطالعه سایر منابع وجود ندارد؛ البته بدیهی است جهت تحقیق و پژوهش بیشتر، مخاطب می‌تواند به ارجاعات کتاب و منابع تفصیلی مراجعه نماید.

۱۲- رعایت اختصار در مستندسازی

جهت کاهش حجم کتاب از یکسو و مستندسازی کتاب از سوی دیگر، ضمن اختصار در ارجاع، به منابع استفاده شده در متن کتاب، به نحو جامع و مفصل در پایان کتاب پرداخته شده است؛ بدین نحو که در متن کتاب در داخل پرانتز، به جای مشخصات کتاب صرفاً نام مؤلف و شماره کتاب و صفحه و یا شماره آن مطلب در منبع مذکور ذکر شده است و با رعایت ترتیب استفاده از آن منبع در متن کتاب، در انتهای کتاب حاضر در قسمت منابع و مأخذ، منبع استفاده شده با مشخصات کامل برای یک‌بار آورده شده است؛ بنابراین منظور از (لنگرودی (۱)، ص ۲) در انتهای توضیح شماره ۲ ماده ۱، لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، چاپ چهارم، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۹۱ است. به عبارت دیگر جهت روشن شدن مستند مطلب، باید براساس شماره ارجاع شده به انتهای کتاب مراجعه نمود.

در پایان لازم است تا مراتب تجلیل و قدردانی خویش از زحمات تمام اساتید حقوق مدنی از جمله مرحوم دکتر امامی، مرحوم دکتر شهیدی، دکتر لنگرودی، دکتر صفایی و به ویژه مرحوم دکتر کاتوزیان را اعلام نمایم که بی‌شک نوشته حاضر مرهون مجاهدت علمی همه این بزرگواران است.

امید است آن چه پیش روی شما قرار گرفته، مفید بوده و دست کم پاره‌ای از اوصاف یک کتاب جامع حقوقی را داشته باشد. لطفاً در صورت داشتن هرگونه نظر یا پیشنهاد، از طریق راه‌های ارتباطی زیر مکاتبه نمایید:

www.dadbanan.com - www.farhadbayat.ir

سایت:

 dadbanandalawfirm

تلگرام:

 dadbanan -  farhadbayat14

اینستاگرام:

دکتر فرهاد بیات - شیرین بیات

فروردین ۱۳۹۹

نشانه‌های اختصاری

ش	شماره
ص	صفحه
ر.ک	رجوع کنید به
ق.ا.	قانون اساسی
ق.آ.د.م.	قانون آیین دادرسی مدنی
ق.ا.ا.م.	قانون اجرای احکام مدنی
ق.ا.ح.	قانون امور حسبی
ق.پ.س.	قانون پیش فروش ساختمان
ق.ت.	قانون تجارت
ق.ت.ا.	قانون تجارت الکترونیکی
ق.ت.ع.	قانون تعزیرات
ق.ت.آ.	قانون تملک آپارتمان‌ها
ق.ث.	قانون ثبت اسناد و املاک
ق.ث.ا.	قانون ثبت احوال
ق.ح.خ.	قانون حمایت خانواده
ق.د.ت.ب.	قانون داوری تجاری بین‌المللی
ق.ر.م.	قانون روابط موجر و مستاجر
ق.ص.چ.	قانون صدور چک
ق.م.	قانون مدنی
ق.م.ا.	قانون مجازات اسلامی
ق.م.خ.ک.	قانون مدیریت خدمات کشوری
ق.م.م.	قانون مسئولیت مدنی
ق.م.م.	قانون مالیات‌های مستقیم
ق.ن.ا.م.م.	قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی
ل.ا.ق.ت.	لایحه اصلاحی قانون تجارت
ن.خ.	نظر مخالف
ن.و.	نظر موافق
م	ماده

فهرست مطالب

نشانه‌های اختصاری	۱۰
قانون مدنی لازم‌الاجرا ۱۳۰۷/۲/۲۰ با الحاقات و اصلاحات بعدی	۱۷
مقدمه: در انتشار و آثار و اجرای قوانین به طور عموم	۱۷
جلد اول (در اموال)	۳۵
کتاب اول: در بیان اموال و مالکیت به طور کلی	۳۶
باب اول: در بیان انواع اموال	۳۶
فصل اول: در اموال غیر منقول	۳۷
فصل دوم: در اموال منقوله	۴۲
فصل سوم: در اموالی که مالک خاص ندارد	۴۳
باب دوم: در حقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود	۴۹
فصل اول: در مالکیت	۵۳
فصل دوم: در حق انتفاع	۶۱
مبحث اول: در عمری و رقبی و سکنی	۶۱
مبحث دوم: در وقف	۶۸
مبحث سوم: در حق انتفاع از مباحات	۸۲
فصل سوم: در حق ارتفاق نسبت به ملک غیر و در احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاور	۸۳
مبحث اول: در حق ارتفاق نسبت به ملک غیر	۸۳
مبحث دوم: در احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاور	۸۸
مبحث سوم: در حریم املاک	۹۷
کتاب دوم: در اسباب تملک	۱۰۰
قسمت اول: در احیای اراضی موات و حیزت اشیاء مباحه	۱۰۱
باب اول: در احیاء اراضی موات و مباحه	۱۰۱
باب دوم: در حیزت مباحات	۱۰۳
باب سوم: در معادن	۱۰۷
باب چهارم: در اشیاء پیدا شده و حیوانات ضاله	۱۰۸
فصل اول: در اشیاء پیدا شده	۱۰۸
فصل دوم: در حیوانات ضالّه	۱۱۰
باب پنجم: در دفینه	۱۱۱
باب ششم: در شکار	۱۱۳
قسمت دوم: در عقود و معاملات و الزامات	۱۱۴
باب اول: در عقود و تعهدات به طور کلی	۱۱۴
فصل اول: در اقسام عقود و معاملات	۱۲۴

۱۴۶	فصل دوم: در شرایط اساسی برای صحت معامله
۱۴۸	مبحث اول: در قصد طرفین و رضای آنها
۱۵۵	مبحث دوم: در اهلیت طرفین
۱۸۱	مبحث سوم: در مورد معامله
۱۸۵	مبحث چهارم: در جهت معامله
۱۹۰	فصل سوم: در اثر معاملات
۱۹۰	مبحث اول: در قواعد عمومی
۲۰۲	مبحث دوم: در خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات
۲۱۱	مبحث سوم: در اثر عقود نسبت به اشخاص ثالث
۲۱۴	فصل چهارم: در بیان شرایطی که در ضمن عقد می‌شود
۲۱۴	مبحث اول: در اقسام شرط
۲۲۱	مبحث دوم: در احکام شرط
۲۲۹	فصل پنجم: در معاملاتی که موضوع آن مال غیر است یا معاملات فضولی
۲۴۰	فصل ششم: در سقوط تعهدات
۲۴۲	مبحث اول: در وفای به عهد
۲۵۸	مبحث دوم: در اقاله
۲۶۵	مبحث سوم: در ابرا
۲۶۹	مبحث چهارم: در تبدیل تعهد
۲۷۴	مبحث پنجم: در تهاتر
۲۷۹	مبحث ششم: مالکیت مافی‌الذمه
۲۸۱	باب دوم: در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود
۲۸۱	فصل اول: در کلیات
۲۸۶	فصل دوم: در ضمان قهری
۲۹۰	مبحث اول: در غصب
۳۰۷	مبحث دوم: در اتلاف
۳۰۹	مبحث سوم: در تسبیب
۳۲۳	مبحث چهارم: در استیفا
۳۲۷	«قانون مسئولیت مدنی»
۳۳۹	باب سوم: در عقود معینه مختلفه
۳۴۰	فصل اول: در بیع
۳۴۰	مبحث اول: در احکام بیع
۳۴۸	مبحث دوم: در طرفین معامله
۳۴۹	مبحث سوم: در مبیع
۳۵۹	مبحث چهارم: در آثار بیع

۳۶۱	فقره اول: در مالکیت مبیع و ثمن
۳۶۳	فقره دوم: در تسلیم
۳۷۷	فقره سوم: در ضمان دَرک
۳۸۱	فقره چهارم: در تأدیه ثمن
۳۸۲	مبحث پنجم: در خيارات و احکام راجعه به آن
۳۸۲	فقره اول: در خيارات
۳۸۵	اول: در خيار مجلس
۳۸۶	دوم: در خيار حيوان
۳۸۶	سوم: در خيار شرط
۳۹۰	چهارم: در خيار تأخير ثمن
۳۹۳	پنجم: در خيار رؤیت و تخلف وصف
۳۹۵	ششم: در خيار غبن
۳۹۷	هفتم: در خيار عيب
۴۰۴	هشتم: در خيار تدليس
۴۰۶	نهم: در خيار تبعض صفة
۴۰۸	دهم: در خيار تخلف شرط
۴۰۸	فقره دوم: در احکام خيارات به طور کلی
۴۱۷	فصل دوم: در بيع شرط
۴۲۱	فصل سوم: در معاوضه
۴۲۲	فصل چهارم: در اجاره
۴۲۶	مبحث اول: در اجاره اشياء
۴۵۴	مبحث دوم: در اجاره حيوانات
۴۵۵	مبحث سوم: در اجاره اشخاص
۴۵۶	فقره اول: در اجاره خدمه و کارگر
۴۵۸	فقره دوم: در اجاره متصدی حمل و نقل
۴۶۰	فصل پنجم: در مزارعه و مساقات
۴۶۰	مبحث اول: در مزارعه
۴۶۷	مبحث دوم: در مساقات
۴۶۹	فصل ششم: در مضاربه
۴۷۴	فصل هفتم: در جُعالة
۴۷۸	فصل هشتم: در شرکت
۴۷۸	مبحث اول: در احکام شرکت
۴۸۸	مبحث دوم: در تقسیم اموال شرکت
۴۹۸	فصل نهم: در ودیعه

۴۹۸	مبحث اول : در کلیات
۵۰۱	مبحث دوم: در تعهدات امین
۵۰۹	مبحث سوم: در تعهدات امانت گذار
۵۱۰	فصل دهم: در عاریه
۵۱۵	فصل یازدهم: در قرض
۵۱۷	فصل دوازدهم: در قمار و گروبندی
۵۱۸	فصل سیزدهم: در وکالت
۵۱۸	مبحث اول: در کلیات
۵۲۴	مبحث دوم: در تعهدات وکیل
۵۲۸	مبحث سوم: در تعهدات موکل
۵۳۱	مبحث چهارم: در طرق مختلفه انقضای وکالت
۵۳۸	فصل چهاردهم: در ضمان عقدی
۵۳۸	مبحث اول: در کلیات
۵۴۶	مبحث دوم : در اثر ضمان بین ضامن و مضمون له
۵۴۹	مبحث سوم : در اثر ضمان بین ضامن و مضمون عنه
۵۵۳	مبحث چهارم : در اثر ضمان بین ضامنین
۵۵۴	فصل پانزدهم: در حواله
۵۵۹	فصل شانزدهم: در کفالت
۵۶۷	فصل هفدهم: در صلح
۵۷۴	فصل هجدهم: در رهن
۵۸۸	فصل نوزدهم: در هبه
۵۹۴	قسمت سوم: در اخذ به شفعه
۶۱۰	قسمت چهارم: در وصایا و ارث
۶۱۰	باب اول : در وصایا
۶۱۰	فصل اول: در کلیات
۶۱۸	فصل دوم: در موصی
۶۲۲	فصل سوم: در موصی به
۶۲۹	فصل چهارم: در موصی له
۶۳۱	فصل پنجم: در وصی
۶۳۴	باب دوم: در ارث
۶۳۴	فصل اول: در موجبات ارث و طبقات مختلفه ارث
۶۳۸	فصل دوم: در تحقق ارث
۶۴۷	فصل سوم: در شرایط و جمله‌ای از موانع ارث
۶۵۳	فصل چهارم: در حجب

۶۵۷	فصل پنجم: در فرض و صاحبان فرض.....
۶۶۰	فصل ششم: در سهم الارث طبقات مختلفه وراثت.....
۶۶۰	مبحث اول: در سهم الارث طبقه اول.....
۶۶۴	مبحث دوم: در سهم الارث طبقه دوم.....
۶۶۷	مبحث سوم: در سهم الارث وراثت طبقه سوم.....
۶۷۰	مبحث چهارم: در میراث زوج و زوجه.....
۶۷۶	کتاب سوم: در مقررات مختلفه.....
۶۷۹	جلد دوم (در اشخاص)
۶۸۰	کتاب اول: در کلیات.....
۶۹۵	کتاب دوم: در تابعیت.....
۷۰۳	کتاب سوم: در اسناد سجل احوال.....
۷۱۱	کتاب چهارم: در اقامتگاه.....
۷۱۵	کتاب پنجم: در غایب مفقود الاثر.....
۷۲۳	کتاب ششم: در قرابت (مصوب ۱۳۱۳/۱۲/۲۱).....
۷۲۹	کتاب هفتم: در نکاح و طلاق.....
۷۲۹	باب اول: در نکاح.....
۷۲۹	فصل اول: در خواستگاری (مصوب ۱۳۱۳/۱۲/۲۱).....
۷۳۲	فصل دوم: قابلیت صحیحی برای ازدواج.....
۷۳۴	فصل سوم: در موانع نکاح.....
۷۴۲	فصل چهارم: شرایط صحت نکاح.....
۷۴۵	فصل پنجم: وکالت در نکاح.....
۷۴۶	فصل ششم: در نکاح منقطع.....
۷۴۷	فصل هفتم: در مهر.....
۷۶۰	فصل هشتم: در حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر.....
۷۷۲	باب دوم: در انحلال عقد نکاح.....
۷۷۴	فصل اول: در امکان فسخ نکاح.....
۷۸۰	فصل دوم: در طلاق.....
۷۸۰	مبحث اول: در کلیات.....
۷۸۷	مبحث دوم: در اقسام طلاق.....
۷۹۰	مبحث سوم: در عدّه.....
۷۹۴	کتاب هشتم: در اولاد.....
۷۹۴	باب اول: در نسب.....
۷۹۹	باب دوم: در نگاهداری و تربیت فرزندان اطفال.....
۸۰۵	باب سوم: در ولایت قهری پدر و جد پدری.....

۸۱۱ کتاب نهم: در خانواده (مصوب ۱۳۱۴/۱/۱۹)
۸۱۱ فصل اول: الزام به انفاق
۸۱۶ کتاب دهم: در حجر و قیمومت
۸۱۶ فصل اول در کلیات
۸۲۲ فصل دوم: در موارد نصب قیم و ترتیب آن
۸۲۹ فصل سوم: در اختیارات و وظایف و مسئولیت قیم و حدود آن
۸۳۴ فصل چهارم: در موارد عزل قیم
۸۳۷ فصل پنجم: در خروج از تحت قیمومت
۸۳۹ جلد سوم (در ادله اثبات دعوی)
۸۴۲ کتاب اول: در اقرار
۸۴۲ باب اول: در شرایط اقرار
۸۴۵ باب دوم: در آثار اقرار
۸۵۰ کتاب دوم: در اسناد
۸۵۸ کتاب سوم: در شهادت
۸۵۸ باب اول: در موارد شهادت
۸۶۰ باب دوم: در شرایط شهادت
۸۶۲ کتاب چهارم: در امارات
۸۶۳ کتاب پنجم: در قسم
۸۷۵ منابع و مأخذ

قانون مدنی

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

مقدمه

در انتشار و آثار و اجرای قوانین به طور عموم

ماده ۱: تصویب و امضای قانون و دستور ابلاغ آن

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

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

۱. قانون در معنای خاص، مصوبات مجلس و نتیجه همه‌پرسی است که پس از طی تشریفات قانونی لازم‌الاجرا می‌شود؛ اگرچه طبق اصل ۵۸ قانون اساسی «اعمال قوه مقننه از طریق

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

مجلس شورای اسلامی است...» ولی در عمل، نهادهای قانونگذاری دیگری چون مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی امنیت ملی، شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای عالی فضای مجازی، شورای عالی هماهنگی اقتصادی قوای سه گانه نیز مصوباتی دارند که با آنها به مانند قانون برخورد می‌شود؛ در مقابل منظور از «مقرر» مصوبات، آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌هایی است که توسط مراجع ذی‌صلاحی به جز مرجع قانونگذاری، وضع می‌شود مانند مصوبات هیئت دولت یا بخشنامه‌های رئیس قوه قضائیه یا وزرا و روسای سازمان‌های دولتی؛ علی‌رغم وجود تفاوت‌های اساسی میان قانون و مقرر، متأسفانه مراجع وضع قانون و مقرر به این تفکیک پایبند نبوده و در عمل این دو واژه را به جای یکدیگر به کار می‌برند (برای مطالعه بیشتر رجوع کنید: اسلامی، اصول و فنون قانون‌گذاری، انتشارات جنگل).

۲. از جمله تفاوت‌های قانون و مقرر می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف) قانون می‌تواند ایجاد حق و تکلیف کند در حالی که مقرر مستقلاً ایجاد حق یا تکلیف نمی‌کند و عمدتاً حاوی امور شکلی و اجرایی در حدود قانون مصوب است؛ به همین دلیل مقرر نباید مخالف قانون باشد و نمی‌تواند قلمرو قانون را گسترش داده یا محدود کند (قسمت اخیر اصل ۸۵ و ۱۷۳ قانون اساسی)؛

ب) فقط قانون امکان جرم‌انگاری دارد (ماده ۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)؛ به عبارت دیگر، هیچ فعل یا ترک فعلی جرم نیست مگر به موجب «قانون»؛

پ) وضع مالیات یا معافیت از آن، محتاج قانون است (اصل ۵۱ ق.ا)؛

ت) فقط قانون می‌تواند اثر قهرایی داشته باشد (ر.ک شماره ۴ ماده ۴ (ر.ک: اسلامی، همان منبع، ص ۴۰).

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

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

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

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

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

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

ج) گذشت مدت زمان معین از انتشار قانون (اصولاً پانزده روز از انتشار) (ماده ۲ ق.م).

۴. در ماده ۱، دو نوع ابلاغ پیش‌بینی شده است: اول ابلاغ به مجریان که به محض ابلاغ، اصولاً مکلف به اجرای قانون هستند مگر در موردی که با حقوق عامه تعارض داشته باشد یعنی

برای سایر مردم نیز حق و تکلیف ایجاد نماید و صرفاً مربوط به آن سازمان نباشد (ماده ۳۰ آیین نامه داخلی هیئت دولت ۱۳۶۸/۹/۸) که در این صورت اجرا، منوط به انقضای مدت پانزده روزه است (نظریه مشورتی (۶)، ۱۳۵۹/۴/۲۱-۷/۲۵۳) و چنانچه در مورد نادری، ابلاغ به مجریان صورت نگیرد مجریان مکلف هستند بعد از پانزده روز از انتشار، قانون را اجرا کنند و دوم، ابلاغ به عموم مردم که از طریق روزنامه رسمی صورت می‌گیرد و اجرای آن منوط به انقضای مدت پانزده روزه است (لنگرودی (۱)، ص ۲).

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

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

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

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

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

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

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

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

۱. مهلت فوق در مورد اجرای قانون در خارج از کشور هم لازم‌الرعايه است^۱ (م ۶ ق.م.) مگر این که کشور خارجی در وضعی قرار داشته باشد که همه ایرانیان مقیم در آن جاهل به قانون مانده باشند که در این صورت اثبات جهل به قانون پذیرفته می‌شود (کاتوزیان (۳)، ش. ۱۱۲).

۲. ماده ۲، مبتنی بر این «فرض قانونی» است که پس از گذشت پانزده روز از انتشار قانون، همه به آن آگاه هستند و خلاف آن جز در موارد نادر، قابل اثبات نیست (جهل به قانون عذر محسوب نشده و رافع مسئولیت نیست).

۳. بر مبنای قاعده قبح عقاب بلابیان، تصویب‌نامه و آیین‌نامه نیز باید منتشر شود، اما لزوم انتشار و گذشت مهلت، برای «عموم» است و سازمان‌های دولتی، اصولاً تابع ابلاغ مقام‌های اداری هستند (کاتوزیان (۳)، ش. ۱۱۰؛ م ۱۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (۱۳۸۸) (ر.ک: ش ۲ م ۱ و ش ۲ م ۳)؛ البته پس از انتشار قانون و اتمام مهلت، قانون برای همه لازم‌الاجرا است و مقامات اداری نمی‌توانند به بهانه عدم ابلاغ قانون به آن‌ها از اجرای آن خودداری نمایند؛ اگرچه متأسفانه در عمل، مقامات اداری گاهی خلاف رویه قانونی اخیر عمل می‌نمایند.

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

۴. لزوم گذشت پانزده روز قاعده‌ای عام است و در صورتی اجرا می‌شود که قانون مصوب، متضمن مهلتی کمتر یا بیشتر نباشد و گرنه مهلت مندرج در خود قانون ملاک است.
۵. اثبات خلاف فرض «اطلاع از قانون» در چند مورد ممکن است (کاتوزیان (۳)، ش. ۱۳۶):
- الف) هرگاه پذیرش ادعای جهل، موجب تأمین مقصود مقنن از وضع آن قانون شود. مثلاً مقنن در جهت حمایت از وراثت، وصیت زاید بر ثلث را نافذ نمی‌داند، حال اگر وارثی به خاطر جهل به قانون، وصیت زاید بر ثلث را اجرا کند می‌تواند با اثبات جهل خود به این قاعده، مال پرداخت شده را مسترد نماید؛
- ب) جایی که جهل جنبه «همگانی» داشته باشد (ر.ک. ش. ۱، همین ماده).
- پ) جایی که تحصیل علم عادتاً ممکن نباشد و یا جهل به حکم (قانون) شرعاً عذر محسوب شود (م. ۱۵۵ ق.م.ا).
۶. در صورت تردید در علم یا جهل به قانون، فرض بر عالم بودن است و مدعی نمی‌تواند به اصل عدم اطلاع استناد کند (الاصل دليل خيث لا دليل له) (ن.و: کاتوزیان (۳): ن.خ: امامی (۲۰)).
۷. ماده فوق، آراء وحدت رویه و آن لوایح قانونی که براساس اختیار تفویضی مجلس وضع می‌شود را در بر نمی‌گیرد (رأی شماره ۱۵۴۴-۳۲/۴/۲۴ شعبه ۲ دیوانعالی کشور).
۸. عدم تصویب آیین‌نامه مانع اجرای قانون مصوب نیست مگر اینکه در خود قانون، اجرای آن موکول به تصویب آیین‌نامه شده باشد (نظریه مشورتی (۶)، شماره ۷/۲۵۳، مورخ ۱۳۵۹/۴/۲۱).
۹. کلیه مصوبات مربوط به آیین‌نامه داخلی مجلس از ماده ۲ قانون مدنی مستثنی بوده و «بلافاصله» پس از تصویب نهایی، لازم‌الاجرا است (قانون مستثنی بودن مصوبات مربوط به آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی از موضوع ماده ۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۲/۱۰/۷).

ماده ۳: محل انتشار قوانین

انتشار قوانین باید در روزنامه رسمی به عمل آید.

۱. لزوم انتشار قانون، محدود به قانون در معنای خاص نیست بلکه کلیه مصوبات و تصمیماتی که موجد حق یا تکلیف عمومی است قابل طبقه‌بندی به عنوان اسرار دولتی نبوده و انتشار آنها الزامی است (ماده ۱۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات ۱۳۸۸).

۲. اگرچه منظور از قانون، در ماده ۳، قانون به معنای خاص است ولی طبق تبصره ماده سی آیین‌نامه داخلی هیأت دولت ۱۳۶۸، مصوبات دولت که برای مردم حق یا تکلیف ایجاد می‌کند نیز باید در «روزنامه رسمی»^۱ منتشر شود؛ بنا بر مقرر اخیر، مصوباتی که علاوه بر دستگاه‌های اجرایی و کارکنان آن، برای سایر مردم حق و تکلیف ایجاد می‌نماید، پانزده روز پس از انتشار در روزنامه رسمی لازم‌الاجرا است مگر آن که در خود مصوبه زمان یا کیفیت خاصی برای اجرای آن پیش‌بینی شده باشد (ر.ک: ش ۴ م ۴).

۳. از ابتدای سال ۱۳۹۰، چاپ و انتشار مجموعه قوانین تنها با تأیید معاونت قوانین مجلس امکانپذیر است؛ روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران از شمول حکم اخیر مستثنی می‌باشد (ماده ۶ قانون تدوین و تنفیح قوانین و مقررات کشور و تبصره آن مصوب ۱۳۸۹).

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

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

۱. قاعده عطف به ماسبق نشدن قانون (عدم تأثیر قانون در گذشته)، مبتنی بر قاعده «قبیح عقاب بلا بیان» است (اصل ۱۶۹ ق.ا).

۲. قاعده «عطف به ماسبق نشدن قوانین» در مورد احکام شرعی (مثل حدود، قصاص، دیات و تعزیرات شرعی) جاری نمی‌شود (مفهوم مخالف م ۱۰ ق.م.ا؛ البته حکم مندرج در تبصره ماده ۵۵۱ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد [در کلیه جنایاتی که مجنی علیه مرد نیست، معادل تفاوت دیه تا سقف دیه مرد از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود] ارتباطی به احکام خاصه دیه نداشته و مطابق قاعده کلی، عطف به ما سبق نمی‌گردد (رأی وحدت رویه ۷۶۶-۱۳۹۶/۱۱/۱۷ دیوان عالی کشور).

۳. ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) که مقرر می‌دارد: «... مرتکب هیچ رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل را نمی‌توان به موجب قانون مؤخر به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم

۱- روزنامه رسمی از سازمان‌های وابسته به قوه قضائیه است که برابر اساسنامه قانونی مصوب ۱۳۵۲/۱۲/۲۸ خویش، به صورت شرکت سهامی اداره می‌شود؛ وظیفه اصلی این شرکت، چاپ و نشر قوانین و مقررات، آراء وحدت رویه و برخی آگهی‌های قانونی و قضایی مانند آگهی تأسیس شرکت یا ثبت اختراع و علامت تجاری و ... است (ماده ۴ اساسنامه شرکت سهامی روزنامه رسمی مصوب ۱۳۵۲ و اصلاحی ۱۳۸۱).

کرد» از مصادیق صدر ماده ۴ و موافق قاعده محسوب می‌شود و تبصره الحاقی (سال ۱۳۸۹) ماده ۹۴۶ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «مفاد این ماده (۹۴۶) در خصوص وراثت متوفایی که قبل از تصویب آن (۱۳۸۷/۱۱/۶) فوت کرده ولی هنوز ترکه او تقسیم نشده نیز لازم‌الاجرا است» از مصادیق ذیل ماده ۴ و استثنا محسوب می‌شود.

۴. منظور از «قانون» در قسمت اخیر ماده ۴، قانون به معنای «خاص» است؛ به عبارت دیگر تسری اثر مصوبه به گذشته صرفاً از اختیارات قوه مقننه است و مقامات اداری، حتی در مقام وضع مصوبه نیز مجاز نیستند برای تصمیمات و مصوبات خود اثر قهقرایی در نظر بگیرند؛ در غیر این صورت چنین مصوبه‌ای به واسطه مغایرت با قانون توسط دیوان عدالت اداری تا حد مغایرت قابل ابطال است (رأی ۳۸۰ - ۱۳۹۶/۴/۲۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری).

۵. در امور کیفری، جرم‌انگاری را نمی‌توان عطف به ماسبق کرد زیرا طبق اصل ۱۶۹ قانون اساسی، هیچ فعلی یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود. ۶. قاعده عطف به ماسبق نشدن قانون با چند استثنای عمده روبه‌رو است (ر.ک. به م ۱۱ ق.م.ا.):

الف) قوانین تفسیری (به اعتقاد برخی از حقوقدانان؛ کاتوزیان (۳)، ش ۲۱۲): اگر چه قانون تفسیری از ابتدای وضع قانون سابق اجرا می‌شود و نه از زمان تصویب آن، اما قانون تفسیری بیان روشن‌تر قانون سابق است و جنبه کشفی دارد و امر جدیدی تلقی نمی‌شود تا در خصوص آن عطف به ماسبق شدن یا نشدن مطرح گردد؛ بنابراین خروج قوانین تفسیری، موضوعی است، نه حکمی؛ به عنوان مثال اگر قانونی در سال ۹۵ لازم‌الاجرا شود (مانند قانون ممنوعیت به کارگیری بازنشستگان) و در سال ۹۶ تفسیر قانونی از یکی از مواد آن ارائه شود (مانند قانون استفسار به تبصره ۱ ماده واحده قانون ممنوعیت به کارگیری بازنشستگان)، قانون وضع شده در سال ۹۶ از همان سال ۹۵ لازم‌الاجرا است.

ب) قوانین مربوط به حذف و تخفیف مجازات (م. ۱۰ ق.م.ا.):

پ) قوانین مربوط به اهلیت: به عنوان مثال اگر قانون سن اهلیت برای معامله را از پانزده سال به هجده سال تغییر دهد اشخاصی که سابقاً دارای اهلیت بوده‌اند (شانزده ساله) به محض لازم‌الاجرا شدن قانون جدید، فاقد اهلیت تلقی خواهند شد البته معاملاتی که آن‌ها در زمان داشتن اهلیت منعقد نموده‌اند اصولاً صحیح است (عدل (۷)، ص ۲۵):

ت) قوانین مربوط به تشکیلات قضایی و صلاحیت ذاتی و آیین دادرسی (م ۹ ق.آ.د.م.) (شمس (۸)، صص ۲۶-۲۸).

۷. ماده ۴ متضمن دو قاعده است: (۱) قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد (۲) اثر قانون نسبت به آتی است. اگرچه این دو قاعده در مرحله وضع، با هم تعارض ندارند ولی اجرای هر دوی آن‌ها

گاه با هم تزامم پیدا می‌کند (کاتوزیان (۳)، ش ۲۱۲) مانند عقد اجاره‌ای که در حکومت قانون سابق منعقد شده و قبل از اتمام مدت اجاره، قانون جدیدی وضع و لازم‌الاجرا گردد؛ در این موارد اصولاً هر عمل یا واقعه‌ای تابع قانون زمان ایجاد است مگر اینکه ارتباط قانون جدید با نظم عمومی، ایجاب کند که قانون جدید حکمفرما باشد.

۸. قانون جدید اصولاً نمی‌تواند به «حقوق مکتسبه» افراد آسیب برساند (رأی شماره ۷۸۴ مورخ ۱۳۹۴/۶/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری)؛ منظور از حقوق مکتسبه، حقوق قطعی و ثابتی است که شخص در زمان حکومت قانون گذشته به دست آورده است و در مقابل «حقوق محتمله» قرار دارد که عبارت است از منافع و انتظاراتی که هنوز برای شخص ثابت نشده و وی تنها انتظار نیل به آن‌ها را دارد و ممکن است به سبب تغییر قانون از آن محروم شود؛ به عنوان مثال: اگر طبق قانونی بعد از گذشت بیست سال از تصرف، متصرف بتواند تقاضای سند مالکیت کند و این قانون در نوزدهمین سال تصرف شخص، تغییر کرده و شرط مذکور بیست و پنج سال گردد، قانون جدید نسبت به این شخص اعمال خواهد شد زیرا متصرف هنوز حق ثابتی به دست نیاورده و ناچار است شش سال دیگر صبر نماید؛ اما اگر بعد از گذشت بیست سال از تصرف و درخواست متقاضی، قانون تغییر نماید، اصولاً درخواست متقاضی باید بر اساس قانون سابق رسیدگی شود (قسمت اخیر ماده ۹۶۶ ق.م. (عدل (۷)، ص ۲۳).

۹. در صورتی که شخصی مبادرت به خرید کالایی مجاز از خارج کشور نماید اما پیش از ورود کالا به کشور، واردات آن کالا ممنوع یا محدود شود (مثلاً ورود آن کالا منوط به اخذ مجوز از یک سازمان دولتی گردد)، وارد کننده می‌تواند تحت شرایط مندرج در ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی قانون صادرات و واردات،^۱ آن کالا را با رعایت مقررات پیشین وارد نماید.

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

۱۰. مقصود از «آتیه»، تاریخ «لازم‌الاجرا شدن» قانون است؛ این تاریخ آغاز قلمرو زمانی قانون است (لنگرودی (۱)، ص ۳)؛ پس از این تاریخ، تمام اعمال و وقایعی که محقق گردد اصولاً تابع قانون جدید هستند (اثر فوری قوانین).

۱۱. نسخ، از بین بردن اعتبار یک قانون به وسیله یک قانون دیگر است که قانون پیشین را «منسوخ» و قانون جدید را «ناسخ» می‌نامند؛ نسخ زمانی محقق می‌شود که قانون ناسخ لازم‌الاجرا شود و تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون جدید، پایان قلمرو زمانی قانون پیشین است.

۱۲. برخی از قوانین، در زمان تصویب به صورت موقت اجرا می‌شوند، در این صورت این قوانین با اتمام مدت معین شده، اعتبار خویش را از دست می‌دهند بدون اینکه نیازی به قانون ناسخ باشد؛ مانند قانون برنامه‌های اول تا پنجم توسعه کشور که با اتمام مدت، اعتبار خویش را از دست داده‌اند؛ همچنین است احکام مندرج در قوانین بودجه که جنبه سالیانه داشته و صرفاً مربوط به همان سال بوده و قابل اجرا در سال‌های بعد نیست (مواد ۱ و ۶ قانون محاسبات عمومی ۱۳۶۶؛ بند «و» تبصره ۲۱ قانون بودجه سال ۱۳۹۸ کل کشور؛ رأی وحدت رویه ۶۴۶ - ۱۳۷۸/۹/۳۰ دیوان عالی کشور).

۱۳. «ابطال مقرر» به معنای اعلام بی‌اعتباری آن به دلیل خروج واضع آن از صلاحیت خویش یا مغایرت آن با قوانین بالادستی یا دلایل دیگر است و برخلاف نسخ قانون که عموماً اثر آن ناظر به آینده است، ابطال مقرر منطقی آن را از ابتدا بی‌اثر می‌کند زیرا کاشف از آن است که مقرر به نحو معتبری وضع نشده است؛ با وجود این، مطابق ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲): «اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیأت عمومی است مگر در مورد مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیأت مذکور، اثر آن را به زمان تصویب مصوبه تسری دهد؛ بنابراین بر خلاف مفهوم حقوقی «ابطال»، قانون دیوان عدالت اداری در جهت حفظ امنیت حقوقی، اثر ابطال را اصولاً ناظر به آینده دانسته و تنها به نحو استثنایی بر آن اثر قهقرایی بار می‌کند.

ماده ۵: صلاحیت سرزمینی

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

۱. قاعده مندرج در ماده ۵ را «اصل محلی یا درون مرزی بودن یا سرزمینی بودن قانون» می‌نامند و در صورت تردید در اجرای قانون ایرانی یا خارجی، به استناد این اصل، قوانین ایران جاری است (قاعده غلبه: الظن یلحق الشيء بالاعم الاغلب).

۲. کلیه اشخاصی که در قلمرو حاکمیت ایران قرار دارند، اصولاً تابع قوانین ایران هستند خواه مقیم و ساکن ایران باشند یا نباشند؛ بنابراین منظور از «سکنه ایران» در متن ماده ۵، «اشخاص حاضر در قلمرو حاکمیتی ایران» است (م ۳ ق.م.ا).
۳. قانون حاکم بر احوال شخصیه اتباع بیگانه و ایرانیان غیرشیعه از استثنائات ماده ۵ محسوب می‌شوند (م ۶ ق.م.ا).
۴. روابط حقوقی بین اشخاص داخل هواپیما اصولاً تابع «قانون کشور متبوع آن هواپیما» می‌باشد (ماده ۲۹ قانون هواپیما کشوری ۱۳۲۸/۵/۱)؛ بنابراین اگر قراردادی در هواپیمایی که تابعیت اماراتی دارد (یعنی هواپیمایی که در کشور امارات ثبت شده است) و بر فراز ایران پرواز می‌نماید منعقد شود، از نظر دادگاه ایران، اصولاً تابع قانون امارات است زیرا محل انعقاد عقد امارات محسوب می‌شود (قانون کشور پرچم) (م ۹۶۸ ق.م.ا).

ماده ۶: صلاحیت شخصی در خصوص اتباع ایران

قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران ولو اینکه مقیم در خارجه باشند مجری خواهد بود.

۱. ماده ۶، بیانگر اصل «برون مرزی بودن» قوانین مربوط به احوال شخصیه است (برای مشاهده مفهوم احوال شخصیه رجوع کنید: ش ۱۳ م ۹۵۶ ق.م.ا).
۲. در دعوی مربوط به احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارج، دادگاه خارجی، قواعد حل تعارض مقرر دادگاه را اعمال می‌کند که ممکن است منتج به حکومت قانون ایران نشود (مانند انگلستان که قاعده اقامتگاه را در خصوص احوال شخصیه ملاک می‌داند) در این صورت اگر رأی صادره از دادگاه خارجی، خلاف نظم عمومی ایران باشد، قابل ترتیب اثر و اجرا در ایران نخواهد بود؛ بنابراین اگر زوجین ایرانی باشند و زوجه در دادگاه خارجی به سببی طلاق بگیرد که در نظام حقوقی ایران از موجبات طلاق نیست، چنین حکمی در ایران منشأ اثر نیست ولی صرف تفاوت در آیین رسیدگی دادگاه (م ۹۷۱) نمی‌تواند مانع شناسایی حکم طلاق صادره از دادگاه خارجی در دادگاه ایرانی شود (مستنبط از م ۱۶۹ ق.ا.ا.م).
۳. از نظر حقوق ایران، امور مالی راجع به حقوق خانوادگی (نظیر ارث، وصیت، مهریه، جهیزیه، نفقه و ...) نیز جزء احوال شخصیه محسوب می‌شود (اصول ۱۲ و ۱۳ ق.ا.) (نظریه مشورتی (۶)، ۷/۴۵۰۱ - ۱۳۶۸/۸/۲).

۴. احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه (مسائل مربوط به نکاح و طلاق، ارث و وصیت، فرزندخواندگی) در صورتی تابع قواعد مذهبی خودشان است^۱ که اولاً مذهب آنان در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده باشد (اصول ۱۲ و ۱۳ ق.ا)؛ ثانیاً در خصوص آن موضوع، عادات و قواعد مسلمة متداول و روشن و معینی در آن مذهب پیش‌بینی شده باشد؛ ثالثاً خلاف نظم عمومی ایران نباشد؛ به عنوان مثال، اگر در بین ورثه متوفای غیرمسلمان، شخص مسلمانی وجود داشته باشد، ارث به وی رسیده و اشخاص غیرمسلمان ارثی نمی‌برند (ماده ۸۸۱ مکرر) و قانون مذهب متوفی اعمال نخواهد شد.
۵. اهلیت ایرانیان غیرشیعه برای انعقاد معامله، تابع قانون مدنی است؛ زیرا در قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه، به اهلیت راجع به معاملات اشاره‌ای نشده است و به لحاظ استثنایی بودن این قانون، باید به قدر متیقن اکتفا نمود (ر.ک: صفایی (۳۱)).

ماده ۷: صلاحیت شخصی در خصوص اتباع خارجه

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

۱. اگرچه واژه اتباع خارجه به وصف «مقیم» مقید شده است اما به نظر می‌رسد وقتی مقیم خارجی که ارتباط بیشتری با کشور ایران دارد، به لحاظ احوال شخصیه تابع دولت متبوع خویش است، بنابراین به قیاس اولویت، حکم ماده شامل اتباع خارجی غیرمقیم (مانند اتباع خارجی که از خاک ایران عبور می‌نمایند) هم می‌شود (ن.و: امامی (۱۲)، ص ۱۰۳).
۲. در صورتی که شخص بیگانه تابعیت مضاعف داشته باشد، اگر یکی از آن‌ها تابعیت ایرانی باشد محکمه ایرانی، قانون ایران را اعمال خواهد کرد و اگر هر دو تابعیت شخص، خارجی باشد، ملاک «تابعیت مؤثر» است. یعنی تابعیتی که شخص بیشتر به آن تعلق و وابستگی دارد.

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

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

- اهلیت برای معامله کردن^۱ (م. ۹۶۲ ق.م).
- احوال درجه اول (م. ۹۷۳ ق.م)؛
- مخالفت قانون خارجی با «نظم عمومی» (م. ۹۷۵ ق.م)؛
- اهلیت کسب تابعیت (م. ۹۷۹ ق.م)؛
- شخص فاقد تابعیت (آپاترید)؛
- پناهنده (بند ۱ ماده ۱۲ کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان ۱۳۵۵)؛
- در صورتی که کشور خارجی متبوع فرد، قانون خاصی در آن زمینه نداشته باشد؛
- در دعوی نسب^۲.

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

۵. با توجه به ماده ۹۶۷ ق.م، قوانین مربوط به ارث و وصیت تنها از حیث «قوانین اصلیه» (یعنی «قوانین ماهوی» مانند تعیین وراث و مقدار سهم الارث آنها) تابع قانون دولت متبوع متوفی است و قواعد شکلی نظیر تشریفات و آیین اداره ترکه تابع قانون محل وقوع مال است (ماده ۹۶۶ ق.م)؛^۲

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

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

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

همچنین نحوه نگارش و تنظیم وصیتنامه، طبق ماده ۹۶۹ ق.م. تابع قانون محل تنظیم است و ارتباطی به دسته احوال شخصیه ندارد.

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

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

ماده ۸ : حکومت قانون ایران بر اموال غیرمنقول واقع در ایران

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

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

۲. تملک اموال غیرمنقول توسط بیگانگان با تحصیل اجازه و به شرط رفتار متقابل برای محل سکونت، صنعت و یا کسب، مجاز است (آیین‌نامه استملاک اتباع خارجه، ۱۳۲۸/۵/۱۰)؛ اما تملک زمین در مناطق آزاد توسط اتباع خارجی، مطلقاً ممنوع است (تبصره ۱ م ۲۴ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی (۱۳۷۲).

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

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

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

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

۶. اجاره ملک توسط اتباع خارجی مجاز است (مستنبط از تبصره ۱ ماده ۲۴ قانون مناطق آزاد).

۷. تملک اموال منقول مانند خرید خودرو توسط اتباع خارجی منع قانونی ندارد (ر.ک: م ۹۶۱ ق.م).

۸. هر شرکتی که «مرکز اصلی» آن در ایران بوده و به ثبت رسیده باشد، ایرانی محسوب و می‌تواند اموال غیرمنقول خریداری کند ولو صد در صد سهامداران آن، خارجی باشند (ر.ک: ش ۱۲ م ۹۷۶ و کتاب صفر تا صد حقوق کسب و کار؛ تألیف فرهاد بیات) مگر در خصوص اراضی مناطق آزاد؛ زیرا مطابق ماده ۹ آیین‌نامه نحوه استفاده از زمین و منابع ملی در مناطق آزاد ۱۳۷۲، فروش و انتقال قطعی زمین به اتباع خارجی و همچنین شرکت‌هایی که تمام یا بخشی از سرمایه آن‌ها متعلق به اتباع خارجی باشد، ممنوع است.

ماده ۹: اعتبار عهدنامه

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

۱. منظور از «طبق قانون اساسی» این است که عهدنامه باید به تصویب مجلس برسد (اصل ۷۷ و ۹۴ و ۱۲۵)؛ البته قراردادهایی که یک طرف آن وزارتخانه یا موسسه یا شرکت دولتی و طرف دیگر قرارداد «شرکت خصوصی خارجی» باشد از شمول اصل ۷۷ قانون اساسی خارج بوده و نیاز به تصویب مجلس ندارد (نظریه ۸۱- ۱۳۶۰/۸/۷ شورای نگهبان).
۲. برخلاف امضای رئیس‌جمهور در ماده ۱ ق.م و اصل ۱۲۳ ق.ا، که «اجباری و به نوعی تشریفاتی» است، امضای معاهده توسط رئیس‌جمهور، بخش تجزیه نشدنی انعقاد یک معاهده است (اصل ۱۲۵ ق.ا) و رئیس‌جمهور می‌تواند از امضای آن خودداری نماید.
۳. با توجه به این که عهدنامه «در حکم قانون» است پس باید مانند سایر قوانین منتشر شود، اما در روابط بین‌المللی نمی‌توان عهدنامه را به واسطه عدم انتشار در داخل کشور یا عدم انقضای مهلت مقرر در ماده ۲، اجرا نکرد.
۴. عهدنامه، ناسخ و مخصّص قوانین معارض پیشین است.

۵. اگر قانون مؤخری مخالف عهدنامه وضع شود، محاکم داخلی اصولاً باید قانون موخر را رعایت کنند ولی دولت در روابط بین‌المللی نمی‌تواند عدم اجرای عهدنامه را مستند به فعل خود (وضع قانون مخالف) کند (م. ۲۷ عهدنامه وین در خصوص حقوق معاهدات مصوب ۱۹۶۹).

ماده ۱۰: اعتبار قراردادهای خصوصی (اصل آزادی قراردادی)

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

۱. «شرط ابتدایی» توافقی است که ضمن عقد معین انشاء نشده و مشهور فقها آن را لازم‌الوفاء نمی‌دانند (شیخ انصاری (۱۰)، ص ۵۴)؛ حال آنکه این عقیده خلاف اطلاق آیه شریفه «أوفوا بالعقود» (آیه اول سوره مائده) و حدیث «المؤمنون عند شروطهم»^۲ است (برای مشاهده نظر موافق رجوع کنید به سید محمد کاظم طباطبایی، عروه الوثقی، جلد ۲، ص ۳۱۵ که حکم «وجوب وفای به عقد» را ناظر به همه قراردادهای می‌داند)^۳ و در حقوق کنونی با تصویب ماده ۱۰ قانونی مدنی، تردیدی در اعتبار قراردادهای نامعین (نظیر قرارداد راجع به حق تألیف یا حق اختراع یا قرارداد توزیع انحصاری کالا) وجود ندارد؛ همچنین شرط مربوط به قرارداد هم الزام‌آور است ولو در ضمن عقد قرار نگرفته باشد زیرا ملاک «اراده و خواست طرفین» است، نه شکل و قالب آن.

۲. واژه‌ی «صریح» در انتهای ماده در مقابل تردید و ابهام است، نه ضمنی، پس اگر در امکان انعقاد قرارداد و مخالفت آن با قانون تردید شود، اصل اباحه حاکم است ولی اگر مخالفت قرارداد با قانون آمره مسلم باشد، قرارداد باطل است اعم از این که این مخالفت صریح باشد یا ضمنی؛

۱ - در ماده ۶۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری (۱۳۸۶)، استثنائاً تصریح شده است که در صورت تعارض این قانون با معاهدات مربوطه، معاهده (اعم از سابق یا لاحق) مقدم است.

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

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

- چنانکه در هیچ یک از مواد قانون مدنی، قیم از بخشیدن اموال محجور منع نشده است اما از مفهوم ماده ۱۲۴۱ به روشنی استنباط می‌شود که این عمل مجاز نیست (کاتوزیان (۱۱)، صص ۱۵۷-۱۵۸؛ ن.خ: امامی (۱۲)، ص. ۴۸).
۳. واژه‌ی «قانون» در انتهای ماده، ناظر بر قوانین «امری» است، نه تکمیلی؛ توضیح آن که رعایت برخی قوانین به طور مطلق الزامی است و رعایت برخی از قوانین در صورتی الزامی است که خلاف آن در قرارداد یا عرف پیش‌بینی نشده باشد، دسته اول را قوانین «امری» و دسته دوم را قوانین «تکمیلی یا تفسیری یا تعویضی یا تخییری» گویند.
۴. در امور مالی اصل بر «تکمیلی بودن» قانون و در احوال شخصیه اصل بر «امری بودن» قانون است.
۵. مخالفت قرارداد با قانون در صورتی موجب بطلان یا عدم نفوذ عقد است که آن قانون، بیانگر شرایط عمومی (م ۱۹۰ ق.م) یا اختصاصی (مانند م ۴۶ ق.م) ضروری اعتبار عقد مذکور باشد.
۶. منظور از «قرارداد خصوصی» معمولاً «عقد غیرمعین» است (ر.ک. ش. ۸ تا ۱۳ م. ۱۸۴ ق.م).
۷. ماده ۱۰ در عقود معین هم کاربرد دارد و طرفین عقد معین، می‌توانند با توافق، خلاهای قانونی را پر کرده و یا حتی خلاف عرف و قانون تکمیلی تراضی نمایند و بدیهی است که اراده طرفین ملاک عمل خواهد بود (العقود تابعه للقصود)؛ اما این تغییرات تا جایی معتبر است که خلاف نظم عمومی و به ویژه قواعد امری ناظر به آن عقد نباشد (کاتوزیان (۱۳)، ص ۶).
۸. طرفین قرارداد نمی‌توانند «عینی را در برابر عوض تملیک کرده» و با گذاشتن نام «قرارداد خصوصی» بر آن، از احکام امری عقد بیع فرار نمایند (کاتوزیان (۱۳)، ص ۶) (تبصره ماده ۷ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو)؛ به ویژه اینکه آنچه مخلوق طرفین است ماهیت حقوقی عقد است و احراز نام آنچه توافق شده، با در نظر گرفتن قصد مشترک طرفین، با قاضی است.^۱ (ر.ک: ش ۴ م ۴۶۳).
۹. مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی، عقد صلح را بیهوده نمی‌کند و عقد صلح نیز باعث بی‌نیازی از استناد به ماده ۱۰ نمی‌شود (کاتوزیان (۱۴)، ص ۳۶۲)؛ توضیح آنکه اولاً قلمرو ماده ۱۰ تنها اعتبار بخشی به عقود نامعین نیست تا گفته شود می‌توان تمام عقود نامعین را در قالب صلح منعقد نمود و از

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

ماده مذکور بی‌نیاز شد، بلکه ماده ۱۰ مبنای اعتبار هر گونه توافق است خواه در قالب عقود معین باشد یا نامعین؛ ثانیاً عقد صلح در حقوق کنونی اثر تأسیسی دارد زیرا می‌توان در قالب صلح، عین را با عوض معلوم تملیک نمود و از آثار خاصه عقد بیع (نظیر خيارات مختص بیع موضوع ماده ۴۵۶ ق.م.د.م.) دوری جست^۱؛ مضافاً بر اینکه جوهره صلح «تسالم و سازش و گذشت» است (نه تبادل)؛ به عبارت دیگر، تملیک عین یا منفعت و غیره وسیله تحقق تسالم هستند (شیخ انصاری (۱۵)، ص ۳۰۱).

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

۱۱. متعاقدين اصولاً می‌توانند با توافق، به نفع اشخاص ثالث تعهد ایجاد کنند (قسمت اخیر ماده ۱۹۶ و ۲۳۱) ولی اصولاً نمی‌توانند به ضرر ثالث، تعهدی ایجاد کرده یا حق ایجاد شده برای وی را بدون رضایت او زایل کنند؛ به عنوان مثال اگر طبق قرارداد میان فدراسیون فوتبال و سرمربی تیم ملی، مالیات بر درآمد سرمربی به عهده فدراسیون باشد، چنین توافقی مستنبط از مواد ۱۶۲ و ۱۸۲^۲ قانون مالیات‌های مستقیم صحیح است اما مادام که مالیات پرداخت نشده است صرف چنین توافقی مانع رجوع سازمان امور مالیاتی به مؤدی (سرمربی) نخواهد بود زیرا توافق فدراسیون و سرمربی نمی‌تواند حق سازمان که در قرارداد اخیر ثالث محسوب می‌شود را در مراجعه به مؤدی (پرداخت‌کننده) مالیاتی زایل کند؛ همچنین اگر در قرارداد بین مدیرعامل و شرکت ذکر شود که مدیرعامل در خصوص چک‌های صادره از حساب شرکت در برابر دارنده چک مسئولیتی ندارد و مسئولیت تماماً به عهده شرکت (صاحب حساب) است، این توافق نسبت به طلبکار اثری نداشته و دارنده چک می‌تواند به مدیرعامل (امضاکننده چک) رجوع کند (ماده ۱۹ ق.ص.ج.).

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

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

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

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

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

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

• **نظم عمومی حمایتی** که هدفش حمایت از طبقاتی است که به لحاظ اقتصادی ضعیف هستند مانند کارگر، مستأجر، مصرف کننده یا بدهکار؛ به عنوان مثال هر قراردادی که کمتر از حقوق پیش‌بینی شده در قانون کار را برای کارگر در نظر گیرد باطل است (م ۸ ق.ک)؛^۱ تقسیم بدهی بدهکار توسط قاضی نمونه‌ای دیگر از قواعد اقتصادی-حمایتی است (م ۲۷۷ ق.م).

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

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

۱- از ویژگی‌های قوانین حمایتی این است که اگر توافق به نفع طبقه مورد حمایت قانون باشد اشکالی ندارد؛ بنابراین در نظر گرفتن مزایای بیشتر از آنچه در قانون کار آمده است برای کارگر اشکالی ندارد؛ یا در نظر گرفتن وجه التزام و خسارتی بیشتر از حداقل خسارت‌های در نظر گرفته شده در قانون پیش فروش ساختمان و آیین‌نامه حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو به نفع پیش‌خریدار و مصرف کننده اشکالی ندارد ولی توافق به مبلغی کمتر معتبر نیست (ر.ک: بند ۳ م ۱۱۵ قانون دریایی).



جلد اول

در احوال

کتاب اول: در بیان اموال و مالکیت به طور کلی

باب اول: در بیان انواع اموال

ماده ۱۱: اقسام اموال

اموال بر دو قسم است: منقول و غیر منقول

۱. مال، از ریشه «میل» و به معنی خواستن است و از این جهت به آن مال گویند که مورد خواست و علاقه واقع می‌شود؛ از منظر حقوقی نیز، مال، به چیزی اطلاق می‌شود که مفید بوده و قابل تملک و اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۹)؛ بنابراین دریای آزاد و یا کرات آسمانی که قابل تملک نیستند مال محسوب نشده و از آن‌ها به عنوان «میراث مشترک بشریت» یاد می‌شود (بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، صص ۳۴۷ و ۴۲۴).
۲. داشتن مالک خاص، شرط مال محسوب شدن نیست بلکه کافی است که آن شیء مفید بوده و قابلیت تملک و اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین را داشته باشد؛ نامگذاری فصل سوم از باب اول قانون مدنی، تحت عنوان «اموالی که مالک خاص ندارد» مؤید همین برداشت است (ن.و: لنگرودی (۱)، ص ۱۳ و کاتوزیان (۱۶)، ص ۹).
۳. اطلاق لفظ «مال» در ماده ۱۱، هم اشیاء مادی را دربرمی‌گیرد و هم حقوقی که دارای ارزش اقتصادی است. مثل حق سرقفلی یا خط تلفن (ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۱۳)؛ به عبارت موجزتر، واژه مال اعم از مال مشهود (tangible) و نامشهود (intangible) است.
۴. تقسیم‌بندی ماده ۱۱ حصری است و هر مالی در یکی از این دو دسته قرار می‌گیرد و قسم سومی وجود ندارد (لنگرودی (۱)، ص ۱۴).
۵. رابطه مال و شیء به لحاظ منطقی، عموم و خصوص مطلق است زیرا هر مالی شیء است ولی هر شیئی ارزش مبادله اقتصادی نداشته و لزوماً مال محسوب نمی‌شود؛^۱ به عنوان مثال: آفتاب شیء است ولی مال محسوب نمی‌شود (ن.و: صفایی (۱۷)، ص ۱۴۱ و عدل‌السلطنه (۷)، ص ۳۷).

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

۶. اگر مالی در رابطه دو طرف قرارداد ارزش مالی داشته باشد و انگیزه معامله عقلایی و مشروع باشد، قرارداد صحیح است ولو این که عرف بازار برای آن شیء ارزشی قائل نباشد؛ مثل دفتر خاطرات (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۱).

۷. اندک بودن مال، دلیلی بر مالیت نداشتن آن مال نیست (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۱).

۸. مال آینده (مالی که به حکم عادت در آینده ایجاد می‌شود)، در حکم مال بوده و قابل داد و ستد است. مثل بیع میوه‌ای که هنوز نرسیده است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۱)؛ البته مثال اخیر را در فقه، بیع ثمره پیش از بُدُو صلاح (پدیدارشدن صلاحیت میوه برای خرید و فروش و مانند آن) گویند و مشهور فقها آن را صحیح نمی‌دانند که در حقوق کنونی دلیلی بر بطلان آن نیست.

