

حقوق مدنی برای کنکور

کارشناسی ارشد

فهرست مطالب	صفحه
حقوق مدنی (۱): اشخاص و محجورین.....	۳
حقوق مدنی (۲): اموال و مالکیت	۲۴
حقوق مدنی (۳): قواعد عمومی قراردادها	۴۰
حقوق مدنی (۴): مسولیت مدنی	۷۱
حقوق مدنی (۵): خانواده	۸۰
حقوق مدنی (۶): عقود معین	۸۹
حقوق مدنی (۷): عقود معین	۱۰۵
حقوق مدنی (۸): ارث و وصیت	۱۱۸
مجموعه تست	۱۲۹

حقوق مدنی (۱) :

اشخاص و محجورین

فصل اول: اشخاص

در یک تقسیم بندی سنتی اشخاص به ۲ دسته تقسیم می شوند:

- ۱- اشخاص حقیقی (طبیعی): که همان افراد انسانی را شامل می شوند که می توانند صاحب حق و تکلیف شوند.
- ۲- اشخاص حقوقی: این اشخاص در مقابل اشخاص حقیقی قرار می گیرند و این اشخاص، موجودات اعتباری هستند، لذا تا زمانی که قانون این شناسایی را انجام نداده است. شخصیت حقوقی به وجود نمی آید. از این تعریف یکی از عمده تفاوت‌های، شخص حقوقی و شخص حقیقی معلوم می گردد. چرا که شخص حقیقی به محض تولد و حتی جنین به شرطی که زنده متولد شود، متمتع از حقوق مدنی است و هیچ کس چه شخصاً، چه توسط قرار داد و چه قانون نمی تواند این حق را از شخص حقیقی بگیرد و استمتاع از حقوق مدنی نیاز به شناسایی قانون ندارد [هر چند قانون یا قرار داد جزئاً می تواند این شخص را از اعمال و یا بعضاً از دارا شدن حقوق مدنی ممنوع کند ولی در هر حال این موارد جنبه استثنایی دارند. در حالیکه شخص حقوقی برای اینکه بتواند از حقوق مدنی متمتع شود نیاز به شناسایی قانون دارد.

در همین راستا در مورد شخص حقیقی اصطلاحاتی هست که باید تعریف شود:

- ۱- شخص: شخص موجودی است که دارای حق و تکلیف است، شخص دارای زندگی حقوقی است و می تواند در این زمینه با اعمال حقوقی و انجام دادن تکالیف خود نقش ایفا کند.
- ۲- شخصیت: از نظر حقوقی عبارتست از وصف و شایستگی شخص برای اینکه حق و تکلیف باشد.
- ۳- وضعیت: وضع حقوقی شخص و موقعیت او نسبت به حقوقی است که می تواند در جامعه داشته باشد.
- ۴- اهلیت: توانایی و شایستگی شخص برای دارا شدن و اجرای حق است.
- ۵- احوال شخصیه: احوال شخصیه از وضعیت و اهلیت تشکیل می شود و به عبارت دیگر احوال شخصیه اوصافی است که مربوط به شخص است. صرف نظر از شغل و مقام خاص او در اجتماع و قابل تقویم و مبادله به پول نبوده و از لحاظ حقوق مدنی آثاری بر آن مرتب است مانند: (ازدواج، طلاق، نسبت)
- ۶- دارایی: دارایی در مفهوم عام خود عبارتست از مجموع حقوق و تکالیف مالی شخص و به عبارت دقیق تر؛ دارایی توانایی و ظرفیت دارا شدن حقوق و تکالیف مالی است و اموال و دیون از اجزاء تشکیل دهنده آن هستند که همواره در حال تغییر و یا افزایش و کاهش هستند و حتی ممکن است، شخص چیزی جز بدهی نداشته باشد ولی چنین شخصی نیز دارائی دارد.

۱- دکتر صفایی سید حسین - اشخاص و محجورین صفحه ۶

۲- همان صفحه ۶ ۴- همان صفحه ۷ ۶- همان صفحه ۱۳

۳- همان صفحه ۷ ۵- همان صفحه ۱۰

در واقع اگر بخواهیم تصویری از دارایی در ذهن داشته باشیم عبارتست از یک ظرف که این ظرف ممکن است پر شود [اموال] یا خالی شود ولی به هر حال ظرف در جای خود باقی است و اموال و دیون مظروف این ظرفند، پس می توان گفت که دارایی وابسته به شخص است و تا زمانی که شخص زنده است دارایی هم وجود دارد.

۳- یکی از مواردی که در مورد حقوق مربوط به شخصیت مهم هستند، قرار دادهایی هستند که در مورد آنها منعقد می‌گردند. که این قراردادها با محدودیتهای مواجه هستند از جمله؛

a- قراردادهایی که به حیثیت و آزادی صدمه می‌زنند مجاز نیستند مگر صدمه سبک و غیر قطعی باشد مثل فروش گیسو

b- طبق قواعد کلی هر قراردادی راجع به شخصیت که منفعت عقلایی نداشته باشد باطل است

c- طبق قواعد کمی هر قراردادی راجع به شخصیت که با نظم عمومی یا اخلاق حسنه منافات داشته باشد باطل و بی اثر هست.

پس در نتیجه می‌توان گفت اگر قراردادی دارای منفعت عقلایی باشد و مخالف نظم عمومی و یا اخلاق حسنه نباشد و در ضمن به حیثیت و آزادی فرد بطور کلی و قطعی صدمه نزند می‌تواند صحیح باشند.

در این راستا در قانون مدنی مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ در مورد حقوق مربوط به شخصیت بحث می‌کنند:

طبق م ۹۵۹ (هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا اجرای حق تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند) و بر طبق ماده ۹۶۰ (هیچ کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرفنظر کند.)

از جمع دو ماده در مورد شرایط صحت قراردادهای مربوط به شخصیت می‌توان چنین گفت که؛ قراردادهای مربوط به شخصیت. اولاً نباید مخالف نظم عمومی و یا اخلاق حسنه باشند (این معیار اول است).

۴- ثانیاً: حقوق از دو بعد کلیت دارند

اول: از بعد تعدد خود حقوق مربوط به شخصیت: مثلاً حق ازدواج و حق تملک، حق انعقاد معامله و...

دوم: از بعد زمان یعنی هر حقی نسبت به اینکه برای مدت زمانی طولانی مثلاً برای طول عمر سلب شود این سلب حق کلی است:

پس می‌توان گفت:

a) اگر کسی بگوید: من استفاده از تمام حقوق مربوط به شخصیت را از خودم به مدت یک ماه سلب کردم این سلب حق بطور کلی است یعنی طبق م ۹۵۹ که اشعار می‌دارد؛ (هیچ کس نمیتواند {به طور کلی} حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند) این قرارداد باطل است.

b) یا در فرض دیگر: اگر شخصی طبق قرار دادی یکی از حقوق مربوط به شخصیت خود مثلاً ازدواج را برای مادام العمر از خود سلب کند. باز در اینجا هم چون این سلب حق از حیث زمان کلیت دارد باطل خواهد بود.

۵- در فقه امامیه هم این مسئله مورد توجه قرار گرفته است که در آنجا هم در مورد اینکه آیا قراردادی که یکی از حقوق مربوط به شخصیت را از انسان سلب می‌کند یا نه؟ اختلاف نظر وجود دارد: که از آن جمله نائینی تقریباً همان تفصیلی که در بالا ذکر شد و به نظر می‌رسد موافق قانون مدنی است را برگزیده است ولی شیخ انصاری، اصل عدم مخالفت قرارداد منعقد را با کتاب خدا جاری ساخته لذا عقد را صحیح دانسته است.

تذکر: در فقه معمولاً آنچه که تعبیر به حکم می‌شود را نمی‌توان به تراضی ساقط کرد مثلاً با تراضی نمی‌توان حرامی

را حلال کرد ولی آنچه که حق نامیده می‌شود علی‌الاصول می‌توان ساقط کرد مثل حق خیار

۶- شخص طبیعی به محض تولد متمتع از حقوق مدنی است و این بعد از الغای برده داری به عنوان یک اصل اولیه حقوقی است ولی قانونگذار ما در ماده ۹۵۷ ق.م دایره این اصل را گسترش داده است چنانچه در ماده مذکور اشعار می‌دارد «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌شود، مشروط بر اینکه زنده متولد شود». لذا می‌توان گفت که جنین هم دارای نوعی شخصیت است و می‌تواند صاحب حق شود مثلاً می‌توان به نفع او وصیت کرد. که این مورد در ماده ۸۵۱ ق.م مورد تصریح قرار گرفته است و همچنین جنین بنا به تصریح ماده ۸۷۵ ق.م ارث می‌برد در این باره ماده مذکور اشعار می‌دارد «شرط وراثت، زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حاملی باشد در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود، اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد.»

این شخص طبیعی بعد از مدتی معدوم می‌شود و وجود شخص حقیقی پایان می‌پذیرد که از این پایان شخصیت تعبیر به (موت) می‌کنند.

آنچه از نظر حقوقی (موت) نامیده می‌شود و منشاء اثر است. اقسامی دارد که ذیلاً بیان می‌شود:

۷- موت حکمی یا موت مدنی: این نهاد در حقوق سابق کشورهای جهان وجود داشته است و در رأس آنها در حقوق اسلام و فقه امامیه و عامه نهادی بنام {ارتداد} وجود دارد که به موجب نظر مشهور فقهای امامیه در زمان بعد از پیامبر و حتی در زمان حاضر نیز می‌توان این نهاد را اجرا کرد.

البته قاعده موت حکمی فقط در مورد مرتد فطری (در مقابل مرتد ملی) قابل اجراست.

مرتد فطری: کسی است که لااقل یکی از والدین او در حین انعقاد نطفه مسلمان باشند و خود با اینکه مسلمان به دنیا آمده، پس از بلوغ و اظهار اسلام از اسلام برگردد که این شخص به اعدام محکوم می‌گردد، مگر اینکه زن باشد که در این صورت تا زمانی که زنده است در حکم مرده است و شخصیت خود را از دست می‌دهد و به همین دلیل اموالش بین وراثش تقسیم می‌شود و ازدواج او منحل می‌شود.

تذکر: به نظر حقوقدانان در حقوق جدید، موت حکمی یا مدنی وجود ندارد.

b- مرگ طبیعی یا موت حقیقی: این حالت موت زمانی است که شخص دیگر از لحاظ زیستی نمی‌تواند زندگی کند و اعمال قلبی و عروقی و تنفسی و حس و حرکت را ندارد در حدوث و به وجود آمدن این نوع مرگ قانونگذار و شارع هیچ دخالتی ندارد و فقط آثاری را بر آن بار می‌کند.

تذکر: در این مورد یک فرعی مطرح می‌شود و آن حیات بدون فعالیت یا زندگی خفیف است. که در حقوق موضوعه ۲ حالت دارد:

الف) اگر سلولهای مغزی از کار نیافتاده باشند هر چند شخص در یک بیهوشی کامل رفته باشد نباید او را مرده پنداشت و آثار و احکام شخص مرده را به او بار کرد.

ب) اگر شخص دچار مرگ مغزی شده باشد هر چند حیات نباتی داشته باشد طبق قوانین موضوعه کنونی شخص مرده محسوب می‌شود و آثار شخص مرده بر او بار می‌شود.

c- موت فرضی: موت فرضی که یکی از ابداعات قانونگذاری و شرع هست مربوط به کسی است که غیبت طولانی

کرده و به خاطر این غیبت طولانی حیات او مشکوک باشد که در اینصورت اگر شرایط مقرر در قانون وجود داشته باشد، حکم موت فرضی صادر می‌شود که در چنین وضعیتی شخص را مفقودالاثر می‌خوانند.

۷- بر موت فرضی همان آثار موت حقیقی بار می‌شود یعنی هر اثری که موت حقیقی در پی داشت، موت فرضی هم به دنبال خواهد داشت که ذیلاً ذکر می‌گردد:

تعیین زمان موت فرضی که در حکم دادگاه صادر کننده حکم ذکر می‌شود از اهمیت فوق العاده‌ای برخوردار است چرا که بعد از آن تاریخ احکام موت بر شخص مفقودالاثر جاری می‌گردد.

۸- آثار حقوقی مرتب بر موت:

الف) تعیین ورثه: چون طبق ماده ۸۷۵ ق.م (شرط وراثت زنده بودن وارث در حین مورث است) لذا فقط کسانی از مشخص مفقودالاثر ارث می‌برند که در تاریخی که از سوی دادگاه برای موت فرضی مشخص می‌شود زنده باشند هرگاه چند نفر که بین آنها توارث باشد، بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد. فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از دیگری ارث می‌برد (م ۸۷۴ ق.م)

تذکر: در این مسئله یک استثنایی وجود دارد که از حدیثی از امام صادق (ع) گرفته شده است و آن این است که: اگر دو نفری که از همدیگر ارث می‌برند فوت کنند و تقدم و تأخر فوت هیچ کدام از آنها مشخص نباشد علی القاعده هیچ کدام از دیگری ارث نمی‌برند مگر اینکه فوت در نتیجه (غرق یا هدم) باشد که در اینصورت هر دو از همدیگر ارث می‌برند.

ب) تعیین زمان انتقال قهری اموال و دارایی به ورثه و موصی له: با تحقق موت حقیقی یا فرضی ما ترک به ورثه منتقل می‌شود ولی این انتقال متزلزل است و باید ابتدائاً دیون و بدهی‌های مورث پرداخت شود و سپس مورد وصیت هم به موصی له داده شود و پس از آن ما ترک به طور مستقر وارد در ملکیت و ارث می‌شود.

ج) حال شدن دیون متوفی: اگر شخص مفقودالاثر دارای دیونی باشد که مؤجل باشند با صدور حکم موت فرضی این دیون مدت دار به تصریح ماده ۲۳۱ ق.ا.ح حال می‌شوند.

د) تعیین ابتدای عده زوجه متوفی: زن متوفی باید چهار ماه و ده روز عده وفات نگه دارد، که ابتدای این مدت از تاریخ صدور حکم موت فرضی شروع می‌شود.

۹- برای اینکه شخص غایب مفقودالاثر نامیده شود طبق ماده ۱۰۱۱ ق.م سه شرط لازم است.

شرط اول: غیبت: یعنی از اقامتگاه که همان مرکز مهم امور شخصی است غیبت کند و در آنجا حضور نداشته باشد.

شرط دوم: انقضای مدت نسبتاً طولانی: طولانی بودن این مدت بستگی به عرف محل اقامت مفقودالاثر دارد.

شرط سوم: فقد خبر حیات یا ممات غایب: این عنصر و شرط، مهمترین عنصری است که در تعریف غایب

مفقودالاثر در نظر گرفته شده است. یعنی باید هیچ خبری از شخص غایب در دسترس نباشد. لذا اگر مرگ طبیعی اش مشخص شود یا اینکه به استناد ادله قطعی و یا قرائن مفید علم حیات وی محرز شود، دیگر سراغ موت فرضی نمی‌رویم.

۱۰- صدور حکم موت فرضی دارای شرایطی است که ذیلاً بیان می‌گردد. به موجب ماده ۱۰۱۹ ق.م حکم موت

فرضی غایب در موردی صادر می‌شود که (از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که

عادماً چنین شخصی زنده نمی ماند.)

پس شرط اول در صدور حکم موت فرضی این است که: [از تاریخ آخرین خبر از حیات غایب مدتی گذشته باشد که عادماً چنین شخصی زنده نمی ماند] این قید [عادماً] که در ماده آمده است بستگی به عرف و متعارف محل اقامت غایب دارد.

این شرط یک شرط کلی بود و قاعده کلی را بیان می کرد ولی قانونگذار در موارد بعدی اماراتی را برای اینکه [مدت بالنسبه طولانی] چه زمانی است بدست می دهد. از جمله به موجب ماده ۱۰۲۰ تا ۱۰۲۲ این امارات ذکر شده است که از جمع این مواد نتایج ذیل بدست می آید.

- (a) حداقل زمان برای تقاضای حکم موت فرضی ← سه سال
- (b) حداقل زمان برای صدور حکم موت فرضی ← چهار سال و دو ماه
- (c) حداکثر زمان برای تقاضای حکم موت فرضی ← ۱۰ سال
- (d) حداکثر زمان برای صدور حکم موت فرضی ← یازده سال و دو ماه

۱۱- اقامتگاه:

ماده ۱۰۰۲ در تعریف اقامتگاه می گوید «اقامتگاه هر شخصی عبارتست از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز آنجا باشد، اگر محل سکونت شخص غیر از مرکز مهم امور او باشد، مرکز مهم امور او اقامتگاه محسوب است. اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود»
با توجه به ماده فوق موارد اقامتگاه شخص اقسام آن ذیل بیان می گردد:

- (a) قاعده: اقامتگاه هر شخص مرکز مهم امور اوست
- (b) اقامتگاه اجباری

الف) اقامتگاه زن شوهردار ← اصل براینست که اقامتگاه او همان محل اقامت (اقامتگاه) شوهر است، مگر اینکه با رضایت شوهر در محل دیگری اقامت داشته باشد.

ب) اقامتگاه محجور ← اقامتگاه محجور همان اقامتگاه ولی یا قیم اوست

ج) اقامتگاه مأمورین دولت ← محلی است که مأمور در آنجا مأموریت دارد

د) اقامتگاه افراد نظامی ← اقامتگاه افراد نظامی پادگان آنان است

ه) اقامتگاه خدمه ← اگر اشخاص کبیر، که معمولاً نزد دیگری کار یا خدمت می کنند، در منزل کارفرما یا مخدوم خود سکونت داشته باشند، اقامتگاه کارفرما یا مخدوم آنها خواهد بود.

چند حالت هم در مورد فروع ۵ حالت فوق وجود دارد که عبارتند از:

الف) موارد تفریق اقامتگاه زوجین به شرح ذیل است

۱- در موردی که شوهر اقامتگاه معلومی نداشته باشد

۲- در موردی که زن به موجب شرط ضمن عقد نکاح، حق تعیین مسکن داشته و مسکن جداگانه اختیار کرده

باشد.

۳- در موردی که زن بعد از وقوع نکاح، مطابق توافقی که با شوهر کرده است و با رضایت او مسکن جداگانه اختیار کرده باشد.

۴- در موردی که بودن زن و شوهر در یک منزل متضمن خوف و ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد و زن با اجازه دادگاه مسکن جداگانه اختیار کرده باشد.

ب) اقامتگاه زن ناشزه:

۲ نظر در مورد اقامتگاه زن ناشزه وجود دارد:

اول) آنکه اقامتگاه وی همان مرکز مهم امور اوست و طبق اصل (قاعده) اقامتگاه او تعیین می‌شود.

دوم) آنکه چون نشوز (نافرمانی و انجام ندادن وظیفه) بر خلاف قانون است، نباید از نظر تغییر اقامتگاه قانونی مؤثر باشد لذا اقامتگاه قانونی زن ناشزه همان اقامتگاه شوهر است (این نظر در کتاب اشخاص و محجورین، دکتر صفایی، انتخاب شده است)

ج) اقامتگاه زن قبل از رفتن به خانه شوهر:

علی القاعده چون اصل بر اینست که اقامتگاه هر شخص محل و مرکز مهم امور اوست و با توجه به اینکه زن با رضایت شوهر در خانه پدر خود زندگی می‌کند و عرف و عادت نیز این را تأیید می‌کند لذا می‌توان گفت که اقامتگاه وی محل زندگی پدرش است.

د) اقامتگاه زن شوهردار محجور:

به خاطر اینکه مرکز مهم امور محجور (خصوصاً) از نظر امور مالی محل اقامت ولی یا قیم اوست و همچنین دادگاهی که به امور محجور رسیدگی می‌کند و به قیم یا ولی نظارت دارد محل اقامت محجور است. لذا مصلحت اقتضا می‌کند که محل اقامت زن شوهردار محجور را محل اقامت ولی یا قیم بدانیم.

۱۳- اقامتگاه انتخابی یا قراردادی:

اقامتگاه انتخابی یا قراردادی اقامتگاه خاصی است که طرفین معامله برای اجرای تعهدات یا دعاوی ناشی از قرارداد یا ابلاغ اوراق دادرسی مربوط به آن انتخاب می‌کنند اقامتگاه قراردادی غالباً محلی است که شخص به آن بستگی پایداری ندارد و مرکز مهم امور او محسوب نمی‌شود

این اقامتگاه فقط در مورد قرارداد خاصی، که ضمن آن قرارداد این اقامتگاه تعیین شده منشاء اثر هست و در سایر موارد به اصل که همان محل و مرکز مهم امور شخص است رجوع می‌کنیم.

تذکر: انتخاب محلی برای ابلاغ اوراق دادرسی را برخی از اساتید مثل دکتر صفایی به عنوان (اقامتگاه) می‌دانند در حالیکه برخی دیگر از اساتید معظم مثل دکتر شمس این محل را (اقامتگاه) نمی‌دانند و صرفاً محلی برای ابلاغ اوراق دادرسی می‌دانند.

۱۴- شخصیت حقوقی همانطور که قبلاً گفته شده یکی از نهادهایی است که در قانون ما مورد شناسایی قرار گرفته است، به موجب اصلی که در ماده ۵۸۸ق. تجارت آمده است اصل بر اینست که اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق و

تکالیف مشترکند. مگر در موارد خاصه، که به این اصل، اصل اشتراک شخص حقیقی و حقوقی در حقوق و تکالیف می گویند)

۱۵- شخص حقوقی اقسامی دارد از جمله:

(a) اشخاص حقوقی حقوق عمومی: مثل شهرداریها- مجلس شورای اسلامی و دانشگاه تهران و...

(b) اشخاص حقوقی حقوق خصوصی: که معمولاً به سه دسته تقسیم می شوند:

(الف) شرکتهای تجاری: که از مجموعه ای از اشخاص تشکیل می گردد که اموال یا خدماتی را به منظور یک فعالیت اقتصادی مشترک و تقسیم منافع بین خود در میان می گذارند.

(ب) مؤسسات غیر تجاری: که این مؤسسات برای اهداف تجاری تشکیل نمی شوند ولی ممکن است قصد سودجویی داشته باشند یا نداشته باشند.

(ج) موقوفات: یعنی اموالی که عین آنها حبس می شود (یعنی از جریان دادوستد و معاملات خارج می شوند) و منفعت آنها تسبیل می گردد (یعنی برای یک هدف خیر و در راه خدا اختصاص داده می شوند) که این موقوفات هم دارای شخصیت حقوقی هستند.

۱۶- این اشخاص حقوقی دارای زمانی برای ایجاد هستند و زمانی نیز شخصیت حقوقی آنها پایان می پذیرد.

در مورد اشخاص حقوقی مختلف، ایجاد و پایان شخصیت حقوقی متفاوت هست، که ذیلاً بیان می گردد.

۱- شخصیت حقوقی حقوق عمومی } (۱) آغاز: به محض تشکیل شخصیت
حقوقی پیدا می کنند و نیاز به ثبت ندارد.
(۲) پایان: به اراده دولت یا به موجب
قانون مربوطه شخصیت حقوقی آنها از بین می رود.

(۱) آغاز شخصیت حقوقی: به محض تشکیل واجد
شخصیت هستند ولی شخصیت آنها وقتی کامل
می شود که به ثبت برسند } ۲- شرکتهای تجاری
(۲) پایان شخصیت حقوقی: با انحلال و پس از پایان
عملیات تصفیه شخصیت حقوقی آنها از بین می رود.

(۱) آغاز شخصیت حقوقی: از تاریخی ثبت در دفتر مخصوصی که وزارت عدلیه
معین میکند، شخصیت حقوقی پیدا میکند. } ۳- مؤسسات غیر دولتی
(۲) پایان شخصیت حقوقی: به انحلال و پایان عمل تصفیه شخصیت حقوقی آنها

از بین می‌رود.

- ۱) آغاز شخصیت حقوقی: از تاریخ قبض عین موقوفه که از ارکان وقف به شمار می‌آید بدون آنکه نیاز به ثبت داشته باشد، تشکیل و ایجاد می‌شود (م ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف)
- ۲) پایان شخصیت حقوقی: تا زمانی که عین موقوفه باقی باشد این شخص به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد و با تلف مال موقوفه
- ۴- وقف

شخصیت حقوقی آن نیز پایان می‌پذیرد. (و در موارد استثنایی با فروش مال موقوفه)

۱۷- شخص حقوقی مثل شخص حقیقی دارای متمایزی است که بوسیله آنها از سایر اشخاص تمییز داده می‌شود که ذیلاً به اختصار بیان می‌گردد:

الف) نام: شخص حقوقی الزاماً باید نام داشته باشد، در قانون مدنی و تجارت فصل صریحی در این مورد وجود ندارد ولی با توجه به پیش بینی برخی مقررات از جمله اعلام نام شخص حقوقی به مراجع قانونی ذی ربط، می‌توان ضرورت انتخاب نام برای شخص حقوقی را استفاده کرد.

ب) اقامتگاه: اقامتگاه شخص حقوقی مرکز عملیات اداری یا مرکز اداره شخص است و تفاوتی از این لحاظ بین شخص حقوقی، حقوق تجارت و سایر اشخاص حقوقی نیست

ج) تابعیت: در مورد تابعیت اشخاص حقوقی دو نص در قوانین داریم که با توجه به آنها تابعیت شرکتهای تجاری ایرانی و تابعیت سایر اشخاص حقوقی فرق می‌کند

۱- تابعیت شرکتهای تجاری ایرانی: طبق ماده ۱۳۱۰/۳/۱۱ هر شرکتی برای اینکه ایرانی محسوب شود باید ۲ شرط را با هم داشته باشد. اول اینکه؛ در ایران تشکیل شود. دوم اینکه؛ مرکز اصلی آن در ایران باشد.

۲- تابعیت سایر اشخاص حقوقی: به موجب ماده ۵۹۱ ق. ت (اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی را دارند که اقامتگاه آنها در این مملکت است) یعنی اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی را دارند که مرکز اصلی اداره امور آن شخص حقوقی است.

فصل دوم: در حجر

۱۸- یکی از مطالبی که هم در بخش مدنی (۱) و هم بطور کلی در تمام دوره مدنی و خصوصاً بخش معاملات نقش عمده‌ای ایفاء می‌کند، بررسی این موضوع هست که آیا شخصی که مبادرت به انجام عملی حقوقی می‌کند، اهلیت دارد یا نه؟ البته با توجه به اینکه هر شخص به محض تولد دارای اهلیت تمتع هست و حتی جنین به شرطی که زنده متولد شود متمتع از حقوق مدنی است، لذا در بحث از اهلیت، منظور اهلیت استیفاء است و محجور کسی است که اهلیت استیفاء نداشته باشد. مضافاً اینکه قانونگذار در برخی موارد، حمایت‌های ویژه‌ای از محجورین به عمل آورده است که مقررات خاص خود را هم در قانون مدنی و هم در قانون امور حسبی دارد.

با توجه به مطالب بالا در چند قسمت، به بررسی (حجر و اهلیت) می‌پردازیم.

۱۹- حجر اسبابی دارد که در م ۱۲۰۷ق. م احصا شده است اما موارد مذکور در ماده مذکور تمام موارد حجر نیست لذا ما ذیلاً موارد حجر را بطور کامل ذکر می‌کنیم؛

الف) صغر: کسی است که به واسطه نقص قوای عقلی و فقدان و عدم کفایت اراده نمی‌تواند در امور خود دخالت کند، این نوع حجر، نقص در شخص محجور است (یعنی شخص محجور باعث شده که این نهاد مورد حمایت قانونگذار قرار گیرد این نوع حجر را حجر حمایتی گویند) البته صغیر هم در رابطه با دخالت در امور خود اعم از مالی و غیر مالی به دو دسته تقسیم شده اند:

دسته اول) صغیر غیر ممیز: صغیر غیر ممیز، صغیری است که قوه تمیز را بطور کلی ندارد، تمام اعمال حقوقی این صغیر باطل است حتی اگر تصرفات صرفاً نافع باشد مثل قبول هبه بلا عوض و حتی با تنفیذ بعدی ولی وقیم هم این تصرفات کامل نمی‌شوند و باز باطلند.

دسته دوم: صغیر ممیز: صغیر ممیز، صغیری است که دارای قوه درک و تمیز نسبی است ولی به سن بلوغ نرسیده است و زشت را از زیبا و سود را از زیان می‌شناسد و می‌تواند اراده حقوقی داشته باشد.

در مورد تصرفات حقوقی این صغیر در حقوق موضوعه ایران گفته شده است که این صغیر می‌تواند ۱- تصرفات حقوقی صرفاً نافع انجام دهد (مثلاً می‌تواند هبه بلا عوض را قبول کند)

۲) در مورد سایر اعمال حقوقی که انجام می‌دهد، چه در امور مالی و چه در امور غیرمالی، تصرفاتش غیرنافذ است و با تنفیذ بعدی ولی و یا وقیم این تصرفات کامل می‌شوند.

تذکره ۱) در مورد اینکه در چه سنی صغیر، ممیز می‌شود در بین فقها از یک سو و حقوقدانان از سوی دیگر اختلاف نظر وجود دارد:

در فقه بعضی سن ۷ سالگی را برای تمیز ذکر کرده اند و برخی دیگر سن ۶ سالگی را برای تمیز کافی می‌دانند.

در حقوق هم برخی حقوقدانان عقیده دارند که در حقوق مدنی ایران، چون سن خاصی برای تمیز مشخص نشده است لذا تشخیص آن با رعایت مصلحت صغیر با دادگاه است.

تذکره ۲) در صورتی که تردید کنیم آیا صغیری به وصف تمیز متصف شده است یا نه؟ مقتضای اصل عملی چیست؟ در پاسخ می‌توان گفت که از آنجائیکه حالت عدم تمیز در صغیر مقدم بر تمیز است لذا در صورت شک در حدوث

تمیز حکم به بقای حالت سابق می کنیم (پس مقتضای اصلی عملی استصحاب است).

تذکره ۳) صغیر زمانی بطور کامل از حجر خارج می شود که علاوه بر رسیدن به سن بلوغ، رشید هم باشد.

در مورد سن بلوغ در قانون مدنی ۱۲۱۰ تکلیف را مشخص کرده است و سن بلوغ را برای پسر ۱۵ سال و برای دختر ۹ سال قرار داده است [هر چند درم ۱۰۴۳ حداقل سن ازدواج برای دختران] اما در مورد رشد وضعیت قانونی تا حدودی مبهم است ولی در رویه قضایی و نظر اکثر حقوقدانان با توجه به اینکه هنوز ماده واحده راجع به رشد متعاطین نسخ نشده است لذا سن هجده سالگی اماره رشد محسوب می شود. و بعد از این سن شخص رشید محسوب می شود مگر اینکه حجر او ثابت شود.

۲۰- قسم دوم از محجورینی که در ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی ذکر شده است. محجورین سفیه هستند که آنها را [غیر رشید] به معنی اخص هم می نامند. سفیه به کسی گفته می شود؛ که عادت او اسراف و تبذیر در خرج است و تصرفات مالی او عاقلانه نیست.

شخص غیر رشید با صغیر ممیز یک تفاوت عمده دارد و آن اینکه، غیر رشید کسی است که پس از رسیدن به سن بلوغ رشد کافی را به دست نیاورده یا پس از تحصیل رشد آن را از دست داده است در صورتی که صغیر ممیز به فردی گفته می شود که هنوز به سن بلوغ نرسیده ولی تا حدی قدرت درک و تشخیص و تمیز سود و زیان در معاملات را بدست آورده است (پس هر غیر ممیزی، غیر رشید هم هست ولی هیچ ممیزی پیش از بلوغ رشید محسوب نمی شود.)

۲۱- اعمال حقوقی غیر رشید از لحاظ نفوذ و عدم نفوذ و یا صحت و بطلان به دو دسته تقسیم می شوند:

الف) دخالت غیر رشید در امور مالی خود: غیر رشید (سفیه) نمی تواند در امور مالی خود دخالت کند ولی اگر عملی حقوقی راجع به اموال خود را انجام داد آن اعمال باطل نمی شوند بلکه نیاز به تنفیذ ولی (اگر سفه متصل به صغر باشد) و یا قیم (اگر سفه منفصل از صغر باشد) است.

ب) دخالت غیر رشید در امور غیر مالی خود: علی الاصول سفیه می تواند در امور غیر مالی خود مثل طلاق رأساً اقدام کند، ولی اگر دخالت در امور غیر مالی خود مستلزم دخالت در امور مالی باشد. برخی قائل بر اینند که نیاز به تنفیذ دارد مثلاً اگر مرد سفیهی برای خود ازدواج کند در اینصورت چون ازدواج کردن موجب استحقاق زن به مهریه است (اعم از مهرالمثل یا مهرالمسمی) لذا برخی عقیده دارند که خود نکاح غیر نافذ است و نیاز به تنفیذ دارد و برخی دیگر معتقدند که فقط قرار داد مربوط به مهریه نیاز به تنفیذ دارد نه خود نکاح که نظر اول در فقه امامیه نظر مشهور است.

۲۲- مجنون: مجنون سومین گروه محجورین مذکور در ماده ۱۲۰۷ ق. م است. محجور کسی است که قوه عقل و درک ندارد و به اختلال کامل قوای دمانی مبتلا است. جنون درجاتی دارد که در برخی مذاهب اسلامی بین درجات آن قائل به تفکیک شده اند ولی قانون مدنی در ماده ۱۲۱۱ به تبعیت از نظر مشهور فقها بیان می دارد (جنون به هر درجه که باشد موجب حجر است).

اعمال حقوقی مجنون مثل صغیر غیر ممیز بطور کلی باطل است و حتی با تنفیذ بعدی هم کامل نمی شود و در این بطلان، فرقی نمی کند که دخالت در امور مالی باشد یا امور غیر مالی. بحثی که باقی می ماند این است که مجنون

ادواری] یعنی کسی که در مدتی از سال مجنون است و در مدتی دیگر بهبودی حاصل می‌کند] آیا تمام اعمالش باطل است؟ یا تمامش صحیح است؟ و اینکه اثبات افاقه یا جنون بر عهده چه کسی است؟ قانون مدنی در مورد مجنون ادواری فرض جنون گرفته است یعنی فرض کرده که تمام اعمال حقوقی مجنون ادواری در حالت جنون واقع شده مگر افاقه او در حین انجام آن عمل حقوقی اثبات شود.

فصل سوم: در قیمومت

۲۳- در مورد محجورین قانونگذار طرق ویژه‌ای را برای حمایت برگزیده است این طرق از سه نهاد حقوقی تشکیل شده اند:

- این دو را مجموعاً ولی خاص می گویند
- ۱- ولی قهری: که عبارتند از پدر و جد پدری
 - ۲- وصی: که منصوب از طرف پدر یا جد پدری هستند

۳- قیم: که در صورت فقدان ولی خاص از طرف حاکم نصب می شود.

آنچه در این فصل مورد بررسی قرار می دهیم قیم است: قیم در لغت به معنی مستقیم و متولی و سرپرست و دارای قیمت است و به کسی گفته می شود که متولی امر شخص محجور است.

در اصطلاح حقوقی: قیم کسی است که در صورت نبود ولی خاص به وسیله دادگاه برای سرپرستی و اداره امور محجور نصب می شود.

۲۴- موارد نصب قیم:

موارد نصب قیم در ماده ۱۲۱۸ ق. م احصا شده است به موجب این ماده:

برای اشخاص ذیل نصب قیم می شود:

۱- برای صغاری که ولی خاص ندارند:

توضیح) طبق این بند اگر محجور قبل از رسیدن به سن بلوغ ولی خاص داشته باشد نصب قیم نمی شوند. ولی اگر صغیری ولی خاص نداشته باشد برای او نصب قیم می شود که وظیفه این قیم تا رسیدن صغیر به سن بلوغ است و اگر بعد از رسیدن به سن بلوغ باز محجور باشد در اینصورت قیم صغیری که به سن رشد رسیده لکن محجور است به دادستان اطلاع می دهد و بعد از آن، اگر دادگاه حکم به بقای حجر داد (ممکن است) قیم سابق را بر قیمومت ابقا کند.

۲- برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون و عدم رشد آنها متصل به زمان صغر بوده و ولی خاص نداشته باشند: توضیح) حجر اینها نیازی به حکم دادگاه ندارد.

۳- برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون و یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها نباشد.

توضیح: برای اینکه این اشخاص را مجنون یا غیر رشید بدانیم باید حجر آنها در دادگاه اثبات شود ولی حکم دادگاه جنبه اعلامی دارد. در صورتی که حجر این اشخاص در دادگاه به اثبات رسید. برای آنها قیم نصب می شود هر چند دارای پدر و جد پدری و یا وصی آنها باشد. زیرا که با بلوغ و رشد ولایت پدر و جد پدری زایل می شود. و در این حالت اگر دادگاه پدر و یا جد پدری را به عنوان قیم تعیین کرد، این اشخاص عنوان قیم خواهند داشت و مشمول قواعد راجع به قیم خواهند بود.

۲۵- شرایط و اوصاف قیم:

برای کسی که می‌خواهد به سمت قیمت منصوب شود قانونگذار شرایطی را در نظر گرفته است که ذیلاً ذکر می‌گردد.

- ۱) توانایی: که توانایی جسمی و قدرت انجام دادن اعمال حقوقی و داشتن مدیریت و درایت را در برمی‌گیرد.
- ۲) امانت: این شرط مهمترین صفتی است که قیم باید از هنگام نصب به این سمت و تا پایان مدت تصدی خود دارا باشد (یعنی هم ابتدائاً این شرط باید وجود داشته باشد و هم استمراراً).
- ۳) بلوغ و رشد: زیرا قیم برای اینکه بتواند در امور مالی و غیر مالی مولی علیه خود تصرف کند باید هم بالغ باشد و هم رشید و ماده ۱۲۳۱ ق.م در این باره اشعار می‌دارد؛ (کسی که خود تحت ولایت یا قیمومت است) نمی‌تواند به سمت قیمومت تعیین گردد.
- ۴) اسلام: هر چند این شرط صریحاً در قانون مدنی پیش بینی نشده است اما قانون مدنی در ماده ۱۱۹۲ خود بیان می‌دارد (ولی مسلم نمی‌تواند برای امور مولی علیه خود وصی غیر مسلم معین کند) که با وحدت ملاک این ماده می‌توان گفت که این شرط هم از شروط اساسی برای قیم است از طرفی قانون مدنی در موارد مشکوک محمول است بر نظر مشهور فقهای امامیه، که مشهور در فقه امامیه اسلام را از شرایط لازم برای قیم میدانند.

۱- شرایط

۱) موانع قانونی مبتنی بر عدم امانت: که قانونگذار در

ماده ۱۲۳۱ ق.م کسانی که ظن غالب بر عدم امانت داری

آنها هست صراحتاً از تصدی قیمومت منع کرده است.

۲) منع قانونی ناشی از نکاح: که ق.م در م ۱۲۳۳ اشعار می‌دارد: «زن نمی‌تواند بدون

رضایت شوهر خود سمت قیمومت را قبول کند»

۲- موانع قانونی

برای نصب قیم

تذکر: سوالی که ممکن است مطرح شود این است که آیا می‌توان شخص حقوقی را به سمت قیمومت صغیر و یا

محجوری تعیین کرد؟

در این مورد ۲ نظر وجود دارد:

نظر اول) برخی عقیده دارند چون اوصاف و شرایط خاصی برای قیم معین شده است که بطور ضمنی نشان می‌دهد قیمومت فقط می‌تواند به شخص طبیعی داده شود و مختص به شخص حقیقی است لذا شخص حقوقی نمی‌تواند به سمت قیمومت تعیین شود.

نظر دوم) [که نظر برگزیده دکتر صفایی است] به نظر این گروه شخص حقوقی می‌تواند در حدود اختیارات قانونی یا قرار دادی خود، عهده دار سمت قیمومت باشد و م ۱۲۴۷ تعیین هیأت رئیسه به سمت ناظر را قبول کرده لذا با الغاء خصوصیت از ناظر می‌توان حکم این ماده را به قیم هم تسری داد. لذا در چنین حالتی: اداره امور محجور از طریق نمایندگان آن شخص حقوقی انجام می‌گیرد و شخص حقوقی مسئول اعمال نمایندگان خود هست.

۲۶- در نصب قیم اشخاصی نسبت به اشخاصی دیگر در اولویت قرار دارند که قانونگذار این اولویت‌ها را برای رعایت غبطه محجور در نظر گرفته است این اولویت‌ها از قرار ذیل است.

۱- پدر یا مادر محجور مادامی که شوهر ندارد، با داشتن صلاحیت، برای قیمومت بر دیگران مقدم است (م ۶۱ ق.

ح. ۱)

۲- در صورت محجور شدن زن، شوهر با داشتن صلاحیت برای قیمومت بر دیگران مقدم است (م ۶۲ ق. ۱ ح.)

۳- با داشتن صلاحیت برای قیمومت، اقربای محجور بر سایرین مقدم خواهند بود (م ۱۲۳۲ ق. م)

۴- کسانی که ضامن یا تضمینات کافی بدهد بر دیگران مقدم هستند (استفاده از م ۱۲۴۳ ق. م)

۲۷- اختیارات و وظایف و حقوق قیم:

وظایف و اختیارات قیم بطور کلی (مواظبت شخص مولی علیه) و (اداره اموال او) ذکر شده است که هر کدام

دارای فروع متنوعی هستند که ذیلاً بیان می‌گردد

- ۱) نگهداری: حضانت و نگهداری طفل زمانی به قیم داده می‌شود که مادر و ولی خاص نداشته باشد، لذا اگر محجور مادر داشته باشد، هر چند مادر او قیم نباشد، ولی باز تکلیف حضانت طفل با مادر خواهد بود نه قیم.
- ۲) آموزش و پرورش: که این تکلیف هم بر عهده قیم است که در حد متعارف به آموزش و پرورش محجور اقدام کند
- ۳) ازدواج: در مورد تمام محجورین حتی سفیه، قیم وظیفه دارد که در صورت نیاز برای آنها ازدواج کند
- ۴) طلاق: در مورد طلاق زن محجور بین سه قشر از محجورین فرق قائله شده اند

I- اداره امور غیرمالی محجور

۱) در مورد صغیر: اگر ولی قهری برای او ازدواج

کرده باشد قیم نمی‌تواند زن او را طلاق دهد

۲) در مورد سفیه: چون حجر سفیه محدود به امور

مالی است لذا خود سفیه می‌تواند زنش را طلاق دهد

لذا باز قیم نمی‌تواند زن او را طلاق دهد

۳) در مورد مجنون: چون او اراده حقوقی ندارد لذا قیم می‌تواند زن وی را طلاق دهد البته

با تصمیم دادگاه (م ۸۸ ق. ۱. ح)

II- اداره امور مالی محجور: قاعده کلی این است که محجورین اعم از صغیر و سفیه و مجنون به حکم قانون

نمی‌توانند در اموال و امور مالی خود مداخله کنند و اداره امور به عهده قیم است لذا قیم در مورد اداره امور مالی

محجور وظایفی را بر عهده دارد از جمله:

- وظایف قیم در اداره امور مالی محجورین
- (۱) تنظیم صورت دارایی در ابتدای قیمومت
 - (۲) تنظیم و ارائه صورت حساب سالانه: که لااقل سالی یکبار حساب تصدی خود را به اداره سرپرستی یا دادستان می دهد و هرگاه ظرف یکماه پس از تاریخ مطالبه حساب ندهد معزول می شود.
 - (۳) تنظیم و ارائه صورت حساب نهایی: در صورتی که محجور از حجر خارج یا مدت قیمومت او تمام شود
 - قیم موظف است صورت حساب زمان تصدی خود را به مولی علیه سابق یا قیم بعدی ارائه دهد
 - (۴) در خواست مهر و موم ترکه مورث محجور: اگر پس از تعیین قیم مورث محجور فوت شود قیم موظف است ظرف ده روز در خواست مهر و موم و تحریر ترکه را بنماید
 - (۵) حفظ و نگهداری اموال محجور: قیم باید اموال مولی علیه خود را به طور متعارف و مطابق مصلحت او نگهداری کند.

۲۸- قیم در زمان تصدی خود اعمال حقوقی انجام می دهد و معاملاتی را انجام می دهد که در دو دسته کلی قرار میگیرند.

- الف) معاملاتی ممنوع و باطلند
- (۱) معامله با خود: یعنی اینکه قیم نمی تواند مال مولی علیه را به خود منتقل کند و یا مال خود را به مولی علیه منتقل کند
 - (۲) هبه اموال صغیر: قیم باید در حفظ و نگهداری اموال محجور رعایت غبطه و مصلحت محجور را بنماید و چون هبه اموال صغیر از اعمال حقوقی است که صرفاً مضر است لذا این نوع تصرف در مال مولی علیه باطل است. البته برخی موارد مثل هدیه جشن تولد یا هدیه روز مادر را مجاز می دانند با این استدلال که در رشد شخصیت محجور مؤثر هستند.

- (۱) فروش مال غیر منقول
- (۲) رهن اموال غیر منقول
- (۳) معامله‌ای که به موجب آن قیم مدیون مولی علیه شود
- مثل ضمانت قیم از شخصی که بدهکار مولی علیه است
- (۴) قرض، وام گرفتن برای محجور، فقط در صورت ضرورت و احتیاج و آنهم با تصویب مقام قضایی تجویز شده است
- (۵) صلح دعوای مربوط به محجور: زیرا که مستلزم گذشت و معامله‌ای خطرناک است
- ب) معاملاتی که نیاز به اجازه مقام قضایی دارند

۲۹- در اداره اموال محجور هزینه‌هایی صرف می‌شود که قانونگذار در ماده ۹۵ و ۷۷ ق. ۱. ح، مشخص کرده که این هزینه‌ها از اموال چه کسی باید پرداخت شوند این هزینه‌ها به ۲ گروه عمده تقسیم می‌شوند:

الف) حق الزحمه قیم: قانونگذار مدنی در ماده ۱۲۴۶، حق مطالبه اجرت توسط قیم را به رسمیت شناخته است ولی منبعی که باید این اجرت پرداخت شود معین نکرده است. که با توجه به ماده ۹۵ ق. ۱. ح می‌توان گفت که اجرت قیم از اموال محجور پرداخت می‌شود.

