

خلاصه و چکیده حقوق مدنی (۱ تا ۱۸) در ۱۰۰ صفحه

فهرست مطالب صفحه

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

مقوق مدنی (۱) :

اشخاص و مجبورین

فصل اول: اشخاص

در یک تقسیم بندی سنتی اشخاص به ۲ دسته تقسیم می‌شوند:

۱- اشخاص حقیقی (طبیعی): که همان افراد انسانی را شامل می‌شوند که می‌توانند صاحب حق و تکلیف شوند.

۲- اشخاص حقوقی: این اشخاص در مقابل اشخاص حقیقی قرار می‌گیرند و این اشخاص، موجودات اعتباری هستند، لذا تا زمانی که قانون این شناسایی را انجام نداده است. شخصیت حقوقی به وجود نمی‌آید.

از این تعریف یکی از عمده تفاوت‌های، شخص حقوقی و شخص حقیقی معلوم می‌گردد. چرا که شخص حقیقی به ماض تولد و متی جنین به شرطی که زنده متولد شود، متمتع از حقوق مدنی است و هیچ کس چه شخصاً، چه توسط قرار داد و چه قانون نمی‌تواند این حق را از شخص حقیقی بگیرد و استمتاع از حقوق مدنی نیاز به شناسایی قانون ندارد. هر چند قانون یا قرار داد جزئاً می‌تواند این شخص را از اعمال و یا بعضاً از دارا شدن حقوق مدنی ممنوع کند ولی در هر حال این موارد جنبه استثنایی دارند. در مالیکه شخص حقوقی برای اینکه بتواند از حقوق مدنی متمتع شود نیاز به شناسایی قانون دارد.

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

۱- شخص: شخص موجودی است که دارای حق و تکلیف است، شخص دارای زندگی حقوقی است و 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- اموال شفعیه: اموال شفعیه از وضعیت و اهلیت تشکیل می‌شود و به عبارت دیگر اموال شفعیه اوصافی است که مربوط به شخص است. صرف نظر از شغل و مقام فاص 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 متی ممکن است، شخص چیزی جز بدهی نداشته باشد ولی چنین شخصی نیز دارایی دارد.

۱- دکتر صفایی سید مسین- اشخاص و مجبورین صفحه ۶

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

۳- همان صفحه ۷ ۵- همان صفحه ۱۰

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

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

a- قراردادهایی که به میثیت 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 مسنه 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 مسنه نباشد و در ضمن به میثیت و آزادی فرد بطور کلی و قطعی صدمه نزند می‌تواند صحیح باشند.

در این راستا در قانون مدنی مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ در مورد حقوق مربوط به شخصیت بحث می‌کنند: طبق م ۹۵۹ (هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا اجرای حق تمام یا قسمتی از حقوق

مدنی را از فود سلب کند) و بر طبق ماده ۹۶۰ (هیچ کس نمی‌تواند از فود سلب مریت کند و یا در مدودی که مخالف قوانین و یا افلاق مسنه باشد از استفاده از مریت فود صرفنظر کند.) از جمع دو ماده در مورد شرایط صحت قراردادهای مربوط به شفصیت می‌توان چنین گفت که: قراردادهای مربوط به شفصیت. اولاً نباید مخالف نظم عمومی و یا افلاق مسنه باشند (این معیار اول است).

۴- ثانیاً؛ مقوق از دو بعد کلیت دارند

اول: از بعد تعدد فود مقوق مربوط به شفصیت: مثلاً مق ازدواج و مق تملک، مق انعقاد معامله ...۹

دوم: از بعد زمان یعنی هر مقی نسبت به اینکه برای مدت زمانی طولانی مثلاً برای طول عمر سلب شود این سلب مق کلی است: پس می‌توان گفت:

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

b) یا در فرض دیگر: اگر شفصی طبق قرار دادی یکی از مقوق مربوط به شفصیت فود مثلاً ازدواج را برای مادام العمر از فود سلب کند. باز در اینجا هم چون این سلب مق از میث زمان کلیت دارد باطل فواهد بود.

۵- در فقه امامیه هم این مسئله مورد توجه قرار گرفته است که در آنجا هم در مورد اینکه آیا قراردادی که یکی از مقوق مربوط به شفصیت 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 منعقدده را با کتاب خدا جاری ساخته لذا عقد را صمیم دانسته است.

تذکره: در فقه معمولاً آنچه که تعبیر به مکم می‌شود را نمی‌توان به تراضی ساقط کرد مثلاً با تراضی نمی‌توان مرامی را ملال کرد ولی آنچه که مق نامیده می‌شود علی الاصول می‌توان ساقط کرد مثل مق فیار

۶- شفص طبیعی به ممض تولد متمتع از مقوق مدنی است و این بعد از الخای برده داری به

عنوان یک اصل اولیه مقوقی است ولی قانونگذارما در ماده ۹۵۷ ق. م دایره این اصل را گسترش داده است چنانچه در ماده مذکور اشعار می‌دارد «ممل از مقوق مدنی متمتع می‌شود، مشروط بر اینکه زنده متولد شود». لذا می‌توان گفت که جنین هم دارای نوعی شخصیت است و می‌تواند صاحب مق شود مثلاً می‌توان به نفع او وصیت کرد. که این مورد در ماده ۸۵۱ ق. م مورد تصریح قرار گرفته است و همچنین جنین بنا به تصریح ماده ۸۷۵ ق. م ارث می‌برد در این باره ماده مذکور اشعار می‌دارد «شرط وراثت، زنده بودن در مین فوت مورث است و اگر مملی باشد در صورتی ارث می‌برد که نطفه او مین 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 مقوقی (موت) نامیده می‌شود و منشاء اثر است. اقسامی دارد که ذیلاً بیان می‌شود:

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

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

مرتد فطری: کسی است که لااقل یکی از والدین او در مین 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 مکم مرده است و شخصیت خود را از دست می‌دهد و به همین دلیل اموالش بین وراثش تقسیم می‌شود و ازدواج او منحل می‌شود.

تذکره: به نظر مقوقدانان در مقوق جدید، موت مکی 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 مس و حرکت را ندارد در مدوت و به وجود آمدن این نوع مرگ قانونگذار و شارع هیچ دفالتی ندارد و فقط آثاری را بر آن بار می‌کند.

تذکره: در این مورد یک فرعی مطرح می‌شود و آن میات بدون فعالیت یا زندگی ففیف است. که در مقوق موضوعه ۲ حالت دارد:

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

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

ج- 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 میات او مشکوک باشد که در اینصورت اگر شرایط مقرر در قانون وجود داشته باشد، مکم موت فرضی صادر می‌شود که در چنین وضعیتی شفص را مفقودالاثر می‌فوانند.

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

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

۸- آثار حقوقی مرتب بر موت:

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

تذکره: در این مسئله یک استثنایی وجود دارد که از مدیثی 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 مشفص نباشد علی القاعده هیچ کدام از دیگری ارث نمی‌برند مگر اینکه فوت در نتیجه (غرق یا هدم) باشد که در اینصورت هر دو از همدیگر ارث می‌برند.

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

ج) مال شدن دیون متوفی: اگر شفص مفقودالاثر دارای دیونی باشد که مؤجل باشند با صدور مکم موت فرضی این دیون مدت دار به تصریح ماده ۲۳۱ ق.ا.ع مال می‌شوند.

د) تعیین ابتدای عده (وجه متوفی): زن متوفی باید چهار ماه و ده روز عده وفات نگه دارد، که

ابتدای این مدت از تاریخ صدور حکم موت فرضی شروع می‌شود.

۹- برای اینکه شفص غایب مفقود الاثر نامیده شود طبق ماده ۱۰۱۱ ق.م سه شرط لازم است.

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

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

شرط سوم: فقد خبر میات یا مومات غایب: این عنصر و شرط، مهمترین عنصری است که در تعریف غایب مفقودالاثر در نظر گرفته شده است. یعنی باید هیچ خبری از شفص غایب در دسترس نباشد. لذا اگر مرگ طبیعی‌اش مشخص شود یا اینکه به استناد ادله قطعی و یا قرائن مفید علم میات وی ممزر شود، دیگر سراغ موت فرضی نمی‌رویم.

۱۰- صدور حکم موت فرضی دارای شرایطی است که ذیلاً بیان می‌گردد. به موجب ماده ۱۰۱۹ ق.م حکم موت فرضی غایب در موردی صادر می‌شود که (از تاریخ آفرین فبری که از میات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین شفصی زنده نمی‌ماند.)

پس شرط اول در صدور حکم موت فرضی این است که: [از تاریخ آفرین فبر از میات غایب مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین شفصی زنده نمی‌ماند] این قید [عادتاً] که در ماده آمده است بستگی به عرف و متعارف ممل اقامت غایب دارد.

این شرط یک 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 ۱۰۲۰ تا ۱۰۲۲ 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 ← ۱۰ سال

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

۱۱- اقامتگاه:

ماده ۱۰۰۲ در تعریف اقامتگاه می‌گوید «اقامتگاه هر شفصی عبارتست از مملی است که شفص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز آنجا باشد، اگر ممل سکونت شفص غیر از مرکز مهم امور او باشد، مرکز مهم امور او اقامتگاه محسوب است. اقامتگاه اشخاص مقوقی مرکز عملیات

آنها فواهد بود»

با توجه به ماده فوق موارد اقامتگاه شفص اقسام آن ذیل بیان می‌گردد:

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

(b) اقامتگاه اجباری

(الف) اقامتگاه زن شوهردار ← اصل براینست که اقامتگاه او همان محل اقامت (اقامتگاه) شوهر

است، مگر اینکه با رضایت شوهر در محل دیگری اقامت داشته باشد.

(ب) اقامتگاه مجبور ← اقامتگاه مجبور 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 فدمه ← اگر اشفاص کبیر، که معمولاً نزد دیگری کار یا فدمت می‌کنند، در منزل

کارفرما یا مفدوم خود سکونت داشته باشند، اقامتگاه کارفرما یا مفدوم آنها فواهد بود.

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

(الف) موارد تفریق اقامتگاه (زمین به شرح ذیل است

۱- در موردی که شوهر اقامتگاه معلومی نداشته باشد

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

اختیار کرده باشد.

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

مسکن جداگانه اختیار کرده باشد.

۴- در موردی که بودن زن و شوهر در یک منزل متضمن خوف و ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای

زن باشد و زن با اجازه دادگاه مسکن جداگانه اختیار کرده باشد.

(ب) اقامتگاه زن ناشزه:

۲ نظر در مورد اقامتگاه زن ناشزه وجود دارد:

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

می‌شود.

دوم) آنکه چون نشوز (نافرمانی و انجام ندادن وظیفه) بر خلاف قانون است، نباید از نظر تغییر

اقامتگاه قانونی مؤثر باشد لذا اقامتگاه قانونی زن ناشزه همان اقامتگاه شوهر است (این نظر در

کتاب اشفاص و مجبورین، دکتر صفایی، انتفاب شده است)

ج) اقامتگاه زن قبل از رفتن به خانه شوهر:

علی القاعده چون اصل براینست 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 مجبور:

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

۱۳- اقامتگاه انتفابی یا قراردادی:

اقامتگاه انتفابی یا قراردادی اقامتگاه خاصی است که طرفین معامله برای اجرای تعهدات یا دعوی ناشی از قرارداد یا ابلاغ اوراق دادرسی مربوط به آن انتخاب می‌کنند اقامتگاه قراردادی غالباً مملی 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.

تذکره: انتفاب مملی برای ابلاغ اوراق دادرسی را برفی از اساتید مثل دکتر صفایی به عنوان (اقامتگاه) می‌دانند در مالیکه برفی دیگر از اساتید معظم مثل دکتر شمس این محل را (اقامتگاه) نمی‌دانند و صرفاً مملی برای ابلاغ اوراق دادرسی می‌دانند.

۱۴- شفصیت مقوقی همانطور که قبلاً گفته شده یکی از نهادهایی است که در قانون ما مورد شناسایی قرار گرفته است، به موجب اصلی که در ماده ۵۸۸ق. تجارت آمده است اصل براینست که اشخاص حقیقی و مقوقی در مقوق و تکالیف مشترکند. مگر در موارد خاصه، که به این اصل، اصل اشتراک شخص حقیقی و مقوقی در مقوق و تکالیف می‌گویند)

۱۵- شخص مقوقی اقسامی دارد از جمله:

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

(b) اشخاص مقوقی مقوق 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 یک فعالیت اقتصادی مشترک و تقسیم منافع بین خود در میان می‌گذارند.

ب) مؤسسات غيرتجاری: كه اين مؤسسات براي اهداف تجاری تشكيل نمی‌شوند ولی ممکن است قصد سودجویی داشته باشند یا نداشته باشند.

ج) موقوفات: یعنی اموالی كه عین آنها مبدس می‌شود (یعنی از جریان دادوستد و معاملات خارج می‌شوند) و منفعت آنها تسبیل می‌گردد (یعنی برای یک هدف غیر و در راه فدا اختصاص داده می‌شوند) كه این موقوفات هم دارای شخصیت مقوقی هستند.

۱۶- این اشخاص مقوقی دارای زمانی برای ایجاد هستند و زمانی نیز شخصیت مقوقی آنها پایان می‌پذیرد.

در مورد اشخاص مقوقی مختلف، ایجاد و پایان شخصیت مقوقی متفاوت هست، كه ذیلاً بیان می‌گردد.

۱- شخصیت مقوقی مقوق عمومی (۱) آغاز: به ممض تشكيل شخصیت

مقوقی پیدا می‌کنند و نیاز به ثبت ندارد.

(۲) پایان: به اراده دولت یا به موجب

قانون مربوطه شخصیت مقوقی آنها از بین می‌رود.

(۱) آغاز شخصیت مقوقی: به ممض تشكيل واجد

شخصیت هستند ولی شخصیت آنها وقتی كامل

می‌شود كه به ثبت برسند

(۲) پایان شخصیت مقوقی: با انملال و پس از پایان

عملیات تصفیه شخصیت مقوقی آنها از بین می‌رود.

۲- شرکتهای تجاری

(۱) آغاز شخصیت مقوقی: از تاریخی ثبت در دفتر مخصوصی كه وزارت

عدلیه معین میکند، شخصیت مقوقی پیدا میکند.

(۲) پایان شخصیت مقوقی: به انملال و پایان عمل تصفیه شخصیت

مقوقی آنها

از بین می‌رود.

۳- مؤسسات غير دولتی

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

۱۴- وقف

شفعصیت مقوقی آن نیز پایان می‌پذیرد. (و در موارد استثنایی با فروش مال

موقوفه)

۱۷- شفعص مقوقی مثل شفعص مقیقی دارای ممیزاتی است که بوسیله آنها از سایر اشخاص تمیز داده می‌شود که ذیلاً به اقتصار بیان می‌گردد:

الف) نام: شفعص مقوقی 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 شفعص مقوقی به مراجع قانونی ذی ربط، می‌توان ضرورت انتخاب نام برای شفعص مقوقی را استفاده کرد.

ب) اقامتگاه: اقامتگاه شفعص مقوقی مرکز عملیات اداری یا مرکز اداره شفعص است و تفاوتی از این لحاظ بین شفعص مقوقی، مقوق تجارت و سایر اشخاص مقوقی نیست

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

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

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

فصل دوم: در مجر

۱۸- یکی از مطالبی که هم در بفش مدنی (۱) و هم بطور کلی در تمام دوره مدنی و خصوصاً بفش معاملات نقش عمده‌ای ایفاء می‌کند، بررسی این موضوع هست که آیا شخصی که مبادرت به انجام عملی مقوقی می‌کند، اهلیت دارد یا نه؟ البته با توجه به اینکه هر شخص به محض تولد دارای اهلیت تمتع هست و متی جنین به شرطی که زنده متولد شود متمتع از مقوق مدنی است، لذا در بمث از اهلیت، منظور اهلیت استیفاء است و ممجور کسی است که اهلیت استیفاء نداشته باشد. مضافاً اینکه قانونگذار در برقی موارد، ممایتهای ویژه‌ای از ممجورین به عمل آورده است که مقررات فاص خود را هم در قانون مدنی و هم در قانون امور مسبی دارد.

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

۱۹- مجر اسبابی دارد که در م ۱۲۰۷ ا.ق. م امضا شده است اما موارد مذکور در ماده مذکور تمام موارد مجر نیست لذا ما ذیلاً موارد مجر 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 دفالت کند، این نوع مجر، نقص در شخص ممجور است (یعنی شخص ممجور باعث شده که این نهاد مورد ممایت قانونگذار قرار گیرد این نوع مجر را مجر ممایتی گویند) البته صغیر هم در رابطه با دفالت 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 مقوقی این صغیر باطل است متی اگر تصرفات صرفاً نافع باشند مثل قبول هبه بلا عوض و متی با تنفیذ بعدی ولی وقیم هم این تصرفات کامل نمی‌شوند و باز باطلند.

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

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

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

تذکرا) در مورد اینکه در چه سنی صغیر، ممیز می‌شود در بین فقها از یک سو و مقوقدانان از سوی

دیگر اختلاف نظر وجود دارد:

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

در مقوق هم برفی مقوقدانان عقیده دارند که در مقوق مدنی ایران، چون سن فاصی برای تمیز مشخص نشده است لذا تشخیص آن با رعایت مصلحت صغیر با دادگاه است.

تذکره (۲) در صورتی که تردید کنیم آیا صغیری به وصف تمیز متصف شده است یا نه؟ مقتضای اصل عملی چیست؟ در پاسخ می‌توان گفت که از آنجائیکه حالت عدم تمیز در صغیر مقدم بر تمیز است لذا در صورت شک در مدوٹ تمیز مکم به بقای حالت سابق می‌کنیم (پس مقتضای اصلی عملی استصحاب است).

تذکره (۳) صغیر زمانی بطور کامل از مجر فارغ می‌شود که علاوه بر رسیدن به سن بلوغ، رشید هم باشد.

در مورد سن بلوغ در قانون مدنی ۱۲۱۰ تکلیف را مشخص کرده است و سن بلوغ را برای پسر ۱۵ سال و برای دختر ۹ سال قرار داده است [هر چند درم ۱۰۴۳ مداخل سن ازدواج برای دختر را ۱۳ 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 مددودی مبهم است ولی در رویه قضایی و نظر اکثر مقوقدانان با توجه به اینکه هنوز ماده و آمده راجع به رشد متعاطین نسخ نشده است لذا سن همده سالگی اماره رشد ممسوب می‌شود. و بعد از این سن شخص رشید ممسوب می‌شود مگر اینکه مجر او ثابت شود.

۲۰- قسم دوم از مجبورینی که در ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی ذکر شده است. مجبورین سفیه هستند که آنها را [غیر رشید] به معنی افص هم می‌نامند. سفیه به کسی گفته می‌شود؛ که عادت او اسراف و تبذیر در فرج است و تصرفات مالی او عاقلانه نیست.

شخص غیر رشید با صغیر ممیزیک 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 تمصیل رشد آن را از دست داده است در صورتی که صغیر ممیز به فردی گفته می‌شود که هنوز به سن بلوغ نرسیده ولی تا مدی 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 ممسوب نمی‌شود.)

۲۱- اعمال مقوقی غیر رشید از لحاظ نفوذ و عدم نفوذ و یا صحت و بطلان به دو دسته تقسیم می‌شوند:

الف) دفالت غیر رشید در امور مالی فود: غیر رشید (سفیه) نمی‌تواند در امور مالی فود دفالت کند

ولی اگر عملی مقوقی راجع به اموال خود را انجام داد آن اعمال باطل نمی‌شوند بلکه نیاز به تنفیذ ولی (اگر سفته متصل به صخر باشد) و یا قییم (اگر سفته منفصل از صخر باشد) است.

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

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

اعمال مقوقی مجنون مثل صغیر غیر ممیز بطور کلی باطل است و متی با تنفیذ بعدی هم کامل نمی‌شود و در این بطلان، فرقی نمی‌کند که دفالت در امور مالی باشد یا امور غیر مالی. بمئی 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 صمیع 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 مقوقی مجنون ادواری در حالت جنون واقع شده مگر افاقه او در مین انجام آن عمل مقوقی اثبات شود.

فصل سوم: در قیمومت

۲۳- در مورد مجبورین قانونگذار طرق ویژه‌ای را برای حمایت برگزیده است این طرق از سه نهاد

مقوقی تشکیل شده اند:

۱- ولی قهری: که عبارتند از پدر و جد پدری

این دو را مجموعاً ولی فاص می‌گویند

۲- وصی: که منصوب از طرف پدر یا جد پدری هستند

۳- قیم: که در صورت فقدان ولی فاص از طرف ماکم 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 مجبور است.

در اصطلاح مقوقی: قیم کسی است که در صورت نبود ولی فاص به وسیله دادگاه برای سرپرستی و

اداره امور مجبور نصب می‌شود.

۲۴- موارد نصب قیم:

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

برای اشخاص ذیل نصب قیم می‌شود:

۱- برای صغاری که ولی فاص ندارند:

توضیح) طبق این بند اگر مجبور قبل از رسیدن به سن بلوغ ولی فاص داشته باشد نصب قیم

نمی‌شوند. ولی اگر صغیری ولی فاص 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 مجبور باشد در اینصورت قیم

صغیری که به سن رشد رسیده لکن مجبور است به دادستان اطلاع می‌دهد و بعد از آن، اگر دادگاه

مکم به بقای مبر داد (ممکن است) قیم سابق را بر قیمومت ابقا کند.

۲- برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون و عدم رشد آنها متصل به زمان صغر بوده و ولی

فاص نداشته باشند:

توضیح) مبر اینها نیازی به مکم دادگاه ندارد.

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

توضیح: برای اینکه این اشخاص را مجنون یا غیر رشید بدانیم باید مجر آنها در دادگاه اثبات شود ولی محکم دادگاه جنبه اعلامی دارد. در صورتی که مجر 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 جدپدری را به عنوان قیم تعیین کرد، این اشخاص عنوان قیم فوهند داشت و مشمول قواعد راجع به قیم فوهند بود.

۲۵- شرایط و اوصاف قیّم:

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

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

۱- شرایط

- ۲- موانع قانونی برای نصب قیّم
- ۱) موانع قانونی مبتنی بر عدم امانت: که قانونگذار در ماده ۱۲۳۱ ق.م کسانی که ظن غالب بر عدم امانت داری آنها هست صراحتاً از تصدی قیومت منع کرده است.
 - ۲) منع قانونی ناشی از نکاح: که ق.م در م ۱۲۳۳ اشعار می‌دارد: « زن

نمی‌تواند بدون رضایت شوهر خود سمت قیمومت را قبول کند»

تذکره: سوالی که ممکن است مطرح شود این است که آیا می‌توان شخص مقوقی را به سمت قیمومت صغیر و یا محجوری تعیین کرد؟
در این مورد ۲ نظر وجود دارد:

نظر اول) برفی 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 حقوقی است لذا شخص مقوقی نمی‌تواند به سمت قیمومت تعیین شود.

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

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

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

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

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

۴- کسانی که ضامن یا تضمینات کافی بدهد بر دیگران مقدم هستند (استفاده از م ۲۴۳ ق. ح)

۲۷- اختیارات و وظایف و مقوقی قیم:

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

که هر کدام دارای فروع متنوعی هستند که ذیلاً بیان می‌گردد

۱) نگهداری: مضانت و نگهداری طفل زمانی به قیم داده می‌شود که مادر و ولی فاص نداشته باشد، لذا اگر مجبور مادر داشته باشد، هر چند مادر او قیم نباشد، ولی باز تکلیف مضانت طفل با مادر فواهد بود نه قیم.

۲) آموزش و پرورش: که این تکلیف هم بر عهده قیم است که در مد متعارف به آموزش و پرورش مجبور اقدام کند
 ۳) ازدواج: در مورد تمام مجبورین متی سفیه، قیم وظیفه دارد که در صورت نیاز برای آنها ازدواج کند
 ۴) طلاق: در مورد طلاق زن مجبور بین سه قشر از مجبورین فرق قائله شده اند

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

کرده باشد قیم نمی‌تواند زن او را طلاق دهد

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

مالی است لذا خود سفیه می‌تواند زنش را طلاق دهد

لذا باز قیم نمی‌تواند زن او را طلاق دهد

۳) در مورد مجنون: چون او اراده مقوقی ندارد لذا قیم می‌تواند زن وی را

طلاق دهد البته با تصمیم دادگاه (م ۸۸ ق. ا. ح)

I- اداره امور غیرمالی مجبور

II- اداره امور مالی مجبور: قاعده کلی این است که مجبورین اعم از صغیر و سفیه و مجنون به

مکم قانون نمی‌توانند در اموال و امور مالی خود مدافله کنند و اداره امور به عهده قیم است لذا قیم

در مورد اداره امور مالی مجبور وظایفی را بر عهده دارد از جمله:

- وظایف قیم در اداره امور مالی مجبورین می‌شود .
- (۱) تنظیم صورت دارایی در ابتدای قیومت
- (۲) تنظیم و ارائه صورتمساب سالانه: که لااقل سالی یکبار مساب تصدی خود را به اداره سرپرستی یا دادستان می‌دهد و هرگاه ظرف یکماه پس از تاریخ مطالبه مساب ندهد معزول می‌شود .
- (۳) تنظیم و ارائه صورتمساب نهایی: در صورتی که مجبور از مجر خارج یا مدت قیومت او تمام شود قیم موظف است صورتمساب زمان تصدی خود را به مولی علیه سابق یا قیم بعدی ارائه دهد
- (۴) در فواست مهروموم ترکه مورث مجبور: اگر پس از تعیین قیم مورث مجبور فوت شود قیم موظف است ظرف ده روز در فواست مهروموم و تمریر ترکه را بنماید
- (۵) مفا و نگهداری اموال مجبور: قیم باید اموال مولی علیه خود را به طور متعارف و مطابق مصلحت او نگهداری کند.

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

- (الف) معاملاتی ممنوع و باطلند
- (۱) معامله با خود: یعنی اینکه قیم نمی‌تواند مال مولی علیه را به خود منتقل کند و یا مال خود را به مولی علیه منتقل نماید
- (۲) هبه اموال صغیر: قیم باید در مفا و نگهداری اموال مجبور رعایت غبطه و مصلحت مجبور را بنماید و چون هبه اموال صغیر از اعمال مقوقی است که صرفاً مضرر

هست لذا این نوع تصرف در مال مولی علیه باطل است.
البته برفی موارد مثل هدیه جشن تولد یا هدیه روز مادر
را مجاز می‌دانند با این استدلال که در رشد شفصیت
ممجور مؤثر هستند.

- | | | |
|--|---|---|
| <p>(۱) فروش مال غیر منقول
(۲) رهن اموال غیر منقول
(۳) معامله‌ای که به موجب آن قیّم مدیون مولی علیه شود
مثل ضمانت قیّم از شفصی که بدهکار مولی علیه است
(۴) قرض، وام گرفتن برای مجبور، فقط در صورت ضرورت
و امتیاج و آنهم با تصویب مقام قضایی تجویز شده است
(۵) صلح دعوی مربوط به مجبور: زیرا که مستلزم گذشت و
معامله‌ای فطرناک است</p> | } | <p>(ب) معاملاتی که
نیاز به اجازه مقام
قضایی دارند</p> |
|--|---|---|

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

الف) مق الزمه قیّم: قانونگذار مدنی در ماده ۱۲۴۶، مق مطالبه اجرت توسط قیّم را به رسمیت شناخته است ولی منبعی که باید این اجرت پرداخت شود معین نکرده است. که با توجه به ماده ۹۵ ق. ا. ع می‌توان گفت که اجرت قیّم از اموال مجبور پرداخت می‌شود.

ب) سایر هزینه‌ها: هزینه‌های دیگر از قبیل اجرت کارگر، اجرت بنا، تعمیرکار و وجوهی که بابت مصرف آب، برق و سایر عوارض دولتی و حقوق دیوانی پرداخت می‌گردد نیز از اموال مجبور پرداخت می‌شود (م ۷۷ ق. ا. ع)

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

می‌گردد:

۱) امانی بودن ید قیم و زوال امانت: که اگر قیم در نگهداری و استفاده از اموال مجبور تعدی و تفریط نماید ید امانی او به ید ضمانی تبدیل می‌گردد و امکاه غاصب بر او بار می‌گردد

۲) عزل قیم: که طبق م ۱۲۴۸ ق. م قیم اگر یکی از صفات خود را از دست بدهد عزل می‌شود (به مکم دادگاه)

۳) انعزال قیم: اگر قیم مجبور شود نمی‌تواند در این سمت باقی بماند و خود به خود منعزل می‌شود

۴) بطان یا عدم نفوذ اعمال مقوقی قیم: هرگاه قیم هر یک از اعمال مقوقی که [قبلاً ذکر شد] و ممنوع بودند را انجام دهد باطل فواید بود و یا اگر معاملاتی که نیاز به افذ اجاره از مقامات قضایی را دارد بدون افذ اجازه منعقد کند، معاملات مذکور غیر نافذ فواید بود

الف) ضمانت اجرای مدنی برای قیم

۱) مجازات فیانت در امانت مذکور در م ۶۷۵ و ۶۴۷

قانون مجازات اسلامی

۲) سایر مجازاتهای مقرر در مواد ۶۳۳ و ۶۳۲ و ۵۹۶ ق

مجازات اسلامی

ب) ضمانت اجرای کیفری برای قیم

۱) ضمانت اجرای مدنی: که مسئولیت مدنی دارد در

صورتی که از تقصیر و اهمال او فسارتی به مجبور وارد آید

۲) ضمانت اجرای کیفری: م ۵۹۷ ق. م: (که اگر در انجام وظیفه کوتاهی کند) طبق ماده فوق قابل تعقیب

ج) ضمانت اجرای دادستان

کیفری است

- | | | |
|---|---|---------------------------------------|
| <p>(۱) ضمانت اجرای مدنی: هرگاه از تقصیر قاضی ممکنه
فسارتی به مجبور وارد نشود ضامن خواهد بود</p> <p>(۲) ضمانت اجرای کیفری: که طبق م ۵۹۷ قانون مجازات
اسلامی در صورت وجود سایر عناصر ممرمانه می‌توان
او را تمت تعقیب کیفری قرار داد</p> | } | <p>(د) ضمانت اجرای
قاضی ممکنه</p> |
|---|---|---------------------------------------|

۳۱- آفرین میمئی که در بفش مدنی (۱) باقی می‌ماند بمت [پایان قیمومت] است که ذیلاً در دو قسمت آن را بررسی می‌کنیم

- | | | |
|---|---|---------------------|
| <p>(۱) پایان قیمومت بخاطر رشد یا افاقه مجبور: هرگاه صغیر،
رشد شود و یا اینکه مجنون یا سفیه افاقه حاصل کنند، سمت
قیم پایان می‌یابد که م ۱۲۵۳ ق. م مقرر می‌دارد « پس از
زوال سببی که موجب تعیین قیم شده قیمومت مرتفع می‌شود
(۲) پایان سمت قیم</p> | } | <p>پایان قیمومت</p> |
|---|---|---------------------|

(۱) استعفای قیم: با توجه به اینکه قیمومت نوعی نمایندگی است لذا منطقی هست که قیم بتواند از سمت خود استعفاء دهد لذا با استعفای او سمت قیمومت همه به پایان می‌رسد.

(۲) اعاده ولایت: هرگاه صغیری ولی قهری داشته باشد و ولی قهری بخاطر مجر 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.

مقوق مدنی(۲):

اموال و مالکیت

۱- مطالبی که تمت 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 مسن امامی قرار دارد. هر چند که در برخی موارد به نظر سایر اساتید و بعضاً نظر مشهور فقهای امامیه هم اشاره‌ای فواید شد (ان شاء الله)

فصل اول: در اموال

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

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

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

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

۱) اموال غیر منقول اموالی هستند که ؛ از مملی به ممل دیگر نتوان نقل نمود اعم از اینکه

استقرار ذاتی باشد یا به وسیله عمل انسان به نحوی که نقل آن مستلزم فرایی یا نقص خود مال یا ممل آن باشد (م ۱۲۰۰ ق. م)

۲) اموال منقول هم اموالی هستند که ؛ به سهولت قابل انتقال از مکانی به مکان دیگر باشند بدون اینکه به خود یا ممل آنها فرایی یا نقصی وارد آید.