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

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

فصل اول: در اموال غیر منقول

ماده ۱۲: تعریف مال غیر منقول

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

۱. مال غیرمنقول ممکن است ذاتی (طبیعی) یا در اثر عمل انسان (مواد ۱۳ تا ۱۶) یا حکمی (م ۱۷) یا تبعی (م ۱۸) باشد.
۲. مالی را که بر حکم طبیعت خود قابل نقل و انتقال نیست، «غیرمنقول ذاتی یا طبیعی» گویند مثل زمین، معادن و سنگ‌های آن.
۳. ملاک ثبات ذاتی، «عرفی» است، نه علمی؛ زیرا هیچ چیز بر اساس ذات خود ثابت نیست (کاتوزیان (۱۶)، ص ۴۹).

ماده ۱۳: مصادیق اموال غیر منقول

- اراضی و آب‌نیه و آسیا و هر چه که در بنا منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب می‌شود غیر منقول است و همچنین است لوله‌ها که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین یا بنا کشیده شده باشد.
۱. این دسته از اموال (به جز اراضی)، وصف غیرمنقول خود را به صورت مصنوعی و در اثر عمل انسان کسب نموده‌اند و گرنه ذات آن‌ها منقول است؛ به همین دلیل پس از جدا شدن از بنا، صفت اکتسابی خود را از دست داده و در شمار اموال منقول قرار می‌گیرند (ر.ک. م ۱۵) (کاتوزیان (۱۶)، ص ۴۹).
 ۲. طرفین عقد می‌توانند خلاف این ماده را پیش‌بینی کرده و اموال غیرمنقول غیرذاتی را در روابط خود منقول تلقی کنند؛ پس اگر بنای دو طرف معامله بر جدا کردن میوه از درخت باشد میوه، منقول محسوب می‌شود ولو هنوز چیده نشده باشد (منقول قراردادی یا اموال پیشاپیش منقول) (درودیان (۱۸)، ص ۵۶).
 ۳. تمام اموالی که در اصل منقول بوده و به زمین یا بنا الصاق یافته، «غیرمنقول در اثر عمل انسان» است (مثل بناها یا لوله‌های آب یا درخت). البته برخی از حقوق دانان این دسته از اموال را به دلیل تبعیت از وصف زمین یا بنا، غیرمنقول تبعی هم نامیده‌اند (کاتوزیان (۵)، ص ۳۸).

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

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

ماده ۱۵: وضعیت ثمره و حاصل

- ثمره و حاصل، مادام که چیده یا درو نشده است غیر منقول است؛ اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد تنها آن قسمت منقول است.
۱. ثمره در معنای خاص، به منافع «مادی» اطلاق می‌شود که پس از جدا شدن از عین، خود «عین» دیگری است مثل میوه ولی در معنای عام معادل «منفعت» است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۳۸).

۲. ثمره و حاصل در معنای عام مترادف و به معنای منفعت هستند ولی در معنای خاص «ثمره» منافع تجدید شونده‌ای است که ایجاد آن ملازمه‌ای با کاسته شدن از عین ندارد؛ مانند میوه ولی «حاصل یا محصول» منفعتی است که با جدا شدنش از عین، از آن می‌کاهد مثل استخراج سنگ از معدن (کاتوزیان (۱۶)، صص. ۳۸-۳۹؛ ن.خ: عدل (۷)، ص ۴۱).
۳. مبنای حکم ماده «تبعی بودن» وصف غیرمنقول برای ثمره و حاصل است که پس از جدا شدن از بین رفته و به وصف ذاتی خود بر می‌گردد (کاتوزیان (۵)، ص. ۳۹).

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

- مطلق اشجار و شاخه‌های آن و نهال و قلمه مادام که بریده یا کنده نشده است غیرمنقول است.
۱. منظور از «مُطَلَّق اشجار»، «کلیه درختان» است و منظور از «قَلَمَه»، قسمتی از ساقه، ریشه یا برگ گیاه است که به صورت قلم (مورَب) بریده و کاشته می‌شود تا ریشه گرفته و رشد کند (ر.ک: فرهنگ دهخدا و عمید).

ماده ۱۷: غیر منقول حکمی

- حیوانات و اشیائی که مالک، آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد از قبیل گاو و گاو میش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره و به طور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت لازم و مالک آن را به این امر تخصیص داده باشد از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال جزء ملک محسوب و در حکم مال غیر منقول است و همچنین است تلمبه و گاو و یا حیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یا خانه و باغ اختصاص داده شده است.
۱. حیوانات و اشیائی که توسط مالک برای عمل زراعت و آبیاری اختصاص داده شده‌اند، «غیرمنقول حکمی» است. یعنی این اموال منقول بوده و تنها از حیث «صلاحیت محاکم و توقیف اموال» در «حکم غیرمنقول» است.
۲. برای اجرای ماده ۱۷ اولاً زمین و اشیاء اختصاص یافته به زراعت باید دارای مالک «واحد» باشد؛ بنابراین اگر در عقد مزارعه، عامل، تراکتور خویش را به زراعت اختصاص دهد، تراکتور از هر حیث مال منقول محسوب می‌شود زیرا در فرض اخیر، عامل (زارع) مالک تراکتور بوده ولی مالکیتی بر زمین ندارد (مالک زمین معمولاً مزارع است)؛ ثانیاً مالک باید این اموال را صرفاً به «زراعت یا آبیاری» اختصاص داده باشد؛ بنابراین اگر تراکتوری برای هموار کردن راه و هم برای شخم زدن به کار رود، نمی‌توان آن را غیرمنقول دانست (صفایی (۱۷)، ص ۱۵۲)؛ ثالثاً باید وجود این اموال برای زراعت لازم و ضروری باشد.

۳. اگر مستأجری گاو و تخم را از مال خود در زمین مورد اجاره به کار ببرد، آن اموال غیرمنقول محسوب نمی‌شوند؛ همچنین اگر تراکتور یا چرخ آبیاری جدای از زمین فروخته شود، موضوع عقد بیع، مال منقول است (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۵۲).
۴. دعوای راجع به مال غیرمنقول اصولاً در صلاحیت «دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول» است (م ۱۲ ق.آ.د.م.) و دعوای راجع به مال منقول اصولاً در صلاحیت «دادگاه محل اقامت خواننده» است (م ۱۱ ق.آ.د.م.).
۵. توقیف اموال غیرمنقول اصولاً «سندی» است (منع نقل و انتقال حقوقی) در حالی که توقیف اموال منقول اصولاً «فیزیکی» است^۱؛ بنابراین توقیف مال غیرمنقول موجب توقیف منافع آن نمی‌گردد (م ۱۰۳ ق.ا.ا.م.) و مالک می‌تواند از اموال غیرمنقول توقیف شده استفاده نماید.
۶. حکم ماده ۱۷ «جنبه استثنایی» داشته و باید تفسیر مضیق شود و نمی‌توان به یاری قیاس این حکم را در ادوات صنعتی و تجاری هم جاری کرد؛ اگرچه این حکم با تحولات کنونی سازگار نیست (امامی (۲۰)، ص ۴۴؛ کاتوزیان (۱۶)، ص ۵۲؛ عدل (۷)، ص ۴۴).

ماده ۱۸ : غیر منقول تبعی

- حق انتفاع از اشیاء غیرمنقوله مثل حق غمری و سکنی و همچنین حق ارتفاق نسبت به ملک غیر از قبیل حق العبور و حق المجری و دعوای راجع به اموال غیر منقوله از قبیل تقاضای خلع ید و امثال آن تابع اموال غیر منقول است.
۱. اشیاء به تبعیت از «ماهیت» خود تقسیم‌بندی می‌شوند و حقوق و دعوای اصولاً به تبعیت از «موضوع» خود؛ به همین دلیل مصادیق مندرج در ماده فوق را «غیرمنقول تبعی» می‌نامند.
۲. اگر موضوع حق عینی، مال غیرمنقول باشد مثل حق انتفاع از خانه، حق انتفاع هم به تبع آن غیرمنقول محسوب می‌شود و اگر موضوع حق عینی، مال منقول باشد مثل حق انتفاع از خودرو، حق انتفاع هم به تبع آن منقول محسوب می‌شود.

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

۳. حق دینی، منقول است ولو موضوع آن غیرمنقول باشد (م ۲۰) پس دعوای مطالبه دین، مثل مال الاجاره یا ثمن^۱ مال غیرمنقول، منقول است. البته برخی از حقوقدانان تعهد به انتقال مال غیرمنقول را، استثنائاً، غیرمنقول دانسته‌اند (کاتوزیان (۱۶)، ش ۵۲).
۴. دعوای راجع به اجرت‌المثل و خسارت وارده به املاک (مال غیرمنقول)، غیرمنقول است (رأی وحدت رویه شماره ۳۱، مورخ ۱۳۶۳/۹/۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور)^۲.
۵. ذکر حق انتفاع و ارتفاق در ماده ۱۸ جنبه تمثیلی داشته و سایر حقوق عینی راجع به اموال غیرمنقول (مثل مالکیت، حق تجبیر، حق شفعه و حق وثیقه) را نیز باید غیرمنقول دانست.
۶. دعوای «تصرف» راجع به اموال غیرمنقول مثل خلع ید غاصبانه یا امانی، تصرف عدوانی، رفع مزاحمت و ممانعت از حق، غیرمنقول است (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۵۵).
۷. دعوایی که موضوع آن به نحو غیرمستقیم، «تملک مال غیرمنقول» است مثل دعوی فسخ، عدم نفوذ یا بطلان معامله راجع به مال غیرمنقول، غیرمنقول است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۵۵).
۸. دعوای مربوط به «تولیت و اداره‌ی موقوفات غیرمنقول» غیرمنقول است (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۵۷).
۹. بر مبنای قاعده غلبه، باید اصل را بر «منقول بودن» اموال دانست و در موارد تردید، مال را منقول تلقی نمود (الظنُّ یُلحِقُ الشَّیْءَ بِالْأَعْمِ الْإِغْلَبِ).

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

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

فصل دوم: در اموال منقوله

ماده ۱۹: تعریف اموال منقول

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

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

ماده ۲۰: منقول تبعی یا حکمی

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

۱. حق عینی نیز نسبت به اموال منقول، منقول حکمی است.
۲. دیون و تعهدات، از هر جهت تابع مقررات مربوط به اموال منقول هستند و قید «صلاحیت محاکم» در ماده ۲۰، قید توضیحی بوده و ناظر به مورد غالب است و مفهوم مخالف آن حجیت ندارد.
۳. مال الاجاره یا اجرت‌المسمی، بهایی توافقی است که مستأجر در مقابل مالکیت منفعت پرداخت می‌کند و اصولاً منقول محسوب می‌شود (ر.ک: پاورقی ش ۳ م ۱۸) و در مقابل اجرت‌المثل، بهای غیر قراردادی است که بسته به موضوع آن، ممکن است منقول یا غیرمنقول محسوب شود.
۴. حق شرکا در شرکتی که دارای «شخصیت حقوقی مستقل» است، دینی و منقول است ولی اگر شرکت فاقد شخصیت حقوقی باشد حق شرکا عینی است و منقول یا غیرمنقول بودن آن بستگی به منقول یا غیرمنقول بودن مال مشاع دارد (امامی (۲۰)، ص ۴۸؛ عدل (۷)، ص ۴۸).
۵. با توجه به موضوع مالکیت‌های فکری و اصل منقول بودن اموال، این اموال نیز، منقول محسوب می‌گردند؛ مانند حق مخترع نسبت به اختراع خود (امامی (۲۰)، ص ۴۸؛ عدل (۷)، ص ۴۸).
۶. به اعتقاد برخی، سرقتی حقی است مخلوط از حق منقول (پولی که مستأجر در برابر فعالیت و حسن شهرت خویش دریافت می‌کند) و حق غیرمنقول (حق تقدم در اجاره) که وصف «غیرمنقول» آن غلبه دارد (کاتوزیان (۱۶)، صص. ۶۱-۶۳).

ماده ۲۱: مصادیق اموال منقول

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

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

۲. آسیاب (دستگاهی که غلات را آرد می‌کند که به آن آسیاب هم می‌گویند) اگر منصوب در بنا و جزء آن باشد غیرمنقول است (م ۱۳ ق.م) و گرنه منقول محسوب می‌شود (م ۲۱ ق.م).

ماده ۲۲: وضعیت مصالح بنایی

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

۱. قطعات پیش ساخته ساختمان قبل از نصب در ساختمان از مصالح ساختمانی بوده و منقول است (نظریه مشورتی (۶)، شماره ۷/۳۹۴۳-۵۹/۷/۸).

فصل سوم: در اموالی که مالک خاص ندارد**ماده ۲۳: اموال بدون مالک**

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

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

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

۳. اموال دولتی، اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی که صد در صد سهام آنها متعلق به دولت است خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا در می‌آیند (اصلاحیه ماده ۲ آیین‌نامه اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲)؛ گفتنی است در اصلاحیه سال ۷۴ اموال

"شرکت‌های" دولتی از تعریف اموال دولتی این آیین‌نامه خارج گشت (مصوبه‌ی ۱۳۷۴/۹/۱ هیئت وزیران).

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

۵. در حال حاضر، توقیف اموال دولتی و شهرداری با محدودیت مواجه شده است و بازداشت اموال متعلق به وزارتخانه‌ها و آن موسسات دولتی که درآمد و مخارج آن‌ها در بودجه کل کشور منظور می‌گردد و نیز شهرداری‌ها با رعایت قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵ و قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴ صورت می‌گیرد^۲ (م ۶۲ آیین‌نامه نحوه اجرای مفاد اسناد

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

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

رسمی ۱۳۸۷)؛ بنابراین تفاوت اموال دولتی و عمومی از نظر امکان توقیف، تا حدودی کمرنگ شده است اگرچه عدم توقیف اموال دولتی موقتی بوده و ریشه در مصلحت و در اموال عمومی، ریشه در اوصاف این اموال دارد.

۶. اموال عمومی بر دو قسم است: ۱- اموالی که برای استفاده عموم در اختیار سکنه شهر یا روستا است (م ۲۵ ق.م) ۲- اموالی که به یک خدمت عمومی اختصاص یافته است (م ۲۶ ق.م) (لنگرودی (۱)، ص ۲۱).

۷. رابطه مال با ملک «عموم و خصوص من وجه» است. یعنی هر مالی ملک نیست (مانند مباحات) و هر ملکی هم مال نیست (مانند مواد خوراکی که تاریخ مصرف آن‌ها منقضی شده و ارزش مالی ندارد) بلکه برخی از اموال ملک هستند (یعنی مالک خاص دارند) (امام خمینی، البیع، ذیل شرایط عوضین).

۸. در برخی از اموال فکری مانند اختراع یا طرح صنعتی با اتمام حق مادی مالک، مال فکری از اموال عمومی محسوب و همه اشخاص حق استفاده از آن را دارند اما در برخی از اموال فکری مانند علامت تجاری با اتمام حق مادی مالک و عدم تمدید آن از سوی وی، مال جزء مباحات محسوب و اصولاً سایر اشخاص می‌توانند تقاضای ثبت آن را به نام خویش بخواهند (ر.ک: به شماره ۱۱ ماده ۲۹ همین کتاب).

ماده ۲۴: تملک راه‌ها

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

۱. کوچه‌هایی که آخر آن بن بست نیست، از اموال عمومی محسوب می‌شود ولو در املاک خصوصی احداث شده باشد (کاتوزیان (۵)، ص ۴۰) (ر.ک: م ۴۱ آیین‌نامه قانون ثبت املاک).
۲. از مفهوم مخالف ماده ۲۴، چنین استنباط می‌شود که کوچه‌ای که آخر آن مسدود است (کوچه بن بست) از اموال عمومی محسوب نمی‌شود و صاحبان املاک مجاور که دارای در ورودی به آن کوچه هستند (نه اشخاصی که صرفاً دارای دیوار در کوچه هستند)، می‌توانند با توافق یکدیگر هرگونه تصرفی را انجام دهند مگر اینکه قانونی خاص، آنان را منع کرده باشد (ر.ک: به تحریرالوسیله).
۳. اراضی کوچه‌های عمومی و میدان‌ها و پیاده‌روها و خیابان‌ها و به طور کلی معابر و بستر رودخانه‌ها و نهرها و مجاری فاضلاب شهرها و باغ‌های عمومی و گورستان‌های عمومی و درخت معابر عمومی واقع در محدوده هر شهر که مورد استفاده عموم است ملک عمومی محسوب و در مالکیت شهرداری است (تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری الحاقی ۱۳۴۵/۱۱/۲۷)؛ صدور سند مالکیت اموال اخیر به نام شهرداری بلامانع است ولی شهرداری اصولاً حق انتقال آن‌ها را ندارد؛ زیرا جزء اموال عمومی شهرداری هستند، نه اختصاصی (ر.ک: لنگرودی، حقوق اموال، صص ۴۸ و ۴۹).

ماده ۲۵ : منع تملک اموال عمومی

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

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

۲. انتفاع از این اموال، برای اشخاصی که زودتر شروع به بهره برداری کرده اند، حق تقدمی ایجاد می کند که سایرین را ممنوع از مداخله و ایجاد مزاحمت برای آنان می سازد (محقق، شرایع، ص ۷۵۹؛ کاتوزیان (۱۶)، ص ۶۹)(ر.ک: م ۲۱ قانون توزیع عادلانه آب).

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

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

ماده ۲۶ : مفهوم اموال عمومی و مصادیق آن

اموال دولتی که مُعدّ است برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل استحکامات و قلاع* و خندقها و خاکریزهای نظامی و قورخانه* و اسلحه و ذخیره و سفاین* جنگی و همچنین اثاثیه و آبپیه و عمارات دولتی و سیمهای تلگرافی دولتی و موزه ها و کتابخانه های عمومی و آثار تاریخی و امثال آنها و بالجمله آنچه از اموال منقوله و غیر منقوله که دولت به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت تصرف دارد قابل تملک خصوصی نیست و همچنین است اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت و ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد.

۱. اموال دولتی در معنای عام به دو دسته ای اموال اختصاصی (اموال دولتی به معنای خاص) و اموال عمومی تقسیم می شود که اموال اختصاصی ملک دولت است اما اموال عمومی اصولاً قابل تملک خصوصی نیست؛ بنابراین اصطلاح «اموال دولتی» در صدر ماده ۲۶ در معنای عام خود به کار رفته است (م ۴۵ آیین نامه مالی شهرداری ها ۱۳۴۶).

* قلاع: جمع قلعه (فرهنگ دهخدا)

* قورخانه: محل ساخت اسلحه (فرهنگ دهخدا)

* سفاین: ج سفینه، کشتی ها (فرهنگ معین)

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

ماده ۲۷: تعریف مباحات و اراضی موات

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

۱. مال مباح، مالی است که اولاً مالک خاصی ندارد ثانیاً تملک یا انتفاع از آن طبق قانون ممکن است.
۲. زمین‌های شهری سه دسته‌اند: ۱- موات ۲- بایر ۳- دایر یا آباد
۳. زمینی مباح و موات است که مالک خاص و سابقه عمران و احیا نداشته باشد (م. ۳ قانون زمین شهری).
۴. زمین «بایر»، زمینی است که سابقه‌ی عمران و احیا داشته و به تدریج و باگذشت زمان به حالت موات برگشته است اعم از این که صاحب مشخص داشته یا نداشته باشد (م. ۴ قانون زمین شهری).
۵. اراضی دایر، زمین‌هایی است که آن را احیا نموده‌اند و در حال بهره‌برداری است (م. ۵ قانون زمین شهری).
۶. تعریف قسمت اخیر ماده فوق از اراضی موات، عام است و شامل اراضی بایر نیز می‌شود که قابل انتقاد است زیرا زمین بایر هم معطل افتاده و در آن کشت و زرع وجود ندارد با این تفاوت که سابقه احیاء و مالکیت مسلم دارد (لنگرودی (۱)، ص ۲۹).
۷. اراضی موات، در حال حاضر، قابل احیا و تملک نیستند (ر.ک. به ش ۱ م ۱۴۵ ق.م).
۸. مباحات طبق قانون مدنی: الف) اراضی مباح؛ ب) آب‌های مباح؛ پ) معادن؛ ت) دفینه؛ ث) شکار.
۹. «تبیاض» در لغت به معنای «سفیدی» است و در اصطلاح ثبتی، زمینی است که روی آن عینی (مانند درخت یا بنا) وجود ندارد (ماده ۸۰ آیین نامه قانون ثبت).
۱۰. فروش مال مباح، پیش از تملک آن معتبر نیست مگر اینکه فروش، معلق بر تملک آن از سوی فروشنده شده باشد و مبیع نیز قابلیت تملک را داشته باشد؛ در این صورت بیع صحیح بوده و تأثیر آن منوط به تحقق معلق‌علیه است.

ماده ۲۸: اموال مجهول‌المالک

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

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

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

فوق الذکر، از قبیل معظم له، «ستاد اجرایی فرمان امام (ره)» می باشد؛ بنابراین در رویه کنونی، منظور از حاکم در ماده ۲۸ «ولی فقیه» و منظور از «مأذون از قبیل او»، «ستاد اجرایی فرمان امام (ره)» است؛ قوانین جدیدالتصویب هم مؤید همین نظر است.^۱

۶. اموال مجهول المالک را باید از اموال عمومی شمرد که قانون مصرف آن را دستگیری از فقرا قرار داده است (کاتوزیان (۵)، ص. ۴۵).

۷. فقرا در اصطلاح فقهای اسلامی به کسانی اطلاق می شود که هزینه سال خود و خانواده خود را نداشته باشند و نیز نتوانند با کسب و کار مخارج سال خود را تأمین نمایند (صفایی (۱۷)، ص. ۱۸۳).

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

ماده ۲۹: اقسام حقوق عینی

ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه های* ذیل را دارا باشند:

۱- مالکیت (اعم از عین یا منفعت)؛

۲- حق انتفاع؛

۳- حق اِرتفاق به ملک غیر.

۱. حق از نظر حقوقی، اقتدار و امتیازی است که شخص به موجب قانون در مقابل سایر افراد جامعه از آن برخوردار بوده و اشخاص باید آن را محترم بشمارند و از ضمانت اجرا برخوردار است.
۲. حق از لحاظ ماهیت، بر دو قسم است:

 - حق مالی: حقی است برای تأمین نیازهای مادی انسان که اصولاً قابل انتقال و تقویم به پول و اسقاط و توقیف است. مثل حق مالکیت؛
 - حق غیرمالی: حقی است برای تأمین نیازهای روحی و عاطفی انسان که اصولاً غیرقابل انتقال و تقویم به پول و اسقاط و توقیف است مثل حق حضانت؛ البته حق غیرمالی ممکن است

۱- در کلیه مواردی که کالای قاچاق مکشوفه بلاصاحب یا صاحب متواری و یا مجهول المالک باشد عین کالای مزبور به نهاد مأذون از سوی ولی فقیه تحویل می شود و یا با هماهنگی و اخذ مجوز فروش از نهاد مأذون کالای مزبور توسط سازمان جمع آوری و فروش اموال تملیکی به فروش می رسد و وجوه حاصل از آن به حساب نهاد مأذون از سوی ولی فقیه واریز می شود (تبصره ۱ ماده ۵۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲) (ر.ک: تبصره ۱ ماده ۵۹۵ ق.ت.ع).

* علاقه: پیوند و ارتباط (فرهنگ معین)

آثاری مالی به دنبال داشته باشد. مثل حق زوجیت که آثاری مالی چون نفقه را به دنبال دارد.

۳. حقوق مالکیت فکری، هر دو جنبه را داراست. به عنوان مثال، مؤلف نسبت به اثر خود هم از حقوق معنوی بهره‌مند است (مثل حق انتشار، انتساب اثر، حفظ حرمت و تمامیت اثر؛ که حقوق اخیری، دائمی و غیرقابل انتقال است) و هم از حقوق مادی (مثل حق تکثیر، نشر، عرضه، پخش و اجرا؛ که حقوق اخیری، اصولاً موقت ولی قابل انتقال است) (ر.ک: ش ۱۱ همین ماده).

۴. حق مالی بر دو قسم است:

- حق عینی: حقی است که شخص، نسبت به مال دارد و می‌تواند مستقیماً آن را اعمال کند مثل حق مالکیت، انتفاع و ارتفاق؛
- حق دینی یا شخصی: حقی است که شخص، نسبت به شخص دیگر دارد و تنها به طور غیرمستقیم (از طریق مدیون) قابل اعمال است مثل حق موجر نسبت به اجاره بها.

۵. حق عینی، خود بر دو قسم است:

- حق عینی اصلی: حقی است که امکان بهره‌برداری از مالی را به صاحب حق به صورت کامل (حق مالکیت) یا ناقص (حق انتفاع و ارتفاق) اعطا می‌کند؛
- حق عینی تبعی: حقی است که به موجب آن در صورت عدم ایفاء تعهد از سوی مدیون، دائن می‌تواند طلب خود را از فروش آن عین استیفا کند (مانند حق مرتهن بر عین مرهونه در عقد رهن)؛ برخلاف حق عینی اصلی، در حق عینی تبعی، اولاً صاحب حق، حق استفاده از منافع مال را ندارد، ثانیاً با از بین رفتن حق اصلی، حق عینی تبعی نیز از بین می‌رود زیرا فرع تابع اصل است.

۶. منظور از «تعهد عینی» تعهدی است که باید از محل عین معین، اجرا شود مثل قولنامه که به موجب آن مالک «متعهد» می‌شود که «عین معینی» (مثل خانه) را به صاحب حق منتقل نماید.

۷. تفاوت‌های حق عینی و دینی عبارت است از:

- حق دینی به طور غیرمستقیم و از طریق مدیون قابل اعمال است؛
- حق عینی متضمن حق تعقیب و تقدم است (یعنی مقدم است بر حق دینی؛ مثل تقدم مرتهن بر طلبکاران رهن).

- حق عینی در برابر کلیه اشخاص جامعه قابل اعمال است (مطلق) ولی حق دینی تنها نسبت به شخص مدیون قابل اعمال است و اجرای تعهد را تنها می‌توان از متعهد درخواست نمود (نسبی).^۱
 - موضوع حق عینی همیشه، یک مال معین است ولی موضوع حق دینی ممکن است تعهد به انتقال یا تسلیم مال معین یا کلی یا انجام کاری دیگر یا خودداری از انجام کاری باشد؛
 - اسباب ایجاد حق عینی محدود به موارد مصرح در قانون می‌باشد ولی اسباب ایجاد حق دینی نامحدود و تابع اراده‌ی متعاقدين است.
۸. در صورت تردید در ماهیت حق، اصل بر دینی (شخصی) بودن حق است و حق عینی استثنا بوده و باید اثبات شود.
۹. حق معنوی، حقی است که به صاحب آن امتیاز انتفاع انحصاری از محصول فکری یا فعالیت خاص را می‌دهد. مثل حقوق مالکیت فکری یا سرقتی (کاتوزیان (۱۶)، ص ۶۰).
۱۰. تفاوت عمده حقوق مالکیت فکری با مالکیت سنتی در «غیرمادی» بودن موضوع مالکیت فکری است؛ اگرچه موضوع مالکیت فکری، مال غیرمادی است ولی ماهیت حق صاحب حقوق اخیر (نظیر مخترع) به حقوق عینی شبیه‌تر است تا حقوق دینی.

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

۱۱. مقایسه جنبه مادی مالکیت فکری (Intellectual Property) با جنبه معنوی آن:

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

۱۲. حقوق عینی تبعی (مثل رهن)، حق تحجیر، حق شفعه، حق حبس (م ۲۷۷)، حق کسب و پیشه و حقوق مالکیت فکری (مانند حق اختراع) را هم باید به حقوق عینی ذکر شده در ماده ۲۹ افزود.

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

- مالک منفعت اصولاً حق استفاده از تمام امتیازات مالکیت را دارد ولی صاحب حق انتفاع اصولاً فقط حق استعمال دارد و به عنوان مثال نمی‌تواند مال مورد انتفاع را اجاره دهد؛ به عبارت دیگر، مالکیت از امور مشکک است (اموری که برخلاف امور متواطی، مصادیق آن دارای شدت و ضعف است) و در واقع حق انتفاع در مرتبه‌ای اخف از مالکیت منفعت قرار دارد؛
- در مالکیت منفعت، دو مالک وجود دارد (مالک عین و مالک منفعت) ولی در حق انتفاع چنین تفکیکی وجود ندارد؛
- در مالکیت منافع، منفعتی به تملک دیگری در می‌آید و ذرات منافع در مالکیت وی ایجاد می‌شود، به عنوان مثال، در عقد اجاره باغ، میوه‌هایی که پیش از اتمام مدت اجاره پدیدار

۱- طبق تبصره ۳ م ۲۴ آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۲۱۸ قانون مالیات‌های مستقیم، جنبه مادی مالکیت فکری قابل توقیف است.
 ۲- طبق بند «و» ماده ۵ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علامت تجاری: «نام مخترع در گواهینامه اختراع قید می‌شود مگر این که کتباً از اداره مالکیت صنعتی درخواست کند که نامش ذکر نشود. هرگونه اظهار یا تعهد مخترع مبنی بر این که نام شخص دیگری به عنوان مخترع قید گردد، فاقد اثر قانونی است».
 ۳- حقوق مادی پدیدآورنده در تألیف کتاب حداکثر ۵۰ سال (از تاریخ فوت آخرین نویسنده)، در ترجمه کتاب ۳۰ سال، در نرم‌افزار ۳۰ سال (از تاریخ انتشار)، در اختراع حداکثر ۲۰ سال (از تاریخ اظهارنامه تقاضای ثبت) و در طرح صنعتی حداکثر ۱۵ سال است؛ اگر چه مدت حمایت از علامت تجاری ۱۰ سال است اما کراراً و بدون محدودیت قابل تمدید است؛ بنابراین جنبه مادی حقوق صاحب علامت تجاری استثنائاً قابلیت دائمی بودن را دارد.
 ۴- حمایت از مالکیت ادبی و هنری (از قبیل تألیف کتاب و تولید نرم‌افزار) در ایران منوط است به اینکه پدیدآورنده اثر خویش را اولین بار در ایران منتشر کرده باشد و حمایت از مالکیت صنعتی (از قبیل اختراع، طرح صنعتی و علامت تجاری) منوط به ثبت در ایران است.

شده باشد متعلق به مستأجر است و وی می‌تواند پس از اتمام اجاره، آن‌ها را بچیند ولی برعکس در حق انتفاع، متعلق به مالک باغ است و پس از اتمام عقد، منتفع حقی نسبت به آن‌ها ندارد زیرا منافع به منتفع تملیک نمی‌شود و وی صرفاً حق بهره‌برداری و استفاده دارد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۰۰؛ امامی (۲۰)، ص ۷۹).

۱۴. در تفاوت حق ارتفاق از انتفاع می‌توان گفت (امامی (۲۰)، صص ۱۲۰ و ۱۲۱):

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

فصل اول: در مالکیت

ماده ۳۰: اصل تسلیط

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

۱. مالکیت^۲ دارای سه ویژگی اصلی است (امامی (۲۰)، ص ۶۰):

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

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

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

۲. ماده فوق حکایت از اصل «تسلیط» دارد یعنی هر تصرفی که منع نشده باشد، مجاز است (الناس مسلطون علی اموالهم) (حدیث نبوی).
۳. مطلق بودن به دو معنا است:
- داشتن حق هر گونه تصرف؛
 - مالکیت در مقابل همه اشخاص قابل استناد است.
۴. طبق اصل ۴۴ ق.ا، مقنن از مالکیتی حمایت می‌کند که «مایه‌ی زبان جامعه نشود» و طبق اصل ۴۰ ق.ا، کسی نمی‌تواند، اِعمال حق خویش را وسیله‌ی «اِضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی» قرار دهد (کاتوزیان ۱۶، ص ۱۰۲).
۵. در راستای قسمت اخیر ماده ۳۰، مقنن برخی از تصرفات مادی یا حقوقی مالک در مال خویش را محدود یا ممنوع کرده است؛ به عنوان مثال: مالک درخت نباید جهت ساختمان‌سازی، درختان ملک خویش را عمدتاً خشک نماید در غیر این صورت باید به شهرداری جریمه بپردازد یا شرکای مال مشاع نمی‌توانند به تقسیمی رضایت دهند که موجب زوال مالیت مال مشاع گردد (۵۹۵ ق.م) و یا تغییر کاربری ملک، گاه محدود یا ممنوع شده است (قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها ۱۳۷۴).
۶. اصل دائمی بودن اختصاص به مالکیت «عین» دارد زیرا مالکیت منفعت و حق انتفاع، ممکن است موقت باشد؛ مالکیت در اموال فکری نیز اصولاً موقت است (ر.ک ش ۱۱ م ۲۹).
۷. دائمی بودن مالکیت، متضمن دو حکم است (کاتوزیان ۱۶)، صص ۱۰۴ و ۱۰۵:
- تا موضوع مالکیت از بین نرود، مالکیت باقی می‌ماند؛
 - مالکیت در اثر معطل ماندن زایل نمی‌شود و بقای مالکیت مستلزم بهره‌برداری از ملک نیست.
۸. در حقوق روم، مالکیت متضمن سه حق است (امامی ۲۰)، ص ۶۱:
- حق استعمال (مانند سواری گرفتن از حیوان)؛
 - حق استثمار (مانند دوشیدن شیر حیوان)؛
 - حق اخراج از مالکیت (مانند اعراض یا فروش).
۹. طبق ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، «مالکین اراضی و املاک واقع در محدوده‌ی شهر یا حریم آن باید قبل از هر اقدام عمرانی یا تفکیک اراضی و شروع ساختمان، از شهرداری پروانه اخذ نمایند. شهرداری می‌تواند از عملیات ساختمانی ساختمان‌های بدون پروانه یا مخالف مفاد پروانه به وسیله مأمورین خود اعم از آن که ساختمان در زمین محصور یا غیرمحصور واقع شده باشد، جلوگیری نماید.»

ماده ۳۱: اصل انحصاری بودن مالکیت

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

۱. ماده فوق بر اصل «انحصاری بودن» مالکیت دلالت دارد. یعنی مالک می‌تواند مانع هرگونه تصرف و انتفاع از سوی دیگران بشود (اصل ۲۲ و ۴۷ ق.ا).

۲. موضوع ماده فوق ظاهراً «سلب تصرف» است که با «سلب مالکیت» متفاوت است؛ با وجود این تردیدی نیست که حکم ماده، به قیاس اولویت شامل سلب مالکیت هم می‌شود (کاتوزیان (۵)، ص ۴۵) (اصل ۴۷ ق.ا)؛ موضوع مواد راجع به غصب و تصرف عدوانی، سلب تصرف است بدون اینکه سلب مالکیت رخ دهد که نشان می‌دهد سلب تصرف و سلب مالکیت از هم متفاوت هستند (لنگرودی (۱)، ص ۲۷).

۳. سرمایه‌گذاری خارجی (Foreign Investment)، مورد سلب مالکیت (Expropriation) و ملی شدن (Nationalization) قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی (Public Interest)، به موجب فرآیند قانونی (Legal Process)، به روش غیر تبعیض‌آمیز (In a non-discriminatory manner) و در مقابل پرداخت مناسب غرامت (Appropriate Compensation) به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری، بلافاصله پیش از سلب مالکیت (ماده ۹ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ۱۳۸۰/۱۲/۱۹).

۴. استثنائات «قاعده منع سلب مالکیت»:

الف) حق شفعه (ر.ک. به م. ۸۰۸ و ش. ۱ م. ۸۱۶ ق.م)؛

ب) تملک اراضی برای اجرای طرح‌های عمرانی: که در آن به دولت اجازه داده شده است با رعایت تشریفات، ملک اشخاص را بدون رضایت آنها، با پرداخت بهای عادلانه آن به مالک، تملک کند (ر.ک. لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت ۱۳۵۸).

ماده ۳۲: مالکیت تبعی

تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیر منقوله که طَبْعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد بِالتَّبَعِ، مال مالک اموال مزبوره است.

۱. چون حقوقی را که مالک بر ثمره‌ها و متعلقات مال دارد، به تبعیت از موضوع اصلی حق مالکیت ایجاد شده است، «مالکیت تبعی» می‌نامند.

ماده ۳۳: مالکیت تبعی نسبت به زرع

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

۱. نماء از ریشه نمو است و در اصطلاح حقوقی افزایش مادی یا معنوی است که در مال حاصل می‌شود (صفایی (۱۷)، ص ۲۵۰)؛ منافع مال ممکن است طبیعی باشد (مثل بوته خودرو) یا مصنوعی و صنعتی (در اثر عمل انسان مثل میوه) یا قراردادی و عهدی (واگذار کردن منافع و دریافت عوضی مثل پول).
۲. اگر شخص الف، دانه ب را در زمین ج بکارد، محصول متعلق به شخص «ب» است.
۳. اگر شخصی دانه‌ی خود را در زمین دیگری بکارد، محصول متعلق به اوست و صاحب زمین تنها مستحق اجرت‌المثل است (الزَّرعُ لِلزَّارِعِ وَ لَوْ كَانَ غَاصِبًا) (حدیث نبوی)؛ این قاعده فقهی، ظاهراً^۲ استثنایی بر قاعده «مالکیت تبعی» مندرج در ماده ۳۲ ق.م. است (مقایسه کنید با مواد ۳۱۳ ق.م. و ۱۶۵ ق.آ.د.م).

ماده ۳۴: مالکیت تبعی نسبت به نتاج حیوانات

نتاج* حیوانات در ملکیت، تابع مادر است و هرکس مالک مادر شد مالک نتاج آن هم خواهد شد.

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

* اصله: نهال (فرهنگ دهخدا)

* حبه: دانه و بذر (فرهنگ دهخدا)

۱- این قاعده، ناظر به مورد غالب است که زارع، مالک بذر هم هست و گرنه محصول متعلق به مالک بذر است، نه زارع.

۲- اگر بپذیریم که محصول از توابع حبه است، نه زمین؛ در این صورت تعلق محصول به مالک حبه، موافق قاعده مالکیت تبعی بوده و استثنا محسوب نمی‌شود (عدل (۷)، ص ۱۰۴).

* نتاج: نسل - زاده - حمل (دهخدا)

(۱۶)، ش. ۱۶۲؛ امامی (۲۰)، ص ۶۴؛ به عبارت دیگر موضوع ماده، سرایت مالکیت است، نه تابعیت در انتقال.

ماده ۳۵: اماره تصرف

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

۱. قاعده فوق را، «قاعده ید»^۱ یا «اماره تصرف» گویند که با قاعده «علی الید» متفاوت است؛ طبق قاعده اخیر، استیلاهی غیرقانونی بر حق غیر، موجب ضمان است (م ۳۱۱ ق.م).
۲. منظور از تصرف، سلطه و اقتدار «عرفی» است که شخص بر مالی دارد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۸۷).
۳. تصرفی دلیل مالکیت است که به عنوان مالکیت باشد، یعنی متصرف، مال را به منظور اعمال حق مالکیت یا حقوق عینی دیگر در دست داشته باشد و تصرف ولی، وکیل و امین، دلیل مالکیت کسی است که این اشخاص از طرف او اقدام می کنند. با این حال، تصرف به عنوان مالکیت فرض می شود مگر این که ثابت شود که شروع تصرف به نیابت از دیگری بوده است که در اینصورت مدعی باید مبنای تغییر عنوان تصرف را اثبات کند (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۸۷)؛ بنا بر نظر دیگری، منظور از «به عنوان مالکیت» این است که متصرف ادعای مالکیت داشته باشد، خواه تصرف بالمباشره باشد یا به واسطه (قاسم زاده (۱۹)، ص ۳۲)؛ البته این اظهار نیاز به اثبات ندارد زیرا تصرف، مالکانه محسوب می شود مگر خلاف آن اثبات شود.
۴. قاعده ید «اماره قانونی» است و واژه «دلیل» در ماده ۳۵ در معنای عام کلمه به کار رفته است و در صورت تعارض قاعده ید با دلیل به معنای خاص (مثل اقرار، سند یا شهادت) دلیل حاکم است.
۵. تصرف متضمن سه عنصر است:
 - عنصر مادی: استیلا بر مال؛
 - عنصر معنوی: قصد اعمال حق به عنوان مالکیت؛
 - عنصر قانونی: مشروع بودن تصرف (م ۳۶ و شماره ۱ توضیحات آن).
۶. در تعارض تصرف فعلی و سابق، «تصرف فعلی» مقدم است زیرا آن چه مورد اختلاف است مالکیت فعلی است، نه گذشته (کاتوزیان (۱۶)، صص ۱۹۶ و ۱۹۷).

۱- در رابطه «شخص» و «مال»، سه نوع «ید» در فقه مطرح شده است: ۱- ید مالکانه، ۲- ید امانی، ۳- ید ضمانی (ر.ک: زیرنویس ماده ۸۱۸).

۷. در تعارض مالکیت سابق با تصرف کنونی، اصولاً «مالکیت سابق» مقدم است. زیرا تصرف در صورتی اماره محسوب می‌شود که سابقه‌ی آن با دلیل معلوم نشده باشد (مستفاد از مواد ۹۷ و ۱۲۴ ق.م.کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۹۱) (ر.ک: ش ۲ م ۳۷).
۸. در تعارض وقفیت سابق با تصرف کنونی، «وقفیت سابق» مقدم است، زیرا علاوه بر استدلال فوق، تملک وقف و امکان فروش آن خلاف اصل است و باید اثبات شود (رأی شماره ۴۶۱-۱۳۱۱/۴/۲۰-۱۳۱۱/۴/۲۰ دیوان عالی کشور) (ن.و: لنگرودی (۱)، ص ۴۱ و کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۹۶).
۹. تصرف به عنوان وقفیت، دلیل بر وقفیت نیست و در اختلاف ملکیت و وقفیت اصل بر ملکیت است (رأی شماره ۳/۲۹۸-۱۳۲۳/۴/۶-۳ شعبه ۳ دیوان عالی کشور).
۱۰. اماره‌ی تصرف علاوه بر اعیان، در منافع و حقوق هم قابل اعمال است (لنگرودی (۱)، ص ۴۱) (ماده ۹۷ ق.م.ک)، اما تصرف بر منافع در صورتی قابل استناد است که سابقه‌ی مالکیت عین و منافع معلوم نباشد. پس اگر مدعی، مالکیت خود بر عین را ثابت کند، متصرف منافع باید برای مالکیت خود بر منافع دلیل اقامه کند و صرف تصرف کافی نیست (کاتوزیان (۱۶)، ص ۹۹).
۱۱. طبق ماده ۶۳ ق.ا.ا.م در خصوص اموال «منقول»، آن چه مورد استفاده‌ی اختصاصی هر یک از زوجین است، به خود آن‌ها اختصاص دارد و سایر اموال بین آن‌ها مشترک تلقی می‌شود، مگر این که خلاف آن ثابت شود.
۱۲. صرف داشتن قبض رسید جهیزیه از زوج، به تنهایی برای مطالبه جهیزیه کافی نیست، زیرا قبض صرفاً این موضوع را تأیید می‌کند که اشیاء وارد شده در زندگی مشترک، به زوجه تعلق دارد (رأی شماره ۱۳۶۶-۱۱۸۲، مورخ ۱۳۳۹ دیوان عالی کشور). پس زوجه باید علاوه بر اثبات این موضوع، بقای مال و تصرف زوج بر آن را نیز اثبات کند. البته ممکن است با توجه به اوضاع و احوال خاص، بقای اموال و تصرف زوج، استصحاب شود.^۱
۱۳. تصرف ممکن است بالمباشره باشد یا با واسطه، مثل تصرف مستأجر؛ در نتیجه تصرف مستأجر در حکم تصرف موجد است (رأی شماره ۹۷۶-۳۳، مورخ ۱۳۰۸/۱/۱۸ دیوان عالی تمیز) (صفایی (۱۷)، ص ۲۳۲).
۱۴. تصرف دو یا چند نفر بر مالی، به عنوان مالکیت، دلالت بر مالکیت مشترک آن‌ها دارد مگر خلاف آن اثبات شود.

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

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

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

ماده ۳۶: تصرف نامشروع

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

۱. قانون، تصرف را اصولاً مشروع تلقی کرده است و مدعی مالکیت باید خلاف آن را اثبات کند.
۲. تصرفی که سابقه آن روشن نباشد، مشروع تلقی می‌شود (کاتوزیان (۵)، ص ۴۸).
۳. برخی از اسباب قانونی تملک در ماده ۱۴۰ قانون مدنی بیان شده است (حیازت مباحات، عقود، اخذ به شفعه و ارث) (ر.ک: به ش ۴ م ۱۴۰)

ماده ۳۷: اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی

اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.

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

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

ماده ۳۸: مالکیت تبعی نسبت به فضا و زیر زمین

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

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

ماده ۳۹: مالکیت تبعی نسبت به اعیان

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

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

* مُحاذی: مقابل (فرهنگ دهخدا)، فوقانی

* حفر: گودال، چاه و قبر (فرهنگ دهخدا و عمید)

فصل دوم: در حق انتفاع

ماده ۴۰: تعریف حق انتفاع

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

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

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

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

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

۴. حق انتفاع مانند سایر حقوق مالی قابل انتقال است مگر این که شخصیت منتفع‌علت عمده عقد بوده باشد. پس در حق انتفاعی که به صورت رایگان واگذار می‌شود، منتفع‌اصولاً نمی‌تواند حق انتفاع را به دیگری واگذار کند (نظریه مشورتی (۶)، ۷/۱۳۴۰۵ - ۱۳۷۱/۱۲/۱۵).

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

مبحث اول: در عمری و رقبی و سکنی

ماده ۴۱: تعریف عمری

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

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

۲. در رویه عملی، نهادی مصطلح به «صلح عمری» وجود دارد که به موجب آن، معمولاً مالک، به انگیزه احسان، ملک خویش را به شخصی (مثلاً همسرش) منتقل نموده و حق انتفاع از ملک را تا

زمان حیات خود، در ضمن عقد شرط می‌نماید. در این صورت، متصالح (مثلاً همسر) در صورت بروز اختلاف، نمی‌تواند مصالح را از ملک، خلع ید کند زیرا مصالح حق انتفاع از ملک را تا پایان عمر خویش دارد (همچنین مصالح برای تأمین بیشتر حقوق خویش، می‌تواند شرط خیار نماید تا در صورت پشیمانی، عقد صلح را فسخ نماید)؛ گفتنی است درج شرط خیار اخیر، مانع انتقال مالکیت نبوده و معامله را مشمول ماده ۳۳ قانون ثبت (معامله با حق استرداد) نمی‌کند^۱ (ر.ک: زیرنویس مواد ۴۵۸ تا ۴۶۳).

ماده ۴۲: تعریف رقبی

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

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

ماده ۴۳: تعریف سکنی

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

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

۱- مطابق ماده ۳۰ آیین‌نامه قانون ثبت املاک: «در صلح‌های مُحاباتی* که برای مصالح حق فسخ قید شده درخواست ثبت از متصالح با قید حق فسخ برای مصالح پذیرفته می‌شود و مشمول ماده ۳۳ قانون ثبت نیست. سند مالکیت این قبیل املاک با قید حق فسخ به نام متصالح صادر و پس از سقوط حق خیار، متصالح می‌تواند بدون ذکر حق فسخ سند مالکیت جدید بگیرد» (ر.ک: حواشی م ۴۵۸).

* مُحابات: انجام معامله بدون قصد سودآوری - سخت‌نگرفتن در معامله (دهخدا)

ماده ۴۴: تعریف حبس

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

۱. برخلاف اجاره، حق انتفاع دائمی و بدون مدت صحیح است.
۲. به اعتقاد برخی از حقوقدانان حبس مطلق عقدی است جایز و با مرگ و حجر مالک و منتفع منحل میشود (کاتوزیان (۵)، ص. ۵۳؛ امامی (۲۰)، ص. ۶۰)؛ با وجود این، به نظر می‌رسد به فرض جایز بودن حبس مطلق، حبس مطلق عقد جایز «غیراذنی» است بنابراین با حجر از بین نمی‌رود و به همین دلیل ماده فوق نیز انحلال را تنها به «فوت مالک» منحصر کرده است زیرا عقد غیراذنی اصولاً با فوت هم منفسخ نمی‌شود مگر اینکه شخصیت متوفی علت عمده عقد باشد؛ مفهوم مخالف ماده ۵۱ نیز مؤید همین نظر است (ر.ک: لنگرودی، تعهدات، ص ۷۰).
۳. به مالک عین مورد انتفاع، «حابس» نیز گفته می‌شود.
۴. در صورتی که مالک، حق انتفاع را برای همیشه (الی الابد) برقرار کرده باشد، «حبس مؤبد» می‌باشد که عقدی لازم است (قاسم زاده (۱۹)) و تا عین باقی است، حبس هم باقی است؛ در صورتی که «حبس مؤبد» برای امور عام المنفعه و خیریه اختصاص یافته باشد در حکم وقف عام است.^۱
۵. مهم‌ترین تفاوت وقف با حبس مؤبد در اثر اصلی وقف یعنی «فک ملک» است؛ به همین دلیل در صورت انقراض موقوفه‌علیهم، موقوفه صرفاً اقرب به غرض واقف می‌شود ولی در صورت انقراض محبوس لهم، مال به حابس برمی‌گردد؛ بنابراین رابطه وقف و حبس مؤبد، به لحاظ نسب اربعه، تباین است.

ماده ۴۵: ایجاد و زوال حق انتفاع

در موارد فوق حق انتفاع را فقط درباره شخص یا اشخاصی می‌توان برقرار کرد که در حین ایجاد حق مزبور وجود داشته باشند ولی ممکن است حق انتفاع تبعاً برای کسانی

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

* اتلاث باقیه: ثلث ترکیبی متوفایی است که وصیت نموده بر مصرف اموالش در امور خیر.

هم که در حین عقد به وجود نیامده اند برقرار شود و مادامی که صاحبان حق انتفاع موجود هستند حق مزبور باقی و بعد از انقراض آنها حق زایل می‌گردد.

۱. برقراری حق انتفاع برای حمل هم صحیح است مشروط بر این که زنده متولد شود (ر.ک م ۶۹)
۲. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، قسمت اخیر ماده ناظر به عقدی است که شخصیت منتفع علت عمده‌ی عقد باشد و گرنه حق انتفاع پس از فوت به وارثان خواهد رسید (کاتوزیان (۵)، ص. ۵۳)؛ اما به نظر می‌رسد ناظر به فرضی است که حبس مُنقطع‌الآخر بوده و دیگر شخصی از نسل منتفع وجود ندارد و علت زوال حق انتفاع، انقراض نسل صاحبان انتفاع است.
۳. اگر ضمن قرارداد حق سکنی شرط شود بعد از فوت منتفع، فرزندش جانشین و قائم‌مقام او شود، حق سکنی به تبع موجود صحیح است ولو در زمان انعقاد قرارداد، منتفع فرزندی نداشته باشد (کاتوزیان (۵)، ص ۵۴).

ماده ۴۶: لزوم بقای مال مورد انتفاع

حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقاء عین

ممکن باشد اعم از اینکه مال مزبور منقول باشد یا غیر منقول و مشاع باشد یا مفروز.

۱. مطابق ماده ۴ آیین نامه اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲، اموال منقول مصرفی، اموالی هستند که بر اثر استفاده، به صورت جزئی یا کلی از بین می‌روند و در مقابل، اموال منقول غیرمصرفی، اموالی هستند که بدون تغییر محسوس و از دست دادن مشخصات اصلی، بتوان به طور مکرر از آنها استفاده نمود.

۲. از بین رفتن مال مصرف شدنی یا استهلاکی ممکن است مادی باشد مثل خوراکی‌ها و یا اعتباری مثل پول که استفاده از آن با از دست رفتن مالکیت آن ملازمه دارد.

۳. منظور از باقی ماندن عین، آن نیست که مال قابل استهلاک نباشد، بلکه منظور، امکان استفاده مکرر و طولانی از عین است و گرنه این اموال هم در اثر استعمال مکرر، فرسوده می‌شوند مثل لباس (امامی (۲۰)، ص ۷۶).

۴. «مفروز» عین معینی است که تمام آن متعلق به یک مالک باشد و «مشاع» مالی است که چند مالک در آن شریک باشند به نحوی که حق هر یک منتشر در تمام اجزاء مال مشاع باشد (ر.ک م ۵۷۱ ق.م).

۵. در صورتی که قبض مال موضوع حق انتفاع، مستلزم تصرف مادی باشد، برقراری حق انتفاع نسبت به مال مشاع، نیازمند رضایت سایر شرکا است (ر.ک: ش ۳ م ۵۸۳).

۶. شرط بقای عین در تمام قراردادهایی که موضوع آن استفاده از منافع است، باید رعایت شود. مثل عقد وقف (م ۵۸)، اجاره (م ۴۷۱) و عاریه (م ۶۳۷) و مَهَایات (ش ۲ م ۵۹۹) (امامی ۵۴)، ص ۶۹.
۷. تعیین ماهیت مال از جهت قابلیت بقا، می‌تواند در کشف و تفسیر اراده اشخاص مؤثر باشد، به عنوان مثال اذن شوهر به همسر خود در اموال مصرف شدنی، اصولاً دلالت بر تملیک دارد و در اموال قابل بقا (مثل اثاث منزل)، اصولاً دلالت بر اذن در انتفاع دارد (کاتوزیان ۱۶)، ص ۴۵.
۸. اگر اصل مال در اثر انتفاع از بین برود، آن چه واقع شده است ممکن است «تملیک مال» یا «اباحه‌ی در انتفاع همراه با تلف (نه عاریه)» باشد (کاتوزیان ۵)، ص ۵۴ (ر.ک. ش. ۷ م. ۶۳۵ ق. م.).
۹. توافق متعاقدين می‌تواند مالی را که عرفاً در اثر استفاده از بین می‌رود، در زمره‌ی اموالی قرار دهد که قابلیت بقا در برابر استعمال را دارد. مثل اجاره شمع برای تزئین منزل یا اجاره‌ی پول برای نمایش. در واقع ملاک تشخیص این دو مال «نوع مصرف و استفاده» است، نه ماهیت این اموال (کاتوزیان ۱۶)، ص ۴۴.

ماده ۴۷: عینی بودن عقود موجد حق انتفاع

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

۱. عقد موجد حق انتفاع از عقود عینی و تابع احکام آن است (م ۵۹) (ر.ک. م. ۱۸۴، ش. ۱۹).
۲. «حبس» در معنای عام، عنوان مشترکی است برای عقود موجد حق انتفاع (عقود احباس) (عدل ۷)، ص ۵۵، اما «حبس» در معنای خاص عبارت است از عمری، رقبی، سکنی و حبس مطلق (مستنبط از ماده ۴۷ ق. م.) که تفاوت اصلی آن‌ها با وقف در این است که برخلاف وقف که موجب فک ملک است در «حبس به معنای خاص»، فک ملک رخ نداده و ملک همچنان در مالکیت حابس باقی می‌ماند (ر.ک: عدل ۷)، ص ۴۷.

ماده ۴۸: تکلیف حفاظت

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

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

ماده ۴۹: مخارج نگهداری

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

۱. هزینه‌های بهره‌برداری اصولاً با «منتفع» بوده (وحدت ملاک ماده ۱۰۵) و هزینه‌های نگهداری از اصل مال اصولاً به عهده «مالک» است؛ البته در حبس مؤبّد، مخارج لازم برای نگهداری باید از مال موضوع حبس تأمین شود (قاسم زاده (۱۹)، ص ۲۶).
۲. حکم مندرج در بند ۱، مبتنی بر این فرض است که هرکس از منافع مالی بهره می‌برد، باید زیان‌های ناشی از آن را نیز تحمل کند (مَنْ لَهُ الْغَنَمُ فَعَلَيْهِ الْغَرْمُ) (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۱۸).
۳. مالک الزامی به تعمیر مال موضوع حق انتفاع ندارد ولو خرابی مانع بهره‌برداری منتفع باشد (لنگرودی (۱)، حاشیه ماده ۴۹)؛ حکم اخیر ناظر به فرضی است که حق انتفاع معوض نباشد.
۴. در صورت سکوت طرفین، معیار اینکه کدام هزینه لازمه بقای مال و کدام لازمه انتفاع از آن است، بر عهده عرف می‌باشد (عدل (۷)، ص ۵۹)؛ به عنوان مثال در انتفاع از خودرو، بنزین بر عهده منتفع است.

