

حقوق مدنی 8

بخش نخست- شفعه

فصل اول : اخذ به شفعه « حق شفعه »:

مبحث نخست- مفهوم و اوصاف حق به شفعه :

الف- تعریف حق : حق شفعه حقی است که به یکی از دو شریک ملک قابل تقسیم داده می شود تا بتواند ، در برابر پرداخت قیمتی که خریدار حصیه ی شریک سابق به او داده است ، آن را تملک کند .

ب- شفعه حق مالی است :

- 1- این حق سیله ی تملک و تحصیل مال است .
- 2- استفاده از حق شفعه ویژه شریک است و او نمی تواند آن را به رایگان یا در برابر مبلغی به دیگران واگذار کند .
- 3- انتقال ناپذیری شفعه به دلیل مستند این حق استثنایی و طبیعت ویژه ی آن است .

پ- شفعه حق عینی است :

- 1- زیرا حق تملک مستقلاً به شریک می دهد و نیازی به الزام خریدار به انتقال ندارد .
- 2- رجوع شریک به دادگاه به منظور تحقق تملک از تاریخی است که شفیع اراده می کند ، نه الزام خریدار به انتقال سهم .
- 3- حق شفعه حاوی حق تعقیب است زیرا استفاده از آن همه ی معاملات معارض با اجرای حق را باطل می کند (م 816 ق م)
- 4- حاوی حق تقدیم نیز هست .

ت- حق شفعه به ارث انتقال می یابد :

- 1- زن نیز این حق ارث می برد ، هر چند که موضوع تملک زمین باشد چرا که آنچه به میراث به او میرسد حق تملک است نه عین زمین .
 - 2- هر گاه یکی از وارثان از حق شفعه ی خود بگذرد، این اسقاط از قلمرو حق نمی کاهد . (م 824 ق م)
 - 3- در صورتی که شریک متوفی وارثی نداشته باشد به نظر می رسد که مقام صالح دولت می تواند از این حق استفاده کند .
- ث- حق شفعه قابل انتقال به دیگران نیست :**

حق شفعه وسیله ی رفع ضرر از شریک است پس بر همین مبنا نتیجه این می شود که حق شفعه قابل انتقال نیست .

ج- حق شفعه قابل اسقاط است :

- زیرا از زمره ی حقوق مالی شریک است .

- اسقاط حق در زمره ی ایقاعات است و به اراده شفیع واقع می شود .

- اعراض از حق ممکن است صریح مثلاً شریک می گوید از حق خود گذشته ، ضمنی: این اسقاط نیاز به تحلیل اراده ی شفیع به عنوان انسانی متعارف و تامل در اوضاع و احوال و زمینه اعلام اراده دارد .

مبحث دوم - شرایط ایجاد حق شفعه :

الف- لزوم وجود شریک :

1- اشاعه ملک بین دو شریک زمینه اصلی ایجاد حق شفعه است.

2- همسایگی و اتصال دو ملک، زمینه ایجاد حق شفعه نمی شود.

3- اگر دو ملکی که بر روی هم قرار گرفته تنها در سقف طبقه ی پایین و قرار طبقه ی بالا مشترک باشد، این اندازه اشتراک برای ایجاد حق شفعه کافی نیست.

ب- حق شفعه به املاک اختصاص دارد :

1- حق شفعه در غیر منقول ذاتی به طور کامل اجرا می شود ، مثل زمین .

2- حق شفعه در غیر منقول تبعی مثل درختان ، مصالح به کار رفته در ساختمان :

نخست- اگر غیر منقول تبعی با فرض الصاق به زمین فروخته می شود ، شفعه جاری است .

دوم- اگر غیر منقول تبعی با فرض جدا شدن از متبوع خود فروخته شود شفعه جاری نیست .

3- وضعی که در آن غیر منقول تبعی بقای در زمین فروخته شود ولی مبیع در رابطه ی قرار دادی استقلال دارد و همراه زمین نیست، در این رابطه نیز طبق ماده 809 ق م حق شفعه اجرا نمی شود .

پ- قابل تقسیم بودن ملک :

1- قابل تقسیم نبودن ملک ممکن است به دلیل ضرر وارد به ملک و ارزش سهام شریکان باشد یا مخالفت با قوانین و تعارض با مصالح عمومی.

2- التزام شریکان به عدم تقسیم ، مانع از ایجاد حق شفعه نیست.

ت- انتقال سهم یه وسیله بیع :

1- این شرط از نظر حقوقی توجیه ناپذیر است و تنها پیروی از شهرت در فق ه ، نویسندگان قانون مدنی را وادار به احتیاط کرده است.

2- انتقال سهم شریک به وسیله ی هبه و صلح و معاوضه قرار دادن ، سبب ایجاد حق شفعه نمی شود . باید سهم مشاع مبیع قرار گیرد نه ثمن .

ث- محدود بودن شمار شریکان:

1- حق شفعه ویژه ی موردی است که شریکان ملک تنها دو2 شخص باشند خواه هر دو یا یکی از آنها شخص طبیعی باشند یا حقوقی مثل دو شرکت .

2- در موردی که شریکی تمام سهم خود را به چند شخص بفروشد و شریک دیگر با شریکانی بیش از دو نفر روبرو شود در این فرض او می تواند حقی را که در اثر انتقال بدست آورده است نسبت به سهم هر خریدار که می خواهد، یا همه ی آنها اعمال کند .

3- در موردی که سهم شریک در برابر یک ثمن فروخته شود، چون عقد بیع یکی است حق شفعه باید نسبت به مجموع سهم خریداران اعمال شود و شفیع نمی تواند تبعیض کند.

4- اگر شریک سهم خود را به ترتیب بفروشد . (یعنی بخشی از سهم خود را به یکی انتقال می دهد و چندی بعد بخش دیگر را می فروشد) شریک دیگر در صورتی نسبت به بخش دوم حق شفعه پیدا می کند که بخش نخستین را تملک کرده باشد وگرنه ملک دارای سه شریک می شود و شفعه راه ندارد.

ج- قابل استناد نبودن معاملات خریدار در برابر شریک: م 816 ق م «اخذ به شفعه هر معامله ای را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می نماید .- حکم مربوط به اثر اخذ به شفعه است .

سؤال: آیا اقاله ی بیع در برابر شفیع قابل استناد است؟

1. اقاله بیع پس از اخذ به شفعه در حق شفیع اثر ندارد- زیرا پس از اجرای حق و تملک مبیع- شریک و خریدار نمی توانند به تراضی حقی را که به دارایی شفیع پیوسته بازستانند .

2. اقاله بیع پیش از اخذ به شفعه : با توجه به مفاد ماده 819 ق م . اقاله ی بیع بین شریک و خریدار برای شریک دیگر حق شفعه را پایدار نمی کند .

مبحث سوم: اجرای حق:

الف- مهلت اجرای حق: تفاوت با مرور زمان اجرای حق شفعه:

1(تأخیر در اجرای حق از اسباب سقوط حق است، و مرور زمان از اسباب اسقاط دعوی است .
2(صدور قرار رد دعوی به استناد مرور زمان ، نیاز به ایراد طرف آن دارد، در حالی که سقوط حق به طور مستقیم از سوی دادگاه نیز می تواند مستند قرارگیرد .

3(دعوایی که مشمول مرور زمان شده ، با قرار رد می شود، ولی تصمیمی که دادگاه در مورد گذشتن مهلت اجرای حق می گیرد، صدور حکم بر بی حقی خواهان است .

4(مرور زمان دعوای اخذ به شفعه تابع قواعد آیین دادرسی است و مهلتی طولانی و ثابت دارد، ولی اجرای حق باید بی درنگ باشد.

ب- ضرورت اجرای فوری حق: «م 821 ق م»

1- مقصود از واژه ی فوری، مفهوم عرفی آن است . یعنی شفیع نباید در اجرای حق اهمال کند .
2- مهلت عرفی که برای اجرای حق منظور می شود، از تاریخ آگاه شدن از وقوع معامله است .
3- اشتباه در میزان ثمن و کیفیت معامله، اگر اساسی و سبب انصراف از اجرای حق شده باشد ، در حکم جهل به وقوع معامله است و درنگ شفیع را توجیه می کند .

4- اصل عدم آگاهی شفیع از وقوع معامله است و خریدار به عنوان مدعی باید علم شفیع و درنگ او را ثابت کند .

5- اثبات وقوع اشتباه و اساسی بودن آن با شفیع است و این ادعا بدون دلیل از او پذیرفته نمی شود .

6- آگاهی از وجود حق شفعه و فوری بودن اجرای آن نیز شرط آغاز مهلت عرفی است . در اینجا جهل به قانون در حکم جهل به واقع (مصدق) است و مانع از سقوط حق می شود .

پ- اثر قوه قاهره و عذر موجه: «م 745 ق آ د م».

1- اگر حادثه ی ناگهانی مانع از اخذ به شفعه شود، مهلت عرفی اجرای حق جریان نمی یابد .

2- اگر حادثه ناگهانی هم نباشد و تمام اوصاف قوه قاهره را نتوان در آن تمیز داد، همین اندازه که در دید عرف عذر موجه محسوب شود، برای بقای حق کافی است.

3- پرداخت ثمن از جانب شفیع از شرایط اخذ به شفعه است و عدم پرداخت آن این حق را از بین می برد .

ت- تبعیض در اجرای حق ممنوع است: «م 815 ق م»

1- حق شفعه را نمی توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجراء نمود – صاحب حق مزبور یا باید از آن صرفنظر کند، یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید.

2- حق شفعه را می توان نسبت به بعضی که قابل شفعه است به قدر حصه ی آن بعضی از ثمن اجرا نمود .

3- اگر شریکی دو مال مشترک قابل اخذ به شفعه را با هم بفروشد، اگر آنچه واقع شده دو عقد در کنار هم باشد، قابل تبعیض است و جمع آمدن دو معامله در یک سند و تبادل معانی ضمنی یک ایجاب و قبول ،مانع از اجرای حق شفعه درباره ی یکی از دو مبیع نیست ولی، هرگاه ثمن مشترک و عقد یکی باشد، تبعیض در آن امکان ندارد .

ث- اجرای حق منوط به تسلیم ثمن است : «م 808 ق م»

- شفیع باید پیش از هر اقدام دیگر ثمن را در اختیار خریدار گذارد و آنگاه به اجرای حق بپردازد .

-هرگونه اهمال در دادن ثمن باعث سقوط حق شفعه می شود و ناتوانی مالی نیز عذری نیست که بتواند از این سقوط جلوگیری کند.

ج- آثار اجرای حق شفعه :

1. تملک سهم فروخته شده در برابر بهای قرار دادی، خواه قیمت واقعی آن در زمان اخذ به شفعه بیشتر باشد یا کمتر .

2. تملک منافع متصل به مبیع، بدین اعتبار که از توابع آن است (مانند رشد درختان) توسط شفیع.

«منافع منفصل در فاصله عقد و شفعه بیگمان از آن خریدار (مالک) است، مثل رشد درختان»

«مشتري (خریدار) می تواند بنایی را که ساخته با درختی که کاشته را قطع کند ، زیرا حاصل کار و سرمایه اوست .»

3. اخذ به شفعه هر معامله ای را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می نماید.

چ- اجرای حق شفعه در صورت فروش مبیع به دیگران :

این در فرضی است که خریدار سهم شریک ، پیش از اخذ به شفعه آن را به دیگری بفروشد .

1. شفیع می تواند نسبت به نخستین بیع حق را اجراء و مبیع را با ثمن معهود تملک کند ، این اقدام باعث بطلان بیع دوم می شود.

2. شفیع می تواند از حق شفعه نسبت به نخستین بیع بگذرد و خریدار را همچون شریک جدید پذیرا شود، سپس از حق شفعه نسبت به فروش سهم او استفاده کند و ثمن این بیع را در برابر تملک مبیع به خریدار دوم بدهد .

مبحث چهارم - زوال حق شفعه:

الف - زوال اختیاری و قهری حق شفعه:

- 1- زوال حق شفعه در موردی اختیاری است که شفیع به اراده خود از آن بگذرد. «به طور ضمنی یا صریح»
2. زوال قهری حق در صورتی است که حادثه ای آن را ناخواسته بر شفیع تحمیل کند خواه حادثه خارجی باشد (مانند تلف عین) یا ناشی از تقصیر شفیع (مانند اهمال در دادن ثمن) نک- در اسقاط اختیاری حق، دادرس باید به دادخواست و اراده شفیع توجه کند و در سقوط قهری به حکم قانون.

ب- زوال ارادی اسقاط حق:

1. حق شفعه برای رفع ضرر از شرکت ایجاد می شود و قابل اسقاط است .
2. در امکان سقوط حق شفعه پس از ایجاد آن تردید نیست .
3. آیا اسقاط حق شفعه پیش از وقوع بیع نیز امکان دارد؟ به نظر نویسنده آنچه به عنوان قاعده باید پذیرفت و با روح قانون نیز سازگار است این است که پیش از وقوع بیع نیز شریک می تواند حق خود را ساقط کند و عمل حقوقی او نافذ است .
4. آیا رد پیشنهاد فروش سهم شریک اسقاط ضمنی است؟ اگر قرینه ی قاطعی نباشد، باید انصاف داد که در پیشنهاد فروش سهم شریک دلالت بر اسقاط ضمنی حق شفعه ن دارد. همچنین است تبریک گفتن به خریدار و تشویق او به معامله کردن و قبول و کالت آنان در بیع و مانند اینها- زیرا احتمال دارد این اقدام زمینه سازی برای ایجاد حق شفعه باشد نه اسقاط آن .

پ-زوال قهری :

1- درنگ در اجرای حق: م 821 ق.م«حق شفعه فوری است»

-استناد سقوط حق به تقصیر شفیع با قهری بودن آن منافات ندارد، زیرا کافی است که صاحب حق نتیجه ی تقصیر را نخواهد و قانون بر او تحمیل کند.

-مسامحه در دادن ثمن نیز، از نظر تأثیر در زوال حق، مانند درنگ در انشاء تملک است .

-اگر شفیع مالی را که از آن دیگری است در مقام اجرای حق به خریدار تسلیم کند، مکافات کار او ضمان پرداخت دوباره ثمن نیست، سقوط حق است، چرا که فرصت از دست می رود و درنگ تحقق می یابد، خواه آگاه از این فساد باشد یا ثمن تسلیم شده را مال خود پندارد.

2- ناتوانی از پرداخت ثمن: ناتوانی از پرداخت ثمن، اگر مانع ایجاد حق شفعه نباشد، بیگمان شرط اجرای آن است

-در حکم ناتوانی پرداخت ثمن فرضی است که شفیع و مشتری جاهل به ثمن هستن (مانند موردی که بیع را وکیل انجام داده و در گذشته است) جهل به ثمن، برخلاف ناتوانی پرداخت به مهلت اجرای حق را از بین نمی برد «

3- تلف عین (مبیع) پیش از اخذ به شفعه: در این صورت حق شفعه موضوع خود را از دست می دهد .

- تلف بعض از مبیع نیز مانند عیب حق شفعه را ساقط نمی کند و حق فسخ یا درخواست ارش به شفیع نمی دهد ، زیرا آزاد است که از اجرای حق بگذرد یا آن را با وضع موجود به کار برد ولی ، از دست دادن امکان تصرف و انتفاع در حکم تلف است و موضوع حق را از بین می برد .

