



قدم به قدم، همراه دانشجو...

WWW.GhadamYar.Com

جامع ترین و به روزترین پرتال دانشجویی کشور (پرتال دانش)
با ارائه خدمات رایگان، تحصیلی، آموزشی، رفاهی، شغلی و...
برای دانشجویان

- (۱) راهنمای ارتقاء تحصیلی. (کاردانی به کارشناسی، کارشناسی به ارشد و ارشد به دکتری)
- (۲) ارائه سوالات کنکور مقاطع مختلف سالهای گذشته، همراه پاسخ، به صورت رایگان
- (۳) معرفی روش های مقاله و پایان نامه نویسی و ارائه پکیج های آموزشی مربوطه
- (۴) معرفی منابع و کتب مرتبط با کنکورهای تحصیلی (کاردانی تا دکتری)
- (۵) معرفی آموزشگاه ها و مراکز مشاوره تحصیلی معتبر
- (۶) ارائه جزوات و منابع رایگان مرتبط با رشته های تحصیلی
- (۷) راهنمای آزمون های حقوقی به همراه دفترچه سوالات سالهای گذشته (رایگان)
- (۸) راهنمای آزمون های نظام مهندسی به همراه دفترچه سوالات سالهای گذشته (رایگان)
- (۹) آخرین اخبار دانشجویی، در همه مقاطع، از خبرگزاری های پربازدید
- (۱۰) معرفی مراکز ورزشی، تفریحی و فروشگاه های دارای تخفیف دانشجویی
- (۱۱) معرفی همایش ها، کنفرانس ها و نمایشگاه های ویژه دانشجویی
- (۱۲) ارائه اطلاعات مربوط به بورسیه و تحصیل در خارج و معرفی شرکت های معتبر مربوطه
- (۱۳) معرفی مسائل و قوانین مربوط به سربازی، معافیت تحصیلی و امریه
- (۱۴) ارائه خدمات خاص ویژه دانشجویان خارجی
- (۱۵) معرفی انواع بیمه های دانشجویی دارای تخفیف
- (۱۶) صفحه ویژه نقل و انتقالات دانشجویی
- (۱۷) صفحه ویژه ارائه شغل های پاره وقت، اخبار استخدامی
- (۱۸) معرفی خوابگاه های دانشجویی معتبر
- (۱۹) دانلود رایگان نرم افزار و اپلیکیشن های تخصصی و...
- (۲۰) ارائه راهکارهای کارآفرینی، استارت آپ و...
- (۲۱) معرفی مراکز تایپ، ترجمه، پرینت، صحافی و ... به صورت آنلاین
- (۲۲) راهنمای خرید آنلاین ارزی و معرفی شرکت های مطرح
- (۲۳)



WWW.GhadamYar.Ir

WWW.PortaleDanesh.com

WWW.GhadamYar.Org

۰۹۱۲ ۳۰ ۹۰ ۱۰۸

باما همراه باشید...

۰۹۱۲ ۰۹ ۰۳ ۸۰۱

www.GhadamYar.com

چکیده

حقوق مدني براي کنکور

کارشناسي ارشد

ارائه دهنده انجمن علمي حقوق دانشگاه قم

فهرست مطالب..... صفحه

حقوق مدني (1) : اشخاص و محجورين.....	3
حقوق مدني (2) : اموال و مالکيت.....	24
حقوق مدني (3) : قواعد عمومي قرار دادها.....	40
حقوق مدني (4) : مسوليت مدني.....	71
حقوق مدني (5) : خانواده.....	80
حقوق مدني (6) : عقود معين.....	89
حقوق مدني (7) : عقود معين.....	105
حقوق مدني (8) : ارث و وصيت.....	118
مجموعه تست.....	129

حقوق مدني (1) :

اشخاص و محجورين

فصل اول: اشخاص

در يك تقسيم بندي سنتي اشخاص به 2 دسته تقسيم مي شوند:

1- اشخاص حقيقي (طبيعي): که همان افراد انساني را شامل مي شوند که مي توانند صاحب حق و تکليف شوند.

2- اشخاص حقوقي: اين اشخاص در مقابل اشخاص حقيقي قرار مي گيرند و اين اشخاص، موجودات اعتباري هستند، لذا تا زماني که قانون اين شناسايي را انجام نداده است. شخصيت حقوقي به وجود نمي آيد. از اين تعريف يکي از عمده تفاوتهاي، شخص حقوقي و شخص حقيقي معلوم مي گردد. چرا که شخص حقيقي به محض تولد و حتي جنين به شرطي که زنده متولد شود، متمتع از حقوق مدني است و هيچ کس چه شخصاً، چه توسط قرار داد و چه قانون نمي تواند اين حق را از شخص حقيقي بگيرد و استمتاع از حقوق مدني نياز به شناسايي قانون ندارد [هر چند قانون يا قرار داد جزئاً مي تواند اين شخص را از اعمال و يا بعضاً از دارا شدن حقوق مدني ممنوع کند ولي در هر حال اين موارد جنبه استثنائي دارند. در حالیکه شخص حقوقي براي اينکه بتواند از حقوق مدني متمتع شود نياز به شناسايي قانون دارد.

در همين راستا در مورد شخص حقيقي اصطلاحاتي هست که بايد تعريف شود:

۱ - شخص: شخص موجودي است که داراي حق و تکليف است، شخص داراي زندگي حقوقي است و

می‌تواند 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 می‌تواند 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 می‌شود 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 دقیق‌تر؛ 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 دارایی دارد.

1- دکتر صفایی سید حسین- اشخاص و محجورین صفحه 6

2- همان صفحه 6 4- همان صفحه 7 6- همان صفحه 13

3- همان صفحه 7 5- همان صفحه 10

در واقع اگر بخواهیم تصویری از دارایی در ذهن داشته باشیم عبارتست از يك 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 مطروفاً این ظرفند، پس می‌توان گفت که دارایی وابسته به شخص است و تا زمانی که شخص زنده است دارایی هم وجود دارد.

3- 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 959 و 960 در مورد حقوق مربوط به شخصیت بحث می‌کنند: طبق م 959 (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 960 (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 صرف نظر 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). 4- ثانیاً: حقوق از دو بعد کلیت دارند

اول: از بعد تعدد خود حقوق مربوط به شخصیت: مثلاً حق ازدواج و حق تملك، 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 يك ماه سلب کردم

این سلب حق بطور کلی است یعنی طبق م 959 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.

5- 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 6- 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 957 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 851 ق.م مورد تصریح قرار گرفته است و همچنین جنین بنا به تصریح ماده 875 ق.م ارث می‌برد در این باره ماده مذکور اشعار می‌دارد «شرط وراثت، زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملي باشد در صورتي ارث مي‌برد که نطفه او حين 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:

7- 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 2 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.

7- 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 ذیل 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.

8- آثار حقوقی مرتب بر موت:

الف) تعیین ورثه: چون طبق ماده 875 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 874 ق. م) تذکر: در این مسئله يك 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 ترك 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 ترك 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 231 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.

9- برای اینکه شخص غایب مفقود الاثر نامیده شود طبق ماده 1011 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 طبیعی‌اش مشخص شود یا اینکه به استناد ادله قطعی و یا قرائن مفید علم حیات وی محرز شود، دیگر سراغ موت فرضی نمی‌رویم.

10- صدور حکم موت فرضی دارای شرایطی است که ذیل بیان می‌گردد. به موجب ماده 1019 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 عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند.)

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

این شرط يك شرط کلی بود و قاعده کلی را بیان می‌کرد ولی قانونگذار در موارد بعدی اماراتی را برای اینکه [مدت بالنسبه طولانی] چه زمانی است بدست می‌دهد. از جمله به موجب ماده 1020 تا 1022 این امارات ذکر شده است که از جمع این مواد نتایج ذیل بدست می‌آید.

- 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 ← 10 سال
- d) حداکثر زمان برای صدور حکم موت فرضی ← یازده سال و دو ماه

11- اقامتگاه:

ماده 1002 در تعریف اقامتگاه می‌گوید «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 می‌گردد:

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

(b) اقامتگاه اجباری

(الف) اقامتگاه زن شوهردار ← اصل بر اینست 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 می‌کنند، در منزل کارفرما یا مخدوم خود سکونت داشته باشند، اقامتگاه کارفرما یا مخدوم آنها خواهد بود.

چند حالت هم در مورد فروع 5 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 يك 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:

2 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.

13- 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.

14- 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 588ق. 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 اشتراك شخص حقیقی و حقوقی در حقوق و تکالیف می‌گویند)

15- 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 می‌شوند:

الف) شرکتهای تجاری: که از مجموعه‌ای از اشخاص تشکیل می‌گردد که اموال یا خدماتی را به منظور يك فعالیت اقتصادی مشترك و تقسیم منافع بین خود در میان می‌گذارند.

ب) مؤسسات غیرتجاری: که این مؤسسات برای اهداف تجاری تشکیل نمی‌شوند ولی ممکن است قصد سودجویی داشته باشند یا نداشته باشند.

ج) موقوفات: یعنی اموالی که عین آنها حبس می‌شود (یعنی از جریان دادوستد و معاملات خارج می‌شوند) و منفعت آنها تسبیل می‌گردد (یعنی برای يك هدف خیر و در راه خدا اختصاص داده می‌شوند) که این موقوفات هم دارای شخصیت حقوقی هستند.

16- این اشخاص حقوقی دارای زمانی برای ایجاد هستند و زمانی نیز شخصیت حقوقی آنها پایان می‌پذیرد.

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

1 - شخصیت حقوقی حقوق عمومی (1) آغاز: به محض تشکیل شخصیت

حقوقی پیدا می‌کنند و نیاز به ثبت ندارد.

(2) پایان: به اراده دولت یا به موجب

قانون مربوطه شخصیت حقوقی آنها از بین می‌رود.

(1) آغاز شخصیت حقوقی: به محض تشکیل واجد

شخصیت هستند ولی شخصیت آنها وقتی کامل

می‌شود که به ثبت برسند

(2) پایان شخصیت حقوقی: با انحلال و پس از پایان

عملیات تصفیه شخصیت حقوقی آنها از بین می‌رود.

2- شرکتهای تجاری

(1) آغاز شخصیت حقوقی: از تاریخی ثبت در دفتر مخصوصی که وزارت

عدلیه معین میکند، شخصیت حقوقی پیدا میکند.

(2) پایان شخصیت حقوقی: به انحلال و پایان عمل تصفیه شخصیت حقوقی

آنها

از بین می‌رود.

3 - مؤسسات غیر دولتی

(1) 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) 3 قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف)

(2) پایان شخصیت حقوقی: تا زمانی که عین موقوفه باقی باشد این

شخص به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد و با تلف مال موقوفه

4- وقف

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

17- شخص حقوقی مثل شخص حقیقی دارای ممیزاتی 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

1- تابعیت شرکتهای تجاری ایرانی: طبق ماده 1 ق. ت. ش مصوب 1310/3/11 هر شرکتی برای اینکه ایرانی محسوب شود باید 2 شرط را با هم داشته باشد. اول اینکه ؛ در ایران تشکیل شود. دوم اینکه ؛ مرکز اصلی آن در ایران باشد.

2- تابعیت سایر اشخاص حقوقی: به موجب ماده 591 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

18- یکی از مطالبی که هم در بخش مدنی (1) 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.

19- حجر اسبابی دارد که در م 1207 ق.م احصا شده است اما موارد مذکور در ماده مذکور تمام موارد حجر نیست لذا ما ذیلأ 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 و قیم 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 1- تصرفات حقوقی صرفاً نافع انجام دهد (مثلاً می‌تواند هبه بلا عوض را قبول کند)

2) در مورد سایر اعمال حقوقی که انجام می‌دهد، چه در امور مالی و چه در امور غیر مالی، تصرفاتش غیر نافذ است و با تنفیذ بعدی ولی و یا قیم این تصرفات کامل می‌شوند.

تذکر 1) در مورد اینکه در چه سنی صغیر، ممیز می‌شود در بین فقها از يك سو و حقوقدانان از سوي دیگر اختلاف نظر وجود دارد:

در فقه بعضی سن 7 سالگی را برای تمیز ذکر کرده اند و برخی دیگر سن 6 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.

تذکر 2) 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 شك در حدوث تمیز حکم به بقای حالت سابق می‌کنیم (پس مقتضای اصلی عملی استصحاب است).

تذکر 3) صغیر زمانی بطور کامل از حجر خارج می‌شود که علاوه بر رسیدن به سن بلوغ، رشید هم باشد.

در مورد سن بلوغ در قانون مدنی 1210 تکلیف را مشخص کرده است و سن بلوغ را برای پسر 15 سال

و برای دختر 9 سال قرار داده است [هر چند در م 1043 حداقل سن ازدواج برای دختر را 13 سال قرار داده

ولی این ماده صرفاً در مقام بیان حداقل سن ازدواج است نه سن بلوغ 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

واحد راجع به رشد متعاطین نسخ نشده است لذا سن هجده سالگی اماره رشد محسوب می‌شود. و بعد از این

سن شخص رشید محسوب می‌شود مگر اینکه حجر او ثابت شود.

20- قسم دوم از محجورینی که در ماده 1207 قانون مدنی ذکر شده است. محجورین سفیه هستند که آنها

را [غیر رشید] به معنی اخص هم می‌نامند. سفیه به کسی گفته می‌شود؛ که عادت او اسراف و تبذیر در خرج

است و تصرفات مالی او عاقلانه نیست.

شخص غیر رشید با صغیر ممیزيك 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 می‌شود 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 نمی‌شود.)

21- اعمال حقوقی غیر رشید از لحاظ نفوذ و عدم نفوذ و یا صحت و بطلان به دو دسته تقسیم می‌شوند: الف) دخالت غیر رشید در امور مالی خود: غیر رشید (سفیه) نمی‌تواند در امور مالی خود دخالت کند ولی اگر عملی حقوقی راجع به اموال خود را انجام داد آن اعمال باطل نمی‌شوند بلکه نیاز به تنفیذ ولی (اگر سفیه متصل به صغر باشد) و یا قیم (اگر سفیه منفصل از صغر باشد) است.

ب) دخالت غیر رشید در امور غیر مالی خود: علی‌الاصول سفیه می‌تواند 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 مهر المثل یا مهر المسمی) 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.

22- مجنون: مجنون سومین گروه محجورین مذکور در ماده 1207 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 1211 به تبعیت از نظر مشهور فقها بیان می‌دارد (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 نمی‌شود و در این بطلان، فرقی نمی‌کند که دخالت در امور مالی باشد یا امور غیر مالی. بحثی که باقی می‌ماند 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

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

- 1- ولی قهری: که عبارتند از پدر و جد پدری
- 2- وصی: که منصوب از طرف پدر یا جد پدری هستند

3- قیم: که در صورت فقدان ولی خاص از طرف حاکم نصب می‌شود. آنچه در این فصل مورد بررسی قرار می‌دهیم قیم است: قیم در لغت به معنی مستقیم و متولی و سرپرست و دارای قیمت است و به کسی گفته می‌شود 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 می‌شود.

24- موارد نصب قیم:

موارد نصب قیم در ماده 1218 ق. م احصا شده است به موجب این ماده:

برای اشخاص ذیل نصب قیم می‌شود:

1- برای صغاری که ولی خاص ندارند:

توضیح) طبق این بند اگر محجور قبل از رسیدن به سن بلوغ ولی خاص داشته باشد نصب قیم نمی‌شوند. ولی اگر صغیری ولی خاص نداشته باشد برای او نصب قیم می‌شود 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 می‌دهد و بعد از آن، اگر دادگاه حکم به بقای حجر داد (ممکن است) قیم سابق را بر قیمومت ابقا کند.

2- 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.

3- 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 می‌شود هر چند دارای پدر و جد پدری و یا وصی آنها باشد. زیرا که با بلوغ و رشد ولایت پدر و جد پدری زایل می‌شود. 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.

25- شرایط و اوصاف قیم:

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

- 1- شرایط
- (1) توانایی: که توانایی جسمی و قدرت انجام دادن اعمال حقوقی و داشتن مدیریت و درایت را در بر می‌گیرد.
 - (2) 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).
 - (3) 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 1231 ق. م در این باره اشعار می‌دارد؛ (کسی که خود تحت ولایت یا قیمومت است) نمی‌تواند به سمت قیمومت تعیین گردد.
 - (4) اسلام: هر چند این شرط صریحاً در قانون مدنی پیش بینی نشده است اما قانون مدنی در ماده 1192 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.

- 2- موانع قانونی
- (1) موانع قانونی مبتنی بر عدم امانت: که قانونگذار در ماده 1231 ق. م کسانی که ظن غالب بر عدم امانت داری برای نصب قیم آنها هست صراحتاً از تصدی قیمومت منع کرده است.
 - (2) منع قانونی ناشی از نکاح: که ق. م در م 1233 اشعار می‌دارد: «زن نمی‌تواند بدون رضایت شوهر خود سمت قیمومت را قبول کند»

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 2 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 1247 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.

26- 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.

- 1- پدر یا مادر محجور مادامی که شوهر ندارد، با داشتن صلاحیت، برای قیمومت بر دیگران مقدم است

(م 61 ق. 1. ح)

2- در صورت محجور شدن زن، شوهر با داشتن صلاحیت برای قیمومت بر دیگران مقدم است (م 62 ق.

1. ح)

3- با داشتن صلاحیت برای قیمومت، اقربای محجور بر سایرین مقدم خواهند بود (م 1232 ق. م)

4- کسانی که ضامن یا تضمینات کافی بدهد بر دیگران مقدم هستند (استفاده از م 1243 ق. م)

27- 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

1) 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.

2) آموزش و پرورش: که این تکلیف هم بر عهده قیم است که در حد متعارف به آموزش و پرورش محجور اقدام کند

3) ازدواج: در مورد تمام محجورین حتی سفیه، قیم وظیفه دارد که در صورت نیاز برای آنها ازدواج کند

4) طلاق: در مورد طلاق زن محجور بین سه قشر از محجورین فرق قائله شده اند

I- اداره امور غیرمالي محجور

1) در مورد صغیر: اگر ولی قهری برای او ازدواج کرده باشد قیم نمی‌تواند زن او را طلاق دهد

2) 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

3) در مورد مجنون: چون او اراده حقوقی ندارد لذا قیم می‌تواند زن وی را طلاق دهد البته با تصمیم دادگاه (م 88 ق. 1. ح)

II- اداره امور مالي 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

- (1) تنظیم صورت دارایی در ابتدای قیمومت
- (2) تنظیم و ارائه صورتحساب سالانه: که لااقل سالی یکبار حساب تصدی خود را به اداره سرپرستی یا دادستان می‌دهد و هرگاه ظرف یکماه پس از تاریخ مطالبه حساب ندهد معزول می‌شود.
- (3) تنظیم و ارائه صورتحساب نهایی: در صورتی که محجور از حجر خارج یا مدت قیمومت او تمام شود قیم موظف است صورتحساب زمان تصدی خود را به مولی علیه سابق یا قیم بعدی ارائه دهد
- (4) 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
- (5) حفظ و نگهداری اموال محجور: قیم باید اموال مولی علیه خود را به طور متعارف و مطابق مصلحت او نگهداری کند.

28- قیم در زمان تصدی خود اعمال حقوقی انجام می‌دهد و معاملاتی را انجام می‌دهد که در دو دسته کلی قرار می‌گیرند.

الف) معاملاتی
ممنوع و باطلند

- (1) معامله با خود: یعنی اینکه قیم نمی‌تواند مال مولی علیه را به خود منتقل کند و یا مال خود را به مولی علیه منتقل که نمایند
- (2) 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 مضرر هست لذا این نوع تصرف در مال مولی علیه باطل است. البته برخی موارد مثل هدیه جشن تولد یا هدیه روز مادر را مجاز می‌دانند با این استدلال که در رشد شخصیت محجور مؤثر هستند.

ب) معاملاتی که
نیاز به اجازه مقام
قضایی دارند

- (1) فروش مال غیر منقول
- (2) رهن اموال غیر منقول
- (3) معامله‌ای که به موجب آن قیم مدیون مولی علیه شود مثل ضمانت قیم از شخصی که بدهکار مولی علیه است
- (4) قرض، وام گرفتن برای محجور، فقط در صورت ضرورت و احتیاج و آنهم با تصویب مقام قضایی تجویز شده است
- (5) صلح دعوای مربوط به محجور: زیرا که مستلزم گذشت و معامله‌ای خطرناک است

95 و 77 ق. 1. ح،
2 گروه عمده تقسیم

29- در اداره اموال محجور هزینه‌هایی صرف می‌شود که قانونگذار در ماده مشخص کرده که این هزینه‌ها از اموال چه کسی باید پرداخت شوند این هزینه‌ها به می‌شوند:

الف) حق الزحمه قيم: قانونگذار مدني در ماده 1246، حق مطالبه اجرت توسط قيم را به رسميت شناخته است ولي منبعي كه بايد اين اجرت پرداخت شود معين نكرده است. كه با توجه به ماده 95 ق. 1. ح مي توان گفت كه اجرت قيم از اموال محجور پرداخت مي شود.