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

- تبعی و اموال غیر منقول مکتبی تقسیم بندی می شوند:

- اقسام اموال غیر منقول

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

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

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

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

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

بنا محسوب می شود یا آینه و پرده نقاشی و امثال آنها در

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

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

۳) غیر منقول مکتبی: قانونگذار مدنی در م ۱۷۰۰ ق. م. مواردی را

ذکر کرده که [از میث سلامیت ماکم] مکتب آنها، همان مکتب غیر منقول است، یعنی سلامیت

رسیدگی به دعاوی مربوط به میوانات 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 (ممل وقوع مال غیر

منقول)

۴ - مقوق هم، با توجه به اینکه، ارزش اقتصادی بلاواسطه داشته باشند به دودسته تقسیم

میشوند:

۱ - مقوق مالی ۲ - مقوق غیر مالی

۱ - مقوق مالی هم در یک تقسیم بندی و با لحاظ اینکه نسبت به عین تعلق می گیرند یا فیر، به

سه دسته تقسیم می شوند ؛

A) مق عینی: مقی است که کسی نسبت به عین دارد. مانند مق شفعه یا مق تمجیر یا مق وثیقه

/ مق (رتفاق، مق انتفاع

(B) حق دینی: حق 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.
تذکره: حقوق مالی را به حکم ماهیت و ذات خود نمی‌توان به منقول و غیر منقول تقسیم کرد زیرا
به حکم ماده ۱۱ ق. م

تقسیم بندی به منقول و غیر منقول مخصوص اموال هست نه حقوقی ولی با این حال حقوق را
هم به منقول و غیر منقول طبقه بندی 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 تمجیر.
تذکره: دعوی که مستقیماً مربوط به مال غیر منقول می‌شوند مثل دعوی ناشی از تفریب مال
منقول نیز غیر منقول تبعی هستند

ب) حقوق دینی: حقوق دینی چون بر ذمه شخص تعلق می‌گیرند لذا در حکم منقول هستند ماده ۲۰
قانون مدنی در این باره اشعار می‌دارد (کلیه دیون از قبیل قرض ثمن مبیع و مالاچاره عین مستأجره،
از میث صلاحیت ماکم در حکم منقول هستند ولو اینکه مبیع یا عین مستأجره از اموال غیر منقول
باشد)

تذکره: به نظر دکتر کاتوزیان: برای اینکه دعوی راجع به مال غیر منقول از میث صلاحیت ماکم در
حکم منقول قرار گیرند نباید موضوع آنها غیر منقول باشد لذا دعوی تعهد به انتقال مال غیر منقول
در صلاحیت ماکم محل مال غیر منقول است.

در اینجا چند نکته هست که ذیل بیان می‌شود:
نکته اول: دعوی راجع به حق تولیت از جمله دعوی 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 فواید بود و اگر مورد شرکت
مال غیر منقول باشد حق شرکا هم به تبعیت از آن غیر منقول فواید 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 مقی است که بر مورد شرکت دارند لذا با افتلاف مورد شرکت مقوق شرکا هم مختلف فواهد بود.

نکته سوم: در مورد مق سرقفلی افتلاف وجود دارد که آیا منقول است یا غیر منقول: بر فی معتقدند چون مق سر قفلی، مق بر مشتریان دائم است لذا در اثر فعالیت و امانت شفصی بدست می آید لذا منقول تبعی است. ولی بر فی دیگر عقیده دارند (دکتر درودیان) با توجه به اینکه صفت مشفصه و بارز و عنصر اساسی سر قفلی مق تقدم در اجاره و مالکیت منافع عین مستأجره در برابر اجاره بهای ثابتی است که طرفین بر آن تراضی نموده اند لذا شباهت به مقوق مذکور در ماده ۱۸ قانون مدنی دارد. و غیر منقول تبعی است و این استدلال را با استناد به ماده ۱۹ قانون روابط مؤجر و مستأجر که می گوید: (که مق 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 می کند.

نکته چهارم: مقوق در کل ۲ دسته می شود: ۱) غیر منقول تبعی مثل مق انتفاع، ارتفاق و... ۲)

منقول مکتبی: مقوق دینی

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

۱) اموالی که مالک فاص دارند بمت جدی ندارد و فقط ذکر این نکته مانز اهمیت است که مالک فاص می تواند، یک شفص مقیقی باشد و یا یک شفص مقوقی و این شفص مقوقی هم می تواند، شفص مقوقی فصوصی باشد یا شفص مقوقی، مقوق عمومی.

۲) اموالی که مالک فاص ندارند به سه دسته تقسیم می شوند:

الف) مشترکان عمومی

ب) مباحات

ج) اموال مجهول المالک

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

الف) مشترکات عمومی: اموالی هستند که مالک آن عموم است که این اموال را نمی توان تملک کرد (یعنی قابل تملک نیستند) اما به نظر بر فی از اساتید (دکتر کاتوزیان) این اموال را می توان با تصویب قانونی تملک کرد، ولی به هر حال، با تصمیم اداری یا آئین نامه و غیره قابل تملک فصوصی نیستند. مشترکان عمومی به چهار دسته تقسیم می شوند:

A) راههای عمومی: یعنی طرق و شوارع عامه و کوچه هایی که آفر آنها مسدود نیست (ه) ۲۴ ق.

(ه)

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

(ه ۲۵ ق. ه)

(C) اموال اختصاص یافته به خدمت عمومی: مثل استمکانات وقلاع و فندقها و فاکریزهای

نظامی و..... (ه ۲۶ ق. ه)

تذکر: ملاک تمیز اموال عمومی از مورد تملک دولت را ماده ۲۶ ق. ه با این عبارات بیان

می‌کند).... و آنچه از اموال منقوله و غیر منقوله که دولت به عنوان مصالح عمومی و منفع ملی در

تمت تصرف دارد..... (

(D) بستر رودخانه‌ها و جنگلها و اموالی که بطور مستقیم یا با واسطه از طرف دولت برای رفع

نیازمندیهای عمومی اختصاص داده شده و دولت تملک فاص بر آنها ندارد.

(ب) مباهات: مباهات به ۵ گروه طبقه بندی می‌شوند:

الف) معادن (ب) شکار (ج) دفينه (د) اميا اراضی موات مباهه (ه) آبهای مجامع

(که توضیح این موارد در قسمت بعدی خواهد آمد)

تذکر: مباهات علی القاعده با امیا و میازت قابل تملک هستند و قاعده اولیه این مفهوم را

می‌رساند (من ماز ملک) ولی با توجه به قوانین تصویب شده راجع به این موارد الآن ممدوده آن

قاعده بسیار مضیق شده است.

(ج) اموال مجهول المالک: که عبارتند از: الف) اشیا پیدا شده و ب) حیوانات ضاله و ج) همچنین

اموالی که قبلاً مالک داشته اند و مالک آنها مشخص نیست بطوریکه اعراض مالک از این اموال هم

معلوم نیست یا عدم اعراض از آنها مسلم باشد این اموال از اموال عمومی هستند که بنا به تمویز

ماده ۲۸ قانون مدنی با اذن ماکم یا مأذون از قبل او به مصارف فقرا می‌رسد.

۶- بمت مهمی که در قسمت اموال بررسی میشود بمت تصرف و اماره تصرف است، طبق ماده

۳۵ (تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود). این ماده بیان

کننده یک اماره قانونی است یعنی هر کسی متصرف مالی باشد این تصرف اماره مالکیت اوست

مگر اینکه خلاف آن ثابت شود در مورد اینکه آیا اماراز مالکیت سابق می‌تواند اماره تصرف لاق را از

بین ببرد و اختلاف نظر بسیار است (۲) نظر عمده وجود دارد که عبارتند از:

الف) نظر قانون مدنی: قانون مدنی این اصل را پذیرفته است که اثبات مالکیت سابق مدنی

نمی‌تواند با اماره تصرف فعلی متصرف معارضه کند، چرا که مالکیت سابق مدعی اثبات شده است

که مالکیت فعلی وی را به طریق استصواب اثبات می‌کند و اصل استصواب از اصول عملی است در مالیکه 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 سابقا مال مدعی او بوده است در این صورت، مثار الیه (متصرف) نمی‌تواند برای ادعای مالکیت فویش به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صمیم به او منتقل شده است (م ۳۷ ق. م) این ماده در صورتی که مالکیت سابق مدعی با اقرار متصرف ثابت شده باشد، این اماره تصرف را قابل استناد نمی‌داند. علت این حکم آن است که به خاطر اقرار متصرف (انقلاب دعوا) رخ می‌دهد و جای مدعی و منکر عوض می‌شود، چرا که متصرف با اقرار خود بطور ضمنی مدعی شده است که ملک مزبور به ناقل قانونی صمیم به او منتقل شده است لذا باید این ادعای خود را ثابت کند) که این نظر مشهور فقهای امامیه و مشهور حقوقدانان است.

نظر دوم: دکتر کاتوزیان عقیده دارند که به هر طریقی مالکیت سابق مدعی اثبات شد، اماره تصرف متصرف فعلی قابلیت استناد ندارد ایشان از حکم ماده ۳۷ ق. م و مدت ملاک می‌گیرند و با این استدلال که (اثر اقرار پیزی جز اثبات مالکیت سابق نیست) از اقرار الغا فصوصیت می‌کنند و حکم ماده مذکور را به تمام صوری که مالکیت سابق امر از شود تسری می‌دهند. تذکر: مطلبی که باید به عنوان استثنا وارد بر حکم ماده ۳۵ ق. م ذکر شود این است که با توجه به ماده ۲۲ قانون ثبت { دولت فقط کسی را مالک 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 شفصی که مالک رسمی ملک هست (یعنی مالکیت او با سند رسمی ثابت شده باشد) قابلیت استناد ندارد.

۷- در حق انتفاع:

حق انتفاع: عبارتست از حق 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 ۲۱۹ 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 شفص ثالئی 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 ۱۴۳) و همچنین سکنی ممکن است بصورت مطلق یا مؤبد باشد.

(۴) مبیس مطلق: در صورتی که مالک برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشد، مبیس مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک فواید بود مگر اینکه مالک قبل از فوت خود رجوع کند (م ۱۴۴ ق. ۲) مبیس مطلق عقدی جایز است و با مرگ و مبر مالک و منتفع منحل می‌شود (دکتر کاتوزیان و دکتر امامی) ولی دکتر لنگرودی عقیده دارد که مبیس مطلق عقدی است لازم ولی مالک می‌تواند هر وقت فواید رجوع کند (لذا به نظر ایشان با مرگ یا مبر منتفع و همچنین با مبر مالک این حق از بین نمی‌رود).

(۵) مبیس مؤبد: حق انتفاعی است که در عقد آن، دواهم قید شده باشد و مانند وقف است و شاید امکان وقف را داشته باشد و تا زمان بقای عین، باقی است (دکتر مسن امامی جلد اول) ۸- 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 مبیس مطلق که برضی عقیده دارند جایز است.

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

نکته سوم: در مبیس، اعم از عمری و غیره قبض شرط صحت است (م ۱۴۷) 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 لازم برای نگهداری مالی که موضوع انتفاع است بر عهده منتفع نیست مگر اینکه شرط فلاف شده باشد (م ۱۴۹) ولی در مورد مبیس مؤبد مثل وقف، هزینه‌های لازم برای حفظ و بقا عین از منافع خود ملک باید پرداخت شود مگر شرط فلاف شده باشد.

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

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

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

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

۱) شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی

۲) به قبض دادن موضوع انتفاع

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

موارد زیر زایل می‌شود:

۱- در صورت انقضا مدت

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

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

۴- در صورت فوت مالک در مبس مطلق

فصل دوم: وقف

۹- وقف عبارتست از اینکه عین مال مبرس 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 مقوقی است که ماهیت مقوقی خاص خود را دارد، قانونگذار مدنی هم در تعریف وقف از کلمه (عقد) استفاده نکرده است. در مقابل عده کثیری از محققان قائل بر عقد بودن، وقف هستند چنانچه قانونگذار در ماده ۶۱ ق.م.هر چند در مقام بیان عقد بودن یا نبودن وقف بوده ولی از کلمه عقد استفاده کرده است (....) یا اگر در ضمن { عقد } وقف متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد و... (علی ایمال در بمث‌ها به نظر می‌رسد که وقف جز عقود مسموب می‌شود (هر چند که در بمث مقوق بین الملل فصوصی (که خارج از مواد امتحانی کارشناسی ارشد مقوق فصوصی است) وقف را جز اموال مسموب می‌کنند و امکان عقود را بر آن جاری نمی‌کنند)

۱۰- عقد وقف مشخصاتی دارد از جمله:

(۱- وقف از عقود عینی است: عقود عینی عقودی هستند که در آنها قبض شرط صحت است.
(۲- عقد وقف از عقود قابل رجوع هست، یعنی تا زمانی که مال موقوفه به تصرف و قبض موقوف علیهم یا ماکم داده نشده است واقف می‌تواند از آن رجوع کند چنانچه م ۶۱ ق.م. اشعار می‌دارد (وقف بعد از وقوع آن به نموه صحت و مصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند....)

(۳- با توجه به اینکه، وقف عقد است لذا واقع می‌شود به ایجاب از طرف واقف بهر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی وقف کند و قبول طبقه اول از موقوف علیهم یا قائم مقام قانونی آنها در صورتی که موصور باشند، مثل وقف بر اولاد و اگر موقوف علیهم غیر موصور یا وقف بر مصالح عامه باشد. در این صورت قبول ماکم شرط است

وقف چهار رکن دارد (۱) واقف (۲) عین موقوفه (۳) موقوف علیهم (۴) متولی که در زیر بررسی می‌شوند.

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

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

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

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

ب) شرایط اختصاصی: قانون مدنی در ماده ۵۷ یک شرطی را برای واقف در نظر گرفته است و آن اینکه (واقف باید مالک مالی باشد که وقف می‌کنند...) 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 ۵۷) 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 میازت کرد تا تبدیل به ملک شوند و سپس واقف می‌تواند مالی را میازت کرده است وقف کند.

۱۲- 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 امضا کرد:

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

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

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

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

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

هستند.

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

الف) موقوف علیهم مخصص (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 مخصص (وقف عام) در موقوف علیهم غیر مخصص یا وقف بر مصالح عامه قبول وقف با ماکم است ولی قبض آن با متولی است و اگر متولی قبض نکرد، ماکم قبض می‌کند. تذکر: دلیل اینکه متولی نمی‌تواند وقف را قبول کند و فقط ماکم 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 ۷۲ 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 مال میات 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. ۷۴).

لذا باتوجه به ماده ۷۲ ق. م واقف باید در وقف خاص خود را از زمره موقوف علیهم خارج کند و اگر خارج نکند به منزله وقف بر معدوم و موجود است و وقف نسبت به واقف باطل و نسبت به سایرین صحیح است. اما واقف می‌تواند بر اولاد و اقوام و قدمه و وارثین و امثال آنها وقف کند (م. ۷۳) از دیگر شرایط موقوف علیهم این است که موقوف علیهم باید اهلیت تملک داشته باشد لذا وقف کردن ملک به یک خارجی که 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 این دو 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.

۱۴- 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 ۷۵) اما بعد از وقوع عقد وقف و مصول قبض واقف نمی‌تواند اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده، بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دفالت 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 ایجابی 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 فعلی 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 مق التولیه و برای ناظر مق النظاره قرار دهد هر چند که خودش متولی باشد زیرا که طبق ماده ۳۰ ق. م مالک می‌تواند در مال خود هر نوع تصرفی بنماید و در زمان انعقاد عقد وقف واقف هنوز مالک است.

تذکر(۱) اگر فیانت متولی ظاهر شد ماکه ضم امین می‌کند و نمی‌تواند او را عزل کند مگر در صورتی که مق عزل شرط شده باشد، چرا که ماکه مق ندارد فارغ 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 (۲) اگر واقف وصف مخصوص را در شخص متولی شرط کرده باشد و متولی فاقد آن وصف گردد منعزل می‌شود.

۱۵- بیع مال وقف:

علی الاصول بیع مال موقوفه باطل است زیرا که طبق قاعده فقهی مشهور { لا بیع الا فی ملک } یعنی (بیعی وجود ندارد مگر آنکه مبیع ملک باشد) در صورتی که مال موقوفه ملک نیست و با وقف از ملکیت مالک خارج می‌شود و شفصیت مقوقی پیدا می‌کند. برفی نوع دیگری عدم امکان فروش مال موقوفه را تومیه می‌کنند: بدین توضیح که، یکی از شرایط مبیع در بیع طلق بودن آن مال است و چون به واسطه وقف مال موقوفه مبیس 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 ۸۸ قانون مدنی آمده است:

شرط اول: در صورتی که مال موقوفه فراب شود یا فوف آن باشد که منجر به فرابی 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 موقوفه 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 اتمال داده می‌شود که فون مسلمانی ریخته فواهد شد) می‌توان عین موقوفه را فروخت.

۱۶- در مق ارتفاق:

مق ارتفاق: مقی است برای شفص در ملک دیگری: یعنی مق ارتفاق برای مالک زمین مجاور در ملک همسایه فود ایجاد می‌شود لذا مق ارتفاق جنبه شفصی ندارد و به مناسبت مالکیت شفصی بر ملکی برای او ایجاد می‌شود و اگر ملک فروخته شود علی القاعده مق ارتفاق هم به مالک جدید منتقل می‌شود. مگر شرط فلاف شده باشد. مق ارتفاق دارای ویژگیهایی ذیل است:

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

۲) مق ارتفاق قائم بر ملک است لذا جدای از ملک نمی‌توان آن را انتقال داد.

۳) حق ارتفاق ممکن است توسط صامب 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 فانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته باشد صامب حق ارتفاق خواهد بود (م ۹۷ ق.م) پس می‌توان گفت تصرف به عنوان داشتن حق ارتفاق نشانه و دلیل بر ملکیت در آن حق است (ملاک م ۳۵ ق.م)

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

۱۷- 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 ميس مؤبد.

ب) حق ارتفاق برای کمال انتفاع از ملک صامب 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 می‌تواند بر مال منقول و غیر منقول (هر دو) واقع شود.

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

۱۸- در مريم املاک و امکام 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 ممدوده تصرفات مالک در ملک خود می‌شود. از طرفی مواردی وجود دارد که ملکی یا مالی یا دیواری در مد 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 مقتصراً به شرح ذیل می‌باشند.

الف) دیواری که مابین دو ملک واقع است، مشترک مابین صامب دو ملک ممسوب می‌شود مگر اینکه قرینه یا دلیلی بر خلاف آن موجود باشد (م ۱۰۹) فرض مزبور در جائی هست که صامب هر دو ملک در دیوار فاصل متصرف باشند یا هیچ یک تصرفی در آن نداشته باشند.

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

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

مالیت اول: هیچ ضرری متوجه دیگری نشود که در این صورت مجاز است
مالیت دوم: اگر تصرف موجب ضرر دیگر می‌شود باید این دو شرط با هم وجود داشته باشد تا تصرف مجاز باشد:

شرط اول: تصرف در مد متعارف باشد

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

۲۰- در مریم املاک:

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

برخی تصرفات در ملک هستند که مستلزم این است که زمین اطراف آن به ملکیت دیگری در نیاید، یا دست کم تصرفی در آن نشود که انتفاع از ملک را دشوار یا ناممکن سازد. مثلاً آنچه امروز معمول است. در زمینهای کشاورزی (پناه عمیق) مفر می‌کنند و حق مریمی قرار می‌دهند برای اینکه پناه عمیق دیگری مفر نکند، این محدودده مشخص را در اصطلاح (مریم) و حق را که مالک بر آن دارد « حق مریم » می‌نامند. پس همانطور که گفته شد منظور و هدف اصلی از شناسایی مریم جلوگیری از تضرر صامب حق است که ابتداتاً شروع به انتفاع کرده است. شناسایی مریم برای ملکی گاهی هم موجب می‌شود که ؛ دیگران نتوانند آن مریم را تملک کنند و گاهی هم موجب می‌شود که صامبان املاک مجاور نتوانند تصرفات خاصی را در آن محدودده انجام دهند.

۲۱- ماهیت حق مریم:

حق مریم از نظر تملیلی یک نوع حق ارتفاق بر اراضی اطراف قنات و نهر و امثال آن است ماده ۱۳۹ ق. م در این راستا بیان می‌دارد: (مریم در محکم ملک صامب مریم است و تملک و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از مریم است بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست بنابراین کسی نمی‌تواند در مریم چشمه و یا قنات دیگری پناه یا قنات بکند، ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایز است) پس طبق این ماده مطلق تصرفات در مریم قنات دیگری منع نشده است بلکه تصرفات مضره از قبیل کندن پناه منع شده است.

نکته آخر در مورد مریم اینکه: برخی عقیده دارند: حق مریم فقط در اراضی موات که مالک خاصی ندارند پیدا می‌شود و نمی‌توان بوسیله کندن پناه در ملک خود یا در زمین موات، حق مریم در اراضی مجاور که ملک دیگری است پیدا نمود، زیرا حق مریم منافات با حق ملکیت در اراضی مجاور که ملک دیگری است پیدا می‌نماید، زیرا حق مریم منافات با حق مالکیتی دارد که سابقاً ایجاد شده است. ولی

باید توجه داشت با وجود این، ایجاد حق مریم امری استثنایی است ولی این امر منافاتی ندارد که قانونگذار به موجب قانون و بنا به مصالحی حق مریمی را در املاک مجاور نسبت به صاحب حق ایجاد کند.

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

(۱) به امیا اراضی موات یا میازت اشیا مبامه

(۲) به وسیله عقود و تعهدات

(۳) به وسیله افذ به شفعه

(۴) به ارث

از این چهار مورد، سه مورد اول جز اعمال مقوقی هستند، { امیا اراضی موات، میازت اشیا مبامه و همچنین افذ به شفعه } از زمره ایقاعات هستند لذا نیاز به (قصد) دارند همانطور که ماده ۱۴۳ ق. م اشعار می‌دارد: (هر کسی از اراضی موات و مبامه قسمتی را به قصد تملک امیا 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 قهرا حاصل می‌شود هر چند این ملکیت متزلزل است و با قبول ترکه مستقر می‌شود و با رد آن از بین می‌رود ولی با این حال نباید آن را در زمره اعمال مقوقی آورد.

۲۳- در امیای اراضی موات و میازت اشیا مبامه:

مراد از امیا زمین آن است که اراضی موات و مبامه را بوسیله عملیاتی که در عرف آباد کردن ممسوب است، از قبیل زراعت، درفتکاری، بنا ساختن و غیره قابل استفاده نماید (م ۱۴۱ ق. م) عملیات امیا باید طوری باشد که عرف آن را برای انتفاع منظور آباد بداند و همچنین امیا کننده باید قصد تملک بکند. مسئله‌ای که افتلاقی است این است که آیا می‌توان به وکالت یا ولایت و یا بطور فضولی زمینی را برای دیگری امیا کرد؟

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

(۲) در مقابل عده دیگری که به نظر می‌رسد نظر مشهور فقه باشد عقیده دارند که این حالت امکان پذیر نمی‌باشد، زیرا که قاعده می‌گوید { من هاز ملک } لذا کسی که میازت می‌کند مالک می‌شود

پس نمی‌توان بصورت نیابتی میازت مباحات کرد.

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

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

۲۴) مقصود از میازت: تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا (م ۱۴۶)

میازت نیز مثل امیا اراضی موات از ایقاعات ممسوب می‌شود یعنی از اعمال مقوقی است که نیاز به

قصد انشا امیا کننده دارد. در میازت اشیا مباهه مثل امیا اراضی موات سه عنصر ضروری وجود دارد:

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

۲۵) در اشیا پیدا شده و میوانات ضاله:

همانطور که قبلاً اشاره کردیم، اشیا پیدا شد و میوانات ضاله جزء اموال مجهول المالک هستند لذا

اموالی که به شخص خاصی تعلق ندارند (یعنی مملوک نیستند) و همچنین اموالی که مالک از آنها

اعراض کرده از اموال مباهه هستند نه از اموال مجهول المالک.

۲۶- مال پیدا شده باید دارای شرایط ذیل باشد:

الف) قبلاً مالک داشته باشد

ب) مالک آن را گم کرده باشد لذا مالی که به سرقت رفته و از سارق گرفته می‌شود و مالی که از

مهمانفانه به اشتباه به جای مال دیگری برداشته می‌شود « لقطه » ممسوب نمی‌شود.

۳) در تصرف کسی نباشد

۴) مالک از آن اعراض نکرده باشد و اگر مالک اعراض کرده باشد جز مباحات است و اگر شک کنیم

که مالک از آن اعراض کرده یا فیر، اصل عدم اعراض است در اشیا پیدا شده پیدا کننده باید یک سال

آن را تعریف کند و اگر صامب آن پیدا نشد و یا یک سال گذشت می‌تواند آن را تملک کند

۲۷- در میوانات ضاله:

میوانات گم شده (ضاله) عبارت از: هر میوانی مملوکی است { یعنی میوانی که دارای مالک باشد

{ که بدون تصرف یافت شود ولی اگر میوان مزبور در چراگاه یا نزدیک آبی یافت شود و متمکن از

دفاع از خود در مقابل میوانات درنده باشد ضاله ممسوب نمی‌شود (م ۱۷۰ ق.م) در مورد میوانات

ضاله، یابنده به هیچ وجه حق تملک آنها را ندارد (برفلاف اشیا پیدا شده) و باید به مالک مسترد کند و

اگر مالک پیدا نشود به مالک مسترد دارد اگر مالک پس از جستجو صامب آن را نیابد، جز اموال

مجهول المالک می‌شوند و به دستور ماده ۲۸ ق.م به مصرف فقرا می‌رسد.

۲۸- شرایط میوان ضاله:

- ۱- میوان باشد (که بنا به نظری فقط شامل میوانات علفخوار می‌شود) و میوان باید زنده باشد و اگر کشته شده باشد مثل ماهی دودی، در حکم اشیا پیدا شده است.
 - ۲- مملوک باشد (یعنی مالک داشته باشد) و علم به اعراض مالک از آن وجود نداشته باشد.
 - ۳- بدون تصرف باشد
 - ۴- در پراگاہ یا نزدیک آب نباشد
 - ۵- متمکن از دفاع در برابر میوانات درنده از خود نباشد
- ۲۹- در دفینه: دفینه مالی است که در زمین یا بنایی دفن شده باشد و برمسب اتفاق و تصادف پیدا شود. دفینه اگر مالکش معلوم نباشد ملک کسی است که آن را پیدا کرده است و باید قصد تملک هم بکند، اگر دفینه در ملک غیر پیدا شود باید به مالک آن اطلاع داده شود و اگر مالک مدعی ملکیت دفینه شد باید این ملکیت را اثبات کند زیرا که دفینه از اجزا زمین محسوب نمی‌شود تا مشمول حکم ماده ۳۸ ق.م.گردد لذا مالک زمین نمی‌تواند در اثبات ادعای ملکیت خود به تابعیت دفینه از زمین استناد کند. و اگر مالک نتوانست ادعای خود را ثابت کند، دفینه به مستفزه آن تعلق می‌گیرد.

مقوق مدنی (۳):

قواعد عمومی معاملات

۱- درس مدنی (۳) دوره کارشناسی، یکی از مهمترین درسهایی است که در دوره کارشناسی مقوق 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 مبحث مورد توجه اساتید و دانشجویان مقوق 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 را جمع 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 می‌فواهیم 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 مقوق 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 مسن امامی و برقی جزوات اساتید مختلف مورد توجه قرار گرفته است. امید است که به هدف خود نائل شویم (انشاء الله)

۲- در ابتدای مبحث باید به تعریف اصطلاحات اساسی که در طول مبحث اشاره فواهیم کرد،

بپردازیم

الف) عمل مقوقی: عمل مقوقی عملی است که از شخص سر می‌زند و این عمل آثار مقوقی به بار

می‌آورد. همچنین این اعمال منشاء ارادی و آثار مقوقی‌اش هم منطبق بر همین منشاء ارادی است. (ب) واقعه مقوقی: گاهی واقعه‌ای اتفاق می‌افتد که اثر مقوقی 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 مقوقی به وجود آید لازمه‌اش فقط این نیست که موجد آن قصد باشد بلکه اثر مقوقی دلفواه هم بر آن باید باز بشود.

پس در قراردادها ۲ ویژگی مهم وجود دارد

۱- موجد آن اراده و قصد طرفین باشد.

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

البته اعمال مقوقی منمصر بر عقود نیست، بلکه عقود و قراردادها مصداق اصلی اعمال مقوقی هستند، با این حال ما ایقاعات را داریم که در آنها دو فاکتور ۱) قصد ایجاد کننده و ۲) انطباق آثار بر اراده وجود دارد ولی این قصد یکجانبه است مثل ابرا و طلاق که اینها هم اعمال مقوقی هستند.

ماده ۱۸۳ ق. م عقد را چنین تعریف کرده است (عقد عبارتست از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد).

این ماده به نظر بسیاری از حقوقدانان نمی‌تواند در مقوق ما معنی و تعریف اصلی عقد باشد. چراکه تعریف مذکور در ماده ۱۸۳ ق. م، [تعریف به اثر] است. یعنی عقد را با توجه به اثری که او را و بالذات ایجاد می‌کند تعریف می‌کند لذا معنی ماده ۱۸۳ می‌شود [عقد یعنی تعهد] ولی در مقوق ما بعضی عقود وجود دارند که اثر اولیه آنها ایجاد تعهد نیست مثلاً در عقد بیع م ۳۳۸ می‌گوید (بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم) یعنی اثر اولیه بیع، ایجاد تملیک است نه ایجاد تعهد برای بایع، مبنی بر تسلیم مبیع و ایجاد تعهد برای مشتری بر تسلیم ثمن.

یا در عقد ودیعه، من مالی را به شما 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 مقوق ما گاهاً تملیکی و گاهاً عهدی است پس می‌توان گفت (عقد عبارتست از نتیجه همکاری و تلاقی مذاقل ۲ اراده انشایی جدی برای ایجاد یک رابطه مقوقی) معامله: کلمه‌ای است عربی به معنی عمل متقابل یعنی طرفینی، اما به معنی فاص یعنی عملی که با قصد انشاء انجام

می‌گیرد، یعنی عقد؛ البته در بمتهای مقوقی گاهاً معامله را به معنی ایقاع هم به کار گرفته اند هرچند معنی دقیق آن عقد است.

در عرف، معامله معمولاً به عقودی 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 مقوقی بیشتر به عقود غیر معین اطلاق می‌شود. که ماده ۱۰ ق. م. اعلام می‌کند: [قراردادهای] فصوصی 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 (امتداد می‌گیرند ولی در واقع تعهد مترادف التزام است نه الزام).

۳- عقود با اینکه ماهیت مشخصی دارند ولی اشکال متنوعی دارند و به اعتبارات مختلف، عقود تقسیمات متفاوتی دارند؛ مثلاً عقود براساس اثری که ایجاد می‌کنند به عقود تملیکی و عهدی 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 امکان فاصی پیدا می‌کنند عقود تقسیم بندی دیگری هم دارند مثلاً:

- | | | |
|--|---|-----|
| <p>(۱) عقود معاوضی: عقدی است که دارای دو عوض هست و آن دو باهم معاوضه می‌شوند مثل بیع</p> | } | ۱- |
| <p>(۲) عقود غیرمعاوضی: عقدی است که دو عوض در آن مقابل هم قرار نمی‌گیرند مثل</p> | | همه |

- | | | |
|---|---|----|
| <p>(۱) عقد فیاری: عقدی است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد برفی عقیده دارند که عقد فیاری یکی از شافه‌های عقد لازم است که این نظر مشهور است ولی عده‌ای معتقدند که اگر در عقد جایز برای شفص ثالثی فیار فسخ عقد وجود داشته باشد، عقد تبدیل به عقد فیاری می‌شود.</p> | } | ۲- |
|---|---|----|

۲) عقد غیر فیاری: عقدی است که در آن برای هیچ کس اختیار فسخ معامله نباشد

یعنی

طرفین شرط نکرده باشند که یکی از آنها یا ثالثی حق فسخ معامله را داشته باشد

لازم به

ذکر است که وجود فیارات قانونی مثل فیار مجلس، فیار عیب و... باعث نمی‌شود

عقد به

عقد فیاری تبدیل شود.

۱) عقد معین: عقود معین عقودی هستند که در قانون بطور خاص نام برده

شده اند و امکام و آثار آنها در قانون بیان شده است مثل عقل بیع، هبه،

مزارعه و بیمه

۲) عقود شبه معین، عقودی هستند که در قانون نام برده شده اند ولی امکام

و آثار آنها مفصلاً ذکر نشده است مثل نامزدی [شایان ذکر است که دکتر

شهیدی نامزدی را وعده می‌دانند نه عقد]

۳) عقود نامعین: عقودی هستند که نه نام آنها در قانون ذکر شده و نه امکام

و آثار خاص آنها بیان گردیده است که این عقود از لحاظ نفوذ مقوقی در

سیستم ما هستند به ماده ۱۰ قانون مدنی هستند مثلاً کسی قرار داد می‌بندد که

خانه ای

را برایش بسازد و نقشه و مصالح و کارگر را نیز خود استفاده کند (قرارداد

پیمانکاری)

۳ -

۱) عقد لازم: عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته

باشد مگر در موارد معینه [م ۱۸۵ ق. م] منظور از (مگر در موارد معینه وجود یکی

از اختیارات در عقد است اعم از قانونی و قراردادی، انفساخ و تفاسخ مشمول مکم

افیر ماده نمی‌شوند زیرا که، انفساخ، انملاال قهری است در مالیکه در فسخ نیاز

قسمت

۱۴ -

به اعمال

انشایی داریم. و تفاسخ هم برهم زدن دو جانبه عقد است که در عقد لازم می‌توان

دوجانبه

آن را منحل کرد.

(۲) عقد جایز: عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتوانند هر وقت بخواهد معامله را

فسخ

کنند.