4- تلف مبیع پس از اخذ به شفعه: فرضهای مختلف:

نخست- تلف پیش از تسلیم به خریدار: در این صورت بیع منفسخ می شود و این انفساخ سبب بطلان اخذ به شفعه نمی شود . و شفعه نافذ است ، منتها چون خریدار نمی تواند مبیع را به شفیع تسلیم کند و ثمنی را که به فروشنده داده است پس می گیرد حق گرفتن ثمن و نگهدای آن را ندارد .

دوم- تلف مبیع پس از اخذ شفعه را در هیچ حالتی نباید در زمره ی اسباب زوال حق آورد . حق بدرستی اعمال می شود و تلف مبیع تملک را منفسخ می سازد .

فصل دوم: اخذ به شفعه: ماهیت حقوق و اوصاف آن:

الف- اخذ به شفعه عملی حقوقی است : زیرا ارادی است و با انشاء تملک سهم فروخته شده در برابر تسلیم ثمن انجام می شود.

ب- اخذ به شفعه ایقاع است : در این مبادله تنها اراده ی شفیع کارگزار است .

پ- اخذ به شفعه ایقاع الحاقی است :

- نقیض اراده شفیع را در اخذ نباید با سهم قصد مشترک طرفین در قرارداد یکسان شمرد .

- در ایقاع سهم ارادی به طور معمول پیوستن و انضمام و الحاق به قالبی پیش ساخته یا احتراز و انحلال آن است و از این لحاظ شبیه عقود الحاقی است .

- در اخذ به شفعه شرایط معامله و میزان ثمن را خریدار و فروشنده معین می کنند و شفیع تنها می تواند مبیع را با همان شرایط و در برابر عوض معهود تملک کند .

ت- اخذ به شفعه ایقاع تبعی است :

- زیرا نفوذ آن منوط به درستی بیع و انتقال سهم شریک به خریدار است .

- بر مبنای بیع باطل نمی توان اخذ به شفعه کرد .

- انفساخ قهری بیع و حتی فسخ آن به سبب مقدم ، اگر پیش از اخذ به شفعه رخ دهد ، موضوع آن را از بین می برد .

ث- تعریف اخذ به شفعه :

- اخذ به شفعه ایقاعی است که بموجب آن شریک ملکی سهم فروخته شده ی شرکت دیگر را با دادن ثمن از خریدار تملک می کند .

- در اخذ به شفعه، عوضی که شفیع به خریدار می پردازد معادل ثمن معهود در قرارداد اخذ و فروش است و رنگ جبران دارد. پس احکام ویژه ی عقد بیع (مانند خیا مجلس) در اخذ به شفعه راه ندارد.

مبحث اول: تملک مبیع از خریدار توسط شفیع:

الف- تملک سهم شریک:

1. اثر اصلی اخذ به شفعه تملک سهمی است که شریک به دیگری فروخته است.
2. این تملک تنها به اراده ی شفیع واقع می شود و نیازی به رضای خریدار ندارد.
3. اخذ به شفعه هیچ اثری در نفوذ بیع ندارد و آن را بی اثر نمی کند و بر این مبنا که خریدار مالک سهم شریک شده است، کارگزار می شود و از آثار بیع صحیح است.

ب- بطلان یا عدم قابلیت استناد معاملات معارض:

1. اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می نماید. حکم به بطلان معاملات خریدار پس از اخذ به شفعه مبتنی بر نظر گروهی از فقهاء امامیه است که نویسندگان قانون مدنی اختیار کرده اند.

پ- تملک نماآت:

- اثر اخذ به شفعه در آینده است و اقدام شفیع در گذشته اثر ندارد و مالکیت خریدار را بر مبیع و منافع آن از بین نمی برد.
- طبق ماده 819 ق.م.م: منافع متصل به تابعیت از عین از آن شفیع و منافع من فصل تابع حق مالکیت است.

سؤال: اگر خریدار در دوران مالکیت خود بر مبیع (زمین) اموالی را به آن متصل کند وضعیت چگونه می شود؟

به نظر می رسد دستور از بین بردن اموال مذکور از سوی شفیع ضمان آور نیست، منتها چون برای اصلاح و آزاد سازی ملک خود از مال خریدار استفاده می کند و آن را از بین می برد باید عوض آنرا بدهد، در واقع آنچه شفیع به عنوان ارش می پردازد عوض استیفاء است نه دین ناشی از مسئولیت مدنی، به همین جهت میزان ارش، تفاوت میان بهای زمین آزاد و مقید است نه بهای درخت و بنای قلع شده.

ت- تعهد به تسلیم عین توسط خریدار:

- این تعهد زمانی قابل اجراست که ثمن به خریدار پرداخت شده باشد.
- شفیع نمی تواند پرداخت ثمن را موقوف به تسلیم مبیع سازد و از حق حبس استفاده کند.
- الزام خریدار به تسلیم مبیع در صورتی امکان دارد که فروشنده ملک را در اختیار او گذارده باشد.

ث- التزام به پاک سازی و اصلاح عین توسط خریدار:

- اگر خریدار در عین بنایی ساخته باشد باید آن را از بین ببرد.
- خریدار در هر حال نمی تواند بنا یا درخت را بر شفیع تحمیل کند.
- مشتری نسبت به عیب و خرابی که قبل از اخذ به شفعه در ید او حادث شده باشد ضامن نیست و همچنین است بعد از اخذ به

شفعه و مطالبه در صورتی که تعدی یا تفریط نکرده باشد .

ج- ضمان درک مبیع :

- شفیع سهم فروخته شده را از خریدار تملک می کند نه از فروشنده (شریک)

- م 817 ق م «در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می کند، مشتری ضامن درک است نه بایع و ...»

- بطلان بیع میان خریدار و فروشنده موثر است و اخذ به شفعه را نیز باطل می کند .

نك- مفاد ضمان درک: ضمان درک در بیع تعریف شده و عبارت است از التزام فروشنده به بازگرداندن ثمن در صورتی که

مبیع ملک دیگری در آید . موضوع ضمان نیز بازگرداندن ثمن است و هیچگاه شامل تسلیم مبیع نیست . شفیع می تواند الزام خریدار به تسلیم عین را بخواهد، مگر در موردی که ملک هنوز به تصرف او داده نشده است .

مبحث دوم: دعوای اخذ به شفعه:

الف- دادگاه صالح برای اقامه ی دعوی:

- دعوای اخذ به شفعه در واقع دعوای اعلام تملک مال غیر منقول است پس حق شفعه نیز اگر حق عینی بر مال غیر منقول هم نباشد بیگمان در حکم آن است . و بر حق تملیک تعبیر می شود .

شفیع می تواند بدون نیاز به الزام خریدار حق خود را به طور مستقیم اعمال کند و آنچه از دادگاه می خواهد اعلام درستی و نفوذ اخذ به شفعه است.

- دعوای اخذ به شفعه باید در دادگاه محل وقوع ملک طرح شود .

ب- دو طرف دعوای اخذ به شفعه:

- دعوای اخذ به شفعه را شفیع اقامه می کند . طرف اصلی دعوی ، خریدار است.

- دعوای اخذ به شفعه به خودی خود مستلزم درخواست ابطال معامله خریدار با دیگری نیست ، زیرا این معامله در برابر شفیع قابل استناد نیست . منتها برای اینکه شفیع بتواند سند ما لکیت به نام خود بگیرد و از انتقال گیرنده خلع ید کند، ناچار است اعلام بطلان معامله ی او را نیز بکند .

- انتقال گیرنده ی عین از خریدار نیز می تواند در دعوای اخذ به شفعه، به عنوان ثالث وارد شود یا اعتراض کند .

- اگر خریدار سهم شریک را فروخته باشد، شفیع می تواند از آخرین خریدار اخذ شفعه کند و معاملات پیشین را رها کند .

پ- خواسته و ارزیابی آن:

1. در دادخواست شفیع می تواند اعلام درستی اخذ به شفعه را که پیش از آن و بیدرنگ انجام داده است از دادگاه بخواهد و اجرای آثار آن را مطالبه کند ، در این فرض که اخذ به شفعه به وسیله ی دیگری اعلام شده است ، دادن دادخواست فوریت ندارد و ممکن است مدتها بعد انجام شود .

2. همچنین شفیع می تواند اراده ی خود در تملک مبیع را اعلام کند و امضای دستی آن را بخواهد ، مشروط بر اینکه تقدیم

دادخواست سبب درنگ در اخذ به شفعه نباشد، در این فرض شفیع باید بیدرنگ دادخواست حاوی اعلام اخذ به شفعه را پس از آگاهی بدهد.

- در این فرض هرگاه دعوی تنها به منظور اعتراض بر فروش و تهدید به اخذ به شفعه یا اثبات حق اقامه شود مهلت اخذ به شفعه را طولانی نمی کند و مانع از اسقاط حق نمی شود .

- دعوی اخذ به شفعه مالی است و باید ارزیابی شود و همچنین هزینه های خاص آثار اخذ به شفعه باید ارزیابی شود.
ت- مستند دعوی :

- خواهان باید شرایط ایجاد حق و اجرای هنگام آن را در دادگاه ثابت کند .

- خواهان باید دلیل مالکیت خود و اشاعه ی آن با سهم فروخته شده و سند بیع و دلیل اخذ به شفعه و اعلام و تاریخ آن را به دادگاه بدهد.

- از پیوسته های مهم دیگر دادخواست باید از دلیل پرداخت یا ایاع ثمن نام برد .

- احتمال دارد شفیع به تهاتر با ابراء برای پرداخت ثمن استناد کند .

ث- طبیعت حکم و ضرورت تحصیل آن :

- حکمی که در باب اعتبار و نفوذ به شفعه صادر می شود نه حکم تملیک است و نه الزام خریدار به انتقال مبیع به شفیع .

این حکم چهره ی اعلامی دارد نه تأسیسی .

ثک- ضرورت تحصیل چنین حکمی:

1. رفع اختلاف بین شفیع و خریدار در تحقق شرایط ایجاد حق و اجرای بهنگام آن

2. در مورد املاک ثبت شده، باید سند رسمی انتقال یا آنچه بطور رس می وقوع انتقال را اعلام می کند مستند تغییر دفتر املاک و ثبت در سند مالکیت شود و به صرف ادعای شفیع نمی توان در آن اسناد دست بود .

3. اجرای آثا حکم ، مانند خلع ید و بطلان معاملات معارض خریدار و گاه تملک منافع متصل نیاز به صدور حکم دارد و باید دادگاه علاوه بر احراز نفوذ شفعه، به تعبیر موقعیت حقوقی اشخاص تصریح کند .

ج- مرور زمان دعوی اخذ به شفعه:

-مرور زمان دعوی راجع به اسباب تملک ده سال است ولی در اخذ به شفعه اگر خواسته ای اصلی مدعی اعلام مالکیت باش د و شفعه مقدمه ی آن، مرور زمان دعوی بیست سال است زیرا در واقع اختلاف درباره ی مالکیت عینی غیر منقول است .
- مهلت مرور زمان از تاریخ اخذ به شفعه آغاز می شود .

چ- تمیز مدعی و مدافع در اختلافها:

1. اختلاف در میزان ثمن: در صورتی که شفیع و خریدار وقوع بیع را بپذیر ند ولی در میزان ثمن اختلاف کنند و هیچکدام دلیلی بر صدق گفتار خود نداشته باشد در این صورت :

نخست- اگر دو طرف دعوی درباره ی اصل تراضی ن سبت به میزان ثمن یا اجاره بها اختلاف داشته باشند- مدعی کسی است که

مبلغ بیشتری را ادعا دارد.

در اینجا برای اینکه اخذ به شفعه انجام شود شفیع باید ثمن مورد ادعای خریدار را بدهد .

دوم- هرگاه دو طرف بپذیرند که در میزان ثمن تراضی واقع شده است و تنها در اثبات آن اختلاف داشته باشند به نظر شه ثانی، طرفی که به میزان کمتر اقرار می کند مقدم است .

2- اختلال در وقوع بیع

نخست. در این فرض یکی از دو شریک ادعا می کند سهم خود را به دیگری فروخته و لی خریدار منکر می شود .

- در اینجا شفیع نمی تواند مبیع را از خریدار منکر به استناد اقرار دیگری تملک نماید .

دوم- در فرض دیگر اگر یکی از دو شریک ادعا کند که دیگری پس از او ملک را از شریک سابق خریده است و حق شفعه دارد و خوانده بگوید که ملک را به ارث برده ام. در این دعوی شفیع مدعی است .

3- اختلاف در تاریخ وقوع بیع: در اینجا با مدعی است که شرط تحقق حق شفعه را ثابت کند زیرا شفعه اختیاری استثنایی و خلاف اصل است و هر جا که تحقق شرط ایجاد آن مورد تردید باشد، اصل عدم تحقق شرط و شفعه است .
- هرگاه هر دو شریک بر هم دعوی کنند و هر کدام مدعی تقدم خرید و استحقاق شفعه برای خود شود، اصل عدم تقدم بر دیگری است.

4- اختلاف در ساختن بنا و غرس درخت: در این مورد نظر خریدار مقدم است- سخن شفیع برخلاف اصل است .

بخش دوم- وصیت

مقدمه:

الف- جوهر وصیت:

- وصیت ممکن است حاوی تملیک و تعهد و اجراء و سرپرستی کودکان و ... باشد.

- وصف مشترکی که در همه ی وصایا دیده می شود، تعلیق آنها به مرگ موصی است .

- در معرفي اجمالی وصیت ،می توان گفت «وصیت انشاء امری است که اثر آن معلق به فوت است »

- بیمه عمر را نباید از سرفخ وصایا شمرد، بیمه عمر عقدی است معوض که در آن دو تعهد متقابل وجود دارد، در صورتی که وصیت در هیچ صورتی با ترکیب تعهدهای متقابل و معوض واقع نمی شود و انشاء آن معلق به فوت موصی است .

ب- تعریف وصیت:

- وصیت عمل حقوقی است که بموجب آن شخص، به طور مستقیم یا در نتیجه ی تسلیم دیگران در اموال یا حقوق خود برای بعد از فوت تصرف می کند .

* انواع وصیت :

1. وصیت تملیکی: م 826 ق.م «وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد

از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند.»

2. وصیت عهدی: م 826 ق.م «عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور نماید»

- قلمرو وصیت عهدی را نباید محدود به نصب وصی کرد، هر وصیت که اثر آن ایجاد تعهد باشد و به طور مستقیم به تملیک ترکه نپردازد، عهدی است، چنان که فقیهان نیز آن را تسلیط بر تصرف نامیده اند.

- م 828 ق.م «هرگاه موصی له غیر محصور باشد، مثل اینکه وصیت برای فقرا یا امور عامل المنفعه شود، قبول شرط نیست و ظاهراً در این مورد وصیت تملیکی است در حالی که تملیک در چنین وصایایی به طور مستقیم قابل اجرا نیست.

پ- اوصاف ذاتی وصیت:

1. تعلیق به فوت: این وصف چنان مهم است که آن را وصف ج وهری وصیت می نامند.

-تعلیق ذاتی وصیت به فوت موصی منافاتی با تعلیق آن به شرایط دیگر ندارد.

-فوت فرضی در حکم موت حقیقی است ولی اگر معلوم شود موصی زنده بوده است، آنچه از عین یا منافع مال تملیک شده موجود است به او باز می گردد «م 1027 ق م»

2. رایگانگی تملیک: تملیک مستقیم موصی به، رایگان است و نمی تواند عوض بگیرد.