ب) ساير هزينه ها: هزينه هاي ديگر از قبيل اجرت كارگر، اجرت بنا، تعميركار و وجوهي كه بابت مصرف آب، برق و ساير عوارض دولتي و حقوق ديواني پرداخت مي گردد نيز از اموال محجور پرداخت مي شود (م 77 ق. 1. ح)

30- اگر قيم به وظائف خود به خوبي عمل نكند قانونگذار ضمانت اجرايي را مقرر کرده است كه اين ضمانت اجراها به دو دسته، ضمانت اجرايي مدني و ضمانت اجرايي كيفري تقسيم مي شوند. و از طرفي با توجه به اينكه مراجع قضايي هم طبق قانون مكلف هستند در ارتباط با محجورين وظيفي را انجام دهند لذا ممكن است در مواردی قاضي محكمه يا دادستان هم مسئول باشند كه ذيلاً بيان مي گردد:

1) اماري بودن يد قيم و زوال امانت: كه اگر قيم در نگهداري و استفاده از اموال محجور تعدي و تفریط نمايد يداماني او به يدضمانتي تبديل مي گردد و احكام غاصب بر او بار مي گردد

2) عزل قيم: كه طبق م 1248 ق. م قيم اگر يكي از صفات خود را از دست بدهد عزل مي شود (به حكم دادگاه)

3) انزال قيم: اگر قيم محجور شود نمي تواند در اين سمت باقي بماند و خود به خود منعزل مي شود

4) بطلان يا عدم نفوذ اعمال حقوقي قيم: هرگاه قيم هر يك از اعمال حقوقي كه [قبلاً ذكر شد] و ممنوع بودند را انجام دهد باطل خواهد بود و يا اگر معاملاتي كه نياز به اخذ اجازه از مقامات قضايي را دارد بدون اخذ اجازه منعقد كند، معاملات مذكور غير نافذ خواهند بود

الف) ضمانت اجرايي مدني براي قيم

1) مجازات خيانت در امانت مذكور در م 675 و 647 قانون مجازات اسلامي

2) ساير مجازاتهاي مقرر در مواد 633 و 632 و 596 ق مجازات اسلامي

ب) ضمانت اجرايي كيفري براي قيم

1) ضمانت اجرايي مدني: كه مسئوليت مدني دارد در صورتي كه از تقصير و اهمال او خسارتي به محجور وارد آيد

2) ضمانت اجرايي كيفري: م 597 ق. م: (كه اگر در انجام وظيفه کوتاهی کند) طبق ماده فوق قابل تعقيب كيفري است

ج) ضمانت اجرايي دادستان

1) ضمانت اجرايي مدني: هرگاه از تقصير قاضي محكمه خسارتي به محجور وارد شود ضامن خواهد بود
2) ضمانت اجرايي كيفري: كه طبق م 597 قانون مجازات اسلامي در صورت وجود ساير عناصر محرمانه مي توان او را تحت تعقيب كيفري قرار داد

د) ضمانت اجرايي قاضي محكمه

31- آخرین مبحثی که در بخش مدنی (1) باقی می‌ماند بحث [پایان قیمومت] است که ذیلاً در دو قسمت آن را بررسی می‌کنیم

(1) پایان قیمومت بخاطر رشد یا افاقه محجور: هرگاه صغیر، رشید شود و یا اینکه مجنون یا سفیه افاقه حاصل کنند، سمت قیم پایان می‌یابد که م 1253 ق. م مقرر می‌دارد « پس از پایان قیمومت زوال سببی که موجب تعیین قیم شده قیمومت مرتفع می‌شود (2) پایان سمت قیم

(1) 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.
(2) 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(2):

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

2- قانون مدنی از ماده 11 الی ماده 182 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 يك تقسیم بندی به 2 دسته طبقه بندی می‌کند: 1) اموال منقول 2) اموال غیر منقول 1) 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 (م12ق. م) 2) 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 يك تقسیم بندی جزئی‌تر به اموال غیر منقول ذاتی و اموال غیر منقول.

- تبعی و اموال غیر منقول حکمی تقسیم بندی می‌شوند:

-اقسام اموال غیر منقول

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

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

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

ولی به واسطه عمل انسان یا به هر نحو دیگری ملحق 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.

3) غیر منقول حکمی: قانونگذار مدنی در م17ق. 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)

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

1 - حقوق مالی 2 - حقوق غیر مالی

1 - حقوق مالی هم در يك تقسیم بندی و با لحاظ اینکه نسبت به عین تعلق می‌گیرند یا خیر، به سه دسته تقسیم می‌شوند؛

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 می‌دهند.

تذکر: حقوق مالی را به حکم ماهیت و ذات خود نمی‌توان به منقول و غیر منقول تقسیم کرد زیرا به حکم ماده 11 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 می‌کنند که ذیل بیان می‌گردد:

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 می‌شوند مثل دعوی ناشی از تخریب مال منقول نیز غیر منقول تبعی هستند

ب) حقوق دینی: حقوق دینی چون بر ذمه شخص تعلق می‌گیرند لذا در حکم منقول هستند ماده 20 قانون مدنی در این باره اشعار می‌دارد (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 ذیل بیان می‌شود:

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 منقولند ولی 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 سر قفلی اختلاف وجود دارد که آیا منقول است یا غیر منقول:

برخی معتقدند چون حق سر قفلی، 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 سر قفلی 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 18 قانون مدنی دارد. و غیر منقول تبعی است و این استدلال را با استناد به ماده 19 قانون روابط مؤجر و مستأجر که می‌گوید: (که حق سر قفلی 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 2 دسته می‌شود: 1) غیر منقول تبعی مثل حق انتفاع، ارتفاق و.... 2) منقول حکمی: حقوق دینی

5- تقسیم دیگری از اموال که در قانون مدنی انجام گرفته، تقسیم آنها به 1) اموالی که مالک خاص دارند و

(2) اموالی که مالک خاص ندارند.

(1) 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.

(2) 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 24 ق. م)

(B) اموال مورد استفاده عموم (که مالک ندارد) از قبیل پلها، کاروانسراها، و آب انبارهای عمومی (م 25

ق. م)

(C) اموال اختصاص یافته به خدمت عمومی: مثل استحکامات و قلاع و خندق‌ها و خاکریزهای نظامی

و..... (م 26 ق. م)

تذکر: ملاک تمیز اموال عمومی از مورد تملک دولت را ماده 26 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 نیازمندیها ی عمومی اختصاص داده شده و دولت تملک خاص بر آنها ندارد.

(ب) مباحات: مباحات به 5 گروه طبقه بندی می‌شوند:

(الف) معادن (ب) شکار (ج) دفینه (د) احیا اراضی موات 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) اشیاء 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 28 قانون مدنی با اذن حاکم یا مأذن از قبل او به مصارف فقرا می‌رسد.

6- بحث مهمی که در قسمت اموال بررسی میشود بحث تصرف و اماره تصرف است، طبق ماده 35

(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 (2) 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 37 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 طریق مالکیت سابق مدعی اثبات شد، اماره تصرف متصرف فعلی قابلیت استناد ندارد ایشان از حکم ماده 37 ق. م وحدت ملاک می‌گیرند و با این استدلال که (اثر اقرار چیزی جز اثبات مالکیت سابق نیست) از اقرار الغا خصوصیت می‌کنند و حکم ماده مذکور را به تمام صورتی که مالکیت سابق احراز شود تسری می‌دهند. تذکر: مطلبی که باید به عنوان استثنا وارد بر حکم ماده 35 ق. م ذکر شود این است که با توجه به ماده 22 قانون ثبت {دولت فقط کسی را مالک می‌شناسد 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.

7- در حق انتفاع:

حق انتفاع: عبارتست از حقی که به موجب آن شخص می‌تواند 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 می‌شود اعطا می‌گردد، حق انتفاع به صورتهای ذیل ممکن است اعطا گردد:

(۱) رقبی: حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می‌شود این عقد، عقد لازمی است و مشمول اصل لزوم مذکور در ماده 219 می‌باشد.

(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 می‌شود و این حق ممکن است بطریق عمری یا به طریق رقبی برقرار شود (م 43) 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 44 ق. م) حبس مطلق عقدی جایز است و با مرگ و حجر مالک و منتفع منحل می‌شود (دکتر کاتوزیان و دکتر امامی) ولی دکتر لنگرودی عقیده دارد که حبس مطلق عقدی لازم ولی مالک می‌تواند هر وقت خواست رجوع کند (لذا به نظر ایشان با مرگ یا حجر منتفع و همچنین با حجر مالک این حق از بین نمی‌رود).

(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)

8- چند نکته مهم در مورد حق انتفاع وجود دارد که تیتروار بیان می‌گردد:

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

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

نکته سوم: در حبس، اعم از عمری و غیره قبض شرط صحت است (م 47) 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 49) ولی در مورد حبس مؤبد مثل وقف، هزینه‌های لازم برای حفظ و بقا عین از

منافع خود ملك بايد پرداخت شود مگر شرط خلاف شده باشد.

نکته پنجم: يك مسئله‌اي كه معمولاً دانشجويان حقوق در درس مدني 2 با آن مواجه هستند اين سوال هست كه؛ واگذاري حق انتفاع با دادن اجازه و اذن در انتفاع و نيز با عقد اجاره چه فرقي دارد؟ در جواب بايد گفت:

1) تفاوت واگذاري حق انتفاع و دادن اجازه و اذن در انتفاع: واگذاري حق انتفاع به موجب انعقاد عقد صورت مي‌گيرد در حالي كه دادن اجازه و اذن در انتفاع نوعي ايقاع است. و ثانياً در واگذاري حق انتفاع منتفع مالك حق مزبور مي‌گردد ولي در اجازه و اذن در انتفاع، منتفع حق بر انتفاع پيدا نمي‌كند بلكه انتفاع بردن بر او مباح مي‌شود.

2) تفاوت واگذاري حق انتفاع با عقد اجاره: در عقد اجاره منافع در ملكيت مستأجر ايجاد مي‌شود و به تبع حق استفاده از آن منافع را هم دارد ولي در واگذاري حق انتفاع، منافع در ملكيت منتفع ايجاد نمي‌شود بلكه در ملكيت مالك ايجاد مي‌شود و منتفع فقط حق انتفاع را دارد. ثانياً در عقد واگذاري حق انتفاع بر خلاف اجاره تعيين مدت استفاده از شرايط اساسي صحت عقد نيست همانطور كه مي‌توان واگذاري حق انتفاع را در قالب حبس مطلق آورد كه در آن مدت ذكر نمي‌شود.

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

1) شرايط ماده 190 قانون مدني

2) به قبض دادن موضوع انتفاع

3) مورد معامله بايد چيزي باشد كه با استفاده از آن عين باقي بماند. نکته هفتم: حق انتفاع در موارد زير زایل مي‌شود:

1- در صورت انقضا مدت

2- در صورت تلف شدن مالي كه موضوع انتفاع بوده است

3- در صورت موجود نشدن طبقه ثاني و ثالث و..... در ايجاد حق به تبع موجود

4- در صورت فوت مالك در حبس مطلق

فصل دوم: وقف

9- 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 61 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....) (علی‌احمال 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)

10- عقد وقف مشخصاتی دارد از جمله:

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

(2-) 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 61 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....)

(3-) 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 (1) واقف (2) عین موقوفه (3) موقوف علیهم (4) متولی که در زیر بررسی می‌شوند.

11- 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 يك عمل حقوقی انجام دهد لذا باید شرایطی را قانون برای عاقد در نظر گرفته داشته باشد که عبارتند از:

1) 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.

2) واقف باید اهلیت معاملاتی داشته باشد ماده 57 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 57 يك شرطی را برای واقف در نظر گرفته است و آن اینکه (واقف باید مالک مالی باشد که وقف می‌کند...) (طبق این ماده واقف باید مالک عین و منفعت مورد وقف باشد چرا که با وقف کردن در هر دو تصرف می‌کند با این وجود وقف ملکی که در اجاره موقتی است جایز است (دکتر کاتوزیان - قانون مدنی در نظم کنونی - ذیل ماده 57) اما می‌توان از این ماده برداشت دیگری هم کرد بدین صورت که (عین موقوفه باید ملک باشد) یعنی اشیا مباحه و زمینهای موات را نمی‌توان وقف کرد و برای وقف این دسته از اموال ابتدا باید آنها را که حیازت کرد تا تبدیل به ملک شوند و سپس واقف می‌تواند مالی را حیازت کرده است وقف کند.

12- عین موقوفه: ملکی است که مالک آن، آن را موضوع عقد وقف قرار می‌دهد. عین موقوفه باید دارای شرایطی باشد که بشرح ذیل می‌توان آنها را احصا کرد:

الف) همانطور که قبلاً گفته شد: با توجه به ماده 57 ق.م. عین موقوفه باید ملک باشد و لذا تازمانی که مالی به ملکیت شخصی در نیامده است نمی‌توان آن را وقف کرد.

ب) با توجه به اینکه طبق مواد 60 و 59 ق.م، قبض از شرایط صحت عقد وقف است لذا عین موقوفه باید از اموالی باشد که بتوان آن را به قبض داد. (م 67)

(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 58) 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) می‌توان 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.

13- موقوف علیهم: کسانی هستند که وقف به نفع آنها صورت می‌گیرد. 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 می‌کند.

تذکر: دلیل اینکه متولی نمی‌تواند وقف را قبول کند و فقط حاکم می‌تواند قبول کند این است که قبل از قبول، متولی سمتی ندارد و سمت تولیت بعد از انعقاد وقف به وی داده می‌شود، لذا بعد از انعقاد وقف متولی سمت پیدا می‌کند و می‌تواند عین موقوفه را قبض کند. از جمله شرایط موقوف علیهم این است که خود واقف نمی‌تواند جز و موقوف علیهم باشد قانون مدنی در ماده 72 مقرر می‌دارد (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 می‌تواند منتفع شود (م. 74)

لذا باتوجه به ماده 72 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 می‌تواند بر اولاد و اقوام و خدمه و وارثین و امثال آنها وقف کند (م 73) از دیگر شرایط موقوف علیهم این است که موقوف علیهم باید اهلیت تملک داشته باشد لذا وقف کردن ملک به یک خارجی که نمی‌تواند در ایران مال غیر منقول داشته باشد باطل است.

مطلب دیگر در مورد موقوف علیهم اینکه: 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 ایندو در طول هم قرار دارند لذا وقف بر هر دو صحیح است. آخرین مطلب اینکه: (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 می‌شود.

14- متولی وقف:

واقف می‌تواند در ضمن عقد وقف تولیت یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام العمر یا برای مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می‌تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند.

تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا مجتمعاً اداره کنند و همچنین واقف می‌تواند 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 75) اما بعد از وقوع عقد وقف و حصول قبض

واقف نمی‌تواند 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 نمی‌تواند آن را رد کند

و اگر رد کرد دیگر نمی‌تواند قبول کند و اجابایی که واقف در ضمن عقد برای متولی کرده بود با رد متولی از بین می‌رود و وقف مثل صورتی می‌شود که از اصل متولی مشخص نشده است. ولی به نظر می‌رسد 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 می‌توان متولی دیگری معین کند.

واقف می‌تواند برای متولی ناظر قرار دهد که این ناظر می‌تواند، نظارت استصوابی یا نظارت اطلاعی داشته باشد. همچنین واقف می‌تواند برای متولی حق التولیه و برای ناظر حق النظاره قرار دهد هر چند که خودش متولی باشد زیرا که طبق ماده 30 ق. م مالک می‌تواند در مال خود هر نوع تصرفی بنماید و در زمان انعقاد عقد وقف واقف هنوز مالک است.

تذکر (1) اگر خیانت متولی ظاهر شد حاکم ضم امین می‌کند و نمی‌تواند 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 نمی‌تواند متولی را عزل کند زیرا که بعد از عقد وقف واقف نسبت به وقف بیگانه است.

تذکر (2) اگر واقف وصف مخصوص را در شخص متولی شرط کرده باشد و متولی فاقد آن وصف گردد منعزل می‌شود.

15- بیع مال وقف:

علي 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 می‌شود و شخصیت حقوقی پیدا می‌کند. برخی نوع دیگری عدم امکان فروش مال موقوفه را توجیه می‌کنند: بدین توضیح که، یکی از شرایط مبیع در بیع طلق بودن آن مال است و چون به واسطه وقف مال موقوفه حبس می‌شود 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 88 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 می‌شود لذا به نظر می‌رسد نمی‌توان 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 می‌کند که اگر به خاطر عدم فروش عین موقوفه بیم سفک دما (یعنی احتمال داده می‌شود که خون مسلمانی ریخته خواهد شد) می‌توان عین موقوفه را فروخت.

16- در حق ارتفاق:

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

(1) 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.

(2) حق ارتفاق قائم بر ملک است لذا جدای از ملک نمی‌توان آن را انتقال داد.

(3) 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 97 ق. م) پس می‌توان گفت تصرف به عنوان داشتن حق ارتفاق نشانه و دلیل بر ملکیت در آن حق است (ملاک م 35 ق. م)

4) ایجاد حق ارتفاق توسط مالک برای غیر با اذن در عبور و مرور تفاوت دارد زیرا که ایجاد حق ارتفاق به موجب عقدي از عقود محقق می‌شود و این عقد طبق ماده 10 قانون مدنی عقدي لازم است لذا مالک نمی‌تواند مانع از استفاده صاحب حق شود ولی اذن در استفاده و اجازه در عبور و مرور يك ايقاع است و علي الاصول ایجاد التزام برای اذن دهنده نمی‌کند. به همین جهت است که ماده 98 ق.م.ا.شعار 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 خسارتي متوجه مأذون شود مالک ضامن نیست، چون قانون اجازه داده، از اذن خود رجوع کند (الا ذن الشرعي لا يعقبه الضمان) ولی اگر رجوع از اذن به قصد اضرار باشد، ضامن است. که این رجوع از اذن در ماده 108 ق.م.ب. 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.

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

الف) حق ارتفاق 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 استقلالی: یعنی مستقلاً قابل نقل و انتقال و بازداشت است.

18- 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، مشترك مابین صاحب دو ملک محسوب می‌شود مگر اینکه قرینه یا دلیلی بر خلاف آن موجود باشد (م 109) فرض مزبور در جایی هست که صاحب هر دو ملک در دیوار فاصل متصرف باشند یا هیچ يك 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 مشترك است لذا از جمله قرائنی است که دلالت بر تصرف و اختصاص دیوار به يك نفر از همسایه‌ها دارد.

19- 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

132 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.

20- 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 136 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 نکند، 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.

21- ماهیت حق حریم:

حق حریم از نظر تحلیلی یک نوع حق ارتفاق بر اراضی اطراف قنات و نهر و امثال آن است ماده 139 ق. م در این راستا بیان می‌دارد: (حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافعی باشد با آنچه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری چاه یا قنات بکند، ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایز است) پس 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 مصالح حق حریمی را در املاک مجاور نسبت به صاحب حقی ایجاد کند.

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

(1) به احیا اراضی موات یا حیات اشیا مباحه

(2) به وسیله عقود و تعهدات

(3) به وسیله اخذ به شفعه

(4) به ارث

از این چهار مورد، سه مورد اول جز اعمال حقوقی هستند، { احیا اراضی موات، حیات اشیا مباحه و همچنین اخذ به شفعه } از زمره ایقاعات هستند لذا نیاز به (قصد) دارند همانطور که ماده 143 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 داده‌ها 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 وارد آن از بین می‌رود ولی با این حال نباید آن را

در زمره اعمال حقوقی آورد.

23- 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 قبیل زراعت، درختکاری، بنا ساختن و غیره قابل استفاده نماید (م 141 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: 1) عده‌ای از جمله دکتر امامی عقیده دارند که حیازت به وسیله وکالت و ولایت و... امکان پذیر است.

2) 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.

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

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

24) مقصود از حیازت: تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا (م 146) 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)

25) در اشیا پیدا شده و حیوانات ضاله:

همانطور که قبلاً اشاره کردیم، اشیا پیدا شد و حیوانات ضاله جزء اموال مجهول المالك 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 المالك.

26- 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.

3) در تصرف کسی نباشد

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

27- 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 170 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 المالك می‌شوند و به دستور ماده 28 ق.م به مصرف فقرا می‌رسد.

28- شرایط حیوان ضاله:

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

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

3- بدون تصرف باشد

4- در چراگاه یا نزدیک آب نباشد

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

29- در دَفینه: دَفینه مالی است که در زمین یا بنایی دفن شده باشد و برحسب اتفاق و تصادف پیدا شود. دَفینه اگر مالکش معلوم نباشد ملک کسی است که آن را پیدا کرده است و باید قصد تملک هم بکند، اگر دَفینه در ملک غیر پیدا شود باید به مالک آن اطلاع داده شود و اگر مالک مدعی ملکیت دَفینه شد باید این ملکیت را اثبات کند زیرا که دَفینه از اجزا زمین محسوب نمی‌شود تا مشمول حکم ماده 38 ق. م‌گردد لذا مالک زمین نمی‌تواند در اثبات ادعای ملکیت خود به تابعیت دَفینه از زمین استناد کند. و اگر مالک نتوانست ادعای خود را ثابت کند، دَفینه به مستخرج آن تعلق می‌گیرد.

حقوق مدنی (3):

قواعد عمومی معاملات

1- درس مدنی (3) 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)

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

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 2 ویژگی مهم وجود دارد

1- موجد آن اراده و قصد طرفین باشد.

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

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 1) قصد ایجاد کننده و 2) انطباق آثار بر اراده وجود دارد ولی این قصد یکجانبه است مثل ابرا و طلاق که اینها هم اعمال حقوقی هستند.

