

حقوق مدنی

استاد: دکتر محمد حسین شهبازی

مؤسسه فرزانهان دادآفرین

www.dadafarin.com

مقدمه

حق: یعنی **سلطه، قدرت، اقتدار**. حق عبارت است از امتیاز و توانایی که قانون به افراد می دهد که بتوانند زندگی کنند.

در حقوق مدنی حق بر دو قسم است: (۱) حق مالی (۲) حق غیر مالی
حق مالی داخل در دارایی است در حالی که حق غیر مالی خارج از دارایی است. حق مالی با مال ارتباط دارد در حالی که حق غیر مالی با شخصیت انسان ارتباط دارد.
حق مالی و حق غیر مالی چند فرق دارند:

(۱) **حق مالی قابل تقویم به پول است**. یعنی اگر حق خود را بپردازد در ازای آن به تو پول می دهند. مثل حق مالکیت، وقتی مالک فرش باشیم اگر آن را بدهیم در ازای آن پول دریافت می کنیم.

ولی حق غیر مالی قابل تقویم به پول نیست. مثل حق زوجیت، حق ابوت و حق بنوت.
(۲) **حق مالی قابل نقل و انتقال است** که به صورت (۱) نقل و انتقال ارادی (۲) نقل و انتقال قهری (در اثر فوت محقق می شود)، ولی حق غیر مالی قابل نقل و انتقال نیست نه به صورت ارادی و نه قهری.

(۳) **حق مالی قابل اسقاط است**. یعنی صاحب مال می تواند حق خود را از بین ببرد مثل اعراض از ملک. ولی حق غیر مالی قابل اسقاط نیست. مثل حق زوجیت، حق ابوت (پدر هرگز نمی تواند پدر بودن خود را انکار کند).

(۴) **حق مالی قابل توقیف است**. (طلبکار می تواند حقوق مالی بدهکار را توقیف کند) ولی حق غیر مالی قابل توقیف نیست.

کل حقوق مدنی در عالم ثبوت بر دو قسم است: (۱) حق مالی (۲) حق غیر مالی
ثبوت: یعنی هر آنچه در واقع وجود دارد. برای رأی دادن فقط ثبوت کافی نیست بلکه باید حق خود را اثبات کنیم.

اثبات: عالم اثبات یعنی آنچه در عالم ثبوت است نزد قاضی مطرح شود تا او پی به عالم ثبوت ببرد. البته ثبوت همیشه قابل اثبات نیست.
حقوق مدنی کلاً ثبوت است و آیین دادرسی مدنی کلاً عالم اثبات است.

حق مالی دو قسم است: (۱) حق عینی (۲) حق دینی (حق شخصی، طلب)
حق مستقیم بر روی مال حق عینی است. یعنی رابطه ی مستقیم شخص با مال. مثلاً حق مالکیت مانند مالکیت ماشین و خانه.

حق دینی حقی است که مستقیم روی شخص است و غیر مستقیم روی مال. یعنی از طریق یک شخص به مال می رسد. مثل طلب.

حق عینی دو قسم است: (۱) حق عینی اصلی (۲) حق عینی تبعی
حق عینی اصلی: یعنی حق عینی مستقل است و وابسته به حق دیگر نیست مثل حق مالکیت که وابسته به حق دیگری نیست.

حق عینی تبعی: یعنی حق عینی وابسته به یک حق دینی است. اول باید حق دینی وجود داشته باشد تا بعداً حق عینی تبعی به وجود بیاید.

مثال: ما از بانک وام می گیریم و به بانک بدهکار می شویم یعنی بانک حق دینی دارد و بانک از ما وثیقه می خواهد که اگر بدهی خود را پرداخت نکردیم او از روی خانه ما بدهی خود را بر می دارد. بانک در اینجا دو حق دارد: (۱) حق دینی روی شخص (۲) حق عینی تبعی روی ملک مثال: مهریه می تواند هم عینی باشد و هم دینی. اگر سکه باشد دینی است و اگر ملک باشد عینی است.

حق تألیف نه عینی است و نه دینی.

ماده ۲۹ قانون مدنی:

۱. حق مالکیت: کاملترین حق عینی است یعنی تنها حقی هم هست که کامل است یعنی مالک طبق ماده ۳۰ ق.م هر کاری می تواند در ملک خود انجام دهد. مالکیت دو جور است: (۱) عین (مثل تمام اشیاء) (۲) منفعت یعنی فایده عین، هر عینی یک فایده دارد. مثال: سکونت در خانه منفعت است. سواری در ماشین منفعت است. مالکیت عین: مثل مالک خانه، مالک ماشین.

ماده ۲۹- ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند:

۱- مالکیت (اعم از عین یا منفعت).

۲- حق انتفاع.

۳- حق ارتفاق به ملک غیر.

ماده ۳۰- هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

مالکیت منفعت: طبق ماده ۴۶۶ ق.م مستأجر فقط مالک منفعت است:

ماده ۴۶۶- اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می شود اجاره دهنده را مؤجر و اجاره کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره گویند.

مالکیت ۳ حالت دارد:

(۱) شخص هم مالک عین و هم مالک منفعت است. مثل خانه، ماشین

(۲) شخص مالک عین است و مالک منفعت نیست. مثل مؤجر

(۳) شخص مالک عین نیست و مالک منفعت است. مثل مستأجر

۲. حق انتفاع: شخص حق دارد از منافع یک مال که این منافع به او تعلق ندارد، استفاده کند. ماده ۴۰ ق.م تعریف حق انتفاع است. ممکن است شخص مالک عین باشد ولی مالک منفعت نباشد.

ماده ۴۰- حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند.

مثال: خانه ای داریم که فعلاً به آن احتیاج نداریم. به دوست خود می گوئیم که از خانه استفاده کند یعنی به او حق استفاده داده ایم. حق انتفاع با مالکیت منفعت فرق دارد. مالکیت منفعت مثل مستأجر، شخص مالک منافع است ولی حق انتفاع که نسبت به منافع به وجود می آید، از بین می رود.

در مالکیت منافع ذرات منفعت در ملک مستأجر است.

در حق انتفاع، ذرات منفعت در ملک منتفع بوجود نمی آید.

مثال: مستأجری باغی را اجاره می کند. مالک میوه ها مستأجر است مدت اجاره تمام می شود و یک سری میوه در باغ باقی می ماند. مستأجر می تواند میوه هایی را که در این یک سال بوده بردارد حتی اگر مهلت یک ساله تمام شود.

مثال: مالک باغ حق انتفاع به مدت یک سال را به شخصی داده است. مالک میوه ها مالک باغ است. منتفع می تواند در این یک سال از میوه ها استفاده کند ولی بعد از یک سال نمی تواند چرا که مالک منفعت نیست.

۳. حق ارتفاق: یک نوع حق انتفاع است. رابطه حق ارتفاق با حق انتفاع، عموم و خصوص مطلق است. یعنی هر ایرانی آسیایی است اما هر آسیایی ایرانی نیست.

حق انتفاع عام است اما حق ارتفاق خاص است.

حق ارتفاق دو خصوصیت دارد:

۱) حق ارتفاق فقط در اموال غیر منقول است (زمین، خانه، باغ) اما حق انتفاع شامل اموال منقول هم هست (ماشین، گوسفند).

۲) در حق ارتفاق دو تا مال غیر منقول داریم. مالک یکی حق دارد بر مال دیگری اما در حق انتفاع یک مال داریم.

مثال: دو ملک مجاور هم هستند. یکی از دیگری حق عبور دارد، حق مجرا دارد. حق شبکه، حق در و پنجره و ناودان دارد. حق ارتفاق برای اینکه از حق خود بهتر استفاده کنیم وجود دارد.

۴. حق تحجیر: زمین موات یعنی زمین مرده. ماده ۲۷ ق.م زمین موات را تعریف کرده است.

احیا یعنی زنده کردن، احیای زمین موات یعنی آباد کردن زمین موات. ماده ۱۴۱ ق.م احیا را تعریف کرده است:

ماده ۲۷- اموالی که ملک اشخاص نمی باشد و افراد مردم می توانند آنها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوطه به هر یک از اقسام مختلفه آنها تملک کرده و یا از آنها استفاده کنند مباحات نامیده می شود مثل اراضی موات یعنی زمین هائی که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد.

ماده ۱۴۱- مراد از احیای زمین آن است که اراضی موات و مباحه را به وسیله عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است از قبیل زراعت، درخت کاری، بنا ساختن و غیره قابل استفاده نمایند.

طبق ماده ۱۴۳ ق.م هر کس زمین موات را احیا کند مالک زمین می شود (در عمل متروک شده است):

ماده ۱۴۳- هر کس از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملک احیاء کند مالک آن قسمت می شود.

تحجیر یعنی شروع به احیا، فراهم نمودن مقدمات احیا. در قدیم برای احیای زمین اول دور آن را سنگ می چیدند و به این کار تحجیر گفته می شد. یعنی هر کاری انجام دهید که نشان دهد می خواهیم آن را احیا کنیم.

در اثر تحجیر شخص مالک زمین نمی شود فقط حق تقدم (حق اولویت) پیدا می کند.

حق تحجیر یک حق عینی است یعنی رابطه ی شخص با زمین است.

۵. حق شفعه:

قاعده: وقتی چند نفر با هم شریکند هر کدام می تواند بدون رضایت دیگری سهم خود را به هر که می خواهد بفروشد (ماده ۵۸۳):

ماده ۵۸۳- هر یک از شرکاء می تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.

دو نفر در یک زمینی شریکند یکی از آن ها سهم خود را می فروشد شریک دیگر حق دارد به سراغ خریدار رفته و پول را به خریدار بدهد و سهم خریدار را بگیرد.

مثال: شخص (الف) و (ب) در یک زمینی با هم شریکند مهم نیست به چه نسبتی. شخص (الف) سهم خود را در قبال ده میلیون تومان می فروشد به حسن. شخص (ب) می تواند ده میلیون را به حسن داده و سهم او را بگیرد.

حق شفعه حق عینی است (یعنی شخص بر مال حق پیدا می کند) حق دینی یعنی حق بر گردن یک شخص یعنی شخص باید کاری انجام دهد.

چون حق شفعه فوری است باید اول اظهارنامه داد تا فوریت از بین نرود. البته در صورتی که نتوان حق شفعه را فوراً اعمال کرد.

۶. حق عینی تبعی (حق وثیقه):

حقی عینی است که وابسته به یک حق دینی است یعنی اول باید یک حق دینی باشد بعداً حق عینی تبعی به وجود بیاید (تابع یک حق دینی است).

یک طلبکار داریم و یک بدهکار، طلبکار به بدهکار اعتماد ندارد و از بدهکار یک مال را به عنوان وثیقه می گیرد به عنوان مثال فرش. در اینجا طلبکار نمی تواند از فرش استفاده کند زیرا هم وثیقه و هم منافع آن مال بدهکار است، طلبکار فرش را نگه می دارد اگر بدهکار بدهی خود را داد طلبکار باید فرش را پس بدهد. اگر بدهکار بدهی خود را نداد طلبکار فرش را به دادگاه می برد و از دادگاه تقاضا می کند که فرش را بفروشد و پول آن را می گیرد. این را حق عینی تبعی می گویند. یعنی طلبکار به تبع طلبش روی مال بدهکار حق عینی پیدا می کند. بانک ملک کسی را به وثیقه می گیرد یعنی بانک روی ملک حق عینی تبعی دارد یا به عبارتی حق وثیقه، طلبکار حق فروش فرش را ندارد چون سِمَتی ندارد.

سؤال: حق عینی تبعی چگونه بوجود می آید:

از سه راه، سه راه وجود دارد که حق عینی تبعی بوجود بیاید:

۱. قرارداد: طلبکار با بدهکار قرارداد می بندد (یعنی هر دو راضی اند) بدهکار مال خود را به طلبکار می دهد. اسم این قرارداد عقد رهن است (ماده ۷۷۱). پس راه اول ایجاد حق عینی تبعی رهن است (وثیقه قراردادی):

ماده ۷۷۱- رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند.

۲. **تصمیمات قضائی:** بدهکار حاضر نمی شود رهن بدهد (رهن زوری نداریم) طلبکار نگران می شود و می رود مال بدهکار را توقیف می کند (قرار تأمین خواسته ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م) از طریق دادگاه یا از طریق اجرای ثبت در صورتی که سند رسمی باشد. به هر حال وقتی که مال را توقیف کرد حق عینی تبعی پیدا می کند (وثیقه ی قضائی).

۳. **حکم قانون:** بعضی اوقات بدون اینکه طلبکار یا بدهکار بخواهد قانون مال بدهکار را به وثیقه ی طلبکار (اراده بدهکار و طلبکار وجود ندارد) می دهد. در قانون مدنی در بحث ارث زوجه یک مورد داریم که یک ماه پیش عوض شد. وقتی شوهر می میرد زن از اموال غیر منقول ارث نمی برد از خود اموال غیر منقول هم ارث نمی برد از قیمتش ارث می برد (وثیقه قانونی یا قهری).

- زمین خالی که روی آن هیچ چیز نیست زمین بیاض گویند. (بیاض به معنی سفید)

- زمینی که روی آن بنا و درخت است به آن عرصه گویند.

- به خود بنا و درخت اعیان گویند.

زن از هیچ یک از اینها ارث نمی برد، از قیمت آنها ارث می برد.

مثال: کسی مرده و یک خانه یک طبقه دارد زن از این خانه ارث نمی برد از قیمت آن ارث می برد به این صورت که کارشناس می آید و خانه را چهارصد میلیون تومان قیمت می گذارد. که زن یک هشتم (۱/۸) چهارصد میلیون تومان یعنی پنجاه میلیون طلبکار می شود. یعنی خانه به سایر وراثت می رسد و سایر وراثت به زن پنجاه میلیون بدهکار می شوند. که قانون گفته این خانه ای که مال بدهکار است وثیقه ی طلب زن می شود (یعنی خود آن مال غیر منقول می شود وثیقه ی طلب زن) سه تا ماده هست که ته جزوه وجود دارد (۹۴۶-۹۴۷-۹۴۸) که پارسال ۹۴۷ حذف شد و دو تای دیگر اصلاح شد:

ماده ۹۴۶- زوج از تمام اموال زوجه ارث می برد و زوجه در صورت فرزنددار بودن زوج یک هشتم از عین اموال منقول و یک هشتم از قیمت اموال غیر منقول اعم از عرصه و اعیان ارث می برد در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می باشد.

تبصره - مفاد این ماده در خصوص وراثت متوفایی که قبل از تصویب آن فوت کرده ولی هنوز ترکه او تقسیم نشده است نیز لازم الاجرا است. (الحاقی به موجب قانون الحاق یک تبصره به ماده ۹۴۶ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۷ مصوب ۱۳۸۹)

ماده ۹۴۷ - حذف شد

ماده ۹۴۸- هرگاه ورثه از اداء قیمت امتناع کنند زن می تواند حق خود را از عین اموال استیفاء کند. (به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۸۷ / ۱۱ / ۶)

اموال

در مورد مواد ۱۱ تا ۱۸۲: از ۱۱ تا ۹۱ خیلی مهم اند اما از ۹۲ تا ۱۸۲ خیلی مهم نیست.

تقسیم بندی اموال:

ماده ۱۱ اموال را به منقول و غیر منقول تقسیم کرده است (هر تقسیمی چند قسم است).

ماده ۱۱- اموال بر دو قسم است منقول و غیر منقول.

یک تقسیم دیگر مال عین و منفعت است. یکی دیگر مثلی و قیمی است. مصرف شدنی و مصرف نشدنی، با مالک و بی مالک. پس اموال پنج تا تقسیم دارد:

تقسیم اول: مال منقول و غیر منقول (مواد ۱۱ تا ۲۲)

قانون مدنی اول مال غیر منقول را گفته و بعد مال منقول.

مال غیر منقول: مواد ۱۲ تا ۱۸.

ماده ۱۲ ق.م که مال غیر منقول را تعریف کرده و دو قسم آنرا گفته، ماده ۱۳، ۱۴، ۱۵ و ۱۶ مثال هایی است برای این دو قسم. ماده ۱۷ قسم سوم را گفته و چند تا مثال زده، ماده ۱۸ قسم چهارم را گفته و چند تا مثال زده است.

ماده ۱۳ - اراضی و ابنیه و آسیا و هر چه که در بنا منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب می شود، غیر منقول است و همچنین است لوله ها که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین یا بنا کشیده شده باشد.

ماده ۱۴ - آینه و پرده نقاشی و مجسمه و امثال آنها، در صورتی که در بنا یا زمین به کار رفته باشد، به طوری که نقل آن موجب نقص یا خرابی خود آن یا محل آن بشود، غیر منقول است.

ماده ۱۵ - ثمره و حاصل، مادام که چیده یا درو نشده است غیر منقول است. اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد، تنها آن قسمت منقول است.

ماده ۱۶ - مطلق اشجار و شاخه های آن و نهال و قلمه، مادام که بریده یا کنده نشده است، غیر منقول است.

پس مال غیر منقول چهار قسم است:

- ۱ - غیر منقول ذاتی
- ۲ - غیر منقول به واسطه ی عمل انسان
- ۳ - غیر منقول حکمی
- ۴ - غیر منقول تبعی

ماده ۱۲ - مال غیر منقول آن است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود.

۱. غیر منقول ذاتی: مالی است که از اول غیر منقول بوده کسی آنرا غیر منقول نکرده یعنی استقرارش ذاتی است. که تنها مثال آن زمین است.

۲. غیر منقول به واسطه ی عمل انسان: هر چیزی که متصل به زمین یا بنا یا درخت است را غیر منقول به واسطه ی عمل انسان گویند.

در ماده ۱۳ بجز اراضی بقیه مثال غیر منقول به واسطه ی عمل انسان است. ۱۴ و ۱۵ و ۱۶ هم همینطور.

ماده ۱۳ - اراضی و ابنیه و آسیا و هر چه که در بنا منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب می شود غیر منقول است و همچنین است لوله ها که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین یا بنا کشیده شده باشد.

نکته: مال پیشاپیش منقول (زیرنویس ۲ ماده ۱۳) یک مالی هست الآن غیر منقول است و قرار است منقول بشود در آینده، ما هم منقولش را می خواهیم. این را مال پیشاپیش منقول گویند که در حکم منقول است. یعنی احکام اموال منقول بر آن بار می شود. مثلاً یک ساختمان کلنگی است که مالک می خواهد ساختمان را خراب کند، قبل از اینکه خراب شود یک نفر آجرهای آن را می خرد پس انگار طرف مال منقول خریده است. حال اگر دو نفر دعواشان بشود کدام دادگاه صالح است، دادگاه محل اقامت خوانده صالح است.

۳. غیر منقول حکمی: (ماده ۱۷ خیلی مهم) یک سری اموال منقول است که در کشاورزی به کار می رود که این اموال از دو جهت غیر منقول است. از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال یعنی اگر دعوایی بشود دادگاه محل وقوع زمین حاکم است.

از جهت توقیف هم در حکم غیر منقول است چون توقیف اموال منقول با توقیف اموال غیر منقول متفاوت است. پس اگر تراکتور را توقیف کنند روی همان زمین است. برای اینکه این اموال در حکم غیر منقول باشند دو شرط لازم است.

۱ - مالک زمین و مالک این اموال یک نفر باشد.

۲ - مالک این اموال را به کشاورزی اختصاص داده باشد که اگر این دو شرط جمع شد، این اموال در حکم غیر منقول محسوب می شوند.

قاعده: حکمی که استثناء است باید تفسیر مضیق بشود. یعنی به موارد مشابه سرایت داده نمی شود که حکم ماده ی ۱۷ نیز شامل این قاعده است و نباید به موارد مشابه سرایت داده شود.

ماده ۱۷- حیوانات و اشیائی که مالک آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد از قبیل گاو و گاومیش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره و بطور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت لازم و مالک آن را به این امر تخصیص داده باشد از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال جزو ملک محسوب و در حکم مال غیر منقول است و همچنین است تلمبه و گاو و یا حیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یا خانه و باغ اختصاص داده شده است.

۴. غیر منقول تبعی: (ماده ۱۸) این قسمت اموالی هستند که نمی توان دید.

غیر منقول تبعی شامل دو چیز است ۱- حقوق ۲- دعاوی

۱ - حقوق غیر منقول: هر حقی که روی مال غیر منقول است غیر منقول تبعی گویند زیرا تابع آن مال است. مثال: حق انتفاع از خانه، حق ارتفاق، شفعه، تحجیر، سرقفلی و حق عینی تبعی بر روی مال غیر منقول.

۲ - دعاوی: هر دعوایی که راجع به مال غیر منقول است غیر منقول تبعی گویند. مثلاً دعاوی خلع ید.

ماده ۱۸- حق انتفاع از اشیاء غیر منقوله مثل حق عمری و سکنی و همچنین حق ارتفاق نسبت به ملک غیر از قبیل حق العبور و حق المجری و دعاوی راجعه به اموال غیر منقوله از قبیل تقاضای خلع ید و امثال آن تابع اموال غیر منقول است.

مال منقول: (مواد ۱۹ تا ۲۲)

مال منقول دو قسم است: ۱- اشیاء منقول ۲- حقوق منقول

اشیاء منقول: هر شیء که بشود بدون ضرر جابجا کرد منقول محسوب می شود. اشیاء منقول در ماده ۱۹ آمده است.

ماده ۱۹- اشیائی که نقل آن از محلی به محلی دیگر ممکن باشد بدون این که به خود یا محل آن خرابی وارد آید منقول است.

حقوق منقول: دو قسم است ۱- حقوق عینی منقول ۲- حقوق دینی منقول

۱- حقوق عینی منقول: هر حق عینی که روی مال منقول است، منقول حکمی گویند. مثال: حق انتفاع از ماشین.

نکته: هر حقی را که روی مال منقول است، منقول حکمی یا در حکم منقول گویند و هر حقی را که روی مال غیر منقول است، غیر منقول تبعی گویند.

۲- حقوق دینی منقول: (ماده ۲۰) طبق ماده ۲۰ کلیه ی دیون از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است.

ایراد ماده: دیون از هر جهت در حکم منقول اند یا منقول حکمی اند نه فقط از جهت صلاحیت (زیرنویس ۱ ماده ۲۰)

نکته: ماده ۲۰ گفته کلیه ی دیون اما نه کلیه ی دیون چون چهار تا دین داریم که غیر منقول تبعی اند (غیر منقول):

۱- تعهد (دین) به انتقال مال غیر منقول: کسی خانه ای دارد تعهد می کند خانه را به دیگری منتقل کند که با این که دین (تعهد) است اما غیر منقول تبعی است.

نکته: قول نامه، تعهد به انتقال است طبق نظر دکتر کاتوزیان.

۲- تعهد به تسلیم مال غیر منقول: انتقال یک عمل حقوقی است اما تسلیم یک عمل مادی است.

مثال: (الف) خانه خود را به (ب) می فروشد حال باید خانه را (الف) به (ب) تسلیم کند که تعهد به تسلیم مال غیر منقول، غیر منقول تبعی است.

۳- تعهد به جبران خسارات وارده بر مال غیر منقول: مثلاً کسی باغی در شیراز دارد و دیگری به باغ او خسارت زده که حالا تعهد دارد خسارات را جبران کند. کدام دادگاه می تواند راحت تر کارشناس بفرستد تا خسارت را تعیین کند؟ دادگاه شیراز، پس غیر منقول است. (یعنی دادگاه محل وقوع مال غیر منقول صالح است)

۴- تعهد به دادن اجرت المثل مال غیر منقول: که این هم مانند خسارت است یعنی باید کارشناس تعیین کند. کدام دادگاه باید کارشناس بفرستد؟ دادگاه محل وقوع مال غیر منقول.

ماده ۲۰- کلیه دیون از قبیل قرض و ثمن مبیع و مال الاجاره عین مستأجره از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است ولو اینکه مبیع یا عین مستأجره از اموال غیر منقول باشد.

اصطلاح اجرت المسمی: اجرتی که در قرارداد میزان آن تعیین شده مانند مال الاجاره یا اجاره بها. اجرت المسمی مال غیر منقول منقول است بنابراین می شود منقول حکمی. یعنی قرارداد را هر جا ببریم دادگاه اقامتگاه خوانده صالح است. پس با اینکه راجع به مال غیر منقول است اما اجرت المسمی منقول حکمی است.

اجرت المثل: جایی که قرارداد نیست. کسی از مال دیگری استفاده کرده بدون قرارداد که ممکن است با اجازه باشد یا نه. که حالا باید اجرت المثل بدهد که باید کارشناس تعیین کند. مانند خسارت است. پس اجرت المثل مال غیر منقول غیر منقول است که می شود غیر منقول تبعی.

مثال: (الف) خانه (ب) را غصب می کند که آنرا بعد از یک ماه بیرون می اندازیم. حال باید اجرت المثل یک ماه را حساب کنیم، که باید کارشناس حساب کند. پس دادگاه محل وقوع مال صالح است. اجرت المسمایی منقول است که پول یا مال منقول باشد.

نکته: بین اموال منقول و غیر منقول اصل این است که مال منقول است. یعنی غیر منقول جنبه ی استثنائی دارد. پس اگر شک کنیم که مالی منقول است یا غیر منقول باید منقول محسوب کرد. حق سرقفلی یک حق معنوی است اما غیر منقول است (غیر منقول تبعی).

تقسیم دوم: عین و منفعت

عین: مالی است که وجودش مستقل است یعنی وابسته به مال دیگری نیست. مثل زمین، ماشین و...
منفعت: مالی است که به تدریج از عین به وجود می آید و وجودش وابسته به وجود عین است، مثال: خانه عین است سکونت در خانه منفعت.

مهمترین فایده ی این تقسیم بندی این است که در بیع موضوع عقد عین است اما در اجاره موضوع عقد منفعت است.

اقسام عین:

۱. **عین معین، عین خارجی، عین شخصی:** عینی است که در خارج وجود دارد و قابل اشاره است مثل این میز، اون خانه، این صد کیلو برنج، این صد تا میز.
۲. **کلی یا کلی فی الذمه:** کلی مفهومی است که مصادیق زیادی دارد: در کلی باید مقدار، جنس و وصف را داشته باشیم که کلی بدست آید.

مثال: صد کیلو (مقدار) برنج (جنس) دم سیاه (وصف).

۳. **کلی در معین یا در حکم عین معین:** یک سری اجسام تجزیه پذیر (متساوی الاجزا) هستند. مثل برنج یعنی صد کیلو برنج را می توان تقسیم کنیم به دو تا ۵۰ کیلو. اما یک میز یا خانه تجزیه پذیر نیست. کلی در معین یعنی یک شیء تجزیه پذیر داریم (عین معین) مقداری از آن را معامله می کنیم، آنرا کلی در معین گویند. مثال: هزار کیلو برنج اینجا است که صد کیلو از آن را می فروشیم کدام صد کیلو؟ معین نیست که کدام صد کیلو.

این صد کیلو برنج - عین معین

صد کیلو برنج دم سیاه - کلی (کلی فی الذمه)

صد کیلو از این هزار کیلو - کلی در معین

عین معین خودش دو قسم دارد ۱. مفروز ۲. مشاع

عین معین مفروز: عین معینی است که همه اش مال یک نفر است یعنی در آن شرکتي نیست.

عین معین مشاع: عینی که مال چند نفر است یعنی در آن شرکت وجود دارد. یعنی یک عین که مال حداقل دو نفر است.

تقسیم سوم: مثلی و قیمی

مثلی: مالی که شبیه دارد مثل حبوبات، تراکتور نو، لباس نو. (ماده ۹۵۰ ق.م)

ماده ۹۵۰ - مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشباه و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آن است معذالک تشخیص این معنی با عرف می باشد.

قیمی: مالی که شبیه ندارد مثل اموال غیر منقول زمین، خانه، آپارتمان و باغ حتی اگر عین هم باشد.
رابطه ی مثلی و قیمی با اقسام عین:

۱. عین معین می تواند مثلی باشد و می تواند قیمی باشد.
۲. کلی و کلی در معین باید از اموال مثلی باشد نمی تواند قیمی باشد. **قیمی را فقط به صورت عین معین می توان فروخت و گرنه باطل است.**

مال مثلی سه جور معامله می شود: عین معین، کلی، کلی در معین

تقسیم چهارم: مال مصرف شدنی و مصرف نشدنی

مال مصرف شدنی (استهلاکی): مالی است که با مصرف و استفاده از بین می رود.

مال مصرف نشدنی (غیر استهلاکی): مالی است که با مصرف و استفاده از بین نمی رود.

ملاک تشخیص این دو نوع مال، نوع مال نیست (یعنی نمی شود از خود مال فهمید که مصرف شدنی است یا مصرف نشدنی) بلکه ملاک نوع مصرف است. ممکن است یک مال با یک مصرف از بین برود (مصرف شدنی) و ممکن است همان مال با مصرف دیگر از بین نرود (مصرف نشدنی). مثلاً خوراکی برای خوردن مصرف شدنی ولی برای نمایش در ویترین مصرف نشدنی است بنابراین از نوع مصرف می توان پی به مصرف شدنی و نشدنی بودن مال برد.

اگر نوع مصرف گفته نشد چاره ای نیست باید سراغ مصرف متعارف آن مال برویم. هر مالی یک مصرف متعارف دارد باید به آن مصرف نگاه کنیم. اگر با آن مصرف از بین رفت مصرف شدنی و اگر با آن مصرف از بین نرفت مصرف نشدنی است. مثلاً اگر همان خوراکی را به ما نشان بدهند و مصرف آن را نگویند، خوردنی مصرف متعارفش برای خوردن و مصرف است اما چیزی مثل صندلی این طور نیست (مصرف متعارف صندلی نشستن بر روی آن است، بنابراین غیر استهلاکی است).

تشخیص مال مصرف شدنی از مصرف نشدنی چه فایده ای دارد؟ سه فایده دارد:

- ۱- چهار تا عقد هست که در آن عقود (در جزوه آمده) مال باید مصرف نشدنی باشد: مثل اجاره و عاریه و وقف و عقد موجد حق انتفاع مواد ۴۶، ۵۸، ۴۷۱ و ۶۳۷ ق.م.

ماده ۴۶ - حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد اعم از اینکه مال مزبور منقول باشد یا غیر منقول و مشاع باشد یا مفروز.
ماده ۵۸ - فقط وقف مالی جایز است که با بقاء عین بتوان از آن منتفع شد اعم از اینکه منقول باشد یا غیر منقول، مشاع باشد یا مفروز.

ماده ۴۷۱ - برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقای اصل آن ممکن باشد.
ماده ۶۳۷ - هر چیزی که بتوان با بقاء اصلش از آن منتفع شد می تواند موضوع عقد عاریه گردد. منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلایی باشد.

- ۲- **فایده دوم:** در بحث نامزدی (که همان وعده ی ازدواج است)، اگر نامزدها به هم هدیه بدهند و بعداً نامزدی به هم بخورد حال می خواهند هدیه هایی که داده اند را پس بگیرند. فرق دارد بین مال مصرف شدنی و مصرف نشدنی (مواد ۱۰۳۷ و ۱۰۳۸ ق.م).

ماده ۱۰۳۷ - هر یک از نامزدها می تواند در صورت به هم خوردن وصلت منظور هدایائی را که به طرف دیگر یا ابوبین او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایائی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می شود مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد.

ماده ۱۰۳۸ - مفاد ماده قبل از حیث رجوع به قیمت در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها به هم بخورد مجری نخواهد بود.

۳- **فایده سوم:** در مورد نفقه ی زوجه (زن) نفقه طبق ماده ۱۱۰۷ ق.م شامل یک سری اموال می شود. مانند خانه و خوراکی که در مورد نفقه فرق است بین اموال مصرف شدنی و مصرف نشدنی. مثلاً اگر نفقه مصرف شدنی باشد مال خود زن است و اگر مصرف نشدنی باشد اصولاً مال زن نیست. اثاث خانه ای که جز نفقه است متعلق به زن نمی شود. (زیر نویس ماده ۱۱۰۷ ق.م)

ماده ۱۱۰۷- نفقه عبارت است از همه ی نیاز های متعارف و متناسب با وضعیت زن، از قبیل مسکن، البسه، غذا، اساس منزل و هزینه های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض (اصلاحی ۱۳۸۱/۸/۱۹).

تقسیم پنجم: مال با مالک و مال بی مالک

مالی که مالک دارد به آن ملک گفته می شود. مالی که مالک ندارد به آن مباح گفته می شود.
مباح: ۱- مباحی که انسان می تواند مالک آن شود. (مثل ماهی دریا و حیوان جنگل)
۲- مباحاتی که انسان نمی تواند مالک آن شود و فقط می تواند از آن استفاده کند.
(اموال عمومی و مشترکات عمومی مانند کوچه، خیابان و پارک) - اموال عمومی

ماده ۲۷- اموالی که ملک اشخاص نمی باشد و افراد مردم می توانند آنها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوطه به هر یک از اقسام مختلفه آنها تملک کرده و یا از آنها استفاده کنند مباحات نامیده می شود مثل اراضی موات یعنی زمینهای که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد.

با وجود ماده ۲۷، مواد ۹۲ و ۲۳ اضافه اند. ماده ۹۲ و ۲۳ راجع به مباحاتِ قسم دوم است. ماده ۲۴ و ۲۵ و ۲۶ مثال هایی زده برای مباحاتِ قسم دوم یعنی همه مثال هایی برای قسم دوم هستند. یک اصطلاح داریم: **اموال دولتی و اموال عمومی**، اموال عمومی همین مباحاتِ قسم دوم است اما اموال دولتی با اموال عمومی فرق دارد و ملک خود دولت اند. به عنوان یک شخص حقوقی. ماده ۲۶ اولش اشتباه است.

ماده ۹۲- هر کسی می تواند با رعایت قوانین و نظامات راجعه به هر یک از مباحات از آنها استفاده نماید.

ماده ۲۳- استفاده از اموالی که مالک خاص ندارد مطابق قوانین مربوطه به آنها خواهد بود.

اشکال قانون مدنی این است که از ماده ۲۳ تا ماده ۲۸ عنوان فصلش این است: **اموالی که مالک خاص ندارد** بعد در آخرین ماده اشتباه کرده و گفته **اموال مجهول المالک** که اشتباه است. اموال مجهول المالک مالک دارند و مالکشان معلوم نیست که این را نباید در بحث مباحات می آورد و حکمش هم با مباحات فرق دارد. فرق آن این است که **اموال مجهول المالک** را به مصارف فقرا می دهند پس آن ها را نباید در اینجا آورد.

حق مالکیت: (مواد ۳۰ تا ۳۹ ق.م)

در بحث مالکیت ۳ مبحث خوانده می شود:

۱- قاعده تسلیط: طبق ماده ۳۰ هر مالکی حق همه گونه تصرف در مایملک خود را دارد. به این **قاعده تسلیط** گویند (الناس مسلطون علی اموالهم). یعنی مالک هر کاری با مالش می تواند بکند. یک قاعده ی دیگر داریم در ماده ۱۳۲ به نام **قاعده ی لاضرر** که می گوید به دیگران ضرر نزنید.

این دو قاعده خیلی جاها با هم جمع می شوند که مشکلی نیست. یعنی شخص تصرف می کند و ضرر هم نمی زند. ولی بعضی جاها این دو قاعده با هم مشکل دارند که تعارض نمی گویند، تزامم می گویند و تزامم از مزاحمت می آید.

مثال: یک نفر در ملک خودش تصرف می کند و ضرر می زند که طبق قاعده ی تسلیط می تواند اما طبق قاعده ی لاضرر نمی تواند که این را تزامم این دو قاعده می گویند. وقتی تسلیط با لاضرر تزامم پیدا می کند یک اصل داریم و یک استثناء. اصل این است که لاضرر مقدم است یعنی اصل این است که نباید آن کار مضر را انجام داد. اما استثنائاً اگر دو تا شرط جمع بشود آن وقت تسلیط مقدم می شود. یعنی اگر ضرر زدی اشکال ندارد و نیازی به جبران ندارد.

مثال: یک نفر می خواهد در ملکش آتش روشن کند. اولین شرط این است که تصرف مضر به قدر متعارف باشد (زیاد نباشد). شرط دوم این است که تصرف مضر الکی نباشد، یا برای رفع حاجت باشد یا برای دفع ضرر. پس اگر تصرف مضر این دو شرط را داشته باشد، آن وقت اگر ضرر هم بزند نیاز به جبران ندارد. یعنی قاعده ی تسلیط بر لاضرر مقدم است (ماده ۱۳۲ ق.م).

ماده ۳۰- هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

ماده ۱۳۲- کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.

مالکیت تبعی: (مواد ۳۲، ۳۳ و ۳۴ ق.م)

مالکیت تبعی یعنی مالکیت شخص بر ثمرات و متعلقات اموال. مالکیت تبعی یعنی شخص به تبع یک مالی، مالک مال دیگری می شود. مالکیت تبعی دو نوع است یکی را **طبیعی** و یکی را **مصنوعی** می گویند.

۱- **مالکیت تبعی طبیعی:** مالکیتی که خودبخود ایجاد شده مثلاً کسی زمینی دارد و پس از چند سال یک درخت در آن روئیده که این را مالکیت طبیعی گویند.

۲- **مالکیت تبعی مصنوعی:** مالکیت مصنوعی در اثر کار است یعنی شخص بذر خریده، کود خریده و آبیاری کرده شده درخت که این را مالکیت مصنوعی گویند.

ماده ۳۲- تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیر منقوله که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد بالتبع مال مالک اموال مزبوره است.

مالکیت تبعی در قانون مدنی دو جور است:

۱- راجع به محصول زمین است (ماده ۳۳) ۲- راجع به محصول حیوان است.

۱- راجع به زمین ماده ۳۳ ق.م: در مورد زمین یک قاعده داریم و یک استثناء:

أ. قاعده: هر کس مالک زمین است: مالک محصول هم هست.

ب. استثناء: اگر بذر مال یکی باشد و زمین مال دیگری، محصول مال مالک بذر است.

ماده ۳۳- نِماء و محصولی که از زمین حاصل می شود مال مالک زمین است چه بخودی خود روئیده باشد یا به واسطه عملیات مالک مگر اینکه نما یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد که در این صورت درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.

۲- راجع به حیوان ماده ۳۴ ق.م: در مورد حیوان می خواهیم ببینیم که بچه اش مال چه کسی است که دو حالت دارد:

أ. حیوان نر مال یک مالک است و حیوان ماده مال مالک دیگر، که قانون گفته بچه ی این دو حیوان مال مالک مادر است (ماده ۳۴ ق.م).

ماده ۳۴- نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هر کس مالک مادر است مالک نتاج آن هم خواهد شد.

ب. ماده ۳۵۸ ق.م: یک حیوان ماده داریم که حامل است (اصطلاح حامله غلط است). مالک این حیوان را به یکی می فروشد. خریدار مالک مادر می شود ولی مالک بچه نمی شود مگر اینکه بگوید بچه را هم خریدم.

ماده ۳۵۸- نظر به دو ماده فوق در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد بطوریکه نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود متعلق به مشتری می شود و بر عکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی شود مگر اینکه تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال طرفین عقد می توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند.

اماره تصرف:

اماره: یعنی اوضاع و احوالی که دلالت بر امری می کند.

اماره تصرف (قاعده ید: ماده ۳۵): طبق این ماده تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است.

دلیل: در این ماده طبق ماده ۱۳۲۲ ق.م یعنی اماره در قانون ۵ تا دلیل داریم: اقرار، سند، شهادت، اماره و سوگند.

ماده ۳۵- تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

یعنی هر کس متصرف مالی است مالک حساب می شود مگر اینکه خلافش ثابت شود. که این را اماره تصرف گویند.

ماده ۱۳۲۲- امارات قانونی اماراتی است که قانون آنرا دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکور در این قانون از قبیل مواد ۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۰۰ - ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر.

به عنوان مالکیت: یعنی متصرف طوری رفتار کند که انگار مالک است. هر کس او را می بیند بگوید مالک است.

اصل: اصل این است که تصرف هر کس به عنوان مالکیت است. حال اگر کسی ادعا دارد که تصرف متصرف به عنوان مالکیت نیست آن را باید اثبات کند. در دادگاه چه کسی باید دلیل بیاورد؟ مدعی. مدعی کیست؟ مدعی کسی است که خلاف اصل صحبت می کند. در بحث ما اصل این است که تصرف به عنوان مالکیت است و در این دعوا مدعی کسی است که می گوید تصرف این شخص به عنوان مالکیت نیست که باید دلیل بیاورد. تصرف در چه؟

در سه چیز تصرف دلیل مالکیت است:

۱- عین: تصرف در عین دلیل مالکیت عین است. مثلاً کسی متصرف فرش است (فرش = عین).

۲- منفعت: تصرف در منفعت دلیل مالکیت منفعت است. مثلاً یک نفر متصرف یک خانه است. یک نفر بیرون خانه است (خانه مال حسن است). حال سر منافع خانه دعوا دارند. کسی که در خانه است می گوید من مستأجر حسن هستم و کسی که بیرون خانه است می گوید من مستأجر حسن هستم. اینجا کسی که در خانه است مستأجر محسوب می شود (طبق اماره تصرف).

۳- حق: تصرف در حق (حق انتفاع، ارتفاق و تحجیر)، تصرف در حق دلیل صاحب حق بودن است. مثال: دو همسایه داریم. یکی از آن ها سال های سال از ملک دیگری عبور می کرده (فقط عبور) انگار حق ارتفاق داشته است. بعد از چند سال دعوایشان می شود که همسایه نمی گذارد عبور کند. می روند دادگاه و هیچکدام هم دلیل ندارند. کسی که عبور کرده است دلیل ندارد که حق دارد و دیگری هم که جلوی آن را گرفته دلیل ندارد که حق دارد جلوی آن را بگیرد. دادگاه می گوید که تصرف این شخص دلیل آن است که او حق ارتفاق دارد. مواد ۹۷ و ۱۲۴ ق.م.

ماده ۹۷ - هرگاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته صاحب خانه یا ملک نمی تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود و همچنین است سایر حقوق از قبیل حق داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره.

ماده ۱۲۴ - اگر از قدیم سر تیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سرتیر برداشته شود صاحب عمارت می تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد مگر اینکه ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است.

طبق ماه ۳۶ تصرفی دلیل مالکیت است که مشروع (قانونی) باشد. تصرف غاصب چون مشروع نیست، دلیل مالکیت نیست.

ماده ۳۶ - تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود.

اصل: این است که تصرف مشروع است. یعنی متصرف نیازی ندارد که ثابت کند تصرفش مشروع است. اگر کسی ادعا دارد که تصرف متصرف مشروع نیست، باید ثابت کند.

ماده ۳۷ (تعارض بین تصرف فعلی و مالکیت سابق): یک نفر الان متصرف است و یک نفر دیگر مدعی است که من مالکم. در دادگاه مالکیت سابق مدعی از دو راه ثابت می شود:

۱. یا شاهد می آورد که شاهد ها می گویند، ما امروز را خبر نداریم اما مدعی دیروز مالک بوده است.
۲. متصرف خودش اقرار می کند که دیروز مدعی مالک بوده است.

همین که مالکیت سابق مدعی ثابت شد، مال را از متصرف می گیرند و به مدعی می دهند و به متصرف می گویند که اگر مالک هستی ثابت کن که خریده ای یا هبه شده یا... پس در تعارض تصرف فعلی و مالکیت سابق، مالکیت سابق مقدم است. ماده ۳۷ ناقص است چرا که فقط اقرار را گفته و شهادت را نگفته با حالی که شهادت هم مثل اقرار است. مالکیت سابق مدعی چه با اقرار و چه با شهادت، مهم این است که ثابت شود.

ماده ۳۷- اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمی تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.

سه نکته راجع به ماده ۳۷:

نکته (۱): در تعارض تصرف فعلی با وقفیت سابق، وقفیت سابق مقدم است. مثلاً ملکی الآن در تصرف حسن است دو نفر شاهد می آیند می گویند این ملک پارسال وقف بوده (وقفیت سابق ثابت شد) و ملک را از تصرف (حسن) می گیرند. چون امکان انتقال و تملک وقف خلاف اصل است.

نکته (۲): در تعارض تصرف فعلی با مالکیت عمومی سابق، مالکیت عمومی سابق مقدم است. مثلاً کسی متصرف یک ملک است، دو نفر شاهد می آیند می گویند این ملک پارسال پارک بوده (مالکیت عمومی سابق). در این صورت ملک را از تصرف می گیرند و متصرف نمی تواند بگوید خریده ام.

نکته (۳): در تعارض تصرف فعلی با تصرف سابق، تصرف فعلی مقدم است چون هر دو اماره اند و اماره ی کنونی بر اماره ی گذشته مقدم است. مثلاً مالی الآن دست متصرف است، دو نفر شاهد هم می آیند می گویند ما این مال را دیروز دست حسن دیدیم (نمی گویند دیروز حسن مالک بوده)، چه کسی مالک است؟ متصرف فعلی.

حق انتفاع: (مواد ۴۰ تا ۹۲ ق.م)

ماده ی ۴۰ حق انتفاع را تعریف کرده و البته نامناسب.

تعریف حق انتفاع: حقی است که شخص می تواند از منافع مالی که آن منافع مال خودش نیست، استفاده کند.

ماده ۴۰- **حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند.**

قانون مدنی حق انتفاع را بعد از اینکه تعریف کرده، به سه قسمت تقسیم کرده. قسمت سوم را قبلاً گفتیم و اما قسمت ۱ و ۲.

قسمت اول: عمری، رقبی و سکنی (مواد ۴۱ تا ۵۴ ق.م)

این سه اصطلاح هر سه حق انتفاعند که ناشی از یک عقد هستند. مالک با یک نفر عقد می بندد و به او حق انتفاع می دهد. به این عقد، عقد موجد حق انتفاع می گویند. این حق انتفاع یا به صورت عمری است یا رقبی و یا سکنی.

عمری: از عمر می آید. طبق ماده ۴۱ حق انتفاعی است که به مدت عمر یک نفر است و به مدت عمر هر کس می تواند باشد. یا به مدت عمر مالک یا منتفع و یا ثالث.

ماده ۴۱- **عمری حق انتفاعی است که به موجب عقدی از طرف مالک برای شخص ب مدت عمر خود یا عمر منتفع و یا عمر شخص ثالثی برقرار شده باشد.**

رقبی (ماده ۴۲ ق.م): از مراقبت می آید. حق انتفاعی است که به مدت معین است مثلاً شش ماه، یک سال. عمری معین نیست.

ماده ۴۲- **رقبی حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می گردد.**

سکنی: از سکونت می آید. سکنی نباید کنار عمری و رقبی بیاید، اشتباه است. چون سکنی اصلاً مدت نیست ولی عمری و رقبی مدت است.

تعریف سکنی: حق انتفاع در مسکن است که می تواند عمری یا رقبی باشد (ماده ۴۳ ق.م).

ماده ۴۳- اگر حق انتفاع عبارت از سکونت در مسکنی باشد سکنی یا حق سکنی نامیده می شود و این حق ممکن است به طریق عمری یا به طریق رقبی برقرار شود.

نکته: مالک به یک نفر حق انتفاع می دهد، بدون مدت، به این حبس مطلق می گویند. این عقد باطل نیست. حبس یعنی عقد موجد حق انتفاع و برای اینکه قیدی ندارد (مدت ندارد) مطلق گویند.

حبس مطلق مدتش تا فوت مالک است اما مالک می تواند قبل از فوت رجوع کند. در عمری و رقبی مالک نمی تواند رجوع کند اما در حبس مطلق استثنائاً مالک می تواند رجوع کند و نیز استثنائاً منتفع می تواند رجوع کند. حبس مطلق با فوت هر کدام به هم می خورد و چون وابسته به شخصیت منتفع است با فوتش به هم می خورد ولی حبس مطلق با حجر به هم نمی خورد (ماده ۴۴ دو تا زیر نویس دارد خوانده شود) بنابراین حبس مطلق عقدی است جایز.

ماده ۴۴- در صورتی که مالک برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشد حبس مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک خواهد بود مگر اینکه مالک قبل از فوت خود رجوع کند.

نکته: حق انتفاع یک حق مالی است. حق مالی قابل نقل و انتقال است. حق انتفاع چون یک حق مالی است قابل نقل و انتقال است چه ارادی و چه قهری. یعنی منتفع می تواند حقش را به دیگری بدهد و اگر هم بمیرد حقش به ورثه می رسد. استثنائاً اگر حق انتفاع وابسته به شخصیت منتفع بود دیگر قابل نقل و انتقال نیست (یعنی مالک حق انتفاع را به منتفع داده فقط و فقط. یعنی گفته نمی خواهیم دیگری این حق را داشته باشد).

نکته: طبق ماده ۴۵ حق انتفاع مانند هر حق دیگری باید به موجود داده بشود. حق به معدوم تعلق نمی گیرد اما می توانیم حق را به موجود بدهیم بعد بگوییم بعد از تو برسد به بچه ات. الآن حسن بچه ندارد نمی توان حق انتفاع را به بچه اش داد اما می توان حق انتفاع را به خودش داد و بعد بگوییم بعد از خودت برسد به بچه ات. اگر بخواهیم به معدوم بدهیم، باید به تبع موجود بدهیم (ماده ۴۵ ق.م). حمل موجود است.

ماده ۴۵- در موارد فوق حق انتفاع را فقط در باره شخص یا اشخاصی می توان برقرار کرد که در حین ایجاد حق مزبور وجود داشته باشند ولی ممکن است حق انتفاع تبعاً برای کسانی هم که در حین عقد بوجود نیامده اند برقرار شود و مادامی که صاحبان حق انتفاع موجود هستند حق مزبور باقی و بعد از انقراض آنها حق زائل می گردد.

نکته: عقد موجد حق انتفاع می تواند معوض یا مجانی باشد. یک سری عقود در قانون معوض اند مثل بیع و اجاره، یک سری عقود مجانی اند مثل هبه، ودیعه و عاریه، یک سری عقود هم دو وجهی اند یعنی هم معوض اند و هم مجانی و فرقی ندارد. مانند عقود موجد حق انتفاع که می تواند معوض باشد یا مجانی. مالک حق انتفاع می دهد می تواند عوض بگیرد (معوض) و می تواند عوض نگیرد (مجانی) که فرقی ندارد.

نکته: منتفع در عقد موجد حق انتفاع امین است. (امین نه مسئول مال است، نه خسارت و نه تلف مگر اینکه تقصیر کرده باشد) پس منتفع چون امین است اگر تقصیر کرده باشد مسئول است وگرنه تقصیری ندارد (مواد ۴۸، ۵۰ و ۵۲ ق.م).

ماده ۴۸- منتفع باید از مالی که موضوع حق انتفاع است سوء استفاده نکرده و در حفاظت آن تعدی یا تفریط ننماید.

ماده ۵۰- اگر مالی که موضوع حق انتفاع است بدون تعدی یا تفریط منتفع تلف شود مشارالیه مسئول آن نخواهد بود.

ماده ۵۲- در موارد ذیل منتفع ضامن تضررات مالک است:

۱- در صورتی که منتفع از مال موضوع انتفاع سوء استفاده کند.

۲- در صورتی که شرایط مقرر از طرف مالک را رعایت ننماید و این عدم رعایت موجب خسارتی بر موضوع حق انتفاع باشد.