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

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

نکته (۲) در مورد اینکه آیا می‌توان عقد لازم را تبدیل به عقد جایز کرد باید گفت که این امکان به طور کامل وجود ندارد ولی می‌توان در ضمن عقد لازم شرط کرد که با فوت و مجر یکی از طرفین به هم بفورد که این شرط فاسخ است و مثل عقد جایز این امکان انملاال وارد در ماهیت و ذات عقد نمی‌شود بلکه پهره 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 ابرای همیشه طرفین مق فسخ معامله را داشته باشند [پراکه به موجب ماده ۴۰۱ ق. م «اگر برای فیار شرط، مدت معین نشده باشد هم شرط فیار و هم بیع باطل است» لذا فقط برای مدت معینی که عرفاً عقد را غری نمی‌توان برای طرفین عقد لازم، جعل فیار کرد.

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

(۲) عقود غیر تشریفاتی: (رضائی) عقود 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

۵-

اعتقاد

دارند که عقد تشریفاتی است و تازمانی که انتقال در دفتر ثبت املاک به ثبت نرسد بیع

محقق

نمی‌شود ولی در مقابل دکنر شهیدی اعتقاد دارند که بیع املاک ثبت شده هم عقدی

رضائی

است.

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

نظر

دکنر میرمسین 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 نظرافیر در واقع بیع املاک ثبت شده (بیع معلق است، که معلق علیه آن، ثبت ملک در دفتر املاک است)

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

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

(۱) عقد عهدی: عقدی است که اثر اولیه و با لذات آن ایجاد تعهد باشد مثل عقد قولنامه (که شخص تعهد می‌کند، مالش را به دیگری بفروشد)

(۲) عقد تملیکی: عقدی است که اثر اولیه و با لذات آن ایجاد ملکیت است مثل عقد بیع یا

اجاره

(۱) عقد مال: عقدی است که برای تسلیم عوض یا معوض اجلی معین نشده باشد مثل بیع نقدی یا اینکه برای اجرای قرارداد یک زمانی مشخص نکنند.

۸- ۱) عقد مؤجل: عقدی است که برای تسلیم یکی از عوض یا معوض یا برای هردو آنها اجل معین شده باشد یا اینکه برای اجرای قرارداد زمانی فاص مشخص نمایند.

۱) عقود مغابنی (غیرمساممی): اصل و قاعده در عقود این است که مورد معامله معین باشد (غرری نباشد) و عقود مغابنی عقود هستند که مورد معامله باید بطور کامل معین باشد.

۹- عقود به اعتبار درجه معین بودن و معلوم بودن مورد معامله تقسیم می‌شوند به:

۲) عقود مساممی: یکسری عقود پیش بینی شده است که مبنای آنها بر تسامع است به خاطر اینکه مردم شاید بخواهند در بعضی موارد با تسامع عقد لازمی را منعقد کنند مثل عقد جعاله یا عقد صلح: لذا عقد مساممی عقود هستند که بنای طرفین بر تسامع است و لزومی ندارد که تماماً مورد معامله بطور کامل معلوم باشد.

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

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

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

ج) فسخ: در فسخ هم مثل تفاسخ قرارداد بصورت ارادی از بین می‌رود ولی با اراده یک نفر، این فسخ ممکن است منشاء توافق و اراده داشته باشد مثلاً بایع و مشتری فی‌الفسخ برای یک طرف قرارداد باشند و ممکن است منشاء قانونی داشته باشد مثلاً قانون مقرر می‌دارد در صورتی که مبیع معیوب باشد. مشتری مق فسخ معامله را خواهد داشت.

آفرین تقسیم بندی عقود، تقسیم آن به اعتبار این است که آیا اثر عقد به مضمض انعقاد به وجود می‌آید یا فیر؟ به این اعتبار عقد به عقد منجر و عقد معلق تقسیم می‌شود.

(۱) عقد منجر (قطعی)
} ۱۰
(۲) عقد معلق (امتمالی)

برای تحلیل این دو عقد باید یک مقدمه‌ای ذکر شود:

ما از جهت ذهنی و تحلیل عقلی، عقد را می‌توانیم به اجزائی تحلیل کنیم، عقد از یک نکته نظر به ۳ جزء تحلیل می‌شود (۱) انشاء عقد (۲) منشاء عقد (۳) اثر منشاء (۱) انشاء: یعنی ایجاد، مثل فلق کردن و (۲) منشاء: یعنی آنچه از انشاء نتیجه می‌شود مثل مخلوق (۳) اثر منشاء: یعنی آنچه که از اثرات منشاء هست. اولین مرحله در تشکیل عقد از نظر تحلیلی فود اراده کردن است، اراده کردن برای اینکه چیزی را ایجاد کنیم، مرحله دوم: این اراده که بصورت جدی صورت می‌گیرد یک موجود اعتباری را به وجود می‌آورد (منشاء) و در مرحله سوم: این موجود اعتباری آثاری را برجا می‌گذارد. مال عقد معلق عقدی است که تعلق می‌گیرد بر [امری]: و این [امر] (امعلق الیه یا (شرط تعلیق) می‌گویند.

نکته مهم در این بحث این است که وقتی می‌گوئیم عقد معلق منعقد شد، منظور چیست؟ یک فرض این است که انشاء را معلق کرده ایم، آیا قابل تصور است که فود انشاء را معلق کنیم، آیا قابل تصور است، که فود 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 محققان معتقدند که در عالم اعتبار می‌توان انشاء و منشاء را ازهمدیگر جدا کرد و منشاء را معلق کرد درحالیکه انشاء مجزا واقع شده است مثلاً من می‌گویم [این زمین را به شما هبه کردم، اگر لیسانس بگیری و شما هم قبول کنید] در اینجا منشاء « یعنی تملک شما » معلق شده

است به لیسانس گرفتن.

برفی نیز با توجه به ظاهر ماده ۱۸۹ ق. م اعتقاد دارند که می‌توان انشاء را از منشاء و منشاء را از آثار آن جدا کرد و عقد معلق را عقدی می‌دانند که آثار آن معلق شده باشد نه منشاء آن. م ۱۸۹ ق. م «عقد منجر آن است که تأثیر آن برمسبب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق است.»

به هر حال در مقوق کنونی، عقد معلق، عقد صمیمی است که نفوذ مقوقی دارد ولی به هر حال عقد معلق نباید غرری باشد.

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

۱) امری که عقد به آن معلق شده است نباید ممال باشد زیرا عقد را باطل می‌کند
 ۲) امری که عقد به آن معلق شده نباید مسلم باشد زیرا اگر مسلم باشد عقد منجر است مثلاً بگوئیم من این خانه را به شما فروفتم 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 مالتی که معلق است چه اثری دارد؟
 (یعنی در زمانی که هنوز تکلیف شرط تعلیق مشخص نشده است.)

در این حالت عقد معلق یک عقد است و در مدی که عقد معلق اقتضاء می‌کند باید رعایت شود. برفی عقیده دارند که عقد معلق برای مثال بیع معلق برای مشتری ایجاد یک مق عینی بر مبیع می‌کند و بایع هم یک مق عینی بر مبیع دارد، لذا در مبیعی که به عقد معلق فروفته شده است دو مق عینی جمع می‌شوند و هر یک باید در تصرفات خود مق دیگری را رعایت کنند. از طرفی عقد بیع معلق هم به هر حال عقد بیع است لذا عقد لازمی است پس هیچ یک از طرفین نمی‌توانند بدون رضای دیگری آن را فسخ کنند.

مالا اگر معلق علیه ممقق شد، اثر عقد از چه زمانی حاصل می‌شود؟

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

برفی دیگر که تقریباً نظر مشهور بین مقوقدانان است اعتقاد دارند که با توجه به تفسیر اراده

متعاملین نظر صمیم این است که ملکیت از زمان حدوث معلق علیه منتقل شده است (نظریه
قابلیت)

فصل دوم: شرایط اساسی معاملات

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

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

۱- قصد و رضا

۲- اهلیت طرفین

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

بنداول) یعنی قصد و رضا، در واقع ۲ (کن 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 هرچند که در تعریف [معین] اختلاف نظر است.

جهت یعنی انگیزه مشخص در قرارداد، مشروعیت جهت یعنی اینکه انگیزه‌ای که متعاملین

براساس آن وارد در معامله شده اند مشروع باشد.

شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م.ا.م باید در همه معاملات وجود داشته باشد. بمثلی 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 برجهت نامشروع صمیم 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 صمیم در این میان، باتوجه به فلسفه وضع قوانین که نظم اجتماعی را در برمی‌گیرد نظر دوم

است یعنی این شرایط، تمام اعمال مقوقی را در برمی‌گیرد نه فقط قراردادها و عقود را.

ق.م.ا.م در واد ۱۹۱ الی ۲۱۸ شرایط اساسی صحت معاملات را به طور تفصیلی مورد بررسی قرار داده

است. اولین ماده، ماده ۱۹۱ ق.م.ا.م است که موضوع اصلی آن پگونگی تأثیر قصد برتشکیل

قراردادهاست. این ماده اشعار می‌دارد: « عقد ممقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به

پیزی که دلالت بر قصد کند. »

این ماده بیان می‌دارد که برای ایجاد قرارداد باید قصد انشاء وجود داشته باشد لکن باتوجه به ظاهر

ماده ۱۹۱ ق.م.ا.م می‌توان گفت که بدون کاشف که همان ایجاب و قبول است عقد ممقق نمی‌شود،

لذا ایجاب و قبول عنصر عقدند. البته در تأثیر اراده ابراز شده در تشکیل عقد اختلاف نظر وجود دارد،

برخی اصل را اراده ظاهری می‌دانند و می‌گویند که هرچه طرفین اظهار کرده اند ملاک است. ولی عده

زیادی [که مقوق 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 دفیل می‌دانند که اراده باطنی را نشان دهد یعنی اصالتاً در ایجاد عقد تأثیر ندارد بلکه کاشف از اراده باطنی است.

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

در اشکال بیان اراده م ۱۹۳ اشعار می‌دارد «انشای معامله ممکن است بوسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده است. و در همین راستا م ۱۹۲ بیان می‌کند «در مواردی که برای طرفین تلفظ ممکن نباشد، اشاره‌ای که مبین قصد و رضا باشد کافی است.)

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

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

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

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

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

(۲) توافق در موضوع و مورد معامله: در فودموضوع معامله هم چیزهای مختلفی است که باید مورد توافق باشند مثلاً: در مصداق مورد معامله باید موافق باشند مثلاً اگر یکی قصد جدی برفروش ماشین ۲۰۶ فود بکند و دیگری قصد جدی برفریدماشین پیکان داشته باشد عقد صمیم 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 شفص طرفین مهم است، باید در مورد شفص طرفین هم توافق داشته باشند، در صورت عدم توافق مثلاً در نکاح عقد باطل خواهد بود.

۶- زمان وقوع عقد:

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

در این زمینه چهار نظریه ارائه شده است:

۱- نظریه اعلام قبول

۲- نظریه ارسال قبول

۳- نظریه وصول قبول

۴- نظریه اطلاع از قبول

از بین نظرات بالا دکتر کاتوزیان و مرموم دکتر شهیدی و بسیاری از محققان نظریه ارسال قبول را پذیرفته اند زیرا که عقیده دارند نوشتن نامه قبولی همراه با ارسال آن مبین اراده جدی است برفی دیگر از محققان 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 مبنای بودن اراده است ولی می‌توان خلاف آن را اثبات کرد و زمان اعلام اراده را زمان انعقاد عقد می‌دانند.

۷- قرارداد مبتنی بر قصد انشاء است و عقدی که فاقد قصد انشاء باشد از نظر حقوقی بی اعتبار

است لذا یک سری معاملات تمت عنوان معاملات صوری یعنی معاملاتی که فقط صورت معامله را دارند و قصد واقعی و باطنی ندارند وجود دارند که باطل هستند.

این معاملات صوری به ۲ صورت قابل تصور هستند.

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

ب) گاهی ممکن است اراده ظاهری اعلام شده و قصد باطنی هم وجود داشته باشد ولی اراده اعلام شده متناسب با اراده ظاهری نباشد. مثل اینکه کسی اراده هبه کرده باشد ولی در قالب بیع منعقد 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 ۱۹۰ وجود قصد انشاء از شرایط اساسی صحت معاملات است و در حالت دوم چون متعاملین دارای یک اراده ظاهری هستند ولی اراده باطنی منطبق با آن وجود ندارد، لذا فاقد پشتوانه قصد انشاء است پس باطل است.

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

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

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

یا فقدان قصد ناشی از یک نقص ذاتی است مثل مجر، یا صغیر غیرممیز که این فقدان قصد به جهت فقدان اهلیت است لذا قانونگذار مدنی از آن در بخش اهلیت صمبت کرده است.

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

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

۱) کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شفص ممسوب

می شود. مگر اینکه در موقع عقد فلاف آن را تصریح کند؛ این اصلی رابطه بین عاقد است که در ماده ۱۹۶ ق. م ذکر شده است. زیرا که ما در حقوق قراردادهای و صامب معامله: ها یک اصلی داریم بنام (اصل نسبی بودن قراردادها): که به موجب آن هر قراردادی فقط نسبت به طرفین قرارداد اثر دارد نه نسبت به دیگران که این اصل یک اصل منطقی است چرا که قرارداد یک رابطه فصوصی است و باید در همان رابطه هم اثر بگذارد.

(۲) استثناء «در صورتی که ثمن یا مئمن معامله عین معین باشد و این عین

هم

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

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

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

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

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

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

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

چون اگر تعهد به نفع شفص ثالث را تملیل کنیم متوجه می شویم که از یک طرف در تعهد به نفع شفص ثالث خود طرفین ضرر ناشی از آن را قبول کرده اند، مثلاً فرض کنید الف) فانه را به (ب) می فروشند و در ضمن قرارداد شرط می کنند که دوست الف) به مدت ۶ ماه در فانه سکونت کند. که در

اینجا ثالث فقط سود می‌برد.

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

برفی 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؟

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

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

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

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

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

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

الف) اگر این شرط غیراساسی در قرارداد شرط شده باشد یا عقد متبانیاً بر آن منعقد شده باشد،

کسی که زیان دیده مق فسخ دارد.

ب) اگر شرط غیراساسی در قرارداد ذکر نشده و در واقع هیچ توافقی بر آن صورت نگرفته باشد،

تأثیری در عقد ندارد، زیرا فرض ما این است که اشتباه اساسی نیست که قصد را منصرف کند و

توافقی هم بر روی آن صورت نگرفته که بفاطر ممایت از متضرر قائل بر مق فسخ باشیم.

ب:

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

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

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

۲) اکراه غیرشدید: که مقصود اکراه متعارف است، که کسی مورد تهدید قرار می‌گیرد ولی مسلوب داده نمی‌شود و سود و زیان خود را می‌سنجد و سپس قرارداد منعقد می‌کند، در اینجا قصد وجود دارد ولی رضا وجود ندارد.

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

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

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

در ادامه م ۲۰۲ در مورد اعمال اکراه آمیز سن، شخصیت و اخلاق و مرد و زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود»

با توجه به قسمت اخیر ماده، ملاک عوض شد، باید خود شخص را بررسی می‌کنیم مثل جنس و سن، لذا املاک شخصی است.

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

نکته دوم) اکراه باید نامشروع باشد

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

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

فصل دوم: اهلیت:

اهلیت موضوع اصلی حقوق اشخاص است که در قسمت اول این تمقیق در بحث مدنی (۱) مورد بررسی قرار گرفت. در قسمت قراردادهای مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ ق.م به بحث اهلیت توجه کرده است ولی اکثر محققان قواعد لازم برای اهلیت در معاملات را خارج از این دو ماده و در قسمت اشخاص جست

و چو می‌کنند لذا ما نیز با توجه به اینکه در مدنی (۱) بحث اهلیت را مطرح کردیم، در اینجا از ذکر دوباره مطالب خودداری می‌کنیم.

فصل سوم: مورد معامله

۱۳) بند سوم از ماده ۱۹۰ ق. م. یکی از شرایط صحت معامله (امعین 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 هرپیزی صلاحیت آن را ندارد که مورد معامله قرارگیرد. مورد معامله شرایطی دارد که اگر آن شرایط ایجاد شود میتواند درکنار ارکان دیگر صحت معاملات رکن دیگری را ذکر کرد.

ماده ۲۱۴ 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 مالیکه این تفصص را ندرد پس این تعهد نمی‌تواند مورد معامله قرارگیرد لذا معامله باطل است.

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

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

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

و آفراینکه: مورد معامله باید مبهم نباشد (م. ۲۱۶) ابهام در قرارداد درمدمتعارف 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 فطر کند معامله صحیح نخواهد بود که اصطلاحاً معامله غرری می‌شود.

نکته (۱) برای رفع غرراز معامله و معین بودن موضوع معامله ۳ چیز باید از جهل خارج شود: (۱)

(۲) اوصاف مورد معامله

جنس مورد معامله

(۳) مقدار مورد معامله:

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

الف) غرر و اصل قاعده آن ظاهراً برای عقود معاوضی است و در عقود غیرمعاوضی جریان ندارد.
ب) بعضی از عقود معاوضی هستند مثل صلح و جعاله که مبتنی بر مسامحه هستند و مخابنی نیستند، لذا قاعده غرر فقط در عقود مخابنی جاری است.

گ) گروه سوم که در آنها برفی معتقدند که علم اجمالی کافی است شروط ضمن عقداست که علم تفصیلی را لازم نمی‌دانند ولی بمت افتلافی است.

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

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

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

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

ج) کلی یا کلی فی الذمه: در این حالت عین کلی در ذمه شخص است و لزومی ندارد که در انبار یا بیرون موجود باشد و ممکن است کلی مافی الذمه وجود نداشته باشد مثل معامله سلم و سلف. در کلی مافی الذمه، وجود بالفعل مورد معامله در هنگام انعقاد عقد شرط نیست ولی وجود و تحقق‌اش در موعد اجرای قرارداد شرط است. پس اگر معلوم شود که در موعد قرارداد عقلاً یا عرفاً مورد معامله موجود نخواهد بود، معامله باطل نخواهد بود.

۱۴- فصل چهارم: جهت معامله

درم ۱۹۰ یکی از شرایط صحت عقود و اعمال مقوقی مشروعیت جهت است. جهت: یعنی انگیزه شفصی و خاص در هر معامله کننده که مستقیماً ممرک شخص برای انعقاد قرارداد باشد.

درمقوق قراردادها برفی 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. واین تصریح در عقد یعنی توافق طرفین به آن جهت نامشروع مال 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) بمئی 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 غیرمشفص قانون مدنی دراین موارد مقوقدانان معاملات به قصد فرارازدین را اگر صوری باشد به علت فقدان قصد باطل می‌دانند و اگر صوری نباشد آن را غیر نافذ می‌دانند که نیاز به تنفیذ طلبکاران است.

۱۵- اصل لزوم در قراردادها:

طبق ماده ۲۱۹ ق.م.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 ذکرشده است. اصل لزوم جزء اصول مهم قراردادی است، (اصل لزوم در واقع امر دو معنی رامی رساند:

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

ب) لزوم عقد به معنی الزام و استمکام 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.» برفی عقیده دارند که این ماده در مقام بیان لزوم در مقابل جواز بوده است (یعنی معنی اول) پس طبق این ماده فرض براین است که پس از انعقاد قرارداد، قرارداد لازم است.

۱۶- قاعده فسارت:

مایک قاعده کلی فسارت 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 فسارتی را بگیریم باید چند مقدمه را اثبات کنیم:

الف) وجود تعهد: یعنی تا وقتی که تعهدی را امر از نکتیه گرفتن فسارت 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 تفللی نکند، گرفتن فسارت 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، فسارت گرفته نمی‌شود.

د) وجود رابطه سببیت بین عدم ایفای تعهد و ورود ضرر: یعنی سبب ورود ضرر زیان باید عدم ایفای تعهد، توسط متعهد باشد نه امر دیگری، اگر تعهد غیر قراردادی باشد، جبران فسارت به بمت مسئولیت مدنی کشیده می‌شود [که در بمت مدنی (۱۴) ذکر خواهد شد] و در آنجا قاعده عمومی این است که تمام این شرایط باید به اثبات برسد.

ولی در قرارداد ۲ حالت وجود دارد:

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

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

۱۷- یکی از مواردی که می‌توان نقض تعهد را امر از کرد. عدم انجام تعهد در موعد فاص اجرای

قرارداد است. موعد اجرای قرارداد در موارد مختلف فرق می‌کند.

مثلاً در بعضی از قراردادهای، 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 شش‌ماهه قرارداد تمویل یکصد کیلو شیرینی برای مراسم عروسی در روز معینی را با یک قنادی منعقد کند و قناد در روز معین نتواند آن شیرینی‌ها را تمویل دهد، در این صورت انجام تعهد در روز دیگر بی‌معنی خواهد بود؛ این قراردادهای از نوع [قراردادهایی هستند که موضوع معامله و زمان مقرر و مدت 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 فانه‌اش را تعمیر کند، اگر در مدت مقرر قرارداد انجام نشود، در مدت دیگری می‌توان قرارداد را اجرا کرد. (تعدد مطلوب)

در قرارداد نوع اول، « و مدت 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 فسخات عدم انجام تعهد گرفت (یعنی فسخات عدم انجام کل قرارداد) اگر فسخات پیش‌بینی شده باشد، در این صورت همان فسخات پرداخت می‌شود و در غیر این صورت باید مقدار فسخات 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 مگر آنکه اگر متعهد در انجام تعهد تأخیر کند، متعهد می‌تواند متعهد را به انجام تعهد الزام کند و از باب تأخیر در اجرای تعهد می‌تواند فسخات بگیرد.

فصل پنجم: شروط ضمن عقد

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

شروط 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 ۱۰ قانون مدنی شرط ابتدائی نفوذ حقوقی پیدا کردند.

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

۱۹- شروط ضمن عقد از ۲ جهت تقسیم بندی می‌شوند:

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

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

۲۰- تقسیم بندی شروط از نظر ماهوی:

شروط ضمن عقد دو دسته هستند:

۱- شروطی که صمیع اند.

۲- شروطی که باطلند.

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

الف) شروطی که فوئدشان باطل هستند ولی موجب بطلان عقد نمی‌شوند که این شروط در ماده

۲۳۲ ق. م ذکر شده اند که عبارتند از:

a) شروط غیر مقدور: شرطی که بصورت متعارف قابل انجام نیست. مثلاً در ضمن عقد بیعی شرط

شود: مشتری که اصلاً سواد ندارد کتاب فیزیک برای بایع بنویسد این شرط غیر مقدور است.

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

بر آن صمه بگذارند.

c) شروط نامشروع: شرط مخالف بانظم عمومی، افلاق مسنه و مسلمات شرعی و دینی باطل است

«الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً»

ب) شروطی که هم فوئدشان باطل هستند و هم موجب بطلان عقد می‌شوند (شروط فاسد مفسد)

a) یکی از شروطی که هم باطل است و هم مبطل عقد است، شرطی مجهولی است که جهل به آن

موجب جهل به عوضین شود. منظور از عوضین ممکن است یک طرف عوضین باشد یا هر دو طرف

عوضین، مثلاً در ضمن بیع ۱۰۰ کیلو گندم شرط کنیم مقداری از آن را در مدود ۱۰ تا ۲۰ کیلو به امد بدهیم که این شرط موجب غرر فواید 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 تملیک در بیع البته هیچ گاه در عقد مستقیماً مقتضای عقد نفی نمی‌شود بلکه آثاری از عقد نفی می‌شود که نفی این آثار مستلزم نفی مقتضای عقد است.

در معنای عام این آثار بسیار متعددند یک سری از آثار بسیار به عقد نزدیک است، یعنی نمی‌توان تصور کرد که عقدی ممقق شود بدون آن که، این آثار را نداشته باشد. (یعنی اینها مقتضای ذات عقدند)

اما یک سری از آثار هستند که عقد بدون آنها هم اثر خود را دارد یعنی در واقع این آثار مقتضای ذات عقد نیستند بلکه مقتضای اطلاق عقدند (مثل امکان اجاره دادن ملک مورد بیع) منظور از مقتضای عقد در ۲۳۳ ق. ه مقتضای ذات عقد است که ملاک و معیار اینکه آیا نفی اثری از عقد، نفی مقتضای ذات عقد است یا نه؟ بستگی به نظر عرف دارد.

۲۱- تقسیم بندی شروط از نظر شکلی:

شروط از نظر شکلی به سه دسته تقسیم می‌شوند (صرف نظر از اینکه صمیع باشند یا باطل)
الف) شرط صفت: شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله (ه ۲۳۴ بند اول)

معمولاً صفت مربوط به کیفیت مورد معامله می‌شود ولی در ماده کمیت را نیز ذکر کرده است.

کیفیت: یعنی مسائلی مثل رنگ، بو، سافت 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 (ه ۳۵۵ ق. ه) که در این صورت به شکل شرط صفت فواید 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 فواید شد.

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

تمقق یعنی وجود چیزی، نه ایجاد کردن آن، یعنی ضمن عقدی بودن امری در خارج شرط شود. البته بابتوجه داشت که مقصود از [امری] مذکور در م ۲۳۴ هر امری نیست، زیرا انسان قدرت برهر امری ندارد ولی امور اعتباری در اختیار انسان است و انسان می‌تواند که موجودی از موجودات اعتباری را بصورت شرط نتیجه به وجود آورد.

پس شرط نتیجه: یعنی نتیجه یک عمل مقوقی. (مثلاً بصورت شرط نتیجه در عقد بیعی مشتری وکیل بایع در طلاق زنش باشد.)

نکته) اگر مورد شرط نتیجه، از اعمال مقوقی باشد که نیاز به تشریفات خاصی دارد، آن نتیجه به مضمض 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 برفی 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 تمقق پیدا می‌کند و با انجام تشریفات اثر خود را برجای می‌گذارد. (که از بین نظرات، نظر سوم مقبولیت بیشتری دارد و با مبانی مقوقی شرط نتیجه نیز سازگارتر است).

(چ) شرط فعل:

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

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

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

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

هم شرط نتیجه و هم شرط فعل و هم شرط صفت باید دارای این سه رکن باشند و اگر ما بتوانیم در تملیل شروط ضمن عقد این سه رکن (اشناسایی کنیم، درک امکان آن شروط بسیار راحت خواهد بود. شرط فعل یک تعهد است، یعنی مشروط علیه فعلی برعهده‌اش است. لذا در درجه اول مشروط علیه الزام دارد به وفای به شرط و اگر آن را انجام نداد، در وهله اول باید او را الزام کرد، اگر امتناع کرد ممکن است در مواردی دادگاه شرط فعل را توسط دیگری انجام دهد و هزینه را برعهده مشروط علیه

قراردهد. و در آخر اگر این مکان هم وجود نداشت، مشروط له مق فسخ معامله را فواید داشت. گاهی ممکن است شرطی که در قرارداد درج شده، ممتنع می‌شود، یعنی فواید انجام شرط ممتنع می‌شود نه اینکه شفص 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 فوایدش ممتنع شده لذا مشروط له مق فسخ فواید داشت. اما ق. م در ماده ۲۴۰ مق فسخ برای مشروط له قائل شده است. زیرا مق فسخ برای ایجاد تعادل قراردادی نقش ایفا می‌کند.

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

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

الف) شرط فعل (اتا زمانی که اجرائشده 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 مقوقی، دیگر شرطی وجود ندارد بلکه نتیجه یک عمل مقوقی 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 مق فسخ به وجود می‌آید، که می‌تواند این مق فسخ را ساقط کند ولی آشکار است که اسقاط شرط با اسقاط مق فسخ حاصل از عدم تمقق آن تفاوت وجود دارد.

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

الف) اگر شرط باطل شود، علی الاصول افلالی 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 مق فسخ داشته باشد.

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

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

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

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

نکته) شروط به دودسته تقسیم می‌شوند (۱) شروط وابسته (۲) شروط غیر وابسته (مستقل) باید توجه داشت که آنچه از امکان شروط تا به حال بحث شد راجع به شروط وابسته است، یعنی شرطی که مستقلاً یک عمل مقوقی نیستند، بلکه وابسته اند.

ولی ممکن است عقدی در ضمن عقد دیگری ذکر شود، مثلاً اجاره‌ای بصورت شرط ضمن عقد درج شود در اینجا باید امکان 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 مکم برانمال عقدی کرد که بصورت شرط، در ضمن آن آمده است.

فصل ششم: معاملات فضولی

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

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

(۱) معامله فضولی شامل کلیه عقود است چه عقودی که تصریح به امکان انعقاد آنها به نموی فضولی شده باشد یا نشده باشد، چراکه قانون مدنی امکان معاملات فضولی را در بمت قواعد عمومی اعمال مقوقی آورده است.

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

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

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

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

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

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

و این نظر را نظر مشهور فقهای امامیه تأیید می‌کنند.

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

فواهد بود یا باطل؟ نظر مشهور این است که در اینجا هم معامله فضولی فواهد بود.

۲۵- امکام اجازه یا رد

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

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

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

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

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

۲۷ - مسئله دیگر در بحث معاملات فضولی موضوع انتقال اجازه با رد است. یعنی این موضوع مطرح می‌شود که اجازه یا رد مق مالک مین العقد است یا مالک مین الاجاره آنچه مسلم است این است که طبق م ۲۵۳ ق. م مق 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 مق اجازه و رد مق مستقلی است مثل مق شفعه که هر کدام از ورثه به میزان به سهم الارث خود آن را به ارث می‌برند، طبق این نظر زن از مق اجازه و یا ردی که نسبت به یک مال غیر منقول است ارث می‌برد و می‌تواند آن را اجازه دهد و یا رد کند.

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

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

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

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

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

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

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

۲۷- معاملات فضولی متعدد:

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

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

در معاملات فضولی طولی: م ۲۵۷ اشعار می دارد: «اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده است قبل از اینکه مالک معامله فضولی را اجازه یا رد کند، مورد معامله دیگر نیز واقع شود، مالک می تواند هر یک از معاملات را که بخواهد اجازه کند، در این صورت هر یک را اجازه کرد، معاملات بعد از آن نافذ و سابق بر آن باطل خواهد بود»

البته باید توجه داشت که فرض این ماده زمانی است که مورد معامله فضولی [مؤمن] عین معین است. اگر ثمن معامله عین مورد معامله فضولی باشد، در این صورت تنفیذ یکی از معاملات

موجب می‌شود که معاملات قبلی صمیع و معاملات بعدی باطل فواید بود.

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

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

۲- نظریه کاشفیت: یعنی اجازه که به عقد ملحق می‌شود، اثرش را از زمان انعقاد عقد می‌گذارد و عقد از اول صمیع 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 محمی: 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 یک از اینها تبعیت کرده است.

بین موقوفدانان 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 محمی؟

برخی با توجه ماده ۲۵۸ قانون مدنی اعتقاد دارند که قانونگذار نظریه کاشفیت محمی را قبول

کرده است (که این نظر طرفداران زیادی در بین اساتید دانشگاهها دارد)

اما برخی با توجه به مفهوم ماده ۲۵۷ ق.م. که در صورت اجازه مالک (در معاملات

متعدد) معاملات بعدی را که قبل از اجازه واقع شده، نافذ می‌داند معتقدند که این ماده کشف در

عین را پذیرفته است و ماده ۲۵۸، کشف در منفعت را، لذا از جمع این دو ماده به کشف حقیقی

می‌رسیم، به نظر می‌رسد که نظر دوم اولی‌تر است و برخی از بزرگان از جمله دکتر درودیان این نظر را

پذیرفته اند.

۲۹- در معاملات فضولی بمئی 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؟

مال اگر تصرفات متعدد باشد تکلیف متصرفین چیست؟

در این مورد ما ۲ رابطه داریم:

الف) رابطه بین مالک و متصرفین: قاعده کلی این است که مالک می‌تواند به 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 فواید کرد.

ب) در رابطه بین خود متصرفین مسئولیت نسبی است و مسئولیت نهایی برعهده کسی است که مال در دست او تلف شده است (در مورد عین) و در مورد منفعت هرکس به اندازه زمان متصرف خود ضامن است.

فصل هفتم: در سقوط تعهد است:

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

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

۳- بوسیله اقاله می‌توان تعهد را ساقط کرد اقاله سبب انملال عقد می‌شود و به تبع این اثر اصلی [یعنی انملال عقد] بعضاً موجب سقوط تعهد هم می‌شود دکتز 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 غیر اختلاف نظر وجود دارد:

در فقه نظر مشهور این است که اقاله عقد نیست لذا مثلاً در اقاله بیع، خیار تأفیر ثمن وجود ندارد. برخی از محققان از جمله دکتز درودیان اقاله را نیز عقد می‌دانند. ولی به هر حال محققان اعتقاد

دارند که اقاله معامله جدید نیست. لذا به تراضی طرفین قابل اقاله مجدد نیست و فیار عیب و شرط در آن راه ندارد. در مورد برفی از عقود هم گفته شده است که اقاله راه ندارد. از جمله وقف، نکاح و ضمان. چند نکته کلیدی در مورد اقاله وجود دارد که بعضاً مورد سوال واقع می‌شود.