ماده 183 ق.م عقد را چنین تعریف کرده است (عقد عبارتست از اینکه يك يا چند نفر در مقابل يك يا 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. چرا که تعریف مذکور در ماده 183 ق.م، [تعریف به اثر] است. یعنی عقد را با توجه به اثری که اولاً و بالذات ایجاد می‌کند تعریف می‌کند لذا معنی ماده 183 می‌شود [عقد یعنی تعهد] ولی در حقوق ما بعضی عقود وجود دارند

که اثر اولیه آنها ایجاد تعهد نیست مثلاً در عقد بیع م 338 می‌گوید (بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم) یعنی اثر اولیه بیع، ایجاد تملیک است نه ایجاد تعهد برای بایع، مبني بر تسلیم مبیع و ایجاد تعهد برای مشتری بر تسلیم ثمن.

یا در عقد ودیعه، من مالی را به شما می‌دهم تا آن را به امانت نگه دارید در اینجا عقد ودیعه، ابتدائاً ایجاد یک نوع اذن در نگهداری می‌کند.

و این اثر اولیه‌اش است. و بعد از آن تعهداتی هم در پی دارد لذا به عقیده بسیاری از حقوقدانان عقد در حقوق ما گاهی تملیکی و گاهی عهده‌ای است پس می‌توان گفت (عقد عبارتست از نتیجه همکاری و تلاقی حداقل 2 اراده انشایی جدی برای ایجاد یک رابطه حقوقی) معامله: کلمه‌ای است عربی به معنی عمل متقابل یعنی طرفینی، اما به معنی خاص یعنی عملی که با قصد انشاء انجام می‌گیرد، یعنی عقد؛ البته در بحث‌های حقوقی گاهی معامله را به معنی ایقاع هم به کار گرفته‌اند هرچند معنی دقیق آن عقد است.

در عرف، معامله معمولاً به عقود اطلاق می‌شود که جنبه مالی آنها قوی‌تر باشد. مثلاً برای نکاح اصطلاح معامله را به کار نمی‌برند و عقد نکاح گفته می‌شود در مقابل به عقد بیع، معامله بیع نیز گفته می‌شود. 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 می‌شود. که ماده 10 ق. م اعلام می‌کند: [قراردادهای] خصوصی که بین اشخاص منعقد می‌شود 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 می‌گیرند ولی در واقع تعهد مترادف التزام است نه الزام. 3- عقود با اینکه ماهیت مشخصی دارند ولی اشکال متنوعی دارند و به اعتبارات مختلف، عقود، تقسیمات متفاوتی دارند: مثلاً عقود براساس اثری که ایجاد می‌کنند به عقود تملیکی و عهده‌ای تقسیم می‌شوند یا براساس الزامی که از آنها ناشی می‌گردد به عقود لازم و جایز تقسیم می‌شوند. برای تقسیم بندی فایده‌ای که مترتباً می‌شود این است که هر دسته احکام خاصی پیدا می‌کنند عقود تقسیم بندی دیگری هم دارند مثلاً:

- | | | |
|--|---|-----|
| <p>(1) عقود معاوضی: عهدي است که دارای دو عوض هست و آن دو باهم معاوضه می‌شوند مثل بیع</p> <p>(2) عقود غیرمعاوضی: عهدي است که دو عوض در آن مقابل هم قرار نمی‌گیرند مثل همه</p> | } | 1 - |
|--|---|-----|

- (1) عقد خیاری: عهدي است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد برخی عقیده دارند که عقد خیاری یکی از شاخه‌های عقد لازم است که این نظر مشهور است ولی عده‌ای معتقدند که اگر در عقد جایز برای شخص ثالثی اختیار فسخ عقد وجود داشته باشد، عقد تبدیل به عقد خیاری می‌شود.

- (2) عقد غیر خیاری: عهدي 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 خیاری تبدیل شود.

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

- (2) عقود شبه معین، عقودي هستند که در قانون نام برده شده‌اند ولی احکام و آثار آنها مفصلاً ذکر نشده است مثل نامزدی [شایان ذکر است که دکتر شهیدی نامزدی را وعده می‌دانند نه عقد]
- 3 -

(3) 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 10 قانون مدنی هستند مثلاً کسی قرار داد می‌بندد که خانه‌ای را برایش بسازد و نقشه و مصالح و کارگر را نیز خود استخدام کند (قرار داد پیمانکاری)

(1) عقد لازم: عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه [م 185 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 4 - اخیر ماده نمی‌شوند زیرا که، انفساخ، انحلال قهری است در حالیکه در فسخ نیاز به انشایی داریم. و تفاسخ هم برهم زدن دو جانبه عقد است که در عقد لازم می‌توان دوجانبه آن را منحل کرد. (2) عقد جایز: عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتوانند هر وقت بخواهد معامله را فسخ کنند.

نکته (1) 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 (1): عقد جایز را در ضمن عقد لازمی بصورت شرط ضمن عقد بیاوریم و یا (2) 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 (2) 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 401 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.

(1) 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.

(2) 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 املاک در دفتر املاک است)

- (1) عقد مشروط: عهدي است که در آن شرطي گنجانده شده باشد اعم از شرط فعل و يا صفت و يا نتیجه:
- (2) عقد مطلق: عهدي است که هيچ شرطي در آن نباشد بلکه صرفاً توافق بر موضوع اصلي مورد عقد واقع شود، بدون هيچ شرطي.
- 6

- (1) عقد عهدي: عهدي است که اثر اوليه و با لذات آن ايجاد تعهد باشد مثل عقد قولنامه (که شخص تعهد مي کند، مالش را به ديگري بفروشد)
- (2) عقد تمليکي: عهدي است که اثر اوليه و با لذات آن ايجاد ملکيت است مثل عقد بيع يا اجاره
- 7

- (1) عقد حال: عهدي است که براي تسليم عوض يا معوض اجلي معين نشده باشد مثل بيع نقد و يا اینکه براي اجراي قرارداد يك زماني مشخص نکنند،
- (2) عقد مؤجل: عهدي است که براي تسليم يکي از عوض يا معوض يا براي هردو آنها اجل معين شده باشد يا اینکه براي اجراي قرارداد زماني خاص مشخص نمايند.
- ۸

- (1) عقود مغابني (غير مسامحي): اصل و قاعده در عقود اين است که مورد معامله معين باشد (غرري نباشد)
- 9- عقود به اعتبار درجه معين و عقود مغابني عقودي هستند که مورد معامله بايد بودن و معلوم بودن مورد معامله تقسيم مي شوند به:

- (2) عقود مسامحي: يکسري عقود پيش بيني شده است که مبناي آنها بر تسامح است به خاطر اینکه مردم شايد بخواهند در بعضي موارد با تسامح عقد لازمي را منعقد کنند مثل عقد جعاله يا عقد صلح: لذا عقد مسامحي عقودي هستند که بناي طرفين بر تسامح است و لزومي ندارد که حتماً مورد معامله بطور کامل معلوم باشد.

تذکر: واژه [معلوم بودن] در مقابل واژه [مجهول بودن] است و همين علم به مورد معامله است که در عقود مسامحي مورد اغماض قرار مي گيرد. ولي واژه [معين بودن] در مقابل [مردد بودن] قرار مي گيرد و مردد بودن هميشه موجب بطلان عقد است چه عقد مسامحي باشد يا مغابني، در قسمت تعاريف چند نکته ديگر هست که بايد ذکر گردد:

الف) انفساخ عقد: بر هم خوردن قرارداد است قهراً و به حکم قانون مثل تلف مبيع قبل از قبض و يا انحلال عقود جايز با موت يا حجر يکي از طرفين که اين انحلال به حکم قانون است و طرفين هيچ توافقي بر آن انحلال نکرده اند.

ب) تفاسخ (اقاله): در اين حالت هردو طرف اراده مي کنند که عقد را بر هم بزنند.

خ) فسخ: در فسخ هم مثل تفاسخ قرارداد بصورت ارادي از بين مي رود ولي با اراده يك نفر، اين فسخ ممکن است منشاء توافق و اراده داشته باشد مثلاً بايع و مشتري خيار فسخ براي يك طرف قرارداد داده باشند و ممکن است منشاء قانوني داشته باشد مثلاً قانون مقرر مي دارد در صورتي که مبيع معيوب باشد. مشتري حق فسخ معامله را خواهد داشت.

آخرين تقسيم بندي عقود، تقسيم آن به اعتبار اين است که آیا اثر عقد به محض انعقاد به وجود مي آيد يا خير؟ به اين اعتبار عقد به عقد منجر و عقد معلق تقسيم مي شود.

(1) عقد منجر (قطعی)

(2) عقد معلق (احتمالی)

-10

برای تحلیل این دو عقد باید يك مقدمه‌ای ذکر شود:

ما از جهت ذهنی و تحلیل عقلی، عقد را می‌توانیم به اجزائی تحلیل کنیم، عقد از يك نکته نظر به 3 جزء تحلیل می‌شود (1) انشاء عقد (2) منشاء عقد (3) اثر منشاء

(1) انشاء: یعنی ایجاد، مثل خلق کردن و (2) منشاء: یعنی آنچه از انشاء نتیجه می‌شود مثل مخلوق (3) 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 يك موجود اعتباری را به وجود می‌آورد (منشاء) و در مرحله سوم: این موجود اعتباری اثری را بر جا می‌گذارد.

حال عقد معلق عقدی است که تعلق می‌گیرد بر [امری]: و این [امر] را معلق الیه یا (شرط تعلیق) می‌گویند. نکته مهم در این بحث این است که وقتی می‌گوئیم عقد معلق منعقد شد، منظور چیست؟

يك 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 منشاء 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 تملك شما » معلق شده است به لیسانس گرفتن. برخی نیز با توجه به ظاهر ماده 189 ق.م.ا 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 189 ق.م.ا « 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 190 ق.م.ا) يك سری شرایط دیگری برای صحت عقد معلق وجود دارد:

(1) امری که عقد به آن معلق شده است نباید محال باشد زیرا عقد را باطل می‌کند

(2) 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 حالتی که معلق است چه است چه اثری دارد؟

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

در این حالت عقد معلق يك عقد است و در حدی که عقد معلق اقتضاء می‌کند باید رعایت شود. برخی عقیده دارند که عقد معلق برای مثال بیع معلق برای مشتری ایجاد يك حق عینی بر مبیع می‌کند و بایع هم يك حق عینی بر مبیع دارد، لذا در مبیعی که به عقد معلق فروخته شده است دو حق عینی جمع می‌شوند و هر يك باید در تصرفات خود حق دیگری را رعایت کنند. از طرفی عقد بیع معلق هم به هر حال عقد بیع است لذا عقد

لازمي است پس هيچ يك از طرفين نمي‌توانند بدون رضاي ديگري آن را فسخ كنند.
حالا اگر معلق عليه محقق شد، اثر عقد از چه زماني حاصل مي‌شود؟
چون در اين مورد قانون ساكت است حقوق دانان اختلاف نظر دارند دكتر امامي معتقدند كه با وحدت ملاك
از عقد فضولي زماني كه معلق عليه محقق شد، كاشف به عمل مي‌آيد كه از زمان عقد، ملكيت به طرف عقد
(مثلاً مشتري) منتقل شده است (نظر كاشفيت)
برخي ديگر كه تقريباً نظر مشهور بين حقوق دانان است اعتقاد دارند كه با توجه به تفسير اراده متعاملين
نظر صحيح اين است كه ملكيت از زمان حدوث معلق عليه منتقل شده است (نظريه قابليت)

فصل دوم: شرایط اساسی معاملات

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

شرایط اساسی صحت معاملات در ماده 190 ق.م 4 مورد ذکر شده است:

1- قصد و رضا

2- اهلیت طرفین

3- موضوع معامله که باید معین باشد. 4- مشروعیت جهت معامله

بنداول) یعنی قصد و رضا، در واقع 2 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 190 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 برمی گیرد نظر دوم است یعنی این شرایط، تمام اعمال حقوقی را در برمی گیرد نه فقط قراردادها و عقود را.

ق.م در واد 191 الی 218 شرایط اساسی صحت معاملات را به طور تفصیلی مورد بررسی قرار داده است. اولین ماده، ماده 191 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

191 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 هر چه 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.

4- 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 193 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 راستا م 192 بیان می‌کند «در مواردی که برای طرفین تلفظ ممکن نباشد، اشاره‌ای که مبین قصد و رضا باشد کافی است.»

مفهوم مخالف ماده 192 ق.م این است که اگر تلفظ ممکن باشد اشاره کافی نخواهد بود. که البته این ظهور را باید با توجه به ماده 193 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.

5- 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، هر چند که

قصد انشاء وجود داشته باشد و اراده ظاهری و باطنی بر هم 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 بر فروش خانه بکند و دیگری قصد انشاء جدی بر هبه گرفتن خانه داشته باشد عقد محقق نمی‌شود این توافق اراده‌ها باید در موارد ذیل وجود داشته باشد:

(1) 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.

(2) توافق در موضوع و مورد معامله: در خودموضوع معامله هم چیزهای مختلفی است که باید مورد توافق باشند مثلاً: در مصداق مورد معامله باید موافق باشند مثلاً اگر یکی قصد جدی بر فروش ماشین 206 خود بکند و دیگری قصد جدی بر خرید ماشین پیکان داشته باشد عقد صحیح نخواهد بود. و اثر آن بطلان عقداست.

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.

6- زمان وقوع عقد:

بعد از ایجاب و قبول عقد محقق می‌شود (منتها همیشه استنباط زمان انعقاد عقد ساده نیست چرا که 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:

1- نظریه اعلام قبول 2- نظریه ارسال قبول

3- نظریه وصول قبول 4- نظریه اطلاع از قبول

از بین نظرات بالا دکتر کاتوزیان و مرحوم دکتر شهیدی و بسیاری از حقوقدانان نظریه ارسال قبول را پذیرفته اند 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 زمانی که قبول کننده اراده خود را اعلام می‌کند عقد محقق می‌شود هر چند ارسال قبولی اماره‌ای بر جدی بودن اراده است ولی می‌توان خلاف آن را اثبات کرد و زمان اعلام اراده را زمان انعقاد عقد می‌دانند.

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

این معاملات صوری به 2 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 کرده اند، 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 190 وجود قصد انشاء از شرایط اساسی صحت معاملات است و در حالت دوم چون متعاملین

داراي يك اراده ظاهري هستند ولي اراده باطني منطبق با آن وجود ندارد، لذا فاقد پشتوانه قصد انشاء است پس باطل است.

برخي ديگر معتقدند كه معامله صوري قسم اول باطل است ولي در نوع دوم بايد آثار و احكام همان عقدي را برطرفين باز كنيم كه قصد باطني برانعقاد آن داشته اند.

تذکر (1): معامله صوري در واقع مصداق مهمي از معاملات فاقد قصد است البته معاملات ديگري هم داريم كه بخاطر فقدان قصد باطل هستند مثل معاملاتي كه شخصي در حالت مستي انجام مي دهد.

تذکر (2): نکته آخر در معاملات فاقد قصد اين كه: معاملات فاقد قصد 2 نوعند: يا فقدان قصد ناشي از يك نقص ذاتي است مثل حجر، يا صغير غيرمميز كه اين فقدان قصد به جهت فقدان اهليت است لذا قانونگذار مدني از آن در بخش اهليت صحبت کرده است.

يا نقص، نقص عرضي است و فرض بر اين است كه اهليت و ساير شرايط فرد درست است ولي به علت عرضي قصد وجود ندارد مثل مستي خواب، بيهوشي

8- در بحث قراردادها يك بحثي مطرح است و آن اينكه، رابطه بين قصد كننده [يعني عاقد] با صاحب معامله چيست؟ آيا هميشه قصد كننده صاحب معامله است؟ يعني معامله براي اوست و سود و زيانها براي اوست؟ در جواب به اين پرسش بايد 2 حالت را از همدیگر جدا کرد كه يكي اصل است و ديگري استثناء:

(1) كسي كه معامله مي كند آن معامله براي خود آن شخص محسوب

مي شود. مگر اينكه در موقع عقد خلاف آن را تصريح كند: اين اصلي

رابطه بين عاقد است كه در ماده 196 ق.م ذكراً شده است. زيرا كه ما در حقوق قراردادها

و صاحب معامله: ها يك اصلي داريم بنام (اصل نسبي بودن قراردادها): كه به موجب آن

هر قراردادي فقط نسبت به طرفين قرارداد اثر دارد نه نسبت به ديگران

كه اين اصل يك اصل منطقي است چرا كه قرارداد يك رابطه خصوصي

است و بايد در همان رابطه هم اثر بگذارد.

(2) استثناء «در صورتي كه ثمن يا مثن معامله عين معين باشد و اين عين هم

متعلق به غير باشد، معامله براي صاحب عين منعقد مي شود، صرف نظر از اينكه

عاقد چه كسي باشد»

9- اصل نسبي بودن قراردادها كه بالا ذكر شد داراي استثنائات چندي است كه قانونگذار مدني ما آنها را پذيرفته است:

الف) وكالت: قانونگذار درم 198 قبول کرده است كه معامله توسط وكيل انجام شود و وكيل قصدي را بكند كه آثار آن متوجه موكل باشد، لذا قانونگذار قصد وكيل را قصد معتبري تلقي کرده است.

ب) برخلاف حالت قبل كه قبل از معامله وكيل ماذون از طرف صاحب مورد معامله است، گاهي قصد

كننده ماذون نيست، در حقوق ما آن را معامله فضولي مي نامند كه ق.م ذر 197 قصد فضول را قصد معتبري تلقي کرده هرچند آن را براي اكمال و اتمام عقد كافي نمي دانند.

ج) در قسمت اخير م 196 ق.م اشعار مي دارد (... معذالك ممكن است در ضمن معامله كه شخص براي

خود مي كند تعهدي هم به نفع شخص ثالث بنمايد)

يعني تعهد به نفع شخص ثالث هم يكي از استثنائات وارد بر اصل نسبي بودن قراردادها است.

10- چرا در تعهد به نفع مشخص ثالث عدول از اصل نسبي بودن قراردادها ايراد ندارد؟

چون اگرما تعهد به نفع شخص ثالث را تحليل كنيم متوجه مي شويم كه از يك طرف در تعهد به نفع شخص

ثالث خود طرفين ضرر ناشي از آن را قبول کرده اند، مثلاً فرض كنيد الف) خانه را به ب) مي فروشد و در

ضمن قرارداد شرط مي كنند كه دوست الف) به مدت 6 ماه در خانه سكونت كند. كه در اینجا ثالث فقط سود

مي برد.

البته برخی گفته اند در همه حالات تعهد به نفع شخص ثالث باید وی قبول کند، ولی ظاهراً ماده 196 ق. م این نظر را تأیید نمی‌کند زیرا که در مقام بیان تعهد به نفع شخص ثالث ذکر 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.

11- در بحث قصد انشاء و رضا 2 مطلب مهم وجود دارد که باید مورد توجه قرار گیرد.

الف) اشتباه: در مورد تأثیر اشتباه در سرنوشت عقد 3 حالت را باید از هم جدا کرد

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

(2) اگر اشتباه در اوصاف اساسی نباشد 2 حالت دارد:

الف) اگر این شرط غیر اساسی در قرارداد شرط شده باشد یا عقد متبانیاً بر آن منعقد شده باشد، کسی که

زیان دیده حق فسخ دارد.

ب) اگر شرط غیر اساسی 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 2 نوع اکراه داریم:

(1) اکراه شدید (اجبار) (الجاء): در چنین مواردی اکراه شدید است و مقصود جانی است که شخص به دلیل اکراه شدید فاقد اراده است که اصطلاحاً می‌گویند مسلوب الاراده شده است.

(2) اکراه غیر شدید: 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 202 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 202 در قسمت اول ملاک نوعی است؟

در ادامه م 202 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

12- 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 اضطراري: 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 اضطراري برخلاف معامله اکراهی صحیح و نافذ است.

فصل دوم: اهلیت:

اهلیت موضوع اصلی حقوق اشخاص است که در قسمت اول این تحقیق در بحث مدني (1) مورد بررسی قرار گرفت. در قسمت قراردادها مواد 212 و 213 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 مدني (1) بحث اهلیت را مطرح کردیم، در اینجا از ذکر دوباره مطالب خودداری می‌کنیم.

فصل سوم: مورد معامله

13) بند سوم از ماده 190 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 قرارگیرد. مورد معامله شرایطی دارد که اگر آن شرایط ایجاد شود میتوان درکنار ارکان دیگر صحت معاملات رکن دیگری را ذکر کرد.

ماده 214 ق. م مقرر می‌دارد که «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک 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 ندرد پس این تعهد نمی‌تواند مورد معامله قرارگیرد لذا معامله باطل است.

در درجه ثالث: طبق م 215 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 216) 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 (1) برای رفع غرر از معامله و معین بودن موضوع معامله 3 چیز باید از جهل خارج شود: 1) جنس مورد معامله 2) اوصاف مورد معامله

3) مقدار مورد معامله:

نکته (2) 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 مغایبی نیستند، لذا قاعده غرر فقط در عقود مغایبی 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.

13- 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 شمامی بینید 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 100 کیلو برنج، 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 100 کیلو گندم به شما فروختم ولی اگر بگوییم یک تن گندم در انبار موجود است از آن 100 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) کلي يا کلي في الذمه: در این حالت عین کلي در ذمه شخص است و لزومی ندارد که در انبار یا بیرون موجود باشد و ممکن است کلي مافي الذمه وجود نداشته باشد مثل معامله سلم و سلف. در کلي مافي الذمه، وجود بالفعل مورد معامله در هنگام انعقاد عقد شرط نیست ولی وجود و تحققش 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.

14- فصل چهارم: جهت معامله

درم 190 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 قراردادها 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 چراکه 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. باتوجه به وضعیت غیر مشخص 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.