نکته: ماده ۴۹ ق.م

مالی که موضوع حق انتفاع است دو سری مخارج و هزینه دارد:

۱. مخارج نگهداری اصل مال

۲. مخارج استفاده مثل بنزین، روغن، ضد یخ و ..

در حق انتفاع مخارج نگهداری با مالک است. مخارج استفاده با منتفع است. ولی علی الاصول می توان خلافتش را شرط کرد به هر نوعی. ماده ۴۹ فقط یکی از آن ها را گفته است.

ماده ۴۹- مخارج لازمه برای نگاهداری مالی که موضوع انتفاع است بر عهده منتفع نیست مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد.

نکته: ماده ۵۱ ق.م راه های از بین رفتن حق انتفاع را گفته است.

حق انتفاع در موارد زیر از بین می رود:

۱. انقضای مدت: که اگر مدت از بین برود حق انتفاع از بین می رود.

۲. تلف مال: اگر مال از بین برود حق انتفاع از بین می رود.

مواردی هست که قانون نگفته مثلاً رجوع مالک در حبس مطلق یا منتفع در حبس مطلق

بمیرد (زیر نویس ماده ۵۱).

ماده ۵۱- حق انتفاع در موارد ذیل زایل می شود:

۱- در صورت انقضاء مدت.

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

نکته: ماده ۵۳ ق.م

مالک حق انتفاع را به دیگری داده مثلاً برای یک سال به صورت رقبی. بعد از یک ماه مالک مالش را به یکی دیگر می فروشد. اولاً این فروش درست است ثانیاً با فروش مالک حق انتفاع از بین نمی رود منتفع می گوید برای من فرقی ندارد که مالک چه کسی باشد. ثالثاً خریداری که از مالک خریده اگر جاهل باشد (نداند که حق انتفاع وجود دارد) می تواند معامله اش را با مالک فسخ کند.

ماده ۵۳- انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی شود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

وقف (مواد ۵۵ تا ۹۱ ق.م)

طبق ماده ۵۵ ق.م وقف یعنی یک نفر عین مالش را حبس کند و منافع مالش را تسبیل کند.

منظور از حبس عین مال این است که مالک مال را از ملکیتش خارج کند و از نقل و انتقال مصون بدارد یعنی مال قابل فروش و هبه و مهریه دادن و .. نیست.
منظور از تسبیل منفعت: سبیل یعنی راه. تسبیل منفعت یعنی منافع را در راهی صرف کند.

ماده ۵۵- وقف عبارتست از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود.

وقف دو قسم است:

۱. وقف خاص

۲. وقف عام

وقف خاص: موقوف علیهم (کسی که به نفعش وقف شده) افراد مشخصی اند یا محصور اند مثل وقف بر اولاد.

وقف عام: آن است که یا موقوف علیهم بی شمارند (غیر محصور) مثل فقرا، دانشجویان، وکلا و قضات یا وقف بر مصالح عامه است یعنی کارهایی که نفع عمومی دارد (امور عام المنفعه). وقف بر جهات یعنی کاری کند که نفع عمومی داشته باشد مثل ساختن بیمارستان، مسجد، مدرسه، راه و ..
نکته: وقف عقد است یعنی دو اراده می خواهد، چه وقف خاص و چه وقف عام. ولی در وقف خاص خود موقوف علیهم قبول می کنند و در وقف عام چون کسی نیست که قبول کند، حاکم قبول می کند. حاکم نهاد عمومی است که به نفعش وقف شده است و در صورتی که نهاد عمومی یا سازمانی نباشد دادستان عمومی است.

اصطلاح: طبقه در وقف با طبقه در ارث فرق دارد در وقف طبقه می شود نسل. نسل اول را طبقه ی اول و ... اما در ارث تمام اقوام را سه طبقه می کنند.

ماده ۵۶ ق.م ایجاب و قبول وقف را گفته است:

ماده ۵۶- وقف واقع می شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و قبول طبقه اول از موقوف علیهم یا قائم مقام قانونی آنها در صورتی که محصور باشند مثل وقف بر اولاد و اگر موقوف علیهم غیر محصور و یا وقف بر مصالح عامه باشد در این صورت قبول حاکم شرط است.

نکته: وقف علاوه بر ایجاب و قبول چیز دیگری به نام قبض می خواهد (ماده ۵۹ ق.م).

ماده ۵۹- اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد وقف محقق نمی شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می کند.

سؤال: قبض با چه کسی است؟ (ماده ۶۲ ق.م): در وقف خاص قبض با خود موقوف علیهم است که قبول هم با خودشان بود. در وقف عام قبض با متولی است و اگر متولی نبود با حاکم است.

مقایسه ی قبول و قبض:

(۱) در وقف خاص قبول با موقوف علیهم و قبض هم با موقوف علیهم.

(۲) در وقف عام قبول با حاکم و قبض با متولی اگر نبود حاکم.

ماده ۶۲- در صورتی که موقوف علیهم محصور باشند خود آنها قبض می کنند و قبض طبقه اولی کافی است و اگر موقوف علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد متولی وقف والا حاکم قبض می کند.

نکته: طبق ماده ۶۲ در وقف خاص قبض با موقوف علیهم است که یک استثناء دارد. در ماده ۶۳ قانون مدنی استثنائاً در وقف خاص اگر واقف خودش متولی بود، قبض با خودش است. یعنی قبض نمی خواهد.

ماده ۶۳- ولی و وصی محجورین از جانب آنها موقوفه را قبض می کنند و اگر خود واقف تولیت را برای خود قرار داده باشد قبض خود او کفایت می کند.

نکته: در وقف ایجاب، قبول و قبض را می خواهیم. وقتی ایجاب و قبول بیاید و هنوز قبض نیامده باشد عقدی واقع نشده، قبض بیاید عقد واقع می شود. حال در وقف دو مرحله را می خوانیم یک مرحله قبل از قبض و یک مرحله بعد از قبض. ماده ۶۰ قانون مدنی مرحله ی اول یعنی قبل از قبض را گفته و ماده ۶۱ مرحله ی دوم یعنی بعد از قبض را گفته است. مرحله اول قبل از قبض: قبل از قبض فقط ایجاب و قبول داریم که هنوز عقد واقع نشده است و این ایجاب و قبول سه نکته دارد:

(۱) از هر دو طرف این ایجاب و قبول قابل رجوع است چون عقدی واقع نشده است.

(۲) این ایجاب و قبول با فوت هر یک از دو طرف از بین می رود.

(۳) این ایجاب و قبول با حجر هر یک از دو طرف از بین می رود.

یعنی این ایجاب و قبول با رجوع، فوت و حجر از بین می رود و اگر این سه اتفاق نیفتند ایجاب و قبول می ماند تا قبض بیاید.

نتیجه: پس قبض فوری نیست (ماده ۶۰).

ماده ۶۰- در قبض فوریت شرط نیست بلکه مادامی که واقف رجوع از وقف نکرده است هر وقت قبض بدهد وقف تمام می شود.

مرحله دوم بعد از قبض: بعد از قبض عقد وقف منعقد شده وقف لازم است یعنی دیگر نمی توان آن را بر هم زد یعنی واقف نه می تواند از موقوف علیهم کم کند و نه زیاد کند و ... (ماده ۶۱ ق.م).

ماده ۶۱- وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید یا با آنها شریک کند یا گر در ضمن عقد متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند.

ماده ۵۷ یک استثناء دارد: در ماده ۵۷ ق.م بند ۱ واقف باید هم مالک مال و هم مالک عین و هم مالک منافع باشد که یک استثناء دارد بند ۱ ماده ۶۴.

ماده ۵۷- واقف باید مالک مالی باشد که وقف می کند و به علاوه دارای اهلیتی باشد که در معاملات معتبر است.

ماده ۶۴- مالی را که منافع آن موقتاً متعلق به دیگری است می توان وقف نمود و همچنین وقف ملکی که در آن حق ارتفاق موجود است جائز است بدون اینکه بحق مزبور خللی وارد آید.

مالکی به همسایه اش حق ارتفاق داده بعد از مدتی مال را وقف می کند که حق ارتفاق از بین نمی رود.

ماده ۶۵ می خورد به ماده ۲۱۸:

ماده ۶۵- صحت وقفی که به علت اضرار دیان واقف واقع شده باشد منوط به اجازه دیان است.

ماده ۲۱۸- هر گاه معلوم شود معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده آن معامله باطل است. (اصلاحی مصوب ۱۳۷۰/۰۸/۱۴)

ماده ۶۶ می خورد به ماده ۲۱۷:

ماده ۶۶- وقف بر مقاصد غیر مشروع باطل است.

ماده ۲۱۷- در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد والا معامله باطل است.

ماده ۶۷ می خورد به ماده ۳۴۸:

ماده ۶۷- مالی که قبض و اقباض آن ممکن نیست وقف آن باطل است لیکن اگر واقف تنها قادر بر اخذ و اقباض آن نباشد و موقوف علیه قادر به اخذ آن باشد صحیح است.

ماده ۳۴۸- بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد.

ماده ۶۸ می خورد به ماده ۳۵۶:

ماده ۶۸- هر چیزی که طبعاً یا بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می شود داخل در وقف است مگر اینکه واقف آنرا استثناء کند به نحوی که در فصل بیع مذکور است.

ماده ۳۵۶- هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند.

ماده ۶۹ می خورد به ماده ۴۵:

ماده ۶۹- وقف بر معدوم صحیح نیست مگر به تبع موجود.

ماده ۴۵- در موارد فوق حق انتفاع را فقط در باره شخص یا اشخاصی می توان برقرار کرد که در حین ایجاد حق مزبور وجود داشته باشند ولی ممکن است حق انتفاع تبعاً برای کسانی هم که در حین عقد بوجود نیامده اند برقرار شود و مادامی که صاحبان حق انتفاع موجود هستند حق مزبور باقی و بعد از انقراض آنها حق زائل می گردد.

وقف بر معدوم درست نیست مگر به تبع موجود همانی است که ماده ۴۵ هم می گوید.

ماده ۷۰: گفته اگر وقف بر معدوم و موجود معاً (با هم) واقع شود، نسبت به موجود درست و نسبت به معدوم باطل است.

ماده ۷۰- اگر وقف بر موجود و معدوم معاً واقع شود نسبت به سهم موجود صحیح و نسبت به سهم معدوم باطل است.

ماده ۷۱ ق.م. گفته وقف بر مجهول صحیح نیست (یعنی باطل است) که به ماده ۹۱ می خورد. ماده ۷۱ مربوط به وقف خاص است اعم از اینکه موقوف علیهم مجهول باشند یا مصرف آنها. ولی در وقف عام طبق ماده ۹۱ عمل می شود.

ماده ۷۱- وقف بر مجهول صحیح نیست.

ماده ۹۱- در موارد ذیل منافع موقوفات عامه صرف بریات عمومیه خواهد شد:

۱- در صورتی که منافع موقوفه مجهول المصرف باشد مگر اینکه قدر متیقنی در بین باشد.

۲- در صورتی که صرف منافع موقوفه در مورد خاصی که واقف معین کرده است متعذر باشد.

نکته (۱): بعد از اینکه وقف واقع شد، فک ملک صورت می گیرد (یعنی مال از ملکیت واقف خارج می شود).

سؤال: ملک مال چه کسی می شود؟

در قانون مدنی مال موقوفه مالک خاصی ندارد (مثل مباحات که مالک خاصی ندارد) اما در قانون اوقاف (مصوب سال ۱۳۶۳) ماده ۳ گفته که هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است. پس وقتی موقوفه دارای شخصیت حقوقی است مالکش می شود همان شخص حقوقی (مانند شرکت های تجاری) و مانند شخص حقیقی هر حقوقی می تواند داشته باشد بجز حقوق غیر مالی (ازدواج، طلاق و ..). شخص حقوقی قابل دیدن نیست. حال شخص حقوقی مدیر و نماینده می خواهد. نماینده ی وقف متولی است. یعنی کارهای شخص حقوقی را نماینده ی آن انجام می دهد (متولی). مثل ماده ی ۴۹۹ ق.م. که در این ماده متولی نماینده (مدیر) وقف است نه نماینده واقف.

ماده ۴۹۹- هر گاه متولی با ملاحظه صرفه وقف مال موقوفه را اجاره دهد اجاره به فوت او باطل نمی گردد.

موقوف علیهم چکاره است؟ در وقف موقوف علیهم دارای حق انتفاع است (قانونگذار وقف را در مبحث حق انتفاع آورده است).

واقف در وقف چکاره است؟ علی الاصول سمتی ندارد مگر اینکه متولی باشد.

نکته (۲): وقف عقد مجانی است. عقود یا معوض اند یا مجانی و بعضی هم دو وجهی اند. وقف جزء عقود مجانی است. در عقود مجانی یک قاعده داریم:

قاعده: در عقود مجانی می توانیم شرط عوض بگذاریم. اگر در عقود مجانی شرط عوض بگذاریم عقد مجانی معوض نمی شود و به آن عقد مجانی با شرط عوض گفته می شود. به این دلیل که شرط جنبه ی فرعی دارد یعنی شرط فرع بر عقد است.

مثال: هبه یک عقد مجانی است. کسی مالی به دیگری می بخشد به شرط اینکه او نیز مالی به واهب ببخشد (مانند کتاب در برابر خودکار). یعنی کتاب مورد اصلی است و خودکار مورد شرط است. به این عقد مجانی با شرط عوض گویند نه عقد معوض.

ماده ۸۰۱ ق.م: در تمام عقود مجانی شرط عوض درست است بجز عقد وقف.

ماده ۸۰۱- هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب می تواند شرط کند که متهب مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد.

وقف عقد مجانی است. شرط عوض در وقف باطل است اما وقف را باطل نمی کند (زیرنویس ۳ ماده ۷۲ ق.م).

نکته (۳): ماده ۷۲ و ۷۴ ق.م:

یک بحث داریم به نام **وقف بر نفس** یعنی خودت هم ذینفع باشی.

ماده ۷۲ گفته وقف بر نفس باطل است که این در مورد وقف خاص است. مثلاً کسی که مالی را برای خود و حسن وقف می کند که نسبت به **خود باطل** و نسبت به حسن درست است و اگر کسی بر خود وقف کند تمام وقف باطل است. اما در وقف عام طبق ماده ۷۴ وقف بر نفس درست است. یعنی واقف می تواند خودش موقوف علیه باشد. مثلاً کسی دانشجوی فلسفه است و مالی را برای دانشجویان فلسفه وقف می کند که خود نیز می تواند از وقف منتفع گردد. ماده ۷۴ ایرادی دارد که وقف بر غیر محصور را نگفته است در حالیکه در **وقف عام چه وقف بر غیر محصور باشد چه وقف بر مصالح عامه واقف خود می تواند مصداق موقوف علیه باشد.** واردین در ماده ۷۳ یعنی کسانی که به دیدن شخص می آیند.

ماده ۷۲- **وقف بر نفس به این معنی که واقف خود را موقوف علیه یا جزء موقوف علیهم نماید یا پرداخت دیون یا سایر مخارج خود را از منافع موقوفه قرار دهد باطل است اعم از اینکه راجع به حال حیات باشد یا بعد از فوت.**

ماده ۷۳- **وقف بر اولاد و اقوام و خدمه و واردین و امثال آنها صحیح است.**

ماده ۷۴- **در وقف بر مصالح عامه {و غیر محصور} اگر خود واقف نیز مصداق موقوف علیهم واقع شود می تواند منتفع گردد.**

ماده ۷۵: (راجع به متولی است)

متولی نماینده وقف است. واقف می تواند خود، خود با یک یا چند نفر، چند نفر، یا یک نفر را متولی قرار دهد. اما باید هر کاری که می خواهد بکند در هنگام وقف باشد.

ماده ۷۵- **واقف می تواند تولیت یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام الحیوه یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند. تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر دیگر غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا منضمماً اداره کنند و همچنین واقف می تواند شرط کند که خود او یا متولی که معین شده است نصب متولی کند و یا در این موضوع هر ترتیبی را که مقتضی بداند قرار دهد.**

نصب متولی عقد نیست، ایقاع است. ماده ۷۶ گفته واقف یک نفر را متولی قرار می دهد و متولی می تواند یا قبول کند و یا رد کند. یعنی وقتی واقف کسی را متولی تعیین کرد او می شود متولی و اراده اش دخالت ندارد حال برای اینکه بر متولی تحمیل نشود به او می گویند «تو متولی شدی حال قبول می کنی یا نه» اگر قبول کند سمتش محکم می شود و دیگر نمی تواند رد کند و اگر هم رد کند دیگر نمی تواند قبول کند.

سؤال: اما اگر سکوت کند؟

اگر سکوت کند همچنان متولی است. این نشان می دهد که نصب متولی ایقاع است که بعداً یا قبول می کند یا رد (زیر نویس ۱ ماده ۷۶).

ماده ۷۶- **کسی که واقف او را متولی قرار داده می تواند بدو تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی تواند رد نماید و اگر رد کرد مثل صورتیست که از اصل متولی قرار داده نشده باشد.**

ماده ۷۷- هرگاه واقف برای دو نفر یا بیشتر بطور استقلال تولیت قرار داده باشد هر یک از آنها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلاً تصرف می کنند و اگر به نحو اجتماع قرار داده باشد تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها حاکم شخصی را ضمیمه آنکه باقیمانده است می نماید که مجتمعاً تصرف کنند.

ماده ۶۷۰- در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می شود.

ماده ۷۸ به ماده ۸۵۷ می خورد:

ماده ۷۸- واقف می تواند بر متولی ناظر قرار دهد که اعمال متولی به تصویب یا اطلاع او باشد.

ماده ۸۵۷- موصی می تواند یک نفر را برای نظارت در عملیات وصی معین نماید. حدود اختیارات ناظر به طریقی خواهد بود که موصی مقرر داشته است یا از قرائن معلوم شود.

توضیح ماده ۷۸: راجع به ناظر است. واقف متولی تعیین کرده و بر متولی ناظر می گذارد.

ناظر

اطلاعی: خیلی قدرت ندارد نظارت دارد بر کارهای متولی. تخلفی دید به حاکم گزارش می دهد.

استصوابی: مثل شورای نگهبان است نسبت به مجلس. یعنی متولی می خواهد تصمیمی بگیرد ناظر استصوابی باید تصویب کند.

اگر ناظر استصوابی تصویب نکند متولی نمی تواند آن کار را انجام دهد. هر کار و تصمیمی که متولی بخواهد انجام دهد، باید ناظر استصوابی آن را تصویب کند. تفاوت متولی با ناظر استصوابی این است که ابتکار با متولی است یعنی تصمیمات را متولی می گیرد و ناظر نمی تواند تصمیم بگیرد یا پیشنهاد بدهد (شورای نگهبان نمی تواند پیشنهاد چیزی را بدهد).

نکته: اگر یک ناظر داشتیم شک کردیم اطلاعی است یا استصوابی اصل بر این است که اطلاعی است (طبق اصل عدم زیاده). یعنی اگر شما شک کنید چیزی کم است یا زیاد کم را مطمئن هستیم پس به کم اکتفاء می کنیم که در اینجا نیز ناظر اطلاعی نسبت به ناظر استصوابی قدرت کمتری دارد.

ماده ۷۹: گفته است که متولی ای را که نصب شده نمی توان عزل کرد. واقف و حاکم نمی توانند متولی را عزل کنند مگر اینکه در هنگام وقف حق عزل پیش بینی شده باشد. در ادامه گفته که اگر متولی خیانت (تقصیر) هم بکند نمی توانند او را عزل کنند. متولی امین است و مسئول نیست مگر اینکه تقصیر کرده باشد (ماده ۸۲). آخر ماده گفته مثل وکیل امینی عمل می کند پس **متولی وکیل است** و وکیل امین است و نباید تقصیر کند. حال اگر تقصیر کرد او را برکنار نمی کنند **حاکم ضم امین می کند** یعنی حاکم یکی را ضمیمه می کند که با متولی با هم کار کنند. وقتی ضم امین شد انگار دو متولی اند یعنی همانند دو تا متولی با هم عمل می کنند.

ماده ۷۹- واقف یا حاکم نمی تواند کسی را که در ضمن عقد وقف متولی قرار داده شده است عزل کند مگر در صورتی که حق عزل شرط شده باشد و اگر خیانت متولی ظاهر شود حاکم ضم امین می کند.

ماده ۸۲- هر گاه واقف برای اداره کردن موقوفه ترتیب خاصی معین کرده باشد متولی باید به همان ترتیب رفتار کند و اگر ترتیبی قرار نداده باشد متولی باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید.

نکته: اگر واقف یک صفتی در متولی شرط کرده باشد بعداً متولی آن صفت را از دست بدهد، منزل می شود (یعنی خودبخود عزل می شود). « ماده ۸۰ ق.م » مثلاً واقف گفته چون تو قاضی هستی متولی این موقوفه باش حال طرف از قضاوت بیرون می آید. او دیگر متولی نیست یعنی خودبخود از تولیت منزل می شود.

سؤال: اگر در وقف اصلاً متولی نباشد یا متولی که بوده از بین برود (صفت را از دست بدهد، فوت کند) وقف بدون متولی را باید چکار کرد؟

ماده ۸۱ ق.م بطور ناقص به این سؤال جواب داده است.

ماده ۸۱- در اوقاف عامه که متولی معین نداشته باشد، اداره موقوفه طبق نظر ولی فقیه خواهد بود.

این ماده عوض شده اما قبلاً کاملتر بود. قبلاً می گفت: « در وقف خاص اگر متولی نبود این کار را بکنید و در وقف عام اگر متولی نبود این کار را بکنید ». اما ماده ۸۱ جدید فقط وقف عام را گفته ولی وقف خاص را نگفته است. با دو استدلال می توان گفت در وقف خاص اگر متولی نباشد اداره با خود موقوف علیهم است:

استدلال اول: ماده ۸۱ قانون قدیم هم در مورد وقف خاص بود و هم در مورد وقف عام. قانون جدید فقط در مورد وقف عام است. به نظر می رسد قانون جدید در مورد وقف خاص ساکت است و قانون قدیم را نسخ نکرده است. و می دانیم قانون قدیم در وقف خاص می گفت اگر متولی نباشد اداره با موقوف علیهم است. پس آن قسمت همچنان باقی است زیرا توسط قانون جدید نسخ نگردیده است.

استدلال دوم: فرض کنیم قانون قدیم کلاً نسخ شده باشد هم در وقف عام و هم در وقف خاص. باز هم می توان گفت اداره با موقوف علیهم است زیرا در وقف خاص قبض با موقوف علیهم است اگر متولی هم نباشد. پس مال دست موقوف علیهم است. یعنی اداره با موقوف علیهم است. ماده ۸۳ به ماده ۶۷۲ می خورد:

ماده ۸۳- متولی نمی تواند تولیت را به دیگری تفویض کند مگر آنکه واقف در ضمن وقف به او اذن داده باشد ولی اگر در ضمن وقف شرط مباشرت نشده باشد میتواند وکیل بگیرد.

ماده ۶۷۲- وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد.

یک بحث داریم تفویض و یک بحث داریم توکیل.

تفویض: یعنی متولی خسته شده و می خواهد سمت خود را به یک نفر دیگر بدهد و خودش برود. متولی نمی تواند سمتش را به دیگری تفویض کند.

توکیل: متولی خسته نشده بلکه کارش زیاد است و نمی رسد همه ی کارها را خودش انجام دهد. وکیلی می گیرد و یک سری از کارها را به او می دهد. اگر در تولیت شرط مباشرت نشده باشد می تواند وکیل بگیرد.

ماده ۸۴ به ماده ۶۷۶ می خورد:

ماده ۸۴- جاز است واقف از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولی قرار دهد و اگر حق التولیه معین نشده باشد متولی مستحق اجرت المثل عمل است.
ماده ۶۷۶- حق الوکاله وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرار داد نباشد تابع عرف و عادت است اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است.

ماده ۶۷۶ کاملتر است. اما ماده ۸۴ دو مرحله گفته که در واقع ناقص است.
متولی مجانی کار نمی کند و **حق التولیه می گیرد.** حق التولیه سه مرحله دارد:
۱- مرحله اول: واقف مشخص کرده که متولی چقدر بگیرد (اجرت المسمی).
۲- مرحله دوم: واقف چیزی نگفته ولی یک عرف مشخص داریم. مثلاً عرف گفته متولی نیم درصد درآمد سالیانه موقوفه را به عنوان حق التولیه می گیرد که این را نیز اجرت المسمی گویند (طبق ماده ۲۲۵ ق.م). بنابراین طبق این ماده مبلغی که عرف تعیین کرده اجرت المسمی نام دارد و این مرحله در ماده ۶۷۶ (در بالا آمده) ذکر شده است.

ماده ۲۲۵- متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است.

۳- مرحله سوم: نه عرف و نه واقف حق التولیه را تعیین نکرده که در این صورت متولی مستحق **اجرت المثل** است.

ماده ۸۵: یک بحثی داریم حق عینی و حق دینی. تفاوتشان چیست؟ حق عینی حقی است که مستقیماً روی مال است بدون واسطه اما حق دینی حقی است که غیر مستقیم روی مال است یعنی از طریق یک شخص به مال می رسد. وقتی موقوف علیهم می خواهند سهم خود را بگیرند اول حق دینی دارند باید از متولی سهم خود را بگیرند. وقتی متولی سهم هر کدام را مشخص کرد حشاشان می شود حق عینی که دیگر اذن نمی خواهد و خودش به طور مستقیم بر می دارند.

ماده ۸۵- بعد از آنکه منافع موقوفه حاصل و حصه هر یک از موقوف علیهم معین شد موقوف علیه می تواند حصه خود را تصرف کند اگر چه متولی اذن نداده باشد مگر اینکه واقف اذن در تصرف را شرط کرده باشد.

ماده ۸۷ ق.م: که یک فرض را گفته و یک فرض را نگفته است. منافع موقوفه چطور بین موقوف علیهم تقسیم می شود؟ واقف می تواند به طور تساوی یا متفاوت مشخص کند که این را ماده گفته اما اگر واقف چیزی نگفت که مبنای آن اصل عدم زیاده است.
قاعده: هر گاه چند نفر یک چیزی داشته باشند (مالی، حقی، دینی) اصل بر تساوی سهام آن ها است.

ماده ۸۷- واقف می تواند شرط کند که منافع موقوفه مابین موقوف علیهم به تساوی تقسیم شود یا به تفاوت و یا اینکه اختیار به متولی یا شخص دیگری بدهد که هر نحو مصلحت داند تقسیم کند.

ماده ۱۵۳ ق.م و ۸۵۳ ق.م مبنای قاعده اصل عدم زیاده است که ماده ۸۷ ق.م این را نگفته است.

ماده ۱۵۳- هرگاه نهري مشترك مابين جماعتی باشد و در مقدار نصيب هر يك از آنها اختلاف شود حكم به تساوی نصيب آنها می شود مگر اينكه دلیلی بر زیادتی نصيب بعضی از آنها موجود باشد.

ماده ۸۵۳- اگر موصی لهم متعدد و محصور باشند موصی به بين آنها بالسویه تقسیم می شود مگر اينكه موصی طور دیگر مقرر داشته باشد.

مواد ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ به هم ربط دارند که این مواد می گویند مال موقوفه را نمی توان فروخت چون مال موقوفه حبس می شود (نمی توان هبه کرد، نمی توان انتقال داد) اما در بعضی موارد استثنائی که این سه ماده گفته می توان مال موقوفه را فروخت. مثلاً مال موقوفه خراب شود یا بین موقوف علیهم اختلاف شود و بیم خونریزی (سفک دماء) رود. در موارد استثنائی مال موقوفه فروخته می شود پولش را طبق ماده ۹۰ صرف یک کاری می کنند که به هدف واقف نزدیک تر است. مثلاً بیمارستان را اگر فروختند درمانگاه می زنند.

ماده ۸۸- بيع وقف در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.

ماده ۸۹- هر گاه بعض موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد همان بعض فروخته می شود مگر اينكه خرابی بعض سبب سلب انتفاع قسمتی که باقیمانده است بشود در اینصورت تمام فروخته می شود.

ماده ۳۴۹- بيع مال وقف صحيح نیست مگر در موردی که بين موقوف علیهم تولید اختلاف شود به نحوی که بیم سفک دماء رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف مقرر است.

ماده ۹۰- عين موقوفه در مورد جواز بيع به اقرب به غرض واقف تبدیل می شود.

ماده ۹۱ که جلسه ی قبل خوانده شد.

نکته: یک اصطلاح داریم به نام حبس یا حبس مؤبد. کلمه ی حبس در مواد ۴۴، ۴۷ و ۵۵ آمده که حبس در این مواد با حبس مؤبد فرق دارد. در وقف مال دیگر از مالکیت واقف خارج شد و رفت.

ماده ۴۴- در صورتی که مالک برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشد حبس مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک خواهد بود مگر اينكه مالک قبل از فوت خود رجوع کند.

ماده ۴۷- در حبس اعم از عمری و غیره قبض شرط صحت است.

ماده ۵۵- وقف عبارتست از اينكه عين مال حبس و منافع آن تسبیل شود.

اگر موقوف علیهم یا هدف وقف منقرض شود؟

تحت هیچ شرایطی وقف بر نمی گردد. حبس مؤبد آن عقدی است که مال از ملکیت حابس (حبس کننده) خارج نمی شود ولی برای محبوس لهم (کسی که مال به نفعش حبس شده) تا ابد حق انتفاع برقرار می شود.

حبس مؤبد شبیه عقد موجد حق انتفاع است (که یا عمری بود یا رقبی) که می توان این را حبس موقت گفت. اما حبس مؤبد دائمی است محبوس لهم بروند، نسل بعد و تا...

فرق حبس مؤبد با وقف:

- ۱- در وقف، واقف دیگر مالک نیست اما در حبس، حابس مالک است.
 - ۲- در حبس اگر محبوس لهم (کسی که مال به نفعش حبس شده) منقرض شدند مال آزاد می شود و به حابس بر می گردد و اگر حابس نبود به وراثش.
- حق ارتفاق

مواد ۹۳ تا ۱۰۸ ق.م:

ماده ۹۳ ق.م تعریف حق ارتفاق است که به درد نمی خورد. طبق این ماده حق ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگری. یک تعریف خوب باید هم جامع تمام افراد باشد و هم مانع اغیار. تعریف این ماده جامع هست اما مانع نیست زیرا تعریف آن شامل حق انتفاع، حق شفعه، حق عینی تبعی و .. نیز می شود.

تعریف اساتید از حق ارتفاق:

دو مال غیر منقول داریم مالک یک مال روی ملک دیگری حق دارد. این حق را حق ارتفاق گویند. که حق ارتفاق قائم به ملک است یعنی به درد کسی می خورد که خودش مالک ملک باشد. به همین خاطر در حق ارتفاق باید دو ملک داشته باشیم. اگر من ملکی نداشته باشم حق ارتفاق گفته نمی شود، حق انتفاع می گویند.

نکته: حق ارتفاق از دو راه به وجود می آید:

۱- قرارداد

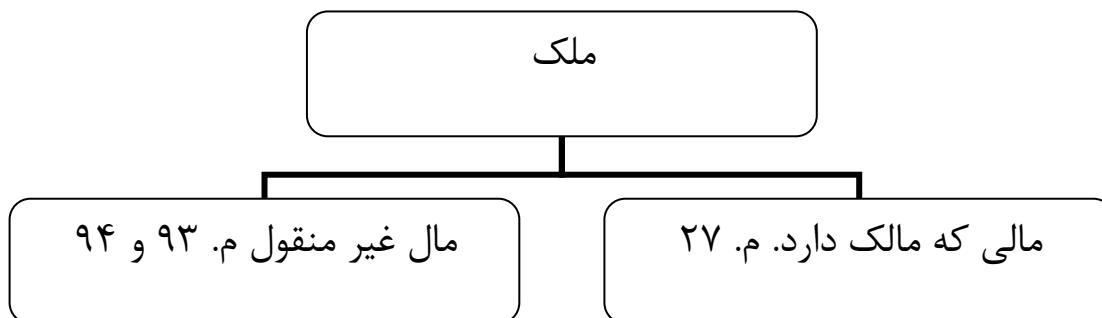
۲- قانون

دیدیم که حق انتفاع هم مانند حق ارتفاق دو منبع داشت. ماده ۹۴ قرارداد را و ماده ۹۵ قانون را گفته است.

ماده ۹۴- صاحبان املاک می توانند در ملک خود هر حقی را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند در این صورت کیفیت استحقاق تابع قرار داد و عقدیست که مطابق آن حق داده شده است.

ماده ۹۵- هر گاه زمین یا خانه کسی مجرای فاضلاب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است صاحب آن خانه یا زمین نمی تواند جلوگیری از آن کند مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود.

قرارداد: اولین منبع حق ارتفاق قرارداد است. یعنی صاحب دو ملک با هم قرارداد می بندند و به هم حق ارتفاق می دهند (حق عبور، مجری، در، شبکه، ناودان و ..). قانونگذار اسمی برای این قرارداد نگذاشته و به آن **عقد موجد حق ارتفاق** می گویند. این عقد می تواند معوض باشد و می تواند مجانی باشد. یعنی همسایه که حق ارتفاق می دهد می تواند عوض بگیرد (معوض) یا نگیرد.



قانون: دومین منبع حق ارتفاق قانون است. قانون در بعضی مواقع به مردم حق ارتفاق داده (یعنی کسی اراده نکرده) که مواردش زیاد است. در قانون مدنی ماده ۹۵ (در بالا آمده) یکی از موارد آمده که بغل ماده نوشته **ارتفاق طبیعی** یعنی دو ملک که به طور طبیعی یکی بر روی دیگری حق ارتفاق دارد (یا ارتفاق به حکم قانون).

ماده ۹۶ به ماده ۳۹ بر می گردد که از موارد اماره تصرف است:

ماده ۹۶- چشمه واقعه در زمین کسی محکوم به ملکیت صاحب زمین است مگر اینکه دیگری نسبت به آن چشمه عیناً یا انتفاعاً حقی داشته باشد.

ماده ۳۹- هر بنا و درخت که در روی زمین است و همچنین هر بنا و حفری که در زیر زمین است ملک مالک آن زمین محسوب می شود مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

ماده ۹۷ به ماده ۱۲۴ می خورد:

ماده ۹۷- هر گاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته صاحب خانه یا ملک نمی تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود و همچنین است سایر حقوق از قبیل حق داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره.

ماده ۱۲۴- اگر از قدیم سر تیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سرتیر برداشته شود صاحب عمارت می تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد مگر اینکه ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است.

ماده ۹۸ به ماده ۱۰۸ می خورد. این دو ماده راجع به اذن است. اذن با حق تفاوت دارد:

ماده ۹۸- اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد ولی صاحب ملک اذن داده باشد که از ملک او عبور کنند هر وقت بخواهد می تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او بشود و همچنین است سایر اتفاقات.

ماده ۱۰۸- در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد مالک می تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد.

اذن: یعنی رفع مانع. مثال: کسی مانع دارد وارد خانه دیگری شود، صاحب خانه اذن می دهد و مانع کنار می رود. اذن ایجاد حق نمی کند. اذن فقط رفع مانع می کند، اذن ایجاد تعهد نمی کند. در اینجا منظور از حق (با اذن)، حق مالی است.

چهار تفاوت بین حق و اذن:

۱ - حق قابل رجوع نیست: یعنی اگر به یک نفر حق دادی نمی توانی پس بگیری. ولی اذن قابل رجوع است.

۲ - حق قابل انتقال به دیگران است. صاحب حق می تواند حقش را به دیگری منتقل کند اما اذن قابل انتقال نیست. اذن قائم به شخص است یعنی من اگر به تو اذن دادم تو نمی توانی اذن را به دیگری بدهی.

۳ - حق با فوت به ورثه می رسد ولی اذن چه با فوت اذن (کسی که اذن می دهد) و چه با فوت مأذون از بین می رود.

۴ - حق با حجر (محجور شدن) از بین نمی رود. کسی که حق داشته باشد و محجور بشود حق از بین نمی رود حبس مطلق چون حق است با حجر از بین نمی رود ولی اذن با حجر از بین می رود. چه حجر اذن و چه حجر مأذون.

نکته: اذن با اجازه دو تفاوت دارد:

- ۱ - اذن قبل از عمل داده می شود اما اجازه بعد از عمل داده می شود. مثلاً من به شما اذن می دهم ماشینم را بردارید. یعنی شما هنوز بر نداشته اید. اجازه یعنی شما بدون اذن من ماشین را بر می داری و کارت را انجام می دهی می گویم چرا برداشتی و تو می گویی کار داشتم. می گویم عیب ندارد یعنی **بعداً اجازه می دهد.**
- ۲ - اذن قابل رجوع است ولی اجازه قابل رجوع نیست. قانونگذار در خیلی از ماده ها به جای اذن گفته اجازه مثلاً مواد ۶۳۵ و ۱۰۴۳.

ماده ۶۳۵ - عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند.

ماده ۱۰۴۳ - نکاح دختر باکره، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط و در این صورت دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید. (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴)

تعهدات مواد ۱۸۳ تا ۳۰۰:

دو اصطلاح عمل حقوقی و واقعه ی حقوقی:

عمل حقوقی: عملی است اعتباری که دارای اثر حقوقی است. دو نوع عمل داریم:

- ۱- عمل مادی: راه رفتن، غذا خوردن، تعمیر ماشین و ...
- ۲- عمل اعتباری: که در عالم حقوق یک چیز نامرئی است که اثرش همه در عالم حقوق است. عمل مادی اثر مادی دارد ولی عمل حقوق دارای اثر حقوقی است. ممکن است در عمل حقوقی عمل مادی هم باشد اما همه ی آن ها عمل حقوقی است. عمل حقوقی همیشه ارادی است یعنی همیشه با خواست و اراده است.

واقعه حقوقی: واقعه حقوقی بعضی وقت ها ارادی است و بعضی اوقات قهری است.

- ۱- واقعه حقوقی ارادی: عملی است مادی که دارای اثر حقوقی است. مثلاً من شیشه شما را با سنگ می شکنم که این عمل مادی است. این عمل مادی اثر حقوقی دارد و اثر حقوقی اش این است که من باید جبران خسارت کنم. عنوان این مثال **اتلاف** است. اتلاف عمل حقوقی نیست.

- ۲- واقعه حقوقی قهری: رویدادی است قهری (غیر ارادی) که دارای اثر حقوقی است یعنی هر رویداد قهری که اثر حقوقی داشته باشد واقعه حقوقی قهری است. مثل **فوت، تولد، حجر و تهاتر.**

در مدنی ۳ از ماده ۱۸۳ تا ۳۰۰ عمل حقوقی خوانده می شود. از ماده ۳۰۱ تا ۳۳۷ واقعه ی حقوقی خوانده می شود.

عمل حقوقی: عمل حقوقی همیشه ارادی است بعضی اوقات عمل حقوقی فقط با یک اراده واقع می شود که به آن ایقاع می گویند و بعضی اوقات عمل حقوقی بیش از یک اراده می خواهد که به آن عقد می گویند.

ایقاع: عمل حقوقی است که یک اراده در آن است. کلمه ی ایقاع فقط در ماده ۱۳۱۲ ق.م یک بار به کار رفته. ایقاع بعضی وقت ها یکطرفه است و بعضی وقت ها دو طرفه.

ماده ۱۳۱۲- احکام مذکور در فوق در موارد ذیل جاری نخواهد بود:

۱- در مواردی که اقامه شاهد برای تقویت یا تکمیل دلیل باشد مثل اینکه دلیلی بر اصل دعوی موجود بوده ولی مقدار یا مبلغ مجهول باشد و شهادت بر تعیین مقدار یا مبلغ اقامه گردد.

۲- در مواردی که به واسطه حادثه، گرفتن سند ممکن نیست از قبیل حریق و سیل و زلزله و غرق کشتی که کسی مال خود را به دیگری سپرده و تحصیل سند برای صاحب مال در آن موقع ممکن نیست.

۳- نسبت به کلیه تعهداتی که عادتاً تحصیل سند معمول نمی باشد مثل اموالی که اشخاص در مهمانخانه ها و قهوه خانه ها و کاروانسراها و نمایشگاه ها می سپارند و مثل حق الزحمه اطباء و قابله همچنین انجام تعهداتی که برای آن عادتاً تحصیل سند معمول نیست مثل کارهائی که به مقاطعه و نحو آن تعهد شده اگر چه اصل تعهد به موجب سند باشد.

۴- در صورتی که سند به واسطه حوادث غیر منتظره مفقود یا تلف شده باشد.

۵- در موارد ضمان قهری و امور دیگری که داخل در عقود و ایقاعات نباشد.

۱. **ایقاع یکطرفه:** ايقاعی که اثرش فقط به یک نفر می رسد و در مقابلش کسی نیست. مثلاً حيازت مباحات (کسی از دریا ماهی می گیرد که یک اراده دارد و اثرش فقط به خود ماهیگیر می رسد) و نیز کسی که شکار می کند اثرش فقط به خودش می رسد.

۲. **ایقاع دوطرفه:** ايقاعی است که اثرش به دو طرف می رسد و یک اراده در آن است. یعنی اثرش هم به خودش و هم به یکی دیگر می رسد. مثل طلاق که اثرش هم به مرد می رسد و هم به زن. اکثر ايقاعات دو طرفه اند. دکتر شهبازی ۵ تا ايقاع یکطرفه پیدا کرده که هیچکدام هم کاربرد ندارند.

پنج مورد ايقاع یکطرفه:

- (۱) احيای اراضی موات: اثر حقوقی آن تملک است.
- (۲) حيازت مباحات: اثر حقوقی آن هم تملک است مانند شکار و ماهیگیری.
- (۳) تحجير: اثر حقوقی آن حق اولویت است.
- (۴) اسقاط حق تحجير: اثر حقوقی آن از بین رفتن حق اولویت است.
- (۵) اسقاط حق مالکیت (اعراض از ملک): اثر حقوقی آن از بین رفتن حق مالکیت است.

ایقاع دوطرفه:

بهترین ايقاعات دوطرفه عبارتند از:

- (۱) ابراء یعنی اسقاط حق دینی در مقابل اعراض است. اعراض یعنی اسقاط حق عینی. ابراء یعنی اسقاط طلب و یعنی طلبکار از طلبش بگذرد که چون فقط به اراده طلبکار است ايقاع است. ايقاع دو طرفه که طلبکار اراده می کند و اثرش به بدهکار هم می رسد. اثر حقوقی ابراء بری شدن بدهکار است (ماده ۲۸۹ ق.م).

ماده ۲۸۹ - ابراء عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرفنظر می نماید.

(۲) دومین ايقاع دوطرفه فسخ است. یک اصطلاح داریم حق فسخ و یک اصطلاح داریم فسخ. **اول اصطلاح فسخ:** وقتی صاحب حق فسخ حقش را اعمال (اجرا) می کند به این فسخ می گویند. مثلاً کسی ماشینی می خرد که ماشین خراب است. به دیگری می گوید ماشینی خریده ام که خراب است و او می گوید که حق فسخ داری و باید به طرف بگویی که معامله را فسخ کردم به صورت شفاهی. و می تواند اظهارنامه هم به فروشنده ماشین هم بفرستد که نیازی به دادگاه رفتن و دادخواست و .. ندارد (ماده ۴۴۹ ق.م). در عالم ثبوت هر طور فسخ کنی فسخ گفته می شود. اما باید طوری فسخ کرد که بتوان آن را ثابت کرد. فسخ ايقاع است نه حق فسخ. فسخ ايقاع دو طرفه است و اثر حقوقی فسخ از بین رفتن (انحلال یا به هم خوردن) معامله است. نتیجه: یعنی اول حق فسخ به وجود می آید و وقتی صاحب حق آنرا اعمال کرد می شود فسخ و به آن فسخ می گویند.

ماده ۴۴۹ - فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می شود.

(۳) سومین ایقاع دو طرفه اخذ به شفعه است: یک اصطلاح داریم که حق شفعه است و یک اصطلاح هم اخذ به شفعه. حق شفعه: اول حق شفعه است. وقتی صاحب حق شفعه که به آن شفیع می گویند حقش را اعمال کند به آن اخذ به شفعه گویند. دو نفر در یک ملک شریکند که یکی از دو شریک سهمش را به حسن می فروشد. برای شریک دیگر حق شفعه به وجود می آید که اگر اعمال نکند هیچ اتفاقی نمی افتد تازه ممکن است از بین هم برود. اما اگر شریک پول را به حسن بدهد و ملک را پس بگیرد یعنی حق شفعه اش را اعمال کند، اخذ به شفعه گویند. اخذ به شفعه ایقاع است که فقط به اراده ی شفیع است. و ایقاع دو طرفه است. اثر حقوقی اخذ به شفعه تملک است یعنی شفیع می شود مالک ملک خریدار (ماده ۸۰۸ ق.م.)

ماده ۸۰۸- هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالث منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می گویند.

(۴) چهارمین ایقاع دو طرفه وصیت عهدی (وصایت): کسی وصیت می کند که بعد از مرگ من فلانی یک سری کارها را انجام بدهد. کسی که وصیت می کند را موصی می گویند. کسی که باید کارها را انجام دهد وصی می گویند. ماده ۸۳۴ ق.م گفته در وصیت عهدی قبول شرط نیست. پس وصیت عهدی ایقاع است یعنی همینکه موصی وصیت کند و بمیرد، وصی باید انجام دهد. حتی اگر وصی خبر نداشته باشد.

ماده ۸۳۴- 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 نکرد بعد از آن حق رد ندارد اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد.

سؤال: آیا وصی می تواند رد کند؟ وصی تا وقتی که موصی زنده است می تواند رد کند. اگر وصی قبل از فوت رد نکرد دیگر حق رد ندارد. پس وصیت عهدی ایقاع است و فقط به اراده ی موصی است ولی ایقاع دوطرفه است. اثر حقوقی وصیت عهدی ایجاد تعهد بر عهده ی وصی است. اگر وصی انجام ندهد؟ ماده ۸۵۹ ق.م گفته وصی باید بر طبق وصایای موصی عمل کند و الا ضامن و منعزل است. یعنی ضامن جبران خسارات است و بعد برکنار می شود.

ماده ۸۵۹- وصی باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند و الا ضامن و منعزل است.

(۵) پنجمین ایقاع دوطرفه طلاق است: اصطلاح طلاق توافقی عقد نیست توافق برای رجوع به دادگاه است. طلاق در دادگاه واقع نمی شود اما برای آن باید به دادگاه برویم. مهم آن است که بعد از دادگاه به دفترخانه طلاق می روند. که در آنجا مرد طلاق می دهد اما اگر مرد نباشد دادگاه یک نفر می فرستد که به نمایندگی از مرد طلاق دهد (ماده ۱۱۳۳ ق.م.)

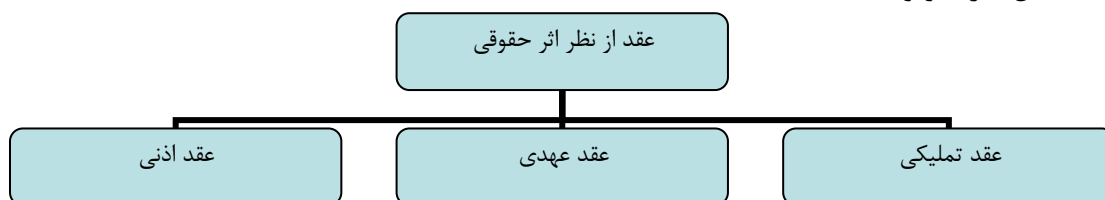
ماده ۱۱۳۳- مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.
تبصره: زن نیز می تواند با وجود شرایط مقرر در مواد (۱۱۱۹)، (۱۱۲۹) و (۱۱۳۰) این قانون، از دادگاه تقاضای طلاق نماید. (اصلاحی ۱۳۸۱/۸/۱۹)

عقد:

نکته: عقد با قرارداد مترادف اند یعنی یک معنی دارند. ماده ۱۸۳ ق.م عقد را تعریف کرده اما بد.
تعریف عقد توسط حقوقدانان: عقد عبارتست از توافق دو یا چند اراده به منظور ایجاد اثر حقوقی.

اثر حقوقی: در بعضی از عقد ها اثر حقوقی انتقال مالکیت است که به این عقد ها، عقد تملیکی می گویند. تملیک یعنی انتقال مالکیت از یک طرف به طرف دیگر مثل بیع، هبه و ...
گاهی اوقات اثر حقوقی عقد تعهد است (حق دینی) به این عقود، عقد عهدی گویند. عقد عهدی عقدی است که اثر حقوقی آن تعهد است مثل جعاله.
جعاله: من به حسن می گویم کاری برای من بکند و به او یک اجرت می دهم به این جعاله می گویند.

ضمان: عقد عهدی است و بدین معنی که شخصی بدهکار است و دیگری از او ضمانت می کند.
عقد اذنی: عقدی است که اثر حقوقی آن اذن است یعنی یک نفر به دیگری اذن می دهد که کاری بکند مثل عاریه و وکالت.



ماده ۱۸۳ ق.م: تعریف عقد در ماده ۱۸۳ جامع نیست از دو جهت:

۱. این تعریف فقط تعریف عقد عهدی است و شامل عقد تملیکی و اذنی نمی شود.
 ۲. ماده گفته یک طرف تعهد کند و طرف دیگر قبول کند که این می شود عقد مجانی که شامل عقد معوض نمی شود.
- بعضی ها گفته اند که این تعریف شامل شخص حقوقی نمی شود اما در قانون تجارت گفته هر حقی که شخص حقیقی داشته باشد، شخص حقوقی هم آن ها را دارد.

ماده ۱۸۳- عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.

تقسیم بندی عقود

ماده ۱۸۴ دو تا تقسیم از عقد گفته و یک تقسیم دیگر هم اضافه می شود.

ماده ۱۸۴- عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می شوند لازم، جائز، خیاری، منجز و معلق.

تقسیم اول: عقد لازم، جایز و خیاری. مواد ۱۸۵ تا ۱۸۸.

عقد لازم: عقدی است که اصولاً غیر قابل فسخ است. اصولاً که گفته می شود یعنی استثناء دارد یعنی وقتی عقد منعقد شد هر یک از طرفین نمی تواند آن را فسخ کند (ماده ۱۸۵) مثل بیع.

ماده ۱۸۵- عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آنرا نداشته باشد مگر در موارد معینه.

عقد جائز: (ماده ۱۸۶): عقدی است که اصولاً قابل فسخ است یعنی هر طرف می تواند به هم بزند و هر طرف هر وقت بخواهد می تواند بدون دلیل آنرا فسخ کند مثل وکالت.

ماده ۱۸۶- عقد جائز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند.

قانون مدنی در اکثر عقود گفته که لازم است یا جائز (اکثر عقود نه همه ی عقود). مثلاً گفته بیع لازم است، مضاربه جایز است. ولی بعضی از عقود را که مهم هم هستند هیچ چیزی نگفته مثل اجاره، نکاح، قرض و ... یک اصل داریم به نام اصل لزوم (ماده ۲۱۹)

ماده ۲۱۹- عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

این اصل گفته هر وقت شک کردیم عقدی لازم است یا جایز اصل بر این است که لازم است (یعنی اصل بر لزوم است). البته مسأله به همین سادگی هم نیست چون بعضی از عقود اختلافی است.