ب) سایر هزینه‌ها: هزینه‌های دیگر از قبیل اجرت کارگر، اجرت بنا، تعمیر کار و وجوهی که بابت مصرف آب، برق و سایر عوارض دولتی و حقوق دیوانی پرداخت می‌گردد نیز از اموال محجور پرداخت می‌شود (م ۷۷ ق. ۱. ح)

۳۰- اگر قیم به وظایف خود به خوبی عمل نکند قانونگذار ضمانت اجراهایی را مقرر کرده است که این ضمانت اجراها به دو دسته، ضمانت اجراهای مدنی و ضمانت اجرای کیفری تقسیم می‌شوند. و از طرفی با توجه به اینکه مراجع قضایی هم طبق قانون مکلف هستند در ارتباط با محجورین وظایفی را انجام دهند لذا ممکن است در مواردی قاضی محکمه یا دادستان هم مسئول باشند که ذیلاً بیان می‌گردد:

- (۱) امانی بودن ید قیم و زوال امانت: که اگر قیم در نگهداری و استفاده از اموال محجور تعدی و تفریط نماید ید امانی او به ید ضمانتی تبدیل می‌گردد و احکام غاصب بر او بار می‌گردد
- (۲) عزل قیم: که طبق م ۱۲۴۸ ق. م قیم اگر یکی از صفات خود را از دست بدهد عزل می‌شود (به حکم دادگاه)
- (۳) انزال قیم: اگر قیم محجور شود نمی‌تواند در این
- الف) ضمانت اجرای مدنی برای قیم

سمت باقی بماند و خود به خود منزل می شود
۴) بطان یا عدم نفوذ اعمال حقوقی قیم: هرگاه قیم هر
یک از اعمال حقوقی که [قبلاً ذکر شد] و ممنوع بودند
را انجام دهد باطل خواهد بود و یا اگر معاملاتی که نیاز
به اخذ اجازه از مقامات قضایی را دارد بدون اخذ اجازه
منعقد کند، معاملات مذکور غیر نافذ خواهند بود

(۱) مجازات خیانت در امانت مذکور در م ۶۷۵ و ۶۴۷
قانون مجازات اسلامی
(۲) سایر مجازاتهای مقرر در مواد ۶۳۳ و ۶۳۲ و ۵۹۶ ق
مجازات اسلامی

ب) ضمانت اجرای
کیفری برای قیم

(۱) ضمانت اجرای مدنی: که مسئولیت مدنی دارد در
صورتی که از تقصیر و اهمال او خسارتی به محجور
وارد آید
(۲) ضمانت اجرای کیفری: م ۵۹۷ ق.م: (که اگر در
انجام وظیفه کوتاهی کند) طبق ماده فوق قابل تعقیب
کیفری است

ج) ضمانت اجرای
دادستان

(۱) ضمانت اجرای مدنی: هرگاه از تقصیر قاضی محکمه
خسارتی به محجور وارد شود ضامن خواهد بود
(۲) ضمانت اجرای کیفری: که طبق م ۵۹۷ قانون مجازات
اسلامی در صورت وجود سایر عناصر محرمانه می توان
او را تحت تعقیب کیفری قرار داد

د) ضمانت اجرای
قاضی محکمه

۳۱- آخرین مبحثی که در بخش مدنی (۱) باقی می ماند بحث [پایان قیمومت] است که ذیلاً در دو قسمت آن را
بررسی می کنیم

(۱) پایان قیمومت بخاطر رشد یا افاقه محجور: هرگاه صغیر،
رشد شود و یا اینکه مجنون یا سفیه افاقه حاصل کنند، سمت

قیم پایان می‌یابد که م ۱۲۵۳ ق. م مقرر می‌دارد « پس از
پایان قیمومت زوال سببی که موجب تعیین قیم شده قیمومت مرتفع می‌شود
۲) پایان سمت قیم

- ۱) استعفای قیم: با توجه به اینکه قیمومت نوعی نمایندگی است لذا منطقی هست که قیم بتواند از سمت خود استعفاء دهد لذا با استعفای او سمت قیمومت همه به پایان می‌رسد.
- ۲) اعاده ولایت: هرگاه صغیری ولی قهری داشته باشد و ولی قهری بخاطر حجر از ولایت ساقط شده باشد در صورتی که این ولی قهری افاقه حاصل کند، ولایت او باز می‌گردد و بعد از برگشتن ولایت ولی، سمت قیمومت پایان می‌پذیرد.

حقوق مدنی (۲):

اموال و مالکیت

۱- مطالبی که تحت عنوان (اموال و مالکیت) قرار می‌گیرد که از دو قسمت عمده تشکیل می‌شود.

فصل اول: اموال

فصل دوم: وقف

در تدوین این جزوه در این بخش مبنای اصلی بر کتاب اموال و مالکیت دکتر کاتوزیان و جلد اول از دوره شش جلدی دکتر حسن امامی قرار دارد. هر چند که در برخی موارد به نظر سایر اساتید و بعضاً نظر مشهور فقهای امامیه هم اشاره‌ای خواهد شد (ان شاء الله)

فصل اول: در اموال

۲- قانون مدنی از ماده ۱۱ الی ماده ۱۸۲ را به بررسی اموال اختصاص داده است مال چیزی است که دارای دو شرط

اساسی باشد:

الف) مفید باشد و نیازی را بر آورده کند، خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی.

ب) قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد.

قانون مدنی اموال را در یک تقسیم بندی به ۲ دسته طبقه بندی می‌کند: ۱) اموال منقول ۲) اموال غیر منقول

۱) اموال غیر منقول اموالی هستند که ؛ از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود اعم از اینکه استقرار ذاتی باشد یا به

وسیله عمل انسان به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن باشد (م ۱۲ق. م)

۲) اموال منقول هم اموالی هستند که ؛ به سهولت قابل انتقال از مکانی به مکان دیگر باشند بدون اینکه به خود یا

محل آنها خرابی یا نقصی وارد آید.

اموال غیر منقول در یک تقسیم بندی جزئی تر به اموال غیر منقول ذاتی و اموال غیر منقول.

- تبعی و اموال غیر منقول حکمی تقسیم بندی می‌شوند:

-اقسام اموال غیر منقول

۱) اموال غیر منقول ذاتی: اموال غیر منقول ذاتی اموالی هستند ؛

که با توجه به ماهیت آنها غیر منقول می‌باشند مثل اراضی - ابنیه و آسیا

۲) اموال غیر منقول تبعی: اموالی هستند که ذاتاً منقول هستند

ولی به واسطه عمل انسان یا به هر نحو دیگری ملتصق به بنا

یا زمین شده اند مثل [هر آنچه که در بنا منصوب و عرفاً جزء

بنا محسوب می‌شود یا آینه و پرده نقاشی و امثال آنها در

صورتی که در بنا یا زمین بکار رفته باشد به نظر دکتر کاتوزیان

ثمره و حاصل مادامی که چیده نشده اند، غیر منقول تبعی هستند.

۳) غیر منقول حکمی: قانونگذار مدنی در م ۱۷ق. م. مواردی را

ذکر کرده که [از حیث صلاحیت محاکم] حکم آنها، همان حکم غیر منقول است، یعنی صلاحیت رسیدگی به دعاوی مربوط به حیوانات و اشیایی که مالک آن را برای عمل زراعت اختصاص داده، همان دادگاهی است که صالح به رسیدگی به دعاوی مربوط به مال غیر منقول است (محل وقوع مال غیر منقول)

۴- حقوق هم، با توجه به اینکه، ارزش اقتصادی بلاواسطه داشته باشند به دودسته تقسیم میشوند:

۱- حقوق مالی ۲- حقوق غیر مالی

۱- حقوق مالی هم در یک تقسیم بندی و با لحاظ اینکه نسبت به عین تعلق می گیرند یا خیر، به سه دسته تقسیم

می شوند؛

(A) حق عینی: حقی است که کسی نسبت به عین دارد. مانند حق شفعه یا حق تحجیر یا حق وثیقه / حق ارتفاق، حق

انتفاع

(B) حق دینی: حقی است که شخص بر ذمه شخص دیگری دارد مثل طلب

(C) حقوق معنوی یا حق شرکاء در شرکتهای تجاری بر هیچ کدام از دو قسم فوق قابل انطباق نیست و قسم ثالثی از

حقوق را تشکیل می دهند.

تذکر: حقوق مالی را به حکم ماهیت و ذات خود نمی توان به منقول و غیر منقول تقسیم کرد زیرا به حکم ماده ۱۱

ق. م تقسیم

بندی به منقول و غیر منقول مخصوص اموال هست نه حقوقی ولی با این حال حقوق را هم به منقول و غیر منقول

طبقه بندی می کنند که ذیلاً بیان می گردد:

(الف) حقوق عینی: حقوق عینی اگر راجع به مال منقول باشند، منقول تبعی و اگر راجع به مال غیر منقول باشند، غیر

منقول تبعی هستند مثل حق انتفاع یا حق تحجیر.

تذکر: دعاوی که مستقیماً مربوط به مال غیر منقول می شوند مثل دعاوی ناشی از تخریب مال منقول نیز غیر منقول

تبعی هستند

(ب) حقوق دینی: حقوق دینی چون بر ذمه شخص تعلق می گیرند لذا در حکم منقول هستند ماده ۲۰ قانون مدنی در

این باره اشعار می دارد (کلیه دیون از قبیل قرض ثمن مبیع و مالا جاره عین مستأجره، از حیث صلاحیت محاکم در حکم

منقول هستند ولو اینکه مبیع یا عین مستأجره از اموال غیر منقول باشد)

تذکر: به نظر دکتر کاتوزیان: برای اینکه دعاوی راجع به مال غیر منقول از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول

قرار گیرند نباید موضوع آنها غیر منقول باشد لذا دعاوی تعهد به انتقال مال غیر منقول در صلاحیت محاکم محل مال

غیر منقول است.

در اینجا چند نکته هست که ذیلاً بیان می شود:

نکته اول: دعاوی راجع به حق تولیت از جمله دعاوی هست که باید در دادگاه محل وقوع وقف انجام گیرد.

نکته دوم: حق شرکا در شرکتهای تجاری منقول است ولی در شرکتهای مدنی بستگی به مورد شرکت دارد: اگر

مورد شرکت مال منقول باشد حق شرکا هم به تبع آن منقول خواهند بود و اگر مورد شرکت مال غیر منقول باشد حق شرکا هم به تبعیت از آن غیر منقول خواهد بود. دلیل این تفکیک این است که شرکت تجاری دارای شخصیت حقوقی مستقلی است و حق شرکا در آن شرکت حق بر شخص است لذا در حکم منقولندولی در شرکت مدنی چون شخصیت حقوقی بوجود نمی‌آید لذا حق شرکا هم همان حقی است که بر مورد شرکت دارند لذا با اختلاف مورد شرکت حقوق شرکا هم مختلف خواهد بود.

نکته سوم: در مورد حق سرقفلی اختلاف وجود دارد که آیا منقول است یا غیر منقول:

برخی معتقدند چون حق سرقفلی، حق بر مشتریان دائم است لذا در اثر فعالیت و امانت شخصی بدست می‌آید لذا منقول تبعی است. ولی برخی دیگر عقیده دارند (دکتر درودیان) با توجه به اینکه صفت مشخصه و بارز و عنصر اساسی سرقفلی حق تقدم در اجاره و مالکیت منافع عین مستأجره در برابر اجاره بهای ثابتی است که طرفین بر آن تراضی نموده اند لذا شباهت به حقوق مذکور در ماده ۱۸ قانون مدنی دارد. و غیر منقول تبعی است و این استدلال را با استناد به ماده ۱۹ قانون روابط مؤجر و مستأجر که می‌گوید: (که حق سرقفلی از اموال غیر منقول و موضوع اجاره قابل انفکاک نیست و همچنین انتقال آن فقط به موجب سند رسمی امکان پذیر است)، تقویت می‌کند.

نکته چهارم: حقوق در کل ۲ دسته می‌شود: ۱) غیر منقول تبعی مثل حق انتفاع، ارتفاق و... ۲) منقول حکمی: حقوق

دینی

۵- تقسیم دیگری از اموال که در قانون مدنی انجام گرفته، تقسیم آنها به ۱) اموالی که مالک خاص دارند و ۲) اموالی که مالک خاص ندارند.

۱) اموالی که مالک خاص دارند بحث جدی ندارد و فقط ذکر این نکته حائز اهمیت است که مالک خاص می‌تواند، یک شخص حقیقی باشد و یا یک شخص حقوقی و این شخص حقوقی هم می‌تواند، شخص حقوقی خصوصی باشد یا شخص حقوقی، حقوق عمومی.

۲) اموالی که مالک خاص ندارند به سه دسته تقسیم می‌شوند:

الف) مشترکان عمومی

ب) مباحات

ج) اموال مجهول المالک

هر یک از موارد سه گانه فوق را در زیر بررسی می‌کنیم:

الف) مشترکات عمومی: اموالی هستند که مالک آن عموم است که این اموال را نمی‌توان تملک کرد (یعنی قابل تملک نیستند) اما به نظر برخی از اساتید (دکتر کاتوزیان) این اموال را می‌توان با تصویب قانونی تملک کرد، ولی به هر حال، با تصمیم اداری یا آئین نامه و غیره قابل تملک خصوصی نیستند. مشترکان عمومی به چهار دسته تقسیم می‌شوند:

A) راههای عمومی: یعنی طرق و شوارع عامه و کوچه‌هایی که آخر آنها مسدود نیست (م ۲۴ ق. م)

B) اموال مورد استفاده عموم (که مالک ندارد) از قبیل پلها، کاروانسراها، و آب انبارهای عمومی (م ۲۵ ق. م)

C) اموال اختصاص یافته به خدمت عمومی: مثل استحکاحات و قلاع و خندق‌ها و خاکریزهای نظامی و..... (م ۲۶

ق. م)

تذکر: ملاک تمیز اموال عمومی از مورد تملک دولت را ماده ۲۶ ق. م با این عبارات بیان می‌کند (.... و آنچه از اموال منقوله و غیر منقوله که دولت به عنوان مصالح عمومی و منفع ملی در تحت تصرف دارد.....)

D) بستر رودخانه‌ها و جنگلها و اموالی که بطور مستقیم یا با واسطه از طرف دولت برای رفع نیازمندیهای عمومی اختصاص داده شده و دولت تملک خاص بر آنها ندارد.

ب) مباحات: مباحات به ۵ گروه طبقه بندی می‌شوند:

الف) معادن ب) شکار ج) دفینه د) احیا اراضی حوات مباحه ه) آبهای مباح

(که توضیح این موارد در قسمت بعدی خواهد آمد)

تذکر: مباحات علی القاعده با احیا و حیات قابل تملک هستند و قاعده اولیه این مفهوم را می‌رساند (من حاز ملک) ولی با توجه به قوانین تصویب شده راجع به این موارد الآن محدوده آن قاعده بسیار مضیق شده است.

ج) اموال مجهول المالک: که عبارتند از: الف) اشیا پیدا شده و ب) حیوانات ضاله و ج) همچنین اموالی که قبلاً مالک داشته اند و مالک آنها مشخص نیست بطوریکه اعراض مالک از این اموال هم معلوم نیست یا عدم اعراض از آنها مسلم باشد این اموال از اموال عمومی هستند که بنا به تجویز ماده ۲۸ قانون مدنی با اذن حاکم یا مأذون از قبل او به مصارف فقرا می‌رسد.

۶- بحث مهمی که در قسمت اموال بررسی میشود بحث تصرف و اماره تصرف است، طبق ماده ۳۵ (تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود). این ماده بیان کننده یک اماره قانونی است یعنی هر کسی متصرف مالی باشد این تصرف اماره مالکیت اوست مگر اینکه خلاف آن ثابت شود در مورد اینکه آیا احراز مالکیت سابق می‌تواند اماره تصرف لاحق را از بین ببرد و اختلاف نظر بسیار است (۲) نظر عمده وجود دارد که عبارتند از:

الف) نظر قانون مدنی: قانون مدنی این اصل را پذیرفته است که اثبات مالکیت سابق مدنی نمی‌تواند با اماره تصرف فعلی متصرف معارضه کند، چرا که مالکیت سابق مدعی اثبات شده است که مالکیت فعلی وی را به طریق استصحاب اثبات می‌کند و اصل استصحاب از اصول عملی است در حالیکه اماره تصرف یک ظهور عرفی و اماره است و در مقام تعارض بین اصل عملی و اماره، اماره مقدم خواهد بود لذا قول متصرف مقدم خواهد شد. ولی قانونگذار مدنی یک استثنایی را در این مورد بیان کرده است بدین صورت که «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت، مشار الیه (متصرف) نمی‌تواند برای ادعای مالکیت خویش به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است (م ۳۷ ق. م) این ماده در صورتی که مالکیت سابق مدعی با اقرار متصرف ثابت شده باشد، این اماره تصرف را قابل استناد نمی‌داند. علت این حکم آن است که به خاطر اقرار متصرف (انقلاب دعوا) رخ می‌دهد و جای مدعی و منکر عوض می‌شود، چرا که متصرف با اقرار خود بطور ضمنی مدعی شده است که ملک مزبور به ناقل قانونی صحیح به او منتقل شده است لذا باید این ادعای خود را ثابت کند) که این نظر مشهور فقهای امامیه و مشهور حقوقدانان است.

نظر دوم: دکتر کاتوزیان عقیده دارند که به هر طریقی مالکیت سابق مدعی اثبات شد، اماره تصرف متصرف فعلی قابلیت استناد ندارد ایشان از حکم ماده ۳۷ ق.م و وحدت ملاک می گیرند و با این استدلال که (اثر اقرار چیزی جز اثبات مالکیت سابق نیست) از اقرار الغا خصوصیت می کنند و حکم ماده مذکور را به تمام صورتی که مالکیت سابق احراز شود تسری می دهند. تذکر: مطلبی که باید به عنوان استثنا وارد بر حکم ماده ۳۵ ق.م ذکر شود این است که با توجه به ماده ۲۲ قانون ثبت {دولت فقط کسی را مالک می شناسد که سند رسمی مالکیت داشته باشد و اسم او به عنوان مالک در دفتر ثبت املاک به ثبت رسیده باشد} لذا در مورد املاک ثبت شده اماره تصرف در مقابل شخصی که مالک رسمی ملک هست (یعنی مالکیت او با سند رسمی ثابت شده باشد) قابلیت استناد ندارد.

۷- در حق انتفاع:

حق انتفاع: عبارتست از حقی که به موجب آن شخص می تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند.

حق انتفاع به موجب عقدی که بین منتفع از حق و معطی حق منعقد می شود اعطا می گردد، حق انتفاع به صورتهای ذیل ممکن است اعطا گردد:

(۱) رقبی: حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می شود این عقد، عقد لازمی است و مضمول اصل لزوم مذکور در ماده ۲۱۹ می باشد.

(۲) 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. این عقد نیز یک عقد لازم است با شرط فاسخ.

(۳) سکنی: اگر حق انتفاع عبارت از سکونت در مسکنی باشد، سکنی یا حق سکنی نامیده می شود و این حق ممکن است بطریق عمرنی یا به طریق رقبی برقرار شود (م ۴۳) و همچنین سکنی ممکن است بصورت مطلق یا مؤبد باشد.

(۴) حبس مطلق: 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 (م ۴۴ ق.م) حبس مطلق عقدی جایز است و با مرگ و حجر مالک و منتفع منحل می شود (دکتر کاتوزیان و دکتر امامی) ولی دکتر لنگرودی عقیده دارد که حبس مطلق عقدی است لازم ولی مالک می تواند هر وقت خواست رجوع کند (لذا به نظر ایشان با مرگ یا حجر منتفع و همچنین با حجر مالک این حق از بین نمی رود.)

(۵) حبس مؤبد: حق انتفاعی است که در عقد آن، دوام قید شده باشد و مانند وقف است و شاید احکام وقف را داشته باشد و تا زمان بقای عین، باقی است (دکتر حسن امامی جلد اول)

۸- چند نکته مهم در مورد حق انتفاع وجود دارد که تیتروار بیان می گردد:

نکته اول: حق انتفاع همانطور که گفته شد به موجب عقد به منتفع واگذار می گردد و این عقد لازم است مگر در مورد حبس مطلق که برخی عقیده دارند جایز است.

نکته دوم: در عقد واگذاری انتفاع می توان شرط خیار کرد و یا آن را اقاله کرد.

نکته سوم: در حبس، اعم از عمری و غیره قبض شرط صحت است (م ۴۷) و برای قبض اذن مالک شرط است و فوریت در قبض شرط صحت نمی‌باشد و همچنین، انتقال حق از زمان قبض مورد عقد صورت می‌گیرد لذا تنها چیزی را می‌توان مورد عقد حق انتفاع قرارداد که قابل قبض و اقباض باشد

نکته چهارم: مخارج لازمه برای نگهداری مالی که موضوع انتفاع است بر عهده منتفع نیست مگر اینکه شرط خلاف شده باشد (م ۴۹) ولی در مورد حبس مؤبد مثل وقف، هزینه‌های لازم برای حفظ و بقا عین از منافع خود ملک باید پرداخت شود مگر شرط خلاف شده باشد.

نکته پنجم: یک مسئله‌ای که معمولاً دانشجویان حقوق در درس مدنی ۲ با آن مواجه هستند این سوال هست که؛ واگذاری حق انتفاع با دادن اجازه و اذن در انتفاع و نیز با عقد اجاره چه فرقی دارد؟ در جواب باید گفت:

۱) تفاوت واگذاری حق انتفاع و دادن اجازه و اذن در انتفاع: واگذاری حق انتفاع به موجب انعقاد عقد صورت می‌گیرد در حالی که دادن اجازه و اذن در انتفاع نوعی ایقاع است. و ثانیاً در واگذاری حق انتفاع منتفع مالک حق مزبور می‌گردد ولی در اجازه و اذن در انتفاع، منتفع حق بر انتفاع پیدا نمی‌کند بلکه انتفاع بردن بر او مباح می‌شود.

۲) تفاوت واگذاری حق انتفاع با عقد اجاره: در عقد اجاره منافع در ملکیت مستأجر ایجاد می‌شود و به تبع حق استفاده از آن منافع را هم دارد ولی در واگذاری حق انتفاع، منافع در ملکیت منتفع ایجاد نمی‌شود بلکه در ملکیت مالک ایجاد می‌شود و منتفع فقط حق انتفاع را دارد. ثانیاً در عقد واگذاری حق انتفاع بر خلاف اجاره تعیین مدت استفاده از شرایط اساسی صحت عقد نیست همانطور که می‌توان واگذاری حق انتفاع را در قالب حبس مطلق آورد که در آن مدت ذکر نمی‌شود.

نکته ششم: برای صحت عقد حق انتفاع سه شرط لازم است:

۱) شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی

۲) به قبض دادن موضوع انتفاع

۳) مورد معامله باید چیزی باشد که با استفاده از آن عین باقی بماند. نکته هفتم: حق انتفاع در موارد زیر زایل می‌شود:

۱- در صورت انقضا مدت

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

۳- در صورت موجود نشدن طبقه ثانی و ثالث و..... در ایجاد حق به تبع موجود

۴- در صورت فوت مالک در حبس مطلق

فصل دوم: وقف

۹- وقف عبارتست از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود یعنی اینکه مالکی عین مالی را از جریان داد و ستد خارج کند و منافع آن را در راه خدا یا راههای خیر مصرف کند.

با توجه به اینکه در وقف عین مالی تسبیل می‌شود لذا یکی از شرایط صحت وقف آن است که عین مال با استفاده، قابلیت بقا داشته باشد. در اینکه آیا وقف عقد هست یا نه؟ اختلاف نظر وجود دارد، برخی قائل بر این هستند که وقف عقد نیست، بلکه یکی از نهادهای حقوقی است که ماهیت حقوقی خاص خود را دارد، قانونگذار مدنی هم در تعریف وقف از کلمه (عقد) استفاده نکرده است. در مقابل عده کثیری از حقوقدانان قائل بر عقد بودن، وقف هستند چنانچه قانونگذار در ماده ۶۱ ق.م هر چند در مقام بیان عقد بودن یا نبودن وقف بوده ولی از کلمه عقد استفاده کرده است (.....) یا اگر در ضمن { عقد } وقف متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد و....) علی ایحال در بحث‌ها به نظر می‌رسد که وقف جز عقود محسوب می‌شود (هر چند که در بحث حقوق بین الملل خصوصی (که خارج از مواد امتحانی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی است) وقف را جز اموال محسوب می‌کنند و احکام عقود را بر آن جاری نمی‌کنند)

۱۰- عقد وقف مشخصاتی دارد از جمله:

(۱-) وقف از عقود عینی است: عقود عینی عقودی هستند که در آنها قبض شرط صحت است.

(۲-) عقد وقف از عقود قابل رجوع هست، یعنی تا زمانی که مال موقوفه به تصرف و قبض موقوف علیهم یا حاکم داده نشده است واقف می‌تواند از آن رجوع کند چنانچه م ۶۱ ق.م اشعار می‌دارد (وقف بعد از وقوع آن به نحوه صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند و....)

(۳-) با توجه به اینکه، وقف عقد است لذا واقع می‌شود به ایجاب از طرف واقف بهر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی وقف کند و قبول طبقه اول از موقوف علیهم یا قائم مقام قانونی آنها در صورتی که محصور باشند، مثل وقف بر اولاد و اگر موقوف علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد. در این صورت قبول حاکم شرط است وقف چهار رکن دارد (۱) واقف (۲) عین موقوفه (۳) موقوف علیهم (۴) متولی که در زیر بررسی می‌شوند.

۱۱- واقف کسی است که مال متعلق به خود را در راه خدا حبس و منافع آن را تسبیل می‌کند. واقف باید دارای شرایطی باشد که این شرایط به دو دسته تقسیم می‌شوند:

الف) شرایط عمومی: چون واقف و قصد انعقاد عقدی را دارد و می‌خواهد یک عمل حقوقی انجام دهد لذا باید شرایطی را قانون برای عاقد در نظر گرفته داشته باشد که عبارتند از:

(۱) قصد و رضا: یعنی واقف باید قصد کند لذا وقف نائم و هازل و مجبور باطل است. و می‌توان گفت که وقف شخص مکره غیر نافذ است و نیاز به تنفیذ واقف بعد از رفع اکراه دارد.

(۲) واقف باید اهلیت معاملاتی داشته باشد ماده ۵۷ ق.م در این مورد اشعار می‌دارد (..... بعلاوه (واقف) باید دارای

اهلیتی باشد که در معاملات معتبر است)

ب) شرایط اختصاصی: قانون مدنی در ماده ۵۷ یک شرطی را برای واقف در نظر گرفته است و آن اینکه (واقف باید مالک مالی باشد که وقف می کنند...) طبق این ماده واقف باید مالک عین و منفعت مورد وقف باشد چرا که با وقف کردن در هر دو تصرف می کند با این وجود وقف ملکی که در اجاره موقتی است جایز است (دکتر کاتوزیان - قانون مدنی در نظم کنونی - ذیل ماده ۵۷) اما می توان از این ماده برداشت دیگری هم کرد بدین صورت که (عین موقوفه باید ملک باشد) یعنی اشیا مباحه و زمینهای موات را نمی توان وقف کرد و برای وقف این دسته از اموال ابتدا باید آنها را که حیات کرد تا تبدیل به ملک شوند و سپس واقف می تواند مالی را حیات کرده است وقف کند.

۱۲- عین موقوفه: ملکی است که مالک آن، آن را موضوع عقد وقف قرار می دهد. عین موقوفه باید دارای شرایطی باشد که بشرح ذیل می توان آنها را احصا کرد:

الف) همانطور که قبلاً گفته شد: با توجه به ماده ۵۷ ق. م عین موقوفه باید ملک باشد و لذا تازمانی که مالی به ملکیت شخصی در نیامده است نمی توان آن را وقف کرد.

ب) با توجه به اینکه طبق مواد ۶۰ و ۵۹ ق. م، قبض از شرایط صحت عقد وقف است لذا عین موقوفه باید از اموالی باشد که بتوان آن را به قبض داد. (م ۶۷)

ج) عین موقوفه باید از اموالی باشد که با بقا عین بتواند از آن منتفع شد اعم از اینکه منقول باشد یا غیر منقول، مشاع باشد یا مفروز (م ۵۸) زیرا هدف از وقف آن است که با بقای عین در راه خدا از منافع آن استفاده شود.

د) عین موقوفه نباید مسلوب المنفعه باشد ولی مالی را که منافع آن موقتاً متعلق به دیگری است (مثلاً برای مدت کوتاهی در اجاره دیگری است) می توان وقف نمود و همچنین ملکی که در آن ارتفاق موجود است جایز است وقف کرد، بدون اینکه به حق مزبور خللی وارد آمد.

ه) مال موقوفه باید متعلق حق دیگران نباشد مثل رهن یا بیع شرط که چنین وقفهایی فضولی هستند.

۱۳- موقوف علیهم: کسانی هستند که وقف به نفع آنها صورت می گیرد. موقوف علیهم دو دسته اند:

الف) موقوف علیهم محصور (وقف خاص) که در این صورت خود آنها باید قبول و قبض کنند و اگر وقف بر چند طبقه باشد قبول و قبض طبقه اول کافی است.

ب) موقوف علیهم غیر محصور (وقف عام) در موقوف علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه قبول وقف با حاکم است ولی قبض آن با متولی است و اگر متولی قبض نکرد، حاکم قبض می کند.

تذکر: دلیل اینکه متولی نمی تواند وقف را قبول کند و فقط حاکم می تواند قبول کند این است که قبل از قبول، متولی سمتی ندارد و سمت تولیت بعد از انعقاد وقف به وی داده می شود، لذا بعد از انعقاد وقف متولی سمت پیدا می کند و می تواند عین موقوفه را قبض کند. از جمله شرایط موقوف علیهم این است که خود واقف نمی تواند جز و موقوف علیهم باشد قانون مدنی در ماده ۷۲ مقرر می دارد (وقف بر نفس به این معنی که واقف خود را موقوف علیه یا جز موقوف علیهم نماید یا پرداخت دیون یا سایر مخارج خود را از منافع موقوفه قرار دهد باطل است، اعم از اینکه راجع به حال حیات باشد یا بعد از فوت) ولی در وقف بر مصالح عامه اگر خود واقف نیز از مصداق موقوف علیهم واقع شود می تواند منتفع شود (م. ۷۴)

لذا باتوجه به ماده ۷۲ ق.م واقف باید در وقف خاص خود را از زمره موقوف علیهم خارج کند و اگر خارج نکند به منزله وقف بر معدوم و موجود است و وقف نسبت به واقف باطل و نسبت به سایرین صحیح است. اما واقف می تواند بر اولاد و اقوم و خدمه و واردین و امثال آنها وقف کند (م ۷۳) از دیگر شرایط موقوف علیهم این است که موقوف علیهم باید اهلیت تملک داشته باشد لذا وقف کردن ملک به یک خارجی که نمی تواند در ایران مال غیر منقول داشته باشد باطل است.

مطلب دیگر در مورد موقوف علیهم اینک: اگر وقف بر موجود و معدوم با هم واقع شود یعنی (موجود و معدوم در عرض هم باشند نه در طول هم) نسبت به سهم موجود صحیح و نسبت به سهم معدوم باطل است. مثلاً اگر کسی بر برادر خود و اولاد معدوم خود که هنوز متولد نشده اند وقف نماید، چون اولاد واقف جنبه تبعی نسبت به برادر واقف ندارند و در عرض یکدیگر قرار گرفته اند. وقف نسبت به سهم برادر که نصف است صحیح و نسبت به سهم اولاد باطل است. ولی اگر به برادر و اولاد برادر وقف کند چون این دو در طول هم قرار دارند لذا وقف بر هر دو صحیح است. آخرین مطلب اینک: (وقف بر مجهول صحیح نیست) این معلوم بودن هم باید از جانب موقوف علیهم باشد (یعنی موقوف علیهم معلوم باشند) و هم مصرف وقف باید معلوم باشد مگر در وقف عام که صرف بریات عمومی می شود.

۱۴- متولی وقف:

واقف می تواند در ضمن عقد وقف تولیت یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام العمر یا برای مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند. تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا مجتمعاً اداره کنند و همچنین واقف می تواند شرط کند که خود او و یا متولی که معین شده است نصب متولی کند و یا در این موضوع هر ترتیبی را مقتضی بداند قرار دهد (م ۷۵) اما بعد از وقوع عقد وقف و حصول قبض واقف نمی تواند اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده، بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند شخصی که به عنوان متولی انتخاب شده است علی القاعده باید در مورد قبول یا رد این سمت اظهار نظر کند، اگر متولی بدو و در اولین اعلام اراده سمت تولیت را قبول کند دیگر نمی تواند آن را رد کند و اگر رد کرد دیگر نمی تواند قبول کند و ایجابی که واقف در ضمن عقد برای متولی کرده بود با رد متولی از بین می رود و وقف مثل صورتی می شود که از اصل متولی مشخص نشده است. ولی به نظر می رسد اگر واقف به صورت شرط فعل قرار باشد که متولی تعیین کند و کسی را تعیین کند و او رد کند، در این صورت چون هنوز واقف به تعهد خود عمل نکرده است می توان متولی دیگری معین کند.

واقف می تواند برای متولی ناظر قرار دهد که این ناظر می تواند، نظارت استصوابی یا نظارت اطلاعی داشته باشد. همچنین واقف می تواند برای متولی حق التولیه و برای ناظر حق النظاره قرار دهد هر چند که خودش متولی باشد زیرا که طبق ماده ۳۰ ق.م مالک می تواند در مال خود هر نوع تصرفی بنماید و در زمان انعقاد عقد وقف واقف هنوز مالک است.

تذکر (۱) اگر خیانت متولی ظاهر شد حاکیه ضم امین می کند و نمی تواند او را عزل کند مگر در صورتی که حق عزل شرط شده باشد، چرا که حاکم حق ندارد خارج از اراده واقف عمل کند، و همچنین واقف هم بعد از وقوع و قبض عین موقوفه نمی تواند متولی را عزل کند زیرا که بعد از عقد وقف واقف نسبت به وقف بیگانه است.

تذکر (۲) اگر واقف وصف مخصوص را در شخص متولی شرط کرده باشد و متولی فاقد آن وصف گردد منعزل می شود.

۱۵- بیع مال وقف:

علی الاصول بیع مال موقوفه باطل است زیرا که طبق قاعده فقهی مشهور { لا بیع الا فی ملک } یعنی (بیعی وجود ندارد مگر آنکه مبیع ملک باشد) در صورتی که مال موقوفه ملک نیست و با وقف از ملکیت مالک خارج می شود و شخصیت حقوقی پیدا می کند. برخی نوع دیگری عدم امکان فروش مال موقوفه را توجیه می کنند: بدین توضیح که، یکی از شرایط مبیع در بیع طلق بودن آن مال است و چون به واسطه وقف مال موقوفه حبس می شود لذا این شرط اساسی برای امکان بیع وجود ندارد.

الف) اما در مواردی و با شروطی قانونگذار اجازه داده است که مال موقوفه به فروش برسد این شرایط در ماده ۸۸ قانون مدنی آمده است:

شرط اول: در صورتی که مال موقوفه خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی شود بطوری که انتفاع از آن ممکن نباشد.

شرط دوم: در صورتی که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.

در صورتی که این دو شرط باهم وجود داشته باشند قانونگذار اجازه فروش داده است که در این صورت ثمن حاصل از آن به اقرب به غرض واقف تبدیل می شود لذا به نظر می رسد نمی توان ثمن آن را بین موقوف علیهم تقسیم کرد هر چند نیاز مبرم به ثمن آن داشته باشند.

ب) قانونگذار در قسمت بیع هم به این موضوع اشاره می کند که اگر به خاطر عدم فروش عین موقوفه بیم سفک دما (یعنی احتمال داده می شود که خون مسلمانی ریخته خواهد شد) می توان عین موقوفه را فروخت.

۱۶- در حق ارتفاق:

حق ارتفاق: حقی است برای شخص در ملک دیگری: یعنی حق ارتفاق برای مالک زمین مجاور در ملک همسایه خود ایجاد می شود لذا حق ارتفاق جنبه شخصی ندارد و به مناسبت مالکیت شخصی بر ملکی برای او ایجاد می شود و اگر ملک فروخته شود علی القاعده حق ارتفاق هم به مالک جدید منتقل می شود. مگر شرط خلاف شده باشد. حق ارتفاق دارای ویژگیهایی ذیل است:

(۱) حق ارتفاق ویژه اموال غیر منقول است و این مال غیر منقول باید ملک باشد (یعنی در تملک شخصی باشد) لذا در اراضی موات و مباحه حق ارتفاق وجود ندارد، هر چند حقوق دیگری مثل حق حریم در این نوع اموال غیر منقول وجود دارد.

(۲) حق ارتفاق قائم بر ملک است لذا جدای از ملک نمی توان آن را انتقال داد.

۳) حق ارتفاق ممکن است توسط صاحب ملک در ضمن عقدی از عقود به مالک ملک مجاور داده شود و ممکن است این حق در اثر گذشت زمان ایجاد شده باشد مثلاً کسی که از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته باشد صاحب حق ارتفاق خواهد بود (م ۹۷ ق.م) پس می‌توان گفت تصرف به عنوان داشتن حق ارتفاق نشانه و دلیل بر ملکیت در آن حق است (ملاک م ۳۵ ق.م)

۴) ایجاد حق ارتفاق توسط مالک برای غیر با اذن در عبور و مرور تفاوت دارد زیرا که ایجاد حق ارتفاق به موجب عقدی از عقود محقق می‌شود و این عقد طبق ماده ۱۰ قانون مدنی عقدی لازم است لذا مالک نمی‌تواند مانع از استفاده صاحب حق شود ولی اذن در استفاده و اجازه در عبور و مرور یک ایقاع است و علی‌الاصول ایجاد التزام برای اذن دهنده نمی‌کند. به همین جهت است که ماده ۹۸ ق.م اشعار می‌دارد: اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد ولی صاحب ملک اجازه داده باشد که از ملک عبور کند هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او بشود و همچنین است سایر ارتفاقات» دکتر امامی عقیده دارند که اگر در نتیجه رجوع از اذن خسارتی متوجه مأذون شود مالک ضامن نیست، چون قانون اجازه داده، از اذن خود رجوع کند (الا ذن الشرعی لا یعقبه الضمان) ولی اگر رجوع از اذن به قصد اضرار باشد، ضامن است. که این رجوع از اذن در ماده ۱۰۸ ق.م به صراحت تجویز شده است بدین بیان که «در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد مالک می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد.

۱۷- حق ارتفاق با حق انتفاع تفاوتی دارد که ممکن است در بعضی موارد در تشخیص آن دو دچار اشتباه شویم، لذا در زیر این تفاوتها بیان می‌گردد.

الف) حق انتفاع دائم است ولی حق انتفاع موقت می‌باشد مگر در حبس مؤبد.

ب) حق ارتفاق برای کمال انتفاع از ملک صاحب حق است، ولی حق انتفاع مستقیماً برای استفاده منتفع از مورد حق است.

ج) حق ارتفاق بر ملک غیر منقول برقرار می‌شود ولی حق انتفاع می‌توان بر مال منقول و غیر منقول (هر دو) واقع شود.

د) حق ارتفاق حقی است: تبعی و تابع ملکی است که به نفع آن برقرار شده است و به تبع ملک هم انتقال داده می‌شود ولی حق انتفاعی حقی است استقلالاً: یعنی مستقلاً قابل نقل و انتقال و بازداشت است.

۱۸- در حریم املاک و احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاور:

املاکی که در مجاور همدیگر قرار دارند دارای اثراتی بر روی ملک دیگر هستند که بعضاً موجب تضییق محدوده تصرفات مالک در ملک خود می‌شود. از طرفی مواردی وجود دارد که ملکی یا مالی یا دیواری در حد فاصل دو ملک قرار می‌گیرد و اختلاف در مالکیت آن پیدا می‌شود. قانونگذار در مواردی که دلیلی قاطع برای مالکیت هیچ یکی از همسایه‌ها وجود ندارد قرائنی را به دست می‌دهد که عموماً مقتبس از عرف است. این قرائن بطور مختصر به شرح ذیل می‌باشند.

الف) دیواری که مابین دو ملک واقع است، مشترک مابین صاحب دو ملک محسوب می‌شود مگر اینکه قرینه یا

دلیلی بر خلاف آن موجود باشد (م ۱۰۹) فرض مزبور در جایی هست که صاحب هر دو ملک در دیوار فاصل متصرف باشند یا هیچ یک تصرفی در آن نداشته باشند.

ب) بنا بطور ترصیف { یعنی اتصال منظم دو بنا به گونه‌ای که آجرهای آن دو به دو بهم قفل و بست شده باشند } و یا وضع سر تیر نوعی تصرف اضافی بر دیوار مشترک است لذا از جمله قرائنی است که دلالت بر تصرف و اختصاص دیوار به یک نفر از همسایه‌ها دارد.

۱۹- هر کسی، ملکی دارد می‌تواند در آن هرگونه تصرفی که بخواهد انجام دهد و در واقع حق مالکیت حقی (دائمی - انحصاری و مطلق) است و این قاعده، قاعده تسلیط نامیده می‌شود ولی در زندگی اجتماعی گاهی تصرفات مالک در ملک خود موجب تضرر همسایه و یا دیگران می‌شود که در این مورد قاعده لاضرر به نفع همسایه یا شخص ثالث جاری می‌شود و اجازه این تصرفات را از مالک می‌گیرد قانون مدنی در ماده ۱۳۲ این دو قاعده را به نحو خاصی با هم جمع کرده است. قانون مدنی در ماده مذکور اشعار می‌دارد « کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد » از این ماده می‌توان احکام زیر را استنباط کرد:

اول) اگر تصرفات بیش از حد متعارف باشد و برای دفع ضرر و یا رفع نیاز مالک نیز نباشد ولی موجب ضرر همسایه نشود مجاز است. زیرا در این حالت قاعده تسلیط به اطلاق و عموم خود جاری می‌شود

دوم) اگر تصرف به قدر متعارف باشد ولی برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود نباشد و موجب تضرر همسایه شود مجاز نیست

سوم) اگر تصرف به قدر متعارف نباشد ولی برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد و به همسایه ضرر وارد کند باز مجاز نیست.

نتیجتاً: برای اینکه تصرفی مجاز باشد باید یکی از دو حالت زیر رخ دهد.

حالت اول: هیچ ضرری متوجه دیگری نشود که در این صورت مجاز است

حالت دوم: اگر تصرف موجب ضرر دیگر می‌شود باید این دو شرط با هم وجود داشته باشد تا تصرف مجاز باشد:

شرط اول: تصرف در حد متعارف باشد

شرط دوم: تصرف برای دفع ضرر یا رفع حاجت از خود باشد.

۲۰- در حریم املاک:

حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد (م ۱۳۶ ق. م)

برخی تصرفات در ملک هستند که مستلزم این است که زمین اطراف آن به ملکیت دیگری در نیاید، یا دست کم تصرفی در آن نشود که انتفاع از ملک را دشوار یا ناممکن سازد. مثلاً آنچه امروز معمول است. در زمینهای کشاورزی (چاه عمیق) حفر می‌کنند و حق حریمی قرار می‌دهند برای اینکه چاه عمیق دیگری حفر نکنند، این محدوده مشخص را در اصطلاح (حریم) و حقی را که مالک بر آن دارد « حق حریم » می‌نامند. پس همانطور که گفته شد منظور و هدف

اصلی از شناسایی حریم جلوگیری از تضرر صاحب حق است که ابتداتاً شروع به انتفاع کرده است. شناسایی حریم برای ملکی گاهی هم موجب می‌شود که؛ دیگران نتوانند آن حریم را تملک کنند و گاهی هم موجب می‌شود که صاحبان املاک مجاور نتوانند تصرفات خاصی را در آن محدوده انجام دهند.

۲۱- ماهیت حق حریم:

حق حریم از نظر تحلیلی یک نوع حق ارتفاق بر اراضی اطراف قنات و نهر و امثال آن است ماده ۱۳۹ ق. م در این راستا بیان می‌دارد: (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 بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری چاه یا قنات بکند، ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایز است) پس طبق این ماده مطلق تصرفات در حریم قنات دیگری منع نشده است بلکه تصرفات مضره از قبیل کندن چاه منع شده است.

نکته آخر در مورد حریم اینکه: برخی عقیده دارند: حق حریم فقط در اراضی موات که مالک خاصی ندارند پیدا می‌شود و نمی‌توان بوسیله کندن چاه در ملک خود یا در زمین موات، حق حریم در اراضی مجاور که ملک دیگری است پیدا نمود، زیرا حق حریم منافات با حق ملکیت در اراضی مجاور که ملک دیگری است پیدا می‌نماید، زیرا حق حریم منافات با حق مالکیتی دارد که سابقاً ایجاد شده است. ولی باید توجه داشت با وجود این، ایجاد حق حریم امری استثنایی است ولی این امر منافاتی ندارد که قانونگذار به موجب قانون و بنا به مصالحی حق حریمی را در املاک مجاور نسبت به صاحب حقی ایجاد کند.

۲۲- تملک که برای اشخاص حاصل می‌شود صرف نظر از قدرت تملک کننده و غیره به چهار سبب زیر به وجود

می‌آید:

(۱) به احیا اراضی موات یا حیازت اشیا مباحه

(۲) به وسیله عقود و تعهدات

(۳) به وسیله اخذ به شفعه

(۴) به ارث

از این چهار مورد، سه مورد اول جز اعمال حقوقی هستند، اُ احیا اراضی موات، حیازت اشیا مباحه و همچنین اخذ به شفعه { از زمره ایقاعات هستند لذا نیاز به (قصد) دارند همانطور که ماده ۱۴۳ ق. م اشعار می‌دارد: (هر کسی از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملک احیا کند، مالک آن قسمت می‌شود) و عقود و ایقاعات، در زمره قرار دادها قرار می‌گیرند و نیاز به اراده انشایی دو نفر و تطابق آنها هست.

مورد چهارم یعنی ارث، از امور قهری هست، یعنی ملکیت و ارث بر ماترک قهراً حاصل می‌شود هر چند این ملکیت متزلزل است و با قبول ترکه مستقر می‌شود و با رد آن از بین می‌رود ولی با این حال نباید آن را در زمره اعمال حقوقی آورد.

۲۳- در احیای اراضی موات و حیازت اشیا مباحه:

مراد از احیا زمین آن است که اراضی موات و مباحه را بوسیله عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است، از

قیل زراعت، درختکاری، بنا ساختن و غیره قابل استفاده نماید (م ۱۴۱ ق. م) عملیات احیا باید طوری باشد که عرف آن را برای انتفاع منظور آباد بداند و همچنین احیا کننده باید قصد تملک بکند. مسئله‌ای که اختلافی است این است که آیا می‌توان به وکالت یا ولایت و یا بطور فضولی زمینی را برای دیگری احیا کرد؟

در مسئله دو نظر هست: (۱) عده‌ای از جمله دکتر امامی عقیده دارند که حیازت به وسیله وکالت و ولایت و... امکان پذیر است.

(۲) در مقابل عده دیگری که به نظر می‌رسد نظر مشهور فقه باشد عقیده دارند که این حالت امکان پذیر نمی‌باشد، زیرا که قاعده می‌گوید { من حاز ملک } لذا کسی که حیازت می‌کند مالک می‌شود پس نمی‌توان بصورت نیابتی حیازت مباحات کرد.

(۳) پس در تملک و حیازت زمینهای موات موارد ذیل لازم است:

(قصد تملک + آباد کردن بصورت فیزیکی + عدم وجود مانع قانونی)

(۲۴) مقصود از حیازت: تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا (م ۱۴۶) حیازت نیز مثل احیا اراضی موات از ایقاعات محسوب می‌شود یعنی از اعمال حقوقی است که نیاز به قصد انشا احیا کننده دارد. در حیازت اشیا مباحه مثل احیا اراضی موات سه عنصر ضروری وجود دارد:

(قصد حیازت + عمل حیازت + عدم وجوع مانع قانونی برای حیازت)

(۲۵) در اشیا پیدا شده و حیوانات ضاله:

همانطور که قبلاً اشاره کردیم، اشیا پیدا شد و حیوانات ضاله جزء اموال مجهول المالک هستند لذا اموالی که به شخص خاصی تعلق ندارند (یعنی مملوک نیستند) و همچنین اموالی که مالک از آنها اعراض کرده از اموال مباحه هستند نه از اموال مجهول المالک.

۲۶- مال پیدا شده باید دارای شرایط ذیل باشد:

الف) قبلاً مالک داشته باشد

ب) مالک آن را گم کرده باشد لذا مالی که به سرقت رفته و از سارق گرفته می‌شود و مالی که از مهمانخانه به اشتباه به جای مال دیگری برداشته می‌شود «لقطه» محسوب نمی‌شود.

(۳) در تصرف کسی نباشد

(۴) مالک از آن اعراض نکرده باشد و اگر مالک اعراض کرده باشد جز مباحات است و اگر شک کنیم که مالک از آن اعراض کرده یا خیر، اصل عدم اعراض است در اشیا پیدا شده پیدا کننده باید یک سال آن را تعریف کند و اگر صاحب آن پیدا نشد و یا یک سال گذشت می‌تواند آن را تملک کند

۲۷- در حیوانات ضاله:

حیوانات گم شده (ضاله) عبارت از: هر حیوانی مملوکی است { یعنی حیوانی که دارای مالک باشد } که بدون تصرف یافت شود ولی اگر حیوان مزبور در چراگاه یا نزدیک آبی یافت شود و متمکن از دفاع از خود در مقابل حیوانات درنده باشد ضاله محسوب نمی‌شود (م ۱۷۰ ق. م) در مورد حیوانات ضاله، یابنده به هیچ وجه حق تملک آنها

را ندارد (برخلاف اشیا پیدا شده) و باید به مالک مسترد کند و اگر مالک پیدا نشود به حاکم مسترد دارد اگر حاکم پس از جستجو صاحب آن را نیابد، جز اموال مجهول المالک می شوند و به دستور ماده ۲۸ ق. م به مصرف فقرا می رسد.