15- اصل لزوم در قراردادها:

طبق ماده 219 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 رامی‌رساند:

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.

16- قاعده خسارت:

مایک قاعده کلی خسارت داریم که در قرارداد و غیر قرارداد جاری می‌شود. که ممکن است در قرار داد 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 نقص 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 (4) ذکر خواهد شد] و در آنجا قاعده عمومی این است که تمام این شرایط

باید به اثبات برسد.

ولی در قرارداد 2 حالت وجود دارد:

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

(2) 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، 2 شرط از چهار شرط بالا مفروض است و فقط باید دو شرط یعنی [1] وجود تعهد 2 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.

17- 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 بی‌معنی 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 فورس‌ماژور 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

18- 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 نمی‌آمد، «شروط ابتدائی» می‌نامند، البته بنابه نظر اکثر حقوقدانان با تقنین ماده 10 قانون مدنی شرط ابتدائی نفوذ حقوقی پیدا کردند.

شروط ضمن عقد: یعنی تعهدی فرعی که در ضمن عقد ذکر می‌شود.

19- شروط ضمن عقد از 2 جهت تقسیم بندی می‌شوند:

(الف) از نظر ماهوی: به شروط صحیح و شروط باطل و مبطل تقسیم می‌شوند.

(ب) از جهت شکلی، به شروط صفت، فعل و نتیجه تقسیم می‌شوند.

20- تقسیم بندی شروط از نظر ماهوی:

شروط ضمن عقد دو دسته هستند:

1 - شروطی که صحیح اند.

2 - 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 نمی‌شوند که این شروط در ماده 232 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:

مشتري 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 می‌شوند (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 يك طرف عوضین باشد یا هر دو طرف عوضین، مثلاً در ضمن بیع 100 کیلو گندم شرط کنیم مقداری از آن را در حدود 10 تا 20 کیلو به احمد بدهیم که این شرط

موجب غرر خواهد بود، لذا موجب جهل به یکی از عوضین می‌شود که هم باطل است و هم مبطل

(b) شرط خلاف مقتضای عقد:

مقتضای عقد: چیزی است که بعد از عقد، نتیجه و اثر عقد است مثلاً تمليك در بیع البته هیچ گاه در عقد

مستقیماً مقتضای عقد نمی‌شود بلکه آثاری از عقد نفی می‌شود که نفی این آثار مستلزم نفی مقتضای عقد است.

در معنای عام این آثار بسیار متعدّدند يك سري از آثار بسیار به عقد نزديك است، یعنی نمی‌توان تصور

کرد که عقدي محقق شود بدون آن که، این آثار را نداشته باشد. (یعنی اینها مقتضای ذات عقدند)

اما يك سري از آثار هستند که عقد بدون آنها هم اثر خود را دارد یعنی درواقع این آثار مقتضای ذات عقد

نیستند بلکه مقتضای اطلاق عقدند (مثل امکان اجاره دادن ملك مورد بیع)

منظور از مقتضای عقد درم 233 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.

21- 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

بنداول)

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 355 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 234 هر امری نیست، زیرا انسان قدرت بر هر 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 بر جای 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 بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. (بند 3 م 234 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:

(1) مشروطه له (2) مشروط علیه (3) 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 بر عهده‌اش 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 بر عهده 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 240 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)

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

(الف) شرط فعل راتزامانی که اجرا نشده 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.

23- 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 246 ق.م.آ 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 را بیان 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 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 (1) شروط وابسته (2) 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 عقدهای 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 عقدهای کرد که بصورت شرط، در ضمن آن آمده است.

فصل ششم: معاملات فضولي

24- معامله فضولي: معامله به مال غیر است بدون سمت

چند نکته راجع به معاملات فضولي است که ابتدائاً باید ذکر گردند.

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

(2) بعضی معتقدند که احکام فضولي شامل ایقاعات نمی‌شود و فقط حکم فضولي برای معاملات است. مثلاً اگر کسی فضولتاً دین دیگری را ابراً کند به عقیده این عده باطل است زیرا اقتضای قاعده کلی بطلان است. ولی همان طور که در ذیل ماده 190 در شرایط اساسی اعمال حقوقی بحث شد شرایط مذکور در آن ماده شامل تمام اعمال حقوقی است نه فقط معاملات یا عقود، لذا ابراً فضولي هم غیر نافذ است.

(3) برخی عقیده دارند که تعهد فضولي باطل است و معامله فضولي فقط در معین یا کلی در معین مصداق دارد. لذا اگر کسی فضولتاً بر عهده دیگری تعهد نماید طبق ماده 197 ق.م.ا.ص. 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 تعهدکنم که استاد فرشچیان يك 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 فضولي قابل تصور باشد باید بتوان تعهد فضولي بر ذمه دیگری را نیز تصور کرد چرا که ذمه ارزش مالی دارد پس تعهد فضولي هم باید غیر نافذ باشد.

(4) مصداق اصلی معامله فضولي زمانی است که شخص به مال غیر و بنام غیر معامله می‌کند مثلاً علی مال برادرش را برای برادرش می‌فروشد ولی واقعی هست که شخص مال دیگری را برای خودش می‌فروشد مثلاً سارق مال دزدی را برای خودش می‌فروشد آیا در اینجا معامله فضولي 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 فضولي خواهد بود.

و این نظر را نظر مشهور فقهای امامیه تأیید می‌کنند.

(5) اگر مالکی، دیگری را نهی کرده باشد که به مال او معامله نکند، آیا در اینجا معامله فضولي خواهد بود یا باطل؟ نظر مشهور این است که در اینجا هم معامله فضولي خواهد بود.

25- احکام اجازه یا رد

اجازه یا رد نهادهای خاصی هستند که فقط در مورد معامله فضولي 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. زیر آنچه باید، ایجاد شده است و اجازه فقط اعلام يك 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 فضولي) نیازمند اراده انشایی هستیم.

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

26- اجازه یا رد در معامله فضولي 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.

27 - مسئله دیگر در بحث معاملات فضولي 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 253 ق.م.ا.ص. 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 يك 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 يك حق تبعی است. یعنی تابع مالی است که معامله فضولی بر روی آن واقع شده است، به عبارت دیگر هرکس مالك مال مورد معامله فضولی شد، مالك 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 ورد، حق مستقلي نیست بلکه تابع ملك است و هرکسی که به واسطه ارث مالك ملكي می‌شود، مالك حق اجازه و رد آن نیز خواهد شد. بحث دوم این است که آیا می‌توان حق اجازه و یا رد را بصورت ارادی انتقال داد؟

(1) از آنچه در بالا گفته شد مبني بر اینکه حق اجازه یا رد حق مستقلي نیست نتیجه می‌شود که نمی‌توان آن را مستقلاً به دیگری انتقال داد.

(2) اگر مالی که مورد معامله فضولی قرار گرفته و مالك اصلي می‌خواهد این مال را به دیگری منتقل کند، در این مورد نظر مشهور این است که حق اجازه یا رد به تبع مال به مالك جدید منتقل می‌شود. در این مسئله نظر دیگری هم وجود دارد که معتقدند، با انتقال مال توسط مالك به دیگری، معاملات فضولی قبلی باطل می‌شود، زیرا که مالك با انتقال ثانوی مال به طور ضمنی اراده خود بر رد معامله فضولی را اعلام کرده است. ولی این نظر را مفهوم ماده 254 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 تملك 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.

27- 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 يك مال، مالك نسبت به همه اینها حق اجازه و یا رد دارد، اگر هرکدام را رد کرد تأثیری بر معاملات دیگر ندارد ولی اگر یکی را تنفیذ کرد جایی اختلاف است که آیا بقیه معاملات فضولی باقی می‌مانند یا باطل می‌شوند؟ و آیا تنفیذ یکی به منزله رد دیگری است؟ طبق قواعد کلی تکلیف معاملات فضولی دیگر با مالك جدید است.

در معاملات فضولی طولی: م 257 اشعار می‌دارد: «اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده است قبل از اینکه مالك معامله فضولی را اجازه یا رد کند، مورد معامله دیگر نیز واقع شود، مالك می‌تواند هریک از معاملات را که بخواهد اجازه کند، در این صورت هریک 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 [مثن] عین معین است. اگر مثن معامله عین مورد معامله فضولی باشد، در این صورت تنفیذ یکی از معاملات موجب می‌شود که معاملات قبلی صحیح و معاملات بعدی باطل خواهد بود.

28- بحث مهمی که در معاملات فضولی و معاملات اکراهی مطرح می‌شود این است که تأثیر اجازه از چه زمانی است؟ در این مورد 2 نظر ارائه شده است:

1- نظریه ناقلیت: یعنی اجازه از زمانی که به عقد ملحق می‌شود اثر می‌گذارد و عقد فضولی یا اکراهی قبل از لحوق اجازه هیچ اثری ندارد.

2- نظریه کاشفیت: یعنی اجازه که به عقد ملحق می‌شود، اثرش را از زمان انعقاد عقد می‌گذارد و عقد از اول صحیح می‌شود.

نظریه کاشفیت هم به دو دسته تقسیم می‌شود:

الف) نظریه کشف حقیقی: یعنی اینکه مالکیت عین و منفعت هر دو از زمان انعقاد عقد منتقل می‌شود.
 ب) نظریه کشف حکمی: یعنی مالکیت عین از زمان اجازه و مالکیت منافع از زمان انعقاد عقد به منتقل الیه، منتقل می‌شود.

نظریه قانون مدنی: در مورد اینکه قانون مدنی از کدام يك 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 258 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 257 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 258، 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.
 29- 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 2 رابطه داریم:

الف) رابطه بین مالک و متصرفین: قاعده کلی این است که مالک می‌تواند به هریک 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 بر عهده کسی است که مال در دست او تلف شده است (در مورد عین) و در مورد منفعت هرکس به اندازه زمان متصرف خود ضامن است. فصل هفتم: در سقوط تعهد است:

1- 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:

2- وفای به عهد: هرگاه کسی تعهدی را بر عهده می‌گیرد باید انجام دهد، انجام تعهد و وفای به عهد، عمل حقوقی نیست بلکه يك رویدادی است که اثر خود را بر جای 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 يك 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 267) ولی اگر شخصی دین دیگری را ایفاء کرد، نمی‌تواند به مدیون مراجعه کند مگر اینکه از جانب او اذن داشته باشد یا شرایط ماده 306 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 269) 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 ملك خود متعهدله باشد این شرط منتفی است مثل تسلیم مبیع به مشتری توسط بایع پس از انعقاد عقد بیع.
 3- 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، خيار 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 خيار 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 283 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 283 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 286] 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 منفصله از زمان عقد تا زمان اقاله مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است که این قسمت از ماده 287 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

4- 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 289) که اسقاط حق دینی است.

موضوع ابراء کلی است لذا در صورتی که کسی تعهد به تسلیم دینی را داشته باشد نمی‌توان ذمه او را ابراء کرد، البته موضوع ابراء باید موجود باشد و ابراء مالم 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 شهیدی دکتر کاتوزیان

- 1- ابراء معلق باطل است ← 1- ابراء معلق صحیح است
- 2- ابراء مشروط باطل است ← 2- ابراء مشروط صحیح است
- 3- شرط عوض در ایقاع باطل و مبطل است ← 3- شرط عوض در ابراء باعث معوض شدن آن و بطلان ابراء نمی‌شود.
- 5- 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 1 م 292 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 2 م 292) این نوع تبدیل تعهد شبیه عقد ضمان است ولی با آن فرق می‌کند، چرا که شرایطی که برای ضمان لازم است در اینجا شرط نیست و ثانیاً در عقد ضمان، همان دین که بر عهده متعهد بود عیناً بر عهده ضامن منتقل می‌شود. ولی در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد، تعهد اصلی ساقط می‌شود و تعهد جدیدی بر عهده ثالث قرار می‌گیرد.
- ج) تبدیل تعهد به اعتبار متعهده: که در آن متعهده مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل می‌کند (بند 3 م 292) این قسمت از ماده 292 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 متعهده دارد ساقط می‌شود و تعهد جدیدی با همان اوصاف به نفع ثالث ایجاد می‌شود.
- از طرفی هم در ضمان و هم در انتقال طلب علی الاصول تضمینات تعهد بر جای خود باقی است ولی در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق بر تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین آن را صراحتاً شرط کرده باشند (م 293)
- 5- 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
- 6- مالکیت مافی الذمه:
- مالکیت مافی الذمه نیز یکی از اسباب سقوط تعهد است. و آن زمانی اتفاق می‌افتد 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 ترکه بعد از اخراج وصیت و دیون تبدیل به ارث شد) ساقط می‌شود.
- علت سقوط تعهد در مالکیت مافی الذمه این است که یکی از ارکان بقای تعهد که تعدد طرفین است از بین می‌رود و وصف دائن و مدیون در یک نفر جمع می‌شود لذا تعهد ساقط می‌گردد.

حقوق مدنی (4):

مسئولیت مدنی

1) مدنی (4) 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 می‌کنند. مسئولیت مدنی یا ضمان قهری از مواد 300 ق.م تحت عنوان [در الزاماتی که بودن قرار داد حاصل می‌شود] شروع می‌شود، 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 می‌دهد قاعده عمومی مسئولیت مدنی است و اگر قاعده خاصی نباشد به قاعده تقصیر رجوع می‌شود. به طور کلی در نظریه تقصیر (3) مطلب مد نظر قرار می‌گیرد. 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 زننده باشد، دوم اینکه برای اینکه زیان زننده 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 زننده، 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 می‌تواند 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 می‌تواند 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 گاهی 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 می‌شوند. این نظریه نیز در حقوق ایران می‌تواند با غصب همانند شود.

1) 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:

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

2) قاعده اتلاف: اتلاف یعنی اینکه کسی مباشرتاً خسارتی را به دیگری وارد آورد و فرق و تمایز آن با تسبیب این است که ؛ تقصیری نمی‌خواهد و با فورس ماژور هم رفع می‌شود.

- 3) 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 می‌شود که عالماً 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 می‌شود.
- 4) قاعده لا ضرر: لا ضرر از قواعدی است که در فقه بسیار مورد استناد قرار می‌گیرد نظری که اکثر فقها بر آن اعتقاد دارند، آن است که قاعده لا ضرر نفی حکم می‌کند و نمی‌توان با استناد به آن جعل حکم کرد.
- 5) 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»
- 6) قاعده اقدام: اقدام یعنی کسی با اراده خود مسئولیتی یا کاری را به طور نوعی انجام دهد که نتیجه‌اش ایجاد مسئولیت است.

3_ ارکان مسئولیت مدنی:

- معمولاً سه رکن اصلی برای مسئولیت ذکر می‌شود:
- 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 می‌دانیم که ضرری را وارد کرده است. لذا اگر ضرر نباشد ما اصلاً مسئولیتی مدنی نخواهیم داشت.
- ضرری که موجب مسئولیت می‌شود باید دارای سه ویژگی باشد:
- ۱) ضرر باید واقعی باشد
 - ۲) ضرر باید جبران نشده باشد
 - 3) ضرر باید مستقیم باشد یعنی ضررهای با واسطه زیاد؛ ضرر تلقی نمی‌شود، در ضرر مستقیم ممکن است مال موجودی از بین برود: مثلاً کسی ماشین دیگری را از بین ببرد و یا اینکه منفعت مسلمی که می‌توانسته 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؟
- عده‌ای عقیده دارند که چون خسارت معنوی قابل تقویم به پول نیست و نوعی تشفی خاطر محسوب می‌شود 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 عرفاً، خسارت بدانند باید جبران شود. و در توجیه می‌گویند 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:

- 1) برخی گفته اند، سبب برای اینکه، رابطه سببیت ایجاد کند باید سبب نزدیک باشد.
- 2) برخی گفته اند سبب برای اینکه، رابطه سببیت ایجاد کند باید سبب بلا واسطه باشد
- 3) 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 می‌شود لذا از بین این نظریات سه گانه فوق، نظریه سبب متعارف مقبولیت بیشتری پیدا کرده است و قانون مدنی هم در ماده 336 خود استناد عرفی را ملاک مسئول بودن و ضرر دانسته است.
- 4- برخی موارد وجود دارند که رابطه سببیت بین ضرر و فعل زیانبار را قطع می‌کنند که عبارتند از:

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

(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 می‌شود و اکراه شونده، از مسئولیت بری می‌گردد.

(ج) اضطرار: حالتی است که شخص مجبور می‌شود 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 نمی‌کند چرا که اضطرار حکم تکلیفی یعنی حرمت استفاده از مال دیگری را بر می‌دارد ولی حکم وضعی که ضمان است بر جای خود باقی می‌ماند.

نتیجه: پس به طور کلی اضطرار تأثیری در رابطه سببیت ندارد.

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

5- در بخش مسئولیت مدنی قانونگذار مدنی (2) بحث را از همدیگر جدا کرده است:

(الف) بحث اول: کلیات است که بطور کلی در این باره می‌توان گفت:

(1) هر کس من غیر حق مالی را دریافت کرده است باید برگرداند. (م. 303) برخی از حقوقدانان این ماده را قاعده دارا شدن غیر عادلانه می‌دانند.

(2) ایفای ناروا: اگر کسی اشتباهاً خود را مدیون می‌داند آن دین را تأدیه کند، حق دارد از کسی که بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید (م. 302) 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 نمی‌کند که اشتباه در دین یا مدیون یا داین باشد.

(3) بحث دیگری که در بخش کلیات مسئولیت مدنی آمده است م. 306 است. این ماده اصطلاحاً به اداره فضولی مال غیر مشهور است. که مقرر می‌دارد « 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 مخارج خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است »

ماده 306 ق. م را در حقوق موضوعه یکی از عمده مصادیق قاعده احسان می‌دانند. که طبق آن [کسی که احسانی می‌کند 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 می‌شود.

شرایط ماده 306 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 نمی‌شود (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: (ملاك 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.

5- فصل دوم در ضمان قهری:

در این فصل چهار موجبی را که قانون مدنی برای ضمان قهری بر شمرده است بررسی خواهیم کرد. (1) غصب و آنچه در حکم آن است (2) اتلاف (3) تسبیب (4) استیفا

6- 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) برخي عقیده دارند که موضوع غصب باید مالیت داشته باشد هر چند ملك باشد، لذا به نظر اینها تصرف و استیلا بر يك قوطي کبریت خالي که ملك دیگری است غصب نیست ولي در مقابل عده‌اي اعتقاد دارند که با معیار ماده يك قانون مسئولیت مدني و با ملك شخصي می‌توان 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 ولي اگر غیر اختصاصی باشد مانند حق تقدم به مشترکات عمومی در اینجا ضامن منفعت نیست. زیرا که خود یکی از صاحبان حق است ولي 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 868 ق. م مقرر می‌دارد که به محض فوت مورث ترکه بطور متزلزل به ملکیت ورثه وارد می‌شود.

(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 ولي می‌تواند تسبیب باشد] (ی) در قاعده (علي الید) اکراه بی تأثیر 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 ولي در ق. م این قید نیامده است.

7- 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 غیر بدون مجوز، عقود فاسد هستند، مثلاً اگر عقدي 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 616 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.

8- در بحث غصب سه حالت قابل بررسی است (1) حالتی که يك فرد به تنهایی ید نامشروع دارد و فقط يك نفر متصرف غیر قانونی بوده است.

(2) زمانی که حداقل 2 نفر بر مالی بدون مجوز ید داشته باشند که این تصرف طولی است. (تعاقب ایادی)

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

9- 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 311 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 می‌شود که احتمال اینکه مال

باقی باشد قوی است ولي عین مال قابل رد نیست. مثل زمانی که دشمن منطقه‌ای را تصرف کرده است و مال در منطقه تصرف شده وجود دارد. بدل حیلوله با مثل یا قیمت فرق می‌کند. در مورد مالکیت بدل حیلوله

اختلاف نظر هست برخی عقیده دارند که بدل حیلولة 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 می‌گردد. برخی می‌گویند مالکیت عین [در بدل حیلولة] از آن غاصب است ولی مالک حق استفاده دارد زیرا اساساً مقصود از بدل حیلولة 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 حیلولة از آن مالک است. 10- تعاقب ایادی:

تعاقب ایادی یعنی حداقل (2) 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 می‌شود. طبق قاعده میزان مسئولیت متصرف نامشروع بر اساس میزان تصرف او تعیین می‌گردد « 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 بر عهده چند مدیون می‌بیند، البته این مسئولیت تضامنی، مسئولیت نهایی نیست و تکلیف مسئولیت هر یک از غاصبین در اینجا تعیین نمی‌شود. در رابطه دوم یعنی رابطه بین خود غاصبین مسئولیت نسبی است و ضمان هم نهایی است. غاصبین، هم بر عین تصرف پیدا می‌کنند و به تبع بر منفعت هم ید پیدا می‌کنند لذا دو حالت را جداگانه بررسی می‌کنیم.

(1) راجع به عین و خسارت عین: مالک می‌تواند 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 بر عهده غاصب ایجاد شده است و طبق آن تکلیف قانونی باید عین را به مالک تسلیم کند. اگر عین تلف شده باشد، می‌تواند 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 می‌تواند به هر کدام از غاصبین مراجعه کند ولی در رابطه دوم که ضمان نهایی است اگر عین تلف شده باشد (2) حالت پیش می‌آید:

(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 318)

(2) 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.....

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 (4 ماه) 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 (2 ماه) تصرف الف و ب را بپردازد. فقط در صورتی حق رجوع به آنها را دارند که از آنها اذن در تأدیه 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.

11- 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 قهري 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.

