

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قانون مدنی از منظر دکترین حقوقی  
«موارد متعارض، اختلافی و مسکوت»  
به انضمام نظرات اختصاصی شارح ممتاز قانون مدنی  
دکتر ناصر کاتوزیان



مؤلفان

رضا کریمی منفرد

تحصیلکرده مقطع دکتری حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه

آیدین لطف اله زادگان

کارشناس حقوق قضائی و پژوهشگر حقوق خصوصی

انتشارات چتر دانش

سرشناسه	: کریمی منفرد، رضا، ۱۳۴۹ -
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: قانون مدنی از منظر دکترین حقوقی «موارد متعارض، اختلافی و مسکوت» به انضمام نظرات اختصاصی شارح ممتاز قانون مدنی دکتر ناصر کاتوزیان / مولفان رضا کریمی منفرد، آیدین لطفاله‌زادگان.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۴۰۲.
مشخصات ظاهری	: ۳۳۰ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۶۲۰-۷
وضعیت فهرست نویسی: فیبا	
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۳۲۲ - ۳۳۰.
موضوع	: قانون مدنی -- ایران Civil law -- Iran
شناسه افزوده	: لطفاله‌زادگان، آیدین، ۱۳۶۸-
شناسه افزوده	: کاتوزیان، ناصر، ۱۳۰۶ - ۱۳۹۳.
رده بندی کنگره	: KMH۵۰۰
رده بندی دیویی	: ۳۴۷/۵۵
شماره کتابشناسی ملی	: ۹۲۷۶۶۸۱
اطلاعات رکورد کتابشناسی: فیبا	

نام کتاب	: قانون مدنی از منظر دکترین حقوقی «موارد متعارض، اختلافی و مسکوت» به انضمام نظرات اختصاصی شارح ممتاز قانون مدنی دکتر ناصر کاتوزیان
ناشر	: چتر دانش
مؤلفان	: رضا کریمی منفرد، آیدین لطفاله‌زادگان
نوبت و سال چاپ	: اول - ۱۴۰۲
شمارگان	: ۱۰۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۶۲۰-۷
قیمت	: ۲۲۰۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ منبری جاوید(اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸  
تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳  
پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com  
کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

## سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرترفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند.

منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آن‌ها از یک سو و تناسب آن‌ها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت‌گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی به منصه‌ی ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش

# پیشگشی ناچیز است به:

جهادگران عرصه علم حقوق که عمر گرانمای خود را صرف پاسداشت و اعلمای  
دانش حقوق در این مرز و بوم نمودند

## فهرست

- باب اول: موارد متعارض ۱۱**.....
- بخش اول: مواد ۳۴ و ۳۵۸ قانون مدنی ..... ۱۳
- بخش دوم: مواد ۴۵ و ۵۱ قانون مدنی ..... ۱۹
- بخش سوم: مواد ۵۹ و ۶۱ قانون مدنی ..... ۲۲
- بخش چهارم: مواد ۸۵۱ و ۸۵۲ قانون مدنی ..... ۲۵
- بخش پنجم: مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی ..... ۲۹
- بخش ششم: مواد ۷۸۷ و ۷۸۸ قانون مدنی ..... ۳۲
- بخش هفتم: مواد ۱۸۳ و ۳۳۸ قانون مدنی ..... ۳۵
- بخش هشتم: ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی با تبصره آن ..... ۳۹
- بخش نهم: ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی با ماده ۵۹۰ قانون تجارت ..... ۴۰
- بخش دهم: مواد ۷۹۳ و ۷۹۴ قانون مدنی ..... ۴۳
- بخش یازدهم: مواد ۱۰۳۷ و ۱۰۳۸ با مواد ۷۹۵ به بعد قانون مدنی ..... ۴۴
- بخش دوازدهم: مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ با ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی ..... ۴۷
- بخش سیزدهم: مواد ۵۴۰ و ۵۰۴ قانون مدنی ..... ۴۹
- بخش چهاردهم: ماده ۵۱۶ قانون مدنی و ماده ۳۸۶ قانون تجارت ..... ۵۰
- باب دوم: موارد اختلافی و مسکوت ۵۳**.....
- بخش اول: ماهیت حقوقی معامله فضولی ..... ۵۵
- بخش دوم: اثر حقوقی اشتباه در رد و اجازه معامله فضولی ..... ۶۴
- بخش سوم: حکم ایقاعات فضولی و اکراهی ..... ۶۶
- بخش چهارم: تردید در معاملات مجنون ادواری (قصد انشاء مجنون ادواری در زمان مشکوک) ..... ۷۳
- بخش پنجم: حکم سوء استفاده از اضطرار ..... ۸۰
- بخش ششم: تعامل یا تناقض عقد صلح با ماده ۱۰ قانون مدنی ..... ۸۷
- بخش هفتم: تعارض مالکیت سابق و تصرف فعلی و اقرار ذوالید ..... ۸۹
- بخش هشتم: معاملات سفهی ..... ۹۰

- بخش نهم: معامله با خود ..... ۱۰۰
- بخش دهم: شمول یا عدم شمول شرایط صحت عقود نسبت به شروط ..... ۱۱۰
- بخش یازدهم: ضمانت اجرای معامله به قصد فرار از تادیه دین ..... ۱۱۷
- بخش دوازدهم: ماده ۲۶۵ ق.م (اماره یا اصل عدم مدیونیت) ..... ۱۲۴
- بخش سیزدهم: خیار شرط مادام العمر ..... ۱۲۷
- بخش چهاردهم: نکاح شخص سفیه ..... ۱۳۳
- بخش پانزدهم: وضعیت مهریه در صورت تدلیس زوجه در عقد نکاح و وقوع نزدیکی ..... ۱۴۰
- بخش شانزدهم: ابراء نفقه آینده زوجه ..... ۱۴۳
- بخش هفدهم: ماهیت ابراء (اسقاط یا تملیک، عقد یا ایقاع) ..... ۱۴۵
- بخش هجدهم: وقف پول ..... ۱۵۰
- بخش نوزدهم: صاحب خیار حیوان ..... ۱۵۵
- بخش بیستم: اسقاط یا عدم اسقاط خيارات بر مبنای ضرر در صورت رفع ضرر ..... ۱۵۸
- بخش بیست و یکم: انتقال حق خیار به اشخاص ثالث ..... ۱۵۹
- بخش بیست و دوم: اصل یا استثناء بودن ضمان معاوضی ..... ۱۶۱
- بخش بیست و سوم: محدوده خیار عیب ..... ۱۶۳
- بخش بیست و چهارم: ماهیت حقوقی اقاله ..... ۱۶۶
- بخش بیست و پنجم: وضعیت معامله در صورت تدلیس شخص ثالث ..... ۱۷۱
- بخش بیست و ششم: وضعیت ید امین در حالت ترک تقصیر ..... ۱۷۴
- بخش بیست و هفتم: اعمال خيارات در عقود جایز ..... ۱۷۹
- بخش بیست و هشتم: عهدی یا تملیکی بودن بیع کلی ..... ۱۸۱
- بخش بیست و نهم: ماهیت ایفای دین به غیر جنس ..... ۱۸۷
- بخش سی ام: شرطیت تقابض در مجلس عقد در بیع صرف ..... ۱۹۰
- بخش سی و یکم: پذیرش یا عدم پذیرش بیع کالی به کالی ..... ۱۹۲
- بخش سی و دوم: شرط تقدیم (تعجیل) در انتقال مالکیت ..... ۱۹۶
- بخش سی و سوم: عقد قرض، عینی است یا رضایی ..... ۱۹۹
- بخش سی و چهارم: ماهیت جعاله ..... ۲۰۳