نکته: عقد جایز طبق ماده ۹۵۴ با فوت یا حجر به هم می خورد. حجر یعنی جنون و سفه اما عقود لازم نه با فوت و نه با حجر به هم نمی خورند. حتی وکالت بلاعزل هم با فوت به هم می خورد (البته این نکته باز هم جای بحث دارد).

نکته: عقد جایز را می توان در ضمن عقد لازم شرط کرد که در اینصورت نمی توان عقد جایز را بر هم زد. مثلاً کسی خانه اش را به مبلغی می فروشد به شرط اینکه خریدار وکیل فروشنده باشد برای انجام کاری، یعنی وکالت که یک عقد جایز است ضمن عقد بیع آمده که لازم است که در اینصورت وکالت را نمی توان بر هم زد. اما این وکالت که نمی توان آنرا بر هم زد، با فوت و حجر به هم می خورد یعنی کاملاً مانند عقد لازم نیست.

نکته مهم: عقود جایزی که با فوت و حجر به هم می خورند در هر حال به هم می خورند چه ضمن عقد لازم باشند چه جدا باشند. اگر عقد لازم ضمن عقد جایز بیاید، جایز نمی شود (هیچ اتفاقی نمی افتد، ماده ۲۴۶ که بعداً می خوانیم).

ماده ۲۴۶- در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ بهم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می تواند عوض او را از مشروط له بگیرد.

نکته: یک سری عقود نسبت به یک طرف لازم هستند و نسبت به یک طرف جایز (ماده ۱۸۷).

ماده ۱۸۷- عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جائز.

دلیلش این است که یک سری عقود فقط برای یک طرف ایجاد حق می کنند و برای طرف دیگر ایجاد تکلیف، تعهد و الزام می کنند. این عقود نسبت به طرفی که برای او ایجاد حق شده جایز است زیرا هر صاحب حقی می تواند از حق خود بگذرد (طبق قاعده). اما طرف ملزم نمی تواند از الزام خود بگذرد زیرا الزام از طرف شخص ملزم قابل گذشت نیست.

مثال (۱): عقد رهن: رهن به نفع طلبکار است و برای او ایجاد حق می کند (حق عینی تبعی). طلبکار می تواند هر وقت بخواهد از حق خود بگذرد ولی بدهکار نمی تواند. پس رهن نسبت به طلبکار جائز و نسبت به بدهکار لازم است (ماده ۷۸۷ ق.م).

ماده ۷۸۷- عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی راهن نمی تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد.

مثال (۲): عقد کفالت: کفالت این است که یک نفر کفیل بدهکار می شود یعنی شخصی به طلبکار می گوید من بدهکار را هر وقت بخواهی می آورم و اگر نیاوردم پولت را می دهم. پس کفالت بین کفیل و طلبکار است و به نفع طلبکار است. دقیقاً عین رهن، در رهن طلبکار یک مال می گیرد و در کفالت یک شخص می گیرد. حال طلبکار می تواند از حق خود بگذرد یعنی به کفیل بگوید برو من خودم بدهکار را پیدا می کنم. پس کفالت نسبت به کفیل لازم و نسبت به طلبکار جایز است (ماده ۷۴۶ بند ۴). به طلبکار مکفول له گفته می شود.

ماده ۷۴۶- در موارد ذیل کفیل بری می شود:

۱- در صورت حاضر کردن مکفول به نحوی که متعهد شده است.

۲- در صورتی که مکفول در موقع مقرر شخصاً حاضر شود.

۳- در صورتی که ذمه مکفول به نحوی از انحاء از حقی که مکفول له بر او دارد بری شود.

۴- در صورتی که مکفول له کفیل را بری نماید.

۵- در صورتی که حق مکفول له به نحوی از انحاء به دیگری منتقل شود.

۶- در صورت فوت مکفول.

عقد خیار: عقد خیار (ماده ۱۸۸) یک نوع عقد لازم است یعنی قانونگذار در تقسیم عقود اشتباه کرده یعنی می بایست قانونگذار عقد خیار را در ضمن عقود لازم ذکر می کرد نه در مبحث تقسیم عقود.

ماده ۱۸۸- عقد خیار آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد.

اصطلاح خیار یا خیار فسخ: (یعنی حق فسخ عقد لازم)، یعنی خیار فقط در عقد لازم است و یعنی اینکه عقد لازم را فقط با اختیارات می توان بر هم زد. (پس به حق فسخ عقد لازم خیار گویند. ماده ۴۵۶ ق.م). خیار مخصوص عقد لازم است و در عقد جایز نیست چون عقد جایز را هر وقت بتوانی می توانی فسخ کنی. در قانون مدنی ۱۲ نوع خیار داریم و یکی از آن ها که با آن کار داریم خیار شرط است.

ماده ۴۵۶- تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است.

عقد خیار: عقد خیار عقد لازمی است که در آن خیار شرط (فقط خیار شرط) باشد. پس عقدی را که در آن خیار دیگری است، عقد خیار نمی گویند.

مثال: کسی یک دستگاه ماشین می خرد با فروشنده شرط می بندد که تا یک هفته بتوانم ماشین را پس بدهم. این می شود عقد خیار که در این یک هفته هر وقت پشیمان شدی می توانی فسخ کنی اما پس از یک هفته دیگر حق فسخ نیست.

تقسیم دوم: عقد منجز و معلق (ماده ۱۸۹ ق.م):

عقد منجز: عقدی است که پس از توافق اثرش می آید، یعنی توافق (ایجاب و قبول) که صورت گرفت اثرش می آید. مثلاً من می گویم فروختم و تو می گویی خریدم در نتیجه تملیک آمد و این را عقد منجز می گویند.

عقد معلق: عقدی است که پس از توافق (ایجاب و قبول) اثرش نمی آید یعنی توافق صورت می گیرد و عقد هم منعقد می شود اما اثرش نمی آید و اثرش منوط به یک حادثه است.

نکته مهم: در عقد معلق، خود عقد معلق نیست، اثرش معلق است. یعنی توافق می شود اما اثرش معلق است. مثلاً پدر به فرزندش می گوید اگر در کنکور قبول بشوی ماشینم مال تو و پسر هم قبول می کند. پس عقد منعقد شده است. حال اگر پسرش در کنکور قبول بشود، مالک ماشین است و اگر قبول نشد مالک ماشین نمی شود. این را عقد معلق می گویند. **در عقد معلق آن حادثه ای را که اثر عقد منوط به آن است، معلق علیه گویند.** در مثال فوق معلق علیه قبولی در کنکور است. معلق علیه باید سه خصوصیت داشته باشد تا عقد معلق باشد، اگر این سه خصوصیت را داشت عقد معلق است ولی اگر حتی یکی را نداشته باشد، معلق محسوب نمی شود:

(۱) **معلق علیه باید یک حادثه خارجی باشد** یعنی خارج از شرایط صحت عقد باشد و خارج از عقد نیز باشد. مانند مثال فوق که قبولی در کنکور یک حادثه ی خارجی است. اگر معلق علیه یک حادثه ی خارجی نباشد یعنی جزء شرایط عقد بود، عقد معلق نیست. بخاطر اینکه تکلیف روشن است (پس هر وقت تکلیف روشن بود عقد معلق نیست). موقعی عقد معلق است که تکلیف روشن نباشد. مثلاً من می گویم خانه ام را فروختم اگر اهلیت داشته باشم که اهلیت داشتن جزء شرایط صحت عقد است و اینجا تکلیف روشن است چون من یا اهلیت دارم که معامله درست است یا اهلیت ندارم که معامله درست نیست.

(۲) **معلق علیه آینده باشد** که آینده تکلیف روشن نیست. اگر معلق علیه گذشته باشد چون تکلیف روشن است، عقد معلق نیست. مثلاً قبولی در کنکور آینده است.

(۳) **معلق علیه باید احتمال باشد (یا بشود یا نشود)** اگر احتمالی باشد تکلیف روشن نیست. حال اگر معلق علیه **حتمی** باشد یا **محال** باشد (حتمی یعنی صددرصد می شود، محال یعنی صددرصد نمی شود) چون تکلیف روشن است در این صورت عقد معلق نیست. مثلاً قبولی در کنکور احتمالی است حتی اگر خیلی مسلط باشد. یک مثال برای حتمی (که معلق نیست). مثال: خانه ای را فروختم اگر تا دو ماه دیگر زمستان بیاید (البته با فرض اینکه الان آبان ماه است) که این را مؤجل گویند چون تکلیف روشن است و تا دو ماه دیگر صددرصد زمستان می آید. (سؤال کنکور پارسال). **مثال برای محال:** خانه ام را فروختم اگر تا دو ماه دیگر نوروز بیاید که محال است تا دو ماه دیگر نوروز بیاید و عقد کلاً باطل است.

نکته: فقها می گویند عقد معلق باطل است. یعنی یکی از شرایط صحت عقد منجز بودن (تنجیز) آن است. اما این نظر در قانون مدنی پذیرفته نشده است (ماده ۱۸۹ ق.م).

ماده ۱۸۹- عقد منجز آن است که تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود.

عقد معلق آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد که این امر دیگر همان معلق علیه است.

در قانون مدنی دو تا عقد است که معلقش باطل است:

۱- ضمان (ماده ۶۹۹ ق.م)

۲- نکاح (ماده ۱۰۶۸ ق.م) مثلاً مرد می گوید هر وقت وام گرفتم تو را هم می گیرم.

ماده ۶۹۹- تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.

ماده ۱۰۶۸- تعلیق در عقد {نکاح} موجب بطلان است.

در بین ایقاعات هم فقط یک ایقاع معلقش باطل است و آن هم طلاق است (ماده ۱۱۳۵ ق.م).

ماده ۱۱۳۵- طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است.

نکته: امروز عقد معلق بسته شد (۸۹/۸/۶) در تاریخ ۸۹/۱۲/۶ پسر قبول شد (یعنی ۴ ماه بعد) که دو تاریخ داریم یکی ۸۹/۸/۶ تاریخ عقد و دیگری ۸۹/۱۲/۶ تاریخ حصول معلق علیه. حال آثار عقد از ۸۹/۱۲/۶ می آید یعنی پسر از ۸۹/۱۲/۶ مالک ماشین می شود. از ۸/۶ تا ۱۲/۶ همچنان پدر مالک است اما از ۱۲/۶ پسر مالک می شود. ولی طرفین می توانند شرط کنند که پسر از ۸/۶ مالک بشود. مثل اینکه پسر بگوید اگر من قبول شدم از ۸/۶ مالک باشم و پدر هم قبول کند. در تاریخ ۸/۶ پسر مالک می شود. در تاریخ ۱۲/۶ می آید پیش پدر و می گوید که اولاً ماشین را بده و ثانیاً از ۸/۶ ماشین من در دست تو بوده است، اجرت المثل این چهار ماه را بده.

قاعده: مالکیت از تاریخ حصول معلق علیه به طرف منتقل می شود مگر اینکه خودشان شرط کنند که از تاریخ عقد مالک شود.

نکته مهم: یک اصطلاح داریم به نام شرط فاسخ (یا شرط فاسخ معلق) یا (شرط انفساخ). شرط فاسخ این است که عقدی بطور منجز منعقد می شود یعنی اثرش می آید. در عقد هم چنین شرطی می آید که می گوید اگر تا فلان تاریخ فلان حادثه رخ داد عقد به هم بخورد. که این دقیقاً بر عکس عقد معلق است. در عقد معلق وقتی که حادثه رخ می داد تازه اثر می آمد اما اینجا اثر آمده و اگر حادثه رخ دهد از بین می رود.

مثال: شخصی خانه اش را می فروشد و تحویل خریدار هم می دهد و تمام. اما می گوید اگر تا یک ماه دیگر برادرم از سفر برگشت عقد ما به هم بخورد. که دو حالت دارد. اگر در این یک ماه آمد عقد به هم می خورد اما اگر یک ماه گذشت و برادر نیامد عقد به هم نمی خورد.

تقسیم سوم: عقد رضایی، تشریفاتی و عینی (که در قانون نیامده اما حقوقدانان گفته اند):

(۱) عقد رضایی: عقدی است که هیچ تشریفاتی نمی خواهد و با ایجاب و قبول بسته می شود یعنی هر جور ببندی بسته می شود. مثل اینکه یک کتاب بخری. اکثر معاملات روزمره رضایی است. ایقاع رضایی: ایقاعی است که تشریفات ندارد و هر جور منعقد کنی تمام است مثل ابراء.

اصل: اصل بر رضایی بودن عقود و ایقاعات است. یعنی اصل این است که عقود و ایقاعات تشریفات نمی خواهند.

(۲) عقد تشریفاتی: عقدی است که تشریفات می خواهد و اگر تشریفات آن رعایت نشود عقد باطل است.

ایقاع تشریفاتی: ایقاعی است که تشریفات می خواهد و اگر تشریفات آن رعایت نشود باطل است. در قانون مدنی عقد تشریفاتی نداریم فقط یک ایقاع تشریفاتی داریم به نام طلاق. در سایر قوانین چند تا عقد تشریفاتی داریم که در جزوه ی چایی چند نمونه آمده است:

(الف) نقل و انتقال املاک ثبت شده (ماده ۲۲ ق.ث).

(ب) انتقال سرقفلی (ماده ۱۹ قانون روابط مؤجر و مستأجر ۱۳۵۶)

(ج) انتقال سهم الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود (ماده ۱۰۳ ق.ت).

(د) فروش اموال محکوم علیه (مواد ۱۱۴ به بعد قانون اجرای احکام مدنی)

در مورد نکاح بعضی گفته اند تشریفاتی است اما درست نیست. دو نکته هست که نشان می دهد
نکاح عقدی رضایی است:

۱. نکاح باید ثبت شود ولی ثبت آن جزء شرایط صحت آن نیست یعنی اگر ثبت نشد باطل نیست فقط مجازات دارد (ماده ۶۴۵ ق.ما.) مجازات هم تمام بشود صحیح است.
۲. بعضی گفته اند نکاح صیغه می خواهد به این معنی که زن بگوید «انکحت» که نیازی به صیغه نیست (ماده ۱۰۶۲ ق.م.) چون که ماده ۱۰۶۲ گفته نکاح به ایجاب و قبول است. صیغه یعنی لفظ خاص عربی اما اصطلاح صیغه در معنی عام غلط به کار برده می شود. ماده ۱۱۳۴ ق.م در مورد طلاق گفته طلاق باید به صیغه ی طلاق باشد پس طلاق عقدی است تشریفاتی {سؤال: مگر طلاق ایقاع نبود؟!} اما نکاح عقدی رضایی است.

ماده ۱۰۶۲- نکاح واقع می شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید.
ماده ۱۱۳۴- طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد.

عقد عینی: عقدی است که قبض شرط صحت آن است (مانند وقف) یعنی با ایجاب و قبول واقع نمی شود و قبض هم می خواهد که سه رکن دارد:

۱. ایجاب

۲. قبول

۳. قبض

در قانون مدنی پنج عقد عینی وجود دارد که در جزوه آمده است:

۱. عقد موجد حق انتفاع

۲. وقف

۳. بیع صرف

۴. رهن

۵. هبه

توضیح بیع صرف: یعنی بیعی که مبیع و ثمن آن هر دو طلا یا نقره است. یعنی فروش طلا به طلا، طلا به نقره، نقره به طلا و یا نقره به نقره. این را بیع صرف گویند که در بیع صرف هم قبض شرط صحت است.

شرایط اساسی صحت معاملات (مواد ۱۹۰ تا ۲۱۸)

این قسمت خیلی مهم است

مقدمه:

ماده ۱۹۰ چهار تا شرط برای صحت معاملات گفته که هر عقدی بر اساس این چهار تا شرط سه حالت دارد یا صحیح است، یا باطل است و یا غیر نافذ است.

ماده ۱۹۰- برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

۱- قصد طرفین و رضای آنها

۲- اهلیت طرفین

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد

۴- مشروعیت جهت معامله

۱. **عقد صحیح:** عقدی است که تمام شرایطش هست، آثارش هم می آید و مشکلی ندارد.

۲. **عقد باطل یا فاسد:** عقدی است که یکی از شرایط ماده ۱۹۰ را ندارد و آن شرط آنقدر مهم است که اگر بعداً هم بیاید هیچ فایده ای ندارد. عقد باطل از اول باطل است و هیچ اثری ندارد، یعنی انگار از روز اول منعقد نشده است. اصطلاحاً می گویند بطلان اثر قهقرائی دارد یعنی وقتی عقد باطل است از روز اول باطل است.

مثال عقد باطل: عقدی که در آن قصد نباشد. چه کسانی قصد ندارند؟ کسی که خواب است یا بیهوش است یا مست است (ماده ۱۹۵ ق.م). این ماده مثال است یعنی تمثیلی است نه حصری.

ماده ۱۹۵- اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است.

۳. **عقد غیر نافذ:** عقد غیر نافذ عقدی است که یکی از شرایط صحت را ندارد ولی آن شرط اگر بعداً بیاید درست می شود. مثلاً در معامله ی فضولی کسی بدون اذن ماشین دیگری را می فروشد این معامله غیر نافذ است اگر مالک تنفیذ کند معامله درست است اما اگر رد کند باطل است. یعنی عقد غیر نافذ نمی تواند تا آخر غیر نافذ باشد. یا باید باطل شود و یا باید صحیح و نافذ باشد.

عقد صحیح: عقد صحیح ممکن است پس از مدتی منحل بشود این را انحلال گویند. انحلال فقط و فقط در عقد صحیح اتفاق می افتد. یعنی عقد صحیح است اما پس از مدتی از بین می رود.

تفاوت انحلال با بطلان: انحلال در عقد صحیح است یعنی عقد صحیح پس از مدتی منحل می شود اما بطلان در عقدی است که اصلاً موجود نبوده مانند بچه ای که مرده به دنیا بیاید.

سه دلیل منحل شدن عقد:

۱. اقاله

۲. فسخ

۳. حکم قانون

(۱) **اقاله (تفاسخ):** همان دو نفری که عقد را بسته اند یک روزی توافق کنند و عقد را بر هم بزنند. یعنی توافق طرفین عقد در بر هم زدن عقد را اقاله گویند.

نکته اول: اقاله مربوط به طرفین عقد است یعنی اگر یک طرف بمیرد دیگر اقاله ممکن نیست و وراثت نمی توانند اقاله کنند.

نکته دوم: اقاله خودش یک عقد است. تعریف عقد شامل اقاله هم می شود: (توافق دو یا چند اراده به منظور ایجاد اثر حقوقی). اثر حقوقی اقاله به هم خوردن عقد قبلی است.

نکته سوم: اقاله فقط مربوط به عقد است یعنی ایقاع را نمی توان اقاله کرد. موضوع اقاله عقد است، ایقاع قابل اقاله نیست و فقط عقد را می توان اقاله کرد.

نکته چهارم: اقاله فقط مربوط به عقود لازم است و عقود جایز را دو طرف می توانند فسخ کنند.

نکته پنجم: سه تا عقد لازم را نمی توان اقاله کرد: ۱. نکاح ۲. وقف ۳. ضمان که نکات ضمان را بعداً می خوانیم.

(۲) **فسخ (دومین سبب انحلال عقد):** فسخ به هم زدن عقد است با یک اراده. اقاله عقد است اما فسخ ایقاع است.

نکته: اقاله فقط در عقود لازم است اما فسخ هم در عقود لازم است و هم در عقود جایز.

۳) حکم قانون (سومین سبب انحلال عقد): گاهی اوقات یک حادثه ای رخ می دهد و قانون به سبب آن حادثه حکم به انحلال عقد می دهد. یعنی اراده ای در آن نیست و کسی نمی خواهد عقد منحل شود. به این انحلال انفساخ گویند که قهری است. انفساخ هم در عقود لازم اتفاق می افتد و هم در عقود جایز. انفساخ در عقود لازم هم داریم نه با فوت و حجر مثل ماده ۳۸۷ ق.م.

ماده ۳۸۷- اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در اینصورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

هر عقد صحیحی یا اقاله می شود، یا فسخ می شود و یا منفسخ می شود.

چند اصطلاح:

این اصطلاحات غلط است اما درست آن ها هر جایی یک چیز است که قانونگذار آن ها را به کار برده است.

باطل شدن: که غلط است و درست آن هر جایی یک چیز است (یعنی اصطلاح درست ثابتی ندارد که بتوان در همه جا از آن استفاده نمود و در هر جایی تغییر می کند).
باطل کردن (باطل نمودن): غلط است.

ابطال: در قرارداد ها غلط است مثل ابطال عقد.

شرایط اساسی صحت معامله چهار شرط است (ماده ۱۹۰ ق.م):

۱. قصد و رضا (مواد ۱۹۱ تا ۲۰۹ ق.م): عقد با اراده بسته می شود و اراده چهار مرحله دارد تا عقد بسته بشود.

مثال: من می خواهم یک ماشین بخرم که باید با اراده بخرم حال این اراده چهار مرحله دارد:

الف) خطوط: یعنی آن معامله به ذهن من وارد شود حال مهم نیست به چه دلیلی.

ب) مرحله ی سنجش: یعنی حالا که به ذهنم رسید ببینم که نتیجه ی سنجش دو حالت است. یا منفی است که خداحافظ و تمام اما اگر مثبت باشد تصمیم می گیرم که ماشین بخرم که وارد مرحله ی سوم می شویم به نام رضا.

ج) رضا: یعنی من تصمیم گرفتم بخرم که ممکن است هیچ گاه نخرم رضا وقتی به اوج خودش یعنی ۱۰۰٪ برسد می شود قصد یعنی ۹۹٪ رضاست که این چهار مرحله درونی اند و قصد که آمد عقد واقع می شود.

د) قصد: یعنی من ماشین را پیدا کردم و مبیعه نامه هم نوشتیم و خودکار را هم دستم گرفتم که امضاء کنم. اما چیزی که باعث می شود من امضاء کنم قصد گفته می شود. قصد باید اعلام بشود و وقتی که امضاء می کنم یعنی قصد دارم. اگر قصد بیاید قبلش رضا هست، سنجش هست و خطوط هم هست.

پس عقد واقع می شود به قصد که قبل از قصد خطوط، سنجش و رضا هم هست اما به شرط اینکه اعلام شود (ماده ۱۹۱ ق.م).

ماده ۱۹۱- عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.

وسائل اعلام اراده:

قصد درونی است و باید به گونه ای اعلام بشود. از ماده ۱۹۲ ق.م تا ماده ۱۹۴ ق.م وسائل اعلام اراده را گفته است.

ماده ۱۹۲- در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود.

ماده ۱۹۳- انشاء معامله ممکن است بوسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

ماده ۱۹۴- الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین بوسیله آن انشاء معامله می نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء او را داشته است والا معامله باطل خواهد بود.

اولین وسیله ی اعلام اراده لفظ است مثل فروختن، خریدن، اجاره کردم و ...

دومین وسیله ی اعلام اراده اشاره است. یعنی شخص می تواند با اشاره اراده اش را بیان کند. ماده ۱۹۲ ق.م اشاره را گفته اما خیلی بد که این ماده مفهوم مخالف ندارد. پس چه طرفین لال باشند یا نه، می توانند اشاره کنند.

سومین وسیله ی اعلام اراده عمل یا فعل است. این هم ایراد دارد زیرا اشاره هم یک نوع عمل است که قانون آن را جدا کرده است. ماده ۱۹۳ ق.م عمل را گفته و یک مثال هم زده (قبض و اقباض). یک مثال قشنگ از عمل که قانون نگفته نوشته است.

مثال قبض و اقباض را معاطاتی گویند چون صیغه ندارد. کسی می رود کتابفروشی یک کتاب بر می دارد و هیچ چیز نمی گوید. قیمت کتاب ده تومان است پول را می گذارد و می آید بیرون. این معاطات است. معاطات به این معنی نیست که چیزی نگویی بلکه به این معنی است که صیغه نداشته باشد.

معاطات فقط در بیع نیست، همه ی معاملات تقریباً معاطاتی هستند چون صیغه گفته نمی شود. بیع معاطاتی، اجاره معاطاتی. اما نکاح معاطاتی نداریم (ماده ۱۰۶۲ ق.م).

ماده ۱۰۶۲- نکاح واقع می شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید.

استثنائات ماده ۱۹۳ ق.م دو چیز است:

(۱) نکاح است (ماده ۱۰۶۲ ق.م) که نکاح تشریفاتی نیست و با عمل هم واقع نمی شود بلکه لفظ می خواهد.

(۲) عقود تشریفاتی است که عقود تشریفاتی با هر عملی واقع نمی شود و باید تشریفات خود آن رعایت شود.

ماده ۱۹۶- کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود معذالک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.

این ماده ۲ بند دارد که خیلی به هم ربط ندارند:

بند اول: راجع به اصیل و نماینده است

بند دوم: راجع به تعهد به نفع ثالث

بند اول: اصیل کسی است که برای خودش معامله می کند (می خرد برای خودش، می فروشد برای خودش). در آیین دادرسی مدنی هم اصیل داریم - «کسی که به دادگاه مراجعه می کند. نماینده یا نائب کسی است که برای اصیل معامله می کند.

نماینده چهار قسم دارد:

۱. **نماینده ی قراردادی:** کسی است که به موجب قرارداد نماینده شده است مانند وکیل که با عقد وکالت نماینده می شود.
۲. **نماینده ی قانونی یا قهری:** کسی است که به حکم قانون نماینده شده است بدون اینکه خودش بخواهد. مانند پدر و جد پدری (ولی قهری) - «کدام مقدمند؟ هیچکدام چون که هر دو در عرض همدیگر هستند.
۳. **نماینده ی قضایی:** کسی است که به حکم دادگاه نماینده شده است مثل قیم که خود قیم هم باید قبول کند و او را دادگاه تعیین می کند.
۴. **نماینده ی ایقاعی:** کسی است که به اراده ی دیگری نماینده اش شده است و خودش اراده ندارد مثل وصی که به اراده ی موصی نماینده شده است و مثل متولی که نماینده ی ایقاعی است (وقف ماده ۷۶).

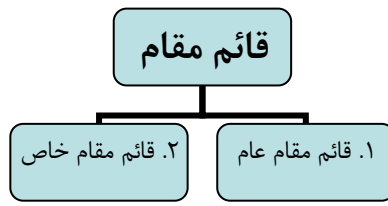
ماده ۷۶ - کسی که واقف او را متولی قرار داده می تواند بدواً تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی تواند رد نماید و اگر رد کرد مثل صورتیست که از اصل متولی قرار داده نشده باشد.

بند ۱ ماده ۱۹۶ سه مطلب را گفته است:

- (۱) کسی که معامله می کند ظاهر این است که اصیل است.
 - (۲) مگر اینکه موقع معامله بگوید که نماینده بوده ام.
 - (۳) که ایراد دارد. گفته یا بعداً نمایندگی اش ثابت بشود. من با شما معامله می کنم هیچ چیزی نمی گویم که تو فکر می کنی من اصیل هستم بعد از یک ماه یک قرارداد بیاورم که من نماینده ی حسن بوده ام که درست نیست زیرا ممکن است حسن یک آدم قالتاق و شهر آشوبی باشد و من نخواهم با کسی مانند حسن معامله کنم یا شراکت داشته باشم.
- نکته (۱):** هر گاه نماینده هنگام عقد سمت خود را نگوید معامله برای اصیل واقع می شود ولی نماینده هم مسئول اجرای تعهدات است (یعنی طرف می تواند هم به اصیل مراجعه کند و هم به نماینده) و یعنی نماینده هم پایش گیر است.
- نکته (۲):** اختلاف نماینده و اصیل مثل اینکه حسن به من وکالت داده گفته برو بخرم ماشین بخر. من ماشین می خرم و دعوایمان می شود، من می گویم برای خودم بوده و حسن می گوید برای من بوده که یا ممکن است من یک ماشین بخرم بگویم حسن بگیر و حسن بگوید نه این ماشین برای خودت است که در اینجا اصل این است که کاری که نماینده کرده برای خودش است. (طبق بند ۱ ماده ۱۹۶) در اختلاف اول (من من) اصیل مدعی است و در اختلاف دوم (تو تو) نماینده مدعی است و هر کدامشان مدعی باشد خودش باید ثابت کند.

بند ۲ ماده ۱۹۶: تعهد به نفع ثالث، یک اصل داریم به نام اصل نسبی بودن قرارداد ها یا اصل اثر نسبی قرارداد که این اصل می گوید قراردادی که منعقد می شود فقط بین طرفین و قائم مقامشان مؤثر است و در مقابل شخص ثالث اثری ندارد (نه حقی برای اشخاص ثالث ایجاد می کند و نه تعهدی). این را اصل نسبی بودن قراردادها گویند.

قائم مقام: که با نماینده فرق دارد و ممکن است در فقه یکی باشند اما در مدنی تفاوت دارد.
قائم مقام عبارت است از جانشین طرف عقد. طرف عقد وقتی می رود کسی به جای او می آید و می شود قائم مقام که اثر عقد به قائم مقام می رسد.



۱. قائم مقام عام:

عبارت است از وراثت طرفین عقد به شرط اینکه عقد با فوت از بین نرود (یعنی عقد جایز نباشد) مانند ماده ۴۹۷ که اجاره با فوت از بین نمی رود یعنی وقتی مؤجر بمیرد ادامه اجاره با وراثت است و یا مستأجر بمیرد که ادامه اجاره با وراثت است.

ماده ۴۹۷ - عقد اجاره بواسطه فوت مؤجر یا مستأجر باطل نمی شود ولیکن اگر مؤجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستأجره بوده است اجاره بفوت مؤجر باطل می شود اگر شرط مباشرت مستأجر شده باشد به فوت مستأجر باطل می گردد.

۲. قائم مقام خاص:

عبارت است از کسی که از سوی یکی از طرفین مالی به او منتقل شده (منتقل الیه) بعنوان مثال ماده ۵۳ مالک حق انتفاع داده بعد از مدتی مال را می فروشد که خریدار قائم مقام خاص می شود و اگر مالک فوت کند وراثت می شوند قائم مقام عام که فرق عام و خاص در سبب انتقال مال است (ماده ۲۳۱ ق.م).

ماده ۵۳ - انتقال عین از طرف مالک بغیر موجب بطلان حق انتفاع نمی شود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

ماده ۲۳۱ - معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶.

اصل نسبی بودن قراردادها سه استثناء دارد:

۱. تعهد به نفع ثالث
۲. معامله ی فضولی
۳. قراردادهای جمعی (ماده ۴۸۹ ق.ت).

ماده ۴۸۹ ق.ت. - همین که قرارداد ارفاقی تصدیق شد نسبت به طلبکارهائی که در اکثریت بوده اند یا در ظرف ده روز از تاریخ تصدیق آن را امضاء نموده اند قطعی خواهد بود ولی طلبکارهائی که جزو اکثریت نبوده و قرارداد را هم امضاء نکرده اند می توانند سهم خود را موافق آنچه از دارائی تاجر به طلب کارها می رسد دریافت نمایند لیکن حق ندارند در آتیه از دارائی تاجر ورشکسته بقیه طلب خود را مطالبه کنند مگر پس از تأدیه تمام طلب کسانی که در قرارداد ارفاقی شرکت داشته یا آن را در ظرف ده روز مزبور امضاء نموده اند.

۱. تعهد به نفع ثالث: که به دو شکل وجود دارد:

الف) به صورت شرط ضمن عقد

ب) به صورت یکی از دو عوض

الف) شرط ضمن عقد: در عقود می توان شرط کرد که یکی از طرفین در مقابل ثالث متعهد باشد. این تعهد را تعهد به نفع ثالث به صورت ضمن عقد گویند. مثلاً من ماشینم را به تو فروختم ۵ میلیون به شرط اینکه ۱۰۰ هزار تومان به حسن بدهی که این تعهد را به نفع شخص ثالث به صورت شرط ضمن عقد گویند (بند ۲ ماده ۱۹۶).

ماده ۱۹۶- کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود معذالک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.

ب) به صورت یکی از دو عوض: در عقود معوض ممکن است یکی از دو عوض تعهد به نفع شخص ثالث باشد. این را تعهد به نفع شخص ثالث به صورت یکی از دو عوض گویند (ماده ۷۶۸ ق.م). مثلاً خانه ام را به تو صلح می کنم اما تو نیز باید در مقابل، صد میلیون به حسن بدهی که با شرط ضمن عقد فرق دارد.

ماده ۷۶۸- در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می گیرد متعهد شود که نفقه معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تأدیه کند این تعهد ممکن است به نفع طرفین مصالحه یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود.

مثال دیگر: در بیمه عمر کسی می رود به شرکت بیمه و می گوید من به تو پول می دهم وقتی مردم شما اینقدر پول بدهید به حسن.

نکته (۱): تعهد به نفع ثالث استثناء بر اصل نسبی بودن است و چون استثناء است قبول ثالث را نمی خواهد. همچنین عقد ایجاد شد شخص ثالث طلبکار می شود اما اگر ثالث قبول کند دیگر نمی تواند رد کند یعنی قبول ثالث شرط لزوم آن است و شرط ایجاد آن نیست. از این نتیجه می شود که ثالث قبل از قبول می تواند رد کند مانند متولی، اگر ثالث رد کرد تعهد از بین نمی رود و باید به سود طرف دیگر عقد اجراء شود. (یعنی طرفی که به سود ثالث شرط کرده و اگر فوت کرده بود به سود وراثش اجرا می گردد).

قاعده: در تعهد به نفع ثالث همیشه اگر ثالث مشخص نشد یا فوت کرد و یا رد کرد یعنی اگر به سود ثالث امکان نداشت باید به نفع طرف دیگر اجرا شود (یعنی به نفع کسی که شرط را گذاشته است) و اگر طرف یعنی کسی که شرط را گذاشته وجود نداشته باشد، به وراث او می رسد.

نکته (۲): تعهد به نفع ثالث چون استثناء است باید تفسیر مضیق بشود یعنی نمی شود آنرا به موارد مشابه سرایت داد. مثلاً تملیک به سود ثالث قبول می خواهد (همه چیز ثالث قبول می خواهد) و فقط تعهد به سود ثالث قبول نمی خواهد. مثلاً من ماشینم را به ۵ میلیون فروختم به شرط اینکه آن فرش تو (عین معین) همین الان بشود مال حسن (انتقال مالکیت) که انتقال مالکیت قبول می خواهد چون حق عینی است که اگر حسن قبول کند مالک می شود و اگر قبول نکند دیگر به من بر نمی گردد یعنی شرط ممتنع می شود (ماده ۲۴۰ ق.م) و من حق فسخ دارم.

کلی حق دینی ایجاد می کند اما عین معین حق عینی و به عبارت دیگر مالک حق عینی

دارد و طلبکار حق دینی دارد.

مثال برای ازدواج با ثالث: ماشینم را فروختم ۵ میلیون به شرط اینکه شما الان بشوی زن حسن که خانم بله می گوید و حسن باید قبول کند.

ماده ۲۴۰- اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر این که امتناع مستند به فعل مشروطه له باشد.

نکته (۳): تعهد به نفع ثالث همیشه ناشی از عقد است ولی چون قبول ثالث را نمی خواهد در مقابل ثالث مانند ایقاع است که یک ماهیت دوگانه دارد.

نکته (۴): تعهد به نفع ثالث مجانی است و چون مجانی است قائم به شخص است (عقود مجانی همیشه قائم به شخص هستند) و بنابراین به ارث نمی رسد مگر اینکه شرط شده باشد (ماده ۷۶۹ ق.م). که گفته می توان شرط کرد که تعهد برسد به ورثه.

ماده ۷۶۹- در تعهد مذکوره در ماده قبل به نفع هر کس که واقع شده باشد ممکن است شرط نمود که بعد از فوت منتفع نفقه به وراث او داده شود.

نکته (۵): عقود که در آن تعهد به نفع ثالث شده قابل اقاله است ولی با اقاله آن عقد تعهد به نفع ثالث از بین نمی رود و باید اجراء گردد. مثلاً من ماشینم را به ۵ میلیون فروختم به شرط اینکه ۱۰۰ تومان بدهی به حسن حال ۱۰۰ تومان را ندادی و بیع ما اقاله می شود یعنی پس از اقاله نیز باید شخص تعهد را به نفع ثالث انجام دهد بعد از طرف اصلی بگیرد یعنی ۱۰۰ هزار را به ثالث بدهد بعد اگر اقاله شد بیاید از طرف بگیرد. یا حتی اگر قبل از اقاله ۱۰۰ تومان را به حسن نداد و بیع اقاله شد بعد از اقاله نیز باید تعهد به نفع شخص ثالث را انجام دهد اما بعداً می تواند مبلغ را از کسی که شرط را گذاشته بگیرد.

ماده ۱۹۷- راجع به معامله ی فضولی است

ماده ۱۹۷- در صورتی که ثمن یا مثن معامله عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود.

معامله ی فضولی دو قسم است:

۱. معامله برای غیر (مالک)
 ۲. معامله برای خود (فضول)
۱. **معامله برای غیر (مالک):** این است که فضول سوء نیت ندارد، معامله را برای مالک واقع می کند و می خواهد عوضی را هم که می گیرد به مالک بدهد مثلاً شما می خواهید ماشینتان را بفروشید و مشتری پیدا نمی کنید که من بدون اذن شما ماشینتان را می فروشم. این معامله فضولی است (سوء نیت ندارم) که یا تو معامله را تنفیذ می کنی یا رد می کنی.

۲. **معامله برای خود (فضول):** مثل اینکه فضول روی مال غیر معامله می کند برای خودش که هم می تواند سوء نیت داشته باشد و هم می تواند سوء نیت نداشته باشد. مثلاً دزد مال غیر را برای خودش فروخته که سوء نیت دارد. و مثال دیگر کسی که اشتباه می کند و به اشتباه مال غیر را برای خودش می فروشد و فکر می کند مال خودش است. بعضی گفته اند معامله برای خود باطل است و برای غیر نافذ است. اما ماده ی ۱۹۷ این نظر را رد کرده یعنی خواسته است بگوید که معامله برای خود هم غیر نافذ است یعنی چه برای خود و چه برای غیر، غیر نافذ است.

ماده ۱۹۶- کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آنرا تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود معذالک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.

ماده ۱۹۸- ممکن است طرفین یا یکی از آنها به وکالت از غیر اقدام بنماید و نیز ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به عمل آورد.

معامله با خود که یک اصطلاح از حقوق فرانسه است و دو نوع است:

(۱) بند ۲ ماده ۱۹۸ ق.م

(۲) ماده ۱۲۴۰ ق.م

ماده ۱۲۴۰- قیم نمی تواند به سمت قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند اعم از این که مال مولی علیه را به خود منتقل کند یا مال خود را به او انتقال دهد.

(۱) **قسم اول:** یک نفر نماینده ی دو طرف عقد است و به نمایندگی از دو طرف، عقد را می بندد. مثلاً من به شما وکالت می دهم ماشینم را بفروشید و دیگری به شما وکالت می دهد که برای او ماشین بخرید که از طرف من می فروشید و از طرف او می خرید. در نکاح دو طرف به یک نفر وکالت می دهند که آن شخص از طرف هر دو وکیل است و عقد را منعقد می کند. (عاقداً اشتباه است باید گفت وکیل عاقد به طرفین عقد گفته می شود).

(۲) **قسم دوم:** یک نفر نماینده ی دیگری است و خودش به عنوان اصیل طرف دیگر عقد است. مثلاً من ماشینم را به تو می دهم و می گویم بفروش که به خودت می فروشی. این نوع معامله با خود چند نکته دارد:

نکته (۱): ولی قهری (پدر و جد پدری) و وصی (که به هر دو ولی خاص گویند) می توانند این نوع معامله با خود (قسم دوم) را انجام دهند. آدم اگر نتواند کاری بکند ماده می خواهد یعنی اگر کسی بخواهد کاری انجام بدهد نیاز به قانون و ماده ندارد پس اصل بر این است که انسان می تواند هر کاری انجام دهد مگر اینکه قانون آنرا نهی کرده باشد.

نکته (۲): قیم نمی تواند معامله با خود قسم دوم را انجام دهد (ماده ۱۲۴۰ ق.م فوق الذکر) که گفته قیم نمی تواند و بعضی از نمی تواند ها باطل است و بعضی نمی تواند ها غیر نافذ است. نمی تواند در این ماده یعنی باطل است.

نکته (۳): یک ماده داریم که در قانون مدنی گفته نمی تواند و در قانون تجارت گفته می تواند (ماده ۱۰۷۲ ق.م). پس در نکاح وکیل نمی تواند موکله را برای خود تزویج نماید. ماده ۳۷۳ ق.ت. گفته حق العمل کار در بیع می تواند. فرقی این است که در عقود که شخصیت مهم است (مثل نکاح و عقود مجانی) وکیل نمی تواند با خودش معامله کند (معامله با خود قسم دوم) اما در عقود که شخصیت مهم نیست وکیل می تواند با خود معامله کند مثل بیع.

ماده ۱۰۷۲- در صورتیکه وکالت بطور اطلاق داده شود وکیل نمی تواند موکله را برای خود تزویج کند مگر اینکه این اذن صریحاً به او داده شده باشد.

ماده ۳۷۳ - اگر حق العمل کار مأمور به خرید یا فروش مال التجاره یا اسناد تجارتي یا سایر اوراق بهاداری باشد که مظنه بورسی یا بازاری دارد می تواند چیزی را که مأمور به خرید آن بوده خود شخصاً به عنوان فروشنده تسلیم بکند و یا چیزی را که مأمور به فروش آن بوده شخصاً بعنوان خریدار نگاه دارد مگر اینکه آمر دستور مخالفی داده باشد.

ماده ۱۹۹- رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست.
ماده ۲۰۰- اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد.
ماده ۲۰۱- اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد.

اشتباه: یعنی قصور خلاف واقع. یعنی یک نفر یک تصویری داشته بعداً دیده غلط بوده. فکر کردم طلاست ولی طلا نیست، فکر کردم حسن است ولی حسن نیست.
اشتباه در چهار مورد باعث بطلان عقد است:

۱. اشتباه در نوع عقد (ماهیت عقد): من می گویم فروختم و تو می گویی اجاره کردم- هر دو باطل است. که حکم این هم به مبحث اشتباه می خورد و هم به ایجاب و قبول. (ماده ۱۹۴ ق.م) که در بین ماده های مربوط به اشتباه نیست.

ماده ۱۹۴- الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین بوسیله آن انشاء معامله می نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء او را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود.

۲. اشتباه در مورد عقد (یا مورد معامله): من می گویم میز را فروختم تو می گویی صندلی را خریدم که اینجا هم ایجاب و قبول مطابق همدیگر نیست (ماده ۱۹۴ ق.م).
۳. اشتباه در خود موضوع معامله: ماده ی ۲۰۰ ق.م که در بین مواد مبحث اشتباه است.
خود موضوع معامله: عبارتست از وصف اساسی مورد معامله که طرف به خاطر آن وصف معامله می کند. اگر طرف می دانست آن وصف وجود ندارد هرگز معامله نمی کرد. خود موضوع معامله اسم های دیگری دارد که در کتاب تست آمده است. مثلاً شما می روید النگوی طلا می خرید که طلا بودن خود موضوع معامله است. خود موضوع معامله همیشه جنس نیست می تواند وصف دیگری داشته باشد مثلاً شما می روید یک گلدان عتیقه می خرید که عتیقه بودن خود موضوع معامله است. ماده ۲۰۰ گفته اشتباه در خود موضوع معامله غیر نافذ است. اما غلط است. اشتباه در خود موضوع معامله باطل است. به ویژه در جایی که اشتباه در صورت نوعی و متعلق خارجی قصد است.

۴. اشتباه در شخص طرف (جائیکه شخصیت مهم است): در بعضی از عقود شخصیت مهم است (نکاح، عقود مجانی). در این عقود اگر اشتباهی در شخص طرف رخ بدهد عقد باطل است. ماده ی ۲۰۱ که بدتر از ۲۰۰ است. ماده ۲۰۱ گفته در مواردی که شخصیت مهم است اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خلل می رساند که معلوم نیست معامله باطل است یا غیر نافذ (ماده ۷۶۲ ق.م) که این ماده گفته معامله باطل است.

ماده ۷۶۲- اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است.

نکته: اشتباه در ۵ مورد باعث بطلان نیست. یعنی عقد صحیح است. در بعضی از این ۵ مورد طرف حق فسخ دارد و در بعضی حق فسخ ندارد:

۱. **اشتباه در اوصاف مهم مورد معامله:** که اوصاف مهم با وصف اساسی فرق دارد. وصف اساسی همان خود موضوع معامله است که اشتباه باعث بطلان می شود اما اوصاف مهم سایر اوصاف اند که برای طرف مهم است ولی اساسی نیست. اگر اشتباهی در اوصاف مهم رخ بدهد طرف حق فسخ دارد و خيارش هم **تخلف از وصف** است. مثلاً یک ماشین می خریم و فکر می کنیم صفر کیلومتر است بعد معلوم می شود که صفر نیست.

۲. **اشتباه در ارزش مورد معامله:** گاهی اوقات طرف در ارزش مورد معامله اشتباه می کند یعنی فکر می کند ارزش مال اینقدر است اما اینقدر نمی ارزد. مثلاً ماشینی می خرید که سالم است به قیمت ده میلیون تومان. چرا ده میلیون دادی؟ برای اینکه فکر کردی ده میلیون می ارزد. حالا معلوم می شود که هشت میلیون می ارزد که حق فسخ داری چون دچار غبن شدی.

۳. **اشتباه در انگیزه و داعی:** کلاً اشتباه وقتی مؤثر است که وصف اساسی که در آن اشتباه شده در قلمرو تراضی قرار گیرد یعنی وارد عقد بشود و انگیزه ی خصوصی و پنهانی یکی از دو طرف نباشد. و اگر وارد عقد نشود می شود اشتباه در انگیزه و داعی که نه تنها عقد باطل نیست قابل فسخ هم نیست. مثلاً شما از یک دست فروش یک نوع فلز می خرید که فکر می کنید طلا است اما طرف نگفته **طلا است** که طلا بودن وارد عقد نشده که بعداً می فهمی طلا نیست و عقد باطل نیست و حق فسخ هم ندارد ماده ۳۵۳ ق.م. پس اگر آن وصف در عقد ذکر نشود و انگیزه ی طرف باشد عقد باطل نیست و قابل فسخ هم نیست (کتاب تست حتماً مطالعه شود).

ماده ۳۵۳- هر گاه چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع باطل است و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد نسبت به آن بعض باطل است و نسبت به مابقی مشتری حق فسخ دارد.

۴. **اشتباه در جهت معامله (هدف معامله):** جهت معامله بحث جلسه ی بعدی است. مثال: یک نفر می خواهد به خارج کشور برود، خانه اش را می فروشد بعد به سفارت می رود که به او ویزا نمی دهند که معامله ی خانه نه باطل است و نه قابل فسخ. این را اشتباه در جهت معامله می گویند (سؤال کنکور پارسال). شخصی معامله می کند که به یک هدفی برسد و بعد به هدفش نمی رسد که معامله باطل نیست.

۵. **اشتباه در شخص طرف جایی که شخصیت مهم نیست:** در بعضی از عقود مثل بیع شخصیت مهم نیست که اشتباه در این مورد ایرادی ندارد یعنی نه عقد باطل است و نه قابل فسخ (ماده ۲۰۱ ق.م).

ماده ۲۰۱- اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد.

نکته (۱): اشتباه در نکاح که سه حالت دارد در دو حالت عقد باطل است و در یک حالت باطل نیست.

۱. **اشتباه در شخص طرف (اشتباه در هویت جسمانی، هویت مادی، هویت فیزیکی):** شخص یعنی جسم، تمام افراد دنیا در شخص بودن با هم مساویند. مثلاً مردی ایجاب نکاح را می دهد به مریم و خواهر مریم قبول می کند که عقد باطل است. به جهت اشتباه در شخص (ماده ۱۰۶۷ ق.م).

ماده ۱۰۶۷- تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچیک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد شرط صحت نکاح است.

۲. **اشتباه در شخصیت یا هویت مدنی یا وضعیت مدنی:** شخصیت با شخص تفاوت دارد. شخصیت مجموعه خصوصیات است که هر شخص را از دیگران جدا می سازد. اشتباه در شخصیت این است که یک نفر خودش را جای دیگری قرار دهد. مثلاً یک نفر خود را جای آدم معروفی در می آورد که بعداً معلوم می شود او نیست که در این مورد هم عقد باطل است (ماده ۱۰۶۷ ق.م).

۳. **اشتباه در اوصاف:** یعنی شخص همان است و شخصیت هم همان است اما گفته یک وصفی دارم که بعداً معلوم می شود آن وصف را ندارد که در اینجا عقد باطل نیست گفته فوق لیسانس دارم که ندارد و طرف فقط حق فسخ دارد. که باید آن وصف وارد عقد شده باشد و انگیزه ی خصوصی نباشد مانند اینکه بگوید فکر می کردم دکتر است (ماده ۱۱۲۸ ق.م).

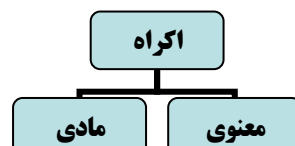
ماده ۱۱۲۸- هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بود برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.

بعنوان مثال کسی به خواستگاری می رود و نمی پرسد آقا سه تا زن که نداری من بشوم چهارمی که اینجا اگر هم نگوید انگار گفته یعنی اگر بعداً معلوم شود که سه تا زن داشته، زن حق فسخ دارد. که این را شرط ثباتی یا شرط بنایی می گویند (ماده ۱۱۲۸ ق.م فوق الذکر).

نکته: رابطه ی اشتباه با تدلیس و غبن: ضمانت اجرای اشتباه بطلان است (وقتی مطلق می گوئیم اشتباه، منظور در چهار تای اولی ۳ و ۴ است). ضمانت اجرای تدلیس و غبن حق فسخ است یعنی عقد صحیح است و طرف حق فسخ دارد. اما بعضی وقت ها در یک عقد هم اشتباه داریم هم تدلیس، هم اشتباه داریم و هم غبن، ضمانت اجرای اشتباه بطلان است و ضمانت اجرای تدلیس و غبن عقد صحیح است، حال باید چکار کرد؟ هر جا اشتباه را داشتیم عقد باطل است و نوبت به تدلیس و غبن نمی رسد. مثلاً کسی یک النگوی آهنی را عین طلا درست می کنند که این کار تدلیس است و به طرف گفته طلا است و او هم خریده که این هم اشتباه در موضوع معامله است که باید گفت اشتباه مقدم است.

در تعارض اشتباه با تدلیس و غبن، اشتباه مقدم است یعنی عقد باطل است و نوبت به تدلیس و غبن نمی رسد.

اکراه (مواد ۲۰۲ تا ۲۰۹) - «مهم»



۱. **اکراه معنوی:** به اکراه معنوی اکراه هم گفته می شود پس در امتحان اگر اکراه را دادند اصل اکراه معنوی است. اکراه معنوی اینست که یک نفر دیگری را تهدید می کند به انعقاد معامله. می گوید اگر این معامله را انجام ندهی می کشم. در اکراه معنوی مکره فرصت فکر کردن دارد، فرصت تصمیم دارد، رضا و قصد هم دارد. چرا عقد صحیح نیست؟ چون رضا معیوب است که معیوب بودن رضا با نبودن رضا فرق دارد. رضا نباشد قصد هم نیست و عقد باطل است. رضا معیوب باشد قصد وجود دارد و عقد غیر نافذ است. پس در اکراه معنوی رضا و قصد وجود دارد اما چون رضا معیوب است، عقد غیر نافذ است (ماده ۲۰۳)

ق.م). مهم نیست اکراه از سوی چه کسی باشد (طرف یا شخص ثالث).