12- تعاقب ایادی از طریق معامله:

م. 323: (اگر کسی ملك مغضوب را از غاصب بخرد، آن کس نیز، ضامن است و مالك می‌تواند بر طبق مقررات فوق به هر يك 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 مالك عین مغضوبه را معین می‌کند ولی در رابطه بین خود بایع و مشتری و سایر غاصبین ماده 325 مقرر می‌دارد: (اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالك 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 مالك نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند، بایع حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت). در اینجا در کنار قاعده غصب يك قاعده دیگر هم وارد می‌شود آن قاعده غرور است. اگر فقط قاعده (علي الید) باشد، مالك 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 الي من غره) طبق ماده 325 اگر مالك 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 می‌توان به ثمن رجوع کند.

13- اتلاف و تبسیب: در فقه امامیه قاعده اتلاف و تبسیب را دو قاعده جداگانه می‌دانند و قانون مدنی هم به تبعیت از فقه این دو را تحت دو عنوان مجزا بحث کرده است. قاعده اتلاف که يك قاعده‌ای اصطیادی است در فقه با این بیان مشهور است [من اتلف مال الغیره فهو له 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 علي القاعده «با فعل مثبت» قابل تصور است اما در تبسیب چون با واسطه است لذا ممکن اقدام سبب فعل باشد یا ترك 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 328 ق.م در اتلاف فقط رابطه علیت شرط است و تقصیر شرط نیست.

نکته (1) در اتلاف چون حکم به ضمان از احکام وضعی است لذا قصد به اتلاف یا عدم قصد (م 328) 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 می‌کند.

نکته (2) اگر مبناي 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 سوي متلف منتفی می‌سازد ولی در اتلاف نیازی به تقصیر نداریم. نکته (3) 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 332 خود نظریه سبب متعارف را قبول کرده است. م 332 اشعار می‌دارد: «هر گاه يك نفر سبب تلف مالي را ايجاد کند و ديگري مباشر تلف شدن آن مال بشود، مباشر مسئول است نه مسبب، مگر اینکه سبب اقوي باشد [به نحوي که عرفاً اتلاف مستند به او باشد]
14- استيفا

« هر گاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهيای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خواهد بود » طبق این ماده (2) 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:

- 1) یا عرفاً برای آن عمل اجرتی معین شده باشد
 - 2) و یا شخص عامل عادتاً مهيای آن عمل باشد: پس اگر شخصی عامل عادتاً مهيای 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 337)

15- طبق قانون مسئولیت مدنی مصوب 17 اردیبهشت ماه 1339 کمیسیون مجلس:

- 1) هم ضرر مادی قابل مطالبه است و هم ضرر معنوی (م)
- 2) ضابطه مسئولیت [لطمه به حق قانونی] قرارداد شده است (م 1)
- 3) دادگاه در موادی می‌تواند خسارت را تعدیل کند و تخفیف دهد که نوعی تعدیل قضایی است (م 4)
- 4) ضرر آینده را نیز قابل جبران می‌داند (م 5)
- 5) 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 11)
- 6) در مورد کارگران و خساراتی که آنها در حین کار یا به مناسبت آن وارد می‌آورند 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 می‌نموده، به عمل آورده یا اینکه اگر احتیاطهای لازم را به عمل می‌آورد، باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌شد. البته بعد از اینکه کار فرما خسارت ثالث را پرداخت کرد می‌تواند به وارد کننده خسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید.

حقوق مدنی (5):

حقوق خانواده

قسمت پنجم از این مجموعه به مباحث 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:

1- 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 عقدي 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 ابویین 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 ابویین هر یک از نامزدها به خود نامزد یا ابویین 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.

2- در مورد قابلیت صحی برای ازدواج قبلاً ماده 1041 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 9 سال و پسر بعد از 15 سال تمام قمری می‌توانستند ازدواج کنند ولی بعداً در سال 1381 ماده 1041 به شرح زیر اصلاح شد (عقد نکاح دختر قبل از 13 سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن 15 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:

3- 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

4- ممنوعیت نکاح به واسطه قرابت نسبی:

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

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

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

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

(4) نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات (م 1045)

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

5- 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 يك شبانه روز و یا 15 دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد بدون آنکه در بین آن غذایی 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 يك زن و از يك شوهر باشد.

6- ممنوعیت نکاح به واسطه قرابت نسبی (که مصاهره هم می‌نامند) (2) حالت دارد یا ممنوعیت دائمی است و یا ممنوعیت غیر دائمی.

الف) ممنوعیت دائمی:

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

2- 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.

3- 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:

(1) 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)

(2) 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 16 قانون حمایت از خانواده اجازه دادگاه هم در این مورد شرط است)

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

الف) مواردی که حرمت ابدی است

(1) 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. (1050)

(2) عقد در حال احرام باطل است و با علم به حرمت موجب حرمت ابدی است.

(3) تفریقی که با لعان حاصل می‌شود موجب حرمت ابدی است.

(4) زنا با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعیه است موجب حرمت ابدی است.

(5) اگر کسی با پسری عمل شنیع کند مادر و خواهر و دختر آن پسر (مفعول) بر فاعل حرام مؤبد

می‌شوند.

(6) اگر بین مرد و زنی سه بار طلاق بائن و شش بار طلاق رجعی صورت گرفته باشد آن دو بر هم حرام

مؤبد می‌شوند.

(ب) مواردی که حرمت نکاح ابدی نیست:

(1) هر کس زن شوهر دار را به نکاح خود در آورد ولی جاهل به علقه زوجیت یا جاهل به حرمت نکاح باشد.

(2) عقد در حال احرام در صورتی که جاهل به حرمت نکاح در حال احرام باشند.

(3) زنی که سه بار از مردی طلاق می‌گیرد بر آن مرد حرام می‌شود مگر آنکه محلی ازدواج کند و دخول هم صورت گیرد و بعد از دخول طلاق گیرد.

8- 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 1068)

لازم به تذکر است که ما معمولاً در عقد نکاح دائم (2) 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)

9- در نکاح منقطع:

نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد (م 1075)

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 می‌شود.

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

10- 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 1078) پس برای مهر دو شرط لازم است:

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

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

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

10- 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:

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

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

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

(4) 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 ملك غیر باشد زن مستحق مثل یا قیمت آن مال خواهد بود مگر اینکه صاحب مال اجازه نماید.

11- 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.

12- 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:

(1) 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.

(2) 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.

13- (فسخ نکاح):

در عقد نکاح اصل بر اینست که هیچ يك از خيارات 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:

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

(2) جنون زن هنگامی موجب حق فسخ برای مرد است که عیب مزبور در حال عقد موجود باشد: دسته دوم عیوب ویژه مرد:

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

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

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

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

(1) قرن (2) جذام (3) برص (4) افضاء (5) زمین‌گیری (6) 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 خیار که برخی معتقدند که در نکاح وجود دارد خیار تدلیس است که از ماده 11280 ق.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.

14- در طلاق:

طلاق یکی از مواردی است که موجب انحلال عقد نکاح می‌شود طبق ماده 1133 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 1358 این اختیار مطلق مرد تعدیل شده بود تا اینکه در مورخه 81/9/4 ماده مزبور به شرح زیر اصلاح شد (مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید).

15- 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 لاقل 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 (1136) 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.

16- در انواع طلاق:

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

17- طلاق بائن:

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

(1) طلاق که قبل از نزدیکی صورت گیرد.

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

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

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

نتیجه نکاح جدید.

18- طلاق مبارات: طلاق 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 فدیهای 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 علی الاصول 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

19- 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 3 طهر است مگر اینکه زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که 3 ماه است (عده فسخ نکاح دائم نیز چنین است)

ج) عده فسخ نکاح: عده فسخ نکاح منقطع و بذل مدت و انقضاء آن در غیر حامل دو طهر است مگر اینکه زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت 45 روز است.

د) عده طلاق فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن در مورد زن حامله تا وضع حمل است.

ه) عده نزدیکی به شبهه مانند عده طلاق است

20- اگر در ایام عده طلاق شوهر بمیرد آیا زن باید عده وفات نگه دارد؟

(1) 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.

(2) 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 (6):

عقود معین

بحث مدنی (6) 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

(1) 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 190). معلوم بودن مقدار و جنس و وصف مبیع است و تعیین مقدار آن به وزن وکیل و یا عدد و زرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف است (م 342)

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.

(2) 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.

(3) انواع مبیع:

مبیع ممکن است به (3) صورت باشد:

(1) 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 پارك شده جلوي منزل شما

آنچه در اینجا ایجاد مشکل می‌کند تشخیص مواد مشکوک است که آیا عین هستند یا منفعت مثل ثمره حاصل

از درختان يك باغ

در مورد معیار تعیین این دو دکتر کاتوزیان عقیده دارند: (بهره برداری تدریجی از عین دیگر منفعت است و سایر موارد عین هستند).

(2) مبيع کلي در معين: عین کلي در معين که قانون مدنی در م 350 آن را تعریف کرده است (مقدار معين بطور کلي از شي متساوي الاجزاء).

معنی متساوي الاجزاء: یعنی که از نظر وصف و عنوان و عرف متساوي باشد مثل گندم

(3) مبيع کلي: مفهومي است که مصادیق متعدد دارد که در بيع سلم و سلف مبيع کلي است یا در معاملات پیش فروش که بايع تعهد می کند فردی از افراد کلي را تهیه نماید و به مشتری تحویل نماید.

نکته (1) در مورد مبيع کلي وجود آن در حین انعقاد بيع از شرایط صحت نیست

نکته (2) در مورد ماهیت بيع عین کلي اختلاف نظر وجود دارد:

عده ای از جمله دکتر امامی و دکتر کاتوزیان عقیده دارند که بيع کلي بيع عهدي است نه بيع تملیکی و دکتر امامی اعتقاد دارند که با تسلیم مبيع انتقال مالکیت هم صورت می گیرد ولی دکتر کاتوزیان اعتقاد دارند که با تعیین مبيع ملکیت منتقل می شود

عده ای دیگر معتقدند که بيع کلي هم بيع تملیکی است و به محض انعقاد عقد بيع، مبيع به ملکیت مشتری در می آید.

نکته (3) در صورتی که مبيع عین معين باشد کافی است که مقدار جنس و وصف مبيع را هر يك از طرفین بدانند و ضرورتی ندارد که در این باره توافقی صورت گیرد و عقد بر مبنای آن منعقد شود.

ولی در مبيع کلي چون فروشنده باید بر مبنای او صافي که در عقد آورده شده است مبيع را انتخاب می کند باید درباره مقدار و جنس و وصف مبيع توافق صورت گیرد و مبهم ماندن هر يك از آنها در عقد سبب بطلان می شود زیرا این ابهام موجب مبهم شدن تعهد فروشنده خواهد شد.

(4) فروش مال از روي نمونه: طبق م 354 ق.م (بيع ممکن است از روي نمونه به عمل آید در این

صورت باید تمام مبيع مطابق نمونه تسلیم شود والا مشتری حق فسخ دارد)

در مورد این ماده باید در مورد مبيع کلي و مبيع عین معين قائل به تفاوت شد:

الف) اگر عین کلي باشد و آنچه بايع تسلیم می کند مطابق نمونه نباشد در واقع بايع به تعهد خود به درستی عمل نکرده است لذا ابتداءً الزام به ایفای تعهد می شود و در صورتی که امکان الزام وجود نداشت و توسط شخص دیگری هم تعهد ایفا نشد مشتری حق فسخ خواهد داشت.

ب) اگر مبيع عین معين باشد به صرف عدم تطابق مبيع تسلیم شده با نمونه، مشتری حق فسخ خواهد داشت (5) ملحقات مبيع:

هر شيء که به عنوان مبيع 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 مبيع می شود.

الف) هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبيع شمرده شود داخل در بيع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و یا اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشد (م 356)

ب) هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا توابع مبيع شمرده نشود داخل در بيع نمی شود مگر صریحاً در عقد ذکر گردد

ج) در موارد مشکوک اصل بر عدم تداخل است

نکته: زراعت در بيع زمین و میوه در بيع درخت و حمل در بيع حیوان داخل در مبيع نیست مگر عرف منصرف به آن باشد یا طرفین توافق کنند

(6) در آثار ربيع:

هر بیعی صحیحاً واقع می شود دارای آثاری است که مشخصه خاص آن است. این آثار عبارتند از:

(1) به مجرد وقوع مشتری مالک مبيع و مشتری مالک ثمن می شود.

(2) عقد بيع بايع را اضمامن درك مبيع و مشتری را اضمامن درك ثمن قرار می دهد

(3) عقد بيع بايع را به تسلیم مبيع ملزم می نماید

(4) عقد بيع مشتری را به تأیید ثمن ملزم می کند (م 362)

ذیلاً هر کدام از این موارد را بررسی می‌کنیم:

(7) قانون مدنی در بند 1 م 362 اشعار می‌دارد (به مجرد) وقوع بیع ملکیت منتقل می‌شود البته در تفسیر این بند اختلاف نظر وجود داشته است.

برخی آن را ناظر بر این می‌دانند که قید (به مجرد وقوع) برای مخالفت با نظری آمده است که وجود خيار را مانع انتقال ملکیت می‌دانستند لذا اعتقاد دارند وجود خيار فسخ و وجود اجل مانع انتقال نیست پس در بیع شرط که نوعی بیع خياری است انتقال صورت گرفته است و در بیع موجل چه از ناحیه ثمن و چه از ناحیه مثن مالکیت ایجاد می‌شود و همانطور که ماده 363 ق. م در مخالفت نظر شیخ طوسی اعلام کرده (در بیع خياری ملکیت از زمان عقد است نه از حین انقضای خيار)

(8) عقد بیع با بیع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد. البته باید اعتراف کرد که (ضمان 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.

(9) عقد بیع با بیع را به تسلیم مبیع و مشتری را به تأیید ثمن ملزم می‌کند. (بند 4 م 362) طبق این بند تسلیم و تسلیم از آثار خود بیع است لذا خيار تعذر تسلیم ناشی از خيار تخلف از شرط فعل نیست زیرا که تسلیم از آثار خود بیع است نه از آثار شروط ضمن آن، پس باید گفت که مبنای خيار تعذر تسلیم قاعده لاضرر است.

عدم امکان بر تسلیم ممکن است به دو نحو باشد:

الف) ناتوانی موقت از تسلیم:

(1) اگر موضوع عقد تعدد مطلوب باشد و مشتری عالم بر عدم امکان تسلیم نباشد خيار فسخ خواهد داشت و اگر آگاه باشد هیچ خياری نخواهد داشت

(2) و اگر موضوع عقد وحدت 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 يك نتیجه منتهی می‌شوند:

مبنای اول: با غیر مقدور شدن تسلیم نقضی 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 يك 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

(10) 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 جدي برای انجام معامله نداشته لذا بیع باطل است.

ب) عمل تسلیم در موردی که بیع عین معین باشد يك عمل قضایی است ولی اگر مبیع کلی ما فی الذمه باشد يك عمل حقوقی است.

ج) تسلیم مبیع انواعی دارد:

(1) تسلیم عملی: دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انجام تصرفات و انتفاعات باشد.

(2) تسلیم حکمی: که 8 نوع است:

- نوع 1) تلف مبيع توسط مشتري قبل از قبض
 نوع 2) ابقاء يد بايع بر مبيع بوسيله مشتري تحت عنوان اجاره - عاريه بدون اينكه بايع تخلیه کند.
 نوع 3) تهاتر (اگر مبيع كلي باشد)
 نوع 4) ضمان نقل ذمه به ذمه (اگر مبيع كلي باشد)
 نوع 5) حواله (اگر مبيع كلي باشد)
 نوع 6) تبديل تعهد (در مبيع كلي)
 نوع 7) ابراء (در مبيع كلي)
 نوع 8) مالکيت ما في الذمه (در مبيع كلي)
- در دو نوع اول مبيع عين معين است در تبديل تعهد مبيع مي تواند عين معين يا كلي باشد و در بقيه موارد مبيع كلي در ذمه است. (صدور چك و كشيدن برات دلالت بر پرداخت ثمن ندارد مگر بعد از وصول آن)
 د) در بيعي كه موقوف به اجاره مالك است قدرت بر تسليم در زمان اجاره معتبر است زيرا الزام به تسليم مبيع از آثار بيع صحيح است و تا زماني كه اجاره در بيع فضولي يا اكرهي متصل نشده است هنوز بيع صحيح وجود ندارد
- 11) حق حبس: هر يك از بايع و مشتري حق دارد كه از تسليم مبيع يا ثمن خودداري كند تا طرف ديگر حاضر به تسليم شود مگر اينكه مبيع يا ثمن موجد باشد در اين صورت هر كدام از مبيع يا ثمن كه حال باشد بايد تسليم شود (م 377)
- حق حبس براي اينكه قابل استفاده باشد بايد داراي شرايطي باشد:
- 1) عقد بايد معوض باشد لذا عقود غير معوض حتي با شرط مشمول آن نمي شود
 در ميان عقود معوض هم حق حبس در باره دو عوض اصلي و متقابل بوجود مي آيد نه تمام اجزاء و شرايط عقد لذا مثلاً در اجاره پرداخت اجاره بها را مي توان موكل به تسليم عين مستأجره كرد ولي مستأجر نمي تواند اجراي تعهد خود به تسليم اجاره بها را موكل به انجام تعهد موجد، به تعمير جزئي، كند.
 - 3) به نظر دكتر كاتوزيان چون اقاله هم عقد است لذا حق حبس در آن جريان دارد.
 - 4) حق حبس چون ناشي از تراضي طرفين است (بنابر قولي) لذا قابل اسقاط است و يكي از وسايل اعلام سقوط حق حبس تعيين اجل براي يكي از دو تعهد است البته اگر اين اجل بنا به قرار دادگاه باشد (مثل مورد م 277) ياد ستور صادره از اداره ثبت باشد موجب سقوط حق حبس نيست و فقط يكي از تعهدات بايد زودتر اجرا شود.
 - 5) اگر عرف انجام يكي از تعهدات را زودتر بداند بايد آن تعهد زودتر انجام شود و حق حبس وجود ندارد.
 - 6) بر مبناي حق معلق نمي توان به حق حبس استناد و اجراي تعهد منجز و مسلم طرف ديگر را به حال تعليق در آورد.
 - 7) حق حبس مي تواند در تسليم مال، انجام كار يا خودداري از انجام تعهد باشد.
 - 8) فروشنده تا پرداخت تمام ثمن، از تسليم مبيع مي تواند خودداري كند.
 - 9) اگر اجل انجام دو تعهد يكي باشد باز حق حبس داريم.
 - 10) حق حبس يك طرف كه ساقط شد حق ديگري هم ساقط مي شود.
- نكته) مخارج نگهداري مبيع در زمان حبس بر عهده بايع است و منافع مال هم براي اوست (من له الغنم العزم) زيرا كه مشتري در مقام اعمال حق قانوني خويش آن را نگه مي دارد.
- 12- شرايط زوال حق حبس:
- 1) هر گاه متعهد به ميل خود قرار داد را اجرا كند.
 - 2) در صورتي كه دين مقابل تعهد به دليلي از بين برود و يا دين به ديگري انتقال يابد و طرف قرار داد را در برابر اسناد كننده به حق حبس بري مي شود (مثلاً اگر فروشنده بر عهده خريدار حواله اي صادر كند و خريدار قبول كند حق حبس فروشنده زایل مي شود.
 - 3) دادن وثيقه حق حبس را زایل نمي كند، ولي اگر قرار داد فسخ شود حق حبس موضوع خود را از دست مي دهد و در مقام استرداد دو عوض نيز (به جز اقاله) حق حبس وجود ندارد.
 - 4) در موردی كه طرفين عقد بطور ضمني يا صريح حق حبس را زایل كنند.

تذکر: تقاضای اجرای تعهد از طرف یکی از متعاملین به معنی اسقاط حق حبس نیست.

13 - 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 3 و 4 م 362) نیست و این اموال در نزد فروشنندگان 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.

14 - مطلبی که بسیار مورد سوال واقع می‌شود این موضوع است که مواد 355 و 384 و 385 قانون مدنی چه رابطه‌ای با همدیگر دارند؟

در جواب ابتدا متن این موارد را ذکر می‌کنیم:

(م 355) 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 بایع می‌تواند آن را فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نماید)

(م 384) (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 ببع 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 بایع است)

م 389) (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 بایع حق فسخ خواهد داشت)

اول) در م 355: 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 384: 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 می‌گیرد و قابل تبعض و تقسیم است. سوم) در م 385) خیار مذکور خیار شرکت است البته برخی عقیده دارند این خیار هم خیار تخلف از وصف است. زیرا به هر حال يك قطعه خانه یا زمین معین مورد معامله قرار گرفته است

چهارم) در جمع مواد 355 و 384 باید گفت: آنچه مسلم است این است که در هیچ صورتی، خواه مقدار مبیع اعلام شود یا به صورت شرط در آید خریدار نمی‌تواند 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 يك عین معین خاص شده است.

15 - 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) می‌دانند.

قانونگذار مدنی در ماده 387 مقرر می‌دارد (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 می‌رود 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:

(1) مبیع باید عین معین یا در حکم آن باشد.

(2) تلف باید فورس مازور باشد.

(3) مبیع را باید در مقام اعمال حق حبس خود نگه داشته باشد مگر در صورتی که ثمن حال بوده یا اجلش کمتر بوده باشد و پرداخت شده ولی مبیع موجد بوده یا اجلش زیاد بوده باشد (یعنی با مجوز قانونی مبیع در ید بایع باشد)

(4) بائع برای تسلیم مبیع به مشتری یا حاکم رجوع نکرده باشد (در اجل معهود)
 (5) مشتری برای قبض و تسلیم ثمن به بائع رجوع نکرده باشد و بائع 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 بد امانی او به بد ضمانی تبدیل می‌شود.