۲۰۸	بخش سی و پنجم: ماهیت حقوقی اداره فضولی مال غیر
۲۰۹	بخش سی و ششم: عقد شرکت جایز است یا لازم
۲۱۳	بخش سی و هفتم: ماهیت تقسیم در عقد شرکت
۲۲۱	بخش سی و هشتم: صحت یا عدم صحت شرکت اعمال (خدمات)
۲۲۶	بخش سی و نهم: ضمان از اعیان مضمونه
۲۳۰	بخش چهلم: امکان درج شرط خیار در عقد ضمان نقل ذمه
۲۳۵	بخش چهل و یکم: ماهیت حقوقی وصیت تملیکی (عقد یا ایقاع)
۲۴۳	بخش چهل و دوم: وصیت مازاد بر ثلث در فرض فقدان وارث برای موصی
۲۴۹	بخش چهل و سوم: قتل عمدی حاجب و موصی و بحث معاونت در قتل عمد
۲۵۲	بخش چهل و چهارم: ارث قبولی در وصیت تملیکی
۲۵۶	بخش چهل و پنجم: موضوع عقد و کالت
۲۶۲	بخش چهل و ششم: ضمان اخذ بالسوم
۲۶۸	بخش چهل و هفتم: آثار انحلال عقد منشاء دین بر حواله
۲۷۴	بخش چهل و هشتم: ماهیت حقوقی گارانتی
۲۷۹	بخش چهل و نهم: شرط عدم ازدواج مجدد زوج
۲۸۴	بخش پنجاهم: شرط نتیجه معلق
۲۸۸	بخش پنجاه و یکم: ماهیت قرارداد اختیار معامله
۲۹۰	بخش پنجاه و دوم: ماهیت اجاره به شرط تملیک
۲۹۵	بخش پنجاه و سوم: تایم شرینگ (مالکیت زمانی)
۲۹۹	نظرات اختصاصی استاد دکتر ناصر کاتوزیان
۳۲۲	فهرست منابع و مآخذ

## مقدمه

آنچه که پیش روی شما است تحقیقی پیرامون موارد مسکوت، مجمل و اختلافی قانون مدنی از منظر فقهای معظم و حقوقدانان برجسته است شاید از خود بپرسید مطالعه چنین مواردی چه سود و فایده‌ای دارد باید در پاسخ گفت زبان حقوقی هر کشور ساخته علمای حقوق است و همین زبان است که وسیله تفهیم معانی به دانشجویان قرار می‌گیرد و قانونگذار نیز از آن پیروی می‌کند همچنین قواعد ساخته علمای حقوق از چنان جایگاهی برخوردارند که در تعمیق درک ما از قواعد و مفاهیم حقوقی نقش مؤثری ایفا نموده و نام آن همواره در کنار قانون، رویه قضایی و عرف ذکر می‌شود تا جایی که در حقوق کشور ما نظریات علمای حقوق به صورت محدود به عنوان منبع تکمیلی حقوق پذیرفته شده است و این مطلب در برخی از آراء صادره از دادگاه‌ها نیز قابل مشاهده است<sup>۱</sup> و اما در مورد فقه،

---

۱- «پیرامون دادخواست خواهان خانم .... با وکالت خانم ..... به طرفیت خواننده آقای ..... به خواسته صدور حکم به ملاقات فرزند فرزند (نوه) به انضمام پرداخت خسارات دادرسی و حق الوکاله وکیل بدین شرح که خواهان و وکیل وی در جلسه دادگاه و در متن دادخواست بیان داشته‌اند موکل مادر همسر سابق خوانده می‌باشد که در سال ۱۳۹۱ دختر خواهان به عقد دائمی خوانده درآمد و در همان سال دوقلو باردار شده اما متأسفانه به علت وضعیت بد جسمی و فشارخون بالا فرزند موکل ..... همراه یکی از قل‌ها فوت می‌شوند و فقط فرزند دختر که قل دیگر بوده زنده می‌ماند و موکل در حال حاضر مادر بزرگ این بچه دو سال و پنج ماهه دختر می‌باشد اما خواننده محترم علی‌رغم اینکه می‌داند این خانم داغدار است و نیاز به دیدار فرزند دخترش دارد از ملاقات مادر بزرگ با نوه ممانعت به عمل می‌آورد و با وجود مراجعت های مکرر مادر بزرگ (خواهان) این حق را از موکل دریغ می‌نماید. در ضمن موکل دارای دو فرزند بوده که یکی خارج از کشور است و دیگری همسر سابق خواننده بوده که فوت نموده و تنها دلخوشی وی نوه باقی مانده از زندگی دخترش بوده است. خواننده در دفاع بیان داشته که بعد از فوت همسر به علت عدم حمایت هر دو خانواده تنها شدم و از طرفی زندگی فعلی بنده حریم خصوصی من می‌باشد و اجازه ورود به این حریم را به کسی نمی‌دهم در ضمن حق ملاقات مربوط به ابوین می‌باشد لذا دادگاه با توجه به اوراق و محتویات پرونده خواسته خواهان را موجه و قانونی می‌داند چرا که: ۱- داشتن رابطه نسبی خواهان به عنوان مادر بزرگ مادری فرزند فرزند به نام ..... که دو سال و پنج ماه می‌باشد به موجب اوراق شناسایی و شناسنامه‌های پیوست پرونده و اقرار خواننده در جلسه رسیدگی برای دادگاه محرز می‌باشد. در نتیجه یکی از تکالیف خواهان به موجب ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی الزام به انفاق نفقه اقارب تحت شرایط و ترتیب ماده مذکور می‌باشد لذا همچنان که اجداد و جدات مادری می‌بایست نفقه اقارب خود از جمله اولاد اولاد را تحت شرایطی پرداخت نمایند در مقابل این تکلیف قانونی به نظر دادگاه ذی حق در ملاقات فرزند فرزند خود نیز می‌باشند و از لوازم این تکلیف بدون شک داشتن حق ملاقات با اقارب از جمله اولاد اولاد است. ۲- هر چند حضانت و نگهداری طفل هم حق و هم تکلیف ابوین است اما با فوت همسر سابق خواننده و دختر خواهان در هنگام زایمان هر یک از خواهان و خواننده قصد این را دارند که یادگار مشترک این رویداد ناگوار را که همان اولاد اولاد می‌باشد را پیش خود نگه داشته تا شاید با مهر علاقه این کودک بتواند خاطره این جدایی غیر