* بدست آوردن عوض در وصیت از دو راه ممکن است؟

نخست- وصیت تملیکی ممکن است با شرط عوض همراه باشد همانگونه که هبه نیز با شرط عوض ممکن است.

دوم- موصی می تواند به جای وصیت تملیکی وصیت به تملیک کند.

3. قابلیت رجوع: م 829 و 838 ق.م- به اختیار موصی در رجوع از وصیت تصریح کرده است.

ت- ماهیت حقوقی وصیت: آیا وصیت در شمار عقود است یا ایقاعات؟

1. در مورد وصیت تملیکی: به موجب «ماده 827 ق م» تملیک بموجب وصیت محقق نمی شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی، به دلالت ماده فوق وصیت تملیکی نیاز به توافق دو اراده دارد و قانون مدنی نیز آن را پذیرفته است.

2. در مورد وصیت عهدی: در وصیت عهدی قبول شرط نیست لیکن وصی می تواند، مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند. و اگر قبل از فوت موصی رد نکند، بعد از آن حق را ندارد، اگر چه جاهل به وصیت بوده باشد.

-وصیت عهدی ایقاع است.

3. وصیت به ابراء: در موردی که موصی مدیونی را در وصیتنامه ی خود ابراء می کند اثر اقدام او معلق به فوت است.

-ابراء در زمان حیات و در حالت عادی که به طور منجز واقع می شود ایقاع است.

4. وصیت به حبس: وصیت نیز مانند اصل وقف نیاز به قبول دارد و در حکم وصیت تملیکی است.

- ولی هرگاه وقف بر غیر محصور باشد، وصیت نیاز به قبول ندارد و تابع ماده 828 ق.م است.

- وصیت به ابراء ایقاع است و وصیت به هبه (تملیک رایگان) عقد است.

فصل اول: انعقاد و نفوذ وصیت در ترکه:

مقدمه:

- الف. انعقاد وصیت و شرایط صحت آن درباره ی شرایط تکوین و صحت درونی وصیت است .
- ب. بحث از نفوذ وصیت در ترکه بیشتر به حدود اختیار موصی در تصرف نیست به ترکه خویش مربوط است .
- پ. ضمانت اجرای گروه نخست چهره ی حمایتی دارد ولی تخلف از آن بیشتر به بطلان وصیت می انجامد ، در حالی که شرایط نفوذ وصیت در ترکه برای حمایت از وارثان مقرر شده است و ضمانت اجرای آن عدم نفوذ وصیت است نه بطلان آن .

مبحث اول: انعقاد و شرایط صحت:

گفتار نخست: انعقاد وصیت:

الف- اجرای اختیار رد و قبول وصیت توسط موصی له

1. اداره ی موصی در هیچ حال به طرف خطاب او به عنوان موصی له تحمیل نمی شود و موصی له اختیار دارد وصیت را قبول یا رد کند. مخصوصاً در وصیت تملیکی که قبول موصی له شرط است .
2. در مورد تاجر ورشکسته، مدیر تصفیه باید به قائم مقامی او درباره ی قبول یا رد وصیت تصمیمی بگیرد . ولی به نظر نویسنده خود موصی له (تاجر) باید تصمیم بگیرد و مدیر تصفیه در این مورد حقی ندارد .
3. اگر وصیت تملیکی به سود حمل شده باشد ، به نظر مشهور فقیهان « بعد از تولد حمل » ولی او وصیت را باید قبول یا رد کند.

ب- مهلت اعلام رد و قبول « اجبار موصی له به بیان اراده »

- برای اعلام رد یا قبول موصی مهلت ویژه ای پیش بینی نشده است پس هر زمان که وصیت قبول شود تملیک تحقق می یابد، و رد وصیت نیز آن را منحل می کند .

- م 823 ق.م: اگر تأخیر این اعلام (رد و قبول موصی له) موجب ضرر ورثه باشد، حاکم موصی له را مجبور می کند که تصمیم خود را معین کند . اجبار مستقیم موصی له ممکن نیست پس ناچار باید از راههای غیر مستقیم به بیان اراده اجبار کرد .

1- قبول وصیت:

نخست- شکل قبول وصیت:

قبول وصیت شکل و تشریفات خاص ندارد و ممکن است به طور ضمنی بیان شود . تمیز اعمالی که دلالت بر قبول دارد با دادرسی است و قاعده کلی بر آن حاکم است . قبول وصیت ممکن است ناظر به بخشی از موصی له باشد . ولی اگر از مفاد وصیت چنین بر آید که موصی راضی به این تبعیض نیست ، رد بخشی از وصیت موجب ابطال تمام آن می شود .

دوم- زمان اعتبار قبول: «م 827 ق.م»: تملیک به موجب وصیت محقق نمی شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی

«م 829 ق.م» قبول موصی له قبل از فوت موصی موثر نیست

ثالثا- قبول وارثان موصی له: در فقه، نظر مشهور قائم مقامی وارثان را می پذیرد .

رابعاً- اثر قبول: کاشف است یا ناقل: به نظر نویسندگان باید قصد مشترک دو طرف توجه کرد- هرگاه احراز شود که قصد مشترک دو طرف این بوده است که موصی به از زمان فوت منتقل شود، از این قصد باید پیروی کرد و گر نه انتقال با قبول واقع می شود. در کل کاشفیت قوی تر است.

2- رد وصیت:

نخست- اختیار موصی له:

موصی له می تواند تملکی را که به سود او انشاء شده است رد کند .
- تملک قهری مباح نیست و حداقل اختیار موصی له این است که بخشش را رد کند .
- رد وصیت، اثر ایجاب موصی را از بین می برد، اثر زائل کننده ی رد مشروط بر این است که بهنگام باشد .

دوم- رد موصی له پیش از فوت موصی: «م 830 ق م»

- زمان برخورد واقعی رد موصی له و ایجاب موصی مرحله ی بعد از فوت و قطع استمرار آن است .
- اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیت وارد کرده باشد، بعد از فوت می تواند آن را قبول کند . و رد بعد از قبول نیز نفوذی پیش از رد ساده ندارد و وصیت را از بین نمی برد .

سوم- رد موصی له بعد از فوت موصی:

- هرگاه موصی له بعد از فوت موصی تملکی را رد کند، وصیت که منبع استمرار خود را از دست داده است، در نتیجه ی رد، از بین می رود و قبول مجدد موصی له نیز آن را معتبر نمی کند .
- در فرضی که موصی له پیش از اعلام قبول، موصی به را قبض کند : در بعضی اوضاع و احوال ممکن است، قبض نشانه عرفی و وسیله ی اعلام قبول ضمنی هم باشد.

گفتار دوم: شرایط صحت و نفوذ وصیت :

* ارتباط و تفاوت دو بحث:

1. در بحث از شرایط صحت وصیت، گفتگو درباره ارکان داخلی این عمل حقوقی است، مثل اهلیت دو طرف، شرایط موصی له
2. در شرایط نفوذ وصیت، سخن در این است که وصیت تا چه اندازه در ترکیه و چگونگی توزیع و انتقال آن موثر است.
3. وصیتی اجرا می شود و در جهان خارج موثر است که هر دو گروه شرایط را داشته باشد .

(الف) شرایط صحت:

1- ویژگی های تراضی و عیوب اراده :

- نخست- در وصیت تکیه بیشتر بر سلامت و نفوذ اراده ی موصی است .
- دوم- عیوب اراده در وصیت مثال های زیادی ندارد.
- اشتباه موصی در بیان اراده یا موضوع بخشش .
- اکراه: هر چند موصی تا آخر عمر وقت دارد وصیت را عوض کند .
- اگر وارثان موصی با آگاهی از اکراه وصیت را اجرا کنند دعوی ابطال از آنان شنیده نمی شود .

-وصی تا زمانی که موصی زنده است می تواند پس از زوال کره آن را رد کند، ولی هرگاه در نتیجه ی اکراه نتواند از حق خود در زمان حیات موصی استفاده کند، این فرصت از دست می رود .

- «م 836 ق.م» «هرگاه کسی به قصد خود کشی، خود را مجروح یا مسموم کند یا ا عمال دیگر از این قبیل که موجب هلاکت است. مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید، آن «وصیت در صورت هلاکت باطل است.»

2- ویژگی های اهلیت در وصیت :

- موصی له باید در زمانی که وصیت را قبول می کند اهلیت داشته باشد .

نخست- در مواردی که شخص اهلیت وصیت کردن ندارد، برخلاف آنچه در سایر اعمال حقوقی مرسوم است، عدم اهلیت او از نوع تمتع است نه تصرف.

دوم- ارتباط وصیت به شخصیت موصی مانع از این است که ولی یا قیم یا وی بتواند به نمایندگی از طرف او انشاء وصیت کند.

سوم- ضرورتی ندارد که اهلیت موصی تا زمان فوت باقی بماند و عارضه ی جنون و سفه بعد از انشاء وصیت در نفوذ حقوقی آن بی اثر است.

3- اهلیت حمل:

-«م 851 ق.م» وصیت برای حمل صحیح است، لیکن تملک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود .

- اگر موصی پیش از ترکه کودک بمیرد و امین جنین وصیت را قبول کند، منافع زمان فوت تا تولد به موصی له تعلق دارد . مگر این که جرم مانع ارث باشد .

-«م 852 ق.م» اگر حمل در نتیجه ی جرمی سقط شود، موصی به از آن وارثان اوست و وصیت را باید نافذ شمرد .

4- زمان اعتبار اهلیت تملک :

-اگر وصیت ایقاع باشد و تراضی خمیر مایه آن به شمار نیاید : اهلیت موصی له در زمان انشاء وصیت شرط نیست، زیرا ایقاع معلق به فوت است و از آن زمان بعد از انشاء وصیت یعنی مرگ : موصی له مالک می شود .

-اگر وصیت ایقاع نباشد یعنی عقد باشد . بر طبق قواعد عمومی، در زمان انشاء وصیت و قبول تملک موصی له باید موجود و دارای اهلیت باشد.

5- شرایط موضوع وصیت : (موصی به):

نخست- وجود موصی به: طبق ماده 842 ق.م «ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود . خواه مال عین معین یا کلی یا منفعت باشد .

-برای تحقق تملیک، مال باید وجود خارجی پیدا کند و در زمان انتقال موجود باشد .

- موضوع تملیک باید قابلیت وجود را داشته باشد . (مانند میوه درخت یا نتایج حیوان.)

دوم- تعیین موصی به: در فرضی که موصی به مردد میان چند سال است یا بلکی مجهول است و امکان تعیین موصی به وجود ندارد، بطلان وصیت ترجیح دارد .

-در فرضی که موصی به مجهول است مانند موردی که جای موصی به در وصینامه خالی مانند است ، در این فرض نیز چاره ای جز بطلان وصیت نیست.

سوم- مالکیت و قابلیت انتقال:

-موصی به باید در دید عرف مال باشد و بتوان از آن منافع عقلایی و مشروع بدست آورد .

-خدمات شخص بطور کلی و دائمی موضوع وصیت تملیکی قرار نمی گیرد .

-مال وقف و حق شفعه نیز با وصیت انتقال نمی یابد .

6- بطلان وصیت به مال غیر :

نخست- اگر کسی به مال غیر و ب رای مالک (معلق به فوت او) وصیت کند، عمل فضولی وصیت به مال غیر نیست، وصیت برای غیر است و باید آن را قابل تنفیذ شمرد .

دوم- ولی اگر وصیت را برای خود و معلق به فوت خود کند وصیت باطل است، هر چند که مالک آن را اجازه دهد .

سوم- اگر موصی وصیت را مشروط به تملک مال غیر کند وصیت را نباید باطل پنداشت.

چهارم- دیون متوفی بر وصایای او مقدم است .

7- مشروع بودن جهت وصیت :

نخست- مقصود از جهت وصیت، علاقه و انگیزه ی اصلی موصی در انشاء وصیت است .

دوم- جهت وصیت ممکن است در آن تصریح شود یا بصورت شرط در ضمن وصیت بیاید ولی شکل بی مشروع اهمیتی ندارد و همین که اثبات شود جهت وصیت امری نامشروع است، باید آن را باطل شمرد .

ب) شرط نفوذ وصیت در ترکه:

1- میان سهم قابل تصرف و حدود اختیار موصی :

-درحقوق ایران، وصیت تا میزان ثلث ترکه نافذ است .

-دو سوم ترکه ذخیره وارثان است .

-در حقوق ایران مرز یک سوم تنها برای وصیت است زیرا پس از فوت شخص اختیار ا و با حقوق وارثان برخورد پیدا می کند.

-در فقه نظر مشهور این است که شخص در واپسین بیماری خود حق تصرف در بیش از یک سوم دارایی خود را ندارد .

2- آزادی شخص بدون ارث :

-از آنچه در بالا گفته شد نتیجه گیری می شود که شخص بی وارث دربارهِ وصیت محدودیتی ندارد و می تواند در تمام ترکه خود وصیت کند.

-قانون مدنی حاکم را وارث نمی نامد و شخصی را که خویش و همسر ندارد و بی وارث اعلام می کند .

- واگذارن ترکه بدون وارث به خزانه ی دولت به عنوان مال بی مالک است و اجرای وصیت مقدم بر آن است .

3- وصیت به حرمان وارث :

-طبق «ماده 837 ق.م.» اگر کسی به موجب وصیت یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند . وصیت مزبور نافذ نیست.

- در صورتی که موصی تا حدود يك سوم از مال خود را به دیگر وارثان تملیک کند، وصیت نافذ است هر چند که در عمل وارثان دیگر از آن بخش محروم می مانند .

-در صورتی که موصی و ارثی را به طور مستقیم از ارث محروم کند- وصیت باطل است هر چند که نتیجه ی مهری آن تملیک سهم او به دیگران باشدو مقدار آن از ثلث تجاوز نکند .

4-تفییذ وصیت زاید بر ثلث و اثر اجازه وارثان:

نخست- اجازه یا تفییذ عمل حقوقی است و در صورتی اثر دارد که اجازه دهنده، دارای اهلیت و اراده سالم باشد- اجازه ی ورشکسته نیز نافذ نیست ولی مفلس نافذ است .

دوم- علاوه بر شرایط عمومی نفوذ اراده، اجازه دهنده باید، هنگام تفییذ و زمان فوت وارث باشد .

سوم- ضرورتی ندارد که اجازه ناظر به تمام بخش زاید باشد و موضوع آن به هر اندازه باشد ، وصیت نافذ است. چهارم- اجازه ی هر وارث تنها نسبت به سهم خود او موثر است .

5- زمان اعتبار اجازه :

نخست. اجازه ی وارثان پس از فوت موصی بیگمان وصیت را تفییذ می کند و برای آنان الزام آور است.

دوم. تردیدی نیست که اجازه ی پیش از فوت ، وارثان را از اجازه مجدد بی نیاز می کند .

* سؤال: آیا اجازه ی وارثان در زمان حیات موصی برای آنها الزام آور است؟

دو نظر وجود دارد:

نظر مشهور این است که اجازه در زمان حیات اعتبار دارد : از نظر اخلاقی صحیح است.

- اجازه ی وارثان در زمان حیات اعتبار ندارد : از جهت منطق حقوقی صحیح است .