۲۸- شرایط حیوان ضاله:

۱- حیوان باشد (که بنا به نظری فقط شامل حیوانات علفخوار می شود) و حیوان باید زنده باشد و اگر کشته شده باشد مثل ماهی دودی، در حکم اشیا پیدا شده است.

۲- مملوک باشد (یعنی مالک داشته باشد) و علم به اعراض مالک از آن وجود نداشته باشد.

۳- بدون تصرف باشد

۴- در چراگاه یا نزدیک آب نباشد

۵- متمکن از دفاع در برابر حیوانات درنده از خود نباشد

۲۹- در دفینه: دفینه مالی است که در زمین یا بنایی دفن شده باشد و برحسب اتفاق و تصادف پیدا شود. دفینه اگر مالکش معلوم نباشد ملک کسی است که آن را پیدا کرده است و باید قصد تملک هم بکند، اگر دفینه در ملک غیر پیدا شود باید به مالک آن اطلاع داده شود و اگر مالک مدعی ملکیت دفینه شد باید این ملکیت را اثبات کند زیرا که دفینه از اجزا زمین محسوب نمی شود تا مشمول حکم ماده ۳۸ ق. م گردد لذا مالک زمین نمی تواند در اثبات ادعای ملکیت خود به تابعیت دفینه از زمین استناد کند. و اگر مالک نتوانست ادعای خود را ثابت کند، دفینه به مستخرج آن تعلق می گیرد.

حقوق مدنی (۳):

قواعد عمومی معاملات

۱- درس مدنی (۳) دوره کارشناسی، یکی از مهمترین درسهایی است که در دوره کارشناسی حقوق تدریس می‌شود این درس پایه و مبنای مدنی را تشکیل می‌دهد چرا که قواعد عمومی قراردادها در این مبحث مورد مطالعه قرار می‌گیرد. لذا طبیعی است که این بحث مورد توجه اساتید و دانشجویان حقوق قرار گیرد و به همین جهت است که در طراحی سوالات کنکور کارشناسی ارشد نیز بیشترین تعداد سوالات به این قسمت تعلق گیرد.

ما در این بخش درصدد آن نیستیم که تمام نظرات و تمام زوایای قانون مدنی راجع به قواعد عمومی قراردادها و سقوط تعهدات را بررسی کنیم زیرا که این نه امری ممکن است که در این مجال اندک مورد بررسی قرار گیرد و نه ضروری زیرا که ما در تدوین این جزوه در مقام اجمال و مختصرگویی هستیم و می‌خواهیم که چکیده نظرات مختلف و همچنین لیست زوایای مختلف قانون مدنی را گردآوریم تا مفید برای شرکت کنندگان در آزمون کارشناسی ارشد باشد.

در تدوین این بخش، پیش فرض ما این است که استفاده کنندگان دوره کارشناسی حقوق را گذرانده اند لذا از طرح مسائل ابتدائی در می‌گذریم و مسائل را بصورت عمقی بررسی می‌کنیم در تدوین این بخش، کتابهای قواعد عمومی قراردادهای دکتر کاتوزیان و جلد اول از دوره شش جلدی دکتر سید حسن امامی و برخی جزوات اساتید مختلف مورد توجه قرار گرفته است. امید است که به هدف خود نائل شویم (انشاء الله)

۲- در ابتدای بحث باید به تعریف اصطلاحات اساسی که در طول مبحث اشاره خواهیم کرد، پردازیم

الف) عمل حقوقی: عمل حقوقی عملی است که از شخص سر می‌زند و این عمل آثار حقوقی به بار می‌آورد. همچنین این اعمال منشاء ارادی و آثار حقوقی‌اش هم منطبق بر همین منشاء ارادی است.

ب) واقعه حقوقی: گاهی واقعه‌ای اتفاق می‌افتد که اثر حقوقی دارد ولی منشاء ارادی ندارد مثل مرگ و یا گاهی ممکن است منشاء ارادی داشته باشد ولی آثارش منطبق بر آن منشاء ارادی تنظیم نمی‌شود مثل غصب پس برای اینکه عمل حقوقی به وجود آید لازمه‌اش فقط این نیست که موجد آن قصد باشد بلکه اثر حقوقی دلخواه هم بر آن باید باز بشود.

پس در قراردادها ۲ ویژگی مهم وجود دارد

۱- موجد آن اراده و قصد طرفین باشد.

۲- آثار آن منطبق بر قصد طرفین باشد یعنی آثاری را ایجاد کند که طرفین قصد داشتند آن آثار حقوقی را ایجاد کند.

البته اعمال حقوقی منحصر بر عقود نیست، بلکه عقود و قراردادها مصداق اصلی اعمال حقوقی هستند، با این حال ما ایقاعات را داریم که در آنها دو فاکتور (۱) قصد ایجاد کننده و

(۲) انطباق آثار بر اراده وجود دارد ولی این قصد یکجانبه است مثل ابرا و طلاق که اینها هم اعمال حقوقی هستند.

ماده ۱۸۳ ق.م عقد را چنین تعریف کرده است (عقد عبارتست از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر

دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد).

این ماده به نظر بسیاری از حقوقدانان نمی‌تواند در حقوق ما معنی و تعریف اصلی عقد باشد. چراکه تعریف مذکور

در ماده ۱۸۳ ق. م، [تعریف به اثر] است. یعنی عقد را با توجه به اثری که اولاً و بالذات ایجاد می کند تعریف می کند لذا معنی ماده ۱۸۳ می شود [عقد یعنی تعهد] ولی در حقوق ما بعضی عقود وجود دارند که اثر اولیه آنها ایجاد تعهد نیست مثلاً در عقد بیع م ۳۳۸ می گوید (بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم) یعنی اثر اولیه بیع، ایجاد تملیک است نه ایجاد تعهد برای بایع، مبنی بر تسلیم مبیع و ایجاد تعهد برای مشتری بر تسلیم ثمن.

یا در عقد ودیعه، من مالی را به شما می دهم تا آن را به امانت نگه دارید در اینجا عقد ودیعه، ابتداً ایجاد یک نوع اذن در نگهداری می کند.

و این اثر اولیه اش است. و بعد از آن تعهداتی هم در پی دارد لذا به عقیده بسیاری از حقوقدانان عقد در حقوق ما گاهاً تملیکی و گاهاً عهدی است پس می توان گفت (عقد عبارتست از نتیجه همکاری و تلاقی حداقل ۲ اراده انشایی جدی برای ایجاد یک رابطه حقوقی) معامله: کلمه ای است عربی به معنی عمل متقابل یعنی طرفینی، اما به معنی خاص یعنی عملی که با قصد انشاء انجام می گیرد، یعنی عقد؛ البته در بحثهای حقوقی گاهاً معامله را به معنی ایقاع هم به کار گرفته اند هر چند معنی دقیق آن عقد است.

در عرف، معامله معمولاً به عقودی اطلاق می شود که جنبه مالی آنها قوی تر باشد. مثلاً برای نکاح اصطلاح معامله را به کار نمی برند و عقد نکاح گفته می شود در مقابل به عقد بیع، معامله بیع نیز گفته می شود.

قرارداد. معادلی است برای عقد و معامله: در قانون مدنی کلمه قرارداد کمتر استعمال شده است. ولی در یک جا مشخصاً استفاده شده که در اصطلاح حقوقی بیشتر به عقود غیر معین اطلاق می شود. که ماده ۱۰ ق. م اعلام می کند: [قراردادهای] خصوصی که بین اشخاص منعقد می شود اگر خلاف صریح قانون نباشد نافذ است.

تعهد: به معنای عهده دار شدن و پذیرش عهد یعنی [دین و مسئولیت و ذمه] آمده است. البته در فارسی تعهد و الزام را مترادف می گیرند ولی در واقع تعهد مترادف التزام است نه الزام.

۳- عقود با اینکه ماهیت مشخصی دارند ولی اشکال متنوعی دارند و به اعتبارات مختلف، عقود، تقسیمات متفاوتی دارند: مثلاً عقود براساس اثری که ایجاد می کنند به عقود تملیکی و عهدی تقسیم می شوند یا براساس الزامی که از آنها ناشی می گردد به عقود لازم و جایز تقسیم می شوند. برای تقسیم بندی فایده ای که مترتباً می شود این است که هر دسته احکام خاصی پیدا می کنند عقود تقسیم بندی دیگری هم دارند مثلاً:

- | | | |
|---|---|-----|
| (۱) عقود معاوضی: عقدی است که دارای دو عوض هست و آن دو باهم معاوضه می شوند مثل بیع | } | ۱ - |
| (۲) عقود غیر معاوضی: عقدی است که دو عوض در آن مقابل هم قرار نمی گیرند مثل همه | | |

(۱) عقد خیار: عقدی است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد برخی عقیده دارند که عقد خیار یکی از شاخه های عقد لازم است که این

- ۲

نظر مشهور است ولی عده‌ای معتقدند که اگر در عقد جایز برای شخص ثالثی خیار فسخ عقد وجود داشته باشد، عقد تبدیل به عقد خیار می‌شود.

(۲) عقد غیر خیار: عقدی است که در آن برای هیچ کس اختیار فسخ معامله نباشد یعنی طرفین شرط نکرده باشند که یکی از آنها یا ثالثی حق فسخ معامله را داشته باشد لازم به ذکر است که وجود خیارات قانونی مثل خیار مجلس، خیار عیب و.... باعث نمی‌شود عقد به عقد خیار تبدیل شود.

- ۳

(۱) عقد معین: عقود معین عقودی هستند که در قانون بطور خاص نام برده شده اند و احکام و آثار آنها در قانون بیان شده است مثل عقل بیع، هبه، مزارعه و بیمه

(۲) عقود شبه معین، عقودی هستند که در قانون نام برده شده اند ولی احکام و آثار آنها مفصلاً ذکر نشده است مثل نامزدی [شایان ذکر است که دکتر شهیدی نامزدی را وعده می‌دانند نه عقد]

(۳) عقود نامعین: عقودی هستند که نه نام آنها در قانون ذکر شده و نه احکام و آثار خاص آنها بیان گردیده است که این عقود از لحاظ نفوذ حقوقی در سیستم ما هستند به ماده ۱۰ قانون مدنی هستند مثلاً کسی قرار داد می‌بندد که خانه ای را برایش بسازد و نقشه و مصالح و کارگر را نیز خود استخدام کند (قرارداد پیمانکاری)

- ۴

(۱) عقد لازم: عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه [م ۱۸۵ ق. م] منظور از (مگر در موارد معینه وجود یکی از اختیارات در عقد است اعم از قانونی و قراردادی، انفساخ و تفاسخ مشمول حکم قسمت اخیر ماده نمی‌شوند زیرا که، انفساخ، انحلال قهری است در حالیکه در فسخ نیاز به اعمال انشایی داریم. و تفاسخ هم برهم زدن دو جانبه عقد است که در عقد لازم می‌توان دو جانبه آن را منحل کرد.

(۲) عقد جایز: عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتوانند هر وقتی بخواهد معامله را فسخ کنند.

نکته (۱) عقد جایز به طور کامل قابل تبدیل بر عقد لازم نیست هر چند که می‌توان به دو طریق حق فسخ را در آن از بین برد (۱): عقد جایز را در ضمن عقد لازمی بصورت شرط ضمن عقد بیاوریم و یا (۲) ضمن قرارداد جداگانه‌ای طرفین حق فسخ عقد را از خود سلب کنند (البته بنابه نظر برخی، می‌توان در ضمن خود عقد جایز، بصورت شرط نتیجه

این حق را اسقاط کرد.)

اما با این حال با فوت یا حجر یکی از طرفین عقد جایز به هم می‌خورد و از این لحاظ نمی‌توان آن را تبدیل به عقد لازم کرد.

نکته (۲) در مورد اینکه آیا می‌توان عقد لازم را تبدیل به عقد جایز کرد باید گفت که این امکان به طور کامل وجود ندارد ولی می‌توان در ضمن عقد لازم شرط کرد که با فوت و حجر یکی از طرفین به هم بخورد که این شرط فاسخ است و مثل عقد جایز این امکان انحلال وارد در ماهیت و ذات عقد نمی‌شود بلکه چهره امری تبعی و فرعی دارد و فقط شرط ضمن عقد است.

در مورد امکان برهم زدن هم باید گفت که نمی‌توان مثل عقد جایز شرط کنیم که [برای همیشه طرفین حق فسخ معامله را داشته باشند] چرا که به موجب ماده ۴۰۱ ق.م «اگر برای خیار شرط، مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است» لذا فقط برای مدت معینی که عرفاً عقد را غرری نکند می‌توان برای طرفین عقد لازم، جعل خیار کرد.

(۱) عقد تشریفاتی: عقدی است که به غیر از قصد و رضای طرفین به انجام عملی دیگر برای صحت نیاز داشته باشد، از جمله عقود تشریفاتی عقود عینی هستند، مثل هبه و وقف که در آنها قبض از شرایط صحت است.

(۲) عقود غیر تشریفاتی: (رضائی) عقودی هستند که به غیر از قصد و رضای متعاملین به امر دیگری برای صحت نیاز ندارند. مثل بیع (البته در بیع املاک ثبت شده دکتر کاتوزیان اعتقاد دارند که عقد تشریفاتی است و تازمانی که انتقال در دفتر ثبت املاک به ثبت نرسد بیع محقق نمی‌شود ولی در مقابل دکتر شهیدی اعتقاد دارند که بیع املاک ثبت شده هم عقدی رضائی است.

و به محض ایجاب و قبول عقد محقق می‌شود. نظرسومی هم در این زمینه وجود دارد که نظر

دکتر میرحسین عابدیان استاد دانشگاه شهید بهشتی است، ایشان عقیده دارند با ایجاب و قبول عقد محقق می‌شود ولی انتقال ملکیت متوقف بر تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر املاک است. بنابه نظر اخیر در واقع بیع املاک ثبت شده (بیع معلق است، که معلق علیه آن، ثبت ملک در دفتر املاک است)

(۱) عقد مشروط: عقدی است که در آن شرطی گنجانده شده باشد اعم از شرط فعل و یا صفت و یا نتیجه:

(۲) عقد مطلق: عقدی است که هیچ شرطی در آن نباشد بلکه صرفاً توافق بر موضوع اصلی مورد عقد واقع شود، بدون هیچ شرطی.

- ۷- (۱) عقد عهده: عقدی است که اثر اولیه و با لذات آن ایجاد تعهد باشد مثل عقد قولنامه
(که شخص تعهد می کند، مالش را به دیگری بفروشد)
(۲) عقد تملیکی: عقدی است که اثر اولیه و با لذات آن ایجاد ملکیت است مثل عقد بیع یا اجاره

- ۸- (۱) عقد حال: عقدی است که برای تسلیم عوض یا معوض اجلی معین نشده باشد مثل بیع نقد و یا اینکه برای اجرای قرارداد یک زمانی مشخص نکنند،
(۲) عقد مؤجل: عقدی است که برای تسلیم یکی از عوض یا معوض یا برای هردو آنها اجل معین شده باشد یا اینکه برای اجرای قرارداد زمانی خاص مشخص نمایند.

- ۹- عقود به اعتبار درجه معین بودن و معلوم بودن مورد معامله تقسیم می شوند به:
- (۱) عقود مغابنی (غیر مسامحی): اصل و قاعده در عقود این است که مورد معامله معین باشد (غری نباشد) و عقود مغابنی عقود هستند که مورد معامله باید بطور کامل معین باشد.
- (۲) عقود مسامحی: یکسری عقود پیش بینی شده است که مبنای آنها بر تسامح است به خاطر اینکه مردم شاید بخواهند در بعضی موارد با تسامح عقد لازمی را منعقد کنند مثل عقد جعاله یا عقد صلح: لذا عقد مسامحی عقود هستند که بنای طرفین بر تسامح است و لزومی ندارد که حتماً مورد معامله بطور کامل معلوم باشد.

تذکر: واژه [معلوم بودن] در مقابل واژه [مجهول بودن] است و همین علم به مورد معامله است که در عقود مسامحی مورد اغماض قرار می گیرد. ولی واژه [معین بودن] در مقابل [مردد بودن] قرار می گیرد و مردد بودن همیشه موجب بطلان عقد است چه عقد مسامحی باشد یا مغابنی، در قسمت تعاریف چند نکته دیگر هست که باید ذکر گردد:

الف) انفساخ عقد: برهم خوردن قرارداد است قهراً و به حکم قانون مثل تلف مبیع قبل از قبض و یا انحلال عقود جایز با موت یا حجر یکی از طرفین که این انحلال به حکم قانون است و طرفین هیچ توافقی بر آن انحلال نکرده اند.

ب) تفاسخ (اقاله): در این حالت هردو طرف اراده می کنند که عقد را برهم بزنند.

خ) فسخ: در فسخ هم مثل تفاسخ قرارداد بصورت ارادی از بین می رود ولی با اراده یک نفر، این فسخ ممکن است

منشاء توافق و اراده داشته باشد مثلاً بائع و مشتری خيارفسخ برای یک طرف قرارداد باشند و ممکن است منشاء قانونی داشته باشد مثلاً قانون مقرر می‌دارد در صورتی که مبیع معیوب باشد. مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت. آخرین تقسیم بندی عقود، تقسیم آن به اعتبار این است که آیا اثر عقد به محض انعقاد به وجود می‌آید یا خیر؟ به این اعتبار عقد به عقد منجر و عقد معلق تقسیم می‌شود.

- ۱۰- { (۱) عقد منجر (قطعی)
(۲) عقد معلق (احتمالی)

برای تحلیل این دو عقد باید یک مقدمه‌ای ذکر شود:

ما از جهت ذهنی و تحلیل عقلی، عقد را می‌توانیم به اجزائی تحلیل کنیم، عقد از یک نکته نظر به ۳ جزء تحلیل می‌شود (۱) انشاء عقد (۲) منشاء عقد (۳) اثر منشاء (۱) انشاء: یعنی ایجاد، مثل خلق کردن و (۲) منشاء: یعنی آنچه از انشاء نتیجه می‌شود مثل مخلوق (۳) اثر منشاء: یعنی آنچه که از اثرات منشاء هست.

اولین مرحله در تشکیل عقد از نظر تحلیلی خود اراده کردن است، اراده کردن برای اینکه چیزی را ایجاد کنیم، مرحله دوم: این اراده که بصورت جدی صورت می‌گیرد یک موجود اعتباری را به وجود می‌آورد (منشاء) و در مرحله سوم: این موجود اعتباری آثاری را بر جا می‌گذارد.

حال عقد معلق عقدی است که تعلق می‌گیرد بر [امری]: و این [امر] معلق الیه یا (شرط تعلیق) می‌گویند.

نکته مهم در این بحث این است که وقتی می‌گوئیم عقد معلق منعقد شد، منظور چیست؟

یک فرض این است که انشاء را معلق کرده ایم، آیا قابل تصور است که خود انشاء را معلق کنیم، آیا قابل تصور است، که خود انشاء معلق شود؟ جواب منفی است زیرا اگر انشاء معلق شود، دیگر چیزی به وجود نمی‌آید. در فرض دوم می‌توان تصور کرد که منشاء قابل تعلیق باشد؟ مشهور فقهای اما می‌معتقدند که چون رابطه بین انشاء و منشا رابطه علت و معلولی است پس نمی‌توان انشاء را از منشاء جدا کرد لذا زمانی که نمی‌توان انشاء را معلق کرد به تبع نمی‌توان منشاء را نیز معلق کرد.

ولی اکثر حقوقدانان معتقدند که در عالم اعتبار می‌توان انشاء و منشاء را از همدیگر جدا کرد و منشاء را معلق کرد در حالیکه انشاء مجزا واقع شده است مثلاً من می‌گویم [این زمین را به شما هبه کردم، اگر لیسانس بگیری و شما هم قبول کنید] در اینجا منشاء « یعنی تملک شما » معلق شده است به لیسانس گرفتن.

برخی نیز با توجه به ظاهر ماده ۱۸۹ ق. م اعتقاد دارند که می‌توان انشاء را از منشاء و منشاء را از آثار آن جدا کرد و عقد معلق را عقدی می‌دانند که آثار آن معلق شده باشد نه منشاء آن.

م ۱۸۹ ق. م «عقد منجر آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق است.»

به هر حال در حقوق کنونی، عقد معلق، عقد صحیحی است که نفوذ حقوقی دارد ولی به هر حال عقد معلق نباید غرری باشد.

علاوه بر شرایط اساسی صحت عقود (م ۱۹۰ ق.م) یک سری شرایط دیگری برای صحت عقد معلق وجود دارد:

(۱) امری که عقد به آن معلق شده است نباید محال باشد زیرا عقد را باطل می کند

(۲) امری که عقد به آن معلق شده نباید مسلم باشد زیرا اگر مسلم باشد عقد منجر است مثلاً بگوئیم من این خانه را به شما فروختم به شرطی که فردا این موقع ظهر باشد.

پس امری که عقد به آن معلق شده است باید احتمالی باشد به شرطی که این احتمال غرری نباشد زیرا در صورت غرری بودن عقد از لحاظ تعلیق اشکال ندارد ولی از جهت غرر اشکال دارد.

نکته آخر در این بحث اینکه عقد معلق در حالی که معلق است چه است چه اثری دارد؟

(یعنی در زمانی که هنوز تکلیف شرط تعلیق مشخص نشده است.)

در این حالت عقد معلق یک عقد است و در حدی که عقد معلق اقتضاء می کند باید رعایت شود. برخی عقیده دارند که عقد معلق برای مثال بیع معلق برای مشتری ایجاد یک حق عینی بر مبیع می کند و بایع هم یک حق عینی بر مبیع دارد، لذا در مبیعی که به عقد معلق فروخته شده است دو حق عینی جمع می شوند و هر یک باید در تصرفات خود حق دیگری را رعایت کنند. از طرفی عقد بیع معلق هم به هر حال عقد بیع است لذا عقد لازمی است پس هیچ یک از طرفین نمی توانند بدون رضای دیگری آن را فسخ کنند.

حالا اگر معلق علیه محقق شد، اثر عقد از چه زمانی حاصل می شود؟

چون در این مورد قانون ساکت است حقوق دانان اختلاف نظر دارند دکتر امامی معتقدند که با وحدت ملاک از عقد فضولی زمانی که معلق علیه محقق شد، کاشف به عمل می آید که از زمان عقد، ملکیت به طرف عقد (مثلاً مشتری) منتقل شده است (نظر کاشفیت)

برخی دیگر که تقریباً نظر مشهور بین حقوقدانان است اعتقاد دارند که با توجه به تفسیر اراده متعاملین نظر صحیح این است که ملکیت از زمان حدوث معلق علیه منتقل شده است (نظریه قابلیت)

فصل دوم: شرایط اساسی معاملات

۳- شرایط اساسی صحت معاملات، یعنی مقدماتی که برای تشکیل هر قراردادی لازم است.

شرایط اساسی صحت معاملات در ماده ۱۹۰ ق.م ۴ مورد ذکر شده است:

۱- قصد و رضا

۲- اهلیت طرفین

۳- موضوع معامله که باید معین باشد. ۴- مشروعیت جهت معامله

بناداول) یعنی قصد و رضا، در واقع ۲ رکن هستند یکی قصد و دیگری رضا، در اهلیت طرفین منظور اهلیت استیفاء هست ولی گاه اهلیت تمتع هم مطرح می‌شود.

در مورد معین بودن مورد معامله تقریباً همه متفق القول هستند که از شرایط اساسی صحت معاملات هست هر چند که در تعریف [معین] اختلاف نظر است.

جهت یعنی انگیزه مشخص در قرارداد، مشروعیت جهت یعنی اینکه انگیزه‌ای که متعاملین براساس آن وارد در معامله شده اند مشروع باشد.

شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م باید در همه معاملات وجود داشته باشد. بحثی که هست این است که آیا این شرایط برای ایقاعات هم لازم است یا خیر؟

برخی عقیده دارند که این شرایط مخصوص عقود است. مگر در مواردی که مسلم باشد که برای ایقاع هم لازم است مثل قصد پس طبق این نظر ایقاع بر جهت نامشروع صحیح است.

برخی دیگر معتقدند که این شرایط در غیر عقود هم جاری است مگر در مواردی که مسلم شود در غیر عقود جریان ندارد، مثلاً اهلیت یک طرف برای ایقاع لازم است.

نظر صحیح در این میان، باتوجه به فلسفه وضع قوانین که نظم اجتماعی را در برمی‌گیرد نظر دوم است یعنی این شرایط، تمام اعمال حقوقی را در برمی‌گیرد نه فقط قراردادها و عقود را.

ق.م در واد ۱۹۱ الی ۲۱۸ شرایط اساسی صحت معاملات را به طور تفصیلی مورد بررسی قرارداد داده است. اولین ماده، ماده ۱۹۱ ق.م است که موضوع اصلی آن چگونگی تأثیر قصد بر تشکیل قراردادهاست. این ماده اشعار می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.»

این ماده بیان می‌دارد که برای ایجاد قرارداد باید قصد انشاء وجود داشته باشد لکن باتوجه به ظاهر ماده ۱۹۱ ق.م می‌توان گفت که بدون کاشف که همان ایجاب و قبول است عقد محقق نمی‌شود، لذا ایجاب و قبول عنصر عقدند. البته در تأثیر اراده ابراز شده در تشکیل عقد اختلاف نظر وجود دارد، برخی اصل را اراده ظاهری می‌دانند و می‌گویند که هرچه طرفین اظهار کرده اند ملاک است. ولی عده زیادی [که حقوق ایران هم از این نظر پیروی کرده است.] تشکیل دهنده واقعی عقد را اراده باطنی می‌دانند و اصالت را به اراده باطنی می‌دهند و اراده ظاهری را تا آن جایی دخیل می‌دانند که اراده باطنی را نشان دهد یعنی اصالتاً در ایجاد عقد تأثیر ندارد بلکه کاشف از اراده باطنی است.

۴- نوعاً شکل بیان اراده یا لفظ است یا کتابت است یا اشاره و یا عمل مشابه آن، مثل قبض و اقباض و بنابه نظر برخی گاه سکوت هم یکی از اشکال بیان اراده است.

در اشکال بیان اراده م ۱۹۳ اشعار می‌دارد «انشای معامله ممکن است بوسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده است.

و در همین راستام ۱۹۲ بیان می‌کند «در مواردی که برای طرفین تلفظ ممکن نباشد، اشاره‌ای که مبین قصد و رضا باشد کافی است.»

مفهوم مخالف ماده ۱۹۲ ق. م این است که اگر تلفظ ممکن باشد اشاره کافی نخواهد بود. که البته این ظهور را باید با توجه به ماده ۱۹۳ و قواعد کلی تفسیر کرد لذا برخی از حقوقدانان عقیده دارند که این ماده منصرف به عقد نکاح و عقد وقف است که باید با لفظ صورت گیرند.

۵- در قانون مدنی وقتی کلمه (قصد طرفین) ذکر می‌شود. دو قصد [ایجاب و قبول] را مدنظر دارد، برای اینکه ایجاب و قبول صحیح باشد باید دارای شرایطی باشند این شرایط عبارتند از:

الف) ایجاب و قبول باید (متوالی) باشند، یعنی در واقع ایجاب و قبولی می‌توانند عقد را بسازند که از نظر عرفی توالی و اتصال داشته باشند، پس اگر این توالی عرفی بین ایجاب و قبول وجود نداشته باشد، هرچند که قصد انشاء وجود داشته باشد و اراده ظاهری و باطنی برهم منطبق باشند باز عقد محقق نمی‌شود.

ب) شرط دوم: ایجاب و قبول باید باهم (توافق) داشته باشند: یعنی دو اراده جدی باید موافق هم باشند مثلاً اگر یکی از متعاملین اراده جدی برفروش خانه بکند و دیگری قصد انشاء جدی برهه گرفتن خانه داشته باشد عقد محقق نمی‌شود این توافق اراده‌ها باید در موارد ذیل وجود داشته باشد:

(۱) نوع عقد: یعنی ماهیت عقد مورد انشاء، بین ایجاب و قبول یکسان باشد. مثلاً هر دو انشاء بیع کنند / اثر عدم توافق در نوع عقد، موجب بطلان است.

(۲) توافق در موضوع و مورد معامله: در خود موضوع معامله هم چیزهای مختلفی است که باید مورد توافق باشند مثلاً: در مصداق مورد معامله باید موافق باشند مثلاً اگر یکی قصد جدی برفروش ماشین ۲۰۶ خود بکند و دیگری قصد جدی بخریدن ماشین پیکان داشته باشد عقد صحیح نخواهد بود. و اثر آن بطلان عقد است.

طرفین باید در جنس و مقدار و وصف مورد معامله توافق داشته باشند اگر طرفین در جنس مورد عقد یا مقدار یا وصف، توافق نداشته باشند مثلاً اگر کسی قصد خرید طلا و دیگری قصد فروش مس را داشته باشد در اینجا عقد باطل خواهد بود.

اگر در وصف مورد معامله توافق وجود نداشته باشد عقد صحیح نخواهد بود بدین صورت که:

اگر صفت مذکور از اوصاف اساسی باشد در این صورت ممکن است مثل جنس باشد و موجب بطلان عقد است.

اگر صفت مذکور از اوصاف اساسی نباشد در این صورت باید به صورتی این واقعه را جبران کرد مثل حق فسخ. (در مورد مقدار هم وضعیت به همین منوال است).

ایجاب و قبول در قراردادهایی که شخص طرفین مهم است، باید در مورد شخص طرفین هم توافق داشته باشند، در صورت عدم توافق مثلاً در نکاح عقد باطل خواهد بود.

۶- زمان وقوع عقد:

بعد از ایجاب و قبول عقد محقق می‌شود (منتها همیشه استنباط زمان انعقاد عقد ساده نیست چراکه عقد یا بین حاضرین منعقد می‌شود که زمان انعقاد قرارداد تقریباً روشن است. و یا بین غائبین منعقد می‌شود که در اینجا، این موضوع که عقد در چه زمانی منعقد می‌شود؟ جایی بحث و اختلاف نظر است: در این زمینه چهار نظریه ارائه شده است:

۱- نظریه اعلام قبول

۲- نظریه ارسال قبول

۳- نظریه وصول قبول

۴- نظریه اطلاع از قبول

از بین نظرات بالا دکتر کاتوزیان و مرحوم دکتر شهیدی و بسیاری از حقوقدانان نظریه ارسال قبول را پذیرفته‌اند زیرا که عقیده دارند نوشتن نامه قبولی همراه با ارسال آن مبین اراده جدی است برخی دیگر از حقوقدانان اعتقاد دارند که آنچه در حقوق ایران عقد را تشکیل می‌دهد اراده جدی (قصد انشاء) است لذا زمانیکه قبول کننده اراده خود را اعلام می‌کند عقد محقق می‌شود هر چند ارسال قبولی اماره‌ای برجدی بودن اراده است ولی می‌توان خلاف آن را اثبات کرد و زمان اعلام اراده را زمان انعقاد عقد می‌دانند.

۷- قرارداد مبتنی بر قصد انشاء است و عقدی که فاقد قصد انشاء باشد از نظر حقوقی بی اعتبار است لذا یک سری معاملات تحت عنوان معاملات صوری [یعنی معاملاتی که فقط صورت معامله را دارند و قصد واقعی و باطنی ندارند] وجود دارند که باطل هستند.

این معاملات صوری به ۲ صورت قابل تصور هستند.

الف) اساساً هیچ قصدی وجود ندارد و هیچ اراده‌ای صورت نگرفته مثل اینکه کسی طلبکار دارد و برای اینکه اموال خود را از دست رس طلبکاران خارج کند آنها را به دیگری واگذار می‌کند.

ب) گاهی ممکن است اراده ظاهری اعلام شده و قصد باطنی هم وجود داشته باشد ولی اراده اعلام شده متناسب با اراده ظاهری نباشد. مثل اینکه کسی اراده هبه کرده باشد ولی در قالب بیع منعقد کرده‌اند، برای اینکه تنظیم سند رسمی بیع مالیات کمتری دارد.

برخی معتقدند معاملات صوری در هر دو حالت باطلند چون در حالت اول که قصد انشاء وجود ندارد و به تصریح م ۱۹۰ وجود قصد انشاء از شرایط اساسی صحت معاملات است و در حالت دوم چون متعاملین دارای یک اراده ظاهری هستند ولی اراده باطنی منطبق با آن وجود ندارد، لذا فاقد پشتوانه قصد انشاء است پس باطل است.

برخی دیگر معتقدند که معامله صوری قسم اول باطل است ولی در نوع دوم باید آثار و احکام همان عقدی را برطرفین باز کنیم که قصد باطنی بر انعقاد آن داشته‌اند.

تذکر (۱): معامله صوری در واقع مصداق مهمی از معاملات فاقد قصد است البته معاملات دیگری هم داریم که بخاطر فقدان قصد باطل هستند مثل معاملاتی که شخصی در حالت مستی انجام می‌دهد.

تذکر (۲): نکته آخر در معاملات فاقد قصد این که: معاملات فاقد قصد ۲ نوعند:

یا فقدان قصد ناشی از یک نقص ذاتی است مثل حجر، یا صغیر غیر ممیز که این فقدان قصد به جهت فقدان اهلیت است لذا قانونگذار مدنی از آن در بخش اهلیت صحبت کرده است.

یا نقص، نقص عرضی است و فرض بر این است که اهلیت و سایر شرایط فرد درست است ولی به علتی عرضی قصد وجود ندارد مثل مستی خواب، بیهوشی

۸- در بحث قراردادها یک بحثی مطرح است و آن اینکه، رابطه بین قصد کننده [یعنی عاقد] با صاحب معامله چیست؟ آیا همیشه قصد کننده صاحب معامله است؟ یعنی معامله برای اوست و سود و زیانش برای اوست؟ در جواب به این پرسش باید ۲ حالت را از همدیگر جدا کرد که یکی اصل است و دیگری استثناء:

<p>(۱) کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب می شود. مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح کند: این اصلی است که در ماده ۱۹۶ ق. م ذکر شده است. زیرا که ما در حقوق قراردادها ها یک اصلی داریم بنام (اصل نسبی بودن قراردادها): که به موجب آن هر قراردادی فقط نسبت به طرفین قرارداد اثر دارد نه نسبت به دیگران که این اصل یک اصل منطقی است چرا که قرارداد یک رابطه خصوصی است و باید در همان رابطه هم اثر بگذارد.</p> <p>(۲) استثناء «در صورتی که ثمن یا مثن معامله عین معین باشد و این عین هم</p>	}	<p>رابطه بین عاقد و صاحب معامله:</p>
---	---	--------------------------------------

متعلق به غیر باشد، معامله برای صاحب عین منعقد می شود، صرف نظر از اینکه عاقد چه کسی باشد»

۹- اصل نسبی بودن قراردادها که بالا ذکر شد دارای استثنائات چندی است که قانونگذاری مدنی ما آنها را پذیرفته است:

(الف) وکالت: قانونگذار در م ۱۹۸ قبول کرده است که معامله توسط وکیل انجام شود و وکیل قصدی را بکند که آثار آن متوجه موکل باشد، لذا قانونگذار قصد وکیل را قصد معتبری تلقی کرده است.

(ب) برخلاف حالت قبل که قبل از معامله وکیل ماذون از طرف صاحب مورد معامله است، گاهی قصد کننده ماذون نیست، در حقوق ما آن را معامله فضولی می نامند که ق. م در م ۱۹۷ قصد فضول را قصد معتبری تلقی کرده هر چند آن را برای اکمال و اتمام عقد کافی نمی داند.

(ج) در قسمت اخیر م ۱۹۶ ق. م اشعار می دارد (... معذالك ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید)

یعنی تعهد به نفع شخص ثالث هم یکی از استثنائات وارد بر اصل نسبی بودن قراردادها است.

۱۰- چرا در تعهد به نفع مشخص ثالث عدول از اصل نسبی بودن قراردادها ایراد ندارد؟

چون اگر ما تعهد به نفع شخص ثالث را تحلیل کنیم متوجه می‌شویم که از یک طرف در تعهد به نفع شخص ثالث خود طرفین ضرر ناشی از آن را قبول کرده اند، مثلاً فرض کنید الف) خانه را به (ب) می‌فروشد و در ضمن قرارداد شرط می‌کنند که دوست الف) به مدت ۶ ماه در خانه سکونت کند. که در اینجا ثالث فقط سود می‌برد.

البته برخی گفته اند در همه حالات تعهد به نفع شخص ثالث باید وی قبول کند، ولی ظاهراً ماده ۱۹۶ ق. م این نظر را تأیید نمی‌کند زیرا که در مقام بیان تعهد به نفع شخص ثالث ذکر می‌کند از لزوم قبول ثالث نکرده است.

برخی دیگر معتقدند که قبول شخص ثالث لازم نیست، مگر اینکه مورد شرط به نفع شخص ثالث، تملیک مالی به او باشد که قبول او لازم است زیرا که قاعده [منع تملیک اجباری] ایجاد ملکیت برای شخص، بدون رضایت او را نهی می‌کند. که این نظر در بین حقوقدانان مشهور است.

نکته دیگر اینکه، ممکن است تعهدی به ضرر شخص ثالث در قراردادی که بین دو طرف بسته می‌شود، شرط شود، در اینجا تکلیف این شرط چیست؟

برخی عقیده دارند که این شرط باطل است. زیرا اصل نسبی بودن قراردادها و ضرر شخص ثالث اقتضای بطلان آن شرط را دارد.

ولی عده‌ای دیگر که اکثریت هستند، اعتقاد دارند که شرط به ضرر شخص ثالث غیرنافذ است و اگر ثالث رد کند باطل می‌شود و اگر قبول کند شرط نافذ خواهد بود.

۱۱- در بحث قصد انشاء و رضا ۲ مطلب مهم وجود دارد که باید مورد توجه قرار گیرد.

الف) اشتباه: در مورد تأثیر اشتباه در سرنوشت عقد ۳ حالت را باید از هم جدا کرد

۱) اگر اشتباه در اوصاف اساسی رخ دهد نتیجه‌اش بطلان عقد است.

۲) اگر اشتباه در اوصاف اساسی نباشد ۲ حالت دارد:

الف) اگر این شرط غیراساسی در قرارداد شرط شده باشد یا عقد متبانیاً بر آن منعقد شده باشد، کسی که زیان دیده حق فسخ دارد.

ب) اگر شرط غیراساسی در قرارداد ذکر نشده و در واقع هیچ توافقی بر آن صورت نگرفته باشد، تأثیری در عقد ندارد، زیرا فرض ما این است که اشتباه اساسی نیست که قصد را منحرف کند و توافقی هم بر روی آن صورت نگرفته که بخاطر حمایت از متضرر قائل برحق فسخ باشیم.

ب:

ب) اکراه: اکراه از عیوب اراده است در حقوق ۲ نوع اکراه داریم:

۱) اکراه شدید (اجبار) (الجزاء): در چنین مواردی اکراه شدید است و مقصود جایی است که شخص به دلیل اکراه

شدید فاقد اراده است که اصطلاحاً می‌گویند مسلوب الاراده شده است.

۲) اکراه غیرشدید: که مقصود اکراه متعارف است، که کسی مورد تهدید قرار می‌گیرد ولی مسلوب داده نمی‌شود و

سود و زیان خود را می‌سنجد و سپس قرارداد منعقد می‌کند، در اینجا قصد وجود دارد ولی رضا وجود ندارد.

یکی از بحثهایی که مطرح شده است مربوط می‌شود به ملاک تأثیر اکراه از نظر مکر یعنی اگر بخواهیم بدانیم که اکراه مؤثر است یا نه، ملاک از نظر مکره چیست؟ آیا مکره با توجه به شرایط شخصی خود، مورد توجه قرار می‌گیرد یا با توجه به شرایط نوعی مد نظر قرار می‌گیرد؟

در ماده ۲۰۲ ق. م به این مسئله اشاره شده است «اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در شخص باشعوری بود و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد»

طبق این ماده اگر این عمل مؤثر در شخص باشعور «متعارف» باشد که عادتاً قابل تحمل هم نباشد اکراه محسوب میشود پس ملاک ماده ۲۰۲ در قسمت اول ملاک نوعی است؟

در ادامه م ۲۰۲ در مورد اعمال اکراه آمیز سن، شخصیت و اخلاق و مرد و زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود» باتوجه به قسمت اخیر ماده، ملاک عوض شد، باید خود شخص را بررسی می‌کنیم مثل جنس و سن، لذا املاک شخصی است.

نکته) در اکراه وقوع تهدید شرط است نه اجرای آن:

نکته دوم) اکراه باید نامشروع باشد

۱۲- بحث دیگر در مورد قصد و رضا معاملات اضطراری است. وجه ممیز بین معامله اکراهی و اضطراری وجود تهدید است، لذا اگر شخصی بدون تهدید که عنصر مادی بحث اکراه است معامله‌ای انجام دهد این معامله نافذ خواهد بود

در معامله اضطراری: شخص در شرایط اوضاع و احوالی که شرایط ناخواسته‌ای است قرار می‌گیرد. و این اوضاع و احوال شخص را ناچار می‌کند، معامله‌ای را انجام دهد. معامله اضطراری برخلاف معامله اکراهی صحیح و نافذ است.

فصل دوم: اهلیت:

اهلیت موضوع اصلی حقوق اشخاص است که در قسمت اول این تحقیق در بحث مدنی (۱) مورد بررسی قرار گرفت. در قسمت قراردادها مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ ق. م به بحث اهلیت توجه کرده است ولی اکثر حقوقدانان قواعد لازم برای اهلیت در معاملات را خارج از این دو ماده و در قسمت اشخاص جست و جو می‌کنند لذا ما نیز با توجه به اینکه در مدنی (۱) بحث اهلیت را مطرح کردیم، در اینجا از ذکر دوباره مطالب خودداری می‌کنیم.

فصل سوم: مورد معامله

۱۳) بند سوم از ماده ۱۹۰ ق. م یکی از شرایط صحت معامله رامعین بودن موضوع آن ذکر کرده است، در این ماده صرفاً از معین بودن و یا معین نبودن مورد معامله صحبت کرده است. ولی در قراردادها باید توجه داشت که یکی از ارکان معاملات مورد آن است، و هرچیزی صلاحیت آن را ندارد که مورد معامله قرار گیرد. مورد معامله شرایطی دارد که اگر آن شرایط ایجاد شود میتوان در کنار ارکان دیگر صحت معاملات رکن دیگری را ذکر کرد.

ماده ۲۱۴ ق. م مقرر می‌دارد که «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هریک از متعاملین تعهد به تسلیم و یا ایفای آن را می‌کنند.»

پس در درجه اول مورد معامله باید مال یا عمل باشد مقصود از مال، عین، منفعت و چیزهایی است که به عنوان شی در خارج وجود داشته باشد.

در درجه دوم: مال و عملی که گفته شد باید این قابلیت را داشته باشند که تسلیم شوند یا اجرا گردند. مثلاً یک بقالی تعهد می‌کند که نقشه ساختمانی ترسیم کند در حالیکه این تخصص را ندارد پس این تعهد نمی‌تواند مورد معامله قرار گیرد لذا معامله باطل است.

در درجه ثالث: طبق م ۲۱۵ ق. م «مورد معامله باید مالیت داشته باشد و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد» مورد معامله باید مالیت داشته باشد مالیت وصفی است که به موجب آن مال ارزش اقتصادی پیدا می‌کند، گاهی وجود کمیت خاصی سبب ایجاد مالیت می‌شود، مثلاً اگر گفته شود چند دانه گندم را فروختم در اینجا چند دانه گندم مال است ولی عرفاً مالیت ندارد، لذا نمی‌تواند در مورد معامله واقع شود.

و در درجه رابع) مورد معامله باید مشروعیت داشته باشد، یعنی قانونی باشد.

و منفعت عقلایی هم داشته باشد، گاهی ممکن است منفعتی عقلایی داشته باشد ولی منفعت مشروع ندارد مثل خرید و فروش مواد مخدر و یا اسلحه.

و آخر اینکه: مورد معامله باید مبهم نباشد (م ۲۱۶) ابهام در قرارداد در حد متعارف ایرادی ندارد، زیرا که در هیچ قراردادی بطور کامل ابهام از کالا رفع نمی‌شود، اما اگر ابهام به درجه‌ای رسید که ممکن است قرارداد را دچار خطر کند معامله صحیح نخواهد بود که اصطلاحاً معامله غرری می‌شود.

نکته (۱) برای رفع غرر از معامله ومعین بودن موضوع معامله ۳ چیز باید از جهل خارج شود: (۱) جنس مورد معامله

(۲) اوصاف مورد معامله

(۳) مقدار مورد معامله:

نکته (۲) قاعده غرر دارای استثنائاتی است که در این موارد نیازی به علم تفصیلی نیست. این موارد عبارتند از:

الف) غرر و اصل قاعده آن ظاهراً برای عقود معاوضی است و در عقود غیرمعاوضی جریان ندارد.

ب) بعضی از عقود معاوضی هستند مثل صلح و جعاله که مبتنی بر مسامحه هستند و مغابنی نیستند، لذا قاعده غرر فقط

در عقود مغابنی جاری است.

(گروه سوم که در آنها برخی معتقدند که علم اجمالی کافی است شروط ضمن عقداست که علم تفصیلی را لازم

نمی‌دانند ولی بحث اختلافی است.

۱۳- مورد معامله اگر عین باشد به سه صورت قابل وجود است.

الف) عین معین: مالی است که یک مصداق بیشتر ندارد. مثلاً می‌گویند همین اتومبیلی که شما می‌بینید من به شما می‌فروشم در این حالت، مال معین است، در این صورت وجود مال معین در زمان انعقاد قرارداد لازم است و اگر در آن زمان موجود نباشد قرارداد باطل است.

گاهی عین معین قابل تبعیض و تجزیه است، مثل ۱۰۰ کیلوبرنج، در اینجا در صورت تلف به میزان باقی مانده عقد صحیح و برای قسمتی از مال که نابود شده عقد باطل است که اصطلاحاً این قاعده را انحلال عقد به عقود متعدد نامند.

ب) کلی در معین: کلی یعنی مفهومی که صادق بر افراد زیادی است. مثلاً گفته می‌شود که ۱۰۰ کیلوگندم به شما فروختم ولی اگر بگوییم یک تن گندم در انبار موجود است از آن ۱۰۰ کیلو به شما فروختم می‌شود بیع عین کلی در معین. در زمان انعقاد عقد کلی در معین باید حداقل یک فرد از افراد آن موجود باشد.

ج) کلی یا کلی فی الذمه: در این حالت عین کلی در ذمه شخص است و لزومی ندارد که در انبار یا بیرون موجود باشد و ممکن است کلی مافی الذمه وجود نداشته باشد مثل معامله سلم و سلف.

در کلی مافی الذمه، وجود بالفعل مورد معامله در هنگام انعقاد عقد شرط نیست ولی وجود و تحقق‌اش در موعد اجرای قرارداد شرط است. پس اگر معلوم شود که در موعد قرارداد عقلاً یا عرفاً مورد معامله موجود نخواهد بود، معامله باطل خواهد بود.