اهمیت و جایگاه آن در نظام تقنینی کشور تا جایی است که وقتی سخن از منابع حقوق به میان می‌آید منظور فقه است بر همین مبنا قانون اساسی با تأکید بر اسلامی بودن نظام قانون‌گذاری در کشور بر اصل ضرورت عدم مخالفت قوانین و مقررات کشور با مبانی فقهی و موازین شرعی و احکام اسلامی پافشاری می‌کند و از جمله اصل ۴ قانون اساسی صراحتاً مقرر می‌دارد «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است»

### خواننده عزیز پیش از مطالعه کتاب توجه به نکات زیر ضروری است:

۱- اهمیت مطالعه تطبیقی نهادهای حقوقی تا حدی است که برخی از حقوقدانان اعتقاد دارند که مطالعه‌ای را که صرفاً به پدیده‌های محصور در مرزهای کشور می‌پردازد نمی‌توان علم نامید مطابق این نظریه مطالعه تطبیقی تنها روشی است که حقوق را تبدیل به یک علم می‌کند به همین خاطر در این کتاب سعی شده است تا حکم موارد مختلف علاوه بر حقوق

---

منتظره را فراموش نکنند. در نتیجه خواننده نمی‌تواند از حق خود مبنی بر داشتن حضانت سوء استفاده نموده و مانع ملاقات فرزند خود با مادر بزرگ مادری گردد در اصل ۴۰ قانون اساسی نیز بیان شده است که هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد و به نظر دادگاه اقدام خواننده در ایجاد مانع ملاقات نه تنها سبب ضرر به خواهان از حیث روحی می‌گردد این اقدام بر خلاف مصلحت و تربیت روانی طفل بوده و محروم کردن طفل از ملاقات با خویشان و اقوام نزدیک وی به خصوص پدر بزرگ و مادر بزرگ (مادری، پدري) بدون عذر موجه مطابق با روح قوانین، انصاف و عدالت و فلسفه حاکم بر روابط خانوادگی نمی‌باشد این نظر نیز توسط حقوقدانانی که در این خصوص قلم زده اند تایید گشته است. (مرحوم دکتر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، خانواده، نشر دادگستر صفحه ۳۸۶ چاپ اول) و (دکتر سید حسین صفایی و دکتر اسداله امامی مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، صفحه ۳۵۱، چاپ نهم). لذا دادگاه با توجه به ادله فوق و با لحاظ اختلاف طرفین در تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات آن در ملاقات، با استناد به مواد ۸۶۱ و ۸۶۲ و ۱۶۸ و ۱۱۷۴ و ۱۱۹۹ از قانون مدنی و مواد ۱ و ۴ و ۱۱ و ۵۴ از قانون حمایت خانواده و مواد ۱ و ۲ و ۳ و ۱۹۸ و ۳۳۱ و ۱۵ و ۱۸ و ۵ و ۱۹ و ۵۲ از قانون آیین دادرسی مدنی و اصل ۴۰ قانون اساسی حکم به ملاقات خواهان با فرزند فرزند خویش (نوه) به نام ر.خ. در حال حاضر دو سال و پنج ماهه هر دو هفته یکبار، یک روز جمعه از ساعت ۸ صبح تا ۸ شب و مکان تحویل طفل نیز واحد مددکاری کلانتری ۱۶۶ لواسانات و حکم به محکومیت خواننده به پرداخت خسارت دادرسی مطابق تعرفه قانونی اعم از حق الوکاله و هزینه ی دادرسی صادر و اعلام می‌دارد. رای صادره حضوری محسوب و ظرف مدت ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر خواهی در یکی از محاکم محترم دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد. دادرسی شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی بخش لواسانات - یونس راجی» (رای شماره ۹۴۰۹۹۸۲۲۱۸۱۰۰۵۴۳ مورخ ۱۳۹۵/۰۱/۲۵)

ایران از یک سو و تا آنجا که ممکن است از نظر نظام‌های حقوقی کشورهای دیگر نیز مورد مطالعه و تطبیق قرار بگیرد.

۲- در این کتاب از منابع معتبر حقوقی و فقهی استفاده شده و از لا به لای متون فقهی و کتب مرتبط نکات مهم استخراج و در این کتاب مورد استفاده قرار گرفته است.

۳- به حکم اینکه کار بشری خالی از نقص نیست خصوصاً که ابتدای راهی نرفته است. و خامی و کم تجربگی بار ما در این سفر بوده است این تجربه نیز خالی از عیب و ایراد نیست و امکان دارد لغزش‌هایی هر چند اندک رخ داده باشد لذا دست همه سرورانی که با دلسوزی این عیوب را در جهت اصلاح متذکر گردند صمیمانه می‌فشاریم البته به قول یکی از اساتید معظم از ترس اشتباه نمی‌توان به گوشه عزلت خزید زیرا علم را پایانی نیست و نمی‌توان آن را در مکان و زمان خاصی محدود نمود و آن را فقط مختص عده‌ای دانست.

