

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 فرور تومان پول باشد در این صورت اجازه است ولی اگر بگوییم که ۲۰ فرور 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 فود هستند (۳۰٪) اما برای مدت بعد از فسخ مزارع نمی‌تواند عامل را به ابراء کشت مجبور کند چون فود اجازه داده است و قاعده لاضرر حکم می‌کند که مزارع نتواند تقاضای ابراء کشت را بکند 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 حاصل 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 فارح از حدود 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 حمل کند.

نکته ۱۲): اگر فسخ مضاربه در اثنای عملیات تجاری باشد. در این صورت:

الف) اگر سودی حاصل نشده باشد مضارب و مالک مقلی 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 حد امکان باید با سایر روشهای تقسیم از آن اجتناب کرد.

ج) تقسیم به تراضی: که در آن طرفین در تقسیم با همدیگر تراضی می‌کنند.

نکته ۸): تقسیم لازم است ولی خود شرکت جایز، البته تقسیم منافع هم اگر عین تقسیم نشود جایز است.

نکته ۹): هر گاه در حصه یک یا چند نفر از شرکاء عیبی ظاهر شود که در 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 ضمانتی نمی‌کند

نکته ۸: در مورد تعهد امین پس از فسخ یا بر طرف شدن عناوینی مثل اجاره، مسابقات، 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 اجازه 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 محسوب 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.م.و منافع 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 محسوب نمی‌شود.

نکته ۳) در عقد قرض خیار غبن قابل تصور نیست.

نکته ۴) عقد قرض عقدی تملیکی است البته به شرطی که مورد قرض کلی نباشد. (بنا به نظری)

نکته ۵) عقد قرض عقد لازمی است لکن موعد اجرای تعهد که یکی از عوضین بود در دست طرفین است و مقرض هر وقت فواست می‌تواند ایفای آن را بخواهد و مقترض هر وقت فواست 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 فواست 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 تشریفاتى 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 صفقه 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 ذمهء 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
ممیل)

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 عزز 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 محوض 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 شفص 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 ر فسغ 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 مق 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 فواید 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 صمت آن است (نکته ۳) عقد

رهن از سوی راهن لازم و از سوی مرتهن قابل فسخ است.

نکته ۴) اگر مالی وثیقه طلبی باشد تا تمام طلب وصول نشده رهن آزاد نمی‌شود هر چند دین قابل

تجزیه باشد (لذا طلبکار جزئی می‌تواند از تمام وثیقه برای اخذ طلب خود استفاده کند (تجزیه ناپذیری

رهن)

نکته ۵) رهن مال مشاع امکان پذیر است، لکن قبض باید با تراضی شرکاء باشد و اگر اختلاف شود

ماکم امینی نصب می‌کند.

نکته ۶) رهن مکرر مازاد وثیقه امکان پذیر است و نیازی به اذن مرتهن قبلی ندارد.

نکته ۷) قبض شرط وقوع عقد رهن است و باید با اذن راهن باشد حتی اگر پیش از رهن مال مورد

رهن در تصرف مرتهن باشد.

نکته ۸) مال مرهونه باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است (م ۷۷۴) پس بیع عین کلی صمیع ولی رهن آن باطل است.

نکته ۹) در صورت فساد موضوع (رهن: الف) اموالی که بطور متعارف باقی می‌ماند باید گفت: که اگر اتفاقاً رو به فساد روند مرتهن می‌تواند رهن را آگاه کند یا طبق م ۳۰۶ ق. م فروخته شود و ثمن آن به عنوان رهن می‌ماند. ب) اما اگر موضوع رهن اموالی باشد که بنا به طبیعتشان در معرض تلف هستند باید در اراده جدی طرفین در انعقاد رهن تردید کرد

نکته ۱۰) دینی که برای تضمین آن رهن داده می‌شود باید: الف) چهره مالی داشته باشد ب) 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 نمی‌توان انجام دادن فعل را با رهن تضمین کرد.

نکته ۱۲) (شرط مدت یا رهن موقت): اگر مدت رهن چنان باشد که پیش از فرا رسیدن موعد دین از بین برود عقد رهن باطل است چون طرفین قصد جدی برای ایجاد رهن نداشته اند ولی اگر مدت رهن بیشتر از اجل دین باشد این رهن صمیع خواهد بود.

نکته ۱۳) در رهن می‌توان 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 می‌توانند 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 انحاء 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 ممقق 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 فعل 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 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 ممقق 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 ممکومیت فوانده (متهب) داده می‌شود.

ج) اگر تاریخ رجوع مجهول و تاریخ تخییر معلوم باشد مکم به بی‌مقی فواهان (واهب) داده می‌شود.