۱۴- فصل چهارم: جهت معامله

درم ۱۹۰ یکی از شرایط صحت عقود و اعمال حقوقی مشروعیت جهت است. جهت: یعنی انگیزه شخصی و خاص در هر معامله کننده که مستقیماً محرک شخص برای انعقاد قرارداد باشد. در حقوق قراردادهای برخی موارد هستند که وجود آنها [یعنی موجود بودنشان] از شرایط صحت است مثل قصد و رضا اما موارد دیگری هستند که عموماً وجود دارند ولی مشروعیت آنها برای صحت معامله شرط است مثل جهت معامله:

جهت معامله و انگیزه آن، اگر مشروع باشد، قرارداد از این لحاظ اشکالی ندارد و در غیر این صورت قرارداد مشکل پیدا می‌کند، ولی باید توجه داشت که به صرف نامشروع بودن جهت معامله، آن معامله باطل نمی‌شود چرا که ما وجود انگیزه و یا تصریح به جهت معامله را لازم نمی‌دانیم و فرض می‌شود که معاملات جهت دارند، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد. و این تصریح در عقد یعنی توافق طرفین به آن جهت نامشروع حال این توافق چه صریح باشد یا ضمنی، پس اگر معلوم شد که جهت نامشروع وارد توافق نشده است، باعث بطلان معامله نمی‌شود البته در اینکه منظور از تصریح در عقد چیست؟ نظرات دیگری هم وجود دارد.

نکته) بحثی که از فروع [جهت در معامله است] مسئله «معامله به قصد فرار از دین است» مقصود از این معامله، معامله‌ای است که کسی به انگیزه پرداخت نکردن دین طلبکارها روی اموال خود انجام می‌دهد. با توجه به وضعیت غیرمشخص قانون مدنی در این موارد حقوقدانان معاملات به قصد فرار از دین را اگر صوری باشد به علت فقدان قصد باطل می‌دانند و اگر صوری نباشد آن را غیر نافذ می‌دانند که نیاز به تنفیذ طلبکاران است.

۱۵- اصل لزوم در قراردادها:

طبق ماده ۲۱۹ ق.م «عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ گردد.»

در این ماده اصل لزوم قراردادها ذکر شده است. اصل لزوم جزء اصول مهم قراردادی است، (اصل لزوم در واقع امر دو معنی رامی رساند:

الف) لزوم عقد در برابر قابلیت فسخ آن «یعنی عقد لازم است» (لزوم بیرونی)

ب) لزوم عقد به معنی الزام و استحکام و ثبات درونی (لزوم درونی) یعنی عقود واقع شده بین افراد لازم الاجرا هستند تا زمانی که منحل نشده اند که (قاعده لزوم) هم گفته می‌شود.

این ماده شامل هر دو معنی می‌شود. ولی با توجه به ذیل ماده که گفته است «... مگر به رضای طرفین اقاله یا به علل قانونی فسخ گردد.» برخی عقیده دارند که این ماده در مقام بیان [لزوم در مقابل جواز] بوده است (یعنی معنی اول) پس طبق این ماده فرض بر این است که پس از انعقاد قرارداد، قرارداد لازم است.

۱۶- قاعده خسارت:

مایک قاعده کلی خسارت داریم که در قرارداد و غیر قرارداد جاری می‌شود. که ممکن است در قرارداد یا مسئولیت مدنی، اشکال مختلفی به خود گیرد ولی به هر حال قاعده کلی این است که اگر ما بخواهیم خسارتی را بگیریم

باید چند مقدمه را اثبات کنیم:

الف) وجود تعهد: یعنی تا وقتی که تعهدی را احراز نکنیم گرفتن خسارت بی معنی است. این تعهد منشأش ممکن است قرارداد باشد یا یک امر و تکلیف عمومی.

ب) نقض تعهد: یعنی باید آن تعهد انجام نشود. لذا اگر کسی تخلفی نکند، گرفتن خسارت طبق قواعد کلی معنا ندارد.

ج) وجود و ورود ضرر: یعنی آنچه عرفاً ضرر محسوب می‌شود باید به شخص وارد شود، لذا اگر نقض تعهدی صورت گیرد ولی ضرری وارد نشود، خسارت گرفته نمی‌شود.

د) وجود رابطه سببیت بین عدم ایفای تعهد و ورود ضرر: یعنی سبب ورود ضرر و زیان باید عدم ایفای تعهد، توسط متعهد باشد نه امر دیگری، اگر تعهد غیر قراردادی باشد، جبران خسارت به بحث مسئولیت مدنی کشیده می‌شود [که در بحث مدنی (۴) ذکر خواهد شد] و در آنجا قاعده عمومی این است که تمام این شرایط باید به اثبات برسد.

ولی در قرارداد ۲ حالت وجود دارد:

(۱) طرفین خسارت و ضرر را پیش بینی کرده اند.

(۲) طرفین خسارت و ضرر را پیش بینی نکرده اند.

اگر در قرارداد این پیش بینی صورت نگرفته باشد و یکی از طرفین نقض تعهد نماید، در این صورت زیان دیده باید چهار شرط بالا را اثبات کند تا بتواند خسارت بگیرد ولی اگر در قرارداد ضرر پیش بینی شده باشد، ۲ شرط از چهار شرط بالا مفروض است و فقط باید دو شرط یعنی [۱] وجود تعهد ۲ نقض تعهد را ثابت کند یعنی در این حالت به محض اینکه زیان دیده ثابت کرد طرف دیگر از تعهد موجود سرپیچی کرده است مستحق دریافت خسارت خواهد بود.

۱۷- یکی از مواردی که می‌توان نقض تعهد را احراز کرد. عدم انجام تعهد در موعد خاص اجرای قرارداد است. موعد اجرای قرارداد در موارد مختلف فرق می‌کند.

مثلاً در بعضی از قراردادها، انجام تعهد در موعد خاصی بسیار مهم است به نحوی که اگر زمان خاص برای ایفای تعهد از بین برود کل مطلوبیت قرارداد از بین خواهد رفت. مثلاً اگر شخصی قرارداد تحویل یکصد کیلو شیرینی برای مراسم عروسی در روز معینی را با یک قنادی منعقد کند و قناد در روز معین نتواند آن شیرینی‌ها را تحویل دهد، در این صورت انجام تعهد در روز دیگر بی معنی خواهد بود: این قراردادها از نوع [قراردادهایی هستند که موضوع معامله و زمان مقرر وحدت مطلوب را تشکیل می‌دهند

گاهی زمان خیلی مهم نیست. یعنی می‌توان در زمان ثانی و ثالثی نیز قرارداد را اجرا کرد. مثل اینکه کسی قراردادی با پیمانکاری بسته که خانه‌اش را تعمیر کند، اگر در مدت مقرر قرارداد انجام نشود، در مدت دیگری می‌توان قرارداد را اجرا کرد. (تعدد مطلوب)

در قرارداد نوع اول، «وحدت مطلوب»، اگر موضوع قرارداد در موعد و زمان مقرر اجرا نشود قرارداد به هم می‌خورد و اصل قرارداد منتفی می‌شود و طبیعتاً طبق قاعده کلی اگر عدم انجام تعهد به خاطر فورس ماژور نباشد

می‌توان خسارت عدم انجام تعهد گرفت (یعنی خسارت عدم انجام کل قرارداد)
اگر خسارت پیش بینی شده باشد، در این صورت همان خسارت پرداخت می‌شود و در غیر این صورت باید مقدار
خسارت در دادگاه تعیین شود.
اگر قرارداد از نوع دوم باشد، «تعدد مطلوب»، در صورت عدم انجام تعهد قراردادی باز اصل لزوم و ثبات قرارداد
است و قرارداد بهم نمی‌خورد منتها اگر متعهد در انجام تعهد تأخیر کند، متعهدله می‌تواند متعهد را به انجام تعهد الزام
کند و از باب تأخیر در اجرای تعهد می‌تواند خسارت بگیرد.

فصل پنجم: شروط ضمن عقد

۱۸- یکی از مباحث مهم در حقوق قراردادها بویژه در حقوق مدنی ما بحث شروط ضمن عقد است. اصطلاح شروط ضمن عقد در مقابل شرط ابتدائی تأسیس شده است.

شرط ابتدائی: اصطلاحی فقهی است که فقها هر تعهد یا قراردادی که جزء عقود معین موجود در زمان پیامبر نبود و بصورت شرط ضمن عقد هم نمی آمد، «شروط ابتدائی» می نامند، البته بنابه نظر اکثر حقوقدانان با تقنین ماده ۱۰ قانون مدنی شرط ابتدائی نفوذ حقوقی پیدا کردند.

شروط ضمن عقد: یعنی تعهدی فرعی که در ضمن عقد ذکر می شود.

۱۹- شروط ضمن عقد از ۲ جهت تقسیم بندی می شوند:

الف) از نظر ماهوی: به شروط صحیح و شروط باطل و شروط باطل و مبطل تقسیم می شوند.

ب) از جهت شکلی، به شروط صفت، فعل و نتیجه تقسیم می شوند.

۲۰- تقسیم بندی شروط از نظر ماهوی:

شروط ضمن عقد دو دسته هستند:

۱- شروطی که صحیح اند.

۲- شروطی که باطلند.

با توجه به اینکه اصل در شروط ضمن عقد، صحت آنهاست، لذا شروط باطل تصریح شده اند:

الف) شروطی که خودشان باطل هستند ولی موجب بطلان عقد نمی شوند که این شروط در ماده ۲۳۲ ق.م ذکر شده اند که عبارتند از:

(a) شروط غیر مقدور: شرطی که بصورت متعارف قابل انجام نیست. مثلاً در ضمن عقد بیعی شرط شود: مشتری که اصلاً سواد ندارد کتاب فیزیک برای بایع بنویسد این شرط غیر مقدور است.

(b) شرطی که در آن نفع و فایده عقلانی نباشد: منفعت عقلایی، یعنی نفعی که نوع انسانهای عاقل بر آن صحه بگذارند.

(c) شروط نامشروع: شرط مخالف بانظم عمومی، اخلاق حسنه و مسلمات شرعی و دینی باطل است «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً»

ب) شروطی که هم خودشان باطل هستند و هم موجب بطلان عقد می شوند (شرط فاسد مفسد)

(a) یکی از شروطی که هم باطل است و هم مبطل عقد است، شرطی مجهولی است که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود. منظور از عوضین ممکن است یک طرف عوضین باشد یا هر دو طرف عوضین، مثلاً در ضمن بیع ۱۰۰ کیلو گندم شرط کنیم مقداری از آن را در حدود ۱۰ تا ۲۰ کیلوه احمد بدهیم که این شرط موجب غرر خواهد بود، لذا موجب جهل به یکی از عوضین می شود که هم باطل است و هم مبطل

(b) شرط خلاف مقتضی عقد:

مقتضای عقد: چیزی است که بعد از عقد، نتیجه و اثر عقد است مثلاً تملیک در بیع البته هیچ گاه در عقد مستقیماً مقتضای عقد نفی نمی‌شود بلکه آثاری از عقد نفی می‌شود که نفی این آثار مستلزم نفی مقتضای عقد است. در معنای عام این آثار بسیار متعددند یک سری از آثار بسیار به عقد نزدیک است، یعنی نمی‌توان تصور کرد که عقدی محقق شود بدون آن که، این آثار را نداشته باشد. (یعنی اینها مقتضای ذات عقدند) اما یک سری از آثار هستند که عقد بدون آنها هم اثر خود را دارد یعنی در واقع این آثار مقتضای ذات عقد نیستند بلکه مقتضای اطلاق عقدند (مثل امکان اجاره دادن ملک مورد بیع) منظور از مقتضای عقد درم ۲۳۳ ق. م مقتضای ذات عقد است که ملاک و معیار اینکه آیا نفی اثری از عقد، نفی مقتضای ذات عقد است یا نه؟ بستگی به نظر عرف دارد.

۲۱- تقسیم بندی شروط از نظر شکلی:

شروط از نظر شکلی به سه دسته تقسیم می‌شوند (صرف نظر از اینکه صحیح باشند یا باطل) الف) شرط صفت: شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله (م ۲۳۴ بند اول) معمولاً صفت مربوط به کیفیت مورد معامله می‌شود ولی در ماده کمیت را نیز ذکر کرده است. کیفیت: یعنی مسائلی مثل رنگ، بو، ساخت کارخانه مخصوص

کمیت: در مورد معامله ذکر کمیت از باب توصیف نیست، بلکه مقدار مورد معامله باید مشخص شود تا از آن رفع غرر گردد. همانطور که جنس و نوع معامله باید ذکر گردد. اما گاهی کمیت برای طرفین مطلوب اصلی نیست لذا می‌توانند بصورت شرط ضمن عقد بیاورند (م ۳۵۵ ق. م) که در این صورت به شکل شرط صفت خواهد بود. کمیت مورد معامله اگر جنبه وصفی پیدا کند، ارزش و مورد معامله بر روی آن کمیت توزیع نمی‌شود ولی اگر کمیت، مقدار مورد معامله را مشخص نماید، ثمن معامله بر آن توزیع خواهد شد.

ب) شرط نتیجه: شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود:

تحقق یعنی وجود چیزی، نه ایجاد کردن آن، یعنی ضمن عقدی بودن امری در خارج شرط شود. البته باید توجه داشت که مقصود از [امری] مذکور در م ۲۳۴ هر امری نیست، زیرا انسان قدرت برهر امری ندارد ولی امور اعتباری در اختیار انسان است و انسان می‌تواند که موجودی از موجودات اعتباری را بصورت شرط نتیجه به وجود آورد. پس شرط نتیجه: یعنی نتیجه یک عمل حقوقی. (مثلاً بصورت شرط نتیجه در عقد بیعی مشتری وکیل بایع در طلاق زنش باشد.)

نکته) اگر مورد شرط نتیجه، از اعمال حقوقی باشد که نیاز به تشریفات خاصی دارد، آن نتیجه به محض اشتراط حاصل نمی‌شود مثل اینکه در ضمن عقد اجاره بین یک زن و مرد، شرط شود که زن زوجه مرد باشد، زیرا که برای انعقاد نکاح لفظ خاصی لازم است.

در این حالت برخی اعتقاد دارند که این شرط نتیجه باطل است و عده‌ای عقیده دارند که تبدیل به شرط فعل می‌شود و گروه سومی اعتقاد دارند که این شرط نتیجه بصورت معلق تحقق پیدا می‌کند و با انجام تشریفات اثر خود را برجای می‌گذارد. (که از بین نظرات، نظر سوم مقبولیت بیشتری دارد و با مبانی حقوقی شرط نتیجه نیز سازگارتر است).

ج) شرط فعل:

شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بریکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. (بند ۳ م ۲۳۴ ق. م)

شرط فعل، اعم از شرط فعل مادی و یا حقوقی است مثلاً شرط کنند که یکی از طرفین دیواری برای دیگری بسازد (شرط فعل مادی) یا اینکه خانه‌اش را بفروشد (شرط فعل حقوقی) شرط فعل ممکن است ایجابی یا سلبی باشد.

نکته) یک بحث مهم که در تحلیل شروط باید مدنظر قرارداد این است که: هر شرطی داری سه رکن است:

۱) مشروطه له ۲) مشروط علیه ۳) مشروط به (مورد شرط)

هم شرط نتیجه و هم شرط فعل و هم شرط صفت باید دارای این سه رکن باشند و اگر ما بتوانیم در تحلیل شروط ضمن عقد این سه رکن را شناسایی کنیم، درک احکام آن شروط بسیار راحت خواهد بود.

شرط فعل یک تعهد است، یعنی مشروط علیه فعلی برعهده‌اش است. لذا در درجه اول مشروط علیه الزام دارد به وفای به شرط و اگر آن را انجام نداد، در وهله اول باید او را الزام کرد، اگر امتناع کرد ممکن است در مواردی دادگاه شرط فعل را توسط دیگری انجام دهد و هزینه را برعهده مشروط علیه قرار دهد. و در آخر اگر این مکان هم وجود نداشت، مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت.

گاهی ممکن است شرطی که در قرارداد درج شده، ممتنع می‌شود، یعنی خود انجام شرط ممتنع می‌شود نه اینکه شخص امتناع کند، یعنی ما در زمان اشتراط نمی‌دانستیم ممتنع می‌شود ولی بعد عامل ممتنع بودن به وجود می‌آید در اینجا ممکن است تصور شود چون خودش ممتنع شده لذا مشروط له حق فسخ نخواهد داشت. اما ق. م در ماده ۲۴۰ حق فسخ برای مشروط له قائل شده است. زیرا حق فسخ برای ایجاد تعادل قراردادی نقش ایفا می‌کند.

البته در یک حالت حق فسخ نیز وجود ندارد. و آن زمانی است که معلوم گردد مشروط له در ایجاد ممتنع شدن نقش داشته است. (قاعده اقدام)

۲۲- از شروط سه گانه فوق، آیا می‌شود همه آنها را اسقاط کرد؟

الف) شرط فعل راتازمانی که اجرانشده است می‌توان اسقاط کرد و بعد از اجرا اسقاط شرط معنی ندارد.

ب) شرط صفت، قابل اسقاط نیست، زیرا که این شرط به وجود صفتی بروی عین معینی تعلق می‌گیرد و این صفت دو حالت بیشتر ندارد، چرا که یا صفت موصوف در عین معین هست یا نه و در هر دو حالت اسقاط شرط معنی ندارد زیرا دیگر بعد از زمان انعقاد عقد شرطی وجود ندارد.

ج) شرط نتیجه نیز قابل اسقاط نیست زیرا که به محض اشتراط به وجود می‌آید و بعد از به وجود آمدن نتیجه یک عمل حقوقی، دیگر شرطی وجود ندارد بلکه نتیجه یک عمل حقوقی وجود دارد.

نکته) در دو حالت اخیر (شرط صفت و نتیجه) اگر آن شرط وجود نداشته باشد یا به محض اشتراط حاصل نشود، برای مشروط له حق فسخ به وجود می‌آید، که می‌تواند این حق فسخ را ساقط کند ولی آشکار است که اسقاط شرط با اسقاط حق فسخ حاصل از عدم تحقق آن تفاوت وجود دارد.

۲۳- اگر شرط باطل شود چه تأثیری بر عقد دارد و بالعکس اگر عقد باطل شود چه تأثیری بر شرط می‌گذارد؟

الف) اگر شرط باطل شود، علی‌الاصول اخلاقی در صحت عقد ایجاد نمی‌کند زیرا مشروط جنبه تبعی نسبت به عقد دارد و نهایتاً در بعضی موارد بطلان شرط باعث می‌شود که مشروط له حق فسخ داشته باشد.

ب) ولی اگر عقد از بین برود: در ماده ۲۴۶ ق.م.آ.م آمده که «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ بهم بخورد. شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود...» در اینجا فقط اقاله و فسخ رایبان کرده ولی علی‌الاصول بطلان و انفساخ هم چنین است.

a) اگر عقد به واسطه اقاله فسخ و انفساخ بهم بخورد، یعنی عقد از اول صحیح بوده است ولی به هر دلیل عقد بهم می‌خورد، اگر شرط اجرا نشده باشد در این صورت شرط به هم می‌خورد و باطل نمی‌شود بلکه منفسخ می‌شود زیرا عقد و شرط از اول صحیح بوده اند»

b) اگر عقد باطل شود، یعنی از اول باطل بوده باشد، شرطی هم که در ضمن آن عقد درج شده بود باطل می‌شود/ زیرا شرط انشایی است، ضمن انشاء دیگر، لذا اگر انشاء اصلی باطل بوده باشد تابع آن نیز باطل خواهد بود.

پ) حال اگر شرط اجرا شده باشد، مثلاً شرط فعلی باشد که متعهد آن را انجام داده است. و بعد عقد اصلی فسخ یا اقاله گردد، کسی که از شرط سود برده و اصطلاحاً استیفاء کرده است باید عوض آن را بپردازد.

نکته) شروط به دودسته تقسیم می‌شوند (۱) شروط وابسته (۲) شروط غیر وابسته (مستقل)

باید توجه داشت که آنچه از احکام شروط تا به حال بحث شد راجع به شروط وابسته است، یعنی شروطی که مستقلاً یک عمل حقوقی نیستند، بلکه وابسته اند.

ولی ممکن است عقدی در ضمن عقد دیگری ذکر شود، مثلاً اجاره‌ای بصورت شرط ضمن عقد درج شود در اینجا باید احکام اجاره رعایت شود.

و در مورد بطلان یا انفساخ یا فسخ یا اقاله عقد اصلی در اینکه آیا عقد دیگری که بصورت شرط در ضمن آن می‌آید باطل می‌شود یا نه؟ اختلاف نظر وجود دارد، و آنچه مسلم است این است که اگر بطلان عقد اصلی به خاطر عللی از قبیل، نامعین بودن مورد معامله باشد، نمی‌توان به راحتی حکم بر انحلال عقدی کرد که بصورت شرط، در ضمن آن آمده است.

فصل ششم: معاملات فضولی

۲۴- معامله فضولی: معامله به مال غیر است بدون سمت

چند نکته راجع به معاملات فضولی است که ابتدا باید ذکر گردند.

(۱) معامله فضولی شامل کلیه عقود است چه عقودی که تصریح به امکان انعقاد آنها به نحوی فضولی شده باشد یا نشده باشد، چرا که قانون مدنی احکام معاملات فضولی را در بحث قواعد عمومی اعمال حقوقی آورده است.

(۲) بعضی معتقدند که احکام فضولی شامل ایقاعات نمی‌شود و فقط حکم فضولی برای معاملات است. مثلاً اگر کسی فضولتاً دین دیگری را ابرا کند به عقیده این عده باطل است زیرا اقتضای قاعده کلی بطلان است.

ولی همان طور که در ذیل ماده ۱۹۰ در شرایط اساسی اعمال حقوقی بحث شد شرایط مذکور در آن ماده شامل تمام اعمال حقوقی است نه فقط معاملات یا عقود، لذا ابرا فضولی هم غیر نافذ است.

(۳) برخی عقیده دارند که تعهد فضولی باطل است و معامله فضولی فقط در معامله به عین معین یا کلی در معین مصداق دارد. لذا اگر کسی فضولتاً برعهده دیگری تعهد نماید طبق ماده ۱۹۷ ق.م.ا اصل بر این است که خود متعهد شده است و اگر مورد تعهد طوری باشد که فقط شخص که فضولتاً تعهد بر ذمه او شده قادر به انجام او باشد (مثلاً من فضولتاً تعهد کنم که استاد فرشچیان یک تابلوی نقاشی برای ثالثی خلق کند) در این صورت تعهد را باطل می‌دانند.

ولی باید اذعان کرد که اگر معامله به عین معین به نحو فضولی قابل تصور باشد باید بتوان تعهد فضولی بر ذمه دیگری را نیز تصور کرد چرا که ذمه ارزش مالی دارد پس تعهد فضولی هم باید غیر نافذ باشد.

(۴) مصداق اصلی معامله فضولی زمانی است که شخص به مال غیر و بنام غیر معامله می‌کند مثلاً علی مال برادرش را برای برادرش می‌فروشد ولی موقعی هست که شخص مال دیگری را برای خودش می‌فروشد مثلاً سارقی مال دزدی را برای خودش می‌فروشد آیا در اینجاست معامله فضولی است یا باطل خواهد بود؟

برخی عقیده دارند که چون در اینجا جهت معامله صحیح نیست لذا معامله باطل است ولی نظر قوی‌تر این است که این مورد هم مشمول عنوان معامله فضولی خواهد بود.

و این نظر را نظر مشهور فقهای امامیه تأیید می‌کنند.

(۵) اگر مالکی، دیگری را نهی کرده باشد که به مال او معامله نکند، آیا در اینجا معامله فضولی خواهد بود یا باطل؟

نظر مشهور این است که در اینجا هم معامله فضولی خواهد بود.

۲۵- احکام اجازه یا رد

اجازه یا رد نهادهای خاصی هستند که فقط در مورد معامله فضولی یا مواردی که شبیه آن است در حقوق ایران مطرح است.

از نظر ماهیت حقوقی اجازه اعلام است و انشاء نیست یعنی چیزی ایجاد نمی‌شود. زیرا آنچه باید، ایجاد شده است و اجازه فقط اعلام یک امری است درونی که نیاز به قول و فعل دارد تا مبین باشد.

به عکس، رد از نظر ماهیت حقوقی، دارای ماهیتی انشایی است زیرا برای ایجاد یا از بین بردن عمل حقوقی باید دارای اراده انشایی باشیم، پس برای از بین بردن ماهیتی که قبل ایجاد شده (یعنی معامله فضولی) نیازمند اراده انشایی

هستیم.

این اجازه و رد باید در حد عرفی مبین باشد لذا سکوت مالک هرچند که باطناً راضی باشد را موجب نفوذ معامله نمی‌داند.

۲۶- اجازه یا رد در معامله فضولی فوری نیست و اگر تأخیر در اجازه یا رد منجر به ضرر طرف مقابل باشد، او حق فسخ معامله را خواهد داشت. همچنین اجازه زمانی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد.

۲۷- مسئله دیگر در بحث معاملات فضولی موضوع انتقال اجازه با رد است. یعنی این موضوع مطرح می‌شود که اجازه یا رد حق مالک حین العقد است یا مالک حین الاجاره آنچه مسلم است این است که طبق م ۲۵۳ ق. م حق اجازه و یا رد بعد از فوت مالک قبل از اینکه اجازه یا رد خود را اعلام کند با وراثت است. اما در چگونگی به ارث رسیدن اجازه یا رد اختلاف است:

الف) عده‌ای اعتقاد دارند که حق اجازه و رد حق مستقلی است مثل حق شفعه که هر کدام از ورثه به میزان به سهم الارث خود آن را به ارث می‌برند، طبق این نظر زن از حق اجازه و یا ردی که نسبت به یک مال غیر منقول است ارث می‌برد و می‌تواند آن را اجازه دهد و یا رد کند.

ب) عده دیگری معتقدند که حق اجازه یا رد یک حق تبعی است. یعنی تابع مالی است که معامله فضولی بر روی آن واقع شده است، به عبارت دیگر هر کس مالک مال مورد معامله فضولی شد، مالک حق اجازه و یا رد نیز می‌شود، طبق این نظر زن از حق اجازه و یا ردی که نسبت به مال غیر منقول است ارث نمی‌برد و یا حق اجازه و ردی که برای (حبوه) وجود دارد مختص به پسر بزرگ متوفی است.

از بین دو نظر فوق نظر مشهور این است که حق اجازه و رد، حق مستقلی نیست بلکه تابع ملک است و هر کسی که به واسطه ارث مالک ملکی می‌شود، مالک حق اجازه و رد آن نیز خواهد شد.

بحث دوم این است که آیا می‌توان حق اجاره و یا رد را بصورت ارادی انتقال داد؟

۱) از آنچه در بالا گفته شد مبنی بر اینکه حق اجازه یا رد حق مستقلی نیست نتیجه می‌شود که نمی‌توان آن را مستقلاً به دیگری انتقال داد.

۲) اگر مالی که مورد معامله فضولی قرار گرفته و مالک اصلی می‌خواهد این مال را به دیگری منتقل کند، در این مورد نظر مشهور این است که حق اجازه یا رد به تبع مال به مالک جدید منتقل می‌شود.

در این مسئله نظر دیگری هم وجود دارد که معتقدند، با انتقال مال توسط مالک به دیگری، معاملات فضولی قبلی باطل می‌شود، زیرا که مالک با انتقال ثانوی مال به طور ضمنی اراده خود بر رد معامله فضولی را اعلام کرده است. ولی این نظر را مفهوم ماده ۲۵۴ قانون مدنی رد می‌کند، زیرا طبق این ماده «هرگاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد آن، مال به نحوی از انحا به معامله کننده فضولی منتقل شود، صرف تملک موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود»

نتیجه: صرف انجام معامله ای، روی مالی که قبلاً بطور فضولی مورد معامله قرار گرفته موجب [رد] معامله سابقه نخواهد بود مگر آنکه دلیلی داشته باشیم که این معامله ثانوی [رد] را نشان دهد.

۲۷- معاملات فضولی متعدد:

معاملات فضولی گاهی ممکن است در عرض هم باشند مثلاً الف) مالی را فضولتاً به (ب) بفروشد و سپس (الف) همان مال را به (ج) بفروشد و یا ممکن است معاملات فضولی طولی باشد، یعنی، (الف) مالی را فضولتاً به (ب) و (ب) آن مال را به (ج) و (ج) به (د) والی آخر.

در معاملات فضولی متعدد منعقد شده بر روی یک مال، مالک نسبت به همه اینها حق اجازه و یا رد دارد، اگر هر کدام را رد کرد تأثیری بر معاملات دیگر ندارد ولی اگر یکی را تنفیذ کرد جای اختلاف است که آیا بقیه معاملات فضولی باقی می ماند یا باطل می شوند؟ و آیا تنفیذ یکی به منزله رد دیگری است؟ طبق قواعد کلی تکلیف معاملات فضولی دیگر با مالک جدید است.

در معاملات فضولی طولی: م ۲۵۷ اشعار می دارد: «اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده است قبل از اینکه مالک معامله فضولی را اجازه یا رد کند، مورد معامله دیگر نیز واقع شود، مالک می تواند هر یک از معاملات را که بخواهد اجازه کند، در این صورت هر یک را اجازه کرد، معاملات بعد از آن نافذ و سابق بر آن باطل خواهد بود» البته باید توجه داشت که فرض این ماده زمانی است که مورد معامله فضولی [متمن] عین معین است. اگر ثمن معامله عین مورد معامله فضولی باشد، در این صورت تنفیذ یکی از معاملات موجب می شود که معاملات قبلی صحیح و معاملات بعدی باطل خواهد بود.

۲۸- بحث مهمی که در معاملات فضولی و معاملات اکراهی مطرح میشود این است که تأثیر اجازه از چه زمانی است؟ در این مورد ۲ نظر ارائه شده است:

۱- نظریه ناقلیت: یعنی اجازه از زمانی که به عقد ملحق می شود اثر می گذارد و عقد فضولی یا اکراهی قبل از لحوق اجازه هیچ اثری ندارد.

۲- نظریه کاشفیت: یعنی اجازه که به عقد ملحق می شود، اثرش را از زمان انعقاد عقد می گذارد و عقد از اول صحیح می شود.

نظریه کاشفیت هم به دو دسته تقسیم می شود:

الف) نظریه کشف حقیقی: یعنی اینکه مالکیت عین و منفعت هر دو از زمان انعقاد عقد منتقل می شود.

ب) نظریه کشف حکمی: یعنی مالکیت عین از زمان اجازه و مالکیت منافع از زمان انعقاد عقد به منتقل الیه، منتقل می شود.

نظریه قانون مدنی: در مورد اینکه قانون مدنی از کدام یک از اینها تبعیت کرده است.

بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. البته اتفاق نظر هست که از نظریه کاشفیت تبعیت شده است ولی اختلاف در این است که کشف مورد نظر قانونگذار کشف حقیقی است یا کشف حکمی؟

برخی با توجه ماده ۲۵۸ قانون مدنی اعتقاد دارند که قانونگذار نظریه کاشفیت حکمی را قبول کرده است (که این نظر طرفداران زیادی در بین اساتید دانشگاهها دارد)

اما برخی با توجه به مفهوم ماده ۲۵۷ ق. م که در صورت اجازه مالک (در معاملات متعدد) معاملات بعدی را که قبل

از اجازه واقع شده، نافذ می‌داند معتقدند که این ماده کشف در عین را پذیرفته است و ماده ۲۵۸، کشف در منفعت را، لذا از جمع این دو ماده به کشف حقیقی می‌رسیم، به نظر می‌رسد که نظر دوم اولی‌تر است و برخی از بزرگان از جمله دکتر درودیان این نظر را پذیرفته اند.

۲۹- در معاملات فضولی بحثی مطرح شده است و آن اینکه اگر معامله فضولی انجام شد و رد شد، صرف نظر از صحت و بطلان، کسی که متصرف مال غیر بوده است مسئولیتش از نظر مدنی چیست؟
حال اگر تصرفات متعدد باشد تکلیف متصرفین چیست؟
در این مورد ما ۲ رابطه داریم:

الف) رابطه بین مالک و متصرفین: قاعده کلی این است که مالک می‌تواند به هر یک از متصرفین برای عین رجوع کند، یعنی مسئولیت تضامنی است و برای منفعت هم به هر متصرف نسبت به منافع خود او و ایادی مابعد رجوع خواهد کرد.

ب) در رابطه بین خود متصرفین مسئولیت نسبی است و مسئولیت نهایی برعهده کسی است که مال در دست او تلف شده است (در مورد عین) و در مورد منفعت هر کس به اندازه زمان متصرف خود ضامن است.
فصل هفتم: در سقوط تعهد است:

۱- تعهدات که به موجب عقود یا ضمان قهری به وجود می‌آید، به طرق مختلفی ساقط می‌شوند که در این فصل این طرق را بررسی خواهیم کرد:

۲- وفای به عهد: هرگاه کسی تعهدی را برعهده می‌گیرد باید انجام دهد، انجام تعهد و وفای به عهد، عمل حقوقی نیست بلکه یک رویدادی است که اثر خود را برجای می‌گذارد لذا علی‌الاصول نیاز به قصد انشاء ندارد، مگر اینکه وفای به عهد سبب تملیک یا انتقال حقی به متعهد له شود که در این صورت عمل حقوقی یک طرفه است و نیاز به قصد انشاء دارد. در وفای به عهد علی‌القاعده نیازی نیست که خود شخص مدیون ایفای دین کند بلکه وفای به عهد از جانب غیر مدیون هم جایز است» (م ۲۶۷) ولی اگر شخصی دین دیگری را ایفاء کرد، نمی‌تواند به مدیون مراجعه کند مگر اینکه از جانب او اذن داشته باشد یا شرایط ماده ۳۰۶ ق. م حاکم باشد. هرگاه متعهد مال را در مقام ایفای تعهد خود بدهد باید مالک آن یا مأذون از طرف مالک باشد. و شخص هم اهلیت داشته باشد (م ۲۶۹) البته این شرط مربوط به تعهداتی است که مورد آن کلی باشد و ایفاء، سبب تملیک متعهد له و یا انتقال حقی را به او شود. لذا اگر مالی که متعهد برای ایفای دین خود می‌دهد ملک خود متعهد له باشد این شرط منتفی است مثل تسلیم مبیع به مشتری توسط بایع پس از انعقاد عقد بیع.

۳- بوسیله اقاله می‌توان تعهد را ساقط کرد اقاله سبب انحلال عقد می‌شود و به تبع این اثر اصلی [یعنی انحلال عقد] بعضاً موجب سقوط تعهد هم می‌شود دکتر کاتوزیان عقیده دارند، اقاله زمانی به عنوان وسیله سقوط تعهد است که تعهد سبب دین باشد نه خود آن.

در مورد اینکه آیا اقاله عقد است یا خیر اختلاف نظر وجود دارد:

در فقه نظر مشهور این است که اقاله عقد نیست لذا مثلاً در اقاله بیع، خیار تأخیر ثمن وجود ندارد.

برخی از حقوقدانان از جمله دکتر درودیان اقاله را نیز عقد می‌دانند. ولی به هر حال حقوقدانان اعتقاد دارند که اقاله معامله جدید نیست. لذا به تراضی طرفین قابل اقاله مجدد نیست و خیار عیب و شرط در آن راه ندارد. در مورد برخی از عقود هم گفته شده است که اقاله راه ندارد. از جمله وقف، نکاح و ضمان. چند نکته کلیدی در مورد اقاله وجود دارد که بعضاً مورد سوال واقع می‌شود.

الف) طبق م ۲۸۳ ق. م «بعد از معامله [طرفین] می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند» لذا برخی از حقوقدانان اعتقاد دارند که چون قانونگذار در ماده ۲۸۳ در مقام بیان افرادی بوده است که می‌توانند عقد را اقاله کنند و فقط طرفین عقد را ذکر کرده است، لذا وارث و قائم مقام متعاملین نمی‌توانند عقد را اقاله کنند و در توجیه این نظر گفته اند که اقاله حکم است نه حق، لذا به وارث منتقل نمی‌شود

ب) تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست [م ۲۸۶] خواه این تلف حقیقی باشد مثل خورده شدن میوه‌ای که فروخته شده بود یا تلف حکمی باشد مثلاً انتقال مبیع به ثالث در هر دو حالت بعد از اقاله بدل داده می‌شود [این حکم در مورد فسخ، در صورت تلف مورد معامله هم جاری است].

ج) نمائات و منافع منفضله از زمان عقد تا زمان اقاله مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است که این قسمت از ماده ۲۸۷ موافق قاعده است زیرا که با عقد مال به ملکیت منتقل الیه درمی‌آید و منافع هم به طبع مال او خواهد بود ولی در قسمت دوم ماده مقرر می‌دارد (... ولی نمات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود) حکم این قسمت از ماده خلاف قاعده است. زیرا با اقاله هر یک از طرفین، مالک آن چیزی می‌شوند که قبل از عقد مالک بوده اند، در حالیکه نمات متصله که در ملکیت خریدار یا فروشنده تولید می‌شود بیشتر از آن چیزی است که قبل از عقد طرف دیگر مالک بوده است

۴- ابراء:

ابراء عمل حقوقی تبعی است و اعتبار آن منوط به این است که قبلاً دینی وجود داشته باشد، ابراء جزء ایقاعات هست یعنی به اراده یک نفر واقع می‌شود ابراء عبارتست از اینکه دائن از حق خود به اختیار صرف نظر کند (م ۲۸۹) که اسقاط حق دینی است.

موضوع ابراء کلی است لذا در صورتی که کسی تعهد به تسلیم دینی را داشته باشد نمی‌توان دمه او را ابراء کرد، البته موضوع ابراء باید موجود باشد و ابراء مالیم یجب باطل است، در مورد اینکه آیا اگر سبب دین وجود داشته باشد می‌توان آن دین را ابراء کرد یا نه اختلاف نظر است: دکتر شهیدی اعتقاد دارند که اگر سبب دین وجود داشته باشد نمی‌توان آن را ابراء کرد ولی دکتر کاتوزیان اعتقاد دارند که ابراء دینی که سبب آن ایجاد شده صحیح است. چند نکته در مورد ابراء وجود دارد که بین اساتید بزرگ حقوق دکتر شهیدی و دکتر کاتوزیان محل اختلاف است.

دکتر کاتوزیان

دکتر شهیدی

۱- ابراء معلق باطل است ← ۱- ابراء معلق صحیح است
۲- ابراء مشروط باطل است ← ۲- ابراء مشروط صحیح است
۳- شرط عوض در ایقاع باطل و مبطل است ← ۳- شرط عوض در ابراء باعث معوض شدن آن و بطلان ابراء نمی‌شود.

۵- تبدیل تعهد: یکی از طرق سقوط تعهد است که ماهیت قراردادی دارد و عقد معوض است که موضوع این عقد (سقوط تعهد سابق در برابر پیدایش تعهد جدید) است.

در تبدیل تعهد حتماً باید اراده طرفین دخالت داشته باشد پس اگر حادثه‌ای قهری مثل نایاب شدن کالایی موجب شود که موضوع تعهد به بدل آن تغییر پیدا کند این تبدیل تعهد نیست.
تبدیل تعهد به سه شکل می‌تواند تحقق پیدا کند.

الف) تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع تعهد: و آن وقتی است که متعهد و متعهد له به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند (بند ۱ م ۲۹۲ ق. م)

ب) تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد: و آن زمانی است که شخص ثالثی بارضایت متعهد له قبول کند که دین متعهد را اداء نماید (بند ۲ م ۲۹۲) این نوع تبدیل تعهد شبیه عقد ضمان است ولی با آن فرق می‌کند، چراکه شرایطی که برای ضمان لازم است در اینجا شرط نیست و ثانیاً در عقد ضمان، همان دین که برعهده متعهد بود عیناً برعهده ضامن منتقل می‌شود. ولی در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد، تعهد اصلی ساقط می‌شود و تعهد جدیدی برعهده ثالث قرار می‌گیرد.

ج) تبدیل تعهد به اعتبار متعهدله: که در آن متعهدله مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل می‌کند (بند ۳ م ۲۹۲) این قسمت از ماده ۲۹۲ ق. م قسم سوم از تبدیل تعهد را طوری تعریف کرده است که با تعریف (انتقال طلب) یکی می‌شود ولی باید توجه داشت که انتقال طلب با تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد له متفاوت است. چرا که در انتقال طلب همان طلبی که متعهد له دارد عیناً به دیگری منتقل می‌شود، در حالیکه در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد له، تعهدی که متعهدله دارد ساقط می‌شود و تعهد جدیدی با همان اوصاف به نفع ثالث ایجاد می‌شود.

از طرفی هم در ضمان و هم در انتقال طلب علی‌الاصول تضمینات تعهد برجای خود باقی است ولی در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق برتعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین آن را صراحتاً شرط کرده باشند (م ۲۹۳)

۵- تهاتر: وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند بین دیون آنها با یکدیگر در صورتی که شرایط ذیل موجود باشد تهاتر حاصل می‌شود.

الف) باید موضوع دو دین از یک جنس باشد.

ب) باید زمان و مکان تأدیه دودین یکی باشد.

اما اتحاد سبب یا اتحاد ارزش و مبلغ دودین از شروط تهاتر نیست، بلکه دودین تا اندازه‌ای که با هم معامله نمایند بطور تهاتر برطرف شده و طرفین به مقدار آن در مقابل یکدیگر بری می‌شوند.

نکته: تهاتر قهری است لذا نیازی به توافق طرفین ندارد.
برای اینکه دو دین باهم تهاتر شوند برخی سه شرط دیگر هم افزوده اند.

الف) دودین باید کلی باشند

ب) دودین نباید متعلق حق دیگری باشند.

ج) دودین باید محقق و ثابت باشند

۶- مالکیت مافی الذمه:

مالکیت مافی الذمه نیز یکی از اسباب سقوط تعهد است. و آن زمانی اتفاق می افتد که مدیون مالک مافی الذمه خود گردد، مثل اینکه اگر کسی به مورث خود مدیون باشد، پس از فوت مورث دین او نسبت به سهم الارث (یعنی زمانی که تر که بعد از اخراج وصیت و دیون تبدیل به ارث شد) ساقط می شود.
علت سقوط تعهد در مالکیت مافی الذمه این است که یکی از ارکان بقای تعهد که تعدد طرفین است از بین می رود و وصف دائن و مدیون در یک نفر جمع می شود لذا تعهد ساقط می گردد.

حقوق مدنی (۴):

مسئولیت مدنی

۱) مدنی (۴) یکی از مهمترین مباحث حقوق مدنی را در خود جای داده است که بعضاً پایه و مبنای حقوق و چهار چوب کلی قواعد را در آن جست و جو می کنند. مسئولیت مدنی یا ضمان قهری از مواد ۳۰۰ ق.م تحت عنوان [در الزاماتی که بودن قرار داد حاصل می شود] شروع می شود، با توجه به این که بحثهای مسئولیت مدنی بعضاً بسیار عمیق هستند لذا تا حد امکان سعی شده است از بررسی مفصل پرهیز شود ولی به هر حال ممکن است در بعضی موارد تفهیم مطلب نیاز به بررسی بیشتر باشد که در این موارد ناگزیر مطلب بسط داده شده است.

فصل اول: کلیات:

در مورد مبنای مسئولیت مدنی نظریات مختلفی ارائه شده است که اولین نظر نظریه تقصیر است. نظریه تفسیر که پایه و مبنای مسئولیت مدنی را تشکیل می دهد قاعده عمومی مسئولیت مدنی است و اگر قاعده خاصی نباشد به قاعده تقصیر رجوع می شود. به طور کلی در نظریه تقصیر (۳) مطلب مد نظر قرار می گیرد. اول اینکه اصل بر برائت است یعنی اگر کسی فعلی انجام داده و خسارت وارد شده، اصل بر برائت اوست نه اینکه اصل بر مسئولیت خسارت زنده باشد، دوم اینکه برای اینکه زیان زنده محکوم به جبران خسارت شود باید تقصیر او ثابت شود و سوم اینکه مدعی (یعنی زیان زده) باید تقصیر را ثابت کند.

نظریه دومی که ابراز شد، نظریه فرض تقصیر است یعنی باز در محدوده نظریه تقصیر هستیم ولی از سه عنصر اساسی برای مسئولیت زیان زنده، نیازی به اثبات تقصیر نیست. نظریه تقصیر با نظریه سبب در فقه تطابق دارد نظریه سومی که در باب مسئولیت مدنی مطرح شد، نظریه خطر بود در این نظریه برای ایجاد مسئولیت در یک مصداق خاص کافی است که بین یک فعل خاص و مشخص و ضروری رابطه برقرار شود ولی نیازی به احراز تقصیر نیست. قاعده خطر در حقوق ایران می تواند با قاعده اتلاف همانند شود زیرا در هر دو کسی که ضرری به دیگری بزند ملزم به جبران آن است و نیازی به اثبات تقصیر یا عدم اثبات آن نداریم. تنها کاری که فاعل فعل زیانبار برای رهایی از مسئولیت می تواند انجام دهد این است که رابطه علیت بین فعل و زیان را برهم بزند. بعد از نظریه خطر نظریات دیگری راجع به مبنای مسئولیت ارائه شد که گاهاً شدیدتر از نظریه خطر بودند، زیرا در نظریه خطر ما برای مسئولیت وجود رابطه علیت را لازم داشتیم ولی در این نظریات ما احراز رابطه سببیت را هم نداریم، که تحت عنوان مسئولیت به تضمین یا مسئولیت مطلق ذکر می شوند. این نظریه نیز در حقوق ایران می تواند با غصب همانند شود.

۱) در فقه هر چند محتوا و گستره بحث مسئولیت مدنی در همان اندازه که در بالا با توجه به نظریات غربی گفته شد وجود دارد ولی از نظر شکلی نحوه بیان فقها متفاوت است. فقها چند قاعده در باب مسئولیت مدنی دارند:

۱) قاعده تسبیب: مقصود از تسبیب این است که کسی سبب و رود خسارت به دیگری شود. سبب یعنی عاملی که با واسطه خسارت وارد می کند نه مباشرتاً، منتهی در بین عوامل مختلفی که خسارت ایجاد می کنند عامل اصلی است و این سبب وقتی می تواند عامل اصلی و ضامن باشد که انحرافی هم داشته باشد یعنی تقصیر داشته باشد.

۲) قاعده اتلاف: اتلاف یعنی اینکه کسی مباشرتاً خسارتی را به دیگری وارد آورد و فرق و تمایز آن با تسبیب این است که؛ تقصیری نمی خواهد و با فورس ماژور هم رفع می شود.

۳) ضمان ید؛ ضمان ید یعنی اگر کسی مال غیر را بدون اذن تصرف کند [چه اذن مالکی یا اذن قانونی] طبق این قاعده ضامن است. قاعده ضمان ید به قاعده [علی الید] هم مشهور است قاعده اصطیادی [علی الید ما اخذت حتی تؤدیه] بیانگر قاعده ضمان ید است. قاعده (علی الید) با توجه به اطلاق و عموم خودش هم شامل کسی می شود که عالمأ آن را تصرف کند و هم جاهل باشد و این مسئولیت آنقدر وسیع است که اگر بخواهیم تطبیق دهیم با حقوق جدید، با مسئولیت به تضمین یا مسئولیت مطلق نزدیک می شود.

۴) قاعده لا ضرر: لا ضرر از قواعدی است که در فقه بسیار مورد استناد قرار می گیرد نظری که اکثر فقها بر آن اعتقاد دارند، آن است که قاعده لا ضرر نفی حکم می کند و نمی توان با استناد به آن جعل حکم کرد.

۵) قاعده غرور: غرور یعنی فریب، طبق قاعده غرور، کسی که دیگری را فریب داده و بواسطه فریب خسارتی به او وارد شده است، ضامن است «المغرور یرجع علی من غره»

۶) قاعده اقدام: اقدام یعنی کسی با اراده خود مسئولیتی یا کاری را به طور نوعی انجام دهد که نتیجه اش ایجاد مسئولیت است.

۳_ ارکان مسئولیت مدنی:

معمولاً سه رکن اصلی برای مسئولیت ذکر می شود:

الف) فعل زیانبار: فعل یا رفتاری است که بطور کلی غیر مباح باشد هر چند در بعضی موارد ممکن است کسی در اعمال حق مشروع خویش نیز مسئول شود که آن را (سو استفاده از حق) نامند.