ماده ۵۰: امانی بودن حق انتفاع

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

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

ماده ۵۱: زوال حق انتفاع

حق انتفاع در موارد ذیل زایل می‌شود:

- ۱- در صورت انقضاء مدت؛
- ۲- در صورت تلف شدن مالی که موضوع انتفاع است.
 ۱. اسباب زوال حق انتفاع عبارت است از:
 - تلف مال موضوع حق؛
 - اعراض صاحب حق (م ۱۷۸ و ۷۸۷ ق.م)؛
 - فک ملک (مثل مَلَى شدن مال)؛
 - اعمال شرط خیار؛

- جمع شدن دو عنوان مالک (مبیع) و منتفع (مباح‌له) در یک شخص (ر.ک: ش ۱ ماده ۵۳)؛
- انقضاء مدت (اعم از این که معین یا به مدت عمر مالک، منتفع یا ثالث باشد)؛
- رجوع یا فوت مالک در حبس مطلق (م ۴۴)؛
- انقراض منتفع (م ۴۵).

۲. بند ۲ ماده ۵۱ ناظر به تلف قهری است و اتلاف را در برنمی‌گیرد؛ بنابراین اگر شخصی مال موضوع حق انتفاع را تلف کند باید بدل آن را بدهد و حق انتفاع نسبت به بدل مذکور، باقی خواهد ماند (ملاک ماده ۷۹۱)؛ در فرضی که مال تلف شده، قیمی باشد، منتفع می‌تواند بهای حق انتفاع را از قیمت عین برداشت کند (امامی ۲۰).

ماده ۵۲: مسئولیت منتفع

در موارد ذیل منتفع ضامن تضررات مالک است:

۱. در صورتی که منتفع از مال موضوع انتفاع سوء استفاده کند.
۲. در صورتی که شرایط مقرر از طرف مالک را رعایت ننماید و این عدم رعایت موجب خسارتی بر موضوع حق انتفاع باشد.

۱. طبق اصول حقوقی، تعدی و تفریط، ید امانی منتفع را به ید ضمانی تبدیل می‌کند و او را مسئول تلف مال می‌سازد اگرچه که تلف مال مستند به فعل او نباشد (ملاک ماده ۴۳۹ ق.م). اما با توجه به ظاهر بند ۲ ماده ۵۲، گویی مقنن اثبات رابطه‌ی علیت بین تخلف و ورود خسارت را شرط دانسته است (ر.ک به کاتوزیان (۵)، ص. ۵۶).

۲. غاصب مال مورد حق انتفاع در برابر مالک عین (که به تبع عین، مالک منفعت نیز می‌باشد)، ضامن است نه منتفع؛ اما منتفع می‌تواند استرداد مال مغضوب و خسارت عدم انتفاع را از غاصب مطالبه نماید (لنگرودی (۱)، ص ۴۵).

ماده ۵۳: انتقال عین

انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

۱. به اعتقاد برخی، اگر مالک حقوق خود را به منتفع واگذار کند یا منتفع حق انتفاع را به مالک منتقل سازد، در اثر اختلاط دو حق، حق انتفاع زائل می‌شود (ملاک ماده ۳۰۰ ق.م) (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۲۱).
۲. مبنای حق فسخ در ماده ۵۳، خیار تخلف از شرط ضمنی صفت است.

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

ماده ۵۴: حکومت قرارداد و عرف بر حق انتفاع

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

۱. تبعیت کیفیت انتفاع از دستورات مالک ناظر به مرحله انعقاد عقد است که تحقق عقد حاکی از قبولی آن‌ها توسط منتفع است.

مبحث دوم: در وقف

ماده ۵۵: تعریف وقف

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

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

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

۷. تسبیل ملازمه‌ای با قصد قربت ندارد در نتیجه قصد قربت شرط صحت عقد وقف نیست.
۸. وقف، دائمی است و شرط خیار با مقتضای ذات وقف که تسبیل منفعت و فک ملکیت است تعارض داشته و مبطل عقد است (بند ۲۳۳ق.م.) (امامی (۲۰)، ص ۹۱)؛ مگر اینکه از اوضاع و احوال استنباط شود که مقصود عاقد حبس بوده است، نه وقف. در اینصورت شرط و عقد صحیح محسوب می‌شود.
۹. تعیین مدت خلاف مقتضای ذات عقد وقف است اما همان‌گونه که در بند پیشین نیز بیان شد، شرط خلاف مقتضای ذات یک عقد، همیشه «مبطل» اصل عقد و توافق نخواهد بود بلکه گاه «مُبدل» است یعنی از مجموعه عقد و شروط آن استنباط می‌شود که قصد مشترک طرفین عقد دیگری بوده است در فرض فوق نیز با لحاظ همین قصد، می‌توان توافق واقع شده را رقبی و صحیح تلقی نمود (ر.ک به ماده ۲۳۳ ش ۳)
۱۰. اگر مالکیت مالک بر مالی محدود به مدت معینی باشد، وقف چنین مالی اشکالی ندارد و نباید آن را با شرط تعیین مدت اشتباه نمود؛ به عنوان مثال، اگر مالک مادی حق اختراع، حق خویش را وقف نماید چنین وقفی صحیح است اگر چه با اتمام حق اختراع، وقف از بین می‌رود؛ به عبارت دیگر، در مثال اخیر، در عقد وقف، واقف شرط مدت ننموده است بلکه مالکیت واقف محدود به مدت بوده است (حقوق مادی مخترع حداکثر ۲۰ سال است)؛ بنابراین عقد وقف به لحاظ اتمام مدت آن زایل نمی‌شود زیرا وقف مدت‌دار نیست بلکه به تبع زوال موقوفه، زایل می‌شود.
۱۱. اثر وقف «فک ملک» است، نه تملیک، و مال موقوفه پس از وقف (اعم از عام و خاص)، «شخصیت حقوقی» پیدا می‌کند (م ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳). اثر دیگر وقف، ایجاد حق انتفاع برای موقوف‌علیهم است.
۱۲. با توجه به ظاهر ماده، چنانچه عین به معنای «شیء مادی» در نظر گرفته شود، وقف دین و منفعت باطل است؛ با وجود این، با توجه به حدیث نبوی مأخذ ماده^۱، به نظر می‌رسد که منظور از عین، اصل مال است و در برابر منافع مال قرار می‌گیرد؛ به عبارت دیگر، لزومی ندارد که موقوفه عین مادی باشد بلکه صرفاً کافی است که اصل مال با انتفاع زائل نشود؛ بنابراین وقف

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

خط تلفن (نظریه قضات دادگاه‌های حقوقی دو تهران، مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۵) و سهام (ماده ۴۴ آیین‌نامه اوقاف)^۱ و حقوق مالکیت فکری هم صحیح است.

ماده ۵۶: ایجاب و قبول

وقف واقع می‌شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و قبول طبقه اول از موقوف‌علیهم یا قائم مقام قانونی آنها در صورتی که محصور باشند مثل وقف بر اولاد و اگر موقوف‌علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد در این صورت قبول حاکم شرط است.

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

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

ماده ۵۷: شرایط واقف

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

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

۲. وقف مال غیر، غیرنافذ و تابع قواعد عمومی راجع به معامله فضولی است (امامی (۲۰)، ص ۹۶)؛ زیرا ماده ۵۷ که به ضرورت مالک بودن واقف اشاره کرده است، صرفاً در مقام بیان «شرایط واقف»

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

است، نه تعیین ضمانت اجرای وقف فضولی؛ به‌ویژه اینکه استقرای در قانون مدنی نیز نشان می‌دهد که قانون‌گذار در میان عقود، صرفاً وصیت فضولی را باطل دانسته است (م ۸۴۱ ق.م) و قاعده کلی بر «عدم نفوذ معامله فضولی» است و در موارد تردید باید به اصل مراجعه نمود.

۳. وقف مال از سوی سفیه یا صغیر ممیز اصولاً باطل است و جز در موارد خاص^۱ قابل تنفیذ از سوی ولی یا قیم او نیست، زیرا وقف به ضرر محجور است (ر.ک: ش ۱ م ۲۱۲).

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

ماده ۵۸: لزوم بقای موقوف

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

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

ماده ۵۹: عینی بودن عقد وقف

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

۱. در وقف، قبض عین موقوفه، شرط «صحّت و تحقق» عقد است.

۲. قبض باید به رضا و اذن واقف صورت گیرد وگرنه فاقد اثر است زیرا قبض شرط تحقق وقف است، نه از آثار آن.

۳. قبض یکی از موقوف علیهم عقد را فقط نسبت به او محقق می‌سازد و نسبت به بقیه اثر ندارد در این حالت، مانند وقف حصه مشاع عمل می‌شود و بین ملک و وقف اشاعه برقرار می‌گردد (لنگرودی (۱)، ص ۵۹) مگر این که قبض کننده عنوان عامی مثل اولاد داشته باشد (کاتوزیان (۲۱)، ش ۲۹۳)؛ به عنوان مثال اگر وقف بر اولاد شده باشد و اولاد واقف دو پسر باشند و آنها موقوفه را

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

قبول و قبض نمایند و پس از آن دختری از واقف متولد شود (فرزند سوم)، دختر خود به خود در زمره موقوف علیهم در می‌آید بدون اینکه نیاز به قبولی وی باشد؛ در واقع وضع او همانند نسل‌های بعد از فرزندان واقف است (کاتوزیان (۲۱)، ص ۱۷۸؛ امامی (۲۰)، ص ۹۲).

۴. برخلاف فوت متهب (م. ۸۰۲. ق. م)، فوت موقوف علیهم پیش از قبض، موجب بطلان عقد نیست و بازماندگان موقوف علیهم می‌توانند مال موقوفه را قبض کنند (کاتوزیان (۲۱)، صص. ۱۷۵-۱۷۶).

ماده ۶۰ : عدم فوریت قبض

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

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

ماده ۶۱ : لازم بودن عقد وقف و آثار فک ملک

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

۱. شرط مخالف با ماده ۶۱، نامشروع و باطل است اما به صحت عقد لطمه‌ای نمی‌زند (بند ۳ ماده ۲۳۲) مگر شرط خیار که مبطل وقف است (امامی (۲۰)، ص ۱۰۲) (ر.ک به ماده ۵۵، ش ۸).

۲. واقف می‌تواند، حین وقف، متولی تعیین کند و حتی می‌تواند خود را به عنوان متولی تعیین کند (م ۷۵)؛ همچنین می‌تواند حق عزل متولی را برای خود محفوظ نگه داشته و آن را ضمن عقد وقف شرط کند (م ۷۹ ق. م).

۳. ماده ۶۱ به نحوی تنظیم شده است که گویی قبض، شرط لزوم وقف است؛ اما با توجه به ماده ۵۹ تردیدی نیست که قبض شرط صحت وقف بوده و ماده ۶۱ ناظر به لازم بودن خود عقد وقف دانست.

ماده ۶۲ : مقام صالح برای قبض

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

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

ماده ۶۳: قبض به نیابت از محجور

- ولی و وصی محجورین از جانب آنها موقوفه را قبض می کنند و اگر خود واقف تولیت را برای خود قرار داده باشد قبض خود او کفایت می کند.
۱. اصولاً قبض در وقف خاص با موقوف علیهم است (صدر ماده ۶۲) و صلاحیت واقف در قسمت دوم ماده ۶۳ استثناء محسوب شده و ناظر به فرضی است که اولاً موقوف علیه محجور باشد ثانیاً واقف، تولیت را برای خود قرار داده باشد.

ماده ۶۴: وقف مال متعلق حق غیر

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

ماده ۶۵: وقف به قصد اضرار به دیان

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

* دیان: جمع دائن (فرهنگ دهخدا)، بستانکار

۱. اگر دارایی بدهکار برای پرداخت دیون کافی باشد، وقف صحیح است ولو به قصد اضرار باشد زیرا زیانی به طلبکار نمی‌رسد و او نفعی در طرح دعوی نخواهد داشت (مستفاد از م ۲۱ ق.ن.م.م مصوب ۱۳۹۳).
۲. وقف مستثنیات دین صحیح است ولو به انگیزه اضرار به طلبکاران (ر.ک: ش ۱۰ م ۲۱۸).
۲. منظور از «علت»، «جهت، داعی، انگیزه و علت غایی» واقف است (کاتوزیان (۲۱)، صص. ۲۱۷-۲۱۸).
۳. عدم کفایت دارایی بدهکار ممکن است اماره قضایی قصد اضرار، تلقی شود.
۴. اگر واقف، تاجر باشد و تاریخ وقف بعد از تاریخ توقف باشد، چنین وقفی مستند به بند ۱ ماده ۴۲۳ قانون تجارت باطل است، نه غیرنافذ، خواه تاجر قصد اضرار داشته باشد یا خیر؛ به اعتقاد برخی، بند ۱ ماده ۴۲۳ ق.ت، ماده ۶۵ ق.م. را تخصیص زده است (لنگرودی (۱)، ص ۶۱).

ماده ۶۶: وقف بر نامشروع

وقف بر مقاصد غیرمشروع باطل است.

۱. اگر مصرف عقد در زمان انعقادش مشروع باشد ولی بعداً منع قانونی پیدا کند وقف صحیح است ولی متعذرالمصرف می‌شود (ر.ک. ماده ۹۱) (لنگرودی (۱)، حاشیه ماده ۶۶).

ماده ۶۷: لزوم قابلیت قبض و اقباض موقوفه

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

ماده ۶۸: توابع موقوفه

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

ماده ۶۹: وقف بر معدوم

وقف بر معدوم صحیح نیست مگر به تبع موجود.

۱. شرایط موقوف‌علیهم:

● موجود باشد (م ۶۹ ق.م.)؛

- اهلیت تملک داشته باشد؛
 - معلوم و معین باشد (م.۷۱ق.م)؛
 - واقف خود را موقوف‌علیه یا جزء آنها قرار نداده باشد (م.۷۲ق.م).
۲. در وقف عام، وجود بالفعل موقوف‌علیهم ضرورتی ندارد، برای مثال می‌توان وقف بر اعضای کتابخانه‌ای کرد که هنوز عضوی نپذیرفته است (کاتوزیان(۲۱)، ص. ۱۹۲).
۳. وجود موقوف‌علیه در زمان برقراری حق انتفاع به سود او شرط است، نه زمان انعقاد عقد وقف (کاتوزیان(۲۱)، ص. ۱۸۹).

ماده ۷۰: وقف بر موجود و معدوم

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

ماده ۷۱: وقف بر موقوف‌علیه مجهول

وقف بر مجهول صحیح نیست.

۱. در وقف عام، اگر مصرف مجهول باشد، وقف باطل نیست (بند ۱ ماده ۹۱ ق.م).
۲. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، مجهول مانند مصرف در وقف «خاص»، موجب بطلان است (کاتوزیان(۵)، ص ۶۴).

ماده ۷۲: وقف بر نفس

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

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

ماده ۷۳: وقف بر نزدیکان

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

۱. اگر واقف، منافع موقوفه را به پرداخت نفقه زوجه دائم یا منقطعی که در عقد نکاح برای او، شرط نفقه شده است، اختصاص دهد، وقف باطل است ولی اگر وقف بر اقارب، موجب تمکن مالی آنها و سقوط تکلیف منفق (واقف) گردد این امر به خودی خود موجب بطلان وقف نیست (امامی (۲۰)، ص ۱۰۱).
۲. منظور از «واردین» اشخاصی هستند که به دیدن شخص واقف می‌آیند و وی با آنها معاشرت دارد (ر.ک: امامی (۲۰) ص ۱۰۰).

ماده ۷۴: ورود واقف در مصادیق موقوف‌علیه

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

ماده ۷۵: تولیت

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

۱. متولی، «مدیر وقف» است (که دارای شخصیت حقوقی مستقل است)، نه وکیل واقف (کاتوزیان (۲۱)، ص ۲۲۶).
۲. در تعدد متولی، چهار فرض متصور است:

الف) استقلال؛

ب) اجتماع؛

پ) ترتیب؛

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

۳. واژه‌هایی مانند «مستقلاً» و «منفرداً» بر این امر دلالت دارد که هر یک از متولیان به تنهایی حق تصمیم‌گیری دارند و در مقابل، واژه‌هایی مانند «مجتمعاً»، «منضمماً» و «متفقاً» بر این امر دلالت دارد که تصمیم متولیان در صورتی معتبر است که همگی متفق‌القول باشند؛ چنانچه

واقف بگوید که دو متولی تعیین شده، متفقاً و منفرداً حق تصمیم‌گیری دارند به این معنا است که تصمیم فردی هر یک از متولیان هم معتبر است و نیازی به تأیید هر دو متولی وجود ندارد.

۴. عبارت «نسلاً بعد نسل» یا «طبقاً بعد طبقه» که نسبت به تولیت یا وصایت در وقف‌نامه‌ها یا وصیت‌نامه‌ها ذکر می‌شود دلالت بر «ترتیب» دارد، نه تشریک (رأی وحدت رویه، ش ۳۵۶۱، مورخ ۱۳۴۲/۱۲/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور)؛ به این معنا که اگر واقف، فرزندان خود را متولی قرار دهد و یکی از آن‌ها فوت نماید، فرزند متوفی در اداره موقوفه با متولی دیگر شریک نمی‌شود بلکه تولیت زمانی به نوه و نتیجه و نسل‌های پایین‌تر می‌رسد که از نسل قبلی هیچ فرزندی نباشد.

۵. تصرف موقوفه به عنوان تولیت، دلیل تولیت نیست (م ۴ قانون اوقاف و رأی وحدت رویه ۵۵۲ سال ۱۳۷۰).

ماده ۷۶: قبول و رد تولیت

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

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

ماده ۷۷: تعدد متولی و فوت یکی از آنها

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

ماده ۷۸: تعیین ناظر

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

۱. ناظر نخست را «ناظر استصوابی» و ناظر دوم را «ناظر اطلاعی» گویند (لنگرودی(۱)، ص ۶۹).

۲. ناظر اطلاعی می‌تواند تخلف متولی را به مراجع صالحه اطلاع دهد.

۳. در صورت عدم تعیین نوع نظارت، اصل بر «نظارت اطلاعی» خواهد بود (عدل (۷)، ص ۶۶).

۴. فرق متولی با ناظر استصوابی در این است که «بتکار عمل» در اختیار متولی است (کاتوزیان(۵)، ص ۶۷).

۵. چون ناظر برخلاف متولی، معمولاً برمال موقوفه تصرف ندارد، تعدی و تفریط، وضع او را به وضع غاصب تبدیل نمی‌کند و تنها مسئول خساراتی است که در نتیجه اهمال و کوتاهی او در نظارت، به بار آمده است (کاتوزیان (۲۱)، صص ۲۴۱ و ۲۴۲).

ماده ۷۹: ضمانت اجرای خیانت متولی

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

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

ماده ۸۰: زوال وصف مشروط و انعزال متولی

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

۱. زوال وصف مشروط در حکم مانع است به همین دلیل با بازگشت وصف مشروط، سمت متولی نیز باز می‌گردد (کاتوزیان (۲۱)، صص ۲۲۷ و ۲۲۸؛ ن.خ: امامی (۲۰)، ص ۱۰۴ و قاسم زاده (۱۹)، ص ۴۶).
۲. مقصود از عبارت «منعزل می‌شود» این است که خود به خود عزل می‌شود و در صورت طرح دعوی، دادگاه کشف انعزال می‌کند و رأی دادگاه جنبه «اعلامی» دارد (قاسم زاده (۱۹)، ص ۴۶).

ماده ۸۱: اداره اوقاف عامه

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

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

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

ماده ۸۲ : حدود اختیار متولی

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

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

ماده ۸۳ : تفویض تولیت و گرفتن وکیل

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

۱. تفویض تولیت اصولاً مجاز نیست زیرا موجب واگذاری سمت و رها شدن متولی از مسئولیت می شود اما وکالت دادن اصولاً مجاز است زیرا وکیل زیر نظر متولی کار کرده و مسئولیت متولی منسوب واقف، زایل نمی شود (مستنبط از تبصره ۳، م.ق.۴. اوقاف و امور خیریه) (امامی (۲۰)، ص ۱۰۵).

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

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

ماده ۸۴ : حق التولیه و اجرت المثل

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

۱. ممکن است خود واقف، متولی باشد (م ۷۵ ق.م)؛ در این صورت نیز، با توجه به اطلاق ماده ۸۴ قانون مدنی، تعیین حق التولیه با واقف بوده و قرار دادن قسمتی از منافع موقوفه به عنوان حق التولیه اشکالی ندارد؛ زیرا سهم اخیر در برابر عملی است که برای اداره موقوفه انجام می دهد و به عنوان اجرت پرداخت می شود، نه به صورت رایگان (امامی، ج ۱، ص ۱۰۸؛ کاتوزیان، عطایا، ش ۱۱۶).

۲. مطابق «ظاهر قانون مدنی»، تعیین میزان حق التولیه ولو گزاف صحیح است؛ با وجود این، به اعتقاد برخی اگر واقف، متولی باشد و حق التولیه گزاف بوده و قصد واقف اختصاص منافع رایگان وقف به خویش باشد وقف «باطل» است (م ۷۲ ق.م) (کاتوزیان، عطا، ش ۱۱۶، ص ۲۳۱؛ ن.خ: امامی (۲۰)، ص ۱۰۸).
۳. واقف می‌تواند برای ناظر نیز، حق النظاره تعیین کند (مواد ۳۰ و ۳۳۶ و ملاک ماده ۸۴ ق.م) (امامی (۲۰)، ص ۱۰۸)؛ مفهوم مخالف تبصره ماده ۷ قانون اوقاف نیز مؤید همین مطلب است.

ماده ۸۵: تصرف در منافع موقوفه

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

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

ماده ۸۶: تقدم مخارج وقف بر حق موقوف‌علیهم

- در صورتی که واقف ترتیبی قرار نداده باشد مخارج تعمیر و اصلاح موقوفه و اموری که برای تحصیل منفعت لازم است بر حق موقوف‌علیهم مقدم خواهد بود.
۱. اگر باغی وقف شده باشد، هزینه‌های کود و سمپاشی که برای ایجاد محصول لازم است بر حق موقوف‌علیهم مقدم است.

ماده ۸۷: نحوه تقسیم منافع

- واقف می‌تواند شرط کند که منافع موقوفه مابین موقوف‌علیهم به تساوی تقسیم شود یا به تفاوت و یا اینکه اختیار به متولی یا شخص دیگری بدهد که هر نحو مصلحت داند تقسیم کند.
۱. اگر شیوه تقسیم منافع تعیین نشده باشد، در وقف خاص، اصل تساوی حاکم است و در وقف عام اگر استفاده مستقیم و مشترک ممکن نباشد، نحوه تقسیم را متولی تعیین می‌کند (کاتوزیان (۲۱)، ص ۲۴۹).

ماده ۸۸ : جواز بیع وقف در تلف واقعی یا تقدیری

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

۱. منظور از خرابی مال این است که انتفاع از آن ممکن نباشد، البته عدم امکان استفاده مورد نظر واقف هم، چنانچه قید وقف باشد (انتفاء صلاحیت انتفاعی)، در حکم تلف مال موقوف است.
۲. مقصود از «خوف خرابی» تلف زودرس و نامتعارف موقوفه است.
۳. ثمن حاصل از فروش مال موقوفه، قهراً در وقف قرار می‌گیرد (ملاک ماده ۷۹۱ ق.م).
۴. در صورت اتلاف عین موقوفه، وقف باطل نمی‌شود و بدل آن بدون نیاز به تراضی وقف است (ملاک م ۷۹۱ ق.م).
۵. در صورت تلف کل موقوفه در اثر قوه قاهره وقف زایل می‌شود (ملاک بند ۲ ماده ۵۱).

ماده ۸۹ : قابلیت فروش بعضی موقوفه

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

ماده ۹۰ : تبدیل وقف

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

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

ماده ۹۱ : صرف منافع وقف عام در امور خیر

در موارد ذیل منافع موقوفات عامه صرف بریبات عمومیه خواهد شد:

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

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

۳. طبق تبصره ماده ۸ قانون اوقاف^۱، در صورت تعذر در صرف منافع، منافع به نزدیکترین غرض واقف اختصاص می‌یابد، اعم از اینکه وقف عام باشد یا خاص؛ بنابراین هرگاه وقف عام باشد باید به امر خیری اختصاص پیدا کند که به غرض واقف نزدیکتر است (الجمع مهمما امکن اولی من طرح) و هرگاه وقف خاص باشد باید آن را به تأمین سایر مصالح موقوف‌علیهم اختصاص داد (کاتوزیان (۲۱)، ص. ۲۷۲)؛ البته طبق قسمت اخیر ماده ۸ قانون فوق‌الذکر، در صورت نبودن مورد اقرب، منافع وقف در مطلق امور خیریه (یعنی همان بریات عمومیه) به مصرف خواهد رسید؛ بنابراین بند ۲ ماده ۹۱ به کلی نسخ نشده است بلکه قانون اوقاف قائل به ترتب شده است یعنی اول اقرب به غرض واقف ملاک است و اگر اقربی نبود، در وقف عام، صرف همان بریات عمومیه می‌شود (لنگرودی (۱)، ص. ۷۸).

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

مبحث سوم: در حق انتفاع از مباحات

ماده ۹۲: انتفاع از مباحات

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

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

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

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

مبحث اول: در حق ارتفاق نسبت به ملک غیر

ماده ۹۳: تعریف حق ارتفاق

ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگری.

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

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

۳. از جمله حق ارتفاق‌هایی که در قانون مدنی به آن‌ها پرداخته شده است می‌توان به این موارد اشاره نمود: حق مجری (م ۹۵ و ۱۰۰)، حق عبور (م ۹۷ و ۹۸ و ۱۰۲)، حق داشتن در و شبکه (م ۹۷)، حق ناودان (م ۹۷ و ۹۹)، حق شرب (م ۹۶، ۹۷ و ۱۰۴)، حق دریچه و رف (م ۱۱۸)، حق سر تیر (م ۱۲۴) و حق حریم (م ۱۳۶).

۴. ارتفاق، حق عینی و «قائم به ملک» است، نه به شخص، زیرا از سویی با انتقال زمین صاحب حق، حق ارتفاق به خریدار منتقل می‌شود و از سوی دیگر تغییر مالک زمینی که حق ارتفاق بر آن تحمیل شده، تأثیری در حق ارتفاق ندارد (م ۱۰۲) (عدل (۷)، ص ۷۲).

۵. حق ارتفاق تابع و فرع بر مالکیت زمین است و مستقلاً جدای از زمین قابل انتقال یا توقیف نیست؛ البته ممکن است حق ارتفاق موضوع برخی از معاملات مانند صلح قرار گیرد و مالک در قبال دریافت وجهی از حق ارتفاق خویش صرفنظر کند.

۶. حق ارتفاق معمولاً در دو ملک مجاور و متصل به وجود می‌آید، با وجود این، فاصله زیاد بین دو ملک مانع ایجاد حق ارتفاق نیست (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۲۳؛ لنگرودی (۱)، ص ۸۲).

۷. ارتفاق مثبت، با انجام کار اعمال می‌شود و حقی است که صاحب آن اجازه‌ی استفاده مستقیم از ملک دیگری را داشته باشد مثل حق عبور؛ در مقابل در ارتفاق منفی، بصورت خودداری از انجام کار اعمال می‌شود و مالک زمینی که حق ارتفاق به آن تحمیل شده، از برخی تصرفات منع می‌گردد مثل حق حریم املاک و قنوات.
۸. حق ارتفاق مداوم، حقی است که اعمال آن نیاز به انجام عملی ندارد و دائماً در حال اعمال است مثل حق داشتن پنجره؛ در مقابل حق ارتفاق متناوب، حقی است که اعمال آن نیاز به انجام عملی دارد لذا به نحوه متناوب اعمال می‌شود مثل حق عبور.
۹. حق ارتفاق نمایان، حقی است که اجرای آن قابل رویت باشد مثل حق داشتن پنجره؛ در مقابل حق ارتفاق پنهان، حقی است که اجرای آن محسوس و قابل رویت نیست مثل عدم امکان احداث چاه در محل.
۱۰. حق ارتفاق به «املاک و اراضی و اعیانی واقع در آن» اختصاص دارد و در اموال منقول و حتی غیرمنقول حکمی و تبعی هم راه ندارد.
۱۱. حق ارتفاق اختصاص به املاک اشخاص حقوق خصوصی نداشته و برای اموال عمومی دولت هم این حق وجود دارد (ماده ۹ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰) (لنگرودی (۱)، ص ۸۱).

ماده ۹۴: ارتفاق قراردادی

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

ماده ۹۵: ارتفاق طبیعی

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

ماده ۹۶ : مالکیت تبعی نسبت به چشمه

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

ماده ۹۷ : قاعده تصرف در حق ارتفاق

هرگاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته، صاحب خانه یا ملک نمی تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود و همچنین است سایر حقوق از قبیل حق داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره.

۱. تصرف به عنوان حق ارتفاق هم، اماره‌ی قانونی وجود حق ارتفاق است (القدیم بترک علی قدمه)؛ (ر.ک.م.۱۲۴ق.م).

ماده ۹۸ : اذن در ارتفاق

اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد ولی صاحب ملک اذن داده باشد که از ملک او عبور کند هر وقت بخواهد می تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او بشود و همچنین است سایر ارتفاقات.

۱. ایجاد «حق» ارتفاق معمولاً در قالب قرارداد صورت می‌گیرد و اذن اصولاً موجد «اباحه» است.

ماده ۹۹ : اصل عدم ارتفاق

هیچ کس حق ندارد ناودان خود را به طرف ملک دیگری بگذارد یا آب باران از بام خود به بام یا ملک همسایه جاری کند و یا برف بریزد مگر به اذن او.

۱. اثر اذن اصولاً اباحه است، نه ایجاد حق برای مأذون و ایجاد تکلیف برای آذن؛ بنابراین علی‌الاصول قابل رجوع است (م ۱۲۰ ق.م) و مأذون اصولاً نمی‌تواند مطالبه خسارتی نماید (امامی (۲۰)، ص ۱۲۵).

۲. اذن در ارتفاق (م ۹۸ و ۱۰۸)، ایقاع است و نیازی به قبول ندارد (امامی (۲۰)، ص ۱۲۵).

ماده ۱۰۰ : مسئول تعمیر مجری

اگر مجرای آب شخصی در خانه دیگری باشد و در مجرا خرابی به هم رسد به نحوی که عبور آب موجب خسارت خانه شود مالک خانه حق ندارد صاحب مجرا را به تعمیر مجرا اجبار کند بلکه خود او باید دفع ضرر از خود نماید چنانچه اگر خرابی مجرا مانع عبور آب شود مالک خانه ملزم نیست که مجرا را تعمیر کند بلکه صاحب حق باید خود رفع مانع

کند در این صورت برای تعمیر مجرا می‌تواند داخل خانه یا زمین شود ولیکن بدون ضرورت حق ورود ندارد مگر به اذن صاحب ملک.

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

ماده ۱۰۱: منع تصرف منافی حق منتفع

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

ماده ۱۰۲: منتقل شدن حق ارتفاق به همراه انتقال ملک

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

۱. شرط عدم انتقال حق ارتفاق در مواردی که امکان درج آن در قرارداد وجود دارد، به معنی اعراض و اسقاط آن است زیرا نه تنها حق به انتقال گیرنده زمین نمی‌رسد، بلکه برای انتقال دهنده ملک هم باقی نمی‌ماند (کاتوزیان (۵)، ص ۷۹).

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

ماده ۱۰۳: عدم امکان تقسیم حق ارتفاق

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

۱. حق ارتفاق قابل تقسیم نیست، یعنی اگر حق ارتفاق به سود ملک مشاعی برقرار شده باشد، تقسیم ملک موجب تجزیه حق نیست و همه شرکاء می‌توانند به مانند سابق از حق ارتفاق

استفاده نمایند (ر.ک. م. ۶۰۴ ق.م)، البته شرکا با توافق می‌توانند حق عبور را به یکی از شرکا اختصاص دهند (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۲۳؛ عدل (۷)، صص ۷۶ و ۷۷).

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

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

۱. ارتفاق تبعی، تنها در صورتی ایجاد می‌شود که جهت استفاده از حق اصلی ضروری باشد (یعنی از لوازم عقلی یا عرفی باشد) و به بهانه‌ی آسان شدن اجرای حق اصلی، نمی‌توان مدعی حق دیگری شد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۲۲۱).
۲. ارتفاق تبعی تابع حق اصلی است و با از بین رفتن حق اصلی، زایل می‌شود.

ماده ۱۰۵ : مخارج تمتع از حق

- کسی که حق الارتفاق در ملک غیر دارد مخارجی که برای تمتع از آن حق لازم شود به عهده صاحب حق می‌باشد مگر اینکه بین او و صاحب ملک برخلاف آن قراری داده شده باشد.
۱. مخارج تمتع از حق ارتفاق، شامل مخارج نگهداری از اصل ملک نمی‌شود (ملاک ماده ۴۹ ق.م)

ماده ۱۰۶ : منع تصرف منافی حق ارتفاق

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

ماده ۱۰۷ : حدود تصرفات صاحب حق

- تصرفات صاحب حق در ملک غیر که متعلق حق اوست باید به اندازه‌ای باشد که قرار داده اند و یا به مقدار متعارف و آنچه ضرورت انتفاع اقتضاء می‌کند.
۱. در صورت عدم تعیین محل حق ارتفاق در قرارداد، تعیین محل با «مالک» است مشروط بر این که به حق ارتفاق آسیبی وارد نکند (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۲۳۳).

ماده ۱۰۸ : قابل رجوع بودن اذن

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

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

مبحث دوم: در احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاور**ماده ۱۰۹ : اصل اشتراک دیوار بین دو ملک**

دیواری که ما بین دو ملک واقع است مشترک ما بین صاحب آن دو ملک محسوب می شود مگر اینکه قرینه یا دلیلی بر خلاف آن موجود باشد.

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

ماده ۱۱۰ : ترصیف و وضع سرتیر

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

ماده ۱۱۱: تعارض قراین

هر گاه از دو طرف بنا متصل به دیوار به طور ترصیف باشد و یا از هر دو طرف به روی دیوار سر تیر گذاشته شده باشد، آن دیوار محکوم به اشتراک است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

۱. اگر یکی از طرفین به ترصیف استناد کند و دیگری به سر تیر، دیوار محکوم به اشتراک است (الدلیلان اذا تعارضا تساقطا) مگر این که معلوم شود سر تیر بعداً و به اذن قرار گرفته که در این صورت صرفاً دلالت بر حق ارتفاق یا اباحه برای صاحب سرتیر می‌کند، نه اشتراک (م ۱۱۲ ق.م) (کاتوزیان (۵)، ص ۸۵ و لنگرودی (۱)، ص ۹۳).

ماده ۱۱۲: اختصاص قراین به یک طرف

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

ماده ۱۱۳: مخارج دیوار مشترک

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

ماده ۱۱۴: عدم امکان الزام شریک

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

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

ماده ۱۱۵: خرابی دیوار مشترک

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

ماده ۱۱۶: تجدید دیوار در مبنا

هر گاه احد شرکاء راضی به تصرف دیگری در مبنا باشد ولی از تحمل مخارج مضایقه نماید شریک دیگر می‌تواند بنای دیوار را تجدید کند و در این صورت اگر بنای جدید با

مصالح مشترک ساخته شود دیوار مشترک خواهد بود والا مختص به شریکی است که بنا را تجدید کرده است.

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

ماده ۱۱۷: تخریب دیوار

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

۱. الزام شریک به تجدید بنا، ناشی از مسئولیت مدنی تخریب مال دیگری است (م ۳۲۹ ق.م.) و ارتباطی به قواعد شرکت یا مجاورت املاک ندارد (کاتوزیان (۱۶)، ص. ۱۱۷).

۲. از مفهوم مخالف ماده، چنین استنباط می‌شود که اگر خراب کردن دیوار لازم بوده، ضمانتی تحقق نمی‌یابد مثل خراب کردن دیواری که در حال فرو ریختن است (م. ۱۲۲.ق.م.).

۳. تصرف شریک، بدون اذن شریک دیگر، تصرف عدوانی محسوب می‌شود (رأی شماره ۱۲۷۵، مورخ ۳۳/۶/۲۹، شعبه ۴ دیوانعالی کشور).

ماده ۱۱۸: لزوم اذن شریک جهت تصرف در دیوار مشترک

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

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

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

ماده ۱۱۹: لزوم اذن شریک جهت تغییر مکان سر تیر

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

* رف: سکویی برای نشستن (فرهنگ دهخدا)

ماده ۱۲۰ : قابل رجوع بودن اذن

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

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

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

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

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

ماده ۱۲۱ : تجدید تصرف با اذن سابق

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

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

ماده ۱۲۲ : دیوار مشرف (نزدیک) به خرابی

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

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

اگر خانه یا زمینی بین دو نفر تقسیم شود یکی از آنها نمی تواند دیگری را مجبور کند که با هم دیواری ما بین دو قسمت بکشند.

۱. حکم ماده ناشی از اصل نداشتن ولایت بر دیگری است.

ماده ۱۲۴ : اماره تصرف حق ارتفاق

اگر از قدیم سر تیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سر تیر برداشته شود صاحب عمارت می تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد مگر اینکه ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است.

۱. قسمت اول ماده دلالت بر حق ارتفاق دارد زیرا در فرضی که سابقه تصرف معلوم نیست، تصرف به عنوان داشتن حق ارتفاق، اماره‌ی وجود آن است اما قسمت اخیر ماده به اباحه‌ی ناشی از اذن در ارتفاق اشاره دارد.

ماده ۱۲۵ : تصرف در کف یا سقف ساختمان

هر گاه طبقه تحتانی، مال کسی باشد و طبقه فوقانی مال دیگری، هر یک از آنها می توانند به طور متعارف در حصه‌ی اختصاصی خود تصرف بکنند لیکن نسبت به سقف بین دو طبقه هر یک از مالکین طبقه فوقانی و تحتانی می تواند در کف یا سقف طبقه اختصاصی خود به طور متعارف آن اندازه تصرف نماید که مزاحم حق دیگری نباشد.

۱. در ساختمان‌ها (آپارتمان‌ها) دو نوع مالکیت وجود دارد:

- مالکیت مستقل و اختصاصی؛
- مالکیت مشترک در اجزایی که مورد استفاده همه مالکان است؛ مانند زمین زیر بنا، اسکلت ساختمان، مرکز حرارت و تهویه، راه پله، آسانسور، پشت بام (م ۴ آیین‌نامه قانون تملک آپارتمان‌ها).

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

ماده ۱۲۶ : مالکیت دیوار و سقف

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

۱. از نظر قانون مدنی، دیوار دور تا دور هر طبقه، ملک اختصاصی مالک همان طبقه است و دیوار افقی مابین طبقه اول و دوم ملک مشترک مالکین آن‌ها محسوب می‌شود؛ در قانون تملک آپارتمان‌ها هم این حکم مجری است مگر اینکه این دیوارها (جدارها) جزء اسکلت ساختمان محسوب شوند که در این صورت، اسکلت جزء قسمت‌های مشترک همه مالکین محسوب می‌شود (بند پ م ۴ آیین‌نامه قانون تملک آپارتمان‌ها).

ماده ۱۲۷ : مالکیت پله‌ها

پله‌ی فوقانی، ملک صاحب طبقه‌ی فوقانی محسوب است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

ماده ۱۲۸ : مالکیت دیوار و سقف

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

۱. قانون تملک آپارتمان‌ها، مواد ۱۲۸ و ۱۲۹ ق.م.را در مورد آپارتمان‌ها، تخصیص زده است. طبق این قانون، کلیه تصمیمات مربوط به اداره و امور مربوط به قسمت‌های مشترک باید به تصویب، «اکثریت عددی» که «بیش از نیمی از کل ساختمان را دارا هستند» برسد.

۲. اجرای اراده‌ی اکثریت در آپارتمان‌ها تنها در امور اداری و تعمیرات ضروری است و به استناد آن نمی‌توان در ساختمان تغییر عمده داد یا بر طبقات افزود (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۲۸).

۳. حقوق و تعهدات و همچنین حصه هر یک از مالکین قسمت‌های اختصاصی از مخارج قسمت‌های مشترک مانند آسفالت پشت‌بام، متناسب است با نسبت مساحت قسمت اختصاصی به مجموع مساحت قسمت‌های «اختصاصی» تمام ساختمان (م ۴ ق.ت.آ)؛ البته مخارجی که ارتباطی به میزان مساحت زیربنا ندارد مانند هزینه سرایدار به صورت مساوی تقسیم می‌شود (ماده ۲۳ آیین‌نامه قانون تملک آپارتمان‌ها).

۴. پرداخت هزینه مشترک آپارتمان، برای همه مالکین الزامی است ولو واحد یکی از مالکین خالی بوده و هیچ‌گونه استفاده‌ای از آن ننماید؛ همچنین مالک طبقه همکف نمی‌تواند به بهانه عدم

* غرفه: اتاق فوقانی یا بالا، بالاخانه (فرهنگ معین)

استفاده از آسانسور از پرداخت هزینه‌های نگهداری آن خودداری نماید (قسمت اخیر ماده ۴ ق.ت.آ)؛ البته چنانچه استقرار حیاط یا بالکن یا تراس آپارتمان به گونه‌ای باشد که تنها از یک یا چند واحد مسکونی، امکان دسترسی به آن باشد، هزینه نگهداری آن قسمت به عهده استفاده‌کننده یا استفاده‌کنندگان است (تبصره ۳ همان ماده).

۵. چنانچه به موجب اجاره‌نامه یا قرارداد خصوصی، پرداخت هزینه‌های مشترک به عهده مالک باشد و مالک از پرداخت آن استنکاف نماید، مستأجر می‌تواند از محل مال الاجاره، هزینه‌های مزبور را پرداخت کند و در صورتی که پرداخت هزینه‌های جاری مشترک به عهده استفاده‌کننده (مستأجر) باشد و از پرداخت استنکاف کند، مدیر یا مدیران می‌توانند علاوه بر مراجعه به استفاده‌کننده به مالک اصلی نیز مراجعه نمایند (قسمت اخیر ماده ۲۳ آیین‌نامه ق.ت.آ).

۶. شرایط تجدید بنای ساختمان فرسوده که همه مالکین جهت این عملیات اتفاق نظر ندارند، به شرح زیر است:

الف) تأیید سه کارشناس رسمی دادگستری مبنی بر اینکه عمر مفید ساختمان به پایان رسیده و یا به هر دلیل دیگری ساختمان دچار فرسودگی کلی شده باشد و بیم خطر یا ضرر مالی و جانی برود.

ب) در اقلیت بودن مخالفین تجدید بنا

پ) گرفتن حکم دادگاه

ت) تأمین مسکن مناسب برای مالکان مخالف از سوی آن دسته از مالکان که قصد تجدید بنا را دارند (ماده ۱۳ ق.ت.آ).^۱

ماده ۱۲۹: تجدید سقف

هر گاه سقف واقع مابین عمارت تحتانی و فوقانی خراب شود در صورتی که بین مالک فوقانی و مالک تحتانی موافقت در تجدید بنا حاصل نشود و قرار داد ملزمی سابقاً بین آنها موجود

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

نباشد هر یک از مالکین اگر تبرعاً سقف را تجدید نموده چنانچه با مصالح مشترک ساخته شده باشد سقف مشترک است و اگر با مصالح مختصه ساخته شده متعلق به بانی خواهد بود.

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

ماده ۱۳۰: خروجی به فضای خانه همسایه

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

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

ماده ۱۳۱: ورود شاخه و ریشه به فضای خانه همسایه

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

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

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

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

۱. قاعده تسلیط (م ۳۰) و قاعده لاضرر (م ۱۳۲ ق.م و اصل ۴۰ ق.ا) در مرحله وضع «تعارضی» ندارند زیرا تصرف و انتفاع ملازمه‌ای با اضرار به ملک دیگری ندارد اما گاه در «مرحله‌ی اجرا» با هم «تزامم» پیدا می کنند. زیرا در تصرفی که به ضرر همسایه است اجرای قاعده تسلیط، با اباحه آن ملازمه دارد و اجرای قاعده لاضرر، آن را منع می کند (تعارض دلیلین و تزامم حکمین).

۲. در تراحم این دو قاعده، اصولاً، «لاضرر»^۱ حکومت دارد (شیخ انصاری، رسائل، ج ۱، ص ۶۳).
۳. تصرف زیان بار در صورتی مجاز است که اولاً به قدر متعارف باشد یعنی هرکس باید حق خویش را به نحو متعارف اجرا کند و تجاوز از رفتار انسان متعارف، تقصیر محسوب شده و ضمان آور است ثانیاً برای رفع حاجت «یا» رفع ضرر از مالک باشد. ملاک تشخیص این شرط عرف است یعنی باید دید که آیا عرفاً مالکان برای رفع حاجت یا رفع ضرر به چنین کاری دست می‌زنند یا نه، ثالثاً دفع ضرر از راه دیگر ممکن نباشد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۰۹).
۴. اگر مالکی جهت جلوگیری از ورود سیلاب به زمین زراعی خود سدی در اطراف آن بسازد و همین امر موجب ورود سیلاب به ملک مجاور و آسیب شود اصولاً مالک مسئولیتی ندارد (ر.ک: امامی (۲۰)).
۵. صرف داشتن مجوز دولتی، تصرف زیان بار را توجیه نمی‌کند زیرا هر اذنی مقید به رعایت حقوق اشخاص ثالث است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۱۱).
۶. صرف تقدم در تصرف، مانع اجرای ماده ۱۳۲ نیست مگر این که این تصرف جمعی و متعارف باشد. برای مثال، اگر شخصی خانه‌ی خود را در یک شهرک صنعتی بنا کند نمی‌تواند از آن‌ها بخواهد که مزاحم آسایش او نشوند ولی برعکس اگر تنها یک کارخانه در آن جا باشد، صاحب کارخانه نمی‌تواند تقدم در تصرف را مستمسک خود قرار دهد (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۱۱).

ماده ۱۳۳: باز کردن در، روزنه و شبکه

- کسی نمی‌تواند از دیوار خانه خود به خانه همسایه در باز کند اگر چه دیوار ملک مختصی او باشد لیکن می‌تواند از دیوار مختصی خود روزنه یا شبکه باز کند و همسایه حق منع او را ندارد ولی همسایه هم می‌تواند جلو روزنه و شبکه دیوار بکشد یا پرده بیاویزد که مانع رؤیت شود.
۱. «در» به محلی گفته می‌شود که بر خلاف روزنه و شبکه ثابت نیست و قابلیت باز و بسته شدن را دارد و به اندازه‌ای وسیع است که انسان به آسانی می‌تواند از آن خارج شود (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۲۰).
۲. «روزنه» سوراخ کوچکی است که برای استفاده از روشنایی در حمام‌ها و زیرزمین‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد (کاتوزیان (۵)، ص ۹۵).

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

۳. «شبكة» سوراخ‌های متعددی است که در کنار هم و به منظور استفاده از نور و هوا در دیوار احداث می‌کنند و بدین لحاظ که دیوار در اثر سوراخ‌ها مشبک می‌شود آن را شبکه می‌گویند (کاتوزیان (۱۶)، ص ۱۲۰).

۴. برای آن که پنجره، شبکه محسوب شود، یا باید به صورت مشبک و در بنا ثابت باشد یا حفاظ ثابت و مشبکی در برابر آن نصب گردد، به گونه‌ای که امکان سرکشی یا خروج از آن نباشد (همان).

ماده ۱۳۴: تکلیف شرکا در معبر یا مجرا مشترک

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

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

ماده ۱۳۵: درخت و حَیْرَه (گودال) بین املاک

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

مبحث سوم: در حریم املاک

ماده ۱۳۶: تعریف حریم

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

۱. حریم در لغت به معنای «منع» است و ماهیتاً نوعی حق «ارتفاق منفی» است زیرا دیگران را از تصرف زیان‌بار به حال صاحب حق، منع می‌کند (امامی (۲۰)، ص ۱۵۷) (ر.ک: ش م ۷ ق.م ۹۳).

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

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

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

ماده ۱۳۷: حریم چاه

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

۱. گز، واحد اندازه‌گیری طول است؛ «گزر» معادل «ذرع» و شانزده برابر «گره» است. گز، ذرع و گره، هر سه مقیاس قدیمی برای اندازه‌گیری هستند (ر.ک: فرهنگ معین)؛ مطابق قانون اوزان و مقیاس‌ها مصوب ۱۳۰۴ (منسوخه)، «گزر» مساوی یک متر است؛ قانون اخیر به موجب ماده ۵ قانون اوزان و مقیاس‌های مصوب ۱۳۱۱ نسخ شده و قانون جدیدتر در این خصوص ساکت است.

۲. طبق تبصره ماده ۱۷ قانون توزیع عادلانه آب، تشخیص حریم چاه و قنات و مجرا به وزارت نیرو واگذار گردیده است؛ به همین دلیل برخی اعتقاد دارند که مواد ۱۳۷ و ۱۳۸ نسخ شده‌اند (لنگرودی(۱)، ص ۱۱۷)؛ با وجود این، در مقام جمع دو قانون می‌توان گفت اماره‌های مندرج در مواد ۱۳۷ و ۱۳۸ باقی است و خلاف آن را وزارت نیرو می‌تواند احراز کند (کاتوزیان (۵)، ص ۱۰۰).

ماده ۱۳۸: حریم چشمه و قنات

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

۱. مقدارهای در نظر گرفته شده در قانون مدنی مبتنی بر غلبه و جهت جلوگیری از ورود ضرر (م. ۱۳۸.ق.م.) است پس می‌توان مثل سایر امارات قانونی خلاف آن را اثبات کرد (م ۱۳۲۳.ق.م.) مگر

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

* رخوه: نرم-سست (دهخدا)

در مورد حریم‌هایی که به نفع اموال عمومی مانند راه‌ها یا اراضی ساحلی برقرار شده است که اثبات کفایت مقدار کمتر برای دفع ضرر مقدار حریم را تقلیل نمی‌دهد (صفایی (۱۷)، ص. ۳۱۵؛ عدل (۷)، ص ۸۷) (ر.ک: ماده ۲ قانون اراضی مستحدثات ساحلی ۱۳۵۴).

ماده ۱۳۹: منع تصرف منافی حق صاحب حریم

حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست و بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری چاه یا قنات بکند ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جائز است. ۱. تفاوت حق حریم و حق مالکیت در این است که مالکیت حقی است اصولاً مطلق و انحصاری ولی حق حریم حقی است نسبی، که برای کمال انتفاع مالک از مال خود پیش‌بینی شده است و فقط از تصرفات مضر دیگران جلوگیری می‌نماید اما تصرفات دیگری که برای صاحب حریم زیان‌بار نباشد مجاز است (حکم شماره ۱۰۵ - ۱۳۲۹/۱/۲۲ شعبه ۶ دیوانعالی کشور) (صفایی (۱۷)، ص. ۳۰۹).

کتاب دوم: در اسباب تملک

ماده ۱۴۰: اسباب تملک

تملک حاصل می‌شود:

۱- به احیای اراضی موات و حيازت اشیاء مباحه.

۲- به وسیله عقود و تعهدات.

۳- به وسیله اخذ به شفعه.

۴- به ارث.

۱. تملیک با تملک از چند جهت تفاوت دارد:

۱- مفهوم: تملیک به معنای انتقال حق مالکیت خود به دیگری و یا مالی را به مالکیت دیگری در

آوردن است و در مقابل تملک به معنای مالی را به مالکیت خود درآوردن و یا مالک مالی شدن است.

۲- اسباب: سبب منحصر به فرد تملیک «عقد» است. بنابراین تحقق تملیک علاوه بر اراده

تملیک کننده (انتقال دهنده)، مستلزم موافقت تملک کننده (انتقال گیرنده) است ولو تملیک

مجانی و رایگان باشد مانند هبه یا وصیت تملیکی؛ در مقابل اسباب تملک متعدد هستند زیرا

ممکن است سبب تملک عقد باشد (مانند بیع و اجاره) و یا ایقاع باشد (مانند حيازت مباحات و اخذ به

شفعه) و یا واقعه حقوقی (مانند ارث).

۳- اهلیت: تملیک کننده باید اهلیت کامل (عقل، بلوغ و رشد) داشته باشد اما گاه وجود اهلیت

ناقص در تملک کننده کافی است به عنوان مثال، تملکات مجانی سفیه و صغیر ممیز صحیح

است (قسمت اخیر مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ ق.م).

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

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

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

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

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

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

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

مقرر داشته، جعله «تعهدی» است جایز

۴. اگرچه ظاهر ماده ۱۴۰، از حصری بودن اسباب تملک حکایت دارد اما به پیروی از ماده ۷۱۲ قانون مدنی فرانسه، باید «تبعیت» را نیز به اسباب تملک افزود و ماده ۱۴۰ را تمثیلی دانست. (صفایی (۱۷)، ص ۲۴۹)؛ با این توضیح که مالک، به تبعیت از مالکیت مال، مالک منافع و متعلقات آن نیز خواهد بود؛ به عبارت دیگر «تملک به تبعیت مملوک» نیز حاصل می‌شود (مالکیت تبعی) (مواد ۳۲، ۳۳، ۳۴، ۳۸، ۳۹، ۹۶ و ۱۶۹ ق.م.عدل (۷)، صص ۸۹ و ۹۰)؛ همچنین گاه وفای به عهد نیز موجب مالکیت است مانند پرداخت خسارت به زیان دیده یا پرداخت مالیات به دولت؛ برخی از حقوقدانان (صفایی (۱۷)، ص ۲۵۳) فسخ عقد تملیکی را نیز از اسباب تملک دانسته‌اند.^۱

قسمت اول: در احیای اراضی موات و حیات اشیاء مباحه

باب اول: در احیای اراضی موات و مباحه

ماده ۱۴۱: تعریف احیا

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

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

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

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

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

۴. عمران و احیای زمین‌های موات در صورتی قابل قبول است که به تاریخ قبل از ۵/۴/۵۸ صورت گرفته باشد (م ۳ قانون زمین شهری).

ماده ۱۴۲: تحجیر

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

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

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

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

ماده ۱۴۳: رکن معنوی حیازت (قصد تملک)

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

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

۲. حیازت سه رکن دارد:

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

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

ماده ۱۴۴: احیای اطراف زمین

احیای اطراف زمین موجب تملک وسط آن نیز می‌باشد.

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

ماده ۱۴۵: لزوم رعایت سایر قوانین مربوط

احیا کننده باید قوانین دیگر مربوطه به این موضوع را از هر حیث رعایت نماید.

۱. با توجه به اصل ۴۵ قانون اساسی و قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ و قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵، زمین‌های موات در اختیار دولت جمهوری اسلامی ایران است.

باب دوم: در حیات مباحات

ماده ۱۴۶: تعریف حیات

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

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

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

- حیات شاخه با بریدن است؛
- حیات زمین موات با احیاء آن ملازمه دارد و باید در اثر کارهایی که عرفاً، آباد کردن است، صورت گیرد (م ۱۴۱)؛
- حیات آب رودخانه و ماهی با تصرف مادی است؛
- حیات آبهای روی زمین با وصل کردن آنها به رودخانه یا دریا و حیات آبهای زیرزمین با حفر چاه یا قنات صورت می‌گیرد (مواد ۱۴۸ و ۱۴۹)؛
- حیات دفینه با کشف است (ماده ۱۷۴)؛
- حیات حیوانات وحشی با شکار کردن است.

۳. طبق اصل ۴۵ ق.ا: «انفال و ثروت‌های عمومی، از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌ها عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از

غاصب مسترد می‌شود، در اختیار «حکومت اسلامی» است... « پس، اموال فوق دیگر قابل حیازت نیست (ر.ک مواد ۱۴۸، ۱۴۹، ۱۵۵، ۱۶۱).

۴. کلیه منابع نفتی جزء انفال و ثروت‌های عمومی است. اعمال حق حاکمیت و مالکیت عمومی بر منابع مذکور به نمایندگی از طرف حکومت اسلامی بر عهده وزارت نفت است (ماده ۲ قانون نفت اصلاحی ۱۳۹۰/۳/۲۲).