- به نظر نویسنده: عدول از اجازه ی پیشین بعد از فوت حیات موصی- اجازه دهنده را پای بند نمی کند.

6- اعتبار و اثر رد وارثان :

نخست- رد وارث مانع نفوذ وصیت در ترک است و هر زمان که برداشته شود وصیت را آماده اجرا می کند.

دوم- رد وارث تنها مانع نفوذ نیست، اجازه شرط نفوذ است و با انتفاء قاطع آن عمل حقوقی منحل می شو دو دیگر نه قابل تجدید است و نه قابل اجازه.

سوم- قبول موصی بعد از فوت وصی در صورتی اعتبار دارد که مسبوق به رد نباشد .

7- اجازه ی وصیت تفییذ فعل موصی است :

نخست- در ماده 843 ق.م «عمل حقوقی وارث اجازه نامیده شده است»

دوم- در توصیف اعمال حقوقی، باید بیش از هر چیز به مفاد اراده یا سازنده ی اصلی آن توجه کرد مقصود مالک دفع تملک است نه اخراج از ملکیت.

فصل دوم: رجوع از وصیت:

مبحث نخست : قواعد عمومی :

الف- قابلیت رجوع و طبیعت وصیت :

1. هدف از وصیت این است که آخرین اراده موصی بعد از مرگ اجرا شود .
2. پس طبیعت وصیت اقتضا دارد که قابل رجوع باشد .
3. در بسیاری از قوانین «قابلیت رجوع» از اوصاف ذاتی وصیت است .
4. رجوع از وصایای گذشته جایز است ولی رجوع از وصایای آینده باطل است .

ب- رجوع صریح و ضمنی :

1. رجوع صریح : مثل اینکه موصی بگوید از وصیت رجوع کردم - قضاوت با عرف است .
 2. رجوع ضمنی :
- نخست- اعمالی که مقصود مستقیم از آنها رجوع نیست ، ولی رجوع با آن مقصود ملازمه دارد .
- دوم- اگر موصی ثانیاً وصیتی برخلاف وصیت اول نماید ، وصیت دومی صحیح است .
- سوم- رجوع از وصیت در صورتی که با وصیت جدیدی اعلام نشود ، وصیت نیست .
- 3- وصایای قابل رجوع :
- نخست. موصی می تواند از همه ی وصایای خود رجوع کند بجز ..
- دوم. وصیت حاوی اقرار (مثل اقرار به دین) قابل رجوع نیست و این قاعده را باید در هر چه اخبار است اجرا کرد .
- 4- عدول از رجوع وصیت : باید پذیرفت که با رجوع از وصیت، انشاء سابق از بین می رود و برای اجرای آن موصی چاره ای جز انشاء جدید ندارد . با وجود این در صورتی که رجوع از وصیت به طور ضمنی و از راه تملیک معلق به مرگ موصی به باشد، عدول از آن امکان دارد .

مبحث دوم: رجوع ضمنی :

الف- تحلیل اعمال منافی وصیت :

1- انشاء وصیت مخالف و معارض :

- نخست- تعارض بین دو وصیت یا ذاتی و مطلق است، یا نسبی و تابع اوضاع .
- دوم- در تعارض ذاتی و مطلق، اجرای دو وصیت در هیچ حالتی ممکن نیست و ناچار با یک وصیت جدید را رجوع ضمنی از سابق شمرد- برای مثال موصی طلبی را که دارد به مدیون ببخشد، سپس همان طلب را به دیگری واگذار کند .
3. در تعارض نسبی، اختلاف در تاریخ انشاء جمع دو وصیت را ناممکن می سازد . مثلاً اگر عین ضمن یک وصیتنامه به دو نفر تملیک شود ظاهر این است که هر کدام مالک نمی از آن است . در حالی که اگر همان عین در دو نوبت تملیک شود باید پذیرفت که وصیت نخست فسخ شده است .

✱ سؤال: آیا عنایت به وصیت سابق شرط تحقق رجوع است؟

انشاء وصیت مخالف، اماره بر رجوع است و این اماره در صورتی اعتبار دارد که موصی توجه به وصیت سابق داشته باشد و بتوان اراده او را بر رجوع به یقین یا بر مبنای غلبه احرار کرد، در حالی که عدم توجه به وصیت سابق، اگر ثابت شود، وجود اراده ی رجوع را در موصی مشکوک می سازد.

2- انتقال موصی به: انتقال موصی به در صورتی رجوع محسوب می شود که دارای چند شرط باشد:

نخست. انتقال ارادی و به دلخواه باشد: اگر این انتقال ارادی نباشد رجوع ضمنی نیست و تنها موضوع وصیت را عقیم می کند - رجوع از وصیت تنها توسط خود موصی صورت می گیرد و از امور شخصی است.

دوم منجز باشد: انتقال معلق، رجوع از وصیت را نیز معلق می کند.

سوم- موضوع انتقال، همان موصی به مخالف با آن باشد: از این شرط استفاده می شود که موضوع وصیت و انتقال باید عین معین باشد.

- شرط فرعی دیگری که از لزوم تعارض و اتحاد موصی به موضوع انتقال ناشی می شود این است که تصرف بلیل از امور ارادی و جزئی مانند اجاره و عاریه، نباشد.

3- اتلاف موصی به:

نخست- اتلاف عمدی: از بین بردن عمدی موصی به توسط موصی هم موجب بطلان وصیت و هم رجوع ضمنی می شود. برای تحقق رجوع موصی به، باید عین معین باشد.

- اگر کسی طلب خود را از دیگری به وصیت واگذار کند، سپس خود، آن طلب را وصول نماید، وصیت فسخ می شود.

دوم- تسلیط غیر بر اتلاف: در موردی که موصی برای فروش یا صلح موصی به، به دیگری وکالت می دهد، با اینکه اقدام

موصی موضوع وصیت را از بین نمی برد، ولی ممکن است، با توجه به قرائن موضوع رجوع حساب شود رهن موصی به

توسط موصی با تملیک آن به موصی له منافات ندارد و حاکم داکتر مانند این است که موصی له موظف به پرداخت دین شده است.

سوم- تعریض موصی به بر تلف: اگر موصی عمداً موصی به را در معرض نقل یا تلف قرار دهد- وصیت فسخ شده است.

- صرف تصمیم موصی بر فروش و اعلام آن، مانند عرضه کردن در بازار، تا زمانی که منجر به قصد تملیک نشده است دلیل رجوع از وصیت نیست.

سؤال: آیا تصرف تغییر دهنده ی صورت عرفی در حکم تلف موصی به است؟ مثلاً اگر موصی به خانه معینی باشد و موصی

ساختمان آن را به گونه ای خراب کند که در عرف به آن خانه نگیند در صورتی که از قرائن چنین برآید که مقصود موصی

تملیک جنس خاص با اسم ویژه آن است، تغییر آن اسم به منزله ی از بین رفتن موضوع وصیت است، اما این قید نامتعارف

باید احرار شود.

4- از بین بردن وصیتنامه: مثل سوزاندن - پاره کردن وصیتنامه و ... این اقدام در موردی که وصیتنامه خودنوشت یا سبکی

است، نشانه قطعی بر رجوع از وصیت است. از بین رفتن وصیتنامه در صورتی حاکی از رجوع است، که بوسیله ی موصی و

از روی اراده و میل انجام گیرد.

5- عقیم ساختن وصیت: اگر موصی جهت اساسی وصیت را از بین ببرد ظاهر این است که از وصیت رجوع کرده است. مثلاً اگر وصیت برای پرداخت دینی باشد و موصی خود آن را بپرد ازد. با این اقدام از اصل وصیت نیز رجوع می کند.

فصل سوم: اجرای وصیت:

مبحث نخست: جایگاه وصیت در ترکه:

برای تعیین مقدار موصی به و نسبتی که با ترکه دارد و نیز امکان اجرای وصیت رسیدگی به سه موضوع ضروری است.

الف- تعیین مقدار ثلث ترکه: دستیابی به میزان ثلث، در سه مرحله، انجام می شود؟ «سهم قابل تصرف»:

1. تعیین اموال موصی: در اینجا قاعده این است که تمام اموال و حقوق مالی و طلبهای موصی، یعنی آنچه جزء مثبت دارایی او در زمان فوت است، در این محاسبه منظور شود. میزان ثلث، به اعتبار دارایی موصی در حین وفات معین می شود نه به اعتبار دارایی او در حین وصیت.

- وجه بیمه عمر که ذینفع معین دارد، در زمره ی ترکه نمی آید، هر چند که این ذینفع، یک یا چند تن معین از وارثان باشد.

2. تقویم ترکه: معیار ارزیابی بهای ترکه در لحظه مرگ است. و تغییر قیمتها در این محاسبه اثر ندارد. تقویم ترکه ممکن است به تراضی انجام پذیرد، مگر اینکه درباره غایب یا محجور باشد که در این صورت، رجوع به کارشناس و نظارت دادگاه ضروری است هر چند تقویم را خود موصی کرده باشد.

3. کسر دیون ترکه:

نخست- بخشی از دارایی که به مصرف پرداخت دیون می رسد در محاسبه ثلث منظور نمی شود.

دوم- محاسبه نشدن دیون نتیجه ی تقدم آنها بر وصیت است.

سوم- واجبات مالی به طور کلی از اصل ترکه برداشته می شود ولی طبق قانون مدنی و نظر فقها، واجبات بدنی مثل هزینه نماز و روزه از اصل ترکه برداشته نمی شود.

ب- تعیین مقدار موصی به:

1- در عین معین: در این فرض هدف تعیین بهای عین است تا با سهم قابل تصرف مقایسه شود. این بها در زمان فوت در نظر گرفته می شود.

هرگاه موصی به مال معینی باشد، آن مال تقویم می شود، اگر قیمت آن بیش از ثلث ترکه باشد، مازاد، مال ورثه است، مگر اینکه ورثه زیاده را اجازه کنند.

2- در عین کلی: «م 847 ق.م» تعیین فرد موصی به را در این مورد با وارثان دانسته است. اگر وارثان به توافق نرسند، دو راه وجود دارد:

نخست- قرعه که آخرین راه دشواریهاست.

دوم- اجبار حاکم به توافق- و در آخر تصمیم دادگاه.

3- در جزء مشاع از ترکه : «م 848 ق.م» اگر موصی به جزء مشاع ترکه باشد موصی له با ورثه در همان مقدار از ترکه مشاعاً شریک خواهد بود.

4- منافع : در این مورد بدو عین م لک با منافع آن تقویم می شود، سپس ملک مزبور با ملاحظه مسلوب المنفعه بودن در مدت وصیت تقویم شده، تفاوت بین دو قیمت از ثلث حساب می شود .

- اگر موصی به منافع دانی ملک بوده و بدین جهت عین ملک قیمتی نداشته باشد ، قیمت ملک با ملاحظه ی منافع از ثلث محسوب می شود.

5- موصی به مبهم - کفایت قابلیت تعیین:

- علم اجمالی به موصی به کافی است .

- اجمال موصی به بیشتر ناشی از معیار سنجش آن است به ویژه جایی که موصی آن را با سهام وارثان می سنجد .

ج- کاهش وصایای زاید بر ثلث:

«م 849 ق م»: اگر موصی زیاده بر ثلث را به ترتیب معینی، وصیت بر اموری کند و ورثه زیاده بر ثلث را اجازه نکنند ، به همان ترتیبی که وصیت کرده است از ترکه خارج می شود و اگر وصیت به تمام یکدفعه باشد ، زیاده از ه مه کسر می شود .

مبحث دوم: مدیر اجرا، وصی:

گفتار نخست: قواعد عمومی:

الف- تعریف وصی:

وصی شخصی است که از طرف موصی برای اجرای وصایای او معین می شود، خواه وصیت ناظر به سرپرستی کودکان باشد یا اداره اموال و تصفیه ترکه و ... و خواه شخص طبیعی باشد یا حقوقی .

*مقایسه وکالت و وصی و قیمومت :

1. وکالت ناشی از عقد میان وکیل و موکل برای انجام دادن امری در زمان حیات است .

2. وصایت ناشی از اراده موصی و در زمره ی ایقاعات است .

3. در وصایت در مورد سرپرستی کودکان، وصی نماینده ی منصوب از طرف ولی قهری است نه دادگاه و اختیار او مقدم بر قیم است.

4. در کار وصی مقامات عمومی دخالت نمی کنند- ولی قیم مأمور برگزیده دادگاه است .

ب- اهلیت و توانایی وصی:

1. از مفاد «ماده 856 ق . م» به طور ضمنی بر می آید که بلوغ و رشد شرط صحت وصایت است .

2. ناتوانی وصی در اجرای وصیت نیز در حکم حجر اوست .

3. اهلیت و توانایی وصی شرط انعقاد وصایت نیست، از شرایط لازم برای اجرای وظایف وصی است .

4. زوال اهلیت پس از موت نیز وصیت را باطل نمی کند و تنها معلق و باطل می سازد .

پ- قلمرو و وصایت:

1. سرپرستی کودکان موصی: شایعترین نوع وصایت است.

2. اداره ثلث

3. تصفیه ترکه: در صورتی که متوفی وصی برای اداره اموال داشته باشد، امر ترکه با اوست.

ت- رد وصایت:

1. تا زمانی که موصی زنده است، وصی می تواند وصایت را رد کند. و حتی قبول وصایت نیز این حق را از بین نمی برد.

- اگر وصی به دلیل حوادث خارجی و احتراز ناپذیر نتواند به وصایت عمل کند، من عزل می شود و پس از انزال مسنولیتی ندارد ولی امکان استعفا برای وصی وجود ندارد.

ث- حق ایصاء:

1. اختیار وصی در تعیین وصی دیگر تابع اراده موصی است.
2. اگر وصی از حق ایصاء محروم شده باشد، تردیدی نیست که اراده او در این باب نفوذی ندارد.
3. نبلید حق ایصاء را با امکان توکیل قیاس کرد.

ج- وصایت اشخاص حقوقی:

- اجرای وصایت از خصایص شخص طبیعی نیست. بنابراین اشخاص حقوقی صلاحیت قبول وصایت و اجرای آن را دارند

- امکان دخالت اشخاص حقوقی در امور وصایت، نسبت به ناظر، که شباهت زیادی از دیدگاه بحث ما به وصی دارد پذیرفته شده است «م 1288 ق م».

گفتار دوم: تنظیم روابط مدیران و تقسیم کار بین آنان: (حالت های 3 گانه این ارتباط):

الف- حالت استقلال مدیران:

1. در این فرض، هر وصی می تواند به طور مستقل در تمام امور وصایت مداخله کند و با اقدام هر وصی موردی برای دیگران باقی نمی ماند.
2. تصریح به استقلال منعی برای اجتماع آنان به وجود نمی آورد.
3. اگر در جمع اوصیاء و بر مبنای احترام به اراده اکثریت نتیجه ای بدست آید که تصمیم انفرادی یکی از آنها با آن مخالف است، اراده آن شخص مقدم است.

ب- حالت ترتیب «م 855 ق م»:

- موصی می تواند چند نفر را به نحو ترتیب وصی قرار دهد مثلاً اگر اولی فوت کرد، دومی وصی باشد. و عامل زمان مبنای تقسیم کار میان اوصیاء است. هر وصی در دورانی که مدیریت را بر عهده دارد مستقل است.

ج- حالت اجتماع:

1. در این حالت تصمیمها اشتراکی و جمعی است.