ب) ضرر: چون در مسئولیت مدنی، ما کسی را ضامن می دانیم که ضرری را وارد کرده است. لذا اگر ضرر نباشد ما اصلاً مسئولیتی مدنی نخواهیم داشت.

ضرری که موجب مسئولیت می شود باید دارای سه ویژگی باشد:

۱) ضرر باید واقعی باشد

۲) ضرر باید جبران نشده باشد

۳) ضرر باید مستقیم باشد یعنی ضررهای با واسطه زیاد؛ ضرر تلقی نمی شود، در ضرر مستقیم ممکن است مال موجودی از بین برود؛ مثلاً کسی ماشین دیگری را از بین ببرد و یا اینکه منفعت مسلمی که می توانسته ایجاد شود، ایجاد نشود (عدم النفع) البته در نظر غالب و مشهور این است که عدم النفع قابل مطالبه نیست ولی آنچه الان در بین حقوقدانان مورد اتفاق است اینست، که عدم النفع اگر مستقیم باشد و عرفاً ضرر تلقی شود، قابل مطالبه است: تقسیم دیگر ضرر تقسیم به ضرر مادی و ضرر معنوی است: آنچه در این تقسیم بندی مورد اختلاف است این است که ضرر معنوی آیا خسارت هست و باید جبران شود یا نه؟

عده ای عقیده دارند که چون خسارت معنوی قابل تقویم به پول نیست و نوعی تشفی خاطر محسوب می شود لذا خسارت نیست و نباید جبران شود و اگر شك کنیم که مدعی علیه، تکلیفی زائد بر جبران خسارت مادی دارد اصل عدم زیادت تکلیف است. اما در مقابل اکثر حقوقدانان عقیده دارند که خسارت معنوی نیز خسارت است و باید جبران

شود زیرا که اگر ارکان مسئولیت جمع باشد و ضرری را عرف، خسارت بداند باید جبران شود. و در توجیه می گویند دیات که در فقه بصورت مقداری مقدر تعیین شده نوعی خسارت معنوی است.

ج) رابطه سببیت: تعریف رابطه سببیت و اینکه در اجتماع اسباب کدام سبب مسئول است از بحثهایی است که در مورد آنها بسیار مناقشه شده است:

۱) برخی گفته اند، سبب برای اینکه، رابطه سببیت ایجاد کند باید سبب نزدیک باشد.

۲) برخی گفته اند سبب برای اینکه، رابطه سببیت ایجاد کند باید سبب بلا واسطه باشد

۳) بعضی گفته اند سبب برای اینکه رابطه سببیت ایجاد کند باید متعارف باشد. از بین این نظرات باید گفت که: رابطه سببیت، رابطه عرفی و مستقیم است که بین فعل زیانبار و ضرر ایجاد می شود لذا از بین این نظریات سه گانه فوق، نظریه سبب متعارف مقبولیت بیشتری پیدا کرده است و قانون مدنی هم در ماده ۳۳۶ خود استناد عرفی را ملاک مسئول بودن و ضرر دانسته است.

۴- برخی موارد وجود دارند که رابطه سببیت بین ضرر و فعل زیانبار را قطع می کنند که عبارتند از:

الف) قوه قاهره: فورس ماژور از عواملی است که می تواند مسئولیت را رفع کند چرا که با دخالت قوه قاهره رابطه سببیت عرفاً بین ضرر و قوه قاهره برقرار می شود و فاعل از مسئولیت بری می شود.

ب) اکراه: اکراه نیز از علل رافع مسئولیت مدنی است چرا که اکراه کننده سببی اقوا از اکراه شونده است، لذا عرفاً رابطه سببیت بین ضرر و اکراه کننده برقرار می شود و اکراه شونده، از مسئولیت بری می گردد.

ج) اضطرار: حالتی است که شخص مجبور می شود به خاطر عوامل خارجی، به اراده خودش زیان وارد نماید. آنچه در مورد اضطرار باید بیان شود این است که بطور کلی اضطرار مسئولیت مدنی را منتفی نمی کند چرا که اضطرار حکم تکلیفی یعنی حرمت استفاده از مال دیگری را بر می دارد ولی حکم وضعی که ضمان است بر جای خود باقی می ماند نتیجه: پس به طور کلی اضطرار تأثیری در رابطه سببیت ندارد.

د) دفاع مشروع: می تواند رافع مسئولیت مدنی باشد نه از باب اینکه رابطه سببیت را مخدوش می کند، بلکه به این علت که فعل زیانبار را که عملی غیر مباح بود به عملی مباح تبدیل می کند.

۵- در بخش مسئولیت مدنی قانونگذار مدنی (۲) بحث را از همدیگر جدا کرده است:

الف) بحث اول: کلیات است که بطور کلی در این باره می توان گفت:

۱) هر کس من غیر حق مالی را دریافت کرده است باید برگرداند. (م. ۳۰۳) برخی از حقوقدانان این ماده را قاعده دارا شدن غیر عادلانه می دانند.

۲) ایفای ناروا: اگر کسی اشتبهاً خود را مدیون می دانست آن دین را تأدیه کند، حق دارد از کسی که بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید. (م. ۳۰۲) پس برای احراز ایفا ناروا باید اقدام شخصی پرداخت کننده { به عنوان ایفا } باشد نه مثلاً هبه و غیره ثانیاً: باید اشتباه پرداخت کننده احراز شود و فرقی نمی کند که اشتباه در دین یا مدیون یا داین باشد. .

۳) بحث دیگری که در بخش کلیات مسئولیت مدنی آمده است م. ۳۰۶ م است. این ماده اصطلاحاً به اداره فضولی مال غیر مشهور است. که مقرر می دارد « اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازه مالک یا کسی که

حق اجازه دارد، اداره کند باید حساب زمان تصدی خود را بدهد. در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور بود یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحبان مال باشد. دخالت کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است»

ماده ۳۰۶ ق.م را در حقوق موضوعه یکی از عمده مصادیق قاعده احسان می دانند. که طبق آن [کسی که احسانی می کند در مقابل خساراتی که ممکن است بدون تعدی و تفریط او به ملک غیر وارد شود ضامن نیست] در واقع طبق این قاعده متصرف نوعی امین [امین قانونی] محسوب می شود.
شرایط ماده ۳۰۶ ق.م:

الف) دخالت مدیر به عنوان [اداره مال غیر] باشد، لذا اگر کسی برای جلوگیری از ورود ضرر به مال خودش در مال دیگری تصرف کند و اصلاحاتی انجام دهد، اداره مال غیر تلقی نمی شود (یعنی قصد احسان نداشته باشد)
ب) تحصیل اجازه ممکن نباشد، لذا صرف قصد احسان کافی نیست. و باید اخذ اجازه نیز متعذر باشد و الاضامن است.

ج) مال باید در معرض خطر جدی باشد: (ملاک ضرر نوعی است نه شخص)
د) در قاعده احسان باید بطور متعارف بین ضرر وارده و ضرری که از آن جلوگیری شده است تناسب وجود داشته باشد.

۵- فصل دوم در ضمان قهری:

در این فصل چهار موجبی را که قانون مدنی برای ضمان قهری بر شمرده است بررسی خواهیم کرد. ۱) غصب و آنچه در حکم آن است ۲) اتلاف ۳) تسبیب ۴) استیفا
۶- غصب:

غصب استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان، [اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است] [الف) در غصب علم و آگاهی شرط است و اگر متصرف جاهل بر عدم استحقاق خویش باشد این در حکم غصب است.

ب) متجاوز و غاصب در غصب باید قصد استیلا یافتن را داشته باشد.
ج) برخی عقیده دارند که موضوع غصب باید مالیت داشته باشد هر چند ملک باشد، لذا به نظر اینها تصرف و استیلا بر یک قوطی کبریت خالی که ملک دیگری است غصب نیست ولی در مقابل عده ای اعتقاد دارند که با معیار ماده یک قانون مسئولیت مدنی و با ملاک شخصی می توان حکم به جبران هر غصبی داد.

د) هر گاه حق مورد غصب، حق اختصاصی غیر باشد مثل حق مالکیت، حق تحجیر حق رهن و..... غاصب ضامن آن است ولی اگر غیر اختصاصی باشد مانند حق تقدم به مشترکات عمومی در اینجا ضامن منفعت نیست. زیرا که خود یکی از صاحبان حق است ولی ضامن تلف حق تقدم هست.

ه) اگر وارث، قبل از تادیه، دیون، ارث را تصرف کند غاصب نیست زیرا که در غصب تعلق به غیر شرط است و در ۸۶۸ ق.م مقرر می دارد که به محض فوت مورث ترکه بطور متزلزل به ملکیت ورثه وارد می شود.

و) هر گاه شخصی مالک را از تصرف در حال خود مانع شود، بدون آنکه خود او تسلط بر آن مال پیدا کند غاصب محسوب نمی‌شود. [چون برای تحقق عنوان غصب استیلا شرط است ولی می‌تواند تسبیب باشد] (ی) در قاعده (علی‌الید) اکراه بی‌تأثیر است و حتی مکره هم ضامن است، البته بعد از جبران خسارت می‌تواند به اکراه کننده رجوع کند.

و در آخر متذکر می‌شویم که برای غصب عناصر ذیل شمرده شده است:

- ۱) استیلا که اعم از تصرف با فعل و بالقوه است
- ۲) به نحو عدوان: (علم و عمد) اگر این شرط نباشد ممکن است در حکم غصب باشد
- ۳) حق غیر: منظور حقوق مالی را در بر می‌گیرد.
- ۴) در کتب فقهی (قید استقلالاً) را نیز آورده اند ولی در ق. م این قید نیامده است.

۷- موارد و مصادیق در حکم غصب:

الف) قاعده کلی این است که اگر ید، امانی بود و مجوز رفع شد، و متصرف همچنان به تصرف خود ادامه داد، ید او ضمانتی می‌شود و به تبع آثار و احکام ید ضمانتی بر آن بار می‌شود.

ب) مصداق دیگر، اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز، عقود فاسد هستند، مثلاً اگر عقدی منعقد شود بعد مشخص گردد که عقد فاسد بوده است. کسی که بر مال غیر ید داشته باشد از مصادیق اثبات ید است. این حکم را قاعده (ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده) استخراج شده است. در مورد قاعده فوق اختلاف نظر وجود دارد که آیا عکس قاعده هم قابل اعمال است یا نه اما آنچه الان در بین حقوقدانان مشهور است، این است که عکس قاعده مصداق ندارد و هر عقد فاسدی اعم از اینکه عقد معاوضی باشد یا غیر معاوضی مشمول حکم عقود فاسده است.

ج) مصداق دیگر بحث: ید امانی است که با تعدی و تفریط تبدیل به ید ضمانتی می‌شود، مثل ماده ۶۱۶ ق. م با مطالبه، ید امانی تبدیل به ید ضمانتی می‌شود و گاهی با تعدی و تفریط ید امانی تبدیل به ید ضمانتی می‌شود و بعد از تعدی و تفریط اثبات ید بر مال غیر در حکم غصب است.

۸- در بحث غصب سه حالت قابل بررسی است (۱) حالتی که یک فرد به تنهایی ید نامشروع دارد و فقط یک نفر متصرف غیر قانونی بوده است.

(۲) زمانی که حداقل ۲ نفر بر مالی بدون مجوز ید داشته باشند که این تصرف طولی است. (تعاقب ایادی)

(۳) حالت سوم زمانی است که مال مورد غصب و یا تصرف غیر مجاز، مورد معامله هم قرار می‌گیرد.

۹- در غصب ساده: غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد (م ۳۱۱ ق. م) در این ماده سه حالت را از همدیگر جدا کرده است:

الف) اگر مال موجود باشد باید عین آن رد شود. یعنی جبران عینی اولویت دارد.

ب) اگر مسلم باشد که مال تلف شده است تبدیل به بدل می‌شود. که اگر مال مثلی باشد مثل آن پرداخت شود و اگر قیمی باشد، قیمت آن باید پرداخت گردد.

ج) اگر تلف مال مسلم نباشد باید بدل حیلوله بدهد. بدل حیلوله زمانی داده می شود که احتمال اینکه مال باقی باشد قوی است ولی عین مال قابل رد نیست. مثل زمانی که دشمن منطقه ای را تصرف کرده است و مال در منطقه تصرف شده وجود دارد. بدل حیلوله با مثل یا قیمت فرق می کند. در مورد مالکیت بدل حیلوله اختلاف نظر هست برخی عقیده دارند که بدل حیلوله اگر بدل به معنی واقعی باشد باید مالکیتش از آن مالک باشد تا بتواند در آن تصرف کند زمانی که عین مال در دسترس قرار گیرد. مالکیت به غاصب بر می گردد. برخی می گویند مالکیت عین [در بدل حیلوله] از آن غاصب است ولی مالک حق استفاده دارد زیرا اساساً مقصود از بدل حیلوله بدل قطعی نیست و تا روشن شدن تکلیف عین مغضوبه در ید مالک است تا از آن استفاده کند زیرا هنوز مالکیت مالک از مال اصلی قطع نشده است اما مالکیت منافع بدل حیلوله از آن مالک است.

۱۰- تعاقب ایادی:

تعاقب ایادی یعنی حداقل (۲) ید پی در پی تصرف نامشروع در مال پیدا کرده اند بصورت طولی، یعنی ید لاحق و ید سابق داریم در اینجا علاوه بر نکاتی که در غصب یک نفر بصورت منفرد گفته شد، نکات دیگری هم اضافه می شود. طبق قاعده میزان مسئولیت متصرف نامشروع بر اساس میزان تصرف او تعیین می گردد « یعنی ملاک مدت زمان تصرف است. فرق غصب در تعاقب ایادی با غصب ساده در این است که در غصب ساده فقط یک رابطه داشتیم و آن رابطه بین غاصب و مالک مال بود ولی در تعاقب ایادی ما دو رابطه داریم:

الف) رابطه بین غاصبین و مالک

ب) رابطه بین خود غاصبین

در رابطه اول مسئولیت تضامنی است مثل حالتی که مالک طلبی دارد و آن را برعهده چند مدیون می بیند، البته این مسئولیت تضامنی، مسئولیت نهایی نیست و تکلیف مسئولیت هر یک از غاصبین در اینجا تعیین نمی شود. در رابطه دوم یعنی رابطه بین خود غاصبین مسئولیت نسبی است و ضمان هم نهایی است. غاصبین، هم بر عین تصرف پیدا می کنند و به تبع برمنفعت هم ید پیدا می کنند لذا دو حالت را جداگانه بررسی می کنیم.

۱) راجع به عین و خسارت عین: مالک می تواند در صورتی که عین موجود باشد از هر کدام از غاصبین مطالبه کند، حتی اگر در دست غاصب دیگری باشد زیرا با غصب یک تعهد قانونی برعهده غاصب ایجاد شده است و طبق آن تکلیف قانونی باید عین را به مالک تسلیم کند. اگر عین تلف شده باشد، می تواند جبران خسارت وارده را از هر یک از غاصبین بخواهد و یا از هر کدام قسمتی از خسارت را مطالبه نماید. پس در رابطه اول در مورد عین، مالک می تواند به هر کدام از غاصبین مراجعه کند ولی در رابطه دوم که ضمان نهایی است اگر عین تلف شده باشد (۲) حالت پیش می آید:

(A) مالک به کسی مراجعه کرده است که مال در دستش تلف شده است در این صورت این شخص حق رجوع ندارد، زیرا در قاعده اصلی غصب ضامن کسی است که مال در دست او تلف شده است.

(B) اگر مالک به کسی مراجعه کند که مال در دستش تلف نشده است. در این صورت وی حق رجوع به

ایادی بعد از خود تا کسی که مال در دست او تلف شده را خواهد داشت (م ۳۱۸)

۲) راجع به منفعت و خسارت آن:

ضمان در منفعت با ضمان در عین فرق می‌کند، چرا که در عین مالک می‌توانست به هر یک از غاصبین رجوع کند. ولی در منفعت هر غاصبی ضامن منافع تصرف خود و ایادی ما بعد خودش است لذا در رابطه بین مالک و غاصبین اگر مالک به غاصب اول رجوع کند می‌تواند خسارت تمام منفعت را بگیرد و اگر به غاصب دومی مراجعه کند، خسارت منفعت همه غاصبین به غیر از منفعتی که در دست غاصب اول تلف شده می‌گیرد و.....

ولی در رابطه بین خود غاصبین هر غاصب به مدت تصرف خود ضامن خواهد بود بعلاوه مدت تصرف غاصبین بعد از خود، و بعد از تادیه می‌تواند به ایادی ما بعد خود رجوع کند ولی برای ایادی ماقبل اگر اذن در تادیه نداشته باشد نمی‌تواند رجوع کند. مثلاً فرض کنید رابطه غاصبین از حیث مدت زمان تصرف، عین مغضوبه چنین باشد (غصب) اگر به مالک به (ج) رجوع کند و بدل منافع را بخواهد، در این صورت (ج) فقط مکلف به پرداخت قیمت منافع (۴ماه) مدت تصرف خودش و (د) است و بعد از پرداخت می‌تواند برای گرفتن بدل منافع سه مال به (د) رجوع کند و فرقی نمی‌کند که دال اذن در پرداخت داده باشد یا نداده باشد، لکن اگر بدل منافع (۲ ماه) تصرف الف و ب را پردازد. فقط در صورتی حق رجوع به آنها را دارند که از آنها اذن در تادیه داشته باشد، زیرا قانوناً مادون نبوده پس باید سراغ قاعده کلی برویم که بر طبق آن اذن مدیون در ایفای آن برای رجوع به او لازم است.

۱۱- ممکن است غاصبین با اسباب در ورود خسارت جمع شوند، مثلاً مالی در تصرف غاصبی باشد و دیگری خساراتی به این مال وارد کند و سپس مال معیوب به واسطه حادثه‌ای قهری تلف شود در این صورت مسئولیت بر عهده چه کسی است؟ آنچه عده کثیری عقیده دارند چون در اتلاف و تبسیب، استناد وجود دارد لذا تا جایی که سببی موجب ورود خسارت شود، خود سبب ضامن است، و برای بقیه غاصب ضامن خواهد بود.

۱۲- تعاقب ایادی از طریق معامله:

م. ۳۲۳: (اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بخرد، آن کس نیز، ضامن است و مالک می‌تواند بر طبق مقررات فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کرده عین و، در صورت تلف شدن آن مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه کند. طبق این ماده مشتری هم در حکم غاصب است و مثل غاصب با او رفتار خواهد شد). این ماده رابطه بین بایع و مشتری و مالک عین مغضوبه را معین می‌کند ولی در رابطه بین خود بایع و مشتری و سایر غاصبین ماده ۳۲۵ مقرر می‌دارد: (اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد، او نیز می‌تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند، اگر چه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند، بایع حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت). در اینجا در کنار قاعده غصب یک قاعده دیگر هم وارد می‌شود آن قاعده غرور است. اگر فقط قاعده (علی الید) باشد، مالک می‌تواند بر هر کدام از غاصبین مراجعه کند و ضمان نهایی بر عهده کسی مستقر می‌شود که مال در دست او تلف شده است ولی اگر قاعده‌ای داشته باشیم که در آن قاعده انتساب تقصیر وجود داشته باشد، بر قاعده غصب مقدم خواهد بود. لذا در قاعده غرور هم مثل تبسیب انتساب خسارت را داریم، لذا قاعده غرور بر قاعده غصب مقدم است و (المغرور یرجع الی من غره)

طبق ماده ۳۲۵ اگر مالک به مشتری رجوع کرد، او می‌تواند برای گرفتن ثمن و خسارات به بایع رجوع کند،

الف) رجوع به ثمن: به خاطر اینکه معامله باطل بوده است (منظور عوض قرار دادی است)

ب) به خسارات: که منظور قیمت و منافع مستوفات و غیر مستوفات است.

البته باید توجه داشت که رجوع به ثمن به خاطر قاعده غرور نیست لذا اگر هم دو عالم باشند باز می توان به ثمن رجوع کند.

۱۳- اتلاف و تبسیب: در فقه امامیه قاعده اتلاف و تبسیب را دو قاعده جداگانه می دانند و قانون مدنی هم به تبعیت از فقه این دو را تحت دو عنوان مجزا بحث کرده است. قاعده اتلاف که یک قاعده ای اصطیادی است در فقه با این بیان مشهور است [من اتلف مال الغیره فهوله ضامن] بطور کلی این دو قاعده بنا به نظر مشهور از چند جهت با همدیگر تفاوت دارند:

الف) در اتلاف ورود خسارت مستقیم است. ولی در تبسیب غیر مستقیم و با واسطه است (البته مستقیم بودن یا نبودن ورود ضرر، عرفی است).

ب) چون اتلاف، مباشرتی است لذا علی القاعده «با فعل مثبت» قابل تصور است اما در تبسیب چون با واسطه است لذا ممکن اقدام سبب فعل باشد یا ترک فعل. مثلاً مأمور تعمیرات، خانه را تعمیر نکند و از این رهگذر خسارتی وارد شود که در این صورت مأمور تعمیر ضامن است.

ج) گفته شده در اتلاف تقصیر لازم نیست ولی در تبسیب لازم است. لذا در تبسیب اگر تقصیر نداشته باشیم، مسئولیت منتفی است. طبق م ۳۲۸ ق. م در اتلاف فقط رابطه علیت شرط است و تقصیر شرط نیست.

نکته (۱) در اتلاف چون حکم به ضمان از احکام وضعی است لذا قصد به اتلاف یا عدم قصد (م ۳۲۸) علم یا عدم علم، بلوغ یا عدم آن - عقل یا جنون تأثیری ندارد و در مورد صغیر و مجنون به دلیل اینکه نوعاً قصد به عمل و همچنین انتساب عرفی و نوعی وجود دارد ضمان تحقق پیدا می کند.

نکته (۲) اگر مبنای مسئولیت مضطر را در صورت ورود خسارت به مال دیگری طبق قاعده اتلاف بررسی کنیم در این صورت مضطر به خاطر اتلاف مال غیر ضامن خواهد بود زیرا هر چند حالت اضطرار ارتکاب تقصیر را از سوی متلف منتفی می سازد ولی در اتلاف نیازی به تقصیر نداریم. نکته (۳) در بحث تبسیب همانطور که قبلاً گفته شده است چند نظر در مورد سببی که ضامن جبران خسارت هست وجود دارد که ق. م در ماده ۳۳۲ خود نظریه سبب متعارف را قبول کرده است. م ۳۳۲ اشعار می دارد: «هر گاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود، مباشر مسئول است نه مسبب، مگر اینکه سبب اقوی باشد [به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد]

۱۴- استیفا

«هر گاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهبیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خواهد بود» طبق این ماده (۲) شرط برای اینکه عامل مستحق اجرت شود وجود دارد:

الف) عامل قصد تبرع نداشته باشد، پس اگر کسی کاری را به قصد تبرع برای دیگری انجام دهد مستحق اجرت نخواهد بود.

ب) یکی از دو شرط ذیل باشد:

(۱) یا عرفاً برای آن عمل اجرتی معین شده باشد

(۲) و یا شخص عامل عادتاً مهیای آن عمل باشد: پس اگر شخصی عامل عادتاً مهیای آن عمل نباشد و عرفاً

هم برای آن عمل اجرتی معین نشده باشد در این صورت مستحق اجرت نخواهد بود.

نکته) در انتفاع از مال دیگری مجرد اذن در انتفاع ملازمه با اذن مجانی نیست مگر اینکه معلوم شود اذن برای استفاده

مجانی بوده است (م ۳۳۷)

۱۵- طبق قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۷ اردیبهشت ماه ۱۳۳۹ کمیسیون مجلس:

(۱) هم ضرر مادی قابل مطالبه است و هم ضرر معنوی (م)

(۲) ضابطه مسئولیت [لطمه به حق قانونی] قرارداد شده است (م ۱)

(۳) دادگاه در موادی می تواند خسارت را تعدیل کند و تخفیف دهد که نوعی تعدیل قضایی است (م ۴)

(۴) ضرر آینده را نیز قابل جبران می داند (م ۵)

(۵) اشخاصی که در رابطه حقوق آنان با دولت تابع قانون استخدام کشوری یا سایر قوانین استخدامی است یعنی

کارمند دولت هستند، هر گاه به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی خسارتی به اشخاص وارد نمایند،

شخصاً مسئول جبران خسارت وارده خواهند بود (م ۱۱)

(۶) در مورد کارگران و خساراتی که آنها در حین کار یا به مناسبت آن وارد می آورند کار فرما مسئول است [البته

کار فرمایانی که مشمول قانون کارند] مگر اینکه محرز شود کار فرما تمام احتیاطهای لازم که اوضاع و احوال قضیه

ایجاب می نموده، به عمل آورده یا اینکه اگر احتیاطهای لازم را به عمل می آورد، باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور

نمی شد. البته بعد از اینکه کار فرما خسارت ثالث را پرداخت کرد می تواند به وارد کننده خسارت در صورتی که مطابق

قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید.

حقوق مدنی (۵):

حقوق خانواده

قسمت پنجم از این مجموعه به مباحثی اختصاص دارد که حول محور خانواده می‌گردد که بطور کلی در دو فصل بررسی می‌شود: الف) در نکاح ب) در طلاق
فصل اول در نکاح:

۱- اولین مرحله در تشکیل دادن یک خانواده مرحله خواستگاری است و علی‌الاصول هر زنی که خالی از موانع نکاح باشد می‌توان خواستگاری نمود. در ماهیت حقوقی خواستگاری اختلاف نظر وجود دارد برخی آن را صرفاً یک وعده می‌دانند و غیر الزام آور (دکتر شهیدی) ولی برخی آن را عقدی از عقود می‌دانند که جایز است و هر یک از طرفین می‌توانند هر وقت خواستند آن را بر هم بزنند.

در زمان خواستگاری هدایایی ممکن است رد و بدل شود: در این حالت اگر نامزدی بهم بخورد حالات زیر برای تعیین تکلیف هدایا متصور است:

الف: تمام هدایایی که هر یک از نامزدها به نامزد دیگر یا به ابوبین او داده است می‌تواند استرداد کند اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگه داشته می‌شوند مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد

ب) هدایایی که اشخاص دیگر مثل ابوبین هر یک از نامزدها به خود نامزد یا ابوبین آنها می‌دهند قابل استرداد نیستند مگر در موارد رجوع از هبه.

تذکر: در صورتی که بر هم خوردن نامزدی به واسطه فوت باشد:

الف) اگر هدایا موجود باشد مسترد می‌شود.

ب) اگر هدایا تلف شده باشند هیچ ضمانتی در بین نیست.

۲- در مورد قابلیت صحی برای ازدواج قبلاً ماده ۱۰۴۱ ق.م مقرر می‌داشت (نکاح قبل از بلوغ ممنوع است ولی با اجازه ولی و به شرط رعایت مصلحت مولی علیه نکاح قبل از بلوغ تجویز شده بود) طبق این مقررہ دختر بعد از ۹ سال و پسر بعد از ۱۵ سال تمام قمری می‌توانستند ازدواج کنند ولی بعداً در سال ۱۳۸۱ ماده ۱۰۴۱ به شرح زیر اصلاح شد (عقد نکاح دختر قبل از ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت یا تشخیص دادگاه صالح است)

لذا در وضعیت حقوقی کنونی نکاح دختر تا سیزده سال علی‌الاصول ممنوع است مگر با حصول یکی از دو شرط در ماده فوق.

در موانع نکاح:

۳- موانع نکاح بطور کلی به چهار دسته تقسیم می‌شود:

الف) ممنوعیت نکاح به واسطه قرابت نسبی

ب) ممنوعیت نکاح به واسطه قرابت نسبی

ج) ممنوعیت نکاح به واسطه قرابت رضایی

د) سایر ممنوعیت‌های نکاح

۴- ممنوعیت نکاح به واسطه قرابت نسبی:

نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد:

(۱) نکاح با پدر و اجداد و یا مادر و جدات هر قدر که بالا رود.

(۲) نکاح با اولاد هر قدر که پائین رود.

(۳) نکاح با برادر و خواهر و اولاد آنها هر قدر که پائین رود.

(۴) نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات (م ۱۰۴۵)

در این ماده قرابت نسبی حاصل از رابطه مشروع و نامشروع را یکی دانسته است و تفاوتی از لحاظ حرمت نکاح بین آن دو نگذاشته است.

۵- قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است مشروط بر اینکه:

اولاً: شیر زن از حمل مشروع حاصل شده باشد لذا اگر زنی از رابطه نامشروع شیر ده شده باشد و از این شیر پسری را شیر دهد قرابت رضاعی بین آن دو حاصل نمی‌شود.

ثانیاً: شیر مستقیماً از پستان مکیده شود

ثالثاً: طفل لااقل یک شبانه روز و یا ۱۵ دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد بدون آنکه در بین آن غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد.

رابعاً: شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد.

خامساً: مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد.

۶- ممنوعیت نکاح به واسطه قرابت نسبی (که مصاهره هم می‌نامند) (۲) حالت دارد یا ممنوعیت دائمی است و یا ممنوعیت غیر دائمی.

الف) ممنوعیت دائمی:

۱- بین مرد و (مادر و جدات زن او) از هر درجه که باشد اعم از نسبی و رضاعی هر چند که بین زن و مرد مباشرت هم صورت نگرفته باشد.

۲- بین مرد و (زنی که سابقاً زن پدر و یا زن اجداد یا زن پسر یا یکی از احفاد (فرزندزادگان) او بوده است هر چند قرابت رضایی باشد.

۳- بین مرد با اناث از اولاد زن از هر درجه که باشد ولو رضاعی، مشروط بر اینکه بین زن و شوهر زناشویی واقع شده باشد (یعنی در این بند حرمت نکاح منوط به مباشرت بین زن و مرد شده باشد)

ب) حرمت غیر دائمی:

(۱) جمع بین دو خواهر ممنوع است. یعنی مادامی که یکی از خواهران در عقد مردی است خواهر دیگر نمی‌تواند به عقد همان مرد در بیاید هر چند به عقد منقطع باشد (حرمت جمعی دارد)

(۲) ازدواج با دختر برادر زن و یا دختر خواهر زن غیر نافذ است که با اجازه زن نافذ می‌شود (البته در حقوق کنونی با توجه به ماده ۱۶ قانون حمایت از خانواده اجازه دادگاه هم در این مورد شرط است)

۷- سایر مواردی که نکاح زن و مردی با همدیگر ممنوع است:

الف) مواردی که حرمت ابدی است

- (۱) هر کس زن شوهر دار را با علم به وجود علقه زوجیت و علم به حرمت نکاح و یا زنی را که در عده طلاق یا در عده وفات است با علم به عده و حرمت نکاح برای خود عقد کند. (۱۰۵۰)
- (۲) عقد در حال احرام باطل است و با علم به حرمت موجب حرمت ابدی است.
- (۳) تفریقی که با لعان حاصل می شود موجب حرمت ابدی است.
- (۴) زنی با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعی است موجب حرمت ابدی است.
- (۵) اگر کسی با پسری عمل شنیع کند مادر و خواهر و دختر آن پسر (مفعول) بر فاعل حرام مؤبد می شوند.
- (۶) اگر بین مرد و زنی سه بار طلاق بائن و شش بار طلاق رجعی صورت گرفته باشد آن دو بر هم حرام مؤبد می شوند.

ب) مواردی که حرمت نکاح ابدی نیست:

- (۱) هر کس زن شوهر دار را به نکاح خود در آورد ولی جاهل به علقه زوجیت یا جاهل به حرمت نکاح باشد.
- (۲) عقد در حال احرام در صورتی که جاهل به حرمت نکاح در حال احرام باشند.
- (۳) زنی که سه بار از مردی طلاق می گیرد بر آن مرد حرام می شود مگر آنکه محللی ازدواج کند و دخول هم صورت گیرد و بعد از دخول طلاق گیرد.

۸- شرایط صحت نکاح:

شرط اول) نکاح حتماً باید با (لفظ) صورت گیرد مگر اینکه کسی متمکن از تلفظ نباشد که در این صورت اشاره یا فعل مبین کافی است.

شرط دوم) عاقد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد.

شرط سوم) شخص طرفین (زن و شوهر) باید مشخص باشد و هیچ شبهه‌ای در این مورد نباشد.

شرط چهارم) عقد نکاح باید منجز باشد لذا تعلیق در عقد نکاح موجب بطلان آن است. (م ۱۰۶۸)

لازم به تذکر است که ما معمولاً در عقد نکاح دائم (۲) عقد جداگانه داریم عقد اول همان عقد نکاح است و عقد ثانی قرار داد مربوط به صداق است لذا آنچه فوقاً گفته شد شرایط صحت عقد نکاح است و قرار داد مربوط به مهریه تابع شرایط عمومی انعقاد قرار دادها است (البته معلوم بودن من جمیع الجهات مهریه از شرایط صحت قرار داد مربوط به مهریه نیست)

۹- در نکاح منقطع:

نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد (م ۱۰۷۵)

در مورد اینکه اگر در نکاح مدت ذکر نشود و در ماهیت عقد اختلاف شود که موقت است یا دائم اختلاف نظر است:

برخی عقیده دارند که هر گاه در نکاح مدت ذکر نشود نکاح دائم محسوب می شود.

ولی اکثر حقوقدانان عقیده دارند که اگر در نکاح مدت ذکر نشود و معلوم باشد که مقصود نکاح منقطع بوده عقد باطل است ولی هر گاه مقصود طرفین معلوم نباشد ظاهر و اصل اقتضای دائم بودن نکاح را دارد.

تذکر: یکی از شرایط نکاح منقطع علاوه بر مواردی که در نکاح دائم گفته شد (ذکر مدت) در آن است و این مدت باید بطور کامل مشخص باشد

۱۰- مهر:

طبق قوانین شرع مقدس اسلام برای زن در هنگام نکاح باید مهری معین شود و اگر این مهر معین نگردد شرع مقداری که بر حسب عرف معین می‌گردد به عنوان مهر زن در نظر می‌گیرد (مهر المثل).

هر چیزی که مالیت داشته باشد و قابل تملک باشد می‌توان مهر قرار داد (م ۱۰۷۸) پس برای مهر دو شرط لازم است:

(۱) باید مالیت داشته باشد (که این مالیت با توجه به عرف و زمان و مکان فرق می‌کند)

(۲) باید قابل تملک باشد (یعنی زن بتواند آن را تملک کند)

(۳) معین بودن (من جمیع الجهات) مهر لازم نیست ولی باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها بشود معلوم باشد.

۱۰- در نکاح دائم تعیین مهر برخلاف نکاح منقطع از شرایط صحت عقد نیست لذا می‌توان بدون تعیین مهر در عقد نکاح، نکاح را صحیح دانست که حالت‌های زیر متصور است:

الف) مهر تعیین نشده باشد ولی اختیار تعیین آن بر عهده یکی از طرفین یا ثالثی گذاشته باشد در این صورت هر مهری که طرف مقرر نماید همان به عنوان مهر خواهد بود چه تعیین مهر قبل از دخول باشد یا بعد از آن.

ب) مهر تعیین نشده باشد و هیچ کس هم مسئول تعیین مهر نشده باشد که در این صورت:

(۱) اگر نزدیکی صورت گیرد زن مستحق مهر المثل می‌شود.

(۲) اگر نزدیکی صورت نگرفته باشد و نکاح هم به هم خورده باشد زن مستحق نصف مهر المثل است.

(۳) اگر نزدیکی صورت نگرفته باشد و مرد زن خود را طلاق دهد در این صورت زن مستحق مهر المته خواهد بود.

(۴) اگر نزدیکی صورت نگرفته باشد و نکاح به واسطه فسخ بهم بخورد زن مستحق چیزی نخواهد بود مگر اینکه

فسخ به واسطه عنن باشد که در این صورت زن مستحق نصف مهر المثل خواهد بود.

ج) اگر مهر تعیین شده باشد لکن مالیت نداشته یا مجهول باشد زن بعد از نزدیکی مستحق مهر المثل است و مثل زمانی رفتار خواهد شد که مهر در عقد ذکر نشده است.

د) اگر در عقد مهری ذکر شده باشد که ملک غیر باشد زن مستحق مثل یا قیمت آن مال خواهد بود مگر اینکه صاحب مال اجازه نماید.

۱۱- چند تعریف در مبحث مهریه وجود دارد که در ذیل بیان می‌شود:

الف) مهر المسمی: مهری است که در عقد ذکر می‌گردد و طرفین بر روی آن توافق کرده اند این توافق طرفین می‌تواند قبل از عقد نکاح صورت گیرد.

ب) مهر المثل: مهر المثل، مهری است که در صورت عدم تعیین مهر در عقد و یا در صورتی که مهر تعیین شده مالیت نداشته یا مجهول باشد در نظر گرفته می‌شود و وضعیت زن نسبت به امثال و اقربان و همچنین معمول محل و غیره در نظر گرفته می‌شود.

ج) مهر المتعه: هر گاه مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و تعیین مهر زن خود را اطلاق دهد زن مستحق مهر المتعه خواهد بود برای تعیین مهر المتعه حال مرد از حیث غنا و فقر ملاحظه می‌شود.
۱۲- در نفقه:

نفقه: عبارتست از مسکن البسه غذا و اثاث البیت که بطور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت عادت زن به خادم یا احتیاج به واسطه مرض یا نقصان عضو.

برای اینکه زن مستحق نفقه باشد باید شرایط ذیل جمع باشد:

(۱) نکاح دائم باشد: پس الاصول در نکاح منقطع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه پرداخت نفقه شرط شده یا عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.

(۲) زن باید از ایفای وظایف خود خودداری نکند (یعنی ناشزه نباشد) مگر اینکه عدم تمکین به واسطه استفاده از حق حبس وی باشد.

تذکر: در زمان عده طلاق رجعی زن مستحق نفقه خواهد بود مگر اینکه طلاق در حال نشوز واقع شده باشد.

در عده وفات هم طبق اصلاحات اخیر قانون مدنی زن حق نفقه دارد.

در سایر عده‌ها زن حق نفقه ندارد مگر اینکه زن حامله باشد و آن هم از شوهر خود باشد که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت.

۱۳- (فسخ نکاح):

در عقد نکاح اصل بر اینست که هیچ یک از اختیارات جاری نیست و نمی‌توان در آن شرط خیار کرد. به استثنای موارد ذیل:

الف) طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج بیاورند ولی تخلف در این شروط برای مشروط له خیار تخلف از شرط به وجود نمی‌آورد مگر شرط مذکور صفت باشد که برای یکی از طرفین در نظر گرفته شده است (خیار تخلف از شرط)

ب) دومین خیاری که در عقد نکاح جاری است، خیار عیب است که این عیوب سه دسته اند:
دسته اول جنون:

(۱) جنون شوهر چه قبل از نکاح و چه بعد از نکاح موجب حق فسخ است.

(۲) جنون زن هنگامی موجب حق فسخ برای مرد است که عیب مزبور در حال عقد موجود باشد:

دسته دوم عیوب ویژه مرد:

(۱) حضاء: مطلقاً موجب حق فسخ است چه مانع نزدیکی بشود یا نشود.

(۲) عنن: به شرط اینکه ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد.

(۳) مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.

دسته سوم: عیوب ویژه زن که شامل موارد ذیل است:

(۱) قرن ۲) جذام (۳) برص (۴) افضاء (۵) زمین گیری (۶) نابینایی از هر دو چشم

البته عیوب ویژه زن در صورتی موجب حق فسخ برای مرد است که عیب مذکور در حال عقد وجود داشته باشد.

(ب) سومین خیاری که برخی معتقدند که در نکاح وجود دارد خیار تدلیس است که از ماده ۱۱۲۸۰ق.م استفاده می‌شود (البته برای اینکه خیار تدلیس برای یکی از طرفین وجود داشته باشد باید سؤنیت و قصد فریب وجود داشته باشد)

کسانی که اعتقاد دارند خیار تدلیس در نکاح وجود دارند اظهار می‌دارند که فقط تدلیس طرفین موجب خیار فسخ است نه شخص ثالث اما تبانی یکی از طرفین با ثالث در تدلیس مانند آن است که خود شخص تدلیس کرده است.

نکته: خیاراتی که فوقاً نام برده شد فوری هستند یعنی باید فوراً اعمال شوند ولی برای فوریت باید سه شرط وجود داشته باشد:

(الف) باید از علت فسخ نکاح مطلع باشد (مثلاً اینکه عیبی در زن وجود داشته باشد).

(ب) باید علم داشته باشد که به واسطه آن علت، حق فسخی برای او به وجود می‌آید.

(ج) باید علم داشته باشد که اعمال این حق فسخ فوری است.

۱۴- در طلاق:

طلاق یکی از مواردی است که موجب انحلال عقد نکاح می‌شود طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی سابق مرد می‌توانست هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد که این مقرر از قاعده مشهور فقهی (الطلاق بید من بالساق) گرفته شده بود که البته در لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص ۱۳۵۸ این اختیار مطلق مرد تعدیل شده بود تا اینکه در مورخه ۸۱/۹/۴ ماده مزبور به شرح زیر اصلاح شد (مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید).

۱۵- در شرایط صحت طلاق:

برای اینکه طلاق به نحو صحیح واقع شود شرایط ذیل لازم است:

(الف) طلاق باید به صیغه طلاق (یعنی الفاظی که صریح در معنی طلاق باشد) واقع گردد.

(ب) در حضور لاقفل دو مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع شود.

(ج) طلاق باید منجر باشد و طلاق معلق به شرط باطل است

(د) طلاق دهنده باید عاقل و بالغ و قاصد و مختار باشد (۱۱۳۶) با توجه به این ماده رشید بودن طلاق دهنده شرط نیست لذا سفیه می‌تواند زن خود را طلاق دهد.

(ه) طلاق نباید در مدت عادت زنانگی واقع شود و همچنین طلاق در حال نفاس صحیح نیست مگر اینکه زن حامله باشد یا طلاق قبل از نزدیکی با زن واقع شود و یا شوهر غایب باشد بطوری که اطلاع از عادت زنانگی بودن زن نتواند حاصل کند و طلاق باید در طهر غیر مواقعه واقع شود مگر اینکه زن یائسه یا حامله باشد.

۱۶- در انواع طلاق:

طلاق به طور کلی به دو دسته تقسیم می‌شود: بائن و رجعی

۱۷- طلاق بائن:

طلاق بائن: طلاقی است که برای شوهر حق رجوع وجود ندارد که به چهار دسته تقسیم می‌شود:

(۱) طلاقی که قبل از نزدیکی صورت گیرد.

(۲) طلاق زن یائسه (یعنی زنی که به واسطه بالا رفتن سن عادت زنانگی نمی‌بیند).

(۳) طلاق خلع و مبارات: مادامی که زن رجوع به عوض نکرده باشد.

(۴) سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی به عمل آید اعم از اینکه وصلت در نتیجه رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید.

۱۸- طلاق مبارات: طلاقی است که کراهت از هر دو طرف (زن و شوهر) باشد که در این طلاق زن باید مالی را به

مرد بدهد تا او طلاق دهد ولی این عوض نباید زائد بر میزان مهر باشد.

طلاق خلع: آن است که زن بواسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد طلاق بگیرد

اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر یا کمتر از آن باشد.

نکته) سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا اگر فدیة‌ای که زن به مرد می‌دهد باطل باشد (مثلاً مالیت

نداشته باشد) آیا طلاق هم باطل می‌شود که دو نظر وجود دارد:

نظر اول: که نظر مشهور است بیان می‌دارد عمل طلاق خلع یا مبارات در واقع به دو قصد انشاء تقسیم می‌شود؛ یکی

قصد انشاء بر طلاق و دیگری قصد انشاء عوضیت (فدیة) لذا علی‌الاصول فساد یکی از دو قصد انشاء مقتضی فساد

دیگری نخواهد بود همانند (نکاح و مهریه) که دو قصد انشاء داریم و فساد یکی از دو عقد موجب فساد دیگری

نمی‌شود.

نظر دوم: برخی می‌گویند چون مقصود طرفین طلاق مقید به فدیة است لذا با انتفای قید (فدیة) مقید نیز منتفی

می‌شود لذا با بطلان فدیة طلاق هم باطل خواهد شد

۱۹- در عده:

عده عبارتست از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمی‌تواند شوهر دیگر اختیار کند.

عده زن با توجه به علل مختلفی که نکاح منحل می‌شود متفاوت است:

الف) عده وفات: چه در نکاح منقطع و چه در نکاح دائم چهارماه و ده روز است مگر اینکه زن حامله باشد که تا

وضع حمل عده نگه می‌دارد.

ب) عده طلاق: در نکاح دائم ۳ طهر است مگر اینکه زن با انقضای سن عادت زنانگی نبیند که ۳ ماه است (عده

فسخ نکاح دائم نیز چنین است)

ج) عده فسخ نکاح: عده فسخ نکاح منقطع و بذل مدت و انقضای آن در غیر حامل دو طهر است مگر اینکه زن با

انقضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت ۴۵ روز است.

د) عده طلاق فسخ نکاح و بذل مدت و انقضای آن در مورد زن حامله تا وضع حمل است.

ه) عده نزدیکی به شبهه مانند عده طلاق است

۲۰- اگر در ایام عده طلاق شوهر بمیرد آیا زن باید عده وفات نگه دارد؟

۱) در طلاق رجعی چون زن در حکم زوجه است در صورت فوت شوهر در ایام عده زن باید از زمان فوت عده

وفات نگه دارد.

۲) اما در عده طلاق بائن یا فسخ نکاح تأثیری بر وضع زن ندارد چون حباله نکاح قبلاً منحل شده و متوفی بیگانه

محسوب می‌شود.

نکته: زنی که شوهر او غایب مفقود الاثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق، عده (وفات) نگه

دارد اما این عده وفات عده رجعی است یعنی اگر غایب مفقود الاثر برگردد می‌تواند رجوع کند.

حقوق مدنی (۶):

عقود معین

بحث مدنی (۶) حول محور عقود معوض می‌گردد که بیشتر عقود بیع و اجاره در این مبحث مورد بررسی قرار می‌گیرد ما نیز بیشتر به بررسی این دو عقد خواهیم پرداخت

(۱) در بیع:

بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم: یعنی بیع عقدی است که در آن باید دو عوض وجود داشته باشد (عقد معوض)

در بیع تملیک در به محض انعقاد بیع از مقتضیات بیع است لذا قولنامه که اثر آن ایجاد التزام بر فروش است بیع محسوب نمی‌شود.

اگر در بیع شرط گردد که مال به رایگان انتقال یابد یا ثمن به ملکیت فروشنده در نیاید این شرط؛ شرط خلاف مقتضای ذات عقد بیع است لذا باطل و مبطل است. اما اگر از مجموع شرط و عقد چنین بر آید که طرفین عقد دیگر را ارائه کرده اند آثار همان عقد بار می‌شود (العقود تابعه للقصود)

از دیگر مواردی که در بیع از شروط صحت است (علاوه بر شرایط اساسی صحت معاملات م ۱۹۰). معلوم بودن مقدار و جنس و وصف مبیع است و تعیین مقدار آن به وزن و کیل و یا عدد و زرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف است (م ۳۴۲)

صرف معلوم بودن کافی است و لازم نیست حتماً در عقد ذکر شود یا اینکه تراضی بر آن بکنند بلکه کافی است هر یک بدانند و قصدشان متوجه آن بشود.

در بیع عین معین مبیع باید در هنگام عقد معلوم و مبین باشد و قابلیت تعیین در آینده کافی نیست مگر اینکه پذیرفته شود در دید معامله کنندگان مبیع مال مثلی محسوب می‌شود.