ماده ۱۴۷ : تملک ناشی از حیازت

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

ماده ۱۴۸ : حیازت نهر

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

ماده ۱۴۹ : حیازت میاه (آب‌های) مباح

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

ماده ۱۵۰ : شرکت در حیازت آب

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

ماده ۱۵۱ : منع تصرف شریک در مجرای مشترک

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

ماده ۱۵۲ : ورود آب نهر مشترک به مجرای اختصاصی

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

ماده ۱۵۳ : اصل تساوی نصیب

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

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

ماده ۱۵۴ : بردن آب از ملک غیر

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

ماده ۱۵۵ : انتفاع از نهرهای مباح

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

ماده ۱۵۶ : حق تقدم ناشی از نزدیکی به منبع آب

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

ماده ۱۵۷ : قاعده قرعه

هرگاه دو زمین در دو طرف نهر محاذی هم واقع شوند و حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند و آب کافی برای هر دو نباشد باید برای

تقدم و تاخر در بردن آب به نسبت حصه قرعه زده و اگر آب کافی برای هر دو باشد به نسبت حصه تقسیم می‌کنند.

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

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

ت) اگر حق تقدمی نباشد و دو زمین در دو طرف نهر محاذی (روبه‌رو، مقابل) هم واقع شده باشند و آب به قدر کفایت نباشد، «قرعه» ملاک عمل خواهد بود (ماده ۱۵۷ ق.م).
 ۲. «قرعه» آخرین راه فصل خصومت و نزاع است (الْقَرْعَةُ لِكُلِّ أَمْرٍ مُشْكَلٍ).

ماده ۱۵۸ : حق تقدم ناشی از قدمت احیاء

هرگاه تاریخ احیا اراضی اطراف رودخانه مختلف باشد زمینی که احیا آن مقدم بوده است در آب نیز مقدم می‌شود بر زمین متاخر در احیا اگر چه پایین تر از آن باشد.

ماده ۱۵۹ : شرب زمین موخر در احیاء

هرگاه کسی بخواهد جدیداً زمینی در اطراف رودخانه احیا کند اگر آب رودخانه زیاد باشد و برای صاحبان اراضی سابقه تزییقی نباشد، می‌تواند از آب رودخانه، زمین جدید را مشروب کند والا حق بردن آب ندارد اگر چه زمین او بالاتر از سایر اراضی باشد.

ماده ۱۶۰ : حیازت و تحجیر آب

هر کس در زمین خود یا اراضی مباحه به قصد تملک قنات یا چاهی بکند تا به آب برسد یا چشمه جاری کند، مالک آب آن می‌شود و در اراضی مباحه مادامی که به آب نرسیده تحجیر محسوب است.

۱. حفر هر نوع چاه و قنات و توسعه چشمه منوط به موافقت وزارت نیرو است مگر حفر چاه برای مصرف خانگی (مواد ۳ و ۵ قانون توزیع عادلانه آب).

۲. حفر چاه و رسیدن به آب سبب تملک آب مباح است ولی به تنهایی موجب احیاء و تملک زمین نمی‌شود.

باب سوم: در معادن

ماده ۱۶۱: مالکیت معادن

معدنی که در زمین کسی واقع شده باشد، ملک صاحب زمین است و استخراج آن تابع قوانین مخصوصه خواهد بود.

۱. قانون معادن (اصلاحی ۱۳۹۰)، مواد معدنی را در چهار طبقه تقسیم‌بندی نموده است که هیچکدام جزء مباحات نیستند.

۲. با توجه به اصل ۴۵ قانون اساسی، معادن در اختیار حکومت اسلامی است و مطابق ماده ۹ قانون معادن (اصلاحی ۱۳۹۰/۸/۲۲)، بهره‌برداری از ذخایر معدنی، مستلزم اخذ پروانه بهره‌برداری از مرجع ذیصلاح (غالباً وزارت صنعت، معدن و تجارت) است. پروانه بهره‌برداری اخیرالذکر، سندی رسمی، لازم‌الاجرا، قابل معامله، تمدید و توثیق است که متضمن حق انتفاع دارنده پروانه از ذخیره معدنی مندرج در پروانه و نیز دربردارنده تعهدات وی در اجرای مفاد آن می‌باشد. مدت هر دوره بهره‌برداری حداکثر تا بیست و پنج سال است (ر.ک: ش ۲ م ۳۴۸).

۳. بهره‌برداری از ذخایر معدنی با توجه به ماده ۹ قانون معادن، مستلزم اخذ پروانه بهره‌برداری است و چنانچه معدن در محدوده املاک دائر یا مسبوق به احیا اشخاص واقع شده باشد، مطابق تبصره ۲ ماده ۲۲ قانون مذکور، مالک یا مالکین برای اخذ پروانه بهره‌برداری حق تقدم دارند. در هر حال، چنانچه پروانه بهره‌برداری به نام شخص دیگری (غیر از مالک ملکی که معدن در آن قرار دارد) صادر شود، صاحب پروانه قانوناً مجاز به تصرف و بهره‌برداری به شرح مندرج در پروانه می‌باشد و مالک نمی‌تواند مانع بهره‌برداری شود بلکه طبق ماده ۲۲ همان قانون، مستحق دریافت اجرت‌المثل زمین (بدون محاسبه ذخایر معدنی واقع در آن) است (نظریه مشورتی (۶)، ۷/۲۱۰۶-۱۳۸۷/۴/۱۰).

باب چهارم: در اشیاء پیدا شده و حیوانات ضالّه

فصل اول: در اشیاء پیدا شده

ماده ۱۶۲: لُقْطَه

هر کس مالی پیدا کند که قیمت آن کمتر از یک درهم که وزن آن ۱۲/۶ نخود^۱ نقره باشد می‌تواند آن را تملک کند.

۱. مال مملوکی که بدون متصرف یافت شود را «لُقْطَه» گویند (مستنبط از ماده ۱۷۰ ق.م.).
۲. مالی لقطه محسوب می‌شود که اولاً مملوک باشد؛ یعنی دارای مالک خاص باشد وگرنه مالی که مالک خاص ندارد یا مالک از آن اعراض کرده در شمار مباحات است و تملک آن تابع قواعد اموال مباح است. ثانیاً مالک باید آن را گم کرده باشد وگرنه اموالی که به سرقت رفته و یا مالک، عمداً آن را در جایی قرار داده باشد، لقطه محسوب نمی‌شود؛ ثالثاً در تصرف شخصی نباشد (امامی (۲۰)، ص ۱۸۳).
۳. در صورتی که پس از تملک، صاحب آن پیدا شود، یابنده باید مال را مسترد کند ولی در صورتی که مال تلف شده باشد، یابنده ضامن ائتلاف آن نیست (کاتوزیان (۵)، ص ۱۶۷).
۴. تملک لقطه نوعی حیات مباحات است و ایقاع محسوب شده و نیاز به قصد انشا دارد.
۵. یابنده می‌تواند مال پیدا شده را به طور امانت نگه دارد (قسمت اخیر ماده ۱۶۳).
۶. اشیائی که کمتر از یک درهم قیمت دارند، در حکم مباحات هستند زیرا نوعی اماره بر اعراض مالک از آنها وجود دارد؛ به عبارت دیگر، به دلیل ارزش کم لقطه چنین فرض می‌شود که مالک پیشین آن، در صدد پیدا کردن آن نخواهد آمد (عدل (۷)، ص ۹۷).

ماده ۱۶۳: تعریف مال پیدا شده

اگر قیمت مال پیدا شده یک درهم که وزن آن ۱۲/۶ نخود نقره یا بیشتر باشد، پیدا کننده باید یک سال تعریف کند و اگر در مدت مزبور صاحب مال پیدا نشد، مشارالیه مختار است که آن را به طور امانت نگاهدارد یا تصرف دیگری در آن بکند در صورتی که آن را به طور امانت نگاهدارد و بدون تقصیر او تلف شود، ضامن نخواهد بود.

۱- مطابق قانون اوزان و مقیاس‌ها مصوب ۱۳۰۴ (منسوخه)، نخود برابر با یک دهم گرم است؛ همچنین وزن با یک صدم گرم و خردل با یک هزارم گرم و مثقال با ده گرم برابر است. قانون اخیر به موجب ماده ۵ قانون اوزان و مقیاس‌ها مصوب ۱۳۱۱ نسخ شده است و قانون جدید در این خصوص ساکت است..

تبصره: در صورتی که پیدا کننده مال از همان ابتدا یا پیش از پایان مدت یک سال علم حاصل کند که تعریف بی فایده است و یا از یافتن صاحب مال مأیوس گردد تکلیف تعریف از او ساقط می شود.

۱. ماده ۱۶۵ (مال پیدا شده در بیابان) از شمول این ماده خارج است.
۲. منظور از عبارت «تصرف دیگری» اعم است از تصرف مالکانه (مانند مصرف یا بیع یا صدقه) یا اداری (مانند اجاره) (کاتوزیان(۵)، ص. ۱۶۵).
۳. در صورتی که بعد از یک سال، مالک مال پیدا شود، یابنده باید مال را مسترد کند و اگر مال تلف شده باشد، یابنده ای که مال را تملک کرده، ضامن نیست (کاتوزیان(۵)، ص. ۱۶۵).
۴. در صورتی که مال فروخته شده باشد، مالک می تواند ثمن آن را بگیرد (وحدت ملاک از ماده ۱۶۷ ق.م).

ماده ۱۶۴ : مفهوم تعریف (آگهی)

تعریف اشیاء پیدا شده عبارت است از نشر و اعلان بر حسب مقررات شرعی به نحوی که بتوان گفت که عادتاً به اطلاع اهالی محل رسیده است.

۱. عرف خاص و مقررات شغلی بر عرف عام مقدم است پس راننده ی تاکسی یا مهماندار هواپیما یا رفتگر شهرداری به جای نشر و اعلان، باید مقررات خاص شغلی خود را رعایت کند و مال را به مرکز اشیاء گمشده بسپارد. به طور کلی این اموال از شمول مواد ۱۶۲ تا ۱۶۹ ق. م، خارج بوده و قابل تملک نیستند (کاتوزیان (۵)، ص ۱۶۶)؛ به نظر می رسد مقررات قانون مدنی در باب لقطه محتاج بازنگری است و بهترین راه حل برای اشیاء پیدا شده این است که مراکز تأسیس شده و افراد مکلف باشند اشیاء را به این مراکز تحویل دهند و صاحبان اشیاء هم بتوانند به راحتی آن ها را پیدا کنند (صفایی (۱۷)، ص ۱۸۶).

ماده ۱۶۵ : لقطه در بیابان یا خرابه

هرکس در بیابان یا خرابه که خالی از سکنه بوده و مالک خاصی ندارد مالی پیدا کند می تواند آن را تملک کند و محتاج به تعریف نیست مگر اینکه معلوم باشد که مال عهد زمان حاضر است در این صورت در حکم سایر اشیاء پیدا شده در آبادی خواهد بود.

۱. قدمت مال پیدا شده «اماره قانونی» بر مالک نداشتن مال است.
۲. اگر مال پیدا شده، عتیقه باشد (حداقل یکصد سال قدمت داشته باشد) تملک آن تابع مقررات خاص است (ر.ک. شرح ماده ۱۷۴).

ماده ۱۶۶ : لقطه در ملک غیر مورد معامله

اگر کسی در ملک غیر یا ملکی که از غیر خریده مالی پیدا کند و احتمال بدهد که مال مالک فعلی یا مالکین سابق است باید به آنها اطلاع بدهد اگر آنها مدعی مالکیت شدند و به قرائن مالکیت آنها معلوم شد باید به آنها بدهد والا به طریقی که فوقاً مقرر است رفتار نماید.

ماده ۱۶۷ : لقطه فاسدشدنی

اگر مالی که پیدا شده است ممکن نیست باقی بماند و فاسد می شود باید به قیمت عادله فروخته شود و قیمت آن در حکم خود مال پیدا شده خواهد بود.

ماده ۱۶۸ : امانی بودن ید یابنده

اگر مال پیدا شده در زمان تعریف بدون تقصیر پیدا کننده تلف شود مشارالیه ضامن نخواهد بود.
۱. در دوران تعریف (آگهی)، مال پیدا شده نزد یابنده «امانت قانونی و شرعی» است، نه امانت مالکانه (ر.ک به ش ۱ ماده ۶۰۷ همین کتاب).

ماده ۱۶۹ : وضعیت منافع لقطه

منافعی که از مال پیدا شده حاصل می شود قبل از تملک متعلق به صاحب آن است و بعد از تملک مال پیدا کننده است.

فصل دوم: در حیوانات ضالّه**ماده ۱۷۰ : تعریف حیوانات ضالّه**

حیوان گم شده (ضالّه) عبارت از هر حیوان مملوکی است که بدون متصرف یافت شود ولی اگر حیوان مزبور در چراگاه یا نزدیک آبی یافت شود یا متمکن از دفاع خود در مقابل حیوانات درنده باشد ضالّه محسوب نمی گردد.

ماده ۱۷۱ : ضرورت رد حیوان ضاله

هرکس حیوان ضالّه پیدا نماید باید آن را به مالک آن رد کند و اگر مالک را نشناسد باید به حاکم یا قائم مقام او تسلیم کند و الا ضامن خواهد بود اگرچه آن را بعد از تصرف رها کرده باشد.

۱. برخلاف لقطه، تملک حیوان گمشده ممکن نیست؛ بنابراین قرار گرفتن مبحث حیوانات ضالّه در این بخش صرفاً به این جهت است که آن‌ها نیز از جمله اموال گم شده هستند و گرنه قابل حیازت نیستند (عدل (۷)، ص ۹۸).

ماده ۱۷۲: مخارج نگهداری حیوان ضاله

اگر حیوان گم شده در نقاط مسکونه یافت شود و پیدا کننده با دسترسی به حاکم یا قائم مقام او آن را تسلیم نکند حق مطالبه، مخارج نگهداری آن را از مالک نخواهد داشت. هرگاه حیوان ضالّه در نقاط غیر مسکونه یافت شود پیدا کننده می‌تواند مخارج نگهداری آن را از مالک مطالبه کند مشروط بر اینکه از حیوان انتفاعی نبرده باشد و آلا مخارج نگهداری با منافع حاصله احتساب و پیدا کننده یا مالک فقط برای بقیه حق رجوع به یکدیگر را خواهند داشت.

۱. ملاک قسمت اخیر ماده بالا، مویّد جنبه سلبی (منفی) اصل لزوم جبران کامل خسارت است که بر اساس آن، نباید غرامت پرداختی بیشتر از ضرر وارده باشد؛ گفتنی است جنبه ایجابی (مثبت) اصل اخیر این است که ضرر باید به نحو کامل جبران شود.

باب پنجم: در دفینه

ماده ۱۷۳: تعریف دفینه

دفینه مالی است که در زمین یا بنایی دفن شده و برحسب اتفاق و تصادف پیدا می‌شود. ۱. تعریف فوق ناقص است زیرا مال مدفون در صورتی از مباحات محسوب می‌شود که مالک آن معلوم نباشد (م ۱۷۴) (ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۱۵۱).

۲. قید «برحسب اتفاق پیدا شده باشد» از عناصر تعریف دفینه نیست و تنها در تشخیص مالک دفینه مؤثر است. بدین معنا که اگر کارگری به دستور کارفرما زمین را بکند و به طور اتفاقی دفینه را پیدا کند، دفینه ملک کارگر است و برعکس، اگر هدف از کندن یافتن دفینه باشد، دفینه ملک «کارفرما» است (کاتوزیان (۱۶)، ص ۷۷).

ماده ۱۷۴: شرایط تملک دفینه

دفینه که مالک آن معلوم نباشد ملک کسی است که آن را پیدا کرده است.

۱. دفینه در صورتی از اموال مباح است که عتیقه محسوب نشود. به موجب ماده اول قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹: «کلیه آثار صنعتی و ابنیه و اماکنی که تا اختتام دوره سلسله «زندیه» (یعنی تا پیش از سال ۱۱۷۳ شمسی) در مملکت ایران احداث شده جزء آثار ملی ایران است» این اموال را طبق ماده یک نظامنامه قانون فوق‌الذکر، «عتیقه» می‌نامند (ر.ک. ش ۴ همین ماده).
۲. هرکس بر حسب «اتفاق» عتیقات منقولی را بیابد اگرچه در ملک خود او باشد باید بلافاصله به وسیله‌ی نزدیک‌ترین نماینده‌ی اداره‌ی معارف و در صورت نبودن آن به توسط مأمورین مالیه به وزارت معارف اطلاع دهد. پس از معاینه اشیاء توسط اداره‌ی عتیقات، نصف آن‌ها یا نصف قیمت تجارتی آن‌ها که توسط اهل خبره تعیین خواهد شد به یابنده آن داده می‌شود. دولت مختار است نصف دیگر اشیاء را تصرف نموده یا به یابنده آن مسترد دارد (م ۱۷ نظامنامه); در واقع اشیاء عتیقه متعلق به دولت است (که متولی فعلی آن، سازمان میراث فرهنگی است) ولو در ملک یابنده باشد و به یابنده «حق کشف» پرداخت می‌شود (ر.ک: تبصره ۱ ماده ۵۶۲ ق.ت.ع).
۳. حق حفر اراضی برای به دست آوردن عتیقات منحصرأ متعلق به دولت است و تخلف از این قاعده مستوجب مجازات است (لایحه قانونی راجع به جلوگیری از حفاری‌های غیرمجاز مصوب ۵۸).
۴. لایحه فوق‌الذکر، قلمرو اشیاء عتیقه را گسترش داده است زیرا از نظر این لایحه، منظور از اشیاء عتیقه، اشیایی است که بر طبق ضوابط بین‌المللی یک صد سال یا بیشتر از تاریخ ایجاد یا ساخت آن گذشته باشد با توجه به آخرین اراده قانون‌گذار، همین قانون ملاک تعیین «عتیقه» محسوب می‌شود.

ماده ۱۷۵: یافتن دفینه در ملک غیر

- اگر کسی در ملک غیر دفینه پیدا نماید باید به مالک اطلاع دهد اگر مالک زمین مدعی مالکیت دفینه شد و آن را ثابت کرد دفینه به مدعی مالکیت تعلق می‌گیرد.
۱. دفینه ملک یابنده است ولو در زمین غیر، مدفون باشد مگر این که مالکیت شخص ثالثی (اعم از مالک زمین یا غیر آن) ثابت شود؛ حکم اخیر در فرضی که دفینه در ملک دیگری پیدا می‌شود تأمل‌برانگیز است زیرا قاعده «مالکیت تبعی» اقتضا دارد، یابنده مدعی تلقی شود لیکن قانون مدنی مالک ملک را مدعی دانسته است (عدل (۷)، ص ۱۰۰).

ماده ۱۷۶: دفینه در اراضی مباح

دفینه که در اراضی مباحه کشف شود متعلق به مُسْتَحْرِجِ آن است.

۱. در حال حاضر، چنین فرضی مصداق ندارد زیرا همه اراضی مباح، متعلق به دولت است (صفایی (۱۷)، ص ۱۷۷).

ماده ۱۷۷: استخراج و حیات جواهرات دریا

جواهری که از دریا استخراج می‌شود ملک کسی است که آن را استخراج کرده است و آنچه که آب به ساحل می‌اندازد ملک کسی است که آن را حیات نماید.

ماده ۱۷۸: اعراض

مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است مال کسی است که آن را بیرون بیاورد.

۱. اعراض، از موارد سقوط مالکیت است و مال را در زمره مباحات درمی‌آورد؛ با وجود این، مقررات جدید تمایل دارند آن را ملک دولت تلقی نمایند. چنانکه طبق ماده واحده مجمع تشخیص مصلحت نظام، در خصوص حل مشکل اراضی بایر (۱۳۶۷/۵/۲۵)، کلیه اراضی بایر^۱ در سراسر کشور در صورت اعراض صاحبان آن‌ها، بلاعوض در اختیار دولت قرار می‌گیرد (لنگرودی (۱)، ص ۱۵۳).

۲. مالی که تملک آن مستلزم تشریفات است، اعراض از آن نیز، اصولاً، نیازمند تشریفات می‌باشد پس صرف اعراض از ملک ثبت شده، بدون رجوع به دفاتر ثبت، از نظر قانون منشأ اثر نیست (کاتوزیان (۵)، ص ۱۷۲).

۳. اعراض، مُسقط حق «عینی» و ابراء، مسقط حق «دینی» است.

۴. اعراض، ایقاع است و مثل سایر اعمال حقوقی نیازمند قصد انشاء می‌باشد و صرف رها کردن مال، اصولاً سبب سقوط حق عینی نیست.

باب ششم: در شکار

ماده ۱۷۹: تملک ناشی از شکار

شکار کردن موجب تملک است.

۱. شکاری موجب تملک است که اولاً مالک خاص نداشته باشد ثانیاً وحشی باشد، نه اهلی (مفهوم مخالف م ۱۸۰)؛ ثالثاً مخالف مقررات مربوطه نباشد (قانون شکار و صید مصوب ۱۳۴۶/۳/۱۶ با اصلاحات بعدی)؛ رابعاً شکارچی، قصد تملک داشته باشد (ملاک م ۱۴۳ ق.م).

۱- از نظر مصوبه فوق‌الذکر، اراضی بایر، شامل آن اراضی است که بیش از پنج سال بدون عذر موجه بلاکشت مانده باشد.

ماده ۱۸۰ : شکار حیوانات اهلی و مملوک

شکار حیوانات اهلی و حیوانات دیگری که علامت مالکیت در آن باشد موجب تملک نمی‌شود.

ماده ۱۸۱ : تملک ناشی از تهیه مقدمات

اگر کسی کندو یا محلی برای زنبور عسل تهیه کند زنبور عسلی که در آن جمع می‌شوند ملک آن شخص است؛ همین طور است حکم کبوتر که در برج کبوتر جمع شود.

ماده ۱۸۲ : سایر مقررات راجع به شکار

مقررات دیگر راجع به شکار به موجب نظامات مخصوصه معین خواهد شد.

قسمت دوم : در عقود و معاملات و الزامات**باب اول : در عقود و تعهدات به طور کلی****ماده ۱۸۳ : تعریف عقد**

عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.

۱. تعهد مصدر باب تَفَعَّلَ از ریشه «عهد» است و در لغت به معنی برعهده گرفتن، خود را مدیون کردن و عهد و پیمان بستن است و از لحاظ اصطلاحی رابطه‌ای است حقوقی که به موجب آن شخص در برابر دیگری ملزم به امری می‌باشد.

۲. رابطه عقد و تعهد، رابطه علت و معلول است به این معنا که تعهد یکی از آثار عقد است (امامی (۲۰)، ص ۲۰۴)؛ بنابراین عنوان باب اول (در عقود و تعهدات به طور کلی) محل اشکال است زیرا عقد و تعهدات دو مبحث مستقل هستند و منبع تعهد فقط عقد نیست و ممکن است تعهد ناشی از الزامات خارج از قرارداد باشد (ر.ک: لنگرودی حقوق تعهدات، ش ۳۶).

۳. معمولاً دین ناشی از عقد (رابطه قراردادی) را «تعهد» و دین ناشی از حکم قانونی (رابطه غیر قراردادی) را «الزام» می‌نامند، اما قانون مدنی پایبند این تفکیک نبوده و گاه هر دو را به یک معنا به کار برده است؛ چنانکه مبحث سقوط تعهدات، صرفاً به دیون قراردادی اختصاص ندارد (م ۲۶۴).

۴. در حقوق روم، جنبه منفی تعهد (Obligation) را «دین» (debit) و جنبه مثبت آن را «طلب» (credit) می‌گویند (ر.ک: لنگرودی، حقوق تعهدات، ش ۵).

۵. از منظر بند پیشین، تعهد در معنای مضیق خود، به معنای «دین» است.
۶. تعهد به معنای خاص، منصرف به تعهد مالی است ولی در معنای عام مشتمل بر تعهد مالی و غیر مالی است؛ همچنین گاه به تعهد مالی «دین» و به تعهد غیرمالی «تکلیف» گفته می‌شود.
۷. تعهد به معنای دقیق و خاص خود، اثر عقد است اما گاه در معنای «پیمان و عقد» به کار می‌رود؛ چنانکه ماده ۵۶۵ مقرر می‌دارد: جعاله «تعهدی» است جایز.
۸. ارکان تعهد:

- الف) **طرفین تعهد:** دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی تحت عنوان متعهد یا متعهدله.^۱
- ب) **موضوع تعهد (متعهدبه):** اعم است از انجام کار^۲ (فعل) که ممکن است مادی (مانند تعهد به ساخت آپارتمان) یا حقوقی (مانند تعهد به فروش یا تعهد به اسقاط حق) باشد و نیز خودداری از انجام کار (ترک فعل) که ممکن است مادی (مانند تعهد به عدم اشتغال به شغل پر سروصدا یا تعهد به عدم افشای اسرار تجاری) یا حقوقی (مانند تعهد به عدم انتقال عین مستأجره) باشد.
- پ) **رابطه حقوقی:** رابطه‌ای که به موجب آن متعهدله می‌تواند الزام متعهد را به ایفای تعهد خود، درخواست کند. در حقیقت این رابطه، رابطه‌ای است که از ضمانت اجرا برخوردار است و طلبکار به واسطه تسلطی که بر اموال بدهکار پیدا می‌کند، می‌تواند با استفاده از دارایی او، وسایل اجرای تعهد را فراهم کند (کاتوزیان، ۲۳، ص ۲).
۹. تفاوت تعهدات حقوقی با تعهدات اخلاقی و یا توصیه‌های دینی، وجود ضمانت اجرای قانونی در تعهدات حقوقی است.
۱۰. «تعهد طبیعی»، بین تعهد حقوقی و اخلاقی قرار دارد، زیرا متعهدله همانند تعهد اخلاقی، امکان الزام متعهد را ندارد، اما اگر متعهد به میل خود، آن را ایفا نماید، امکان استرداد آن، همچون تعهدات حقوقی وجود نخواهد داشت (ر.ک.: ماده ۲۶۶ ق.م.)؛ مانند نفقه گذشته اقارب (قسمت اخیر ماده ۱۲۰۶ ق.م.).

۱۱. در خصوص تعهد، دو نظریه عمده وجود دارد: «نظریه شخصی» که بر طرفین رابطه حقوقی تأکید دارد و بنا بر این نظر، آنچه به تعهد، چهره شخصی می‌دهد و آن را از حق عینی متمایز

۱- البته ممکن است استثنائاً برخی از تعهدات ایجاد شوند بدون اینکه متعهدله مشخص داشته باشند مانند جعاله عام یا بیمه عمر که ممکن است ذینفع آن در حین انعقاد عقد معدوم باشد.

۲- برخلاف آنچه شهرت یافته است، به نظر می‌رسد که «انتقال مال» از مصادیق انجام کار است و نباید آن را قسم سوم موضوع تعهد تلقی نمود زیرا اقسام یک مقسم باید قسیم هم باشند یعنی رابطه آنها باید تباین باشد در حالیکه رابطه انجام کار و انتقال مال، عموم و خصوص مطلق است.

می‌کند این است که اجرای تعهد، اصولاً جز از طریق مدیون ممکن نیست و طلبکار حق مستقیمی بر مال معینی از بدهکار ندارد؛ در مقابل «نظریه نوعی یا مادی یا موضوعی» بر موضوع تعهد (متعهد به) تأکید دارد و بنا بر این نظر، آنچه موضوعیت دارد اجرای تعهد است و اجرا توسط متعهد اصولاً طریقت دارد؛ در حقوق کنونی تعهد هر دو چهره را داراست زیرا از یک سو تعهد ارزش مالی داشته و جزو دارایی طلبکار است (نظریه نوعی) و از سوی دیگر رابطه دینی فقط بین دو شخص قابل تصور است (نظریه شخصی) (کاتوزیان ۲۴)، صص ۲۷-۳۵؛ بحث مطروحه صرفاً جنبه نظری ندارد. به عنوان مثال: صحت انتقال دین و طلب در نظام حقوقی ما از نتایج عملی پذیرش «نظریه نوعی» است زیرا اصولاً آنچه مهم است اجرای تعهد است و این که اجرای آن توسط چه شخصی و یا به نفع چه کسی باشد اصولاً اهمیت ندارد؛ بنابراین می‌توان موضوع تعهد را اصولاً منتقل نمود (مواد ۲۶۷ و ۲۶۸ و ۶۸۴ ق.م).

۱۲. واژه مدیون با مسئول پرداخت (ملتزم به تأدیه دین دیگری) در معنای خاص، متفاوت است؛ مسئول یا ملتزم به تأدیه، شخصی است که پس از پرداخت دین به طلبکار، می‌تواند به مدیون مراجعه نماید ولی مدیون، مسئول نهایی بوده و پس از پرداخت حق مراجعه به شخصی را ندارد.^۱ مانند متعهدین یک سفته که صادرکننده در آن مدیون و سایر متعهدین (ضامن یا ظهرنویس)، مسئول پرداخت تلقی می‌گردند؛ التزام به تأدیه ممکن است منشاء قراردادی داشته باشد (م ۷۲۳ ق.م) یا غیرقراردادی (م ۳۱۸ قانون مدنی و تبصره ۹ م ۵۳ و تبصره ماده ۸۶ قانون مالیات‌های مستقیم).

۱۳. منظور از منبع تعهد، آن امری است که سبب ایجاد تعهد می‌گردد.

۱۴. منشأ و اسباب ایجاد تعهد به طور سنتی به تقلید از قانون ناپلئون در فرانسه، عبارتند از:

- عقد؛
- شبه عقد؛
- جرم؛
- شبه جرم؛
- قانون.

۱- در نظریه وحدت تعهد با یک رابطه حقوقی مواجه هستیم، اما در نظریه ثنویت با دو رابطه حقوقی؛ در واقع در نظریه ثنویت تعهد، تعهد دارای دو عنصر مجزا است عنصر اول، تکلیف متعهد در اجرای «متعهد به» است و عنصر دوم، عبارت است از «ضمانت اجرایی» که متعهدله می‌تواند حق خود را به موجب آن استیفاء نماید. فایده عملی این تفکیک این است که گاه با تعهداتی مواجه می‌شویم که فاقد ضمانت اجرا هستند، مثل تعهد طبیعی (که شخص مدیون است ولی التزام به تأدیه ندارد) (م ۲۶۵ ق.م) یا بر عکس، با تعهداتی مواجه می‌شویم که ضمانت اجرا دارند، بی‌آنکه الزام شوند، شخصاً مدیون باشد مثل ضامن چک، که در آن، دین اصلی متعلق به صادرکننده می‌باشد (م ۷۲۳ ق.م) (درودیان ۲۵)، ص ۸.

۱۵. در گذشته، عقد، مهمترین منبع ایجاد تعهد بود، ولی امروزه «قانون» مهمترین منبع محسوب می‌شود، زیرا امروز بیشتر تعهدات را قانون بر اشخاص تحمیل می‌کند (کاتوزیان (۲۳)، ص ۴).
۱۶. «شبه عقد»، عمل ارادی و اصولاً مشروعی است که بدون توافق اشخاص ایجاد تعهد می‌کند.
۱۷. در شبه عقد، اگر اصل عمل هم ارادی باشد، ایجاد تعهد را نباید ناشی از اراده دو طرف دانست، زیرا هدف مرتکب آن، ایجاد تعهد نبوده و این «قانون» است که تعهد را بر او تحمیل می‌کند (کاتوزیان (۲۳)، ص ۵).
۱۸. از نمونه‌های شبه عقد می‌توان به ایفاء ناروا (مواد ۳۰۱ الی ۳۰۵ ق.م)، اداره امور دیگری (م ۳۰۶ ق.م) و استیفای مشروع از مال یا عمل دیگری (م ۳۳۶ و ۳۳۷) اشاره کرد؛ در مثال‌های فوق، ایفاء ناروا به عقد ودیعه یا عاریه یا قرض و اداره امور دیگری، به عقد وکالت و استیفای مشروع از مال دیگری به عقد اجاره و استیفای مشروع از عمل دیگری به عقد اجاره اشخاص یا جعاله تشبیه شده است.
۱۹. جرم، عمل نامشروعی است که مرتکب به عمد (قصد فعل) و به قصد اضرار به دیگری (قصد نتیجه)، انجام می‌دهد، صرف نظر از آنکه، به لحاظ قوانین کیفری جرم محسوب شود یا خیر (ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه)؛ به عنوان مثال افشای عمدی اسرار تجاری (نظیر افشای فهرست مشتریان) توسط کارمند به قصد اضرار به کارفرما از منظر تعریف اخیر جرم محسوب می‌شود در حالی که از منظر قوانین کیفری ایران ممکن است مستوجب مجازات نباشد.^۱
۲۰. شبه جرم، عمل نامشروعی است که در اثر بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی ارتکاب می‌یابد (م. ۱۳۸۳ ق.م. فرانسه)؛ مانند تسبیب.^۲
۲۱. در تفاوت جرم و شبه جرم می‌توان گفت که مرتکب جرم، قصد فعل و هم قصد نتیجه دارد، اما در شبه جرم، مرتکب فقط قصد فعل دارد.
۲۲. فایده تمیز میان جرم و شبه جرم در این است که آثار بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی را می‌توان در شبه جرم بیمه نمود اما بیمه کردن اضرار عمدی، اصولاً امکان ندارد و شرط عدم مسئولیت در تقصیرهای عمدی نیز بی‌اثر است. با وجود این تفاوت‌ها، اکثر حقوقدانان این تفاوت را ناچیز دانسته و این دو مفهوم را تحت عنوان «اعمال نامشروع» ادغام می‌کنند (کاتوزیان (۲۳)، ص ۵).

۱- افشای عمدی اسرار تجاری در محیط غیرالکترونیکی اصولاً فاقد مجازات است؛ اما افشای اسرار تجاری در بستر مبادلات الکترونیکی در قانون تجارت الکترونیکی جرم انگاری شده است (مواد ۶۴ و ۶۵ و ۷۵ ق.ت.ا).

۲- با توجه به تعریف جرم و شبه جرم به نظر می‌رسد که «اتلاف غیرعمدی و بدون تقصیر» در هیچکدام از این دو دسته قرار نمی‌گیرد علی‌رغم اینکه طبق قانون مدنی از اسباب مسئولیت مدنی محسوب می‌شود (کاتوزیان (۲۳)، ص ۶).

۲۳. الزامی که مستند به هیچ یک از اسباب چهارگانه اخیر الذکر (ر.ک.: ش ۱۴) نباشد، تعهد ناشی از قانون نامیده می‌شود، مانند تعهدات مالکان املاک مجاور در برابر یکدیگر (م ۱۳۲ ق.م) یا تعهدات مربوط به ولایت قهری و نفقه اقارب (م ۱۱۹۵ به بعد قانون مدنی) یا تعهد به پرداخت مالیات (م ۱ قانون مالیات‌های مستقیم).

۲۴. در تعهدات قراردادی و یا در الزامات ناشی از جرم و شبه جرم، به حرکت درآمدن روند اجرای قانون مستلزم انعقاد یک عقد و یا ارتکاب عملی نامشروع، از سوی اشخاص است، در حالی که در تعهدات قانونی، به حرکت افتادن روند اجرای قانون نیازی به اعلام اراده و یا انجام عملی از طرف شخص متعهد ندارد (کاتوزیان (۲۳)، ص ۵).

۲۵. قانون، منبع اصلی تمام تعهدات و الزامات است و مقصود از تقسیم اسباب تعهد، طبقه بندی اموری است که قانون آنها را سبب ایجاد دین قرار داده است (کاتوزیان (۲۳)، ص ۶)؛ در واقع اگر عقد منبع تعهد است، به این خاطر است که قانون چنین نیرو و قدرتی را به عقد اعطا کرده است (م ۲۱۹ ق.م).

۲۶. قانون مدنی، اسباب ایجاد تعهد را به دو گروه تقسیم کرده است:

- تعهدات ناشی از قرارداد (م ۱۸۳ الی ۳۰۰ ق.م)؛

- الزامات خارج از قرارداد (م ۳۰۱ تا ۳۳۷ ق.م).

در واقع تقسیم بندی قانون مدنی با تقسیم منابع تعهد به وقایع حقوقی و اعمال حقوقی بسیار نزدیک است، با این تفاوت که قانونگذار در ذیل اعمال حقوقی سخنی از ایقاع به میان نیاورده است.

۲۷. «الزام» (از باب افعال) به معنای تکلیف حقوقی است که بر ذمه فرد قرار می‌گیرد و «التزام» (از باب افتعال) به معنای پذیرش ارادی تعهد است (م ۷۲۳ ق.م).

۲۸. عقد در لغت به معنای بستن و گره زدن است و شاید از آن جهت توافق حقوقی را عقد نامیده‌اند که طرفین، اراده خویش را بهم گره می‌زنند؛ در هر حال، عقد در اصطلاح حقوقی عبارت است از توافق دو یا چند انشاء وابسته و متقابل به قصد ایجاد ماهیت حقوقی (ر.ک: ش ۳۲ همین ماده).

۲۹. از نظر حقوقدانان مکتب فردی، توافق عبارت است از هماهنگی خواست و اراده «واقعی» طرفین، درحالی که حقوقدانان مکتب اجتماعی، انطباق اراده «ظاهری» را برای حصول توافق کافی می‌دانند.

۳۰. انواع ماهیت امور (شهیدی (۲۶)، صص ۳۱-۳۳):

- واقعی یا مادی یا عینی: امری که با یکی از حواس ظاهری درک می‌شود و فضایی را اشغال می‌کند مثل خودرو؛

- انتزاعی: امری که وجود مادی و عینی ندارد ولی از تطبیق و مقایسه امور واقعی توسط ذهن، انتزاع و استخراج می‌شود، مثل بلندی و کوتاهی؛
 - اعتباری: امری که قابل لمس نیست و واقعیت و عینیت ندارد و از امور واقعی هم انتزاع نمی‌شود بلکه مخلوق ذهن انسان است و اراده انسان به آن اعتبار می‌بخشد. مانند: مالکیت یا قرارداد.
۳۱. انتقادات وارد بر تعریف عقد در ماده ۱۸۳ ق.م:
- شامل عقود تملیکی مانند بیع نمی‌شود، مگر آنکه گفته شود، تملیک نیز تعهدی است که پس از ایجاد، بی‌درنگ حاصل می‌شود.^۱ یا اینکه تعهد را به معنای عام، یعنی «عهد و پیمان پیمان بستن» در نظر بگیریم که در این صورت با اثر تملیکی عقد تعارض نخواهد داشت؛
 - تنها از تعهد یکی از طرفین صحبت کرده است و به این ترتیب عقد تعهدی را در بر نمی‌گیرد و فقط شامل عقد یک تعهدی می‌شود؛
 - تنها عقود مجانی را در بر می‌گیرد و عقد معوض از شمول آن خارج است؛
 - اثر عقد را تنها ایجاد تعهد دانسته، درحالیکه عقد می‌تواند سبب تملیک مال، انتقال و سقوط تعهد، ایجاد شخصیت حقوقی، اتحاد، شرکت، اباحه، زواج و ... گردد؛
 - استفاده از واژه «شخص» به جای نفر ارجحیت دارد، چرا که نفر ظهور در شخص حقیقی دارد، درحالیکه طرف عقد می‌تواند شخص حقوقی باشد.
۳۲. با توجه به تعریف ارائه شده از عقد در شماره ۲۸ همین ماده، شروط تحقق عقد عبارت است از:
- توافق دو یا چند انشاء وابسته: منظور از وابسته بودن انشاء در عقد، این است که عقد مرکب از دو ایقاع مستقل نیست و ایجاب، ایقاع محسوب نمی‌شود زیرا ایقاع، عمل حقوقی یکجانبه‌ای است که در آن اراده فاعل به تنهایی و به نحو مستقل برای ایجاد اثر حقوقی کافی است درحالیکه موجب، ایجاب را به نحو وابسته انشا می‌کند؛ به این معنا که اثر نهایی آن که همان انعقاد عقد است را منوط به قبول آن می‌نماید. به عبارت دیگر ایجاب و قبول هر کدام سبب ناقص تشکیل عقد محسوب می‌شوند که هر دو با هم علت تامه عقد را تشکیل می‌دهند؛ به ویژه که اگر عقد مرکب از دو ایقاع مستقل تلقی شود دیگر شخصیتی برای عقد باقی نمی‌ماند و با وجود ایقاع، دیگر نیازی به عقد نیست؛ در فرضی هم که ایجاب همراه با التزام است، ایجاب را نباید ایقاع دانست زیرا ایجاب همراه با التزام، متضمن

۱- به اعتقاد برخی از حقوقدانان، همه عقود عهدی هستند (العقد العهد) و تقسیم عقد به تملیکی و عهدی معنی ندارد (لنگرودی، حقوق تعهدات، ش ۱ و ۲ و ۵۰ و ۵۱)؛ نظر اخیر چندان قابل پذیرش به نظر نمی‌رسد.

دو انشاء است: انشاء اول که همان ایجاب است که دارای ماهیت ویژه و خاص خود است و دوم انشاء التزام به حفظ ایجاب (کاتوزیان (۴۶)، ص ۲۵):

• توافق دو یا چند اراده متقابل که نماینده دو نفع گوناگون باشد. برای نمونه، در فرضی که مدیران شرکت یا متولیان وقف در خصوص موضوعی با هم توافق می‌کنند، هر چند هدف، ایجاد اثر حقوقی باشد اما به تصمیم آنان عقد گفته نمی‌شود، چرا که همه آنها، نمایندگان یک نفع واحد (شرکت یا وقف) هستند؛ به ویژه درجایی که نظر اکثریت مناط اعتبار است و بر اقلیت تحمیل می‌شود؛ در فرض اخیر عمل حقوقی مدیران، «ایقاع جمعی» نامیده می‌شود (کاتوزیان (۲۳)، ص. ۱۸)؛^۱ همچنین است در جایی که مبیع معیوب و خریداران متعدد هستند در این فرض اگرچه اعمال حق فسخ منوط به اتفاق نظر خریداران است (م ۴۲۲) اما تعدد اراده در اعمال حق فسخ، ماهیت آن را از ایقاع به عقد تبدیل نمی‌کند زیرا بین اراده‌ها، رابطه «تقابل» وجود ندارد (شهیدی (۲۶)، ص ۴۸):

• محصول مشترک دو اراده باشد، یعنی توافق دو انشاء باید سبب ایجاد اثر حقوقی باشد، نه شرط بقای آن، به همین دلیل وصیت عهدی، عقد محسوب نمی‌شود، چون اراده وصی تنها در بقای آن موثر است و اگر وی وصیت را در زمان حیات رد نکند، وصیت بدون اعلام قبول از سوی او نیز صحیح تلقی می‌گردد؛

• جنبه انشایی داشته باشد (یعنی موجب اثر حقوقی باشد)، نه اخباری؛ ماده ۱۹۱ ق.م که مقرر می‌دارد «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء ...»، ناظر بر همین شرط است به همین دلیل اقرار، عمل حقوقی محسوب نمی‌شود؛

• نتیجه و منظور از توافق، ایجاد تعهد باشد، نه وعده دوستانه و اخلاقی؛ به عبارت دیگر تراضی آمیخته به التزام باشد؛ تعبیر فقها از عقد به «عقد مؤکد» هم، مفید همین معنا است (کاتوزیان (۲۳)، ص ۱۶)؛ بنابراین توافق عام‌تر از عقد است و هر توافقی عقد محسوب نمی‌شود (عموم و خصوص مطلق).

۳۳. اگر بر اساس ظاهر ماده ۱۸۳، اثر عقد را تنها ایجاد تعهد بدانیم، رابطه عقد و قرارداد، عموم و خصوص مطلق خواهد بود، یعنی هر عقدی یک قرارداد است ولی هر قراردادی، عقد محسوب نخواهد شد، ولی

۱- اگرچه به طور متعارف، در عقد، طرفین دارای نفع متعارض هستند و در داد و ستد هر شخص به دنبال آن است که میزان کمتری بدهد و میزان بیشتری بستاند اما وجود نفع متعارض از عناصر عقد محسوب نشده و داشتن نفع مشترک میان طرفین، مانع اطلاق عنوان عقد نمی‌شود؛ به همین دلیل مشارکت‌ها (مزارعه، مضاربه، و ...) و قرارداد ارفاقی و ... عقد محسوب می‌شوند (کاتوزیان (۴۶)، ص ۳۴).

باید دانست که از یک سو اثر عقد تنها ایجاد تعهد نیست و از سوی دیگر از نظر قانون مدنی تفاوتی میان این دو واژه نیست و می‌توان این دو را به جای یکدیگر به کار برد. ماده ۲۱۹ ق.م. که به جای واژه قرارداد از عقد استفاده کرده است مؤید همین مطلب است؛ همچنین است مواد ۱ و ۳ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ که گاه از عقد بیمه و گاه از قرارداد بیمه سخن گفته است (همچنین رجوع کنید به قسمت اخیر ماده ۹۴ ق.م.).

۳۴. برخی از حقوقدانان واژه عقد به معنای خاص را ناظر بر توافقات شایع و با احکام ویژه دانسته‌اند (عقود معین) و قرارداد را ناظر بر سایر توافقات (شهادی (۲۶)، صص ۴۰-۴۲) اما با توجه به توضیح فوق (ش ۳۳)، تفاوتی میان این دو واژه نیست و عنوان باب سوم (مواد ۲۳۸ الی ۸۰۷ ق.م.) در عقود معینه مختلفه، به این معناست که واژه عقد به تنهایی مفید چنین معنایی نیست.

۳۵. معامله در معنای اعم (در فقه)، در مقابل عبادات استفاده می‌شود. منظور از عبادات اعمالی است که قصد قربت شرط صحت آن‌ها است (مانند نماز) و در مقابل، در معاملات چنین امری شرط نیست؛ معامله در معنای عام مترادف عمل حقوقی (عقد و ایقاع) است (م ۲۲۳) و در معنای خاص معامله مترادف عقد و قرارداد است (ماده ۱۸۴) و در معنای اخص، منصرف به عقود مالی معوض است و عقود غیرمعوض و غیرمالی (مانند نکاح) را در بر نمی‌گیرد.

۳۶. تعیین اجاره بها یا ثمن معامله توسط یک قاعده امری، آن اجاره یا بیع را از دایره عقود خارج نمی‌کند (کاتوزیان (۲۳)، ص ۱۷)؛ مانند قیمت فروش بنزین در جایگاه‌های سوخت یا قیمت نان.

۳۷. اسباب ایجاد اثر حقوقی^۱ را به دو دسته تقسیم می‌کنند (شهادی (۲۶)، ص ۴۵):

• اعمال حقوقی که عبارت است از انشاء (ایجاد) یک ماهیت اعتباری به اراده شخص؛ این ماهیت اعتباری، هرگاه با دو یا چند انشاء وابسته و متقابل محقق شود، عقد نامیده می‌شود و آن که با یک انشاء مستقل تحقق می‌پذیرد، ایقاع^۲ است ولی وصف مشترک هر دو این است که جزء امور اعتباری هستند در مقابل واقعه حقوقی که غالباً امری مادی^۳ است؛

۱- به جای عبارت «اسباب ایجاد تعهد» از عبارت «اسباب ایجاد اثر حقوقی» استفاده شده است زیرا عمل و واقعه حقوقی لزوماً ایجاد تعهد نمی‌کنند بلکه گاه سبب سقوط تعهد هستند مانند ابراء یا مالکیت مافی‌الذمه.

۲- ایقاع از باب افعال، به معنی واقع ساختن و تحقق بخشیدن است (شهادی (۳۶)، ص ۴۲) و انشاء کننده ایقاع را «موقع» می‌نامند.

۳- عمل حقوقی، همیشه یک امر اعتباری است در حالیکه واقعه حقوقی ممکن است مادی (مثل غضب یا اتلاف) یا اعتباری (مانند تهاوت یا مالکیت مافی‌الذمه) باشد.

• وقایع حقوقی^۱ عبارت است از رویدادهای غالباً مادی که اثر حقوقی آنها، نتیجه اراده شخص نیست و به حکم قانون ایجاد می‌شود؛ اعم از اینکه ایجاد واقعه، ارادی^۲ باشد مثل غصب و اتلاف مال دیگری یا غیرارادی (طبیعی)، مثل مرگ و یا تولد شخص.

۳۸. ایقاع، منبعی است استثنایی و ارزش آن منوط به اذن قانونگذار است، در واقع برخلاف عقد که به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، به عنوان یک اصل کلی در ایجاد اثر حقوقی پذیرفته شده است ایجاد اثر حقوقی یک طرفه، منوط به تصریح مقنن است (صفایی (۲۲)، ص ۲۱ و کاتوزیان (۲۳)، صص ۷-۹، ن.خ: لنگرودی (۲۷)، ش ۳۹۹).
۳۹. انواع ایقاع عبارت‌اند از:

- ایقاع معین: ایقاعی که در قانون نام و احکام خاص دارد. مثل طلاق، اخذ به شفعه و وصیت عهدی.
 - ایقاع نیمه معین یا شبه معین: ایقاعی که در قانون عنوان خاص داشته و معتبر است ولی احکام آن را باید با استفاده از قواعد عمومی استخراج کرد. مثل: اذن در نهادن سرتیر یا اجازه معامله فضولی؛
 - ایقاع نامعین: ایقاعی که در قانون نام و احکام ویژه‌ای ندارد و اصولاً چنین ایقاعی معتبر نیست.^۳
۴۰. از جهتی دیگر، ایقاع بر دو قسم است:

الف) یکطرفه، از قبیل: احیا اراضی موات، حیازت مباحات، تحجیر و اعراض از ملک.
ب) دو طرفه (اثر ایقاع علاوه بر موقع، متوجه طرف ایقاع هم می‌شود)، از قبیل: نصب متولی و وصی، فسخ عقد، ابراء، اخذ به شفعه، وصیت عهدی، طلاق، رجوع، اذن و فرزندخواندگی.

۴۱. اراده یک شخص ممکن است، سبب تملک حقوق عینی شود، مثل حیازت مباحات (بند م ۱۴۰ و ۱۴۶) اخذ به شفعه (م. ۸۰۸) و یا مالی را از مالکیت شخص خارج کند، مثل اعراض یا آن که عقد غیرنافذ را معتبر سازد، مثل اجازه مالک در معامله فضولی (م ۲۴۸ ق. م) و یا آن که حق دینی را ساقط کند، مثل ابراء (م ۲۸۹)

۱ - برخی از حقوقدانان به جای اصطلاح واقعه حقوقی از اصطلاح «عمل قضایی» نیز استفاده کرده‌اند (شهیدی (۳۵)، ص ۲۱).
۲ - اراده در اعمال حقوقی با وقایع حقوقی ارادی، از دو سنخ متفاوت هستند؛ توضیح آنکه در وقایع حقوقی، اثر حقوقی نتیجه خواست و اراده عامل نیست بلکه به حکم قانون ایجاد می‌شود؛ بنابراین اگر شخصی عمداً مال دیگری را تلف کند اگرچه قصد فعل (تخریب مال دیگری) را دارد ولی قصد نتیجه (ایجاد الزام مبنی بر جبران خسارت) را ندارد؛ حتی اگر شخص عامل چنین نتیجه‌ای را نیز قصد نماید (مانند آنکه متلف بگوید مال دیگری را تلف کرده و ملزم می‌شوم بدل آن را تحویل دهم) این امر در ماهیت حقوقی اتلاف تأثیری ندارد چراکه ضمان ناشی از اتلاف، معلول حکم قانون است و اینکه عامل این نتیجه را بخواهد یا نخواهد تأثیری در ایجاد یا عدم آن ندارد؛ در حالیکه در عمل حقوقی، ماهیت اعتباری، در صورتی ایجاد می‌شود که عامل قصد نتیجه داشته باشد وگرنه امری واقع نمی‌گردد (م ۱۹۵ ق. م).
۳ - استثنائاً، ایقاعات اذنی معتبر تلقی می‌شوند ولو در قانون از آنان ذکری نشده باشد چرا که طبق قواعد عمومی، اعطای اذن به طور کلی پذیرفته است (کاتوزیان (۴۶)، ص ۶۷).

ق.م) یا سبب ایجاد تعهد گردد مثل وصیت عهدی یا تصرف ممنوعی را مباح کند مثل اعطای اذن (م ۱۲۰) یا عمل حقوقی را منحل نماید مانند فسخ (۳۹۶) یا رجوع (م ۴۴ و ۸۰۳ و ۸۲۸) یا طلاق؛ لیکن ایقاع در هیچ فرضی نمی‌تواند سبب تملیک مال باشد و انتقال ارادی مال به دیگری، نیازمند قبول مخاطب است.

۴۲. انواع تعهد از نظر حصول نتیجه:

الف) «تعهد به وسیله یا تعهد کلی یا تعهد به احتیاط و مراقبت و حفاظت»: ناظر به فرضی است که شخص فقط متعهد می‌باشد که تمام تلاش و مهارت خویش را برای رسیدن به مقصود انجام دهد، مثل تعهد وکیل دادگستری به پیروزی در دعوی؛ در فرض اخیر، در صورت عدم حصول نتیجه، متعهد مسئول نیست مگر اینکه متعهدله، تقصیر متعهد را اثبات کند.

ب) «تعهد به نتیجه یا تعهد به غایت یا معین یا مشخص»: ناظر به فرضی است که موضوع تعهد، معین بوده و حصول نتیجه عرفاً در اختیار متعهد است، مثل تعهد متصدی حمل و نقل در قانون تجارت (م ۳۸۶ ق.ت)؛ در فرض اخیر در صورت عدم حصول نتیجه، متعهد مسئول است مگر اینکه قوه قاهره را اثبات کند.

پ) «تعهد به تضمین نتیجه»: ناظر به تعهدی است که متعهد به موجب قانون مانند عاریه طلا و نقره (م ۶۴۴ ق.م) یا قرارداد (م ۶۴۲ ق.م) ضامن حصول نتیجه است؛ در فرض اخیر، در صورت عدم حصول نتیجه متعهد ضامن است ولو در فرض قوه قاهره (ر.ک: ش ۵ م ۲۲۷).

۴۳. فایده عملی تفکیک میان تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله، در زمینه «بار اثبات دعوی» است، به این نحو که در تعهد به نتیجه، مسئولیت بر دوش متعهد است، مگر اثبات کند که عدم اجرای تعهد منتسب به او نبوده (قوه قاهره)^۱ در حالیکه در تعهد به وسیله، بار اثبات مسئولیت بر دوش متعهدله است، به عبارت دیگر متعهد مسئول نیست، مگر اینکه متعهدله تقصیر وی را اثبات کند.

۴۴. به نتیجه یا به وسیله بودن تعهد، تابع توافق طرفین است و در فرض سکوت، تابع عرف؛ در صورت تردید، اصل بر «تعهد به نتیجه» است.

۴۵. قلمرو تفکیک تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله، تنها در تعهداتی است که موضوع آن انجام یک فعل باشد، در غیر این صورت، تعهد به خودداری از انجام یک فعل یا تعهد به انتقال مال، همواره تعهد به نتیجه محسوب می‌شود.

۴۶. تعهد تقسیم می‌شود به:

- تعهد پولی که عبارت است از انتقال مالکیت مبلغی پول به صورت کلی مافی‌الذمه؛

۱- البته در جایی که موضوع تعهد، ترک فعل است، اثبات عهدشکنی با متعهدله است اگرچه تعهد متعهد، تعهد به نتیجه محسوب می‌شود زیرا اصل عدم به نفع متعهد است؛ به عبارت دیگر، متعهدله باید «امر وجودی» یعنی نقض عهد را اثبات نماید.

• تعهد غیرپولی که عبارت است از کلیه تعهداتی که موضوع آن انتقال مالکیت پول نباشد که عبارتند از، تعهد به انتقال مالکیت اموال یا انجام کار و یا عدم انجام کار.^۱

۴۷. فایده عملی تفکیک فوق در این است که اولاً، به لحاظ اقتصادی، تورم و کاهش ارزش پول در تعهدات پولی موثر است (مثل مهریه‌ای که وجه نقد است)؛ ثانیاً به لحاظ حقوقی، اجرای اجباری و قهری در تعهدات پولی امکان‌پذیر است اما در تعهدات غیرپولی همواره این امکان وجود ندارد، چنانکه اگر بازیگر معروفی تعهد به بازی در فیلم بنماید و از ایفای تعهد خودداری نماید، امکان اجرای اجباری تعهد وجود ندارد؛^۲ ثالثاً در خسارت پولی، اثبات ضرر لازم نیست.^۳

فصل اول: در اقسام عقود و معاملات

ماده ۱۸۴: اقسام عقد

عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جایز، خیاری، منجّز و معلق.