ماده ۲۰۳- اکراه موجب عدم نفوذ معامله است اگر چه از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین واقع شود.

نکته: در اکراه ملاک شخصی است یعنی مهم این است که مکره بترسد نه نوع مردم. بعضی از تهدید ها نوع مردم را می ترساند مثل تهدید به قتل، در بعضی تهدید ها نوع مردم نمی ترسند اما ممکن است که یک نفر بترسد. اکراه عیب اراده است مهم این است که اراده ی طرف معیوب باشد که قانون مدنی در ماده ۲۰۲ اولش گفته ملاک نوعی است و آخرش گفته ملاک شخصی است.

ماده ۲۰۲- اکراه به اعمالی حاصل می شود که مؤثر در شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود.

اگر سؤال آمد در اکراه ملاک چیست؟ شخصی است اما اگر گفت طبق قانون مدنی در اکراه ملاک چیست؟ هم نوعی است و هم شخصی. ترتیب آن هم این است که اول نوعی است و بعداً شخصی. **نکته:** ماده ۲۰۲ ق.م گفته اکراه در سه چیز است جان، مال و آبرو. اگر گفت می کشمت (جان)، اگر گفت خانه ات را آتش می زنم (مال) و اگر گفت می گویم کلاه برداری (آبرو). ماده ۲۰۴ در مورد اقوام، که تهدید اقوام هم نسبت به مال اکراه است اما اگر گفت طبق قانون، تهدید به مال اقوام اکراه نیست چون ماده ۲۰۴ مال را نگفته است. **ماده ۲۰۴ فقط گفته اقوام، دوستان و نامزد و... را نگفته است.** پس مهم در اکراه این است که آیا در اراده اش مؤثر هست یا نه. اگر مؤثر بود اکراه است و اگر نبود اکراه نیست.

ماده ۲۰۴- تهدید طرف معامله در نفس یا جان یا آبروی اقوام نزدیک او از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد موجب اکراه است. در مورد این ماده تشخیص نزدیکی درجه برای موثر بودن اکراه بسته به نظر عرف است.

اضطرار (ماده ۲۰۶ ق.م):

ماده ۲۰۶- اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود.

اضطرار با اکراه فرق دارد. در اکراه دو شرط می خواهیم:

۱. تهدید از خارج باشد

۲. هدف از تهدید انعقاد معامله باشد

اما در اضطرار یکی از این دو شرط را ندارد یعنی اگر یکی از این دو شرط را نداشته باشد اضطرار است. که اضطرار دو حالت دارد یا شرط اول وجود ندارد یا شرط دوم وجود ندارد.

حالت اول: تهدید از خارج نیست (یعنی شرط اول وجود ندارد). شرط درونی است مثل بیماری و گرسنگی. یک نفر بیمار می شود، مالش را می فروشد که اضطرار است.

حالت دوم: تهدید از خارج است اما هدف انعقاد معامله نیست (شرط دوم وجود ندارد). مثلاً یک نفر دیگری را تهدید می کند و می گوید اگر یک میلیون ندهی می کشمت که شخص می رود ماشینش را می فروشد. در این حالت تهدید از خارج است اما هدف انعقاد معامله نیست که باز اضطرار است (ماده ۲۰۶ ق.م). اکثر معاملات مردم اضطراری است.

نکته: اگر کسی از اضطراب دیگری سوء استفاده کند و معامله ای را بر او تحمیل کند می شود در حکم اکراه و معامله غیر نافذ است. مثلاً کسی مریض است و می خواهد خانه اش را بفروشد کسی می آید و از اضطراب او سوء استفاده می کند و به نصف قیمت مال را می خرد.

نکته: طبق ماده ۲۰۸ ق.م. صرف ترس (خوف) اکراه نیست و باطل نیست. مثلاً اگر کسی از پدرش حساب می برد و می ترسد. باید برای اکراه تهدید صورت بگیرد.

ماده ۲۰۸- مجرد خوف از کسی بدون آن که از طرف آن کس تهدیدی شده باشد اکراه محسوب نمی شود.

۲. اکراه مادی یا اجبار: جایی است که تهدید و فشار آنقدر شدید است که طرف قصد هم ندارد یعنی قصدش هم زائل می شود. مثل شکنجه. در قانون هر جا گفته اکراه، اکراه معنوی است فقط یک جا گفته اکراه مادی. این مواد اکراه معنوی است: ۲۰۲، ۲۰۹، ۳۴۶، ۷۶۳، ۱۰۷۰.

ماده ۲۰۲- اکراه به اعمالی حاصل می شود که موثر در شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در گرفته شود.

ماده ۲۰۹- امضاء معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است.

ماده ۳۴۶- عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست.

ماده ۷۶۳- صلح به اکراه نافذ نیست.

ماده ۱۰۷۰- رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هر گاه مکره بعد از زوال کره عقد را اجازه کند نافذ است مگر اینکه اکراه به درجه ای بوده که عاقد فاقد قصد باشد.

تنها جایی که اکراه مادی است آخر ماده ۱۰۷۰ ق.م. (فوق الذکر) است.

اهلیت (شرط دوم، مواد ۲۱۰ تا ۲۱۳ ق.م.):

شرایط اساسی صحت معامله: ۱. قصد و رضا ۲. اهلیت طرفین
مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ کنار گذاشته شود.

کسی که اهلیت دارد به آن اهل گویند و کسی که اهلیت ندارد محجور گویند.

محجور طبق ماده ۱۲۰۷ سه نوع است که با فقه فرق دارد:

۱. صغیر

۲. مجنون

۳. سفیه

(۱) صغیر: کسی که زیر سن بلوغ است (ماده ۱۲۱۰ تبصره ی یک). سن بلوغ را گفته در دختر

۹ سال تمام قمری و در پسر ۱۵ سال تمام قمری. حال کسی که زیر این سن است را

صغیر گویند. صغیر دو نوع است: ۱. صغیر ممیز ۲. صغیر غیر ممیز

ماده ۱۲۱۰- هیچ کس را نمی توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.

تبصره ۱- سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.

تبصره ۲- اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.

صغیر ممیز: کسی که معنی بعضی از چیزها را تشخیص می دهد مثل معنی معامله، زیان، سود و پول. سن ندارد و تشخیص سن آن با دادگاه است.

صغیر غیر ممیز: صغیری که مسائل حقوقی را نمی فهمد و معنی پول را نمی داند.

(۲) **مجنون:** کسی است که عقل ندارد. مجنون دو دسته است **مجنون دائمی** مثل دیوانه و **مجنون ادواری** که یک دوره عاقل است و یک دوره مجنون.

(۳) **سفیه (غیر رشید، ماده ۱۲۰۸ ق.م):** سفیه کسی است که بالغ هست و عاقل هم هست ولی امور مالی را تشخیص نمی دهد.

ماده ۱۲۰۸- غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوقی مالی خود عقلانی نباشد.

وضعیت معاملات مجبورین:

۱. **کلیه ی معاملات مجنون دائمی و صغیر غیر ممیز:** باطل است و این دو همیشه با همدیگر هستند و فرقی با هم ندارند. کلیه ی معاملات آن ها باطل است چون هر دو قصد ندارند (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۳ ق.م).

ماده ۱۲۱۲- اعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط به اموال و حقوق مالی او باشد باطل و بلا اثر است معذالک صغیر ممیز می تواند تملک بلاعوض کند مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات.

ماده ۱۲۱۳- مجنون دائمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمی تواند هیچ تصرفی در اموال و حقوق مالی خود بنماید ولو با اجازه ولی یا قیم خود لکن اعمال حقوقی که مجنون ادواری در حال افاقه می نماید نافذ است مشروط بر آنکه افاقه او مسلم باشد.

۲. **معاملات صغیر ممیز:** غیر نافذ است و ماده ای در این زمینه نداریم. حقوقدانان گفته اند علتش این است که صغیر ممیز قصد دارد. اما دو استثناء وجود دارد:
(۱) **تملکات بلاعوض صغیر ممیز صحیح است:** یعنی چیزهایی که کاملاً به سودشان است (ماده ۱۲۱۲ ق.م) مثل قبول هبه، صلح مجانی و یا اینکه مباحی را حیازت کند.

(۲) **تملیکات بلاعوض صغیر ممیز باطل است:** یعنی اگر هبه کند باطل است اما اگر هبه قبول کند صحیح است.

۳. **سفیه:** معاملات مالی سفیه غیر نافذ است (با اینکه اشکال فنی دارد اما غیر نافذ است) چون قصد دارد (ماده ۱۲۱۴ ق.م).

ماده ۱۲۱۴- معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از آن که این اجازه قبلاً داده شده باشد یا بعد از انجام عمل و معذالک تملکات بلاعوض از هر قبیل که باشد بدون اجازه هم نافذ است.

نکته: معاملات غیر مالی سفیه مانند نکاح و طلاق (نکاح شامل مهریه نمی شود)، صحیح است (ماده ۱۰۶۴ و ۱۱۳۶ ق.م).

ماده ۱۰۶۴- عاقد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد.

ماده ۱۱۳۶- طلاق دهنده باید بالغ و عادل و قاصد و مختار باشد.

نکته: تملکات بلاعوض سفیه صحیح است (ماده ۱۲۱۴ ق.م).

ماده ۱۲۱۴- معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از آنکه این اجازه قبلاً داده شده باشد یا بعد از انجام عمل و معذلک تملکات بلاعوض از هر قبیل که باشد بدون اجازه هم نافذ است.

نکته: تملیکات بلاعوض سفیه باطل است. ماده ندارد.

نتیجه: تملیکات بلاعوض تمام محجورین باطل است. صغیر ممیز و سفیه قصد دارند و معاملاتشان غیر نافذ است. تملیکات بلاعوضشان باطل است.

نکته: مجنون ادواری معاملاتش در حال جنون باطل است اما در حال افاقه صحیح است. اگر نفهمیم معامله چه زمانی بوده است، یعنی ندانیم در حال جنون بوده یا در حال افاقه، اصل بر این است که در حال جنون بوده است و اصل این است که معامله باطل است. پس مدعی آن کسی است که می گوید معامله در حال افاقه بوده و باید ثابت کند (ماده ۱۳۱۳ ق.م).

ماده ۱۲۱۳- مجنون دائمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمی تواند هیچ تصرفی در اموال و حقوق مالی خود بنماید ولو با اجازه ولی یا قیم خود لکن اعمال حقوقی که مجنون ادواری در حال افاقه می نماید نافذ است مشروط بر آنکه افاقه او مسلم باشد.

نکته: یک ماده ی احمقانه داریم که با تبصره اش تعارض دارد (ماده ۱۲۱۰ ق.م).

ماده ۱۲۱۰- هیچکس را نمی توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.
تبصره ۱- سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.
تبصره ۲- اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.

خود ماده گفته کسی که به سن بلوغ می رسد (دختر ۹ و پسر ۱۵) رشید فرض می شود مگر اینکه عدم رشدش ثابت بشود. تبصره ی ۲ این ماده گفته اموال صغیر را که بالغ شده نمی توان به او داد مگر اینکه رشدش ثابت بشود. که تعارض دارد. ماده گفته رشید هست و تبصره گفته رشید نیست. دیوان عالی کشور در یک رأی وحدت رویه ی مسخره با یک استدلال غلط گفته ماده مال امور غیر مالی است (اما به نظر ما امور غیر مالی رشد نمی خواهد) و تبصره در مورد امور مالی است. امور غیر مالی مثل نکاح رشد نمی خواهد اما در این مورد یک رویه ی قضایی داریم که این هم مسخره است. (مقاله ی دکتر شهبازی در سایت دادآفرین مطالعه شود) رویه این است که صغیری که بالغ می شود تا به سن ۱۸ سال شمسی برسد، رشید نیست. یعنی تبصره اعمال شده و هر کاری بکند باید رشدش ثابت بشود. ولی از ۱۸ که گذشت رشید محسوب می شوند مگر اینکه خلافش ثابت شود.

شرط سوم: مورد معامله (مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶ ق.م)

ماده ۲۱۴- مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می کنند.

ماده ۲۱۵- مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.

ماده ۲۱۶- مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

مواد ۲۱۴ و ۲۱۵ چیزی ندارد اما ماده ی ۲۱۶:

طبق ماده ۲۱۶ مورد معامله باید مبهم نباشد. منظور از مبهم نبودن این است که مورد معامله هم معلوم باشد و هم معین که با این دو شرط دیگر مبهم نیست. بنابراین مالی مبهم نیست که:

۱. معلوم باشد

۲. معین باشد

در مقابل معلوم، مجهول قرار دارد و در مقابل معین، مردد قرار دارد.

معلوم: منظور از معلوم بودن مورد معامله اینست که سه چیزش مشخص باشد، مقدار، جنس و وصف (مواد ۳۴۲ و ۴۷۲ ق.م). مثلاً صد کیلو برنج آستانه. اگر این سه مورد مشخص بود مورد معامله معلوم است. معامله ی مجهول باطل است.

ماده ۳۴۲- مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.

ماده ۴۷۲- عین مستأجره باید معین باشد و اجاره عین مجهول یا مردد باطل است.

معین: منظور از معین بودن مورد معامله این است که مصداق آن دقیقاً مشخص باشد (مورد معامله یا این یا آن نباشد) اگر (یا این یا آن بود) می شود مردد. مثلاً این میز معلوم است، این صندلی هم معلوم است. حال من می گویم یکی از این ها را فروختم تو هم می گویی خریدم که معامله باطل است (مواد ۴۷۲ و ۶۹۴ ق.م).

ماده ۶۹۴- علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می نماید شرط نیست بنابراین اگر کسی ضامن دین شخص بشود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است ضمان صحیح است لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.

ذیل ماده ۲۱۶ ق.م گفته «مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». در بعضی از عقود لازم نیست مورد معامله کاملاً معلوم باشد (یعنی علم تفصیلی یا علم مفصل) در بعضی از عقود علم اجمالی کافی است. علم اجمالی در مقابل علم تفصیلی است اجمالی یعنی حدودی. معلوم بودن یعنی علم تفصیلی اما در مواردی علم اجمالی کافی است. یک سری عقود داریم به آن ها مسامحه گویند (ماده ۷۶۱ ق.م).

ماده ۷۶۱- صلحی که در مورد تنازع یا مبنی به تسامح باشد قاطع بین طرفین است و هیچ یک نمی تواند آن را فسخ کند اگر چه به ادعای غبن باشد مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار.

عقود مسامحه: عقودی که طرفین قصد سودجویی ندارند را عقود مسامحه می گویند. مثل عقود مجانی، در عقود مسامحه علم تفصیلی نمی خواهیم. مثل آنکه بخواهیم چیزی را ببخشیم که مهم نیست ۵ کیلو باشد یا نه. در مقابل عقود مسامحه عقود مغاینه است که از ریشه ی غبن می آید.

عقود مغاینه: عقودی هستند که طرفین قصد سودجویی دارند. هر طرف می خواهد کمتر بدهد و بیشتر بگیرد. در عقود مغاینه علم تفصیلی لازم است مثل بیع، اما در عقود مسامحه علم اجمالی کافی است. قانون در سه عقد گفته علم اجمالی کافی است اما ما می گوئیم در همه ی عقود مسامحه، علم اجمالی کافی است.

نکته: در تمام عقود چه مغاینه و چه مسامحه مورد معامله باید معین باشد (یا این یا آن) نباشد یعنی مردد نباشد. فقط در جعاله مورد معامله می تواند مردد باشد (ماده ۵۶۴ ق.م).

ماده ۵۶۴- در جعالة گذشته از عدم لزوم تعيين عامل ممكن است عمل هم مردد و كيفيات آن نامعلوم باشد.

شرط چهارم صحت معاملات: جهت معامله (ماده ۲۱۷ ق.م)

جهت معامله: (ماده ۲۱۷)

جهت معامله هدف مستقيمي است كه هر طرف بعد از معامله مي خواهد به آن برسد. جهت معامله جنبه ي شخصي دارد و در هر معامله نسبت به هر كسي فرق دارد يعني جنبه ي نوعي ندارد. مثلاً تمام كساني كه خانه مي خردند يك هدف ندارند. يكي براي اجاره مي خرد، يكي براي قمارخانه و يكي براي بچه اش. يك اصطلاح:

جهت تعهد يا سبب تعهد يا علت تعهد: كه بر عكس جهت معامله است يعني جنبه ي نوعي دارد و در تمام معاملات مشابه يكسان است.

مثال: خريدار (هر كسي) براي چه پول مي دهد؟ براي اينكه مبيع را بگيرد كه تمام خريداران دنيا ثمن را مي دهند كه مبيع را بگيرند اين را جهت تعهد گويند. جهت تعهد خريدار به دادن ثمن و جهت تعهد فروشنده به دادن مبيع است.

ماده ۲۱۷- در معامله لازم نيست كه جهت آن تصريح شود ولي اگر تصريح شده باشد بايد مشروع باشد والا معامله باطل است.

جهت معامله: طبق ماده ۲۱۷ در معامله لازم نيست جهت آن ذكر شود (اگر كسي رفت خانه بخرد نمي پرسند براي چه مي خواهي) اما اگر جهت را ذكر كني بايد مشروع باشد و الا معامله باطل است. جهت نامشروع سه حالت دارد:

۱. جهت نامشروع است و در عقد بيان شده است: كه اين معامله مطابق ماده ي ۲۱۷ باطل است.

۲. جهت نامشروع است و بيان نشده ولي طرف معامله مي داند: من آمده ام خانه ي شما را بخرم و تبديل به قمارخانه كنم و تو مي داني، كه اين معامله باطل است. بيان كردن مهم نيست مهم دانستن طرف است.

۳. جهت نامشروع است و بيان نشده است و طرف معامله هم نمي داند: كه اين معامله صحيح است. من آمده ام خانه ي شما را بخرم و تو نمي داني براي چه مي خواهم. در ادامه

به يك بحث خيلي مهم مي رسييم.
معامله به قصد فرار از دين: (ماده ۲۱۸ ق.م)

ماده ۲۱۸ - هر گاه معلوم شود كه معامله با قصد فرار از دين به طور صوري انجام شده آن معامله باطل است. (اصلاحي مطابق قانون اصلاح موادي از قانون مدني مصوب ۱۳۷۰)

ماده ۲۱۸ مكرر - هر گاه طلبكار به دادگاه دادخواست داده دلائل اقامه نمايد كه مديون براي فرار از دين قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه مي تواند قرار توقيف اموال وي را به ميزان بدهي او صادر نمايد كه در اين صورت بدون اجازه دادگاه حق فروش اموال را نخواهد داشت. (الحاقي مطابق قانون اصلاح موادي از قانون مدني مصوب ۱۳۷۰)

يك اصطلاح:

معامله ي صوري: معامله اي كه ظاهرش معامله است ولي طرفين قصد معامله ندارند. هميشه در معامله ي صوري كلك به قانون وجود دارد.

مثال: مدیونی برای فرار از دین به طور صوری معامله می کند که خیلی رایج است. مدیون خانه اش را به نام برادرش می کند به طور صوری برای اینکه طلبکار به چیزی نرسد که معامله ی صوری باطل است چون در آن قصد نیست (ماده ۱۹۵). معامله ی صوری به هر انگیزه که باشد باطل است.

معامله به قصد فرار از دین: آن معامله ای است که مدیون برای فرار از دین اموالش را می فروشد (قصد معامله دارد) یعنی صوری نیست اما به کسی می فروشد که از قصد مدیون آگاه است. حکم این را قانون قدیم مصوب ۱۳۰۷ می گفت. معامله به قصد فرار از دین نافذ است و طلبکار اگر می خواست تنفیذ می کرد و اگر نمی خواست رد می کرد. سال ۱۳۶۱ این ماده حذف شد و هیچ ماده ای هم جایگزین آن نشد. اما سال ۷۰ یک قانون بی ربط را به جایش آوردند و گفتند معامله به قصد فرار از دین که صوری باشد باطل است. اما ما به دنبال معامله به قصد فرار از دین هستیم که صوری نیست که حکمی در قانون مدنی ندارد و دکتر کاتوزیان گفته در قانون نحوه ی اجرای محکومیت های مالی سال ۷۷ در ماده ی ۴ (ص ۲۰۹ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی).

مثال برای معامله به قصد فرار از دین که صوری نیست: من به شما بدهکارم و یک ماشین دارم و ماشینم را به حسن فروختم. حسن دوست من است و از وضع من آگاه است الان ماشین دست حسن است (ماده ۴ قانون نحوه ی اجرای محکومیت های مالی). قانون گفته اگر مدیون به قصد فرار از دین ماشین را بفروشد اولاً مجرم است (چهار ماه تا دو سال زندان) و حسن نیز اگر آگاه باشد شریک جرم است. حال با این فرض که حسن آگاه است حکم من و حسن زندان است اما طلبکار با زندان رفتن من و حسن چیزی گیرش نمی آید و قانون گفته برو در خانه ی حسن نیست که دو حالت دارد یا ماشین در خانه ی حسن است یا فروخته اگر ماشین در خانه حسن بود طلبکار می تواند توقیف کند که معامله من و حسن صحیح است. طبق ماده این معامله ی صحیح جرم است. پس طلبکار می تواند ماشین حسن را توقیف کند و از آن طلبش را بگیرد. اما حالت دوم این است که حسن قبل از اینکه برود زندان ماشین را فروخته که معامله ی حسن نیز درست است و طلبکار می تواند طبق این ماده به حسن رجوع کند و از دیگر اموال حسن به اندازه ی قیمت ماشین توقیف کند و طلبش را بگیرد. اگر حسن چیزی نداشت که دیگر هیچ و اگر حسن جاهل بود فقط فروشنده مجرم است. الآن در حقوق ایران معامله به قصد فرار از دین بین دو طرف صحیح است اما در مقابل طلبکار قابل استناد نیست یعنی خریدار مالک می شود اما در مقابل طلبکار قابل استناد نیست. طبق ماده ۴ قانون نحوه ی اجرای محکومیت های مالی معامله به قصد فرار از دین حقیقی یعنی صوری نیست چون معامله ی صوری باطل است.

نکته: استثنائاً وقف به قصد فرار از دین طبق ماده (۶۵ ق.م) همچنان غیر نافذ است.

ماده ۶۵ - صحت وقفی که به علت اضرار دیان واقف واقع شده باشد منوط به اجازه دیان است.

اثر معاملات: (مواد ۲۱۹ تا ۲۳۱ ق.م)

ماده ۲۱۹ - عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا بعلت قانونی فسخ شود.

ماده ۲۱۹ بین دو اصل است:

۱. اصل لزوم: اگر شک کنیم عقدی لازم یا جایز است باید گفت که لازم است.
۲. اصل نیروی الزام آور عقد: طبق این اصل هر عقدی که منعقد شد چه لازم و چه جایز باید اجراء شود و به بهانه ی جایز بودن نمی توان عقد را اجراء نکرد. عقد جایز را می توان فسخ

کرد اما تا زمانی که فسخ نکرده ای باید اجراء شود.
اصل نیروی الزام آور عقد، در همه ی عقود اجرا می شود. از کلمه ی **لازم الاتّباع** دو اصل لزوم و نیروی الزام آور عقد در می آید.
عقود طرفین را به سه چیز ملزم می کند:

۱. آنچه طرفین در عقد گفته اند یا نوشته اند، ملزم به آن هستند.
 ۲. هر چیزی که عرف می گوید. یعنی چیزی در قرار داد ننوشته ایم اما عرف محل چنین است. درست است که در قرارداد نیامده اما باید رعایت گردد.
 ۳. آنچه قانون گفته.
- قانون دو نوع است:
- (۱) قانون امری
 - (۲) قانون تکمیلی
- قانون امری (آمره):** قانونی است که باید اجرا بشود و طرفین نمی توانند بر خلافش توافق کنند. اگر توافق کنند باطل است.

ماده ۱۱۰۶ – در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است.

مثال (۱): در نکاح دائم نفقه با شوهر است (ماده ۱۱۰۶ ق.م). این قانون امری است.
مثال (۲): در نکاح دائم اختیار طلاق (اصطلاح حق طلاق اشتباه است) با شوهر است که این هم امری است و نمی توان اختیار را به زن داد به طوری که شوهر اختیاری نداشته باشد اما می توان به زن وکالت در طلاق داد.

قانون تکمیلی یا تخییری یا مخیره: قانونی است که طرفین می توانند برخلافش توافق (دو اراده) کنند. اگر توافق کنند از بین می رود ولی اگر توافق نکنند مانند قانون امری اجراء می شود.
مثال: در نکاح اختیار تعیین مسکن با شوهر است که یک قانون تکمیلی است (ماده ۱۱۱۴ ق.م) اما طرفین می توانند اختیار را به زن بدهند به طوری که اختیار با شوهر نباشد.

ماده ۱۱۱۴ – زن باید در منزلی که شوهر تعیین می کند سکنی نماید مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد.

مثال: در بیع طبق ماده ۳۷۵ مبیع باید در محل عقد تسلیم شود که این یک قانون تکمیلی است و طرفین می توانند توافق کنند که مبیع جای دیگری تحویل شود.

ماده ۳۷۵ – مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد.

چطور بفهمیم قانون امری است یا تکمیلی؟

اگر در قانون گفته بود «مگر اینکه بر خلاف آن توافق شود» قانون تکمیلی است اما اگر چیزی نگفته بود آن وقت معلوم نیست که امری است یا تکمیلی و یک سری مواد هم هست که اختلافی است. بعضی گفته اند امری است و بعضی گفته اند تکمیلی است (ماده ۶۹۸ ق.م).

ماده ۶۹۸ – بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شده ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.

نکته (۱): قانون امری بر همه چیز مقدم است یعنی هم بر توافق طرفین و هم بر عرف و عادت.

نکته (۲): توافق طرفین هم بر عرف مقدم است و هم بر قانون تکمیلی.

نکته (۳): بالآخره بین عرف و قانون تکمیلی عرف مقدم است زیرا عرف همان توافق ضمنی طرفین است (ماده ۲۲۵ ق.م).

ماده ۲۲۵- متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است.

مثال: طبق قانون مبیع باید در محل عقد تحویل شود. در عرف مصالح فروش ها این است که مبیع را در محل ساختمان تحویل می دهند که عرف با قانون تعارض دارد و اینجا عرف مقدم است. این چهار تا در طول همدیگر هستند.

ماده ۲۲۱- اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.

عنوان ماده مسئولیت قراردادی است یعنی یکی از طرفین از تعهدش تخلف می کند یک قرارداد داریم که در آن تعهد است (تعهد هم می تواند ناشی از قرارداد باشد و هم می تواند ناشی از قرارداد نباشد) که طرف از تعهدش تخلف کرده است. قانون گفته در صورتی مسئول است که یکی از این سه شرط باشد. باید یا جبران خسارت در عقد تصریح شده باشد یعنی در عقد نوشته باشند اگر متعهد خسارت زد باید جبران کند، که یک چیز بدیهی است. یا تعهد عرفاً به منزله ی تصریح باشد که معمولاً هست و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد (ضمان یعنی مسئولیت، آخر ماده ۲۲۱ ق.م). ماده ی ۲۲۸ که در واقع توضیح قسمت آخر ماده ی ۲۲۱ است در مورد خسارت تأخیر تأدیه است یعنی پول نقد یعنی حال، وجه نقد یعنی پول که ربطی به هم ندارند. طبق قانون قدیم آیین دادرسی مدنی (۱۳۱۸) هر کس باید پولی می داد و نمی داد سالی ۱۲٪ باید خسارت می داد (صدی دوازده در سال).

مثال: من امروز باید به شما یک میلیون بدهم شما مطالبه می کنید من نمی دهم که باید سال بعد یک میلیون و ۱۲۰ هزار تومان، دو سال بعد یک میلیون و ۲۴۰ هزار و ... در قانون جدید (آ.د.م سال ۷۹) ماده ۵۲۲ صدی ۱۲ را برداشتند و گفتند بر طبق شاخص بانک مرکزی محاسبه می شود و این را خسارت تأخیر تأدیه می گویند.

ماده ۲۲۸- در صورتی که موضوع تعهد تأدیه وجه نقدی باشد حاکم می تواند با رعایت ماده ۲۲۱ مدیون را به جبران خسارت حاصله از تأخیر در تأدیه دین محکوم نماید.

ماده ۲۲۱- اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.

نکته: مسئولیت قراردادی در مقابل مسئولیت غیر قراردادی است. مسئولیت یعنی الزام به جبران خسارت. یکی به دیگری خسارت زده و باید جبران کند. مسئولیت به دو قسم تقسیم می شود:

۱. مسئولیت قراردادی

۲. مسئولیت غیر قراردادی

مسئولیت قراردادی سه تا شرط دارد یعنی اگر این سه شرط جمع بشود مسئولیت می شود قراردادی اما اگر یکی از این سه شرط نبود مسئولیت می شود غیر قراردادی که فرق دارد که قراردادی باشد یا غیر قراردادی.

شرایط مسئولیت قراردادی (مهم):

۱. **وجود قرارداد:** اولین شرط مسئولیت قراردادی این است که بین زیان دیده و زیان زننده قرارداد باشد. مثلاً کسی در داخل خیابان با ماشین به یکی می زند که مسئولیت قراردادی نیست چون بین این دو نفر قراردادی نیست.

۲. **تخلف از تعهد ناشی از قرارداد:** وجود قرارداد کافی نیست و باید از تعهد ناشی از قرارداد تخلف شود. بین مؤجر و مستأجر قرارداد است. مؤجر در داخل خیابان می زند به ماشین مستأجر که اینجا مسئولیت قراردادی نیست چون از تعهد تخلف نکرده است.

۳. **ورود خسارت به طرف قرارداد:** نه به ثالث. ممکن است بین من و شما قرارداد باشد و من از تعهدم تخلف بکنم و به ثالث خسارت زده شود. خسارت باید به طرف قرارداد وارد شود تا مسئولیت قراردادی محسوب شود نه به شخص ثالث.

اگر این سه شرط باشد مسئولیت قراردادی است و اگر یکی از این سه شرط نباشد مسئولیت غیر قراردادی است. یکی از فایده های مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی بار اثبات است. در مسئولیت قراردادی معمولاً (یعنی نه همیشه) لازم نیست تقصیر متخلف ثابت بشود (تعهد به نتیجه) ولی در مسئولیت غیر قراردادی معمولاً باید تقصیر متعهد ثابت بشود (تعهد به وسیله). ماده ۲۲۲ به ماده ۲۳۸ می خورد و با ماده ۲۳۸ توضیح داده می شود.

ماده ۲۲۳ ق.م:

در مورد اصل صحت است یا همان قاعده ی صحت. چون صحت اماره است. قاعده ی صحت گفته هر معامله که واقع می شود محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن ثابت شود.

نکته ۱: قاعده ی صحت همه جا اجراء نمی شود. اگر در وقوع ظاهری عقد تردید داشته باشیم جای قاعده ی صحت نیست. قاعده ی صحت جایی است که حداقل در وقوع ظاهری عقد تردید نداشته باشیم. مثلاً یکی گفت فروختم و دیگری هم گفت خریدم که ظاهر آن بیع است اگر شک کنیم که صحیح است یا باطل که اینجا جای قاعده ی صحت است و می گوییم صحیح است. حال یک موقع نمی دانیم طرف چه چیزی گفته که اینجا در وقوع ظاهری عقد تردید داریم و جای قاعده ی صحت نیست.

نکته ۲: عقدی داریم که شک داریم مخالف قانون است یا نه. اگر مخالف قانون باشد عقد باطل و اگر مخالف قانون نباشد صحیح است. اینجا جای قاعده ی صحت است و این قاعده می گوید این عقد مخالف قانون نیست و صحیح است. مثلاً یک تن برنج می خریم که شش ماه دیگر تحویل بگیریم و پولش را سه ماه دیگر تحویل بدهیم که این را بیع کالی به کالی می گویند. در اینجا می توانیم بگوئیم بیع کالی به کالی نیست و صحیح است طبق اصل صحت.

نکته ۳: عقدی داریم که با قانون صدر در صد مخالف است. اما نمی دانیم قانون امری است یا تکمیلی که قاعده ی صحت می گوید عقد صحیح است و باید قانون را تکمیلی بدانیم (ماده ۶۹۸ ق.م.؟؟).

نکته ۴: یک نفر روی مال غیر معامله می کند و آنرا می فروشد نمی دانیم موقع فروش نماینده بوده یا نبوده. اگر نماینده بوده معامله صحیح و اگر نماینده نبوده معامله صحیح نیست. که اینجا جای قاعده ی صحت نیست و اصل این است که هیچ کس نماینده نیست. پس معامله درست نیست مگر طرف ثابت کند که نماینده است.

گفته الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه. مردم اهل عرفند و با هم ادبی و لغوی صحبت نمی کنند و می گویند قرض بده یعنی عاریه. به نکاح موقت می گویند صیغه. مردم به تمام عقد ها می گویند قرارداد.

ماده ۲۲۴- الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه.

خسارت:

که دو نوع خسارت داریم:

۱. خسارت عدم انجام تعهد ۲. خسارت تأخیر در انجام تعهد (خسارت تأخیر)
۱. خسارت عدم انجام تعهد (خسارت عدم): جایی است که اصل تعهد قابل انجام نیست و متعهد به جای اصل تعهد خسارت می دهد. این نوع خسارت معمولاً جایی است که تعهد به صورت وحدت مطلوب باشد. مثلاً شام عروسی که باید فقط آن شب آماده بشود و زمان آنقدر مهم است که اگر زمان بگذرد دیگر به درد نمی خورد. این را وحدت مطلوب گویند. یعنی تعهدی که باید در زمانی انجام بشود و زمان آنقدر مهم است که اگر زمان بگذرد دیگر به درد نمی خورد و اگر زمان بگذرد باید خسارت عدم انجام تعهد را پرداخت کند.
۲. خسارت تأخیر در انجام تعهد (خسارت تأخیر): در جایی است که اصل تعهد قابل انجام است ولی متعهد دیر کرده و در اینجا متعهد باید دو کار بکند، هم اصل تعهد را انجام بدهد و هم بابت تأخیر خسارت بدهد. این خسارت جایی است که تعدد مطلوب است یعنی اگر زمان بگذرد باز هم قابل انجام است. مثلاً معمار گفته خانه را اول اردیبهشت تحویل می دهم که این تعدد مطلوب است. حال معمار یک سال دیر می کند که باید هم خانه را تحویل بدهد و هم بابت این یک سال خسارت بدهد. نتیجه اینکه خسارت عدم انجام تعهد با اصل تعهد جمع نمی شود ولی خسارت تأخیر در انجام تعهد با اصل

تعهد جمع می شود.

تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه:

اصطلاح تعهد به وسیله: مثل تعهد پزشک، تعهد امین و تعهد وکیل. تعهدی است که متعهد سعی می کند که کارش را انجام بدهد، سعی می کند به نتیجه برسد. پزشک حداکثر سعی خود را می کند. امین می گوید من سعی ام را می کنم که مال را حفظ کنم ولی اگر مال تلف شده به من ربطی ندارد.

تعهد به نتیجه: این است که رسیدن به نتیجه دست متعهد است. اگر همه چیز آرام باشد (طبق روند عادی امور) طرف به تعهدش عمل می کند مثل معمار. مثال برای تعهد به نتیجه متصدی حمل و نقل در بردن بار است که بار را بر می دارد و می برد. شاید بین راه تصادف کند و شاید هم سالم برسد.

تفاوت: در تعهد به وسیله اگر متعهد تخلف کند متعهد له در صورتی می تواند خسارت بگیرد که تقصیرش را ثابت کند. امین مسئول نیست مگر اینکه تقصیرش ثابت شود و وکیل هم همینطور. در تعهد به نتیجه همینکه متعهد تخلف کرد مسئول است و لازم نیست تقصیرش ثابت بشود. اگر متعهد بخواهد خسارت ندهد باید ثابت کند که قوه ی قاهره بوده است. در تعهد به وسیله بار اثبات با متعهد له است و در تعهد به نتیجه بار اثبات با متعهد است.

نکته ی مهم: در امتحان گزینه ها را می بینیم اگر در همه ی گزینه ها داده بود تقصیر می فهمیم به وسیله است. اگر در گزینه ها داده بود قوه ی قاهره تعهد به نتیجه است.

اگر در تست یک گزینه تقصیر بود و یکی قوه ی قاهره گزینه ی تقصیر با تعهد به وسیله درست است و گزینه ی دیگر که قوه ی قاهره است با تعهد به نتیجه درست است که باید قوه ی قاهره را بزنیم. چون تعهد به نتیجه است. اصل این است که تعهد به نتیجه است.

ماده ۲۲۷ و ۲۲۹ (تعهد به نتیجه):

قوه ی قاهره یا فورس ماژور، حادثه ای است که سه تا شرط دارد. یعنی سه تا شرط با هم هستند:

۱. شرط اول: قوه ی قاهره خارج از اراده ی متعهد باشد (خارجی) حال می خواهد طبیعی باشد یا هر حادثه ی دیگر (ماده ۲۲۷ ق.م).

ماده ۲۲۷- متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی توان مربوط به او نمود.

۲. شرط دوم: قوه ی قاهره غیر قابل دفع باشد یعنی نتوان آن را دفع کرد مثل سیل و طوفان (ماده ۲۲۹ ق.م).

ماده ۲۲۹- اگر متعهد به واسطه حادثه که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود.

۳. شرط سوم: قوه ی قاهره غیر قابل پیش بینی باشد. این شرط در قانون نیامده است. نکته: اگر در کنکور گفتند قوه ی قاهره چند شرط دارد جواب «سه شرط» است و اگر گفتند طبق قانون قوه ی قاهره چند شرط دارد جواب «دو شرط» است زیرا قانون غیر قابل پیش بینی بودن را نگفته است.

وجه التزام (یا وجه کیفری) - ماده ۲۳۰ ق.م:

ماده ۲۳۰- اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند.

دو نوع خسارت داشتیم یکی خسارت عدم و دیگری خسارت تأخیر. وجه التزام عبارت است از خسارت تخلف از انجام تعهد که میزان آن در عقد تعیین شده و متخلف باید همان را بدهد.

چون دو نوع خسارت داریم پس دو نوع وجه التزام هم داریم:

۱. وجه التزام راجع به عدم

۲. وجه التزام راجع به تأخیر

مثال ۱: با یک رستوران قرارداد می بندیم که پنج شنبه شب غذای عروسی را بیاورد و تعهد می کند که اگر غذا را نیاورد باید ده میلیون خسارت بدهد که ممکن است یک میلیون خسارت به من وارد شده باشد یا ممکن است صد میلیون خسارت به من وارد شده باشد.

مثال ۲: در مورد وجه التزام راجع به تأخیر در انجام تعهد، معمار قرارداد می بندد که خانه را اول اردیبهشت تحویل بدهد بعد در قرارداد می گوید اگر تأخیر کردم در ازای هر روز تأخیر ده هزار تومان می دهم که بعنوان مثال اگر معمار یک سال تأخیر کرد باید هم خانه را تحویل بدهد و هم روزی ده هزار تومان را بدهد (ماده ۲۳۰ ق.م).

نکته ۱: یک اصطلاح داریم شرط تحدید (محدود کننده، مصونیت): که با وجه التزام فرق دارد. در شرط تحدید مسئولیت، حداکثر مسئولیت مشخص می شود پس اولاً باید میزان واقعی خسارت

ثابت بشود (توسط کارشناس) و ثانیاً اگر میزان واقعی خسارت بیشتر از آن رقم (رقم قرارداد) باشد متعهد همان رقم را می دهد ولی اگر کمتر از آن رقم باشد مبلغ کمتر را می دهد. مثال: در قرارداد می نویسند اگر متعهد تخلف کرد تا ده میلیون مسئول باشد اگر (تا) نداشت می شود وجه التزام ولی اگر (تا) داشت شرط تحدید است. در قرارداد نوشته ۱۰ میلیون و به کارشناس می گویی خسارت را تعیین کن که ۲۰ میلیون تعیین می کند که باید همان ده میلیون را بدهد اگر گفت ۵ میلیون. ... در شرط تحدید یک رقم را در قرارداد نوشته (۱۰ میلیون) که کارشناس گفته (۲۰ میلیون) که ده میلیون را می دهد و اگر کارشناس گفت ۵ میلیون، ۵ میلیون را می دهد. این را شرط تحدید مسئولیت گویند.

نکته ۲: شرط عدم مسئولیت: شرط شده متعهد مسئول نباشد این را شرط عدم مسئولیت گویند. مثلاً مالک اصرار دارد که امین مالش را قبول کند و امین می گوید به یک شرط اگر مال با تقصیر هم از بین رفت من مسئول نیستم. این را شرط عدم مسئولیت گویند.

شرط عدم مسئولیت درست است جز در ۳ مورد:

۱. **تقصیر عمدی:** (پس در تقصیر غیر عمدی درست است) من شرط عدم مسئولیت کردم

که عمداً بروم مال را تلف کنم.

۲. **خسارات بدنی**

۳. **لطمه به حیثیت، شرافت و آبرو**

شروط ضمن عقد (مهم، مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ ق.م.):

شرط ضمن عقد توافقی است فرعی که در ضمن عقد می شود. عقد توافق اصلی است و شرط توافق فرعی. پس رابطه ی عقد و شرط می شود رابطه ی اصل و فرع. از این رابطه دو نتیجه می گیریم:

۱. اگر عقد باطل باشد (از اول) شرط هم باطل است.

۲. اگر شرط باطل باشد عقد باطل نیست که هر دوی این نتایج استثنائاتی دارند اما ما فقط

استثنائات شروط ضمن عقد را به چهار قسمت تقسیم می کنیم:

(۱) شروط باطل (۲) شروط صحیح (۳) اسقاط شرط (۴) انحلال شرط

(۱) **شروط باطل (مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م.):**

نتیجه ی دوم استثنائاتی دارد که فقط استثنائات این نتیجه را می خوانیم.

شروط باطل دو دسته اند:

(۱) شروط باطلی که عقد را باطل نمی کنند (۲) شروط باطلی که عقد را باطل می کنند

(۱) **شروط باطل غیر مبطل (ماده ۲۳۲ ق.م.):**

ماده ۲۳۲ - شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:

۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد.

۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.

۳- شرطی که نامشروع باشد.

یعنی شروطی که خود باطل هستند ولی عقد را باطل نمی کنند. قانون سه تا شرط را گفته ولی دو تا دیگه هم اضافه دارد.

۱. **شرط نامقدور:** شرطی که نمی شود انجام داد که خود دو نوع است:

الف) نامقدور مطلق ب) نامقدور نسبی

منظور ماده ۲۳۲ از نامقدور، نامقدور مطلق است.

شرطی که نامقدور مطلق است باطل است ولی شرطی که نامقدور نسبی است باطل نیست. نامقدور مطلق یعنی محال. مثلاً اینکه کسی شرط کند که من را تا ۵ ساعت دیگر به آمریکا ببرد. پس شرط نامقدور مطلق باطل است چون محال است. شرط نامقدور نسبی شرطی است که طرف نمی تواند انجام دهد اما دیگری می تواند آن را انجام دهد. پس اگر شرط نامقدور نسبی باشد باطل نیست و پولش را از مشروط علیه می گیریم و به دیگری می دهیم تا انجام دهد.

۲. شرط بی فایده: شرطی است که برای مشروط له فایده نداشته باشد که ملاک شخصی است نه نوعی.

اگر شرطی در دنیا برای هیچ کس فایده نداشته جز مشروط له، بی فایده نیست مثل یادگارهای خانوادگی.

۳. شرط نامشروع: شرطی است که مخالف سه چیز باشد:

(۱) مخالف قانون امری

(۲) مخالف نظم عمومی

(۳) مخالف اخلاق حسنه

نکته: رابطه ی نظم عمومی و اخلاق حسنه عموم و خصوص مطلق است یعنی نظم عمومی عام است و اخلاق حسنه خاص است (ماده ۹۷۵ ق.م). فرق شرط ۳ ماده ۲۳۲ با شرط ۵.

ماده ۹۷۵- محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

مثال ۱: شرط نامشروع: خانه ام را فروختم به صد میلیون تومان به شرطی که برای من یک مقدار مواد مخدر تهیه کنی که خود شرط نامشروع است و باطل است.

مثال ۲: شرطی که جهت آن نامشروع باشد: خانه ام را فروختم صد میلیون تومان به شرط اینکه ماشینت را به من بدهی بروم با آن مواد مخدر حمل کنم. که موضوع شرط (دادن ماشین) نامشروع نیست اما جهت آن (حمل مواد مخدر) نامشروع است که در اینجا شرط باطل است.

نکته: هر گاه یکی از این ۵ شرط در عقد بیاید شرط باطل است و عقد صحیح می باشد. یک حالت این است که مشروط له می دانسته که شرط باطل است که حق فسخ ندارد. قاعده ی اقدام (خودت به خودت ضرر بزنی). اما اگر مشروط له جاهل باشد که شرط باطل است حق فسخ دارد چون باید از جاهل حمایت کرد (در خیارات اکثر آن ها مربوط به آدم های جاهل است). عالم به خاطر قاعده ی اقدام خیار ندارد.

شروط باطلی که مبطل هستند:

گاهی اوقات شرط نه تنها باطل است بلکه عقد را هم باطل می کند. علتش این است که شرط به یکی از ارکان عقد خلل می رساند (ماده ی ۱۹۰) و وقتی به یکی از ارکان عقد خلل وارد شد، عقد باطل است.

ماده ۱۹۰- برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

۱- قصد طرفین و رضای آنها

۲- اهلیت طرفین

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد

۴- مشروعیت جهت معامله

ماده ی ۲۳۳ دو تا شرط را نام برده که باطل اند و عقد را هم باطل می کنند که این دو تا را می خوانیم و یک شرط دیگر را هم اضافه می کنیم یعنی سه شرط.

ماده ۲۳۳- شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است:

۱- شرط خلاف مقتضای عقد

۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود

۱. شرط خلاف مقتضای ذات عقد:

یک اصطلاح:

مقتضای عقد: مقتضاء یعنی اثر، اثر عقد. به اثر عقد می گویند مقتضاء و به خود عقد می

گویند مقتضی. دو نوع مقتضای عقد داریم:

الف) مقتضای ذات عقد

ب) مقتضای اطلاق عقد

منظور ماده از مقتضاء، مقتضای ذات است که ماده گفته مقتضاء (ماده ی ۲۳۳ بند ۱).

مقتضاء ذات عقد: یعنی اثر اصلی عقد. هر عقدی یک اثر اصلی دارد این اثر اصلی را مقتضای ذات گویند. بیع مقتضای ذاتش تملیک است، نکاح مقتضای ذاتش رابطه ی زوجیت است و ضمان مقتضای ذاتش تعهد ضامن است (مقتضای ذات یعنی اثر اصلی که می شود تشخیص داد) شرط خلاف مقتضای ذات باطل و مبطل است چون به قصد صدمه می زند. (هر گاه قصد نباشد معامله باطل است).

مثال: خانه ام را فروختم به شرط اینکه مالکش نشوی که باطل است چون قصد فروش ندارم. اصلاً

می گویم فروختم فروختم یعنی مالک بشو، بعد می گویم مالک نشو پس قصد فروش ندارم.

مقتضای اطلاق: منظور از مقتضای اطلاق عقد آن اثری است که اگر طرفین سکوت کنند

می آید. طرفین می توانند شرط کنند که آن اثر نیاید.

مثال: وقتی بیع منعقد می شود اگر طرفین هیچ چیزی نگویند، مبیع و ثمن حال است (یعنی باید

فوری تحویل بشود)، این مقتضای اطلاق است. مقتضای اطلاق بیع این است که مبیع و ثمن حال

باشد که می شود بر خلاف آن (مقتضای اطلاق) شرط کرد که آدم یاد قانون تکمیلی می افتد. پس

مقتضای اطلاق همان قانون تکمیلی است و مقتضای ذات هم قانون آمره است. مقتضای اطلاق به

قانون تکمیلی ربط دارد و مقتضای ذات به قانون آمره ربط دارد. پس به همین دلیل شرط خلاف

مقتضای اطلاق صحیح است و شرط خلاف مقتضای ذات باطل و مبطل است چون قانون آمره است.

پس اگر در بیع هیچ چیزی نگوئیم یک سری مقتضای اطلاق دارد که ناشی از قوانین تکمیلی است.

شرط خلاف مقتضای اطلاق صحیح است یعنی هم عقد صحیح است و هم شرط چون قانون

تکمیلی است و شرط خلاف قانون تکمیلی صحیح است اما شرط خلاف مقتضای ذات باطل و مبطل

است یعنی هم عقد باطل می شود و هم شرط چون قانون آمره است و شرط خلاف قانون آمره باطل

و مبطل است.

۲. شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین شود:

گاهی اوقات شرط مجهول است و مورد معامله را هم مجهول می کند در این صورت عقد باطل است. اگر فقط خود شرط مجهول باشد فقط شرط باطل است و عقد صحیح است (ماده ی ۲۳۲).

ماده ۲۳۲- شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:

۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد

۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد

۳- شرطی که نامشروع باشد

مثال: صد کیلو برنج اینجاست (مقدار معلوم است، این صد کیلو برنج) که من می گویم این صد کیلو برنج را فروختم به شرط اینکه هر چقدر خواستم از آن بردارم یعنی باید تو پول صد کیلو را بدهی و من هر چه خواستم از آن برنج بردارم که معامله غرری است چون معلوم نیست که تو چقدر از برنج بر می داری. پس نه تنها شرط مجهول است مورد معامله را هم مجهول می کند (مبیع را هم مجهول می کند).

۳. شرط نامشروعی که جهت معامله را نامشروع می کند:

که این مورد در قانون نیامده و حقوقدانان گفته اند. شرط نامشروع خودش باطل است و عقد صحیح است (ماده ی ۲۳۲). حال بعضی مواقع شرط نامشروع می آید جهت معامله را (نه جهت شرط) نامشروع می کند. حال وقتی جهت معامله نامشروع بشود معامله باطل است. پس اگر شرط نامشروع جهت معامله را نامشروع بکند معامله باطل است ولی آن شرط نامشروعی که جهت معامله را نامشروع نمی کند فقط شرط باطل است و عقد صحیح است.

مثال: خانه ام را اجاره دادم به شرط اینکه خانه را قمار خانه کنی. که اینجا شرط نامشروع است و جهت معامله را هم نامشروع می کند و در نتیجه عقد باطل است.

قسمت دوم: شروط صحیح (مواد ۲۳۴ تا ۲۴۳):

طبق ماده ی ۲۳۴ شروط صحیح سه دسته اند:

۱. شرط صفت

۲. شرط نتیجه

۳. شرط فعل

ماده ۲۳۴- شرط بر سه قسمت است:

۱- شرط صفت

۲- شرط نتیجه

۳- شرط فعل اثباتاً یا نفیاً

شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله.

شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود.