(۲) در مبیع: مبیع باید دارای شرایط ذیل باشد:

شرط اول: مبیع باید چیزی باشد که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع نباشد این ممنوعیت ممکن است ممنوعیت قانونی باشد مثل مواد مخدر و یا قراردادی باشد. مثلاً شخصی حق انتقال مال خود را برای مدت معینی از خود ساقط کرده باشد

شرط دوم: مبیع باید دارای مالیت و یا منفعت عقلایی باشد

شرط سوم: مبیع باید مقدور التسلیم باشد زیرا چیزی که مقدور التسلیم نیست در نظر عرف مال شمرده نمی‌شود این مقدور التسلیم بودن در زمان و موعد تسلیم شرط است نه در موقع انعقاد عقد.

نکته: اگر طرفین در حین انعقاد عقد می‌دانستند که در زمان تسلیم امکان تسلیم وجود نخواهد داشت و با این حال عقد را منعقد کنند و بعد از آن اتفاقاً مبیع مقدور التسلیم شود باز عقد باطل است.

شرط چهارم: در عقد بیع عین معین یا کلی در معین در حین انعقاد عقد مبیع باید موجود باشد و اگر موجود نباشد عقد باطل خواهد بود.

شرط پنجم: مبیع باید مال طلق باشد لذا فروش مال وقف جایز نیست مگر در موارد مصرحه در قانون.

(۳) انواع مبیع:

مبیع ممکن است به (۳) صورت باشد:

(۱) مبیع عین معین: عین یعنی مال محسوس و مستقل و آن چیزی که اگر در خارج وجود پیدا کند دارای ابعاد ثلاثه باشد مثل ماشین پارک شده جلوی منزل شما

آنچه در اینجا ایجاد مشکل می‌کند تشخیص مواد مشکوک است که آیا عین هستند یا منفعت مثل ثمره حاصل از درختان یک باغ

در مورد معیار تعیین این دو دکتر کاتوزیان عقیده دارند: (بهره برداری تدریجی از عین دیگر منفعت است و سایر موارد عین هستند).

(۲) مبیع کلی در معین: عین کلی در معین که قانون مدنی در م ۳۵۰ آن را تعریف کرده است (مقدار معین بطور کلی از شی متساوی الاجزاء).

معنی متساوی الاجزاء: یعنی که از نظر وصف و عنوان و عرف متساوی باشد مثل گندم

(۳) مبیع کلی: مفهومی است که مصادیق متعدد دارد که در بیع سلم و سلف مبیع کلی است یا در معاملات پیش فروش که با بیع تعهد می‌کند فردی از افراد کلی را تهیه نماید و به مشتری تحویل نماید.

نکته (۱) در مورد مبیع کلی وجود آن در حین انعقاد بیع از شرایط صحت نیست

نکته (۲) در مورد ماهیت بیع عین کلی اختلاف نظر وجود دارد:

عده‌ای از جمله دکتر امامی و دکتر کاتوزیان عقیده دارند که بیع کلی بیع عهدی است نه بیع تملیکی و دکتر امامی اعتقاد دارند که با تسلیم مبیع انتقال مالکیت هم صورت می‌گیرد ولی دکتر کاتوزیان اعتقاد دارند که با تعیین مبیع ملکیت منتقل می‌شود

عده‌ای دیگر معتقدند که بیع کلی هم بیع تملیکی است و به محض انعقاد عقد بیع، مبیع به ملکیت مشتری در می‌آید. نکته (۳) در صورتی که مبیع عین معین باشد کافی است که مقدار جنس و وصف مبیع را هر یک از طرفین بدانند و ضرورتی ندارد که در این باره توافقی صورت گیرد و عقد بر مبنای آن منعقد شود.

ولی در مبیع کلی چون فروشنده باید بر مبنای او صافی که در عقد آورده شده است مبیع را انتخاب می‌کند باید درباره مقدار و جنس و وصف مبیع توافق صورت گیرد و مبهم ماندن هر یک از آنها در عقد سبب بطلان می‌شود زیرا این ابهام موجب مبهم شدن تعهد فروشنده خواهد شد.

(۴) فروش مال از روی نمونه: طبق م ۳۵۴ ق.م (بیع ممکن است از روی نمونه به عمل آید در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود والا مشتری حق فسخ دارد)

در مورد این ماده باید در مورد مبیع کلی و مبیع عین معین قائل به تفاوت شد:

الف) اگر عین کلی باشد و آنچه با بیع تسلیم می‌کند مطابق نمونه نباشد در واقع با بیع به تعهد خود به درستی عمل نکرده است لذا ابتداءً الزام به ایفای تعهد می‌شود و در صورتی که امکان الزام وجود نداشته و توسط شخص دیگری هم تعهد ایفا نشد مشتری حق فسخ خواهد داشت.

ب) اگر مبیع عین معین باشد به صرف عدم تطابق مبیع تسلیم شده با نمونه، مشتری حق فسخ خواهد داشت

(۵) ملحقات مبیع:

هر شیء که به عنوان مبیع فروخته می شود ممکن است ملحقاتی هم داشته باشد که این ملحقات یا بر حسب عرف و عادت یا بر حسب قانون یا بر حسب توافق طرفین ملحق به مبیع می شود.

(الف) هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و یا اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشد (م ۳۵۶)

(ب) هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا توابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی شود مگر صریحاً در عقد ذکر گردد

(ج) در موارد مشکوک اصل بر عدم تداخل است

نکته: زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان داخل در مبیع نیست مگر عرف منصرف به آن باشد یا طرفین توافق کنند

(۶) در آثار بیع:

هر بیعی صحیحاً واقع می شود دارای آثاری است که مشخصه خاص آن است. این آثار عبارتند از:

(۱) به مجرد وقوع مشتری مالک مبیع و مشتری مالک ثمن می شود.

(۲) عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می دهد

(۳) عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می نماید

(۴) عقد بیع مشتری را به تأیید ثمن ملزم می کند (م ۳۶۲)

ذیلاً هر کدام از این موارد را بررسی می کنیم:

(۷) قانون مدنی در بند ۱ م ۳۶۲ اشعار می دارد (به مجرد) وقوع بیع ملکیت منتقل می شود البته در تفسیر این بند اختلاف نظر وجود داشته است.

برخی آن را ناظر بر این می دانند که قید (به مجرد وقوع) برای مخالفت با نظری آمده است که وجود خیار را مانع انتقال ملکیت می دانستند لذا اعتقاد دارند وجود خیار فسخ و وجود اجل مانع انتقال نیست پس در بیع شرط که نوعی بیع خیاری است انتقال صورت گرفته است و در بیع موجدل چه از ناحیه ثمن و چه از ناحیه مثن مالکیت ایجاد می شود و همانطور که ماده ۳۶۳ ق. م در مخالفت نظر شیخ طوسی اعلام کرده (در بیع خیاری ملکیت از زمان عقد است نه از حین انقضای خیار)

(۸) عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می دهد. البته باید اعتراف کرد که (ضامن درک) از آثار بیعی است که صحیحاً واقع نشده و باطل باشد ولی قانون مدنی در آثار بیع صحیح آورده است در مورد این بند باید اذعان کرد:

(الف) در مورد مبیع معین و یا مبیع در حکم معین است و در مورد بیع کلی که ثمن آن هم کلی باشد جاری نخواهد

بود

(ب) در مورد مبیع کلی در معین در صورتی جاری خواهد بود که تمام افراد کلی در معین که بیشتر از سهم مشتری

است مستحق للغير در آید.

۹) عقد بیع با بیع را به تسلیم مبیع و مشتری را به تأیید ثمن ملزم می‌کند. (بند ۴ م ۳۶۲)

طبق این بند تسلیم و تسلیم از آثار خود بیع است لذا خیار تعذر تسلیم ناشی از خیار تخلف از شرط فعل نیست زیرا که تسلیم از آثار خود بیع است نه از آثار شروط ضمن آن، پس باید گفت که مبنای خیار تعذر تسلیم قاعده لاضرر است.

عدم امکان بر تسلیم ممکن است به دو نحو باشد:

الف) ناتوانی موقت از تسلیم:

۱) اگر موضوع عقد تعدد مطلوب باشد و مشتری عالم بر عدم امکان تسلیم نباشد خیار فسخ خواهد داشت و اگر آگاه باشد هیچ خیاری نخواهد داشت

۲) و اگر موضوع عقد و حدت مطلوب باشد معامله باطل می‌شود

ب) ناتوانی از تسلیم دائم باشد:

اگر بعد از انعقاد عقد، تسلیم برای همیشه غیر مقدور گردد تکلیف چیست؟

در اینجا دو مبنا داریم که البته هر دو به یک نتیجه منتهی می‌شوند:

مبنای اول: با غیر مقدور شدن تسلیم نقصی دائمی در مال پیدا می‌شود که آن را از مالیت می‌اندازد لذا معلوم می‌شود که چیزی مورد بیع قرار گرفته که مالیت نداشته است پس بیع باطل خواهد بود.

مبنای دوم: تعهدات فروشنده و خریدار به هم بستگی دارند (یعنی تعهد هر یک علت تعهد دیگری است) در اینجا تفاوتی نمی‌کند که هنگام انعقاد عقد تسلیم مبیع غیر مقدور بوده یا در موردی که تسلیم مبیع پس از آن غیر مقدور گردیده باشد زیرا در هر صورت انجام تعهد یکی از طرفین عقد غیر ممکن می‌گردد در نتیجه تعهد طرف دیگر نیز که وابسته به تعهد مزبور بوده نمی‌تواند باقی بماند. اما طریقه انحلال فرق می‌کند اگر مبیع عین معین باشد و بعد از عقد امکان تسلیم از بین برود عقد منفسخ می‌شود ولی اگر مبیع کلی باشد یا در مبیع عین معین در زمان معامله مقدور التسلیم نبوده باشد عقد باطل می‌شود

۱۰) در مورد تسلیم موارد زیر نیز باید مد نظر قرار گیرد:

الف) اگر طرفین به هنگام انعقاد عقد معتقد بوده اند که مال مقدور التسلیم نیست در حالیکه فی الواقع مقدور التسلیم بوده اند به دلیل اینکه در این حالت آنها اراده جدی برای انجام معامله نداشته لذا بیع باطل است.

ب) عمل تسلیم در موردی که بیع عین معین باشد یک عمل قضایی است ولی اگر مبیع کلی ما فی الذمه باشد یک عمل حقوقی است.

ج) تسلیم مبیع انواعی دارد:

۱) تسلیم عملی: دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انجام تصرفات و انتفاعات باشد.

۲) تسلیم حکمی: که ۸ نوع است:

نوع ۱) تلف مبیع توسط مشتری قبل از قبض

نوع ۲) ابقاء ید بایع بر مبیع بوسیله مشتری تحت عنوان اجاره - عاریه بدون اینکه بایع تخلیه کند.

نوع ۳) تهاتر (اگر مبیع کلی باشد)

نوع ۴) ضمان نقل ذمه به ذمه (اگر مبیع کلی باشد)

نوع ۵) حواله (اگر مبیع کلی باشد)

نوع ۶) تبدیل تعهد (در مبیع کلی)

نوع ۷) ابراء (در مبیع کلی)

نوع ۸) مالکیت ما فی الذمه (در مبیع کلی)

در دو نوع اول مبیع عین معین است در تبدیل تعهد مبیع می تواند عین معین یا کلی باشد و در بقیه موارد مبیع کلی در ذمه است. (صدور چک و کشیدن برات دلالت بر پرداخت ثمن ندارد مگر بعد از وصول آن)

د) در بیعی که موقوف به اجاره مالک است قدرت بر تسلیم در زمان اجاره معتبر است زیرا الزام به تسلیم مبیع از آثار بیع صحیح است و تا زمانی که اجاره در بیع فضولی یا اکراهی متصل نشده است هنوز بیع صحیح وجود ندارد

۱۱) حق حبس: هر یک از بایع و مشتری حق دارد که از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر اینکه مبیع یا ثمن موجد باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود (م ۳۷۷)

حق حبس برای اینکه قابل استفاده باشد باید دارای شرایطی باشد:

۱) عقد باید معوض باشد لذا عقود غیر معوض حتی با شرط مشمول آن نمی شود

در میان عقود معوض هم حق حبس در باره دو عوض اصلی و متقابل بوجود می آید نه تمام اجزاء و شرایط عقد لذا مثلاً در اجاره پرداخت اجاره بها را می توان موکول به تسلیم عین مستأجره کرد ولی مستأجر نمی تواند اجرای تعهد خود به تسلیم اجاره بها را موکول به انجام تعهد موجر، به تعمیر جزئی، کند.

۳) به نظر دکتر کاتوزیان چون اقاله هم عقد است لذا حق حبس در آن جریان دارد.

۴) حق حبس چون ناشی از تراضی طرفین است (بنابر قولی) لذا قابل اسقاط است و یکی از وسایل اعلام سقوط حق حبس تعیین اجل برای یکی از دو تعهد است البته اگر این اجل بنا به قرار دادگاه باشد (مثل مورد م ۲۷۷) یاد ستور صادره از اداره ثبت باشد موجب سقوط حق حبس نیست و فقط یکی از تعهدها باید زودتر اجرا شود.

۵) اگر عرف انجام یکی از تعهدها را زودتر بدانند باید آن تعهد زودتر انجام شود و حق حبس وجود ندارد.

۶) بر مبنای حق معلق نمی توان به حق حبس استناد و اجرای تعهد منجز و مسلم طرف دیگر را به حال تعلیق در آورد.

۷) حق حبس می تواند در تسلیم مال، انجام کار یا خودداری از انجام تعهد باشد.

۸) فروشنده تا پرداخت تمام ثمن، از تسلیم مبیع می تواند خودداری کند.

۹) اگر اجل انجام دو تعهد یکی باشد باز حق حبس داریم.

۱۰) حق حبس یک طرف که ساقط شد حق دیگری هم ساقط می شود.

نکته) مخارج نگهداری مبیع در زمان حبس بر عهده بائع است و منافع مال هم برای اوست (من له الغنم العزم) زیرا که مشتری در مقام اعمال حق قانونی خویش آن را نگه می‌دارد.

۱۲- شرایط زوال حق حبس:

(۱) هر گاه متعهد به میل خود قرار داد را اجرا کند.

(۲) در صورتی که دین مقابل تعهد به دلیلی از بین برود و یا دین به دیگری انتقال یابد و طرف قرار داد را در برابر اسناد کننده به حق حبس بری می‌شود (مثلاً اگر فروشنده بر عهده خریدار حواله‌ای صادر کند و خریدار قبول کند حق حبس فروشنده زایل می‌شود).

(۳) دادن وثیقه حق حبس را زایل نمی‌کند، ولی اگر قرار داد فسخ شود حق حبس موضوع خود را از دست می‌دهد و در مقام استرداد دو عوض نیز (به جز اقاله) حق حبس وجود ندارد.

(۴) در موردی که طرفین عقد بطور ضمنی یا صریح حق حبس را زایل کنند.

تذکر: تقاضای اجرای تعهد از طرف یکی از متعاملین به معنی اسقاط حق حبس نیست.

۱۳- تسلیم باید شامل آن چیزی هم باشد که اجراء و توابع مبیع شمرده می‌شود (منظور از توابع اشیائی هستند که برای استعمال و بهره برداری از مبیع ضرورت دارد).

در تسلیم عین، منافع هم به تبع تسلیم می‌شود ولی در تسلیم منافع از زمان عقد تا زمان تسلیم عین باید گفت که تسلیم ریشه قراردادی ندارد یعنی تسلیم اینها از توابع (بند ۳ و ۴ م ۳۶۲) نیست و این اموال در نزد فروشندهگان امانت است و باید به صاحبش تسلیم شود لذا مشمول قواعد عمومی است پس اگر تمام منافع فاصله زمانی بین عقد و قبض را تسلیم کند حق حبس او ساقط نمی‌شود.

۱۴- مطلبی که بسیار مورد سوال واقع می‌شود این موضوع است که مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی چه رابطه‌ای با همدیگر دارند؟

در جواب ابتدا متن این موارد را ذکر می‌کنیم:

(م ۳۵۵) اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است. مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بائع می‌تواند آن را فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نماید)

(م ۳۸۴) هر گاه در حال معامله مبیع از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار در آید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا مقدار موجود را با تأدیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول کند و اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد زیاده مال بائع است)

م ۳۸۹) (اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که (که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمی‌شود) و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر یا بیشتر در آید در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بائع حق فسخ خواهد داشت)

اول) در م ۳۵۵: فسخ بخاطر خیار تخلف از شرط (صفت) است که در اینجا کمیت وصف است زیرا که در نظر

متعاملین جنبه فرعی داشته اند لذا بصورت شرط صفت آمده است.

دوم) در م ۳۸۴: فسخ بخاطر خیار تبعض صفت است و کمیت در اینجا وصف نیست بلکه مقدار است و بصورت قید عقد است لذا هر جزئی از آن مقابل جزئی از ثمن قرار می گیرد و قابل بعض و تقسیم است.

سوم) در م ۳۸۵) خیار مذکور خیار شرکت است البته برخی عقیده دارند این خیار هم خیار تخلف از وصف است. زیرا به هر حال یک قطعه خانه یا زمین معین مورد معامله قرار گرفته است

چهارم) در جمع مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ باید گفت: آنچه مسلم است این است که در هیچ صورتی، خواه مقدار مبیع اعلام شود یا به صورت شرط در آید خریدار نمی تواند در خواست کند که کمبود مبیع از سایر اموال فروشنده تأمین شود زیرا در هر دو ماده مبیع عین معین است و قصد طرفین متوجه یک عین معین خاص شده است.

۱۵ - قاعده تلف مبیع قبل از قبض:

یکی از عمده قواعدی که در عقود معاوضی کاربرد دارد (قاعده تلف مبیع قبل از قبض) است که آن را متخذ از قاعده اصطیادی (تلف مبیع قبل قبضه، من مال بایعه) می دانند.

قانونگذار مدنی در ماده ۳۸۷ مقرر می دارد (اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود)

این انفساخ ضمان معاوضی است لذا هر گاه یکی از دو عوض متقابل را تلف کند یا تسلیم آن ممتنع شود. تعهد مقابل آن نیز از بین می رود بدون اینکه نیازی به حکم دادگاه یا اعمال خیار از سوی متعهد له باشد زیرا ضمان معاوضی در اینگونه قراردادها بر عهده مدیون است در اعمال این قاعده شروط ذیل لازم است:

۱) مبیع باید عین معین یا در حکم آن باشد.

۲) تلف باید فورس ماژور باشد.

۳) مبیع را باید در مقام اعمال حق حبس خود نگه داشته باشد مگر در صورتی که ثمن حال بوده یا اجلس کمتر بوده باشد و پرداخت شده ولی مبیع موجدل بوده یا اجلس زیاد بوده باشد (یعنی با مجوز قانونی مبیع در ید بایع باشد)

۴) بایع برای تسلیم مبیع به مشتری یا حاکم رجوع نکرده باشد (در اجل معهود)

۵) مشتری برای قبض و تسلیم ثمن به بایع رجوع نکرده باشد و بایع بدون مجوز قانونی از انجام وظیفه خودداری نکرده باشد یا اجل تسلیم فرا نرسیده باشد در غیر این صورت ضمان واقعی است نه معاوضی زیرا ید امانی او به ید ضمانتی تبدیل می شود.

تذکر: به نظر دکتر کاتوزیان در مورد ماده ۳۸۷ ق. م و تلف مبیع قبل از قبض عقیده دارند اتلاف موضوع قطع نظر از مسئول آن یکی از موارد تعذر تسلیم است (اتلاف نه تلف) که طرف قرار داد حق فسخ دارد و ضمان بایع از بین نمی رود بنابراین خریدار حق انتخاب دارد که یا عقد را فسخ کند و ثمن را ندهد و یا اگر ثمن را داده آن را پس بگیرد و بایع اگر خودش تلف نکرده به مسئول رجوع کند و یا اینکه مشتری عقد را اجرا کند و بدل مبیع (مثل یا قیمت) را از فروشنده بخواهد.

اگر مشتری عقد را فسخ نکرد باید بدل را بدهد و حق استناد به حق حبس را ندارد زیرا الزام به رد بدل ریشه غیر قرار دادی دارد و از باب ضمان قهری است (چنانچه اگر دیگری غیر از بایع آن را تلف کند باید بدل را می‌داد) و پیوندی با قرار داد اصلی یا ثمن ندارد.

۱۶- ضمان درک:

تعریف ضمان درک: ضمان به برگرداندن ثمن در صورتی که مبیع مستحق الغیر در آید یا به هر علتی بیع باطل باشد. از عمده شرایط در ضمان درک (قبض ثمن) است یعنی بعد از قبض ثمن از طرف مشتری ضمان درک برای بایع بوجود می‌آید زیرا تا زمانی که ثمن قبض نشده است تکلیف به بازگرداندن ثمن معنی ندارد. تعریف ضمان عهده: هر گاه کسی از بایع یا از مشتری (در صورتی که ثمن شخصی باشد) ضمانت کند این ضمانتانی را ضمان عهده می‌نامند.

۱۷- خیارات: در قانون مدنی ده خیار نام برده شده است ولی چند خیار هم می‌توان از لابه لای مواد قانون مدنی استخراج کرد:

(۱) خیار مجلس (۲) خیار حیوان (۳) خیار شرط (۴) خیار تأخیر ثمن (۵) خیار غبن (۶) خیار رویت و تخلف وصف (۷) خیار عیب (۸) خیار تدلیس (۹) خیار تبعض صفقه (۱۰) خیار تخلف شرط

(۱۸) خیار مجلس:

این خیار را در کتاب فقها با عبارت (الیعان بالخیار ما لم یفترقا) می‌آورند این خیار را خیار عدم تفریق هم می‌نامند یعنی تا زمانی که متعاملین از همدیگر جدا نشده اند خیار فسخ معامله را خواهد داشت. این خیار از خیارات مختص بیع است بنا به نظر مشهور اگر عقد را یک نفر منعقد کند (مثلاً اصالتاً از طرف خود بفروشد و وکالتاً از جانب مشتری بخرد) خیار مجلس وجود نخواهد داشت زیرا خیار مجلس زمانی وجود دارد که امکان تفرق وجود داشته باشد از طرفی در حالت تردید اصل، لزوم قرار دادها است.

اگر تفرق بخاطر فورس مازور مثل و وقوع زلزله باشد خیار مجلس ساقط نخواهد شد.

۱۹- خیار حیوان:

اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را خواهد داشت (م ۳۹۸).

برخی این خیار را استثنایی می‌دانند و مخصوص بیع و آن هم در صورتی که فقط مبیع حیوان باشد جاری می‌دانند ولی برخی معتقدند که اگر ثمن حیوان باشد نیز این خیار وجود خواهد داشت.

خیار حیوان مخصوص بیع (عین معین یا در حکم آن است) و در مورد بیع کلی جریان نخواهد داشت هر چند برخی معتقدند که حیوانات اموال قیمی هستند و اموال قیمی را نمی‌توان کلی فروخت.

۲۰- خیار شرط:

این خیار ناشی از تراضی هست و خیار تخلف از شرط (فعل یا صفت) به جهت عدم انجام مورد تراضی است.

خیار شرط باید دارای شرایط ذیل باشد:

الف) باید مدت شرط معین باشد و اگر مدت شرط فسخ معین نباشد بیع غرری بوده و باطل خواهد بود.

ب) اگر ابتدای مدت خیار شرط مشخص نشده باشد ابتدای آن از تاریخ عقد محسوب است.

ج) اگر مدت برای شرط معین نشده باشد هم شرط و هم عقد باطل است.

تذکر: احکام شرط انفساخ با احکام خیار شرط متفاوت است و هر جا که اقاله در انحلال عقد مؤثر نیست شرط انفساخ هم نفوذ حقوقی ندارد.

۲۱- خیار تأخیر ثمن:

یکی از اختیارات مختص بیع است که اگر شرایط ذیل محقق شود قابل اعمال خواهد بود

شرط اول: مبیع باید عین معین یا کلی در معین باشد.

شرط دوم: برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن اجلی معین نشده باشد یعنی بیع نقد باشد لذا حتی اگر تسلیم جزئی از ثمن

یا مبیع موجب باشد باز خیار تأخیر ثمن وجود نخواهد داشت.

شرط سوم: بایع ظرف سه روز تمام مبیع را تسلیم نکرده باشد.

شرط چهارم: مشتری ظرف سه روز از زمان انعقاد عقد (تمام ثمن) را تأدیه نکند چه این تأدیه حکمی باشد مثل

ابراء یا عملی باشد.

تذکر ۱: باید توجه داشت که تسلیم تمام مبیع موجب سقوط خیار تأخیر ثمن است، نه قبض مشتری زیرا ممکن

است قبض بدون اذن باشد

تذکر ۲: در خیار تأخیر ثمن می توان بدون الزام مشتری اعمال خیار کرد البته بایع می تواند به اختیار خود قبل از

اعمال خیار اجبار مشتری را از دادگاه بخواهد.

تذکر ۳: خیار تأخیر ثمن مختص بایع است.

۲۲- خیار رویت و تخلف وصف:

عده ای این دو خیار را جدا از همدیگر می دانند و م ۴۱۰ ق.م را ناظر به خیار تخلف وصف و ماده ۴۱۳ را ناظر به

خیار رویت می دانند ولی نظر مشهور حقوقدانان این است که این دو خیار یکی هستند.

برای اعمال این خیار شرایط ذیل باید وجود داشته باشد:

شرط اول: باید مبیع عین معین یا در حکم آن باشد زیرا اگر کلی باشد باید الزام به ابدال و اگر ابدال امکان نداشت

خیار به وجود می آید

شرط دوم: باید وصفی که وجود ندارد از اوصاف ترغیبی باشد نه از اوصاف صافی که موجب رفع جهالت از مبیع

می شود زیرا اگر مورد اخیر (اوصاف اساسی) موجود نباشد منجر به بطلان عقد بیع می شود بند (۳) م ۱۹۰ ق.م و مشتری

هم باید مبیع را به وصف بخرد.

شرط سوم: مشتری باید قبلاً مبیع را ندیده باشد

شرط چهارم: مبیع باید مخالف وصف معهود باشد.

تذکر: خیار رویت و تخلف از وصف باید فوری بعد از رویت اعمال شود.

۲۳- خیار غبن:

خیار غبن زمانی به وجود می‌آید که یکی از متعاملین یا هر دو نفر آنها در معامله غبن فاحش داشته باشد غبن فاحش غبنی است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.

خیار غبن تنها در عقود معوض جاری خواهد بود و عدم تعادل در ارزش عوضین در زمان عقد ملاک خواهد بود.

۲۴- خیار عیب:

اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده است مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب به اخذ ارش یا فسخ معامله:

در اعمال عیب شرایط ذیل باید محقق شود:

شرط اول: عیب مخفی باشد (عدم علم و اطلاع مشتری شرط است)

شرط دوم: به هنگام عقد عیب باید موجود باشد یا بعد از عقد و قبل از قبض به وجود آید و بعد از قبض تنها در صورتی عیب به وجود آمده موجب خیار خواهد شد که مشتری یکی از سه خیار را داشته باشد (خیار مجلس خیار شرط و یا خیار حیوان)

شرط سوم: مبیع عین معین یا کلی در معین باشد.

تذکر ۱: اگر مبیع بخاطر عیبی که در زمان عقد بوده تلف شود بر عهده بایع است.

تذکر ۲: عیب وقتی مخفی است که مشتری در زمان بیع عالم بر آن نبوده است اعم از اینکه این عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً مستور بوده است یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری ملتفت آن نشده است.

۲۵- اگر مبیع معیوب باشد دو راه حل وجود دارد (اول) خیار فسخ که فوقاً شرایط آن را بر شمردیم. و (دوم)

گرفتن ارزش در برخی موارد مشتری نمی‌تواند بیع را فسخ کند و فقط می‌تواند ارش بگیرد:

الف) در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن به غیر البته این تلف نباید در اثر تسری عیب سابق باشد زیرا در آن صورت تلف بر عهده بایع خواهد بود.

ب) در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود اعم از اینکه تغییر به فعل مشتری باشد یا نه البته باید توجه داشت که اگر تغییرات در جهت پیدا کردن وصف کمال باشد جای بحث و اختلاف نظر است که خیار ساقط شده است یا خیر؟

ج) در صورتی که بعد از قبض عیب دیگری در مبیع حادث شود مگر اینکه در زمان خیار مختص به مشتری حادث شده باشد که در این صورت مانع رد و فسخ نیست.

د) در صورتی که مشتری پس از علم به عیب خیار خود را اعمال نکرد می‌تواند به ارش رجوع کند

۲۶- خیار تدلیس: تدلیس عبارتست از عملیاتی که موجب فریب طرف دیگر معامله گردد (م ۴۳۸) خیار تدلیس با

خیار عیب مشابهات زیادی دارد ولی به هر حال تشخیص آن با عرف است برای اینکه یکی از طرفین معامله دارای خیار تدلیس باشند شرایط ذیل محقق باشد تدلیس است

شرط دوم: کار فریبنده باید منسوب به طرف قرار داد باشد لذا تدلیس ثالث در قرار دادی بی اثر است هر چند

ممکن است برای ثالث مسئولیت مدنی ببار بیاورد

شرط سوم): طرف قرار دادی باید یا عیبی از مبیع را پوشاند که در این صورت هم خیار عیب دارد و هم خیار تدلیس و یا اینکه صفت کمالی را به مبیع نسبت دهد.

شرط چهارم): مشتری باید فریب بخورد و اگر موجب فریب نشود خیار ندارد.

۲۷- خیار تبعض صفت:

خیار تبعض صفت وقتی حاصل می شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند (م ۴۴۱)

معمولاً خیار تبعض صفت در معاملاتی جاری است که امکان تبعیض موضوع معامله وجود داشته باشد مثلاً در انتقال یک حیوان تبعض صفت قابل تصور نیست.

تذکر ۱) خیار تبعض صفت ویژه معاملات معوض است چرا که در معاملات رایگان فرض ضرر در صورت تبعیض وجود ندارد.

تذکر ۲): اگر قسمتی از موضوع معامله که عین معین بوده است در حین عقد تلف شده باشد در این صورت عقد، به دو عقد یکی صحیح و دیگری باطل، منحل می شود و طبق ماده ۴۴۳ ق. م خیار تبعض صفت زمانی به وجود می آید که: اولاً) شخص مشتری جاهل بر تلف قبل از عقد باشد ثانیاً) برای قسمت باقی مانده ارزشی باشد لذا اگر برای قسمت باقی مانده ارزشی نباشد معامله و عقد کلاً باطل خواهد بود.

۲۸- خیار تخلف شرط نیز از خیاراتی است که در بیع وجود دارد ولی ما بطور تفضیل در بحث مدنی (۳) آن را بررسی کردیم.

۲۹- همانطور که گفتیم در قانون مدنی احکام بعضی خیارات آمده ولی بطور مشخص از آنها نام برده نشده است ما چند مورد را بیان می کنیم:

الف) خیار تفلیس: (م ۳۸۰) در صورتی که مشتری مفلس شود و مبیع نزد او موجود باشد با بیع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می تواند از تسلیم آن امتناع کند)

برخی خیار تفلیس را از قواعد عمومی قرار دادها می دانند و معتقدند که در تمام عقود جاری است.

خیار تفلیس در مورد مبیع معین جاری است.

ب) خیار (مایفسدلیومه) که در فروع خیار تأخیر ثمن بحث شده است و قانون مدنی در ماده ۴۰۹ متذکر خیار شده است. که اشعار می دارد (هر گاه مبیع از چیزهایی باشد که در کمتر از ۳ روز فاسد و یا کم قیمت شود ابتداء خیار از زمانی است که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت می گردد)

به نظر می رسد که در مورد این خیار تمام شرایط خیار تأخیر ثمن لازم نباشد مثل شرط (عین کلی یا موجد)

ج) خیار شرکت: که مبنای خیار مذکور در ماده ۳۸۵ ق. م را می توان خیار شرکت نامید.

۳۰- در آخر در مورد خیارات چند نکته باقی می ماند که باید ذکر گردند:

نکته اول: خیار حق مالی است لذا قابل انتقال قهری به واسطه ارث هست ولی در قابلیت انتقال ارادی آن اختلاف

نظر است.

نکته دوم: برخی (مشهور) عقیده دارند که خیار را فقط به (من علیه الخیار) می‌توان منتقل کرد و شاید دلیل آن این است که برای دیگران منفعت عقلایی ندارد لذا فاقد شرایط اساسی صحت معاملات است.

نکته سوم: تلف یکی از عوضین مانع فسخ عقد نیست در این صورت بجای عوض تلف شده بدل آن اعم از مثل یا قیمت داده می‌شود مگر در مورد خیار عیب که تلف مانع رد است.

نکته چهارم: چون در فسخ باید دو عوضین به جای خود برگردند لذا اگر در نتیجه تصرف یکی از طرفین از ارزش یکی از عوضین کاسته شود طرف دیگر مستحق ارزش خواهد بود.

نکته پنجم: علی الاصول اثر فسخ نسبت به آینده است و فقط در یک مورد اثر قهقراپی دارد و آن زمانی است که شرط فعل حقوقی منفی شده باشد و از آن تخلف صورت گیرد. در این صورت با فسخ، عمل حقوقی انجام شده باطل خواهد بود (مثل شرط عدم اجاره دادن مبیع توسط مشتری)

۳۱- بیع شرط:

بیعی است که در آن متعاملین شرط می‌کنند اگر در مدت معینی با بیع تمام مثل ثمن را بر گرداند خیار فسخ معامله را خواهد داشت. البته با توجه به قانون ثبت امروزه بیع شرط به صورت معامله با حق استرداد مورد بررسی قرار می‌گیرد لذا احکام بیع بر آن بار نمی‌شود.

۳۲- معاوضه:

معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد (م ۴۶۴) در تشخیص بیع از معاوضه برخی می‌گویند: اگر یکی از عوضین پول باشد معامله بیع و اگر هر دو مال باشند معامله معاوضه است. ولی به هر حال قصد طرفین مشخص می‌کند که عقدی بیع است یا معاوضه.

خصوصیات معاوضه:

(۱) خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن در معاوضه نیست.

(۲) حق شفعه در معاوضه وجود ندارد.

(۳) تلف مبیع قبل از قبض اگر خلاف قاعده باشد در معاوضه نیست.

(۴) اگر هدف طرفین بر طرف کردن حوایج شخصی بوده و تجارت نباشد خیار غبن در آن راه ندارد

تذکر: همین احکام معاوضه در مورد صلحی که در مقام بیع منعقد می‌شود هم جاری است.

اجاره:

۳۲- (اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود) عقد اجاره از عقود تملیکی

است. یعنی اجاره بها به مالک عین و منفعت به مستأجر تملیک می‌شود.

اجاره بر دو نوع است: (۱) اجاره اشیاء (۲) اجاره اشخاص

۳۳- اجاره اشیاء: عقد اجاره باید دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد (م ۱۹۰) یعنی طرفین عقد باید قصد

انشایی جدی برای انعقاد عقد داشته باشد و معامله فضولی یا اکراهی هم غیر نافذ است.

مورد معامله که همان منفعت مورد اجاره است باید معین باشد معلوم و معین بودن منفعت به (۳) عامل بستگی دارد: الف) چون که منفعت وابسته به عین است پس عین مستأجره باید معلوم و معین باشد چه کلی و چه عین معین لذا اگر عین مستأجره مبهم باشد اجاره باطل است مثل اینکه موجد بگوید یک ماشین به شما اجاره دادم (ولی ماشین را معین نکند) که در این صورت اجاره باطل است.

ب) منفعت چون در اثر گذشت زمان به وجود می آید لذا باید مدت اجاره هم معلوم و معین باشد البته در اجاره اشیاء منفعت به زمان تعیین می شود.

ج) نحوه استفاده مستأجر از عین مستأجره هم باید معلوم و معین باشد مثل اینکه ماشین را برای استفاده شخصی یا مسافر کشی می خواهد مگر عرف منصرف به یکی از اینها باشد که در این صورت در حکم ذکر در عقد است. جهت نیز در عقد اجاره باید معلوم باشد لذا اجاره برای جهات نامشروع باطل است به غیر از شرایط فوق برای صحت اجاره شرایط اختصاصی دیگری نیز لازم است این شرایط عبارتند از:

الف) در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین بشود والا اجاره باطل است.

ب) در صحت اجاره قدرت بر تسلیم عین مستأجر شرط است.

در قدرت بر تسلیم ۲ حالت را از همدیگر جدا می کنند:

۱) اگر در اثر مانع و عذر عام نتوان از مورد اجاره استفاده کرد اجاره باطل می شود مثل سیل و زلزله و.....

۲) اگر مانع خاص باشد اجاره صحیح است مگر آنکه قید مباشرت شده باشد مثلاً مستأجر مریض شود.

ج) برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقاء اصل آن ممکن باشد.

د) عین مستأجره باید از اموالی باشد که با بقاء عین بشود از آن استفاده کرد.

۳۴- در اجاره مؤجر نیز باید دارای شرایط ذیل باشد:

الف) در عقد اجاره مؤجر باید مالک منافع باشد یا دارای سمت باشد مثل متولی وقف.

ب) در صورتی که مؤجر مالک عین نیست تسلیم عین مستأجر موقوف به اجاره صاحب عین است.

ج) مؤجر باید قدرت بر تسلیم عین مستأجره باشد مگر اینکه خود مستأجر قادر بر تسلیم باشد.

تذکره (۱): علی الاصول مستأجر می تواند عین مستأجره را اجاره بدهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد.

تذکره (۲): اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستأجر موقوف به اذن شریک است. البته وجوب تحصیل اذن شریک یک حکم تکلیفی است و اگر مؤجر بدون اذن شریک خود عین مستأجره را تسلیم کند آثار تسلیم بر آن مترتب خواهد شد و لو آنکه خلاف قانون عمل شده باشد.

۳۵- عقد اجاره تملیکی است ممکن است مورد عقد اجاره کلی در معین باشد مثل مراجعه به شرکت حمل و نقل و

اجاره یک اتومبیل با شرایط مساوی (که بعضی می گویند عهدی است و بعضی اعتقاد دارند تملیکی است). اگر مورد

اجاره کلی باشد در این صورت کلیه حقوقدانان آن را عهده می‌دانند ولی در این مورد در فقه می‌گویند که مستأجر مالک ما فی الذمه مؤجر می‌شود.

اگر مالک عینی بگوید این خانه را چهار ماه دیگر به مدت یکسال به شما اجاره دادم و مستأجر قبول کند عقد تملیکی است زیرا هر دو از آن زمان مالک می‌شوند.

۳۶- در اجاره، منفعت تا زمانی که عین باقی است همراه آن وجود دارد. تلف عین در زمان اجاره نشان می‌دهد که منفعت نسبت به بقیه مدت از آغاز موجود نبوده است. لذا مالکیت مؤجر بر مال الاجاره متزلزل و منوط به مضمی مدت اجاره و یا استفاده مستأجر است. لذا اگر به جهتی اجاره باطل شود به میزان مدت باقی مانده از اجرت المسمی به ملکیت مستأجر بر می‌گردد.

۳۷ در صورتی که عیبی در مورد اجاره پیدا شود ممکن است به صورت ذیل باشد:

الف) هر گاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره (یعنی در زمان انعقاد عقد اجاره معیوب بوده است) مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند.

در این حالت اگر مستأجر فسخ کند، تمام عوضین به حالت قبل از عقد بر می‌گردد اگر مستأجر استیفای منفعت معیوب کرده است باید اجرت المثل آن را به مؤجر بدهند نه اینکه اجرت المسمی تفسیط شود.

ب) عیبی که بعد از عقد و قبل از قبض در عین مستأجره حادث شود موجب خیار است.

ج) اگر عیب در انشاء اجاره حادث شود نسبت به بقیه مدت اجاره، خیار ثابت می‌شود.

تذکر: در اجاره عیب فقط موجب اثبات خیار می‌شود و ارش وجود ندارد.

د) هر گاه عین مستأجره بواسطه عیب از قابلیت اخراج شده و نتوان رفع عیب نمود اجاره باطل می‌شود (دلیل بطلان از بین رفتن قابلیت انتفاع مورد اجاره هست نه ایجاد عیب) که این به منزله از بین رفتن موضوع معامله (م ۱۹۰) است لذا عقد باطل می‌شود.

۳۷- شرایط عیبی که موجب خیار در اجاره می‌شود عبارتند از:

الف) عیب باید موجب نقصان منفعت یا صعوبت انتفاع می‌شود.

ب) عیبی که قابل برطرف کردن نباشد (در بیع حتی اگر عیب قابل برطرف شدن بود باز خیار فسخ داشتیم) البته به نحوی که موجب ضرر مستأجر نشود.

ج) این دو شرط باید همزمان وجود داشته باشد.

تذکر: اگر مورد اجاره عین کلی باشد و فردی که مؤجر داده معیوب در آید مستأجر حق فسخ ندارد و می‌تواند مؤجر را مجبور به تبدیل آن نماید و اگر ابدال ممکن نباشد حق فسخ خواهد داشت (این خیار خیار تعذر تسلیم است).

۳۸- اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود اجاره از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود و در صورت تلف بعضی آن، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه مدت فسخ کند یا فقط مصالبه تفلیل نسبی مال الاجاره را بنماید (م ۴۸۳) عینی که مورد حکم این ماده قرار گرفته است عین معین است اگر مورد اجاره کلی باشد و مؤجر در مقام وفا به عهد فردی از افراد آن را تسلیم کند و در اثناء اجاره آن تلف شود عقد

اجاره باطل نمی‌گردد زیرا چنانچه قبل از قبض تلف می‌شد کاشف از این بود که ایفاء تعهد باطل بوده است و مؤجد باید فردی دیگر را به مستأجر تسلیم نماید لذا چون مؤجد به تعهد به تملیک مقدار معینی از منفعت کلی به مستأجره نموده لذا فردی از آن را به مستأجر تسلیم نموده تا از آن استیفاء منفعت کند و آن عین در اثناء مدت اجاره تلف شده در این صورت کاشف به عمل می‌آید تمامی تعهد خود را انجام نداده است پس مؤجر باید فرد دیگری را به مستأجر تسلیم کند تا منفعت باقی مانده از آن استیفاء شود.

۳۹- چند نکته مهم در مورد عقد اجاره باقی می‌ماند که در امتحانات ارزش زیادی دارند و مورد سوال واقع می‌شوند:

نکته (۱) اگر در مدت اجاره در عین مستأجره تعمیراتی لازم آید مؤجر می‌تواند آن را تعمیر کند به شرطی که تأخیر در تعمیر موجب ضرر مؤجر باشد.

نکته (۲) هرگاه مستأجر نسبت به عین مستأجره تعدی و تفریط نماید مؤجر حق فسخ دارد به شرطی که قادر بر منع او نباشد.

نکته (۳) اگر ثالثی در عین مستأجره یا منافع آن مزاحمت ایجاد کند در این صورت:
الف) اگر بدون ادعای حقی باشد قبل از قبض، مستأجر حق فسخ دارد و اگر بعد از قبض باشد حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزاحم رجوع کند.

ب) اگر ثالث ادعای حقی بکند مزاحم نمی‌تواند عین مزبور را ازید مستأجر انتزاع نماید مگر بعد از اثبات حق به طرفیت مالک و مستأجر هر دو.

تکته (۴) اگر عین مستأجره به دیگری منتقل شود اجاره به حال خود باقی است مگر اینکه مؤجر حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد.

نکته (۵) در اجاره اشیاء و حیوانات منفعت از اول و قبل از اجاره مال بوده اند و از ملکیت مؤجر به ملکیت مستأجر در می‌آید ولی در اجاره انسان منفعت قبلاً مال نبوده است و در اثر عقد اجاره در ملکیت مستأجر به مال تبدیل می‌شود.

نکته (۶) در اجاره اشخاص علی‌الاصول از زمان انعقاد عقد، اجیر مستحق مطالبه اجرت المسمی می‌شود ولی ممکن است بر اساس قرار داد یا عرف پرداخت آن به اقساط به عمل می‌آید.

نکته (۷) در اجاره حیوان لازم نیست که خود حیوان مشخص باشد بلکه کافیت جنس و کیفیت آن مشخص باشد.

نکته (۸) به نظر برخی اجاره اشخاص یک عقد عهدی است که بموجب آن اجیر تعهد می‌کند، کاری را انجام دهد و اگر انجام ندهد و یا در زمان اجاره برای دیگری و یا خودش کار کند مستأجر حق فسخ اجاره خود را خواهد داشت زیرا که مدت منقضی شده و نمی‌توان الزام به انجام مورد تعهد را خواست و از طرفی اجیر نیز تعهد خود را انجام نداده است اما عده‌ای دیگر معتقدند عقد اجاره اشخاص تملیکی است یعنی اگر اجیر خاص برای خودش کار کند باید اجرت المثل عمل را به مستأجر بدهد و اگر غیر تبرعی کار کند مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند و اجرت المثل بگیرد و برخی عقیده دارند، مستأجر پس از فسخ می‌تواند طبق قاعده اتلاف برای اجرت المسمی به ثالث یا اجیر مراجعه کند.

حقوق مدنی (۷):

عقود معین

در درس مدنی ۷ عقود معین مذکور در قانون مدنی بررسی می‌شود آنچه از این قسمت در کنکور کارشناسی ارشد مورد سوال واقع می‌شود اکثراً متن مواد هستند لذا به داوطلبان توصیه می‌کنیم که متن مواد عقود معین را به دقت مورد مطالعه قرار دهند. ما نیز در این قسمت نکات مهم هر عقد را بصورت نکته به نکته بیان می‌کنیم:

۱- مزارعه و مساقات:

نکته (۱) بنا به نظری مزارعه شرکته است که از یک طرف، انتفاع زمین و از طرف دیگر کار را به عنوان مال الشریکه می‌آورند.

نکته (۲) زمین مورد مزارعه باید معلوم و معین باشد و می‌توان کلی در معین یا کلی فی الذمه نیز باشد که در مورد اخیر مقدار و اوصاف آن باید به طوری که رفع عذر شود ذکر گردد.

نکته (۳) سهم عامل از محصول زمین باید بطور مشاع تعیین شود و اگر بطور کلی ولی معین باشد مثل اینکه بگوییم اجرت عامل ۲۰ خروار تومان پول باشد در این صورت اجاره است ولی اگر بگوییم که ۲۰ خروار گندم از محصول زمین مورد عقد در اینصورت عقد مزارعه نیست زیرا که به صورت اشاعه نیست و اجاره هم باطل است زیرا که در اجاره نمی‌توان مال الاجاره زمین را از محصول آن قرار داد.

نکته (۴) مدت مزارعه باید به زمان تعیین شود و عدم تعیین آن موجب غرری شدن و بطلان عقد می‌شود مضافاً اینکه مدت مذکور باید متناسب با زمان کشت باشد و الا عقد باطل است.

نکته (۵) عقد مزارعه عقدی است لازم.

نکته (۶) فسخ و اقامه مزارعه بصورت ذیل است:

الف) قبل از کشت بذر: عقد منحل می‌شود و اگر عامل کاری انجام داده باشد اجرت المثل آن را از مزارع می‌گیرد.

ب) پس از کشت بذر و قبل از ظهور ثمره: حاصل متعلق به صاحب بذر است و طرف دیگری مستحق اجرت المثل

مدت زمان قبل از فسخ می‌باشد و برای مدت بعد از فسخ اگر توافق نکنند مالک زمین می‌تواند تقاضای امحاء کشت را بکند.

ج) پس از ظهور ثمره: هر یک از عامل و مزارع مالک حصه خود هستند (م ۵۳۰) اما برای مدت بعد از فسخ مزارع نمی‌تواند عامل را به امحاء کشت مجبور کند چون خود اجازه داده است و قاعده لاضرر حکم می‌کند که مزارع نتواند تقاضای امحاء کند لذا هر یک مستحق اجرت المثل خواهند بود

نکته (۷) مساقات عقدی است لازم که بین صاحب درخت و امثال آن با عامل در مقابل حصه مشاع معین از ثمره واقع می‌شود و ثمره اعم است از میوه و برگ گل و غیر آن.