۱- تعهد پولی را نباید با تعهدی که ایفای آن، عرفاً از طریق پول صورت می‌گیرد (تعهد به ارزش) اشتباه نمود؛ بنابراین اگرچه عرفاً نفقه در قالب مبلغی پولی ایفا می‌شود ولی موضوع نفقه، تعهد به تأمین مسکن، پوشاک، خوراک و ... (م ۱۱۰۷ ق.م) است؛ بنابراین تعهد به دادن نفقه، تعهد غیرپولی است.

۲- هر جا که موضوع تعهد، انتقال مالکیت است (اعم از انتقال مالکیت پول یا غیر آن) اجرای اجباری ممکن است زیرا انتقال مالکیت امری اعتباری است؛ بنابراین اگر شخصی متعهد شود که ملک خویش را رسماً به دیگری منتقل کند، متعهد می‌تواند الزام متعهد به ایفای تعهد را از دادگاه تقاضا کند و در صورت امتناع محکوم‌علیه (متعهد)، نماینده دادگاه می‌تواند سند رسمی انتقال را به نیابت از محکوم‌علیه امضاء نماید تا تعهد اجرا شود.

۳- این ویژگی پذیرفته شده در سطح جهانی، در حقوق موضوعه ایران دستخوش تغییر شده است زیرا قاعده کلی این است که حتی قوه قاهره هم، رافع مسئولیت متعهد در پرداخت سود پول (interest) نیست (بند ۴ از ماده ۷-۱-۷ و بند ۱ از ماده ۹-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (PICC)). لیکن در حقوق ایران، مستفاد از ماده ۵۲۲ ق.ا.د.م این است که شرط مطالبه خسارت، افت ارزش پول است و در صورتی که تورم صفر باشد، خسارتی به متعهد تعلق نمی‌گیرد چرا که یکی از شرایط مطالبه خسارت در ماده اخیر، تفاوت فاحش شاخص قیمت ذکر شده است؛ ثانیاً اعسار هم، متعهد را از پرداخت خسارت تأخیر معاف می‌کند زیرا شرط دیگر امکان مطالبه خسارت تأخیر، تمکن مدیون دانسته شده است؛ در واقع، آنچه در نظام حقوقی ایران به استناد ماده ۵۲۲ پرداخت می‌شود، خسارت ناشی از افت ارزش پول است، نه خسارت ناشی از محروم شدن طلبکار از منافع پول.

۱. علاوه بر تقسیمات فوق^۱، اقسام دیگری از عقد به طور ضمنی در قانون مدنی آمده است: معوض و مجانی؛ محقق و احتمالی؛ معین و غیرمعین؛ تملیکی و عهده‌ی؛ رضایی و تشریفاتی؛ فوری و تدریجی؛ اصلی و تبعی؛ مغایبه‌ای و مسامحه‌ای؛ مطلق و مشروط؛ معاوضات و مشارکات.
۲. تقسیم عقد به فردی و جمعی، الحاقی و تراضی آزادانه نیز خارج از قانون مدنی مطرح شده است.
۳. تقسیم عقد به لحاظ «مورد معامله»: عقد معوض، عقدی است که بر حسب طبیعت خود، دارای دو مورد (موضوع) می‌باشد، هر یک از طرفین در برابر مالی که می‌دهد یا تعهدی که بر عهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری را برای خود تحصیل می‌کند مانند بیع؛ در مقابل عقد مجانی، عقدی است که بنا به ماده ۱۸۳ ق.م. یک یا چند نفر بر اساس آن در مقابل یک یا چند نفر دیگر متعهد به امری می‌شوند یا مالی را مجاناً به دیگری تملیک می‌کنند، بدون آنکه برای شخص یا اشخاص اخیر، التزامی ایجاد شود؛ البته برخی از عقود ذاتاً نه معوض هستند و نه مجانی مانند صلح (ماده ۷۵۸) یا حبس (ماده ۴۷).
۴. تفاوت‌های موجود میان عقود معوض و مجانی عبارت‌اند از:

- قابلیت تجاری عقود معوض؛
- مؤثر بودن اشتباه در شخصیت طرف معامله در صحت عقد مجانی (م. ۲۰۱ ق.م)؛
- اعمال برخی محدودیت‌ها از سوی قانونگذار بنا به مصالح و منافع خانواده در عقود مجانی، مانند عدم نفوذ وصیت تملیکی زاید بر ثلث (م. ۸۴۳ ق.م)؛
- وضع مالیات بیشتر در عقود مجانی؛
- وجود حق حبس در عقود معوض (وحدت ملاک از ماده ۳۷۷ ق.م.ر.ک: ش ۳ م ۶۴۸)؛
- اختصاص غالب خیارات به عقود معوض؛
- ضرورت اهلیت کامل در عقود معوض؛
- عدم ضرورت قبض در اکثر عقود معوض (مگر در موارد خاص، مانند بیع صرف)؛
- اختصاص قاعده ضمان معاوضی به عقود معوض.

۱- مقنن، مبنای تقسیم‌بندی خویش را بیان ننموده و همه را در کنار هم بیان کرده است؛ حال آنکه اولاً عقد لازم و جایز و خیار در یک گروه و منجز و معلق در گروه دیگر قرار دارند و از سوی دیگر قراردادان عقد خیار در کنار عقد لازم و جایز صحیح نیست زیرا عقد خیار از اقسام عقد لازم است (عدل (۷)، ص ۱۱۰)؛ به عبارت دیگر عقد لازم خود بر دو قسم است: قطعی و خیار؛ بنابراین رابطه عقد لازم و خیار عموم خصوص مطلق است در حالیکه اقسام یک مقسم باید قسیم هم باشند یعنی رابطه آن‌ها باید تباین باشد؛ بنابراین باید گفت عقد به لحاظ «قابلیت انحلال» به عقد لازم و جایز و به لحاظ «کیفیت انشاء» به عقد منجز و معلق تقسیم می‌شود.

۵. تفاوت ارزش دو عوض، مانع از معوض شناختن عقد نیست، مگر آنکه عوض چنان ناچیز و کم بها باشد که عرف آن را نادیده گرفته و ظن و گمان صوری بودن عقد معوض ایجاد شود. مانند فروش یک ملک به یک شاخه نبات (کاتوزیان (۲۳)، ص. ۲۸) در این صورت باید عقد را مجانی محسوب نمود (کاتوزیان (۱۱)، ص. ۱۱۵).

۶. درج شرط عوض در عقد مجانی اصولاً صحیح است؛^۱ گنجاندن شرط عوض، تاثیری در ماهیت عقد مجانی نداشته و آن را به عقد معوض تبدیل نمی‌کند. چرا که این شرط جنبه فرعی داشته و در برابر مورد اصلی معامله قرار نمی‌گیرد (م ۸۰۱ ق.م).

۷. تفاوت میان عقد معوض و عقد مجانی با شرط عوض (معوض ناقص) عبارت است از:

- هرگاه یکی از عوضین فاقد شرایط اساسی صحت باشد، عقد معوض باطل است (م ۲۱۵ ق.م) اما در عقد مجانی، اصولاً فساد شرط به عقد تسری نیافته و تنها شرط باطل می‌باشد (م ۲۳۲ ق.م)؛ به عنوان مثال در عقد معوض تملیکی که عوض عین معین است، فقدان عوض حین انعقاد، موجب بطلان عقد است (م ۳۶۱ ق.م) ولی در عقد مجانی، فقدان موضوع شرط، تنها موجب حق فسخ برای مشروط‌له است (م ۲۴۰ ق.م).

- تخلف از شرط در عقد مجانی، امری فرعی است و موجب حق حبس نمی‌باشد؛

۸. تقسیم عقد به معوض و مجانی از تقسیمات عقود مالی است و نکاح در هیچ یک از این دو قسم جای ندارد؛ بنابراین نکاح عقدی تعاهدی است بدون اینکه معوض باشد (ر.ک: نائینی، منیة الطالب، ج ۱، ص ۱۸۲) (ر.ک: پاورقی ماده ۱۰۸۵).

۹. **عقد معوض، بر دو قسم است:** عقد محقق و احتمالی؛ عقد محقق به عقدی گفته می‌شود که در آن عوضین، محقق و معلوم است و طرفین از حین انعقاد عقد، نسبت به حدود تعهدات و منافع خود، کاملاً آگاهند، مانند (بیع) اما در عقد احتمالی (یا بختکی)، نفع و زیان ناشی از عقد منوط به امری احتمالی و اتفاقی است و در حین عقد قابل ارزیابی نیست، مانند عقد بیمه.

۱۰. رابطه عقد احتمالی با عقد مسامحه‌ای «عموم و خصوص من وجه» است (ر.ک: ش ۳۵ همین ماده)؛ یعنی هر عقد احتمالی لزوماً یک عقد مسامحه‌ای نیست (مانند بیمه) و هر عقد مسامحه‌ای هم لزوماً یک عقد احتمالی نیست (مانند هبه). البته از آنجا که جز در موارد نادر، هر عقد احتمالی خود یک عقد مسامحه‌ای نیز محسوب می‌شود، در عقود احتمالی نیز اصولاً خیار غبن راه ندارد.

۱۱. عقد احتمالی یا شانس اصولاً باطل و استثنائاً صحیح است (ر.ک. ماده ۶۵۴ و ۶۵۵ ق.م).

۱- شرط عوض، استثنائاً، در وقف (م ۷۲) و صدقه (م ۸۰۷) راه ندارد و در آن، شرط عوض باطل ولی عقد صحیح است.

۱۲. تقسیم عقد به لحاظ «ذکر نام و احکام آن‌ها در قوانین»: عقد معین (عقد بانام)، عقدی است که در قانون (اعم از قانون مدنی و غیره) عنوان خاص دارد و قانونگذار به جهت اهمیت و رواج آن، احکام آن را معین کرده است، نظیر بیع، اجاره، بیمه، کار یا حمل و نقل؛ ولی عقد نامعین (عقد بی‌نام)، عقدی است که در قانون عنوان خاصی ندارد و احکام آن تابع قواعد عمومی قراردادها است. مثل قرارداد مربوط به تالیف کتاب؛ گاه با عقود مواجه می‌شویم که نام آن‌ها در قانون بیان شده ولی احکام آن‌ها چندان تشریح نشده است که به این دسته از عقود «شبه معین» گفته می‌شود مانند گروبندی (ماده ۶۵۵).

۱۳. فایده تقسیم عقود به معین و نامعین عبارت است از:

• امکان پرکردن خلأهای قراردادی و تکمیل اراده متعاقدين با قواعد تکمیلی پیش‌بینی شده در عقود معین؛

• وجود قواعد آمره (مثل بطلان رهن دین، م ۷۷۴ ق.م) یا ویژه در برخی عقود معین (مثل حق شفعه در بیع).

۱۴. نامی که متعاقدين برای عقد انتخاب می‌کنند، تاثیری در ماهیت عقد ندارد و قاضی است که با بررسی و توصیف ماهیت توافق، نام واقعی آن را احراز می‌کند (ن.م: کاتوزیان (۲۳)، ص. ۲۰ (ر.ک: ش ۴ م ۴۶۳).

۱۵. هدف از انشاء ماده ۱۰ قانون مدنی، محترم شمردن اراده طرفین در فرض فقدان قانون امری است (اصل آزادی قراردادها) از این رو قلمرو این ماده محدود به عقود بی‌نام نبوده و در عقود معین نیز مجری می‌باشد (ر.ک: ش ۷ م ۱۰).

۱۶. نمی‌توان مالی را مجاناً به کسی تملیک کرد و به بهانه اینکه مقصود از این تملیک، قرارداد ویژه‌ای است، به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی از اجرای مقررات خاص هبه سرباز زد (ن.م: کاتوزیان (۲۳)، ص. ۲۳ (ر.ک: ش ۸ و ۹ م ۱۰ و پاورقی آن).

۱۷. گاه قراردادی مخلوط از چند عقد معین است که اصطلاحاً به آن «عقد مختلط» گفته می‌شود. تعیین قواعد حاکم بر این عقد، بستگی به قصد مشترک طرفین دارد، یعنی اگر آن عقد با یک قصد انشاء واقع شود، «عقد مستقل غیر معین» قلمداد می‌شود، به عنوان مثال اسکان در هتل، مخلوطی از چند عقد معین، شامل اجاره اشیاء از لحاظ سکونت و ودیعه به لحاظ نگهداری اشیاء مسافر و اجاره اشخاص به لحاظ خدمات و می‌باشد، اما خود، عقدی مستقل و ویژه محسوب می‌شود. اما صرف آمدن چند عقد ضمن یک سند، مفید این معنا نبوده و هر عقد تابع قواعد معین خود خواهد بود (کاتوزیان (۲۳)، ص. ۳۱).

۱۸. تقسیم عقد به لحاظ «اثر حقوقی»: عقد عهده، عقدی است که اثر آن ایجاد، انتقال یا سقوط تعهد باشد؛ اگر تعهد برای متعاقدين ایجاد شود به آن عقد، دو تعهدی یا تعهدی گویند (مانند قولنامه‌های رایج تعهد به فروش ملک) و چنانچه تنها تعهد برای یکی از متعاقدين ایجاد شود به آن عقد، یک تعهدی گویند^۱ (مانند موافقتنامه محرمانگی که در آن کارمند متعهد به عدم افشای اسرار تجاری کارفرما شده است بدون اینکه موجد تعهدی برای کارفرما باشد) اما عقد تملیکی، عقدی است که به موجب آن مالی از مالکیت یک شخص به شخص دیگر درآید که ممکن است، معوض (بیع، م ۳۳۸ ق.م) یا مجانی (هبه، م ۷۹۵ ق.م) باشد و همچنین تملیک عین باشد (بیع) یا منافع (اجاره، م ۴۶۶ ق.م).

۱۹. عقد از لحاظ طبیعت اثر حقوقی:

- تملیکی: مثل بیع، معاوضه، اجاره، قرض، هبه، وصیت تملیکی؛
- عهده: مثل ضمان، حواله، کفالت، تبدیل تعهد، نامزدی و وصیت عهده.
- اذنی: مثل ودیعه، عاریه، وکالت و مضاربه.^۲

۲۰. ممکن است عقد، تعهدی باشد ولی معوض نباشد، مثل نکاح (نائینی (۲۸)، ص ۱۸۲) زیرا مجانی و معوض بودن از اقسام عقود مالی است (ن.خ: کاتوزیان (۱۱)، ص. ۱۲۳).

۲۱. ویژگی‌های عقد تعهدی:

- در عقد تعهدی حق حبس وجود دارد؛
- در صورتی که طرف دیگر به تعهد خود عمل نکند، متعهدله، تحت شرایطی حق فسخ دارد؛
- در عقد تعهدی در صورت انفساخ عقد به سبب قوه قاهره، تعهد طرف دیگر منتفی می‌شود (مواد ۲۲۷، ۲۲۹ و ۳۸۷ ق.م).

۲۲. آثار تمییز عقد به تملیکی و عهده عبارت است از:

- بطلان عقد تملیکی که عوض آن عین معین است در صورت فقدان مورد معامله در حین انعقاد عقد (م. ۳۶۱ ق.م)؛

- عقد تملیکی، اصولاً موجد حق عینی است و منتقل‌الیه از حق تعقیب و تقدم برخوردار است.

۲۳. وعده بیع می‌تواند یک طرفه باشد، یا دو طرفه، وعده یک طرفه به این معنا که مثلاً فروشنده متعهد شود که اگر خریدار تا یک ماه مبلغ ۲۰۰ میلیون به او بپردازد خانه را به وی تملیک کند،

۱- طبق قسمت اخیر ماده ۶۳ قانون ثبت اسناد و املاک: «... در مورد اسنادی که برای یک طرف ایجاد تعهد می‌نماید تصدیق و امضای طرف متعهد کافی خواهد بود».

۲- جعاله عقدی «اذنی - عهده» است؛ به همین دلیل با فوت و حجر هر یک از طرفین منفسخ می‌شود.

بدون آنکه خریدار تعهدی به خرید خانه داشته باشد، اما منظور از وعده دو طرفه بیع همان قولنامه رایج است.

۲۴. تقسیم عقد به لحاظ «نحوه انعقاد»: عقد رضایی، عقدی است که به صرف ایجاب و قبول واقع می‌شود، مانند عقد بیع (م ۳۳۹ ق.م)؛ به عبارت دیگر آنچه مهم است رضا و قصد طرفین است و نحوه ابراز آن طریقت دارد (م ۱۹۱)؛ در برابر آن، عقد عینی، عقدی است که علاوه بر ایجاب و قبول، نیازمند قبض نیز هست. مثل عقد موجد حق انتفاع (م ۴۷)، وقف (م ۵۹)، بیع صرف (م ۳۶۴)، رهن (م ۷۷۲) و هبه (م ۷۹۸)؛ در کنار عقد رضایی و عینی، عقد تشریفاتی قرار دارد که تحقق آن علاوه بر تراضی طرفین، نیازمند تشریفات خاصی است. مانند انتقال حق کسب و پیشه با سند رسمی (تبصره ۲ م ۱۹ ق.ر. م ۱۳۵۶)، فروش اموال توقیف شده از طریق مزایده^۱ (م ۱۱۴ ق.ا.م)، انتقال سهم‌الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود با سند رسمی (م ۱۰۳ ق.ت)، معاملات اموال دولتی که اصولاً از طریق مزایده یا مناقصه صورت می‌گیرد، عقد بیمه (ماده ۲ ق.ب) و پیمان جمعی کار (ماده ۱۴۰ ق.ک) که قرارداد باید در دو مورد اخیر، کتبی باشد^۲.

۲۵. در قانون مدنی عقد تشریفاتی وجود ندارد ولی ایفای تشریفاتی، وجود دارد مانند طلاق (م ۱۱۳۴ ق.م) یا اخذ به شفعه یا اعمال خیار در بیع شرط که در دو فرض اخیر، اعمال حق منوط به پرداخت ثمن است.

۲۶. برای احراز رضایی بودن عقد، باید شرایط «انعقاد عقد» را لحاظ کرد، نه شرایط اثبات وقوع عقد؛ به عنوان مثال مطابق ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت (۱۳۴۷) انتقال سهام با نام، باید در «دفتر ثبت سهام شرکت» به ثبت برسد در غیر اینصورت انتقال سهام، از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است؛ بنابراین چنین انتقالی بین طرفین صحیح است و مستلزم تشریفات خاص نیست بنابراین عقد رضایی محسوب می‌شود اما اثبات وقوع این عقد در برابر شرکت و اشخاص ثالث مستلزم ثبت این انتقال

۱- تمام قراردادها را می‌توان به صورت مزایده منعقد نمود مگر قراردادهایی که شخصیت طرف علت عمده عقد است؛ با وجود این، در عمل معمولاً بیع در قالب مزایده واقع می‌شود و با رعایت تشریفات خاصی مبیع، به بالاترین قیمت پیشنهادی فروخته می‌شود (کاتوزیان (۱۱)، ص ۱۱۰).

۲- علی رغم شهرت این تقسیم‌بندی، بهتر آن است که عقد را به عقد رضایی (قصدی) و تشریفاتی (شکلی) تقسیم نماییم زیرا عقد عینی از اقسام عقد تشریفاتی است (ر.ک: شهیدی، تشکیل قراردادها، ش ۵۴).

۳- پیش‌فروش ساختمان باید با سند رسمی صورت گیرد (م ۳ ق.پ.ف.س ۱۳۸۹) و پیش‌فروش بدون تنظیم سند رسمی ممنوع بوده (م ۱۸ آیین‌نامه اجرایی قانون پیش‌فروش ساختمان ۱۳۹۳) و پیش‌فروشنده متخلف از این تکلیف، مجرم محسوب می‌شود (م ۲۳ ق.پ.س)؛ البته مطابق رویه عملی دادگاه‌ها، پیش‌فروش با سند عادی، به لحاظ حقوقی، معتبر است.

در دفتر ثبت سهام شرکت است؛ به عبارت دیگر ثبت در دفتر، اثر اثباتی دارد، نه ثبوتی و عقد را تشریفاتی نمی‌کند.^۱ همین حکم در خصوص وصیت خود نوشت و معاملات راجع به املاک ثبت شده و خودرو^۲ نیز جاری است (ر.ک: ش ۵ م ۳۳۹ ق.م).

۲۷. قبض در عقود عینی «شرط صحت» (وقوع یا تحقق) است، نه شرط لزوم؛ فایده عملی تشخیص این موضوع از یک سو در تأثیر حجر و فوت متعاقبین بر روی صحت عقد است و از سوی دیگر در تعیین مالکیت منافع منفصله؛ به این معنا که اگر قبض شرط صحت باشد، تا قبل از تحقق قبض، منافع منفصله، متعلق به انتقال‌دهنده است، درحالی‌که اگر قبض شرط لزوم باشد به محض ایجاب و قبول، عقد واقع شده و منافع آن نیز متعلق به انتقال‌گیرنده خواهد بود (ر.ک: م ۸۳۰ ق.م).

۲۸. اصل بر رضایی بودن عقود است، (مستفاد از صدر ماده ۱۹۱ ق.م) و عقود عینی و تشریفاتی^۳، محصور بوده و جنبه استثنائی دارند.

۲۹. فایده تقسیم بندی فوق، تشخیص زمان وقوع عقد و آثار مترتب بر آن است.

۱ - با وجود این، معاملات سهام «شرکت‌های بورسی»، تشریفاتی محسوب می‌شود، زیرا مطابق بند ب ماده ۳۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور: «معاملات اوراق بهادار ثبت شده در سازمان [بورس] فقط در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس دارای مجوز و با رعایت مقررات معاملاتی هر یک از آنها، حسب مورد امکان‌پذیر بوده و معامله اوراق بهادار مذکور، بدون رعایت ترتیبات فوق، فاقد اعتبار است».

۲- طبق ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی (۱۳۸۹/۱۲/۸): «نقل و انتقال خودرو، به موجب سند رسمی انجام می‌شود، دارندگان وسایل نقلیه مکلفند قبل از هر گونه نقل و انتقال وسایل مذکور در دفاتر اسناد رسمی، ابتدا به ادارات راهنمایی و رانندگی یا مراکز تعیین شده از سوی راهنمایی و رانندگی برای بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه‌ها و دیون معوق و تعویض پلاک به نام مالک جدید مراجعه نمایند؛ مطابق بخشنامه شماره ۹۰۰۰/۶۹۰۰۶/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۱ رئیس قوه قضاییه، واحدهای قضایی و ادارات اجرای ثبت، باید اسناد معاملات خودرو که در دفاتر اسناد رسمی ثبت گردیده را به عنوان ملاک قانونی تشخیص مالکیت مورد توجه قرار دهند؛ با وجود این، بعضاً در عمل، مالک بر اساس برگ سبز خودرو شناسایی می‌شود (بند ب ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات ۱۳۹۱/۶/۱۸) و حتی توقیف و بازداشت خودرو هم با ارسال دستور از سوی دادگاه خطاب به پلیس راهور صورت می‌پذیرد؛ در مجموع، چنین به نظر می‌رسد که قرارداد عادی انتقال خودرو نیز معتبر است و براساس آن، خریدار می‌تواند فروشنده را به تنظیم سند رسمی ملزم کند اما به عنوان سند مالکیت پذیرفته نمی‌شود و اثبات مالکیت، قانوناً محتاج تنظیم سند رسمی است (مقایسه کنید با لزوم تنظیم سند رسمی املاک؛ ش ۵ م ۳۳۹ ق.م).

۳- لزوم رعایت تشریفات در تحقق برخی از عقود، ممکن است ناشی از حکم قانون باشد یا توافق طرفین؛ به این معنا که طرفین می‌توانند توافق کنند که عقود آتی بین آنها در صورتی معتبر است که کتبی باشد و توافق شفاهی فاقد اعتبار است؛ بنابراین طرفین می‌توانند با توافق، عقد رضایی را تبدیل به تشریفاتی نمایند ولی نمی‌توانند عقد تشریفاتی را تبدیل به رضایی نمایند و چنین توافقی خلاف قواعد امری و باطل است.

۳۰. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، به استناد مواد ۲۲، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، تنظیم سند رسمی شرط صحت معامله راجع به املاک با سابقه ثبتی است (کاتوزیان (۲۳)، ص ۳۷)؛ با وجود این، نظر غالب (شهیدی (۲۶)، ص ۱۱۸ و صفایی (۲۲)، ص ۴۲) و رویه قضایی^۱ این است که معاملات راجع به املاک با سند عادی نیز «صحیح» است (ر.ک به ش ۵ ماده ۳۳۹، همین کتاب).

۳۱. تقسیم عقد، به لحاظ «نقش زمان» در تحقق مورد عقد: عقد فوری و عقد مستمر؛ عقد فوری، عقدی است که اثر اصلی آن به یک باره صورت می‌پذیرد، مثل عقد بیع؛ ولی عقد مستمر، عقدی است که نتیجه آن در طول زمان و به تدریج محقق می‌شود مثل عقد اجاره.

۳۲. فایده تقسیم فوق در ۳ نکته است:

- ایجاد اختیار عیب در عقد فوری تنها پیش از قبض ممکن است (م ۴۲۵ ق.م) اما در عقد مستمر حتی پس از قبض نیز این حق وجود دارد (م ۴۸۰ ق.م)؛

- انفساخ عقد مستمر به واسطه از بین رفتن موضوع آن حتی پس از تسلیم نیز ممکن است (مواد ۴۸۱ و ۴۹۶ ق.م)؛

- امکان تجدیدنظر در عقود مستمر به جهت بر هم خوردن تعادل میان تعهدات طرفین در اثر حوادث ناگهانی، تحت شرایطی وجود دارد که نمونه آن پیش بینی تعدیل مال الاجاره در ماده ۴ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ است.

۳۳. عقد به لحاظ «تبعیت» بر دو قسم است: عقد مستقل، عقدی است که وجود و نفوذش قائم به خویش است و به عقد دیگری وابسته نیست، برخلاف عقد تبعی که اصالت نداشته و وجود و نفوذ آن تابع وجود رابطه‌ی حقوقی دیگر است. مثل عقودی که جهت تضمین منعقد می‌شوند مانند عقد رهن، ضمان، حواله و کفالت.

۳۴. برخی عقود ذاتاً مستقل هستند ولی ممکن است بنا بر اراده طرفین، وصف تبعی پیدا کنند مانند عقودی که بصورت شرط ضمن عقد انشاء می‌شوند مانند وکالت ضمن عقد نکاح یا قراردادهایی که پیرو یک قرارداد اصلی بسته می‌شوند مانند قرارداد پیمانکار اصلی با پیمانکاران فرعی که پیرو قرارداد کارفرما و پیمانکار اصلی منعقد می‌شود (کاتوزیان (۱۱)، صص ۱۰۰-۱۰۲).

۱- طبق دادنامه شماره ۱۲۵۲ مورخ ۱۳۲۶/۸/۲۷ صادره از شعبه ۴ دیوانعالی کشور: «در صورتی که خواننده در دادگاه به صدور سند عادی از ناحیه خود اقرار کند، استناد دادگاه به مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد، علیه خواهان مجوزی ندارد»؛ همچنین طبق دادنامه شماره ۸۶۶ مورخ ۷۰/۱۰/۲۱ صادره از شعبه ۲۱ دیوانعالی کشور: بیع در فقه اسلامی و طبق ماده ۳۳۸ قانون مدنی عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم، اعم از اینکه مبیع منقول و یا غیرمنقول باشد و مقررات قانون ثبت اسناد و املاک تغییری در ماهیت عقد بیع یا تخصیصی نسبت به مقررات قانون مدنی که ام‌القوائین می‌باشد نداده است».

۳۵. تقسیم عقد به لحاظ «انگیزه و هدف متعاقدین»: عقد مغایه‌ای و مسامحه‌ای. در عقد مغایه‌ای، طرفین تلاش می‌کنند تا با بهره‌گیری از کیاست و هوش و قدرت چانه‌زنی، سود بیشتری نصیب خود کنند، به همین دلیل به آن عقد مکایسه و یا ماکسه نیز می‌گویند.^۱ مانند بیع^۲ اما عقد مسامحه‌ای، مبتنی بر گذشت و چشم‌پوشی می‌باشد مثل جعاله، هبه، صلح بلاعوض، صلح محاباتی و ضمان.

۳۶. در عقد مغایه‌ای، علم تفصیلی به مورد معامله لازم است، اما در عقود مسامحه‌ای علم اجمالی کافی است (م ۲۱۶ ق.م)؛ همچنین در عقد مسامحه‌ای اصولاً خیار غبن و در عقد مغایه‌ای، خیار شرط مادام‌العمر یا بلند مدت وجود ندارد (مواد ۷۶۱ و ۴۰۱ ق.م).

۳۷. صلح محاباتی، معامله‌ی معوضی است که عمداً تساوی عرفی ارزش اقتصادی بین عوضین بهم خورده باشد.

۳۸. تقسیم عقد به لحاظ «وجود شرط»: عقدی که در ضمن آن شرطی درج شده است (م ۲۲۲ تا ۲۴۶ ق.م) را مشروط و در غیر این صورت آن را مطلق گویند (م ۳۴۱ ق.م).

۳۹. تقسیم عقد به لحاظ تسری آثار آن به اشخاص ثالث: عقد فردی، عقدی است که آثار آن فقط متوجه «متعاملین و قائم مقام قانونی» آنها است. اما عقد جمعی (گروهی) استثنائاً، علاوه بر متعاملین، اشخاصی را که در انعقاد عقد دخالت نداشته‌اند را نیز در بر گرفته و جمع را ملزم می‌کند. مانند قرارداد ارفاقی (م ۴۷۹ و ۴۸۹ ق.ت)، پیمان دسته جمعی کار و عقد وقف (م ۶۲ ق.م).

۴۰. اگرچه برخی از حقوقدانان، تاثیرگذاری عقد ارفاقی بر اشخاص ثالث را استثنائی بر اصل نسبی بودن قراردادها دانسته‌اند، اما واقعیت این است که تسری اثر قرارداد ارفاقی به کسانی که آن را امضاء نکرده‌اند ناشی از اجرای قانون است، نه قرارداد؛ چنانکه ازدواج موجب ایجاد حرمت بین هر یک از زوجین با خانواده‌های طرفین می‌شود و هیچ نویسنده‌ای آن را استثناء اصل نسبی قلمداد نکرده است (کاتوزیان (۲۳)، ص ۳۹).

۴۱. تقسیم عقد به لحاظ «آزادی در چانه زنی»: در برخی عقود، طرفین در انعقاد و تعیین محتوای آن از آزادی عمل زیادی برخوردار هستند که به آنها «عقود مبتنی بر مذاکره قبلی یا تراضی آزادانه» گفته می‌شود؛ در مقابل، در برخی عقود بنا به دلایلی، طرفین یا یکی از آنها از آزادی عمل

۱- برخی از حقوقدانان پیشنهاد کرده‌اند که به جای واژه «مغایه» از «معامله» استفاده شود (کاتوزیان (۱۱)، ص ۱۲۸).

۲- اگرچه عقد بیع نوعاً مغایه‌ای است ولی چنانچه بنای دو طرف بر تسامح بوده باشد، نمی‌توان اثر این توافق را در احکام حاکم بر قرارداد نادیده گرفت. بنابراین در خرید تابلوی نقاشی با هدف کمک به خیریه، خیار غبن راه ندارد (کاتوزیان (۱۱)، ص ۱۳۲؛ ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۲۶۵).

چندانی در انعقاد یا تعیین محتوای آن برخوردار نیستند؛ از عقود دسته اخیر می‌توان به عقود تحمیلی، الحاقی و ارشادی اشاره نمود.

۴۲. در عقود تحمیلی، بنا بر مصالحی، قانونگذار اشخاص را ملزم به برقرارساختن روابط حقوقی خاصی میان یکدیگر می‌کند و انعقاد عقد در این خصوص را الزام‌آور می‌سازد؛ مانند الزام به انعقاد قرارداد بیمه، طبق قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ یا تمدید اجباری قرارداد اجاره طبق قانون اجاره ۱۳۵۶؛ بنابراین در مقام اجرای این عقود، دادرس مجری نظر «قانونگذار» است، نه پیرو مقصود واقعی دو طرف (کاتوزیان (۱۱)، ص ۱۱۲).

۴۳. در قراردادهای الحاقی، چون یکی از طرفین در موضع برتر قرار دارد، محتوای عقد را از قبل تعیین کرده و طرف دیگر بدون آنکه بتواند در آن تغییری ایجاد کند، صرفاً به آن ملحق می‌شود. مانند قراردادهای افتتاح حساب بانکی یا قراردادهای کار؛ گفتنی است برخلاف قراردادهای تحمیلی، در قراردادهای الحاقی طرف ضعیف‌تر عقد، الزامی به انعقاد عقد ندارد ولی اگر بخواهد قرارداد را امضا کند صرفاً باید همان قرارداد پیشنهادی طرف مقابل را بپذیرد؛ به همین دلیل، قانونگذار برای جلوگیری از سوء استفاده‌های احتمالی مداخله کرده و گاه کفه ترازو را به نفع شخص ضعیف‌تر جابه‌جا می‌کند. مانند بند ۸ م ۵۴ قانون دریایی که طبق آن شرط عدم یا تحدید مسئولیت متصدی باربری، باطل است؛ تعیین حداقل حقوق و مزایا برای کارگر در قانون کار هم نمونه دیگری از همین سیاست است (ماده ۸ ق.ک).

۴۴. شرایط عمومی پیمان که توسط سازمان برنامه و بودجه تنظیم و طی بخشنامه‌ای به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ شده است از مصادیق قراردادهای الحاقی است که به نفع کارفرما تنظیم شده است؛ گفتنی است رعایت شرایط عمومی پیمان در طرح‌های عمرانی، صرفاً برای دستگاه‌های اجرایی الزام‌آور است و چنانچه کارفرما خصوصی باشد الزامی به رعایت آن ندارد.

۴۵. در قراردادهای ارشادی، طرفین در انعقاد عقد آزادی عمل داشته و در شرایط برابر قرار دارند اما قانونگذار بنا بر مصالحی در تعیین محتوای عقد دخالت کرده و با وضع قوانین آمره متعدد سبب شده تا طرفین فقط حق داشته باشند خود را در آن وضع حقوقی خاص قرار دهند، به این عقود به جهت دخالت دولت، عقود ارشادی و به این جهت که انعقاد آن شرط اجرای قانون است، عمل حقوقی شرطی گفته می‌شود مثل نکاح (کاتوزیان (۲۲)، ص ۳۳).

۴۶. تقسیم عقد به لحاظ «منافع و سود متعاقدين»: عقد معاوضات و مشارکات. در معاوضات هر یک از طرفین به صورت فردی در پی کسب بیشترین سود است (مانند اجاره) در حالی که در مشارکات متعاقدين به یکدیگر کمک می‌کنند تا بیشترین نفع جمعی و مشترک حاصل گردد (مانند مزارع، مسابقات، مضاربه و شرکت).

۴۷. تقسیم عقد از لحاظ «ماهیت عمل»: قراردادهای تجاری (ماده ۲ ق.ت) و غیرتجاری (مدنی).

ماده ۱۸۵ : عقد لازم

عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه.

۱. عقد از لحاظ «دوام و نحوه انحلال» به عقد لازم و جایز تقسیم می‌شود.

۲. اصل بر لازم بودن عقد است و عقد جایز نیاز به تصریح قانونگذار دارد؛ بنابراین اولاً تصریح قانونگذار به لازم بودن عقد مزارعه در ماده ۵۲۵ قانون مدنی امر بیهوده‌ای است زیرا لازم بودن عقد نیاز به تصریح ندارد؛ ثانیاً در موارد سکوت یا ابهام و تردید باید عقد را لازم دانست.

۳. عقد لازم به چند صورت منحل می‌شود:

الف) ارادی

• «اراده یکجانبه» (خیار یا حق رجوع) که استثناء محسوب شده و محتاج نص است (ماده ۴۵۷ ق.م).

• اراده دو جانبه (اقاله یا تفاسخ) که قاعده عمومی محسوب شده و جز در مواردی که منع شده

است (مانند نکاح) همان دو اراده که عقد را منعقد کرده‌اند می‌توانند آن را منحل نمایند.

ب) غیرارادی (قهری)، مانند فوت یکی از متعاقدين که شخصیت او علت عمده عقد بوده است

(مانند نکاح) که در این صورت عقد منفسخ می‌گردد (قسمت اخیر ماده ۴۹۷ ق.م).

۴. منظور از «موارد معینه»، «خيارات» است (ماده ۳۹۶) و تفاسخ و انفساخ را در بر نمی‌گیرد، زیرا

استثنا و مستثنی منه باید از یک جنس باشند و صدر ماده از عدم امکان انحلال «ارادی

یکجانبه» سخن می‌گوید و حال آنکه تفاسخ امری دو جانبه و انفساخ امری قهری است.

۵. قولنامه، عقد عهده‌ای لازم است.

۶. ایقاع لازم، آن است که موقع، حق رجوع و عدول از آن را ندارد مانند فسخ عقد یا تنفیذ یا رد معامله

فضولی یا ابراء و در مقابل، ایقاع جایز آن است که موقع می‌تواند از آن رجوع کند مانند اذن (م ۱۲۰ ق.م).

ماده ۱۸۶ : عقد جایز

عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند.

۱- چنانچه حبس مطلق و هبه را، عقد لازم با حق رجوع برای حابس و واهب تلقی کنیم، حق رجوع نیز در کنار خيارات از مصادیق عبارت «موارد معینه» تلقی خواهد شد.

۱. طبق قانون مدنی،^{۲۱} عقود جایز عبارتند از:

- حبس مطلق (طبق ظاهر ماده ۴۴ ق.م. و اعتقاد برخی حقوقدانان، ر.ک. ش ۲، ماده ۴۴)؛
- مضاربه (م ۵۵۰ ق.م)؛
- جعاله (م ۵۶۵ ق.م)؛
- ودیعه (م ۶۱۱ ق.م)؛
- عاریه (م ۶۳۸ ق.م)؛
- وکالت (م ۶۷۸ ق.م)؛
- هبه (طبق ظاهر ماده ۸۰۳ ق.م. و اعتقاد برخی حقوقدانان، ر.ک. ش ۱، ماده ۸۰۳)؛
- وصیت تملیکی (م ۸۲۹ و ۸۳۰ ق.م)؛
- نامزدی (وعده نکاح) (م ۱۰۳۵ ق.م)؛

۲. اصولاً عدم قابلیت فسخ عقد جایز، جزء ماهیت آن نیست و حق فسخ قرارداد، قابل اسقاط است، مگر در

مواردی که جواز عقد با نظم عمومی در ارتباط است مثل وعده نکاح (م ۱۰۳۵) یا رجوع از وصیت (م ۸۲۸ ق.م).

۳. اسقاط حق فسخ در عقد جایز با ماده ۹۵۹ ق.م. تعارضی ندارد، چرا که اسقاط حق فسخ، سلب حق

به صورت جزئی است و آنچه در ماده اخیر ممنوع شده، سلب حق به صورت کلی است.

۴. به طرق زیر می‌توان عقد جایز را غیرقابل فسخ نمود:

- انعقاد عقد در قالب عقد صلح (م ۷۶۰ ق.م)؛ بنابراین تملیک رایگان در قالب صلح، لازم و غیرقابل برگشت است هر چند در مقام هبه باشد (م ۷۵۹).
- گنجاندن عقد جایز ضمن عقد لازم (وحدت ملاک از ماده ۶۷۹ ق.م)؛
- درج شرط عدم قابلیت فسخ ضمن عقد لازم (وحدت ملاک از ماده ۶۷۹ ق.م)؛
- درج شرط عدم قابلیت فسخ ضمن خود عقد جایز (مثل وکالت بلاعزل)؛

۱- با توجه به اینکه طبق مواد ۳۳۵ و ۳۵۸ و ۳۷۸ قانون تجارت، دلالتی، حق‌العمل کاری و حمل و نقل (تجاری)، در موارد سکوت قانون تجارت، تابع مقررات عقد وکالت است، بنابراین این عقود نیز جایز محسوب می‌شوند؛ با وجود این به نظر می‌رسد که ارجح آن است که حمل و نقل تجاری با توجه به عرف حاکم بر تجارت، «عقد لازم» محسوب شود به ویژه اینکه عرف بر قانون تکمیلی مقدم است (م ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م)؛ شایان ذکر است که حمل و نقل تابع قانونی مدنی، اجاره اشخاص محسوب شده و عقد لازم است.

۲- شرکت‌های تجاری، اصولاً با اراده یکی از شرکا به تنهایی قابل انحلال نیستند مگر در موارد خاص شرکت تضامنی (بند د ماده ۱۳۶)، شرکت نسبی (م ۱۶۱ ق.ت) و شرکت مختلط غیرسهامی (م ۱۸۹ ق.ت) که در موارد اخیر این شرکت‌ها از جانب هر یک از شرکا قابل انحلال هستند مگر اینکه در اساسنامه این حق از شرکا سلب شده باشد.

• تعیین مدت برای عقد جایز در ضمن عقد لازم؛ مانند اینکه ضمن عقد بیع شرط شود که مدت وکالت اعطا شده به خریدار، شش ماه است که در این صورت در طول مدت اخیر، موکل حق عزل وکیل را ندارد ولی صرف تعیین مدت در ضمن عقد وکالت یا سایر عقود جایز، به خودی خود موجب لزوم نخواهد شد (مستنبط از ماده ۵۵۲ ق.م.) مگر خلاف آن اثبات شود.

۵. گنجاندن وکالت در ضمن عقد لازم، ماهیت آن را تغییر نمی‌دهد، بلکه فقط عقد جایز از آن عقد لازم، کسب لزوم می‌کند، به این معنا که دیگر هیچ یک از طرفین نمی‌توانند هر وقت بخواهند عقد را فسخ کنند^۱، «ولی عقد وکالت فوق، به مانند سایر عقود اذنی، همچنان با فوت یا جنون یا سَفَه (اگر رشد شرط باشد) منفسخ می‌شود» (م. ۹۵۴ ق.م.).

۶. مواد ۱۰ و ۶۷۹ قانون مدنی، بیانگر یک تعارض مبنایی در قانون مدنی است، یعنی در حالی که ماده ۱۰ ق.م لزوم قرارداد را ناشی از «اصل حاکمیت اراده» می‌داند، ماده ۶۷۹ ق.م الزام آور بودن توافق را ناشی از قرار گرفتن آن در قالب های معین قانونی می‌داند. نتیجه اینکه، اگر قائل به حکومت ماده ۱۰ ق.م باشیم، گنجاندن شرط عدم قابلیت فسخ ضمن خود عقد جایز هم افاده لزوم می‌کند. اما اگر قائل به حکومت ماده ۶۷۹ قانون مدنی باشیم، شرط عدم قابلیت فسخ عقد، ضمن خود عقد جایز، اثری نداشته و با وجود شرط، باز هم عقد قابل فسخ است. ظاهر ماده ۶۷۹ ق.م مؤید نظر اخیر است، اما منطبق حقوقی بی‌شک، نظر اول را تایید می‌کند زیرا آنچه اصالت دارد، خواست و اراده طرفین عقد است که می‌خواهند عقد را در روابط خود، به صورت غیرقابل فسخ درآورند؛ بنابراین ماده ۶۷۹ را باید ناظر به مورد غالب دانست که عموماً برای اسقاط حق عزل از شیوه درج وکالت یا عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم استفاده می‌شود و این امر نافی الزام‌آوری شرط عدم عزل ذیل خود عقد وکالت نیست.

۷. وصیت تملیکی، عقدی است «جایز» که با قبض آن توسط موصی له «لازم» می‌گردد (م. ۸۳۰ ق.م)؛ جعله نیز عقدی جایز است که با انجام کار لازم می‌گردد (ماده ۵۶۵)؛ بنابراین جعلی نمی‌تواند پس از انجام کار و پیش از تحویل آن، جعله را فسخ کند؛ همچنین در هبه با شرط عوض، اگر شرط انجام شده باشد، دیگر واهب حق رجوع ندارد (بند ۲ ماده ۸۰۳).

۱- در صورتی که شرط به سود یکی از طرفین باشد مشروط له می‌تواند از عمل به آن شرط صرف‌نظر کند (م. ۲۴۴) بنابراین اگر زوج در ضمن عقد نکاح، زوجه را وکیل در طلاق نموده باشد، زوجه می‌تواند استعفا دهد ولی زوج حق عزل زوجه را ندارد.

۸. تقسیم عقود به لازم و جایز از دو جهت مفید است:
- بررسی امکان فسخ قرارداد، مطابق مواد ۱۸۵ و ۱۸۶ ق.م؛
 - عقد جایز غالباً برخلاف عقد لازم، به موت و جنون یکی از طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سَفَه در مواردی که رشد لازم است (طبق ظاهر ماده ۹۵۴ ق.م).
۹. فسخ عبارت است از انحلال عقد به اراده یکی از طرفین آن (م ۱۸۶ ق.م) و تفاسخ یا اقاله عبارت است از توافق طرفین عقد در انحلال آن (م ۲۸۳ ق.م) و انفساخ عبارت است از انحلال عقد، به خودی خود و بدون نیاز به اعلام اراده (م ۹۵۴ ق.م).
۱۰. به فرض جایز بودن هبه، این عقد برخلاف سایر عقود جایز، به فوت، جنون یا سَفَه یکی از طرفین عقد منفسخ نمی‌شود (مستفاد از ماده ۸۰۵ ق.م). زیرا هبه موجد «حق» است. در حالیکه سایر عقود جایز^۱، منشاء اباحه هستند برای اداره یا تصرف اموال یا منشاء اباحه در انتفاع، که با از بین رفتن منشا و منبع، اباحه هم به تبع آن از بین می‌رود.
۱۱. علی‌الاصول می‌توان شرط کرد که عقد جایز بعد از فوت هم باقی مانده و منفسخ نشود (مستفاد از ماده ۷۷۷ ق.م).
۱۲. جایز بودن عقد به معنای لازم الاتباع نبودن تعهدات ناشی از آن عقد نیست؛ به عبارت دیگر، تعهد، همیشه الزام آور است، خواه عقد سبب ایجاد تعهد لازم باشد یا جایز؛ بنابراین مادامی که عقد جایز منحل نشده است تعهدات حاصل از آن لازم الرعایه است (م ۲۱۹ ق.م). ن.خ: لنگرودی، حقوق تعهدات، ش ۳۳.

ماده ۱۸۷: عقود دو وجهی

عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز.

۱. غالباً هرگاه قرارداد تنها برای یک طرف ایجاد حق نماید، قرارداد نسبت به او جایز و نسبت به طرف دیگر لازم خواهد بود^۲؛ مانند کفالت (م ۷۳۴ و بند ۴ ماده ۷۴۶ ق.م)، رهن (م ۷۸۷ ق.م) و ضمان ضَمِّ ذِمّه به ذِمّه؛ از دیگر مصادیق عقود دو وجهی، قرارداد «کار دائم»^۱ و بیمه عمر^۲ است.

۱- وصیت نیز موجد حق است و با فوت و حجر از بین نمی‌رود.

۲- البته امکان اسقاط حق موضوع قرارداد را نباید با فسخ قرارداد اشتباه نمود زیرا امکان اسقاط حق ملازمه‌ای با زوال خود عقد ندارد به ویژه آنکه اصولاً هر صاحب حقی می‌تواند از حق خویش صرفنظر کند و اسقاط حق یک اصل است (م ۲۴۴ ق.م). در حالیکه فسخ قرارداد، جز در موارد خاص، ممکن نیست و استثناء محسوب می‌شود. چنانکه اگر در عقد موجد حق انتفاع شرط عوض شده باشد و صاحب حق انتفاع، حق خویش را اسقاط نماید، اسقاط حق، ملازمه‌ای با زوال عقد و شرط عوض ندارد.

۲. منظور از جایز بودن عقد نسبت به یک طرف، قابل فسخ بودن عقد از سوی او است، نه به این معنا که عقد به واسطه فوت یا حجر او منفسخ شود. به عنوان مثال، مرتهن می‌تواند، عقد رهن را فسخ کند ولی فوت او، موجب انفساخ عقد نیست.

ماده ۱۸۸ : عقد خیاری

عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد.

۱. عقد خیاری، عقد لازمی است که در آن شرط خیاری شده باشد (عدل (۷)، ص ۱۱۰).
۲. منظور از خیاری، اختیار و حق فسخ معامله است.
۳. بیع شرط (م ۴۵۸ ق.م) از مصایق عقد خیاری است.
۴. برخلاف ظاهر ماده، عقدی که در آن خیاری عیب یا غبن یا ... باشد، عقد خیاری محسوب نمی‌شود، زیرا منبع ایجاد این خیاری، قانون است (م ۳۹۶ ق.م)، نه قرارداد؛ در واقع، حق فسخ در عقد خیاری، مستند به «توافق طرفین» است و تحقق آن، قانوناً نیاز به شرط دیگری ندارد؛ البته خیاری شرط می‌تواند بنا بر توافق طرفین، معلق باشد؛ به عنوان مثال اگر در قرارداد پیمانکاری قید شود که در صورت تغییر مدیران شرکت کارفرما، پیمانکار حق فسخ قرارداد را دارد، حق فسخ اخیر مصداقی از خیاری شرط معلق است؛ تفاوت خیاری شرط معلق با خیاری تخلف از شرط فعل این است که در خیاری تخلف از شرط، تعهدی وجود دارد و در پی حدوث تخلف، خیاری ایجاد می‌شود در حالیکه در خیاری شرط معلق، شرط تعلیقی، متضمن تعهدی نیست بلکه صرفاً حاکی از یک رویداد است (ر.ک: ش ۳ م ۴۹۸)؛ بنابراین اگر شرط شود که شرکت تا پایان

۱- قرارداد کار موقت، برای هر دو طرف قرارداد (اعم از کارفرما و کارگر) لازم و غیرقابل فسخ است (ماده ۲۵ ق.ک) اما در قراردادهای کار دائم، کارگر می‌تواند، با رعایت قانون کار، استعفا دهد (بند «و» ماده ۲۱ قانون کار)؛ به عبارت دیگر از ماده ۲۵ قانون کار چنین استنباط می‌شود که بند «و» ماده ۲۱ این قانون که «استعفای کارگر» را از طرق خاتمه قرارداد کار دانسته است، ناظر به قرارداد دائم است و در قراردادهای موقت، استعفا باید از سوی کارفرما پذیرش شود تا قرارداد کار منحل گردد (ر.ک عراقی، حقوق کار، ص ۲۹۲، ش ۱۷۵)؛ بنابراین قرارداد کار موقت، لازم و قرارداد کار دائم نسبت به کارفرما لازم و نسبت به کارگر، جایز است.

۲- بیمه عقد لازم است (مستفاد از مواد ۱۳ و ۱۶ قانون بیمه ۱۳۱۶ و ماده ۲۱۹ ق.م) مگر در خصوص بیمه عمر که نسبت به بیمه‌گر لازم و نسبت به بیمه‌گذار جایز است؛ زیرا بیمه‌گذار می‌تواند هر وقت بخواهد از پرداخت حق بیمه خودداری نموده و وجوه پرداختی را مسترد نماید.

اتمام قرارداد با پیمانکار متعهد می‌شود که ترکیب مدیریتی شرکت را تغییر ندهد ولی مبادرت به تغییر مدیران کند، خیار از مصادیق خیار تخلف از شرط است.

۵. خیار شرط برای «ثالث»، از مصادیق ایجاد حق برای ثالث است و نیازی به قبولی وی ندارد (م ۱۹۶) (ن.خ: لنگرودی (۱)، حاشیه ماده ۲۳۱).

ماده ۱۸۹: عقد منجَز و معلق

عقد منجَز آن است که تأثیر آن بر حَسَب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود.

۱. عقد از لحاظ «کیفیت انشاء عقد» به معلق (وابسته) و منجَز تقسیم می‌شود؛ وابسته کردن عقد به امر احتمالی دیگر را تعلیق و به آن امر احتمالی که عقد به آن وابسته و معلق شده است، معلق علیه گفته می‌شود؛ به عبارت دیگر تعلیق به معنی وابسته و منوط کردن امری به امر احتمالی دیگر و تنجیز به معنی قطعی کردن امری است (شهیدی (۲۶)، ص ۶۵).

۲. در عقد معلق، طرفین اراده خود را به طور منجز بیان می‌دارند، ولی تأثیر آن را موقوف به امر دیگری می‌کنند تا پس از وقوع شرط تحقق پیدا کند. به عبارت دیگر، عقد معلق در مرحله انشاء و توافق با سایر عقود تفاوتی ندارد و تأثیر عقد است که در این گونه قراردادها، منوط به امر احتمالی می‌شود؛ به عنوان مثال چنانچه شخص الف بخواهد مبادرت به واردات دارو از کشور خارجی نماید از آن جایی که واردات دارو منوط به اخذ مجوز از وزارت بهداشت است، شخص الف می‌تواند با طرف خارجی، قرارداد خرید دارو امضا کرده ولی موثر شدن قرارداد را *(Effectiveness)* منوط به اخذ مجوز مذکور ظرف ۳ ماه از تاریخ انعقاد قرارداد نماید؛ به این معنا که اگر تا سه ماه مجوز مذکور صادر شد، از تاریخ صدور مجوز، قرارداد تأثیر خویش را خواهد گذاشت و در غیر اینصورت قرارداد منعقد از بین خواهد رفت.

۳. اگر تأثیر قرارداد فروش خودرو معلق به پرداخت ۵۰٪ ثمن ظرف ده روز از تاریخ انشاء بیع گردد، فروشنده امکان الزام خریدار به پرداخت مبلغ اخیر را ندارد زیرا تا پیش از تحقق معلق علیه، عقد معلق موجب تعهدی برای خریدار به پرداخت ثمن نیست و در صورت عدم تحقق معلق علیه (پرداخت ۵۰٪ ثمن ظرف ده روز) عقد منتفی شده و مسئولیتی متوجه خریدار نیست مگر شرط خلاف شده باشد.

۴. اقسام تعلیق: ۱- تعلیق در انشاء یعنی وابسته کردن تشکیل و ایجاد معامله که باطل است؛ ۲- تعلیق در منشاء یعنی وابسته کردن وجود و تحقق ماهیت عقد که صحیح است؛ ۳- تعلیق در اثر یعنی وابسته کردن اثر عقد به امر دیگر که صحیح است؛ به عبارت دیگر انشاء، فعل ایجاد کردن عقد

است و منشاء (ماهیت عقد)، محصول انشاء است و اثر عقد، نتیجه منشاء است (شهیدی (۲۶)، ص ۶۶)؛ البته برخی از حقوقدانان منشاء و اثر عقد را مترادف می‌دانند (کاتوزیان (۱۱)، ص ۵۶)؛ در هر حال، تعلیق در انشاء باطل و تعلیق در منشاء (خواه به معنای ماهیت عقد یا اثر عقد) صحیح است و عقد معلقی که مشهور فقهای امامیه آن را باطل می‌دانند، عقدی است که انشاء، در آن معلق شده باشد.

۵. چنانچه منظور طرفین، تعلیق در انشاء باشد، معمولاً از زمان آینده استفاده می‌شود و در مقابل، چنانچه منظور طرفین، تعلیق در منشاء باشد، معمولاً از زمان گذشته استفاده می‌شود؛ به عنوان نمونه اگر خریدار بگوید: ملک تو را پانصد میلیون تومان «می‌خرم» اگر ظرف ۶ ماه از شهرداری جواز ساخت دریافت نمایی و مالک ملک نیز بگوید «قبول است»؛ چنین تعلیقی، تعلیق در انشاء محسوب می‌شود اما اگر خریدار بگوید: ملک تو را پانصد میلیون تومان «خریدم» اگر ظرف ۶ ماه از شهرداری جواز ساخت دریافت نمایی و مالک ملک نیز بگوید «قبول است»، چنین تعلیقی، تعلیق در منشاء محسوب می‌شود^۱ (شهیدی (۲۶)، ص ۶۹).