شرط فعل آنست که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

۱. شرط صفت:

فلسفه ی شرط صفت: سه چیز در مورد معامله باید معلوم باشد مقدار، جنس و وصف. حال فایده ی شرط صفت این است که در معامله ای مقدار معلوم نیست شرط می کنیم، یا وصف معلوم نیست ما شرط می کنیم. همین که شرط می کنیم معامله درست است ولو اینکه معلوم بشود که مبیع آن مقدار نبوده و ولو اینکه معلوم بشود که آن وصف نبوده که بعداً می خوانیم. اگر شما یک معامله ای انجام بدهید که مقدار معلوم نباشد معامله باطل است، اگر یک معامله ای انجام بدهی که وصف معلوم نباشد باز هم معامله باطل است. خوب حالا برای اینکه معامله باطل نباشد می توانیم شرط کنیم. مثلاً می خواهیم یک زمین بخریم که متراژ آن معلوم نیست و الآن هم حوصله نداریم متر کنیم که اگر همینجوری معامله کنیم باطل است که می توانیم شرط کنیم. مثل اینکه بگوئیم اگر زمین هزار متر باشد می خرم حال چه هزار متر باشد و چه هزار متر نباشد معامله درست است. این فلسفه ی شرط صفت است که معامله را از بطلان نجات می دهد.

شرط صفت دو نوع است یا راجع به مقدار است و یا راجع به وصف است. به مقدار می گویند کمیت و به وصف می گویند کیفیت.

شرط مقدار: شرط مقدار در اشیاء تجزیه پذیر مثل گندم و برنج و اشیاء تجزیه ناپذیر مثل خانه فرق دارد که ما هم جدا جدا می خوانیم.

شرط مقدار در اشیاء تجزیه ناپذیر: مانند زمین، خانه، باغ و فرش به این دلیل که اینها مساحت دارند (مقدار).

هر گاه یک شیء تجزیه ناپذیر (مانند این چهار مورد) به شرط مقدار معینی معامله بشود (گفته این زمین را می خرم به شرط اینکه هزار متر باشد) بعد معلوم شود کمتر است، مشتری حق فسخ دارد چون مشتری ضرر می کند. و اگر معلوم بشود بیشتر است بایع حق فسخ دارد چون بایع ضرر کرده است.

نکات مواد ۳۵۵ و ۳۸۵:

ماده ۳۵۵- اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بایع می تواند آن را فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند.

ماده ۳۸۵- اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمی شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر یا بیشتر در آید در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت.

نکته ۱: ملاک برای حق فسخ کمتر یا بیشتر درآمدن نیست ملاک ضرر است. ماده گفته اگر کمتر درآید مشتری حق فسخ دارد و اگر بیشتر درآید بایع حق فسخ دارد ولی ممکن است بیشتر درآید مشتری ضرر کند که مشتری حق فسخ دارد و یا کمتر درآید و بایع ضرر کند (که بایع حق فسخ دارد). ملاک این است که هر کس از این تخلف ضرر کند حق فسخ دارد حال چه بایع چه مشتری، چه کمتر و چه بیشتر. قانون مورد غالب را گفته که غالباً اگر مبیع کمتر درآید مشتری ضرر کرده و اگر بیشتر درآید بایع ضرر کرده که ممکن است برعکس هم بشود.

آقا من فرش ۹ متری نمی خواهم من ۶ متری می خواهم حال فرش ۹ متر است.

نکته ۲: حق فسخی که در این دو ماده است **خیار تخلف از وصف** است (در کنکور یک ماده می آورند که در آن ماده یک حق فسخ است بعد می گویند این حق فسخ چه خیری است؟). پس سعی کنید که ماده هائی که در آنها حق فسخ است بدانید که چه خیری است.

نکته ۳: یک ماده در قانون ثبت داریم که این دو ماده (۳۵۵ و ۳۸۵) را تخصیص داده (در کتاب تست آمده، ماده ی ۱۴۹ ق.ث.). این ماده یک مورد خاص است که این دو ماده را تخصیص داده. طبق این ماده (ماده ی ۱۴۹ ق.ث.) هر گاه **ملکی** را (این ماده گفته ملک که شامل فرش نمی شود) با **سند رسمی بفروشیم** (که اگر با سند عادی بفروشیم می رود توی بحث مواد ۳۵۵ و ۳۸۵)، که در سند مساحت نوشته شده و بعد **بیشتر درآید** (شامل کمتر نمی شود) که این ماده سه قید دارد. توی سند نوشته خانه ۱۳۰ متر است که بعداً معلوم می شود که ۱۴۰ متر است که اینجا گفته کسی حق فسخ ندارد (مورد خاص یا استثناء است) که اگر قانون مدنی بود بایع حق فسخ داشت. مشتری باید برود و بر اساس قیمت روز معامله پول اضافه را بدهد. اگر بایع قبول نکرد می سپارد به **صندوق ثبت** (سند رسمی است) و بعد می رود **تقاضای اصلاح سند** را می کند. پس مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م مورد عام را گفته و ماده ی ۱۴۹ قانون ثبت مورد خاص را گفته است.

شرط مقدار در اشیاء تجزیه پذیر: مانند گندم، برنج، لوبیا و نخود.

هر گاه یک شیء تجزیه پذیر (گندم، برنج) به شرط مقدار معینی معامله بشود (گفته این گونی برنج ۱۰۰ کیلو است) و بعد معلوم شود کمتر از آن مقدار است (مثلاً گفته گونی برنج ۱۰۰ کیلو است ولی بعداً معلوم می شود که ۸۰ کیلو بوده) اینجا مشتری **دو راه** دارد (در تجزیه ناپذیر یک راه داشت):

۱- یا **عقد را به استناد خیار تبعض صفقه فسخ کند** (که در تجزیه ناپذیر خیار تخلف از وصف بود)

۲- یا **از ثمنش کم کند** (در تجزیه ناپذیر این راه را نداشتیم).

مثال: گفتیم برنج ۱۰۰ کیلو است ولی بعداً معلوم شد که ۸۰ کیلو است که مشتری دو راه دارد یا کل معامله را به استناد خیار تبعض صفقه فسخ کند یا ۸۰ کیلو برنج را نگاه دارد و پول بیست کیلو را پس بگیرد. ولی اگر بیشتر باشد زیادی متعلق به بایع است و کسی حق فسخ ندارد چون تجزیه پذیر است می شود آن را جدا کرد دیگر. گفته برنج ۱۰۰ کیلو است و حالا معلوم شده که ۱۲۰ کیلو است که بیست کیلو فروخته نشده دیگر و مال بایع است اگر وجدان داری برو به بایع پس بده.

ماده ۳۸۴- هر گاه در حال معامله مبیع از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار در آید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد زیاده مال بایع است.

این ماده گفته مبیع، که منظور مبیع تجزیه پذیر است خیار فسخ در این ماده خیار تبعض صفقه می باشد که در زیرنویس هم دکتر گفته است. شرط مقدار تمام شد می رویم شرط بعدی که این تقسیمات در جزوه آمده (جزوه ی آماده). گفتیم شرط صفت دو نوع است مقدار و وصف که شرط مقدار تمام شد.

شرط وصف:

هر گاه مورد معامله به شرط یک وصفی معامله شود و بعد معلوم شود که آن وصف را ندارد، مشروط له (کسی که شرط به نفع اوست) حق فسخ دارد. ماده ی ۲۳۵ که در بحث اشتباه در اوصاف معامله خواندیم.

ماده ۲۳۵- هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت.

مثال: ماشین را خریدیم به شرط اینکه صفر باشد (که صفر بودن وصف است) حال معلوم شده که صفر نیست که حق فسخ دارد. فرش را خریده به شرط اینکه بافت کاشان باشد که بافت کاشان نیست. پس طرف (مشروط له) حق فسخ دارد.

شرط صفت یا راجع به مقدار است و یا راجع به وصف.

نکته: شرط صفت در کلی نیست چون در کلی همیشه مقدار معلوم است و وصف هم معلوم است. ماده اش هم ۳۵۱ است که قبلاً خواندیم.

سؤال: امکان دارد که مقدارش معلوم نباشد؟ نه، محال است.

سؤال: امکان دارد وصفش معلوم نباشد؟ نه، محال است.

چون کلی با گفتن مقدار، جنس و وصف درست می شد.

پس کلی همیشه مقدار و جنس و وصفش معلوم است پس شرط صفت در کلی اصلاً امکان ندارد.

نکته ی علمی: شرط صفت در کلی تحصیل حاصل است و تحصیل عقلاً محال است.

مثال: الآن شما نشستید و من می گویم بنشین که نمی شود بابا کسی که نشسته نمی تواند بنشیند که این را تحصیل حاصل گویند یعنی چیزی را که وجود دارد بیائیم تحصیل کنیم. مثل اینکه شما لیسانس دارید حالا ما بگوئیم لیسانس بگیر، بابا دارم. ایجاد کردن چیزی که وجود دارد محال است. پس شرط صفت در کلی تحصیل حاصل است و عقلاً محال است پس شرط صفت مال عین معین و کلی در معین است و در کلی راه ندارد.

شرط نتیجه:

قانون شرط نتیجه را تعریف کرده ولی گند زده (ماده ی ۲۳۴). گفته شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط بشود که نمی دانیم در خارج منظور کجاست. آسمان است یا فرانسه یا افغانستان و نمی دانیم تحقق امری یعنی چه؟

پس این تعریف خیلی به درد نمی خورد اما حقوقدانان از شرط نتیجه تعریف خوبی کرده اند که گفته اند:

شرط نتیجه یعنی در ضمن یک عقد نتیجه ی یک عقد دیگر بیاید یا در ضمن یک عقد

نتیجه ی یک ایقاع بیاید.

نتیجه یعنی اثر که یک لغت دیگر خواندیم به معنای اثر به نام مقتضاء. پس اثر = نتیجه = مقتضاء. یعنی چه بگوئیم اثر عقد، چه بگوئیم نتیجه ی عقد و چه بگوئیم مقتضای عقد هیچ فرقی ندارد و هر سه تایش یکی است.

شرط نتیجه این است که ما یک عقد داریم خودش یک اثر دارد و ما اثر یک عقد دیگر را می آوریم توی این عقد. یعنی یک عقد است با دو تا نتیجه این را می گویند شرط نتیجه. یا اینکه ما یک عقد داریم خودش یک اثر دارد حال ما اثر یک ایقاع را می آوریم توی این عقد و این را هم شرط نتیجه گویند. پس یک عقد داریم با یک اثر حال ما یا اثر یک عقد دیگر را می آوریم توی این یا اثر یک ایقاع را می آوریم توی این عقد که این را شرط نتیجه گویند.

پس شرط نتیجه دو نوع است:

۱. در ضمن عقد نتیجه ی یک عقد دیگر می آید:

مثال: خانه ام را فروختم (عقد بیع) صد میلیون به شرط اینکه وکیل من باشی فلان کار را بکنی که

نتیجه ی وکالت آمد. اول عقد بیع بود که خود بیع اثر دارد حالا در عقد بیع نتیجه ی وکالت آمد که همان بود که خواندیم (عقد جایز ضمن عقد لازم). وکالت جایز که می آید ضمن بیع و بیع هم لازم که می شود شرط ضمن عقد. یک عقدی داریم که خودش اثر دارد و اثر یک عقد دیگر را ضمن آن می آوریم که معمولاً **عقد اول لازم است و عقد دوم جایز** (معمولاً یعنی همیشه اینطور نیست). که می تواند دو تا عقد جایز باشد یا دو تا لازم باشد یا اولی جایز و دومی لازم یا اولی لازم و دومی جایز باشد.

۳. در ضمن عقد نتیجه ی یک ایقاع بیاید:

مثال: خانه ام را فروختم به مبلغ ۱۰۰ میلیون به شرط اینکه آن طلبی که قدیم از من داشتی ساقط بشود که اینجا نتیجه ی ابراء آمد که ابراء ایقاع است یعنی در ضمن بیع نتیجه ی ابراء آمد.

نکته ی مهم: شرط نتیجه نباید تشریفاتی باشد، اگر تشریفاتی باشد باطل است چون شرط نتیجه باید فوری بیاید یعنی تا عقد منعقد می شود شرط نتیجه باید فوری بیاید (ماده ی ۲۳۶). اگر تشریفاتی باشد شرط باطل است ولی عقد صحیح است.

ماده ۲۳۶ - شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می شود.

مثال: زنی به شوهرش می گوید خانه ام را به تو فروختم به شرط اینکه همین الان مطلقه بشوم که نمی شود و شرط باطل است چون طلاق تشریفاتی است و فوری حاصل نمی شود بنابراین شرط باطل است. یا زن به شوهرش می گوید حاضرم خانه ام را به تو هبه کنم به شرط اینکه همین الان مطلقه بشوم که این شرط باطل است چون طلاق تشریفاتی است و فوری حاصل نمی شود اما **نکاح می تواند شرط نتیجه واقع شود چون نکاح تشریفاتی نیست.**

مثال: زنی به مردی می گوید خانه ام را به تو هبه کردم به شرط اینکه تو بشوی شوهر من که چون نکاح تشریفاتی نیست می تواند شرط نتیجه واقع شود و این شرط و عقد درست هستند.

نکته: عقود و ایقاعاتی که تشریفاتی هستند نمی توانند شرط نتیجه واقع شوند اما عقود و ایقاعاتی که تشریفاتی نیستند می توانند شرط نتیجه واقع شوند (ماده ی ۲۳۶) « سبب خاصی» در این ماده یعنی تشریفاتی و «به نفس اشتراط» یعنی به وقت شرط کردن. یعنی شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد (یعنی تشریفاتی نباشد) فوری حاصل می شود و شرط صحیح است. ولی اگر تشریفاتی باشد فوری حاصل نمی شود و شرط باطل است.
شرط فعل:

شرط فعل ماهیتاً تعهد است (همیشه تعهد است) تعهدی فرعی که در ضمن عقد می آید. در خود عقد یک سری تعهدات اصلی داریم مثل اینکه بایع باید مبیع را تحویل بدهد یا مشتری باید ثمن را به بایع تحویل بدهد که اینها را تعهد اصلی می گویند. مؤجر باید عین مستأجره را تحویل بدهد و مستأجر باید اجاره بها را به مؤجر بدهد که اینها تعهد اصلی هستند ولی شرط فعل تعهد فرعی است که در ضمن عقد می آید. یعنی عقد تعهدات اصلی خود را که دارد هیچ، این شرط فعل هم به عنوان تعهد فرعی ضمن عقد می آید. که این تعهد (یعنی شرط فعل) ممکن است انجام کار باشد و ممکن است عدم انجام کار باشد. همچنین این تعهد (شرط فعل) ممکن است راجع به عمل حقوقی باشد یا راجع به عمل مادی. بنابراین اگر همه ی اینها را جمع کنیم شرط فعل چهار قسم است: ۱) انجام کار (۱) یا عدم انجام کار (۲) یا حقوقی (۳) یا مادی (۴).

۱. تعهد به انجام عمل حقوقی

۲. تعهد به عدم انجام عمل حقوقی

۳. تعهد به انجام عمل مادی

۴. تعهد به عدم انجام عمل مادی

شرط فعل با شرط نتیجه چند تا تفاوت دارد که الآن دو مورد از آن ها گفته می شود و بعداً هم بقیه ی تفاوت ها را می گوئیم:

۱. فرق اولش این است که شرط نتیجه فقط عمل حقوقی است یعنی یا عقد است و یا ایقاع ولی شرط فعل عمل مادی هم هست یعنی هم عمل حقوقی است و محال است عمل مادی باشد). پس شرط فعل چهار تا بود که دو تایش عمل حقوقی بود و دو تا عمل مادی.

۲. در شرط نتیجه آن نتیجه فوری می آید ولی در شرط فعل نتیجه بعداً می آید (که فرق اصلی همین است). بعضی وقت ها یک جمله می دهند می گویند این شرط نتیجه است یا شرط فعل که ما باید تشخیص بدهیم.

مثال: خانه ام را فروختم به شرط اینکه وکیل من باشی - « شرط نتیجه. پس تا بگوئی قبول فوراً وکیل شده ای.

مثال: خانه ام را فروختم به شرط اینکه فردا بروی دفترخانه به من وکالت بدهی - « شرط فعل یعنی تعهد کن که فردا به من وکالت بدهی.

شرط فعل تعهد است ولی شرط نتیجه تعهد نیست فوری می آید. وکیل شدی، ابراء شدی - « شرط نتیجه.

به شرط اینکه به من وکالت بدهی، من را ابراء کنی، من را طلاق بدهی - « شرط فعل - « در شرط فعل نتیجه بعداً می آید.

نکته: در شرط فعل چون تعهد است اگر طرف انجام ندهد اول الزام می شود و اگر از طرف دادگاه الزام شد و باز هم انجام نداد به هزینه ی آن شخص (متعهد) کسی دیگر انجام می دهد.

قاعده ی تعهد: هر متعهدی تعهدش را انجام ندهد اول الزام می شود و اگر بعد از الزام هم انجام نداد به هزینه ی متعهد کسی دیگر انجام می دهد و اگر دیگری هم نتوانست آخر سر حق فسخ دارد (مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹). در هر تعهدی اول الزام، نشد دیگری انجام می دهد به هزینه ی متعهد و نشد فسخ که شرط فعل هم یک نوع تعهد است.

ماده ۲۳۷- هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفاء شرط بنماید.

ماده ۲۳۸- هر گاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم می تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.

ماده ۲۳۹- هر گاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

این قاعده سه تا استثناء دارد یعنی در سه مورد به محض اینکه طرف انجام ندهد فوری فسخ می شود (مهم):

۱. شرط دادن ضامن استثنائاً همیشه تصریح می خواهد (ماده می خواهد، مواد ۲۴۳ و ۳۷۹).

ماده ۲۴۳- هر گاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داد شود و این شرط انجام نگیرد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت.

ماده ۳۷۹- اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند بایع حق فسخ خواهد داشت. و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند مشتری حق فسخ دارد.

اگر شرط بشود که طرف ضامن بدهد که شرط فعل است. آقای مشتری برای ثمن ضامن بده من تو را قبول ندارم، می گوید نمی دهم که فوری معامله فسخ می شود دیگر الزام نداریم و مهم نیست که ضامن معین باشد یا نه (مهم نیست ضامن مطلق باشد یا معین).

۲. شرط دادن رهن به طور مطلق (باید مطلق باشد). شرط شده طرف رهن بدهد (به طور مطلق یعنی حال، معین).

آقا بابت بدهی یک مالی رهن بده به طور مطلق حال اگر رهن ندهد فوری فسخ می شود (ماده ی ۳۷۹ فوق الذکر).

نکته ی استثناء دوم: اگر شرط شده باشد مال معینی را رهن بدهد و طرف رهن ندهد طرف را الزام می کنیم (زیرنویس ماده ی ۲۴۳).

شرط شده خانه اش را رهن بدهد طرف هم قبول می کند بعداً طرف به رهن نمی دهد که باید از دادگاه الزام دادن رهن را بخواهیم.

۳. شرط فعل در عقد اجاره (فقط در عقد اجاره) که موضوع شرط فعل مهم نیست هر چه باشد فقط باید در عقد اجاره باشد. هر گاه در عقد اجاره یک شرط فعل بیاید (چه به سود مؤجر و چه به سود مستأجر) و مشروط علیه انجام ندهد فوری فسخ می شود (ماده ی ۴۹۶ بند ۲).

ماده ۴۹۶- عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می شود و نسبت به تخلف از شرایطی که بین مؤجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد.

ماده ی ۲۴۲: در این ماده بین مال و تلف جمله ی (قبل از رهن دادن) در تقدیر است.

ماده ۲۴۲- هر گاه در عقد شرط شده باشد که مشروط علیه مال معین را رهن دهد و آن مال تلف یا معیوب شود مشروط له اختیار فسخ معامله را خواهد داشت نه حق مطالبه عوض رهن یا ارض عیب و اگر بعد از آن که مال را مشروط له به رهن گرفت آن مال تلف یا معیوب شود دیگر اختیار فسخ ندارد.

قسمت اول «اسقاط شرط»: (مواد ۲۴۴ و ۲۴۵):

تنها چیزی که قابل اسقاط است حق است آن هم حق مالی. حق غیر مالی قابل اسقاط نیست. شرطی قابل اسقاط است که ایجاد حق بکند. چه حقی؟ حق الزام. یعنی اگر شرط انجام نشود بتوان طرف را ملزم کرد. شرط صفت و شرط نتیجه ایجاد حق الزام نمی کنند پس قابل اسقاط نیستند ولی شرط فعل ایجاد حق الزام می کند پس قابل اسقاط است.

مثال ۱: ماشین را می خریم (عین معین، چون شرط صفت مختص عین معین است) به شرط اینکه سفید باشد، یارو ماشین را می آورد سفید نیست (سفید بودن یک وصف است). سؤال: آیا حق داری طرف را ملزم کنی که برود ماشین را سفید کند؟ نه! حتی اگر سفید کردن

ماشین امکان داشته باشد ما حق نداریم طرف را ملزم کنیم به اینکه ماشین را سفید کند حالا که ماشین سفید نیست، حق فسخ داریم. فقط حق فسخ داریم و حق الزام نداریم. وقتی صفت موجود نباشد حق نداریم ایجادش را (ایجاد صفت را) بخواهیم فقط حق فسخ داریم. شرط صفت ایجاد حق الزام نمی کند پس قابل اسقاط نیست چون اگر حقی نداشته باشیم چطور می توانیم آن را اسقاط کنیم باید یک حقی داشته باشیم که بتوانیم آن حق را اسقاط کنیم.

قسمت دوم « شرط نتیجه »: شرط نتیجه هم مانند شرط صفت است.

مثال: زنی به شوهرش می گوید خانه ام را به تو فروختم به شرط اینکه مطلقه بشوم اینجا نتیجه حاصل نشد (آنجا ماشین سفید نشد و اینجا زن مطلقه نشد).

سؤال: آیا زن حق دارد شوهر را الزام کند که بیا من را طلاق بده؟ خیر. کما اینکه در مثال قبل طرف حق نداشت بگوید بیا ماشین را سفید کن پس اینجا هم زن حق ندارد بگوید بیا من را طلاق بده. حالا که طلاق واقع نشده زن حق فسخ دارد. ماشین سفید نیست، طرف حق فسخ دارد، زن مطلقه نشد یارو حق فسخ دارد. پس شرط نتیجه هم ایجاد حق الزام نمی کند پس قابل اسقاط نیست.

قسمت سوم « شرط فعل »: شرط فعل ایجاد حق الزام می کند چون تعهد است.

مثال: خانه ام را فروختم به شرط اینکه ماشینم را تعمیر کنی (عمل مادی، شرط فعل). حالا شما تعمیر نمی کنی که هم می توانم الزام کنم و هم می توانم اسقاط کنم.

پس شرط صفت و نتیجه قابل اسقاط نیستند ولی شرط فعل قابل اسقاط است (ماده ۲۴۴).

ماده ۲۴۴ - طرف معامله که شرط به نفع او شده می تواند از عمل به آن شرط صرف نظر کند در این صورت مثل آن است که این شرط در معامله قید نشده باشد لیکن شرط نتیجه قابل اسقاط نیست.

نکته: هر گاه از شرط تخلف بشود (چه شرط صفت، چه شرط نتیجه و چه شرط فعل، فرقی ندارد) طرف حق فسخ دارد این حق فسخ قابل اسقاط است یعنی می تواند عقد را فسخ نکند.

مثال: ماشین سفید نیست تو حق فسخ داری که می توانی فسخ هم نکنی بگوئی اتفاقاً همین ماشین سفید خوبه (فسخ ات را اسقاط کنی). زن مطلقه نشد، حال می تواند عقد را فسخ کند ولی فسخ نمی کند (فسخ اش را اسقاط می کند).

خود شرط صفت و شرط نتیجه قابل اسقاط نیست ولی حق فسخی که آن ها به وجود می آورند قابل اسقاط است (چون حق فسخ حق است دیگر). هر حق فسخی قابل اسقاط است یعنی یارو می تواند عقد را فسخ نکند.

نکته: یک شرط باطل داریم (وقتی می گوئیم باطل یعنی مبطل نیست) و طرف چون جاهل بوده حق فسخ دارد حال آنکه حق فسخ دارد می گوید از شرط گذشتم و شرط را اسقاط می کند (شرط که باطل است؟) معنی آن این است (یعنی اسقاط حق فسخ) چون شرط باطل چیزی نیست پس هیچ چیزی قابل اسقاط نیست.

مثال: در یک عقدی یک شرط نامشروع شده من نمی دانستم که این شرط نامشروع است مثلاً در عقد ما شرط شده که تو زمین های وقفی را به من بدهی (که نمی شود زمین وقفی را به کسی داد) که این شرط باطل است. حالا من حق فسخ دارم یعنی من می توانم این معامله را فسخ کنم ولی می گویم من از شرط خودم گذشتم معنی این یعنی من از حق فسخ خودم گذشتم و دیگر نمی توانم عقد را فسخ کنم.

بنابراین می توان گفت اسقاط شرط باطل همان اسقاط حق فسخ است یعنی وقتی من شرط باطلی را ساقط می کنم در واقع حق فسخم را ساقط می کنم.

نکته: در عقدی یک شرط باطل و مبطل داریم (در نکته ی قبلی شرط فقط باطل بود و مبطل نبود). طرف به خیال خودش شرط را ساقط می کند که عقد درست بشود در حالی که درست نمی شود.

مثال: یک نفر با تیر می زند به قلب یکی و طرف می میرد می گویند چه شد و می گوید طرف مُرد حالا می خواهید زنده اش کنم الان تیر را در می آورم حال آیا با در آوردن تیر طرف زنده می شود؟ خیر. که داستان ما همین است. شرط باطل و مبطلی با عقد آمد (تیر) عقد را کشت حال طرف می گوید من می روم شرط را بر می دارم تا عقد درست بشود می گوئیم کور خواندی شرط را هم برداری عقد درست نمی شود عقدی که باطل است اصلاً وجود ندارد حالا من بیایم از شرط بگذرم با اراده ی من چیزی به وجود نمی آید دقیق عین مثال، تیر را از قلب یارو در بیاوری زنده نمی شود و شرط را هم از عقد برداری (اسقاط کنیم) عقد باطل صحیح نمی شود مگر اینکه عقد دیگری را منعقد کنیم.

مثال حقوقی: خانه ام را فروختم به شرط اینکه مالک آن نشوی که این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است و باطل و مبطل است حالا بعد از دو دقیقه می گویم غصه خوردی؟ من از شرط می گذرم مالک بشو آیا با حرف من تو مالک می شوی؟ خیر. مگر اینکه دوباره یک عقد دیگر منعقد کنیم منتهای شرط.

بنابراین اسقاط شرط باطل و مبطل فایده ای ندارد. عقد همچنان باطل است.

قسمت چهارم «انحلال شرط»: (ماده ی ۲۴۶):

عقدی داریم که در این عقد یک شرط نتیجه هست با یک شرط فعل (انحلال عقد فقط مال شرط نتیجه و شرط فعل است و مال شرط صفت نیست) حالا عقد منحل می شود (یا اقاله یا فسخ می شود و یا منفسخ) - انحلال (عقد اصل است، شرط فرع) پس شرط تابع عقد است. حالا آیا اگر عقد منحل بشود شرط هم منحل می شود یا خیر؟

اول شرط نتیجه:

در مورد شرط نتیجه یک قاعده داریم و سه استثناء:

قاعده: عقد منحل بشود، شرط نتیجه هم منحل می شود.

مثال: خانه ام را فروختم به شرط اینکه وکیل من باشی (شرط نتیجه) بیع واقع شد و تو هم وکیل شدی فردا بیع منحل می شود (مهم نیست اقاله بشود یا فسخ و یا منفسخ) وکالت هم به هم می خورد. حالا که عقد نیست شرط نتیجه هم به هم می خورد اگر شرط نتیجه یکی از این سه عقد (نکاح، وقف و ضمان) باشد (که قابل اقاله نبودند) و عقد اصلی منحل بشود، اینها منحل نمی شوند.

مثال: خانومه به آقا گفته خانه ام را به تو فروختم به شرط اینکه شوهر من بشوی آقا هم شد اینجا عقد منعقد شد و نکاح هم شرط نتیجه حالا فردا عقد بیع به هم خورد (یا منحل شد) نکاح به هم نمی خورد. چون اسباب انحلال نکاح دست قانون است (همچنین است ضمان و وقف). یعنی اگر ضمان و وقف شرط نتیجه باشند عقد به هم بخورد اینها (نکاح، ضمان و وقف) به هم نمی خورند.

دوم شرط فعل:

در مورد شرط فعل دو مرحله داریم یک مرحله قبل از انجام و یک مرحله بعد از انجام (شرط فعل تعهد است و تعهد هم انجام دارد) و در مورد شرط فعل هم دو مرحله داریم یک مرحله قبل از انجام، قبل از اینکه شرط فعل را انجام دهیم عقد به هم می خورد، و یک مرحله هم بعد از انجام

یعنی بعد از اینکه شرط فعل را انجام بدهیم عقد به هم می خورد حال می خواهیم ببینیم تفاوت این دو چیست:

مرحله ی اول، قبل از انجام:

هر گاه قبل از انجام شرط فعل عقد به هم بخورد شرط فعل از بین می رود یعنی تعهد ساقط می شود حال موضوعش هر چه می خواهد باشد مهم نیست.

مثال: خانه ام را فروختم به شرط اینکه ماشینم را تعمیر کنی (شرط فعل) حالا قبل از اینکه تو ماشین را تعمیر کنی عقد به هم خورد، تعهد تو به تعمیر هم از بین می رود خداحافظ، خداحافظ.

مرحله ی دوم، بعد از انجام شرط فعل، (مهم، نکته دارد):

شرط فعل انجام شد و تمام شد حالا عقد به هم خورد می خواهیم ببینیم شرط فعل بر می گردد یا نه که دو حالت دارد:

یک حالت این است که شرط فعل عمل مادی بوده و یک حالت این است که شرط فعل عمل حقوقی بوده است:

حالت اول: شرط فعل عمل مادی بوده و انجام شده است. چون عمل مادی قابل برگشت نیست اجرت المثل آن را می گیریم از مشروط له.

مثال: خانه ام را فروختم به شرط اینکه ماشینم را تعمیر کنی (عمل مادی) تو تعمیر کردی و تمام شد حالا عقد به هم خورد که نمی شود تعمیر را برگردانند و نمی شود ماشین را خراب کرد که اجرت المثل آن را می گیریم. کارشناس! تعمیر ماشین چقدر؟ ۱۰۰ تومان. بفرما!

حالت دوم: شرط فعل عمل حقوقی بود و انجام هم شده می خواهیم ببینیم بعد از به هم خوردن عقد بر می گردد یا بر نمی گردد که دو صورت دارد:

۱. عمل حقوقی تبعی بوده

۲. عمل حقوقی مستقل بوده

۱. اگر عمل حقوقی (شرط فعل) تبعی باشد و عقد به هم بخورد آن هم به هم می خورد و اگر عمل حقوقی مستقل باشد به هم نمی خورد.

مثال: خانه ام را فروختم ۱۰۰ میلیون به شرط اینکه بابت ثمنش رهن بدهی. شما هم رهن دادی (که رهن دادن شرط فعل است، تبعی است و عمل حقوقی است). چرا رهن دادی؟ به خاطر بیع چون خانه ی من را خریدی به من بدهکار شدی و بابت بدهی رهن دادی حالا اگر بیع به هم بخورد تو دیگر بدهکار نیستی و رهن هم به هم می خورد. رهن فرع بر بدهی است ممکن است بدهی باشد ولی رهن نباشد پس اگر عمل حقوقی تبعی باشد مثل رهن، ضمان، حواله، کفالت و عقد و به هم بخورد چون تبعی هستند اینها هم به هم می خورند.

مثال (برای عمل حقوقی مستقل): خانه ام را فروختم به شرط اینکه تو هم ماشینت را به من بفروشی (هر دو به قیمت روز) حالا تو هم ماشینت را به من فروختی حالا اگر معامله ی خانه به هم بخورد معامله ی ماشین به هم نمی خورد چون ربطی به هم ندارند چون مستقل هستند (ماده ی ۲۴۶).

ماده ۲۴۶- در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می تواند عوض او را از مشروط له بگیرد.

معامله ی فضولی (مواد ۲۴۷ تا ۲۶۳):

معامله ی فضولی قبلاً گفته شد. معامله ی فضولی معمولاً در عقود تملیکی اتفاق می افتد مثل بیع و اجاره ولی در عقود عهده ی هم داریم.

معامله ی فضولی عهده ی این است که فضول یک عقد عهده ی ببندد اما در **معامله ی فضولی** تملیکی فضول یک عقد تملیکی می ببندد.

مثال برای معامله ی فضولی عهده ی: شما یک خانه دارید و دنبال یک نقاش هستید که خانه ات را نقاشی کند من فضول (معامله فضولی است) می آیم نزد شما و می گویم آقا دنبال نقاش هستی؟ و می گوئی بله. من هم می گویم حسن آقا فردا می آید (خودم می گویم) خانه ات را نقاشی می کند و صد هزار تومان هم می گیرد می گوید باشد خداحافظ.

یک سؤال، من ماشین حسن را به تو فروختم؟ خیر. اگر من ماشین حسن را می فروختم می شد معامله ی فضولی تملیکی ولی من ماشین حسن را نفروختم من بر عهده ی حسن تعهد گذاشتم یعنی من حسن را متعهد کردم به طور فضولی (صحیح، غیر نافذ) نقاشی کند و ۱۰۰ تومان هم بگیرد حالا شما می روید پیش حسن و جریان را به حسن می گوئید که دو حالت دارد یا قبول می کند و می آید نقاشی می کند (تنفیذ) یا رد می کند و می گوید نه! یارو بیخود گفته، من نمی آیم. این را معامله ی فضولی عهده ی گویند.

حالا یک چیز داریم شبیه این به نام **تعهد به فعل ثالث** که شبیه معامله ی فضولی عهده ی است اما با آن تفاوت دارد.

مثال: شما یک خانه دارید و دنبال نقاش می گردید من در مقابل تو تعهد می کنم (اینجا دیگر من فضول نیستم) فردا حسن را بیاورم خانه را نقاشی کند (اینجا من متعهد شدم) ولی متعهد شدم به فعل ثالث. مردم معمولاً تعهد می کنند که خودشان انجام بدهند ولی بعضی اوقات من تعهد می کنم دیگری بیاورد انجام بدهد مثل شرکت های خدماتی. مثلاً شما دنبال پرستار می گردید زنگ می زنید به یک شرکتی آقا یک پرستار بفرست. دنبال یک خدمتکار می گردی، دنبال نقاش می گردی، دنبال بنا می گردی. می روی یک مؤسسه ی زبان می گوئی آقا من یک معلم زبان می خواهم مدیر مؤسسه می گوید من تعهد می کنم یک معلم زبان بفرستم (تعهد به فعل ثالث). **فرق تعهد به فعل ثالث با معامله ی فضولی عهده ی این است که در معامله ی فضولی عهده ی من می گویم فردا حسن می آید خداحافظ اما در تعهد به فعل ثالث من تعهد می کنم که فردا حسن را بیاورم حالا اگر من فردا حسن را آوردم خانه ات را نقاشی کرد تعهدم را انجام داده ام و بری می شوم ولی اگر نتوانم حسن را بیاورم از تعهدم تخلف کرده ام و باید به تو خسارت بدهم مگر اینکه قوه ی قاهره را ثابت کنم یعنی تعهد من تعهد به نتیجه است. در تعهد**

به فعل ثالث تعهد من تعهد به نتیجه است.

تعهد به فعل ثالث یک ماده دارد که در بحث شروط است (ماده ی ۲۳۴):

ماده ۲۳۴- شرط بر سه قسمت است:

۱- شرط صفت

۲- شرط نتیجه

۳- شرط فعل اثباتاً یا نفیاً

شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله.
شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود.
شرط فعل آنست که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

این ماده گفته (شرط فعل آن است. .. یا بر شخص خارجی شرط شود)، شخص خارجی یعنی شخص ثالث. ماده ی ۳۱۷ که بعداً می خوانیم:

ماده ۳۱۷- مالک می تواند عین و در صورت تلف شدن عین مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هر یک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند.

عقدی داریم به نام عقد کفالت (ماده ی ۷۳۴) که این عقد هم بر مبنای تعهد به فعل ثالث است. کل عقد کفالت بر مبنای تعهد به فعل ثالث است. کفالت این است که تو (یعنی کفیل) می گوئی من بدهکار را می آورم تو می گوئی من متهم را می آورم و اگر نتوانستی باید خسارت بدهی (ماده ی ۷۳۴).

ماده ۷۳۴- کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می کند. متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول له می گویند.

نکته: در حقوق ایران مبنای معامله ی فضولی نظریه ی نمایندگی است یعنی وقتی مالک معامله ی فضولی را تنفیذ می کند انگار فضول نماینده ی او (مالک) بوده است. طرف اول فضول بوده حالا مالک معامله را تنفیذ می کند، یعنی چه؟ یعنی فضول را به عنوان نماینده قبول کرد، یعنی گفت فضول کاری را که کردی درست است که انگار نماینده شد.

نکته: در معامله ی فضولی سه نفر داریم. کسی که معامله می کند به آن **فضول** گویند و به آن **فضولی** و **معامل فضولی** هم می گویند. طرف معامله که با فضول معامله می کند را اصیل گویند که این اصیل با اصیل در مبحث نماینده و اصیل فرق می کند کسی

که فضول برای او معامله می کند را **مالک** یا **غیر** گویند. من ماشین حسن را به تو فروختم. من فضول، تو اصیل و حسن مالک یا غیر نام دارد.

طبق ماده ی ۲۴۷ دو نفر می توانند معامله ی فضولی را تنفیذ کنند:

۱. مالک

۲. قائم مقام او

ماده ۲۴۷- معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ می شود.

مالک بحثی ندارد می تواند تنفیذ کند یا رد کند.

قائم مقام دو قسم است:

۱. قائم مقام عام

۲. قائم مقام خاص

قائم مقام عام: قائم مقام عام مانند وراثت. اگر مالک قبل از تنفیذ یا رد (چه به معامله آگاه باشد یا

نه) بمیرد وراثش می شوند قائم مقام او و می توانند تنفیذ یا رد کنند (ماده ۲۵۳).

ماده ۲۵۳- لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد. اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد مشارالیه می تواند معامله را به هم بزند.

نکته: وراث آزادند هر کس نسبت به سهم خودش تنفیذ یا رد کند.

نکته: وراثی تنفیذ یا رد می کنند که مالک آن مال شده باشند مثلاً زن (کسی که مرده) مالک زمین نمی شود پس نمی توانند معامله ی فضولی که روی زمین واقع شده را تنفیذ یا رد کند.

قبول و رد ترکه مال دیون است یعنی وراثی که قبول می کنند باید دین را بدهند و وراثی که رد می کنند دیون را نمی دهند بعداً اگر چیزی بماند به آن ها هم (کسانی که رد کردند) می رسد.

قائم مقام خاص: هر گاه مالک بدون اطلاع از معامله ی فضولی مالش را به یکی منتقل کند منتقل الیه می شود قائم مقام مالک (می تواند تنفیذ یا رد کند). قائم مقام خاص می تواند هر خری باشد از جمله خود فضول. من ماشین پدرم را به طور فضولی به تو می فروشم و پدرم خبر ندارد (از معامله ی فضولی) همان ماشین را به من می بخشد که من می شوم قائم مقام خاص پدر و می توانم تنفیذ یا رد کنم. درست است دیروز من ماشین را به تو فروختم ولی دیروز من مالک نبودم الان که مالک شدم شاید نخواهم بفروشم کما اینکه اگر پدرم این ماشین را به هر کس دیگری می فروخت همین وضعیت را داشت (می شد قائم مقام خاص می توانست بفروشد یا نه، ماده ی ۲۵۴):

ماده ۲۵۴- هر گاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد از آن به نحوی از انحاء به معامله کننده فضولی منتقل شود صرف تملک موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود.

ولی این ماده ایرادی دارد و آن این است که فقط انتقال به فضول را گفته انتقال به دیگران را نگفته در حالی که انتقال به دیگران هم مثل انتقال به فضول است در حالی که فقط فضول قائم مقام خاص نیست و هر کس می تواند قائم مقام خاص باشد.

هر گاه مالک با اطلاع (در قائم مقام خاص می گفتیم بدون اطلاع) از معامله ی فضولی مالش را بفروشد این می شود رد ضمنی و دیگر قائم مقامی پیش نمی آید. مالک می داند فضول مالش را فروخته و خودش همان مال را به دیگری می فروشد که یعنی به معامله راضی نیست. اگر به معامله راضی بود همان را تنفیذ می کرد.

اجازه و رد معامله ی فضولی دو نوع است: ۱. صریح ۲. ضمنی

اجازه و رد وقتی صریح است که با لفظ باشد. قبول کردم، اجازه کردم، موافقم، ردیفه (لفظ همیشه صریح است). **اجازه و رد اگر با فعل باشد می شود ضمنی.** مثلاً یک نفر ماشین تو را فروخته می گوید ماشینت را فروختم می روی اسناد و مدارک را تحویل خریدار می دهی و پول را هم می گیری می شود اجازه ی ضمنی و یا ماشین را پس می گیری که می شود رد ضمنی (ماده ی ۲۴۸ اجازه را گفته و ماده ی ۲۵۱ رد را گفته است):

ماده ۲۴۸- اجازه مالک نسبت به معامله فضولی حاصل می شود به لفظ یا فعلی که دلالت بر امضاء عقد نماید.

ماده ۲۵۱- رد معامله فضولی حاصل می شود به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر عدم رضای به آن نماید.

طبق ماده ی ۲۴۹ سکوت هیچ چیزی نیست. مردم مردم می گویند سکوت علامت رضا است که این اشتباه است. ماده گفته جلوی مالک مالش را بفروشی و مالک هیچ چیزی نگوید، نه اجازه است

ماده ۲۴۹- سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد اجازه محسوب نمی شود.

نکته: اجازه و رد هر دو ایقاع هستند چون فقط به اراده ی مالک واقع می شوند. اجازه و رد هر دو ایقاع لازم هستند یعنی برگشت ناپذیر. مالک اجازه کرد نمی تواند رد کند و اگر رد کند معامله باطل است و نمی تواند اجازه کند (ماده ی ۲۵۰):

ماده ۲۵۰- اجازه در صورتی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد والا اثری ندارد.

نکته: مالک لغتش می دهد، نه اجازه می کند و نه رد می کند. فضول مال را فروخت و رفت حالا اصیل آویزون مالک است، مالک! تکلیف ما را روشن کن یا معامله را اجازه کن یا رد. مالک هیچ چیزی نمی گوید فردا، پس فردا..... اینجا قانون گفته اگر مالک تأخیر بکند و اصیل ضرر کند اصیل می تواند معامله را بر هم زند (ماده ی ۲۵۲). معامله ای را که غیر نافذ است می شود فسخ کرد. تنها موردی که معامله ی غیر نافذ را می توان فسخ کرد این مورد است.

ماده ۲۵۲- لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد. اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد مشارالیه می تواند معامله را به هم بزند.

نکته: اگر اصیل فوت کند معامله به هم نمی خورد و وراثش باید منتظر مالک بمانند. قبلاً اصیل آویزون مالک بود حالا وراثش آویزون مالک می شوند.

ماده ی ۲۵۵:

این ماده می گوید یک نفر می خواهد معامله ی فضولی بکند در عمل اینقدر آسکَل است که می خواهد مال حسن را بفروشد ولی اشتبهاً مال خودش را می فروشد که با اینکه مال خودش را فروخته ولی معامله غیر نافذ است قصد فروش نداشته پس باید معامله باطل باشد ولی قانون گفته معامله غیر نافذ است. اگر هم در امتحان آمد باید غیر نافذ را بزنیم چون نص قانون است. پس اگر یک نفر بخواهد یک معامله ی فضولی بکند مال خودش را بفروشد یا مال بچه اش را بفروشد یا مال موکلش را بفروشد یعنی معامله ای کردی که در حالت عادی درست است ولی چون قصدش معامله ی فضولی بوده معامله غیر نافذ است. پس مال خودش را فروخته اگر دید خوب فروخته تنفیذ می کند و اگر دید بد فروخته رد می کند (ماده ی ۲۵۵).

ماده ۲۵۵- هر گاه کسی نسبت به مالی معامله به عنوان فضولی نماید و بعد معلوم شود که آن مال ملک معامله کننده بوده است یا ملک کسی بوده است که معامله کننده می توانسته است از قبل او ولایتاً یا وکالتاً معامله نماید در این صورت نفوذ و صحت معامله موکول به اجازه معامل است والا معامله باطل خواهد بود.

ماده ی ۲۵۷:

عنوانش تعدد معاملات فضولی است. فضول مال را فروخت به اصیل، اصیل دوباره فروخت به بعدی الی آخر..... یک دفعه مالک می بیند ده تا معامله ی فضولی واقع شده آیا مالک باید ده تا معامله را تنفیذ کند؟ خیر، قانون می گوید مالک تو یکی را تنفیذ کن بقیه اش با من. حال مالک یکی را تنفیذ می کند همین که یکی را تنفیذ کرد اتوماتیک معاملات بعدی تنفیذ می شود و معاملات قبلی باطل است. پس اگر مالک معامله ی اول را تنفیذ کند معاملات بعدی هم تنفیذ می شوند (صحیح اند) و اگر مالک معامله ی آخر را تنفیذ کند بجز آخری همه باطل هستند.

ماده ۲۵۷- اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده است قبل از اینکه مالک معامله فضولی را اجازه یا رد کند مورد معامله دیگر نیز واقع شود مالک می تواند هر یک از معاملات را که بخواهد اجازه کند در اینصورت هر یک را اجازه کرده معاملات بعد از آن نافذ و سابق بر آن باطل خواهد بود.

ماده ی ۲۵۸: نقل و کشف. اجازه ناقل است یا کشف؟
امروز، دو آذر، معامله ی فضولی منعقد شد و دوم دی یعنی یک ماه بعد مالک تنفیذ کرد (تاریخ معامله، تاریخ تنفیذ).
طبق نظریه ی نقل که می گویند اجازه ناقل است همه چیز از روز تنفیذ است یعنی (دوم دی). همه چیز دوم دی یعنی تاریخ عقد دوم دی، انتقال دوم دی، آثار دوم دی، منافع دوم دی و همه چیز دوم دی. این را نظریه ی نقل گویند. یعنی انگار دوم آذری وجود ندارد (تاریخ معامله) و انگار از دوم آذر تا دوم دی هیچ اتفاقی نیفتاده است.
نظریه ی کشف حقیقی: که کشف حقیقی دقیقاً مقابل نظریه ی نقل است یعنی می گوید همه چیز از روز عقد فضولی (یعنی دوم آذر). یعنی تاریخ عقد دوم آذر، تاریخ آثار دوم آذر، انتقال دوم آذر، منافع دوم آذر و همه چیز دوم آذر این را نظریه ی کشف حقیقی گویند. انگار دوم دی اصلاً وجود نداشته و همه چیز دوم آذر که این دو در مقابل همدیگر هستند.
نظریه ی کشف حکمی (قانون این نظر را پذیرفته، ماده ی ۲۵۸): طبق این نظریه همه چیز از دوم دی است به جز منافع به همه چیز می گویند عین یعنی عین از دوم دی است (روز تنفیذ)، منافع بر می گردد به دوم آذر، تاریخ عقد دوم دی، انتقال دوم دی و آثار دوم دی به جز منافع که فقط و فقط منافع بر می گردد به دوم آذر که این را نظریه ی کشف حکمی گویند. این نظریه را قانون پذیرفته (ماده ی ۲۵۸) و در تمام عقود غیر نافذ.

ماده ۲۵۸- نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود.

چون ماده ی ۲۵۸ مربوط به معامله ی فضولی است که نظریه ی کشف حکمی را پذیرفته. در سایر معاملات غیر نافذ مثل معامله ی اکراهی آن هم نظریه ی کشف حکمی است (ماده ی ۲۰۹).

ماده ۲۰۹- امضاء معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است.

آثار رد معامله ی فضولی (مواد ۲۵۹، ۲۶۱، ۲۶۲ و ۲۶۳): که این چهار تا ماده همه چیز را نگفته ولی ما همه را می گوئیم. ماده ی ۲۵۹ با ماده ی ۲۶۱ مثل همدیگر هستند:

ماده ۲۵۹- هر گاه معامل فضولی مالی را که موضوع معامله بوده است به تصرف متعامل داده باشد و مالک آن معامله را اجازه نکند متصرف ضامن عین و منافع است.

ماده ۲۶۱- در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود هر گاه مالک معامله را اجازه نکرد مشتری نسبت به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگر چه منافع را استیفاء نکرده باشد و همچنین است نسبت به هر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد.

فرض اول: فضول مال غیر را فروخته و تحویل اصیل داده ماشین حسن را فروخته و دست اصیل هم داده و حالا مالک معامله را رد کرده که معامله باطل است. حالا هم فضول و هم اصیل به طور تضامنی در مقابل مالک مسئول هستند یعنی مالک می تواند به هر کدام رجوع کند:

۱. حالتی که مالک به اصیل رجوع می کند: اصیل در معامله ی فضولی یا جاهل است یا عالم. یعنی یک موقع اصیل نمی داند که معامله فضولی است و در یک موقع اصیل می داند که معامله فضولی است. در این حالت که مالک به اصیل رجوع می کند مالک می تواند تمام خسارتش را از اصیل بگیرد چه اصیل عالم باشد و چه اصیل جاهل باشد. در مقابل مالک، اصیل عالم یا جاهل فرقی ندارد. حالا مالک از اصیل خسارت را گرفت و رفت حال اگر اصیل جاهل باشد می تواند تمام (چیزی) خساراتی را که به مالک داده از فضول بگیرد ولی اگر اصیل عالم باشد فقط ثمن را از فضول می گیرد (پولی که داده خریده)، بقیه ی خسارات به عهده ی خودش است (قاعده ی اقدام).

۲. حالتی که مالک به فضول رجوع می کند: (در این چهار تا ماده اشاره نکرده که مالک می تواند از فضول بگیرد، فرض این است که به اصیل رجوع نکرده). مالک به فضول مراجعه می کند و تمام خساراتش را می گیرد خداحافظ. حال فضول می ماند و اصیل. حال اگر اصیل جاهل باشد فضول که به مالک خسارت داده حق رجوع به اصیل را ندارد اما اگر اصیل عالم باشد و فضول به مالک خسارت بدهد فضول حق رجوع به اصیل را دارد نه برای همه ی خسارات (که در غصب می خوانیم).

ماده ۲۶۲- در مورد ماده قبل مشتری حق دارد که برای استرداد ثمن عیناً یا مثلاً یا قیمتاً به بایع فضولی رجوع کند.

ماده ۲۶۳- هر گاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت.

آثار تنفیذ معامله ی فضولی (ماده ی ۲۶۰):

ماده ۲۶۰- در صورتی که معامل فضولی عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد و مالک با اجازه معامله قبض عوض را نیز اجازه کند دیگر حق رجوع به طرف دیگر نخواهد داشت.