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

ب) تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست [م ۲۸۶] فواید این تلف موقی باشد مثل فورده شدن میوه‌ای که فروخته شده بود یا تلف مکمی باشد مثلاً انتقال مبیع به ثالث در هر دو حالت بعد از اقاله بدل داده می‌شود [این مکم 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 ۲۸۷ موافق قاعده است زیرا که با عقد مال به ملکیت منتقل الیه درمی‌آید و منافع هم به طبع مال او فواید بود ولی در قسمت دوم ماده مقرر می‌دارد (... ولی نمات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود) مکم این قسمت از ماده خلاف قاعده است. زیرا با اقاله هریک از طرفین، مالک آن چیزی می‌شوند که قبل از عقد مالک بوده اند، در مالیکه نمات متصله که در ملکیت فریدار یا فروشنده تولید می‌شود بیشتر از آن چیزی است که قبل از عقد طرف دیگر مالک بوده است

۴- ابراء:

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

چند نکته در مورد ابراء وجود دارد که بین اساتید بزرگ حقوق دکتر شهیدی و دکتر کاتوزیان ممل
اختلاف است.

دکتر شهیدی

دکتر کاتوزیان

۱- ابراء معلق باطل است ← ۱- ابراء معلق صمیع است

۲- ابراء مشروط باطل است ← ۲- ابراء مشروط صمیع است

۳- شرط عوض در ایقاع باطل و مبطل است ← ۳- شرط عوض در ابراء باعث معوض شدن آن و

بطلان ابراء نمی‌شود.

۵- تبدیل تعهد: یکی از طرق سقوط تعهد است که ماهیت قراردادی دارد و عقد معوض است که

موضوع این عقد (سقوط تعهد سابق در برابر پیدایش تعهد جدید) است.

در تبدیل تعهد متمماً باید اراده طرفین دخالته داشته باشد پس اگر مادته‌ای قهری مثل نایاب شدن

کالایی موجب شود که موضوع تعهد به بدل آن تخییر پیدا کند این تبدیل تعهد نیست.

تبدیل تعهد به سه شکل می‌تواند تمقق پیدا کند.

الف) تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع تعهد: و آن وقتی است که متعهد و متعهد له به تبدیل

تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند (بند ۱ م ۲۹۲

ق. ه)

ب) تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد: و آن زمانی است که شخص ثالثی با رضایت متعهد له

قبول کند که دین متعهد را اداء نماید (بند ۲ م ۲۹۲) این نوع تبدیل تعهد شبیه عقد ضمان است ولی

با آن فرق می‌کند، چراکه شرایطی که برای ضمان لازم است در اینجا شرط نیست و ثانیاً در عقد ضمان،

همان دین که برعهده متعهد بود عیناً برعهده ضامن منتقل می‌شود. ولی در تبدیل تعهد به اعتبار

تبدیل متعهد، تعهد اصلی ساقط می‌شود و تعهد جدیدی برعهده ثالث قرار می‌گیرد.

ج) تبدیل تعهد به اعتبار متعهدله: که در آن متعهدله مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل

می‌کند (بند ۳ م ۲۹۲) این قسمت از ماده ۲۹۲ ق. ه 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 مالکیه در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد له، تعهدی که متعهدله

دارد ساقط می‌شود و تعهد جدیدی با همان اوصاف به نفع ثالث ایجاد می‌شود.

از طرفی هم در ضمان و هم در انتقال طلب علی الاصول تضمینات تعهد برجای خود باقی است ولی

در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق برتعهد لامق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین آن را

صراحتاً شرط کرده باشند (م ۲۹۳)

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

الف) باید موضوع دو دین از یک جنس باشد.

ب) باید زمان و مکان تأدیه دودین یکی باشد.

اما اتماد سبب یا اتماد 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 برقی سه شرط دیگر هم افزوده اند.

الف) دودین باید کلی باشند

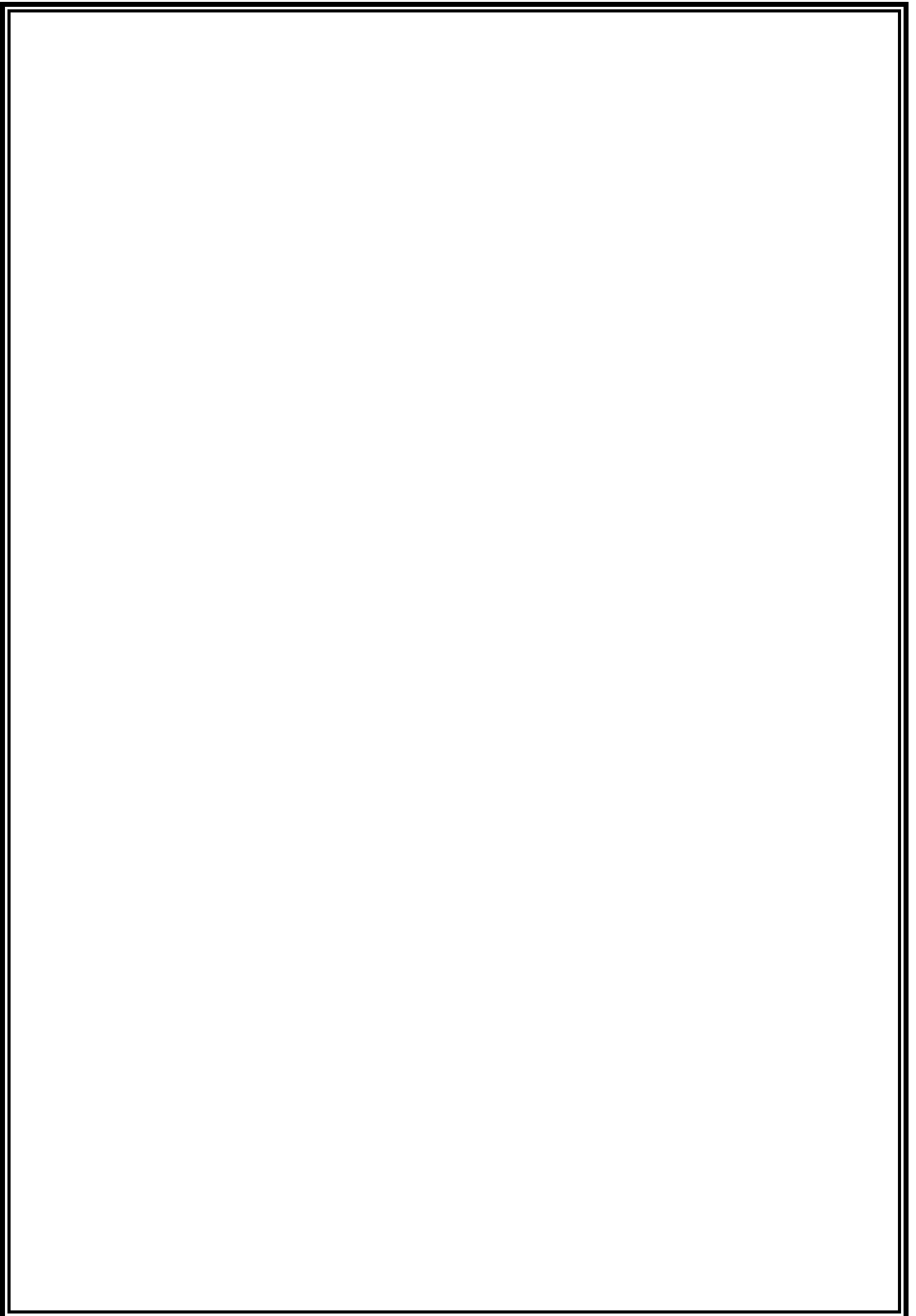
ب) دودین نباید متعلق مق دیگری باشند.

ج) دودین باید محقق و ثابت باشند

۶- مالکیت مافی الذمه:

مالکیت مافی الذمه نیز یکی از اسباب سقوط تعهد است. و آن زمانی اتفاق می‌افتد که مدیون مالک مافی الذمه فود گردد، مثل اینکه اگر کسی به مورث فود مدیون باشد، پس از فوت مورث دین او نسبت به سهم الارث (یعنی زمانی که ترکه بعد از افراج 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.



مقوق مدنی (۱۴):

مسئولیت مدنی

۱) مدنی (۱۴) یکی از مهمترین مباحث مقوق مدنی را در فود جای داده است که بعضاً پایه و مبنای مقوق و چهار چوب کلی قواعد را در آن جست و جو می‌کنند. مسئولیت مدنی یا ضمان قهری از مواد ۳۰۰ ق. م تمت عنوان ادر الزاماتی که بودن قرار داد حاصل می‌شود [شروع می‌شود، با توجه به این که بمتهای مسئولیت مدنی بعضاً بسیار عمیق هستند لذا تا مد 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 (۳) مطلب مد نظر قرار می‌گیرد. اول اینکه اصل بر برائت است یعنی اگر کسی فعلی انجام داده و فسارت وارد شده، اصل بر برائت اوست نه اینکه اصل بر مسئولیت فسارت زنده باشد، دوم اینکه برای اینکه زیان زنده ممکن به جبران فسارت 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 ممدوده نظریه تقصیر هستیم ولی از سه عنصر اساسی برای مسئولیت زیان زنده، نیازی به اثبات تقصیر نیست. نظریه تقصیر با نظریه سبب در فقه تطابق دارد نظریه سومی که در باب مسئولیت مدنی مطرح شد، نظریه فطر بود در این

نظریه برای ایجاد مسئولیت در یک مصداق فاص کافی است که بین یک فعل فاص و مشفص و ضروری رابطه برقرار شود ولی نیازی به امر از تقصیر نیست. قاعده فطر در محقق 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 (هایی از مسئولیت می‌تواند انجام دهد این است که رابطه علیت بین فعل و زیان را برهم بزند. بعد از نظریه فطر نظریات دیگری (راجع به مبنای مسئولیت ارائه شد که گاهاً شدیدتر از نظریه فطر بودند، زیرا در نظر به فطر ما برای مسئولیت وجود رابطه علیت را لازم داشتیم ولی در این نظریات ما امر از رابطه سببیت را هم نداریم، که تمت عنوان مسئولیت به تضمین یا مسئولیت مطلق ذکر می‌شوند. این نظریه نیز در محقق ایران می‌تواند با غصب همانند شود.

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

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

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

(۳) ضمان ید: ضمان ید یعنی اگر کسی مال غیر را بدون اذن تصرف کند [چه اذن مالکی یا اذن قانونی] طبق این قاعده ضامن است. قاعده ضمان ید به قاعده [علی الید] هم مشهور است قاعده اصطیادی [علی الید ما افذت متی تودیه] ایبائنگر قاعده ضمان ید است. قاعده (علی الید) با توجه به اطلاق و عموم فودش هم شامل کسی می‌شود که عالماً آن را تصرف کند و هم جاهل باشد و این مسئولیت آنقدر وسیع است که اگر بفوایم تطبیق دهیم با محقق جدید، با مسئولیت به تضمین یا مسئولیت مطلق نزدیک می‌شود.

(۴) قاعده لاضرر: لاضرر از قواعدی است که در فقه بسیار مورد استناد قرار می‌گیرد نظری که اکثر فقها بر آن اعتقاد دارند، آن است که قاعده لاضرر نفی مکم می‌کند و نمی‌توان با استناد به آن جعل مکم کرد.

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

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

۳_ ارکان مسئولیت مدنی:

معمولاً سه رکن اصلی برای مسئولیت ذکر می‌شود:

الف) فعل (زیانبار): فعل یا رفتاری است که بطور کلی غیر مجاز باشد هر چند در بعضی موارد ممکن است کسی در اعمال مق مشروع فویش 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

۳) 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 محققان 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 فسارت هست و باید جبران شود یا نه؟

عده‌ای عقیده دارند که چون فسارت معنوی قابل تقویم به پول نیست و نوعی تشفی خاطر محسوب می‌شود لذا فسارت نیست و نباید جبران شود و اگر شک کنیم که مدعی علیه، تکلیفی زائد بر جبران فسارت مادی دارد اصل عدم زیادت تکلیف است. اما در مقابل اکثر محققان عقیده دارند که فسارت معنوی نیز فسارت است و باید جبران شود زیرا که اگر ارکان مسئولیت جمع باشد و ضرری را عرفاً، فسارت بداند باید جبران شود. و در تومیه می‌گویند دیات که در فقه بصورت مقداری مقدر تعیین شده نوعی فسارت معنوی است.

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

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

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

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

۴- برفی 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 دفالت قوه قاهره رابطه تسببیت 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) اضطراب: حالتی است که شفص مجبور می‌شود به خاطر عوامل خارجی، به اراده خودش زیان وارد نماید. آنچه در مورد اضطراب باید بیان شود این است که بطور کلی اضطراب مسئولیت مدنی را منتفی نمی‌کند چرا که اضطراب مکم تکلیفی یعنی مرمت استفاده از مال دیگری را بر می‌دارد ولی مکم وضعی که ضمان است بر جای خود باقی می‌ماند

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

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

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

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

۱) هر کس من غیر مق مالی را دریافت کرده است باید برگرداند. (م. ۳۰۳) برفی از مقوقدانان این ماده را قاعده دارا شدن غیر عادلانه می‌دانند.

۲) ایفای ناروا: اگر کسی اشتبهاً خود را مدیون می‌دانست آن دین را تأدیه کند، مق دارد از کسی که بدون مق افذ کرده است استرداد نماید (م. ۳۰۲) پس برای امر از ایفا ناروا باید اقدام شخصی پرداخت

کننده { به عنوان ایفا } باشد نه مثلاً هبه و غیره ثانیاً؛ باید اشتباه پرداخت کننده امر از شود و فرقی نمی‌کند که اشتباه در دین یا مدیون یا داین باشد.

۳) بمث دیگری که در بخش کلیات مسئولیت مدنی آمده است م. ۳۰۶ م است. این ماده اصطلاحاً به اداره فضولی مال غیر مشهور است. که مقرر می‌دارد « اگر کسی اموال غایب یا مجبور و امثال آنها را بدون اجازه مالک یا کسی که حق اجازه دارد، اداره کند باید مساب زمان تصدی خود را بدهد. در صورتی که تمصیل اجازه در موقع مقذور بود یا تأخیر در دفالت موجب ضرر صامبان مال باشد. دفالت کننده مستحق اذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است »

ماده ۳۰۶ ق. م را در حقوق موضوعه یکی از عمده مصادیق قاعده امسان می‌دانند. که طبق آن کسی که امسانی می‌کند در مقابل فساراتی که ممکن است بدون تصدی و تفریط او به ملک غیر وارد شود ضامن نیست [در واقع طبق این قاعده متصرف نوعی امین [امین قانونی] محسوب می‌شود. شرایط ماده ۳۰۶ ق. م:

الف) دفالت مدیر به عنوان [اداره مال غیر] باشد، لذا اگر کسی برای جلوگیری از ورود ضرر به مال خود در مال دیگری تصرف کند و اصلاحاتی انجام دهد، اداره مال غیر تلقی نمی‌شود (یعنی قصد امسان نداشته باشد)

ب) تمصیل اجازه ممکن نباشد، لذا صرف قصد امسان کافی نیست. و باید اذ اجازه نیز متعذر باشد و الاضامن است.

ج) مال باید در معرض خطر جدی باشد: (ملاک ضرر نوعی است نه شفص)

د) در قاعده امسان باید بطور متعارف بین ضرر وارده و ضرری که از آن جلوگیری شده است تناسب وجود داشته باشد.

۵- فصل دوم در ضمان قهری:

در این فصل چهار موچی را که قانون مدنی برای ضمان قهری برشمرده است بررسی خواهیم کرد.

۱) غصب و آنچه در مکه آن است ۲) اتلاف ۳) تسبیب ۴) استیفا

۶- غصب:

غصب استیلا بر حق غیر است به نمودوان، [اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در مکه غصب

است]

الف) در غصب علم و آگاهی شرط است و اگر متصرف جاهل بر عدم استمقاق فویش باشد این در

مکه غصب است.

ب) متجاوز و غاصب در غصب باید قصد استیلا یافتن را داشته باشد.

ج) برقی عقیده دارند که موضوع غصب باید مالیت داشته باشد هر چند ملک باشد، لذا به نظر اینها تصرف و استیلا بر یک قوطی کبریت خالی که ملک دیگری است غصب نیست ولی در مقابل عدهای اعتقاد دارند که با معیار ماده یک قانون مسئولیت مدنی و با ملاک شفصی می‌توان مکم به جبران هر غصبی داد.

د) هر گاه مق مورد غصب، مق اختصاصی غیر باشد مثل مق مالکیت، مق تممیر مق (هن و..... غاصب ضامن آن است ولی اگر غیر اختصاصی باشد مانند مق تقدم به مشترکات عمومی در اینجا ضامن منفعت نیست. زیرا که فود یکی از صامبان مق است ولی ضامن تلف مق تقدم هست.

ه) اگر وارث، قبل از تادیبه، دیون، ارث را تصرف کند غاصب نیست زیرا که در غصب تعلق به غیر شرط است و در ۸۶۸ ق. م مقرر می‌دارد که به مضم فود مورث ترکه بطور متزلزل به ملکیت ورثه وارد می‌شود.

و) هر گاه شفصی مالک را از تصرف در مال فود مانع شود، بدون آنکه فود او تسلط بر آن مال پیدا کند غاصب محسوب نمی‌شود. [چون برای تمقق عنوان غصب استیلا شرط است ولی می‌تواند تسبیب باشد]

ی) در قاعده (علی الید) اکراه بی تأثیر است و متی مگره هم ضامن است، البته بعد از جبران فسارت 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 لفعل و بالقوه است

۲) به نمو عدوان: (علم و عمد) اگر این شرط نباشد ممکن است در مکم غصب باشد

۳) مق غیر: منظور مقوق مالی را در بر می‌گیرد.

۴) در کتب فقهی (قید استقلالاً) را نیز آورده اند ولی در ق. م این قید نیامده است.

۷- موارد و مصادیق در مکم غصب:

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

ب) مصداق دیگر، اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز، عقود فاسد هستند، مثلاً اگر عقدی منعقد شود بعد مشخص گردد که عقد فاسد بوده است. کسی که بر مال غیر ید داشته باشد از مصادیق اثبات ید است. این مکم را قاعده (ما یضمن بصمیمه یضمن بفاسده) استخراج شده است. در مورد

قاعده فوق افتلاف 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 بمت: ید امانی است که با تعدی و تفریط تبدیل به ید ضمانی می‌شود. مثل ماده ۶۱۶ ق م با مطالبه، ید امانی تبدیل به ید ضمانی می‌شود و گاهی با تعدی و تفریط ید امانی تبدیل به ید ضمانی می‌شود و بعد از تعدی و تفریط اثبات ید برمال غیر در حکم غصب است.

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

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

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

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

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

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

ج) اگر تلف مال مسلم نباشد باید بدل میلوله بدهد. بدل میلوله زمانی داده می‌شود که احتمال اینکه مال باقی باشد قوی است ولی عین مال قابل رد نیست. مثل زمانی که دشمن منطقه‌ای را تصرف کرده است و مال در منطقه تصرف شده وجود دارد. بدل میلوله با مثل یا قیمت فرق می‌کند. در مورد مالکیت بدل میلوله افتلاف نظر هست برفی عقیده دارند که بدل میلوله 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. برفی می‌گویند مالکیت عین [در بدل میلوله] از آن غاصب است ولی مالک حق استفاده دارد زیرا اساساً مقصود از بدل میلوله بدل قطعی نیست و تا روشن شدن تکلیف عین مخصوبه در ید مالک است تا از آن استفاده کند زیرا هنوز مالکیت مالک از مال اصلی قطع نشده است اما مالکیت منافع بدل میلوله از آن مالک است.

۱۰- تعاقب ایادی:

تعاقب ایادی یعنی مذاقل (۲) ید پی در پی تصرف نامشروع در مال پیدا کرده اند بصورت طولی، یعنی ید لاهق 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 فود غاصبین

در رابطه اول مسئولیت تضامنی است مثل مالکی که مالک طلبی دارد و آن را برعهده 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 فود غاصبین مسئولیت نسبی است و ضمان هم نهایی است. غاصبین، هم بر عین تصرف پیدا می‌کنند و به تبع برمنفعت هم ید پیدا می‌کنند لذا دو حالت را جداگانه بررسی می‌کنیم.

۱) راجع به عین و فسارت عین: مالک می‌تواند در صورتی که عین موجود باشد از هر کدام از غاصبین مطالبه کند، متی اگر در دست غاصب دیگری باشد زیرا با غصب یک تعهد قانونی برعهده غاصب ایجاد شده است و طبق آن تکلیف قانونی باید عین را به مالک تسلیم کند. اگر عین تلف شده باشد، می‌تواند جبران فسارت وارده را از هر یک از غاصبین بخواهد و یا از هر کدام قسمتی از فسارت 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 (۲) حالت پیش می‌آید:

A) مالک به کسی مراجعه کرده است که مال درد ستش تلف شده است در این صورت این شخص مق 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 مق رجوع به ایادی بعد از فود تا کسی که مال در دست او تلف شده را خواهد داشت (ه ۳۱۸)

۲) راجع به منفعت و فسارت 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 فود و ایادی ما بعد فودش است لذا در رابطه بین مالک و غاصبین اگر مالک به غاصب اول رجوع کند می‌تواند فسارت تمام منفعت را بگیرد و اگر به غاصب دومی مراجعه کند، فسارت منفعت همه غاصبین به غیر از منفعتی که در دست غاصب اول تلف شده می‌گیرد.....

ولی در رابطه بین فود غاصبین هر غاصب به مدت تصرف فود ضامن فواید بود بعلاوه مدت تصرف غاصبین بعد از فود، و بعد از تادیه می‌تواند به ایادی ما بعد فود رجوع کند ولی برای ایادی ماقبل اگر اذن در تادیه نداشته باشد نمی‌تواند رجوع کند. مثلاً فرض کنید رابطه غاصبین از میث مدت زمان تصرف، عین مغضوبه چنین باشد (غصب)

اگر به مالک به (ج) رجوع کند و بدل منافع را بفواید، در این صورت (ج) فقط مکلف به پرداخت قیمت منافع (۴ماه) مدت تصرف فودش و (د) است و بعد از پرداخت می‌تواند برای گرفتن بدل منافع سه مال به (د) رجوع کند و فرقی نمی‌کند که دال اذن در پرداخت داده باشد یا نداده باشد، لکن اگر بدل منافع (۲ ماه) تصرف الف و ب را بپردازد. فقط در صورتی حق رجوع به آنها را دارند که از آنها اذن در تادیه داشته باشد، زیرا قانوناً مادون نبوده پس باید سراغ قاعده کلی برویم که بر طبق آن اذن مدیون در ایفای آن برای رجوع به او لازم است.

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

۱۲- تعاقب ایادی از طریق معامله:

ه. ۳۲۳: (اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بفرد، آن کس نیز، ضامن است و مالک می‌تواند برطبق مقررات فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کرده عین و، در صورت تلف شدن آن مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر مال مطالبه کند. طبق این ماده مشتری هم در مکم غاصب است و مثل غاصب با او رفتار فواید شد). این ماده رابطه بین بایع و مشتری و مالک عین مغضوبه را معین می‌کند ولی در رابطه بین فود بایع و مشتری و سایر غاصبین ماده ۳۲۵ مقرر می‌دارد: (اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد، او نیز می‌تواند نسبت به ثمن و

فسارات به بایع رجوع کند، اگر چه مبیع نزد فود مشتری تلف شده باشد و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند، بایع حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت). در اینجا در کنار قاعده غصب یک قاعده دیگر هم وارد می‌شود و آن قاعده غرور است. اگر فقط قاعده (علی الید) باشد، مالک می‌تواند بر هر کدام از غاصبین مراجعه کند و ضمان نهایی بر عهده کسی مستقر می‌شود که مال در دست او تلف شده است ولی اگر قاعده‌ای داشته باشیم که در آن قاعده انتساب تقصیر وجود داشته باشد، بر قاعده غصب مقدم خواهد بود. لذا در قاعده غرور هم مثل تبسیب انتساب فسارت را داریم، لذا قاعده غرور بر قاعده غصب مقدم است و (المغرور یرجع الی من غره) طبق ماده ۳۲۵ اگر مالک به مشتری رجوع کرد، او می‌تواند برای گرفتن ثمن و فسارات به بایع رجوع کند.

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

۱۳- 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 تمت دو عنوان مجزا بمت کرده است. قاعده اتلاف که یک قاعده‌ای اصطیادی است در فقه با این بیان مشهور است [من اتلف مال الغیره فهوله ضامن] بطور کلی این دو قاعده بنا به نظر مشهور از چند جهت با همدیگر تفاوت دارند:

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

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

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

نکته (۱) در اتلاف چون مکم به ضمان از امکان وضعی است لذا قصد به اتلاف یا عدم قصد (م ۳۲۸) علم یا عدم علم، بلوغ یا عدم آن - عقل یا جنون تأثیری ندارد و در مورد صغیر و مجنون به

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

۱۴- استیفا

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

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

ب) یکی از دو شرط ذیل باشد:

۱) یا عرفاً برای آن عمل اجرتی معین شده باشد
 ۲) و یا شخص عامل عادتاً مهیای آن عمل باشد؛ پس اگر شخصی عامل عادتاً مهیای آن عمل نباشد و عرفاً

هم برای آن عمل اجرتی معین نشده باشد در این صورت مستمق اجرت نخواهد بود. نکته) در انتفاع از مال دیگری مجرد اذن در انتفاع ملازمه با اذن مجانی نیست مگر اینکه معلوم شود اذن برای استفاده مجانی بوده است (م ۳۳۷)

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

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

(۲) ضابطه مسئولیت [لطمه به مق قانونی] قرار داده شده است (م۱)

(۳) دادگاه در مواردی می‌تواند فسارت را تعدیل کند و تففیف دهد که نوعی تعدیل قضایی است

(م۱۴)

(۱۴) ضرر آینده را نیز قابل جبران می‌داند (م۵)

(۵) اشخاصی که در رابطه مقوق 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 امتیاطی فسارتی به اشخاص وارد نمایند، شفاً مسئول جبران فسارت وارده خواهند بود (ه ۱۱)

(۶) در مورد کارگران و فسارتی که آنها در مین کار یا به مناسبت آن وارد می‌آورند کار فرما مسئول است [البته کار فرمایانی که مشمول قانون کارند] مگر اینکه ممرز شود کار فرما تمام امتیاطهای لازم که اوضاع و اموال قضیه ایجاب می‌نموده، به عمل آورده یا اینکه اگر امتیاطهای لازم را به عمل می‌آورد، باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌شد. البته بعد از اینکه کارفرما فسارت ثالث را پرداخت کرد می‌تواند به وارد کننده فسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید.

مقوق مدنی (۵):

مقوق خانواده

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

۱- اولین مرحله در تشکیل دادن یک خانواده مرحله فواستگاری است و علی الاصول هر زنی که فالی از موانع نکاح باشد می‌توان فواستگاری نمود. در ماهیت مقوقی فواستگاری اختلاف نظر وجود دارد برزی آن را صرفاً یک وعده می‌دانند و غیر الزام آور (دکتر شهیدی) ولی برزی آن را عقدی از عقود می‌دانند که جایز است و هر یک از طرفین می‌توانند هر وقت فواستند آن را بر هم بزنند.
در زمان فواستگاری هدایایی ممکن است رد و بدل شود: در این حالت اگر نامزدی بهم بفورد حالات زیر برای تعیین تکلیف هدایا متصور است:

الف: تمام هدایایی که هر یک از نامزدها به نامزد دیگر یا به ابوین او داده است می‌تواند استرداد کند اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایایی فواهد بود که عادتاً نگه داشته می‌شوند

مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد
(ب) هدایایی که اشخاص دیگر مثل ابوین هر یک از نامزدها به خود نامزد یا ابوین آنها می‌دهند
قابل استرداد نیستند مگر در موارد (ب)وجع از هبه.

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

الف) اگر هدایا موجود باشد مسترد می‌شود.

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

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

لذا در وضعیت حقوقی کنونی نکاح دفترا تا سیزده سال علی الاصول ممنوع است مگر با مصلحت یکی
از دو شرط در ماده فوق.

در موانع نکاح:

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

الف) ممنوعیت نکاح به واسطه قرابت نسبی

ب) ممنوعیت نکاح به واسطه قرابت نسبی

ج) ممنوعیت نکاح به واسطه قرابت رضایی

د) سایر ممنوعیت‌های نکاح

۴- ممنوعیت نکاح به واسطه قرابت نسبی:

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

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

۲) نکاح با اولاد هر قدر که پائین رود.

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

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

در این ماده قرابت نسبی حاصل از رابطه مشروع و نا مشروع را یکی دانسته است و تفاوتی از لحاظ

مرمت نکاح بین آن دو نگذاشته است.

۵- قرابت رضاعی از میث مرمت نکاح در مکه قرابت نسبی است مشروط بر اینکه:

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

ثانیاً: شیر مستقیماً از پستان مکیده شود

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

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

فامساً: مقدار شیری که طفل فورده است از یک زن و از یک شوهر باشد.

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

الف) ممنوعیت دائمی:

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

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

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

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

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

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

الف) مواردی که مرمت ابدی است

۱) هر کس زن شوهر دار را با علم به وجود علقه زوجیت و علم به مرمت نکاح و یا زنی را که در عده

طلاق یا در عده وفات است با علم به عده و مرمت نکاح برای خود عقد کند. (۱۰۵۰)

(۲) عقد در مال امرام باطل است و با علم به مرمت موجب مرمت ابدی است.

(۳) تفریقی که با لعان حاصل می‌شود موجب مرمت ابدی است.

(۴) زنی با زن شوهردار یا زنی که در عده (رجعیه) است موجب مرمت ابدی است.

(۵) اگر کسی با پسری عمل شنیع کند مادر و فواهر و دختر آن پسر (مفعول) بر فاعل مزاج مؤبد می‌شوند.

(۶) اگر بین مرد و زنی سه بار طلاق بائن و شش بار طلاق رجعی صورت گرفته باشد آن دو بر هم مزاج مؤبد می‌شوند.

ب) مواردی که مرمت نکاح ابدی نیست:

(۱) هر کس زن شوهر دار را به نکاح فود در آورد ولی جاهل به علقهٔ زوجیت یا جاهل به مرمت نکاح باشد.

(۲) عقد در مال امرام در صورتی که جاهل به مرمت نکاح در مال امرام باشند.

(۳) زنی که سه بار از مردی طلاق می‌گیرد بر آن مرد مزاج می‌شود مگر آنکه مملی ازدواج کند و دفول هم صورت گیرد و بعد از دفول طلاق گیرد.

۸- شرایط صمت نکاح:

شرط اول) نکاح متمماً باید با (لفظاً) 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) شفص طرفین (زن و شوهر) باید مشفص باشد و هیچ شبهه‌ای در این مورد نباشد.

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

لازم به تذکر است که ما معمولاً در عقد نکاح دائم (۲) عقد جداگانه داریم عقد اول همان عقد نکاح است و عقد ثانی قرار داد مربوط به صدق است لذا آنچه فوقاً گفته شد شرایط صمت 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 صمت قرار داد مربوط به مهریه نیست)

۹- در نکاح منقطع:

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

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

برخی عقیده دارند که هر گاه در نکاح مدت ذکر نشود نکاح دائم مسموب می‌شود. ولی اکثر موقدانان 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.

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

۱۰- مهر:

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

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

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

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

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

۱۰- در نکاح دائم تعیین مهر برخلاف نکاح منقطع از شرایط صحت عقد نیست لذا می‌توان بدون تعیین مهر در عقد نکاح، نکاح را صحیح دانست که مآلتهای 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 فواید بود چه تعیین مهر قبل از دفول باشد یا بعد از آن.

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

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

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

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

(۱۴) اگر نزدیکی صورت نگرفته باشد و نکاح به واسطه فسخ بهم بفورد زن مستمق پیزی نفواهد بود مگر اینکه فسخ به واسطه عنن باشد که در این صورت زن مستمق نصف مهر المثل فواهد بود.
(۱۵) اگر مهر تعیین شده باشد لکن مالیت نداشته یا مجهول باشد زن بعد از نزدیکی مستمق مهر المثل است و مثل زمانی رفتار فواهد شد که مهر در عقد ذکر نشده است.
(۱۶) اگر در عقد مهری ذکر شده باشد که ملک غیر باشد زن مستمق مثل یا قیمت آن مال فواهد بود مگر اینکه صامب مال اجازه نماید.

۱۱- چند تعریف در مبمٹ 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 امائل و اقربان و اقارب 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 مستمق مهر المتعه فواهد بود برای تعیین مهر المتعه مال مرد از میٹ غنا و فقر ملاحظه می‌شود.

۱۲- در نفقه:

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

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

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

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

تذکره: در زمان عده طلاق رجعی زن مستمق نفقه فواهد بود مگر اینکه طلاق در مال نشوز واقع شده باشد.

در عده وفات هم طبق اصلاعات افیر قانون مدنی زن حق نفقه دارد.

در سایر عده‌ها زن حق نفقه ندارد مگر اینکه زن مامله باشد و آن هم از شوهر فود باشد که در این

صورت تا زمان وضع ممل مق نفقه فواهد داشت.

۱۳- (فسخ نکاح):

در عقد نکاح اصل براینست که هیچ یک از فیازات جاری نیست و نمی‌توان در آن شرط فیاز کرد. به

استثنای موارد ذیل:

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

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

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

(۲) جنون زن هنگامی موجب مق فسخ برای مرد است که عیب مزبور در مال عقد موجود باشد: دسته دوم عیوب ویژه مرد:

(۱) مضاء: مطلقاً موجب مق فسخ است چه مانع نزدیکی بشود یا نشود.