۶. عقد معلق با ایجاب معلق متفاوت است؛ در ایجاب معلق، تحقق ماهیت ایجاب، معلق بر امری می‌شود و پس از تحقق معلق علیه قابلیت ترکیب با قبول را پیدا می‌کند؛ بنابراین مادام که

۱- اگر چه تفکیک در انشاء و منشاء و اثر عقد حکایت از دقت فقها و حقوقدانان دارد اما عرف تفاوت این امور و علت بطلان یکی و صحت دیگری را درک نمی‌کند و تفکیک‌های فوق گاه تنها به پیچیده شدن یک موضوع ساده می‌انجامد؛ برای تشخیص عقد معلق از منجز، باید دید دو طرف چه خواسته‌اند و سببی را که ساخته‌اند چه اقتضا دارد. در عقد منجز، قصد مشترک آنان ایجاد فوری اثر عقد است. یعنی از ابتدا نقل مالکیت یا ایجاد تعهد را انشاء می‌کنند و این آثار حقوقی نیز با انشاء به وجود می‌آید. ولی، در عقد معلق، با آنکه مقصود نهایی تفاوتی با عقود منجز ندارد، طرفین نمی‌خواهند به طور مستقیم اثر عادی عقد را انشاء کنند، بلکه مایلند رابطه‌ای بین خود ایجاد کنند که در صورت وقوع شرط، منجر به نقل مالکیت یا ایجاد تعهد شود، پس آنچه به طور مستقیم موضوع انشاء قرار می‌گیرد، وجود این رابطه مقدماتی است که بیدرنگ نیز محقق می‌شود (کاتوزیان (۱۱)، ص ۵۶).

۲- مضافاً بر اینکه در مثال اول (تعلیق در انشاء) اگر چه قصد طرفین بر وقوع بیع دلالت ندارد و تحقق معلق علیه نیز موجب تشکیل بیع نمی‌شود لکن می‌توان آن را تعهد به بیع محسوب نمود به این معنا که اگر مالک ظرف ۶ ماه جواز ساخت دریافت نماید، پیشنهاد دهنده متعهد به خرید به قیمت پانصد میلیون تومان است و در صورت استنکاف می‌توان وی را الزام به اجرای تعهد نمود (شهیدی (۲۶)، ص ۷۶) بنابراین اگر چه تعلیق در انشاء بیع به فرض تحقق معلق علیه نیز موجب تشکیل بیع نمی‌شود اما چنانچه از قصد مشترک طرفین احراز شود می‌توان آن را تعهد به بیع محسوب نمود؛ به عبارت دیگر واژه بطلان به این معنی نیست که ابراز اراده شرط هیچ اثری ندارد بلکه منظور از بطلان تعلیق در انشاء بیع این است که هنوز بیعی انشاء نشده و حتی در فرض وقوع معلق علیه نیز بیعی محقق نمی‌شود زیرا شخص در زمان ابراز اراده، قصد انشاء بیع را نداشته است ولی این امر مانع از این نیست که ابراز اراده شخص را وعده انشاء بیع یا به عبارت دیگر تعهد به بیع تلقی نماییم. چنانکه از ظاهر مثال هم چنین بر می‌آید که شخص «قول خرید» می‌دهد.

معلق علیه محقق نشده است، قبولی ایجاب معلق، عقدی را به وجود نمی‌آورد زیرا فرض بر این است که ایجاب معلق، پیش از حصول معلق علیه، تأثیری ندارد لیکن اگر ایجاب محقق گردد با قبولی مقدم، خود به خود ترکیب شده و عقد منجز و معتبری را ایجاد خواهد کرد؛ در حالیکه در عقد معلق، ایجاب و قبول ترکیب شده و عقد انشاء شده است؛ تفاوت عملی تفکیک ایجاب معلق از عقد معلق این است که ایجاب معلق قابل رجوع بوده و با فوت و حجر هر یک از طرفین (موجب یا مخاطب آن) زایل می‌شود در حالیکه عقد معلق اصولاً لازم بوده و حجر و فوت در آن اثری ندارد (شهیدی، تشکیل، صص ۴۱۷ و ۴۱۸).

۷. عقد معلق با عقد مؤجل متفاوت است، زیرا در عقد نخست، قبل از وقوع شرط، تعهد به وجود نیامده است؛ ولی در عقد مؤجل، اثر آن به طور کامل به وجود می‌آید و فقط اجرا و مطالبه دین تا سر رسید (اجل) به تاخیر می‌افتد (کاتوزیان (۲۳)، ص ۲۴).

۸. عقد معلق با عقد مشروط متفاوت است، زیرا اولاً تأثیر عقد مشروط منوط به تحقق شرط نیست ثانیاً شرط در عقد مشروط جنبه تبعی و فرعی دارد در حالیکه در عقد معلق، شرط جزء ارکان عقد است؛ تشخیص اینکه منظور انشاء کننده از شرط، شرط تقییدی (شرط ضمن عقد به معنای خاص) بوده است یا شرط تعلیقی، باید از اوضاع و احوال و به ویژه اهمیت شرط در نظر طرفین استنباط گردد زیرا اصولاً اهمیت شرط تعلیقی، بیش از شرط تقییدی است؛ برخی از حقوقدانان نیز معیار لفظی ارائه داده‌اند؛ بدین توضیح که برای ارائه مفهوم تعلیق معمولاً از واژه «اگر» و برای مفهوم شرط از عبارت «به شرط اینکه» استفاده می‌شود. به عنوان مثال در عبارت «خانه‌ام را فروختم، اگر» ظرف یکسال برای من خانه بسازی» مفهوم جمله این است که تملیک خانه متوقف بر ساختن خانه است و تا قبل از ساخت، تملیکی صورت نمی‌گیرد اما در عبارت «خانه‌ام را فروختم» به شرط اینکه» ظرف یکسال برای من خانه بسازی» مفهوم جمله این است که تملیک محقق شده است و در مقابل خریدار نیز متعهد است که مبادرت به ساخت خانه نماید (شهیدی (۲۶)، ش ۲-۸، ص ۲۶)؛ به هر حال آنچه ملاک است «قصد مشترک» است و اینکه آیا آن‌ها می‌خواسته‌اند تحقق تأثیر عقد را منوط به تحقق شرط کنند یا خیر.

۹. عقد معلق با عقد احتمالی متفاوت است، زیرا عقد احتمالی، عقد معوضی است که وجود یا حدود تعهد یکی از طرفین وابسته به واقعه‌ای است که زمان تحقق آن نامعلوم می‌باشد مانند عقد بیمه که در آن، تعهد بیمه‌گر به پرداخت خسارت منوط به تحقق حادثه زانبار است. در حالیکه در عقد معلق، کل آثار مترتب بر عقد، منوط به واقعه‌ای است که زمان آن نامعلوم است مضافاً

بر اینکه احتمالی بودن عقد احتمالی، به ذات و ماهیت این عقد بر می‌گردد، در حالی که شرط تعلیق آثار عقد، امری عارضی است که می‌توان از آن صرف نظر کرد.

۱۰. وصیت نیز عمل حقوقی معلق محسوب می‌شود زیرا تأثیر آن موقوف است به مرگ موصی (عدل (۷)، ص ۱۱۰)؛ البته تفاوت وصیت با سایر اعمال حقوقی معلق این است که اولاً تعلیق در وصیت، مقتضای ذات آن است در حالی که در سایر عقود معلق، تعلیق جنبه عارضی دارد و عقد قابلیت انشاء به نحو منجز را هم دارد؛ بنابراین بیع ممکن است معلق انشاء شود یا منجز اما وصیت همواره معلق است ثانیاً تعلیق در وصیت الزاماً باید ناظر به فوت موصی باشد در حالی که در سایر عقود معلق، می‌توانند معلق بر فوت معامل یا متعامل یا ثالث باشد.

۱۱. دلایل صحت عقد معلق عبارت‌اند از:

- ذکر عقد معلق در قانون مدنی در کنار سایر عقود (م ۱۸۹ق.م)؛
- طبق ماده ۱۰ ق.م (اصل آزادی قراردادها) و ماده ۲۲۳ ق.م اصل بر صحت معامله است، مگر آنکه فساد آن معلوم باشد، در نتیجه در مقام شک باید به اصل رجوع کرد؛
- بطلان عقد معلق در ضمان (م ۶۹۹ق.م) و نکاح (م ۱۰۶۸ق.م) جنبه استثنایی داشته و باید آن را به صورت محدود تفسیر نمود و از تسری آن به سایر موارد خودداری کرد (منع قیاس استثنا)؛
- آنچه در ماده ۱۸۹ ق.م، معلق گشته، «منشا یعنی تأثیر عقد» است نه انشاء؛
- استقراء در مواد قانونی هم مؤید صحت عقد معلق است، از جمله ماده ۷۲۳ ق.م و یا ماده ۳۵۰ ق.ت؛ ماده اخیرالذکر مقرر می‌دارد: هرگاه معامله به شرط تعلیق باشد، دلال پس از حصول شرط، مستحق اجرت خواهد بود؛ امری که در فقه نیز سابقه داشته و برخی از فقها تعلیق در منشأ را بر خلاف تعلیق در انشاء، صحیح دانسته‌اند (نائینی (۲۸)، ص ۱۱۳).
- ۱۲. مشهور فقها، وقف معلق را باطل می‌دانند ولی طبق ظاهر قانون مدنی، «صحیح» است (م ۲۲۳).
- ۱۳. تعلیق در ایقاع نیز، علی‌الاصول، صحیح است مگر در موارد خاص مثل طلاق معلق (م ۱۱۳۵ ق.م).
- ۱۴. شرایط معلق‌علیه، عبارت است از:

- «استقبالی بودن»، یعنی شرط تعلیق باید مربوط به آینده باشد، نه گذشته یا حال؛ پس اگر خریدار، تأثیر عقد را معلق به برنده شدن خود در قرعه کشی بانک نموده باشد در حالیکه او یک هفته پیش از عقد برنده شده اما از این موضوع مطلع نشده است، عقد، معلق محسوب نمی‌شود؛
- احتمالی و نامعلوم باشد یا به عبارت دیگر مشکوک‌الحصول یا «محتمل الوقوع» باشد، نه حتمی‌الوقوع، بنا بر این نظر، اگر کسی فوت را شرط تعلیق قرار دهد، عقد معلق نیست. بلکه به

- اعتقاد برخی مؤجل است (کاتوزیان (۲۳)، ش ۲۴، ص ۲۴) ^۱ زیرا فوت، امری حتمی است، اما اگر فوت قبل از تاریخ معین یا در شرایط خاصی، شرط شود، عقد، معلق محسوب خواهد شد؛
- «خارجی بودن»، یعنی شرطی که عقد بدون وجود آن هم امکان تحقق داشته باشد، به همین دلیل، شرط صحت یا شرط کردن تحقق ارکان اصلی و اساسی عقد نوعی تاکید بی‌فایده است که تعلیق به معنای واقعی محسوب نمی‌شود (م.ق.م. ۷۰۰).
۱۵. شروطنی که بروز آثار عقد معلق ممکن است منوط به تحقق آن شود، به ۳ دسته تقسیم می‌شوند:
- شروط اتفاقی: شروطنی که تحقق آن بستگی به اتفاق و حادثه دارد و خارج از اراده طرفین عقد است، مانند تعلیق قرارداد خرید خارجی به تصویب تعرفه ترجیحی از سوی مرجع صلاحیتدار؛
 - شروط اختیاری: شروطنی که تحقق آن در اختیار یکی از طرفین عقد است، که خود بر دو نوع است:
- الف) شرط اختیاری نسبی: شروطنی که علاوه بر اراده شخص نیاز به انجام یک امر خارجی از سوی او دارد. مثل تعلیق بیع به واریز پیش پرداخت از سوی خریدار به حساب فروشنده.
- ب) شروط اختیاری مطلق: شروطنی که تنها منوط به اراده یکی از طرفین عقد است. مانند تعلیق بیع بر رضایت بایع؛
- شروط مرکب: شروطنی که علاوه بر اراده یکی از طرفین منوط به اراده شخص ثالث یا وقوع یک حادثه خارجی خارج از کنترل طرفین است. مثل تعلیق بیع به فروش مال معین از سوی فروشنده به ثالث که علاوه بر اراده فروشنده به اراده شخص ثالث نیز بستگی دارد.
۱۶. عقد معلق در موارد زیر باطل است: ^۲
- عقد ضمان (م.ق.م. ۶۹۹) و نکاح (م.ق.ا.م. ۱۰۶۸)؛

۱- اگر چه تعلیق بر امر قطعی، تعلیق به معنای مورد نظر در عقد معلق نیست اما آن را تبدیل به عقد مؤجل هم نمی‌کند زیرا عقد مؤجل عقدی است که تأثیر آن محقق شده است و صرفاً اجرای قرارداد پس از اتمام مدت صورت خواهد گرفت در حالیکه در عقدی که معلق به امر قطعی شده هنوز تأثیر عقد محقق نشده است اگرچه مسلم است که برخلاف عقد معلق، در آینده تأثیر آن محقق خواهد شد؛ به عنوان مثال در بیع مؤجل، خریدار به مجرد وقوع بیع، مالک مبیع می‌شود ولی تسلیم آن پس از مدتی صورت می‌گیرد در حالیکه در بیع معلق بر امر حتمی تا قبل از وقوع معلق علیه، خریدار مالک مبیع نمی‌شود و پس از تحقق معلق علیه مالک می‌گردد؛ بنابراین تعلیق عقد به امر قطعی، ماهیتی ما بین عقد معلق و مؤجل دارد؛ ماده ۶۹۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «مدت اجاره از روزی شروع می‌شود که بین طرفین مقرر شده است... نمونه‌ای از امکان درج شرط تأخیر در انتقال مالکیت منافع است و نشان می‌دهد که تعلیق عقد بر زمان (که امر قطعی تلقی می‌شود) صحیح است.

۲- قانون تجارت در برخی از موارد به لزوم منجز بودن عمل حقوقی تصریح نموده است از جمله در قبولی برات (م.ق.ت. ۲۳۳) و صدور چک (م.ق.ص.ج. ۳)؛ اما قانون تجارت، ضمانت اجرای قبولی معلق برات و صدور معلق چک را بطلان این اعمال نمی‌داند.

- تعلیق عقد به شرط اختیاری مطلق؛ زیرا منوط کردن تحقق اثر عقد تنها به اراده یکی از طرفین با قصد انشاء منافات دارد؛
 - تعلیق عقد به شرط خلاف مقتضای عقد یا شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین شود (م ۲۳۳)؛
 - تعلیق عقد به امر غیر مقدور و یا نامشروع (م ۲۳۲ ق.م)؛^۱ زیرا، در عقود معلق تأثیر عقد وابسته به این شروط است به عبارت دیگر، شرط در عقد معلق جنبه اصلی دارد و از ارکان عقد است،^۲ در حالی که در عقد مشروط، شرط جنبه تبعی و فردی دارد (م ۲۳۲) و دوم آنکه اگر شروط را باطل و عقد را صحیح بدانیم، اثر عقد معلق فوراً محقق می‌شود که این امر با اراده طرفین منافات دارد.^۳
۱۷. تعلیق در انحلال عقد نیز ممکن است که این اقاله معلق را در اصطلاح «شرط فاسخ» می‌گویند.
۱۸. برخلاف شرط خیار که برای انحلال عقد نیاز به اعلام ذینفع دارد، شرط فاسخ به محض وقوع شرط، عقد را به خودی خود منحل می‌کند.
۱۹. قبل از تحقق معلق علیه، عقد وجود نهایی خود را نیافته است و فاقد اثر اصلی است بنابراین مالک (فروشنده)، حق دارد در ملک خود هر تصرفی که منافی حق خریدار نباشد انجام دهد. طلبکاران مالک نیز می‌توانند آن را در شمار سایر اموال بدهکار، توقیف کنند، همچنین حتی اگر خریدار، متصرف مالی باشد که به طور معلق به او فروخته شده است فروشنده حق دارد خلع ید او را از دادگاه بخواهد؛ با وجود این، عقد منعقد شده قبل از تحقق معلق علیه نیز، در حدود مقتضای خود دارای آثار حقوقی است به عبارت دیگر طرف عقد معلق، دارای «حق خاص و قابل حمایت» است؛ بنابراین فروشنده یا خریدار هیچکدام حق فسخ عقد معلق را ندارند ثانیاً خریدار می‌تواند در دعوی بین فروشنده (مالک) و اشخاص دیگر به عنوان ثالث، وارد دعوی شود (م ۱۳۰ ق.ا.د.م) ثالثاً حقوق ناشی از عقد معلق اصولاً به ارث می‌رسد رابعاً طلبکار می‌تواند در تصفیه ورشکستگی بدهکار دخالت کرده و از اداره تصفیه بخواهد که طلب او را تا تحقق معلق علیه تأمین کند (ماده ۴۷ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی) (کاتوزیان (۱۱)، صص ۶۲ و ۶۵ و ۶۶).
۲۰. برخلاف اجازه مالک در عقد فضولی که در گذشته نیز سرایت می‌کند و عقد را نسبت به منافع از آغاز انعقاد (عقد فضولی) مؤثر می‌کند (م ۲۵۸ ق.م)، اثر تحقق معلق علیه، ناظر به «آینده» است و از

۱- تعلیق عقد بر شرط بی‌فایده اصولاً تأثیری در صحت عقد ندارد؛ مانند تعلیق عقد بر شرایط صحت (م ۷۰۰ ق.م).

۲- حکم بالا در وصیت هم مجرا است و تعلیق وصیت بر امر غیرمقدور یا نامشروع موجب بطلان وصیت است.

۳- درج شرط تعلیق تعهدات بیمه‌گر در قرارداد بیمه اجباری شخص ثالث وسایل نقلیه، به هر نحوی، باطل و بلااثر است اما بطلان شرط، سبب بطلان عقد بیمه نمی‌شود (ماده ۱۱ قانون بیمه اجباری وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵).

تاریخ وقوع شرط، اثر می‌گذارد؛ در واقع وقوع شرط، اثر «نقلی» دارد، نه کشفی و قهقرایی، مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد.^۱

۲۱. دلایل ناقل بودن اثر معلق‌علیه، این است که اولاً معلق کردن اثر عقد در ظاهر به این معناست که طرفین خواسته‌اند تأثیر عقد را تا هنگام تحقق شرط به تأخیر بیندازند، یعنی از آن پس تأثیر عقد محقق گردد؛ ثانیاً، حمایت از حقوق طلبکار نیز با اثر قهقرایی شرط ملازمه ندارد، چون پیش از تحقق شرط نیز رابطه حقوقی خاصی بین طرفین وجود دارد و احترام به همین رابطه، برای حفظ حقوق احتمالی طلبکار، کافی است (کاتوزیان (۲۳)، ص ۲۷)؛ ثالثاً اصل بر «ناقل» بودن است، زیرا اصولاً اثر هر واقعه‌ای پس از آن ایجاد می‌شود و کاشف بودن، امری خلاف اصل است که نیاز به دلیل دارد.

۲۲. بحث فوق و ناقل تلقی کردن اثر معلق‌علیه، چند فایده عملی دارد اول اینکه منافع مال تملیک شده، قبل از تحقق معلق‌علیه، متعلق به تملیک‌کننده است، نه تملک‌کننده؛ به عنوان مثال پدری باغ گردوی خود را به دخترش صلح نمود اگر دختر با پسرعمویش ازدواج نماید؛ حال چنانچه بعد از یکسال از وقوع عقد صلح، دختر با پسرعمویش ازدواج نماید، منافع باغ در فاصله وقوع صلح تا تحقق معلق‌علیه (ازدواج) متعلق به پدر (مصالح) خواهد بود، نه دختر (متصالح)؛ دوم اینکه تأثیر عقد معلق، تابع قانون زمان وقوع معلق‌علیه است؛ به عبارت دیگر رابطه مقدماتی شکل گرفته بین متعاقدين در حدود آثاری که دارد تابع زمان انعقاد عقد است اما «تأثیر» عقد (وجود نهایی) تابع زمان وقوع معلق‌علیه است زیرا تا قبل از تحقق معلق‌علیه، نمی‌توان حق متعاقدين در این خصوص را «حق مکتسب» محسوب نمود؛ بنابراین اگر طبق قانون حاکم در زمان انعقاد عقد، محل تسلیم کالا «محل انعقاد عقد» باشد، سپس این قانون تغییر نماید و در زمان تحقق معلق‌علیه، محل تسلیم کالا، اقامتگاه فروشنده باشد، فروشنده باید کالا را طبق قانون جدید، در اقامتگاه خود تسلیم کند مگر اینکه صریحاً یا ضمناً شرط خلاف شده باشد.

۲۳. اگر فروشنده در عقد معلق، مبیع را قبل از وقوع معلق‌علیه به شخص ثالثی فروخته باشد، پس از وقوع معلق‌علیه، معامله دوم، فضولی تلقی شده و خریدار اولی می‌تواند معامله را قبول یا رد نماید، زیرا فروشنده نمی‌توانسته است چیزی بیش از آنچه که خود دارد به خریدار دومی

۱- امکان شرط خلاف و کاشف بودن شرط، مستلزم ایجاد دو مالکیت در آن واحد نیست زیرا اگر شرط محقق شود معلوم می‌گردد که در حد فاصل عقد تا تحقق شرط، خریدار مالک بوده است، نه فروشنده (کاتوزیان (۱۱)، ص ۷۰).

منتقل کند (فاقد شیء نمی‌تواند معطی آن باشد)، در واقع بعد از وقوع معامله معلق، مالکیت فروشنده ناقص می‌شود و حق مالکیت در معامله دوم با همان نقص منتقل می‌شود و آن نقص این است که اگر معلق علیه به وقوع بپیوندد، مبیع، متعلق به خریدار اول خواهد بود (ن.و: کاتوزیان (۱۱)، ص ۷۰؛ ن.خ: شهیدی (۲۶)، صص ۱۰۱ و ۱۰۲).

فصل دوم: در شرایط اساسی برای صحت معامله

ماده ۱۹۰: شرایط صحت معامله

برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

۱- قصد طرفین و رضای آنها.

۲- اهلیت طرفین.

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد.

۴- مشروعیت جهت معامله.

۱. ماده ۱۹۰، متضمن شرایط عمومی کلیه عقود است که باید اصولاً^۱ رعایت شود اعم از اینکه عقد معین باشد یا نامعین؛ اما شرایط اختصاصی عقود معین در ذیل مباحث مربوطه و در بخش‌های بعدی قانون مدنی آمده است؛ مانند لزوم تعیین مدت برای عقد نکاح موقت (م ۱۰۷۶) یا قابلیت بقای مال مورد استفاده در عقد وقف (م ۵۸)، اجاره (م ۴۷۱) و عاریه (م ۴۳۷)؛ بنابراین عبارت «شرایط اساسی» در برابر «شرایط غیراساسی» قرار ندارد بلکه منظور از شرایط اساسی، «شرایط عمومی» است که در برابر «شرایط خصوصی» قرار دارد.

۲. اگر چه ماده ۱۹۰ در مقام بیان شرایط عمومی و مشترک اعتبار عقود است اما همه شرایط لازم را بیان نکرده است چنانکه مورد معامله، علاوه بر معین بودن، باید مالیت داشته باشد، مقدور و مشروع باشد و ... (ر.ک. ش ۲ ماده ۲۱۴).

۳. تعیین مدت برای عقد اصولاً شرط صحت آن نیست مگر در موارد خاص مانند نکاح موقت (م ۱۰۷۶)، اجاره (م ۴۶۸) مزارعه (م ۵۱۸) و مساقات (م ۵۴۵)؛ در برخی عقود تعیین مدت اختیاری است مانند

۱- برخلاف شرایط عمومی قراردادها، در جعاله لازم نیست که مورد معامله معین باشد (م ۵۶۴ ق.م).

وکالت یا مشارکت، اما در برخی عقود تعیین مدت خلاف مقتضای ذات عقد است مانند وقف (ر.ک: ش ۹م ۵۵)؛ بنابراین می‌توان گفت تعیین مدت در برخی عقود اجباری و در برخی اختیاری و در برخی دیگر ممنوع است.^۱

۴. ضمانت اجرای فقدان قصد (م ۱۹۵ق.م) یا تردید و مبهم بودن موضوع و یا عدم مشروعیت جهت معامله (۲۱۷ق.م) و فقدان اهلیت در مورد مجنون و صغیر غیر ممیز، «بطلان»، و ضمانت اجرای اکراه (م ۲۰۳ق.م) و فقدان اهلیت در مورد صغیر ممیز و سفیه، «عدم نفوذ» است (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ق.م)؛ بنابراین واژه «صحت» در صدر ماده ۱۹۰ در معنای عام بکار رفته است و همیشه در برابر واژه بطلان قرار ندارد زیرا ضمانت اجرای عدم وجود شرایط، گاه بطلان و گاه عدم نفوذ است؛ به همین دلیل شایسته بود که مقنن به جای واژه «صحت» از «اعتبار» استفاده می‌نمود (برای اعتبار هر معامله، شرایط عمومی زیر لازم است) تا هم شرط صحت و هم شرط نفوذ هر دو را شامل شود (شهیدی (۲۶)، ص ۱۲۶).
۵. انواع معاملات به لحاظ ضمانت اجرا در قوانین موضوعه، عبارتند از:

الف) معامله باطل: معامله‌ای است که در عالم حقوق، اثر قراردادی ندارد و در حکم عدم است؛

مانند معامله صوری یا نامشروع (مواد ۱۹۵ و ۲۱۷ و ۲۱۸ق.م) (ر.ک: ش ۱ م ۳۶۵)؛

ب) معامله غیرنافذ: معامله ناقصی است که تا پیش از اجازه، اصولاً اثری ندارد و در صورت اجازه، صحیح و نافذ می‌گردد مانند وقف به قصد اضرار به دیان یا معامله اکراهی یا معامله فضولی (مواد ۶۵، ۲۰۹ و ۲۴۷ق.م)؛ گفتنی است عقد غیرنافذ در حالت عدم نفوذ مانند عقد باطل است و موجد انتقال مالکیت یا تعهد و... نیست با این تفاوت که سبب عدم نفوذ آن قابل رفع است، به همین خاطر برخی عقد باطل را به مرده و عقد غیرنافذ را به بیمار تشبیه کرده‌اند (عدل السلطنه (۷)، ص ۱۱۲)؛

پ) معامله قابل فسخ: معامله صحیحی است که ذینفع می‌تواند آن را منحل نماید (م ۳۹۶ق.م) یا م ۴۲۴ق.ت)؛

ت) معامله قابل ابطال: معامله صحیحی است که ذینفع می‌تواند آن را ابطال نماید؛ تفاوت قابل ابطال با قابل فسخ در این است که در صورت ابطال قرارداد، قرارداد از روز نخست، بی‌اثر می‌شود؛ به عبارت دیگر، ابطال اثر قهقرایی دارد در حالیکه اثر فسخ ناظر به آینده است؛

۱- گفتنی است آنچه در اجازه موضوعیت دارد معین بودن میزان منفعت به عنوان مورد معامله است؛ بنابراین اگر بتوان به طریق دیگری رفع جهل نمود (مانند بیان مسافت) عدم ذکر مدت موجب بطلان اجازه نیست (مواد ۵۰۷ و ۵۱۴)؛ همچنین در حبس، تعیین مدت شرط نیست و در صورت عدم ذکر مدت، حبس مطلق بوده و صحیح است (م ۴۴).

همچنین معامله قابل ابطال با باطل متفاوت است زیرا معامله قابل ابطال، تا پیش از ابطال صحیح است و ذینفع می‌تواند از ابطال آن صرف‌نظر نماید؛ به همین دلیل، برخی به آن، «بطلان نسبی» هم می‌گویند در حالیکه قرارداد باطل، در حکم عدم است و همه اشخاص ذینفع می‌توانند به بطلان آن استناد نمایند؛ به همین دلیل به آن بطلان مطلق هم می‌گویند؛ معامله قابل ابطال در مواد ۱۳۱ ل.ا.ق.ت و ۱۷۹ قانون دریایی پیش‌بینی شده است (ر.ک: ش ۲، م ۲۰۶ همین کتاب)؛

ث) معامله غیرقابل استناد: معامله اخیر خود بر دو قسم است:

- معامله‌ای که بین متعاملین صحیح ولی نسبت به ثالث غیرقابل استناد است یعنی نسبت به ثالث باطل است (م ۴۰ و ۱۱۸ ل.ا.ق.ت، م ۲۱ ق.ن.ا.م.م)؛
- معامله‌ای که بین متعاملین باطل ولی نسبت به ثالث غیرقابل استناد است؛ یعنی نسبت به ثالث صحیح تلقی می‌شود (م ۱۰۰ ق.ت. یا م ۲۷۰ ل.ا.ق.ت).

۶. معامله غیرنافذ قابل رد است که در اینصورت باطل می‌شود اما قابل فسخ نیست. چرا که قابلیت فسخ، صفت معامله صحیح و نافذ است و فسخ برای قطع جریان اثر عقد است در حالیکه معامله غیرنافذ به مانند معامله باطل اثری ندارد (م ۲۵۲ ق.م).

۷. عدم رعایت اساسنامه از سوی هیأت مدیره در فروش اموال غیرمنقول شرکت «سهامی»، در مقابل اشخاص ثالث با حسن نیت قابل استناد نیست (م ۱۱۸ ل.ا.ق.ت) و خدشه‌ای به صحت معامله وارد نمی‌کند؛ اگرچه مدیران در برابر سهام‌داران مسئول خسارات وارده هستند.

مبحث اول: در قصد طرفین و رضای آنها

ماده ۱۹۱: قصد انشاء - اصل رضایی بودن قراردادها

عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.

۱. اراده در لغت به معنای خواستن است و در معاملات به معنای ایجاد یک ماهیت اعتباری است؛ اراده در قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه و برخلاف حقوق فرانسه، مفهومی بسیط^۱ نیست، بلکه متشکل از دو عنصر رضا و قصد است. این تفکیک به خوبی در ماده ۱۰۷۰ در باب نکاح مشخص

۱- «بسیط» در لغت به معنی گسترده، ساده (غیر مرکب) و تجزیه ناپذیر است و در برابر «مرکب» قرار دارد.

- است؛ به موجب ماده اخیرالذکر: «رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال گره، عقد را اجازه کند، نافذ است مگر اینکه اکراه به درجه‌ای بوده که عاقد فاقد قصد باشد».
۲. انشاء به معنای «ایجاد امر معدوم» و در برابر اخبار قرار دارد که به معنی «اعلام امر موجود» است؛ بنابراین اقرار به وقوع معامله، عمل حقوقی محسوب نمی‌شود زیرا اقرار معامله‌ای را ایجاد نمی‌کند بلکه از وقوع معامله در گذشته خبر می‌دهد.
۳. مراحل شکل‌گیری اراده (شهیدی (۲۶)، ص ۱۲۹):
- الف) خطور/ ادراک/ تصور: در این مرحله شخص به فکر انعقاد عقد می‌افتد که مرحله‌ای «غیرارادی» است؛
- ب) سنجش/ تدبیر/ اندیشه: در این مرحله شخص معایب و محاسن انعقاد عقد را بررسی می‌کند؛ «داعی یا محرک یا انگیزه» انعقاد عقد در این مرحله مطرح می‌شود و مهم‌ترین داعی و محرک که شخص را به انعقاد عقد جلب می‌نماید «جهت» نامیده می‌شود (م ۲۰۱)؛
- پ) رضا/ اشتیاق: اگر نتیجه ارزیابی و سنجش مثبت باشد، شخص شوق انجام معامله را پیدا می‌کند که این اشتیاق درونی جهت انعقاد عقد «رضا» نام دارد؛ در این مرحله شخص تصمیم می‌گیرد که در آینده عقد را انشاء نماید ولی هنوز عقدی را انشاء نکرده است؛ به عبارت دیگر، رضا، برخلاف قصد، جنبه خلاقیت نداشته و چیزی را خلق و ایجاد نمی‌کند؛ به همین دلیل ماده ۱۹۱ مقرر داشته است که عقد «محقق» می‌شود به «قصد انشاء».
- ت) قصد: در این مرحله شخص، تصمیم خویش را اجرا می‌کند و عقد را انشاء می‌کند؛^۱ مثلاً با امضای قرارداد قصد انشاء خویش را ابراز می‌کند؛ بنابراین قصد با رضا متفاوت بوده و رضا مبنا و پایه قصد محسوب می‌شود.
۴. مراحل شکل‌گیری اراده در طول هم قرار دارند و در صورتی که یکی از این مراحل وجود نداشته باشد مرحله بعدی هم وجود نخواهد داشت؛ به عبارت دیگر، فقدان رضا با فقدان قصد ملازمه دارد، به همین دلیل است که در مبحث اکراه، از «معیوب بودن» رضا سخن گفته می‌شود و نه فقدان آن (م ۲۰۰) (کاتوزیان (۱۱)، ص ۲۲۰).
۵. قصد مراتب ندارد یعنی یا صحیحاً موجود است یا مفقود ولی رضا ممکن است موجود و معیوب باشد (عدل (۷)، ص ۱۱۶؛ شایگان، حقوق مدنی، ص ۱۱۷).

۱- به اعتقاد برخی، قصد انشاء، تجلی قصد نتیجه است و همواره مقرون است به علائمی که کاشف از آن است و گرنه قصدی که تجلی نیافته و بروز خارجی نداشته باشد، اغراض و دواعی نامیده می‌شود (لنگرودی (۱)، ص ۱۶۳).

۶. ابراز تمایل یا آمادگی جهت انعقاد قرارداد، ایجاب محسوب نمی‌شود زیرا ایجاب به صرف ابراز رضایت محقق نمی‌شود بلکه ایجاب عبارت است از «قصد انشای قرارداد، مقارن^۱ با ابراز آن»؛ به ویژه اینکه در موارد تردید، اصل بر عدم انشای قرارداد است؛ به عنوان مثال اگر شخصی بگوید «آیا خودرو خود را به صد میلیون تومان به من می‌فروشید» و مخاطب بگوید: «بلی می‌فروشم»، هیچکدام از این دو جمله عرفاً دلالتی بر ایجاب و قبول ندارد، زیرا جمله اول یک استفهام و نوعی دعوت به معامله است و جمله دوم نیز صرفاً اعلام رضایت به فروش است (شهیدی، تشکیل، صص ۴۱۵ و ۴۱۶)؛ گفتنی است عرفاً دلالت افعال گذشته مانند «خریدم» بر قصد انشاء، بیش از افعال مضارع مانند «می‌خرم» است؛ اگرچه ملاک، قصد واقعی طرفین است و استفاده از الفاظ و واژگان موضوعیت ندارد.

۷. «قصد انشاء» (اراده باطنی) رکن اساسی و سازنده عقد است و ابراز قصد انشاء (اراده ظاهری) شرط تحقق آن است؛ بنابراین ابراز اراده جنبه اثباتی ندارد بلکه جنبه ثبوتی دارد یعنی اگر اراده باطنی ابراز نشود، در عالم حقوق، اثری ندارد ولو اینکه بعداً وجود چنین قصدی اثبات شود؛ البته به اعتقاد برخی، لزوم ابراز قصد، به منظور اطلاع طرفین بر اراده یکدیگر و همکاری اراده ایشان در ایجاد عقد است^۲ (شهیدی (۲۶)، ص ۱۴۳) (لنگرودی (۲۷)، صص ۱۶۷ و ۱۶۸).

۸. در برخی از مواد قانونی، به ضرورت اعلام اراده جهت تحقق ایقاع تصریح شده است (مواد ۲۴۵ (اسقاط حق حاصل از شرط)، ۲۴۸ (اجازه معامله فضولی)، ۲۵۰ (رد معامله فضولی)، ۴۴۹ (فسخ)، ۸۰۸ (اخذ به شفعه که منوط به پرداخت ثمن است)، ۸۲۲ (اسقاط حق شفعه)، ۱۱۳۴ (طلاق)، ۱۱۴۹ (رجوع)؛ از استقراء در مواد اخیرالذکر چنین استنباط می‌شود که اعلام اراده در تحقق ایقاع، نقش ثبوتی دارد و تحقق ایقاع نیازمند کاشف خارجی است (کاتوزیان (۴۶)، ص ۱۶۳)؛ در مقابل، برخی اعتقاد

۱- به اعتقاد برخی، برای تحقق عقد لازم است که قصد انشاء، مقارن با ابراز آن باشد؛ بنابراین چنانچه شخصی خرید خانه‌ای را قصد کند ولی آن را ابراز نکند و مدتی بعد به وجود قصد انشاء در گذشته اقرار کند، چنین امری موجب قرارداد نیست زیرا در زمان وجود قصد انشاء، چنین قصدی ابراز نشده است و در زمان اقرار به وجود قصد انشاء در گذشته، گوینده، خبر از گذشته می‌دهد و عقدی را انشاء نمی‌کند (شهیدی، تشکیل، ص ۳۹۶).

۲- به اعتقاد برخی از حقوقدانان، اگر شخص الف فروش کالایی را به شخص ب ایجاب کرده و شخص ب بدون اطلاع از این ایجاب، خرید همان کالا را انشاء کند، قراردادی بین طرفین منعقد نمی‌شود زیرا برای تحقق مفهوم قبول ایجاب، آگاهی قبول کننده نسبت به مفاد ایجاب ضروری است و صدور دو انشاء، هرچند که از حیث ماهیت و موضوع و اوصاف منشاء یکسان باشد، نمی‌تواند عقدی را ایجاد کند؛ به عبارت دیگر تحقق همکاری اراده دو طرف، مستلزم اطلاع هریک از ایشان از نخستین انشاء است که با قبول آن به وسیله طرف دیگر، این همکاری می‌تواند محقق گردد (شهیدی، تشکیل، ص ۳۹۴).

- دارند که اراده باطنی برای تحقق ایقاع کافی است مگر آنکه قانون در موارد خاصی، تصریح به لزوم کاشف نموده باشد (امامی (۲۰)، صص ۲۳۱ و ۲۳۲)؛ بنا بر این نظر، در مورد ایقاعاتی مانند اعراض، ابراء و حیاتت مباحات، نیاز به کاشف خارجی نیست چون مقنن تصریح نموده است.
۹. قصد، به معنای اعلام اراده نیست، بلکه موجد عقد است، زیرا اعلام، اخبار است ولی قصد جنبه انشایی دارد.
۱۰. اصولاً برای تحقق عقد، بیان و اعلان اراده کافی است و نیازی به ابلاغ اراده به طرف مقابل نیست (کاتوزیان (۵)).
۱۱. با توجه به واژه «چیزی» در انتهای ماده، نحوه بیان اراده، علی‌الاصول، «طریقیت» دارد، نه موضوعیت.
۱۲. در عقد رضایی، اراده به هر نحوی ابراز شود برای تحقق عقد کافی است.
۱۳. عقد اصولاً با ایجاب و قبول کتبی هم واقع می‌شود مگر در موارد خاص مثل نکاح (م ۱۰۶۲ ق.م).
۱۴. ابراز اراده از طریق وسایل الکترونیکی نیز، اصولاً معتبر است؛ از ماده ۶ و دلالت التزام ماده ۱۲ قانون تجارت الکترونیکی، می‌توان اعتبار ابراز اراده در قالب «داده پیام» (*Data message*) را استنباط نمود.^۱
۱۵. منظور از «اراده باطنی»، قصد واقعی طرفین است که اظهار نشده است و منظور از «اراده ظاهری»، قصد ابراز شده‌ای است که از ظواهر امر (مثل متن قرارداد) استنباط می‌شود.
۱۶. مقایسه نظریه اراده باطنی با اراده ظاهری:
- طبق نظریه اراده باطنی قاضی به هنگام تفسیر باید به قصد واقعی طرفین توجه کند و طبق نظریه اراده ظاهری به ظواهر الفاظ و مکتوبات؛
 - طبق نظریه اول، قاضی باید معانی الفاظ در زمان انعقاد عقد را ملاک قرار دهد اما در نظریه دوم، معانی الفاظ در زمان تفسیر ملاک است؛
 - در نظریه اول، برخلاف نظریه دوم، عیوب اراده و جهت معامله، نقش مؤثری در صحت عقد دارد.
۱۷. قانون مدنی ایران بیشتر با نظریه اراده باطنی سازگار است (م ۱۹۱ و ۴۶۳ ق.م) به همین دلیل در صورت تعارض، اراده باطنی بر اراده ظاهری ترجیح دارد؛ به عنوان مثال، اگر قصد باطنی طرفین معامله، عقد هبه باشد اما اراده ظاهری (مانند عنوان قرارداد) بر عقد بیع دلالت کند، عقد واقع

۱- مطابق ماده ۶ ق.ت.ا: «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده پیام در حکم نوشته است ...» و همچنین مطابق ماده ۱۲ همین قانون: «اسناد و ادله اثبات دعوی ممکن است به صورت داده پیام بوده و در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی‌توان براساس قواعد ادله موجود، ارزش اثباتی داده پیام را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن رد کرد».

شده هبه محسوب و تابع احکام هبه است البته مشروط بر اینکه قصد باطنی طرفین اثبات شود (ملاک ماده ۴۶۳ ق.م)؛ گفتنی است آثار نظریه اراده ظاهری نیز در برخی مواد به چشم می‌خورد (صدر ماده ۱۹۶ و مواد ۲۱۷ و ۲۲۴ و ۷۵۸).

۱۸. اراده‌ای که با وسایل متعارف و به منظور انعقاد عقد، بیان می‌شود «صریح» محسوب می‌شود؛ در مقابل هرگاه اراده شخص از طریق عملی که به منظور دیگری انجام می‌دهد استنباط شود، یعنی این اراده لازمه عرفی یا عقلی عمل وی باشد، اعلام اراده وی ضمنی محسوب می‌شود (کاتوزیان (۱۱)، ص ۲۵۶)؛ مانند اینکه الف مالی را به ب پیشنهاد کند و ب همان مال را به ج بفروشد که عمل شخص ب در فروش مال، «قبول ضمنی» محسوب می‌شود.^۱

۱۹. اراده ضمنی از همان اعتبار اراده صریح برخوردار است و فایده تفکیک این دو اراده در جایی است که قانونگذار صراحت اراده را شرط کرده است. مانند عقد نکاح (م ۱۰۶۲ ق.م).

ماده ۱۹۲ : اعلام اراده با اشاره

در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود.

۱. اشاره در صورت قدرت بر تکلم نیز معتبر است و ماده فوق ناظر بر مورد اغلب است و تقدم لفظ بر اشاره، عرفی است نه قانونی؛ به عبارت دیگر ماده فوق، صرفاً در مقام نشان دادن راه ابراز اراده در موارد عدم امکان تلفظ بوده است و قصد منحصر کردن ابراز اراده از طریق اشاره به شخص لال را نداشته است (شهیدی (۲۶)، ص ۱۴۴ و کاتوزیان (۱۱)، ص ۲۵۸؛ ن.خ: امامی (۲۰)، ص ۲۲۸).
۲. نکاح در صورتی به اشاره واقع می‌شود که قاصد لال باشد (م ۱۰۶۶ ق.م).
۳. «اشاره» در ماده فوق موضوعیت ندارد و هر عملی که مبین قصد و رضا باشد برای تحقق عقد کافی است مثل کتابت (م ۱۹۱ و ۱۹۳ ق.م).

ماده ۱۹۳ : معاطات

انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.

۱- طبق ماده ۲۴۲ ق.ا.ج: قبول صریح آن است که به موجب سند رسمی یا عادی به دادگاه اطلاع داده شود و قبول ضمنی آن است که «عملیاتی» در ترکه نمایند که کاشف از قبول ترکه و اداء دیون باشد.

۱. معاطات، معامله‌ای است که با «داد و ستد» انجام می‌شود (لنگرودی (۲۹)، ص. ۱۲۱): تحقق معامله، به صورت معاطات (دادوستد)، موجب جایز تلقی شدن عقد نمی‌شود و معامله معاطاتی نیز تابع اصل لازم بودن عقد است (ماده ۲۱۹ ق.م) مگر اینکه عقد واقع شده مطابق قانون، جایز باشد مانند وکالت (م ۶۵۸ و ۶۷۸ و ۶۷۹ ق.م).

۲. در برخی عقود، بیان اراده در قالب «لفظ» الزامی است و معاطات در آن راه ندارد مانند نکاح (م ۱۰۶۲ ق.م) و به اعتقاد برخی، عقد وقف (م ۵۶)؛ همچنین در عقودی که تحقق آن‌ها منوط به تنظیم سند (کتابت) است نیز معاطات راه ندارد، مانند عقد بیمه یا انتقال حق کسب و پیشه.

۳. سکوت اصولاً اثری ندارد و نه علامت قبول است و نه علامت رد (م ۲۴۹ ق.م؛ م. ۴۳ ق.ت.ا)^۱ (لاینسب لساکت قول) مگر به حکم قانون (مانند عدم رد ترکه ظرف یک ماه از تاریخ اطلاع وراثت از فوت که قبولی محسوب می‌شود (ماده ۲۵۰ ق.ا.ح) (ر.ک: م ۱۳۹ ق.ت و م ۵ ق.د.ت.ب) و یا سکوتی که با قرینه همراه باشد (مانند سکوتی که متکی بر روابط معاملاتی سابق باشد که عرفاً ممکن است به منزله قبولی تلقی شود)؛ بنابراین باید میان سکوت محض (یا مجرد) با سکوت همراه با قرینه (محفوف به قرینه)، قائل به تفکیک شد و تنها قسم اخیر است که می‌تواند وسیله اعلام اراده باشد (مواد ۵۰۱ و ۵۱۵ ق.م).

۴. سکوت محض در برابر بخشش دیگری، قبولی محسوب نمی‌شود اگرچه ایجاب به نفع مخاطب است مگر اینکه سکوت همراه با قرینه باشد (شهیدی، اصول قراردادها، صص ۳۸۲ و ۳۸۳).

۵. قرارداد اصولاً می‌تواند کتبی یا شفاهی باشد (مستنبط از ماده ۷ قانون کار)؛ بنابراین نداشتن قرارداد مکتوب، به معنی فقدان رابطه قراردادی نیست: به عنوان مثال اگر کارفرمایی با کارگری قرارداد مکتوب نداشته باشد ولی کارگر بتواند به استناد سایر ادله رابطه قراردادی خویش با کارفرما را اثبات کند (نظیر واریز حق بیمه از سوی کارفرما) کارگر می‌تواند تمام حداقل مزایای مندرج در قانون کار را مطالبه نماید.

ماده ۱۹۴: توافق دو اراده (تراضی)

الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشای معامله می‌نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشای آن را داشته است والا معامله باطل خواهد بود.

۱- مطابق ماده ۴۳ ق.ت.ا: «تأمین کننده نباید سکوت مصرف کننده را حمل بر رضایت وی کند».

۱. انطباق اراده طرفین در عقد، هم در خصوص نوع عقد صادق است و هم موضوع عقد. به عنوان مثال، اگر مالک، عقد بیع را انشا کند و مخاطب او عقد هبه را، به دلیل عدم توافق در نوع عقد، عقدی واقع نمی‌شود؛ همچنین اگر کسی فروش ده کیلو گندم را به قیمت ده هزار تومان پیشنهاد کند و طرف مقابل خرید پنج کیلو به قیمت پنج هزار تومان را قبول کند، عقد باطل است.

۲. برای تحقق تراضی، توافق بر ارکان عقد کافی بوده و در سایر موضوعات در فرض سکوت، به حکم عرف و قانون تکمیلی مراجعه می‌شود؛ چنانکه ماده ۳۳۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: پس از توافق بایع و مشتری در «مبیع» و «قیمت آن»، عقد بیع، به ایجاب و قبول واقع می‌شود. بنابراین صرف توافق در مبیع و ثمن کافی است و عدم تعیین محل یا زمان تحویل عوضین خللی به صحت توافق وارد نمی‌سازد

۳. ایجاب پیشنهادی کامل و قاطع است؛ به این معنا که از یک سو حاوی تمام ارکان اساسی قرارداد مورد نظر است، مثلاً در عقد بیع، مبیع و ثمن در آن معلوم است و از سوی دیگر قاطع است به این معنا که پیشنهاد دهنده قصد دارد تا در صورت انشاء قبولی از سوی مخاطب، عقد واقع گردد و نیازی به تأیید مجدد وی نباشد؛ در صورتی که پیشنهاد، فاقد یکی از شرایط فوق باشد ایجاب محسوب نشده بلکه «دعوت به معامله» است مانند اینکه مالک ملکی به شخصی بگوید ملک خود را زیر قیمت بازار به تو می‌فروشم که در این فرض، پیشنهاد مالک، دعوت به معامله است، نه ایجاب؛ زیرا پیشنهاد وی فاقد یکی از شرایط اساسی صحت بیع (قیمت) است.

۴. برای مطابقت ایجاب و قبول و نتیجتاً تحقق عقد، لازم است که در سه امر مطابقت وجود داشته باشد:

الف) نوع عقد؛ بنابراین اگر مالک پیشنهاد فروش دهد و مخاطب به تصور هبه قبول کند، عقدی واقع نمی‌شود (ر.ک: ش ۵ م ۴۶۳)؛

ب) موضوع عقد؛ بنابراین اگر شخص الف پیشنهاد فروش خانه خود را بدهد و خریدار به تصور فروش خودرو آن را قبول کند عقدی واقع نمی‌شود؛ در فرضی که فروشنده پیشنهاد فروش ده کیلو گندم به مبلغ صد هزار تومان را می‌دهد و خریدار پنج کیلو گندم به مبلغ پنجاه هزار تومان را قبول می‌کند، نیز همین حکم جاری است؛

پ) مخاطب ایجاب؛ بنابراین اگر مردی پیشنهاد ازدواج به دختر کوچک خانواده‌ای بدهد و دختر بزرگ خانواده اعلام قبولی کند، عقدی واقع نمی‌شود؛ زیرا تنها مخاطب ایجاب است که اصولاً می‌تواند با پذیرش ایجاب، آن را تبدیل به عقد نماید؛ باید دقت نمود که علت بطلان عقد در

سه فرض اخیر، «عدم مطابقت ایجاب با قبول» است و فرقی نمی‌کند که دو طرف می‌دانند که باهم توافق ندارند و یا اینکه به اشتباه تصور می‌کنند که توافق محقق شده است و در صورت تردید، اصل عدم تحقق عقد جریان دارد؛^۱ به عنوان مثال اگر شخصی مقداری سیمان از دیگری قرض کند، به تصور اینکه بعداً باید قیمت آن را به مقرض بدهد، تشکیل عقد قرض، منتفی است زیرا ایجاب و قبول از حیث نوع عقد انطباقی ندارد (ر.ک: ش ۴ م ۶۴۸ همین کتاب) (ر.ک: شهیدی (۲۶)، ص ۳۹۵)؛ درحالیکه در مبحث اشتباه، اراده طرفین ظاهراً با هم منطبق است اما به دلیل تصور خلاف واقع، توافق طرفین فاقد اثر حقوقی است، به عبارت دیگر عدم مطابقت ایجاب و قبول به منزله فقدان سبب و مقتضی است در حالیکه در بحث اشتباه به معنای خاص، سبب عقد موجود است اما اشتباه جلوی تأثیر اراده را می‌گیرد؛ از این رو، با وقوع ظاهری عقد، اصل بر «صحت» عقد است و مدعی اشتباه باید وجود آن را اثبات نماید.^۲

۵. اگر طرفین قرارداد اظهار نمایند که منظور آن‌ها، در زمان انشای معامله، مبیع خاصی بوده است و انطباق اراده‌های خویش بر مبیع واحد را بپذیرند لیکن مبیع ادعایی هریک از ایشان غیر از مبیع مورد ادعای طرف دیگر باشد مثلاً فروشنده ادعا کند که مورد معامله یک کیلو نقره بوده است ولی خریدار ادعا کند که مورد معامله یک کیلو طلا سفید بوده که فروشنده آن را عوض کرده است، در این صورت بیع صحیح است (خواه مبیع کلی باشد یا عین معین) و قاضی باید ابتدا بر اساس ظواهر و قراین (نظیر تناسب ثمن معامله با هریک از مبیع‌های ادعایی) و در صورت فقدان چنین

۱- اصل عدم در جایی جریان دارد که مخالف ظاهر نباشد: بنابراین اگر مالک ملک جهت پرداخت قسمتی از بدهی خویش به طلبکار، ملک خود را به وی بفروشد و ذیل عنوان فروشنده در مبیعه نامه را امضاء کند و سپس مدعی گردد که قصد وی دادن وثیقه بوده است نه فروش مال و مدعی گردد که به دلیل عدم تطابق قصد انشاء در نوع عقد، عقد باطل است؛ چنین ادعایی محتاج دلیل است و مالک نمی‌تواند به اصل عدم تحقق عقد متوسل شود چون اظهار وی مخالف ظاهر و امارات قضایی حاکم بر موضوع است. مصلحت عملی لزوم استحکام معاملات نیز موید همین نظر است.

۲- تفکیک اشتباه مانع تراضی از اشتباه مانع تأثیر تراضی (اشتباه به معنای خاص) فایده عملی دیگری نیز دارد و آن اینکه اشتباه به معنای خاص (موضوع مواد ۲۰۰ و ۲۰۱) در صورتی مانع تأثیر تراضی است و عقد را باطل می‌کند که اشتباه صریحاً یا ضمناً (م ۲۲۵ ق.م) وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد و تصور و گمان درونی و ابراز نشده یکی از طرفین تأثیری در صحت عقد ندارد در حالیکه در اشتباه مانع تراضی (موضوع ماده ۱۹۴)، همین که یکی از طرفین عقدی را انشاء کرده است که با قصد دیگری مطابقت ندارد برای بطلان عقد کافی است و ورود اشتباه در قلمرو تراضی شرط نیست؛ به عبارت دیگر در اشتباه به معنای خاص، اگر وقوع اشتباه، اثبات هم شود ولی در زمان انعقاد عقد وارد قلمرو تراضی طرفین نشده باشد تأثیری ندارد. چنانکه خریداری کالایی را به تصور اینکه ژاپنی و اصل است بخرد و سپس متوجه شود که کالا چینی و غیراصل است و اصل بودن کالا را شرط نکرده باشد و عرف هم دلالتی بر چنین شرطی نداشته باشد (م ۲۲۵) قرارداد صحیح و معتبر است.

قراینی، بر اساس اصل برائت، خریدار را مدعی محسوب نماید (شهیدی، اصول قراردادها، صص ۳۸۴-۳۸۵)؛ حکم اخیر در خصوص ثمن معامله نیز جاری است؛ به عنوان مثال اگر طرفین، اصل توافق بر روی ثمن معامله را بپذیرند ولی فروشنده اظهار کند که ثمن توافق شده صد میلیون است و خریدار ثمن معامله را نود میلیون عنوان کند، در صورت فقدان قرینه، براساس اصل برائت و عدم زیاده، اظهار خریدار موافق اصل و فروشنده مدعی محسوب می‌شود؛ بدیهی است اگر یکی از طرفین اصل تطابق ایجاب و قبول را منکر شود، مستنداً به اصل عدم تشکیل عقد، بیع باطل است (شهیدی (۲۶)، ص ۴۱۳).

۶. در بیع کلی فی‌الذمه، اگر فروشنده ادعا کند که یک تن عدس فروخته است و خریدار ادعا کند که یک تن برنج خریده است و یکی از طرفین منکر انطباق اراده‌ها شود، به دلیل عدم انطباق اراده فروشنده و خریدار بیع باطل است و مدعی صحت باید دلیل اقامه کند؛^۱ اما اگر مبیع عین معین باشد و خریدار ادعا کند که آن مبیع معین را در زمان قبول، برنج تصور می‌کرده است در حالیکه فروشنده ادعا می‌کند که خریدار آن را عدس می‌دانسته است بیع صحیح است زیرا قصد انشای طرفین از حیث ارتباط با یک شیء معین با یکدیگر منطبق است اما خریدار مدعی است که در زمان قبول، آن عین معین و خارجی را اشتبهاً برنج تصور می‌کرده است؛ تفاوت دو فرض اخیر در این است که در فرض دوم، طرفین در خصوص اینکه همان مال موجود در زمان عقد، معامله شده است اتفاق نظر دارند لیکن خریدار مدعی است در ماهیت آن عین خارجی دچار اشتباه شده است (شهیدی (۲۶)، صص ۴۱۰ و ۴۱۱).

۷. اعلان مالک در مزایده و حراج ایجاب محسوب می‌شود، چرا که با برنده شدن شرکت کننده در مزایده یا حراج، مالک (فروشنده) باید بدان پای بند باشد مگر خلاف آن شرط شده باشد.