نکته (۸) مساقات عقد موضعی است که عوضین آن عبارتند از عمل عامل از یک طرف و ثمره معین برای عامل از طرف دیگر.

نکته (۹) شرایط عقد مساقات:

الف) مورد مساقات باید درختان مثمره باشد.

ب) درختان باید دارای اصول ثابت باشند.

ج) صاحب درخت باید صاحب منافع باشند.

ن) در عقد مساقات مدت باید معین باشد.

ه) برای بدست آوردن ثمره اعمالی برای درختان لازم باشد که عامل عهده دار آن گردد.

و) سهم عامل باید بطور مشاع از ثمره درختان تعیین گردد.

۲) مضاربه:

نکته ۱): مضاربه از عقود معوض است.

نکته ۲): مضاربه عقدی عهدی است.

نکته ۳): سرمایه در مضاربه باید وجه نقد باشد و باید معلوم و معین باشد

نکته ۴): اگر عقد مضاربه باطل شود، مضارب مستحق اجرت المثل است، هر چند سودی هم حاصل نشده باشد.

نکته ۵): اطلاق عقد مضاربه ایجاب می کند که مالک تمامی سرمایه را تسلیم مضارب بکند ولی شرط خلاف

می توان کرد.

نکته ۶): حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل، از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد.

نکته ۷): مضاربه عقدی است جایز.

نکته ۸): اگر مضارب در مال مورد مضاربه تعدی و تفریط کند عقد مضاربه منحل نمی شود ولی ید مضارب ضمانتی

می گردد.

نکته ۹): مضارب نمی تواند مال مورد مضاربه را با مال خود و یا دیگری ممزوج کند و اگر این کار را انجام دهد

عمل او فضولی و خارج از حدود اذن است و اگر مالک اجازه ندهد مضارب ضامن تمام خسارت خواهد بود.

نکته ۱۰): سه عقد مزارعه و مساقات و مضاربه از عقود مسامحی هستند و علم اجمالی بر عوضین کافی است.

نکته ۱۱): در صورتی که عقد مضاربه بوسیله یکی از طرفین فسخ شود مال مورد مضاربه به هر صورت که باشد چه

به صورت نقد و چه به صورت جنس و هر کجا که باشد به مالک تسلیم می شود و نیازی به این نیست که مضارب کالا

را به محل معینی حمل کند.

نکته ۱۲): اگر فسخ مضاربه در اثنای عملیات تجاری باشد. در این صورت:

الف) اگر سودی حاصل نشده باشد مضارب و مالک حقی بر هم ندارند.

ب) اگر سودی حاصل شود ولی قسمتی یا تمامی مال المضاربه به صورت کالا در آمده باشد مضارب به مقدار سهم

خود در عین مال مشترک، شریک خواهد شد و می تواند در خواست تقسیم مال را بکند و نمی تواند فروش آن را

بخواهد زیرا نمی توان شریک را مجبور به فروش مال مشترک کرد مگر اینکه مال قابل تقسیم نباشد.

۳) جعاله:

نکته ۱): جعاله بنا به نظر مشهور حقوقدانان عقد است ولی عده ای آن را عقد نمی دانند و قانون مدنی هم آن را چنین

تعریف کرده است: (جعاله عبارتست از التزام شخص به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد

یا غیر معین (م ۵۶۱)

نکته ۲): جعاله عقدی مسامحی است لذا گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد البته باید توجه داشت که اگر مورد جعاله (عمل و اجرت عمل) من جمیع الجهات مجهول باشند. عقد جعاله باطل است.

نکته ۳): اگر در هنگام اعلام جعاله، عامل معلوم باشد جعاله خاص و اگر معلوم نباشد جعاله عام است. البته عقد جعاله زمانی بسته که شخص معین و مشخص آن را قبول کنند یا با قصد قبول مورد جعاله را انجام دهد. اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد پس اگر عامل فسخ کند مستحق چیزی نخواهد بود. (م ۵۶۵)

نکته ۵): عامل وقتی مستحق جعل می گردد که متعلق جعاله را تسلیم کند یا کار را انجام داده باشد.

نکته ۶): اگر جعل عین معین باشد منافع آن از زمان تسلیم یا انجام عمل مال عامل هست بر خلاف اجاره که هر چند اجرت المسمی بعد از انجام عمل به اجیر پرداخت می شود ولی منافع اجرت از زمان عقد مال اجیر است.

نکته ۷) اگر عامل هنگام عقد مجنون باشد مستحق اجرت المثل عمل خود خواهد بود زیرا عقد باطل ولی عمل محترم است.

نکته ۸): اگر عامل سفیه و صغیر ممیز باشد مستحق اخذ جعل خواهد بود.

۴) شرکت:

نکته ۱): شرکت عبارتست از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه.

نکته ۲): شرکت ممکن است اختیاری باشد مثل مزج اختیاری یا انعقاد عقد شرکت و یا خرید شی واحد به صورت مشاع و یا قهری باشد مثل ارث.

نکته ۳): اگر شرکاء مال مشترک را اجاره دهند یا بفروشند در جزء جزء ثمن یا مال الاجاره سهیم اند زیرا عوض در حکم معوض است.

نکته ۴): هیچ یک از شرکاء بدون اجازه و اذن شریک دیگر نمی تواند در مال الشرکه تصرف مادی بکنند ولی تصرفات حقوقی می تواند انجام دهد.

نکته ۵): شریکی که مال الشرکه درید اوست در حکم امین است و ضامن تلف و نقض آن نمی شود مگر در صورت تفریط و تعدی.

نکته ۶): شرکت عقدی: عقدی است بین دو یا چند نفر برای معامله نمودن با مالی که بین آنان مشترک می باشد و آن را شرکت مدنی می گویند که اثر عقد این است که هر یک از شرکاء می توانند به نمایندگی از طرف دیگر برای کسب در مال الشرکه تصرف کنند مگر شرط خلاف شده باشد این عقد از عقود جایز هست و به موت و حجر و جنون زایل می شود و شرکت در مال مشترک تا تقسیم تمامی مال یا تلف آن باقی خواهد ماند.

نکته ۷): تقسیم مال مشترک به چند روش انجام می گیرد:

الف) تقسیم به افزاز: که عموماً در اموال مثلی مثل گردو و فندق صورت می گیرد که در این صورت برای تقسیم مال مشترک تقویم لازم نیست و به نسبت سهام شرکاء مال مشترک را تقسیم می کنند.

تقسیم به رد: که نوعاً در موردی پیش می‌آید هک مال قیمی باشد و شباهت بیع دارد. زیرا در حقیقت در قسمت رد شده معامله جداگانه‌ای صورت می‌پذیرد و در حد امکان باید با سایر روشهای تقسیم از آن اجتناب کرد. ج) تقسیم به تراضی: که در آن طرفین در تقسیم با همدیگر تراضی می‌کنند.

نکته ۸): تقسیم لازم است ولی خود شرکت جایز، البته تقسیم منافع هم اگر عین تقسیم نشود جایز است. نکته ۹): هر گاه در حصه یک یا چند نفر از شرکاء عیبی ظاهر شود که در حین تقسیم عالم بر آن نبوده شریک یا شرکاء مزبور حق دارند تقسیم را به هم بزنند (یعنی شرکاء فقط حق بر هم زدن تقسیم را دارند و نمی‌توانند ارش بگیرند).

نکته ۱۰): هر گاه تر که میت قبل از اداء دیون تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است طلبکار باید به هر یک از وراثت به نسبت سهم او رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از وراثت معسر شده باشد طلبکار می‌تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراثت دیگر رجوع کند زیرا طبق ماده ۷۰۳ ق.م تمامی ترکه و ثیقه هر جزئی از دیون متوفی می‌باشد و چنانچه مقداری از دیون تأدیه نشود و به نسبت آن مال فک نمی‌شود و تمامی ترکه در وثیقه طلبکاران می‌ماند.

۵) در ودیعه:

نکته ۱): ودیعه عقدی است که بموجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد.

نکته ۲): ودیعه عقدی است جایز پس به موت و جنون و سفه زایل می‌شود مستودع نمی‌تواند هیچ تصرفی غیر از حفاظت بکند

نکته ۴): عقد و دیعه عقدی مسامحی است لذا علم و اطلاع از مال موضوع عقد بطور کامل لازم نیست.

نکته ۵): امین باید مال و دیعه را فقط به کسی که آن را از او دریافت کرده یا قائم مقام او یا به کسی که ماذون از طرف اوست تحویل دهد و در صورتی که مودع نباشد مال و دیعه باید به حاکم رد شود.

نکته ۷): تعدی و تفریط باید عمل مادی و با فعل باشد و صرف نیت باید مستودع را تبدیل به ضمانی نمی‌کند

نکته ۸): در مورد تعهد امین پس از فسخ یا بر طرف شدن عناوینی مثل اجاره، مساقات، عاریه و نحو آن یا انحلال آنها دو نظر وجود دارد:

الف) برخی معتقدند با انحلال عقد امانت مالکی که معلول یکی از عناوین فوق بود زایل می‌شود و بعد از آن امانت مالکی تا زمان رد مال به امانت قانونی تبدیل می‌شود.

ب) برخی دیگر معتقدند که بر اثر عقد، مال به اجازه مالک به دست متصرف داده شده است و پس از انحلال عقد مادامی که از طرف مالک مطالبه نشود اجاره وی ادامه خواهد یافت لذا در فاصله بین انحلال عقد مادامی که مطالبه نشود اجاره وی ادامه خواهد یافت لذا در فاصله بین انحلال عقد و مطالبه امانی مالکانه خواهد بود.

۶) در عاریه:

نکته ۱) عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود

البته در آن می توان شرط عوض کرد.

نکته ۲) عاریه دهنده علاوه بر اهلیت باید مالک منفعت مالی باشد که عاریه می دهد اگر چه مالک عین نباشد.

نکته ۳) هر چیزی که بتوان با بقاء اصلش از آن منتفع شد می تواند موضوع عقد عاریه قرار گیرد.

نکته ۴) عاریه عقد جایزی است (البته برخی آن را از عقود عینی می دانند و قبض را از شرایط صحت آن می دانند).

نکته ۵) مستعیر امین محسوب می شود و تا زمانی که از حدود اذن یا متعارف خارج نشده ضامن نیست اگر مستعیر از حدود اذن خارج شود بعد از خروج از اذن (البته باید این خروج به صورت فعل مادی نمایان شود و صرف قصد خروج کافی نیست). ضامن اجرت المثل منافع مستوفات و غیر مستوفات خواهد بود.

نکته ۶) مخارج لازمه برای انتفای از مال مورد عاریه بر عهده مستعیر است بر خلاف اجاره که این مخارج بر عهده موجد بود ولی مخارج نگهداری تابع عرف است.

نکته ۷) اگر معیر مورد عاریه را به قبض نداد یا تأخیر کرد بنا به نظری مستعیر نمی تواند اجبار او را بخواهد زیرا عقد جایز است و نیز نمی تواند خسارت تأخیر انجام تعهد را خواستار شود.

نکته ۸) با اینکه عاریه عقد جایزی است ولی گاهی به تجویز ماده ۱۰۸ ق.م موانع قانونی وجود دارد که مورد عاریه را معیر پس بگیرد مثل نبش قبر در صورتی که زمین آن به عاریه داده شده باشد.

۷) قرض: قرض عهده ای است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم الرد را بدهد. (البته برخی آن را عقدی تملیکی می دانند و گروهی ماهیتی دوگانه برای آن متصورند).

نکته ۱) عقد قرض عقدی شبه معوض است که دو عوضین آن عبارتند از:

الف) تملیک مال ب) تعهد به برگرداندن مثل یا قیمت

نکته ۲) عقد قرض عقدی رضایی است و قبض از شرایط صحت آن محسوب نمی شود.

نکته ۳) در عقد قرض خیار غبن قابل تصور نیست.

نکته ۴) عقد قرض عقدی تملیکی است البته به شرطی که مورد قرض کلی نباشد. (بنا به نظری)

نکته ۵) عقد قرض عقد لازمی است لکن موعد اجرای تعهد که یکی از عوضین بود در دست طرفین است و مقرض هر وقت خواست می تواند ایفای آن را بخواهد و مقترض هر وقت خواست می تواند آن را پس دهد.

نکته ۶) اگر مورد قرض کلی باشد مالکیت مقترض با قبض حاصل می شود (دکتر امامی) اما به نظر دکتر شهیدی قرض مال کلی باطل است و با ماهیت قرض سازگار نیست زیرا با عقد تملیک صورت نمی گیرد.

نکته ۷) فقهای امامیه اعتقاد دارند که چیزی را می توان قرض داد که قابل بیع باشد ولی به هر حال قرض دین و طلب و منفعت و عمل طبق م ۱۰ ق.م می تواند صحیح باشد.

نکته ۸) اگر مقترض بخواهد مثل مورد قرض را به نحو اقساط به مقترض بدهد مقرض می تواند از پذیرفتن آن امتناع نماید ولی دادگاه با توجه به ماده ۶۵۲ ق.م می تواند با توجه به اوضاع و احوال برای مقترض مهلت یا اقساطی قرار دهد.

۸) قمار و گرو بندی: قرار دادی است بین دو نفر که یکی امر معینی را اثبات و دیگری نفی می نماید و تعهد می نماید

که هر یک درست گفته باشد مال معینی را به دیگری بدهند این قرار داد شرعاً و قانوناً باطل است و عموماً علت آن را جهت نامشروع آن می‌دانند.

۹) وکالت: عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید.

نکته ۱) وکالت عقدی جایز است و به موت و حجر هر یک از طرفین باطل می‌شود و اگر طرفین به نحوی حق فسخ خود را ساقط نکرده باشند به فسخ هر یک از طرفین نیز زایل می‌شود.

نکته ۲) وکالت عقدی مسامحی است لذا نیازی به علم تفضیلی به مورد وکالت وجود ندارد.

نکته ۴) در صورتی که وکالت مطلق باشد فقط به اداره کردن اموال موکل خواهد بود (م ۶۶۱)

نکته ۵) وکالت در امور حقوقی باید در اموری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد، و او وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امراهلیت داشته باشد (م ۶۶۲) لذا نمی‌توان به صغیر ممیز و سفیه برای انجام معاملاتی که از آن ممنوعند وکالت داد.

نکته ۶) برخی اعتقاد دارند که اذن در فروش اذن در قبض ثمن هم هست زیرا از لزوم عرفی آن محسوب می‌شود. لکن اگر انصراف عرفی نداشته باشیم در این صورت اگر وکیل بدون اخذ ثمن بنماید یا مبیع را تسلیم نماید ضامن است.

نکته ۷) وکیل باید در حدود اختیارات خود و به مصلحت موکل عمل کند پس وکیل باید در حدود اختیارات خود مصلحت موکل را رعایت کند ولی اگر خارج از حدود خود عمل نماید ولی در جهت مصالح موکل باشد باز غیر نافذ است مگر شرایط ماده ۳۰۶ ق. م محقق باشد.

نکته ۸) اگر دو نفر وکیل باشند اصل بر اجتماع است لذا اگر یکی از آن دو فوت نماید، وکالت دیگری هم منحل می‌شود نکته ۹) امر به شی امر به لوازم آن است (م ۶۷۱)

نکته ۱۰) موارد انحلال وکالت عبارتند از:

۱) عزل وکیل توسط موکل

۲) استعفای وکیل

۳) به موت و جنون وکیل یا موکل

۴) به سفه در مواردی که اهلیت لازم است

نکته ۱۱) اگر سقوط حق عزل یا استعفای وکیل ضمن عقد جایز هم شرط شود این حق ساقط می‌شود (حتی اگر ضمن خود عقد وکالت هم باشد) زیرا می‌توان آن را قرار دادی تحت قلمرو ماده ۱۰ ق. م دانست.

نکته ۱۲) تمامی اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است (م ۶۸۰) که این ماده نظر کسانی را توجیه می‌کند که قائلند وکالت عقد نیست.

۱۰) ضمان عقدی: عقد ضمان عبارتند از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد این تعریف م

۶۸۴ ق. م تعریف به اثر است و اثر دیگر ضمان عقدی این است که طلب مضمون له از مدیون ساقط می‌شود

نکته اول) عقد ضمان: عقدی رضایی است و نیاز به هیچ تشریفات ندارد.

- نکته ۲) عقد ضمان عقدی معوض است و عوضین آن عبارتند از (تعهد ضامن در برابر سقوط طلب مضمون کند).
- نکته ۳) عقد ضمان عقدی تبعی است و تابع وجود دین مضمون عنه به مضمون له است.
- نکته ۴) عقد ضمان عقدی مسامحی است.
- نکته ۵) عقد ضمان عقد لازم است و حتی بنا به نظر مشهور نمی‌توان آن را اقاله کرد.
- نکته ۶) در ضمان خیار غبن و خیار تبعض صنفه نداریم. چون عقد مسامحی است.
- نکته ۷) دین موضوع ضمان باید: ۱) کلی باشد نه معین ۲) دین باید مشروع باشد ۳) دین باید قابل تعیین باشد ۴) دین باید قابل تأدیه بوده و وفای به آن توسط ثالث امکان پذیر باشد.
- نکته ۸) دو نوع دیگر ضمان وجود دارد ضمان تضاضی و ضمان وثیقه‌ای که آنها را می‌توان طبق ماده ۱۰ ق.م.صحیح دانست.
- نکته ۹) ور شکستگی و تفلیس مضمون له مانع از انعقاد ضمان و نفوذ اراده اوست چرا که با عقد ضمان طلب او از عهده مضمون عنه ساقط و ضامن وثیقه طلبکاران می‌شود (البته در ضمان عقدی که موجب نقل ذمه به ذمه است این حکم عدم نفوذ جاری می‌شود).
- نکته ۱۰) اگر چند نظر به تضامن دین را ضمانت کنند ذمه آنها مشغول و ذمه مضمون عنه بری می‌شود.
- نکته ۱۱) ضمان از نفقه آینده زن صحیح است زیرا بواسطه عقد نکاح مرد باید نفقه زن را بدهد حتی اگر زن ملی باشد و اکثر حقوقدانان ضمان از نفقه اقارب را هم صحیح می‌دانند.
- نکته ۱۲) دین ضامن به مضمون له همان دین مضمون عنه است لذا ایگر قرار داد مخالفی نباشد ضامن به تمام شرایط و توابع دین پای بند است مثل وجود وجه التزام (اقاله - فسخ).
- نکته ۱۳) بنا به نظر برخی حقوقدانان مثل دکتر کاتوزیان و دکتر لنگروی: با عقد ضمان تضمینات به دین ضامن منتقل نمی‌شود و تضمینات ساقط می‌شوند ولی برخی دیگر مثل دکتر امامی: تضمینات را قابل انتقال می‌دانند.
- نکته ۱۴) ضمان به غیر جنس دین صحیح است (تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع دین سپس نقل ذمه) و اگر بعد از نقل ذمه توافق بر تبدیل تعهد کنند این ضمان در حق مضمون عنه قابل استناد نیست.
- نکته ۱۵) اقاله ضمان بدون رضای مضمون عنه (بنا به نظری) امکان ندارد و به نظر می‌رسد شرط فسخ هم چنان حکمی را داشته باشد.
- نکته ۱۶) ضمان از اعیان مضمونه، ضمان اصطلاحی که به عنوان عقدی از عقود معین در قانون مدنی آمده نیست زیرا تعهد متصرف به رد عین است و آن عین در ذمه قرار نمی‌گیرد ولی می‌تواند قرار داد موضوع ماده ۱۰ ق.م.صحیح باشد.
- نکته ۱۸) در ضمان قبول مضمون عنه لازم نیست.
- ۱۱) در حواله: عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمهء مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌شود.
- نکته ۱) عقد حواله عقدی معوض است عوضین آن عبارتند از (صدور حواله در برابر سقوط طلب محیل)
- نکته ۲) انعقاد حواله موجب انتقال دین می‌شود و اگر حواله بربری نباشد انتقال طلب محال علیه از محیل به محال نیز هست.

- نکته ۳) در حواله بربری احکام حواله جاری نخواهد بود و تابع احکام ضمان است.
- نکته ۴) حواله عقدی تبعی است و فقط زمانی صادر می‌شود که محیل مدیون محتال است.
- نکته ۵) در حواله رضای محیل شرط است.
- نکته ۶) دین باید مال و کلی باشد و قابل پرداخت بوسیله شخص دیگری هم باشد.
- نکته ۷) مورد حواله باید معلوم باشد و حواله مال به نحو مردد باطل است.
- نکته ۸) مورد حواله از حیث جنس و اندازه باید نزد دو طرف معلوم باشد و گرنه باعث عزر و بطلان عقد می‌شود.
- نکته ۹) قبل از قبول محال علیه محتال و محیل نمی‌توانند از مفاد حواله عدول کنند.
- نکته ۱۰) حواله به تسلیم عین معین در واقع حواله اصطلاحی نیست و تابع روابط طرفین (م ۱۰) یا تابع قواعد و کالت.
- نکته ۱۱) حواله به غیر جنس دین صحیح است و اگر حواله به غیر جنس دین باشد تمام وثایق دین قبلی زایل می‌شود ولی در حواله به همان دین اختلاف نظر است که آیا وثایق دین قبلی زایل می‌شوند یا نه؟
- نکته ۱۲) عقد حواله با اراده هر سه طرف عقد قابل اقاله است.
- نکته ۱۳) چون حواله عقدی است که برای انتقال دین و طلب و وفای به عهد واقع می‌شود لذا هر گاه معلوم شود که از اول دینی نبوده است حواله باطل می‌شود.
- نکته ۱۴) اگر محتال ذمه محیل را بری کند تأثیری در ذمه محال علیه ندارد چون خود محال علیه اصیل است و دین او دین اصلی است نه به نیابت از محیل مگر آنکه قصد او ابراء اصل دین باشد.
- ۱۲ - کفالت: عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند.
- نکته ۱) کفالت عقدی غیر معوض و مجانی است.
- نکته ۲) کفالت عقدی تبعی است.
- نکته ۳) کفالت از جانب کفیل لازم است لذا اوصاف عقد لازم را پیدا می‌کند و با فوت و جبر مکفول له منحل نمی‌شود.
- نکته ۴) کفالت: عقدی مربوط به نفس انسان است نه مال او و قائم به شخص کفیل است و با موت او تمام می‌شود
- نکته ۵) نتیجه مستقیم عقد تعهد به احضار است و پرداخت دین مکفول نتیجه اجرا نکردن این تعهد است.
- نکته ۶) کفالت از وثایق و تضمینات دین است لذا شخص مکفول باید طلبی داشته باشد یا دعوی طلبی را مطرح کند یا حقی عمومی بر مکفول ادعا شود.
- نکته ۷) عقد کفالت اثر نسبی بین کفیل و مکفول له دارد و برای مکفول ایجاد تعهد نمی‌کند لکن اگر کفالت به در خواست و اذن مکفول باشد مکفول در برابر کفیل مسئول خواهد بود.
- نکته ۸) کفالت به رضای کفیل و مکفول له واقع می‌شود و همین دو نفر می‌توانند آن را اقاله کنند.
- نکته ۹) اگر کفیل مکفول خود را به موقع حاضر نکند باید از عهده حقی که بر عهده مکفول است بر آید (م ۷۴۰)
- تعهد کفیل به ادای دین بدل قانونی تعهد احضار نیست و تعهد جدیدی است که در نتیجه تقصیر از طرف قانون بر او تحمیل می‌شود و از حیث سبب و موضوع با دین اصلی تفاوت دارد لذا ایراداتی که در مورد تعهد اصلی مکفول بوده

است کفیل نمی‌تواند به آنها را استناد کند.

نکته ۱۰) اعسار کفیل هر چند در زمان عقد موجود باشد بی اثر است (بر خلاف ضمان و حواله) و هر چند از مکفول له پوشیده مانده باشد زیرا اولاً: مکفول له نیازی به داشتن خیار فسخ ندارد چون که عقد برای او جایز است.

ثانیاً: موضوع تعهد کفیل احضار مکفول است نه پرداخت دین (ولی در امور کیفری باید ملائت کفیل محرز شود).
نکته ۱۱) در مورد تعدد کفیلان اگر همه یک احضار را به عهده گرفته باشند در این صورت با یک احضار همه بری می‌شود ولی اگر هر یک جداگانه احضار مکفول را بر عهده گرفته باشند و همچنین احضار مجدد و مکرر مفید باشد باید به این نظر قائل شد که هر یک باید جداگانه مکفول را حاضر کنند بر خلاف ضمان که اگر یک ضامن دین را می‌پرداخت بقیه بری می‌شدند به علت اینکه موضوع تعهد در ضمان منتفی می‌شد.

۱۳ - صلح:

نکته ۱) صلح عقدی است لازم لذا اگر ابراء دین یا اسقاط حقی در قالب صلح بیاید نیاز به ایجاب و قبول دارند.
نکته ۲) هر گاه مالی در اثر ورشکستگی یا در جریان اجرائی یا قرار تأمین خواسته بازداشت شده باشد نمی‌تواند مورد صلح قرار گیرد و همچنین مالی که متعلق حق دیگران است مثل عین مرهونه (بنا به نظری) نمی‌تواند مورد صلح قرار گیرد زیرا که اهلیت تصرف در مورد صلح شرط است.

نکته ۳) باید مورد صلح مالیت داشته باشد و منفعت عقلایی هم داشته باشد.

نکته ۴) صلح ممکن است برای رفع تنازع و دعاوی احتمالی منعقد شود لذا صلح از عقود مسامحی است و علم تفضیلی به موضوع آن شرط نیست.

نکته ۵) یکی از انواع صلح که صلح محاباتی نامیده می‌شود صلحی است که در اثر نا چیز بودن عوض در حقیقت اعطائی است مانند هبه که از طرف مصالح به عمل آمده، ولی ظاهراً معوض می‌باشد.

نکته ۵) حق خیار و حق شفعه که قابل اسقاطند ولی غیر قابل انتقال، می‌توانند با صلح به من علیه الحق یا من علیه خیار انتقال یابند ولی حقوقی که غیر قابل اسقاط و غیر قابل انتقالند نمی‌توانند مورد صلح قرار گیرند مثل حق رجوع در طلاق رجعی.

نکته ۶) صلح دعوا مبتنی بر معامله باطله باطل است (م ۷۶۵) یعنی اول معامله‌ای انجام می‌شود و سپس بر مبنای آن صلحی منعقد می‌شود و بعد معلوم می‌گردد معامله اصلی باطل بوده در این صورت صلح نیز باطل خواهد بود.

نکته ۷) صلح دعوا ناشی از بطلان معامله صحیح است (م ۷۶۵). یعنی معامله‌ای واقع شده و بطلان آن محرز شده است و دعوایی بر سر اصل بطلان مطرح می‌شود و مورد صلح واقع می‌شود.

۱۴ - رهن: عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دین می‌دهد:

نکته ۱) رهن عقدی است تبعی و تا دینی وجود نداشته باشد عقد رهن نیز صحیح نخواهد بود.

نکته ۲) رهن عقدی است عینی یعنی قبض عین مرهونه از شرایط صحت آن است (نکته ۳) عقد رهن از سوی راهن لازم و از سوی مرتهن قابل فسخ است.

نکته ۴) اگر مالی وثیقه طلبی باشد تا تمام طلب وصول نشده رهن آزاد نمی‌شود هر چند دین قابل تجزیه باشد (لذا طلبکار جزئی می‌تواند از تمام وثیقه برای اخذ طلب خود استفاده کند (تجزیه ناپذیری رهن)

نکته ۵) رهن مال مشاع امکان پذیر است، لکن قبض باید با تراضی شرکاء باشد و اگر اختلاف شود حاکم امینی نصب می‌کند.

نکته ۶) رهن مکرر مازاد وثیقه امکان پذیر است و نیازی به اذن مرتهن قبلی ندارد.

نکته ۷) قبض شرط وقوع عقد رهن است و باید با اذن راهن باشد حتی اگر پیش از رهن مال مورد رهن در تصرف مرتهن باشد.

نکته ۸) مال مرهونه باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است (م ۷۷۴) پس بیع عین کلی صحیح ولی رهن آن باطل است.

نکته ۹) در صورت فساد موضوع رهن: الف) اموالی که بطور متعارف باقی می‌ماند باید گفت: که اگر اتفاقاً رو به فساد روند مرتهن می‌تواند راهن را آگاه کند یا طبق م ۳۰۶ ق.م فروخته شود و ثمن آن به عنوان رهن می‌ماند. ب) اما اگر موضوع رهن اموالی باشد که بنا به طبیعتشان در معرض تلف هستند باید در اراده جدی طرفین در انعقاد رهن تردید کرد

نکته ۱۰) دینی که برای تضمین آن رهن داده می‌شود باید: الف) چهره مالی داشته باشد ب) حق باید در ذمه باشد ج) دین باید پیش از رهن وجود داشته باشد د) موضوع دین از دیدگاه طرفین باید جنبه مثلی و کلی داشته باشد.

نکته ۱۱) رهن برای اجیر خاص باطل و برای اجیر عام صحیح است زیرا در اجیر خاص تعهد قائم به شخص است و در عهد شکنی قائم به شخص ضمانت اجرائی جز فسخ نیست و نمی‌توان انجام دادن فعل را با رهن تضمین کرد.

نکته ۱۲) (شرط مدت یا رهن موقت): اگر مدت رهن چنان باشد که پیش از فرا رسیدن موعد دین از بین برود عقد رهن باطل است چون طرفین قصد جدی برای ایجاد رهن نداشته اند ولی اگر مدت رهن بیشتر از اجل دین باشد این رهن صحیح خواهد بود.

نکته ۱۳) در رهن می‌توان شرط خیار کرد که در این صورت هم عقد و هم شرط صحیح خواهد بود.

نکته ۱۴) راهن و مرتهن هر دو باید برای معامله اهلیت داشته باشند به نظر دکتر امامی صغیر ممیز و سفیه نیز می‌توانند مرتهن باشند.

نکته ۱۵) در رهن مال محجورین دو حالت قابل تصور است:

(۱) از طرف قیم:

الف) مال غیر منقول: اولاً باید با رعایت غبطه محجور باشد و ثانیاً با تصویب دادستان (م ۱۲۴۱)

ب) اموال منقول: فقط رعایت غبطه و صلاح محجور از طرف قیم کافی است و نیازی به تصویب دادستان ندارد.

(۲) از طرف ولی قهری:

چون در مورد ولی قهری فرض بر رعایت غبطه و مصلحت است لذا نیازی به تصویب دادستان در هیچ کدام از

- موارد فوق نیست اما به هر حال باید رعایت غبطه و صلاح محجور و صغیر بشود.
- نکته ۱۶) در رهن، حق عینی به وجود می‌آید این حق عینی دارای دو اثر است (۱) حق تقدم ایجاد می‌کند و (۲) اینکه حق تعقیب برای مرتهن به وجود می‌آید.
- نکته ۱۷) هزینه نگهداری مال مرهونه به راهن است.
- ۱۵) هبه: عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می‌کند.
- نکته ۱) هبه عقدی است تملیکی و مجانی (غیر معوض) هر چند که در آن می‌توان شرط عوض کرد ولی این شرط جنبه اصلی ندارد و تخلف از آن موجب خیار خواهد شد.
- نکته ۲) هبه از عقود عینی است یعنی قبض عین موهوبه از شرایط صحت آن است.
- نکته ۳) هبه نامه باید به ثبت برسد و اگر چنین نشود در هیچ یک از ادارات دولتی و محاکم پذیرفته نمی‌شود.
- نکته ۴) برخی معتقدند که طبق اصل، در مورد هبه باید علم تفصیلی به مورد هبه وجود داشته باشد ولی عده‌ای دیگر علم اجمالی را کافی می‌دانند.
- نکته ۵) به جز عین کلی هر مالی که انتقال آن بوسیله بیع صحیح است می‌تواند مورد هبه نیز واقع گردد ولی عین موهوبه باید در حین عقد موجود باشد زیرا مالی را می‌توان تملیک نمود که در حین عقد در خارج موجود باشد لذا مال کلی قابل هبه نیست.
- نکته ۶) مال موهونه را با قید حق طلبکار می‌توان به شخص ثالث هبه کرد و نیازی به اجازه مرتهن ندارد ولی قبض آن نیاز به اذن مرتهن دارد.
- نکته ۷) واهب باید مالک مالی باشد که هبه می‌کند (م ۷۹۷) البته هبه ممکن است فضولی منعقد شود که در این صورت قدرت بر تسلیم در زمان اجاره شرط صحت است.
- نکته ۸) اگر مال مورد هبه مشاع باشد قبض آن نیاز به اذن شرکاء دارد ولی اگر بدون رضایت شرکاء هم به قبض دهد قبض صحیح است و هبه واقع می‌شود زیرا که عدم تصرف در مال شریک یک حکم تکلیفی است و نمی‌تواند اثر حکم وضعی که صحت قبض است را از بین ببرد.
- نکته ۹) قبض کلی در معین به تعیین مقدار معین و قبض آن یا قبض تمام آنها به عمل می‌آید.
- نکته ۱۰) قبض مورد هبه عبارتست از دادن عین موهوبه به تصرف متهب به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات باشد.
- نکته ۱۱) فوریت در قبض به شرط صحت نیست.
- نکته ۱۲) اگر قبل از قبض متهب مال موهوبه را تلف کند یا سبب تلف آن شود هبه به خاطر انتفاع موضوع و عدم قبض و وقوع، باطل می‌شود و متهب در مقابل واهب مسئول است.
- نکته ۱۳) فرق بین رجوع و فسخ: رجوع به معنی استرداد عین است و در موردی است که عین موهوبه موجود و تغییری در آن حاصل نشده است. بر خلاف فسخ که منحل نمودن و بر هم زدن عقد است مانند اشتراط خیار.
- نکته ۱۴) رجوع در هبه عمل حقوقی است با هر عملی که نشانگر رجوع باشد محقق می‌شود لذا اگر بعد از قبض واهب مال موهوبه را بفروشد نشانه رجوع است.

نکته ۱۵) رجوع حکم است نه حق، لذا قابل انتقال نیست و نمی‌توان عدم رجوع را ضمن عقد لازم شرط کرد پس با مرگ واهب هبه لازم می‌شود ولی می‌توان ضمن عقد لازم بصورت شرط فعل آورد که واهب از این حکم استفاده نکنند و اگر استفاده کرد مشروط له حق فسخ عقد اصلی را داشته باشد.

نکته ۱۶) در مورد هبه طلب به مدیون اتفاق نظر وجود دارد ولی در هبه طلب به غیر مدیون اختلاف نظر هست دکتر کاتوزیان عقیده دارند که این امکان وجود دارد ولی دکتر امامی معتقدند: دائن نمی‌تواند طلب خود را به شخص ثالث هبه کند زیرا واهب نمی‌تواند آن را به قبض شخص ثالث بدهد و آنچه بعداً مدیون در مقام ایفاء تعهد می‌هد دین نیست بلکه یکی از افراد کلی (دین) است.

نکته ۱۷) اقرار به هبه اقرار به قبض عین موهوبه نمی‌باشد.

نکته ۱۸) اگر متهب به واهب وکالت دهد که خودش قبض کند در این صورت اگر متهب آن را به قصد قبض بفروشد قبض محقق می‌شود و هرگاه کشف شود معامله باطل بوده کشف می‌شود قبض تحقق نیافته است زیرا قصد به تنهایی نمی‌تواند قبض محسوب شود (ولی نظر مخالف دارد).

نکته ۱۹) اگر واهب مدعی شود که متهب پس از رجوع، تغییری در آن داده است اصل تأخر حادث در (۳) حالت اجرا می‌شود:

الف) اگر تاریخ رجوع و تاریخ تغییر در مورد هبه هر دو مجهول باشند حکم به بی‌حقی خواهان (واهب) داده می‌شود.

ب) اگر تاریخ رجوع معلوم ولی تاریخ تغییر در عین موهوبه مجهول باشد حکم بر محکومیت خواننده (متهب) داده می‌شود.

ج) اگر تاریخ رجوع مجهول و تاریخ تغییر معلوم باشد حکم به بی‌حقی خواهان (واهب) داده می‌شود.

تذکره: در بحث عقود معین و مدنی (۷) سعی شده است که نقاط مهم ذکر شود و نقاطی که در متن مواد آمده است در این مجموعه آورده نشده است لذا متون مواد قانونی و این مجموعه مکمل هم هستند و هر دو باید در کنار هم مطالعه شوند.

حقوق مدنی (۸):

ارث ، وصیت

بخش مدنی ۸ شامل (۳) مبحث (۱) اخذ به شفعه (۲) وصیت و (۳) ارث است که ذیلاً بررسی میشوند:

الف) اخذ شفعه: هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند (م ۸۰۸ ق.م).

(۱) برای تحقق اخذ به شفعه شروط ذیل لازم است:

الف) مال از اموال غیر منقول باشد و نظر مشهور این است که از اموال غیر منقول ذاتی باشند

ب) مال مشاعی باشد یعنی در مال مفروز حق شفعه ایجاد نمی‌شود.

تذکر: ممر و مجرا ۲ قسم از اقسام حقوقی ارتفاقیه هستند اگر دو شریک که در اصل ملک باهم شریک نیستند ولی یکی حق شرب در ملک دیگری دارد که در این مورد قانون مدنی اشتراک در ممر و مجرا را موجب ایجاد حق شفعه می‌داند.

ج) شرط دیگر این است که مال باید قابل تقسیم باشد هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیم نباشد حق شفعه ایجاد نمی‌شود که این هم قول مشهور فقهای امامیه است.

د) شرط چهارم این است که شرکاء باید دو نفر باشند که متخذ از قول مشهور فقهای امامیه است و اگر بیشتر باشند حق شفعه نداریم زیرا و قدر متیقن از شرکت دو نفر است و در مورد شک اصل عدم است.

ه) مال به عقد بیع به دیگری منتقل شود نه عقد دیگری لذا اگر مال غیر منقول به عقد صلح یا هبه به دیگری منتقل شود در این صورت حق شفعه وجود نخواهد داشت این پنج شرط در قانون مدنی جای تردید نیست ولی شروط دیگری هستند که محل بحث هستند مثلاً:

الف) حصه مورد انتقال به عنوان مبیع مورد انتقال قرار گیرد نه به عنوان ثمن.

ب) برخی معتقدند که شفعه زمانی بوجود می‌آید که یک شریک تمام حصه خود را بفروشد لذا اگر کسی مالک سه دانگ زمینی است و یک دانگ آن را بفروشد حق شفعه وجود نخواهد داشت زیرا حق شفعه خلاف قاعده است.

ج) عده‌ای از فقها معتقدند که اگر مشتری مسلمان باشد شفیع نیز باید مسلمان باشد.

د) عده‌ای دیگر معتقدند که ثمن باید از اموال مثلی باشد نه قیمتی و اگر چنین باشد حق شفعه به وجود نمی‌آید.

ه) برخی می‌گویند: حق شفعه زمانی بوجود می‌آید که یک شریک حصه خود را به شریک دیگر عرضه نکرده باشد لذا اگر شریکی حصه خود را به شریک دیگر عرضه کند و بگوید (نمی‌خواهم) حق شفعه بوجود نمی‌آید.

(۲) شرایط اعمال حق شفعه:

الف) شفیع باید قدرت بر پرداخت ثمن داشته باشد زیرا مال بدون رضایت مشتری از ملکیت او خارج می‌شود و اگر بدون پرداخت ثمن این کار صورت بگیرد موجب ضرر مشتری خواهد بود.

ب) سیاق کلام قانونگذار در (م ۸۰۸) به گونه‌ای است که اول شفیع باید بدل ثمن را بپردازد و بعداً اخذ به شفعه کند ولی به هر حال معسر بودن شفیع مانع از بوجود آمدن این حق نیست زیرا می‌تواند به طریق استقراض و... اخذ به شفعه نماید.

۳) آیا اختیارات مقدم بر اخذ به شفعه اند یا اخذ به شفعه مقدم است؟

الف) برخی مطلقاً اختیارات را بر اخذ به شفعه مقدم می‌دانند چون معتقدند که با اعمال خیار عوضین به صاحبان قبل از عقد بر می‌گردد و ضرر منتفی می‌شود.

ب) برخی معتقدند که باید دید کدامیک زودتر ایجاد شده است اگر خیار در ضمن عقد ایجاد شده باشد مثل خیار شرط بر حق شفعه مقدم خواهد بود چرا که حق اخذ به شفعه بعد از عقد ایجاد می‌شود ولی اگر خیار بعداً به وجود آمده باشد مثل خیار عیب اخذ به شفعه مقدم است.

۳) اهلیت شفیع:

شفیع برای اخذ شفعه یعنی اعمال حق شفعه باید دارای اهلیت باشد زیرا اخذ به شفعه را نمی‌تواند مجانی انجام دهد و اخذ به شفعه ایقاع است لذا در مواردی که به موجب ایقاع، ایقاع کننده در مالش تصرف می‌کند این کار مستلزم این است که او اهلیت داشته است (یعنی عاقل و بالغ و رشید باشد)

شخص محجور دارای حق شفعه است و اگر سرپرست او علی‌رغم مصلحت از این حق استفاده نکند این حق با استصحاب باقی می‌ماند.

در مورد اینکه آیا سفیه و صغیر غیر ممیز اگر شخصاً اخذ به شفعه کرده باشد این عمل غیر نافذ است یا باطل؟ دو عقیده وجود دارد:

الف) عده‌ای معتقدند که غیر نافذ بودن خلاف قاعده است لذا مخصوص عقود است که نص داریم و در ایقاعات امر دایر مدار صحت و بطلان است و حالت سومی وجود ندارد.

ب) عده‌ای دیگر قائل بر غیر نافذ بودن این اخذ به شفعه هستند و معتقدند که احکام مذکور در موارد ۱۸۳ تا ۳۰۰ قانون مدنی قواعد عمومی تمامی اعمال حقوقی است لذا ایقاع غیر نافذ هم داریم
بخش دوم: وصیت:

وصیت به دو دسته وصیت عهدی و تملیکی تقسیم می‌شوند لذا در این بخش طی دو فصل این دو نوع وصیت را بررسی می‌کنیم. ولی مقدمتاً باید گفت: که در ماهیت حقوقی وصیت اختلاف نظر وجود دارد عده‌ای آن را عقد می‌دانند (دکتر کاتوزیان) و عده‌ای دیگر آن را ایقاع می‌دانند (دکتر لنگرودی) ولی قانون مدنی در این مورد موضعی اتخاذ نکرده است.

فصل اول: وصیت تکمیلی:

وصیت تملیکی عبارتست از اینکه کسی عینی یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوت خودش به دیگری مجاناً تملیک کند. (م ۸۲۶)

هر انشاء مجانی برای بعد از مرگ وصیت است و نیازی به الفاظ خاص نیست قانونگذار می گوید انشاء وصیت در (۲) حال صورت می گیرد:

(الف) در حالت عادی: حالتی است که خطر مرگ عرفاً و عادتاً نزدیک نیست.

(ب) حالت فوق العاده: حالتی است که خطر مرگ عرفاً و عادتاً نزدیک است.

وصیت در حال عادی باید به یکی از سه شکل زیر باشد:

(۱) خود نوشت باشد: یعنی با دست خط خود موصی باشد.

(۲) سری باشد: این است که شخص وصیت نامه خود را نزد مقامات مشخص شده در قانون برده و تحویل دهد.

(۳) رسمی باشد: این است که شخص در دفتر خانه اسناد رسمی مطابق ثبت اسناد وصیت کند.

وصیت الزام آور نیست و موصی هر زمان خواست می تواند از آن عدول کند لذا نیازی به ادعای انکار نیست.

حالت فوق العاده: مثلاً در مورد نظامیان در شرایط خاصی وصیت شفاهی هم صحیح است.

(۲) وصیت فضولی: برخی معتقدند که وصیت فضولی مطلقاً باطل است مطلقاً عده دیگر آن را مطلقاً صحیح می دانند.

دکتر کاتوزیان قائل به تفصیل شده اند و معتقدند اگر شخصی به مال دیگری و برای صاحب مال وصیت کند

وصیت فضولی و غیر نافذ است ولی اگر شخصی به مال دیگری و برای خودش وصیت کند وصیت به مال غیر و باطل است.

(۳) قبولی در وصیت:

برخی که وصیت را عقد می دانند قائلند که موصی له باید اراده انشایی جدی بر قبول کند ولی عده دیگر که قائل بر

ایقاع بودن وصیت هستند قائلند که قبول در وضعیت قبول حکمی است و صرف رضا کافی است.

قبولی موصی له ممکن است حالات ذیل را داشته باشد:

(الف) قبولی قبل از موت: که در این صورت می تواند بعد از قبول آن را رد کند و ثانیاً و دوباره قبول کند ولی قبولی

قبل از موت کافی است و نیازی به قبولی مجدد نیست

(ب) قبولی بعد از موت:

قول (۱) برخی گفته اند که قبولی اثر ناقلیت دارد و اگر بگوئیم ماهیت وصیت عقد تملیکی است این قول صحیح

است زیرا عقد حداقل دو رکن دار و تا قبول صورت نگیرد ارکان عقد جمع نمی شود و بعد از قبولی است که ارکان

عقد جمع می شود و اثر می گذارد.

قول (۲) بعضی گفته اند که قبولی اثر کاشفیت دارد و کشف می کند که در زمان فوت موصی موصی به ملکیت

موصی له وارد شده است.

قول (۳) عده ای دیگر معتقدند که موصی با فوت موصی داخل در ملکیت موصی له می شود منتهی به نحوه تزلزل و

قبولی به آن استقرار می‌بخشد.

قول (۴) قبض در وصیت همچون سایر عقود مجانی از شرایط صحت می‌دانند مثل وقف و حق انتفاع و هبه (که این قول را قانونی مدنی شرط نمی‌داند) البته باید متذکر شد، در جایی که موصی لهم محدود و محصور باشند یعنی تعداد و مصادیق شان دقیقاً مشخص است. که در این صورت بعضی می‌توانند قبول و بعضی رد کنند.

اما اگر مالی را برای غیر محصور (مثل مبارزه با بیماری وصیت کند قبولی شرط نیست حتی قبولی حاکم بر خلاف وقف در وصیت لازم نیست که در این مورد وصیت ایقاع می‌شود.

در قبولی بعد از فوت چند حالت وجود دارد؟

الف) گاهی قبل از موت قبول کرده بعد از موت هم قبول می‌کند که قبول دوم تأکیدی است

ب) گاهی قبل از موت وصیت را نه قبول کرده نه رد که یا اطلاع نداشته و یا اطلاع داشته و مسکوت گذارده است و بعد از موت قبول می‌کند که در این صورت وصیت محقق می‌شود.

ج) گاهی قبل از موت وصیت را یک یا چندین بار رد کرده است و یا چندین بار قبول و رد کرده است و اگر بعد از موت آن را قبول کند وصیت محقق می‌شود زیرا قانون مدنی می‌گوید (قبول یا رد بعد از موت معتبر است).

د) اگر قبل از موت موصی وصیت را رد کند در این حالت بعد از موت می‌تواند آن را قبول کند.

ن) اگر بعد از موت هم رد کند که چند حالت است:

۱) اینکه قبل از موت هم رد کرده و بعد از موت هم رد می‌کند که وصیت مردود است.

۲) اینکه قبل از موت قبول کرده و بعد از موت رد می‌کند که در این حالت اگر موصی به را قبض کرده باشد رد بعد از موت اثر ندارد.

۳) قبل از موت قبول کرده است ولی موصی به را قبض نکرده و در اولین اعلام اراده بعد از فوت اعلام رد می‌کند که وصیت نسبت به او مردود می‌شود.

۴) گاهی قبل از موت اراده‌ای اعلام نکرده است و بعد از موت آن را رد می‌کند در این حالت هم وصیت مردود اعلام می‌شود.

نکته) اگر وصیت برای افراد حقوقی باشد، در این صورت اگر برای اشخاص حقوقی حقوق خصوصی باشد قبول نماینده بر اساس اساسنامه آن شرط است ولی اگر برای اشخاص حقوقی عمومی باشد قبولی لازم نیست.