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

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

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

(۱) قرن (۲) جذاه (۳) برص (۴) افضاء (۵) زمین‌گیری (۶) نابینایی از هر دو پیشم

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

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

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

نکته: فیازاتی 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 فسفی برای او به وجود می‌آید.
ج) باید علم داشته باشد که اعمال این حق فسخ فوری است.

۱۴- در طلاق:

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

۱۵- در شرایط صحت طلاق:

برای اینکه طلاق به نحو صحیح واقع شود شرایط ذیل لازم است:
الف) طلاق باید به صیغه طلاق (یعنی الفاضی که صریح در معنی طلاق باشد) واقع گردد.
ب) در مضمون لاقول دو مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع شود.
ج) طلاق باید منجر باشد و طلاق معلق به شرط باطل است
د) طلاق دهنده باید عاقل و بالغ و قاصد و مختار باشد (۱۱۳۶) با توجه به این ماده (شاید بودن طلاق دهنده شرط نیست لذا سفیه می‌تواند زن خود را طلاق دهد.
ه) طلاق نباید در مدت عادت (زنانگی) واقع شود و همچنین طلاق در حال نفاس صحیح نیست مگر اینکه زن حامله باشد یا طلاق قبل از نزدیکی با زن واقع شود و یا شوهر غایب باشد بطوری که اطلاع از عادت (زنانگی) بودن زن نتواند حاصل کند و طلاق باید در طهر غیر مواقعه واقع شود مگر اینکه زن یائسه یا حامله باشد.

۱۶- در انواع طلاق:

طلاق به طور کلی به دو دسته تقسیم می‌شود: بائن و (جعی

۱۷- طلاق بائن:

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

۱) طلاقی که قبل از نزدیکی صورت گیرد.

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

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

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

۱۸- طلاق مبارات: طلاقی است که کراهت از هر دو طرف (زن و شوهر) باشد که در این طلاق زن باید مالی را به مرد بدهد تا او طلاق دهد ولی این عوض نباید زائد بر میزان مهر باشد.

طلاق فلع: 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 فلع 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: برمی می‌گویند چون مقصود طرفین طلاق مقید به فدیة است لذا با انتفای قید (فدیة) مقید نیز منتفی می‌شود لذا با بطلان فدیة طلاق هم باطل خواهد شد

۱۹- در عده:

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

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

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

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

ج) عده فسخ نکاح: عده فسخ نکاح منقطع و بذل مدت و انقضاء آن در غیر حامل دو طهر است مگر اینکه زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت ۴۵ روز است.

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

ه) عده نزدیکی به شبهه مانند عده طلاق است

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

(۱) در طلاق رجعی چون زن در مکم زوجه است در صورت فوت شوهر در ایام عده زن باید از زمان فوت عده وفات نگه دارد.

(۲) اما در عده طلاق بائن یا فسخ نکاح تاثیری بر وضع زن ندارد چون مباله نکاح قبلاً منمّل شده و متوفی بیگانه محسوب می‌شود.

نکته: زنی که شوهر او غایب مفقود الاثر بوده و ماکم 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.

مقوق مدنی (۶):

عقود معین

بمث مدنی (۶) مول مهور عقود معوض می‌گردد که بیشتر عقود بیع و اجاره در این مبمٹ مورد بررسی قرار می‌گیرد ما نیز بیشتر به بررسی این دو عقد فواهیم پرداخت (۱) در بیع:

بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم: یعنی بیع عقدی است که در آن باید دو عوض وجود داشته باشد (عقد معوض)

در بیع تملیک در به ممض انعقاد بیع از مقتضیات بیع است لذا قولنامه که اثر آن ایجاد التزام بر فروش است بیع ممسوب نمی‌شود.

اگر در بیع شرط گردد که مال به رایگان انتقال یابد یا ثمن به ملکیت فروشنده در نیاید این شرط؛ شرط فلاف 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 صمت است (علاوه بر شرایط اساسی صمت معاملات م ۱۹۰). معلوم بودن مقدار و جنس و وصف مبیع است و تعیین مقدار آن به وزن وکیل و یا عدد و زرع یا مسامت یا مشاهده تابع عرف است (م ۳۱۴۲)

صرف معلوم بودن کافی است و لازم نیست متمماً 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 ممسوب می‌شود.

(۲) در مبیع: مبیع باید دارای شرایط ذیل باشد:

شرط اول: مبیع باید چیزی باشد که فرید و فروش آن قانوناً ممنوع نباشد این ممنوعیت ممکن است ممنوعیت قانونی باشد مثل مواد مخدر و یا قراردادی باشد. مثلاً شفصی 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 مقذور التسلیم باشد زیرا چیزی که مقذور التسلیم نیست در نظر عرف مال شمرده نمی‌شود این مقذور التسلیم بودن در زمان و موعد تسلیم شرط است نه در موقع انعقاد عقد. نکته: اگر طرفین در مین انعقاد عقد می‌دانستند که در زمان تسلیم امکان تسلیم وجود نخواهد داشت و با این مال عقد را منعقد کنند و بعد از آن اتفاقاً مبیع مقذور التسلیم شود باز عقد باطل است.

شرط چهارم: در عقد بیع عین معین یا کلی در معین در مین انعقاد عقد مبیع باید موجود باشد و اگر موجود نباشد عقد باطل خواهد بود.

شرط پنجم: مبیع باید مال طلق باشد لذا فروش مال وقف جایز نیست مگر در موارد مصرحه در قانون.

(۳) انواع مبیع:

مبیع ممکن است به (۳) صورت باشد:

(۱) مبیع عین معین: عین یعنی مال محسوس و مستقل و آن چیزی که اگر در خارج وجود پیدا کند دارای ابعاد ثلاثه باشد مثل ماشین پارک شده جلوی منزل شما آنچه در اینجا ایجاد مشکل می‌کند تشفیص مواد مشکوک است که آیا عین هستند یا منفعت مثل ثمره حاصل از درختان یک باغ در مورد معیار تعیین این دو دکتر کاتوزیان عقیده دارند: (بهره برداری تدریجی از عین دیگر منفعت است و سایر موارد عین هستند).

(۲) مبیع کلی در معین: عین کلی در معین که قانون مدنی در م ۳۵۰ آن را تعریف کرده است (مقدار معین بطور کلی از شی متساوی الاجزاء).

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

(۳) مبیع کلی: مفهومی است که مصادیق متعدد دارد که در بیع سلم و سلف مبیع کلی است یا در معاملات پیش فروش که بایع تعهد می‌کند فردی از افراد کلی را تهیه نماید و به مشتری تمویل نماید.

نکته ۱) در مورد مبیع کلی وجود آن در مین انعقاد بیع از شرایط صمت نیست

نکته ۲) در مورد ماهیت بیع عین کلی اختلاف نظر وجود دارد:

عده‌ای از جمله دکتر امامی و دکتر کاتوزیان عقیده دارند که بیع کلی بیع عهدی است نه بیع تملیکی و دکتر امامی اعتقاد دارند که با تسلیم مبیع انتقال مالکیت هم صورت می‌گیرد ولی دکتر کاتوزیان اعتقاد دارند که با تعیین مبیع ملکیت منتقل می‌شود
عده‌ای دیگر معتقدند که بیع کلی هم بیع تملیکی است و به مضم انعقاد عقد بیع، مبیع به ملکیت مشتری در می‌آید.

نکته ۳) در صورتی که مبیع عین معین باشد کافی است که مقدار جنس و وصف مبیع را هر یک از طرفین بدانند و ضرورتی ندارد که در این باره توافقی صورت گیرد و عقد بر مبنای آن منعقد شود.
ولی در مبیع کلی چون فروشنده باید بر مبنای او صافی که در عقد آورده شده است مبیع را انتفاع می‌کند باید درباره مقدار و جنس و وصف مبیع توافق صورت گیرد و مبهم ماندن هر یک از آنها در عقد سبب بطلان می‌شود زیرا این ابهام موجب مبهم شدن تعهد فروشنده خواهد شد.

۴) فروش مال از روی نمونه: طبق م ۳۵۴ ق. م (بیع ممکن است از روی نمونه به عمل آید در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود والا مشتری مق فسخ دارد)
در مورد این ماده باید در مورد مبیع کلی و مبیع عین معین قائل به تفاوت شد:
الف) اگر عین کلی باشد و آنچه بایع تسلیم می‌کند مطابق نمونه نباشد در واقع بایع به تعهد خود به درستی عمل نکرده است لذا ابتداءً الزام به ایفای تعهد می‌شود و در صورتی که امکان الزام وجود نداشته و توسط شفص دیگری هم تعهد ایفا نشد مشتری مق فسخ خواهد داشت.

ب) اگر مبیع عین معین باشد به صرف عدم تطابق مبیع تسلیم شده با نمونه، مشتری مق فسخ خواهد داشت

۵) مملقات مبیع:

هر شیء که به عنوان مبیع فروخته می‌شود ممکن است مملقاتی هم داشته باشد که این مملقات یا بر مسب عرف و عادت یا بر مسب قانون یا بر مسب توافق طرفین مملق به مبیع می‌شود.

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

ب) هر چیزی که بر مسب عرف و عادت جزء یا توابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود مگر صریحاً در عقد ذکر گردد

ج) در موارد مشکوک اصل بر عدم تداخل است

نکته: زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و ممل در بیع میوان داخل در مبیع نیست مگر عرف منصرف به آن باشد یا طرفین توافق کنند
د) در آثار (بیع):

هر بیعی صمیماً واقع می‌شود دارای آثاری است که مشخصه خاص آن است. این آثار عبارتند از:

۱) به مجرد وقوع مشتری مالک مبیع و مشتری مالک ثمن می‌شود.

۲) عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد

۳) عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید

۴) عقد بیع مشتری را به تأیید ثمن ملزم می‌کند (م ۳۶۲)

ذیلاً هر کدام از این موارد را بررسی می‌کنیم:

۷) قانون مدنی در بند ۱ م ۳۶۲ 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 فیار را مانع انتقال ملکیت می‌دانستند لذا اعتقاد دارند وجود فیار فسخ و وجود اجل مانع انتقال نیست پس در بیع شرط که نوعی بیع فیاری است انتقال صورت گرفته است و در بیع مومل چه از نامیه ثمن و چه از نامیه مئمن ملکیت ایجاد می‌شود و همانطور که ماده ۳۶۳ ق. م در مخالفت نظر شیخ طوسی اعلام کرده (در بیع فیاری ملکیت از زمان عقد است نه از مین انقضای فیار)

۸) عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد. البته باید اعتراف کرد که (ضمان درک) از آثار بیعی است که صمیماً واقع نشده و باطل باشد ولی قانون مدنی در آثار بیع صمیع 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 للخیر در آید.

۹) عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع و مشتری را به تأیید ثمن ملزم می‌کند. (بند ۴ م ۳۶۲)

طبق این بند تسلیم و تسلیم از آثار خود بیع است لذا فیار تعذر تسلیم ناشی از فیار تلافی از شرط فعل نیست زیرا که تسلیم از آثار خود بیع است نه از آثار شروط ضمن آن، پس باید گفت که مبنای فیار تعذر تسلیم قاعده لاضرر است.

عدم امکان بر تسلیم ممکن است به دو نحو باشد:

الف) ناتوانی موقت از تسلیم:

۱) اگر موضوع عقد تعدد مطلوب باشد و مشتری عالم بر عدم امکان تسلیم نباشد فیار فسخ فواید داشت و اگر آگاه باشد هیچ فیاری نخواهد داشت

۲) و اگر موضوع عقد و مدت مطلوب باشد معامله باطل می‌شود

ب) ناتوانی از تسلیم دائم باشد:

اگر بعد از انعقاد عقد، تسلیم برای همیشه غیر مقدور گردد تکلیف چیست؟

در اینجا دو مبنا داریم که البته هر دو به یک نتیجه منتهی می‌شوند:

مبنای اول: با غیر مقدور شدن تسلیم نقصی دائمی در مال پیدا می‌شود که آن را از مالیت می‌اندازد لذا معلوم می‌شود که چیزی مورد بیع قرار گرفته که مالیت نداشته است پس بیع باطل فواید بود.

مبنای دوم: تعهدات فروشنده و فریدار به هم بستگی دارند (یعنی تعهد هر یک علت تعهد دیگری است) در اینجا تفاوتی نمی‌کند که هنگام انعقاد عقد تسلیم مبیع غیر مقدور بوده یا در موردی که تسلیم مبیع پس از آن غیر مقدور گردیده باشد زیرا در هر صورت انجام تعهد یکی از طرفین عقد غیر ممکن می‌گردد در نتیجه تعهد طرف دیگر نیز که وابسته به تعهد مزبور بوده نمی‌تواند باقی بماند. اما طریقه انزال فرق می‌کند اگر مبیع عین معین باشد و بعد از عقد امکان تسلیم از بین برود عقد منفسخ می‌شود ولی اگر مبیع کلی باشد یا در مبیع عین معین در زمان معامله مقدور التسلیم نبوده باشد عقد باطل می‌شود

۱۰) در مورد تسلیم موارد زیر نیز باید مد نظر قرار گیرد:

الف) اگر طرفین به هنگام انعقاد عقد معتقد بوده اند که مال مقدور التسلیم نیست در مالیکه فی الواقع مقدور التسلیم بوده اند به دلیل اینکه در این حالت آنها اراده جدی برای انجام معامله نداشته لذا بیع باطل است.

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

چ) تسلیم مبیع انواعی دارد:

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

۲) تسلیم مکتبی: که ۸ نوع است:

نوع ۱) تلف مبیع توسط مشتری قبل از قبض

نوع ۲) ابقاء ید بایع بر مبیع بوسیله مشتری تمت عنوان اجاره - عاریه بدون اینکه بایع تفلیه کند.

نوع ۳) تهاتر (اگر مبیع کلی باشد)

نوع ۴) ضمان نقل ذمه به ذمه (اگر مبیع کلی باشد)

نوع ۵) مواله (اگر مبیع کلی باشد)

نوع ۶) تبدیل تعهد (در مبیع کلی)

نوع ۷) ابراء (در مبیع کلی)

نوع ۸) مالکیت ما فی الذمه (در مبیع کلی)

در دو نوع اول مبیع عین معین است در تبدیل تعهد مبیع می‌تواند عین معین یا کلی باشد و در بقیه موارد مبیع کلی در ذمه است. (صدور چک و کشیدن برات دلالت بر پرداخت ثمن ندارد مگر بعد از وصول آن)

د) در بیعی که موقوف به اجاره مالک است قدرت بر تسلیم در زمان اجاره معتبر است زیرا الزام به تسلیم مبیع از آثار بیع صمیع است و تا زمانی که اجاره در بیع فضولی یا اکراهی متصل نشده است هنوز بیع صمیع وجود ندارد

۱۱) مق مبس: هر یک از بایع و مشتری مق دارد که از تسلیم مبیع یا ثمن فودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر اینکه مبیع یا ثمن موجد باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که مال باشد باید تسلیم شود (م ۳۷۷)

مق مبس برای اینکه قابل استفاده باشد باید دارای شرایطی باشد:

۱) عقد باید معوض باشد لذا عقود غیر معوض حتی با شرط مشمول آن نمی‌شود

در میان عقود معوض هم مق مبس در باره دو عوض اصلی و متقابل بوجود می‌آید نه تمام اجزاء و شرایط عقد لذا مثلاً در اجاره پرداخت اجاره بها را می‌توان موقوف به تسلیم عین مستأجره کرد ولی مستأجر نمی‌تواند اجرای تعهد فود به تسلیم اجاره بها را موقوف به انجام تعهد موجد، به تعمیر جزئی، کند.

۳) به نظر دکتر کاتوزیان چون اقاله هم عقد است لذا مق ميس در آن جريان دارد.
 ۴) مق ميس چون ناشی از تراضی طرفین است (بنابر قولی) لذا قابل اسقاط است و یکی از وسایل اعلام سقوط مق ميس تعیین اجل برای یکی از دو تعهد است البته اگر این اجل بنا به قرار دادگاه باشد (مثل مورد ۲۷۷) یاد ستور صادره از اداره ثبت باشد موجب سقوط مق ميس نیست و فقط یکی از تعهدها باید زودتر اجرا شود.

۵) اگر عرف انجام یکی از تعهدها را زودتر بداند باید آن تعهد زودتر انجام شود و مق ميس وجود ندارد.

۶) بر مبنای مق معلق نمی‌توان به مق ميس استناد و اجرای تعهد منجز و مسلم طرف دیگر را به مال تعلیق در آورد.

۷) مق ميس می‌تواند در تسلیم مال، انجام کار یا فودداری از انجام تعهد باشد.

۸) فروشنده تا پرداخت تمام ثمن، از تسلیم مبيع می‌تواند فودداری کند.

۹) اگر اجل انجام دو تعهد یکی باشد باز مق ميس داریم.

۱۰) مق ميس یک طرف که ساقط شد مق دیگری هم ساقط می‌شود.

نکته) مفارجه نگهداری مبيع در زمان ميس بر عهده بايع است و منافع مال هم برای اوست (من له الغنم العزم) زیرا که مشتری در مقام اعمال مق قانونی خویش آن را نگه می‌دارد.

۱۲- شرایط زوال مق ميس:

۱) هر گاه متعهد به میل خود قرار داد را اجرا کند.

۲) در صورتی که دین مقابل تعهد به دلیلی از بین برود و یا دین به دیگری انتقال یابد و طرف قرار داد را در برابر اسناد کننده به مق ميس بری می‌شود (مثلاً اگر فروشنده بر عهده فریدار مواله‌ای صادر کند و فریدار قبول کند مق ميس فروشنده زایل می‌شود.

۳) دادن وثیقه مق ميس را زایل نمی‌کند، ولی اگر قرار داد فسخ شود مق ميس موضوع خود را از دست می‌دهد و در مقام استرداد دو عوض نیز (به جز اقاله) مق ميس وجود ندارد.

۴) در موردی که طرفین عقد بطور ضمنی یا صریح مق ميس را زایل کنند.

تذکره: تقاضای اجرای تعهد از طرف یکی از متعاملین به معنی اسقاط مق ميس نیست.

۱۳- تسلیم باید شامل آن چیزی هم باشد که اجراء و توابع مبيع شمرده می‌شود (منظور از توابع

اشیائی هستند که برای استعمال و بهره برداری از مبيع ضرورت دارد.)

در تسلیم عین، منافع هم به تبع تسلیم می‌شود ولی در تسلیم منافع از زمان عقد تا زمان تسلیم

عین باید گفت که تسلیم ریشه قراردادی ندارد یعنی تسلیم اینها از توابع (بند ۳ و ۴ م ۳۶۲) نیست و این اموال در نزد فروشنندگان امانت است و باید به صامبش تسلیم شود لذا مشمول قواعد عمومی است پس اگر تمام منافع فاصله زمانی بین عقد و قبض را تسلیم کند مق مبیس او ساقط نمی‌شود.

۱۴ - مطلبی که بسیار مورد سوال واقع می‌شود این موضوع است که مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی چه رابطه‌ای با همدیگر دارند؟

در جواب ابتدا متن این موارد را ذکر می‌کنیم:

(م ۳۵۵) اگر ملکی به شرط داشتن مسامت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است. مشتری مق فسخ معامله را فواید داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بائع می‌تواند آن را فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت به مناسبه (زیاده یا نقیصه تراضی نماید)

(م ۳۸۴) هر گاه در مال معامله مبیع از میث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار در آید مشتری مق دارد که بیع را فسخ کند یا مقدار موجود را با تأدیه مصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول کند و اگر مبیع (زیاده از مقدار معین باشد) زیاد مال بائع است)

(م ۳۸۹) (اگر مبیع از قبیل فانه یا فرش باشد که (که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمی‌شود) و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در مین تسلیم کمتر یا بیشتر در آید در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بائع مق فسخ فواید داشت)

اول) در م ۳۵۵: فسخ بخاطر خیار تعلق از شرط (صفت) است که در اینجا کمیت وصف است زیرا که در نظر متعاملین جنبه فرعی داشته اند لذا بصورت شرط صفت آمده است.

دوم) در م ۳۸۴: فسخ بخاطر خیار تبعض صفت است و کمیت در اینجا وصف نیست بلکه مقدار است و بصورت قید عقد است لذا هر جزئی از آن مقابل جزئی از ثمن قرار می‌گیرد و قابل بعض و تقسیم است.

سوم) در م ۳۸۵) خیار مذکور خیار شرکت است البته برقی عقیده دارند این خیار هم خیار تعلق از وصف است. زیرا به هر حال یک قطعه فانه یا زمین معین مورد معامله قرار گرفته است

چهارم) در جمع مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ باید گفت: آنچه مسلم است این است که در هیچ صورتی، فواید مقدار مبیع اعلام شود یا به صورت شرط در آید خریدار نمی‌تواند در فواست کند که کمبود مبیع از سایر اموال فروشنده تأمین شود زیرا در هر دو ماده مبیع عین معین است و قصد طرفین متوجه یک عین معین خاص شده است.

۱۵ - قاعده تلف مبیع قبل از قبض:

یکی از عمده قواعدی که در عقود معاوضی کاربرد دارد (قاعده تلف مبیع قبل از قبض) است که آن را متخذ از قاعده اصطیادی (تلف مبیع قبل قبضه، من مال بایعه) می‌دانند. قانونگذار مدنی در ماده ۳۸۷ 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 ماکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری فواید 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 مکم دادگاه یا اعمال فیار از سوی متعهد له باشد زیرا ضمان معاوضی در اینگونه قراردادها بر عهده مدیون است در اعمال این قاعده شروط ذیل لازم است:

(۱) مبیع باید عین معین یا در مکم آن باشد.

(۲) تلف باید فورس ماژور باشد.

(۳) مبیع را باید در مقام اعمال مق مبیس خود نگه داشته باشد مگر در صورتی که ثمن مال بوده یا اجلش کمتر بوده باشد و پرداخت شده ولی مبیع موهل بوده یا اجلش زیاد بوده باشد (یعنی با مجوز قانونی مبیع در ید بایع باشد)

(۴) بایع برای تسلیم مبیع به مشتری یا ماکم رجوع نکرده باشد (در اجل معهود)

(۵) مشتری برای قبض و تسلیم ثمن به بایع رجوع نکرده باشد و بایع بدون مجوز قانونی از انجام وظیفه فوئداری نکرده باشد یا اجل تسلیم فرا نرسیده باشد در غیر این صورت ضمان واقعی است نه معاوضی زیرا ید امانی او به ید ضمانی تبدیل می‌شود.

تذکره: به نظر دکتر کاتوزیان در مورد ماده ۳۸۷ ق.م و تلف مبیع قبل از قبض عقیده دارند اتلاف موضوع قطع نظر از مسئول آن یکی از موارد تعذر تسلیم است (اتلاف نه تلف) که طرف قرار داد مق فسخ دارد و ضمان بایع از بین نمی‌رود بنابراین فریدار مق انتفاب دارد که یا عقد را فسخ کند و ثمن را ندهد و یا اگر ثمن را داده آن را پس بگیرد و بایع اگر فودش 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 بایع باید بدل را بدهد و مق استناد به مق مبیس را ندارد زیرا الزام به رد بدل ریشه غیر قرار دادی دارد و از باب ضمان قهری است (چنانچه اگر دیگری غیر از بایع آن را تلف کند باید بدل را می‌داد) و پیوندی با قرار داد اصلی یا ثمن ندارد.

۱۶ - ضمان درک:

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

از عمده شرایط در ضمان درک (قبض ثمن) است یعنی بعد از قبض ثمن از طرف مشتری ضمان درک برای بایع بوجود می‌آید زیرا تا زمانی که ثمن قبض نشده است تکلیف به بازگرداندن ثمن معنی ندارد.

تعریف ضمان عهده: هر گاه کسی از بایع یا از مشتری (در صورتی که ثمن شفصی باشد) ضمانت کند این ضمان ثانی را ضمان عهده می‌نامند.

۱۷ - فیارات: در قانون مدنی ده فیار نام برده شده است ولی چند فیار هم می‌توان از لابه لای مواد قانون مدنی استخراج کرد:

۱) فیار مجلس ۲) فیار میوان ۳) فیار شرط ۴) فیار تأخیر ثمن ۵) فیار غبن ۶) فیار رویت و تفلف وصف ۷) فیار عیب ۸) فیار تدلیس ۹) فیار تبعض صفقه ۱۰) فیار تفلف شرط

۱۸) فیار مجلس:

این فیار را در کتاب فقها با عبارت (البیعان با لفیار ما لم یفترقا) می‌آورند این فیار را فیار عدم تفریق هم می‌نامند یعنی تا زمانی که متعاملین از همدیگر جدا نشده اند فیار فسخ معامله را فواید داشت. این فیار از فیارات مختص بیع است بنا به نظر مشهور اگر عقد را یک نفر منعقد کند (مثلاً اصالتاً از طرف فود بفروشد و وکالتاً از جانب مشتری بفرد) فیار مجلس وجود نخواهد داشت زیرا فیار مجلس زمانی وجود دارد که امکان تفرق وجود داشته باشد از طرفی در حالت تردید اصل، لزوم قرار دادها است.

اگر تفرق بخاطر فورس ماژور مثل و وقوع زلزله باشد فیار مجلس ساقط نخواهد شد.

۱۹ - فیار میوان:

اگر مبیع میوان باشد مشتری تا سه روز از مین عقد اختیار فسخ معامله را فواید داشت (ه) (۳۹۸).

برخی این فیار را استثنایی می‌دانند و مخصوص بیع و آن هم در صورتی که فقط مبیع میوان باشد جاری می‌دانند ولی برخی معتقدند که اگر ثمن میوان باشد نیز این فیار وجود خواهد داشت.

فیارات میوان مخصوص بیع (عین معین یا در مکم آن است) و در مورد بیع کلی جریان نخواهد

داشت هر چند برفی معتقدند که میوانات اموال قیمی هستند و اموال قیمی را نمی‌توان کلی فروخت.

۲۰- فیار شرط:

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

فیار شرط باید دارای شرایط ذیل باشد:

الف) باید مدت شرط معین باشد و اگر مدت شرط فسخ معین نباشد بیع غرری بوده و باطل فواید بود.

ب) اگر ابتدای مدت فیار 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: امکان شرط انفساخ با امکان فیار شرط متفاوت است و هر جا که اقاله در انملال عقد مؤثر نیست شرط انفساخ هم نفوذ مقوقی ندارد.

۲۱- فیار تأخیر ثمن:

یکی از فیارات مختص بیع است که اگر شرایط ذیل محقق شود قابل اعمال فواید بود

شرط اول: مبیع باید عین معین یا کلی در معین باشد.

شرط دوم: برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن اجلی معین نشده باشد یعنی بیع نقد باشد لذا حتی اگر تسلیم جزئی از ثمن یا مبیع موهل باشد باز فیار تأخیر ثمن وجود نخواهد داشت.

شرط سوم: بایع ظرف سه روز تمام مبیع را تسلیم نکرده باشد.

شرط چهارم: مشتری ظرف سه روز از زمان انعقاد عقد (تمام ثمن) را تأدیه نکند چه این تأدیه مگمی باشد مثل ابراء یا عملی باشد.

تذکر ۱: باید توجه داشت که تسلیم تمام مبیع موجب سقوط فیار تأخیر ثمن است، نه قبض مشتری زیرا ممکن است قبض بدون اذن باشد

تذکر ۲: در فیار تأخیر ثمن می‌توان بدون الزام مشتری اعمال فیار کرد البته بایع می‌تواند به اختیار خود قبل از اعمال فیار اجبار مشتری را از دادگاه بخواهد.

تذکر ۳: فیار تأخیر ثمن مختص بایع است.

۲۲- فیار رویت و تلف وصف:

عده‌ای این دو فیار را جدا از همدیگر می‌دانند و ه ۴۱۰ ق. ه را ناظر به فیار تلف وصف و ماده

۴۱۳ را ناظر به فیار رویت می‌دانند ولی نظر مشهور مقوقدانان این است که این دو فیار یکی هستند. برای اعمال این فیار شرایط ذیل باید وجود داشته باشد:

شرط اول: باید مبیع عین معین یا در مکم آن باشد زیرا اگر کلی باشد باید الزام به ابدال و اگر ابدال امکان نداشت فیار به وجود می‌آید

شرط دوم: باید وصفی که وجود ندارد از اوصاف ترغیبی باشد نه از او صافی که موجب رفع جهالت از مبیع می‌شود زیرا اگر مورد افیر (اوصاف اساسی) موجود نباشد منجر به بطلان عقد بیع می‌شود بند (۳) م ۱۹۰ ق. م و مشتری هم باید مبیع را به وصف بفرد.

شرط سوم: مشتری باید قبلاً مبیع را ندیده باشد

شرط چهارم: مبیع باید مخالف وصف معهود باشد.

تذکر: فیار رویت و تلافی از وصف باید فوری بعد از رویت اعمال شود.

۲۳ - فیار غبن:

فیار غبن زمانی به وجود می‌آید که یکی از متعاملین یا هر دو نفر آنها در معامله غبن فامش داشته باشد غبن فامش غبنی است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.

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

۲۴ - فیار عیب:

اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده است مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب به افذارش یا فسخ معامله:

در اعمال عیب شرایط ذیل باید محقق شود:

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

شرط دوم: به هنگام عقد عیب باید موجود باشد یا بعد از عقد و قبل از قبض به وجود آید و بعد از قبض تنها در صورتی عیب به وجود آمده موجب فیار خواهد شد که مشتری یکی از سه فیار را داشته باشد (فیار مجلس فیار شرط و یا فیار میوان)

شرط سوم: مبیع عین معین یا کلی در معین باشد.

تذکر ۱: اگر مبیع بخاطر عیبی که در زمان عقد بوده تلف شود بر عهده بایع است.

تذکر ۲: عیب وقتی مخفی است که مشتری در زمان بیع عالم بر آن نبوده است اعم از اینکه این عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً مستور بوده است یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری ملتفت

آن نشده است.

۲۵ – اگر مبیع معیوب باشد دو راه مل وجود دارد (اول) فیار فسخ که فوقاً شرایط آن را بر شمردیم. و (دوم) گرفتن ارزش در برقی 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 فواید 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 افتلاف نظر است که فیار ساقط شده است یا فیر؟

(ج) در صورتی که بعد از قبض عیب دیگری در مبیع حادث شود مگر اینکه در زمان فیار مفتص به مشتری حادث شده باشد که در این صورت مانع رد و فسخ نیست.

(د) در صورتی که مشتری پس از علم به عیب فیار خود را اعمال نکرد می‌تواند به ارزش رجوع کند

۲۶ – فیار تدلیس: تدلیس عبارتست از عملیاتی که موجب فریب طرف دیگر معامله گردد (ه) (۱۴۳۸) فیار تدلیس با فیار عیب مشابهات زیادی دارد ولی به هر حال تشفیص آن با عرف است برای اینکه یکی از طرفین معامله دارای فیار 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 بیوشاند که در این صورت هم فیار عیب دارد و هم فیار تدلیس و یا اینکه صفت کمالی را به مبیع نسبت دهد.

شرط چهارم): مشتری باید فریب بخورد و اگر موجب فریب نشود فیار ندارد.

۲۷ – فیار تبعض صفت:

فیار تبعض صفت وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد در این صورت مشتری مق فواید 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 (ه) (۱۴۴۱) معمولاً فیار تبعض صفت در معاملاتی جاری است که امکان تبعیض موضوع معامله وجود داشته باشد مثلاً در انتقال یک میوان تبعض صفت قابل تصور نیست.

تذکر ۱) فیار تبعض صفت ویژه معاملات معوض است چرا که در معاملات رایگان فرض ضرر

در صورت تبعیض وجود ندارد.

تذکر ۲): اگر قسمتی از موضوع معامله که عین معین بوده است در مین عقد تلف شده باشد در این صورت عقد، به دو عقد یکی صمیع و دیگری باطل، منحل می‌شود و طبق ماده ۴۴۳ ق. م فیار تبعض صفتقه 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.

۲۸ – فیار تلف شرط نیز از فیاراتی است که در بیع وجود دارد ولی ما بطور تفضیل در بمث مدنی (۳) آن را بررسی کردیم.

۲۹ – همانطور که گفتیم در قانون مدنی امکام بعضی فیارات آمده ولی بطور مشخص از آنها نام برده نشده است ما چند مورد را بیان می‌کنیم:

الف) فیار تفلیس: (م ۳۸۰) در صورتی که مشتری مفلس شود و مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استر داد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند) برفی فیار تفلیس را از قواعد عمومی قرار دادها می‌دانند و معتقدند که در تمام عقود جاری است. فیار تفلیس در مورد مبیع معین جاری است.