تذکر: به نظر دکتر کاتوزیان در مورد ماده 387 ق.م و تلف مبیع قبل از قبض عقیده دارند ائتلاف موضوع قطع نظر از مسئول آن یکی از موارد تعذر تسلیم است (ائتلاف نه تلف) که طرف قرار داد حق فسخ دارد و ضمان بائع از بین نمی‌رود 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 بائع 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 بائع 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 بائع آن را تلف کند باید بدل را می‌داد) و پیوندی با قرار داد اصلی یا ثمن ندارد.

16 - ضمان درك:

تعریف ضمان درك: ضمان به برگرداندن ثمن در صورتی که مبیع مستحق الغیر در آید یا به هر علتی بیع باطل باشد.

از عمده شرایط در ضمان درك (قبض ثمن) است یعنی بعد از قبض ثمن از طرف مشتری ضمان درك برای بائع بوجود می‌آید زیرا تا زمانی که ثمن قبض نشده است تکلیف به بازگرداندن ثمن معنی ندارد. تعریف ضمان عهده: هر گاه کسی از بائع یا از مشتری (در صورتی که ثمن شخصی باشد) ضمانت کند این ضمان ثانی را ضمان عهده می‌نامند.

17 - اختیارات: در قانون مدنی ده اختیار نام برده شده است ولی چند اختیار هم می‌توان از لایه لای مواد قانون مدنی استخراج کرد:

(1) اختیار مجلس (2) اختیار حیوان (3) اختیار شرط (4) اختیار تأخیر ثمن (5) اختیار غبن (6) اختیار رویت و تخلف وصف (7) اختیار عیب (8) اختیار تدلیس (9) اختیار تبعض صفقه (10) اختیار تخلف شرط

(18) اختیار مجلس:

این اختیار را در کتاب فقها با عبارت (البیعان با لخیار ما لم یفترقا) می‌آورند این اختیار را اختیار عدم تفریق هم می‌نامند یعنی تا زمانی که متعاملین از همدیگر جدا نشده اند اختیار فسخ معامله را خواهد داشت. این اختیار از اختیارات مختص بیع است بنا به نظر مشهور اگر عقد را يك نفر منعقد کند (مثلاً اصالتاً از طرف خود بفروشد و وکالتاً از جانب مشتری بخرد) اختیار مجلس وجود نخواهد داشت زیرا اختیار مجلس زمانی وجود دارد که امکان تفرق وجود داشته باشد از طرفی در حالت تردید اصل، لزوم قرار داده‌ها است. اگر تفرق بخاطر فورس مازور مثل و وقوع زلزله باشد اختیار مجلس ساقط نخواهد شد.

19 - اختیار حیوان:

اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را خواهد داشت (م 398). برخی این اختیار 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 اختیار وجود خواهد داشت.

اختیار 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.

20- اختیار شرط:

این اختیار ناشی از تراضی هست و اختیار تخلف از شرط (فعل یا صفت) به جهت عدم انجام مورد تراضی است.

اختیار 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 اختیار 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 خيار شرط متفاوت است و هر جا که اقاله در انحلال عقد مؤثر نیست شرط انفساخ هم نفوذ حقوقی ندارد.

21- خيار تأخير ثمن:

یکی از خيارات مختص بیع است که اگر شرایط ذیل محقق شود قابل اعمال خواهد بود
 شرط اول): مبيع باید عین معین یا کلی در معین باشد.

شرط دوم): برای تسلیم مبيع یا تأدیه ثمن اجلی معین نشده باشد یعنی بیع نقد باشد لذا حتی اگر تسلیم جزئی از ثمن یا مبيع موجل باشد باز خيار تأخير ثمن وجود نخواهد داشت.

شرط سوم): بایع ظرف سه روز تمام مبيع 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 1): باید توجه داشت که تسلیم تمام مبيع موجب سقوط خيار تأخير ثمن است، نه قبض مشتری زیرا ممکن است قبض بدون اذن باشد

تذکر 2): در خيار تأخير ثمن می‌توان بدون الزام مشتری اعمال خيار کرد البته بایع می‌تواند به اختیار خود قبل از اعمال خيار اجبار مشتری را از دادگاه بخواهد.

تذکر 3): خيار تأخير ثمن مختص بایع است.

22 - خيار رويت و تخلف وصف:

عده‌ای این دو خيار را جدا از همدیگر می‌دانند و م 410 ق.م را ناظر به خيار تخلف وصف و ماده 413 را ناظر به خيار رويت می‌دانند ولی نظر مشهور حقوقدانان این است که این دو خيار یکی هستند. برای اعمال این خيار شرایط ذیل باید وجود داشته باشد:

شرط اول): باید مبيع عین معین یا در حکم آن باشد زیرا اگر کلی باشد باید الزام به ابدال و اگر ابدال

امکان نداشت خيار به وجود می‌آید

شرط دوم): باید وصفی که وجود ندارد از اوصاف ترغیبی باشد نه از او صافی که موجب رفع جهالت از مبيع می‌شود زیرا اگر مورد اخیر (اوصاف اساسی) موجود نباشد منجر به بطلان عقد بیع می‌شود بند (3) م 190 ق.م و مشتری هم باید مبيع را به وصف بخرد.

شرط سوم): مشتری باید قبلاً مبيع را ندیده باشد

شرط چهارم): مبيع باید مخالف وصف معهود باشد.

تذکر): خيار رويت و تخلف از وصف باید فوری بعد از رويت اعمال شود.

23 - خيار غبن:

خيار 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.

خيار غبن تنها در عقود معوض جاری خواهد بود و عدم تعادل در ارزش عوضین در زمان عقد ملاک خواهد بود.

24 - خيار عيب:

اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبيع معیوب بوده است مشتری مختار است در قبول مبيع معیوب به اخذ ارجش یا فسخ معامله:

در اعمال عيب شرایط ذیل باید محقق شود:

شرط اول): عيب مخفی باشد (عدم علم و اطلاع مشتری شرط است)

شرط دوم): به هنگام عقد عيب باید موجود باشد یا بعد از عقد و قبل از قبض به وجود آید و بعد از قبض

تنها در صورتی عيب به وجود آمده موجب خيار خواهد شد که مشتری یکی از سه خيار را داشته باشد (خيار مجلس خيار شرط و یا خيار حيوان)

شرط سوم): مبيع عین معین یا کلی در معین باشد.

تذکر 1): اگر مبيع بخاطر عیبی که در زمان عقد بوده تلف شود بر عهده بایع است.

- تذکر 2): 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.
- 25 - 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 ارزش 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 ارزش رجوع کند
- 26 - خیار تدلیس: تدلیس عبارتست از عملیاتی که موجب فریب طرف دیگر معامله گردد (م 438) خیار تدلیس با خیار عیب مشابهاً 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 ببوشاند 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.
- 27 - خیار تبعض صفقه:
- خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود 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 441)
- معمولاً خیار تبعض صفقه در معاملاتی جاری است که امکان تبعیض موضوع معامله وجود داشته باشد مثلاً در انتقال یک حیوان تبعض صفقه قابل تصور نیست.
- تذکر 1) خیار تبعض صفقه ویژه معاملات معوض است چرا که در معاملات رایگان فرض ضرر در صورت تبعیض وجود ندارد.
- تذکر 2): 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 می‌شود و طبق ماده 443 ق. م خیار تبعض صفقه زمانی به وجود می‌آید 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.
- 28 - خیار تخلف شرط نیز از خیاراتی است که در بیع وجود دارد ولی ما بطور تفصیل در بحث مدنی (3) آن را بررسی کردیم.
- 29 - همانطور که گفتیم در قانون مدنی احکام بعضی خیارات آمده ولی بطور مشخص از آنها نام برده نشده است ما چند مورد را بیان می‌کنیم:
- الف) خیار تقلیس: (م 380) (در صورتی که مشتری مفلس شود و مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند)
- برخی خیار تقلیس را از قواعد عمومی قرار داده‌اند و معتقدند که در تمام عقود جاری است.
- خیار تقلیس در مورد مبیع معین جاری است.
- ب) خیار (مایفسدلیومه) که در فروعات خیار تأخیر ثمن بحث شده است و قانون مدنی در ماده 409 متذکر خیار شده است. که اشعار می‌دارد (هر گاه مبیع از چیزهایی باشد که در کمتر از 3 روز فاسد و یا کم قیمت شود ابتداء خیار از زمانی است که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت می‌گردد)

به نظر می‌رسد 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 385 ق.م را می‌توان خیار شرکت نامید.

30 – در آخر در مورد خیارات چند نکته باقی می‌ماند 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: علی‌الاصول اثر فسخ نسبت به آینده است و فقط در یک مورد اثر قهقرایی 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)

31 – بیع شرط:

بیعی است که در آن متعاملین شرط می‌کنند اگر در مدت معینی بایع 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.

32 – 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 464) 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:

(1) خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن در معاوضه نیست.

(2) حق شفعه در معاوضه وجود ندارد.

(3) تلف مبیع قبل از قبض اگر خلاف قاعده باشد در معاوضه نیست.

(4) 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:

32- (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: (1) اجاره اشیاء (2) اجاره اشخاص

33 – اجاره اشیاء: عقد اجاره باید دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد (م 190) یعنی طرفین عقد باید قصد انشایی جدی برای انعقاد عقد داشته باشند 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 (3) 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 می‌آید لذا باید مدت اجاره هم معلوم و معین باشد البته در اجاره اشیاء منفعت به زمان تعیین می‌شود.

(ج) نحوه استفاده مستأجر از عین مستأجره هم باید معلوم و معین باشد مثل اینکه ماشین را برای استفاده شخصی یا مسافر کشی می‌خواهد 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 2 حالت را از همدیگر جدا می‌کنند:

(1) اگر در اثر مانع و عذر عام نتوان از مورد اجاره استفاده کرد اجاره باطل می‌شود مثل سیل و زلزله

و.....

(2) 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.

34 - 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.

تذکر (1): علی‌الاصول مستأجر می‌تواند عین مستأجره را اجاره بدهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد.

تذکر (2): 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.

35 - 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 می‌گویند عهدي است و بعضی اعتقاد دارند تملیکی

است). اگر مورد اجاره کلی باشد در این صورت کلیه حقوق‌دانان آن را عهدي 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.

36 - 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 مضي 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.

37 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 190) است لذا عقد باطل می‌شود.

37- 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).

38 - 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 بعض آن، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه مدت فسخ کند یا فقط مصلابه تقلیل نسبی مال الاجاره را بنماید (م 483) 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.

39 - چند نکته مهم در مورد عقد اجاره باقی می‌ماند که در امتحانات ارزش زیادی دارند و مورد سوال واقع می‌شوند:

نکته (1) 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 (2) هرگاه مستأجر نسبت به عین مستأجره تعدی و تفریط نماید مؤجر حق فسخ دارد به شرطی که قادر بر منع او نباشد.

نکته (3) 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.

نکته (4) 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 (5) 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 (6) 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 (7) در اجاره حیوان لازم نیست که خود حیوان مشخص باشد بلکه کفایت جنس و کیفیت آن مشخص باشد.

نکته (8) به نظر برخی اجاره اشخاص يك عقد عهدي 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 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 (7):

عقود معین

در درس مدنی 7 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:

1 - مزارعه و مساقات:

نکته 1) بنا به نظری مزارعه شرکتی است که از يك طرف، انتفاع زمین و از طرف دیگر کار را به عنوان مال الشریکه می‌آورند.

نکته 2) 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 3) سهم عامل از محصول زمین باید بطور مشاع تعیین شود و اگر بطور کلی ولی معین باشد مثل اینکه بگوییم اجرت عامل 20 خروار تومان پول باشد در این صورت اجاره است ولی اگر بگوییم که 20 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 الا جاره زمین را از محصول آن قرار داد.

نکته 4) 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 5) عقد مزارعه عقدی است لازم.

نکته 6) فسخ و اقاله 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 يك از عامل و مزارع مالك حصه خود هستند (م 530) 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 يك مستحق اجرت المثل خواهند بود

نکته 7) 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 8) مساقات عقد موضعی است که عوضین آن عبارتند از عمل عامل از يك طرف و ثمره معین برای عامل از طرف دیگر.

نکته 9) شرایط عقد مساقات:

الف) مورد مساقات باید درختان مثمره باشد.

ب) درختان باید دارای اصول ثابت باشد.

(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.

(2) مضاربه:

نکته (1): مضاربه از عقود معوض است.

نکته (2): مضاربه عقدی عهده‌ای است.

نکته (3): سرمایه در مضاربه باید وجه نقد باشد و باید معلوم و معین باشد

نکته (4): اگر عقد مضاربه باطل شود، مضارب مستحق اجرت المثل است، هر چند سودی هم حاصل نشده

باشد.

نکته (5): اطلاق عقد مضاربه ایجاب می‌کند که مالک تمامی سرمایه را تسلیم مضارب بکند ولی شرط

خلاف می‌توان کرد.

نکته (6): حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل، از قبیل ربع یا ثلث و غیره

باشد.

نکته (7): مضاربه عقدی جایز است.

نکته (8): اگر مضارب در مال مورد مضاربه تعدی و تفریط کند عقد مضاربه منحل نمی‌شود ولی ید

مضارب ضمانتی می‌گردد.

نکته (9): مضارب نمی‌تواند 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 (10): سه عقد مزارعه و مساقات و مضاربه از عقود مسامحی هستند و علم اجمالی بر عوضین کافی

است.

نکته (11): 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 می‌شود و نیازی به این

نیست که مضارب کالا را به محل معینی حمل کند.

نکته (12): 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 المضارب به صورت کالا در آمده باشد مضارب به

مقدار سهم خود در عین مال مشترک، شریک خواهد شد و می‌تواند در خواست تقسیم مال را بکند و نمی‌تواند

فروش آن را بخواهد زیرا نمی‌توان شریک را مجبور به فروش مال مشترک کرد مگر اینکه مال قابل تقسیم

نباشد.

(3) جعاله:

نکته (1): جعاله بنا به نظر مشهور حقوقدانان عقد است ولی عده‌ای آن را عقد نمی‌دانند 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 561)

نکته (2): 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 (3): 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 565)

نکته (5): عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعاله را تسلیم کند یا کار را انجام داده باشد.

- نکته 6): 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 می‌شود ولی منافع اجرت از زمان عقد مال اجیر است.
- نکته 7) اگر عامل هنگام عقد مجنون باشد مستحق اجرت المثل عمل خود خواهد بود زیرا عقد باطل ولی عمل محترم است.
- نکته 8): اگر عامل سفیه و صغیر ممیز باشد مستحق اخذ جعل خواهد بود.
- 4) شرکت:
- نکته 1): شرکت عبارتست از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه.
- نکته 2): 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 3): اگر شرکاء مال مشترك را اجاره دهند یا بفروشند در جزء جزء ثمن یا مال الاجاره سهیم اند زیرا عوض در حکم معوض است.
- نکته 4): هیچ يك از شرکاء بدون اجازه و اذن شريك دیگر نمی‌تواند در مال الشرکه تصرف مادی بکنند ولی تصرفات حقوقی می‌تواند انجام دهد.
- نکته 5): شریکی که مال الشرکه درید اوست در حکم امین است و ضامن تلف و نقض آن نمی‌شود مگر در صورت تفریط و تعدی.
- نکته 6): شرکت عقدي است بین دو یا چند نفر برای معامله نمودن با مالی که بین آنان مشترك می‌باشد و آن را شرکت مدنی می‌گویند که اثر عقد این است که هر يك از شرکاء می‌توانند 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 می‌شود و شرکت در مال مشترك تا تقسیم تمامی مال یا تلف آن باقی خواهد ماند.
- نکته 7): تقسیم مال مشترك به چند روش انجام می‌گیرد:
- الف) تقسیم به افراز: که عموماً در اموال مثلی مثل گردو و فندق صورت می‌گیرد که در این صورت برای تقسیم مال مشترك تقویم لازم نیست و به نسبت سهام شرکاء مال مشترك را تقسیم می‌کنند.
- تقسیم به رد: که نوعاً در موردی پیش می‌آید هك 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 8): تقسیم لازم است ولی خود شرکت جایز، البته تقسیم منافع هم اگر عین تقسیم نشود جایز است.
- نکته 9): هر گاه در حصه يك یا چند نفر از شرکاء عیبی ظاهر شود که در حین تقسیم عالم بر آن نبوده شريك 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 10): هر گاه‌تر 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 يك از وراثت به نسبت سهم او رجوع کند و اگر يك یا چند نفر از وراثت معسر شده باشد طلبکار می‌تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراثت دیگر رجوع کند زیرا طبق ماده 703 ق.م تمامی ترکه و ثیفه هر جزئی از دیون متوفی می‌باشد و چنانچه مقداری از دیون تأدیه نشود و به نسبت آن مال فك نمی‌شود و تمامی ترکه در وثیفه طلبکاران می‌ماند.
- 5) در ودیعه:
- نکته 1): ودیعه عقدي است که بموجب آن يك نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد.
- نکته 2): ودیعه عقدي است جایز پس به موت و جنون و سفه زایل می‌شود مستودع نمی‌تواند هیچ تصرفی غیر از حفاظت بکند
- نکته 4): عقد و دیعه عقدي مسامحي 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 می‌توان شرط عوض کرد.

نکته ۲) عاریه دهنده علاوه بر اهلیت باید مالک منفعت مالی باشد که عاریه می‌دهد اگر چه مالک عین نباشد.

نکته ۳) هر چیزی که بتوان با بقاء اصلش از آن منتفع شد می‌تواند موضوع عقد عاریه قرار گیرد.

نکته ۴) عاریه عقد جایزی است (البته برخی آن را از عقود عینی می‌دانند و قبض را از شرایط صحت آن می‌دانند).

نکته ۵) مستعیر امین محسوب می‌شود 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 نمی‌تواند اجبار او را بخواهد زیرا عقد جایز است و نیز نمی‌تواند خسارت تأخیر انجام تعهد را خواستار شود.

نکته ۸) با اینکه عاریه عقد جایزی است ولی گاهی به تجویز ماده ۱۰۸ ق. م مواع 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 عهده‌ای است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند 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 می‌دانند 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 نمی‌شود.

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 می‌تواند ایفای آن را بخواهد و مقترض هر وقت خواست می‌تواند آن را پس دهد.

نکته ۶) اگر مورد قرض کلی باشد مالکیت مقترض با قبض حاصل می‌شود (دکتر امامی) اما به نظر دکتر شهیدی قرض مال کلی باطل است و با ماهیت قرض سازگار نیست زیرا با عقد تملیک صورت نمی‌گیرد.

نکته ۷) فقهای امامیه اعتقاد دارند که چیزی را می‌توان قرض داد که قابل بیع باشد ولی به هر حال قرض دین و طلب و منفعت و عمل طبق م ۱۰ ق. م می‌تواند صحیح باشد.

نکته 8) اگر مقترض بخواهد مثل مورد قرض را به نحو اقساط به مقترض بدهد مقترض می‌تواند از پذیرفتن آن امتناع نماید ولی دادگاه با توجه به ماده 652 ق.م. می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال برای مقترض مهلت یا اقساطی قرار دهد.

8) قمار و گرو بندی: قرار دادي است بين دو نفر كه يكي امر معيني را اثبات و ديگري نفي مي‌نمايد و تعهد مي‌نمايد كه هر يك درست گفته باشد مال معيني را به ديگري بدهند اين قرار داد شرعاً و قانوناً باطل است و عموماً علت آن را جهت نامشروع آن مي‌دانند.

9) وكالت: عقدي است كه به موجب آن يكي از طرفين، طرف ديگر را براي انجام امري نايب خود مي‌نمايد.

نکته 1) وكالت عقدي جايز است و به موت و حجر هر يك از طرفين باطل مي‌شود و اگر طرفين به نحوي حق فسخ خود را ساقط نكرده باشند به فسخ هر يك از طرفين نيز زایل مي‌شود.

نکته 2) وكالت عقدي مسامحي است لذا نيازي به علم تفضيلي به مورد وكالت وجود ندارد.

نکته 4) در صورتی كه وكالت مطلق باشد فقط به اداره كردن اموال موكل خواهد بود (م 661)

نکته 5) وكالت در امور حقوقي بايد در اموري داده شود كه خود موكل بتواند آن را بجا آورد، و او وكيل هم بايد كسي باشد كه براي انجام آن امراهليت داشته باشد (م 662) لذا نمي‌توان به صغير ممیز و سفيه براي انجام معاملاتي كه از آن ممنوعند وكالت داد.

نکته 6) برخي اعتقاد دارند كه اذن در فروش اذن در قبض ثمن هم هست زيرا از لزوم عرفي آن محسوب مي‌شود. لكن اگر انصراف عرفي نداشته باشيم در اين صورت اگر وكيل بدون اخذ ثمن بنمايد يا مبيع را تسليم نمايد ضامن است.

نکته 7) وكيل بايد در حدود اختيارات خود و به مصلحت موكل عمل كند پس وكيل بايد در حدود اختيارات خود مصلحت موكل را رعايت كند ولي اگر خارج از حدود خود عمل نمايد ولي در جهت مصالح موكل باشد باز غير نافذ است مگر شرايط ماده 306 ق.م محقق باشد.