نکته ۳) طبق نظر قانون مدنی قبض در وصیت شرط صحت نیست و فقط (مانع رد) است.

۴) عدم جواز تصرف ورثه در موصی به:

الف) اگر موصی به مورد قبول موصی له باشد که مال اوست و تصرف ورثه در موصی به تصرف در مال غیر است و موجب ضمان می‌شود.

ب) اگر موصی له هنوز اعلام قبولی نکرده و وضعیت بلا تکلیف است در این حالت هم اگر موصی له قبول کند او در تملیک موصی به مقدم است لذا مال متعلق به اوست باز ورثه حق دخل و تصرف در آن را ندارند منتهی اگر این وضعیت بلا تکلیفی موجب ضرر ورثه شود می‌تواند الزام موصی له به اعلام قبولی یا رد را از دادگاه بخواهند.

۵) در موصی: موصی شخصی است که وصیت می‌کند که باید بالغ و عاقل و رشید باشد لذا صغیر غیر ممیز نمی‌تواند وصیت کند و صغیر ممیز هم با اجازه ولی یا قیم می‌تواند وصیت کند البته برخی معتقدند که اجازه یا رد وصیت از اختیارات سرپرست او خارج است لذا وصیت او باطل است.

مجنون ادواری در زمان افاقه می‌تواند وصیت کند ولی افاقه او باید در زمان انشاء وصیت احراز شود سفیه می‌تواند برای امور غیر مالی خود وصیت کند ولی در امور مالی برخی قائل بر عدم نفوذ وعده‌ای دیگر قائل به بطلان هستند.

۶) در موصی له:

موصی له باید اهلیت تمتع داشته باشد ولی اهلیت استیقاء شرط نیست لذا می‌توان برای حمل به شرط اینکه زنده متولد شود وصیت کرد. در صورتی که در شخص موصی له اشتباهی رخ دهد در موصی لهم محصور چون شخصیت آنها علت عمدۀ است وصیت باطل خواهد بود.

برخی قتل را از موانع تملک موصی به توسط موصله می‌دانند ولی این نظر در بین حقوقدانان چندان جایگاهی ندارد
۷) در موصی به:

موصی به طبق م ۸۲۶ می‌تواند عین یا منفعت باشد لذا هر چیزی که مالیت داشته باشد می‌تواند مورد وصیت قرار گیرد. البته موصی به ممکن است حق مالی باشد البته حقوقی که قابل انتقال هستند و یا موصی به ممکن است ابراء ذمه مدیون باشد وصیت بر ابراء ظاهراً نیاز به قبول ندارد و به محض فوت موصی مدیون بری الذمه می‌شود البته به شرطی که رعایت ثلث ترک شده باشد.

وصیت ممکن است فک ملک باشد این اصطلاحی است که در میان فقها است و آنجائی است که موصی به به ملکیت شخص یا اشخاصی خاص در نمی‌آید همچنین به ورثه و موصی لهم منتقل نمی‌شود مثلاً موصی بگوید من فلان ملک را برای فقرا وصیت کردم.

سن) آیا مفلس و ورشکسته می‌تواند وصیت کند؟ برخی آن را بلا اشکال می‌دانند برای اینکه ممنوعیت مفلس و ورشکسته در تصرف در اموالش بر لحاظ این است که موجب ضرر غرما و طلبکاران نشود ولی در وصیت این ضرر متصور نیست چرا که اول دیون از ترک خارج می‌شود بعداً وصیت و با همین استدلال وصیت و ثبته و رهن را هم صحیح خواهد بود وصیت فقط تا ثلث ترک نافذ است و بعد از آن نیاز به اجازه ورثه دارد. در اجازه ورثه باید شرایط ذیل وجود داشته باشد:

ورثه چون با اجازه در مالشان تصرف می‌کنند لذا باید اهلیت استیضاء داشته باشند.

بنا به نظری اشخاص محجور مطلقاً (صغیر ممیز و غیر ممیز و سفیه و مجنون) نمی‌تواند مازاد بر ثلث را اجازه دهند.

بخش دوم: وصیت عهدی: وصیت عهدی عبارتست از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام اموری یا تصرفات دیگر مأمور می‌نماید.

در این نوع وصیت چند شرط است:

الف) برای بعد از مرگ: که فرقی با وکالت همین است. زیرا وکالت نایب قرار دادن در زمان حیات و وصایت

نایب قرار دادن برای بعد از مرگ است.

ب) برای امر یا اموری دیگر مأمور می‌کند لذا تملیک مال در آن وجود ندارد.

۱) ق. م می‌گوید: وصی می‌تواند در زمان حیات موصی وصیت را رد کند اما بعد از آن حق رد ندارد این نشان می‌دهد که وصایت یک (ایقاع معلق مشروط) است.

الف) معلق است: چون وصی زمانی سمت پیدا می‌کند که موصی فوت کند.

ب) مشروط است: مشروط است به عدم رد در زمان حیات موصی، لذا اگر موصی در زمان حیات موصی وصیت را رد کرد مسئولیتی ندارد اما اگر متوجه نشد و رد نکرد یا متوجه شد و رد نکرد بعد از موت او باید به انجام وصایت بپردازد.

۲) در وصی: وصی باید دارای شرایطی باشد: در مورد وصیت بر ثلث موصی می‌تواند هر کس را قرار دهد چه مرد باشد و چه زن ولی در مورد صغار و بالغینی که حجرشان متصل بر صغر است، هر کدام پدر یا جد پدری می‌توانند وصی قرار دهد.

وصی باید بالغ و عاقل و رشید باشد و آنچه از ماده ۸۵۶ ق. م بر می‌آید نمی‌توان صغیر و مجنون و سفیه را وصی قرار داد. البته قانون مدنی می‌گوید که می‌توان در کنار بالغی صغیری را وصی قرار داد که غیر محجور به انجام امور وصایت بپردازد تا محجور از حجر خارج شود.

صفت دیگر اینکه وصی باید مسلمان باشد در صورتی که مولی علیه مسلمان باشد که قانون مدنی این نظر را قبول کرده است.

برخی عدالت را شرط وصایت می‌دانند ولی قانون مدنی این شرط را به صراحت اعلام نکرده است.

نکته) این شرایط باید (زمانی که وصی سمت پیدا می‌کند) موجود باشد و آن بعد از مرگ موصی است.

۳) وظایف اوصیاء متعدد: اگر موصی چند نفر را وصی قرار دهد اصولاً اوصیا باید مجتمعاً عمل کنند مگر خود وصی تصریح به استقلال کرده باشد.

حال اگر تصریح به استقلال بکند هر کدام که تصرفات مادی انجام دهد معتبر خواهد بود و در تصرفات حقوقی هر کدام زودتر عمل کنند معتبر خواهد بود.

اگر چند نفر وصی باشند به نحو استقلال هر یک از آنها فوت کنند دیگران می‌توانند مستقلاً عمل کنند.

ولی اگر شرط استقلال نشده باشد حاکم ضم وصی قضایی می‌کند.

نکته) وصی نسبت به اموالی که در اختیار دارد امین است و ضامن نیست مگر در صورت تعدی و تفزیط.

بخش سوم ارث:

دو امر موجب می‌شود که شخص از دیگری ارث ببرد نسب و سبب، البته در فقه دو علت دیگر هم برای ارث داریم

که عبارتند از ضمان جدید و ولاء عتق.

۱) اشخاصی که به موجب نسبت ارث می‌برند سه طبقه اند: که در دو خط بررسی می‌شود

۱) صعودی: کسانی که شخص از آنها متولد شده اند مثل پدر و مادر نسبت به خط مستقیم

۲) نزولی: خویشاوندی بین ۲ نفر که بوسیله ولادت از یک نفر بوجود آمده اند مثل اولاد و اولاد اولاد و ...

ب) اقرای خط اطراف: که خویشاوندی آنها به جامع نسب می‌رسد در قرابت به خط اطراف در احتساب درجات، از کسی که درجه قرابت او با دیگری مورد نظر است شروع می‌کنند و بالا می‌رویم و سپس به جامع نسب که رسیدیم پایین می‌آییم.

تعریف ولاعتق: اگر مولی بنده خود را آزاد کند و ضمان را از خود سلب نکرده باشد معتق وارث است. به شرطی که بنده وارث نسبی نداشته باشد و اگر ضمان جریره را از خود سلب نکند و عصبه‌ای برای بنده آزاد شده نباشد معتق عاقله است و مسئول دیه خطایی او می‌باشد و در مقابل آن در صورت نبود وارث خواهد برد.

تعریف عقد ضمان جریره: قرار دادی است که در ضمن آن طرفین ملزم می‌شوند که از یکدیگر حمایت کنند و به هم کمک رسانند و هر یک عاقله دیگری باشند و هر یک از دیگری ارث ببرند.

البته در صورتی که هیچ وارثی نباشد امر ترکه متوفی راجع به حاکم است که طبق م ۳۳۵ ق. ۱ ج به خزانه دولت ریخته می‌شود

شرایط تحقق ارث:

۲) ارث به موت حقیقی یا موت فرضی تحقق پیدا می‌کند: و به محض فوت، ترکه وارد در ملکیت ورثه می‌شود ولی این ملکیت متزلزل است و پس از اداء دیون و حقوقی که برتر است و همچنین اخراج وصیت مستقر خواهد شد. اگر تاریخ فوت اشخاصی که از همدیگر ارث می‌برند معین نباشد اشخاص مذکور از همدیگر ارث نمی‌برند مگر اینکه موت به سبب غرق و هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث می‌برند (البته حادثه‌ای که آن دو در ضمن آن مرده اند باید حادثه واحدی باشد).

شرط دوم: حیات وارث حین الفوت موت است: لذا کسانی ارث می‌برند که موجود باشند و اگر حملی باشد در صورتی ارث می‌برند که نطفه او حین الفوت منعقد شده باشد و (ثانیاً) زنده متولد شود.

شرط سوم: در ارث باید رابطه قرابت موجود باشد یعنی شخص وارث از نسل مورث یا از نسل جامع نسب باشد و الاموجب ارث نخواهد شد.

شرط چهارم: وجود ترکه است: ترکه، کل اموال و دارائی شخص است اعم از اعیان و منافع و حقوق مالی و... که همه اینها به ورثه منتقل می‌شود.

(۳) حمل و تقسیم ترکه:

اگر حمل جزء وراثت باشد در بعضی موارد تقسیم ترکه مجاز نیست و در بعضی موارد تقسیم ما ترک مجاز است. الف) اگر حمل زنده متولد شود مانع از ارث بردن تمام یا برخی از خویشان خواهد شد. که در این صورت تا تولد وی باید دست نگه داشت.

ب) در بعضی موارد زنده متولد شدن حمل مانع از وراثت هیچ یک از ورثه نیست در این صورت سایر وارث

می‌توانند تقاضای تقسیم کنند ولی ق. م گفته که باید حصه‌ای معادل سهم دو پسر از همان طبقه و درجه کنار گذاشته شود تا وضعیت حمل مشخص شود.

۴) موانع ارث: موانع را می‌توان در ۵ دسته بررسی کرد؛ که قانونگذار ۴ مورد را صریحاً بیان کرده است:

۱) قتل (۲) کفر (۳) لعان (۴) ولادت ناشی از زنا

ولی در فقه رقیب (بردگی) را نیز از موانع ارث شمرده اند که الان موضوعیت ندارد.

در خصوص قتل م ۸۸۰ و ۸۸۱ اشعار می‌دارد که (اگر کسی مورث خود را عمداً بکشد در این صورت قاتل از مقتول ارث نمی‌برد)

با توجه به این موارد، در صورتی قتل مانع ارث خواهد بود که شروط ذیل جمع باشند و هر گاه حتی اگر یکی از این شروط موجود نباشد در این صورت قتل مانع ارث نخواهد بود.

شرط ۲) قاتل باید مورث خود را بکشد لذا اگر حاجب خود را بکشد از موانع ارث نخواهد بود.

شرط ۲) قتل باید عمدی باشد لذا اگر قتل شبه عمد یا خطایی باشد قاتل از مقتول ارث می‌برد ولی مشهور گفته اند که از تمام ما ترک به غیر از دیه ارث خواهد برد.

شرط ۳) فقط قاتل در قتل عمد از مقتول ارث نخواهد برد لذا فرزندان قاتل اگر نوبت به ارث بردن آنها برسد از مقتول ارث خواهند برد.

شرط ۴) قتل باید به مباشرت باشد نه به تسبیب البته برخی قتل به تسبیب را هم از موانع ارث می‌دانند (ولی معاونت در قتل مانع ارث نخواهد بود).

۴) لعان و تولد از زنا: در لعان و ولادت ناشی از زنا مقتضی ارث که همان قرابت است از میان برداشته می‌شود. در حالیکه در سه مورد دیگر مقتضی موجود و مانع هم موجود است. یعنی رابطه قرابت هست ولی موانعی مانع از اثر کردن مقتضی می‌شوند ولی در ولادت ناشی از زنا (طبق رأی وحدت رویه) فقط رابطه ارث به رسمیت شناخته نمی‌شود لذا نوبت به قطع رابطه نمی‌رسد.

۵) کافر: کافر کسی است که به مسلمات دین اسلام که سه امر است اعتقاد نداشته باشد اعم از اینکه به همه اینها معتقد نباشد یا فقط به یکی از آنها.

۱۴) وحدانیت خدا (۲) اعتقاد به نبوت پیامبر (۳) اعتقاد به معاد

۶) در ترکه و دیون متوفی:

ارث یکی از اسباب قهری تملک است که در اثر موت قهراً اموال متوفی منحصرأً به ورثه منتقل می‌شود و حتی وجود دین و یا وصیت هم مانع انتقال قهری نیست.

البته ورثه می‌توانند ترکه را رد کنند که طبق قانون امور حسبی مهلت ۳۰ روزه‌ای بعد از فوت مورث به آنها داده شده است.

نکته ۱) با فوت: دیون متوفی حال می‌شود ولی طلبهای وی حال نمی‌گردد.

نکته ۲) حقوق و دیونی که به ترکه میت قرار می‌گیرد قبل از تملک ترکه توسط وراثت باید اداء شود.

نکته ۳) در مورد حال شدن دیون یک استثناء وجود دارد که آن مال الاجاره است که طبق بند ۳ م ۵۰۵ حال نمی‌شود تا مواعد آنها فرا رسد.

۷) قبل از تقسیم ترکه موارد ذیل باید از آن خارج شود.

الف) هزینه کفن و دفن متوفی

ب) دوم چیزی که کم می‌شود هزینه نگهداری ترکه است

ج) در نوبت سوم به طلبکاران می‌رسیم یعنی دیونی که فرد در برابر اشخاص دارد که اول طلب طلبکارانی داده می‌شود که وثیقه عینی دارند مثل مرتهن

و سپس طلبکاران عادی قرار دارند

د) در طبقه چهارم: نفقه زن مطابق ۱۲۰۶ ق. م و مهریه زن تا میزان ده هزار ریال قرار دارد.

ن) در طبقه پنجم: اشخاصی هستند که طلبشان را در چهار طبقه فوق نگرفته اند

۸) برای وراثت باید متقاضی موجود و مانع مفقود باشد ولی این گفته به این معنی نیست که همه اقربای میت از وی

ارث می‌برند بلکه بعضی مانع از ارث بردن بعضی دیگر می‌شوند (حجب حرمانی) و برخی دیگر موجب می‌شوند که فرض ورثه از اعلی به ادنی تنزل پیدا کند (حجب نقصانی)

پس حجب دو نوع است:

الف) حجب حرمانی: حالت وارثی است که به لحاظ بودن وراثت دیگر از کل ارث محروم می‌شود. مثلاً وقتی اولاد و فرزند بلا واسطه باشند فرزند با واسطه ارث نمی‌برد.

ب) حجب نقصانی: حالت وارثی است که به جهت بودن وراثت دیگر فرضش از اعلی به ادنی تبدیل می‌شود. برای دانستن حجب حرمانی باید طبقات ارث را بدانیم.

ورثه به ۳ طبقه تقسیم می‌شوند:

الف) پدر و مادر و فرزندان (یا فرزند بلا واسطه) و فرزندان آنها.

ب) جد و جدّه ابی و امی متوفی و جد و جدّه ابی و امی پدر و مادر متوفی و برادران و خواهران و اولاد آنها.

ج) اعمام و عمات و احوال و خالات ابوینی و ابی و امی و فرزندان آنها.

در ارث طبقات مختلف با توجه به اینکه طرح چگونگی تقسیم ارث بحثی مفصل را می‌طلبد و در ضمن در کارشناسی ارشد هم مفید فایده نیست لذا ما فقط به ذکر نکاتی که ممکن است درباره تقسیم ارث مورد سوال واقع شوند می‌پردازیم:

۱) میان پدر و مادر متوفی حجب حرمانی مصداق ندارد.

۲) میان فرزندان متوفی و اولاد آنها حجب حرمانی وجود دارد.

۳) هرگاه ورثه طبقه اول باشد نوبت ارث به ارث طبقه دوم نمی‌رسد.

۴) برادران و خواهران ابوینی در طبقه دوم حاجب حرمانی برادران و خواهران ابی هستند. ولی هیچ یک از حاجب کلاله ابی نیستند.

- (۵) ورثه طبقه اول و یا ورثه طبقه دوم حاجب حرمانی وراث طبقه سوم هستند
- (۶) در طبقه سوم، ارث تا زمانی است که عرف بگوید رابطه خویشاوندی وجود دارد.
- (۷) در طبقه سوم هم حاجب حرمانی وجود دارد:
- تذکر (۱) عمو و عمه خواه ابوینی و خواه ابی یا امی باشند را متقرین به پدر می گویند.
- تذکر (۲) احوال و خالات خواه ابی و ابوینی وامی را متقرین به مادر می گویند.
- (۸) در میان متقرین به پدر ابوینی ها ابی ها را از ارث محروم می کنند و در متقرین به مادر نیز ابوینی ها ابی ها را از ارث محروم می کنند ولی متقرب ابوینی ها به پدر مثل اعمام متقرین ابی به مادر (مثل خاله ابی) را از ارث محروم نمی کنند.
- (۹) اگر وارثی از طبقه سوم در درجه اول باشد نوبت به درجه دوم نمی رسد مگر یک حالت استثناء و آن اینکه وراث طبقه سوم در درجه اول (منحصر) به عموی ابی باشد و درجه دوم از طبقه سوم (منحصر) به پسر عموی ابوینی باشد که در این صورت پسر عموی ابوینی عموی ابی را از ارث محروم می کند.

مجموعه تست

مدنی (۱)

۱) حقوق شخصیت عبارتست از: (سراسری ۸۲)

الف) مجموع مقررات حاکم بر شخصیت حقوقی.

ب) مجموع حقوقی که فرد واجد شرایط دارا می‌شود.

* ج) حقوقی که هر شخص صرف نظر از موقعیت اجتماعی خود دارا می‌شود و خارج از دارایی قرار می‌گیرد.

د) حقوقی که هر شخص با توجه به موقعیت اجتماعی خود در جامعه دارا می‌شود و جزء دارایی است.

۲) نام خانوادگی طفلی که در چهار چوب قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست تحت سرپرستی زن و شوهری

قرار می‌گیرد. (سراسری ۷۴)

* الف) به نام خانوادگی زوج سرپرست تغییر می‌یابد

ب) غیر قابل تغییر است

ج) به نام خانوادگی زوجه سرپرست تغییر می‌یابد

د) به نظر دادگاه تعیین می‌شود

۳) چه کسانی از اشخاص زیر نمی‌توانند خواستار صدور حکم فوت فرضی غایب شوند (سراسری ۷۷)

الف) طلبکاران غایب * ب) موصی له

ج) ورثه غایب د) وصی

۲۰۲۴-۴) اگر صغیر ممیز بودن اجازه ولی یا قیم خود هبه‌ای را قبول کند سرنوشت چنین عقدی چه خواهد بود

(سراسری ۷۶)

الف) باطل است ب) صحیح است *

ج) غیر نافذ است د) غیر قابل فسخ است

۴) کدام عمل حقوقی به هنگامی که توسط یک سفیه انجام گرفته باشد صحیح است؟ (سراسری ۸۱)

الف) بیع ب) اجاره

ج) معاوضه د) تملکات بلا عوض

۵) فروش مال مولی علیه توسط قیم به خود... (سراسری ۷۹)

الف) باطل است * ب) غیر نافذ است

ج) قابل فسخ است د) صحیح است با اجازه دادستان

۶) رفع حجر از صغیر در امور مالی منوط است به: (سراسری ۷۴)

الف) احراز رشد به وسیله دادگاه

ب) تحقق بلوغ و رشد *

ج) رسیدن صغیر به بلوغ

د) رسیدن صغیر به ۱۸ سال تمام

۹) صغیر ممیز صلح بلا عوضی را که قبلاً قبول کرده است با مصالح اقاله نموده است این اقاله چه وضعیتی دارد؟

(آزاد ۸۱)

الف) اقاله صحیح است

ب) اقاله باطل است

ج) اقاله غیر نافذ است و باید از طرف ولی یا قیم تنفیذ شود *

د) از جانب ولی یا قیم قابل ابطال است

مدنی ۲:

۱) تقسیم بندی اموال به منقول شامل کدام دسته از اموال می شود؟ (سراسری ۷۴)

الف) قیمی

ب) فقط مادی

ج) فقط غیر مادی

د) همه آنها *

۲) کدامیک از اموال زیر غیر منقول یا در حکم غیر منقول نیست؟ (سراسری ۷۳)

الف) لوله های آب ساختمان

ب) پرده پنجره ساختمان *

ج) درخت کاشته شده

د) میوه موجود در روی درخت

۳) حق انتفاع از اموال منقول چه نوع مالی است؟ (سراسری ۷۶)

الف) غیر منقول تبعی است *

ب) غیر منقول حکمی است

ج) مال منقول است

د) مال غیر منقول بر اثر عمل انسان است

۴) کدامیک از دعاوی زیر تابع غیر منقول است؟ (سراسری ۸۲)

الف) دعاوی راجع به دین ناشی از صلح مال غیر منقول

ب) دعاوی راجع به اجرت المثل مال غیر منقول *

- ج) دعوای راجع به ثمن در بیع مال غیر منقول
د) دعوای راجع به اجرت المسمی مال الاجاره مال غیر منقول
- ۵) ماهی‌های موجود در دریا...؟ (سراسری ۷۳)
الف) ملک است و مال نیست
ب) هم مال است هم ملک
ج) نه مال است نه ملک
د) مال است و ملک نیست *
- ۶) در عقد موجد حق انتفاع قبض چه نقشی دارد؟ (سراسری ۷۲)
الف) شرط لزوم است
ب) شرط صحت است *
ج) موجب انتقال ضمان معاوضی می‌گردد
د) اثری ندارد
- ۷) کدام عقد عینی است؟ (تعهدات سراسری ۷۵)
۱) اجاره
۲) بیع
۳) وقف *
۴) معاوضه
- ۸) اگر متولی نسبت به موقوفه مرتکب خیانت شود... (سراسری ۷۶)
الف) حاکم به درخواست واقف حکم عزل او را صادر می‌کند
ب) حاکم او را عزل می‌کند
ج) حاکم ضم امین می‌کند *
د) منعزل می‌شود
- ۹) وقف بر نفس چه حکمی دارد؟ (سراسری ۷۹)
۱) صحیح است
۲) باطل است *
۳) قابل فسخ است
۴) غیر نافذ است
- ۱۰) در صورتیکه منتفع از مال موضوع انتفاء سوء استفاده کند؟ (سراسری ۷۸)
۱) حق انتفاع زایل می‌شود
۲) حق انتفاع باطل می‌شود
۳) فقط ضامن خسارت وارده به مالک است *
۴) مالک اختیار فسخ حق انتفاع را دارد

مدنی ۳:

(۱) اشتباه در کدامیک از موارد زیر عقد را باطل نمی‌کند؟ (سراسری ۷۳)

(۱) کمیت مورد عقد

(۲) وصف مهم عقد

(۳) جهت عقد

(۴) شخصیت طرف معامله در صورتی که علت عمده عقد باشد *

(۲) چنانچه پس از معامله معلوم شود که در حین عقد متعهد قدرت بر تسلیم مورد تعهد را داشته ولی متعاملین به هنگام انعقاد عقد به این امر جاهل بوده و بر این باور بوده اند که متعهد قدرت بر تسلیم ندارد عقد مزبور چه حکمی

دارد؟ (سراسری ۸۱)

(۱) باطل است *

(۲) غیر نافذ است

(۳) به وسیله متعهد له قابل فسخ است

(۴) چون در واقع متعهد قدرت بر تسلیم را داشته عقد صحیح و غیر قابل فسخ است

(۳) اشتباه در وصف اساسی همسر... (سراسری ۸۰)

(۱) اگر شرط شده باشد عقد نکاح را باطل می‌گرداند

(۲) اگر شرط شده باشد عقد نکاح را غیر نافذ می‌کند

(۳) حتی اگر شرط شده باشد تأثیری بر سرنوشت عقد نکاح ندارد

(۴) حتی اگر شرط شده باشد موجب خیار فسخ است نه بطلان *

(۴) به چه دلیل ضمان یکی از چند دین به نحو تردید موجب بطلان است؟ (سراسری ۷۴)

(۱) مجهول بودن مورد عقد ضمان

(۲) به جهت عدم رضایت مضمون له

(۳) به جهت نامعلوم بودن میزان مسئولیت ضامن

(۴) به جهت نامعین بودن موضوع عقد *

(۵) در کدام عقد به مفاد آن ملتزم نمی‌باشند؟ (سراسری ۷۴)

(۱) عقد جایز چون هر یک از طرفین می‌توانند آن را فسخ کنند

(۲) عقد خیاری

(۳) عقد ملزم

(۴) هیچ عقدی نیست که طرفین نسبت به مفاد آن ملتزم نباشند *

(۶) کدام یک از موارد زیر را نمی‌توان مصداق واقعه حقوقی دانست؟ (سراسری ۸۲)

(۱) اتلاف عمدی

(۲) اعراض *

(۳) تولد و مرگ

(۴) غضب مال غیر

(۷) بر طبق تعریفی که ماده ۱۸۳ قانون مدنی از عقد به دست می‌دهد عقد آن عمل حقوقی دو جانبه است که تنها:

(۱) ایجاد تعهد می‌کند * (سراسری ۸۰)

(۲) باعث ایجاد شخصیت حقوقی می‌گردد

(۳) در تعهد موجود تغییر ایجاد می‌کند و یا اینکه آنها اسقاط می‌کند

(۴) موجب تملیک یک مال و یا استقرار حق انتفاع یا حق ارتفاع نسبت به آن می‌شود

(۸) بر طبق قانون مدنی عقد معلق عقدی است که در آن (سراسری ۸۲)

(۱) انشاء عقد بر حسب قصد موقوف به امر دیگری باشد

(۲) اثر عقد بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد *

(۳) انعقاد عقد بر حسب قصد موقوف به امر دیگری باشد

(۴) انشاء عقد و اثر آن بر حسب قصد موقوف به امر دیگری باشد

(۹) شرط فاسخ شرطی است که در صورت تحقق آن (سراسری ۷۸)

(۱) برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود

(۲) عقد خود به خود منفسخ می‌شود *

(۳) شخص ثالثی که مورد توافق طرفین باشد می‌تواند عقد را فسخ کند

(۴) نوعی فسخ قضایی است که فقط قاضی حکم به فسخ می‌دهد

(۱۰) عقد محقق می‌شود با: (سراسری ۷۳)

(۱) قصد طرفین *

(۲) رضای طرفین

(۳) قصد و رضای طرفین

(۴) قصد و اهلیت طرفین

مدنی ۴:

- (۱) کدام یک از اشخاص نامبرده در ذیل در حکم غاصب است (سراسری ۸۱)
 - (۱) کسی که به قصد تفرج وارد باغ متعلق به غیر شده است
 - (۲) کسی که مالی به عاریه در دست او بوده و منکر وجود آن مال نزد خویش گردیده است *
 - (۳) وارث منحصری که پیش از اداء دیون شخص متوفی ترکه را به تصرف خود در آورده است
 - (۴) شخصی که مالک را از تصرف در مال خود مانع شده بی آنکه خویشتن بر آن مال تسلط پیدا کرده باشد
-
- (۲) در صورت تلف مال قیمی مغضوب در ید غاصب شخص اخیر: (سراسری ۷۲)
 - (۱) ضامن قیمت حین الغصب است
 - (۲) ضامن قیمت هنگام تلف است
 - (۳) ضامن قیمت زمان اداء است *
 - (۴) ضامن بالاترین قیمت است
-
- (۳) متلف مال غیر: (سراسری ۷۳)
 - (۱) اگر عمداً تلف نکرده باشد مسئول نیست
 - (۲) اگر عمداً یا بر اثر بی احتیاطی تلف نکرده باشد مسئول نیست
 - (۳) اگر بر اثر بی احتیاطی تلف نکرده باشد مسئول نیست
 - (۴) مطلقاً مسئول است
-
- (۴) در صورتی که با استمداد شخصی شخص دیگر عملی را که عرفاً اجرتی ندارد برای او انجام دهد... (سراسری ۷۴)
-
- (۱) در هر حال مستحق اجرت است
 - (۲) مطلقاً استحقاق اجرت را ندارد
 - (۳) اگر استفاده کننده میل به دادن اجرت داشته باشد عامل مستحق اجرت است
 - (۴) اگر عامل به خود وعده دریافت اجرت داده باشد مستحق اجرت است
-
- (۵) در حقوق ایران بر طبق قانون مسئولیت مدنی علی الاصول مسئولیت بر مبنای نظریه... استوار است.
 - (۱) تضمین
 - (۲) تقصیر *
 - (۳) خطر در برابر انتفاع مادی
 - (۴) خطر در برابر هر گونه انتفاع
-
- (۶) جبران خسارت ناشی از اعمال کارمندان دولت که به مناسبت انجام دادن وظیفه صورت می‌پذیرد به عهده

کیست؟

- ۱) جبران خسارت در هر حال به عهده دولت است
- ۲) جبران خسارت در هر حال به عهده کارمند است.
- ۳) دولت و کارمندان آن از بابت انجام وظیفه خود خسارت نمی‌پردازند.
- ۴) خسارت ناشی از عمد یا بی احتیاطی به عهده کارمند است و خسارت ناشی از نقص وسایل اوارات به عهده دولت
- ۷) در تصادف هر دو راننده مقصرند و خساراتی به بار می‌آید طبق آخرین موازین، توزیع مسئولیت چگونه انجام می‌شود؟ (سراسری ۸۰)

- ۱) تمام خسارت به نسبت درجه تقصیر بین آن دو تقسیم می‌شود
- ۲) تمام خسارات را کسی می‌پردازد که تقصیر بیشتری را مرتکب شده است
- ۳) هر کدام نیمی از خسارت طرف مقابل را می‌پردازد *
- ۴) هر کدام تمام خسارت طرف مقابل را می‌پردازد

۸) مسئولیت پیش بینی شده در قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مسئولیتی... (سراسری ۷۶)

- ۱) قراردادی است
- ۲) مبتنی بر تقصیر است که زیان دیده باید ارتکاب تقصیر را به اثبات برساند
- ۳) مبتنی بر تقصیر است ولی مقنن تقصیر دارنده را مفروض انگاشته است
- ۴) نوعی است *

- ۹) کدامیک از موارد زیر از شرایط ضرر قابل جبران نمی‌باشد؟ (سراسری ۸۰)
- ۱) احتمالی بودن ضرر *
- ۲) مشخص بودن ضرر
- ۳) قبلاً جبران نشدن ضرر
- ۴) مشروع بودن مطالبه خسارت

۱۰) در مسئولیت قرار دادی کدامیک از خسارات زیر قابل مطالبه نمی‌باشد؟ (سراسری ۸۵)

- ۱) خسارات ناشی از تلف مال
- ۲) خسارت از خسارت *
- ۳) خسارت معنوی
- ۴) خسارت ناشی از فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است

مدنی ۵:

(۱) نکاح با دختر خواهر زن بدون اجازه زن..... است (سراسری ۸۱)

(۱) باطل است (۲) غیر نافذ است *

(۳) قابل فسخ (۴) صحیح

(۲) هر گاه در نکاح شرط خیار شده باشد شرط..... و نکاح..... است (سراسری ۸۰)

(۱) باطل - باطل (۲) باطل - صحیح *

(۳) باطل - غیر نافذ (۴) صحیح - صحیح

(۳) اگر نکاح دائم مهریه تعیین نشود: (سراسری ۷۲)

(۱) نکاح باطل است (۲) نکاح غیر نافذ است

(۳) نکاح صحیح و غیر قابل فسخ است * (۴) نکاح صحیح و قابل فسخ است

(۴) در چه صورت زن بعد از انعقاد عقد ازدواج مستحق تمام یا بخشی از مهر نخواهد بود؟ هر گاه... ..

(۱) در عقد نکاح دائم مهریه تعیین نشود و زن قبل از نزدیکی فوت کند * (سراسری ۷۷)

(۲) طرفین بر عدم مهر توافق کرده باشند و عقد به طلاق انجامد

(۳) در عقد نکاح منقطع بحثی از مهر در عقد نشده باشد

(۴) مهری که در عقد تعیین شده مستحق للغير در آید

(۶) کدامیک از عبارتهای زیر درباره جنون صحیح نیست. (سراسری ۸۱)

(۱) جنون در زن هر گاه بعد از عقد هم حادث شود موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود *

(۲) جنون در مرد هر گاه بعد از عقد هم حادث شود موجب حق فسخ برای زن خواهد بود.

(۳) جنون زن به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای مرد موجب حق فسخ است

(۴) جنون مرد به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای زن موجب حق فسخ است

(۷) عده فوت در مورد زن حامل چه میزان است (سراسری ۷۹)

(۱) در هر حال چهار ماه و ده روز

(۲) در هر حال تا روز وضع حمل است

(۳) عده زن حامل کمترین مدت میان وضع حمل و چهار ماه و ده روز است

(۴) چهار ماه و ده روز مگر اینکه مدت حمل بیش از چهار ماه و ده روز از تاریخ فوت باشد که در این صورت تا

وضع حمل است *

۸) کدام عبارت صحیح است. (سراسری ۸۱)

- ۱) هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد صغیر خود ولایت دارد *
- ۲) جد پدری فقط هنگامی می تواند اعمال ولایت کند که پدر فوت کرده باشد
- ۳) هر یک از پدر و جد پدری می تواند با حیات دیگری برای مولی علیه خود وصی معین کند
- ۴) جد پدری فقط هنگامی می تواند اعمال ولایت کند که پدر محجور، یا به علتی ممنوع از تصرف در اموال مولی علیه گردیده باشد

۹) اگر یک نفر که مستحق نفقه است پدر و مادر و اولاد بلا فصل داشته باشد نفقه او به عهده کیست؟ (سراسری

۷۶)

- ۱) پدر و مادر و اولاد به تساوی پرداخت می کنند
- ۲) پدر و مادر باید متضامناً بپردازند
- ۳) پدر و اولاد باید نفقه را بپردازند *
- ۴) همگی باید به نسبت سهم الارث خود را پرداخت کنند

۱۰) کدام یک از اشخاص ذیل در زمره اولیای خاص طفل نمی باشد؟ (سراسری ۸۱)

- ۱) پدر طفل
- ۲) قیم طفل *
- ۳) جد پدری طفل
- ۴) وصی منصوب از طرف پدر یا جد پدری طفل

مدنی ۶:

(۱) اگر موضوع تعهد عین کلی باشد و فردی که متعهد داده است معیوب در آید: (سراسری ۷۷)

(۱) متعهد له بین فسخ و مطالبه ارزش مخیر است

(۲) متعهدله فقط می‌تواند مطالبه ارزش کند

(۳) متعهد له می‌تواند معامله را به لحاظ خیار عیب فسخ کند

(۴) متعهد له می‌تواند الزام را به تحویل فرد دیگری از موضوع تعهد بخواهد

(۲) اجاره سهم مشاع بدون اذن شریک دیگر (سراسری ۷۲)

(۱) باطل است (۲) نافذ است *

(۳) غیر نافذ است (۴) قابل فسخ است

(۳) هر گاه بعض عین مستأجره در مدت اجاره تلف شود عقد اجاره نسبت به... (سراسری ۷۸)

(۱) کل منفسخ می‌شود

(۲) کل قابل فسخ می‌گردد

(۳) بعض صحیح و غیر قابل فسخ و نسبت به بعض دیگر قابل فسخ می‌گردد

(۴) بعض منفسخ است و نسبت به بقیه قابل فسخ است

(۴) در صورتی که بعد از عقد اجاره برای مؤجر امکان تسلیم عین مستأجره وجود نداشته باشد... (سراسری ۷۷)

(۱) عقد اجاره منفسخ می‌شود *

(۲) مستأجر حق فسخ اجاره را دارد

(۳) فقط مستأجر می‌تواند از مؤجر خسارات وارده به خود را مطالبه کند

(۴) به علت عدم قدرت بر تسلیم عین مستأجره عقد اجاره باطل می‌شود

(۵) اگر شخص ثالث بدون ادعای حق مزاحم مستأجر و مانع انتفاع او شود این اقدام چه اثری در عقد اجاره و

موقعیت طرف دارد؟ (سراسری ۷۷)

(۱) مستأجر مطلقاً حق فسخ پیدا می‌کند

(۲) مستأجر می‌تواند از مؤجر خسارت بگیرد

(۳) اگر مزاحمت قبل از عقد اجاره باشد مستأجر حق فسخ دارد

۴) اجاره باطل می شود

۶) ماهیت حقوقی قولنامه که متضمن تعهد به بیع باشد طبق نظر حقوقدان امروز چیست؟ (سراسری ۷۴)

۱) بیع نامه محسوب و مفید تملیک است

۲) شرط ابتدایی و باطل است

۳) یک عهد عقدی لازم است *

۴) یک عقد جایز است

۷) هر گاه کسی خانه خود را به مبلغ معینی بفروشد و قرار بگذارد که مشتری ثمن را پس از فوت پدرش به فروشنده

بدهد شرط و عقد چه حکمی دارد؟ (سراسری ۸۱)

۱) شرط و عقد هر دو صحیح است

۲) شرط مزبور باطل و حق فسخ به فروشنده می دهد

۳) شرط مزبور باطل و موجب بطلان عقد نیز می شود *

۴) شرط مزبور باطل ولی موجب بطلان عقد نمی گردد

۸) در بیع خیار بر طبق قانون مدنی (تعهدات سراسری ۷۹)

۱) مالکیت از حین انعقاد بیع حاصل می گردد *

۲) مالکیت از تاریخ اسقاط حق خیار حاصل می شود

۳) مالکیت همراه با تأدیه ثمن حاصل می گردد

۴) مالکیت از حین انقضاء مدت خیار برای طرفین حاصل می گردد

۹) اگر نسبت به بعض مبیع بایع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعض دیگر نداشته باشد (سراسری ۸۲)

۱) بیع نسبت به بخش قابل تسلیم صحیح است و مشتری حق فسخ دارد *

۲) بیع صحیح است و مشتری حق فسخ ندارد

۳) بیع غیر نافذ است

۴) بیع باطل است

۱۰) ماهیت حقوقی فروش با جایزه چیست؟

۱) بیع با شرط تملیک رایگان *

۲) بیع با شرط هبه معوض

۳) بیع با شرط صلح معوض

۴) بیع همراه با توابع مبیع

- (۱۱) خیار تأخیر ثمن وقتی محقق می‌گردد که: (سراسری ۷۴)
- (۱) بیع حال و مشتری تمام ثمن را ظرف ۳ روز از تاریخ بیع نپردازد *
- (۲) بیع مؤجل و مشتری تمام ثمن را ظرف سه روز از تاریخ بیع نپردازد
- (۳) بیع مؤجل و مشتری قسمتی از ثمن را ظرف ۳ روز از تاریخ بیع نپردازد
- (۴) بیع مؤجل و مشتری تمام ثمن ظرف ۳ روز از تاریخ مطالبه نپردازد

مدنی ۷:

- (۱) مقتضای باید: (سراسری ۷۲)
 - (۱) عین مال مورد قرض را به صاحبش رد نماید
 - (۲) قیمت مال مورد قرض در روز دریافت را به مقرض بدهد
 - (۳) مثل مال مورد قرض را به مقرض بدهد *
 - (۴) قیمت مال مورد قرض در روز پرداخت را به مقرض بپردازد
-
- (۲) کدامیک از عبارات زیر در خصوص وکالت صحیح نیست؟ (سراسری ۸۲)
 - (۱) وکالت ممکن است مجانی یا با اجرت باشد
 - (۲) وکیل حق ندارد خارج از حدود وکالت عملی را انجام دهد
 - (۳) وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن است مگر اینکه قرینه قطعی بر خلاف آن وجود داشته باشد *
 - (۴) اعمالی که وکیل در حدود وکالت خود پس از عزل و پیش از رسیدن خبر به او انجام داده نسبت به موکل نافذ است

- (۳) هر گاه چند نفر ضامن شخصی شوند کدامیک از ضمانتها صحیح است؟ (سراسری ۸۱)
- (۱) هر کدام که مدیون اصلی بپذیرد
- (۲) هر کدام را که مضمون له قبول کند *
- (۳) اولین عرضه کننده ایجاب برای انعقاد عقد ضمان
- (۴) آخرین عرضه کننده ایجاب برای انعقاد عقد ضمان

- (۴) رجوع ضامن به مضمون عنه برای گرفتن بدهی او مشروط به چیست؟ (سراسری ۷۲)
- (۱) وقوع ضمان و تعهد در برابر طلبکار
- (۲) وقوع ضمان به اذن مضمون عنه
- (۳) وقوع ضمان به اذن مضمون عنه و پرداخت دین *

۴) پرداخت دین به اذن مضمون عنه

۵) عقد صلح چه وضعیتی دارد؟ (سراسری ۷۳)

۱) در صورتی لازم است که در مقام عقود لازم منعقد شود

۲) در صورتی لازم است که در مقام عقود جایز منعقد نشود

۳) همیشه جایز است

۴) همیشه لازم است *

۶) مدیونی ۶ دانگ خانه خود را نزد طلبکار رهن گذارده است پس از آن نیمی از دین خود را می‌پردازد این اقدام

چه اثری در رهن دارد؟ (سراسری ۷۴)

۱) فک می‌شود

۲) فسخ می‌شود

۳) فاقد اثر است *

۴) نصف رهن آزاد می‌شود

۷) قبض شرط صحت کدامیک از اعمال حقوقی زیر است؟ (سراسری ۷۳)

۱) قرض

۲) وصیت تکمیلی

۳) هبه *

۴) هر سه عمل حقوقی مذکور

۸) در کدامیک از عقود فقط آن چیزی می‌تواند موضوع عقد گردد که انتفاع از آن با بقای اصلش امکان پذیر

باشد؟

۱) عقد بیع

۲) عاریه *

۳) معاوضه

۴) ودیعه

۹) اگر در عقد مضاربه مدت تعیین نگردد عقد مضاربه (سراسری ۷۸)

۱) باطل است

۲) صحیح است *

۳) غیر نافذ است

۴) قابل فسخ می‌شود

۱۰) اگر در عقد مزارعه شرط شود علاوه بر حصه‌ای که فیما بین طرفین مقرر شده سهمی اضافی از محصول به

طرف دیگر تعلق گیرد عقد... است (سراسری ۷۷)

۱) باطل

۲) غیر نافذ

۳) صحیح *

۴) قابل فسخ

- (۱۱) مزارع به کسی گفته می‌شود که: (سراسری ۷۸)
- (۱) در عقد مزارعه پولی را جهت معامله در اختیار شخص دیگری قرار گیرد
 - (۲) در عقد مزارعه نیروی کار خود را جهت زراعت بکار گیرد
 - (۳) در عقد مزارعه زمین را جهت زراعت به دیگری منتقل می‌کند
 - (۴) در چهار چوب عقد مزارعه زمین را جهت زراعت به دیگری منتقل می‌کنند. *

مدنی ۸:

- (۱) در چه زمان ملکیت موصی له بر موصی به استقرار پیدا می‌کند: (سراسری ۷۲)
 - (۱) زمانی که وصیت را در حیات موصی قبول کند
 - (۲) وقتی موصی به را قبض کند
 - (۳) وقتی که وصیت را پس از فوت موصی قبول کند *
 - (۴) زمانی که موصی به را پس از فوت قبول و قبض کند
- (۲) در کدامیک از موارد زیر موصی له نمی‌تواند وصیت را رد کند (سراسری ۷۳)
 - (۱) اگر آن را پس از فوت موصی قبول کند
 - (۲) اگر آن را پیش از فوت موصی قبول کند
 - (۳) اگر آن را قبل یا بعد موصی قبول کند
 - (۴) اگر آن را پس از فوت موصی قبول و موصی به را قبض کند *

(۳) شخص ثالث از اموال خود را برای دانشگاه وصیت می‌نماید و پس از وصیت مجنون می‌گردد وصیت او دارای چه حکمی است؟ (سراسری ۷۷)

- (۱) وصیت او صحیح است *
- (۲) وصیت او باطل است
- (۳) در صورتی که وریه اجازه دهند صحیح است
- (۴) در صورتی که جنون موصی ادامه داشته باشد و متصل به فوت باشد باطل است

- (۴) تملک در کدامیک از اسباب ذیل بدون اراده محقق می‌گردد؟ (سراسری ۷۲)
- (۱) احیای اراضی
 - (۲) وقف
 - (۳) ارث *
 - (۴) شفعه

(۵) هر گاه پدر از لعان رجوع کند آیا پدر و فرزند و ارحام آنها از یکدیگر ارث می‌برند یا خیر؟ (سراسری ۷۸)

- ۱) پسر هم از پدر و هم از ارحام او ارث می‌برد
 - ۲) پسر فقط از ارحام پدر ارث می‌برد
 - ۳) پسر از ارحام پدر و ارحام پدر از او ارث می‌برند
 - ۴) پسر از پدر ارث می‌برد لیکن از ارحام پدر و همچنین پدر و ارحام پدری از پسر ارث نمی‌برند *
-
- ۶) چه کسانی فقط به فرض ارث می‌برند؟ (سراسری ۸۰)
 - ۱) تنها پدر و مادر
 - ۲) تنها زوج و زوجه
 - ۳) دختر و دخترها خواهر و خواهرهای ابوی یا ابوینی
 - ۴) زوج و زوجه و مادر *
-
- ۷) فرض ثمن مختص کدام است؟ (سراسری ۷۴)
 - ۱) زوج در صورت فوت زن بدون اولاد
 - ۲) زوجه در صورت فوت مرد بدون اولاد
 - ۳) زوج در صورت فوت زن با داشتن اولاد
 - ۴) زوجه یا زوجه‌ها در صورت فوت شوهر با داشتن اولاد *
-
- ۸) اگر هنگام فوت خویشاوندان متوفی منحصر به جدامی و یک خواهر ابی باشد از ترکه کلاً چه میزان به هر یک تعلق خواهد گرفت؟ (سراسری ۷۳)
 - ۱) یک ششم متعلق به جدامی و باقی متعلق به خواهر ابی است
 - ۲) دو پنجم متعلق به جدامی و سه پنجم متعلق به خواهر ابی است
 - ۳) یک سوم متعلق به جدامی و باقی مانده متعلق به خواهر ابی است *
 - ۴) یک ششم متعلق به جدامی و یک دوم متعلق به خواهر ابی و باقی مانده به تساوی به جدامی و خواهر ابی است
-
- ۹) اگر میت اعمام یا احوال ابوینی داشته باشد. (سراسری ۸۲)
 - ۱) اعمام یا احوال ابی ارث نمی‌برد *
 - ۲) سهم الارث اعمام یا احوال ابی نصف می‌شود
 - ۳) اعمام یا احوال ابی هم با آنان به صورت مساوی ارث می‌برند
 - ۴) اعمام یا احوال ابی حاجب حرمانی اعمام یا احوال ابرینی خواهند بود