ب) فیار (مایفسدلیومه) که در فروعات فیار تأخیر ثمن بمث شده است و قانون مدنی در ماده ۴۰۹ متذکر فیار شده است. که اشعار می‌دارد (هر گاه مبیع از چیزهایی باشد که در کمتر از ۳ روز فاسد و یا کم قیمت شود ابتداء فیار از زمانی است که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت می‌گردد)

به نظر می‌رسد که در مورد این فیار تمام شرایط فیار تأخیر ثمن لازم نباشد مثل شرط (عین کلی یا موبل)

ج) فیار شرکت: که مبنای فیار مذکور در ماده ۳۸۵ ق. م را می‌توان فیار شرکت نامید.

۳۰ – در آخر در مورد فیارات چند نکته باقی می‌ماند که باید ذکر گردند:

نکته اول: فیار حق مالی است لذا قابل انتقال قهری به واسطه ارث هست ولی در قابلیت انتقال ارادی آن اختلاف نظر است.

نکته دوم: برفی (مشهور) عقیده دارند که فیار را فقط به (من علیه الفیار) 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 فیار 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 فواید بود.

نکته پنجم: علی الاصول اثر فسخ نسبت به آینده است و فقط در یک مورد اثر قهقرایی دارد و آن زمانی است که شرط فعل مقوقی منفی شده باشد و از آن تلافی صورت گیرد. در این صورت با فسخ، عمل مقوقی انجام شده باطل فواید بود (مثل شرط عدم اجاره دادن مبیع توسط مشتری)

۳۱ - بیع شرط:

بیعی است که در آن متعاملین شرط می‌کنند اگر در مدت معینی با بیع تمام مثل ثمن را برگرداند فیار فسخ معامله را فواید داشت. البته با توجه به قانون ثبت امروزه بیع شرط به صورت معامله با حق استرداد مورد بررسی قرار می‌گیرد لذا امکان بیع بر آن بار نمی‌شود.

۳۲ - معاوضه:

معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد (ه ۱۴۶۴) در تشخیص بیع از معاوضه برمی‌گردد: 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.

فصوصیات معاوضه:

(۱) فیار مجلس، میوان و تأخیر ثمن در معاوضه نیست.

(۲) حق شفعه در معاوضه وجود ندارد.

(۳) تلف مبیع قبل از قبض اگر فلاف قاعده باشد در معاوضه نیست.

(۴) اگر هدف طرفین بر طرف کردن مواجیح شفعی بوده و تجارت نباشد فیار غبن در آن راه ندارد

تذکره: همین امکان معاوضه در مورد صلحی که در مقام بیع منعقد می‌شود هم جاری است.

اجاره:

۳۲ - (اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود) عقد اجاره

از عقود تملیکی است. یعنی اجاره بها به مالک عین و منفعت به مستأجر تملیک می‌شود.

اجاره بر دو نوع است: (۱) اجاره اشیاء (۲) اجاره اشخاص

۳۳ - اجاره اشیاء: عقد اجاره باید دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد (ه ۱۹۰) یعنی طرفین

عقد باید قصد انشایی جدی برای انعقاد عقد داشته باشد و معامله فضولی یا اکراهی هم غیر نافذ است.

مورد معامله که همان منفعت مورد اجاره است باید معین باشد معلوم و معین بودن منفعت به (۳) عامل بستگی دارد:

الف) چون که منفعت وابسته به عین است پس عین مستأجره باید معلوم و معین باشد چه کلی و چه عین معین لذا اگر عین مستأجره مبهم باشد اجاره باطل است مثل اینکه موحد 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) نمونه استفاده مستأجر از عین مستأجره هم باید معلوم و معین باشد مثل اینکه ماشین را برای استفاده شغلی یا مسافر کشی می‌فواهد مگر عرف منصرف به یکی از اینها باشد که در این صورت در حکم ذکر در عقد است.

جهت نیز در عقد اجاره باید معلوم باشد لذا اجاره برای جهات نامشروع باطل است به غیر از شرایط فوق برای صحت اجاره شرایط اختصاصی دیگری نیز لازم است این شرایط عبارتند از:

الف) در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین بشود والا اجاره باطل است.

ب) در صحت اجاره قدرت بر تسلیم عین مستأجر شرط است.

در قدرت بر تسلیم ۲ حالت را از همدیگر جدا می‌کنند:

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

.....۹

۲) اگر مانع خاص باشد اجاره صمیع است مگر آنکه قید مباشرت شده باشد مثلاً مستأجر مریض

شود.

ج) برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقاء اصل آن ممکن باشد.

د) عین مستأجره باید از اموالی باشد که با بقاء عین بشود از آن استفاده کرد.

۳۴ - در اجاره مؤجر نیز باید دارای شرایط ذیل باشد:

الف) در عقد اجاره مؤجر باید مالک منافع باشد یا دارای سمت باشد مثل متولی وقف.

ب) در صورتی که مؤجر مالک عین نیست تسلیم عین مستأجر موقوف به اجاره صامب عین است.

ج) مؤجر باید قدرت بر تسلیم عین مستأجره باشد مگر اینکه فود مستأجر قادر بر تسلیم باشد. تذکر(۱): علی الاصول مستأجر می‌تواند عین مستأجره را اجاره بدهد مگر اینکه در عقد اجاره فلاف آن شرط شده باشد.

تذکر (۲): اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستأجر موقوف به اذن شریک است. البته وجوب تمصیل اذن شریک یک مکم تکلیفی است و اگر مؤجربدون اذن شریک فود عین مستأجره را تسلیم کند آثار تسلیم بر آن مترتب فواهد شد و لو آنکه فلاف قانون عمل شده باشد.

۳۵ - عقد اجاره تملیکی است ممکن است مورد عقد اجاره کلی در معین باشد مثل مراجعه به شرکت ممل و نقل و اجاره یک اتومبیل با شرایط مساوی (که بعضی می‌گویند عهدی است و بعضی اعتقاد دارند تملیکی است). اگر مورد اجاره کلی باشد در این صورت کلیه مقوقدانان آن را عهدی می‌دانند ولی در این مورد در فقه می‌گویند که مستأجر مالک ما فی الذمه مؤجر می‌شود.

اگر مالک عینی بگوید این خانه را چهار ماه دیگر به مدت یکسال به شما اجاره دادم و مستأجر قبول کند عقد تملیکی است زیرا هر دو از آن زمان مالک می‌شوند.

۳۶ - در اجاره، منفعت تا زمانی که عین باقی است همراه آن وجود دارد. تلف عین در زمان اجاره نشان می‌دهد که منفعت نسبت به بقیه مدت از آغاز موجود نبوده است. لذا مالکیت مؤجر بر مال الاجاره متزلزل و منوط به 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.

۳۷ در صورتی که عیبی در مورد اجاره پیدا شود ممکن است به صورت ذیل باشد:

الف) هر گاه معلوم شود عین مستأجره در مال اجاره (یعنی در زمان انعقاد عقد اجاره معیوب بوده است) مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نموی 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 فیار است.

ج) اگر عیب در انشاء اجاره حادث شود نسبت به بقیه مدت اجاره، فیار ثابت می‌شود.

تذکر: در اجاره عیب فقط موجب اثبات فیار می‌شود و ارزش وجود ندارد.

د) هر گاه عین مستأجره بواسطه عیب از قابلیت افراچ شده و نتوان (رفع عیب نمود اجاره باطل

می شود (دلیل بطلان از بین رفتن قابلیت انتفاع مورد اجاره هست نه ایجاد عیب (که این به منزله از بین رفتن موضوع معامله (م ۱۹۰) است لذا عقد باطل می شود).

۳۷- شرایط عیبی که موجب فسخ در اجاره می شود عبارتند از:

الف) عیب باید موجب نقصان منفعت یا صعوبت انتفاع می شود.

ب) عیبی که قابل برطرف کردن نباشد (در بیع حتی اگر عیب قابل برطرف شدن بود باز فسخ داشتیم) البته به نحوی که موجب ضرر مستأجر نشود.

ج) این دو شرط باید همزمان وجود داشته باشد.

تذکره: اگر مورد اجاره عین کلی باشد و فردی که مؤجر داده معیوب در آید مستأجر حق فسخ ندارد و می تواند مؤجر را مجبور به تبدیل آن نماید و اگر ابدال ممکن نباشد حق فسخ فواید داشت (این فسخ فسخ فسخ است).

۳۸- اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود اجاره از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود و در صورت تلف بعضی آن، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه مدت فسخ کند یا فقط مصالحه تفریق نسبی مال الاجاره را بنماید (م ۴۸۳) عینی که مورد مکم 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 نمی گردد زیرا پناهی قبل از قبض تلف می شد 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 می آید تمامی تعهد فسخ را انجام نداده است پس مؤجر باید فرد دیگری را به مستأجر تسلیم کند تا منفعت باقی مانده از آن استیفاء شود.

۳۹- چند نکته مهم در مورد عقد اجاره باقی می ماند که در امتحانات ارزش زیادی دارند و مورد

سوال واقع می شوند:

نکته ۱) اگر در مدت اجاره در عین مستأجره تعمیراتی لازم آید مؤجر می تواند آن را تعمیر کند به شرطی که تأخیر در تعمیر موجب ضرر مؤجر باشد.

نکته ۲) هرگاه مستأجر نسبت به عین مستأجره تعدی و تفریط نماید مؤجر حق فسخ دارد به شرطی که قادر بر منع او نباشد.

نکته ۳) اگر ثالثی در عین مستأجره یا منافع آن مزاحمت ایجاد کند در این صورت:

- الف) اگر بدون ادعای مقی باشد قبل از قبض، مستأجر مق فسخ دارد و اگر بعد از قبض باشد مق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزایم رجوع کند.
- ب) اگر ثالث ادعای مقی بکند مزایم نمی‌تواند عین مزبور را ازید مستأجر انتزاع نماید مگر بعد از اثبات مق به طرفیت مالک و مستأجر هر دو.
- تکته ۱۴) اگر عین مستأجره به دیگری منتقل شود اجاره به مال خود باقی است مگر اینکه مؤجر مق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد.
- نکته ۵) در اجاره اشیاء و میوانات منفعت از اول و قبل از اجاره مال بوده اند و از ملکیت مؤجر به ملکیت مستأجر در می‌آید ولی در اجاره انسان منفعت قبلاً مال نبوده است و در اثر عقد اجاره در ملکیت مستأجر به مال تبدیل می‌شود.
- نکته ۶) در اجاره اشخاص علی الاصول از زمان انعقاد عقد، اجیر مستحق مطالبه اجرت المسمی می‌شود ولی ممکن است بر اساس قرار داد یا عرف پرداخت آن به اقساط به عمل می‌آید.
- نکته ۷) در اجاره میوان لازم نیست که خود میوان مشخص باشد بلکه کفایت جنس و کیفیت آن مشخص باشد.
- نکته ۸) به نظر برفی اجاره اشخاص یک عقد عهدی است که بموجب آن اجیر تعهد می‌کند، کاری را انجام دهد و اگر انجام ندهد و یا در زمان اجاره برای دیگری و یا خودش کار کند مستأجر مق 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 فاص 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 برفی عقیده دارند، مستأجر پس از فسخ می‌تواند طبق قاعده اتلاف برای اجرت المسمی به ثالث یا اجیر مراجعه کند.

مقوق مدنی (۷):

عقود معین

در درس مدنی ۷ عقود معین مذکور در قانون مدنی بررسی می‌شود آنچه از این قسمت در کنکور کارشناسی ارشد مورد سوال واقع می‌شود اکثراً متن مواد هستند لذا به داوطلبان توصیه می‌کنیم که متن مواد عقود معین را به دقت مورد مطالعه قرار دهند. ما نیز در این قسمت نکات مهم هر عقد را بصورت نکته به نکته بیان می‌کنیم:

۱ - مزارعه و مساقات:

نکته ۱) بنا به نظری مزارعه شرکتی است که از یک طرف، انتفاع زمین و از طرف دیگر کار را به عنوان مال شرکت می‌آورند.

نکته ۲) زمین مورد مزارعه باید معلوم و معین باشد و می‌توان کلی در معین یا کلی فی الذمه نیز باشد که در مورد افیر مقدار و اوصاف آن باید به طوری که رفع عذر شود ذکر گردد.

نکته ۳) سهم عامل از محصول زمین باید بطور مشخص تعیین شود و اگر بطور کلی ولی معین باشد مثل اینکه بگوییم اجرت عامل ۲۰ فروار تومان پول باشد در این صورت اجازه است ولی اگر بگوییم که ۲۰ فروار گندم از محصول زمین مورد عقد در اینصورت عقد مزارعه نیست زیرا که به صورت اشاعه نیست و اجازه هم باطل است زیرا که در اجازه نمی‌توان مال الا جاره زمین را از محصول آن قرار داد.

نکته ۴) مدت مزارعه باید به زمان تعیین شود و عدم تعیین آن موجب غرری شدن و بطلان عقد می‌شود مضافاً اینکه مدت مذکور باید متناسب با زمان کشت باشد و الا عقد باطل است.

نکته ۵) عقد مزارعه عقدی است لازم.

نکته ۶) فسخ و اقامه مزارعه بصورت ذیل است:

الف) قبل از کشت بذر: عقد منحل می‌شود و اگر عامل کاری انجام داده باشد اجرت المثل آن را از مزارع می‌گیرد.

ب) پس از کشت بذر و قبل از ظهور ثمره: حاصل متعلق به صامب 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 ابراء کشت را بکند.

ج) پس از ظهور ثمره: هر یک از عامل و مزارع مالک حصه خود هستند (م. ۳۰۵) اما برای مدت بعد از فسخ مزارع نمی‌تواند عامل را به ابراء کشت مجبور کند چون خود اجازه داده است و قاعده لاضرر حکم می‌کند که مزارع نتواند تقاضای ابراء کند لذا هر یک مستحق اجرت المثل خواهند بود.

نکته ۷) مساقات عقدی است لازم که بین صامب درخت و امثال آن با عامل در مقابل حصه مشخص معین از ثمره واقع می‌شود و ثمره اعم است از میوه و برگ گل و غیر آن.

نکته ۸) مسابقات عقد موضعی است که عوضین آن عبارتند از عمل عامل از یک طرف و ثمره معین برای عامل از طرف دیگر.

نکته ۹) شرایط عقد مسابقات:

الف) مورد مسابقات باید درفتان مثمره باشد.

ب) درفتان باید دارای اصول ثابت باشد.

ج) صامب درفت باید صامب منافع باشد.

ن) در عقد مسابقات مدت باید معین باشد.

ه) برای بدست آوردن ثمره اعمالی برای درفتان لازم باشد که عامل عهده دار آن گردد.

و) سهم عامل باید بطور مشاع از ثمره درفتان تعیین گردد.

۲) مضاربه:

نکته ۱): مضاربه از عقود معوض است.

نکته ۲): مضاربه عقدی عهدی است.

نکته ۳): سرمایه در مضاربه باید وجه نقد باشد و باید معلوم و معین باشد

نکته ۴): اگر عقد مضاربه باطل شود، مضارب مستحق اجرت المثل است، هر چند سودی هم

ماصل نشده باشد.

نکته ۵): اطلاق عقد مضاربه ایجاب می‌کند که مالک تمامی سرمایه را تسلیم مضارب بکند ولی

شرط فلاف می‌توان کرد.

نکته ۶): حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل، از قبیل ربع یا ثلث و

غیره باشد.

نکته ۷): مضاربه عقدی است بایر.

نکته ۸): اگر مضارب در مال مورد مضاربه تعدی و تفریط کند عقد مضاربه منحل نمی‌شود ولی ید

مضارب ضمانتی می‌گردد.

نکته ۹): 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 فارغ از مدود اذن است و اگر مالک اجازه ندهد مضارب ضامن تمام

فسارت خواهد بود.

نکته ۱۰): سه عقد مزارعه و مسابقات و مضاربه از عقود مساممی هستند و علم اجمالی بر عوضین

کافی است.

نکته ۱۱): در صورتی که عقد مضاربه بوسیله یکی از طرفین فسخ شود مال مورد مضاربه به هر صورت که باشد چه به صورت نقد و چه به صورت جنس و هر کجا که باشد به مالک تسلیم می‌شود و نیازی به این نیست که مضارب کالا را به محل معینی ممل کند.

نکته ۱۲): اگر فسخ مضاربه در اثنای عملیات تجاری باشد. در این صورت:

الف) اگر سودی حاصل نشده باشد مضارب و مالک مقی بر هم ندارند.

ب) اگر سودی حاصل شود ولی قسمتی یا تمامی مال المضاربه به صورت کالا در آمده باشد مضارب به مقدار سهم خود در عین مال مشترک، شریک فواید شد و می‌تواند در فواست تقسیم مال را بکند و نمی‌تواند فروش آن را بفواید زیرا نمی‌توان شریک را مجبور به فروش مال مشترک کرد مگر اینکه مال قابل تقسیم نباشد.

۳) جعاله:

نکته ۱): جعاله بنا به نظر مشهور مقوقدانان 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 ۵۶۱)

نکته ۲): جعاله عقدی مساممی است لذا گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد البته باید توجه داشت که اگر مورد جعاله (عمل و اجرت عمل) من جمیع الجهات مجهول باشند. عقد جعاله باطل است.

نکته ۳): اگر در هنگام اعلام جعاله، عامل معلوم باشد جعاله فاص و اگر معلوم نباشد جعاله عام است. البته عقد جعاله زمانی بسته که شخص معین و مشخص آن را قبول کنند یا باقصد 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 پیزی نخواهد بود. (م ۵۶۵)

نکته ۵): عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعاله را تسلیم کند یا کار را انجام داده باشد.

نکته ۶): اگر جعل عین معین باشد منافع آن از زمان تسلیم یا انجام عمل مال عامل هست بر خلاف اجاره که هر چند اجرت المسمی بعد از انجام عمل به اجیر پرداخت می‌شود ولی منافع اجرت از زمان عقد مال اجیر است.

نکته ۷) اگر عامل هنگام عقد مجنون باشد مستحق اجرت المثل عمل خود فواید بود زیرا عقد باطل ولی عمل ممتزم است.

نکته ۸): اگر عامل سفیه و صغیر ممیز باشد مستحق اذ جعل فواهد بود.

۱۴) شرکت:

نکته ۱): شرکت عبارتست از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی وامد به نمو اشاعه.

نکته ۲): شرکت ممکن است اختیاری باشد مثل مزج اختیاری یا انعقاد عقد شرکت و یا فرید شی

وامد به صورت مشاع و یا قهری باشد مثل ارث.

نکته ۳): اگر شرکاء مال مشترک را اجازه دهند یا بفروشند در جزء جزء ثمن یا مال الاجاره سهیم اند

زیرا عوض در مکم معوض است.

نکته ۴): هیچ یک از شرکاء بدون اجازه و اذن شریک دیگر نمی‌تواند در مال شرکت تصرف مادی

بکنند ولی تصرفات حقوقی می‌تواند انجام دهد.

نکته ۵): شریکی که مال شرکت در دست اوست در مکم امین است و ضامن تلف و نقض آن

نمی‌شود مگر در صورت تفریط و تعدی.

نکته ۶): شرکت عقدی است بین دو یا چند نفر برای معامله نمودن با مالی که بین آنان

مشترک می‌باشد و آن را شرکت مدنی می‌گویند که اثر عقد این است که هر یک از شرکاء می‌توانند

به نمایندگی از طرف دیگر برای کسب در مال شرکت تصرف کنند مگر شرط فلاف شده باشد این عقد

از عقود جایز هست و به موت و حجر و جنون زایل می‌شود و شرکت در مال مشترک تا تقسیم تمامی

مال یا تلف آن باقی فواهد ماند.

نکته ۷): تقسیم مال مشترک 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 مشترک تقویم لازم نیست و به نسبت سهام شرکاء مال مشترک را تقسیم

می‌کنند.

تقسیم به رد: که نوعاً در موردی پیش می‌آید که مال قیمی باشد و شباهت بیع دارد. زیرا در

حقیقت در قسمت رد شده معامله جداگانه‌ای صورت می‌پذیرد و در مد امکان باید با سایر روشهای

تقسیم از آن اجتناب کرد.

ج) تقسیم به تراضی: که در آن طرفین در تقسیم با همدیگر تراضی می‌کنند.

نکته ۸): تقسیم لازم است ولی خود شرکت جایز، البته تقسیم منافع هم اگر عین تقسیم نشود

جایز است.

نکته ۹): هر گاه در مصه یک یا چند نفر از شرکاء عیبی ظاهر شود که در مین تقسیم عالم بر آن

نیوده شریک یا شرکاء مزبور مق دارند تقسیم را به هم بزنند (یعنی شرکاء فقط مق بر هم زدن تقسیم را دارند و نمی‌توانند ارش بگیرند).

نکته ۱۰: 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 یک از وراثت به نسبت سهم او رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از وراثت محسر شده باشد طلبکار می‌تواند برای سهم محسر یا محسرين نیز به وراثت دیگر رجوع کند زیرا طبق ماده ۷۰۳ ق.م. تمامی ترکه و ثیقه هر جزئی از دیون متوفی می‌باشد و چنانچه مقداری از دیون تأدیه نشود و به نسبت آن مال فک نمی‌شود و تمامی ترکه در وثیقه طلبکاران می‌ماند.
(۵) در ودیعه:

نکته ۱: ودیعه عقدی است که بموجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد.

نکته ۲: ودیعه عقدی است جایز پس به موت و جنون و سفه زایل می‌شود مستودع نمی‌تواند هیچ تصرفی غیر از حفاظت بکند

نکته ۱۴: عقد و دیمعه عقدی مساممی است لذا علم و اطلاع از مال موضوع عقد بطور کامل لازم نیست.

نکته ۵: امین باید مال و دیمعه را فقط به کسی که آن را از او دریافت کرده یا قائم مقام او یا به کسی که ماذون از طرف اوست تمویل دهد و در صورتی که مودع نباشد مال و دیمعه باید به مالک 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 نمو آن یا انملال آنها دو نظر وجود دارد:

الف) برفی معتقدند با انملال 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) برفی دیگر معتقدند که بر اثر عقد، مال به اجاره مالک به دست متصرف داده شده است و پس از انملال عقد مادامی که از طرف مالک مطالبه نشود اجاره وی ادامه خواهد یافت لذا در فاصله بین انملال عقد مادامی که مطالبه نشود اجاره وی ادامه خواهد یافت لذا در فاصله بین انملال عقد و مطالبه امانی مالکانه خواهد بود.

(۶) در عاریه:

نکته ۱) عقدی است که به موجب آن امد 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 برقی آن را از عقود عینی می‌دانند و قبض را از شرایط صحت آن می‌دانند).

نکته ۵) مستعیر امین ممسوب می‌شود و تا زمانی که از مدود اذن یا متعارف خارج نشده ضامن نیست اگر مستعیر از مدود اذن خارج شود بعد از فروج از اذن (البته باید این فروج به صورت فعل مادی نمایان شود و صرف قصد فروج کافی نیست). ضامن اجرت المثل منافع مستوفات و غیر مستوفات فواهد 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 بفواهد زیرا عقد جایز است و نیز نمی‌تواند فسارت تأخیر انجام تعهد را فواستار شود.

نکته ۸) با اینکه عاریه عقد جایزی است ولی گاهی به تجویز ماده ۱۰۸ ق.م.موانع قانونی وجود دارد که مورد عاریه را معیر پس بگیرد مثل نبش قبر در صورتی که زمین آن به عاریه داده شده باشد.

۷) قرض: قرض عهده‌ای است که به موجب آن امد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از میث مقدار و جنس و وصف رد نماید در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم الرد را بدهد. (البته برقی 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 ممسوب 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 فخواست می‌تواند ایفای آن را بخواهد و مقترض هر وقت فخواست 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 صمیع باشد.

نکته ۸) 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 ۶۵۲ ق. م می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال برای مقترض مهلت یا اقساطی قرار دهد.

۸) قمار و گرو بندی: قرار دادی است بین دو نفر که یکی امر معینی را اثبات و دیگری نفی می‌نماید و تعهد می‌نماید که هر یک درست گفته باشد مال معینی را به دیگری بدهند این قرار داد شرعاً و قانوناً باطل است و عموماً علت آن را جهت نامشروع آن می‌دانند.

۹) وکالت: عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید.

نکته ۱) وکالت عقدی جایز است و به موت و مجر هر یک از طرفین باطل می‌شود و اگر طرفین به نمودی مق فسخ خود را ساقط نکرده باشند به فسخ هر یک از طرفین نیز زایل می‌شود.

نکته ۲) وکالت عقدی مساممی است لذا نیازی به علم تفضیلی به مورد وکالت وجود ندارد.

نکته ۱۴) در صورتی که وکالت مطلق باشد فقط به اداره کردن اموال موکل فواهد بود (م ۶۶۱)

نکته ۵) وکالت در امور حقوقی باید در اموری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد، و او وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امراهلیت داشته باشد (م ۶۶۲) لذا نمی‌توان به صغیر ممیز و سفیه برای انجام معاملاتی که از آن ممنوعند وکالت داد.

نکته ۶) برخی اعتقاد دارند که اذن در فروش اذن در قبض ثمن هم هست زیرا از لزوم عرفی آن ممسوب می‌شود. لکن اگر انصراف عرفی نداشته باشیم در این صورت اگر وکیل بدون اذن ثمن بنماید یا مبیع را تسلیم نماید ضامن است.

نکته ۷) وکیل باید در مدود اختیارات خود و به مصلحت موکل عمل کند پس وکیل باید در مدود

اختیارات فود مصلحت موکل را رعایت کند ولی اگر فارج از مدود فود عمل نماید ولی در جهت مصالح موکل باشد باز غیر نافذ است مگر شرایط ماده ۳۰۶ ق. م. محقق باشد.

نکته ۸) اگر دو نفر وکیل باشند اصل بر اجتماع است لذا اگر یکی از آن دو فوت نماید، وکالت دیگری هم منحل می شود نکته (۹) امر به شی امر به لوازم آن است (م ۶۷۱)

نکته ۱۰) موارد انملال وکالت عبارتند از:

۱) عزل وکیل توسط موکل

۲) استعفای وکیل

۳) به موت و جنون وکیل یا موکل

۴) به سفه در مواردی که اهلیت لازم است

نکته ۱۱) اگر سقوط مق عزل یا استعفای وکیل ضمن عقد جایز هم شرط شود این مق ساقط می شود (متی اگر ضمن فود عقد وکالت هم باشد) زیرا می توان آن را قرار دادی تمت قلمرو ماده ۱۰ ق. م. دانست.

نکته ۱۲) تمامی اموری که وکیل قبل از رسیدن فبر عزل به او در مدود وکالت فود بنماید نسبت به موکل نافذ است (م ۶۸۰) که این ماده نظر کسانی را توجیه می کند که قائلند وکالت عقد نیست.

۱۰) ضمان عقدی: عقد ضمان عبارتند از اینکه شفصی مالی را که برزمه دیگری است به عهده بگیرد این تعریف م ۶۸۴ ق. م. تعریف به اثر است و اثر دیگر ضمان عقدی این است که طلب مضمون له از مدیون ساقط می شود

نکته اول) عقد ضمان: عقدی رضایی است و نیاز به هیچ تشریفات ندارد.

نکته ۲) عقد ضمان عقدی معوض است و عوضین آن عبارتند از (تعهد ضامن در برابر سقوط طلب مضمون کند).

نکته ۳) عقد ضمان عقدی تبعی است و تابع وجود دین مضمون عنه به مضمون له است.

نکته ۴) عقد ضمان عقدی مساممی است.

نکته ۵) عقد ضمان عقد لازم است و متی بنا به نظر مشهور نمی توان آن را اقاله کرد.

نکته ۶) در ضمان فیار غبن و فیار تبعض صفتقه نداریم. چون عقد مساممی است.

نکته ۷) دین موضوع ضمان باید: ۱) کلی باشد نه معین ۲) دین باید مشروع باشد ۳) دین باید قابل تعیین باشد ۴) دین باید قابل تأدیه بوده و وفای به آن توسط ثالث امکان پذیر باشد.

نکته ۸) دو نوع دیگر ضمان وجود دارد ضمان تضاضی و ضمان وثیقه ای که آنها را می توان طبق

ماده ۱۰ ق. م صمیع دانست.

نکته ۹) ور شکستگی و تفلیس مضمون له مانع از انعقاد ضمان و نفوذ اراده اوست چرا که با عقد ضمان طلب او از عهده مضمون عنه ساقط و ضامن وثیقه طلبکاران می شود (البته در ضمان عقدی که موجب نقل ذمه به ذمه است این حکم عدم نفوذ جاری می شود).

نکته ۱۰) اگر چند نظر به تضامن دین را ضمانت کنند ذمه آنها مشغول و ذمه مضمون عنه بری می شود.

نکته ۱۱) ضمان از نفقه آینده زن صمیع است زیرا بواسطه عقد نکاح مرد باید نفقه زن را بدهد مگر اگر زن ملی باشد و اکثر مقوقدانان ضمان از نفقه اقارب را هم صمیع می دانند.

نکته ۱۲) دین ضامن به مضمون له همان دین مضمون عنه است لذا ایگر قرار داد مخالفی نباشد ضامن به تمام شرایط و توابع دین پای بند است مثل وجود وجه التزام (اقاله - فسخ).

نکته ۱۳) بنا به نظر برخی مقوقدانان مثل دکتر کاتوزیان و دکتر لنگروی: با عقد ضمان تضمینات به دین ضامن منتقل نمی شود و تضمینات ساقط می شوند ولی بر فی دیگر مثل دکتر امامی: تضمینات را قابل انتقال می دانند.

نکته ۱۴) ضمان به غیر جنس دین صمیع است (تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع دین سپس نقل ذمه) و اگر بعد از نقل ذمه توافق بر تبدیل تعهد کنند این ضمان در حق مضمون عنه قابل استناد نیست.

نکته ۱۵) اقاله ضمان بدون رضای مضمون عنه (بنا به نظری) امکان ندارد و به نظر می رسد شرط فسخ هم چنان مکنی را داشته باشد.

نکته ۱۶) ضمان از اعیان مضمونه، ضمان اصطلاحی که به عنوان عقدی از عقود معین در قانون مدنی آمده نیست زیرا تعهد متصرف به رد عین است و آن عین در ذمه قرار نمی گیرد ولی می تواند قرار داد موضوع ماده ۱۰ ق. م باشد.

نکته ۱۸) در ضمان قبول مضمون عنه لازم نیست.

۱۱) در حواله: عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می شود.

نکته ۱) عقد حواله عقدی معوض است عوضین آن عبارتند از (صدور حواله در برابر سقوط طلب
محمیل)

نکته ۲) انعقاد حواله موجب انتقال دین می شود و اگر حواله بربری نباشد انتقال طلب ممال علیه

از ممیل به ممتال نیز هست.

نکته ۳) در مواله بربری امکام مواله جاری نخواهد بود و تابع امکام ضمان است.

نکته ۴) مواله عقدی تبعی است و فقط زمانی صادر می‌شود که ممیل مدیون ممتال است.

نکته ۵) در مواله رضای ممیل شرط است.

نکته ۶) دین باید مال و کلی باشد و قابل پرداخت بوسیله شفص دیگری هم باشد.

نکته ۷) مورد مواله باید معلوم باشد و مواله مال به نمو مردد باطل است.

نکته ۸) مورد مواله از میث جنس و اندازه باید نزد دو طرف معلوم باشد و گرنه باعث عزر و بطلان

عقد می‌شود.

نکته ۹) قبل از قبول ممال علیه ممتال و ممیل نمی‌توانند از مفاد مواله عدول کنند.

نکته ۱۰) مواله به تسلیم عین معین در واقع مواله اصطلاحی نیست و تابع روابط طرفین (م ۱۰) یا

تابع قواعد وکالت.

نکته ۱۱) مواله به غیر جنس دین صحیح است و اگر مواله به غیر جنس دین باشد تمام وثایق دین

قبلی زایل می‌شود ولی در مواله به همان دین اختلاف نظر است که آیا وثایق دین قبلی زایل می

شوند یا نه؟

نکته ۱۲) عقد مواله با اراده هر سه طرف عقد قابل اقاله است.

نکته ۱۳) چون مواله عقدی است که برای انتقال دین و طلب و وفای به عهد واقع می‌شود لذا هر

گاه معلوم شود که از اول دینی نبوده است مواله باطل می‌شود.

نکته ۱۴) اگر ممتال ذمه ممیل را بری کند تأثیری در ذمه ممال علیه ندارد چون خود ممال علیه

اصیل است و دین او دین اصلی است نه به نیابت از ممیل مگر آنکه قصد او ابراء اصل دین باشد.

۱۲ - کفالت: عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر امضار شفص ثالثی را

تعهد می‌کند.

نکته ۱) کفالت عقدی غیر معوض و مجانی است.

نکته ۲) کفالت عقدی تبعی است.

نکته ۳) کفالت از جانب کفیل لازم است لذا اوصاف عقد لازم را پیدا می‌کند و با فوت و مبر

مکفول له منحل نمی‌شود.

نکته ۴) کفالت: عقدی مربوط به نفس انسان است نه مال او و قائم به شفص کفیل است و با

موت او تمام می‌شود

نکته ۵) نتیجه مستقیم عقد تعهد به اضرار است و پرداخت دین مکفول نتیجه اجرا نکردن این تعهد است.

نکته ۶) کفالت از وثایق و تضمینات دین است لذا شخص مکفول باید طلبی داشته باشد یا دعوای طلبی را مطرح کند یا محق عمومی بر مکفول ادعا شود.