۸. مدت اعتبار ایجاب، در صورت تعیین مدت، محدود به زمان تعیین شده است. چنانچه بدون تعیین وقت دقیق، لفظ «بی‌درنگ و فوراً» برای قبول شرط شده باشد، تشخیص فوری بودن قبول با عرف است و در صورتی که ایجاب، مطلق بوده و محدود به زمان خاصی نشده باشد باز هم اعتبار همیشگی ندارد و محدوده اعتباری آن بسته به مهلت متعارفی است که برای ارزیابی ایجاب و قبول آن لازم است و ملاک تشخیص آن نیز عرف می‌باشد؛ در تعیین مدت اعتبار ایجاب باید وضعیت خاص موجب (نظیر اضطرار در فروش)، وسیله بیان اراده (به لحاظ سرعت انتقال

۱- اگر طرفین توافق داشته باشند که مورد معامله برنج بوده است اما در مرغوبیت آن اختلاف داشته باشند، بیع صحیح بوده و خریدار مدعی محسوب می‌شود.

- اراده نظیر نامه) نوع کالا (به لحاظ سرعت نوسانات قیمت) را نیز لحاظ نمود. به عنوان نمونه: در کالاهای با نوسان بالا مانند (نرخ دلار یا طلا) مدت اعتبار ایجاب بسیار کوتاه است.
۹. ایجاب کننده، می تواند پیش از قبول مخاطب، از ایجاب خود رجوع کند، مگر آنکه صریحاً یا ضمناً این حق را از خود سلب کرده و یا متعهد به عدم رجوع شده باشد که در این صورت تا پایان اعتبار ایجاب، رجوع از آن ممکن نیست.
۱۰. در صورتی که ایجاب، همراه با التزام به حفظ آن برای مدت معین باشد، به اعتقاد برخی، مبنای التزام ایجاب کننده به حفظ ایجاب مدت دار، نظریه «پیش قرارداد» است؛ طبق این نظریه چون پیشنهاد مهلت، کاملاً به سود طرف مقابل است سکوت او، قبول ضمنی تلقی می شود و چون این قرارداد پیش از انعقاد عقد اصلی محقق می شود به آن «پیش قرارداد» می گویند (کاتوزیان، ۱۱)، ص. ۳۱۲؛ توافق اخیر یک عقد غیرمعمول است مبتنی بر التزام یک طرف به حفظ ایجاب و قبول طرف دیگر که لازم الوفاء است (شهیدی، ۲۶)، ص ۳۹۷.
۱۱. در صورتی که شخصی متعهد به انشاء عقدی در آینده شده باشد (مانند تعهد به فروش) و سپس در راستای اجرای تعهد خویش، آن معامله را ایجاب کند، اصولاً حق عدول از ایجاب اخیر را ندارد زیرا تحقق معامله اخیر، از حقوق مخاطب ایجاب است و چنین ایجابی در حکم ایجابی است که موجب، حق رجوع از آن را از خود سلب و ساقط کرده است (شهیدی، ۲۶)، ص ۳۹۳.
۱۲. چنانچه پس از ایجاب، ایجاب کننده، قبل از قبولی فوت کند، ایجاب زایل می شود؛ اعم از اینکه موجب اصیل باشد یا نماینده؛ اعم از اینکه ایجاب ساده باشد یا همراه با التزام به حفظ آن.
۱۳. قبولی در صورتی معتبر است که اولاً مطلق باشد یعنی رضایت بی قید و شرط به مفاد ایجاب باشد؛ به عبارت دیگر، تبعیض در ایجاب، مانع تحقق عقد است مانند اینکه شخصی فروش تلویزیون و میز آن را با هم بدهد و خریدار یکی را قبول کند که عقدی واقع نمی شود؛ با وجود این، از ملاک ماده ۸۳۲ قانون مدنی چنین استنباط می شود که در عقود رایگان و مجانی تبعیض در مورد معامله، تحت شرایطی (ر.ک:ش ۲ م ۸۳۲)، اشکالی نداشته و مانع تحقق عقد نسبت به بخش پذیرفته شده نیست؛ بنابراین اگر شخصی، پیشنهاد بخشش تلویزیون و میز آن را با هم بدهد و متهد فقط هبه تلویزیون را بپذیرد اصولاً هبه نسبت به تلویزیون واقع می شود. ثانیاً توالی عرفی بین ایجاب و قبول در آن رعایت شود (ملاک م ۱۰۶۵ ق.م.)؛ یعنی قبول در مهلت

تعیین شده یا متعارف^۱ به ایجاب ملحق شود؛ ثالثاً به روش تعیین شده در ایجاب یا به روش متعارف اظهار گردد؛ رابعاً مسبوق به رد نباشد؛ یعنی مخاطب ایجاب قبلاً ایجاب را رد نکرده باشد زیرا با رد ایجاب دیگری ایجابی وجود ندارد که قبول به آن ببیند (ملاک ۲۵۰ ق.م)؛ در صورتی که قبول فاقد شرایط اخیر باشد، مثلاً چنانچه قبول مشروط باشد یا بعد از زوال اعتبار ایجاب، اظهار گردد، خود، ایجاب جدیدی^۲ است که تحقق عقد، مستلزم قبول این ایجاب جدید از سوی مخاطب است.

۱۴. علل زوال ایجاب عبارتند از:

- پایان مدت اعتبار ایجاب؛
- فوت یا حجر موجب؛ اعم از اینکه اصیل باشد یا نماینده؛
- فوت یا حجر مخاطب ایجاب؛ مگر در ایجاب عام که فوت یا حجر یکی از مخاطبین، ایجاب را به کلی از بین نمی‌برد و سایرین می‌توانند ایجاب را قبول نمایند.
- رد ایجاب (در صورتی که ایجاب خاص باشد یعنی ناظر به شخص خاصی بوده و ایجاب توسط وی رد شود)؛^۳
- رجوع از ایجاب، مگر این که ایجاب همراه با التزام (ایجاب ملزم) باشد که رجوع مؤثر نیست؛^۴

۱- با توجه به ماهیت خاص وصیت، ممکن است بین ایجاب و قبول، فاصله طولانی وجود داشته باشد که این فاصله طولانی، مانع تشکیل عقد وصیت نیست (م ۸۳۳ ق.م)؛ همین حکم در وکالت نیز مجری است (ر.ک: ش ۲ م ۶۵۸ و م ۶۸۱ ق.م).

۲- تلفی قبولی به عنوان ایجاب جدید ناظر به فرضی است که قبول کننده می‌داند یا باید بداند که قبولی وی منجر به انعقاد عقد نمی‌گردد و مستلزم قبولی مخاطب است؛ به عنوان مثال اگر فروشنده تهرانی فروش کالایی را به خریدار اصفهانی ایجاب کند و سپس از آن رجوع کند ولی خریدار اصفهانی بدون اطلاع از زوال ایجاب به واسطه رجوع، ایجاب را قبول کند، عقدی واقع نمی‌شود ولی قبولی خریدار اصفهانی را هم نمی‌توان لزوماً ایجاب جدیدی محسوب نمود که با قبولی فروشنده تهرانی منجر به تشکیل عقد شود زیرا ممکن است اراده خریدار اصفهانی، صرفاً به عنوان قبول همان ایجاب انشاء شده باشد؛ تفاوت عملی موضوع در این است که اگر قبولی در اصفهان محقق شود محل انعقاد عقد و نتیجتاً تحویل مبیع در اصفهان خواهد بود در حالیکه اگر قبولی خریدار ایجاب متقابل محسوب شود با قبولی فروشنده تهرانی، محل انعقاد و تسلیم تهران خواهد بود (شهیدی (۲۶)، ص ۴۰۷).

۳ چنانچه ایجاب عام باشد و یکی از مخاطبان، آن را رد کند، ایجاب از بین نمی‌رود و مادام که ایجاب به سبب دیگری از بین نرفته است هر مخاطبی از جمله شخصی که قبلاً ایجاب را رد کرده، می‌تواند مجدداً آن را قبول کند (ر.ک: کاتوزیان، (۵۲)، ش ۲۹۰).

۴- اگر چه صرف «ابراز» ایجاب برای «تحقق» آن کافی است ولی «التزام» به مفاد ایجاب منوط به «رسیدن» نامه ایجاب به مخاطب است زیرا از این لحظه است که با حقوق مخاطب ارتباط پیدا می‌کند؛ بنابراین اگر موجب به وسیله‌ای رجوع خود از ایجاب را قبل

• تلف موضوع ایجاب (سالبه به انتفاء موضوع).

۱۵. تعیین زمان انعقاد عقد تابع اراده طرفین است که در صورت سکوت، بنا بر نظریه اراده باطنی که در حقوق ایران رجحان دارد (م ۱۹۱ق.م.)، ملاک زمان و مکان عقد «اعلان قبول» می‌باشد که به موجب آن تحقق عقد زمانی است که نیت درونی به وسیله‌ای اعلان شود.

۱۶. نظریه مورد قبول در عقد مکاتبه‌ای یا از راه دور یا عقود میان غائبین (عقودی که متعاقبین در حضور هم نیستند و ارتباط همزمان *on-line*) هم ندارند، نظریه «اعلان قبول» است و ارسال نامه قبولی، اماره آن محسوب می‌شود یعنی زمان انعقاد عقد، زمان «تحقق قبول» است که ارسال می‌تواند کاشف از آن باشد؛ نتیجه آنکه، اصولاً عقد در محل قبول بسته می‌شود و زمان انعقاد آن، تاریخ اعلان قطعی قبولی است؛ باید توجه داشت که صرف انشاء نامه قبولی را نمی‌توان به منزله اعلان قبولی دانست زیرا هنوز قبولی تحت اراده و کنترل کامل شخص قرار دارد و ممکن است وی از ارسال نامه منصرف شود^۱ به همین دلیل، ارسال نامه که حاکی از اعلان «قطعی» قبولی است اصولاً، ملاک عمل قرار می‌گیرد.

۱۷. در صورتی که مهلت ایجاب ده روز باشد و مخاطب ایجاب، در روز پایانی، نامه قبولی را ارسال کند و نامه پس از اتمام مهلت ایجاب، به دست ایجاب کننده برسد، قرارداد منعقد شده است زیرا در لحظه ارسال نامه (اعلان قطعی قبولی)، ایجاب هنوز معتبر بوده است مگر اینکه ایجاب کننده در ایجاب خود قید کرده باشد که قبولی در صورتی معتبر است که ظرف ده روز از تاریخ صدور ایجاب، به اقامتگاه ایجاب کننده «واصل» شود؛ به عبارت دیگر پذیرش «نظریه اعلان قبول» جنبه تکمیلی داشته و قاعده آمره محسوب نمی‌شود؛ نتیجتاً طرفین می‌توانند نظریه دیگری را اختیار کنند، چنانکه در مثال اخیر، ایجاب کننده «نظریه وصول» را ملاک تحقق عقد در نظر گرفته است.

از رسیدن نامه حاوی ایجاب یا همزمان آن به مخاطب برساند ایجاب بی اعتبار است ولو ایجاب همراه با التزام باشد. موضوع اخیر الذکر در خصوص «قبولی» صادق نیست به این معنی که با اعلان قطعی قبولی، عقد واقع شده و دیگر قبول کننده نمی‌تواند از قبولی خویش عدول کند ولو اینکه نامه قبولی هنوز به مخاطب نرسیده باشد (کاتوزیان (۱۱)، ص ۲۵۱).

۱- به اعتقاد برخی، اگر مخاطب ایجاب، نامه قبولی را نوشته و آن را به منشی خویش جهت ارسال تحویل دهد، با جدا شدن قبول کننده از منشی، می‌توان به قصد انشای قبول کننده اطمینان پیدا نمود و این لحظه را تاریخ اعلان قطعی قبول دانست (شهیدی (۲۶)، صص ۳۸۱ و ۳۸۲).

۱۸. قانون تجارت الکترونیکی ایران، در خصوص زمان انعقاد قرارداد الکترونیکی ساکت است ولی مفهوم ارائه شده از ارسال در ماده ۲۶ این قانون، نظریه ارسال را به نظریه وصول نزدیک نموده است. زیرا طبق این ماده، ارسال داده پیام زمانی تحقق می‌یابد که به یک سیستم اطلاعاتی خارج از کنترل اصل ساز (سازنده یا صادر کننده پیام) یا قائم مقام وی وارد شود. بنابراین اگرچه در این قراردادها هم، هنوز نظریه اعلان قطعی قبولی قابل اعمال است ولی مفهوم ارائه شده از ارسال (به عنوان اماره قبولی قطعی) و فاصله کم ارسال و دریافت پیام، از اهمیت این موضوع کاسته است.

۱۹. تعیین زمان تحقق عقد، در موارد زیر مؤثر است:

- عدول از قبول یا ایجاب؛
- تأثیر ورشکستگی یا حجر یا فوت طرفین؛
- زمان التزام به آثار عقد؛
- تعارض قوانین در زمان؛
- محل وقوع عقد.^۱

۲۰. تعیین مکان تحقق عقد، در موارد زیر مؤثر است:

- تعیین قواعد تکمیلی (م ۳۷۵ق.م.)؛
- تعیین قانون حاکم (م ۹۶۸ق.م.)؛
- تعیین دادگاه صالح (م ۱۳ق.آ.د.م.).

۲۱. وعده قرارداد، پیمانی مقدماتی است درباره انعقاد قرارداد مطلوب که میان طرفین بسته می‌شود و هر دو یا یکی از آنها را ملتزم به تراضی نهایی می‌کند که شایع‌ترین آن قولنامه خرید و فروش ملک است.

۲۲. وعده قرارداد، عمل حقوقی الزام آور و متمایز از وعده اخلاقی است. تنها استثناء آن وعده نکاح است که طرفین را ملزم به اجرا کردن صیغه عقد نمی‌کند (م ۱۰۳۵ق.م.).

۲۳. وعده قرارداد، ماهیتاً قراردادی است مستقل از قراردادی که وعده آن داده شده است و اوصاف ویژه خود را دارد؛ به عنوان مثال، وعده قرارداد عقد رضایی محسوب می‌شود ولو عقد نهایی که وعده آن داده شده است، تشریفاتی باشد.

۱- عقد در محلی واقع می‌شود که آخرین جزء عقد، در آنجا به وقوع پیوسته است؛ بنابراین در عقود رضایی محل اعلان قطعی قبولی و در عقود عینی، محل قبض، مکان انعقاد عقد محسوب می‌شود.

ماده ۱۹۵ : فقدان قصد

اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است.

۱. از ملاک ماده فوق (قیاس منصوص العله) چنین بر می آید که علاوه بر موارد مذکور، معامله مجنون، صغیر غیرممیز، ساهی (کسی که سهواً کاری را انجام می دهد) هازل (شوخی)، مجبور (در اثر اکراه مادی) و معامله صوری نیز به دلیل فقدان قصد باطل است؛ همین حکم در کلیه مواردی که فقدان قصد معامل اثبات شود، جاری است؛ به عنوان مثال، چنانچه فرزندی، مادر سالخورده خویش را به بهانه اخذ وکالت کاری (جهت مراجعه به ادارات) به دفترخانه ببرد و از وی وکالت در انتقال ملک بگیرد، وکالت اخیر به دلیل فقدان قصد مادر (موکل) به انشاء چنین وکالتی، باطل است (البته مشروط بر اینکه اثبات بشود) (م ۱۹۴ ق.م).

۲. معامله شخص معتاد یا بیمار صحیح است مگر اینکه اثبات شود در زمان انعقاد عقد، فاقد اراده بوده اند که چنین عقدی معتبر نیست.

۳. منظور از فقدان قصد، «قصد نتیجه» است، نه قصد فعل؛ چنانکه هازل، قصد فعل دارد ولی قصد نتیجه ندارد (لنگرودی (۱)، ص ۱۶۵).

ماده ۱۹۶ : اصل اصیل بودن متعاقدين - تعهد به نفع ثالث

کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود مع ذلک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.

۱. اصل بر اصیل بودن طرف معامله است و در صورت اختلاف، فرد مدعی نمایندگی، باید اقامه دلیل کند.

۲. با توجه به اصل آزادی قراردادهای و امنیت در معاملات، فرض اصالت طرفین، عادلانه به نظر می رسد و ماده ۱۹۶ نیز این اصل را مفروض دانسته اما قسمت اخیر آن در امکان اثبات خلاف فرض، «بعد» از انعقاد عقد، ناعادلانه است و برای رفع این ایراد می توان چنین برداشت کرد که اثبات اراده باطنی، فقط در ارتباط نماینده و اصیل، قابل استناد است، یعنی برای رجوع نماینده به اصیل (مواد ۱۴۶ و ۳۵۷ و ۳۷۵ ق.ت.م و ۶ ق.بیمه) (کاتوزیان (۳۰)، ش ۳۱۴)؛ اما از «ظاهر» ماده چنین استنباط می شود که معامله برای اصیل واقع شده است و طرف مقابل عقد، تنها می تواند برای

- جبران خسارت احتمالی به نماینده‌ای که نمایندگی خود را پنهان کرده رجوع کند؛ در مجموع، پذیرش نظر اول، منطقی‌تر است.
۳. نمایندگی، عبارت است از اینکه شخصی تحت عنوان نماینده در انجام یک عمل حقوقی، به نام و به حساب شخص دیگر اقدام کند، به گونه‌ای که آثار آن عمل حقوقی، به طور مستقیم متوجه آن شخص باشد، نه نماینده.
۴. رابطه نمایندگی و وکالت، عموم و خصوص مطلق است زیرا وکالت از اقسام نمایندگی است.
۵. برای اینکه آثار عقد منعقد شده از سوی نماینده، متوجه منوب‌عنه گردد، سه شرط لازم است:
- الف) وجود رابطه نمایندگی؛
- ب) عدم تجاوز نماینده از حدود اختیارات؛
- ج) اعلام قصد نیابت.
۶. نمایندگی را بر اساس منبع نصب و انتخاب و تعیین حدود اختیارات، می‌توان به نمایندگی قانونی، قضایی و قراردادی و ایقاعی تقسیم کرد:
- الف) نمایندگی قانونی، که در آن منبع اختیارات نماینده قانون است، مثل ولی قهری؛
- ب) نمایندگی قضایی، که در آن، اختیارات نماینده توسط دادگاه به وی اعطا می‌شود، مثل امین (۶۴۰ ق.ا.ج)؛ همچنین در فرضی که دادگاه طبق ماده ۲۲۲ قانون مدنی به واسطه عدم اجرای تعهد از سوی متعهد، به متعهدله جهت اجرای تعهد نیابت می‌دهد، متعهدله نماینده قضایی متعهد محسوب می‌شود (عدل (۷)، ص ۱۱۴).
- پ) نمایندگی قراردادی، که در آن اختیارات نماینده، ناشی از قرارداد است مثل وکیل.
- ت) نمایندگی ایقاعی، که در آن اختیارات نماینده، ناشی از اراده اعطا کننده نمایندگی است مانند وصی.
۷. برخی از حقوقدانان به خاطر تعیین قییم از سوی دادگاه، آن را نمایندگی قضایی می‌دانند (صفایی (۳۱)، ص. ۲۲۳).
۸. دادگاه زمانی مبادرت به تعیین نماینده می‌کند که قانون آن را پیش بینی کرده باشد.
۹. در فرض نمایندگی، از آنجا که اراده نماینده، عقد را به وجود می‌آورد، اهلیت وی برای انشاء، شرط اعتبار عقد است و موارد عیوب اراده چون اکراه و اشتباه نیز، نفوذ و اعتبار عقد را از بین می‌برد. فوت یا حجر نماینده پیش از قبول هم، ایجاب را زائل کرده و مانع تشکیل عقد است.
۱۰. ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث، تعهد مستقیم ناشی از قرارداد است، به این معنا که قرارداد، با ایجاب و قبول مشروط‌علیه و مشروط‌له منعقد می‌شود (قرارداد پایه) ولی رابطه‌ای مستقیم بین

مشروط‌علیه و ثالث نیز ایجاد می‌کند که رضایت ثالث تنها در بقای آن موثر است؛ به عبارت دیگر تعهد به نفع ثالث، دارای ماهیت ویژه‌ای است که از حیث مبنا و منشا، عقد است ولی نسبت به ثالث شبیه ایقاع است (کاتوزیان (۲۳)، ص ۱۸۲).

۱۱. مستنبط از قسمت اخیر ماده ۲۳۱ قانون مدنی، این است که تعهد به نفع شخص ثالث، استثنائی بر اصل نسبی بودن قراردادها است، بنابراین، ایجاد آن نیاز به قبول ندارد مثل بیمه عمر.

۱۲. «تملیک مال» به سود ثالث، حتی اگر مجانی هم باشد مشمول ماده فوق نیست (ن:خ: لنگرودی (۱)، ص ۱۶۶؛ امامی (۲۰)، ص ۳۴۸، و در حکم ایجاب هبه‌ای است که نیاز به قبول و قبض دارد؛ زیرا قسمت اخیر ماده ۱۹۶ استثنا محسوب شده و باید تفسیر محدود شود (م ۲۳۱ ق.م) (کاتوزیان (۳۲)، ص ۳۲۰)؛ البته شرط به نفع ثالث لازم نیست که همیشه مفید تعهدی به نفع ثالث باشد بلکه ممکن است، اثر شرط، اسقاط تعهد ثالث باشد که چنین شرطی (شرط نتیجه به نفع ثالث) هم صحیح است و نیازی به قبولی ثالث ندارد.

۱۳. قسمت اخیر ماده ۱۹۶، عقد نکاح را در بر نمی‌گیرد و تحقق نکاح نیازمند قبولی ثالث است.

۱۴. شرط به نفع ثالث از سوی واقف (شارط/مشروطه) علیه موقوف‌علیهم در ضمن عقد وقف صحیح نیست زیرا در شرط به نفع ثالث، شارط (واقف)، مشروط‌له محسوب می‌شود (نه ثالث) و شرط عوض نیز در وقف، باطل است؛ بنابراین اگر واقف شرط کند که موقوف‌علیهم از «اموال خودشان»، مبلغ معینی را به شخص ثالثی بپردازند، شرط باطل است؛ البته چنانچه شرط، ناظر به اختصاص دادن قسمتی از منافع موقوفه از سوی موقوف‌علیهم، به اشخاص ثالث باشد، چنین شرطی اصولاً صحیح است.

۱۵. در تعهد به سود ثالث، قبول وی شرط نیست، اما می‌تواند از پذیرفتن آن امتناع کند. اما اگر قبول کرد، دیگر حق رد نخواهد داشت.^۱ به عبارت دیگر، قبول تعهد از سوی ثالث، شرط لزوم و استقرار تعهد است، نه شرط ایجاد آن.

۱۶. برخلاف تعهد به نفع ثالث، ایجاد تعهد برای ثالث، منوط به قبول ثالث است زیرا متعاقدين اصولاً نمی‌توانند بدون رضایت ثالث، برای وی تعهدی ایجاد نمایند و چنین عملی، معامله فضولی عهدی است؛ لیکن تعهد به فعل ثالث صحیح بوده (قسمت اخیر ماده ۲۳۴) و با ایجاد تعهد برای ثالث متفاوت است، زیرا مفاد تعهد به فعل ثالث، تعهد مشروط‌علیه به جلب رضایت ثالث

۱ - البته ثالث، امکان اسقاط حق ایجاد شده را دارد زیرا هر صاحب حقی اصولاً می‌تواند حق خویش را اسقاط کند (م ۲۴۴ و مفهوم مخالف م ۹۵۹ ق.م).

- به انجام مفاد شرط است و در صورت عدم اجرای مفاد تعهد از سوی ثالث، مشروط‌علیه باید جبران خسارت کند.
۱۷. اگرچه در این ماده، تعهد به نفع شخص ثالث به صورت شرط ضمن عقد آمده است ولی مانع از آن نیست که تعهد به نفع ثالث یکی از عوضین اصلی قرارداد باشد مثل عقد بیمه عمر (وحدت ملاک از ماده ۷۶۸ ق.م).
۱۸. اگر تعهد به نفع ثالث، یکی از عوضین اصلی قرارداد باشد، متعهدله نسبت به اجرای تعهد، حق حبس خواهد داشت.
۱۹. تعهد به نفع ثالث، ممکن است مجانی باشد یا معوض.
۲۰. لزومی ندارد که در تعهد به نفع شخص ثالث، وی در زمان وقوع عقد، وجود داشته و معین شده باشد، کافی است در زمان تحقق طلب موجود و قابل تعیین باشد (م ۷۶۹ ق.م) (کاتوزیان (۲۳)، ص ۱۸۰).
۲۱. اگرچه طرفین عقد، مجاز به ایجاد تعهد به نفع ثالث می‌باشند، اما نمی‌توانند حتی به واسطه اقاله، حق طرف ثالث را از میان ببرند (م ۱۱۶۵ ق.م فرانسه). یعنی اگرچه اقاله صحیح است ولی خللی به شرط وارد نمی‌کند و ثالث می‌تواند اجرای شرط را از مشروط‌علیه بخواهد؛ چنانکه اقاله بیع، حق شفعه را زایل نمی‌کند اگرچه اقاله صحیح است (کاتوزیان (۳۲)، ش ۶۴۹). البته مواد ۲۵ و ۲۶ قانون بیمه ۱۳۱۶ استثنائاً به بیمه‌گذار حق می‌دهد که ذینفع در قرارداد بیمه عمر را تغییر داده و یا وجه بیمه را به دیگری منتقل کند.
۲۲. در تعهد به نفع ثالث، شخص ثالث به استناد عدم اجرای تعهد، حق فسخ قرارداد را ندارد، چون طرف قرارداد نبوده است و تنها می‌تواند متعهد را به اجرای شرط الزام کند و در صورت عدم امکان الزام، مطالبه خسارت نماید (کاتوزیان (۲۳)، ص ۱۸۳)؛ مشروط له هم می‌تواند مانند ثالث، الزام مشروط‌علیه به اجرای شرط را خواسته و یا مطالبه خسارت کند و برخلاف ثالث، حتی می‌تواند در صورت عدم امکان الزام مشروط‌علیه به اجرای شرط، قرارداد را فسخ نماید (امامی (۲۰)، ص ۳۰۷).
۲۳. مشروط‌له نمی‌تواند، مشروط‌علیه را از اجرای شرط، ابراء کند زیرا چنین عملی مغایر حق ثالث است ولی فسخ عقد پایه اشکالی ندارد و با فسخ عقد پایه، اگر تعهد اجرا نشده باشد، تعهد مشروط‌علیه از بین می‌رود و چنانچه قبل از فسخ، تعهد اجرا شده باشد و موضوع تعهد، انجام کار باشد، مشروط‌له باید، اجرت‌المثل آن کار را به مشروط‌علیه بپردازد و اگر موضوع تعهد تسلیم مال باشد، ثالث باید آن مال را مسترد نماید و در صورتی که آن مال تلف یا منتقل شده باشد، دادن بدل بر عهده مشروط‌له است، نه شخص ثالث.

۲۴. متعهد می‌تواند در برابر ثالث به همه ایراداتی که در مقابل متعهدله، قابل استناد بوده، استناد کند. مثلاً اگر بیمه‌گذار حق بیمه را نپرداخته باشد، بیمه‌گر نیز می‌تواند مبلغ شرط شده را به ثالث نپردازد.

۲۵. معین یا موجود بودن ثالث، در زمان ایجاد حق برای ثالث ضروری نیست چرا که اراده او نقشی در ایجاد حق ندارد و کافی است که ثالث در زمان اجرای حق موجود باشد که عملاً در جایی این موضوع محقق می‌شود که تاریخ اجرای حق به نفع ثالث مؤجل باشد (ر.ک ش ۲۸ همین ماده).

۲۶. شخص ثالثی که تعهد به نفع او شده، می‌تواند مستقیماً به متعهد رجوع کند، البته صرف رسیدن سود و نفع از اجرای قرارداد، این حق را برای ثالث به وجود نمی‌آورد، مگر آن که طرفین «قصد ایجاد تعهد» به سود وی را کرده باشند (کاتوزیان (۳۲)، ش. ۶۵۰)؛ به عنوان مثال اگر الف و ب در خصوص آسفالت نمودن راهی توافق نمایند که همسایگان نیز از اجرای این قرارداد سود برند و سپس شخص ب (پیمانکار) از اجرای قرارداد امتناع نماید همسایه شخص الف (کارفرما) نمی‌تواند طرح دعوی نموده و الزام پیمانکار را بخواهد زیرا طرفین قرارداد قصد ایجاد تعهد به سود وی را نداشته‌اند اگر چه همسایه از اجرای قرارداد سود می‌برد.

۲۷. در تعهد به نفع ثالث، با فوت منتفع، حق به ورثه او منتقل نمی‌شود مگر شرط خلاف شده باشد (ر.ک. ش. ۲، م. ۷۶۹ ق.م).

۲۸. در صورتی که امکان اجرای تعهد به سود ثالث، منتفی گردد شرط باطل نیست بلکه این شرط ضمنی وجود دارد که در صورت امکان^۱ متعهد باید شرط را به سود «مشروطله» ایفاء کند (م ۲۴ ق. بیمه) (کاتوزیان (۳۲)، ش. ۶۹۹)؛ بنابراین در صورت عدم قبول حق از سوی ثالث یا موجود نشدن او در زمان اجرای حق یا عدم امکان تعیین ثالث، حق به نفع مشروطله اجرا می‌شود؛ اما اگر ثالث حق را قبول کند و سپس آن را ساقط نماید یا فوت نماید حق به مشروطله منتقل نمی‌شود.

۱- به عنوان مثال اگر مشروط‌علیه متعهد شود که خودرو معیوب ثالث را مجاناً تعمیر کند و ثالث این موضوع را نپذیرد اجرای شرط به نفع ثالث منتفی شده و اجرا به نفع مشروطله نیز موضوعیت ندارد. در فرض اخیر (یعنی در فرضی که ثالث، اجرای تعهد به نفع خویش را رد کند و اجرای تعهد، به لحاظ ماهیت تعهد، به نفع مشروطله هم ممکن نباشد)، شرط ممتنع شده و مشروط له حق فسخ عقد را دارد (م ۲۴۰ ق.م)؛ البته اگر تعهد به نفع ثالث، عوض اصلی قرارداد باشد (م ۷۳۸ ق.م)، در چنین فرضی، قرارداد به واسطه منتفی شدن یکی از عوضین قرارداد، منفسخ می‌شود (م ۳۸۷ ق.م).

ماده ۱۹۷ : معامله برای صاحب مال

در صورتی که ثَمَن یا مُثَمَّن معامله عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود.

۱. معامله فضولی در ظاهر بین فضول و اصیل منعقد می‌شود ولی در واقع رابطه قراردادی بین اصیل و مالک (صاحب مال) ایجاد می‌شود.
۲. منظور از عبارت «آن معامله برای صاحب عین خواهد بود» این است که اولاً اختیار رد یا تنفیذ معامله با صاحب عین است؛ ثانیاً در صورت تنفیذ، عوض داخل در مالکیت صاحب مال خواهد شد، نه فضول؛ به عنوان مثال چنانچه در عقد بیع، ثمن معامله مال معینی باشد که به دیگری تعلق دارد و صاحب آن مال، بیع را تنفیذ کند، مبیع به مالکیت وی در خواهد آمد؛ ثالثاً منافع عوض نیز از تاریخ انعقاد عقد فضولی، متعلق به صاحب مال خواهد بود (ملاک ماده ۲۵۸ ق.م).
۳. واژه «عین» خصوصیت خاصی ندارد و ناظر به مورد غالب است، بنابراین اگر منافع یا سایر حقوق مالی متعلق به غیر نیز، به طور فضولی منتقل شود، موضوع تابع ماده ۱۹۷ است؛ بنابراین بهتر بود مقنن از واژه «مال» متعلق به دیگری استفاده می‌کرد تا واژه مال شامل عین، منافع و سایر حقوق مالی نیز گردد.

ماده ۱۹۸ : وکالت در انعقاد عقد

ممکن است طرفین یا یکی از آنها به وکالت از غیر اقدام بنمایند و نیز ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به عمل آورد.

۱. ماده فوق، اختصاص به وکالت و نمایندگی قراردادی ندارد، بلکه نمایندگی قانونی و قضایی را نیز در برمی‌گیرد؛ قرار گرفتن ماده فوق در بخش قواعد عمومی نیز این نظر را تقویت می‌کند و به نظر می‌رسد ذکر واژه «وکالت» به جای نمایندگی، به واسطه رواج بیشتر آن نسبت به سایر نمایندگی‌ها است (اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند).
۲. قسمت اخیر ماده، بیانگر کافی بودن تعدد اعتباری در ایجاب و قبول است؛ یعنی یک نفر می‌تواند به اعتباری بیان کننده ایجاب و به اعتبار دیگری بیان کننده قبول باشد و نیازی به تعدد فیزیکی موجب و قابل نیست.
۳. اگر چه قسمت اخیر ماده ۱۹۸ ناظر به معامله با خود دانسته شده است اما واقعیت این است که مصداق واقعی معامله با خود در فرضی است که شخص از یک طرف اصیل و از سوی دیگر به عنوان نماینده عمل می‌کند.

۴. طبق نظر مشهور فقهای امامیه، در وکالت مطلق، معامله با خود صحیح نیست زیرا اصل بر عدم جواز تصرف در مال غیر است، مگر اینکه خود موکل اذن داده باشد (شهیدی (۳۳)، ص. ۳۸۵؛ طباطبایی (۳۴)، ص. ۱۴۹؛ صفایی (۲۲)، ص. ۸۲).
۵. از ظاهر مواد قانونی از جمله ماده ۱۹۸ قانون مدنی، چنین برمی آید که انعقاد قرارداد با خود، علی‌الاصول معتبر است (رأی شماره ۹/۱۰۸ - ۱۳۶۳/۲/۲۹ شعبه ۹ دیوان عالی کشور)^۱، مگر با منع قانونی مواجه باشد مانند معامله قیم با مولی علیه خویش (مواد ۱۲۴۰، ۱۲۴۱ ق.م.) یا معامله امین غایب با فرد غایب و هم‌چنین معامله‌ی امین جنین با جنین که باطل است (م ۱۱۹ ق.ا.ج)، یا آنکه قانوناً مشروط به رعایت شرایطی شده باشد مانند معامله مدیران شرکت‌های سهامی یا تعاونی با شرکت (ماده ۱۲۹ ل.ا.ق.ت. مصوب ۱۳۴۷ و م ۱۰ ق.ا.س.ک. ۴۴۱ ق.ا.) یا طرف معامله قرار گرفتن حق‌العمل کار که مشروط بر این است که کالای موضوع معامله مظنه بورسی یا بازاری داشته باشد (م ۳۷۳ ق.ت.) و یا از جمله قراردادهایی باشد که شخصیت طرف عقد در آن اهمیت عمده‌ای داشته باشد مانند نکاح (م ۱۰۷۲ ق.م.).
۶. طبق ظاهر قانون مدنی، معامله با خود در امور مالی اصولاً مجاز و در امور غیر مالی اصولاً غیر مجاز است (ملاک ماده ۱۰۷۲ ق.م.).
۷. طبق ظاهر قانون مدنی، برخلاف قیم (م ۱۲۴۰ ق.م.) و امین غایب و جنین (م ۱۱۹ ق.ا.ج)، معامله با خود، از سوی وصی و ولی قهری اصولاً صحیح است (ر.ک به حواشی ماده ۱۲۴۰ ق.م.).

ماده ۱۹۹: اثر اشتباه و اکراه

رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست.

۱. عیوب اراده در نظام حقوق ما، محدود به اشتباه و اکراه است و قانون مدنی تدلیس و غبن را از عیوب اراده ندانسته و عقد را در این موارد، صحیح و البته قابل فسخ می‌داند.
۲. اشتباه به معنای تصور یا پندار خلاف واقعی است که در انجام یک عمل حقوقی وجود دارد (ما وَقَعَ لَمْ يُقْضَ وَ مَا قُضِيَ لَمْ يَقَعْ)؛ تفاوت اشتباه با جهل در این است که در مبحث اشتباه، اوصاف بیان شده در قرارداد، منطبق با واقع نیست و مشتبه به تصور وجود آن اوصاف معامله می‌کند؛ در حالیکه در جهل به اوصاف (م ۲۱۶ ق.م.)، اساساً اوصاف مورد معامله برای طرف قرارداد بیان نشده

۱- در رویه عملی دفاتر اسناد رسمی، انعقاد معامله از سوی وکیل با خود، منوط به تصریح امکان انجام این عمل در وکالت‌نامه است.

- و برای وی مجهول است و شخص جاهل علمی به اوصاف (اعم از درست یا نادرست) ندارد که در فرض اخیر، معامله، به دلیل مجهول بودن اوصاف مورد معامله باطل است (م ۲۱۶ ق.م).
۳. اگر چه واژه «اشتباه» در ماده ۱۹۹ مطلق است ولی هر نوع اشتباهی عقد را باطل نمی‌کند و مستنبط از مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون مدنی، اشتباه در صورتی موجب بطلان عقد است که ناشی از اشتباه در خود موضوع معامله (م ۲۰۰) یا در شخصیت طرف معامله باشد زمانی که شخصیت وی علت عمده عقد است (م ۲۰۱).
۴. واژه «رضا» در ماده ۱۹۹ در معنای عام و مترادف «اراده» است که هم «قصد» را در بر می‌گیرد و هم «رضا» به معنای خاص کلمه را؛ زیرا «اشتباه» به «قصد» شخص ضربه می‌زند و «اکراه» به «رضای» او.
۵. عبارت «موجب نفوذ معامله نیست»، در معنای عام یعنی «عدم صحت» معامله به کار رفته است که اعم از بطلان و عدم نفوذ است؛ زیرا اشتباه به معنای خاص موجب بطلان عقد و اکراه به معنای خاص موجب عدم نفوذ عقد است.
۶. اشتباهاتی که مانع تشکیل عقد می‌گردد و در این فروع عقد باطل است (اشتباه مانع تراضی) (م ۱۹۴):
- اشتباه در ماهیت و نوع عقد: مثل اینکه مخاطب تصور کند که عقد هبه است در حالیکه در واقع بیع باشد یا اینکه در عقد قرض، مقرر تصور کند که اثر عقد، اذن در انتفاع است و منظورش عاریه باشد در حالیکه منظور گیرنده، قرض بوده باشد (اشتباه در مقتضای ذات عقد)؛
 - اشتباه در ماهیت و ذات مورد (موضوع) عقد: مثل اینکه شخص قصد فروش خانه را دارد و طرف مقابل تصور می‌کند او قصد فروش اتومبیل خود را دارد؛
 - اشتباه در هویت مادی طرف قرارداد: در صورتی که مخاطب ایجاب، شخص خاصی باشد (ایجاب خاص)، صرفاً قبولی همان شخص موجب تشکیل قرارداد خواهد شد (ر.ک: ش ۵ م ۲۰۱).
۷. اشتباهاتی که مانع تأثیر اراده شده و عقد در این فروع باطل است (اشتباه معیوب‌کننده تراضی یا زائل‌کننده قصد) (ما قصد لم يقع و ما وقع لم یقصد) (اشتباه به معنای خاص):
- اشتباه در صورت عرفی موضوع معامله یا اوصاف جوهری آن، یعنی اوصافی که در «عرف»، موضوع معامله را از سایر اشیاء متمایز می‌کند، مثل طلا یا نقره بودن برای انگشتر (م ۳۵۳ ق.م)؛
 - اشتباه در خود موضوع معامله که منظور اشتباه در وصف ذاتی و «اساسی» موضوع معامله است که مورد نظر شخص «معامله‌کننده» بوده است؛ البته طبق ظاهر قانون مدنی اشتباه در خود

- موضوع معامله، موجب عدم نفوذ است، اما «بطلان» آن با منطبق حقوقی سازگارتر است؛ (ملاک مواد ۳۵۳ و ۷۶۲ ق.م.)
- اشتباه در طرف معامله، اعم از اینکه اشتباه در هویت مدنی باشد یا در اوصاف اساسی، مشروط بر اینکه شخصیت طرف، علت عمده عقد بوده باشد (ر.ک.ش ۵۰۴، م ۲۰۱ ق.م.).
۸. اشتباهی که موجب عدم نفوذ معامله می‌گردد (اشتباه معیوب‌کننده رضا):
- اشتباهی که رضای معامل را معیوب کند مانند اینکه مالک به دلیل عدم اطلاع از مالکیت خویش بر مبیع، معامله «به عنوان فضولی» نماید؛ یعنی به تصور اینکه فضول است معامله‌ای را انشاء کند که در این صورت رضای وی به چنین معامله‌ای مخدوش است (ر.ک: م ۲۵۵ ق.م.).
۹. اشتباهاتی که سبب پیدایش حق فسخ می‌گردند عبارت‌اند از:
- اشتباه در اوصاف مهم مورد عقد؛ مشروط بر اینکه وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد؛ به عنوان مثال، اگر شرط شده باشد که پارچه پشم خالص باشد ولی بعداً معلوم شود که مخلوط پشم و مواد دیگر است، چنین معامله‌ای صحیح ولی قابل فسخ است (خیار تخلف از شرط صفت)، زیرا وصف اساسی در معامله اخیر جنس مبیع (پارچه) است که از آن تخلف نشده است تا معامله را باطل نماید بلکه تخلف در یکی از اوصاف مهم مورد معامله شده است؛ بدیهی است چنانچه وصف اخیر بیان نشده یا شرط نشده باشد و خریدار به تصور وجود چنین وصفی معامله کرده باشد معامله صحیح و غیرقابل فسخ است زیرا تصور درونی خریدار تأثیری ندارد (م ۴۵۷ ق.م.) (شهبیدی (۲۶)، صص ۳۸۶ و ۳۸۷).
 - اشتباه در اوصاف عَرَضی یا غیرمهم یا فرعی موضوع معامله؛ مشروط بر این که وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد، مثل اینکه گفته شود، رنگ فرش طبیعی است در حالیکه شیمیایی است (م ۲۳۵ و ۴۱۰ ق.م.)؛
 - اشتباه فاحش در قیمت و ارزش مورد معامله که سبب ایجاد خیار غبن می‌گردد (مواد ۱۴۱۶ الی ۴۲۶)؛ البته اگر اشتباه در ارزش و بها ناشی از خود موضوع معامله باشد (مانند عتیقه بودن مال) معامله باطل است و یا اگر این اشتباه مانع تراضی باشد مانند زمانی که قیمت به تومان گفته می‌شود و مخاطب آن را به ریال تصور می‌کند؛ این اشتباه سبب بطلان خواهد بود.
 - اشتباه در کمیت مورد معامله در صورتی که کمیت جنبه فرعی داشته و «وصف» مبیع باشد (م ۳۵۵ ق.م.)؛
 - اشتباه ناشی از تدلیس (م ۴۳۸) به شرط غیراساسی بودن، حق فسخ ایجاد می‌کند، اما اگر علت عمده عقد باشد، چون اراده فرد آگاهانه شکل نگرفته است، موجب بطلان خواهد بود؛

به عبارت دیگر در تعارض اشتباه در وصف اساسی با تدلیس یا غبن، «اشتباه» مقدم است و عقد باطل می‌باشد.

۱۰. اشتباهات بی‌تأثیر در سرنوشت عقد:

- اشتباه جزئی (غیرفاحش) در قیمت؛
- اشتباه در اوصاف به شرط آنکه وارد قلمرو تراضی طرفین نشده باشد؛
- اشتباه در طرف معامله، چنانچه علت عمده عقد نبوده باشد؛
- اشتباه در اغراض و انگیزه‌ها؛ به عبارت دیگر در صورتی که اراده انشایی طرفین با اراده حقیقی آن‌ها یکسان باشد ولی نتیجه حاصله از عقد، با داعی و انگیزه آنها منطبق نباشد، عقد صحیح است؛ به عنوان مثال، چنانچه شخصی خانه‌ای را جهت تحصیل در شهر تهران اجاره کند و بعداً به دلیل عدم قبولی در دانشگاه‌های تهران، نیازی به آن خانه نداشته و نتواند از آن استفاده کند، این امر تأثیری در عقد اجاره ندارد مگر خلاف آن شرط شده باشد؛ همچنین است در فرضی که شخصی مالی را به منظور صادرات خریداری کرده ولی صادرات آن کالا حین‌المعامله ممنوع بوده است که در این فرض نیز، اشتباه خریدار بی‌تأثیر است (ر.ک: عدل (۷)، ص ۱۱۹).

- اشتباه در لوازم عرفی یا قانونی عقد (اشتباه در مقتضای اطلاق عقد): به عنوان مثال اگر شخصی مالی را برای یک سال قرض کند به تصور اینکه تا انقضای مدت مذکور مقرض حق استرداد آن را ندارد، عقد قرض صحیح است زیرا از یک سو جهل مقترض به قانون (مبنی بر قابلیت استرداد پیش از موعد) تأثیری نداشته و از سوی دیگر جهل، مربوط به ذات عقد قرض نیست که مانع تطابق ایجاب و قبول شود؛ همچنین است در فرضی که مضمون‌له، ضمانت شخص دیگری را به صورت مطلق قبول کرده و اطلاع ندارد که با پذیرش ضمانتِ ضامن، ذمه مضمون‌عنه از پرداخت بدهی بری می‌شود؛ زیرا در فرض اخیر نیز انتقال دین و براءت ذمه مضمون‌عنه از آثار اطلاق عقد ضمان است، نه مقتضای ذات آن؛ بنابراین عقد ضمان صحیح و ذمه مضمون‌عنه بری خواهد شد؛ مضافاً بر اینکه بقای مدیونیت مضمون‌عنه پس از ضمان، منحصرأ مورد اعتقاد مضمون‌له بوده است، نه هر دو طرف تا بتوان با احراز شرط بنایی، حکم به بقای مدیونیت مضمون‌عنه نمود؛ به عبارت دیگر چنانچه ضامن و مضمون‌له هر دو چنین تصویری داشته باشند و عقد ضمان بر این مبنا منعقد شود، می‌توان بقای ذمه مضمون‌عنه را در قالب شرط بنایی پذیرفت (ر.ک: شهیدی (۲۶)، ص ۴۰۰).

ماده ۲۰۰: اشتباه در خود موضوع معامله

اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد.

۱. شرایط تاثیر اشتباه (به معنای خاص) عبارت است از:

الف) اشتباه مربوط به علت عمده عقد باشد به طوری که در لحظه انشاء عقد، شخص آن وصف را مدنظر خود قرار داده و اگر شخص فقدان آن وصف را می‌دانست، آن عقد را منعقد نمی‌کرد؛
 ب) اشتباه یکی از طرفین کافی است، مشروط بر اینکه این اشتباه وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد. خواه به طور ضمنی یا صریح؛ به عنوان مثال اگر کسی چوبی را به قصد ساختن مبل بخرد در حالی که ساخت مبل از آن چوب ممکن نیست اگر این قصد وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد و فروشنده از آن مطلع باشد، عقد به واسطه اشتباه در وصف اساسی، باطل است وگرنه عقد صحیح بوده و خریدار هیچ حقی ندارد زیرا در مبحث اشتباه، استثنائاً، اراده ظاهری بر اراده باطنی مقدم است؛

پ) اشتباه قابل چشم‌پوشی بوده باشد و ناشی از غفلت عمده فرد نباشد؛ در تشخیص این امر، سن، تجربه و حرفه فرد، ملاک قرار داده می‌شود (درودیان (۲۵) ص ۳۸).

۲. در تاثیرگذاری اشتباه، تفاوتی ندارد که اشتباه، ناشی از جهل به حکم (قانون) یا موضوع باشد و یا بر اثر تدلیس مخاطب و یا آنکه این اشتباه از سوی خریدار باشد یا فروشنده.

۳. اشتباه در اوصاف مهم (ولی غیراساسی) عقد موجب حق فسخ است، نه بطلان.

۴. غبن فاحش در نتیجه اشتباه در خود موضوع معامله موجب بطلان است، نه حق فسخ.

۵. «خود» ترجمه کلمه «*substance*» در ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه است که در لغت به معنی ذات هم آمده است و مطابق نظریه نوعی، «خود» معادل «جنس» است یعنی ماده‌ای که کالا از آن ساخته می‌شود (ر.ک: صفایی، قواعد عمومی قراردادها، ص ۹۱) (م ۳۵۳ ق.م.)؛ به عنوان مثال اگر مجسمه‌ای به عنوان طلا فروخته شود و بعد کشف شود که آب طلا بوده است، بیع باطل است اما در جایی که وصف دیگری از نظر طرفین جنبه اساسی دارد مانند مجسمه‌ساز معروف آن مجسمه، بنا بر نظریه شخصی، دیگر جنس، خود موضوع معامله محسوب نمی‌شود و ساخته شدن آن مجسمه توسط هنرمند معروف وصف اساسی است که جانشین ذات گشته و در صورتی که معلوم شود مجسمه توسط هنرمند معروف اعلام شده ساخته نشده است بیع باطل است ولو مجسمه از طلا باشد؛ بنابراین رابطه «جنس» با «خود موضوع معامله» رابطه عموم و خصوص من وجه است به این معنا که گاه خود موضوع معامله، همان جنس مورد معامله است

و گاه نیز منظور از خود موضوع معامله، وصف اساسی دیگری است که به آن «وصف جانشین ذات» می‌گویند.

۶. در تعیین وصف اساسی، ابتدا باید اراده واقعی طرفین اعم از صریح یا ضمنی را کشف نمود و در صورت فقدان آن، اراده مفروض طرفین (عرف) ملاک عمل است؛ با این تفاوت که اگر شخصی مدعی شود که وصف خاصی مد نظر بوده است (وصف اساسی شخصی) باید ورود آن در قلمرو تراضی طرفین را اثبات کند در حالیکه، وصف اساسی عرفی نیازی به اثبات ندارد زیرا امر متعارف به منزله ذکر در عقد است (م ۲۲۵)؛ به عنوان مثال اگر شخص وارد بدل فروشی شود و انگشتی را به قیمت ارزانی خریداری کند و سپس مدعی شود که تصور می‌کرده است که انگشت طلا است، تصور اشتباه وی تأثیری در صحت عقد ندارد اما اگر شخصی وارد طلا فروشی شود و انگشتی را به قیمت تقریبی معادل طلا بخرد و بعداً معلوم شود که بدل است بیع باطل است ولو در معامله ذکر نشده باشد که جنس انگشت طلا است زیرا متعارف آن است که طلا فروشی، انگشت طلا می‌فروشد، نه بدل و همین امر متعارف به منزله ذکر در عقد است.

۷. اشتباه در وصف اساسی مورد معامله، اصولاً^۱ در مال معین قابل تحقق است چرا که در مال کلی، شخص متعهد است مال مطابق اوصاف توافق شده را تحویل نماید و در صورتی که به تعهد خویش عمل ننماید عقد صحیح است و متعهدله می‌تواند اصولاً وی را الزام به اجرای تعهد نماید مگر اینکه وصف بیان شده در هیچ یک از مصادیق کلی هم وجود نداشته باشد که در این صورت معامله باطل است.

۸. ظاهر ماده، اشتباه در خود موضوع معامله را موجب عدم نفوذ عقد دانسته است در حالیکه اشتباه خدشه به قصد وارد می‌کند و نه رضا؛ بنابراین با توجه به مبنای اشتباه و با وحدت ملاک از مواد ۳۵۳ و ۷۶۲ ق.م، ضمانت اجرای اشتباه در خود موضوع معامله «بطلان» عقد است (امامی (۲۰)، ص ۲۰۰؛ عدل (۷)، ص ۱۱۸).

۹. در صورتی که بیع، مبنی بر عتیقه بودن مورد معامله منعقد شود اما فروشنده در خصوص وصف مذکور (عتیقه بودن)، شرط عدم مسئولیت نماید و بعداً کشف شود که مورد معامله فاقد وصف مذکور است، قرارداد صحیح و غیرقابل فسخ است مگر اینکه فروشنده با علم به فقدان وصف، چنین شرطی نموده باشد که در این صورت خریدار از باب تدلیس می‌تواند قرارداد را فسخ کند.

۱ - اگر طرفین در خصوص جنس یا وصف اساسی مال کلی دچار اشتباه شوند، به این معنا که فروشنده امری را اراده کرده و خریدار امر دیگری را، در این صورت، بیع به دلیل عدم تطابق ایجاب و قبول باطل است.

ماده ۲۰۱: اشتباه در شخصیت طرف معامله (اشتباه در عاقد)

اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد.

۱. واژه «خلل» در این ماده، به معنای «بطلان» است (وحدت ملاک از ماده ۷۶۲ ق.م).
۲. اشتباه در شخص طرف، اعم از اشتباه در هویت مادی (جسمی)، مدنی یا اوصاف اساسی فرد است (کاتوزیان (۱۱)، ص ۴۴۴).
۳. اثبات عمده و اساسی بودن اشتباه با مشتبه است؛ نحوه نگارش ماده که اصل را بر عدم تأثیر اشتباه قرار داده است نیز موید همین برداشت است؛ به ویژه این که غالباً عوضین رکن قرارداد به شمار می‌آیند، نه متعاقدين (مستنبط از ماده ۱۹۷ ق.م). با وجود این، اصل «علت عمده نبودن شخصیت طرف قرارداد» تا جایی اعتبار دارد که مخالف ظواهر حاکم بر قضیه نباشد بنابراین در قراردادهای رایگان و یا قراردادهایی که نیاز به مهارت و تخصص بالا دارد (وکیل، پزشک، هنرمند) و یا شراکت در شرکت‌های تضامنی یا نسبی، ظاهر بر این است که شخصیت طرف، علت عمده عقد است.
۴. اشتباه در اوصاف اساسی همسر در عقد نکاح حتی اگر شرط شده باشد، موجب «خیار فسخ» است، نه بطلان (مستنبط از مواد ۱۱۲۱ تا ۱۱۲۸ ق.م) مگر اینکه اشتباه در «هویت مادی» طرف باشد که مانع تراضی است.
۵. اشتباه در هویت جسمی و مادی مانع تحقق عقد است ولو در قراردادهایی که شخصیت طرف اهمیتی ندارد (م ۱۹۴ ق.م). زیرا قبول باید از مخاطب ایجاب صادر شود و فقط مخاطب ایجاب می‌تواند این موجود اقتضایی را به مرحله نهایی برساند (لنگرودی؛ شهیدی)؛ به عنوان مثال اگر الف بیعی را خطاب به ب ایجاب کرده و ب سکوت کند و شخص ج به تصور اینکه او مخاطب ایجاب است در همان مجلس، ایجاب الف را قبول کند عقدی واقع نمی‌شود حتی اگر شخصیت مخاطب علت عمده عقد نباشد (شهیدی، تشکیل، ص ۴۰۹).
۶. صرف اینکه نام شخص در شناسنامه متفاوت از نام شخص درج شده در قرارداد است، موجب بطلان قرارداد نیست.
۷. اگر شخصی صرفاً به انگیزه کمک به نیازمندان، مالی را به رفتگر محله خویش بخشیده و سپس متوجه شود که مخاطب، رفتگر محله‌ی دیگری بوده که او هم نیازمند کمک بوده است هبه صحیح است زیرا علت عمده عقد رفع نیازمندی یک نیازمند بوده است که محقق شده است (شهیدی، تشکیل قراردادها، ص ۴۱۲).

۸. واژه «علت» در این ماده به معنای علت «غایی» است، نه علت فاعلی (کاتوزیان (۵)، ص ۲۰۱)، برخلاف مستفید بلا جهت که در آنجا علت به معنای علت فاعلی است^۱ (م ۷۶۵ ق.م).

ماده ۲۰۲ : موضوع اکراه - شرط موثر بودن اکراه

اکراه به اعمالی حاصل می شود که موثر در هر شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود.

۱. اکراه عبارت است از ایجاد بیم و هراس و فشار غیرعادی و غیرقابل تحمل و نامشروع در شخص که وی برخلاف رضای خود به انجام معامله ای که مورد نظر اکراه کننده است، تن دهد، به گونه ای که در اثر این فشار، آزادی تصمیم گرفتن از فرد سلب شود.

۱. انجام اعمال تهدید کننده و اکراه آمیز (م ۲۰۸ ق.م.)؛
 ۲. شرایط تحقق اکراه: ۲. نامشروع بودن وسیله یا هدف اکراه (م ۲۰۷ ق.م.)؛
 ۳. رابطه سببیت و موثر افتادن اکراه (م ۲۰۲ و ۲۰۵ ق.م.)