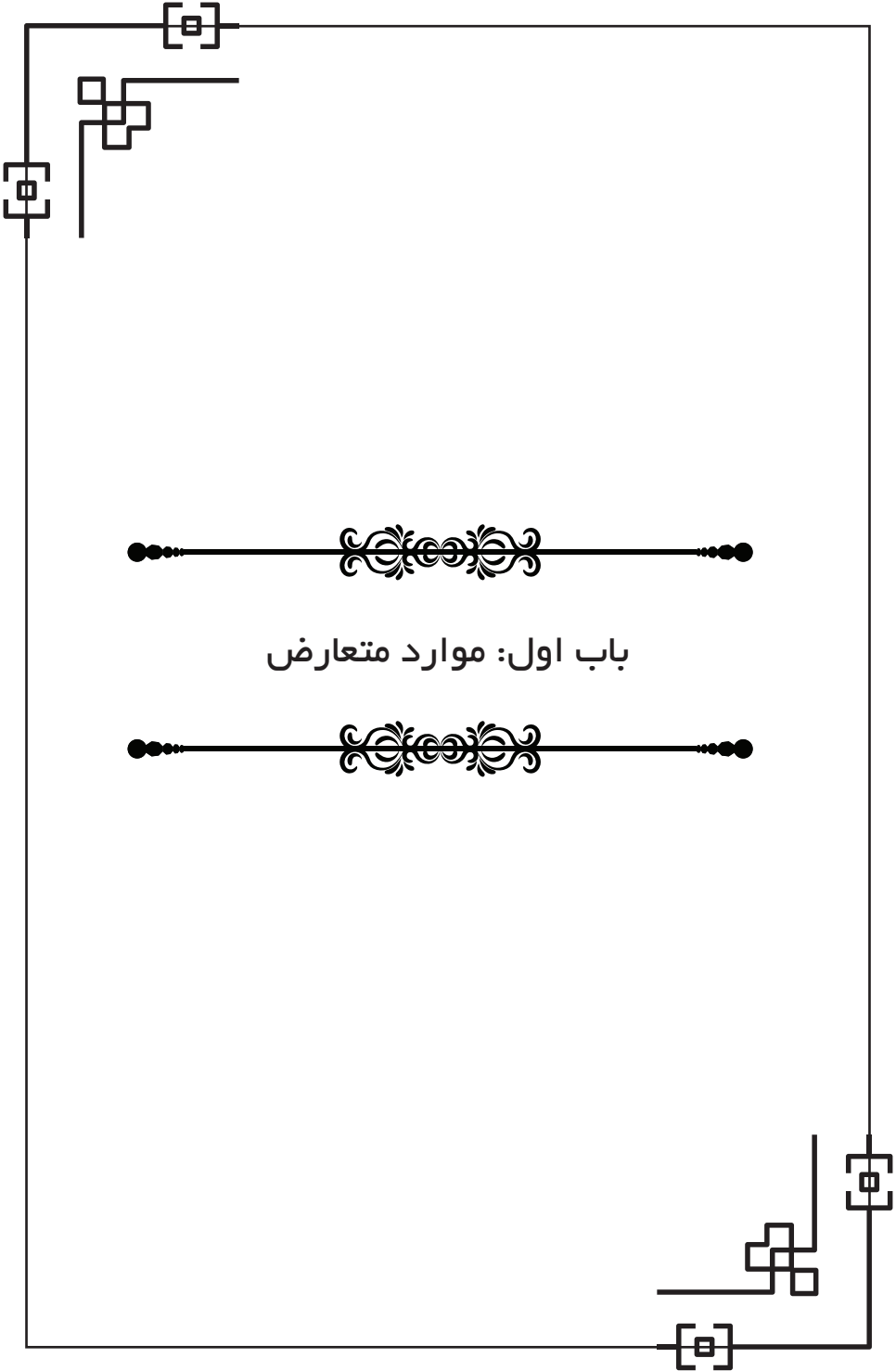
امید است ما حاصل این تلاش گسترده و طولانی که با تکیه بر تجربیات و تدریس چندین ساله استاد بزرگوار و عزیزم جناب دکتر کریمی منفرد در دانشگاه‌ها نگاشته شده کتابی باشد که نه تنها به عنوان منبع کاملی برای دانشجویان و داوطلبان آزمون‌های حقوقی در یادگیری حقوق مدنی بکار آید بلکه مورد توجه اساتید دانشگاه‌ها و موسسات حقوقی جهت تدریس حقوق مدنی و نیز سایر کارگزاران حقوقی اعم از وکلا و قضات قرار گیرد تا با نگاه تیزبین خود و ارائه نظرات، ما را در افزایش کیفیت و رفع نواقص این کتاب یاری نمایند.

آیدین لطفاله زادگان - رضا کریمی منفرد

خرداد ماه ۱۴۰۲

کانال تلگرامی:

@asan-hoghogh





## بخش اول: مواد ۳۴ و ۳۵۸ قانون مدنی

### ● متن مواد قانونی

ماده ۳۴ ق.م «نتاج حیوانات در ملکیت، تابع مادر است و هر کس مالک مادر شد مالک نتاج آن هم خواهد شد».

ماده ۳۵۸ ق.م «نظر به دو ماده فوق<sup>۱</sup> در بیع باغ اشجار و در بیع خانه ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود متعلق به مشتری می‌شود و بر عکس زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود در هر حال طرفین عقد می‌توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند<sup>۲</sup>».

---

۱- منظور این دو ماده است:

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

ماده ۳۵۷ «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد»

۲- ماده ۳۵۸ یک قاعده تکمیلی است. بنابراین استثنایی و خاص بیع نبوده و با کمک تفسیر موسع می‌توان در موارد مشکوک و مسکوت مانند صلح و معاوضه حیوان باردار نیز از این قاعده استفاده کرد.