نکته ۷) عقد کفالت اثر نسبی بین کفیل و مکفول له دارد و برای مکفول ایجاد تعهد نمی‌کند لکن اگر کفالت به در فواست و اذن مکفول باشد مکفول در برابر کفیل مسئول فواهد بود.

نکته ۸) کفالت به رضای کفیل و مکفول له واقع می‌شود و همین دو نفر می‌توانند آن را اقاله کنند.

نکته ۹) اگر کفیل مکفول خود را به موقع حاضر نکند باید از عهده محق که بر عهده مکفول است بر آید (۷۴۰) تعهد کفیل به ادای دین بدل قانونی تعهد اضرار نیست و تعهد جدیدی است که در نتیجه تقصیر از طرف قانون بر او تممیل می‌شود و از میث سبب و موضوع با دین اصلی تفاوت دارد لذا ایراداتی که در مورد تعهد اصلی مکفول بوده است کفیل نمی‌تواند به آنها را استناد کند.

نکته ۱۰) اعسار کفیل هر چند در زمان عقد موجود باشد بی اثر است (بر خلاف ضمان و مواله) و هر چند از مکفول له پوشیده مانده باشد زیرا اولاً مکفول له نیازی به داشتن فیا رفسخ ندارد چون که عقد برای او جایز است.

ثانیاً: موضوع تعهد کفیل اضرار مکفول است نه پرداخت دین (ولی در امور کیفری باید ملائمت کفیل ممرز شود).

نکته ۱۱) در مورد تعدد کفیلان اگر همه یک اضرار را به عهده گرفته باشند در این صورت با یک اضرار همه بری می‌شود ولی اگر هر یک جداگانه اضرار مکفول را بر عهده گرفته باشند و همچنین اضرار مجدد و مکرر مفید باشد باید به این نظر قائل شد که هر یک باید جداگانه مکفول را حاضر کنند بر خلاف ضمان که اگر یک ضامن دین را می‌پرداخت بقیه بری می‌شدند به علت اینکه موضوع تعهد در ضمان منتفی می‌شد.

۱۳ - صلح:

نکته ۱) صلح عقدی است لازم لذا اگر ابراء دین یا اسقاط محق در قالب صلح بیاید نیاز به ایجاب و قبول دارند.

نکته ۲) هر گاه مالی در اثر ورشکستگی یا در جریان اجرائی یا قرار تأمین فواسته بازداشت شده باشد نمی‌تواند مورد صلح قرار گیرد و همچنین مالی که متعلق محق دیگران است مثل عین مرهونه

(بنا به نظری) نمی‌تواند مورد صلح قرار گیرد زیرا که اهلیت تصرف در مورد صلح شرط است.

نکته ۳) باید مورد صلح مالیت داشته باشد و منفعت عقلایی هم داشته باشد.

نکته ۴) صلح ممکن است برای رفع تنازع و دعاوی احتمالی منعقد شود لذا صلح از عقود مساممی است و علم تفضیلی به موضوع آن شرط نیست.

نکته ۵) یکی از انواع صلح که صلح مهاباتی نامیده می‌شود صلمی است که در اثر ناچیز بودن عوض در مقیقت اعطائی است مانند هبه که از طرف مصالح به عمل آمده، ولی ظاهراً محوض می‌باشد.

نکته ۵) مق فیار و مق شفعه که قابل اسقاطند ولی غیر قابل انتقال، می‌توانند با صلح به من علیه المق یا من علیه فیار انتقال یابند ولی مقوقی که غیر قابل اسقاط و غیر قابل انتقالند نمی‌توانند مورد صلح قرار گیرند مثل مق رجوع در طلاق (جمعی).

نکته ۶) صلح دعوا مبتنی بر معامله باطله باطل است (م ۷۶۵) یعنی اول معامله‌ای انجام می‌شود و سپس بر مبنای آن صلمی 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 صمیم است (م ۷۶۵). یعنی معامله‌ای واقع شده و بطلان آن ممرز 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 صمیم نخواهد بود.

نکته ۲) رهن عقدی است عینی یعنی قبض عین مرهونه از شرایط صحت آن است (نکته ۳) عقد رهن از سوی رهن 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 اکتلاف شود مالک 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 رهن 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 صمیع ولی رهن آن باطل است.

نکته ۹) در صورت فساد موضوع (رهن: الف) اموالی که بطور متعارف باقی می ماند باید گفت: که اگر اتفاقاً رو به فساد روند مرتهن می تواند رهن را آگاه کند یا طبق م ۳۰۶ ق. م فروخته شود و ثمن آن به عنوان رهن می ماند. 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 می شود باید: الف) چهره مالی داشته باشد ب) مق 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 فاص باطل و برای اجیر عام صمیع است زیرا در اجیر فاص تعهد قائم به شفص است و در عهد شکنی قائم به شفص ضمانت اجرائی جز فسخ نیست و نمی توان 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 صمیع خواهد بود.

نکته ۱۳) در رهن می توان شرط فیار کرد که در این صورت هم عقد و هم شرط صمیع خواهد بود.
نکته ۱۴) رهن و مرتهن هر دو باید برای معامله اهلیت داشته باشند به نظر دکتر امامی صغیر ممیز و سفیه نیز می توانند مرتهن باشند.

نکته ۱۵) در رهن مال مجبورین دو حالت قابل تصور است:

(۱) از طرف قییم:

الف) مال غیر منقول: اولاً باید با رعایت غبطه مجبور باشد و ثانیاً با تصویب دادستان (م ۱۲۴۱)
ب) اموال منقول: فقط رعایت غبطه و صلاح مجبور از طرف قییم 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 مجبور و صغیر بشود.

نکته ۱۶) در رهن، حق عینی به وجود می‌آید این حق عینی دارای دو اثر است (۱) حق تقدم ایجاد می‌کند و (۲) اینکه حق تعقیب برای مرتهن به وجود می‌آید.

نکته ۱۷) هزینه نگهداری مال مرهونه به رهن است.

۱۵) هبه: عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می‌کند.

نکته ۱) هبه عقدی است تملیکی و مجانی (غیر معوض) هر چند که در آن می‌توان شرط عوض کرد ولی این شرط جنبه اصلی ندارد و تلف از آن موجب فسخ خواهد شد.

نکته ۲) هبه از عقود عینی است یعنی قبض عین موهوبه از شرایط صحت آن است.

نکته ۳) هبه نامه باید به ثبت برسد و اگر چنین نشود در هیچ یک از ادارات دولتی و ممالک پذیرفته نمی‌شود.

نکته ۴) برخی معتقدند که طبق اصل، در مورد هبه باید علم تفصیلی به مورد هبه وجود داشته باشد ولی عده‌ای دیگر علم اجمالی را کافی می‌دانند.

نکته ۵) به جز عین کلی هر مالی که انتقال آن بوسیله بیع صحیح است می‌تواند مورد هبه نیز واقع گردد ولی عین موهوبه باید در مین عقد موجود باشد زیرا مالی را می‌توان تملیک نمود که در مین عقد در خارج موجود باشد لذا مال کلی قابل هبه نیست.

نکته ۶) مال موهونه را با قید حق طلبکار می‌توان به شخص ثالث هبه کرد و نیازی به اجازه مرتهن ندارد ولی قبض آن نیاز به اذن مرتهن دارد.

نکته ۷) واهب باید مالک مالی باشد که هبه می‌کند (م ۷۹۷) البته هبه ممکن است فضولی منعقد شود که در این صورت قدرت بر تسلیم در زمان اجاره شرط صحت است.

نکته ۸) اگر مال مورد هبه مشاع باشد قبض آن نیاز به اذن شرکاء دارد ولی اگر بدون رضایت شرکاء هم به قبض دهد قبض صحیح است و هبه واقع می‌شود زیرا که عدم تصرف در مال شریک یک حکم تکلیفی است و نمی‌تواند اثر حکم وضعی که صحت قبض است را از بین ببرد.

نکته ۹) قبض کلی در معین به تعیین مقدار معین و قبض آن یا قبض تمام آنها به عمل می‌آید.

نکته ۱۰) قبض مورد هبه عبارتست از دادن عین موهوبه به تصرف متهد به نمودی که متمکن از انشاء تصرفات باشد.

نکته ۱۱) فوریت در قبض به شرط صحت نیست.

نکته ۱۲) اگر قبل از قبض متهد مال موهوبه را تلف کند یا سبب تلف آن شود هبه به خاطر

انتفاع موضوع و عدم قبض و وقوع، باطل می‌شود و متهب در مقابل واهب مسئول است.
نکته ۱۳) فرق بین رجوع و فسخ: رجوع به معنی استرداد عین است و در موردی است که عین موهوبه موجود و تخییری در آن حاصل نشده است. بر خلاف فسخ که منحل نمودن و بر هم زدن عقد است مانند اشتراط فیار.

نکته ۱۴) رجوع در هبه عمل مقوقی است با هر عملی که نشانگر رجوع باشد محقق می‌شود لذا اگر بعد از قبض واهب مال موهوبه را بفروشد نشانه رجوع است.

نکته ۱۵) رجوع مکم است نه مق، 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 آورد که واهب از این مکم استفاده نکنند و اگر استفاده کرد مشروط له مق فسخ عقد اصلی را داشته باشد.

نکته ۱۶) در مورد هبه طلب به مدیون اتفاق نظر وجود دارد ولی در هبه طلب به غیر مدیون اختلاف نظر هست دکتر کاتوزیان عقیده دارند که این امکان وجود دارد ولی دکتر امامی معتقدند: دائن نمی‌تواند طلب خود را به شخص ثالث هبه کند زیرا واهب نمی‌تواند آن را به قبض شخص ثالث بدهد و آنچه بعداً مدیون در مقام ایفاء تعهد می‌هد دین نیست بلکه یکی از افراد کلی (دین) است.

نکته ۱۷) اقرار به هبه اقرار به قبض عین موهوبه نمی‌باشد.

نکته ۱۸) اگر متهب به واهب وکالت دهد که خودش قبض کند در این صورت اگر متهب آن را به قصد قبض بفروشد قبض محقق می‌شود و هرگاه کشف شود معامله باطل بوده کشف می‌شود قبض تمقق نیافته است زیرا قصد به تنهایی نمی‌تواند قبض محسوب شود (ولی نظر مخالف دارد).

نکته ۱۹) اگر واهب مدعی شود که متهب پس از رجوع، تخییری در آن داده است اصل تأخر حادث در (۳) حالت اجرا می‌شود:

الف) اگر تاریخ رجوع و تاریخ تخییر در مورد هبه هر دو مجهول باشند مکم به بی‌مقی فواهان (واهب) داده می‌شود.

ب) اگر تاریخ رجوع معلوم ولی تاریخ تخییر در عین موهوبه مجهول باشد مکم بر محکومیت فوانده (متهب) داده می‌شود.

ج) اگر تاریخ رجوع مجهول و تاریخ تخییر معلوم باشد مکم به بی‌مقی فواهان (واهب) داده می‌شود.

تذکره: در بحث عقود معین و مدنی (۷) سعی شده است که نقاط مهم ذکر شود و نقاطی که در متن مواد آمده است در این مجموعه آورده نشده است لذا متون مواد قانونی و این مجموعه

مکمل هم هستند و هر دو باید در کنار هم مطالعه شوند.

مقوق مدنی (۸):

ارث ، وصیت

بفش مدنی ۸ شامل (۳) مبحث (۱) افذ به شفعه (۲) وصیت و (۳) ارث است که ذیلاً بررسی میشوند:

الف) افذ شفعه: هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک مصه فود را به قصد بیع به شفص ثالثی منتقل کند شریک دیگر مق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و مصه مبیعه را تملک کند (م ۸۰۸ ق. م).

(۱) برای تمقق افذ 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 منشاعی باشد یعنی در مال مفروز مق شفعه ایجاد نمی‌شود.

تذکر: ممر و مجرا ۲ قسم از اقسام مقوقی (رتفاقیه هستند اگر دو شریک که در اصل ملک باهم

شریک نیستند ولی یکی مق شرب در ملک دیگری دارد که در این مورد قانون مدنی اشتراک در ممر و

مجرا را موجب ایجاد مق شفعه می‌داند.

ج) شرط دیگر این است که مال باید قابل تقسیم باشد هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیم نباشد مق 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 مق شفعه نداریم زیرا و قدر متیقن از شرکت دو نفر است و در مورد شک اصل عدم است.

ه) مال به عقد بیع به دیگری منتقل شود نه عقد دیگری لذا اگر مال غیر منقول به عقد صلح یا هبه به دیگری منتقل شود در این صورت مق شفعه وجود نخواهد داشت این پنج شرط در قانون مدنی جای تردید نیست ولی شروط دیگری هستند که ممل بمث هستند مثلاً:

الف) مصه 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 مصه خود را بفروشد لذا اگر کسی مالک سه دانگ زمینی است و یک دانگ آن را بفروشد مق شفعه وجود نخواهد داشت زیرا مق 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 مق شفعه به وجود نمی‌آید.

ه) برخی می‌گویند: مق شفعه زمانی بوجود می‌آید که یک شریک مصه خود را به شریک دیگر عرضه نکرده باشد لذا اگر شریکی مصه خود را به شریک دیگر عرضه کند و بگوید (نمی‌فرواهم) مق شفعه بوجود نمی‌آید.

۲) شرایط اعمال مق شفعه:

الف) شفیع باید قدرت بر پرداخت ثمن داشته باشد زیرا مال بدون رضایت مشتری از ملکیت او خارج می‌شود و اگر بدون پرداخت ثمن این کار صورت بگیرد موجب ضرر مشتری خواهد بود.

ب) سیاق کلام قانونگذار در (م ۸۰۸) به گونه‌ای است که اول شفیع باید بدل ثمن را بپردازد و بعداً اخذ به شفعه کند ولی به هر حال محسر بودن شفیع مانع از بوجود آمدن این مق نیست زیرا می‌تواند به طریق استقراض و... اخذ به شفعه نماید.

۳) آیا فیارات مقدم بر اخذ به شفعه اند یا اخذ به شفعه مقدم است؟

الف) برخی مطلقاً فیارات را بر اخذ به شفعه مقدم می‌دانند چون معتقدند که با اعمال فیارات عوضین به صامبان قبل از عقد بر می‌گردد و ضرر منتفی می‌شود.

ب) برقی معتقدند که باید دید کدامیک زودتر ایجاد شده است اگر فیار در ضمن عقد ایجاد شده باشد مثل فیار شرط بر مق شفعه مقدم خواهد بود چرا که مق افذ به شفعه بعد از عقد ایجاد می شود ولی اگر فیار بعداً به وجود آمده باشد مثل فیار عیب افذ به شفعه مقدم است.

۳) اهلیت شفیع:

شفیع برای افذ شفعه یعنی اعمال مق شفعه باید دارای اهلیت باشد زیرا افذ به شفعه را نمی‌تواند مجانی انجام دهد و افذ به شفعه ایقاع است لذا در مواردی که به موجب ایقاع، ایقاع کننده در مالش تصرف می کند این کار مستلزم این است که او اهلیت داشته است (یعنی عاقل و بالغ و رشید باشد)

شفص ممجور دارای مق شفعه است و اگر سرپرست او علی رغم مصلحت از این مق استفاده نکند این مق با استصواب باقی می‌ماند.

در مورد اینکه آیا سفیه و صغیر غیر ممیز اگر شفصاً افذ به شفعه کرده باشد این عمل غیر نافذ است یا باطل؟ دو عقیده وجود دارد:

الف) عده‌ای معتقدند که غیر نافذ بودن فلاف قاعده است لذا مخصوص عقود است که نص داریم و در ایقاعات امر دایر مدار صمت و بطلان است و مالت سومی وجود ندارد.

ب) عده‌ای دیگر قائل بر غیر نافذ بودن این افذ به شفعه هستند و معتقدند که امکان مذکور در موارد ۱۸۳ تا ۳۰۰ قانون مدنی قواعد عمومی تمامی اعمال مقوقی است لذا ایقاع غیر نافذ هم داریم

بفش دوم: وصیت:

وصیت به دو دسته وصیت عهدی و تملیکی تقسیم می‌شوند لذا در این بفش طی دو فصل این دو نوع وصیت را بررسی می‌کنیم. ولی مقدمتاً باید گفت: که در ماهیت مقوقی 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 اتفاذ نکرده است.

فصل اول: وصیت تکمیلی:

وصیت تملیکی عبارتست از اینکه کسی عینی یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوت خودش به دیگری مجاناً تملیک کند. (م ۸۲۶)

هر انشاء مجانی برای بعد از مرگ وصیت است و نیازی به الفاظ خاص نیست قانونگذار میگوید انشاء وصیت در (۲) مال صورت میگیرد:

(الف) در حالت عادی: مالتی است که فطر مرگ عرفاً و عادتاً نزدیک نیست.

(ب) مالت فوق العاده: مالتی است که فطر مرگ عرفاً و عادتاً نزدیک است.

وصیت در مال عادی باید به یکی از سه شکل زیر باشد:

(۱) خود نوشت باشد: یعنی با دست فط خود موصی باشد.

(۲) سری باشد: این است که شفص وصیت نامه خود را نزد مقامات مشخص شده در قانون برده و تمویل دهد.

(۳) رسمی باشد: این است که شفص در دفتر خانه اسناد رسمی مطابق ثبت اسناد وصیت کند.

وصیت الزام آور نیست و موصی هر زمان فواست میتواند از آن عدول کند لذا نیازی به ادعای انکار نیست.

مالت فوق العاده: مثلاً در مورد نظامیان در شرایط خاصی وصیت شفاهی هم صمیم است.

(۲) وصیت فضولی: برخی معتقدند که وصیت فضولی مطلقاً باطل است مطلقاً عده دیگر آن را مطلقاً صمیم می‌دانند.

دکتر کاتوزیان قائل به تفصیل شده اند و معتقدند اگر شفصی به مال دیگری و برای صامب مال وصیت کند وصیت فضولی و غیر نافذ است ولی اگر شفصی به مال دیگری و برای خودش وصیت کند وصیت به مال غیر و باطل است.

(۳) 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 مکی است و صرف رضا کافی است.

قبولی موصی له ممکن است مالات 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 (۱) برفی گفته اند که قبولی اثر ناقلیت دارد و اگر بگوئیم ماهیت وصیت عقد تملیکی است این قول صمیع است زیرا عقد مداخل دو رکن دار و تا قبول صورت نگیرد ارکان عقد جمع نمی‌شود و بعد از قبولی است که ارکان عقد جمع می‌شود و اثر می‌گذارد.

قول (۲) 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 (۳) عده‌ای دیگر معتقدند که موصی با فوت موصی داخل در ملکیت موصی له می‌شود منتهی به نموه تزلزل و قبولی به آن استقرار می‌بخشد.

قول (۴) قبض در وصیت همچون سایر عقود مجانی از شرایط صحت می‌دانند مثل وقف و مق ائفاع و هبه (که این قول را قانونی مدنی شرط نمی‌داند) البته باید متذکر شد، در جائی که موصی لهم ممدود 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 متی قبولی ماکم بر فلاف وقف در وصیت لازم نیست که در این مورد وصیت ایقاع می‌شود.

در قبولی بعد از فوت چند حالت وجود دارد؟

الف) گاهی قبل از موت قبول کرده بعد از موت هم قبول می‌کند که قبول دوم تأکیدی است

ب) گاهی قبل از موت وصیت را نه قبول کرده نه رد که یا اطلاع نداشته و یا اطلاع داشته و مسکوت گذارده است و بعد از موت قبول می‌کند که در این صورت وصیت محقق می‌شود.

ج) گاهی قبل از موت وصیت را یک یا چندین بار رد کرده است و یا چندین بار قبول و رد کرده است و اگر بعد از موت آن را قبول کند وصیت محقق می‌شود زیرا قانون مدنی می‌گوید (قبول یا رد بعد از موت معتبر است).

د) اگر قبل از موت موصی وصیت را رد کند در این حالت بعد از موت می‌تواند آن را قبول کند.

ن) اگر بعد از موت هم رد کند که چند حالت است:

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

(۲) اینکه قبل از موت قبول کرده و بعد از موت رد می‌کند که در این حالت اگر موصی به را قبض کرده باشد رد بعد از موت اثر ندارد.

(۳) قبل از موت قبول کرده است ولی موصی به را قبض نکرده و در اولین اعلام اراده بعد از فوت

اعلام رد می‌کند که وصیت نسبت به او مردود می‌شود.

۱۴) 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 مقوقی باشد، در این صورت اگر برای اشخاص مقوقی مقوق فصوصی باشد قبول نماینده بر اساس اساسنامه آن شرط است ولی اگر برای اشخاص مقوقی مقوق عمومی باشد قبولی لازم نیست.

نکته ۱۳) طبق نظر قانون مدنی قبض در وصیت شرط صحت نیست و فقط (مانع رد) است.

۱۴) عدم جواز تصرف ورثه در موصی به:

الف) اگر موصی به مورد قبول موصی له باشد که مال اوست و تصرف ورثه در موصی به تصرف در مال غیر است و موجب ضمان می‌شود.

ب) اگر موصی له هنوز اعلام قبولی نکرده و وضعیت بلا تکلیف است در این حالت هم اگر موصی له قبول کند او در تملیک موصی به مقدم است لذا مال متعلق به اوست باز ورثه حق دخل و تصرف در آن را ندارند منتهی اگر این وضعیت بلا تکلیفی موجب ضرر ورثه شود می‌توانند الزام موصی له به اعلام قبولی یا رد را از دادگاه بخواهند.

۵) در موصی: موصی شخصی است که وصیت می‌کند که باید بالغ و عاقل و رشید باشد لذا صغیر غیر ممیز نمی‌تواند وصیت کند و صغیر ممیز هم با اجازه ولی یا قیم می‌تواند وصیت کند البته برفی معتقدند که اجازه یا رد وصیت از اختیارات سرپرست او خارج است لذا وصیت او باطل است. همچون ادواری در زمان افاقه می‌تواند وصیت کند ولی افاقه او باید در زمان انشاء وصیت امراز شود

سفییه می‌تواند برای امور غیر مالی فود وصیت کند ولی در امور مالی برفی قائل بر عدم نفوذ وعده‌ای دیگر قائل به بطلان هستند.

۶) در موصی له:

موصی له باید اهلیت تمتع داشته باشد ولی اهلیت استیقاء شرط نیست لذا می‌توان برای ممل به شرط اینکه زنده متولد شود وصیت کرد. در صورتی که در شفص موصی له اشتباهی رخ دهد در موصی لهم محصور چون شفصیت آنها علت عمده است وصیت باطل خواهد بود.

برفی قتل را از موانع تملک موصی به توسط موصیله می‌دانند ولی این نظر در بین مقوقدانان

پندان جایگاهی ندارد

(۷) در موصی به:

موصی به طبق م ۸۲۶ می‌تواند عین یا منفعت باشد لذا هر چیزی که مالیت داشته باشد می‌تواند مورد وصیت قرار گیرد. البته موصی به ممکن است حق مالی باشد البته مقوقی که قابل انتقال هستند و یا موصی به ممکن است ابراء ذمه مدیون باشد وصیت برابر با ظاهراً نیاز به قبول ندارد و به ممض فوت موصی مدیون بری الذمه می‌شود البته به شرطی که رعایت ثلث ترک شده باشد.

وصیت ممکن است فک ملک باشد این اصطلاحی است که در میان فقها است و آنجائی است که موصی به به ملکیت شفص یا اشخاصی خاص در نمی‌آید همچنین به ورثه و موصی لهم منتقل نمی‌شود مثلاً موصی بگوید من فلان ملک را برای فقرا وصیت کردم.

سن) آیا مفلس و ورشکسته می‌تواند وصیت کند؟ برفی آن را بلا اشکال می‌دانند برای اینکه ممنوعیت مفلس و ورشکسته در تصرف در اموالش بر لهما 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 ثیقه 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 ممجور مطلقاً (صغیر ممیزو غیر ممیز و سفیه و مجنون) نمی‌تواند مازاد بر ثلث را اجازه دهند.

بفش دوم: وصیت عهدی: وصیت عهدی عبارتست از از اینکه شفصی یک یا چند نفر را برای انجام اموری یا تصرفات دیگر مأمور می‌نماید.

در این نوع وصیت چند شرط است:

الف) برای بعد از مرگ: که فرقیش با وکالت همین است. زیرا وکالت نایب قرار دادن در زمان میات و وصایت نایب قرار دادن برای بعد از مرگ است.

ب) برای امر یا اموری دیگر مأمور می‌کند لذا تملیک مال در آن وجود ندارد.

ا) ق. م می‌گوید: وصی می‌تواند در زمان میات موصی وصیت را رد کند اما بعد از آن حق رد ندارد این نشان می‌دهد که وصایت یک (ایقاع معلق مشروط) است.

الف) معلق است: چون وصی زمانی سمت پیدا می‌کند که موصی فوت کند.

ب) مشروط است: مشروط است به عدم رد در زمان میات موصی، لذا اگر موصی در زمان میات 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 پردازد.

۲) در وصی: وصی باید دارای شرایطی باشد: در مورد وصیت بر ثلث موصی می‌تواند هر کس را قرار دهد چه مرد باشد و چه زن ولی در مورد صغار و با لغینی که مبرشان متصل بر صغر است، هر کدام پدر یا جد پدری می‌توانند وصی قرار دهد.

وصی باید بالغ و عاقل و رشید باشد و آنچه از ماده ۸۵۶ ق. م بر می‌آید نمی‌توان صغیر و مجنون و سفیه را وصی قرار داد. البته قانون مدنی می‌گوید که می‌توان در کنار بالغی صغیری را وصی قرار داد که غیر مجبور به انجام امور وصایت پردازد تا مجبور از مجر خارج شود. صفت دیگر اینکه وصی باید مسلمان باشد در صورتی که مولی علیه مسلمان باشد که قانون مدنی این نظر را قبول کرده است.

برخی عدالت را شرط وصایت می‌دانند ولی قانون مدنی این شرط را به صراحت اعلام نکرده است. نکته) این شرایط باید (زمانی که وصی سمت پیدا می‌کند) موجود باشد و آن بعد از مرگ موصی است.

۳) وظایف اوصیاء متعدد: اگر موصی چند نفر را وصی قرار دهد اصولاً اوصیاء باید مجتمعاً عمل کنند مگر خود وصی تصریح به استقلال کرده باشد.

مال اگر تصریح به استقلال نکند هر کدام که تصرفات مادی انجام دهد معتبر خواهد بود و در تصرفات حقوقی هر کدام زودتر عمل کنند معتبر خواهد بود.

اگر چند نفر وصی باشند به نحو استقلال هر یک از آنها فوت کنند دیگران می‌توانند مستقلاً عمل کنند.

ولی اگر شرط استقلال نشده باشد ماکم ضم وصی قضایی می‌کند.

نکته) وصی نسبت به اموالی که در اختیار دارد امین است و ضامن نیست مگر در صورت تعدی و تفریط.

بخش سوم ارث:

دو امر موجب می‌شود که شخص از دیگری ارث ببرد نسب و سبب، البته در فقه دو علت دیگر هم برای ارث داریم که عبارتند از ضمان جدید و ولاء عتق.

۱) اشخاصی که به موجب نسبت ارث می‌برند سه طبقه اند: که در دو خط بررسی می‌شود

۱) صعودی: کسانی که شخص از آنها متولد شده اند مثل پدر و مادر نسبت به خط مستقیم

۲) نزولی: خویشاوندی بین ۲ نفر که بوسیله ولادت از یک نفر بوجود آمده اند مثل اولاد و اولاد اولاد و ...

ب) اقربای فط اطراف: که فویشاوندی آنها به جامع نسب می‌رسد در قرابت به فط اطراف در امتساب 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 محقق وارث است. به شرطی که بنده وارث نسبی نداشته باشد و اگر ضمان جریزه را از خود سلب نکند و عصبه‌ای برای بنده آزاد شده نباشد محقق عاقله است و مسئول دیه فطایی او می‌باشد و در مقابل آن در صورت نبود و ارث فواهد برد.

تعریف عقد ضمان جریزه: قرار دادی است که در ضمن آن طرفین ملزم می‌شوند که از یکدیگر حمایت کنند و به هم کمک رسانند و هر یک عاقله دیگری باشند و هر یک از دیگری ارث ببرند.

البته در صورتی که هیچ وارثی نباشد امر ترکه متوفی راجع به مالک است که طبق م ۳۳۵ ق. ۱ چ به فزانه دولت ریفته می‌شود

شرایط تمقق ارث:

۲) ارث به موت حقیقی یا موت فرضی تمقق پیدا می‌کند: و به ممض فوت، ترکه وارد در ملکیت ورثه می‌شود ولی این ملکیت متزلزل است و پس از اداء دیون و مقوقی که برتر است و همچنین افراج وصیت مستقر فواهد 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 مادته‌ای که آن دو در ضمن آن مرده اند باید مادته و امدی باشد).

شرط دوم: میات وارث مین الفوت موت است: لذا کسانی ارث می‌برند که موجود باشند و اگر مملی باشد در صورتی ارث می‌برند که نطفه او مین 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 مقوق مالی و... که همه اینها به ورثه منتقل می‌شود.

(۳) ممل و تقسیم ترکه:

اگر ممل جزء وراثت باشد در بعضی موارد تقسیم ترکه مجاز نیست و در بعضی موارد تقسیم ما ترک مجاز است.

الف) اگر ممل زنده متولد شود مانع از ارث بردن تمام یا برقی از فویشان فواهد شد. که در این صورت تا تولد وی باید دست نگه داشت.

ب) در بعضی موارد زنده متولد شدن ممل مانع از وراثت هیچ یک از ورثه نیست در این صورت سایر وارث می‌توانند تقاضای تقسیم کنند ولی ق. م گفته که باید مصدای معادل سهم دو پسر از همان طبقه و درجه کنار گذاشته شود تا وضعیت ممل مشخص شود.

۴) موانع ارث: موانع را می‌توان در ۵ دسته بررسی کرد؛ که قانونگذار ۴ مورد را صریحاً بیان کرده است:

۱) قتل (۲) کفر (۳) لعان (۴) ولادت ناشی از زنا

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

در فصوص قتل م ۸۸۰ و ۸۸۱ اشعار می‌دارد که (اگر کسی مورث خود را عمداً بکشد در این صورت قاتل از مقتول ارث نمی‌برد)

با توجه به این موارد، در صورتی قتل مانع ارث فواهد بود که شروط ذیل جمع باشند و هر گاه متی اگر یکی از این شروط موجود نباشد در این صورت قتل مانع ارث فواهد بود.

شرط ۲) قاتل باید مورث خود را بکشد لذا اگر ما جب خود را بکشد از موانع ارث فواهد بود.

شرط ۲) قتل باید عمدی باشد لذا اگر قتل شبهه عمد یا فطایی باشد قاتل از مقتول ارث می‌برد ولی مشهور گفته اند که از تمام ما ترک به غیر از دیه ارث فواهد برد.

شرط ۳) فقط قاتل در قتل عمد از مقتول ارث فواهد برد لذا فرزندان قاتل اگر نوبت به ارث بردن آنها برسد از مقتول ارث فواهد برد.

شرط ۴) قتل باید به مباشرت باشد نه به تبسیب البته برقی قتل به تبسیب را هم از موانع ارث می‌دانند (ولی معاونت در قتل مانع ارث فواهد 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 مالیکه 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 ومدت 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) ومدانیت فدا (۲) اعتقاد به نبوت پیامبر (۳) اعتقاد به معاد

(۶) در ترکه و دیون متوفی:

ارث یکی از اسباب قهری تملک است که در اثر موت قهراً اموال متوفی منحصراً به ورثه منتقل میشود و متی وجود دین و یا وصیت هم مانع انتقال قهری نیست.

البته ورثه می‌توانند ترکه را رد کنند که طبق قانون امور مسبی مهلت ۳۰ روزه‌ای بعد از فوت مورث به آنها داده شده است.

نکته ۱) با فوت: دیون متوفی مال می‌شود ولی طلبهای وی مال نمی‌گردد.

نکته ۲) مقوق و دیونی که به ترکه میت قرار می‌گیرد قبل از تملک ترکه توسط وراثت باید اداء شود.

نکته ۳) در مورد مال شدن دیون یک استثناء وجود دارد که آن مال الاجاره است که طبق بند ۳ م ۵۰۵ مال 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) دهم چیزی که کم می‌شود هزینه نگهداری ترکه است

ج) در نوبت سوم به طلبکاران می‌رسیم یعنی دیونی که فرد در برابر اشخاص دارد که اول طلب

طلبکارانی داده می‌شود که وثیقه عینی دارند مثل مرتهن

و سپس طلبکاران عادی قرار دارند

د) در طبقه چهارم: نفقه زن مطابق ۱۲۰۶ ق. م و مهریه زن تا میزان ده هزار ریال قرار دارد.