2. پیچیده ترین وضع اداره ی وصایت است.

* اجتماع صغیر و کبیر: کودکی را به همراه رشید می توان وصی کرد تا پس از رسیدن به بلوغ به اجتماع عمل کنند .

نخست- در صورتی که صغیر پیش از رسیدن به سن رشد فوت کند، چون شرط ولایت او محقق نمی شود، وصی کبیر می تواند با استقلال به کار خود ادامه دهد و حاکم حق دخالت ندارد .

دوم- اگر صغیر پس از بلوغ نیز به علت عدم رشد یا جنون نتواند با وصی کبیر همکاری کند کبیر می تواند به کار خود ادامه دهد.

مبحث سوم: اثبات وصیت: شکل های وصیت نامه:

الف- ابهام ناشی از احکام قانون مدنی و امور حبسی

1. در قانون مدنی حکم ویژه ای برای اثبات وصیت وجود ندارد و تابع قواعد عمومی است .

2. در قانون امور حبسی که موخر از آن است دو نوع وصیتنامه پیش بینی شده است وصیت نامه در م وارد عادی- وصیتنامه در موارد فوق العاده .

- از نظر قانون حبسی وصیت شفاهی اعتبار ندارد و با شهادت نمی توان آن را ثابت کرد .

ب- اقرار به صحت وصیت: هرگاه اشخاص ذینفع به صحت وصیت اقرار کنند، مفاد آن محترم و قابل اجراست ، هر چند که به شکل یکی از وصیتنامه های پیش بینی شده در قانون امور ح سیری در نیامده باشد .

* اشخاص ذینفع عبارتند از:

1. ورثه موصی

2. موصی له، در صورتی که اعتبار وصیت مورد گفتگو موجب فسخ آن وصیت شود .

- اقرار به صحت وصیت باید بعد از فوت باشد، زیرا پیش از فوت ، وارثان، ذینفع نیستند .

گفتار نخست: قواعد عمومی تنظیم وصیتنامه :

الف) وصیتنامه خود نوشت:

1. تعریف و فایده: وصیتنامه خود نوشت، وصیتی است که تمام آن به خط موصی نوشته شده و دارای تاریخ روز و ماه و سال ، به خط موصی بوده و به امضاء او رسیده باشد . وصیتنامه ی خود نوشت ساده ترین شکل وصیتنامه ها است .

2- شرایط تنظیم وصیتنامه:

نخست. نوشته شدن به خط موصی : تغییر عبارت وصیتنامه به وسیله ی دیگران موجب بطلان آن نمی شود.

- در تنظیم وصیتنامه خود نوشت توکیل امکان ندارد .

دوم- داشتن تاریخ روز و ماه و سال به خط موصی :

سوم- امضاء وصیتنامه : مهر و اثر انگشت موصی جانشین امضاء او نمی شود و وصیتنامه خود نوشت را کامل نمی کند .

3- اعتبار وصیتنامه خود نوشت:

- اگر وارثان موصی به اصالت سند تردید کنند ، بر عهده ی موصی له است که انتصاب وصیتنامه را به شخص موصی اثبات کند و در این راه تابع قواعد عمومی است .

- در موردی که اصالت وصیتنامه محرز است و به درستی تاریخ آن اعتراض می شود ، مدعی کسی است که تاریخ را برخلاف ظاهر نادرست می داند و در این دعوی شهادت به تنهایی کافی نیست .

- اگر در آگهی حصر وراثت که انجام می شود، ظرف 3 ماه از تاریخ نشر آگهی، وصیتنامه خود نوشت به دادگاه فرستاده نشود- معتبر نیست.

ب) وصیتنامه رسمی:

1- فواید و معایب:

نخست- فواید آن: بیهودادان نیز می توانند از آن استفاده کنند.

دوم- با ثبت آن نگرانی ناشی از فقدان وصیت از بین می رود .

سوم- در مقام اجرای وصیت نیز موصی له نیازی به اثبات اصالت آن ندارد .

معایب: هزینه ی ثبت سند- وقتگیر بودن.

2- تشریفات تنظیم: «م 277 ق ا ح» ترتیب تنظیم وصیتنامه ی رسمی و اعتبار آن به طور ی است که برای اسناد تنظیم شده در دفاتر اسناد رسمی مقرر است .

3- اعتبار وصیتنامه: وصیتنامه رسمی، خواه موضوع آن منقول باشد یا غیر منقول ، بدون اینکه نیاز به حکمی از دادگاه باشد، قابل اجراست .

- تمام محتویات و امضاهای مندرج در آن رسمی و معتبر است و تنها می توان ادعای جعل کرد .

ج) وصیتنامه سری:

1- تعریف: وصیتی است که توسط موصی امضاء و لاک مهر می شود و در اداره ی ثبت محل اقامت او، یا محل دیگری که در آیین نامه ی وزارت دادگستری معین شده است، به امانت گذارده می شود .

2- فواید و معایب:

نخست- وصیتنامه ی سری بیشتر فواید وصیتنامه ی خود نوشت و رسمی را با هم دارد .

دوم- برخلاف وصیتنامه ی خود نوشت، جزء کاغذهای خصوصی موصی باقی نمی ماند و به اداره ی رسمی سپرده می شود و از حوادث و تزویر ها مصون می ماند .

سوم- در عمل کمتر از این وصیتنامه استفاده می شود .

3- تنظیم وصیتنامه:

نخست- ضرورتی ندارد که وصیتنامه سری به خط موصی باشد و کافی است که به امضای او برسد .

دوم- بیسوادان نیز از تنظیم وصیتنامه سری ممنوعند و کافی است که به امضای آنها برسد .

سوم- امضاء موصی مهمترین رکن وصیتنامه است .

چهارم- برعکس وصیتنامه ای سری نیاز به تاریخ ندارد و تاریخ وصیتنامه از سند ثبت آن در دفتر امانت معلوم می شود .
پنجم- وصیتی که امضاء شده است پیش از ثبت در دفتر وصیتنامه سری تلقی نمی شود بلکه سند ناقص ی است که با ثبت در دفتر امانات اعتبار وصیتنامه ی سری را پیدا می کند .

4- ضمانت اجرای تشریفات : عدم رعایت تشریفات تنظیم و امانت گذاردن وصیتنامه باعث بی اعتباری آن می شود .

5- اعتبار وصیتنامه سری :

نخست- سند ثبت امانت، سند رسمی است و از اعتبار این گونه اسناد بهره مند می شود .

2. وصیتنامه سند عادی است منتها، چون موصی با امانت گذاردن وصیتنامه به صحت آن اقرار کرده است ، به نظر می رسد که مدعی عدم اصالت باید بار اثبات آن را به دوش کشد .

گفتار دوم: وصیتنامه در موارد غیر عادی (اضطراری) :

الف- وصیتنامه نظامی: این اشخاص، خواه نظامی باشند یا غیر نظامی که به عنوان چه یک و پرستار و آشپز در خدمت ارتش هستند، می تواند وصیت خود را نزد یک افسر یا همردیف او با حضور دو گواه به طور شفاهی اعلام کنند .

ب- وصیت در مواقع خطر مرگ فوری

- حادثه ی ناگهانی مانند بمباران یا آتش سوزی یا زلزله و سیل . موصی می تواند در حضور دو نفر گواه وصیت خود را اظهار نماید و یکی از دو گواه اظهارات او را با تعیین تاریخ روز و ماه و سال و ... نوشته و گواهیها آن را امضاء می نمایند و اگر موصی نتواند امضاء کند گواهیها این نکته را قید می کنند .

پ- وصیت هنگام شیوع بیماری: موصی می تواند از مقررات استثنایی استفاده کند مشروط بر اینکه مرا وده نوعاً مقطوع و به این جهت موصی نتواند به یکی از طرق مذکور وصیت کند .

ت- وصیت در مسافرت دری

- شرط استفاده از این مقررات استثنایی این است که مراوده ی کشتی با ساحل مقطوع باشد . و ضرورتی ندارد که کشتی برای مسافران خطری ایجاد کرده باشد . وصیتی که در کشتی خارجی انشاء شود به منزله ی وصیتی است که در کشور خارجی تنظیم شود و از حیث شرایط تنظیم تابع قانون دولت متبوع کشتی است .

- وصیت انشاء شده در کشتی تجارتی تابع مقررات دولت ساحلی است .

ث- مدت اعتبار وصیتنامه غیر عادی: هرگاه وضع فوق العاده ی موصی پایان پذیرد و پیش از فوت ، توانایی وصیتنامه عادی را پیدا کند، اعتبار وصیتنامه در موارد فوق العاده نیز پس از چندی از بین می رود .

*شرط بی اعتباری وصیتنامه عادی این است که :

1. موصی به علت زوال مانع قادر به تنظیم وصیتنامه عادی شود.

2. ظرف مدت یکماه از تاریخ توانا شدن بر تنظیم وصیتنامه ی عادی به این تکلیف عمل کند .

بخش سوم - ارث:

مقدمه:

الف- مفهوم واژه ارث:

1. گاه به معنی مال یا حق است که پس از مرگ شخص به بازماندگان او می رسد . در این معنی واژه ی ارث مرادف با میراث است. در فقه هم کتاب فرائض مرادف با کتاب مواریث است .
2. گاه به معنی استحقاق بازماندگان شخص بر دارایی است. مثلاً در «م 861 ق م» می خوانیم «موجب ارث دو امر است : نسب و سبب

ب- مفهوم ترکه:

1. ترکه دارایی به جای مانده از مورث است . این دارایی حاوی دو بخش منفی و مثبت است :
بخش مثبت: اموال و حقوق و مطالباتی است که به وارثان می رسد .
بخش منفی: دیون و تعهدهایی است که در دارایی می ماند و باید از محل آن پرداخت شود .
2. پیش از تصفیه ی ترکه، دارایی مورث دارای همان شخصیت و وحدت زمان حیات اوست- دیون و اموال ویژه خود را دارد و هنوز به دارایی وارثان نپیوسته است.
3. در حقوق ایران، دیون به ترکه تعلق می گیرد و از همان محل پر داخت می شود.

* پیوند نامتناسب ارث و وصیت:

1. رومیان قواعد ارث را بر پایه ی اراده ی مفروض متوفی توجیه می کردند . از این دیدگاه، وصیت وارث پیوندی ناگسستنی دارد.
- ارث به دو بخش تقسیم می شود : ارث بدون وصیت یا قانونی - ارث با وصیت که بر پایه ی اداره ی بیان شده در وصیتنامه صورت می پذیرد.
2. در فقه وصیت وسیله ی تملیک و تصرف رایگان و احسان و هدف اصلی آن بخشش و نیکی و ادای واجبات است- به همین جهت فقیهان وصیت را در کتاب عطا یا و در کنار هبه و وقف می آورند .
- ارث وسیله ی تملک قهری و وصیت در زمره ی اعمال حقوقی است و اراده موصی در آن کارگزار اصلی است .
3. در حقوق ما ارث با وصیت دو عنوان جداگانه است که با هم پیوند و قرابتی ندارد . چهره ی اجتماعی ارث بر چهره های دیگر آن غلبه دارد و باید آن را دنباله ی همبستگی خویشان شمرد .

ج- تمیز قانون حاکم بر ارث:

1. طرح اشکال تمیز قانون:

- ارث ملازم با انتقال قهری میراث از متوفی به وارثان است .
- این انتقال قهری را قانون اداره می کند .

- اراده شخص، جز از راه وصیت و آن هم به میزان سهم قابل تصرف، در تقسیم ترکه اثر ندارد .
 - قانون امور حسبی آیین اداره و تقسیم ترکه را معین می سازد . دشواری زم انی ایجاد می شود که، ایرانی مذهب دیگری غیر از اسلام داشته باشد . یا مسلمانان شیعه نباشد . یا در خارج ایران مقیم باشد . یا قانون حاکم بر ارث تغییر کند .
- راه حل تعارض :

* راه حل تعارض قوانین در مکان : مواد 6 و 7 ق م.

اولا- ایرانیان مقیم خارج در مورد قوانین ارث تابع قانون ایرانند. (م 6)

ثانیا- بیگانگانی که در ایران اقامت دارند تابع دولت متبوع هستند . اجرای قانون ارث خارجی در دادگاه ایران منوط بر این است که مخالف عه و د بین المللی که دولت ایران آن را امضاء کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد .

- در روابط بین المللی مفهوم نظم عمومی کیفیتی والاتر از نظم در حقوق داخلی دارد .

- در صورتی که قانون دولت متبوع خارجی احکام ارث را تابع قانون محل اقامت او قرار دهد . و خارجی مقیم ایران بشود . و در نتیجه، موضوع را به قانون ایران احاله کند، دادگاه باید این احاله را محترم شمارد . و قانون حاکم را قانون ایران قرار دهد .

- اگر احاله ی قانون ملی خارجی به قانون دیگر باشد، دادگاه الزامی به رعایت آن ندارد .

- اجرای احاله ی درجه دوم برای دادرسی است و او می تواند احاله به قانون دیگر را بپذیرد یا رد کند .

- در صورتی که دادگاه به دلیلی از اجرای ا حاله ی دولت متبوع خارجی منصرف شود اختیار او درباره ی ا انتخاب قانون حاکم پایان می پذیرد و از این پس بیگمان تابع قاعده ی رفع تعارض قوانین در نظام حقوق ایران است .

- وضع حقوقی ایرانیان غیر شیعه دارای چهره ی بین المللی نیست و عامل حاکمیت ملی در تمیز قانون حاکم بر قواعد ارث مهمی ندارد.

- حقوق ارثی ایرانیان غیر شیعه تابع قواعد و عادات مسلم متداول در مذهب متوفی است .

- انتقال حکومت از قانونی به قانون دیگر به وسیله ی فسخ انجام می پذیرد و به ظاهر ساده است .

- قانون جدید تا جایی بر وقایع آینده حکومت دارد که با حق مکتب برخ ورد نداشته باشد.

- در رابطه با حقوق انتقالی در نظریه های علمی، به طور معمول یکی از دو شیوه ی شخصی و نوعی تأیید می شود . ولی در رویه های قضایی هر دو روش را به کار می گیرند .

- وراثت تابع قانونی است که در زمان تحقق ارث حکومت دارد ، هر چند که حق وارثان پیش از تص فیه ترکه متزلزل باشد .

فصل اول: تحقق ارث:

مرگ سبب حرکت دارایی و تحقق ارث و امور دیگر شرط حرکت یا مانع آن به سوی خویشان است و آمیختن آن و از نظر علمی روا نیست.

مبحث اول: زمان تحقق:

الف- مرگ مورث:

1. مدت حقیقی و فرضی: «م 867 ق م»: سبب تحقق ارث دو عامل گوناگون نیست، یک عامل است در دو چهره که یکی حقیقی است و دیگری فرضی. این تحلیل نیز تنها در مقام اثبات است نه ثبوت.

- حکم موت فرضی، در همان حال که اعلام کننده است، چهره ی تأسیسی نیز دارد .

- صدور حکم موت فرضی غایب، تا زمانی که زندگی یا مرگ حقیقی معلوم نشده است، تمام آثار مرگ حقیقی را دارد .

2. تاریخ تملک و ارثان: دو لحظه ی مرگ و تملک و ارثان مقارن با هم و در دید عرف یکی است . اجمالاً می توان گفت لحظه مرگ تاریخ تحقق ارث است.