## ● طرح بحث

شاید در ابتدای امر اینگونه به نظر برسد که میان ماده ۳۴ قانون مدنی و ماده ۳۵۸ تعارض وجود دارد زیرا با توجه به عبارت‌هایی (مانند فعل مجهول شود در کنار فعل مضارع خواهد شد) که در ماده ۳۴ قانون مدنی استفاده شده است این گونه به ذهن متبادر می‌شود که اگر حیوان حاملی فروخته شود حمل نیز در مالکیت کسی که حیوان حامل را خریده است در می‌آید یعنی خریدار حیوان ماده اصولاً مالک نتاج حیوان نیز می‌باشد اگرچه مبیع فقط حیوان ماده باشد و در ماده ۳۵۸ قانون مدنی می‌گوید در بیع حیوان ماده نتاج اصولاً به خریدار منتقل نمی‌شود مگر به این تبعیت در متن عقد تصریح شده یا حمل عرفاً از توابع آن به شمار آید بنابراین در ظاهر این گونه است که طبق ماده ۳۵۸ حمل در اثر تملیک تابع مورد معامله به شمار نمی‌آید در حالی که در ماده ۳۴ جز توابع مبیع شمرده شده و کاملاً واضح است که تابع بودن و نبودن موضوع واحد (حمل حیوان) در عقد واحد (بیع) مصداق بارز تعارض خواهد بود.

## ● حل تعارض

با دقت نظر در این مواد باید به طور قاطع باید گفت که اصلاً تعارضی میان این دو ماده وجود ندارد چنانکه اسلاف حقوقدانان نیز به وجود تعارض میان این دو ماده هیچ اشاره‌ای نکرده‌اند از جمله دکتر سید علی حائری شاه باغ در کتاب شرح قانون مدنی در ذیل هر دو ماده هیچگونه تعارضی را ذکر نکرده است. اما چگونه میان این دو ماده با توجه به ظاهر آن‌ها تعارضی وجود ندارد؟ در پاسخ باید خاستگاه و سیر تاریخی این دو ماده را در نظر گرفت و نه ظاهر آن‌ها را. قانون مدنی ماده ۳۴ را در بحث اموال و مالکیت ذکر نموده است و ماده ۳۵۸ را ضمن عقد بیع از عقود معین بیان کرده است بنابراین ماده ۳۴ مربوط به نظریه مالکیت تبعی است در حالی که ماده ۳۵۸ به تبعیت مال در نقل و انتقالات مربوط می‌شود چون در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون مدنی دو فرع بارز از مالکیت تبعی مطرح شده یکی نمائات زمین است و دیگری حمل حیوان قانونگذار در این دو فرع درصدد پاسخ به این پرسش است که مالک فعلی زمین و حیوان به مجرد مالکیتی که بر زمین و حیوان دارد مالک چه چیزهایی غیر از خود اصل زمین و حیوان نیز هست به همین دلیل ماده ۳۳ در موردی که

دانه به غیر مالک زمین تعلق داشته باشد مالک دانه و حبه را مالک نماء و محصولی که از زمین رشد کرده معرفی می‌کند و بلافاصله در ماده ۳۴ برای آنکه تصور نشود نطفه حیوان نر (فحل)، حکم دانه متعلق به غیر را دارد مقرر نموده اگر نطفه به غیر مالک حیوان ماده تعلق داشته باشد موجب نمی‌شود تا حکم بذر متعلق به غیر در مورد نتاج حیوان نیز جاری شود از این رو حمل حیوان ماده در مالکیت تابع مادر است و به صاحب حیوان ماده تعلق دارد و نه صاحب نطفه بنابراین ماده ۳۴ قانون مدنی در بیان این فرض قانونی است که حیوان ماده متعلق به یک شخص باشد و حیوان نر متعلق به شخص دیگری باشد و سپس حیوان ماده به هر علتی از حیوان نر باردار شود و در اینجا بحث و اختلاف میان طرفین ایجاد شود که این حمل متعلق به کدام یک از این اشخاص است حمل متعلق به کسی است که حیوان ماده در مالکیت او است اما در ماده ۳۵۸ می‌گوید اگر حیوان ماده مورد خرید و فروش قرار گرفت اگر حیوان حامله بود این حمل متعلق به خریدار نیست بلکه متعلق به فروشنده خواهد بود مگر اینکه عرفاً از توابع مبیع باشد یا آنکه طرفین بر آن توافق کرده باشند بنابراین با این توصیفات کلی هیچ تعارضی میان این دو ماده وجود ندارد و هر کدام دارای قلمرو جداگانه هستند.

حکم ماده ۳۴ مربوط می‌شود به حملی که در نتیجه آمیزش حیوان نر و ماده ایجاد شده ولی حکم ماده ۳۵۸ مربوط است به بحث نقل و انتقال حیوان باردار که به موجب آن حمل به تبع مادر به مشتری منتقل نمی‌شود.

**مثال:** فرض کنید یک کره اسب از یک جنس نر از یک نژاد عالی اسب عرب که مالک آن من می‌باشم و جنس ماده از ضعیف‌ترین نژادهای اسب که متعلق به شما است خواه با واقعه و خواه با هر طریق دیگر به وجود آید همچنین فرض می‌کنیم که این کره اسب صفات وراثتی عالی را از جنس نر به ارث برده است حال سوال مطرح می‌شود که این کره متعلق به من (صاحب جنس نر) است و یا متعلق به شما (صاحب جنس ماده)؟ ماده ۳۴ در پاسخ به این سوال، نتایج حیوانات را در ملکیت تابع مادر دانسته یعنی شما را صاحب کره می‌داند. تا اینجا هیچ معامله‌ای توسط طرفین انجام نشده است حال فرض می‌کنیم یک ماه مانده به ولادت حمل شما اسب ماده خود را بی هیچ بند و تبصره‌ای به

من فروخته‌اید در این صورت تکلیف کره اسب از حیث ملکیت چیست؟ آیا کره اسب حاصل، متعلق به من است؟ (با توجه به معامله‌ای که انجام شده است) در پاسخ به سوال فوق باید گفت با اینکه مادر این کره قبل از تولد به من فروخته شده اما باید توجه داشت که در آن زمان (قبل از تولد) به موجود زنده درون رحم جنس ماده، حمل گفته می‌شود لذا طبق ماده ۳۵۸ حمل در معامله حیوان به مشتری تعلق نمی‌گیرد دلیل این حکم را می‌توان هزینه‌ای دانست که در زمان بارداری جنس ماده بر دوش صاحب ماده بوده و ریشه این ماده اصلی فقهی است که به آن استصحاب گفته می‌شود به زبانی ساده در مثال معامله حیوان یقین داریم که قبل از معامله ماده (باردار) در تملک شما بوده و حال پس از معامله شک کرده‌ایم که حمل موجود از آن کیست؟! از آنجا که یقین داشتیم که ماده و حمل آن در گذشته از آن شما بوده و حال شک ایجاد شده لذا بر یقین اتکا کرده و حمل را از آن شما می‌دانیم.