ن) در طبقه پنجم: اشخاصی هستند که طلبشان را در چهار طبقه فوق نگرفته اند

۸) برای وراثت باید متقاضی موجود و مانع مفقود باشد ولی این گفته به این معنی نیست که

همه اقربای میت از وی ارث می‌برند بلکه بعضی مانع از ارث بردن بعضی دیگر می‌شوند (مجب

مرمانی) و برفی دیگر موجب می‌شوند که فرض ورثه از اعلی به ادنی تنزل پیدا کند (مجب نقصانی)

پس مجب دو نوع است:

الف) مجب مردمانی: حالت وارثی است که به لحاظ بودن وراثت دیگر از کل ارث محروم می‌شود. مثلاً

وقتی اولاد و فرزند بلا واسطه باشند فرزند با واسطه ارث نمی‌برد.

ب) مجب نقصانی: حالت وارثی است که به جهت بودن وراثت دیگر فرضش از اعلی به ادنی تبدیل

می‌شود.

برای دانستن مجب مرمانی باید طبقات ارث را بدانیم.

ورثه به ۳ طبقه تقسیم می‌شوند:

الف) پدر و مادر و فرزندان (یا فرزند بلا واسطه) و فرزندان آنها.

ب) جد و جده ابی و امی متوفی و جد و جده ابی و امی پدر و مادر متوفی و برادران و فواهران و اولاد آنها.

ج) اعمام و عمات و افوال و خالات ابوینی و ابی و امی و فرزندان آنها.

در ارث طبقات مختلف با توجه به اینکه طرح پگونگی تقسیم ارث بمثی مفصل را می‌طلبد و در ضمن در کارشناسی ارشد هم مفید فایده نیست لذا ما فقط به ذکر نکاتی که ممکن است درباره تقسیم ارث مورد سوال واقع شوند می‌پردازیم:

۱) میان پدر و مادر متوفی مجب مرمانی مصداق ندارد.

۲) میان فرزندان متوفی و اولاد آنها مجب مرمانی وجود دارد.

۳) هرگاه ورثه طبقه اول باشد نوبت ارث به ارث طبقه دوم نمی‌رسد.

۴) برادران و فواهران ابوینی در طبقه دوم مجب مرمانی برادران و فواهران ابی هستند. ولی هیچ یک از مجب کلاله ابی نیستند.

۵) ورثه طبقه اول و یا ورثه طبقه دوم مجب مرمانی وراث طبقه سوم هستند

۶) در طبقه سوم، ارث تا زمانی است که عرف بگوید رابطه فویشاوندی وجود دارد.

۷) در طبقه سوم هم مجب مرمانی وجود دارد:

تذکر ۱) عمو و عمه فواه ابوینی و فواه ابی یا امی باشند را متقربین به پدر می‌گویند.

تذکر ۲) افوال و خالات فواه ابی و ابوینی و امی را متقربین به مادر می‌گویند.

۸) در میان متقربین به پدر ابوینی‌ها ابی‌ها را از ارث محروم می‌کنند و در متقربین به مادر نیز

ابوینی‌ها ابی‌ها را از ارث محروم می‌کنند ولی متقرب ابوینی‌ها به پدر مثل اعمام متقربین ابی به مادر (مثل فاله ابی) را از ارث محروم نمی‌کنند.

۹) اگر وارثی از طبقه سوم در درجه اول باشد نوبت به درجه دوم نمی‌رسد مگر یک حالت استثناء و

آن اینکه وراث طبقه سوم در درجه اول (منمصر) به عموی ابی باشد و درجه دوم از طبقه سوم

(منمصر) به پسر عموی ابوینی باشد که در این صورت پسر عموی ابوینی عموی ابی را از ارث محروم

می‌کند.

مجموعه تست

مدنی(۱)

۱) مقوق شخصیت عبارتست از: (سراسری ۸۲)

الف) مجموع مقررات ماکم بر شخصیت مقوقی.

ب) مجموع مقوقی که فرد واجد شرایط دارا می‌شود.

* ج) مقوقی که هر شخص صرف نظر از موقعیت اجتماعی خود دارا می‌شود و خارج از دارایی قرار می‌گیرد.

د) مقوقی که هر شخص با توجه به موقعیت اجتماعی خود در جامعه دارا می‌شود و جزء دارایی است.

۲) نام خانوادگی طفلی که در چهار چوب قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست تمت سرپرستی زن و شوهری قرار می‌گیرد. (سراسری ۷۴)

* الف) به نام خانوادگی زوج سرپرست تخییر می‌یابد

ب) غیر قابل تخییر است

ج) به نام خانواده‌گی (وجه سرپرست تخییر می‌یابد

د) به نظر دادگاه تعیین می‌شود

۳) چه کسانی از اشخاص زیر نمی‌توانند فواستار صدور مکم فوت فرضی غایب شوند (سراسری

(۷۷)

* ب) موصی له

الف) طلبکاران غایب

د) وصی

ج) ورثه غایب

۲۰۲۴-۱۴-) اگر صغیر ممیزبودن اجازه ولی یا قیم فود هبه‌ای را قبول کند سرنوشت پنین عقدی

چه فواهد بود (سراسری ۷۶)

ب) صمیع است *

الف) باطل است

د) غیر قابل فسخ است

ج) غیر نافذ است

۱۴) کدام عمل مقوقی به هنگامی که توسط یک سفیه انجام گرفته باشد صمیع است؟ (سراسری

(۸۱)

ب) اجازه

الف) بیع

د) تملکات بلا عوض

ج) معاوضه

۵) فروش مال مولی علیه توسط قیم به فود... (سراسری ۷۹)

ب) غیر نافذ است

الف) باطل است *

د) صمیع است با اجازه دادستان

ج) قابل فسخ است

۶) رفع مجر از صغیر در امور مالی منوط است به: (سراسری ۷۴)

ب) تمقق بلوغ و رشد *

الف) امر از رشد به وسیله دادگاه

د) رسیدن صغیر به ۱۸ سال تمام

ج) رسیدن صغیر به بلوغ

- ۹) صغیر ممیز صلح بلا عوضی را که قبلاً قبول کرده است با مصالح اقاله نموده است این اقاله چه وضعیتی دارد؟ (آزاد۱)
- الف) اقاله صحیح است
ب) اقاله باطل است
ج) اقاله غیر نافذ است و باید از طرف ولی یا قیم تنفیذ شود *
د) از جانب ولی یا قیم قابل ابطال است

مدنی ۲:

- ۱) تقسیم بندی اموال به منقول شامل کدام دسته از اموال می‌شود؟ (سراسری ۷۴)
- الف) قیمی
ب) فقط مادی
ج) فقط غیر مادی
د) همه آنها *
- ۲) کدامیک از اموال زیر غیر منقول یا در مکم غیر منقول نیست؟ (سراسری ۷۳)
- الف) لوله‌های آب سافتمان
ب) پرده پنجره سافتمان *
ج) درخت کاشته شده
د) میوه موجود در روی درخت
- ۳) حق انتفاع از اموال منقول چه نوع مالی است؟ (سراسری ۷۶)
- الف) غیر منقول تبعی است *
ب) غیر منقول مکمی است
ج) مال منقول است
د) مال غیر منقول بر اثر عمل انسان است

- ۴) کدامیک از دعوی زیر تابع غیر منقول است؟ (سراسری ۸۲)
- الف) دعوی راجع به دین ناشی از صلح مال غیر منقول
ب) دعوی راجع به اجرت المثل مال غیر منقول *
ج) دعوی راجع به ثمن در بیع مال غیر منقول
د) دعوی راجع به اجرت المسمی مال الاجاره مال غیر منقول

۵) ماهی‌های موجود در دریا...؟ (سراسری ۷۳)

- الف) ملک است و مال نیست
ب) هم مال است هم ملک
ج) نه مال است نه ملک
د) مال است و ملک نیست *

۶) در عقد موجد مق انتفاع قبض چه نقشی دارد؟ (سراسری ۷۲)

- الف) شرط لزوم است
ب) شرط صحت است *
ج) موجب انتقال ضمان معاوضی می‌گردد
د) اثری ندارد

۷) کدام عقد عینی است؟ (تعهدات سراسری ۷۵)

- ۱) اجاره
۲) بیع
۳) وقف *
۴) معاوضه
۸) اگر متولی نسبت به موقوفه مرتکب خیانت شود... (سراسری ۷۶)

- الف) ماکم به درفواست واقف مکم عزل او را صادر می‌کند
ب) ماکم او را عزل می‌کند
ج) ماکم ضم امین می‌کند *
د) منعزل می‌شود

۹) وقف بر نفس چه حکمی دارد؟ (سراسری ۷۹)

- ۱) صحیح است
۲) باطل است *
۳) قابل فسخ است
۴) غیر نافذ است

۱۰) در صورتیکه منتفع از مال موضوع انتفاء سوء استفاده کند؟ (سراسری ۷۸)

- ۱) مق انتفاع زایل می‌شود
۲) مق انتفاع باطل می‌شود
۳) فقط ضامن خسارت وارده به مالک است *
۴) مالک اختیار فسخ مق انتفاع را دارد

مدنی ۳:

(۱) اشتباه در کدامیک از موارد زیر عقد را باطل نمی‌کند؟ (سراسری ۷۳)

(۱) کمیت مورد عقد

(۲) وصف مهم عقد

(۳) جهت عقد

(۴) شخصیت طرف معامله در صورتی که علت عمده عقد باشد *

(۲) چنانچه پس از معامله معلوم شود که در مین عقد متعهد قدرت بر تسلیم مورد تعهد را داشته ولی متعاملین به هنگام انعقاد عقد به این امر جاهل بوده و بر این باور بوده اند که متعهد قدرت بر تسلیم ندارد عقد مزبور چه حکمی دارد؟ (سراسری ۸۱)

(۱) باطل است *

(۲) غیر نافذ است

(۳) به وسیله متعهد له قابل فسخ است

(۴) چون در واقع متعهد قدرت بر تسلیم را داشته عقد صمیح و غیر قابل فسخ است

(۳) اشتباه در وصف اساسی همسر... (سراسری ۸۰)

(۱) اگر شرط شده باشد عقد نکاح را باطل می‌گرداند

(۲) اگر شرط شده باشد عقد نکاح را غیر نافذ می‌کند

(۳) متی اگر شرط شده باشد تأثیری بر سرنوشت عقد نکاح ندارد

(۴) متی اگر شرط شده باشد موجب فسخ است نه بطلان *

(۴) به چه دلیل ضمان یکی از چند دین به نحو تردید موجب بطلان است؟ (سراسری ۷۴)

(۱) مجهول بودن مورد عقد ضمان

۲) به جهت عدم رضایت مضمون له

۳) به جهت نامعلوم بودن میزان مسئولیت ضامن

۴) به جهت نا معین بودن موضوع عقد *

۵) در کدام عقد به مفاد آن ملتزم نمی‌باشند؟ (سراسری ۷۴)

۱) عقد جایز چون هر یک از طرفین می‌توانند آن را فسخ کنند

۲) عقد فیاری

۳) عقد ملزم

۴) هیچ عقدی نیست که طرفین نسبت به مفاد آن ملتزم نباشند *

۶) کدام یک از موارد زیر را نمی‌توان مصداق واقعه مقوقی دانست؟ (سراسری ۸۲)

۲) اعراض *

۱) اتلاف عمدی

۴) غضب مال غیر

۳) تولد و مرگ

۷) بر طبق تعریفی که ماده ۱۸۳ قانون مدنی از عقد به دست می‌دهد عقد آن عمل مقوقی دو

جانبه است که تنها:

۱) ایجاد تعهد می‌کند * (سراسری ۸۰)

۲) باعث ایجاد شفعیت مقوقی می‌گردد

۳) در تعهد موجود تغییر ایجاد می‌کند و یا اینکه آنها اسقاط می‌کند

۴) موجب تملیک یک مال و یا استقرار حق انتفاع یا حق ارتفاع نسبت به آن می‌شود

۸) بر طبق قانون مدنی عقد معلق عقدی است که در آن (سراسری ۸۲)

۱) انشاء عقد بر مسب قصد موقوف به امر دیگری باشد

۲) اثر عقد بر مسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد *

۳) انعقاد عقد بر مسب قصد موقوف به امر دیگری باشد

۴) انشاء عقد و اثر آن بر مسب قصد موقوف به امر دیگری باشد

۹) شرط فاسخ شرطی است که در صورت تمقق آن (سراسری ۷۸)

۱) برای مشروط له مق فسخ ایجاد می‌شود

۲) عقد فود به فود منفسخ می‌شود *

۳) شخص ثالثی که مورد توافق طرفین باشد می‌تواند عقد را فسخ کند

۴) نوعی فسخ قضایی است که فقط قاضی مکم به فسخ می‌دهد

۱۰) عقد ممقق می‌شود با: (سراسری ۷۳)

۲) رضای طرفین

۱) قصد طرفین *

۴) قصد و رضا و اهلیت طرفین

۳) قصد و رضای طرفین

مدنی ۴:

۱) کدام یک از اشخاص نامبرده در ذیل در مکم غاصب است (سراسری ۸۱)

۱) کسی که به قصد تفرج وارد باغ متعلق به غیر شده است

۲) کسی که مالی به عاریه در دست او بوده و منکر وجود آن مال نزد فویش گردیده است *

۳) وارث منمصری که پیش از اداء دیون شخص متوفی ترکه را به تصرف فود در آورده است

۴) شخصی که مالک را از تصرف در مال فود مانع شده بی آنکه فویشتن بر آن مال تسلط پیدا

کرده باشد

۲) در صورت تلف مال قیمی مخصوب در ید غاصب شخص افیر: (سراسری ۷۲)

۲) ضامن قیمت هنگام تلف است

۱) ضامن قیمت مین الغصب است

۴) ضامن بالاترین قیمت است

۳) ضامن قیمت زمان اداء است *

۳) متلف مال غیر: (سراسری ۷۳)

۱) اگر عمداً تلف نکرده باشد مسئول نیست

۲) اگر عمداً یا بر اثر بی احتیاطی تلف نکرده باشد مسئول نیست

۳) اگر بر اثر بی احتیاطی تلف نکرده باشد مسئول نیست

۴) مطلقاً مسئول است

۱۴) در صورتی که با استمداد شفصی شخص دیگر عملی را که عرفاً اجرتی ندارد برای او انجام دهد. .
(سراسری ۷۴)

۱) در هر حال مستحق اجرت است

۲) مطلقاً استمقاق اجرت را ندارد

۳) اگر استفاده کننده میل به دادن اجرت داشته باشد عامل مستحق اجرت است

۴) اگر عامل به خود وعده دریافت اجرت داده باشد مستحق اجرت است

۵) در حقوق ایران بر طبق قانون مسئولیت مدنی علی الاصول مسئولیت بر مبنای نظریه... استوار است.

۱) تضمین

۲) تقصیر *

۳) فطر در برابر انتفاع مادی

۴) فطر در برابر هر گونه انتفاع

۶) جبران فسارت ناشی از اعمال کارمندان دولت که به مناسبت انجام دادن وظیفه صورت می‌پذیرد به عهده کیست؟

۱) جبران فسارت در هر حال به عهده دولت است

۲) جبران فسارت در هر حال به عهده کارمند است.

۳) دولت و کارمندان آن از بابت انجام وظیفه خود فسارت نمی‌پردازند.

۴) فسارت ناشی از عمد یا بی‌احتیاطی به عهده کارمند است و فسارت ناشی از نقص وسایل

اوارات به عهده دولت

۷) در تصادف هر دو راننده مقصرند و فساراتی به بار می‌آید طبق آخرین موازین، توزیع مسئولیت چگونه انجام می‌شود؟ (سراسری ۸۰)

۱) تمام فسارت به نسبت درجه تقصیر بین آن دو تقسیم می‌شود

۲) تمام فسارات را کسی می‌پردازد که تقصیر بیشتری را مرتکب شده است

۳) هر کدام نیمی از فسارت طرف مقابل را می‌پردازد *

۴) هر کدام تمام فسارت طرف مقابل را می‌پردازد

۸) مسئولیت پیش بینی شده در قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسیله نقلیه

موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مسئولیتی... (سراسری ۷۶)

(۱) قراردادی است

(۲) مبتنی بر تقصیر است که زیان دیده باید ارتکاب تقصیر را به اثبات برساند

(۳) مبتنی بر تقصیر است ولی مقنن تقصیر دارنده را مفروض انگاشته است

(۴) نوعی است *

(۹) کدامیک از موارد زیر از شرایط ضرر قابل جبران نمی‌باشد؟ (سراسری ۸۰)

(۱) احتمالی بودن ضرر *

(۲) مشخص بودن ضرر

(۳) قبلاً جبران نشدن ضرر

(۴) مشروع بودن مطالبه فسارت

(۱۰) در مسئولیت قرار دادی کدامیک از فسارات زیر قابل مطالبه نمی‌باشد؟ (سراسری ۸۵)

(۱) فسارات ناشی از تلف مال

(۲) فسارت از فسارت *

(۳) فسارت معنوی

(۴) فسارت ناشی از فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است

مدنی ۵:

(۱) نکاح با دفتر فواهر زن بدون اجازه زن... است (سراسری ۸۱)

(۱) باطل است

(۲) غیر نافذ است *

(۳) قابل فسخ

(۴) صمیع

(۲) هر گاه در نکاح شرط فیار شده باشد شرط... و نکاح... است (سراسری ۸۰)

(۱) باطل - باطل

(۲) باطل - صمیع *

(۳) باطل - غیر نافذ

(۴) صمیع - صمیع

(۳) اگر نکاح دائم مهریه تعیین نشود: (سراسری ۷۲)

- (۱) نکاح باطل است
- (۲) نکاح غیر نافذ است
- (۳) نکاح صمیع و غیر قابل فسخ است * (۴) نکاح صمیع و قابل فسخ است
- (۴) در چه صورت زن بعد از انعقاد عقد ازدواج مستحق تمام یا بخشی از مهر نخواهد بود؟ هر گاه..

..

- (۱) در عقد نکاح دائم مهریه تعیین نشود و زن قبل از نزدیکی فوت کند * (سراسری ۷۷)
- (۲) طرفین بر عدم مهر توافق کرده باشند و عقد به طلاق انجامد
- (۳) در عقد نکاح منقطع بمثی از مهر در عقد نشده باشد
- (۴) مهری که در عقد تعیین شده مستحق للغیر در آید

(۶) کدامیک از عبارتهای زیر درباره جنون صمیع نیست. (سراسری ۸۱)

- (۱) جنون در زن هر گاه بعد از عقد هم حادث شود موجب مق فسخ برای مرد خواهد بود *
- (۲) جنون در مرد هر گاه بعد از عقد هم حادث شود موجب مق فسخ برای زن خواهد بود.
- (۳) جنون زن به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای مرد موجب مق فسخ است
- (۴) جنون مرد به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای زن موجب مق فسخ است

(۷) عده فوت در مورد زن حامل چه میزان است (سراسری ۷۹)

- (۱) در هر حال چهار ماه و ده روز
- (۲) در هر حال تا روز وضع حمل است
- (۳) عده زن حامل کمترین مدت میان وضع حمل و چهار ماه و ده روز است
- (۴) چهار ماه و ده روز مگر اینکه مدت حمل بیش از چهار ماه و ده روز از تاریخ فوت باشد که در این صورت تا وضع حمل است *

(۸) کدام عبارت صمیع است. (سراسری ۸۱)

- (۱) هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد صغیر فود ولایت دارد *
- (۲) جد پدری فقط هنگامی می تواند اعمال ولایت کند که پدر فوت کرده باشد
- (۳) هر یک از پدر و جد پدری می تواند با میات دیگری برای مولی علیه فود وصی معین کند
- (۴) جد پدری فقط هنگامی می تواند اعمال ولایت کند که پدر ممجور، یا به علتی ممنوع از تصرف در

اموال مولى عليه گرده باشد

۹) اگر يك نفر كه مستحق نفقه است پدر و مادر و اولاد بلا فصل داشته باشد نفقه او به عهدۀ كيست؟ (سراسرى ۷۶)

۱) پدر و مادر و اولاد به تساوى پرداخت مى‌كنند ۲) پدر و مادر بايد متضامناً بپردازند

۳) پدر و اولاد بايد نفقه را بپردازند * ۴) همگى بايد به نسبت سهم الارث خود را پرداخت كنند

۱۰) كدام يك از اشخاص ذيل در زمره اوليائى فاص طفل نمى‌باشند؟ (سراسرى ۸۱)

۱) پدر طفل ۲) قيم طفل *

۳) جد پدرى طفل ۴) وصى منصوب از طرف پدر يا جد پدرى طفل

مدنی ۶:

- (۱) اگر موضوع تعهد عین کلی باشد و فردی که متعهد داده است معیوب در آید: (سراسری ۷۷)
- (۱) متعهد له بین فسخ و مطالبه ارضش مخیر است
- (۲) متعهدله فقط می‌تواند مطالبه ارضش کند
- (۳) متعهد له می‌تواند معامله را به لحاظ فیار عیب فسخ کند
- (۴) متعهد له می‌تواند الزام را به تمویل فرد دیگری از موضوع تعهد بفواهد

(۲) اجاره سهم مشاع بدون اذن شریک دیگر (سراسری ۷۲)

- (۱) باطل است
- (۲) نافذ است *
- (۳) غیر نافذ است
- (۴) قابل فسخ است

(۳) هر گاه بعض عین مستأجره در مدت اجاره تلف شود عقد اجاره نسبت به... (سراسری ۷۸)

- (۱) کل منفسخ می‌شود
- (۲) کل قابل فسخ می‌گردد
- (۳) بعض صمیع و غیر قابل فسخ و نسبت به بعض دیگر قابل فسخ می‌گردد
- (۴) بعض منفسخ است و نسبت به بقیه قابل فسخ است

(۴) در صورتی که بعد از عقد اجاره برای مؤجر امکان تسلیم عین مستأجره وجود نداشته باشد...

(سراسری ۷۷)

- (۱) عقد اجاره منفسخ می‌شود *
- (۲) مستأجر حق فسخ اجاره را دارد
- (۳) فقط مستأجر می‌تواند از مؤجر فسارات وارده به خود را مطالبه کند
- (۴) به علت عدم قدرت بر تسلیم عین مستأجره عقد اجاره باطل می‌شود

(۵) اگر شخص ثالث بدون ادعای حق مزاحم مستأجر و مانع انتفاع او شود این اقدام چه اثری در

عقد اجاره و موقعیت طرف دارد؟ (سراسری ۷۷)

- ۱) مستأجر مطلقاً حق فسخ پیدا می‌کند
- ۲) مستأجر می‌تواند از مؤجر خسارت بگیرد
- ۳) اگر مزاحمت قبل از عقد اجاره باشد مستأجر حق فسخ دارد
- ۴) اجاره باطل می‌شود

۶) ماهیت حقوقی قولنامه که متضمن تعهد به بیع باشد طبق نظر مقوقدان امروز چیست؟

(سراسری ۷۴)

- ۱) بیع نامه ممسوب و مفید تملیک است
- ۲) شرط ابتدایی و باطل است
- ۳) یک عهد عقدی لازم است *
- ۴) یک عقد جایز است

۷) هر گاه کسی خانه خود را به مبلغ معینی بفروشد و قرار بگذارد که مشتری ثمن را پس از فوت

پدرش به فروشنده بدهد شرط و عقد چه حکمی دارد؟ (سراسری ۸۱)

- ۱) شرط و عقد هر دو صحیح است
- ۲) شرط مزبور باطل و حق فسخ به فروشنده می‌دهد
- ۳) شرط مزبور باطل و موجب بطلان عقد نیز می‌شود *
- ۴) شرط مزبور باطل ولی موجب بطلان عقد نمی‌گردد

۸) در بیع فیاری بر طبق قانون مدنی... (تعهدات سراسری ۷۹)

- ۱) مالکیت از مین انعقاد بیع حاصل می‌گردد *
- ۲) مالکیت از تاریخ اسقاط حق فیار حاصل می‌شود
- ۳) مالکیت همراه با تأدیه ثمن حاصل می‌گردد
- ۴) مالکیت از مین انقضاء مدت فیار برای طرفین حاصل می‌گردد

۹) اگر نسبت به بعضی مبیع با بیع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعضی دیگر نداشته باشد...

.. (سراسری ۸۲)

۱) بیع نسبت به بفش قابل تسلیم صمیع است و مشتری مق فسغ دارد *

۲) بیع صمیع است و مشتری مق فسغ ندارد

۳) بیع غیر نافذ است

۴) بیع باطل است

۱۰) ماهیت مقوقی فروش با جایزه چیست؟

۱) بیع با شرط تملیک رایگان *

۲) بیع با شرط هبه معوض

۳) بیع با شرط صلح معوض

۴) بیع همراه با توابع مبیع

۱۱) فیار تأفیر ثمن وقتی ممقق می‌گردد که: (سراسری ۷۴)

۱) بیع مال و مشتری تمام ثمن را ظرف ۳ روز از تاریخ بیع نپردازد *

۲) بیع مؤجل و مشتری تمام ثمن را ظرف سه روز از تاریخ بیع نپردازد

۳) بیع مؤجل و مشتری قسمتی از ثمن را ظرف ۳ روز از تاریخ بیع نپردازد

۴) بیع مؤجل و مشتری تمام ثمن ظرف ۳ روز از تاریخ مطالبه نپردازد

مدنی ۷:

۱) مقترض باید: (سراسری ۷۲)

۱) عین مال مورد قرض را به صامیش رد نماید

۲) قیمت مال مورد قرض در روز دریافت را به مقرض بدهد

۳) مثل مال مورد قرض را به مقرض بدهد *

۴) قیمت مال مورد قرض در روز پرداخت را به مقرض بپردازد

۲) کدامیک از عبارات زیر در فصوص وکالت صمیع نیست؟ (سراسری ۸۲)

۱) وکالت ممکن است مجانی یا با اجرت باشد

۲) وکیل مق ندارد فارغ از مدود وکالت عملی را انجام دهد

۳) وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن است مگر اینکه قرینه قطعی بر خلاف آن وجود داشته باشد

*

۱۴) اعمالی که وکیل در مدود وکالت خود پس از عزل و پیش از رسیدن خبر به او انجام داده نسبت به موکل نافذ است

- ۳) هر گاه چند نفر ضامن شفصی شوند کدامیک از ضمانها صمیع است؟ (سراسری ۸۱)
- ۱) هر کدام که مدیون اصلی بپذیرد
- ۲) هر کدام را که مضمون له قبول کند *
- ۳) اولین عرضه کننده ایجاب برای انعقاد عقد ضمان
- ۴) آخرین عرضه کننده ایجاب برای انعقاد عقد ضمان

- ۱۴) رجوع ضامن به مضمون عنه برای گرفتن بدهی او مشروط به چیست؟ (سراسری ۷۲)
- ۱) وقوع ضمان و تعهد در برابر طلبکار
- ۲) وقوع ضمان به اذن مضمون عنه
- ۳) وقوع ضمان به اذن مضمون عنه و پرداخت دین *
- ۴) پرداخت دین به اذن مضمون عنه

- ۵) عقد صلح چه وضعیتی دارد؟ (سراسری ۷۳)
- ۱) در صورتی لازم است که در مقام عقود لازم منعقد شود
- ۲) در صورتی لازم است که در مقام عقود جایز منعقد نشود
- ۳) همیشه جایز است
- ۴) همیشه لازم است *

۶) مدیونی ۶ دانگ فانه خود را نزد طلبکار رهن گذارده است پس از آن نیمی از دین خود را می‌پردازد این اقدام چه اثری در رهن دارد؟ (سراسری ۷۴)

- ۱) فک می‌شود
- ۲) فسخ می‌شود
- ۳) فاقد اثر است *
- ۴) نصف رهن آزاد می‌شود

۷) قبض شرط صمت کدامیک از اعمال مقوقی زیر است؟ (سراسری ۷۳)

- (۱) قرض
(۲) وصیت تکمیلی
(۳) هبه *
(۴) هر سه عمل مقوقی مذکور

۸) در کدامیک از عقود فقط آن چیزی می‌تواند موضوع عقد گردد که انتفاع از آن با بقای اصلش امکان پذیر باشد؟

- (۱) عقد بیع
(۲) عاریه *
(۳) معاوضه
(۴) ودیعه
(۹) اگر در عقد مضاربه مدت تعیین نگردد عقد مضاربه (سراسری ۷۸)
(۱) باطل است
(۲) صمیع است *
(۳) غیر نافذ است
(۴) قابل فسخ می‌شود

۱۰) اگر در عقد مزارعه شرط شود علاوه بر مصه‌ای که فیما بین طرفین مقرر شده سهمی اضافی از محصول به طرف دیگر تعلق گیرد عقد... است (سراسری ۷۷)

- (۱) باطل
(۲) غیر نافذ
(۳) صمیع *
(۴) قابل فسخ

۱۱) مزارع به کسی گفته می‌شود که: (سراسری ۷۸)

- (۱) در عقد مزارعه پولی را جهت معامله در اختیار شخص دیگری قرار گیرد
(۲) در عقد مزارعه نیروی کار فود را جهت زراعت بکار گیرد
(۳) در عقد مزارعه زمین را جهت زراعت به دیگری منتقل می‌کند
(۴) در چهار چوب عقد مزارعه زمین را جهت زراعت به دیگری منتقل می‌کنند. *

مدنی ۸:

- (۱) در چه زمان ملکیت موصی له بر موصی به استقرار پیدا می‌کند: (سراسری ۷۲)
(۱) زمانی که وصیت را در میات موصی قبول کند
(۲) وقتی موصی به را قبض کند
(۳) وقتی که وصیت را پس از فوت موصی قبول کند *

۱۴) زمانی که موصی به را پس از فوت قبول و قبض کند

۲) در کدامیک از موارد زیر موصی له نمی‌تواند وصیت را رد کند (سراسری ۷۳)

۱) اگر آن را پس از فوت موصی قبول کند

۲) اگر آن را پیش از فوت موصی قبول کند

۳) اگر آن را قبل یا بعد موصی قبول کند

۴) اگر آن را پس از فوت موصی قبول و موصی به را قبض کند *

۳) شخص ثالث از اموال خود را برای دانشگاه وصیت می‌نماید و پس از وصیت مجنون می‌گردد

وصیت او دارای چه مکی است؟ (سراسری ۷۷)

۱) وصیت او صحیح است *

۲) وصیت او باطل است

۳) در صورتی که وریه اجازه دهند صحیح است

۴) در صورتی که جنون موصی ادامه داشته باشد و متصل به فوت باشد باطل است

۴) تملک در کدامیک از اسباب ذیل بدون اراده محقق می‌گردد؟ (سراسری ۷۲)

۱) امیای اراضی

۲) وقف

۳) ارث *

۴) شفعه

۵) هر گاه پدر از لعان رجوع کند آیا پدر و فرزند و ارمای آنها از یکدیگر ارث می‌برند یا خیر؟

(سراسری ۷۸)

۱) پسر هم از پدر و هم از ارمای او ارث می‌برد

۲) پسر فقط از ارمای پدر ارث می‌برد

۳) پسر از ارمای پدر و ارمای پدر از او ارث می‌برند

۴) پسر از پدر ارث می‌برد لیکن از ارمای پدر و همچنین پدر و ارمای پدری از پسر ارث نمی‌برند *

۶) چه کسانی فقط به فرض ارث می‌برند؟ (سراسری ۸۰)

۱) تنها پدر و مادر

۲) تنها زوج و زوجیه

۳) دختر و دخترها فواهر و فواهرهای ابوی یا ابوینی

۴) زوج و زوجیه و مادر *

۷) فرض ثمن مقتص کدام است؟ (سراسری ۷۴)

۱) زوج در صورت فوت زن بدون اولاد

۲) زوجیه در صورت فوت مرد بدون اولاد

۳) زوج در صورت فوت زن با داشتن اولاد

۴) زوجیه یا زوجیه‌ها در صورت فوت شوهر با داشتن اولاد *

۸) اگر هنگام فوت فویشاوندان متوفی منمصر به جدامی و یک فواهر ابی باشد از ترکه کلاً چه

میزان به هر یک تعلق فواهد گرفت؟ (سراسری ۷۳)

۱) یک ششم متعلق به جدامی و باقی متعلق به فواهر ابی است

۲) دو پنجم متعلق به جدامی و سه پنجم متعلق به فواهر ابی است

۳) یک سوم متعلق به جدامی و باقی مانده متعلق به فواهر ابی است *

۴) یک ششم متعلق به جدامی و یک دوم متعلق به فواهر ابی و باقی مانده به تساوی به جدامی

و فواهر ابی است

۹) اگر میت اعمام یا افوال ابوینی داشته باشد. (سراسری ۸۲)

۱) اعمام یا افوال ابی ارث نمی‌برد *

۲) سهم الارث اعمام یا افوال ابی نصف می‌شود

۳) اعمام یا افوال ابی هم با آنان به صورت مساوی ارث می‌برند

۴) اعمام یا افوال ابی ماچب مرمانی اعمام یا افوال ابیرینی فواهند بود

۱۰) دو نفر زمینی را از شفصی برای ایجاد سافتمان عاریه می‌نمایند پس از ایجاد سافتمان یکی از

آن دو نفر قسمت خود را به فروش می‌رساند با توجه به مقررات قانون مدنی آن شریک دیگر دارای

حق شفصه می‌باشد (سراسری ۷۶)

(۲) با رضایت شخص معیر بلی
(۴) در صورتی که ضمن عقد عاریه شرط شده باشد

(۱) بلی
(۳) فیر *
بلی