نکته 8) اگر دو نفر وكيل باشند اصل بر اجتماع است لذا اگر يكي از آن دو فوت نمايد، وكالت ديگري هم منحل مي‌شود نکته 9) امر به شي امر به لوازم آن است (م 671)

نکته 10) موارد انحلال وكالت عبارتند از:

1) عزل وكيل توسط موكل

2) استعفای وكيل

3) به موت و جنون وكيل يا موكل

4) به سفه در مواردی كه اهليت لازم است

نکته 11) اگر سقوط حق عزل يا استعفای وكيل ضمن عقد جايز هم شرط شود اين حق ساقط مي‌شود (حتي اگر ضمن خود عقد وكالت هم باشد) زيرا مي‌توان آن را قرار دادي تحت قلمرو ماده 10 ق.م دانست.

نکته 12) تمامی اموري كه وكيل قبل از رسيدن خبر عزل به او در حدود وكالت خود بنمايد نسبت به موكل نافذ است (م 680) كه اين ماده نظر كساني را توجيه مي‌كند كه قائلند وكالت عقد نيست.

10) ضمان عقدي: عقد ضمان عبارتند از اينكه شخصي مالي را كه بر ذمه ديگري است به عهده بگيرد اين تعريف م 684 ق.م تعريف به اثر است و اثر ديگر ضمان عقدي اين است كه طلب مضمون له از مديون ساقط مي‌شود

نکته اول) عقد ضمان: عقدي رضايي است و نياز به هيچ تشريفاتي ندارد.

نکته 2) عقد ضمان عقدي معوض است و عوضين آن عبارتند از (تعهد ضامن در برابر سقوط طلب مضمون كند).

نکته 3) عقد ضمان عقدي تباعي است و تابع وجود دين مضمون عنه به مضمون له است.

نکته 4) عقد ضمان عقدي مسامحي است.

نکته 5) عقد ضمان عقد لازم است و حتي بنا به نظر مشهور نمي‌توان آن را اقاله كرد.

نکته 6) در ضمان خيار غبن و خيار تبعض صفة نداريم. چون عقد مسامحي است.

نکته 7) دين موضوع ضمان بايد: 1) كلي باشد نه معين 2) دين بايد مشروع باشد 3) دين بايد قابل تعيين

- باشد (4) دین باید قابل تأدیه بوده و وفای به آن توسط ثالث امکان پذیر باشد.
- نکته (8) دو نوع دیگر ضمان وجود دارد ضمان تضاضی و ضمان وثیقه‌ای که آنها را می‌توان طبق ماده 10 ق. م صحیح دانست.
- نکته (9) 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 عقدي که موجب نقل ذمه به ذمه است این حکم عدم نفوذ جاری می‌شود).
- نکته (10) اگر چند نظر به تضامن دین را ضمانت کنند ذمه آنها مشغول و ذمه مضمون عنه بری می‌شود.
- نکته (11) 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 (12) 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 (13) 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 بر خی دیگر مثل دکتر امامی: تضمینات را قابل انتقال می‌دانند.
- نکته (14) 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 (15) اقاله ضمان بدون رضای مضمون عنه (بنا به نظری) امکان ندارد و به نظر می‌رسد شرط فسخ هم چنان حکمی را داشته باشد.
- نکته (16) ضمان از اعیان مضمونه، ضمان اصطلاحی که به عنوان عقدي 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 10 ق. م باشد.
- نکته (18) در ضمان قبول مضمون عنه لازم نیست.
- (11) در حواله: عقدي است که به موجب آن طلب شخصی از ذمهء مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌شود.
- نکته (1) عقد حواله عقدي معوض است عوضین آن عبارتند از (صدور حواله در برابر سقوط طلب محیل)
- نکته (2) انعقاد حواله موجب انتقال دین می‌شود و اگر حواله بربری نباشد انتقال طلب محال علیه از محیل به محتال نیز هست.
- نکته (3) در حواله بربری احکام حواله جاری نخواهد بود و تابع احکام ضمان است.
- نکته (4) حواله عقدي تبعی است و فقط زمانی صادر می‌شود که محیل مدیون محتال است.
- نکته (5) در حواله رضای محیل شرط است.
- نکته (6) دین باید مال و کلی باشد و قابل پرداخت بوسیله شخص دیگری هم باشد.
- نکته (7) مورد حواله باید معلوم باشد و حواله مال به نحو مردد باطل است.
- نکته (8) مورد حواله از حیث جنس و اندازه باید نزد دو طرف معلوم باشد و گرنه باعث عزر و بطلان عقد می‌شود.
- نکته (9) قبل از قبول محال علیه محتال و محیل نمی‌توانند از مفاد حواله عدول کنند.
- نکته (10) حواله به تسلیم عین معین در واقع حواله اصطلاحی نیست و تابع روابط طرفین (م 10) یا تابع قواعد وکالت.
- نکته (11) 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 (12) عقد حواله با اراده هر سه طرف عقد قابل اقاله است.
- نکته (13) چون حواله عقدي است که برای انتقال دین و طلب و وفای به عهده واقع می‌شود لذا هر گاه معلوم شود که از اول دینی نبوده است حواله باطل می‌شود.
- نکته (14) 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.
12 - کفالت: عقدي است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند.

نکته 1) کفالت عقدي غیر معوض و مجاني است.

نکته 2) کفالت عقدي تبعی است.

نکته 3) کفالت از جانب کفیل لازم است لذا اوصاف عقد لازم را پیدا می‌کند و با فوت و حبر مکفول له منحل نمی‌شود.

نکته 4) کفالت: عقدي مربوط به نفس انسان است نه مال او و قائم به شخص کفیل است و با موت او تمام می‌شود

نکته 5) نتیجه مستقیم عقد تعهد به احضار است و پرداخت دین مکفول نتیجه اجرا نکردن این تعهد است.

نکته 6) 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 7) 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 8) کفالت به رضای کفیل و مکفول له واقع می‌شود و همین دو نفر می‌توانند آن را اقاله کنند.

نکته 9) اگر کفیل مکفول خود را به موقع حاضر نکند باید از عهده حقی که بر عهده مکفول است بر آید (م 740) 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 10) 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 ملائمت کفیل محرز شود).

نکته 11) در مورد تعدد کفیلان اگر همه يك احضار را به عهده گرفته باشند در این صورت با يك احضار همه بري می‌شود ولی اگر هر يك جداگانه احضار مکفول را بر عهده گرفته باشند و همچنین احضار مجدد و مکرر مفید باشد باید به این نظر قائل شد که هر يك باید جداگانه مکفول را حاضر کنند بر خلاف ضمان که اگر يك ضامن دین را می‌پرداخت بقیه بري می‌شدند به علت اینکه موضوع تعهد در ضمان منتفی می‌شد.

13 - صلح:

نکته 1) صلح عقدي است لازم لذا اگر ابراء دین یا اسقاط حقی در قالب صلح بیايد نیاز به ایجاب و قبول دارند.

نکته 2) 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 3) باید مورد صلح مالیت داشته باشد و منفعت عقلایی هم داشته باشد.

نکته 4) صلح ممکن است برای رفع تنازع و دعوی احتمالی منعقد شود لذا صلح از عقود مسامحی است و علم تفضیلی به موضوع آن شرط نیست.

نکته 5) 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 5) 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 6) صلح دعوا مبتنی بر معامله باطله باطل است (م 765) 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 (2) اینکه حق تعقیب برای مرتهن به وجود می‌آید.
- نکته (17) هزینه نگهداری مال مرهونه به راهن است.
- (15) هبه: عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می‌کند.
- نکته (1) 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 (2) هبه از عقود عینی است یعنی قبض عین موهوبه از شرایط صحت آن است.
- نکته (3) هبه نامه باید به ثبت برسد و اگر چنین نشود در هیچ یک از ادارات دولتی و محاکم پذیرفته نمی‌شود.
- نکته (4) 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 (5) 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 (6) 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 (7) واهب باید مالک مالی باشد که هبه می‌کند (م 797) البته هبه ممکن است فضولی منعقد شود که در این صورت قدرت بر تسلیم در زمان اجاره شرط صحت است.
- نکته (8) 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 (9) قبض کلی در معین به تعیین مقدار معین و قبض آن یا قبض تمام آنها به عمل می‌آید.
- نکته (10) قبض مورد هبه عبارتست از دادن عین موهوبه به تصرف متهب به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات باشد.
- نکته (11) فوریت در قبض به شرط صحت نیست.
- نکته (12) 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 (13) 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 (14) 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 (15) 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 (16) 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 می‌دهد دین نیست بلکه یکی از افراد کلی (دین) است.
- نکته (17) اقرار به هبه اقرار به قبض عین موهوبه نمی‌باشد.
- نکته (18) 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 (19) اگر واهب مدعی شود که متهب پس از رجوع، تغییری در آن داده است اصل تأخر حادث در

(3) 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 خوانده (متهب) داده می‌شود.

ج) اگر تاریخ رجوع مجهول و تاریخ تغییر معلوم باشد حکم به بی‌حقی خواهان (واهب) داده می‌شود. تذکر: در بحث عقود معین و مدنی (7) 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 (8):

ارث ، وصیت

بخش مدنی 8 شامل (3) مبحث (1) اخذ به شفعه (2) وصیت و (3) 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 808 ق. م).

(1) 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 2 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 شك 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 يك 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 يك شريك حصه خود را به شريك دیگر عرضه نکرده باشد لذا اگر شریکی حصه خود را به شريك دیگر عرضه کند و بگوید (نمی‌خواهم) حق شفعه بوجود نمی‌آید.

(2) 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 808) 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.

(3) آیا خیارات مقدم بر اخذ به شفعه اند یا اخذ به شفعه مقدم است؟

(الف) برخی مطلقاً خیارات 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.

(3) 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 183 تا 300 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 عبارتیست از اینکه کسی عینی یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوت خودش به دیگری مجاناً تملیک کند. (م 826)

هر انشاء مجانی برای بعد از مرگ وصیت است و نیازی به الفاظ خاص نیست قانونگذار می‌گوید انشاء وصیت در (2) حال صورت می‌گیرد:

(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:

(1) خود نوشت باشد: یعنی با دست خط خود موصی باشد.

(2) سری باشد: این است که شخص وصیت نامه خود را نزد مقامات مشخص شده در قانون برده و تحویل

دهد.

(3) 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 می‌تواند 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.

(2) وصیت فضولی: برخی معتقدند که وصیت فضولی مطلقاً باطل است مطلقاً عده دیگر آن را مطلقاً

صحیح می‌دانند.

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.

(3) قبولی در وصیت:

برخی که وصیت را عقد می‌دانند 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 می‌تواند 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 (1) 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 دارد و تا قبول صورت نگیرد ارکان عقد جمع نمی‌شود و بعد از قبولی است که ارکان عقد جمع می‌شود و اثر می‌گذارد.

قول (2) بعضی گفته اند که قبولی اثر کاشفیت دارد و کشف می‌کند که در زمان فوت موصی موصی به

ملکیت موصی له وارد شده است.

قول (3) عده‌ای دیگر معتقدند که موصی با فوت موصی داخل در ملکیت موصی له می‌شود منتهی به نحوه

تزلزل و قبولی به آن استقرار می‌بخشد.

قول (4) 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 و 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 يك 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:

(1) اینکه قبل از موت هم رد کرده و بعد از موت هم رد می‌کند که وصیت مردود است.

(2) 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.

(3) 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.

(4) 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 (3) طبق نظر قانون مدنی قبض در وصیت شرط صحت نیست و فقط (مانع رد) است.

(4) 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 منتهم اگر این وضعیت بلامتکلیفی موجب ضرر ورثه شود می‌توانند الزام موصی له به اعلام قبولی یا رد را از دادگاه بخواهند.

(5) 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.

(6) 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 عمده است وصیت باطل خواهد بود.

برخی قتل را از موانع تملك موصی به توسط موصیله می‌دانند ولی این نظر در بین حقوقدانان چندان جایگاهی ندارد

(7) در موصی به:

موصی به طبق م 826 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 برابر 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 فك ملك 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 ملك را براي فقرا وصيت كردم.

(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 ترکه خارج می‌شود بعداً وصیت و با همین استدلال وصیت و ثبته و رهن را هم صحیح خواهد بود وصیت فقط تا ثلث ترکه 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 عهده: وصیت عهده عبارتست از از اینکه شخصی يك 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 فرقت 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 تمليك مال در آن وجود ندارد.

(1) 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 يك (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.

(2) 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 با لغینی 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 856 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.

(3) وظایف اوصیاء متعدد: اگر موصی چند نفر را وصی قرار دهد اصولاً اوصیاء 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 يك 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 تفريط.

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 جدیده و ولاء عتق.

(1) 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) اقربای 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 ولا عتق: 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 يك عاقله دیگری باشند و هر يك از دیگری ارث ببرند. البته در صورتی که هیچ وارثی نباشد امر ترکه متوفی راجع به حاکم است که طبق م 335 ق. 1 ج به خزانه دولت ریخته می‌شود شرایط تحقق ارث:

2) 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 حملي 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.

3) حمل و تقسیم ترکه:

اگر حمل جزء وراثت باشد در بعضی موارد تقسیم ترکه مجاز نیست و در بعضی موارد تقسیم ما ترك 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 يك 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.

4) موانع ارث: موانع را می‌توان در 5 دسته بررسی کرد؛ که قانونگذار 4 مورد را صریحاً بیان کرده است:

1) قتل 2) کفر 3) لعان 4) ولادت ناشی از زنا

ولی در فقه رقیبت (بردگی) را نیز از موانع ارث شمرده اند که الان موضوعیت ندارد.

در خصوص قتل م 880 و 881 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 ترك به غیر از ديه 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 تبسیب البته برخی قتل به تبسیب 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 تملك 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 تملك ترکه توسط وراث باید اداء شود.

نکته ۳) در مورد حال شدن دیون يك 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 متقضي 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 فرزندان بلا واسطه باشند فرزندان 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 فرزندان بلا واسطه) و فرزندان آنها.

ب) جد و جده ابي و امي متوفي و جد و جده ابي و امي پدر و مادر متوفي و برادران و خواهران و اولاد

آنها.

ج) اعمام و عمات و احوال و خالات ابوینی و ابي و امي 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:

- 1) میان پدر و مادر متوفي حجب حرمانی مصداق ندارد.
- 2) میان فرزندان متوفي و اولاد آنها حجب حرمانی وجود دارد.
- 3) هرگاه ورثه طبقه اول باشد نوبت ارث به ارث طبقه دوم نمی‌رسد.
- 4) برادران و خواهران ابوینی در طبقه دوم حاجب حرمانی برادران و خواهران ابي هستند. ولي هیچ يك از حاجب کلاله ابي نیستند.
- 5) ورثه طبقه اول و یا ورثه طبقه دوم حاجب حرمانی وراثت طبقه سوم هستند
- 6) در طبقه سوم، ارث تا زمانی است که عرف بگوید رابطه خویشاوندی وجود دارد.
- 7) در طبقه سوم هم حجب حرمانی وجود دارد:
- تذکر 1) عمو و عمه خواه ابوینی و خواه ابي یا امي باشند را متقربین به پدر می‌گویند.
- تذکر 2) احوال و خالات خواه ابي و ابوینی و امي را متقربین به مادر می‌گویند.
- 8) در میان متقربین به پدر ابوینی‌ها ابي‌ها را از ارث محروم می‌کنند و در متقربین به مادر نیز ابوینی‌ها ابي‌ها را از ارث محروم می‌کنند ولي متقرب ابوینی‌ها به پدر مثل اعمام متقربین ابي به مادر (مثل خاله ابي) را از ارث محروم نمی‌کنند.
- 9) اگر وارثی از طبقه سوم در درجه اول باشد نوبت به درجه دوم نمی‌رسد مگر يك حالت استثناء و آن اینکه وراثت طبقه سوم در درجه اول (منحصر) به عموي ابي باشد و درجه دوم از طبقه سوم (منحصر) به پسر عموي ابوینی باشد که در این صورت پسر عموي ابوینی عموي ابي را از ارث محروم می‌کند.

مجموعه تست

مدنی(1)

1) حقوق شخصیت عبارتست از: (سراسری 82)

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.

2) نام خانوادگی طفلی که در چهار چوب قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست تحت سرپرستی زن و

شوهری قرار می‌گیرد. (سراسری 74)

* 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

3) چه کسانی از اشخاص زیر نمی‌توانند خواستار صدور حکم فوت فرضی غایب شوند (سراسری 77)

الف) طلبکاران غایب * ب) موصی له

ج) ورثه غایب د) وصی

2024-4-) اگر صغیر ممیز بودن اجازه ولی یا قیم خود هبه‌ای را قبول کند سرنوشت چنین عقدی چه

خواهد بود (سراسری 76)

الف) باطل است ب) صحیح است *

ج) غیر نافذ است د) غیر قابل فسخ است

4) کدام عمل حقوقی به هنگامی که توسط يك سفیه انجام گرفته باشد صحیح است؟ (سراسری 81)

الف) بیع ب) اجاره

ج) معاوضه د) تملکات بلا عوض

(5) فروش مال مولي عليه توسط قيم به خود. . . . (سراسري 79)

الف) باطل است * (ب) غير نافذ است

ج) قابل فسخ است (د) صحيح است با اجازه دادستان

(6) رفع حجر از صغير در امور مالي منوط است به: (سراسري 74)

الف) احراز رشد به وسيله دادگاه (ب) تحقق بلوغ و رشد *

ج) رسيدن صغير به بلوغ (د) رسيدن صغير به 18 سال تمام

(9) صغير مميز صلح بلا عوضي را كه قبلاً قبول کرده است با مصالح اقاله نموده است اين اقاله چه

وضعيتي دارد؟ (آزاد 81)

الف) اقاله صحيح است

ب) اقاله باطل است

ج) اقاله غير نافذ است و بايد از طرف ولي يا قيم تنفيذ شود *

د) از جانب ولي يا قيم قابل ابطال است

مدني 2:

(1) تقسيم بندي اموال به منقول شامل کدام دسته از اموال مي‌شود؟ (سراسري 74)

الف) قيمي (ب) فقط مادي

ج) فقط غير مادي (د) همه آنها *

(2) کداميك از اموال زير غير منقول يا در حكم غير منقول نيست؟ (سراسري 73)

الف) لوله‌هاي آب ساختمان (ب) پرده پنجره ساختمان *

ج) درخت کاشته شده (د) ميوه موجود در روي درخت

(3) حق انتفاع از اموال منقول چه نوع مالي است؟ (سراسري 76)

الف) غير منقول تبعي است * (ب) غير منقول حکمي است

ج) مال منقول است (د) مال غير منقول بر اثر عمل انسان است

(4) کداميك از دعاوي زير تابع غير منقول است؟ (سراسري 82)

الف) دعواي راجع به دين ناشي از صلح مال غير منقول

ب) دعواي راجع به اجرت المثل مال غير منقول *

ج) دعواي راجع به ثمن در بيع مال غير منقول

د) دعواي راجع به اجرت المسمي مال الاجاره مال غير منقول

(5) ماهي‌هاي موجود در دريا. . . ؟ (سراسري 73)

الف) ملك است و مال نيست (ب) هم مال است هم ملك

ج) نه مال است نه ملك (د) مال است و ملك نيست *

(6) در عقد موجد حق انتفاع قبض چه نقشي دارد؟ (سراسري 72)

الف) شرط لزوم است (ب) شرط صحت است *

ج) موجب انتقال ضمان معاوضي مي‌گردد (د) اثري ندارد

- (7) کدام عقد عینی است؟ (تعهدات سراسری 75)
- (1) اجاره
 - (2) بیع
 - (3) وقف *
 - (4) معاوضه
- (8) اگر متولی نسبت به موقوفه مرتکب خیانت شود. . . . (سراسری 76)
- (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

- (9) وقف بر نفس چه حکمی دارد؟ (سراسری 79)
- (1) صحیح است
 - (2) باطل است *
 - (3) قابل فسخ است
 - (4) غیر نافذ است

- (10) در صورتیکه منتفع از مال موضوع انتفاء سوء استفاده کند؟ (سراسری 78)
- (1) حق انتفاع زایل می‌شود
 - (2) حق انتفاع باطل می‌شود
 - (3) فقط ضامن خسارت وارده به مالک است *
 - (4) مالک اختیار فسخ حق انتفاع را دارد

مدنی 3:

- (1) اشتباه در کدامیک از موارد زیر عقد را باطل نمی‌کند؟ (سراسری 73)
- (1) کمیت مورد عقد
 - (2) وصف مهم عقد
 - (3) جهت عقد
 - (4) شخصیت طرف معامله در صورتی که علت عمده عقد باشد *

(2) 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 81)

- (1) باطل است *
- (2) غیر نافذ است
- (3) به وسیله متعهد له قابل فسخ است
- (4) چون در واقع متعهد قدرت بر تسلیم را داشته عقد صحیح و غیر قابل فسخ است

- (3) اشتباه در وصف اساسی همسر. . . (سراسری 80)
- (1) اگر شرط شده باشد عقد نکاح را باطل می‌گرداند
 - (2) اگر شرط شده باشد عقد نکاح را غیر نافذ می‌کند
 - (3) حتی اگر شرط شده باشد تأثیری بر سرنوشت عقد نکاح ندارد
 - (4) حتی اگر شرط شده باشد موجب خیار فسخ است نه بطلان *

- (4) به چه دلیل ضمان یکی از چند دین به نحو تردید موجب بطلان است؟ (سراسری 74)
- (1) مجهول بودن مورد عقد ضمان
 - (2) به جهت عدم رضایت مضمون له
 - (3) به جهت نامعلوم بودن میزان مسئولیت ضامن
 - (4) به جهت نامعین بودن موضوع عقد *