فرض مسأله این است که فضول مال را فروخته و پولش را هم گرفته حال مالک تنفیذ می کند که اگر مالک تنفیذ کند باید پول را از اصیل بگیرد ولی اصیل پول را به فضول داده غلط کرده پول را به فضول داده باید به مالک می داد مالک می رود سراغ اصیل، اصیل می گوید پول را دادم به فضول، می گوید به من چه پول را به من بده برو از فضول بگیر، ولی یک استثناء دارد. اگر مالک دو تا تنفیذ بکند یعنی هم معامله را تنفیذ بکند و هم گرفتن پول توسط فضول را آن وقت مالک باید از فضول پول را بگیرد و حق رجوع به اصیل را ندارد (ماده ی ۲۶۰ این فرض را گفته است). پس ماده ی ۲۶۰ یک قاعده دارد و یک استثناء که ماده فقط استثناء را گفته و قاعده را نگفته است. **قاعده** این است که اگر مالک معامله را تنفیذ کند باید پول را از اصیل می گرفت، ولی اگر مالک هم معامله را تنفیذ کند و هم گرفتن پول توسط فضول را حق رجوع به اصیل را ندارد و باید از فضول بگیرد.

ماده ی ۲۶۴ شش تا طبقه برای سقوط تعهدات گفته ولی هر ۶ تا درست نیست:

۱. به وسیله ی وفای به عهد - « نیست

۲. به وسیله ی اقاله - « نیست

ماده ۲۶۴- تعهدات به یکی از طریق ذیل ساقط می شود:

۱- بوسیله وفاء به عهد

۲- بوسیله اقاله

۳- بوسیله ابراء

۴- بوسیله تبدیل تعهد

۵- بوسیله تهاتر

۶- بوسیله مالکیت ما فی الذمه

بقیه ی موارد جزء طبقات سقوط تعهدات هستند:

۱. سبب اول وفای به عهد (مواد ۲۶۵ تا ۲۸۲): وفای به عهد یعنی مدیون مثل آدم برود دینش را بدهد.

نکته اول: وفای به عهد سبب سقوط تعهد نیست. درست است که با وفای به عهد تعهد از بین می رود ولی وفای به عهد سبب اجرای تعهد، انجام تعهد و ایفای تعهد است نه سقوط تعهد. چون سقوط یک معنی منفی دارد. سقوط تعهد جائی است که تعهد هنوز انجام نشده و از بین می رود ولی اگر تعهد با انجام از بین برود به این می گویند اجراء. پس اگر سؤال آمد وفای به عهد سبب سقوط است یا سبب اجراء؟ می گوئیم سبب اجراء ولی اگر پرسیدند طبق قانون وفای به عهد سبب چیست؟ می گوئیم سبب سقوط تعهد.

نکته دوم: وفای به عهد ماهیتش چیست؟ یعنی مدیون دینش را داد طلبکار هم گرفت این چیست؟

نظر اول: بعضی می گویند وفای به عهد عقد است چون اراده ی مدیون و طلبکار وجود دارد (دو اراده) پس عقد است. بدهکار می دهد و طلبکار هم می گیرد.

نظر دوم: گفته اند وفای به عهد ایقاع است می گویند فقط اراده ی بدهکار است. دلیلشان این است می گویند ماده ی ۲۷۳ گفته اگر بدهکار برود پیش طلبکار که دینش را بدهد و طلبکار نگیرد بدهکار می تواند پیش حاکم رفته و دین را به حاکم بدهد و بری شود. که این نشان می دهد که ایقاع است.

ماده ۲۷۳- اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.

نظر سوم (نظر امتحان): می گویند وفای به عهد اصلاً عمل حقوقی نیست. وفای به عهد واقعه ی حقوقی ارادی است یعنی وقتی مدیون دینش را می دهد لازم نیست قصد کند که بری شود چون اگر وفای به عهد عمل حقوقی بود باید قصد می کرد که بری بشود اگر قصد نمی کرد که بری بشود بری نمی شد ولی الآن که وفای به عهد عمل حقوقی نیست همینکه مدیون دینش را داد چه قصد کند که بری بشود و چه قصد کند که بری نشود، بری می شود. پس وفای به عهد واقعه ی حقوقی است که نظر امتحان همین نظریه است.

ماده ۲۶۵- هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است بنابر این اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می تواند استرداد کند.

هر کس مالی به دیگری بدهد، ظاهر در عدم تبرع است. ظاهر در این ماده یعنی **اماره** و عدم تبرع در این ماده یعنی **وفای به عهد**.

هر کس مالی به دیگری می دهد اماره بر این است که دارد دین اش را می دهد.

مثال: یک نفر به حساب بانکی دیگری پول می ریزد یعنی بدهکار بوده است که پول به حساب ریخته. چون ظاهر این است که مدیون است. حال نمی تواند برود پس بگیرد چون ظاهر این است که مدیون است. اگر بخواهد پس بگیرد باید ثابت کند که مدیون نبوده است. باید ثابت کند که قرض، ودیعه، عاریه و هبه داده اگر نتواند، اماره بر این است که دین اش را داده است. **بار اثبات با دهنده است.**

ماده ۲۶۶ که عنوانش تعهد طبیعی است:

ماده ۲۶۶- در مورد تعهداتی که برای متعهد له قانوناً حق مطالبه نمی باشد اگر متعهد به میل خود آنرا ایفاء نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود.

راجع به تعهد طبیعی یعنی تعهدی که ضمانت اجراء ندارد یعنی متعهد دین دارد ولی ملزم نیست دین اش را بدهد. یعنی دین است ولی الزام به تأدیه (ضمانت اجراء) ندارد. در تعهد طبیعی طلبکار طلب دارد ولی حق مطالبه ندارد با اینکه مدرک برای طلبکاری مورد تعهد طبیعی دارد. اگر مدیون به میل خودش تعهد را اجراء کند دیگر نمی تواند پس بگیرد.

مثالی که فعلاً در حقوق ما نیست **دین مشمول مرور زمان** است. مرور زمان در قدیم وجود داشت در قانون آیین دادرسی مدنی، طلبکاری ۱۰ سال دنبال طلبش نمی رود، سال یازدهم می رود دادگاه برای طلبش که دادگاه قبول نمی کند. طلبکار طلب دارد ولی حق مطالبه ندارد وقتی که دین مشمول مرور زمان می شود.

مثال: در حقوق ما هست، نفقه ی گذشته اقارب. در حقوق ایران دو نوع نفقه داریم:

۱. **نفقه ی زوجه:** زوجه می تواند نفقه ی گذشته را بگیرد. زوج می آید دادگاه هر چند سال را که نفقه نگرفته است همه را جمع می کنند و به او می دهند.

۲. **نفقه ی اقارب:** یعنی فامیل. هر کس باید به اقارب عمودی خط مستقیم نفقه دهد. یعنی پدر و مادر به بالا و اولاد به پائین.

یک نفر باید به پدرش نفقه بدهد که یک سال نداده است. پدرش می رود دادگاه از روزی که دادخواست می دهد نفقه به او تعلق می گیرد. ولی نفقه ی قبل از دادخواست را نمی تواند بگیرد (ماده ۱۲۰۶).

ماده ۱۲۰۶- زوجه در هر حال می تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوی نماید و طلب او از بابت نفقه مزبور طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر زن مقدم بر غرماء خواهد بود ولی اقارب فقط نسبت به آتیه می توانند مطالبه نفقه نمایند.

مواد ۲۶۷ و ۲۶۸: طبق ماده ۲۶۷ ثالث می تواند دین مدیون را بدهد و طلبکار هم باید بگیرد.

سؤال: اگر ثالث برود سراغ طلبکار و طلبکار نگیرد ثالث می رود سراغ حاکم و دین را به حاکم می دهد و بدهکار بری می شود.

ماده ۲۶۷- ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جائز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

استثنائاً طلبکار در یک صورت می تواند ایفاء ثالث را قبول نکند (ماده ۲۶۸).

ماده ۲۶۸- انجام فعلی در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد به وسیله ی دیگری ممکن نیست مگر با رضایت متعهد له.

آن جایی که مباشرت بدهکار شرط باشد طلبکار می تواند قبول نکند. در یک سری از کارها مباشرت شرط است مثل نقاشی، جراحی و درس دادن. ثالثی که دین مدیون را می دهد اگر از مدیون اذن داشته باشد حق رجوع به مدیون را دارد و اگر اذن نداشته باشد حق رجوع به مدیون را ندارد. ثالثی که بدون اذن، دین مدیون را می دهد از مدیون طلب دارد اما حق مطالبه ندارد و حق رجوع ندارد- «تعهد طبیعی».

مواد ۲۶۹ و ۲۷۰:

طبق ماده ۲۶۹ وفای به عهد موقعی محقق می شود که مدیون از مال خودش بدهد.

ماده ۲۶۹- وفاء به عهد وقتی محقق می شود که متعهد چیزی را که می دهد مالک و یا مأذون از طرف مالک باشد و شخصاً هم اهلیت داشته باشد.

مثال: من به شما ۱۰۰ کیلو برنج بدهکارم به طور کلی، باید از برنج خودم به تو بدهم تا وفای به عهد شود.

اگر مدیون مال غیر را داد (در مقام وفای به عهد) وفای به عهد صورت نگرفته است. حال سؤال این است که آیا مدیون می تواند آن مالی را که داده است، پس بگیرد.

مثال: ۱۰۰ کیلو برنج بدهکارم، باید از برنج خودم می دادم حال از برنج حسن دادم. سؤال من این است که می توانم برنج حسن را پس بگیرم؟ خیر.

مدیون در صورتی می تواند مالی را که داده پس بگیرد که سه چیز را با هم ثابت کند:

۱. ثابت کند مال، مال غیر است (شاید دروغ می گوید).

۲. باید ثابت کند سِمَت دارد. یعنی چه کسی غیر است (وکیل، ولی، قیم و ..) و نیز

ثابت کند مال با مجوز دست او بوده است (من سمت دارم).

۳. ثابت کند مالک به او اذن در تأدیه نداده است.

اگر این سه تا را بتوانم ثابت کنم می توانم مال را پس بگیرم و بعد باید دین اش را بدهد. ولی اگر نتواند ثابت کند این سه تا را دین اش را هم باید بدهد. اگر مدیون نتواند این سه چیز را ثابت کند. طلبکار باید سریع صاحب مال را پیدا کند (ماده ۲۷۰).

ماده ۲۷۰- اگر متعهد در مقام وفاء به عهد مالی تأدیه نماید دیگر نمی تواند بعنوان این که در حین تأدیه مالک آن مال نبوده استرداد آن را از متعهدله بخواهد مگر این که ثابت کند که مال غیر و یا با مجوز قانونی در ید او بوده بدون اینکه اذن در تأدیه داشته باشد.

طبق ماده ۲۶۹ در وفای به عهد، بدهکار (مدیون) باید اهلیت داشته باشد.

ماده ۲۶۹- وفاء به عهد وقتی محقق می شود که متعهد چیزی را که می دهد مالک و یا مأذون از طرف مالک باشد و شخصاً هم اهلیت داشته باشد.

طبق ماده ۲۷۴ طلبکار هم باید اهلیت داشته باشد.

ماده ۲۷۴- اگر متعهدله اهلیت قبض نداشته باشد تأدیه در وجه او معتبر نخواهد بود.

هم مدیون و هم طلبکار باید اهلیت داشته باشند با اینکه وفای به عهد واقعه ی حقوقی نیست. اگر محجوری برود دین اش را بدهد، وفای به عهد صورت نگرفته است. چون قانون گفته باید اهلیت داشته باشد ولی مالی را که داده نمی شود پس گرفت، چون تهاتر می شود (محجور ذمه اش بری می شود نه با وفای به عهد بلکه با تهاتر).

مثال: من محجورم و ۱۰۰۰ تومان بدهکارم می روم و هزار تومان از پول های خودم می دهم به طلبکار وفای به عهد صورت نگرفته و دین من باقی است. ۱۰۰۰ تومان باقی است و من بدهکارم. چه کسی ۱۰۰۰ تومان را گرفت؟ طلبکار. پس باید ۱۰۰۰ تومان را به من پس بدهد - تهاتر صورت گرفته است. ذمه ی محجور بری می شود نه به خاطر وفای به عهد، بلکه به خاطر تهاتر. مواد ۲۷۱ و ۲۷۲ که به هم ربط دارند

ماده ۲۷۱- دین باید به شخص داین یا به کسی که از طرف او وکالت دارد تأدیه گردد یا به کسی که قانوناً حق قبض را دارد.
ماده ۲۷۲- تأدیه به غیر اشخاص مذکور در ماده فوق وقتی صحیح است که داین راضی شود.

طبق ماده ۲۷۱ ق.م دین فقط باید به دو نفر داده بشود، به داین یا به نماینده اش که این مطلب را قانون خیلی پیچیده گفته است.
حال اگر دین را به کسی دیگر دادیم (مثلاً شخص ثالث)، در این صورت وفای به عهد صورت نگرفته مگر اینکه داین راضی باشد. مانند معامله ی فضولی (ماده ۲۷۲) که در معامله ی فضولی اصیل پول را به فضول داده و مالک قبول کرده (ماده ۲۶۰). پس ماده ی ۲۶۰ مثال ماده ی ۲۷۲ است.

ماده ۲۶۰- در صورتی که معامل فضولی عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد و مالک با اجازه معامله قبض عوض را نیز اجازه کند دیگر حق رجوع به طرف دیگر نخواهد داشت.

مواد ۲۷۳ و ۲۷۴ و ۲۷۵ خوانده شد:

ماده ۲۷۳- اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.

ماده ۲۷۴- اگر متعهدله اهلیت قبض نداشته باشد تأدیه در وجه او معتبر نخواهد بود.

ماده ۲۷۵- متعهد له را نمی توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید اگر چه آن شیئی قیمتاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد.

ماده ۲۷۶: طبق این ماده مدیون نمی تواند مالش را که توقیف شده بابت دینش بدهد و اگر مدیون مالش را که توقیف شده بابت دینش بدهد وفای به عهد صورت نمی گیرد مگر اینکه ذینفع رضایت بدهد.

مثال: این ماده باید مال مثلی باشد چون کلی باید مثلی باشد.

مثال: کسی برنج فروش است (برنج مثلی است) الآن یک تن برنج در مغازه دارد که خانم این آقا بابت مهرش یک تن برنج را توقیف می کند. الآن این آقا مالک یک تن برنج است اما به نفع زنش

توقیف شده است. حال این آقا یک تن برنج کلی به یکی از دوستانش بدهکار است که نمی تواند این یک تن برنج را به این آقا بدهد مگر خانمش رضایت بدهد. پس وفای به عهد باطل نیست بلکه غیر نافذ است. (وقتی زن رضایت می دهد حق عینی تبعی خود را ساقط می کند). ماده نگفته توقیف شده و ضمانت اجرا را هم نگفته است.

ماده ۲۷۶- مدیون نمی تواند مالی را که از طرف حاکم ممنوع از تصرف در آن شده است در مقام وفاء به عهد تادیه نماید.

ماده ۲۷۸: بحث این ماده هم راجع به امین است که بعداً خوانده می شود.
نکته (۱): امین مسئول نیست مگر اینکه تقصیر کند (تعهد به وسیله است). حال استثنائاً در مواردی اگر امین تقصیر هم نکند مسئول است مانند عاریه ی طلا و نقره (ماده ۶۴۴ ق.م). در عاریه ی طلا و نقره اگر مستعیر تقصیر هم نکند و مال از بین برود، مستعیر مسئول است.
نکته (۲): اگر مالک سراغ امین برود و بگوید مال را بده و امین ندهد مسئول است حتی اگر تقصیر هم نکند. یعنی از آن به بعد حکم غاصب را دارد که در این ماده تسلیم تقدیر گرفته شده است.

ماده ۲۷۸- اگر موضوع تعهد عین معینی باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد می شود اگر چه کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است ولی اگر متعهد با انقضاء اجل و مطالبه تأخیر در تسلیم نموده باشد مسئول هر کسر و نقصان خواهد بود اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

ماده ۲۷۹: مکمل ماده ۳۵۱ است.

ماده ۲۷۹- اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی تواند بدهد.

ماده ۳۵۱- در صورتی که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر بشود.

طبق ماده ۳۵۱ کلی با سه چیز درست می شود، مقدار، جنس و وصف.
سؤال: آیا مرغوبیت هم باید گفته شود؟ که هر جنسی یک مرغوب دارد و یک بد. ماده ۲۷۹ گفته نیازی نیست که مرغوبیت گفته شود. ماده گفته که مجبور نیستی از فرد اعلی بدهی. فرد یعنی مصداق.

ماده ۲۸۰ به ماده ۳۷۵ می خورد که هر دو هم قانون تکمیلی اند و ماده ی ۳۷۵ خوانده شده است.

ماده ۲۸۰- انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده بعمل آید مگر اینکه بین متعاملین قرار داد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضاء نماید.

ماده ۳۷۵- مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد.

ماده ۲۸۱ به ماده های ۳۸۱ و ۳۸۲ و ۳۸۳ می خورد که اینها هم قانون تکمیلی اند.

ماده ۲۸۱- مخارج تأدیه به عهده مدیون است مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.
ماده ۳۸۱- مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت نقل آن به محل تسلیم، اجرت شمردن و وزن کردن و غیره به عهده بایع است مخارج تسلیم ثمن بر عهده مشتری است.
ماده ۳۸۲- هر گاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد که ذکر شده و یا در عقد بر خلاف آن شرط شده باشد بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود و همچنین متبایعین می توانند آن را به تراضی تغییر دهند.
ماده ۳۸۳- تسلیم باید شامل آن چیزی هم باشد که اجزاء و توابع مبیع شمرده می شود.

ماده ۲۸۲: یک نفر به دیگری چند تا دین دارد و همگی (همه ی دین ها) از یک جنس (ماده ۲۷۵) و همگی به یک میزان (ماده ۲۷۷). طبق ماده ۲۸۲ تشخیص اینکه تأدیه بابت کدام دین است با مدیون است آن هم به هنگام تأدیه نه بعداً. یعنی مدیون به هنگام تأدیه می تواند مشخص کند که کدام دین را می دهد که اگر به هنگام تأدیه مشخص نکند بعداً نمی تواند مشخص کند.

ماده ۲۷۵- متعهد له را نمی توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید اگر چه آن شیئی قیمتاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد.
ماده ۲۷۷- متعهد نمی تواند متعده را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط قرار دهد.

مثال: من به شما سه تا یک میلیون بدهکارم نه سه میلیون چون منشأ آن ها با هم فرق دارد. یک میلیون بابت بیع، یکی بابت اجاره و یکی بابت قرض که این سه دین همگی از یک جنس هستند و همگی به یک میزانند و فرق دارد که من کدام یک میلیون را بدهم که در اینجا تشخیص با مدیون است. در هنگام تأدیه اگر یک میلیون را بدهد و هیچ نگوید بعداً طلبکار می تواند تعیین کند چون ظاهراً برای او (بدهکار) تفاوتی نداشته و اختیار با طرف (طلبکار) است (ماده ۲۸۲) و به عنوان مثال شخصی یک یک میلیون بدهکار است و یک دو میلیون که در اینجا مدیون نمی تواند یک میلیون بدهد بابت نصف دو میلیون.

ماده ۲۸۲- اگر کسی به یک نفر دیون متعدده داشته باشد تشخیص اینکه تأدیه از بابت کدام دین است با مدیون می باشد.

اقاله (مواد ۲۸۳ تا ۲۸۸):

اقاله سبب سقوط تعهد نیست. وفای به عهد و اقاله هیچکدام سبب سقوط تعهد نیست. اقاله سبب انحلال عقد است. حال عقد که منحل شد ممکن است تعهدی هم ساقط شود که ربطی به اقاله ندارد. اقاله را با تعهد کاری نیست. اقاله عقد را منحل می کند و وقتی عقد منحل شد،

عوضین باید سر جای خود برگردد. اگر در اقاله شرط شود که عوضین کم یا زیاد بشود، شرط **خلاف مقتضای اقاله است** (هر وقت مقتضای خالی دیدیم یعنی مقتضای ذات، و شرط خلاف مقتضای ذات باطل و مبطل است. یعنی هم خود باطل است و هم عقد را باطل می کند). وقتی عقد منحل می شود باید عوضین همان طوری که هست برگردد. اگر شرط شود که عوضین کم یا زیاد شود این شرط خلاف مقتضای اقاله است یعنی هم شرط و هم اقاله باطل است.

مثال: من ماشینم را فروختم ۵ میلیون. حال به طرف می گویم می آیی اقاله کنیم؟ و طرف می گوید شش میلیون بده ماشین را می دهم که من هم ۶ میلیون می دهم و ماشین را می گیرم که این یک عقد جدید است. **عقد را می توان اقاله کرد ولی اقاله را نمی توان اقاله کرد.** اگر شرط جنبه ی فرعی داشته باشد (جزئی باشد) و عرفاً به عوضین کاری نداشته باشد، اقاله و شرط درست است.

مثال: کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی ۱۵۰۰۰ تومان است که ۱۵۰۰۰ تومان در مقابل ۵ میلیون تومان جزئی است. مثلاً ماشین را فروختم ۵ میلیون حال می گویم می آیی اقاله کنیم که می گوید باشد ولی می شود یک کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی به من بدهی؟ که این جزئی است و ایرادی ندارد.

دو زیرنویس هست که باید توضیح داده شود:

اقاله به ایقاع مأذون واقع نمی شود. که اینجا ایقاع یعنی واقع کردن (باب افعال) یعنی اقاله به واقع کردن مأذون واقع نمی شود. یعنی اقاله به وسیله ی معامله با خود واقع نمی شود. مثلاً من و شما عقدی بسته ایم و من به شما اذن می دهم (ایقاع مأذون) می گویم هر موقع خواستی از طرف من اذن داری با خودت اقاله کنی که این اقاله محسوب نمی شود. همچنین طرفین نمی توانند به شخص ثالثی اذن دهند که از طرف آن ها اقاله کند.

نکته: طبق ماده ۲۸۶ ق.م تلف شدن عوضین مانع اقاله نیست. ماده گفته یکی از عوضین که باید می گفت تلف یکی از عوضین یا هر دو مانع اقاله نیست. یعنی اگر ماشینم را به تو فروختم و تلف شد، مانع اقاله نیست.

ماده ۲۸۶ - تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست در این صورت بجای آن چیزی که تلف شده است مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می شود.

دو نوع تلف داریم:

۱. **تلف واقعی:** یعنی مال از بین برود. مثلاً ماشین را خریدم و آتش گرفت.
 ۲. **تلف حکمی:** یعنی مال از مالکیت مالک خارج شود. ماشین را خریدی و به یک نفر فروختی، هبه کردی یا مهر زنت کردی. یعنی مال موجود است ولی ملک تو نیست.
- موقع اقاله به جای چیزی که تلف شده باید مثل یا قیمت آن را بدهیم. به مثل یا قیمت بدل می گویند.

نکته: اگر عوض تالف (عوض تلف شده) قیمی باشد موقع اقاله قیمت زمان اقاله را می دهیم نه قیمت زمان عقد و نه قیمت زمان تلف و نه قیمت زمان ادا. ولی اگر مثلی باشد فقط مثل را می دهیم.

از ملاک این ماده (یعنی چیزی مشابه آن را نگفته، ملاک یعنی علت حکم) در مورد فسخ هم استفاده می شود. ماده گفته تلف عوضین مانع اقاله نیست پس تلف عوضین مانع فسخ هم نیست. که در اینجا هم قیمت زمان فسخ است.

ماده ۲۸۷: که به سه ماده دیگر هم ربط دارد، مواد ۴۵۹ و ۸۰۴ و ۸۱۹. همه ی این مواد یک چیز را می گویند.

ماده ۲۸۷- نمآت و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می شود مال کسی است که بواسطه عقد مالک شده است ولی نمآت متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می شود.

ماده ۴۵۹- در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می شود با قید خیار برای بایع بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل ننماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.

ماده ۸۰۴- در صورت رجوع واهب نمآت عین موهوبه اگر متصل باشد مال واهب و اگر منفصل باشد مال متهب خواهد بود.

ماده ۸۱۹- نمآتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.

دو نوع منفعت داریم:

۱. منافع منفصل

۲. منافع متصل

منافع منفصل منافی است که از مال جدا می شود مانند شیر حیوان و میوه ی درخت.

منافع متصل از مال جدا نمی شود مثل رشد درخت و چاق شدن حیوان.

بالا رفتن قیمت مال در بازار: وقتی که عقد اقاله شد، منافع منفصل مال خریدار است تا روز اقاله. منافع متصل بر می گردد به فروشنده. یعنی اگر قیمت مال بالا برود به نفع فروشنده است.

در ماده ۲۸۷ نمآت درست است. سعی کنید درست بخوانید.

ماده ۲۸۸:

این ماده یک فرض را گفته و فرض عکس آن را نگفته.

ماده ۲۸۸- اگر مالک بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازدیاد قیمت آن شود در حین اقاله به مقدار قیمتی که به سبب عمل او زیاد شده است مستحق خواهد بود.

فرض اول: خریدار در مبیع تصرفاتی می کند که قیمت مال بالا می رود و موقع اقاله این قیمت را می تواند بگیرد. یعنی جزء منافع متصل نیست چون تصرف کرده است.

مثال: ماشین را خریدیم ۵ میلیون تومان و تصرفاتی کردیم که ماشین شد ۶ میلیون. مهم نیست چقدر هزینه کردیم یا چقدر اجرت دادیم. این قیمت را می تواند موقع اقاله بگیرد.

فرض دوم: خریدار تصرفاتی کرده که قیمت مال پایین آمده که موقع اقاله مال را می دهد و کمبود قیمت را هم می دهد.

مثال: ماشین را خریدیم ۵ میلیون و با آن تصادف کردیم که ماشین شده ۴ میلیون. در موقع اقاله ماشین را می دهیم بعلاوه ی یک میلیون تومان.

سبب سوم ابراء مواد ۲۸۹ تا ۲۹۱:

ماده ۲۸۹- ابراء عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرفنظر می نماید.

ابراء سبب سقوط تعهد است. طبق ماده ۲۹۰ ابراء ایقاع است. یعنی فقط به اراده ی طلبکار است بنابراین فقط اهلیت طلبکار را می خواهد. اراده ی بدهکار دخالت ندارد، اهلیت بدهکار لازم نیست یعنی محجور را هم می توان ابراء نمود.

ماده ۲۹۰- ابراء وقتی موجب سقوط تعهد می شود که متعهد برای ابراء اهلیت داشته باشد.

حتی زنده بودن بدهکار هم لازم نیست (ماده ۲۹۱). ابراء میت در واقع یعنی ابراء ترکه. در حقوق ایران ترکه شخصیت حقوقی دارد. پس چون ترکه شخصیت حقوقی دارد، می توان آن را ابراء نمود.

ماده ۲۹۱- ابراء ذمه میت از دین صحیح است.

نکته: ابراء ایقاع مجانی است. یعنی وقتی طلبکار ایقاع می کند چیزی نمی گیرد. اخذ به شفعه ایقاع معوض است. شفیع پول را می دهد و شغص (یعنی مبیع اصطلاح فقهی است) را می گیرد. حال که ابراء مجانی است مبتنی بر مسامحه است. بنابراین علم اجمالی در آن کافی است. یعنی طلبکار اگر نداند چقدر طلب دارد می تواند ابراء کند و بدهکار بری شود. در عقود مجانی می توانستیم شرط عوض بگذاریم. حال ابراء با اینکه ایقاع است می توان در آن شرط عوض گذاشت و ایرادی ندارد و ابراء را معوض نمی کند. اما تحقق شرط قبول می خواهد. خود ابراء قبول نمی خواهد اما تحقق شرط قبول می خواهد.

شرط ضمن ایقاع هم داریم. ایقاع با یک اراده است ولی شرط دو اراده می خواهد. مثال: من از شما ۱۰ هزار تومان طلب دارم و می گویم شما را ابراء کردم به شرط اینکه یک کتاب به من بدهید. اگر قبول کردید شرط محقق می شود و اگر گفتید «نه» ابراء واقع شده ولی شرط ممتنع می شود (محقق نمی شود). حال شرط ممتنع است، آیا ابراء را می توان فسخ کرد یا نه، اختلاف است. اما نظری که گفته است نمی شود ابراء را برگرداند، قوی تر است.

نکته: ابراء ایقاع لازم است یعنی برگشت ناپذیر است.

قاعده: گفته الساقط و لا یعود. ابراء دین را از بین برده و چون از بین برده دیگر بر نمی گردد.

نکته: ابراء ایقاع تبعی است (یعنی تابع وجود دین است). باید دینی وجود داشته باشد تا ابراء صورت بگیرد. چهار تا عقد تبعی هم داریم که اینها هم تابع دین اند. ضمان، حواله، کفالت، رهن.

سبب چهارم تبدیل تعهد مواد ۲۹۲ تا ۲۹۳:

تبدیل تعهد عقد است و این عقد دو تا اثر دارد. یک اثرش سقوط تعهد موجود و دیگری ایجاد تعهد جدید است. یک تعهد داریم که دوستش نداریم توافق می کنیم از بین برود و یک تعهدی که دوست داریم به جایش بیاید. این را تبدیل تعهد گویند. پس تبدیل تعهد سبب سقوط تعهد است و در نتیجه سبب پیدایش تعهد هم هست.

تبدیل تعهد ظاهراً چهار قسم است ولی واقعاً دو قسم است. یعنی قسم سوم و چهارم واقعاً تبدیل تعهد نیستند:

۱. **تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع تعهد:** این عقد بین متعهد (بدهکار) و متعهد له (طلبکار) بسته می شود و به موجب آن موضوع تعهد عوض می شود. مثلاً من به شما گندم بدهکارم (اینجا مقدار مهم نیست) حال ما توافق می کنیم که به جای گندم برنج بدهیم.
۲. **تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل سبب تعهد (یا منشأ تعهد):** این عقد بین متعهد و متعهد له بسته می شود و به موجب آن سبب تعهد هم عوض می شود بدون اینکه موضوع عوض بشود. فایده ی عوض شدن سبب این است که قانون هم عوض می شود. مثلاً مستأجری به مؤجر یک میلیون بدهکار است که سبب این تعهد عقد اجاره است. اجاره یک سری احکام دارد که مستأجر از این احکام و قوانین خوشش نمی آید و می گوید مؤجر بیا توافق کنیم من این یک میلیون را که بابت اجاره بدهکارم فعلاً ندهم ولی از این به بعد به عنوان قرض بر عهده ی من باشد که حالا دیگر احکام قرض جاری می شود. این دو نوع تبدیل تعهد همان تبدیل تعهد های واقعی هستند.
- نکته:** در تبدیل تعهد (همین دو نوع، چون نوع ۳ و ۴ تبدیل تعهد نیستند) طبق ماده ۲۹۳ تضمینات تعهد از بین می رود چون خود تعهد از بین می رود. این دو نوع تبدیل تعهد که تبدیل تعهد واقعی اند در ماده ی ۲۹۲ بند ۱ آمده است.

ماده ۲۹۲- تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می شود: ۱- وقتی که متعهد و متعهد له به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می شود به سببی از اسباب تراضی نمایند در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می شود. ۲- وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهد له قبول کند که دین متعهد را ادا نماید. ۳- وقتی که متعهد له مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید. ماده ۲۹۳- در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر این که طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند.

۳. **تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد:** در موارد (۱) و (۲)، عقد بین متعهد و متعهد له بود اما در این دو مورد شخص ثالث است. شخص ثالثی می آید پیش متعهد له و می گوید من به جای متعهد. متعهد له هم قبول می کند که این را تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد می گویند (که از حقوق فرانسه آمده است) و این همان عقد ضمان خودمان است. یعنی در واقع انتقال دین است (بند ۲ ماده ۲۹۲).

ماده ۲۹۲- تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می شود: ۱- وقتی که متعهد و متعهد له به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می شود به سببی از اسباب تراضی نمایند در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می شود. ۲- وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهد له قبول کند که دین متعهد را ادا نماید. ۳- وقتی که متعهد له مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید.

نکته: در حقوق ایران برای انتقال دین دو مصداق بیشتر نداریم:

۱. عقد ضمان
۲. عقد حواله

نکته: در انتقال دین با اینکه دین از بین نمی رود و منتقل می شود، تضمیناتش از بین می رود. در دو عقد ضمان و حواله که مبتنی بر انتقال دین است تضمینات از بین می رود.

۴. تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد له: متعهد له (طلبکار) می رود سراغ ثالث می گوید طلبی که از متعهد دارم مال تو. که این هم انتقال طلب است (شماره ۳ انتقال دین است و شماره ۴ انتقال طلب است). در انتقال طلب رضایت بدهکار شرط نیست یعنی عقد بین متعهد له و ثالث بسته می شود.

نکته: در انتقال طلب تضمینات طلب از بین می رود (ماده ۷۴۶ بند ۵). ولی یک استثناء هم دارد. استثناء در انتقال اسناد تجاری است که می شود گفت نوعی انتقال طلب است و در آنها تضمینات از بین نمی رود (ماده ۲۴۹ ق.ت.). کفیل یک نوع تضمین است.

ماده ۷۴۶- در موارد ذیل کفیل بری می شود: ۵- در صورتی که حق مکفول له به نحوی از انحاء به دیگری منتقل شود.
ماده ۲۴۹ ق.ت.- برات دهنده کسی که برات را قبول کرده و ظهرنویس ها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند. دارنده برات در صورت عدم تادیه و اعتراض می تواند به هر کدام از آنها که بخواهد منفرداً یا به چند نفر یا به تمام آنها مجتمعاً رجوع نماید. همین حق را هر یک از ظهرنویس ها نسبت به برات دهنده و ظهرنویس های ما قبل خود دارد. اقامه دعوی بر علیه یک یا چند نفر از مسئولین موجب اسقاط حق رجوع به سایر مسئولین برات نیست، اقامه کننده دعوی ملزم نیست ترتیب ظهرنویسی را از حیث تاریخ رعایت کند ضامنی که ضمانت برات دهنده یا محال علیه یا ظهرنویسی را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است.

سبب پنجم تهاتر مواد ۲۹۴ تا ۲۹۹:

تهاتر یعنی دو نفر به هم مدیونند هر دو دین ساقط می شود. من به تو مدیونم و تو هم به من مدیونی. من نمی دهم و تو هم نمی دهی. پس تهاتر سبب سقوط تعهد است.

تهاتر عمل حقوقی نیست واقعه ی حقوقی قهری است. وفای به عهد واقعه ی حقوقی ارادی است.

برای تحقق تهاتر یک رکن اصلی لازم است با چند شرط. رکن تهاتر (سبب اصلی آن) در ماده ۲۹۴ آمده است که عبارتست از **تقابل دو دین**. یعنی دو دین باید در مقابل هم باشند. دو نفر باشند و دو تا دین در مقابل هم. من به تو بدهکارم و تو هم به من بدهکار. اگر من به تو بدهکار باشم و تو به حسن بدهکار باشی تهاتر نمی شود و باید دو نفر باشند.

مثال: شما به یک شرکت تجاری بدهکارید و از یکی از شرکاء طلبکارید. شرکت یک شخص است و شریک یک شخص که می شود سه نفر.

ماده ۲۹۴- وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند بین دیون آنها به یکدیگر به طریقی که در موارد ذیل مقرر است تهاتر حاصل می شود.

شرایط تهاتر چهار شرط است. سه شرط در ماده ی ۲۹۴ آمده و یکی در ماده ۲۹۹ و یکی را هم که قانون نگفته است.

ماده ۲۹۶- تهاتر فقط در مورد دو دینی حاصل می شود که موضوع آنها از یک جنس باشد با اتحاد زمان و مکان تأدیه ولو به اختلاف سبب.

ماده ۲۹۹- در مقابل حقوق ثابت اشخاص ثالث تهاتر مؤثر نخواهد بود و بنابراین اگر موضوع دین به نفع شخص ثالثی در نزد مدیون مطابق قانون توقیف شده باشد و مدیون بعد از این توقیف از داین خود طلبکار گردد دیگر نمی تواند به استناد تهاتر از تأدیه مال توقیف شده امتناع کند.

۱. وحدت موضوع یا جنس دو دین

۲. وحدت زمان تأدیه ی دو دین

۳. وحدت مکان تأدیه ی دو دین

۱. **وحدت موضوع یا جنس دو دین:** قانونگذار یادش رفته بگوید تهاتر فقط بین دو دین کلی است. اول باید کلی باشد. من به شما هزار کیلو برنج بدهکارم به طور کلی و شما هم هزار کیلو برنج به من بدهکارید به طور کلی که می شود تهاتر که باید اوصاف آن دو هم کلی باشد.

۲. **وحدت زمان تأدیه ی دو دین:** دو دین یا باید حال باشد (هر دو) یا باید مؤجل باشند در یک تاریخ. دو دین حال که مشکلی نیست. من هزار تومان بدهکارم تو هم هزار تومان، حال هر دو تهاتر می شوند. اگر هر دو دین مؤجل بود در یک تاریخ، صبر نمی کنیم تا آن تاریخ برسد. قبل از اینکه آن تاریخ برسد تهاتر می شوند. مثلاً امروز ۰۹/۰۴ است امروز من به شما بدهکار می شوم که اول دیماه بدهم و این مؤجل است. فردا ۰۹/۰۵ شما به من بدهکار می شوی که اول دیماه پرداخت کنی که تهاتر در تاریخ ۰۹/۰۵ رخ می دهد چون فردا دو دین می شوند و هر دو مؤجل در یک تاریخ.

۳. **وحدت مکان تأدیه ی دو دین:** برای این که بین دو دین تهاتر بشود باید محل تأدیه ی آن ها یک جا باشد. من به شما بدهکارم که در تهران بدهم (که شهر کافی است) شما هم بدهکاری که باید برنج را در تهران بدهی، تهاتر می شود و دیگر محله و منطقه مهم نیست. **تهاتر دو تا شرط را نمی خواهد:**

۱. **وحدت سبب (منشأ) دو دین:** در تهاتر وحدت سبب دو دین لازم نیست. یک دین ناشی از بیع است و یک دین ناشی از اجاره که تهاتر می شوند.

۲. **وحدت میزان دو دین:** من یک میلیون به تو بدهکارم و تو دو میلیون به من. «یک میلیون» من با «یک میلیون از دو میلیون تو» تهاتر می شود و یک میلیون می ماند (ماده ۲۹۶ ق.م).

ماده ۲۹۶- تهاتر فقط در مورد دو دینی حاصل می شود که موضوع آنها از یک جنس باشد با اتحاد زمان و مکان تأدیه ولو به اختلاف سبب.

ماده ۲۹۵- تهاتر قهری است و بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند حاصل می گردد بنابراین به محض اینکه دو نفر در مقابل یکدیگر در آن واحد مدیون شدند هر دو دین تا اندازه ای که با هم معادله می نماید بطور تهاتر بر طرف شده و طرفین به مقدار آن در مقابل یکدیگر بری می شوند.

طبق ماده ۲۹۵ تهاتر قهری است. یعنی همینکه من و تو در مقابل هم بدهکار شدیم چه ما بخواهیم چه نه تهاتر واقع می شود. با این وجود سه قسم تهاتر وجود دارد که انکار قهری نیست. اما اگر دقت کنیم می بینیم که قهری است. اما این سه قسم:

۱. **تهاتر قراردادی:** تهاتر قراردادی جایی است که یکی از شرایط تهاتر نیست پس تهاتر رخ نمی دهد که طرفین توافق می کنند (دو اراده) و آن شرطی که وجود ندارد را به وجود می آورند. حالا که آن شرط آمد تهاتر قهرأ رخ می دهد که باید گفت تهاتر قهری است. مثلاً من به شما گندم بدهکارم و شما به من برنج بدهکارید که تهاتر نمی شود (مخالف بودن جنس). حال می خواهیم تهاتر بشود توافق می کنیم من به جای گندم برنج بدهم (تبدیل تعهد) که می شود تهاتر.

اگر در امتحان سؤال دادند منظور از تهاتر قراردادی چیست؟ پاسخ این است: جایی که شرایط تهاتر وجود ندارد و طرفین توافق می کنند و آن شرط را به وجود می آورند و بعداً که شرط کامل شد به طور قهری تهاتر به وجود می آید.

۲. **تهاتر قضائی:** تهاتر قضائی جائی است که یکی از دو دین محل نزاع است (سرش اختلاف است). من به تو بدهکارم و دینم را هم قبول دارم تو هم به من بدهکاری ولی دینت را قبول نداری. پس در واقع دو دین وجود دارند ولی یک نفر دینش را قبول ندارد که می روند به دادگاه و دادگاه بعد از دو سال (!) آن دینی را که اختلافی بود احراز می کند و حکم می دهد به تهاترش با دین دیگر. این را تهاتر قضائی گفته اند در حالی که رأی دادگاه اعلامی است و نه تأسیسی. الآن سال ۱۳۸۹ است دادگاه در سال ۱۳۹۱ رأی می دهد به تهاتر، که تهاتر سال ۸۹ رخ داده است و دادگاه سال ۹۱ آن را اعلام می کند که معلوم می شود تهاتر قبلاً به صورت قهری رخ داده است و دادگاه آن را اعلام نموده است.

دکتر کاتوزیان: زین پس به جای واژه ی تهاتر قضائی بگوئید اعلام قضائی تهاتر قهری.

۳. **تهاتر ایقاعی:**

تهاتر ایقاعی شبیه تهاتر قراردادی است یعنی یکی از شرائط تهاتر نیست ولی این شرطی که نیست با یک اراده به وجود می آید. پس در واقع این تهاتر یک نوع تهاتر قهری است. **تهاتر ایقاعی دو مورد دارد. یک مورد راجع به زمان و یک مورد هم راجع به مکان.**

مورد اول، اختلاف زمان تأدیه دو دین: یک دین حال است و یک دین مؤجل که تهاتر نمی شود. حال آن مدیونی که دینش مؤجل است از اجل می گذرد (یعنی با یک اراده).
قاعده: معمولاً مدیونی که دینش مؤجل است می تواند از اجل بگذرد.
من باید پولت را شش ماه دیگر بدهم الآن می دهم یعنی دینش می شود حال. آن یک اراده باعث تهاتر نمی شود فقط دین مؤجل را حال می کند.

مورد دوم، اختلاف مکان تأدیه دو دین: من باید برنج را تهران بدهم به شما و شما باید برنج را شیراز به من بدهی (با این فرض که دو طرف تهران هستیم) که تهاتر رخ نمی دهد چون مکان تأدیه مختلف است. که اینجا به دو صورت تهاتر ممکن است رخ بدهد. یکی ایقاعی است و یکی به نظر می رسد قراردادی باشد.

صورت اول: آن طرفی که مکان به سودش است از سودش می گذرد (هر صاحب حق می تواند از حقتش بگذرد) و مکان ها یکی می شود و تهاتر رخ می دهد. من برنج را باید تهران به شما بدهم و شما باید شیراز به من بدهی (با این فرض که هر دو تهران هستیم). من حتماً یک نفعی دارم که

گفتم برنج را شیراز بده. حال می گویم نمی خواهد شیراز بدهی، تهران بده که مکان می شود یکی و تهاتر رخ می دهد (من از حقم که شیراز بگیرم صرفنظر می کنم)، پس ایقاعی است یعنی با یک اراده است.

صورت دوم: آن طرفی که مکان به زیان اوست بیاید و مخارج مربوط به نقل موضوع دین تا آن مکان را بدهد و وقتی که مخارج را پرداخت و طرف قبول کرد می شود دو اراده. پس قراردادی است. من باید برنج را تهران بدهم و شما باید برنج را شیراز بدهید. کسی که مکان به زیان او است می گوید می توانم برنج را تهران بدهم من می گویم نه، او می گوید چرا؟ می گویم به خاطر اینکه اگر تو برنج را تهران بدهی من باید آن را به شیراز بفرستم که هزینه دارد. حال شما می گوئید من هزینه ی نقل را می دهم در این صورت شما اول هزینه را می دهید و من هم هزینه را می گیرم. حال تو باید برنج را تهران بدهی که می شود تهاتر (ماده ۲۹۸ ق.م).

ماده ۲۹۹ ق.م:

ماده ی ۲۹۶ سه تا شرط برای تهاتر گفت وحدت موضوع، وحدت مکان و وحدت زمان که ماده ی ۲۹۹ یک شرط دیگر برای تهاتر گفته و آن این است که هر دو دین باید آزاد باشند. هر گاه یکی از دو دین به نفع ثالثی توقیف شده باشد تهاتر به وجود نمی آید (دین را هم می شود توقیف کرد). چون می شود سه نفر که برای تهاتر باید دو نفر باشند.

مثال: یک آقایی خانه ای را اجاره کرده (به صورت رهن کامل که غلط است و بین مردم رایج است)، یعنی بیست میلیون داده به صاحب خانه بدون اینکه اجاره ای بدهد. خانم این آقا دنبال مطالبه ی مهریه اش است و می خواهد یکی از اموال آقا را توقیف کند (که به این توقیف **طلب نزد شخص ثالث** می گویند، مواد ۸۷ به بعد قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶)، یعنی دادگاه (اجرای احکام) یک نامه به صاحب خانه می دهد که این بیست میلیون را به آقا نده و باید به خانم این آقا بدهی که یک دین است که به نفع ثالث (خانم) توقیف شده است. حال بعد از این توقیف صاحبخانه به یک دلیلی بیست میلیون از آقا (مستأجر) طلبکار می شود که تهاتر نمی شود چون بیست میلیونی که بدهکار بود باید به خانم بدهد و طلبش را از آقا بگیرد (که می شوند سه نفر و تهاتر رخ نمی دهد، ماده ۲۹۹).

ماده ۲۹۹- در مقابل حقوق ثابته اشخاص ثالث تهاتر مؤثر نخواهد بود و بنابراین اگر موضوع دین بنفع شخص ثالثی در نزد مدیون مطابق قانون توقیف شده باشد و مدیون بعد از این توقیف از داین خود طلبکار گردد دیگر نمی تواند به استناد تهاتر از تأدیه مال توقیف شده امتناع کند.

ماده ۲۹۷ مربوط به عقد ضمان است و در آنجا توضیح داده می شود.

ماده ۲۹۷- اگر بعد از ضمان مضمون له به مضمون عنه مدیون شود موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد.

دو نکته راجع به تهاتر:

نکته (۱): با این که تهاتر قهری است دادگاه نمی تواند به تهاتر رأی بدهد مگر اینکه ذینفع به آن استناد کند (ماده ۲ آ.د.م). استناد ذینفع چون کاشف است با قهری بودن تهاتر منافاتی ندارد پس تهاتر قهری است.

مثال: ۹/۱۱ حسن به حسین بدهکار شد و ۱۰/۱۱ حسین به حسن بدهکار شد. ۱۱/۱۱ حسن در دادگاه گفت تهاتر، یعنی به تهاتر استناد کرد و ۱۲/۱۱ دادگاه رأی به تهاتر داد که ۱۰/۱۱ تهاتر رخ

داده است چون در ۱۰/۱۱ دو دین بوجود آمده است. پس به صورت قهری در آن زمان تهاتر رخ داده و دادگاه فقط در تاریخ ۱۲/۱۱ وجود تهاتر را اعلام کرده است (یعنی رأی دادگاه اعلامی است نه تأسیسی).

نکته (۲): قواعد تهاتر امری نیست تکمیلی است. مربوط به نظم عمومی نیست و مربوط به حقوق افراد است. تهاتر برای ساده کردن روابط افراد است بنابراین طرفین می توانند از تهاتر انصراف حاصل کنند که این را انصراف از تهاتر گویند.

سبب ششم، مالکیت ما فی الذمه:

ماده ۳۰۰:

مالکیت ما فی الذمه (ما فی الذمه یعنی دین) یعنی دو عنوان طلبکار و بدهکار در یک نفر جمع بشود که امکان ندارد و چون امکان ندارد دین ساقط می شود و سبب سقوط تعهد است. ماهیتش هم مثل تهاتر واقعیه ی حقوقی قهری است (یعنی یک نفر از خودش طلبکار است و به خودش بدهکار است که دین از بین می رود). مالکیت ما فی الذمه دو مورد دارد یک مورد ناشی از ارث است و یک مورد ناشی از عقد:

مورد اول ارث: وارث به مورث بدهکار است. بعد از فوت مورث طلب به وارث می رسد. دین وارث ساقط می شود و البته به نسبت سهم الارث. طلب از طلبکار رسید به بدهکار که دو عنوان در بدهکار جمع می شود.

مثال (۱): پسری تنها وارث پدر است (یک پسر و پدر)، این پسر یک میلیون به پدر بدهکار است. حال پدر فوت می کند که تمام اموالش به پسر می رسد (با فرض اینکه پدر هیچ دینی یا بدهی نداشته باشد) که این طلب یک میلیونی به پسر می رسد. طلب از طلبکار رسید به بدهکار حال پسر باید یک میلیون را به خودش بدهد که نمی دهد و می شود تهاتر.

مثال (۲): دو پسر و پدر، یکی از پسرها یک میلیون به پدر بدهکار است حال پدر می میرد. که طلب یک میلیونی نصف می شود (یعنی اموالش بین دو پسر نصف می شود) و طلب یک میلیونی به پدر نصف می شود نصف به پسر اول می رسد و نصفش به پسر دوم حال پسر اول یک میلیون بدهکار بود که ۵۰۰ هزار تومان به او رسید پس ۵۰۰ هزار تومان دینش به سبب مالکیت ما فی الذمه از بین می رود که ۵۰۰ تومان بقیه را باید به برادرش بدهد.

مورد دوم عقد: طلبکار با بدهکار قرارداد می بندد که طلبش را به بدهکار منتقل کند (طلب از طلبکار رسید به بدهکار) - «بوسیله ی عقد که این هم مالکیت ما فی الذمه است رخ می دهد که این را هبه ی طلب به مدیون گویند (ماده ۸۰۶).

ماده ۸۰۶ - هرگاه داین طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد.

مثال: شما از دوستت یک چک داری به مبلغ ۱۰۰ هزار تومان. فردا تولد دوستته که حوصله نداری برایش کادو بگیری که همان چک را به او هدیه می دهی که طلب طلبکار رسید به بدهکار که این با ابراء فرق دارد. ابراء ایقاع است فقط با اراده ی طلبکار ایجاد می شود ولی هبه ی طلب به مدیون عقد است و مدیون باید قبول کند تا دینش بری شود.

الزامات خارج از قرارداد

مواد ۳۰۱ تا ۳۳۷

از ماده ۳۰۱ تا ۳۳۷ شش عنوان هست که همه ی آن ها واقعه ی حقوقی اند از نوع ارادی.

۱. ایفای ناروا

۲. اداره ی مال غیر

۳. غصب

۴. اتلاف

۵. تسبیب

۶. استیفاء

۱. ایفای ناروا (مواد ۳۰۱ تا ۳۰۵):

اصطلاح ایفای ناروا در قانون وجود ندارد. ایفای ناروا یعنی یک نفر به دیگری مدیون نیست می رود دینی را می دهد. اگر کسی به یک نفر بدهکار باشد دینش را بدهد ایفای روا گویند ولی اگر کسی که به دیگری بدهکار نیست و می رود دینی را می دهد، ایفای ناروا گفته می شود. در ایفای ناروا دو نفر وجود دارد:

۱. دهنده ی مال

۲. گیرنده ی مال

که بین این دو هم دینی نیست. هر کدام از این دو نفر دو حالت دارند:

الف) دهنده ی مال:

۱. حالت اول این است که اشتبهاً فکر کرده مدیون است، در حالی که مدیون نیست.

۲. حالت دوم این است که دهنده ی مال می داند بدهکار نیست اما در اثر اجبار مال را داده

که این را هم ایفای ناروا گویند (ماده ۳۰۲ ق.م که فقط حالت اشتباه را گفته است).