حقوقدانان نیز همین دیدگاه را پذیرفته‌اند که ما در ذیل به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم.

**۱- دکتر امیر ناصر کاتوزیان** «چون اعمال قاعده مالکیت تبعی در مورد نتاج حیوانات نیز ایجاد اختلاف می‌کند و ممکن است توهم شود که حمل در حقیقت همان نطفه است که در اثر قرار گرفتن در محیط مناسب به صورت بچه حیوان در آمده قانون مدنی در ماده ۳۴ مقرر داشته است که «نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هرکس مالک مادر شد مالک نتاج آن هم خواهد شد» عبارت ماده مجمل است و سبب این پندار می‌شود که هر گاه حیوان حاملی فروخته شود بچه آن نیز از توابع مبیع است ولی باید دانست که قانونگذار در مقام بیان چگونگی انتقال حمل نبوده است زیرا ماده ۳۵۸ صراحت دارد که «.....حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع مبیع شمرده شود» ماده ۳۴ فقط ناظر به فرضی است که پدر و مادر حیوانی متعلق به یک شخص نباشد و صاحبان آن‌ها در مالکیت بچه با یکدیگر اختلاف پیدا کنند»<sup>۱</sup>.

**۲- دکتر سید حسین صفایی** «در ارتباط با مالکیت تبعی و گونه‌های دیگر از منافع ماده ۳۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد «نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هرکس مالک مادر شد مالک نتاج آن هم خواهد شد» بنابراین، نتیجه و به تعبیری بچه حیوان که خود



یک نوع منفعت است به علت تبعیت متعلق به مالک حیوان مادر است این ماده ناظر به موردی است که مالک حیوان مادر و مالک حیوان صاحب نطفه یک شخص نباشد در این فرض ممکن است با توجه به ملاک ماده ۳۳ قانون مدنی تصور شود که بچه حیوان متعلق به مالک حیوان صاحب نطفه است ولی قانون مدنی این راه حل را نپذیرفته و به پیروی از فقهای امامیه مقرر داشته است که نتیجه حیوان در مالکیت تابع مادر است با توجه به ظاهر ماده ممکن است تصور شود که هرکس حیوان آبستنی را بخرد مالک بچه آن نیز خواهد شد لیکن این تصور درست نیست و ماده ۳۴ ناظر به انتقال حیوان حامل نبوده است و چنین قاعده‌ای نباید از آن استنباط گردد زیرا ماده ۳۵۸ قانون مدنی خلاف آن را به صراحت مقرر داشته است برابر این ماده «.....حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع مبیع شمرده شود»<sup>۱</sup>.

**۳- دکتر سید حسن امامی** «هرگاه حیوان نر کسی با حیوان ماده که متعلق به دیگری است نزدیکی کند و آن حامله گردد نتاج متعلق به کدام یک خواهد بود؟ قانون مدنی ایران فرع مزبور را به وسیله تئوری سوم که در مورد حبه و اصله پیروی شده است حل نکرده بلکه از تئوری دوم متابعت کرده است و در ماده ۳۴ می‌گوید «نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هرکس مالک مادر شد مالک نتاج آن هم خواهد شد» از نظر ادبی مناسب بود ماده بالا چنین تنظیم گردد (و هرکس مالک مادر است مالک نتاج هم خواهد بود) زیرا ماده آن‌گونه که نوشته شده موهم تابعیت نتاج در مورد انتقال مادر به غیر می‌باشد و حال آنکه سخن از سرایت حق مالکیت است چنانکه از ماده ۳۳ قانون مدنی که قبل از این ماده است هویدا می‌باشد علاوه بر آنکه ماده ۳۴ در صورتی که در مقام بیان تابعیت نتاج در مورد انتقال باشد مخالف با مفاد قسمت اخیر ماده ۳۵۸ قانون مدنی خواهد بود که می‌گوید «..... حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع مبیع شمرده شود»<sup>۲</sup>.

**۴- دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی** در حاشیه اول در ذیل ماده ۳۴ قانون مدنی به این مطلب اذعان نموده‌اند که «این ماده در خارج عقود است که مالک حیوان

۱- حقوق مدنی جلد اول اشخاص و اموال صفحه ۳۰۸

۲- حقوق مدنی جلد ۱ صفحه ۴۶

حامل آن را به دیگری (بی عوض یا با عوض) انتقال می‌دهد. در عقود ماده ۳۵۸ قانون مدنی به کار می‌رود» و در حاشیه سوم نیز می‌گویند «اگر فحل و حیوان ماده ملک دو شخص باشد نتاج حاصل از لقاح ملک مالک حیوان ماده است»<sup>۱</sup>

## ● نظرات فقهی

- در زمانی که حیوان نر متعلق به شخصی حیوان ماده متعلق به شخص دیگری را باردار کند و سپس حیوان ماده بچه‌ای بزاید و سپس بر سر مالکیت بچه حیوان اختلاف ایجاد شود مطابق با نظر مشهور فقهی که هماهنگ با ماده ۳۴ قانون مدنی است بچه متعلق به کسی است که حیوان ماده متعلق به اوست البته درباره اینکه مینا و دلیل این حکم چیست شیخ مرتضی انصاری در کتاب المکاسب معتقد است که چون منی نجس محسوب می‌شود لذا به جهت نجاستش به تملک در نمی‌آید و الا حمل هم تابع صاحب منی می‌شد و نه تابع صاحب حیوان ماده<sup>۲</sup> اما برخی نویسندگان معتقدند که حکم این ماده ربطی به عدم قابلیت تملک منی به جهت نجاست آن ندارد بلکه دلیل این حکم عرف است چون در عرف هسته تشکیل دهنده حمل ترکیبی از منی و تخمک حیوان ماده است که در رحم حیوان ماده شکل می‌گیرد همچنین پس از مرحله تکوین اولیه نیز حمل از وجود حیوان ماده برای رشد تغذیه می‌کند<sup>۳</sup>.