3. اهمیت اثبات تاریخ مرگ مورث: در این لحظه است که باید دید چه کسانی قابلیت ارث بردن را دارند و وارث محسوب می شوند.

- تاریخ شرکت و ارثان در ترکیه نیز همین لحظه است .

- در مورد غایب مفقودالاثَر، تاریخی است که در حکم موت فرضی اعلام می شود . و تا خلاف آن با موت حقیقی یا حیات اثبات نشده است، اعتبار دارد.

- حکم موت فرضی غایب در موردی صادر می شود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین شخصی زنده نمی ماند .

- در هر حال مأمور ثبت احوال هیچگاه احراز کننده ی مرگ نیست و نقش او محدود به ثبت اعلام واقعه مرگ است ، به همین جهت اثبات خلاف آنچه در اسناد سجلی درباره ی تاریخ فوت می آید نیاز به ادعای جعل ندارد.

ب- اثبات فوت در حالت توارث:

1. زمان فوت یکی معلوم و دیگری مجهول است : «م 874 ق م» - اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد، فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است، از آن دیگری ارث می برد.

- طبق اصل تأخر حادث عمل می شود .- بیشتر نویسندگان در توجیه «م 874 ق م» استصحاب بقای حیات کسی را که تاریخ مرگ او معلوم نیست بر اصل تأخر حادث افزوده اند .

2. تاریخ فوت و تقدم و تأخر هر دو نامعلوم است . اثر جهل به تاریخ فوت : عدم توارث: «م 873 ق م». در موردی که همه در یک حادثه مرده اند، مانند اینکه ساکنان قریه ای در اثر زلزله یا طغیان رودخانه یا آتش سوزی تلف می شوند . فرض بر این است که همه در یک زمان مرده اند و توارث میان مردگان را ناممکن می سازد .

-حالتی که متوارثان در یک حادثه تلف نشده اند . (مانند اینکه یکی سگته کرده و دیگری مقارن با این حادثه زیر آوارمانده است، یا همه به مرگ طبیعی مرده اند .

3. توارث فرضی کسانی که در نتیجه ی غرق شدن یا آوار مرده اند . شرایط آن :

نخست. سبب خارجی و مشترک مرگ .

دوم. جهل به تاریخ فوت و تقدم و تأخر آن : اگر احراز شود که مرگ همه مقارن یکدیگر بوده است، حکم به توارث داده نمی‌شود.

سوم- توارث: هرگاه هیچ یک از دیگری ارث نبرد یا تنها یکی از دیگری ارث ببرد، تفاوتی میان غرق و عدم و سایر حادثه ها نیست. در صورت جمع این سه شرط: هرگاه یکی از دو وارث دارای مال باشد و دیگری ترک ه ای از خود به جا ی نهد ترکه باقیمانده به وارث مفلس و از او به وارثانش می رسد .

ج- مکان تحقق ارث:

1. مکان تحقق ارث مرکز اجرای قواعد مربوط به اداره و تصفیه ترکه است .

2. قانون حاکم بر حفظ و داره ترکه نیز تابع همین محل است .

3. قانون مدنی درباره ی مکان تحقق ارث حکم صریحی ندارد .

4. قانون فرانسه و سویس و بسیاری از پیمانهای بین المللی آخرین اقامتگاه متوفی را محل تحقق ارث دانسته است .

5. از ظاهر قانون امور حسبی چنین بر می آید که در ایران نیز آخرین اقامتگاه متوفی به عنوان مکان تحقق ترکه است .

6. هرگاه متوفی در ایران اقامتگاه یا محل سکنی نداشته باشد، دادگاه محل وقوع ترکه است .

فصل دوم: موجبات ارث :

معنی موجبات: به معنی عام، اسباب و شرایطی است که اگر جمع شود، ترکه از مورث به بازماندگان او انتقال می یابد

- قانون مدنی موجبات ارث را به معنی اسباب قهری ارث آورده است .

مرگ مورث و قرابت هر دو از موجبات ارث است- منتها چون مرگ مورث امری حادث و آغاز حرکت انتقالی است، آن را در تحقق ارث آورده اند و قرابت را در موجبات .

مبحث اول- قرابت (موجب ارث)

قرابت نسبی و سببی :

نسب مفهوم اعتباری و ویژه ی موردی است که از نکاح شرعی یا در حک م آن باشد . و قانون نسب طبیعی را محترم دارد . در قرابت نسبی نظام طبقاتی حکومت دارد .

در قرابت سببی- وراثت تنها میان زن و شوهر است .

گفتار اول- قرابت نسبی :

-قانون مدنی در ارث به مفهوم خانواده گسترده تکیه کرده است .

در نظام حقوقی، ارزش همگامی با مصلحت و نیاز به ارزش سنتها- به عنوان ستونهای تمدن قومی- دو عامل نیرومند محرک است.

الف. طبقه های وارثان و درجه نزدیکی آنها

1. پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد «طبقه اول»

2. اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها.

3- اعمام و عمات و احوال و خالات و اولاد آنها.

قاعده وراثت: در تعیین وارث یا وارثانی که در میان خویشان نسبی برگزیده می شوند ضابطه اصلی نزدیکی درجه قرابت است.

- این ضابطه امری است و با قرارداد یا وصیت نمی توان وارثی را از ارث محروم کرده .

1- حجب: تعریف و اقسام:

- حجب حالت وارثی است که بواسطه ی بودن وارث دیگر از ارث بردن کلاً یا جزئاً محروم می شود .

- بر دو نوع است: که وارث از اصل ارث محروم می شود . حجب نقصانی: فرض ارث از حد اعلی به ادنی نزول کند.

*حجت حرمانی: خویش دورتر با وجود خویش نزدیکتر وارث نیست .

- ضابطه ی حجب از اصل ارث رعایت اقربیت به میت است.

- قائم مقامی اول در ارث، استثناً بر قاعده ی تقدم وارث نزدیکتر نیست .

نک- زن و شوهر با تمام طبقه های وارثان نسبی ارث می برند و د رمیراث آنان اثری ندارد ند و تغییری در حالت مورد نص نمی دهد.

*حجت نقصانی: حالت وارثی است که بواسطه ی بودن وارث دیگر، از حد اعلای ح صه ی خود به حد ادنی نازل می گردد
مثل حصه ی شوهر از نصف به ربع، در صورتی که برای زوجه اولاد باشد.

-این تعریف متناسب با موردی است که قرض یا سهم وارثی از ترکه معلوم باشد و وجود وارث دیگر ا و را از بخشی از آن محروم سازد.

نخست- حجب پدر و مادر: «892 ق م»: وقتی که برای میت اولاد یا اولاد اولاد باشد، در این صورت ابوین میت از بردن بیش از یک ثلث محروم می شوند .

نک: ارث به قرابت سهم نامعینی است که به تناسب شمار وارثان در هر مورد تغ یر می کند. مانند حصه ی پسر که به شمار برادران و خواهران و اجداد بستگی دارد .

دوم- حجب مادر در صورت وجود اخوه :

- حجب واقعی در صورتی رخ می ده د که وجود خویش که در زمره ی وارثان نیست وضع ع ادی میراث را بر هم زند و وارثی را از سهم طبیعی خود محروم سازد .

-وقتی که برای میت چند برادر و خواهر باشد، د راین صورت، مادر میت از بردن بیش از یک س وم محروم می شود.مشروط بر اینکه: 1. لااقل دو برادر یا یک برادر با دو خواهر یا چهار خواهر باشند . 2. پدر آنها زنده باشد. 3. از ارث ممنوع نباشد 4. ابوینی یا ابی تنها باشند.

نک: هرگاه درحین موت مورث حملی باشد که، اگر قابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت دیگر می گردد- تقسیم ارث به عمل نمی آید تا حال او معلوم شود .

✱ وراثت به قائم مقامی :

1. تعریف و قاعده : قائم مقامی فرزندان از نسلی که اگر زنده می بود، در زمره ی وارثان می آمد، مبتنی بر فرض وجود آن نسل واسطه است. قاعده ای است که در هر سه طبقه ی وارثان اعمال می شود.

- حکمت فرض وجود برای وارثانی که مجال رسیدن به میراث خود را نیافته اند ، رعایت عدالت است تا بازماندگان آنان از نصیب پدر استفاده کنند.

- هرگاه از گروه وارثان هم درجه در طبقه ای کسی باقی نمانده باشند نسل بعد هر یک از اعضای این گروه یا صنف به قائم مقامی نسل بی واسطه میراث او را می برند و ترکه چنان تقسیم می شود که گویی آن نسل به هنگام مرگ مورث زنده بوده است، مگر اینکه فرزندان در طبق دیگر قرار گیرند .

2- شرایط قائم مقامی :

نخست- از صنف نسلی که بی واسطه به متوفی می رسد کسی زنده نباشد .

دوم- قائم مقام باید نزدیک ترین نسل به نسل بی واسطه (پدر) باشد، تا اقرب به میت نیز محسوب شود .

سوم- قائم مقام نباید ممنوع از ارث باشد .

چهارم- نسل واسطه و مستقیم نیز باید در شمار وارثان باشد و ممنوع از ارث نباشد، زیرا خود در شمار وارثان نمی آید تا قائم مقام سهم او را ببرد.

پنجم- نسل واسطه باید پیش از مورث مرده باشد، اگر نسل واسطه در زمان مرگ مورث زنده باشد، سهم خود را از میراث او تملک می کند و اگر او نیز بمیرد ، ترکه اش به نواده ها می رسد .

نك-موت فرضی غایب نیز در حکم موت طبیعی است، با این تفاوت که، در مرگ طبیعی همه چیز قطعی و بر پایه ی واقعیت است، و در موت فرضی بر مبنای اماره و غلبه است .

نك- اموال غایب مفقود الاثر تقسیم نمی شود، مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضای مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی ماند .

✱ آثار قائم مقامی:

- قائم مقام سهم پدر را به طور مستقیم از مورث می برد، به حساب پدر و به نام خود.

1. به حساب پدر ارث می برند : یعنی سهم او را در کنار وارثان می برند نه حصه ای را که به شخص هر یک به عنوان وارث می رسد.

2. به همان کیفیت ارث می برند، مثلاً فرزندان اخوه امی در طبقه دوم- همانند پدر در درجه ی نخست- سهم پدر را بین خود برابر تقسیم می کنند و پسر امتیازی بر دختر ندارد .

3. سهمی که می برد به نام خود اوست، نه همچون وکیل به نام نسل واسطه، و نتیجه ی مهم آن دور ماندن این سهم از دسترس طلبکاران نسل واسطه و مصون ماندن از وصایای اوست . و نتیجه ی مهم دیگر آن این است که ممنوع بودن نسل واسطه از تملک ترکه، بدلیل قتل یا کفر، به قائم مقام آنها سرایت نمی کند .

4. قائم مقامی ممکن است سبب حجب نقصانی نیز بشود مثلاً اگر وارثان منحصر به پدر و م ادر باشند، تمام ترکه به آنان می رسد، ولی قائم مقامی نوادگان از دو دختر از دست رفته ی مورث سبب می شود، که سهم پدر و مادر از یک سوم ترکه تجاوز نکند.

گفتار دوم: قرابت سببی:

الف- توارث در خانواده کوچک:

هر کس در هر خط و به هر درجه که با یک نفر قرابت نسبی داشته باشد، در همان خط و به همان درجه قرابت سببی با زوج یا زوجه ی او خواهد داشت - بنابراین پدر و مادر یک زن ، اقربای درجه ی اول آن مرد، و برادر و خواهر شوهر یک زن از اقربای ی سببی درجه ی دوم آن زن خواهد بود .

- برخلاف توارث در خانواده نسبی، در گروه خویشان سببی تنها زن و شوهر از یکدیگر ارث می برند .

ب- وراثت تبعی و انحلال پذیر زن و شوهر:

1. بنیان قرابت و توارث میان زن و شوهر، عقد نکاح است، هر چند که منتهی به نزدیکی نشود .

ج- ویژگی های توارث:

1. زن و شوهر در کنار همه ی طبقه های وارثان نسبی فرض خورا از ترکه می برند، نه حاجب دیگران می شوند و نه وارثی مانع ارث بردن آنهاست . بنابراین ارث زن و شوهر در برابر خویشان نسبی ثابت و مقدم بر کسانی است که به قرابت ارث می برند.

2. این تبعیض میان زن و شوهر است که :

نخست- اگر زن بمیرد و وارث دیگری نداشته باشد، شوهر تمام ترکه ی او را به میراث می برد .

دوم- اگر شوهر بمیرد و وارث دیگری نداشته باشد، زن همان نصیب مفروض خود « يك چهارم ترکه» را می برد و بقیه ی دارایی شوهر او، همانند ترکه ی بی وارث، به دولت داده می شود .

سوم- شوهر فرض خود را از تمام اموال زن می برد، ولی زن از عرصه (زمین) محروم است و در ابنیه و اشمار از قیمت آنها ارث می برد.

4. توارث از توابع نکاح دائم است، در نکاح منقطع، نه زن از شوهر ارث می برد و نه شوهر از زن .

- شرط وراثت در نکاح منقطع نافذ نیست .

گفتار سوم: حکومت در ترکه بی وارث:

«م 866 ق م»: در صورت نبودن وارث ، امر ترکه ی متوفی با حاکم است . از این ماده فهمیده می شود، حاکم وارث نیست، مدیر و حافظ منافع عمومی است و ترکه به دار ایی خصوصی شخص معین انتقال نمی یابد .
- اداره ی ترکه ی بی وارث با حکم دادگاه و تعیین مدیر ترکه آغاز می شود .

«م 334 ق ا ح»: مدیر ترکه، پس از تحریر ترکه، دیدن و واجبات مالی متوفی را اداره کرده، مورد وصیت را، در صورتی که وصیت شده باشد، خارج و باقیمانده ی ترکه را ، از اموال منقول و غیر منقول و وجه نقد که در تصرف دولت یا بنگاههای بازرگانی و صرافی و غیره یا اشخاصی است، به دادستان تسلیم می کند که به ترتیب مقرر در آئین نامه ی وزارت دادگستری نگهداری نماید.

- «م 325 ق ا ح»: اگر از تاریخ تحریر ترکه تا 10 سال وارث متوفی معلوم شود، ترکه به او داده می شود، و پس از گذشتن مدت نامبرده ، باقیمانده ترکه به خزانه ی دولت تسلیم می شود و ادعای حق نسبت به ترکه از کسی، به هر عنوان که باشد پذیرفته نیست.

*سیر انتقال ترکه ی بی وارث به خزانه ی عمومی :

1) اداره ی ترکه 2) حفظ ترکه به عنوان امانت شرعی 3) تملک ترکه به عموم .

گفتار چهارم: اجتماع اسباب :

- «م 865 ق م»: اگر در شخص واحد موجبات متعدده ی ارث جمع شود ، به جهت تمام آن موجبات ارث می برد . مگر اینکه بعضی از آنها مانع دیگری باشد، که در این صورت، فقط از جهت عنوان مانع می برد . در نتیجه: هرگله جمع دو یا چند سبب در اجرای قواعد ارث فراهم آید، هر سبب نفوذ ویژه ی خود را دارد.