ماده ۳۰۲- اگر کسی که اشتبهاً خود را مدیون می دانست آن دین را تأدیه کند حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید.

ب) گیرنده ی مال:

۱. می داند (عالم است) که حق ندارد. مثلاً من می آیم پیش شما و می گویم آقا به شما

بدهکارم و شما می گوئید بله در حالی که می دانید بدهکار نیستیم که این را عالم به

عدم استحقاق گویند.

۲. گیرنده جاهل به عدم استحقاقش است. فکر می کنید طلب دارید در حالی که طلب

ندارید (ماده ۳۰۱ ق.م، دو حالت گیرنده را گفته است).

ماده ۳۰۱- کسی که عمداً یا اشتبهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند.

طبق ماده ۳۰۳ گیرنده چه عالم باشد چه جاهل مانند غاصب است و ید ضامانی است.

یعنی مطلقاً مسئول است و اثبات قوه ی قاهره فایده ندارد ولی طبق ماده ۳۰۵ از نظر

مخارج حفظ مال، بین گیرنده ی عالم و جاهل فرق است. گیرنده اگر عالم باشد نمی تواند

مخارج حفظ مال را بگیرد (قاعده ی اقدام) ولی اگر جاهل باشد می تواند مخارج حفظ مال را بگیرد.

در ایفای ناروا همیشه پول نیست و می تواند هر مالی باشد (گوسفند، کتاب و ..).

ماده ۳۰۳- کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل.

ماده ۳۰۵- در مورد مواد فوق صاحب مال باید از عهده مخارج لازمه که برای نگاهداری آن شده است بر آید مگر در صورت علم متصرف به عدم استحقاق خود.

ماده ۳۰۴ ق.م: ماده ۳۰۴ اولاً اضافه است و ثانیاً اضافه ی مضر است، چون که غلط است. این ماده منطوقش درست است ولی مفهوم آن نادرست است.

ماده ۳۰۴- اگر کسی که چیزی را بدون حق دریافت کرده است خود را محق می دانسته لیکن در واقع محق نبوده و آن چیز را فروخته باشد معامله فضولی و تابع احکام مربوطه به آن خواهد بود.

منطوق ماده: اگر گیرنده جاهل باشد و مال را بفروشد معامله فضولی است و اگر گیرنده عالم هم باشد معامله فضولی است.

مفهوم ماده: این است که گیرنده اگر عالم باشد و بفروشد معامله فضولی نیست: در صورتی که گیرنده چه عالم باشد و چه جاهل باشد، بفروشد معامله فضولی است چون مالک نیست.

۲. اداره ی مال غیر (اداره ی فضولی مال غیر، ماده ۳۰۶):

مالک نمی تواند مالش را اداره کند چون غایب است، محجور است یا پیر است. حال به هر دلیلی یک نفر از روی احسان می آید مال مالک را اداره می کند که به او مدیر می گویند. به مالک دسترسی نیست، نمی تواند از مالک اذن بگیرد و اگر هم تأخیر بکند ضرر می رسد. با جمع شدن این شرایط مدیر اگر اداره کرد می تواند مخارج را از مالک بگیرد که بین این دو عقدی نیست و ناشی از قانون است. واقعه ی حقوقی ناشی از قانون است.

مثال: زمستان برف سنگینی آمده و همسایه ی شما هم نیست حال شما یک کارگر می گیرید که پشت بام خانه ی شما را پارو می کند و می گوئید پشت بام خانه ی همسایه تان را هم پارو کند که همسایه می آید و می گوید می خواستی این کار را نکنی. اما ماده ۳۰۶ گفته اگر شرایطش جمع بشود حق رجوع دارد.

ماده ۳۰۶- اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازه مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند باید حساب زمان تصدی خود را بدهد در صورتیکه تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است حق مطالبه مخارج نخواهد داشت ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد دخالت کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است.

غصب (واقعه ی حقوقی)

مواد ۳۰۸ تا ۳۲۷

خیلی مهم و فنی

طبق ماده ۳۰۸ غصب عبارت است از استیلاء بر مال غیر به نحو عدوان. این تعریف سه رکن دارد:

۱. استیلاء: استیلاء یعنی سلطه یافتن، تصرف کردن. غاصب باید مال را تصرف کند تا بشود غاصب. اگر کسی فقط ممانعت از حق کند غاصب نیست ولی ضامن است به موجب ائتلاف یا تسبیب (ماده ۳۰۹ ق.م).

ماده ۳۰۸- غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.

ماده ۳۰۹- هر گاه شخصی مالک را از تصرف در مال خود مانع شود بدون آنکه خود او تسلط بر آن مال پیدا کند غاصب محسوب نمی شود لیکن در صورت اتلاف یا تسبیت ضامن خواهد بود.

ممانعت از حق: یک نفر می خواهد به خانه ی خودش برود و یک نفر جلوی در ایستاده و می گوید نمی گذارم بروی داخل که غاصب نیست اما اگر صاحب خانه برود و شب را در هتل به سر ببرد می تواند برای هزینه ی هتل به شخص مانع رجوع کند.

۲. حق غیر: قانونگذار اینجا کار خوبی کرده و گفته حق غیر بخاطر اینکه نمی خواسته غصب را فقط نسبت به اشیاء بگوید. غصب خیلی وسیع است و شامل حقوق مالی هم می شود مثل حق انتفاع، چون حق از مال گسترده تر است.

۳. به نحو عدوان: به نحو عدوان یعنی غاصب عالم باشد و یعنی بداند که حق این کار را ندارد. اگر جاهل باشد، غاصب نیست.

یک اصطلاح داریم به نام شبه غصب (یا در حکم غصب). قانون گفته در حکم غصب که مصادیق زیادی دارد. مثل ایفاء ناروا هر جا بگوئیم یارو مانند غاصب است می شود در حکم غصب یا شبه غصب.

قانون در بحث غصب فقط دو مورد در حکم غصب را گفته که این دو مورد الآن گفته می شود و موارد دیگر را در جای دیگر می گوییم:

مورد اول: امین مال را به مالک نمی دهد و مالک مال را درخواست می کند و امین نمی دهد. مثل اینکه یا انکار می کند یا انکار نمی کند و می گوید نمی دهم و امتناع می کند. از تاریخ امتناع امین می شود در حکم غاصب (ماده ۳۱۰ و ۲۷۸ ق.م).

ماده ۳۱۰- اگر کسی که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آنها در دست اوست منکر گردد از تاریخ انکار در حکم غاصب است.

ماده ۲۷۸- اگر موضوع تعهد عین معینی باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب براءت متعهد می شود اگر چه کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است ولی اگر متعهد با انقضاء اجل و مطالبه تأخیر در تسلیم نموده باشد مسئول هر کسر و نقصان خواهد بود اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

مورد دوم: غاصبی مال مغضوب را به یک نفر که جاهل است منتقل می کند به واسطه ی یک معامله (معامله ی فضولی). غاصب می تواند هم فضول باشد و هم نباشد. اگر غصب کند برای خود فقط غاصب و اگر غصب کند و به دیگری منتقل کند می شود غاصب و فضول. جاهل می شود در حکم غاصب ماده ۳۲۵ ق.م).

ماده ۳۲۵- اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد او نیز می تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند اگر چه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت.

مسئولیت غاصب (مواد ۳۱۱ تا ۳۱۵):

غاصب یدش ضمانی است و در هر حال مسئول است. به مسئولیت غاصب مسئولیت عینی یا مطلق یا محض گویند. غاصب نمی تواند قوه ی قاهره را مستند فعل خود قرار دهد. مسئولیت غاصب که مطلق، عینی، و محض است سه حالت دارد:

۱. **عین مال دست غاصب موجود است:** در این حالت غاصب باید عین مال را پس بدهد (ماده ۳۱۱ ق.م)، خواه زیاد شده باشد، خواه کم شده باشد.

ماده ۳۱۱- غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد.

اگر زیاد شده باشد طبق ماده ۳۱۴ و اگر کم شده باشد طبق ماده ۳۱۵. اگر مال زیاد شده باشد غاصب حقی ندارد حتی اگر در اثر کار غاصب باشد مگر اینکه مالی که اضافه کرده باشد مال خود غاصب باشد که دیگر مالش را نمی گیریم. مثلاً کسی خانه ای را غصب کرده که پرده و لوستر که مال خودش است را نمی گیریم. اما غاصب دیوارها را نقاشی کرده که پولش را پس نمی دهیم. اگر مال کم شده باشد (ماده ۳۱۵) کم شده دو اصطلاح دارد: ۱. نقص ۲. عیب. غاصب باید کمبود را جبران کند (که فرق نقص و عیب را در بیع می خوانیم).

ماده ۳۱۴- اگر در نتیجه عمل غاصب قیمت مال مغضوب زیاد شود غاصب حق مطالبه قیمت زیادی را نخواهد داشت مگر اینکه آن زیادتى عین باشد که در اینصورت عین زاید متعلق به خود غاصب است.

ماده ۳۱۵- غاصب مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او به مال مغضوب وارد شده باشد هر چند مستند به فعل او نباشد.

۲. **مال تلف شده:** در این حالت غاصب باید بدل (مثل یا قیمت) بدهد. اگر مال مثلی بود مثل، و اگر قیمی بود قیمت آن را می گیریم.
۳. **مال موجود است (تلف نشده) ولی گم شده:** ما در عالم ثبوت هستیم. در این حالت غاصب باید بدل **حیلولة** بدهد که از حائل می آید. حائل یعنی دیواری بین مال و مالک که بدل حیلولة در قانون مدنی نیست ولی در قانون نحوه ی اجرای محکومیت های مالی هست. بدل حیلولة مالی است شبیه مال مغضوب. هر مال قیمی هم بالأخره یک شبیهی دارد و این را بدل حیلولة گویند. حال غاصب بدل حیلولة را به مالک می دهد که بدل حیلولة می شود ملک مالک که هر کاری بخواهد می تواند با آن انجام دهد تا وقتی که غاصب مال را پیدا کند. حال غاصب هر کاری می کند مال پیدا نمی شود که بدل حیلولة به جای مال می رود. اگر مال مالک (مال مغضوب) پیدا شود مالک مالش را می گیرد و بدل حیلولة را به غاصب پس می دهد. اگر بدل حیلولة دست مالک نبود مالک مالش را می گیرد و مثل یا قیمت بدل حیلولة را به غاصب می دهد. علما می گویند بدل حیلولة نوعی خسارت عدم انجام تعهد است. در ماده ۷۹۱ ق.م بدل را به عنوان مثل یا قیمت به کار برده است.

ماده ۷۹۱- اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود باید تلف کننده بدل آن را بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود.

ماده ۳۱۲- هر گاه مال مغضوب بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین الاداء را بدهد و اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد.

فرض اول: مال مغضوب مثلی بوده و تلف شده الآن می خواهد پس بدهد که مثل آن نیست. غاصب باید قیمت زمان اداء را بدهد.

مثال: من یک پیکان صفر داشتم (سال ۸۳) که آن موقع مثلی بود یکی غصب می کند و تلف می شود الآن که سال ۸۹ است و پیکان نیست از غاصب قیمت الآن (زمان اداء) را می گیریم که کارشناس تعیین می کند. اگر پیکان الآن وجود داشت با توجه به تورم چقدر بود؟ آن قیمت را غاصب می دهد.

فرض دوم: مال مغضوب مثلی بوده و تلف شده (که می تواند تلف هم نشده باشد) الآن مثل آن وجود دارد ولی ارزشی ندارد. از مالیت افتاده که باز هم باید آخرین قیمت را بدهد یعنی قیمت زمان تلف. مثلاً دولت اعلام می کند از اول دی سکه های پهلوی از اعتبار ساقط است هر کس دارد بیاورد بانک و پولش را بگیرد. الآن که مثلی است کسی سکه ی پهلوی شما را غصب می کند. حال اول دی سکه ی پهلوی وجود دارد ولی ارزش ندارد که غاصب باید آخرین قیمت (۳۰ آذر) را بدهد یعنی ۳۰ آذر قیمت سکه در بانک چقدر بود همان قیمت را باید بدهد. ماده ی ۳۱۲ همین دو فرض را گفته و فرض سوم را قانون نگفته است.

فرض سوم: مال مغضوب قیمی بوده و تلف شده است. غاصب باید قیمت زمان اداء را بدهد که اختلاف زیاد است اما قیمت زمان اداء بیشتر به درد ما می خورد.

قاعده: در غصب اگر قیمتی که قانون می گوید خسارت مالک را جبران نکند می تواند اضافه اش را هم بگیرد اما نه از باب غصب از باب تسبیب. قانون گفته آخرین قیمت که آن را می گیرد اما با گرفتن آخرین قیمت خسارتش جبران نشده که آن را می گیرد از باب غصب و اضافه را نیز می گیرد از باب تسبیب.

تعاقب ایادی در غصب (ترتیب ایادی در غصب):

که فنی ترین بحث غصب است
مواد ۳۱۶ تا ۳۲۷ (فنی ترین بحث غصب)

تعاقب ایادی یعنی چند نفر به ترتیب مالی را غصب کنند.

اولی از مالک مالی را غصب می کند و دومی از غاصب اولی غصب می کند، سومی از دومی و چهارمی از سومی و پنجمی از چهارمی غصب می کند که شد پنج نفر به ترتیب، نه با هم که مهم نیست دومی فکر کند که اولی مالک است یا نه.

در تعاقب ایادی دو حالت کلی وجود دارد:

۱. مال دست غاصب آخر موجود است
۲. مال دست غاصب آخر تلف شده (غاصب پنجم در مثال ما)
۱. مال دست غاصب آخر تلف شده (ماده ۳۱۷ در عالم ثبوت):

ماده ۳۱۷- مالک می تواند عین و در صورت تلف شدن عین مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هر یک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند.

در این حالت مالک می تواند طبق ماده ۳۱۷ عین مالش را که دست آخرین غاصب موجود است از هر کدام از پنج نفر دیگر بگیرد. اگر مالک برود سراغ آخری مال را می گیرد اما اگر مالک سراغ قبلی ها یعنی غاصب ۱ تا ۴ مثال ذکر شده برود، مالک معمولاً اولین غاصب را می شناسد که سراغ او می رود و می گوید اولی مال را بده اولی نمی تواند دفاع کند و بگوید دست من نیست برو سراغ پنجمی که دادگاه می گوید تو باعث شده ای که مال برسد دست پنجمی. **اولی طبق قانون متعهد به فعل ثالث است.** یعنی اولی باید بگردد و پنجمی را پیدا کند (ثالث پنجمی است) مال را از آن بگیرد به مالک بدهد اگر توانست که همه چی تمام است اگر اولی نتوانست پنجمی را پیدا کند (در مدت یک ماهی که دادگاه به او مهلت می دهد) انگار مال دست اولی بوده گم شده مال موجود است و تلف نشده اما گم شده که بدل حیلولة را به مالک می دهد چون مال موجود است و تلف نشده و انگار گم شده که همین حکم راجع به دومی و سومی و چهارمی هم صادق است که در این حالت (حالت اول) پنجمی متعهد به رد مال است. اولی تا چهارمی متعهد به فعل ثالث هستند. چون مال دستشان نیست و باید بدل حیلولة را بدهند.

حالت دوم: مال دست آخری تلف شده (در دست پنجمی تلف شده) که در این حالت همه ی غاصب ها باید بدل بدهند به طور تضامنی یعنی مالک می تواند به سراغ هر کدام برود و بدل (مثل یا قیمت) را بگیرد. در این حالت پنجمی که مال دستش تلف شده می شود مدیون اصلی بدل. اولی تا چهارمی می شوند ضامن یا مسئول.

تفاوت مدیون با ضامن: اگر مالک بدل را از آخری (مدیون اصلی) بگیرد، چون مدیون دین را داده همه ی ضامن ها بری می شوند چون ضامن، فرع بر مدیون است. اما اگر مالک بدل را از یکی از ضامن ها بگیرد ضامنی که بدل را داده می تواند یا از آخری (مدیون اصلی) یا از بعدی های خود تا برسد به آخری بگیرد.

مثال: پنج نفرند و مال دست آخری تلف شده که مالک سراغ آخری می رود و مال را می گیرد. حال مالک از دومی می گیرد که دومی یا می تواند از سومی یا چهارمی یا از پنجم بگیرد. که می تواند از هر یک بگیرد.

نکته: در تعاقب ایادی هر غاصبی که به مالک خسارت می دهد فقط می تواند از بعدی هایش بگیرد. علت آن اینست که همه غاصب اند.

اگر بین غاصب ها جاهل بود (در حکم غاصب قسم دوم) (هر وقت گفتیم جاهل حتماً یک معامله ی فضولی رخ داده است) که جاهل می تواند از قبلی اش هم بگیرد به خاطر قاعده ی غرور که مغرور از غار خسارت می گیرد (المغرور یرجع الی من غره).

مثال: اولی غاصب، دومی غاصب و سومی جاهل (دومی به سومی فروخته). حال چهارمی هم غاصب و پنجمی هم غاصب. حال مالک رفته سراغ سومی و سومی علاوه بر چهارمی و پنجمی که می تواند از باب غصب رجوع کند، به دومی می تواند از باب غرور رجوع کند (ماده ۳۲۵ ق.م). اگر مالک از دومی گرفت یا اولی، آنها نمی توانند از سومی بگیرند. عالم حق رجوع به جاهل را ندارد ولی مالک حق رجوع به جاهل را دارد.

ماده ۳۲۱- هر گاه مالک ذمه یکی از غاصبین را نسبت به مثل یا قیمت مال مغضوب ابراء کند حق رجوع به غاصبین دیگر نخواهد داشت. ولی اگر حق خود را به یکی از آنان به نحوی از انحاء انتقال دهد آن کس قائم مقام مالک می شود و دارای همان حقی خواهد بود که مالک دارا بوده است.

این ماده دو بند دارد و در هر بندی دو فرض است ولی یک فرض را گفته و یک فرض را نگفته است.

بند اول (فرض اول): پنج نفرند (در تعاقب ایادی) مال دست آخری تلف شده است (آخری مدیون است) و قبلی ها ضامن اند. فرض اول گفته هر گاه مالک یکی از این پنج نفر را (مهم نیست کدام یک) ابراء کند همه بری می شوند. علتش این است که ابراء می خورد به دین یعنی فقط مدیون را می شود ابراء کرد. وقتی مالک یکی را ابراء کرد اتوماتیک می خورد به آخری. پس ابراء لازم نیست خطاب به مدیون گفته شود و مالک هر کدام را ابراء کند مانند اینست که مدیون را ابراء کرده است و اگر مالک یکی را بری کند همه بری می شوند (فرض اول بند اول ماده ۳۲۱).

بند اول (فرض دوم) - «زیرنویس گفته: مالک می رود سراغ یکی از ضامن ها (یعنی ۱ تا ۴، پنج مدیون است) و می گوید ضامن از تو نمی گیرم (نمی گوید ابراء) که این ابراء نیست و به این اسقاط حق رجوع می گویند یا اسقاط حق مطالبه، در این صورت آن ضامن بری می شود و بقیه می مانند. مثال: مالک سراغ سومی می رود (پنج نفرند) و می گوید سومی تو برو، من از تو نمی گیرم که بقیه می مانند. در ابراء خطاب به هر کس باشد می خورد به آخری و همه بری می شوند اما اسقاط حق رجوع هر کدام را خارج کند آن یکی می رود و بقیه می مانند. اسقاط حق

مالی ایقاع است.

بند دوم (فرض اول): مالک می رود سراغ یکی از ضامن ها و می گوید طلبم مال تو (نمی گوید تو برو)، طلبش را انتقال می دهد. مالک از پنجمی طلب دارد حال مالک می تواند طلبش را به هر کسی انتقال بدهد که آن ضامن می شود قائم مقام مالک و می تواند به همه رجوع کند (اصلاً می نشیند جای مالک) و می تواند به همه رجوع کند. پس اگر مالک طلبش را به یکی از ضامن ها منتقل کند آن ضامن می شود قائم مقام مالک.

مثال: مالک می رود سراغ سومی و می گوید سومی طلبم مال تو (یعنی انتقال طلب به سومی) که سومی می نشیند جای مالک و می تواند به همه رجوع کند پس **قائم مقامی فقط بین مالک و ضامن است.**

فرض دوم (بند دوم): که ماده نگفته و زیرنویس هم نگفته است. در فرض دوم مالک می رود سراغ آخری (مدیون) و طلبش را به آخری منتقل می کند (طلبکار طلبش را به بدهکار منتقل کرد) مالکیت ما فی الذمه رخ می دهد و آخری بری می شود و قبلی ها هم بری می شوند.

بند اول در مورد ابراء و اسقاط حق رجوع و بند دوم راجع به انتقال است، انتقال به ضامن ها و انتقال به مدیون.

ماده ۳۲۰ - نسبت به منافع مال مغضوب هر یک از غاصبین به اندازه منافع زمان تصرف خود و ما بعد خود ضامن است اگر چه استیفاء منفعت نکرده باشد لیکن غاصبی که از عهده منافع زمان تصرف غاصبین لاحق خود برآمده است می تواند به هر یک نسبت به زمان تصرف او رجوع کند.

این ماده راجع به منافع است. مالک عین مالش را گرفت یا مثل مالش را. حال دنبال منافع است. غاصب باید از عهده ی منافع برآید خواه استفاده کرده باشد، خواه استفاده نکرده باشد. خواه منافع و خواه بدل منافع که می شود اجرت المثل. منفعی که استفاده کرده می شود مستوفات (از ریشه ی استیفاء) و منفعی که استفاده نکرده می شود غیر مستوفات. پس غاصب ضامن منافع مستوفات و غیر مستوفات است.

بحث اصلی منافع در تعاقب ایادی است (در مثال پنج نفرند) که هر کدام به مدت یک ماه مال دستشان بوده است. اولی یک ماه، دومی یک ماه، سومی یک ماه، چهارمی یک ماه و پنجمی یک ماه.

فرمول: هر غاصبی مسئول منافع خودش و بعدی هایش است.

مالک می رود سراغ اولی و منافع پنج ماه را می گیرد (هر غاصبی مسئول منافع خودش و بعدی هایش است). حال مالک هر چه می گردد اولی نیست که می رود سراغ دومی که چهار ماه می گیرد. حال یک ماه می ماند که مرده یا زنده باید از اولی بگیرد. می رود سراغ دومی و دومی هم نیست که می رود سراغ سومی و سه ماه می گیرد. **عالم و جاهل در مقابل مالک فرقی ندارند.**

نکته: غاصب اول پنج ماه را داد و رفت. حال غاصب اول، مال خودش یک ماه بوده و چهار ماه مال بقیه غاصب ها. اول باید به هر کدام از بعدی ها جدا جدا و تک تک مراجعه کند و از هر کدام یک ماه را بگیرد. یعنی از غاصب دوم یک ماه، غاصب سوم یک ماه و ... غاصب نمی تواند از دومی مال بعدی ها را بگیرد فقط مالک می تواند مال بقیه را هم از یکی از آن ها بگیرد.

ماده ۳۲۲- ابراء ذمه یکی از غاصبین نسبت به منافع زمان تصرف او موجب ابراء ذمه دیگران از حصه آنها نخواهد بود لیکن اگر یکی از غاصبین را نسبت به منافع عین ابراء کند حق رجوع به لاحقین نخواهد داشت.

که ادامه ی ماده ۳۲۰ است و راجع به منافع می باشد. ماده ی ۳۲۰ راجع به ابراء منافع است و ماده ی ۳۲۱ هم راجع به ابراء بدل بود. ابراء منافع یعنی مالک از منافع خود بگذرد که دو حالت است:

۱. حالت اول این است که مالک یکی از غاصبین را نسبت به منافع خودش ابراء می کند که در این صورت بقیه می مانند (قبلی ها و بعدی ها می مانند).

مثال: پنج نفرند و هر کدام یک ماه، مالک می رود سراغ سومی و می گوید سومی من یک ماه تو را نمی گیرم که سومی بری می شود و اولی و دومی و چهارمی و پنجمی می مانند. حال اگر برود سراغ اولی چهار ماه می گیرد.

۲. حالت دوم این است که مالک یکی از غاصبین را نسبت به منافع عین ابراء می کند. منافع عین یعنی خودش و بعدی هایش. در این صورت آن غاصب و بعدی هایش بری می شوند و قبلی ها می مانند.

مثال: مالک می رود سراغ سومی و می گوید سومی من تو را نسبت به منافع عین ابراء کردم. سومی و چهارمی و پنجمی بری می شوند و می ماند اولی و دومی که دو ماه می ماند یعنی اگر مالک برود سراغ اولی دو ماه می گیرد.

از ماده ۳۲۳ تا ۳۲۷ راجع به معامله ی فضولی است و چون جدید نیست دیگر خواننده نمی شود که مواد ۳۲۳ تا ۳۲۷ می خورد به مواد ۲۵۹، ۲۶۱، ۲۶۲ و ۲۶۳.

ماده ۳۲۳- اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بخرد آن کس نیز ضامن است و مالک می تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کرده عین و در صورت تلف شدن آن مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه نماید.

ماده ۲۵۹- هر گاه معامل فضولی مالی را که موضوع معامله بوده است به تصرف متعامل داده باشد و مالک آن معامله را اجازه نکند متصرف ضامن عین و منافع است.

ماده ۲۶۱- در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود هر گاه مالک معامله را اجازه نکرد مشتری نسبت به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگر چه منافع را استیفاء نکرده باشد و همچنین است نسبت به هر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد.
ماده ۲۶۲- در مورد ماده قبل مشتری حق دارد که برای استرداد ثمن عیناً یا مثلاً یا قیمتاً به بایع فضولی رجوع کند.
ماده ۳۲۴- در صورتی که مشتری عالم به غصب باشد حکم رجوع هر یک از بایع و مشتری به یکدیگر در آنچه که مالک از آنها گرفته است حکم غاصب از غاصب بوده تابع مقررات فوق خواهد بود.
ماده ۳۲۵- اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد او نیز می تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند اگر چه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت.
ماده ۲۶۳- هر گاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت.
ماده ۳۲۶- اگر عوضی که مشتری عالم بر غصب در صورت تلف مبیع به مالک داده است زیاد بر مقدار ثمن باشد به مقدار زیاده نمی تواند رجوع به بایع کند ولی نسبت بمقدار ثمن حق رجوع دارد.
ماده ۳۲۷- اگر ترتیب ایادی بر مال مغضوب به معامله دیگری غیر از بیع باشد احکام راجعه به بیع مال غصب که فوقاً ذکر شده مجری خواهد بود.

عنوان چهارم و پنج (اتلاف و تسبیب):

مواد ۳۲۸ تا ۳۳۵

اتلاف و تسبیب سه فرق با هم دارند:

۱. در اتلاف شخص مستقیماً به دیگری ضرر می زند (اتلاف یعنی ضرر زدن مستقیم).
مثال: یک نفر شیشه ی دیگری را می شکند، حیوان دیگری را می کشد، خانه ی دیگری را خراب می کند و یا ماشین دیگری را آتش می زند.
ولی در تسبیب شخص غیر مستقیم ضرر می زند یعنی با واسطه ضرر می زند.
مثال: یک نفر آتش روشن می کند و می رود (یعنی خودش آتش نمی زند) حال باد آتش را به ملک مجاور می برد. یک نفر چاله می کند و می رود.
۲. اتلاف همیشه با فعل همراه است یعنی انجام دادن. ولی تسبیب می تواند هم با فعل باشد و هم با ترک فعل. مثلاً یک نفر گوسفندی را امانت گرفته و به آن غذا نمی دهد. همیشه وقتی ترک فعل بود، تسبیب است.
۳. در اتلاف تقصیر شرط نیست، یعنی تقصیر متلف شرط نیست. چه متلف تقصیر داشته باشد و چه تقصیر نداشته باشد، مسئول است. یک نفر در خواب می زند لیوان دیگری را می شکند که از باب اتلاف مسئول است. ولی در تسبیب طبق مواد ۳۳۳، ۳۳۴ و

۳۳۵ تقصیر شرط است. یعنی اگر تقصیر داشته باشد مقصر و اگر تقصیر نداشته باشد، مقصر نیست.

ماده ۳۳۳- صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه مسئول خساراتی است که از خراب شدن آن وارد می شود مشروط بر اینکه خرابی در نتیجه عیبی حاصل گردد که مالک مطلع بر آن بوده و یا از عدم مواظبت او تولید شده است.

ماده ۳۳۴- مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می شود مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد لیکن در هر حال اگر حیوان بواسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود.

ماده ۳۳۵- در صورت تصادم بین دو کشتی یا دو قطار راه آهن یا دو اتومبیل و امثال آنها مسئولیت متوجه طرفی خواهد بود که تصادم در نتیجه عمد یا مسامحه او حاصل شده باشد و اگر طرفین تقصیر یا مسامحه کرده باشند هر دو مسئول خواهند بود.

نکته: در اتلاف طبق ماده ۳۲۸ موضوع اتلاف یا عین است یا منفعت. حقوقدانان می گویند موضوع اتلاف حق هم هست که موضوع اتلاف سه چیز است، عین، منفعت و حق. ماده ی ۳۲۸ دو چیز گفته و اگر در امتحان پرسیدند موضوع اتلاف در قانون چیست می شود عین و منفعت. اما اگر به طور مطلق آمد که موضوع اتلاف چیست می شود عین، منفعت و حق.

ماده ۳۲۸- هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است.

نکته: ماده ۳۳۲ در مورد سبب و مباشر: بعضی اوقات خسارت دو عامل دارد یک عامل نزدیک که به آن مباشر گویند و یک عامل دور که به آن سبب گویند. در این حالت می خواهیم ببینیم چه کسی مسئول است که سه حالت دارد:

۱. مباشر قوی تر از سبب است.

۲. سبب قوی تر از مباشر است.

۳. هر دو مساوی هستند.

در حالت اول و دوم آن که قوی تر است مسئول است و بحثی نیست.

مثال برای حالت اول و دوم: یک بچه ای سنگی را به آدم بالغی می دهد و می گوید بزن به شیشه. بچه سبب است و آدم بالغ مباشر که اینجا مباشر قوی تر است. حال بر عکس یک آدم بالغ سنگ را به یک بچه یا دیوانه می دهد که اینجا سبب قوی تر است که در حالت اول و دوم آنکه قوی تر است مسئول است.

حالت سوم که هر دو مساوی هستند. دو آدم عاقل و بالغ یکی به دیگری می گوید تو آتش روشن کن تا من هم مال حسن را بیاورم در آتش بیندازم. اولی سبب و دومی مباشر است که قانون گفته در این حالت مباشر مسئول است ولی حقوقدانان می گویند هر دو، چون هر دو مساوی هستند (به نسبت دخالتشان). در امتحان اگر مطلق سؤال دادند هر دو مسئولند و اگر گفتند طبق قانون، مباشر مسئول است.

ماده ۳۳۲- هر گاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود مباشر مسئول است نه مسبب مگر اینکه سبب اقوی باشد به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد.

عنوان ششم (استیفاء):

مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ که در جزوه هم نیست

استیفاء یعنی یک نفر از کار دیگری استفاده کند یا از مال دیگری استفاده کند با دو تا خصوصیت:

۱. طرف راضی است

۲. استیفاء عقد نیست

استیفاء بر توافق و تراضی هست ولی عقد نیست. هر عقدی توافق هست ولی هر توافقی

عقد نیست (عموم و خصوص مطلق).

آقا فردا بریم دربند؟ بریم. که این عقد نیست.

استیفاء واقعه ی حقوقی است و در قانون از موجبات ضمان قهری است. ضمان یعنی تعهد

و قهری یعنی به اراده نیست (ماده ۳۰۷ ق.م.بند ۴).

ماده ۳۰۷- امور ذیل موجب ضمان قهری است:

۱- غصب و آنچه که در حکم غصب است

۲- اتلاف

۳- تسبیت

۴- استیفاء

استیفاء دو قسم است:

۱. استیفاء از کار دیگری (ماده ۳۳۶) ۲. استیفاء از مال دیگری (ماده ۳۳۷)

۱. استیفاء از کار دیگری (ماده ۳۳۶):

ماده ۳۳۶- هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهبیای آن عمل باشد عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود مگر اینکه معلوم شود قصد تبرع داشته است.

تبصره- چنانچه زوجه کارهائی را که شرعاً به عهده ی وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و بری دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می نماید. (الحاقی ۸۱/۵/۹)

یک نفر به درخواست دیگری (ماده گفته امر و در اینجا امر یعنی درخواست)، برای او کاری می کند. این کار یا عرفاً اجرت دارد یا اجرت ندارد ولی طرف گفته اجرت می گیرم. در این صورت عامل (انجام دهنده ی کار) مستحق اجرت المثل است (که می فهمیم عقد نیست و اگر عقد بود اجرت المسمی است).

مثال ۱: شما می روید فرودگاه وارد می شوید و به یک باربر می گویید چمدان مرا ببر و در مورد قیمت صحبتی نمی کنید که این استیفاء است. چون بردن بار عرفاً اجرت دارد، یک اجرت به او می دهید که می شود اجرت المثل. مثال دیگر شستن ماشین و ...

مثال ۲: که باید کارهایی را گفت که عرفاً اجرت ندارند ولی یک نفر گفته من انجام می دهم و اجرت می گیرم. مثال رد کردن از خیابان که عرفاً اجرت ندارد. یک پیرمرد نابینا ایستاده و یک نفر می گوید من از خیابان رد می کنم و اجرت می گیرم. آدرس گفتن، ساعت گفتن، عکس گرفتن و .. که اینها عرفاً اجرت ندارند ولی طرف گفته من اجرت می گیرم که ماده گفته خود را مهبای آن عمل کرده باشد یعنی عرفاً اجرت ندارد ولی طرف گفته اجرت می گیرم.

سؤال: کاری که عرفاً اجرت ندارد کارشناس چطور اجرت تعیین می کند؟ نمی دانیم. این را استیفاء از کار دیگری گویند.

۲. استیفاء از مال دیگری (ماده ۳۳۷)

ماده ۳۳۷- هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است.

شخصی با اذن مالک از مالش استفاده می کند (گفتیم در استیفاء توافق هست اما عقد نیست) حال باید اجرت المثل بدهد چون مالک علی الاصول قصد تبرع نداشته است.

مثال: شما یک همسایه دارید که با ماشین خودش کار می کند. او سه روز تعطیل است و شما خبر دارید که جایی نمی رود و ماشینش در پارکینگ است. شما می گوئید آقا ماشینت را می دهی بروم مسافرت؟ بعداً بر می گردم حساب می کنیم. ولی در مورد پول صحبت نمی کنیم. بعد که برگشتی می گویی آقا تو میانگین روزی چقدر کار کردی می گوید فلان مبلغ. که سه روز را حساب می کنی و به او می دهی. یکی از موارد کاربردش در بحث اجاره است یعنی ماده ی ۴۹۴.

ماده ۴۹۴- عقد اجاره به محض انقضاء مدت برطرف می شود و اگر پس از انقضاء آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد مؤجر برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود اگر چه مستأجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت المثل بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید.

عقود معین مواد ۳۳۸ تا ۸۰۷

۱۹ تا عقد است بجز سه چهار تا که مهم نیست بقیه را همه می خوانیم. از بیع شروع می شود تا هبه.

عقد بیع (مواد ۳۳۸ تا ۳۹۵، مهمترین عقد):

کلیات: طبق ماده ۳۳۸ بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم. بنابراین مبیع معمولاً عین است که می تواند غیر عین هم باشد. قبلاً خواندیم سه نوع عین داریم عین معین، کلی و کلی در معین. بنابراین سه نوع بیع داریم: ۱. بیع عین معین (این میز را فروختم) ۲. بیع کلی (۱۰۰ کیلو برنج دم سیاه فروختم) ۳. بیع کلی در معین (۱۰۰ کیلو از این هزار کیلو را فروختم). در بیع عین معین، بلافاصله با عقد تملیک واقع می شود. من می گویم این میز را فروختم و تو هم می گویی خریدم، تو شدی مالک میز. اما در بیع کلی و کلی در معین با عقد تملیک واقع نمی شود بلکه تملیک با تعیین مصداق واقع می شود. من صد کیلو برنج دم سیاه فروختم و تو هم می گویی خریدم. بیع واقع شد ولی تملیک حاصل نشد. من می روم ۱۰۰ کیلو برنج دم سیاه را در ماشین می گذارم تا برای شما بیاورم که این می شود تعیین مصداق و همین که بایع مصداق را مشخص کند، حتی اگر تحویل نداده باشد، تملیک صورت می گیرد یعنی شده عین معین. پس در بیع کلی و کلی در معین، تملیک با تعیین مصداق است.

نکته (۱): بیع در هر حال عقدی است تملیکی.

نکته (۲): عقد بیع از نظر حال یا مؤجل بودن ۴ حالت دارد:

۱. بیع نقد: بیعی است که مبیع و ثمن آن هر دو حال (حال یعنی نقد) است. اصل در بیع نقد بودن است (ماده ۳۴۴). مقتضای اطلاق بیع نقد بودن است. مقتضای ذات بیع تملیک است.

ماده ۳۴۴- اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت موعدی معین نگشته باشد بیع قطعی و ثمن حال محسوب است مگر اینکه بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتنی وجود شرطی یا موعدی معهود باشد اگر چه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد.

۲. بیع نسبه: بیعی است که ثمن آن کلی و مؤجل است. یعنی ثمنش هم کلی است و هم مؤجل است. در بیع نسبه اجل باید مشخص باشد ولاً عقد باطل است (البته در تمام بیع های مؤجل). علماً می گویند اجل باید مضبوط باشد. یک ماه دیگر، ده روز دیگر و... اما اگر بگوید پول را وقتی می دهم که زلزله بیاید که مؤجل نیست و باطل است. پول معمولاً کلی است مگر اینکه پولی باشد که مثلاً امضای دکتر کاتوزیان روی آن است.

۳. بیع سلم یا سلف: بیع سلف برعکس نسبه است. مبیع کلی و مؤجل است. بعنوان مثال سلف خر کسی است که می رود پیش کشاورز (یا هر کسی که مال کلی دارد) و می گوید آقای کشاورز این پول، یک ماه دیگر یک تن برنج به من بده که این می شود بیع سلف. مبیع کلی و مؤجل است. در اینجا هم اجل باید معین باشد وگرنه باطل است. در بیع سلف پول می تواند پرداخت شود و می شود هم پرداخت نشود.

۴. بیع کالی به کالی: بیعی است که هم مبیعش و هم ثمنش هر دو کلی و هر دو مؤجل باشد. لازم نیست اجل ها یکی باشد و مهم این است که مؤجل باشد. بعنوان مثال یک تن برنج دم سیاه می خرید که یک ماه دیگر تحویل بگیری و پولش را دو ماه دیگر بدهید.

ماده ۳۴۱- بیع ممکن است مطلق باشد یا مشروط و نیز ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود.

اصطلاح: یک اصطلاح داریم به نام بیع دین به دین که به نظر دکتر شهبازی اصطلاحش هم غلط است.

مثال: برای بیع دین به دین من از حسن یک تن برنج (کلی) طلب دارم مهم نیست به چه دلیل (سبب آن مهم نیست). به طور کلی شما از حسین صد هزار تومان (کلی) طلب دارید. من و شما طلبه‌ایمان را با هم مبادله می کنیم. من طلبی که از حسن دارم می دهم به تو و تو طلبی که از حسین داری می دهی به من (انتقال دین). این را بیع دین به دین می گویند که باید بگویند بیع طلب به طلب. یعنی دو تا طلب وجود دارد قبل از بیع و با بیع این دو تا طلب جابجا می شود.

سوال: این چه ربطی دارد به بیع کالی به کالی؟ هیچ ربطی ندارد. در بیع کالی به کالی قبل از بیع هیچ چیزی نداریم اما در بیع دین به دین قبل از بیع دو تا طلب داریم. که ما می گوئیم ربطی ندارند و فقها می گویند ربط دارند. یک روایت داریم که می گوید بیع دین به دین باطل است و نهی کرده و نهی هم دلالت بر فساد دارد. فقها هم می گویند با استناد به این روایت بیع کالی به کالی باطل است انگار بیع کالی به کالی یک نوع بیع دین به دین است. که از نظر حقوقی حقوقدانان گفته اند هم بیع کالی به کالی درست است و هم بیع دین به دین و در حقوق مدنی هیچ کاری به فقه نداریم.

نکته: یک اصطلاح داریم به نام «اجاره به شرط تملیک» که به بیع ربط دارد مثل لیزینگ. اجاره به شرط تملیک دو نوع است:

۱. یک نفر مالی را اجاره می کند به مدت طولانی مثلاً ۳۰ سال، چهل سال، که مدتش متعارف نیست و همین نشان می دهد که اجاره نیست زیرا در اشاره شرط می شود هرگاه مستأجر در پایان مدت آخرین قسط را داد بشود مالک ملک. اجاره این است که طرف آخرین قسط را که داد می رود اما در اجاره به شرط تملیک آخرین قسط را می دهد و مال را می برد.

اجاره به شرط تملیک بیع است اما با دو خصوصیت. یک خصوصیت آن این است که ثمنش اقساط است و خصوصیت دومش این است که تملیک با عقد صورت نمی گیرد و وقتی مستأجر آخرین قسط را داد آن وقت تملیک صورت می گیرد. پس این را اجاره به شرط تملیک نوع اول گویند که ظاهرش اجاره و باطنش بیع است.

۲. یک نفر مالی را اجاره می کند و در اجاره شرط می شود اگر مستأجر در پایان مدت خواست مالک مال بشود باید فلان مبلغ اضافه بدهد. یعنی آن مبالغی که بابت اجاره داده هیچ، علاوه بر آن برای اینکه مالک شود یک مبلغ دیگر بدهد. در اینجا مستأجر مخیر است. این در واقع اجاره است همراه با پیشنهاد بیع (وعده ی بیع) یعنی اجاره ای است که در آخر مدت مستأجر با یک پیشنهاد روبرو است. شما یک ماشین اجاره می کنید ماهی ۵۰۰ هزار تومان یک ساله در همان اجاره شرط می کنید اگر مستأجر در آخر مدت بخواهد مالک ماشین بشود باید چهار میلیون بدهد که تا حالا ماهی ۵۰۰ تومان را داده و اجاره بوده که علاوه بر آن باید چهار میلیون بدهد. در نوع اول آخرین قسط را می داد و مالک می شد.

ماده ۳۴۵- هر یک از بايع و مشتري بايد علاوه بر اهليت قانوني براي معامله اهليت براي تصرف در مبيع يا ثمن را نيز داشته باشد.

يك اصطلاح داريم «اهليت» و يك اصطلاح داريم «اختيار».

اهليت را قبلاً خوانديم يعنى بلوغ و عقل و رشد كه به قواى دماغى بر مى گردد. چه كسى اهليت دارد؟ كسى كه بالغ و عاقل و رشيد است.

اختيار يا اختيار تصرف يا جواز تصرف: اختيار بر مى گردد به مال. چه كسانى اختيار ندارند و ورشكسته كه اهليت دارد اما اختيار ندارد كه بلوغ و عقل و رشدش ايراد ندارد، مالش ايراد دارد. در فقه مفلّس محجور است اما در حقوق ورشكسته محجور نيست فقط اختيار تصرف در مال خود را ندارد.

مثال: كسى كه مالش توقيف شده اهليت دارد و اختيار تصرف در ساير اموالش را هم دارد و فقط اختيار تصرف در مال توقيف شده اش را ندارد. فضول اهليت دارد ولى اختيار تصرف در مال را ندارد چون مال خودش نيست.

در عقود طرفين بايد هم اهليت داشته باشند و هم اختيار ولى متأسفانه قانون در سه مورد به جاى اختيار گفته اهليت. يعنى به جاى اينكه بگويد اهليت مى خواهيم و اختيار گفته اهليت مى خواهيم و اهليت. پس اهليت دوم منظورش اختيار است (مواد ۳۴۵، ۷۵۳، ۷۹۶).

ماده ۳۴۵- هر يك از بايع و مشتري بايد علاوه بر اهليت قانوني براي معامله اهليت براي تصرف در مبيع يا ثمن را نيز داشته باشد.

ماده ۷۵۳- براي صحت صلح، طرفين بايد اهليت معامله و تصرف در مورد صلح داشته باشند.

ماده ۷۹۶- واهب بايد براي معامله و تصرف در مال خود اهليت داشته باشد.

ماده ۳۴۶ و ۳۴۷ با اينكه يك بار سؤال بود اما چيزى ندارد.

ماده ۳۴۶- عقد بيع بايد مقرون به رضاى طرفين باشد و عقد مكره نافذ نيست.

ماده ۳۴۷- شخص كور مى تواند خريد و فروش نمايد مشروط بر اينكه شخصاً به طريقي غير از معاينه يا به وسيله كسى ديگر ولو طرف معامله جهل خود را مرتفع نمايد.

ماده ۳۴۸- بيع چيزى كه خريد و فروش آن قانوناً ممنوع است و يا چيزى كه ماليت و يا منفعت عقلايى ندارد يا چيزى كه بايع قدرت بر تسليم آن ندارد باطل است مگر اينكه مشتري خود قادر بر تسليم باشد.

قدرت بر تسليم: قدرت بر تسليم شرط صحت همه ي عقود است. در همه ي عقود بدون استثناء قدرت بر تسليم شرط صحت است اما قانونگذار فقط در بيع و اجاره گفته. ماده بيع قسمت آخر ماده ۳۴۸ (فوق الذكر) است و ماده ي اجاره ۴۷۰ است.

ماده ۴۷۰- در صحت اجاره قدرت بر تسليم عين مستأجره شرط است.

يعنى چيزى كه فروختى بتوانى تحويل بدهى. انگشتى را كه ته دريا است نمى شود فروخت. چطور مى توانى تحويل بدهى؟ مگر اينكه طرف قدرت بر تسلّم داشته باشد. پرنده ي من در آسمان است و من نمى توانم تحويل بدهم اما تو خودت مى توانى بگيرى كه من مى توانم به تو بفروشم. اگر در زمان عقد قدرت بر تسليم وجود داشته باشد كه عقد صحيح است حال اگر بعد از عقد قدرت بر تسليم از بين برود دو حالت دارد:

۱. قدرت بر تسلیم به طور دائم از بین می رود.

۲. قدرت بر تسلیم به طور موقت از بین می رود.

در حالت اول که قدرت بر تسلیم به صورت دائم از بین می رود عقد منفسخ می شود نه باطل زیرا عقدی که صحیح است محال است باطل شود (ماده ۳۸۷ ق.م).

ماده ۳۸۷- اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در اینصورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

مثال: من پرندۀ ام را که الآن در قفس است به شما می فروشم که بیع صحیح است. حال در قفس را باز می کنم که پرندۀ را به تو بدهم. پرندۀ پرید و رفت که عقد منفسخ می شود و مانند تلف قبل از قبض می باشد.

در حالت دوم که قدرت بر تسلیم به طور موقت از بین می رود دوباره دو حالت وجود دارد:

۱. تسلیم وحدت مطلوب است.

۲. تسلیم تعدد مطلوب است که بعداً هم بیاید اشکال ندارد.

اگر تسلیم وحدت مطلوب باشد دوباره عقد منفسخ می شود زیرا در وحدت مطلوب از بین رفتن موقت مثل از بین رفتن دائمی است.

قرار بوده شام عروسی را پنج شنبه شب بیاورد حال می گوید نمی توانم و جمعه شب می آورم که می گوئیم دیگر برو چون دیگر به درد ما نمی خورد (وحدت مطلوب) - «عقد منفسخ می شود.

اگر تسلیم تعدد مطلوب باشد و قدرت بر تسلیم به طور موقت از بین برود عقد منفسخ نمی شود بلکه طرف حق فسخ دارد. یعنی یا معامله را بر هم بزن و برو و یا صبر کن قدرت بر تسلیم برگردد. چون در تعدد مطلوب صبر کنی بعداً هم به درد می خورد و این را «خیار تعذر تسلیم» گویند که دو ماده ی مهم دارد. مواد ۴۸۸ و ۵۲۸ قانون مدنی.

ماده ۴۸۸- اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستأجره یا منافع آن مزاحم مستأجر گردد در صورتی که قبل از قبض باشد مستأجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننمود می تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت المثل به خود مزاحم رجوع کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود حق فسخ ندارد و فقط می تواند به مزاحم رجوع کند.

ماده ۵۲۸- اگر شخص ثالثی قبل از اینکه زمین مورد مزارعه تسلیم عامل شود آن را غصب کند عامل مختار بر فسخ می شود ولی اگر غصب بعد از تسلیم واقع شود حق فسخ ندارد.

مثال: یک نفر خانه اش را فروخت که قدرت بر تسلیم دارد حال قبل از تسلیم یک نفر خانه را غصب می کند که مشتری دو راه دارد، یا صبر کند غاصب برود بیرون یا فسخ کند.

اگر طرفین مطمئن باشند که قدرت بر تسلیم نیست اما واقعاً باشد، چون قصد ندارند معامله باطل است. اگر طرفین مطمئن از قدرت بر تسلیم باشند اما در واقع قدرت بر تسلیم وجود نداشته باشد، باز هم معامله باطل است.

نکته: اگر طرفین برای تسلیم اجل (موعد) گذاشته باشند قدرت بر تسلیم در زمان اجل شرط است نه در زمان عقد.

مثال: امروز معامله واقع می شود و قرار می شود که تسلیم سه ماه دیگر صورت بگیرد که امروز مهم نیست قدرت بر تسلیم وجود داشته باشد یا نه و ملاک صحت یا بطلان قدرت بر تسلیم در سه

ماده ۳۷۰- اگر طرفین معامله برای تسلیم مبیع موعدی قرار داده باشند قدرت بر تسلیم در آن موعد شرط است نه در زمان عقد.

نکته: طبق ماده ۳۷۱ در عقود غیرنافذ قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است نه در زمان عقد. علتش این است که در عقود غیرنافذ قانون نظریه ی کشف حکمی را پذیرفته است (ماده ۲۵۸ ق.م). طبق کشف حکمی تاریخ عقد تاریخ اجازه است. در عقود غیرنافذ دو تاریخ داریم، تاریخ عقد و تاریخ اجازه. در عقود غیرنافذ طبق کشف حکمی تاریخ اجازه معتبر است.

ماده ۳۷۱- در بیعی که موقوف به اجازه مالک است قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است.

ماده ۲۵۸- نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود.

ماده ۳۵۴- ممکن است بیع از روی نمونه بعمل آید در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود و الا مشتری خيار فسخ خواهد داشت.

این ماده در مورد بیع از روی نمونه است. فرض مسئله این است که مشتری مبیع را ندیده، از روی نمونه خریده و حالا که مبیع را دیده مخالف نمونه است. نمونه خودش یک کالا است. مثلاً این بلندگو نمونه است، از این چند تا می خواهی برایت بیاورم؟ هزار تا. که این بحث سه حالت دارد:

حالت اول: مبیع عین معین است مشتری ندیده و از روی نمونه خریده است و حالا که دیده مخالف نمونه است که اینجا هیچ راهی ندارد جز فسخ. حق فسخ دارد یا خيار تخلف از وصف (ماده ۳۵۴ ق.م فوق الذکر).