- اما در مورد معامله و نقل و انتقال حیوان حامل میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد نظر مشهور فقهی که ماده ۳۵۸ قانون مدنی بر طبق قانون تنظیم گردیده آن است که حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود (حکم عدم دخول حمل در مبیع در بیع حیوان حامل) مثلاً شیخ مفید در کتاب المقنعه تصریح نموده است که در موردی که عین مرهونه حیوانی حامل باشد رهن شامل حمل نمی‌شود اما با وجود این شیخ طوسی مخالف این نظر بوده و معتقد است که حمل نیز جزء مبیع بوده و متعلق به مشتری می‌باشد ایشان برای اثبات نظر خود به دو دلیل استناد کرده‌اند: ۱- حمل قبل از تولد از اجزاء مبیع است نه جدا از مبیع به همین علت با عقد بیع به مشتری منتقل می‌شود همانگونه که دست و پای حیوان جزء حیوان است ۲- روایتی در باب عتق کنیز باردار.

۱- مجموعه محشی قانون مدنی ذیل ماده ۳۴

۲- مکاسب جلد ۱ صفحه ۲۹

۳- سید مهدی دادمرزی در کتاب تعارض در قانون مدنی صفحات ۸۳ و ۸۴

## بخش دوم: مواد ۴۵ و ۵۱ قانون مدنی

### ● متن مواد قانونی

ماده ۴۵ ق.م «در موارد فوق حق انتفاع را فقط درباره شخص یا اشخاصی می‌توان برقرار کرد که در حین ایجاد حق مزبور وجود داشته باشند ولی ممکن است حق انتفاع تبعاً برای کسانی هم که در حین عقد به وجود نیامده‌اند برقرار شود و مادامی که صاحبان حق انتفاع موجود هستند حق مزبور باقی و بعد از انقراض آن‌ها حق زائل می‌گردد».

ماده ۵۱ ق.م «حق انتفاع در موارد ذیل زایل می‌شود:

۱- در صورت انقضاء مدت

۲- در صورت تلف شدن مالی که موضوع انتفاع است»

### ● طرح بحث

در ماده ۴۵ قانون مدنی مرگ منتفع را در همه اقسام<sup>۱</sup> آن سبب زوال حق انتفاع دانسته است (حق انتفاع به ورثه منتفع به ارث نمی‌رسد مگر اینکه طرفین بر خلاف آن توافق نمایند) اما در ماده ۵۱ که اسباب زوال حق انتفاع را برشمرده به این موضوع اشاره نکرده و فوت منتفع را جزء اسباب زوال آن نیاورده است بنابراین ظاهراً این دو ماده با هم متعارض می‌باشند.

### ● حل تعارض

یکی از شیوه‌های حل تعارض در مواد قانونی با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی<sup>۲</sup>

۱- اقسام عقد موجد حق انتفاع عبارتند از عمری، رقبی، حبس مطلق، حبس موبد و سکنی. 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 رقبی حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می‌گردد 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 و حبس موبد یعنی حق انتفاع تا ابد به منتفع واگذار گردد و مادامی که عین مال باقی است استفاده از منافع برای منتفع خواهد بود و نهایتاً 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.

۲- اصل ۱۶۷ قانون اساسی «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

مراجعه به منابع معتبر اسلامی است مطابق با نظر مشهور فقهی و منابع معتبر فوت منتفع یکی از موارد زوال حق انتفاع می‌باشد بنابراین بهتر است که بند سومی به ماده ۵۱ قانون مدنی اضافه شود که در این صورت ماده قانونی به شرح زیر خواهد بود.

«حق انتفاع در موارد ذیل زائل می‌گردد:

- ۱- در صورت انقضاء مدت
- ۲- در صورت تلف شدن مالی که موضوع انتفاع است
- ۳- فوت منتفع»

### ● نظرات فقهی

در فقه اسلامی فوت منتفع از اسباب زوال حق انتفاع شمرده شده است و این مضمون در کتب فقهی دیده می‌شود از جمله:

۱- محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام این چنین بیان می‌دارد «و لو قال لک سکنی هذه الدار ما بقییت او حییت جاز و ترجع الی المسکن بعد موت الساکن.... اما لو قال فاذا مت رجعت الی فانها ترجع قطعاً... اما لو حبس شیئاً علی رجل و ام یعین وقتاً ثم مات الحابس کان میراثاً..... اگر گفت سکونت در این خانه برای تو باشد تا وقتی که تو باقی و یا زنده هستی جایز است و آن خانه بعد از مرگ ساکن به سکونت دهنده بر می‌گردد اما اگر گفت هر وقت تو مردی آن خانه به من برگردد در این صورت (بعد از مرگ ساکن) قطعاً به او بر می‌گردد اما اگر چیزی را برای شخصی به عنوان حبس قرار داد ولی مدتی را برای آن مشخص نکرد و سپس شخص حبس کننده بمیرد جزء میراث او خواهد بود (و به ورثه مالک می‌رسد)»<sup>۱</sup>

این عبارت محقق حلی نشان از این دارد که با فوت منتفع حق انتفاع زائل شده و به ارث به ورثه منتفع نمی‌رسد.

۲- شهید ثانی در کتاب شرح لمعه در خصوص تحبیس اشاره می‌کند که تابع احکام سکنی می‌باشد و در خصوص فوت منتفع در کتاب سکنی این چنین بیان می‌دارد «فان اقتت بامد او عمر احدهما المسکن او الساکن لزمت تلک المده و مادام العمر باقیاً و الا جاز رجوع فیها متی شاء و ان مات احدهما مع الاطلاق بطلت و ان لم یرجع اگر سکنی به مدت

۱- شرایع الاسلام جلد ۲ کتاب سکنی و حبس

معینی یا عمر یکی از دو طرف عقد یعنی مالک یا منتفع محدود شود این عقد در طول مدت مزبور و تا زمانی که عمر آن شخص باقی است لازم می‌باشد در غیر این صورت هر وقت بخواهد می‌تواند از آن رجوع نماید و اگر سکنی مطلق باشد و یکی از دو طرف فوت کند اگر چه رجوع کرده باشد عقد باطل می‌شود».