الف) جمع دو عنوان نسبی و سببی

مثلاً در فرضی که پسر عمو و دختر عمو یا پسر خاله و دختر خاله یا پسر عمه و دختر دایی با هم ازدواج می کن ند، در این فرض، اگر شوهر مرده باشد، همسر او به عنوان زوجه ، فرض خود را می برد و به عنوان دختر عمو در زمره ی خویشان نسبی او در می آید. البته در صورتی که در طبقه های وارشان حاجب نداشته باشد .

ب) جمع دو عنوان نسبی

مثلاً دو برادر با دو خواهر ازدواج کنند و فرزندان آن دو وارث نزدیکتری نداشته باشند . در این فرض، پسر عمو، پسر خاله نیز است و به هر دو عنوان ارث می برد .

مبحث دوم : شرایط ارث:

- مقصود از شرایط تحقق ارث، عواملی است که وجود آنها برای انتقال ترکه و اهلیت تملک آن ضروری است . بدون اینکه میان وجود آن عوامل و تحقق ارث ملازمه ای باشد .

الف- وجود وارث:

1. «م 875 ق م»: شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است . مبنای حکم قانون این قاعده ی عقلی است که مالکیت قائم به معدوم نمی شود.

2. با شک در حیات حین ولادت ، حکم وراثت داده نمی شود .

3. اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد، فقط آن که تاریخ فوتش مجهول است، از آن دیگری ارث می برد .

4. «م 875 ق م»: حمل را از تاریخ انعقاد نطفه موجود می داند، موجودی که در حال انسان شدن است و از حقوق مدنی بهتر می برد.

5. در صورت اختلاف در زمان انعقاد نطفه، امارات قانونی که برای اثبات نسب مقرر است، رعایت می شود . در اماره قانونی نسب، تاریخ نزدیکی مبدأ اندازه گیری زمان حداقل و اکثر مدت حمل است .

ب- اهلیت و صلاحیت تملک میراث:

1. اهلیت تملک:

نخست- لزوم شخصیت یافتن حمل که باید زنده بدنیا بیاید .

دوم- شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی ارث می برد که نطفه ی او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود، اگر چه فوراً پس از ازدواج بمیرد .

سوم- معمولاً احراز زنده بودن حمل به هنگام تولد با ارائه ی شناسنامه صورت می پذیرد . ولی سخن نهایی با ن ظر پزشک کارشناس است.

چهارم- اگر حمل در نتیجه ی جرم ی سقط شود موصی به ، به ورثه ی او می رسد .

پنجم- مرگ حمل در جریان ولادت و پیش از انفصال کامل از اندام مادر باعث حرمان او از ارث است .

2. صلاحیت تملک:

- لزوم مشروع بودن نسب : «م 884 ق م»: ولالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی برد، لیکن اگر حرمت رابطه ای که طفل ثمره ی آن است نسبت به یکی از ابوین ثابت و نسبت به دیگری بواسطه ی اکراه یا شبهه زنا نباشد طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می برد و بالعکس .

- انکار انتساب فرزندان در لعان : بعد از لعان زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی برند و همچنین فرزندی که به سبب انکار او لعان واقع شده از پدر و پدر از او ارث نمی برد، لیکن فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و همچنین مادر و خویشان مادری از او ارث می برند.

- طفل ناشی از تلقیح مصنوعی : تلقیح مصنوعی نیز در صورتی نسب طبیعی را مشروع می سازد که از نطفه ی شوهر باشد یا ندانسته انجام شود.

- تأمین ارث حمل : «م 878 »: هرگاه در حین موت مورخ حملی باشد که ، اگر قابل وراثت متولد شود، مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت دیگر می گردد، تقسیم ارث به عمل نمی آید تا حال او معلوم شود، و اگر حمل مانع از ارث هیچ یک از سایر

وراث نباشد و آنها بخواهند ترکه را تقسیم کنند باید برای حمل حصه ای که مساوی حصه ی دو پسر از همان طبقه باشد ، کنار گذارند و حصه ی هر یک از وراث مراعی است تا حال حمل معلوم شود .

مبحث سوم: موانع ارث:

الف- قتل مورث:

1. کسی که مورث خود را عمداً بکشد از ارث او ممنوع می شود .
2. حرمان از ارث مجانات منی ارتکاب قتل و نشان بی لیاقتی و ارث در تملک ترکه مقتول است .
3. حرمان قاتل قاعده ای به نظم عمومی است و با بخشیدگی مورث از بین نمی رود .
4. در صورتی که موصی له به انگیزه ی تکملک موصی به ، موصی را بکشد، وصیت باطل می شود، تا او از این نیت پلید سود نبود.
5. اولاد و اقوام کسانی که از ارث محروم می شوند، محروم از ارث نمی باشند، بنابراین اولاد کسی که پدر خود را کشته باشد از جد مقتول خود ارث می برد، اگر وراث نزدیکتری باعث حرمان آنان نشود .

ب- کفر:

1. کفر و ایمان در زمان تحقق ارث معیار است . پس، اگر وراثی بعد از تملک ترکه و پیش از تقسیم آن کافر شود، از ارث محروم نیست.
2. آثار کفر:

نخست- نسبت به خص کافر، اثر کفر جریان حرمان او از ارث است و اگر در بین ورثه ی متوفای کافری مسلمان باشد، وراث کافر ارث نمی برند- اگر چه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلمان باشند .

دوم- نسبت به فرزندان کافر اثری ندارد .

فصل سوم: اداره و انتقال ترکه:

مبحث اول: ترکیب و تصفیه ترکه:

ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند .

گفتار اول- ترکیب ترکه:

الف- قاعده: اصل انتقال اموال و حقوق مالی:

- 1- ارث سبب انتقال جمعی اموال و حقوق مالی است .
- 2- برای تعیین میزان ترکه، باید همه ی اموالی که هنگام مرگ در ملکیت او بوده است به حساب آید . هر چند بعد از آن تلف شود.

ب- اعمال قاعده و رفع شعبه ها

1. دیه قتل مورث : در فقه امامیه، مشهور دیه را در حکم مال میت می داند . حق قصاص نیز به ارث می رسد ولی زوج و زوجه از آن بی بهره اند.
2. دیه ناشی از جرم یا خطای مدنی :
نخست. ضرر وارد بر جسم و روان مورث: در مورد ضرر و زیان وارد بر جسم و ضرر عاطفی : هدف از جبران این گونه زیانها تسکین دردهای ناشی از لطمه به شخصیت زیاندیده است.
در مورد لطمه های مربوط به حیثیت و شهرت خانوادگی ، باید امکان مطالبه را محدود به موردی ساخت که زیان دیده (مورث) آن را تقویم و مطالبه کرده است .
2. ضرر و زیان وارد بر وارث : خساراتی که گرفته می شود عوض زیان وارد شده به وارثان است و به طور مستقیم به دارایی آنان می رود و ربطی به ترکه ندارد .
3. طلبهای مورث:
نخست. در صورتی که احتمال وصول طلب چندان زیاد باشد که عرف آن را قطعی و قابل اعتماد بدانند . احتمال ناچیز عدم وصول طلب کافی نیست که حقوق وارثان و طلبکاران و موصی له معلق بماند پس جزء ترکه محسوب می شوند .
دوم. مطالبات معلق مورث، قبل از تحقق شرط ارزشی ندارد . و در محاسبه ی ترکه منظور نمی شود .
4. نماآت: درآمدها و محصول طبیعی و صنعتی که در دوران حیات مورث ایجاد شده است، جزء ترکه محسوب می شود، نما آتی هم که بعد از مرگ او به دست می آید، تا زمانی که ترکه تصفیه نشده، از توابع آن است و طلبکاران نیز می توانند از آن استفاده کنند.
5. وجه بیمه عمر:
نخست. در فرضی که تعهد بیمه گر به نفع شخص معین است : در این مورد هیچ گاه وجه بیمه به ترکه نمی پیوندد . هر چند که ذینفع معین از وارثان باشد. زیرا قرار داد بیمه تصرفی است که در زمان حیات واقع شده و بر طبق مفاد قرار داد و منظور بیمه گذار تعهد بیمه گر به طور مستقیم به سود شخص یا اشخاص معین (ثالث) است و بعد از مرگ نیز بی واسطه به دارایی آنان می پیوندد و وارثان و طلبکاران و موصی له حقی بر آن ندارند .
دوم. در فرضی که ذینفعی برای بیمه معین نشده یا تعهد به سود وارثان به طور کلی است، ذینفع واقعی دارایی بیمه گذار است. پس بعد از تحقق شرط پرداخت سرمایه، آن وجه به دارایی متوفی افزوده می شود .
- 6- حقوق صنفی: وظیفه، بازنشستگی: این موارد که با شرایطی به وارثان تحت تکفل و نیاز مند متوفی داده می شود؛ در واقع کمکی به بازماندگان به مناسبت خدمات او است و نباید آن را در زمره ی ترکه و متعلق طلبکاران آورد .
- 7- اموالی که وارثان توان تصرف در آن را ندارند: تمایل عمومی بر این است که این اموال از ترکه جدا شوند تا به زیان وارثان بر تعهدهای آن نیفزاید. قانون مدنی در این باره حکمی ندارد .
- 8- حقوق متعلق به مورث : حقوق متعلق به مورث نیز در زمره ی ترکه ی او به وارثان می رسد، مگر در مواردی که حق وابسته به شخصیت او باشد و با زوال آن از بین برود ، حق فسخ نیز پس از فوت مورث به وارثان می رسد .

ج) آیین دادرسی:

1- تحریر ترکه :

نخست. مقصود از تحریر ترکه تعیین مقدار ترکه و دیون متوفی است .

دوم. آیین رسیدگی به درخواست ترکیب ترکه ت رافعی نیست و دادگاه نه دعوایی را فصل می کند، نه حق و تکلیفی را اعلام می‌دارد، اقدام او چهره ی تأمینی دارد و تابع امور ح سربی است و در اصطلاح «تحریر ترکه» نامیده می شود.

سوم- هدف تحریر ترکه اندکی گسترده تر از تعیین ترکیب آن است، در جریان آن ترکه ارزیابی هم می شود، و زمینه برای قبول یا رد ترکه فراهم می آید .

2- درخواست اختیاری و اجباری :

نخست. درخواست تحریر ترکه اختیاری است : درخواست تحریر ترکه از ورثه یا نماینده ی قانونی آنها و وصی برای اداره ی اموال پذیرفته می شود.

- بعد از تحریر ترکه درخواست مهر و موم پذیرفته نمی شود و اگر د راثناء تحریر ترکه درخواست مهر و موم بشود؛ فقط آن مقداری که تحریر نشده است، مهر و موم می گردد .

دوم. در مواردی که حقوق غایبان و محجوران در ترکه در معرض خطر است یا ترکه متعلق حقوق عمومی قرار گیرد- درخواست تحریر ترکه برای امین یا قیم اجباری است .

3- آیین تحریر ترکه : دادگاه صالح برای رسیدگی به درخواست «وقتی را که کمتر از یک ماه و بیش از سه ماه از تاریخ نشر آگهی نباشد معین می کند و در یکی از روزنامه های کثیرالانتشار وقت دادگاه اعلام می شود . غیبت اشخاصی که احضار شده اند مانع تحریر ترکه نیست. مهر و موم و برداشتن مهر و موم و تحریر و اداره ی ترکه اتباع خارجه به همان طریقی خواهد بود که برای اتباع ایران مقرر است.

4- آثار جریان تحریر ترکه:

نخست. در مدتی که ترکه تحریر می شود؛ تصرف در ترکه ممنوع است ، مگر تصرفاتی که برای اداره و حفظ ترکه لازم است .
دوم. عملیات اجرایی راجع به بدهی متوفی در مدت تحریر ترکه معلق می ماند .

سوم. مرور زمان نسبت به مطالبات متوفی در مدت تحریر ترکه جاری نمی شود .

چهارم. دعوای راجع به ترکه یا بدهی متوفی در مدت تحریر ترکه توقیف می شود .

گفتار دوم- تصفیه ترکه:

الف) قواعد تصفیه:

1-حقوق و دیون متعلق به ترکه :

نخست. برای دستیابی به ترکه خالص باید دین و حقوق متعلق به آن را کاست .

دوم- دیون ترکه:

-قیمت کفن میت و حقوقی که متعلق به اعیان ترکه، مثل عینی که متعلق رهن است .

- دیون و واجبات مالی متوفی.

- وصایای میت تا ثلث ترکه بدن اجازه ی ورثه و زیاده بر ثلث با اجازه ی آنها است.

نک: در مقام تشبیه، تعلق حق طلبکاران بر ترکه را می توان با حقی که طلبکاران ورشکسته بر دارایی او در دور ان تصفیه دارند، مانند کرد.

2- ترتیب تقدم و تأخر دیون:

در صورتی که مقدار ترکه بیش از دیون باشد، همه ی آنها پرداخته می شود و گر نه :

- دیون و وصایا بر ارث تقدم دارند.

- مرتهن نسبت به مال مرهون بر سایر بستانکاران مقدم است .

ب) آیین دادرسی:

- تحریر ترکه مقدم ه ی تصفیه آن است، پس از تعیین ترکیب ترکه و دیون و حقوق و هزینه هایی که باید از آن برداشته شود باید به تصفیه ترکه پرداخت و آن را آماده ی جذب به دارایی وارثان کرد .

- مقصود از تصفیه ترکه، تعیین دیون و حقوق بر عهده متوفی و پرداخت آنها و خارج کردن مورد وصیت از م ا ترک است .

- درخواست تصفیه باید کتبی باشد ، و به طور معمول بر روی برگ دادخواست نوشته می شود .

✱ آیین تصفیه:

1. نخستین اقدام دادگاه، تعیین مدیر تصفیه است که باید ظرف یک هفته برگزیده شود .

2. وظایف مدیر تصفیه:

نخست. تحریر ترکه : که به عنوان مقدمه تصفیه و تأدیه دیون- ضروری است.

دوم. اداره ترکه : مدیر تصفیه باید مطالبات متوفی را وصول و از خراب شدن اموالی که در معرض خرابی و تضییع است جلوگیری کند.

سوم. رسیدگی و تمیز حقوق ذینفعان : در رسیدگی، رعایت تشریفات قانون آیین دادرسی مدنی ضروری نیست .

چهارم. تأدیه دیون و اخراج وصایا:

- نخست طلب بستانکارانی داده می شود که وثیقه دارند .

- بعد از آن ها وصایای متوفی خارج می شود . تصفیه ترکه متوفی اگر بازرگان باشد تابع مقررات تصفیه ی امور بازرگانان متوقف است.

نک: پس از تعیین حقوق و دیون متوفی و پرداخت آن و اخراج مورد وصیت، اگر از تر که چیزی باقی بماند، ترکه به ورثه داده می شود.

مبحث دوم: تملک وارثان :

تاریخ انتقال ترکه، مرگ مورث است، ولی در همان حال حق وارثان در ترکه مست حلیل است (در حکم مال میت) و آزاد شدن آن در گرو ادای واجبات است. نماء ترکه نیز در دوران انتقالی به آن افزودن می شود تا همه ی ذینفعان و شریکان به ترتیب از آن استفاده کنند.

الف- دعاوی ترکه:

1- دعاوی دیگران بر ترکه: کسانی که ادعای حقی بر ترکه دارند، خواه خواسته آنها تسلیم عین خاص باشد یا طلب ا ز مورث باید به طرفیت وارثان اقامه دعوی کنند.

2. دعاوی ترکه بر دیگران: بر عهده ی مدیر آن است.