۳. برای تحقق اکراه، باید اعمال تهدید کننده و اکراه آمیز از سوی مکره اعم از اینکه طرف معامله باشد یا «نباشد»، (م ۲۰۳ ق.م.)، نسبت به جان، مال یا آبروی اکراه شونده (مکره) و یا نزدیکانش صورت بگیرد و این اکراه در «فرد مکره» موثر واقع شود (م ۲۰۲ و ۲۰۵ ق.م.).

۴. قید عادتاً قابل تحمل نباشد، بیانگر ملاک «نوعی» است و توجه به سن، شخصیت، اخلاق و مرد یا زن بودن، بیانگر ملاک «شخصی» است، در تعارض این دو بند، ملاک «شخصی» ارجح است و فایده ملاک نوعی در «تحمل بار اثبات دعوی» است.

۵. منظور از واژه «باشعوری» در عبارت «موثر در هر شخص باشعوری»، «شخص متعارف» (Reasonable Person) است.

۶. وسیله، هنگامی مشروع و مباح است که شخص به موجب قانون حق به کار بردن آن را داشته باشد، مثل تهدید به رجوع به دادگاه (کاتوزیان (۱۱)، ش ۲۶۶).

۱- منظور از علت غایی، هدف و انگیزه اصلی معامل از انعقاد عقد است و در مقابل منظور از علت فاعلی، سبب و علت ایجاد اثر حقوقی است؛ به عنوان مثال هر تملکی باید مستند به یک سبب و علت قانونی باشد که از آن‌ها با عنوان اسباب تملک یاد می شود (م ۱۴۰ ق.م) مانند ارث یا قرارداد که این موارد علت فاعلی محسوب می شوند.

۷. تهدید مشروع، تهدیدی است که بنا به آن امتیازی خارج از حدود، و زیاده بر حق به دست نیامده باشد (کاتوزیان (۱۱)، ش ۲۶۷).
۸. باید میان اعمال فشار و یا ایجاد بیم و هراس و رضای به عقد، رابطه سببیت وجود داشته باشد.
۹. اگر زمانی موثر است که به منظور وادار ساختن فرد به انعقاد عقد باشد.
۱۰. در اگر، اراده متعامل «آزادانه» شکل نمی‌گیرد و در اشتباه، اراده متعامل «آگاهانه».
۱۱. معامله اگراهی، ناظر به فرضی است که اگر اکره کننده، مکره را به انعقاد عقد خاصی وادار کند وگرنه صرف تهدید برای تملک مالی اساساً متضمن انشاء عقدی نبوده یا حداکثر ممکن است دعوت برای انعقاد یک قرارداد باشد که در این صورت هیچ عقد اگراهی و غیرنافذی ایجاد نمی‌شود که قابلیت تنفیذ در آینده را داشته باشد؛ مانند اینکه سارقی شب هنگام جلوی عابر پیاده را گرفته و با تهدید گوشی همراه او را از وی بگیرد (شهیدی (۲۶)، ص ۳۸۷).

ماده ۲۰۳: اثر اگره - اگره از طرف ثالث

- اگره موجب عدم نفوذ معامله است اگر چه از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین واقع شود.
۱. اگره در اصل به واسطه «معیوب بودن رضا»، غیرنافذ است؛ به همین دلیل، معامله اگراهی حتی در فرضی که به نفع مکره بوده و ضرری برای وی ندارد نیز غیرنافذ و منوط به تنفیذ مکره است؛ به عنوان مثال اگر مالکی، دیگری را به خرید ملک وادار کند معامله غیرنافذ است ولو ثمن معامله پایین‌تر از قیمت روز بازار باشد.
۲. چنانچه اگره به درجه‌ای باشد که قصد را زایل کند، به واسطه «فقدان قصد»، عقد باطل خواهد بود (م. ۱۰۷۰ ق.م.ا.م. (۲۰)، ص ۲۰۳).
۳. اگره از حیث «درجه شدت» به مادی و معنوی تقسیم می‌شود: اگره معنوی «رضا» را معیوب می‌کند و اگره مادی موجب «زوال قصد» می‌گردد؛ چنانچه اگره کننده، متعاقد را با تهدید به انتشار عکس‌هایی از وی به انعقاد عقد مجبور کند، اگره «معنوی» محسوب شده و عقد «غیرنافذ» است، اما اگر اگره کننده دست متعاقد را بگیرد و به اجبار، برگه عقد را امضا کند، اگره «مادی» بوده (اجبار) و عقد «باطل» است.
۴. طبق نظر مشهور فقها، اگره در ایقاع موجب «بطلان» است، نه عدم نفوذ.
۵. اگر ایقاع را تابع قواعد عمومی قراردادها و به تبع آن ایقاع اگراهی را هم اصولاً غیر نافذ بدانیم باز هم بی‌شک ایقاع اگراهی در موارد زیر باطل است (کاتوزیان (۴۶)، صص ۱۵۸-۱۵۵):
- طلاق؛
 - مواردی که اعمال حق «فوری» است، مثل خیار غبن و اخذ به شفعه.

۶. اگر چه از جمع مواد ۲۵۷ و ۲۵۸ ق.م کشف حقیقی استنباط می‌شود ولی غالب حقوقدانان با وحدت ملاک از ماده ۲۵۸ ق.م در باب عقد فضولی، اثر اجازه در اکراه را «کشف حکمی» دانسته‌اند (کاتوزیان(۱۱)، ص. ۵۴۰).

ماده ۲۰۴: تهدید نزدیکان

تهدید طرف معامله در نفس یا جان یا آبروی اقوام نزدیک او از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد موجب اکراه است. در مورد این ماده تشخیص نزدیکی درجه برای مؤثر بودن اکراه بسته به نظر عرف است.

۱. تهدید در نزدیکان فرد، باید به گونه‌ای باشد که در اراده «فرد متعامل» مؤثر واقع شود، نه اراده نزدیکان وی (کاتوزیان (۱۱)، ش ۲۷۲).

۲. ماده فوق جنبه «تمثیلی» دارد و چنانچه تأثیر تهدید دوستان و سایر نزدیکان و یا حتی تهدید به خودکشی در اراده فرد متعامل ثابت شود، معامله غیرنافذ خواهد بود.^۱

۳. اگرچه نفس در لغت به معنای جان است، اما به نظر می‌رسد در ماده فوق، منظور از نفس، مال بوده است (اذا اجتماعاً افتراقاً) (رک امامی (۲۰)، ص ۱۹۳).

۴. تهدید نسبت به اموال نزدیکان نیز اگر در فرد متعامل مؤثر افتد، اکراه محسوب می‌شود؛ اما برخی از حقوقدانان تهدید به مال نزدیکان را در صورتی اکراه تلقی می‌کنند که منتج به صدمه بدنی یا آبرویی گردد (کاتوزیان(۵)، ص. ۲۰۶)؛ مانند تهدید به سرقت یا اتلاف مخزن اکسیژن بیمار.

ماده ۲۰۵: شرط مؤثر بودن اکراه

هرگاه شخصی که تهدید شده است بداند که تهدید کننده نمی‌تواند تهدید خود را به موقع اجرا گذارد و یا خود شخص مزبور قادر باشد بر اینکه بدون مشقت اکراه را از خود دفع کند و معامله را واقع نسازد آن شخص مکره محسوب نمی‌شود.

۱. ماده فوق بیانگر شرط «مؤثر بودن» اکراه است یعنی باید بین اکراه و انجام عمل، رابطه سببیت وجود داشته باشد.

۲. برای تحقق اکراه لازم نیست که دفع اکراه غیرممکن باشد بلکه در فرضی که دفع اکراه هم ممکن است ولی موجب مشقت و سختی مکره است و مکره تن به معامله می‌دهد، بازهم معامله اکراهی محسوب می‌شود (مفهوم مخالف قسمت اخیر ماده ۲۰۵).

۱- طبق «ظاهر» قانون مدنی، تهدید نسبت به «مال» اقوام نزدیک و تهدید نسبت به «دوست» و «اقوام دور» موجب اکراه نیست.

ماده ۲۰۶: اثر اضطرار

اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود.

۱. معامله مضطر، برخلاف مکره، «صحیح» است. زیرا اولاً اگر معامله مضطر را صحیح ندانیم، به ضرر خود مضطر است؛ ثانیاً اجبار مضطر معمولاً در نتیجه اوضاع و احوالی است که او را مجبور به انعقاد قرارداد «معینی» نمی‌کند، بلکه مضطر برای رفع ضرر بیشتر، خود آزادانه ضرر کمتر را بر می‌گزیند و بدان رضایت می‌دهد؛ بنابراین اگر شخصی برای پرداخت پولی که ربایندگان فرزندش تقاضا کرده‌اند، ناچار شود خودروی خود را بفروشد، فروش خودرو صحیح است؛ زیرا ربایندگان مستقیماً او را تهدید به فروش خودرو نمودند؛ اصل استحکام معاملات نیز مؤید صحت معامله مضطر است.

۲. سوء استفاده از اضطرار یا ایجاد آن به منظور اجبار طرف معامله «اکراه» محسوب می‌شود (کاتوزیان (۵)، ص ۲۰۳)، مثل پزشکی که از وضعیت نامناسب بیمار سوء استفاده کرده و درمان او را منوط به پرداخت دستمزد گزاف می‌نماید. به همین دلیل ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران مقرر می‌دارد که: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین بوسیله دادگاه باطل یا تغییر داده شود...»

ماده ۲۰۷: اکراه مشروع (اکراه به حق)

ملزم شدن شخص به انشاء معامله به حکم مقامات صالحه قانونی اکراه محسوب نمی‌شود.

۱. ملزم شدن مالک به انتقال ملک خویش به دولت در راستای لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (۱۳۵۸) در قبال دریافت قیمت عادلانه روز آن، اکراه محسوب نمی‌شود زیرا برای تحقق اکراه لازم است که فشار نامشروع باشد.

ماده ۲۰۸: شرط انجام اعمال اکراه آمیز

مجرد خوف از کسی بدون آنکه از طرف آن کس تهدیدی شده باشد اکراه محسوب نمی‌شود.

۱. اگر خوف مقدمه‌ای برای ارباب و وادار کردن فرد به معامله باشد، تهدید ضمنی محسوب شده و از موارد اکراه می‌باشد (کاتوزیان (۱۱)، ص ۵۰۶).

۲. اگر مبنای خوف، اخلاقی و معنوی باشد، اکراه محسوب نمی‌شود. مثل ترس از ناراحت شدن والدین (ر.ک م ۱۱۱۴ ق.م فرانسه) (ر.ک: عدل (۷)، ص ۱۲۳).

ماده ۲۰۹: امضاء معامله اکراهی

امضاء معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است.

۱. منظور از «امضاء معامله» در ماده ۲۰۹، «تنفیذ یا اجازه معامله» است؛ گفتنی است واژه «امضاء» در ماده ۴۵۰ قانون مدنی نیز به کار رفته است که در آن جا به معنای صرفنظر کردن از حق خیار و التزام به مفاد قرارداد است.
۲. اجازه موجب نفوذ معامله است (م ۲۰۹)، مگر آن که مسبوق به رد باشد (ملاک م ۲۵۰ ق.م).
۳. از وحدت ملاک ماده ۲۵۸ ق.م. چنین استنباط می‌شود که تأثیر تنفیذ در «منافع» نسبت به «گذشته» و در «ملکیت» نسبت به «آینده» است (نظریه کشف حکمی).
۴. امضای مکره زمانی موجب نفوذ عقد است که رضا به واسطه اکراه معنوی خدشه دار شده باشد و در اکراه مادی که قصد زایل شده است، موثر نمی‌باشد. مثل انعقاد عقد در حالت هیپنوتیزم.
۵. اگر وکیل تحت تأثیر اکراه مال موضوع وکالت را بفروشد، عقد بیع هم توسط وکیل قابل تنفیذ است و هم موکل.
۶. اگر موکل، وکیل را اکراه به فروش کند، بیع صحیح است.
۷. در صورت فوت مکره، اجازه یا رد معامله اکراهی با ورثه است؛ اعم از اینکه عقد عهدی باشد یا تملیکی.
۸. اگر چه تا قبل از تنفیذ عقد اکراهی، عقد غیرنافذ است ولی طرف قرارداد، حق بر هم زدن آن را اصولاً ندارد (ملاک ماده ۲۵۲ ق.م.) و حتی فوت وی نیز قرارداد را منحل نمی‌کند.
۹. اگر در عقد بیع فروشنده و خریدار تحت تأثیر اکراه شخص ثالثی، وادار به انعقاد بیع شوند، عقد از هر دو طرف غیرنافذ محسوب شده و نفوذ آن منوط به تنفیذ هر دو طرف است و رد عقد از سوی هر یک از طرفین، عقد را باطل می‌کند.

مبحث دوم: در اهلیت طرفین

ماده ۲۱۰: شرط اهل بودن متعاقدين

متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند.

۱. برخی از حقوقدانان، اهلیت و حجر را بر دو قسم کرده‌اند: الف) اهلیت و حجر عام (مانند عدم اهلیت صغیر)؛ ب) اهلیت و حجر خاص (مانند عدم اهلیت قییم برای معامله با مولی‌علیه خویش)؛ از منظر این تقسیم‌بندی، ماده ۲۱۰ ناظر به «اهلیت عام» است^۱ (کاتوزیان (۵)، ص ۲۰۸).
۲. اگر اهلیت به دو قسم اهلیت تمتع و استیفاء تقسیم شود، از ماده ۲۱۱ چنین استنباط می‌شود که واژه اهلیت در ماده ۲۱۰، از منظر این تقسیم‌بندی، در معنای «اهلیت استیفاء» به کار رفته است. به ویژه اینکه، به قرینه ماده ۲۱۱ روشن است که منظور از «اهلیت» در ماده ۲۱۰، «اهلیت استیفاء» است.
۳. اهلیت استیفاء، فرع برداشتن اهلیت تمتع است و در صورتی که شخصی صاحب حقی نباشد، نوبت به اعمال آن نمی‌رسد؛ چنانکه کارمندان دولت، اهلیت تمتع جهت معامله با دولت را ندارند (لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲).
۴. اشتغال بازنشستگان در دستگاه‌های اجرایی، جز در موارد استثنا شده، ممنوع (قانون ممنوعیت به کارگیری بازنشستگان مصوب ۱۳۹۵) و در نتیجه قرارداد کار منعقد شده در این خصوص، اصولاً باطل است و هرگونه پرداخت، در حکم تصرف غیر قانونی در اموال دولتی و جرم محسوب می‌شود.

ماده ۲۱۱: اشخاص اهل

برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند.

۱. سن بلوغ در پسران ۱۵ سال و در دختران ۹ سال تمام «قمری» است (تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ ق.م).
۲. قانون مدنی در خصوص سن رشد ساکت است ولی رویه قضایی و اداری اثبات رشد را برای افراد ۱۸ سال تمام لازم نمی‌داند و آن را به افراد بالغ کمتر از ۱۸ سال اختصاص داده است؛ لذا اصولاً سن لازم برای انعقاد معامله ۱۸ سال شمسی است (نظریه مشورتی (۶)، ش. ۷۰/۲/۱۱-۷/۹۳۴).

۱ - تقسیم‌بندی بالا، قابل نقد است؛ زیرا عدم امکان معامله قییم با مولی‌علیه خویش (م ۱۲۴۰) به دلیل فقدان اهلیت «تمتع» است و ارتباطی به حجر (عدم اهلیت استیفاء) ندارد؛ به عبارت دیگر، موارد فوق‌الذکر از یک سنخ نیستند؛ توضیح آنکه عدم اهلیت تمتع، وضعیت شخصی است که فاقد حق بوده و نتیجتاً نمی‌تواند به طور مستقیم یا توسط نماینده خود، در مقام اعمال حق قرار گیرد زیرا اجرای حق، فرع بر داشتن حق است؛ در مقابل عدم اهلیت استیفاء (حجر) وضعیت شخصی است که نمی‌تواند به طور مستقیم حق خویش را اجرا کند اما می‌تواند این حق را از طریق نماینده قانونی خود اجرا کرده و طرف معامله قرار گیرد.

۳. امکان اثبات و احراز رشد، اختصاص به شخصی دارد که به سن بلوغ رسیده باشد و پیش از رسیدن به سن بلوغ، فرض بر عدم رشد است و اثبات خلاف آن ممکن نیست (ر.ک: عدل (۷)، صص ۱۲۳ و ۱۲۴).

ماده ۲۱۲: معامله با محجورین

معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است.

۱. اگر چه ماده ۲۱۲ ضمانت اجرای معامله محجورین را «بطلان» دانسته است ولی از مواد ۱۲۰۷ تا ۱۲۱۴ چنین استنباط می‌شود که در برخی موارد عدم اهلیت، موجب بطلان و در برخی موارد موجب عدم نفوذ و گاه تأثیری بر اعتبار قرارداد ندارد؛ چنانکه معامله مجنون و صغیر غیرممیز، همیشه «باطل» و معامله صغیر ممیز و غیر رشید، غالباً «غیر نافذ» و در مورد تملکات «مجانی»، «نافذ» است^۱ (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴).

۲. از آنجا که حجر صغیر ممیز جنبه حمایتی دارد، به نظر قانونگذار، اعمال حقوقی صغیر ممیز باطل نیست و نفوذ آن منوط به اراده ولی یا قیم کودک است.

۳. تصرف سفیه در اموال و حقوق مالی اش بدون اذن ولی یا قیم، غیر نافذ بوده و با تنفیذ نماینده قانونی او معتبر خواهد بود اما تملکات رایگان از جانب سفیه مانند قبول هبه، وصیت و صلح بی‌عوض، یا اعطای وکالت به دیگران در این امور و یا اعمال و اقدامات او در امور غیرمالی مانند نکاح، نافذ است.

۴. در خصوص مجنون ادواری که شخص در آن، مدتی در حال جنون است و مدت دیگر آفاقه پیدا می‌کند و باز دچار جنون می‌شود، در صورت صدور حکم جنون از سوی دادگاه، این حکم «اماره‌ای» بر بطلان همه معاملات مجنون خواهد بود و فردی که آفاقه مجنون در حالت انعقاد عقد را ادعا می‌کند باید اقامه دلیل کند و نمی‌تواند با وجود این اماره به اصل صحت (م ۲۲۳ ق.م) استناد نماید (قسمت اخیر ماده ۱۲۱۳ ق.م).

۵. انعقاد قرارداد کار با اشخاص کمتر از ۱۵ سال (اعم از پسر یا دختر) ولو با اجازه نماینده قانونی آن‌ها (ولی یا قیم) باطل و مستوجب مجازات کارفرما است (م ۷۹ و ۱۷۶ ق.ک)؛ بنابراین نظر به بطلان قرارداد اخیر، اولاً در صورت انجام کار توسط چنین کارگری، وی مستحق اجرت‌المثل است (م ۳۳۶

۱- آنچه مسلم است، ضرورت اصلاح و بازنگری در مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ است که هم در موضوع (مفهوم محجورین) و هم در حکم (ضمانت اجرای معامله محجورین) مجمل و متعارض است.

ق.م)، نه اجرت قراردادی^۱؛ ثانیاً چنین دعوایی در صلاحیت دادگاه عمومی است، نه مراجع حل اختلاف اداره کار.

ماده ۲۱۳: معامله با محجورین

معامله محجورین نافذ نیست.

۱. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، واژه محجور در این ماده به معنای «مفلّس» و «ورشکسته» می‌باشد (کاتوزیان(۵)، ص. ۲۰۹) (لنگرودی (۱)، ص ۱۷۶).

مبحث سوم: در مورد معامله

ماده ۲۱۴: مورد معامله

- مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند.
۱. منظور از «مورد معامله» در ماده فوق، «متعلق موضوع تعهد» است که متمایز از موضوع عقد و موضوع تعهد است؛ به عبارت دیگر، مورد معامله در معنای دقیق خود که همان ماهیت اعتباری عقد است به کار نرفته است که در این معنا مترادف با «موضوع عقد» است:
- «موضوع عقد»، عمل و فرایند حقوقی است که طرفین عقد به منظور محقق ساختن آن به انعقاد عقد با یکدیگر مبادرت می‌کنند. مثلاً اگر هدف طرفین تملیک عین معین به عوض معلوم باشد، موضوع عقد بیع است؛
 - «موضوع تعهد» (متعهدبه)، آن چیزی است که ذمه متعهد را در برابر متعهدله مشغول می‌کند که می‌تواند انتقال مالکیت یا تسلیم مال، انجام کار یا خودداری از انجام کار باشد در واقع موضوع تعهد، از آثار عقد است.
 - «متعلق موضوع تعهد»، همان شیئی است که باید منتقل یا تسلیم شود یا آن کاری است که انجام یا ترک آن خواسته شده است (ر.ک: لنگرودی، حقوق تعهدات، ش ۱۰).
۲. ویژگی‌های مورد معامله، عبارت است از:
- مالیت داشته باشد (مواد ۲۱۵ و ۳۴۸)؛
 - مشروع باشد (م ۲۱۵)؛

۱- البته اگر اجرت قراردادی از اجرت‌المثل بیشتر باشد مابه‌التفاوت اخیر از باب قاعده غرور قابل مطالبه است.

- عقلایی باشد (م ۲۱۵، ۵۷۰ و ۶۳۷)؛
- معلوم و معین باشد (مواد ۲۱۶ و ۳۴۲)؛
- ملک متعهد باشد؛ این شرط ناظر به فرضی است که موضوع تعهد تملیک یا تسلیم «مال کلی» باشد (م ۲۶۹)؛
- قابل نقل و انتقال باشد (م ۳۴۸)؛
- مقدور یا مقدورالتسلیم باشد (م ۳۴۸)؛
- موجود باشد (م ۳۶۱)؛ شرط «موجود بودن» ناظر به معامله عین معین است و در معامله عین کلی، لازم نیست آن عین، در زمان انعقاد عقد موجود باشد بلکه کافی است در زمان تسلیم موجود باشد.
- ۳. اگر مورد معامله از اموال «قیمی» باشد، باید «عین معین» باشد (ر.ک. به ش ۴ م ۲۱۶)؛ ولی مال مثلی ممکن است به صورت عین معین یا کلی در معین یا کلی فی ذمه، معامله شود.

ماده ۲۱۵: شرط مالیت داشتن و عقلایی بودن مورد معامله

مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.

۱. چنانچه مورد معامله، به لحاظ عرفی مالیت نداشته باشد (ملاک نوعی) اما از نظر متعاملین، ارزش مالی و معنوی داشته باشد (ملاک شخصی) و معامله کردن آن معقول باشد صحیح است (مانند یادگاری‌های خانوادگی) (رای اصراری، شماره ۵۸۹۲ - ۱۳۳۸/۱۱/۱۰ هیئت عمومی دیوانعالی کشور) (کاتوزیان، ۵، ص ۲۰۶).
۲. فروش اعضای بدن بعضاً صحیح است مثل فروش خون یا مو^۱.
۳. به اعتقاد برخی، مورد معامله در صورتی دارای «منفعت عقلایی» است که نیازی (اعم از مادی یا معنوی) را برآورده کند و سود آن بیش از زیان آن باشد (شهیدی، ۳۵، ش. ۲۴۲).

۱- در صحت انتقال اعضای بدن، پس از فوت تردیدی نیست (مستنبط از قانون پیوند اعضاء بیماران فوت شده مصوب ۱۳۷۹) و در زمان حیات نیز در صورتی که انتقال، موجب خاتمه حیات انتقال دهنده نشود و انتقال، متضمن منفعت عقلایی باشد اصولاً صحیح است؛ در خصوص اینکه آیا علاوه بر این دو شرط، لازم است که انتقال مجانی نیز باشد یا انتقال معوض اعضا هم صحیح است اختلاف نظر وجود دارد؛ توضیح آنکه انتقال اعضای بدن در زمان حیات، اگر مجانی باشد (مثلاً در قالب هبه یا صلح بلاعوض) تردیدی در صحت آن وجود ندارد ولو در آن شرط عوض شده باشد ولی در بیع و فروش اعضای بدن تردید شده است چرا که ممکن است فروش اعضای بدن، جهت کسب عوض، خلاف اخلاق حسنه محسوب شود. لکن به نظر می‌رسد، دست کم در بعضی از موارد، فروش اعضای بدن صحیح است چنانکه فقها بر جواز بیع شیر مادر و خون، به دلیل داشتن منفعت عقلایی، حکم نموده‌اند (شهید اول، لمعه، ص ۹۴؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۲۵).

۴. به اعتقاد برخی، هرگاه متعهد، عاقل و رشید باشد اما تحت شرایط خاصی، تعهد یا معامله‌ای کند که عقلایی نباشد مانند اینکه به خاطر احساسات تند، در یک سند، تمام هستی خویش را به زوجه‌اش صلح کند، صلح اخیر سفهی و باطل است (ر.ک: لنگرودی، حقوق تعهدات، ش ۱۳۸، ص ۹۷).
۵. اگرچه «ایده» اصولاً قابلیت ثبت در اغلب نظام‌های حقوقی دنیا از جمله ایران را ندارد لیکن مالیت داشته و معامله آن اصولاً معتبر است.
۶. اگر شخصی تعهد کند که فرزند دیگری را به طور غیرقانونی از مرز کشور خارج کند، قرارداد به دلیل نامشروع بودن تعهد باطل بوده و وجه پرداختی از این بابت قابل استرداد است (کتاب مجموعه نشست‌های قضایی، سال ۸۱، صص ۴۱ و ۴۲).

ماده ۲۱۶: شرط معلوم بودن مورد معامله (اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله)

مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

۱. مبهم در معنای خاص در برابر کلمه معلوم قرار دارد؛ ولی در معنای عام در مقابل معلوم و معین قرار دارد؛ به عبارت دیگر منظور ماده ۲۱۶ این است که مورد معامله باید «معلوم و معین» باشد.
۲. معین بودن با معلوم بودن متفاوت است و منظور از معین بودن، تعیین مصداق آن، در خارج است و تردید در مورد معامله، مانند ضمانت چند دین به نحو تردید، باطل است (م ۶۹۴ق.م) مگر در «عقد جعاله» (م ۵۶۴ق.م)؛ مضافاً بر اینکه مورد معامله باید معلوم باشد خواه مورد تعهد عین معین باشد یا کلی؛ در حالیکه معین بودن تنها در عقدی که موضوع آن، عین معین باشد، شرط صحت است و در معامله عین کلی، معلوم بودن کافی است.
۳. برای معلوم بودن مورد معامله، باید مقدار، جنس و وصف آن مشخص باشد.
۴. تعیین مقدار، جنس و وصف اساسی مورد معامله کافی است و سایر امور مثل ارزش مورد معامله یا وصف مرغوبیت آن می‌تواند در قرارداد مبهم باشد البته در صورتی که مورد معامله کلی باشد، منتخب نباید عرفاً معیوب باشد (م ۲۷۹ق.م) (کاتوزیان (۱۴)، ش ۳۹۶).
۵. بیان مشخصات، مشاهده، ارائه نمونه (م ۳۵۴)، شرط کردن (م ۳۵۵)، از جمله راه‌های معلوم کردن مورد معامله است.

۶. فروش مال قیمی به صورت کلی یا کلی در معین اصولاً باطل است زیرا اختلاف در بین افراد و مصادیق مال قیمی موجب مجهول شدن مورد معامله و غرر^۱ می‌شود.
۷. دادن اختیار تعیین مورد معامله به یکی از طرفین قرارداد یا ثالث، موجب غرر و بطلان معامله است.
۸. اگر شخصی پیشنهاد فروش خودرو پژو و پراید خویش را با ذکر قیمت مجزا به دیگری بدهد و خریدار یکی از آن دو را به نحو مشخص قبول نماید. بیع صحیح است مگر اینکه اثبات شود فروشنده قصد فروش توأمان آن دو را داشته است و تبعیض خلاف ایجاب باشد؛ اما اگر خریدار بدون ذکر اینکه کدام پیشنهاد را می‌پذیرد، اعلام قبولی کند اساساً عقدی واقع نمی‌شود زیرا مورد معامله باید معین باشد و تردید موجب بطلان بیع است.
۹. تفاوت بین عوض و معوض اعتباری است و شرایط لازم برای صحت هر یک اصولاً در دیگری نیز جاری می‌گردد مگر خلاف آن تصریح شود (امامی (۵۴)، ص ۸۷) (ملاک ماده ۴۳۷ ق.م)؛ بنابراین لزوم معلوم و معین بودن اختصاص به مبیع ندارد و در ثمن هم جاری است.
۱۰. در صورت عدم توافق طرفین در مقدار ثمن، عقد باطل است اما اگر ثمن معامله تعیین شود و سپس به دلایلی در میزان آن اختلاف شود، طبق اصل عدم زیاده، معامله با کمترین ثمن صحیح خواهد بود.
۱۱. به اعتقاد برخی از حقوقدانان، تعیین عقودی که در آن‌ها علم اجمالی کفایت می‌کند با قانون است (کاتوزیان (۵)، ذیل ماده ۲۱۶). نظیر جعاله (م. ۵۶۴)، ضمان (م. ۶۹۴)، کفالت (م. ۷۳۶)، صلح (م. ۷۶۶) و به اعتقاد برخی حواله (م. ۷۲۷)؛ اما به نظر می‌رسد در مواردی که «عرفاً» ماهیت عقد هم چنین اقتضا می‌کند باید علم اجمالی را برای صحت عقد کافی دانست. مثل عقد بیمه.
۱۲. منظور از «موارد خاصه» در ماده فوق، «عقود مسامحه‌ای و احتمالی» است.

۱- غرر مفهوم عرفی است که در احراز آن باید شرایط معامله را نیز در نظر گرفت؛ به عنوان مثال در برخی از قباله‌های نکاح مرسوم است که علاوه بر تعیین مهر، شرط می‌کنند زوج متعهد است سه دانگ اولین خانه‌ای را که خریداری می‌کند به زوجه منتقل کند؛ به نظر می‌رسد از آنجایی که شرط اخیر نوعی تعهد رایگان و مبتنی بر تسامح است جهل در آن موجب غرر نبوده و شرط اخیر صحیح است؛ اما اگر مهریه زوجه همین سه دانگ خانه مبهم باشد، مهر باطل است و زوجه مستحق مهرالمثل است (م ۱۱۰۰) زیرا مهر به مناسبت نکاح برقرار می‌شود و علمی مابین علم در عقود مغایره‌ای و مسامحه‌ای را می‌طلبد (امام خمینی ره) (ماده ۲۲۳ ق.م).

مبحث چهارم: در جهت معامله

ماده ۲۱۷: شرط مشروع بودن جهت معامله

در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الاً معامله باطل است.

۱. مشروع بودن جهت معامله، شرط صحت معامله نیست و نامشروع بودن جهت معامله، به خودی خود، اصولاً خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند چون بیان جهت انعقاد عقد، اصولاً الزامی نیست (صدر ماده ۲۱۷) مگر در مواردی که طبق قانون، بیان جهت عقد برای انعقاد عقد ضروری باشد که در این موارد جهت معامله باید الزاماً مشروع باشد تا عقد تشکیل شود.

۲. انگیزه‌ای نامشروع است که مغایر نظم عمومی باشد (م ۹۷۵ ق.م)؛ البته ادعای مغایرت، نیاز به اثبات دارد چراکه اصل بر مشروع بودن است (م ۲۲۳) و در موارد تردید، باید، حکم به صحت عقد نمود؛ چنانکه در «معامله با جهت^۱ فرار از دین واقعی (نه صوری)، اگرچه انگیزه معامل به لحاظ اخلاقی مورد نکوهش و مذمت است اما به دلیل غلبه جنبه خصوصی آن (مغایرت با حقوق طلبکار) بر جنبه عمومی آن، این معامله، جز در موارد استثنایی (م ۵۰۰ ق.ت)، باطل دانسته نشده است و ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد عقد در برابر طلبکار (م ۲۱ ق.ن.ا.م.م) یا عدم نفوذ (م ۶۵) جهت حمایت از طلبکار پیش‌بینی شده است و رضای طلبکار، همین نقیصه را نیز برطرف می‌کند. در حالیکه اگر معامله خلاف نظم عمومی باشد، باطل بوده و قابلیت تنفیذ ندارد.

۳. انگیزه نامشروع، زمانی سبب بطلان خواهد بود که اولاً جهت معامله باشد (یعنی انگیزه اصلی و مستقیم از انعقاد عقد باشد) ثانیاً وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد و طرفین از آن آگاه باشند؛ به عنوان مثال اگر الف از شخص ب پولی را قرض کند تا از شخص ج خانه‌ای را اجاره کرده و آن را به فعالیت شرکت‌های هرمی که ممنوع است اختصاص دهد؛ عقد قرض بین الف و ب صحیح است ولو شخص ب از انگیزه شخص الف مبنی بر اختصاص خانه به فعالیت‌های ممنوعه مطلع باشد زیرا جهت عقد قرض (انگیزه اصلی) اجاره یک باب خانه است که امر مشروعی است و انجام فعالیت ممنوعه در آن، هدف غیرمستقیم محسوب می‌شود؛ اما عقد اجاره، بین الف و ج باطل

۱- واژه «قصد» در ترکیب «معامله به قصد فرار از دین»، در معنای دقیق خود (نیت ایجاد معامله) به کار نرفته است و منظور از آن، «انگیزه و جهت» است؛ ماده ۲۱ ق.ن.ا.م.م نیز از عبارت «با انگیزه فرار از دین» استفاده نموده است.

است مشروط بر اینکه ج از انگیزه الف مطلع باشد زیرا هدف مستقیم الف از اجاره خانه، اختصاص آن به فعالیت‌های نامشروع است؛^۱ مصلحت عملی حمایت از استحکام معاملات نیز، موید ضرورت وجود هر دو شرط است.

۴. «جهت تعهد» (علت یا سبب تعهد)، امری نوعی و «جهت معامله» امری شخصی است. بدین معنا که تعهد هر یک از طرفین، جهت تعهد طرف دیگر را تشکیل می‌دهد و در معاملات مشابه جهت تعهد برای همه در هر زمان یکسان است اما «جهت معامله» انگیزه اصلی و بدون واسطه هر یک از طرفین در انعقاد عقد است، مانند خرید خانه برای سکنی یا ساختمان سازی (عدل (۷)، ص ۱۲۷).

۵. شیوه و وسیله بیان جهت، موضوعیتی ندارد و می‌تواند به صورت شرط ضمن عقد باشد^۲ یا با توجه به اوضاع و احوال، به نظر عرف، در حکم تصریح باشد؛ به عنوان مثال اجاره دادن خانه برای یک ساعت نیز معتبر است و اثبات نامشروع بودن انگیزه مستأجر که موجد در زمان انعقاد قرارداد از آن اطلاع نداشته است تأثیری در صحت اجاره ندارد مگر اینکه عرف محل حاکی از این باشد که چنین اجاره‌هایی برای انجام اعمال منافی عفت منعقد می‌شوند که در این صورت امر متعارف به منزله ذکر در عقد بوده و اجاره را بی‌اعتبار می‌کند (م ۲۲۵ ق.م).

۶. شرط «تصریح» جهت، به معنای محصور کردن وسیله اعلام نیست، بلکه اعلام بی‌اثر بودن انگیزه‌های پنهانی و لزوم آگاه ساختن طرف عقد است؛ پس صرف اطلاع از انگیزه نامشروع معامل برای بطلان عقد کافی است ولو در عقد بدان تصریح نشده باشد (کاتوزیان (۲۳)، ص ۱۴۴).

۷. چنانچه شرط نامشروع، علت اصلی و جهت عقد باشد، باطل و مبطل عقد خواهد بود (ن.خ: لنگرودی (۱)، ص ۱۷۹).

۱- به اعتقاد برخی، اگر خریدار تصریح کند که هدف او از خرید جوهر لیمو، حل کردن آن در آب و سپس فروش این محلول به عنوان آب لیمو است، چنین معامله‌ای صحیح است زیرا انگیزه مستقیم خریدار، حل کردن جوهر لیمو در آب است که امر مشروعی است و فروش محلول به جای آب لیمو، انگیزه غیرمستقیم خریدار است که جهت معامله (انگیزه مستقیم از معامله) محسوب نمی‌شود و نتیجتاً دلیلی بر شمول ماده ۲۱۷ بر چنین معامله‌ای وجود ندارد (شهیدی (۲۶)، صص ۳۸۸ و ۳۸۹).

۲- در عرف معاملات داخلی، معمولاً جهت معامله ذکر نمی‌شود ولی در قراردادهای خارجی، مرسوم است که جهت و داعی طرفین در قسمت مقدمه قرارداد (Preamble) ذکر می‌شود به عنوان نمونه، می‌توان به متن زیر اشاره نمود: «نظر به اینکه خریدار، جهت راه‌اندازی خط تولید شیشه‌های مشروبات الکلی، نیاز به تأمین مواد اولیه مندرج در این قرارداد را دارد».

۸. نامشروع بودن جهت ایقاع هم موجب بطلان آن است، اما در جایی که ایقاع دو طرفه است (یعنی اثر ایقاع، علاوه بر موقع، متوجه طرف ایقاع هم می‌شود) مانند ابراء، نامشروع بودن جهت در صورتی موجب بطلان است که طرف ایقاع از آن مطلع باشد.

ماده ۲۱۸: معامله صوری با قصد فرار از دین

هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده آن معامله باطل است.

۱. در ماده ۲۱۸ سابق (مصوب ۱۳۰۷) اولاً قید «صوری بودن معامله» وجود نداشت؛ ثانیاً معامله به قصد فرار از دین غیر نافذ تلقی شده بود.
۲. قانونگذار با افزودن قید «صوری بودن معامله» در اصلاحات سال ۷۰، ابهام ایجاد کرده است. در واقع حکم معامله به قصد فرار از دین که به طور صوری انجام نشده است، مسکوت گذاشته شده است.
۳. به نظر می‌رسد که بطلان در این ماده مستند به «صوری بودن معامله» و تعارض صورت با قصد است. در نتیجه معامله صوری اعم از اینکه به قصد فرار از دین باشد یا نباشد، باطل است. اما معامله واقعی به قصد (انگیزه) فرار از دین، بین دو طرف نافذ و در برابر اشخاص ثالث «غیر قابل استناد» می‌باشد (اصل ۴۰ ق.ا. و ماده ۲۱ ق.ن.ا.م.ا.^۱ (کاتوزیان (۲۳)، صص. ۱۴۶ و ۱۴۷).

۱- با توجه به ماهیت حق طلبکاران و حق انتقال گیرنده مال موضوع معامله به قصد فرار از دین و تعارض میان منافع این دو گروه، بهتر است از منظر تحلیل اقتصادی، میان فروض مختلف قائل به تفکیک شویم: ۱- اگر معامله به قصد فرار از دین، رایگان و مجانی باشد، انتقال گیرنده از یک سو عوضی را پرداخت ننموده است و از سوی دیگر باید از اوضاع و احوال و مجانی بودن معامله از انگیزه بدهکار مطلع می‌بود بنابراین طلبکاران را باید مقدم دانست و به آن‌ها حق داد که طلب خود را از مال موضوع انتقال استیفا نمایند و در تأیید این برداشت می‌توان از وحدت ملاک ماده ۶۵ ق.م. حکم به عدم نفوذ معامله رایگان به قصد فرار از دین نمود و به لحاظ مبانی فقهی نیز می‌توان، بر تقدم قاعده لاضرر بر اصل تسلیط توسل جست (م ۱۳۲ ق.م. و اصل ۴۰ ق.ا.); ۲- اما اگر معامله به قصد فرار از دین معوض باشد به نظر می‌رسد که باید حق را به خریدار با حسن نیت داد؛ به عبارت دیگر چون حق طلبکاران بر بدهکار «حق دینی» است بنابراین فروش مال از سوی بدهکار - ولو به قصد فرار از دین - خللی به حق خریدار وارد نمی‌کند؛ مصلحت عملی لزوم استحکام معاملات و حذف ماده ۲۱۸ قانون مدنی سابق نیز موید همین برداشت است مگر اینکه خریدار با حسن نیت نبوده و از انگیزه فروشنده مطلع باشد که در اینصورت شایسته حمایت نبوده و طلبکاران می‌توانند، با اثبات این موضوع، معامله را نادیده گرفته و به عنوان استثنایی بر اصل قابلیت استناد عقد، عین مال فروخته شده را به عنوان مال فروشنده (بدهکار) تلقی کرده و طلب خود را از آن استیفا نمایند؛ آنچه موید این برداشت و لزوم تفکیک عقد مجانی از معوض است اطلاق ماده ۶۵ ق.م (عدم تفکیک میان موقوف علیهم با حسن نیت و با سوء نیت) و قید لزوم اطلاع انتقال گیرنده در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۹۳) است؛ به لحاظ مبانی فقهی نیز می‌توان گفت، ضرر خریدار با حسن نیت با ضرر طلبکاران تعارض داشته و یکدیگر را ساقط می‌کنند و اصل اولیه که همان اصل تسلیط فروشنده بر مال خویش است اقتضای صحت معامله را دارد.

۴. اگر با وحدت ملاک از ماده ۲۱ ق.ن.ا.م.م، ضمانت اجرای معامله به قصد فرار از دین را، به عنوان یک قاعده کلی، بین طرفین صحیح و نافذ و در مقابل طلبکاران، غیرقابل استناد دانسته شود، مواردی که مقنن برای معامله به قصد فرار از دین، حکم خاصی را مقرر داشته است از شمول این قاعده کلی خارج است، از جمله ۱- وقف به قصد اضرار به دَیْتان که غیرنافذ و منوط به تنفیذ دَیْتان است (م ۶۵ ق.م)؛ ۲- معامله تاجر به قصد اضرار به طلبکاران قبل از توقف که تحت شرایطی، قابل فسخ است (م ۴۲۴ ق.ت)؛ ۳- معاملاتی که تاجر ورشکسته به قصد اضرار به طلبکاران پس از صدور حکم راجع به تصدیق قرارداد ارفاقی تا صدور حکم بطلان یا فسخ قرارداد ارفاقی، منعقد نموده است، باطل است (م ۵۰۰ ق.ت)؛ ۴- در صورتی که مودیان مالیاتی به قصد فرار از پرداخت مالیات، اقدام به نقل و انتقال اموال خود به همسر یا فرزندان نمایند، سازمان امور مالیاتی کشور می‌تواند نسبت به ابطال اسناد مذکور از طریق مراجع قضایی اقدام نماید (تبصره ماده ۲۰۲ قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحی ۱۳۸۰/۱۱/۲۷)؛ بنابراین معامله به قصد فرار از دین (که به صورت واقعی منعقد شده است) ممکن است، ۱- صحیح و قابل استناد و غیرقابل فسخ باشد (مانند معامله معوض به قصد فرار از دین که انتقال‌گیرنده از انگیزه انتقال‌دهنده آگاه نبوده است)؛ ۲- صحیح ولی غیرقابل استناد در مقابل ثالث (مانند معامله معوض به قصد فرار از دین که انتقال‌گیرنده از انگیزه انتقال‌دهنده آگاه بوده است)؛ ۳- صحیح ولی قابل فسخ (م ۴۲۴ ق.ت)؛ ۴- غیرنافذ (م ۶۵ ق.م)؛ ۵- باطل (ماده ۵۰۰ ق.ت)؛ ۶- قابل ابطال (تبصره م ۲۰۲ ق.م.م)؛ علی‌رغم این آشفتگی در ضمانت اجرای معامله به قصد فرار از دین که محتاج اصلاح و بازنگری است، ولی قاعده کلی مبنی بر صحت و عدم قابلیت استناد معامله (تحت شرایط مقرر در ماده ۲۱ ق.ن.ا.م.م ۱۳۹۳) به قوت خویش باقی است.

۵. معامله صوری بر دو گونه است: گاه طرفین عقد، قصد انجام هیچگونه عمل حقوقی را ندارند در این صورت عقد باطل است اما گاه طرفین قصد انجام عمل حقوقی خاصی را دارند اما عمداً ماهیت مورد نظر خود را پنهان کرده و عقد را در قالب دیگری واقع می‌سازند مثلاً در حالیکه نیت پدر هبه مال خود به یکی از فرزندان است، جهت جلوگیری از ایجاد اختلافات میان فرزندان، انتقال را در قالب بیع واقع می‌سازد؛ در این فرض عقد واقع شده صحیح است اما در صورت اثبات قصد مشترک آنچه واقع شده است تابع احکام هبه است نه بیع (ملاک ماده ۴۶۳ ق.م).

۶. برای تحقق معامله به قصد فرار از دین شرایط زیر لازم است (کاتوزیان، ۲۳)، صص ۱۴۹-۱۵۴):

- انجام یک عمل حقوقی از سوی مدیون، خواه معوض باشد یا مجانی، عقد باشد یا ایقاع؛
- به انگیزه فرار از دین باشد؛
- موجب اضرار به طلبکاران باشد؛ این شرط باید در زمان انعقاد عقد وجود داشته باشد یعنی ثابت شود که خروج مال از مالکیت بدهکار به ضرر طلبکاران بوده است؛ بنابراین اگر این شرط حین العقد وجود نداشته و بعداً ایجاد شود کافی نیست؛

- طلبکاران در طرح دعوی نفع داشته باشند؛ بنابراین اگر معامله در زمان انعقاد مضر به حال طلبکاران باشد ولی بعداً به واسطه تحصیل مال از سوی بدهکار، مابقی اموال وی کفاف بدهی‌ها را بدهد صرف قصد اضرار کفایت نمی‌کند (مستفاد از ماده ۲۱ ق.ن.ا.م).
 - دیون طلبکاران متضرر باید مسلّم و منجز باشد.
۷. اگر ثابت شود که مدیون پیش از تحقق طلب برای فرار از دین آتی، مقدمه‌سازی کرده و معامله به این منظور واقع شده، معامله با قصد فرار از دین محسوب خواهد شد (کاتوزیان، ۲۳، ص ۱۵۱).
۸. در معامله به انگیزه فرار از دین که به طور رایگان صورت گرفته باشد، ضرر مفروض بوده و طلبکار بی‌نیاز از اثبات آن خواهد بود.
۹. در معامله به انگیزه فرار از دین، ملاک، وجود دین واقعی در موقع انجام معامله است، نه ثبوت آن در دادگاه (رای شماره ۷۲۳۶، مورخ ۱۳۱۰/۸/۸ دیوانعالی تمیز).
۱۰. فروش اموالی که مشمول مستثنیات دین هستند ولو به انگیزه فرار از دین، اصولاً صحیح است و مشمول ضمانت اجراهای معامله به انگیزه فرار از دین نمی‌شود زیرا طلب طلبکار از محل مستثنیات دین قابل وصول نبوده و فروش آن‌ها اصولاً متضمن ضرری برای طلبکاران نیست (مصادیق مستثنیات دین در ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳ که از مرداد ۱۳۹۴ لازم‌الاجرا می‌باشد آمده است).
۱۱. معامله با انگیزه فرار از دین با احراز شرایط مندرج در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۳) جرم تلقی می‌شود و در صورتی که منتقل‌الیه نیز عالم به انگیزه انتقال‌دهنده باشد، در حکم شریک جرم است.^۱

ماده ۲۱۸ مکرر: تأمین خواسته

هر گاه طلبکار به دادگاه دادخواست داده و دلایل اقامه نماید که مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه می‌تواند قرار توقیف اموال وی را به میزان بدهی او صادر نماید که در این صورت بدون اجازه دادگاه حق فروش اموال را نخواهد داشت.

۱- معامله به انگیزه فرار از دین، در صورتی «جرم» است که راجع به دین ادعایی، رأی بر محکومیت مدیون صادر شده باشد؛ به عبارت دیگر، ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده ۲۱ ق.ن.ا.م. ۱۳۹۳، برخلاف ماده ۴ ق.ن.ا.م. ۱۳۷۷، شامل معامله به انگیزه فرار از دین موضوع اسناد لازم‌الاجرا (مانند مهریه یا چک) نمی‌شود؛ اصل لزوم تفسیر محدود قوانین جزایی نیز مؤید همین برداشت است (نظریه مشورتی (۶)، ۷/۹۵/۹۹-۱/۲۴-۱۳۹۵/۱) (رای وحدت رویه ۷۷۴-۱۳۹۸/۱/۲۰ دیوانعالی کشور).

۱. ماده بالا، متضمن قواعد شکلی راجع به تأمین خواسته است که باید در قانون آیین دادرسی مدنی مطرح شود، نه در قانون مدنی که متضمن قواعد ماهوی است (عابدیان (۳۶)، ص ۸۴) (ر.ک: مواد ۱۰۸ به بعد ق.آ.د.م).
۲. حکم این ماده، صرفاً ناظر به فروش اموال نیست و هر عمل حقوقی که مالکیت مدیون را به زیان طلبکاران از بین ببرد، اعم از صلح، هبه، وقف و ابرا را دربرمی گیرد (کاتوزیان (۵)، ص ۲۰۹)؛ به عبارت دیگر، فروش ناظر به مورد غالب است.
۳. تأمین در مورد طلب مؤجل و مستند به سند عادی نیز امکان پذیر است (کاتوزیان (۲۴)، ص ۱۳۳؛ ن.خ: شمس (۳۷)، ش. ۷۱۶).
۴. ظاهر ماده، نفوذ معامله مال توقیف شده را منوط به «اجازه دادگاه» دانسته است در حالیکه مطابق قواعد حقوقی، تنفیذ چنین معامله‌ای با طلبکار (ذینفع توقیف) است زیرا معامله به واسطه حفظ حقوق طلبکار غیرنافذ دانسته شده است؛ ملاک ماده ۵۷ ق.ا.ا.م^۱ نیز مؤید همین برداشت است.

فصل سوم: در اثر معاملات

مبحث اول: در قواعد عمومی

ماده ۲۱۹: اصل لزوم عقد – اصل الزام آوری عقد

عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

۱. قدرت الزام آوری منابع حقوقی (مستنبط از مواد ۱۰، ۵۴، ۹۷۵ ق.م.) به ترتیب عبارت است از:

- قوانین امری؛
- قرارداد؛
- عرف؛
- قوانین تکمیلی (تفسیری یا تعویضی یا تخییری).

۱- ماده ۵۷ ق.ا.ا.م: «هرگونه قرارداد یا تعهدی که نسبت به مال توقیف شده بعد از توقیف به ضرر محکوم له منعقد شود نافذ نخواهد بود مگر اینکه محکوم له کتباً رضایت دهد» (همچنین رجوع کنید به ماده ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی سابق مصوب ۱۳۱۸).

۲. فایده ترتیب فوق در قدرت الزام آوری منابع حقوقی، در موارد تعارض آنها با یکدیگر است. مثلاً در تعارض عرف یا قوانین تکمیلی با قرارداد، مفاد قرارداد حاکم است، خواه صریح باشد یا ضمنی و در تعارض عرف با قانون تکمیلی، عرف حاکم است؛ زیرا فرض این است که مردم به عرف آگاه‌تر هستند.

۳. این ماده، متضمن دو اصل است:

• «اصالة اللزوم»، یعنی اصل بر این است که همه عقود لازم هستند و عقود جایز و خیار استثناء می‌باشند؛

• «اصل قدرت اجبارکننده عقد»، یعنی تا زمانی که عقد منحل نشده، طرفین ملزم به اجرای تعهدات ناشی از آن هستند، خواه عقد لازم باشد یا جایز.

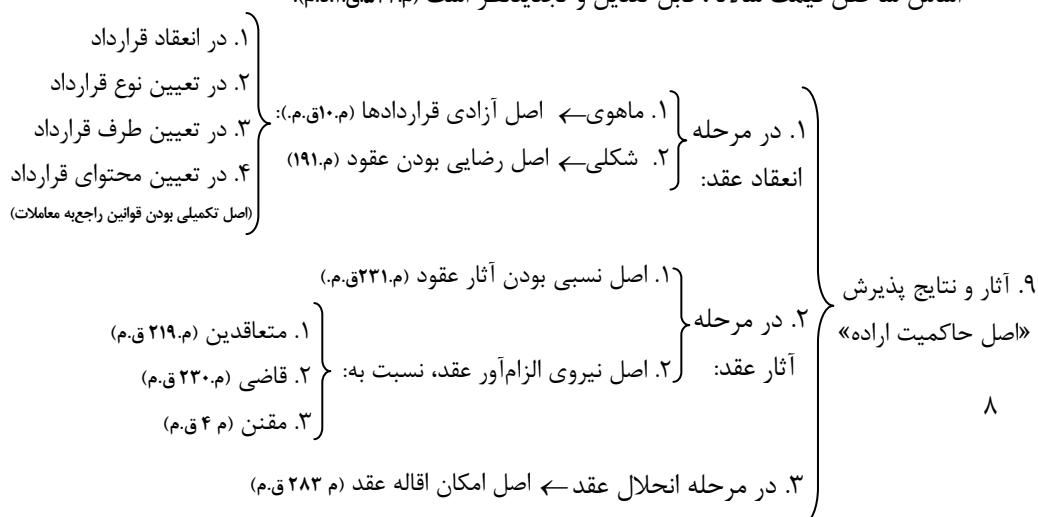
۴. اصل لزوم در ایقاع هم جاری می‌شود و حتی خیار شرط هم در آن راه ندارد.

۵. قائم مقامی ممکن است عام باشد (مانند وارثان) یا خاص باشد (منتقل‌الیه در بیع ماشین نسبت به عقد بیمه).

۶. منظور از عبارت «علت قانونی»، مجوز قانونی است که به یکی از طرفین امکان منحل کردن یکجانبه قرارداد را می‌دهد که ممکن است به استناد جایز بودن عقد صورت گیرد و یا خیار فسخ یا حق رجوع در عقد لازم (لنگرودی (۱)، ص ۱۸۹؛ عدل (۷)، ص ۱۲۹).

۷. ملزم بودن قائم‌مقام طرفین عقد، به تعهدات ناشی از عقد، مؤید این استنباط است که تعهد، اصولاً با فوت متعهد از بین نمی‌رود (لنگرودی (۱)، ص ۱۹۰).

۸. اصولاً قاضی نمی‌تواند به استناد تغییر اوضاع و احوال در قرارداد تجدیدنظر نماید، مگر اینکه طرفین یا قانون این اختیار را به قاضی داده باشند، مانند اعطای مهلت به مدیون (مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ ق.م.) یا امکان تعدیل اجاره‌بها هر سه سال یکبار در قراردادهای اجاره مشمول قانون ۱۳۵۶ یا امکان اعطای مهلت جهت تخلیه عین مستأجره (م ۹ ق.م.م ۱۳۶۲) یا دیونی که موضوع آنها «وجه رایج» است که بر اساس شاخص قیمت سالانه، قابل تعدیل و تجدیدنظر است (م. ۵۲۲ ق.آ.د.م.).



سرفصل های دوره آموزشی جامع حقوق کسب و کار	
ردیف	عنوان
۱	اصول کلی قراردادنویسی
۲	تکنیک ها و فنون نانوشته قراردادنویسی
۳	اشتباهات رایج در تنظیم قراردادها
۴	کارگاه عملی تنظیم قرارداد
۵	مسائل حقوقی راه اندازی کسب و کار
۶	نکات کاربردی شرکت های تجاری ۱
۷	نکات کاربردی شرکت های تجاری ۲
۸	نکات کاربردی شرکت های تجاری ۳
۹	نکات حقوقی اسناد تجاری ۱
۱۰	نکات حقوقی اسناد تجاری ۲
۱۱	نکات کاربردی قانون مالیات های مستقیم
۱۲	نکات حقوقی مالیات بر ارزش افزوده
۱۳	دادرسی مالیاتی و نحوه دفاع در مراجع مالیاتی
۱۴	نکات حقوقی بیمه تأمین اجتماعی
۱۵	نحوه دفاع در هیئت های تأمین اجتماعی
۱۶	تکنیک های تنظیم قرارداد کار
۱۷	آیین دادرسی حقوق کار
۱۸	حقوق مالکیت فکری و ثبت اختراع
۱۹	ثبت نام و علامت تجاری
۲۰	حقوق تجارت الکترونیکی

اطلاعات تماس موسسه حقوقی دادبانان

وب سایت: www.dadbanan.ir
 تلگرام: [dadbanandalawfirm](https://t.me/dadbanandalawfirm)
 اینستاگرام: [dadbanan](https://www.instagram.com/dadbanan)

دپارتمان مشاوره حقوقی: ۰۲۱-۲۲۵۸۰۱۳۷
 دپارتمان آموزش و ثبت نام: ۰۲۱-۲۲۵۸۵۵۵۰
 دپارتمان انتشارات دادبانان: ۰۲۱-۲۲۵۸۴۹۰۰