۳- امام خمینی در تحریر الوسیله تعبیر مشابهی دارد و می‌گوید «لو جعل المدّة فی العمری طول حیاة المالك و مات الساکن قبله کان لورثته السکنی إلی أن یموت المالك، و لو جعل المدّة طول حیاة الساکن و مات المالك قبله لم یکن لورثته إزعاج الساکن بل یسکن طول حیاته، و لو مات الساکن لم یکن لورثته السکنی، إلا إذا جعل له السکنی مدّة حیاته و لعقبه و نسله بعد وفاته، فلهم ذلك ما لم ینقرضوا فإذا انقرضوا رجعت إلی المالك أو ورثته اگر در عمری طول حیات مالک را مدت قرار دهد و ساکن قبل از آن بمیرد ورثه حق سکنی در آن را دارند تا مالک بمیرد و اگر طول حیات ساکن مدت قرار داده شده و مالک قبل از او بمیرد ورثه اش حق اخراج ساکن را در طول حیات او ندارند و اگر ساکن بمیرد ورثه اش حق سکنی ندارند مگر اینکه سکنی برای او در مدت حیات او و برای ورثه او بعد از وفات او قرار داده شود پس ورثه چنین حقی را دارند و اگر منقرض شوند به مالک یا ورثه اش برمی‌گردد»<sup>۱</sup>.

این مطلب فقهی در نظام حقوقی مصر نیز تاثیر گذار بوده به گونه‌ای که در این خصوص در ماده ۹۹۳ قانون مدنی مصر آمده است «۱- حق انتفاع با انقضاء اجل پایان می‌یابد و در صورتی که در عقد انتفاع مدت معینی ذکر نشده باشد حق مزبور تا حیات منتفع باقی است ولی با مرگ او خاتمه می‌یابد (حتی قبل از انقضای اجل) ... آنچه که از این ماده فهمیده می‌شود آن است که حق انتفاع با یکی از دو امر ذیل منتفی می‌شود: انقضاء مدت یا مرگ منتفع حتی قبل از انقضاء مدت معین. بنابراین حق انتفاع به ارث نمی‌رسد و حالت دیگر آن است که در صورتی که در عقد حق انتفاع مدت معین نشده باشد این حق تا زمان حیات منتفع باقی است و بعد از مرگ او پایان پیدا می‌کند»<sup>۲</sup>.

۱- تحریر الوسیله کتاب الوقف و أخواته القول فی الحبس و أخواته

۲- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ۱۹۸۶م، دار الاحیا التراث العربی، بیروت، ج ۹، ص ۱۲۷۳.

## بخش سوم: مواد ۵۹ و ۶۱ قانون مدنی

### ● متن مواد قانونی

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

ماده ۶۱ ق.م «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».

### ● طرح بحث

در اینکه عقد وقف از جمله عقود عینی محسوب شده و قبض عنصر سازنده عقد محسوب می‌شود هیچ تردیدی وجود ندارد اما در اینکه قبض شرط لزوم عقد وقف است یا شرط صحت آن است با توجه به ظاهر قانون مدنی تعارض دیده می‌شود چون در ماده ۵۹ قانونگذار قبض عین موقوفه شرط صحت و تحقق عقد وقف دانسته شده (یعنی عقد وقف تا قبل از قبض منعقد نشده و با وقوع قبض صحیحاً واقع می‌گردد) اما در ماده ۶۱ قانونگذار این ماده را به نحوی تنظیم نموده که این توهم را ایجاد می‌کند که قبض شرط لزوم عقد وقف است (یعنی عقد وقف قبل از قبض به طور صحیح منعقد شده و با قبض عقد لازم می‌شود) چون در این ماده قبض را بعد از صحت عقد به کار برده که نشان دهنده آن است که قبض خارج از اجزاء وقف است و نهایتاً می‌گوید حصول قبض، لازم است این عبارت به گونه‌ای است که انگار قبض شرط لزوم عقد است.

**یادآوری** - نتیجه عملی دو نظریه مزبور آن است که اگر قبض شرط صحت عقد باشد (چنانچه قانون مدنی ایران به همین مسئله ادعان نموده است) انتقال مال از زمان قبض حاصل می‌شود و منافع آن مال هم از آن زمان متعلق به موقوف علیه و منافع قبل از آن متعلق به مالک مال است و هرگاه مالک قبل از قبض بمیرد عقد باطل می‌شود اما اگر قبض شرط لزوم عقد باشد در این صورت منافع از زمان عقد متعلق به موقوف علیه می‌باشد زیرا انتقال از زمان عقد حاصل شده است و اگر مالک قبل از قبض بمیرد عقد مانند سایر عقود جایز دیگر منفسخ می‌گردد.

## ● حل تعارض

در پاسخ باید گفت که اگرچه ظاهراً میان دو ماده تعارض به نظر می‌رسد اما در حقیقت تعارضی نیست چون با توجه به ماده ۵۹ تردیدی وجود ندارد که قبض شرط صحت عقد وقف بوده و ماده ۶۱ ناظر به لازم بودن خود عقد وقف است (در نظام حقوقی ما عقود به دو دسته عقود لازم و جایز تقسیم می‌شود و این ماده در مقام بیان لازم بودن عقد وقف است) یعنی می‌خواهد بگوید عقد وقف عقدی لازم است و نه جایز اما متأسفانه به لحاظ ادبی و نگارشی به شکلی تنظیم شده که انگار قبض شرط لزوم عقد است بنابراین این ماده باید به این شکل اصلاح شود «عقد وقف بعد از حصول قبض که منجر به تحقق آن می‌گردد عقدی 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» اکثریت حقوقدانان نیز قبض را شرط صحت عقد وقف دانسته‌اند و همین دیدگاه را به‌طور ضمنی تایید کرده‌اند که ما در ذیل به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱- **دکتر امیر ناصر کاتوزیان** «در وقف نیز مانند هبه قبض از شرایط وقوع عمل حقوقی است ماده ۵۹ قانون مدنی در این باره اعلام می‌کند «اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می‌کند»..... اگر واقف قبل از تسلیم وقف به متولی یا موقوف علیهم فوت کند وقف باطل می‌شود»<sup>۱</sup>.

۲- **دکتر سید حسن امامی** «عقود دیگری هستند که تاثیر آن منوط به قبض دادن مورد عقد به طرف می‌باشد و بدون قبض اثری بر عقد مترتب نخواهد بود به این جهت در این گونه عقود چیزی می‌تواند مورد عقد قرار گیرد که قابل قبض و اقباض باشد ماده ۴۷ و ۵۹ قانون مدنی»<sup>۲</sup>.

۳- **دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی** «وقف از جمله عقود عینی است که اقباض عنصر سازنده آن است و اگر قبل از اقباض یکی از متعاقدين فوت کند عقد به علت

۱- عقود معین جلد سوم مطلب شماره ۸۴ صفحه ۱۴۴

۲- حقوق مدنی جلد ۱ صفحه ۵۸