ب- موضع وارثان در برابر ترکه:

1. قبول بی قید ترکه: موضعی که به طور معمول وارثان نزدیکتر انتخاب می کنند.

2. قبول در حدود صورت تحریر ترکه: این طریق در مرحله ی اثبات، اماره ی کفایت ترکه را از بین می برد و وارث را در موضع مناسب تری قرار می دهد.

3. رد ترکه: در این فرض وارث در تصفیه و اداره ترکه دخالت نمی کند ولی اگر پس از تصفیه ترکه چیزی باقی بماند، می تواند تملک کند.

نک: در صورتی که ورثه فقط مطابق صورت تحریر ترکه، ترکه و دیون را قبول کنند باید در ظرف مدت یک ماه از تاریخ فوت مورث این مطلب را به دادگاه اطلاع دهند.

نک: پس از تحریر ترکه نیز ورثه می توانند در ظرف یکماه از تاریخ اطلاع به خاتمه تحریر ترکه قبول یا رد خود را اظهار نمایند و دادگاه می تواند به حسب اقتضاء این مدت را زیاد کنند

نک: وارثی که ترکه را در حدود صورت تحریر پذیرفته است، در گروه وارثانی قرار می گیرد که ترکه را قبول کرده اند و به همین دلیل، ولایت او بر ترکه باقی می ماند. و معیار تعیین مسئولیت چنین وارثی صورت تحریر ترکه است.

فصل چهارم: تقسیم ترکه و سهام وارثان:

مبحث اول- ارث به فرض:

گفتار نخست: قواعد عمومی تقسیم:

الف- مفهوم و آلتو فرض:

صاحبان فرض کسانی که سهام آنان از ترکه معین است پس فرض سه م ویژه ای از ترکه است که قانون برای گروهی از وارثان در هر طبقه معین می کند.

- از ترکه میت هر صاحب فرض حصه ی خود را می برد و بقیه به صاحبان قرابت می رسد.

ب- رد به قرابت و منع تعصیب: این موضوع در مواردی مطرح می شود که:

1- در میان وارثان بعضی به فرض ارث می‌برند، زیرا تنها در این مورد است که به دلیل ثبات و تقدم نصیب فرض بدان، مسأله رد به قرابت به آنان طرح می‌شود.

2- ترکه بیش از فرضهای وارثان باشد. در این حالت با رعایت قاعده ی تقدم خویش نزدیکتر، زاید بر فرض به او یا به خویشان نزدیکتر رد می‌شود.

رد به قرابت در مورد وارثان سببی (زوج- زوجه)، تابع احکام وارثان نسبی نیست. و تنها زمانی که برای متوفی و ارثی به غیر از زوج نباشد، زائد از فریضه به او رد می‌شود.

ج- نقص ترکه و بطلان عول

اگر بواسطه ی بودن چ ندین نفر صاحبان فرض، ترکه میت کفاف نصیب تمام آنها را نکند، نقص بر دختر و دختران وارد میشود. هرگاه بواسطه ورود زوج یا زوجه یا زوجه نقصی موجود گردد نقص بر کلاله ابوینی یا ابی یا بر اجداد ابی وارد میشود.

گفتار دوم: فرض بران:

الف- وارثانی که تنها به فرض ارث می‌برند:

$$\text{مادر} \left(\frac{1}{6} - \frac{1}{3} \right) \quad \text{زوج:} \left(\frac{1}{4} - \frac{1}{2} \right) \quad \text{زوجه} \left(\frac{1}{8} - \frac{1}{4} \right)$$

ب- وارثانی که گاه به فرض ارث می‌برند و گاه به قرابت:

1. پدر 2. دختر و دخترها 3. خواهرهای ابی یا ابوینی و کلاله ی امی.

ج- وارثانی که فرض ندارند:

وراث دیگر به غیر از مذکورین در دو مورد فوق، فقط به قرابت ارث می‌برند.

گفتار سوم: فرضها، سهام معین:

الف- مرجع تعیین فرض:

- وابستگی کامل قانون مدنی به فقه بویژه در مورد قواعد حاکم بر ارث، این اندیشه تقویت می‌شود که مقصود از سه ام معین مفهومی است که در فقه اراده شده است.

- در فقه به سهمی فرض گفته می‌شود که در کتاب خدا آمده است و قرآن مرجع تعیین فرض است.

ب- فرض های ویژه:

1- نصف: «يك، دوم»

نخست- شوهر در صورت نبودن اولاد برای متوفا- اگر چه از شوهر دیگر باشد.

دوم- دختر اگر فرزند منحصر باشد.

سوم- خواهر ابوینی یا ابی تنها، در صورتی که منحصر به فرد باشد.

2- رِبْع: «يَك، چهارم»

نخست- شوهر در صورت فوت زن با داشتن اولاد .

دوم- زوجه یا زوجه ها- در صورت فوت شوهر بدون اولاد- نواده نیز مانند اولاد وقائم مقام اوست.

3. ثَمَن: «يَك، هشتم»

فريضة ی زوجه یا زوجه هاست، در صورت فوت شوهر با داشتن اولاد .

4. دُو ثَلَاث: «دو، سوم»

نخست- دو دختر و بیشتر در صورت نبودن اولاد ذکور

دوم- دو خواهر و بیشتر ابوينی یا ابي تنها با نبودن برادر.

5. ثَلَاث: «يَك، سوم»

نخست. مادر متوفی: در صورتی که ميت اولاد و اخوه نداشته باشد.

دوم. كلاله ی امی: در صورتی که بیش از یکی باشد .

6. سِدْس: «يَك، ششم»

نخست- پدر و مادر

دوم- كلاله ی امی اگر تنها باشد .

مبحث دوم: ارث به نسب:

الف- وارث منفرد در طبقه ی اول:

1. پدر : $\frac{1}{6}$ به فرض: بقیه به قرابت

2. مادر $\frac{1}{3}$ به فرض بقیه به قرابت

3. دختر $\frac{1}{2}$ به فرض بقیه به قرابت .

4. پسر: کل ترکه را به قرابت می برد .

ب- وارث متعدد با فرض نبودن زوج و زوجه در طبقه اول:

1- منحصر به دسته اول (پدر و مادر):

نخست. مادر با حاجب خاصه: $\frac{1}{2}$ به فرض سهم مادر ، و بقیه به قرابت سهم پدر است .

دوم- مادر بدون حاجب خاصه: $\frac{1}{3}$ به فرض سهم مادر ، و بقیه به قرابت به پدر می رسد.

2- منحصر به دسته دوم (فرزندان):

نخست- متحدالجنس هستند یعنی فقط پسر یا دختر هستند : بالسویه

دوم- مختلف الجنس : ذکور دو برابر اناث

3- اجتماع دو دسته فوق :

نخست. پدر و مادر و یک دختر :

مادر با حاجب : $\frac{1}{6}$ مادر و به رد نمی برد و $\frac{1}{6}$ پدر و $\frac{1}{2}$ دختر

مادر بدون حاجب : $\frac{1}{6}$ مادر و به رد می برد و $\frac{1}{6}$ پدر و $\frac{1}{2}$ دختر.

دوم- پدر یا مادر و یک دختر :

$\frac{1}{6}$ پدر و یا $\frac{1}{6}$ مادر و $\frac{1}{2}$ دختر و فرض حاجب نظیر مورد بالا

سوم. پدر و مادر و چند دختر :

$\frac{1}{6} + \frac{1}{6} + \frac{2}{3}$ بالسویه و در صورت وجود حاجب : عدم رد به مادر

چهارم. پدر و مادر یا پدر یا مادر و پسر یا پسران : پدر یا مادر فرض خود را می برند و بقیه برای پسران .

3- وارث متعدد با فرض زوج و زوجه در طبقه

نخست. زوج $\frac{1}{4}$ و زوجه $\frac{1}{8}$ در صورت وجود فرزند ، و بقیه ترکه مطابق موارد قبل

دوم. زوج $\frac{1}{2}$ و زوجه $\frac{1}{4}$ در صورت عدم وجود فرزند و بقیه ترکه مطابق موارد قبل

4- وارث متعدد در طبقه دوم

نخست. منحصر به دسته اول :

جد و جده ابی : تمام ترکه ذکور دو برابر اناث

جد و جده امی : تمام ترکه بالسویه.

- جد و جده ابی و امی : $\frac{1}{3}$ بوی امی، و در صورت تعدد بالسویه و بقیه برای ابی مطابق ذکور دو برابر اناث

دوم- منحصر به کلاله :

- منحصر به خواهران ابوینی یا ابی : $\frac{2}{3}$ به فرض و بقیه به قرابت و بالسویه تقسیم می شود .

-منحصر به برادران ابوینی یا ابی : تمام ترکه به قرابت و بالسویه تقسیم می شود .

- خواهران و برادران ابوینی یا ابی: تمام ترکه به قرابت ذکور دو برابر اناث تقسیم می شود.

- خواهران و برادران ابوینی یا ابی به همراه امی:

- کلاله ی امی واحده: $\frac{1}{6}$ به فرض برای کلاله، بقیه برای ابوینی مطابق قاعده

- کلاله ی امی متعدد: $\frac{1}{3}$ به فرض برای کلاله که بالسویه تقسیم می شود و بقیه برای ابوینی مطابق قاعده

- خواهر امی و خواهر ابوینی: $\frac{1}{6}$ فرض امی: $\frac{1}{2}$ فرض ابوینی = $\frac{4}{6}$ و باقیمانده $\frac{2}{6}$ که به ابوینی رد می شود.

سوم- اجتماع اجداد وکلاله 1

- متقرب مادر منفرد است: کلاله ی امی و متقرب پدر: $\frac{1}{6}$ فرض کلاله، بقیه برای متقرب به پدر،

جده یا جدۀ امی و متقرب پدر: $\frac{1}{3}$ فرض کلاله- بقیه برای متقرب پدر

- متقرب مادر متعدد و متقرب پدر: $\frac{1}{3}$ فرض متقرب مادر که بالسویه تقسیم می شود و بقیه برای متقرب پدر

چهارم- با اضافه شدن زوج و زوجه: فرض زوج $\frac{1}{2}$ و زوجه $\frac{1}{4}$ و بقیه مطابق موارد قبل

5- وارث متعدد طبقه سوم

نخست- متقرب به مادر: «خاله و دانی» 1

دانی ها و خاله ها یا دایی ها یا خاله ها ی ابوینی (یا ابی) یا امی: تمام ترکه بالسویه، مطلقاً

- دایی ها و خاله ها و یا دایی ها یا خاله های ابوینی یا ابی و امی:

امی منفرد و ابوینی ها: $\frac{1}{6}$ امی بقیه برای ابوینی

امی متعدد و ابوینی ها: $\frac{1}{3}$ امی و بقیه برای ابوینی ها

دوم- متقرب به پدر «عمو و عمه»

-عموها به تنهایی یا عموهای ابوینی یا ابی: تمام ترکه مطابق قاعده ی ذکور دو برابر اناث

-عموها به تنهایی یا عموها با عمه های امی: تمام ترکه بالسویه

-عموها به تنهایی یا عموها با عمه های ابوینی و امی:

- امی منفرد: $\frac{1}{6}$ فرض او و بقیه برای ابوینی

- امی متعدد: $\frac{1}{3}$ فرض او که بالسویه تقسیم می شود و بقیه برای ابوینی ها

سوم- اجتماع متقرب پدر و مادر: متقرب به مادر چه منفرد، چه متعدد $\frac{1}{3}$ فرض دارد، زیرا به قائم مقامی مادر می برد و

مابقی ترکه به متقرب پدر تعلق دارد.

چهارم- با اضافه شدن زوج و زوجه به هر یک از موارد فوق، ابتدا سهم ایشان از اصل ترکه کسر و مابقی مطابق موارد مذکور تقسیم می شود.

6- میراث خنثی:

نخست- مرد بودن یا زن بودن غلبه دارد: فرد خنثی فرض یا سهم یک مرد یا یک زن که غلبه دارد را می برد.

دوم- مرد بودن یا زن بودن غلبه ندارد (خنثی مشکل): فرض او مجموع نصف سهم یک مرد و یک زن است یعنی $\frac{3}{4}$

نک:

1. انگشتی که میت معمولاً استفاده می کرده و همچنین قر آن و رختهای شخصی و شمشیر او به پسر بزرگش می رسد.

2. توارث زن و شوهر مقید به دائمی بودن نکاح است. و شرط وراثت در نکاح منقطع نافذ نیست.

3- تفاوتهای احکام ارث زن و شوهر:

نخست- میزان ارث شوهر دو برابر زن است، شوهر نصف و در صورت وجود اولاد $\frac{1}{4}$ از ترکه ی زن را ارث می برد، فرض

زن $\frac{1}{4}$ و با وجود اولاد $\frac{1}{8}$ از اموال شوهر است.

دوم- در صورتی که شوهر وارث منحصر زن باشد، تمام ترکه زن میراث اوست، ولی زن که تنها وارث شوهر است بیش از

$\frac{1}{4}$ ارث نمی برد.

سوم- شوهر از تمام اموال زن ارث می برد، در حالی که زن از زمین ارث نمی برد و از تملک عین بنا و درختان محروم است و فرض خود را از بهای آنها می برد.

4- در صورتی که تمام ورثه و اشخاصی که در ترکه شرکت دارند، حاضر و رشید باشند، به هر نحو ی که بخواهد می توانند ترکه را ما بین خود تقسیم نمایند، لیکن اگر مابین آنها محجور یا غایب باشد، تقسیم ترکه به توسط نمایندگان آنها در دادگاه بعمل می آید.

5- ترتیب شیوه های تقسیم ترکه:

نخست- افراز: به گونه ای که برای هر یک از ورثه از هر نوع اموال حصه ای معین شود. زیرا، توزیع عادلانه ی مال مشترک، بدون اینکه نیاز به تعدیل قیمت داشته باشد، ساده ترین و طبیعی ترین راه تقسیم است.

دوم- تقسیم به تعدیل: به معنی برابر داشتن بهای سهام است، هر چند موضوع آنها گوناگون باشد.

- ترتیب تقسیم آن است که، اگر مال مثلی باشد به ن سبت سهام شرکاء افراز می شود، اگر قیمی باشد، بر حسب قیمت تعدیل می شود. و بعد از افراز یا تعدیل، در صورت عدم تراضی بین شرکاء، حصه آنها به قید قرعه معین می گردد .

سوم- تقسیم به رد : ناظر به صورتی است که تقسیم به تعدیل ممکن نباشد و دادگاه ناچار شود تعدیل را به وس یله ی پرداخت مبلغی پول یا مال اضافی تأمین کند .

چهارم- اجبار به فروش و تقسیم ثمن: آخرین راه خروج از اشاعه است .

- در صورتی که مال، اعم از منقول یا غیر منقول، قابل تقسیم و تعدیل نباشد، ممکن است فروخته شده و بهای آن تقسیم شود .
- فروش آن به ترتیب عادی بعمل می آید. مگر آنکه یکی از ورثه فروش آن را بصورت مزایده درخواست کند .

5- وجود دین در تقسیم ترکه : هرگاه ترکه میت قبل از اداء دین او تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است، طلبکار باید به هر یک از وراث ، به نسبت سهم او رجوع کند، و اگر یک یا چ ند نفر از وراث معسر شده باشد، طلبکار می تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراث دیگر رجوع کند .