- (5) در کدام عقد به مفاد آن ملتزم نمی‌باشند؟ (سراسری 74)
- (1) عقد جایز چون هر یک از طرفین می‌توانند آن را فسخ کنند
 - (2) عقد خیاری
 - (3) عقد ملزم
 - (4) هیچ عقدي نیست که طرفین نسبت به مفاد آن ملتزم نباشند *

- (6) کدام یک از موارد زیر را نمی‌توان مصداق واقعه حقوقی دانست؟ (سراسری 82)
- (1) اتلاف عمدی
 - (2) اعراض *
 - (3) تولد و مرگ
 - (4) غضب مال غیر

(7) بر طبق تعریفی که ماده 183 قانون مدنی از عقد به دست می‌دهد عقد آن عمل حقوقی دو جانبه است که تنها:

- (1) ایجاد تعهد می‌کند * (سراسری 80)
- (2) باعث ایجاد شخصیت حقوقی می‌گردد
- (3) در تعهد موجود تغییر ایجاد می‌کند و یا اینکه آنها اسقاط می‌کند
- (4) موجب تملیک یک مال و یا استقرار حق انتفاع یا حق ارتفاع نسبت به آن می‌شود

- (8) بر طبق قانون مدنی عقد معلق عقدي است که در آن. (سراسری 82)
- (1) انشاء عقد بر حسب قصد موقوف به امر دیگری باشد
 - (2) اثر عقد بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد *
 - (3) انعقاد عقد بر حسب قصد موقوف به امر دیگری باشد
 - (4) انشاء عقد و اثر آن بر حسب قصد موقوف به امر دیگری باشد

- (9) شرط فاسخ شرطی است که در صورت تحقق آن. (سراسری 78)
- (1) برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌شود
 - (2) عقد خود به خود منفسخ می‌شود *
 - (3) شخص ثالثی که مورد توافق طرفین باشد می‌تواند عقد را فسخ کند
 - (4) نوعی فسخ قضایی است که فقط قاضی حکم به فسخ می‌دهد
 - (10) عقد محقق می‌شود با: (سراسری 73)

- (1) قصد طرفین *
- (2) رضای طرفین
- (3) قصد و رضای طرفین
- (4) قصد و رضا و اهلیت طرفین

مدنی 4:

- (1) کدام یک از اشخاص نامبرده در ذیل در حکم غاصب است (سراسری 81)
- (1) کسی که به قصد تفرج وارد باغ متعلق به غیر شده است
- (2) کسی که مالی به عاریه در دست او بوده و منکر وجود آن مال نزد خویش گردیده است *

(3) وارث منحصري که پیش از اداء دیون شخص متوفي ترکه را به تصرف خود در آورده است
(4) شخصي که مالک را از تصرف در مال خود مانع شده بي آنکه خویشتن بر آن مال تسلط پیدا کرده باشد

- (2) در صورت تلف مال قيمتي مغضوب در يد غاصب شخص اخير: (سراسري 72)
(1) ضامن قيمت حين الغصب است
(2) ضامن قيمت هنگام تلف است
(3) ضامن قيمت زمان اداء است *
(4) ضامن بالاترين قيمت است

- (3) متلف مال غير: (سراسري 73)
(1) اگر عمداً تلف نکرده باشد مسئول نیست
(2) اگر عمداً يا بر اثر بي احتياطي تلف نکرده باشد مسئول نیست
(3) اگر بر اثر بي احتياطي تلف نکرده باشد مسئول نیست
(4) مطلقاً مسئول است

(4) در صورتي که با استمداد شخصي شخص ديگر عملي را که عرفاً اجرتي ندارد براي او انجام دهد...
(سراسري 74)

- (1) در هر حال مستحق اجرت است
(2) مطلقاً استحقاق اجرت را ندارد
(3) اگر استفاده کننده ميل به دادن اجرت داشته باشد عامل مستحق اجرت است
(4) اگر عامل به خود و عده دريافت اجرت داده باشد مستحق اجرت است

(5) در حقوق ايران بر طبق قانون مسئوليت مدني علي الاصول مسئوليت بر مبناي نظريه... استوار است.

- (1) تضمين
(2) تقصير *
(3) خطر در برابر انتفاع مادي
(4) خطر در برابر هر گونه انتفاع

(6) جبران خسارت ناشي از اعمال کارمندان دولت که به مناسبت انجام دادن وظيفه صورت مي پذيرد به عهده کیست؟

- (1) جبران خسارت در هر حال به عهده دولت است
(2) جبران خسارت در هر حال به عهده کارمند است.
(3) دولت و کارمندان آن از بابت انجام وظيفه خود خسارت نمي پردازند.
(4) خسارت ناشي از عمد يا بي احتياطي به عهده کارمند است و خسارت ناشي از نقص وسايل اوارات به عهده دولت

(7) در تصادف هر دو راننده مقصرند و خساراتي به بار مي آيد طبق آخرين موازين، توزيع مسئوليت چگونه انجام مي شود؟ (سراسري 80)

- (1) تمام خسارت به نسبت درجه تقصير بين آن دو تقسيم مي شود
(2) تمام خسارات را کسي مي پردازد که تقصير بيشتري را مرتکب شده است
(3) هر کدام نيمي از خسارت طرف مقابل را مي پردازد *
(4) هر کدام تمام خسارت طرف مقابل را مي پردازد

(8) مسئوليت پيش بيني شده در قانون بيمه اجباري مسئوليت مدني دارندگان وسيله نقلیه موتوري زميني در مقابل شخص ثالث مسئوليتي... (سراسري 76)

- (1) قراردادي است
(2) مبتني بر تقصير است که زيان ديده بايد ارتکاب تقصير را به اثبات برساند

- (3) مبتنی بر تقصیر است ولی مقنن تقصیر دارنده را مفروض انگاشته است
(4) نوعی است *

- (9) کدامیک از موارد زیر از شرایط ضرر قابل جبران نمی‌باشد؟ (سراسری 80)
(1) احتمالی بودن ضرر *
(2) مشخص بودن ضرر
(3) قبلاً جبران نشدن ضرر
(4) مشروع بودن مطالبه خسارت

- (10) در مسئولیت قرار دادی کدامیک از خسارات زیر قابل مطالبه نمی‌باشد؟ (سراسری 85)
(1) خسارات ناشی از تلف مال
(2) خسارت از خسارت *
(3) خسارت معنوی
(4) خسارت ناشی از فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است

مدنی 5:

- (1) نکاح با دختر خواهر زن بدون اجازه زن. است (سراسری 81)
(1) باطل است
(2) غیر نافذ است *
(3) قابل فسخ
(4) صحیح

- (2) هر گاه در نکاح شرط خیار شده باشد شرط. و نکاح. است (سراسری 80)
(1) باطل - باطل
(2) باطل - صحیح *
(3) باطل - غیر نافذ
(4) صحیح - صحیح

- (3) اگر نکاح دائم مهریه تعیین نشود: (سراسری 72)
(1) نکاح باطل است
(2) نکاح غیر نافذ است
(3) نکاح صحیح و غیر قابل فسخ است *
(4) نکاح صحیح و قابل فسخ است
(4) در چه صورت زن بعد از انعقاد عقد ازدواج مستحق تمام یا بخشی از مهر نخواهد بود؟ هر گاه. . .
(1) در عقد نکاح دائم مهریه تعیین نشود و زن قبل از نزدیکی فوت کند * (سراسری 77)
(2) طرفین بر عدم مهر توافق کرده باشند و عقد به طلاق انجامد
(3) در عقد نکاح منقطع بحثی از مهر در عقد نشده باشد
(4) مهری که در عقد تعیین شده مستحق للغير در آید

- (6) کدامیک از عبارتهای زیر درباره جنون صحیح نیست. (سراسری 81)
(1) جنون در زن هر گاه بعد از عقد هم حادث شود موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود *
(2) جنون در مرد هر گاه بعد از عقد هم حادث شود موجب حق فسخ برای زن خواهد بود.
(3) جنون زن به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای مرد موجب حق فسخ است
(4) جنون مرد به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای زن موجب حق فسخ است

- (7) عده فوت در مورد زن حامل چه میزان است (سراسری 79)
(1) در هر حال چهار ماه و ده روز
(2) در هر حال تا روز وضع حمل است
(3) عده زن حامل کمترین مدت میان وضع حمل و چهار ماه و ده روز است
(4) 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 *

(8) کدام عبارت صحیح است. (سراسری 81)

- (1) هر يك از پدر و جد پدری نسبت به اولاد صغیر خود ولایت دارد *
- (2) جد پدری فقط هنگامی می‌تواند اعمال ولایت کند که پدر فوت کرده باشد
- (3) هر يك از پدر و جد پدری می‌تواند با حیات دیگری برای مولي عليه خود وصي معین کند
- (4) جد پدری فقط هنگامی می‌تواند اعمال ولایت کند که پدر محجور، یا به علتی ممنوع از تصرف در اموال مولي عليه گردیده باشد

(9) اگر يك نفر که مستحق نفقه است پدر و مادر و اولاد بلا فصل داشته باشد نفقه او به عهده کیست؟

(سراسری 76)

- (1) پدر و مادر و اولاد به تساوی پرداخت می‌کنند
- (2) پدر و مادر باید متضامناً بپردازند
- (3) پدر و اولاد باید نفقه را بپردازند *
- (4) همگی باید به نسبت سهم الارث خود را پرداخت کنند

(10) کدام يك از اشخاص ذیل در زمره اولیای خاص طفل نمی‌باشد؟ (سراسری 81)

- (1) پدر طفل
- (2) قیم طفل *
- (3) جد پدری طفل
- (4) وصي منصوب از طرف پدر یا جد پدری طفل

مدنی 6:

- (1) اگر موضوع تعهد عین کلی باشد و فردی که متعهد داده است معیوب در آید: (سراسری 77)
- (1) متعهد له بین فسخ و مطالبه ارزش مخیر است
- (2) متعهدله فقط می‌تواند مطالبه ارزش کند
- (3) متعهد له می‌تواند معامله را به لحاظ خیار عیب فسخ کند
- (4) متعهد له می‌تواند الزام را به تحویل فرد دیگری از موضوع تعهد بخواهد

- (2) اجاره سهم مشاع بدون اذن شریک دیگر (سراسری 72)
- (1) باطل است
- (2) نافذ است *
- (3) غیر نافذ است
- (4) قابل فسخ است

- (3) هر گاه بعض عین مستأجره در مدت اجاره تلف شود عقد اجاره نسبت به... (سراسری 78)
- (1) کل منفسخ می‌شود
- (2) کل قابل فسخ می‌گردد
- (3) بعض صحیح و غیر قابل فسخ و نسبت به بعض دیگر قابل فسخ می‌گردد
- (4) بعض منفسخ است و نسبت به بقیه قابل فسخ است

- (4) در صورتی که بعد از عقد اجاره برای مؤجر امکان تسلیم عین مستأجره وجود نداشته باشد... (سراسری 77)

- (1) عقد اجاره منفسخ می‌شود *
- (2) مستأجر حق فسخ اجاره را دارد
- (3) فقط مستأجر می‌تواند از مؤجر خسارات وارده به خود را مطالبه کند
- (4) به علت عدم قدرت بر تسلیم عین مستأجره عقد اجاره باطل می‌شود

- (5) 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 77)
- (1) مستأجر مطلقاً حق فسخ پیدا می‌کند
- (2) مستأجر می‌تواند از مؤجر خسارت بگیرد
- (3) اگر مزاحمت قبل از عقد اجاره باشد مستأجر حق فسخ دارد
- (4) اجاره باطل می‌شود

- (6) ماهیت حقوقی قولنامه که متضمن تعهد به بیع باشد طبق نظر حقوقدان امروز چیست؟ (سراسری 74)
- (1) بیع نامه محسوب و مفید تملیک است
- (2) شرط ابتدایی و باطل است
- (3) یک عهد عقدی لازم است *
- (4) یک عقد جایز است

- (7) 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 81)
- (1) شرط و عقد هر دو صحیح است
- (2) شرط مزبور باطل و حق فسخ به فروشنده می‌دهد
- (3) شرط مزبور باطل و موجب بطلان عقد نیز می‌شود *

(4) شرط مزبور باطل ولی موجب بطلان عقد نمی‌گردد

(8) در بیع خیاری بر طبق قانون مدنی. (تعهدات سراسری 79)

- (1) مالکیت از حین انعقاد بیع حاصل می‌گردد *
- (2) مالکیت از تاریخ اسقاط حق خیار حاصل می‌شود
- (3) مالکیت همراه با تأدیه ثمن حاصل می‌گردد
- (4) مالکیت از حین انقضاء مدت خیار برای طرفین حاصل می‌گردد

(9) اگر نسبت به بعض مبیع بایع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعض دیگر نداشته باشد. (سراسری 82)

- (1) بیع نسبت به بخش قابل تسلیم صحیح است و مشتری حق فسخ دارد *
- (2) بیع صحیح است و مشتری حق فسخ ندارد
- (3) بیع غیر نافذ است
- (4) بیع باطل است

(10) ماهیت حقوقی فروش با جایزه چیست؟

- (1) بیع با شرط تملیک رایگان *
- (2) بیع با شرط هبه معوض
- (3) بیع با شرط صلح معوض
- (4) بیع همراه با توابع مبیع

(11) خیار تأخیر ثمن وقتی محقق می‌گردد که: (سراسری 74)

- (1) بیع حال و مشتری تمام ثمن را ظرف 3 روز از تاریخ بیع نپردازد *
- (2) بیع مؤجل و مشتری تمام ثمن را ظرف سه روز از تاریخ بیع نپردازد
- (3) بیع مؤجل و مشتری قسمتی از ثمن را ظرف 3 روز از تاریخ بیع نپردازد
- (4) بیع مؤجل و مشتری تمام ثمن ظرف 3 روز از تاریخ مطالبه نپردازد

مدنی 7:

(1) مقترض باید: (سراسری 72)

- (1) عین مال مورد قرض را به صاحبش رد نماید
- (2) قیمت مال مورد قرض در روز دریافت را به مقرض بدهد
- (3) مثل مال مورد قرض را به مقرض بدهد *
- (4) قیمت مال مورد قرض در روز پرداخت را به مقرض بپردازد

(2) کدامیک از عبارات زیر در خصوص وکالت صحیح نیست؟ (سراسری 82)

- (1) وکالت ممکن است مجانی یا با اجرت باشد
- (2) وکیل حق ندارد خارج از حدود وکالت عملی را انجام دهد
- (3) وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن است مگر اینکه قرینه قطعی بر خلاف آن وجود داشته باشد *
- (4) اعمالی که وکیل در حدود وکالت خود پس از عزل و پیش از رسیدن خبر به او انجام داده نسبت به موکل نافذ است

(3) هر گاه چند نفر ضامن شخصی شوند کدامیک از ضمانتها صحیح است؟ (سراسری 81)

- (1) هر کدام که مدیون اصلی بپذیرد
- (2) هر کدام را که مضمون له قبول کند *
- (3) اولین عرضه کننده ایجاب برای انعقاد عقد ضمان

(4) آخرین عرضه کننده ایجاب برای انعقاد عقد ضمان

(4) رجوع ضامن به مضمون عنه برای گرفتن بدهی او مشروط به چیست؟ (سراسری 72)

(1) وقوع ضمان و تعهد در برابر طلبکار

(2) وقوع ضمان به اذن مضمون عنه

(3) وقوع ضمان به اذن مضمون عنه و پرداخت دین *

(4) پرداخت دین به اذن مضمون عنه

(5) عقد صلح چه وضعیتی دارد؟ (سراسری 73)

(1) در صورتی لازم است که در مقام عقود لازم منعقد شود

(2) در صورتی لازم است که در مقام عقود جایز منعقد نشود

(3) همیشه جایز است

(4) همیشه لازم است *

(6) مدیونی 6 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 74)

(1) فک می‌شود

(2) فسخ می‌شود

(3) فاقد اثر است *

(4) نصف رهن آزاد می‌شود

(7) قبض شرط صحت کدامیک از اعمال حقوقی زیر است؟ (سراسری 73)

(1) قرض

(2) وصیت تکمیلی

(3) هبه *

(4) هر سه عمل حقوقی مذکور

(8) در کدامیک از عقود فقط آن چیزی می‌تواند موضوع عقد گردد که انتفاع از آن با بقای اصلش امکان

پذیر باشد؟

(1) عقد بیع

(2) عاریه *

(3) معاوضه

(4) ودیعه

(9) اگر در عقد مضارب به مدت تعیین نگردد عقد مضارب به (سراسری 78)

(1) باطل است

(2) صحیح است *

(3) غیر نافذ است

(4) قابل فسخ می‌شود

(10) 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 77)

(1) باطل

(2) غیر نافذ

(3) صحیح *

(4) قابل فسخ

(11) مزارع به کسی گفته می‌شود که: (سراسری 78)

(1) در عقد مزارعه پولی را جهت معامله در اختیار شخص دیگری قرار گیرد

(2) در عقد مزارعه نیروی کار خود را جهت زراعت بکار گیرد

(3) در عقد مزارعه زمین را جهت زراعت به دیگری منتقل می‌کند

(4) در چهار چوب عقد مزارعه زمین را جهت زراعت به دیگری منتقل می‌کنند. *

مدنی 8:

- (1) در چه زمان ملکیت موصی له بر موصی به استقرار پیدا می‌کند: (سراسری 72)
- (1) زمانی که وصیت را در حیات موصی قبول کند
- (2) وقتی موصی به را قبض کند
- (3) وقتی که وصیت را پس از فوت موصی قبول کند *
- (4) زمانی که موصی به را پس از فوت قبول و قبض کند

- (2) در کدامیک از موارد زیر موصی له نمی‌تواند وصیت را رد کند (سراسری 73)
- (1) اگر آن را پس از فوت موصی قبول کند
- (2) اگر آن را پیش از فوت موصی قبول کند
- (3) اگر آن را قبل یا بعد موصی قبول کند
- (4) اگر آن را پس از فوت موصی قبول و موصی به را قبض کند *

- (3) شخص ثالث از اموال خود را برای دانشگاه وصیت می‌نماید و پس از وصیت مجنون می‌گردد وصیت او دارای چه حکمی است؟ (سراسری 77)
- (1) وصیت او صحیح است *
- (2) وصیت او باطل است
- (3) در صورتی که وریه اجازه دهند صحیح است
- (4) در صورتی که جنون موصی ادامه داشته باشد و متصل به فوت باشد باطل است

- (4) تملك در کدامیک از اسباب ذیل بدون اراده محقق می‌گردد؟ (سراسری 72)
- (1) احیای اراضی
- (2) وقف
- (3) ارث *
- (4) شفعه
- (5) هر گاه پدر از لعان رجوع کند آیا پدر و فرزند و ارحام آنها از یکدیگر ارث می‌برند یا خیر؟ (سراسری 78)

- (1) پسر هم از پدر و هم از ارحام او ارث می‌برد
- (2) پسر فقط از ارحام پدر ارث می‌برد
- (3) پسر از ارحام پدر و ارحام پدر از او ارث می‌برند
- (4) پسر از پدر ارث می‌برد لیکن از ارحام پدر و همچنین پدر و ارحام پدری از پسر ارث نمی‌برند *

- (6) چه کسانی فقط به فرض ارث می‌برند؟ (سراسری 80)
- (1) تنها پدر و مادر
- (2) تنها زوج و زوجه
- (3) دختر و دخترها خواهر و خواهرهای ابوی یا ابوی
- (4) زوج و زوجه و مادر *

- (7) فرض ثمن مختص کدام است؟ (سراسری 74)
- (1) زوج در صورت فوت زن بدون اولاد
- (2) زوجه در صورت فوت مرد بدون اولاد
- (3) زوج در صورت فوت زن با داشتن اولاد
- (4) زوجه یا زوجه‌ها در صورت فوت شوهر با داشتن اولاد *

- (8) اگر هنگام فوت خویشاوندان متوفی منحصر به جدایی و یک خواهر ابی باشد از ترکه کلاً چه میزان به هر یک تعلق خواهد گرفت؟ (سراسری 73)

- (1) يك ششم متعلق به جدامي و باقي متعلق به خواهر ابي است
- (2) دو پنجم متعلق به جدامي و سه پنجم متعلق به خواهر ابي است
- (3) يك سوم متعلق به جدامي و باقي مانده متعلق به خواهر ابي است *
- (4) يك ششم متعلق به جدامي و يك دوم متعلق به خواهر ابي و باقي مانده به تساوي به جدامي و خواهر ابي است

(9) اگر ميت اعمام يا احوال ابويني داشته باشد. (سراسري 82)

- (1) اعمام يا احوال ابي ارث نمي برد *
- (2) سهم الارث اعمام يا احوال ابي نصف مي شود
- (3) اعمام يا احوال ابي هم با آنان به صورت مساوي ارث مي برند
- (4) اعمام يا احوال ابي حاجب حرمانی اعمام يا احوال ابريني خواهند بود

(10) دو نفر زميني را از شخصي براي ايجاد ساختمان عاريه مي نمايند پس از ايجاد ساختمان يكي از آن دو نفر قسمت خود را به فروش مي رساند با توجه به مقررات قانون مدني آن شريك ديگر داراي حق شفعه مي باشد (سراسري 76)

- (1) بلي
- (2) با رضايست شخص معير بلي
- (3) خير *
- (4) در صورتي كه ضمن عقد عاريه شرط شده باشد بلي