مثال: یک تن برنج در انبار است و در انبار قفل است (پس می شود آدم عین معین را نبیند). من یک مشت برنج به عنوان نمونه به تو می دهم و می گویم برنج های انبار مثل این است و شما کل برنج های انبار را می خرید (در انبار قفل است و شما یک تن برنج توی انبار را خریدی، عین معین). حال در انبار را باز می کنی، برنج مخالف نمونه است که حق فسخ داری (نکته ی ماده ی ۴۱۲). لازم نیست که همه ی برنج مخالف نمونه باشد حتی اگر یک کیلو هم مخالف نمونه درآید، حق فسخ به وجود می آید به عنوان خيار تخلف از وصف (ماده ۴۱۲ ق.م).

ماده ۴۱۲- هر گاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعض دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض مطابق وصف یا نمونه نباشد می تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول نماید.

ماده ۴۱۲ حالتی است که یک قسمت آن مخالف نمونه درآید.

حالت دوم: این است که مبیع کلی است (کلی فی الذمه)، از روی نمونه فروخته شده و آن مصداقی که بایع داده مخالف نمونه است که اینجا مشتری حق فسخ ندارد. اول باید بایع را الزام کند (ماده ۴۱۴)، یعنی آن را پس بدهد و بگوید بایع برو یک مصداق مطابق نمونه بیاور.

ماده ۴۱۴- در بیع کلی خيار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرر بین طرفین باشد.

حال اگر مشتری الزام کرد و الزام ممکن نشد آخر سر حق فسخ دارد (خیار تعذر تسلیم، که مانند شرط فعل است) (ماده ۴۸۲ ق.م).

ماده ۴۸۲- اگر مورد اجاره عین کلی باشد و فردی که مؤجر داده معیوب در آید مستأجر حق فسخ ندارد و می تواند مؤجر را مجبور به تبدیل آن نماید و اگر تبدیل آن ممکن نباشد حق فسخ خواهد داشت.

حالت سوم: مبیع کلی در معین است که ماده ندارد و از همان مواد بالایی باید استفاده کنیم.
مثال: یک تن برنج در انبار است و در انبار قفل است. من صد کیلوی آن را می فروشم (کلی در معین). از روی نمونه یک مشت به تو می دهم مطابق آن می روم داخل انبار ۱۰۰ کیلو برنج می آورم و به تو می دهم. حال تو می بینی این صد کیلو مطابق نمونه نیست (یا همه اش یا قسمتی از آن که مهم نیست). اول الزام می کنیم برود از آن ۹۰۰ کیلوی داخل انبار ۱۰۰ کیلو مطابق نمونه بیاورد اگر در آن ۹۰۰ کیلو ۱۰۰ کیلو مطابق نمونه بود که هیچ و اگر نبود حق فسخ داریم (خیار تخلف از وصف) که فرق کلی در معین با کلی در خیارشان است. این بحث در قسمت خیار است و باز هم به درد می خورد.

توابع مبیع:

وقتی چیزی را می فروشیم یک چیزهائی عرفاً دنبالش هست که آنها هم می شوند مال مشتری (ماده ۳۵۶).

ماده ۳۵۶- هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند.

یک چیزهائی هم عرفاً دنبالش نیست (ماده ۳۵۷).

ماده ۳۵۷- هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی شود مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد.

مثال: وقتی خانه ای را می فروشیم و چیزی نمی گوئیم عرفاً خط تلفن جزء مبیع است. اما عرفاً پرده ها جزء مبیع نیست، لوستر جزء مبیع نیست که دست عرف است و می توانیم خلاف آن را شرط کنیم. ماده ۳۵۸ آمده یک سری مثال های احمقانه زده و گفته باغ را می فروشی درختانش هم هست که معلوم است که درختانش جزء باغ است. سؤال هم می دهند که باید حفظ کنیم. گفته خانه را می فروشی در و پنجره جزء آن است و زمین را می فروشی زراعت نیست. حیوان حامل را می فروشی، حمل جزئش نیست.

ماده ۳۵۸- نظر به دو ماده فوق در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود متعلق به مشتری می شود و بر عکس زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی شود مگر اینکه تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال طرفین عقد می توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند.

ماده ۳۵۹ می گوید اگر شک کردید که جزء مبیع است یا نه اصل عدم است. پس بگو نیست.

ماده ۳۵۹- هر گاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شیئی داخل در بیع نخواهد بود مگر آنکه تصریح شده باشد.

ماده ی ۳۶۰ آخرین ماده توابع مبیع است. این ماده یک منطوق دارد و یک مفهوم.

ماده ۳۶۰- هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است استثناء آن از مبیع نیز جائز است.

منطوق (با مثال): وقتی خانه را می فروشیم تلفن داخل مبیع هست. تلفن مستقلاً (جدا از خانه) قابل معامله هست بنابراین می توانیم در فروش خانه آن را استثناء کنیم چون مستقلاً قابل معامله است. منطوق ماده نیز این را می گوید که هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است و داخل مبیع هست، استثناء آن از مبیع جایز است.

مثال: اگر ماشین را بفروشی زاپاسش جزء ماشین است حال آیا زاپاس خود قابل خرید و فروش هست؟ بله. می توان آن را از مبیع استثناء کرد.

مفهوم (با مثال): خانه را می فروشیم آب و برق و گاز هم جزء مبیع هست. سؤال: آیا آب و برق و گاز مستقلاً قابل معامله است؟ نه! چون اینها مستقلاً قابل معامله نیست و جزء مبیع هست نمی توان آنها را جدا کرد یعنی استثناء آن ها از مبیع جایز نیست.

ماده ۳۶۱ که جزء توابع مبیع نیست. عین معین همیشه در خارج موجود است (عین خارجی) یعنی در خارج از ذهن. کلی در معین هم همیشه در خارج موجود است (صد کیلو از این دویست کیلو)، اما کلی نه تنها در خارج نیست می تواند مصداقش هم اصلاً وجود نداشته باشد.

ماده ۳۶۱- اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.

مثال: الان چاقاله بادام نیست. با اینکه الان چاقاله بادام وجود ندارد اما من می توانم یک تن چاقاله بادام به تو بفروشم (بیع سلف).

قاعده: در بیع عین معین و کلی در معین مبیع باید به هنگام عقد وجود داشته باشد و آلا عقد باطل است ولی در بیع کلی مبیع می تواند وجود نداشته باشد.

آثار بیع

مواد ۳۶۲ تا ۳۹۵

اولین اثر بیع تملیک است (مواد ۳۶۳ تا ۳۶۶).

نکته: طبق ماده ۳۶۳ وجود خیار در عقد بیع مانع تملیک (عین معین یا کلی با تعیین مصداق) نیست.

یعنی اگر من یک خانه به تو بفروشم و تو خیار داشته باشی مانع تملیک نیست.

نکته: طبق همین ماده در عقد بیع وجود اجل هم مانع تملیک نیست.

مثال: من خانه ام را (عین معین، چون قیمی است) به تو فروختم به شرطی که ۶ ماه دیگر تحویل دهم که این اجل هم مانع تملیک نیست.

ماده ۳۶۳- در عقد بیع وجود خیار فسخ برای متبایعین یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن مانع انتقال نمی شود بنابراین اگر ثمن یا مبیع عین معین بوده و قبل از تسلیم آن احد متعاملین مفلس شود طرف دیگر حق مطالبه آن عین را خواهد داشت.

نکته: اگر بعد از تملیک، تملیک کننده مفلس شود اشکال ندارد به خاطر اینکه طرف دیگر مالک شده و مالک داخل غرما نمی شود. طلبکار داخل غرما می شود.
من خانه ام را به تو فروختم و بعد از تملیک ورشکست شدم به درک! چون تو مالک می شوی (زیرنویس ماده).

نکته: طرفین می توانند تملیک را به عقب بیندازند (در عین معین). امروز عقد منعقد می شود و من می گویم تو از ماه دیگه مالک شو که ایرادی ندارد. پس طرفین می توانند با توافق تملیک را به تأخیر بیندازند. ماده ۳۶۴ بند ۲ را قبلاً خواندیم (بیع صرف عقدی است عینی). بند ۱ آن را هم در اجاره می خوانیم که در مورد بیع شرط است.

ماده ۳۶۴- در بیع خیار مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع.

ماده ۳۶۵- بیع فاسد اثری در تملک ندارد.

طبق این ماده بیع فاسد (باطل) اثری در تملک ندارد که می توانست بگوید، تملیک زیرا راجع به مبیع از طرف بایع می شود تملیک و از طرف مشتری می شود تملک.
یعنی بیع فاسد باعث تملیک نمی شود چون اثری ندارد اما بیع فاسد یک اثری دارد که قانون در ماده ی ۳۶۶ گفته است.

ماده ۳۶۶- هر گاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.

این ماده گفته اگر کسی به بیع فاسد مالی را بگیرد (کسی، یعنی بایع یا مشتری، بایع ثمن را گرفته و مشتری مبیع را)، می شود در حکم غاصب خواه عالم باشد یا جاهل. بعضی از در حکم غاصب ها را قانون در جای دیگر گفته مثل این مورد. پس در حکم غصب زیاد است یعنی یدش ضمانی است و به آن ضامن مقبوض به عقد فاسد گویند و در حکم غاصب است و ماده اش هم ۳۶۶ است.

دومین اثر بیع: تسلیم مبیع (ماده ی ۳۶۷ تا ۳۸۹):

ماده ی ۳۶۷ تسلیم را تعریف کرده است:

ماده ۳۶۷- تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع.

تسلیم یعنی دادن مبیع به مشتری که آن طرفش می شود تسلّم. یعنی بایع تسلیم می کند و مشتری تسلّم می کند. تسلیم یعنی دادن و تسلّم یعنی گرفتن. مترادف تسلیم می شود اقباض و مترادف تسلّم می شود قبض. معمولاً دادن را تسلیم گویند و اقباض نمی گویند و گرفتن را قبض می گویند و تسلّم نمی گویند. مثالش ماده ی ۳۶۷ است.

تسلیم به این معنی نیست که حتماً مشتری تصرف کند، همین که مبیع تحت اختیارش قرار بگیرد کافی است (ماده ۳۶۸).

ماده ۳۶۸- تسلیم وقتی حاصل می شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد اگر چه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد.

پس برای تسلیم تصرف مشتری شرط نیست (تصرف بالفعل شرط نیست، تصرف بالقوه کافی است).

نکته: تسلیم هر مالی بنابر ماهیت آن مال است. انتظار نداشته باشید که تسلیم همه ی اموال مثل هم باشد. مثلاً تسلیم زمین با تخلیه ی آن زمین است. من یک سری وسایل در آن زمین دارم که باید آن اموال را بردارم که عرف باید بگوید که چطور تسلیم بشود (ماده ۳۶۹).

ماده ۳۶۹- تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند.

مواد ۳۷۰ و ۳۷۱ خوانده شده و ماده ی ۳۷۲ هم بعداً خوانده می شود.

ماده ۳۷۳- اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست و همچنین است در ثمن.

تسلیم برای چیست؟ تسلیم برای این است که مبیع به مشتری برسد. حال مبیع قبلاً (قبل از بیع) دست مشتری بوده مهم نیست به چه سبب که با وقوع بیع دیگر تسلیم لازم نیست و تسلیم می شود تحصیل حاصل که محال است. مانند اینکه الان شما نشسته اید یک نفر بگوید بنشین، چطور بنشینم؟ پس اگر مبیع قبلاً دست مشتری بوده تسلیم لازم نیست و ثمن قبلاً دست بایع بوده و تسلیم ثمن نیز به بایع لازم نیست.

ماده ۳۷۴- در حصول قبض اذن بایع شرط نیست و مشتری می تواند مبیع را بدون اذن قبض کند.

وقتی مبیع عین معین است یا عین معین می شود (با تعیین مصداق) می شود مال مشتری و تملیک حاصل می شود و در این صورت چون مشتری مالک است خودش می رود مبیع را بر می دارد و نیازی به اذن نیست (اذن بایع). ولی قبل از تعیین مصداق (در بیع کلی و کلی در معین) چون مشتری مالک نیست نمی تواند برود از اموال بایع بردارد. پس مشتری وقتی می تواند مبیع را بردارد که مالک شود یعنی مبیع عین معین باشد یا اگر کلی و کلی در معین باشد، مصداق آن تعیین شود.
مواد ۳۷۵ و ۳۷۶ خوانده شده است.

ماده ۳۷۵- مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد.

ماده ۳۷۶- در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن ممتنع اجبار به تسلیم می شود.

ماده ۳۷۷- هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود.

حق حبس یا گرو کشی که دکتر کاتوزیان گفته است.

در عقود معوض اگر دو تا تعهد باشد (پس اگر دو تا تعهد نباشد حق حبس نیست) و هر دو تعهد حال باشد، طرفین حق حبس دارند. پس برای حق حبس سه شرط بیان شد:

۱. عقد معوض باشد

۲. دو تا تعهد داشته باشیم

حق حبس یعنی این که هر طرف می تواند اجرای تعهد خود را موکول به اجرای تعهد دیگری کند. که به آن «گرو کشی» هم گفته می شود.

مثال: این میز را فروختم هزار تومان (سؤال آزمون) که عقد معوض است و دو تعهد هم دارد که من می گویم میز را نمی دهم تا پول را بدهی و تو هم می گویی من پول را نمی دهم تا تو میز را ندهی که راهش این است که برویم دادگاه که دادگاه اول میز را می گیرد و پول را هم از من می گیرد و رد و بدل می کند.

نکته (۱): حق حبس در بیع آمده (ماده ی ۳۷۷، فوق الذکر) ولی مختص بیع نیست. (دو سه جلسه دیگر احکامی که مختص بیع است خوانده می شود) و در هر دو عقد معوض که آن سه شرط را داشته باشد قابل اجراء است.

نکته (۲): اگر یک تعهد حال باشد و یکی مؤجل (که گفتیم هر دو باید حال باشد)، فقط مؤجل حق حبس دارد. اگر متعهد تعهد حال، تعهدش را انجام ندهد تا زمان سر رسید تعهد مؤجل که با هم مساوی شوند در این صورت متعهد تعهد حال نمی تواند بگوید من حق حبس را اعمال می کنم چون قرار بوده که او زودتر انجام بدهد. به همین خاطر متعهد تعهد مؤجل حق حبس دارد. در فرض دوم هر دو تعهد مؤجل هستند یکی زودتر و یکی دیرتر است. مثلاً یکی یک هفته دیگر است و دیگری دو هفته دیگر که آن یکی که دیرتر است، حق حبس دارد. پس ملاک هر دو یکی است.

در فرض سوم اگر هر دو مؤجل بودند در یک تاریخ قبل از اینکه تاریخ برسد هیچ چیزی قابل مطالبه نیست که قبول دارید حق حبس فرع بر مطالبه است یعنی اول من باید مطالبه کنم و تو در دفاع می گویی حق حبس و تعهد قبل از اجل قابل مطالبه نیست تا به حق حبس استناد کنیم. اجل که رسید هر دو می شوند حال و هر دو طرف هم حق حبس دارند.

نکته (۳): وقتی عقد اقاله می شود طرفین باید عوضین را پس بدهند. بایع باید ثمن را پس بدهد و مشتری مبیع را. چون اقاله عقد است طرفین حق حبس دارند یعنی طرفین در بازگرداندن عوضین حق حبس دارند چون اقاله عقد است. ولی اگر عقد فسخ بشود باید عوضین را پس بدهند ولی حق حبس ندارند چون فسخ ایقاع است (حق حبس مربوط به عقد است). پس به طور خلاصه اقاله عقد است و در آن حق فسخ وجود دارد اما فسخ ایقاع است و در آن حق حبس وجود ندارد.

نکته (۴): طبق ماده ی ۳۷۸ اگر بایع به میل خودش مبیع را داد، قبل از اینکه ثمن را بگیرد دیگر حق حبس ندارد.

ماده ۳۷۸- اگر بایع قبل از اخذ ثمن مبیع را به میل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت مگر به موجب فسخ در مورد خیار.

سؤال: حق حبس در چه مبیعی است، عین معین، کلی یا کلی در معین؟

جواب: هر سه مورد. که نکته ای ندارد و حق حبس ربطی به نوع مبیع ندارد.

نکته: ماده ی ۳۷۸ چیزی گفته که قسمت اول به قسمت دوم نمی خورد. هر دو درست است ولی ربطی به هم ندارند.

ضمان معاوضی:

ضمان یعنی مسئولیت و معاوضی یعنی مربوط به عقود معوض.

ضمان معاوضی یعنی مسئولیت در عقود معوض.

در عقود معوض دو عوض در مقابل هم داریم. یک چیزی می دهیم و یک چیزی می گیریم که اصطلاحاً می گویند دو تا عوض به هم پیوسته است یا با هم همبستگی دارند یا به هم ربط دارند حالا از این ارتباط سه نتیجه می گیریم:

نتیجه ی اول: اگر چیزی ندهی چیزی نمی گیری. به این **تلف** می گویند. چرا چیزی ندادی؟ تلف شد.

نتیجه ی دوم: اگر عوض را ناقص بدهی، عوض دیگر را کامل نمی گیری. باید کامل بدهی تا کامل بگیری که این را **نقص** می گویند.

نتیجه ی سوم: اگر معیوب بدهی کامل نمی گیری. اگر عوضی را که می دهی معیوب باشد، کامل نمی گیری.

این را **ضمان معاوضی** گویند. پس ضمان معاوضی سه اتفاق است که می افتد یکی **تلف**، یکی **نقص** و یکی **عیب**.

ضمان معاوضی دو مرحله است:

۱. قبل از تسلیم

۲. بعد از تسلیم

قبل از تسلیم:

اگر قبل از اینکه تسلیم کنیم تلف شد، قبل از اینکه تسلیم کنیم ناقص شد و یا قبل از اینکه تحویل بدهیم معیوب شد.

بعد از تسلیم:

اگر تحویل تو دادم و دست تو تلف شد، دست تو ناقص شد یا دست تو معیوب شد.

پس ضمان معاوضی سه چیز است در دو مرحله، یکی وقت قبل از تسلیم و یکی وقت بعد از تسلیم.

نکته: در ضمان معاوضی کسی تقصیر ندارد یعنی تلف بدون تقصیر رخ می دهد، نقص

بدون تقصیر رخ می دهد و عیب هم بدون تقصیر رخ می دهد، چه قبل از تسلیم و چه بعد

از تسلیم. پس در ضمان معاوضی کسی مقصر نیست و اگر کسی مقصر باشد ضمان معاوضی نیست.

مواد ۳۸۷، ۳۸۸، ۳۸۹، ۴۲۵ و ۴۵۳ مواد مربوط به ضمان معاوضی هستند که چهار تای اول یعنی ۳۸۷، ۳۸۸، ۳۸۹ و ۴۲۵ مربوط به قبل از تسلیم است و ماده ی ۴۵۳ مربوط به بعد از تسلیم است که ما آن ها را مرحله ای می خوانیم، مرحله ی اول قبل از تسلیم و مرحله ی دوم بعد از تسلیم.

مرحله ی اول: ضمان معاوضی قبل از تسلیم:

که باید در مرحله ی قبل از تسلیم چهار تا چیز بخوانیم:

۱. تلف

۲. اتلاف

۳. نقص

۴. عیب

۱. تلف:

طبق ماده ۳۸۷ هر گاه مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر بایع (که در ضمان معاوضی هم گفتیم کسی تقصیر ندارد) تلف شود، بیع منفسخ می شود و بایع هم باید ثمن را پس بدهد چون بایع چیزی نداده است. پس اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شود، به عهده ی بایع است. این ماده ۳ نکته دارد:

ماده ۳۸۷- اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در اینصورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

نکته اول: این ماده در بیع آمده اما مربوط به بیع تنها نیست بلکه مربوط به تمام عقود معوض است چون اسمش ضمان معاوضی است. خوشبختانه قانون این را به عنوان یک قاعده در نظر گرفته که در اجاره هم گفته (ماده ۴۸۳) و در قرض هم گفته (ماده ۶۴۹) که این نشان می دهد یک قاعده ی کلی است. قانون گفته مبیع در بیع تلف بشود که ثمن هم اگر تلف بشود به عهده ی مشتری است و فرقی بین بیع و غیر بیع نیست.

نکته دوم: این قاعده امری نیست بلکه تکمیلی است و می توان برخلافش توافق نمود. قانون گفته تلف مبیع قبل از قبض از کیسه ی بایع است که می توان شرط کرد که از کیسه ی مشتری برود.

ماده ۴۸۳- اگر در مدت اجاره عین مستأجره بواسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود و در صورت تلف بعض آن مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره نماید.

ماده ۶۴۹- اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقترض است.

نکته سوم: این قاعده (ماده ۳۸۷) هم در عین معین اجراء می شود، هم در کلی و هم در کلی در معین. این قاعده در عین معین صددرصد اجراء می شود و بحثی نیست. ولی در کلی و کلی در معین این قاعده بعد از تعیین مصداق اجراء می شود. چون کلی تلف نمی شود، تلف برای عین معین است. در بیع کلی اگر بایع مصداق را تعیین کرد و تبدیل شد به عین معین و تملیک هم شد و پس از آن مال تلف شد، این قاعده اجراء می شود.

مثال: من به شما به طور کلی ۱۰۰ کیلو برنج فروختم. کلی که تلف نمی شود. حال می گوئی برو برنج را بیاور که من می روم یک وانت می گیرم و ۱۰۰ کیلو برنج را می گذارم داخل وانت تا بیاورم. بین راه ماشین را چپ می کنم و برنج از بین می رود که نمی تواند برود ۱۰۰ کیلو دیگر بیاورد چون تعیین مصداق شده بود و تملیک انجام شده بود که می گویم عزیزم این پولت خداحافظ. این قاعده در کلی و کلی در معین بعد از تعیین مصداق اجراء می شود، پس ویژه ی بیع نیست و ویژه ی عین معین است.

۲. اتلاف:

فرق تلف و اتلاف: تلف یعنی خودبخود از بین می رود و کسی هم مقصر نیست. مثلاً سیل آمد و مال از بین رفت، زلزله آمد از بین رفت. اتلاف یعنی یک نفر آمده تلف کرده (ضرر زدن مستقیم).

قبل از تسلیم سه نفر ممکن است مبیع را تلف کنند (بایع، مشتری، ثالث). یعنی بیع واقع شده است و مبیع هنوز دست بایع است و یک نفر آمده مبیع را تلف کرده است (یا خود بایع، یا

مشتري و يا ثالث).

بايع: هر گاه بايع قبل از تسليم خودش مبيع را تلف کند چون تقصير دارد بيع منفسخ نمی شود يعنی ضمان معاوضی نيست چون که در ضمان معاوضی تقصير نداريم. حال مشتري دو راه دارد **راه اول** اين است که برود سراغ بايع و مثل يا قيمت مبيع را بگيرد پول را هم که ديگر داده است. چون بيع واقع شد و تمليک هم شد و بايع مال مشتري را تلف کرد اگر قيمی بود قيمت روز اداء را می دهد. **در اتلاف و تسبیب مانند غصب بايد قيمت روز اداء را داد.**

راه دوم مشتري بيع را فسخ می کند (خيار تعذر تسليم)، چون وقتی بايع مبيع را تلف کرد ديگر نمی تواند تسليم کند. مشتري ثمن را می گيرد که ثمن هميشه ثابت است. حال اگر وکيل مشتري باشی اگر قيمت بالا رفته بود، راه اول و اگر قيمت پائين رفته بود، راه دوم را اختيار می کنی. زيرا اختيار دست مشتري است.

مشتري: بيع واقع شد و مبيع مال مشتري است ولی هنوز دست بايع است (قبل از تسليم). حالا مشتري می رود مبيع خودش را تلف می کند. طبق ماده ۳۸۹ اگر مشتري خودش مبيع را تلف کند حقی بر بايع ندارد چون مال خودش بوده است. اما یک استثناء دارد که حقوقدانان می گویند آقا اگر بايع مشتري را گول زده باشد و مشتري در اثر غرور مبيع را تلف کرده باشد بايع می شود سبب اقوی از مباشر و بايع مسئول است و مسئول بدل است.

ماده ۳۸۹- اگر در مورد دو ماده فوق تلف شدن مبيع يا نقص آن ناشی از عمل مشتري باشد مشتري حقی بر بايع ندارد و بايد ثمن را تأديه کند.

مثال: من یک گوسفند دارم و تو می آئی و گوسفند مرا می خری (عين معين). من می گویم فردا تحويل می دهم و تو قبول می کنی. امشب تو می آئی خانه ی من مهمانی و می گویم برو آن گوسفند را بکش تا بخوريم. نگو همان گوسفند فروخته شده است که تو می روی گوسفند را می کشی و می خوريم ولی من گفتم (دستور دادم). اينجا درست است تو مبيع را تلف کردی ولی به دستور من بوده و من بايد ثمن را بدهم.

ثالث: بيع واقع شد و مبيع مال مشتري ولی دست بايع است. حال ثالث مبيع را تلف می کند مثل سرقت (سرقت در حکم تلف است) که اينجا بيع منفسخ می شود چون که بايع تقصير ندارد. (ماده ۳۸۷ گفته بدون تقصير بايع که اگر زلزله هم بيايد فرقی ندارد). بيع منفسخ می شود و بايع ثمن را پس می دهد و بعد بايع از باب تسبیب می رود سراغ ثالث می گوید ثالث تو با کارت به من ضرر زدی و بايد جبران کنی. اما اگر زلزله بيايد به عهده ی خود بايع است.

نقص و عيب قبل از تسليم:

دو واژه ی نقص و عيب با هم فرق دارد که در قانون خیلی می بينيم.

۳. نقص:

نقص يعنی تلف بعض (تلف جزء) يعنی یک قسمت از مبيع از بين رفت که آن قسمت مستقلاً خودش یک قيمت مشخص دارد.

مثال ۱: صد کيلو برنج فروختم (عين معين) که قبل از تسليم ۵۰ کيلوی آن از بين رفت (که اين نقص است). مبيع ناقص شد.

مثال ۲: یک ميز و صندلی خريدم (در یک عقد). هر وقت چند چيز یک ثمن داشته باشد (به یک ثمن فروخته بشوند) می شود یک عقد. و اگر چند تا ثمن داشته باشند می شوند چند عقد.

حال یک میز و صندلی را با هم صد تومان خریدیم که قبل از تسلیم میز از بین رفت که باز هم نقص است چون صندلی کاملاً سالم است.

۴. عیب:

عبارتست از « از بین رفتن وصف سلامت مال که در مقابل این وصف قیمت مشخصی وجود ندارد».

مثال: یک صندلی خریدیم صندلی همیشه صدا می دهد که این عیب است. همه ی اجزایش هست ولی ایرادی دارد. یک ماشین خریدی همیشه خاموش می شود. پس عیب یعنی کالا سالم نیست.

حالا حکم ها: هر گاه مبیع قبل از تسلیم ناقص شود (بدون تقصیر) طبق ماده ۳۸۸ مشتری حق فسخ دارد (خيارش تبعض صفقه است) و طبق ماده ی ۴۲۵ اگر مبیع قبل از تسلیم معیوب شود مشتری خيار عیب دارد. پس یکی خيارش تبعض صفقه است و دیگری خيارش عیب است که خیلی فرق ندارند.

ماده ۳۸۸ - اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.

ماده ۴۲۵ - عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است.

خلاصه: ضمان معاوضی قبل از تسلیم

تلف: بیع منفسخ می شود (ماده ۳۸۷)

نقص: خيار تبعض صفقه (ماده ۳۸۸)

عیب: خيار عیب (ماده ۴۲۵)

مرحله ی دوم: ضمان معاوضی بعد از تسلیم:

بعد از تسلیم تلف، نقص و عیب به عهده ی مشتری است چون بایع مبیع را فروخته و سالم هم تحویل داده ولی با جمع شدن دو شرط بعد از تسلیم، تلف و نقص و عیب بعد از تسلیم به عهده ی بایع است که قابل توجیه نیست و اینجا مختص عقد بیع است.

شرط اول: اگر در عقد بیع یکی از سه خيار مجلس، حیوان یا خيار شرط باشد بایع بعد از تسلیم هم مسئول است. تنها وجه اشتراک این سه خيار این است که مدت دارند پس بایع بعد از تسلیم می داند تا چه وقت مسئول است. در خيار حیوان سه روز، در خيار مجلس تا زمانی که از هم جدا نشده اند و در خيار شرط تا زمانی که مدت شرط تمام بشود.

شرط دوم: آن سه تا خيار فقط مال مشتری باشد یعنی بایع خيار نداشته باشد و اگر بایع هم آن سه تا خيار را داشت مسئول نیست. اگر فقط بایع خيار داشته باشد بایع مسئول نیست. این سه تا خيار، خيارات مختص به مشتری است.

با جمع شدن این دو شرط بعد از تسلیم، بایع مسئول است یعنی اگر مبیع تلف بشود (بدون تقصیر، در حالی که مبیع دست مشتری است)، بیع منفسخ می شود و اگر ناقص بشود خیار تبعض صفقه دارد علاوه بر آن سه تا خیار و اگر هم معیوب بشود مشتری خیار عیب دارد (ماده ۴۵۳). این قاعده فقط در بیع است و فقط مال عین معین است.

ماده ۴۵۳- در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده بایع است.

آخرین بحث بیع (ضمان درک):

ضمان یعنی مسئولیت و درک (تدارک) یعنی جبران. ضمان درک مربوط به بحث معامله ی فضولی است.

ضمان درک یعنی مسئولیت جبران. ضمان درک چیز جدیدی نیست چون قبلاً خوانده شده است.

برای تحقق ضمان درک سه شرط لازم است:

۱. انعقاد معامله ی فضولی (همیشه ضمان درک مربوط به معامله ی فضولی است)
۲. گرفتن عوض به وسیله ی فضول: فضول باید عوض را از اصیل بگیرد
۳. رد معامله توسط مالک: یعنی مالک معامله را رد کند و یعنی معامله باطل باشد. پس اگر قبول کند ضمان درک پیش نمی آید.

با جمع شدن این سه شرط می گویند بایع فضولی ضامن درک مبیع است. که معمولاً فضولی اش را نمی گویند و می گویند «بایع ضامن درک مبیع است» و این یعنی:

(۱) بایع فضولی باید ثمن را پس بدهد. به چه کسی؟ به اصیل.

(۲) اگر اصیل جاهل بود خساراتش را هم بدهد ولی اگر اصیل عالم بود فقط ثمن را پس می دهد.

نکته: ضمان درک از آثار معامله ی فضولی است یعنی رابطه ی فضول و اصیل. فضول مال غیر را فروخته پولش را هم گرفته حالا باید پول را پس بدهد. این را ضمان درک گویند.

ماده ی ۳۹۰ می خواهد بگوید ضمان درک را در قراردادهای تنوید.

ماده ۳۹۰- اگر بعد از قبض ثمن مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير در آید بایع ضامن است اگر چه تصریح به ضمان نشده باشد.

ماده ی ۳۹۱ گفته باید چکار کنیم. که این ضمان درک است:

ماده ۳۹۱- در صورت مستحق للغير در آمدن کل یا بعض از مبیع بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز بر آید.

که بایع فضولی باید در هر حال ثمن را بدهد چه اصیل جاهل باشد چه عالم.

نکته ۱: ضمان درک در مبحث بیع آمده ولی مختص بیع نیست و در تمام عقود معوض وجود دارد.

نکته ۲: قانون مدنی در ضمان درک گفته بایع ضامن درک مبیع است، ولی همیشه اینطور نیست. معمولاً (و نه همیشه) در بیع فضولی بایع فضول است، یعنی مبیع مال غیر است ولی امکان دارد

مشتري فضول باشد يعنى ثمن مال غير باشد. پس اگر ثمن مال غير باشد مشتري فضولي ضامن درك ثمن است و بايد مبيع را پس بدهد.

دو تا ماده داريم كه گفته مشتري ضامن درك است. (ماده ۳۶۲ بند ۲ و ماده ۶۹۷ ق.م):

ماده ۳۶۲- آثار بيعي كه صحيحاً واقع شده باشد از قرار ذيل است:

۱- به مجرد وقوع بيع مشتري مالك مبيع و بايع مالك ثمن مي شود.

۲- عقد بيع بايع را ضامن درك مبيع و مشتري را ضامن درك ثمن قرار مي دهد.

۳- عقد بيع بايع را به تسليم مبيع ملزم مي نمايد.

۴- عقد بيع مشتري را به تأديه ثمن ملزم مي كند.

ماده ۶۹۷- ضمان عهده از مشتري يا بايع نسبت به درك مبيع يا ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن آن جايز است.

در امتحان اينطور از ما مي خواهند.

بايع ضامن درك مبيع است پس بايد ثمن را پس بدهد. مشتري ضامن درك ثمن است

پس بايد مبيع را پس بدهد يعنى فضول هر چه گرفت بايد پس بدهد.

فضول ضامن درك است و بايد عوض را پس بدهد بايع ثمن مي گيرد و مشتري مبيع.

نكته ۳: در ضمان درك بايع بايد ثمن را پس بدهد. در ضمان معاوضي وقتي مبيع تلف مي شد بايد ثمن را پس مي داد. پس ضمان درك و ضمان معاوضي يك شباهت دارند و گفته اند كه ضمان درك نوعي ضمان معاوضي است چون در هر دو بايد ثمن را پس بدهند. اسم ديگر ضمان معاوضي « ضمان معاملي » است پس اگر سؤال شد « آيا ضمان درك يك نوع ضمان معاوضي است؟ » مي گوييم « بله ».

نكته ۴: ضمان درك ويژه ي عين معين است. چرا؟ در كلي اگر بايع مال غير را به مشتري بدهد اين معامله فضولي نيست، بايع وفاي به عهد نكرده است كه مشتري آن مال را پس مي دهد و مي گويد بايع برو مال خودت را بياور. پس جائيكه معامله فضولي نيست ضمان درك هم نيست كه در كلي معامله فضولي نيست كه مشتري آن برنج را پس بدهد و طرف برنج خودش را بدهد.

نكته ۵: قواعد ضمان درك امري نيست و تكميلي است و مي شود به سه صورت بر خلافش توافق كرد:

صورت اول: شرط عدم ضمان درك (شرط عدم مسئوليت در وجه التزام) كه يك نوع شرط عدم مسئوليت است.

مثال: فروشنده شرط مي كند كه به شرطي مي فروشد كه اگر معلوم شد اين مال كه مي فروشم مال من نبوده پولت را پس نمي دهم. طرف هم قبول مي كند و اين را شرط عدم ضمان درك گويند.

صورت دوم: شرط تخفيف ضمان درك بايع مي گويد اگر معلوم شد من فضولم (يعني اين مال مال غير است) من كاملاً ضامن درك نباشم كه طرف هم قبول مي كند. (اين شرط درست است ولي عقد باطل است).

صورت سوم: عكس صورت دوم است يعنى شرط تشديد ضمان درك. بايع مي گويد تو را بخدا بخر و اگر مال غير در آمد دو برابر ثمن را به تو مي دهم.

خيارات

مواد ۳۹۶ تا ۴۵۷

قانونگذار کار مسخره ای کرده اول خيارات را گفته و آخر سر کلیات را گفته است. ما بر عکس عمل می کنیم یعنی اول کلیات و بعد تک تک خيارات را توضیح می دهیم.

کلیات:

خيار: یعنی حق فسخ عقد لازم. خيار فقط در عقد لازم است (ماده ۴۵۶ ق.م.).

ماده ۴۵۶ - تمام انواع خيار در جميع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خيار مجلس و حيوان و تأخير ثمن که مخصوص بيع است.

ماده ۳۹۶ ده تا خيار را شمرده که دو تا به آن اضافه می کنیم.

ماده ۳۹۶ - خيارات از قرار ذیل اند:

- ۱- خيار مجلس
- ۲- خيار حيوان
- ۳- خيار شرط
- ۴- خيار تأخير ثمن
- ۵- خيار رؤيت و تخلف وصف
- ۶- خيار غبن
- ۷- خيار عيب
- ۸- خيار تدليس
- ۹- خيار تبعض صفقة
- ۱۰- خيار تخلف شرط

یعنی در قانون مدنی خيارات ۱۲ تا است که در فقه حداقل ۷ تا و حداکثر ۱۴ تا است (علتش این است که بعضی از فقها دو خيار را یکی می دانند) که یکی خيار تفليس است و یکی خيار تعذر تسليم.

از این ۱۲ خيار سه موردش فقط در بيع وجود دارد:

۱. خيار مجلس
۲. خيار حيوان
۳. خيار تأخير ثمن

که این ها با خيار مجلس و حيوان و خيار شرط فرق دارد. این سه تا فقط مخصوص بيع است که خيارات مختص گویند و بقیه ی خيارات را مشترک گویند (ماده ۴۵۶ ق.م.).

ماده ۴۵۶ - تمام انواع خيار در جميع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خيار مجلس و حيوان و تأخير ثمن که مخصوص بيع است.

نکته: فکر نکنید که آن ۹ تا در همه ی عقود هست. نه! یک قاعده دارد. خيار باید با ماهیت عقد سازگار باشد مثلاً خيار غبن مربوط به عقود معوض است و خيار شرط در سه عقد وجود ندارد یکی نکاح (ماده ۱۰۶۹)، یکی ضمان و یکی وقف که دو مورد اخير ماده ندارد ولی خيار شرط در ضمان یک نکته ی جالب دارد که بعداً گفته می شود.

ماده ۱۰۶۹- شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد.

نکته: خیار شرط با بقیه ی خیارات دو فرق دارد:

۱. خیار شرط ناشی از عقد است یعنی طرفین بخواهند شرط می گذارند و بخواهند شرط نمی گذارند. اما بقیه ی خیارات دست قانون است و دست طرفین نیست. خیار شرط منشأ قراردادی دارد و بقیه ی خیارات منشأ قانونی دارند.

۲. خیار شرط تنها خیاری است که ثالث هم دارد. بقیه ی خیارات مربوط به طرفین است.

خیارات از نظر مدت سه گروه می باشند:

گروه اول: خیارات مدت دار سه تا است:

(۱) خیار مجلس

(۲) خیار حیوان

(۳) خیار شرط

خیار مجلس تا زمان جدائی است، خیار حیوان تا ۳ روز و خیار شرط تا سر رسید مدت شرط شده.
گروه دوم: خیارات فوری که مدت ندارند ولی فوری اند از چه وقت؟ از تاریخ علم یعنی هر وقت فهمیدید خیار دارید، فوری باید اعمال کنید.

اصل این است که خیار فوری نیست (اصل عدم فوریت خیار است) پس خیارهای فوری استثناء هستند و نیاز به تصریح دارند.

خیارات فوری چهار مورد است:

۱. خیار رؤیت (ماده ۴۱۵)

۲. خیار غبن (ماده ی ۴۲۰)

۳. خیار عیب (ماده ی ۴۳۵)

۴. خیار تدلیس (ماده ی ۴۴۰)

ماده ۴۱۵- خیار رؤیت و تخلف وصف بعد از رؤیت فوری است.
ماده ۴۲۰- خیار غبن بعد از علم به غبن فوری است.
ماده ۴۳۵- خیار عیب بعد از علم به آن فوری است.
ماده ۴۴۰- خیار تدلیس بعد از علم به آن فوری است.

گروه سوم: خیارات غیر فوری که مدت ندارند، ماده ندارند و فوری هم نیستند و عبارتند از:

۱. خیار تأخیر ثمن ۲. خیار تبعض صفقه ۳. خیار تخلف شرط (یا تخلف از شرط) ۴. خیار تفلیس ۵. خیار تعذر تسلیم.

نکته: خیار یک حق مالی است، حق شفعه هم یک حق مالی است. می خواهیم این دو را با هم مقایسه کنیم:

مقایسه ی خیار با حق شفعه

۱. هر دو حق مالی اند ولی خیار نه حق عینی است و نه حق دینی. حق شفعه حق عینی است.

۲. هیچکدام قابل انتقال ارادی نیستند. خیار قابل انتقال ارادی نیست و حق شفعه هم قابل

انتقال ارادی نیست.

۳. هر دو به ارث می رسند (یعنی قابل انتقال قهری هستند). خیار به ارث می رسد و حق شفعه هم به ارث می رسد.
به ارث رسیدن خیار:
طبق ماده ۴۴۵ خیار به ارث می رسد.

ماده ۴۴۵- هر یک از خيارات بعد از فوت منتقل به وراث می شود.

این قاعده سه استثناء دارد که دو مورد در قانون هست و یک مورد نیست:
(۱) اگر خیار شرط به قید مباشرت طرف باشد به ارث نمی رسد (ماده ی ۴۴۶).

ماده ۴۴۶- خیار شرط ممکن است به قید مباشرت و اختصاص به شخص مشروط له قرار داده شود در این صورت منتقل به وارث نخواهد شد.

(۲) خیار شرط اگر برای ثالث باشد و ثالث بمیرد به وراثش نمی رسد و از بین می رود
(ماده ی ۴۴۷).

ماده ۴۴۷- هرگاه شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد منتقل به ورثه نخواهد شد.

(۳) استثناء سوم ماده ندارد و حقوقدانان گفته اند. خیار مجلس موقعی به ارث می رسد که وقتی طرف می میرد اگر تمام وراثش در مجلس باشند خیار مجلس به همه می رسد اما اگر حتی یکی از وراث در مجلس نباشد خیار از بین می رود و به هیچ کس نمی رسد.

نکته: وقتی خیار به ارث رسید وراث باید دسته جمعی فسخ کنند (همه با هم) که به این حالت **ایقاع جمعی** می گویند (فسخ ایقاع بود). اگر یکی از وراث مخالف باشد بقیه ی وراث هیچ کاری نمی توانند بکنند.

نکته: در معامله ی اموال غیر منقول اگر برای متوفی خیار باشد، این خیار به زن می رسد. خلاصه خیار برای زن فایده دارد.

به ارث رسیدن حق شفعه

حق شفعه طبق ماده ی ۸۲۳ به وراث می رسد. اگر قبل از اخذ به شفعه شخص بمیرد، حقش به وراثش می رسد.

ماده ۸۲۳- حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می شود.

اعمال حق شفعه توسط وراث فرقی با اعمال خیار توسط وراث دارد. اگر همه ی وراث بخواهند اخذ به شفعه کنند که هیچ مشکلی نیست. همه ی وراث می روند نزد مشتری پول را به وی می دهند و سهم را تملک می کنند. حال بعضی از وراث نمی خواهند اخذ به شفعه کنند چون باید پول بدهند. اگر بعضی از وراث نخواهند بقیه ی وراث می توانند اخذ به شفعه کنند اما باید کل مال را از طرف بگیرند و نمی توانند تبعیض قائل شوند. یعنی نمی توانند نسبت به سهم خود اخذ به شفعه کنند (ماده ی ۸۲۴ ق.م).

ماده ۸۲۴- هر گاه یک یا چند نفر از وراث حق خود را اسقاط کند باقی وراث نمی توانند آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا نمایند و باید یا از آن صرف نظر کنند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نمایند.

که این با ماده ی ۸۱۵ تعارض دارد.

ماده ۸۱۵ - حق شفعه را نمی توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید.

۴. چهارمین شباهت خیار با حق شفعه این است که هر دو قابل اسقاط هستند. خیار قابل اسقاط است و حق شفعه هم قابل اسقاط است.

خیار قابل اسقاط است (ماده ۴۴۸ ق.م).

ماده ۴۴۸ - سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود.

در عقد می توانیم شرط کنیم که همه ی اختیارات ساقط بشوند (اسقاط کافه ی اختیارات). پس در عقد می توانیم تمام اختیارات را ساقط کنیم اما یک نکته دارد. اگر در عقد بگوئیم تمام اختیارات ساقط بشود، شامل سه خیار نمی شود:

(۱) خیار تدلیس (چون شخص، طرف معامله را فریب داده رفته و خیارش را هم ساقط

کرده است که با نظم عمومی تعارض دارد).

(۲) خیار تفلیس

(۳) خیار تعذر تسلیم که با نظم عمومی تعارض دارد.

اگر طرف بداند که این اختیارات را دارد و ساقط کرده ایرادی ندارد (طبق قاعده ی اقدام).

حق شفعه قابل اسقاط است (ماده ی ۸۲۲ ق.م)

ماده ۸۲۲ - حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می شود.

نکته: حق شفعه را بعد از بیع می توان ساقط کرد نه قبل از بیع. چون قبل از بیع حق شفعه ای به وجود نیامده که بخواهیم ساقط کنیم. من و تو شریک هستیم، تو می خواهی بفروشی و به من می گوئی می خری؟ من می گویم نه! تو می روی می فروشی که الآن برای من حق شفعه به وجود می آید و می توانم الآن حق شفعه ام را اعمال کنم. این موضوع یک بار سؤال بود. گفته بود شریک با رضایت شریک دیگر مالش را فروخته، آیا می تواند ادعای حق شفعه کند و آن را اعمال کند؟ باید بگوئیم بله. شاید اصلاً طرف این کار را کرده که برایش حق شفعه به وجود بیاید.

اختیارات:

۱. خیار مجلس (ماده ی ۳۹۷):

ماده ۳۹۷ - هر یک از متبایعین بعد از عقد فی المجلس و مادام که متفرق نشده اند اختیار فسخ معامله را دارند.

خیار مجلس اختصاص به یک طرف ندارد و برای هر دو طرف به وجود می آید، هم بایع و هم مشتری.

نکته: خیار مجلس در عقد کلی هم هست با حالی که بعضی از اختیارات در کلی نیست.

نکته: خیار مجلس با عقد به وجود می آید. بعضی از اختیارات با عقد به وجود می آیند یعنی بلافاصله با عقد به وجود می آیند. بعضی از اختیارات هم بعد از عقد به وجود می آیند. خیار مجلس با عقد به وجود می آید.

نکته: خیار مجلس استثناء است و مبنا ندارد. مبنا ی آن یک روایت است، یعنی اصل، عدم وجود خیار مجلس است. پس وقتی استثناء است باید تفسیر مضیق بشود و هر جا شک کردیم خیار مجلس داریم یا نداریم، باید بگوئیم نیست.

مثال: در بیع بوسیله ی تلفن بعضی گفته اند خیار مجلس هست و بعضی گفته اند نیست که باید گفت در بیع بوسیله ی تلفن خیار مجلس وجود ندارد.

مثال: در بیع بوسیله ی مکاتبه (اینترنت)، خیار مجلس نیست.

مثال: در معامله با خود (یک نفر وکیل دو طرف عقد است)، خیار مجلس وجود ندارد.
۲. خیار حیوان (ماده ی ۳۹۸):

ماده ۳۹۸- اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد.

طبق ظاهر ماده خیار حیوان فقط مخصوص مشتری است. اما نه! خیار حیوان به مشتری اختصاص ندارد و اگر ثمن حیوان باشد بایع هم خیار حیوان دارد که سه حالت است یا مبیع حیوان است یا ثمن و یا هر دو. اگر مبیع حیوان باشد مشتری خیار دارد، اگر ثمن حیوان باشد بایع خیار دارد و اگر ثمن و مبیع هر دو حیوان باشند، بایع و مشتری هر دو خیار دارند.

قاعده: در بیع هر طرف حیوان گرفت و مالک شد، خیار دارد.

نکته: خیار حیوان در کلی وجود ندارد (یعنی فقط در عین معین و کلی در معین است).

نکته: خیار حیوان با عقد به وجود می آید تا سه روز. فرض کنید الان پنج شنبه ساعت ۱۰ صبح است، حیوان را خریدی تا ۱۰ صبح فردا یک روز تا ۱۰ صبح شنبه دو روز و تا ۱۰ صبح یکشنبه که می شود سه روز، خیار داریم یعنی از لحظه ی عقد به مدت سه روز.

نکته: خیار حیوان مربوط به حیوان زنده است که معلوم و واضح است. حیوان مرده که دیگر حیوان نیست.

۳. خیار شرط (مواد ۳۹۹ تا ۴۰۱):

ماده ۳۹۹- در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد.

اولاً خیار شرط با شرط خیار یکی است.

خیار شرط اختصاص به یک طرف ندارد، برای هر دو طرف یا برای ثالث می توان شرط کرد. خیار شرط ۷ حالت دارد. یا بایع دارد یا مشتری دارد و یا ثالث دارد (۳ تا)، یا بایع و مشتری دارد (۴)، یا بایع و ثالث دارد (۵)، یا مشتری و ثالث دارد (۶) و یا بایع و مشتری و ثالث دارد (۷).

نکته: خیار شرط در عقد کلی هم هست.

نکته: خیار شرط دو نوع است، متصل و منفصل. اگر ابتدای خیار شرط (خیار شرط یک ابتدا دارد و یک انتها) زمان عقد باشد می شود متصل و اگر ابتدای خیار شرط بعد از عقد باشد می شود منفصل. اگر هم ابتدای خیار شرط را نگوئیم اشکالی ندارد می شود متصل (طبق ماده ی ۴۰۰).

ماده ۴۰۰- اگر ابتداء مدت خیار ذکر نشده باشد ابتداء آن از تاریخ عقد محسوب است و الا تابع قرار داد متعاملین است.

من و شما یک عقدی می بندیم، من می گویم از امروز (پنج شنبه) خیار دارم به مدت یک هفته می شود متصل. اما اگر من بگویم از شنبه خیار دارم به مدت یک هفته می شود منفصل. من و شما یک عقد می بندیم و من می گویم من تا یک هفته خیار دارم خداحافظ، می شود متصل.

نکته: خیار شرط انتهایش باید مشخص باشد (مدت) و اگر مدتش مشخص نباشد طبق ماده ۴۰۱ هم شرط باطل است و هم عقد.

مثلاً خانه ام را فروختم ۱۰۰ میلیون و برای خودم خیار گذاشتم خداحافظ که این معامله غرری است و باطل.

ماده ۴۰۱- اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است.

نکته: ماده ی ۴۰۱ که گفته اگر خیار مدت نداشته باشد عقد باطل است، مربوط به عقود معوض است. در عقود مجانی چون غرر وجود ندارد می توانیم خیار شرط بگذاریم بدون مدت (مانند صلح بلاعوض و هبه) که مشکلی ندارد و غرری نیست.

۴. خیار تأخیر ثمن (مواد ۴۰۲ تا ۴۰۹):

خیار تأخیر ثمن فقط مربوط به بایع است، تنها خیاری که مختص به یک طرف است و طرف دیگر به هیچ وجه ندارد (تمام خیارات را به نوعی همه دارند تحت شرایطی). پس خیار تأخیر ثمن مختص بیع است و مختص بایع است (ماده ۴۰۶).

ماده ۴۰۶- خیار تأخیر مخصوص بایع است و برای مشتری از جهت تأخیر در تسلیم مبیع این اختیار نمی باشد.

خیار تأخیر ثمن، برای اینکه بوجود بیاید، چهار تا شرط دارد:

۱. مبیع کلی نباشد (پس خیار تأخیر ثمن در کلی نیست و در عین معین و کلی در معین است). پس اگر مبیع کلی باشد، خیار تأخیر ثمن بوجود نمی آید.

۲. مبیع و ثمن هر دو حال باشند و هیچ کدام مؤجل نباشند.

۳. سه روز از تاریخ بیع بگذرد. پس این خیار بعد از عقد به وجود می آید یعنی بعد از سه روز. خیار حیوان با عقد است تا سه روز ولی خیار تأخیر ثمن بعد از سه روز بوجود می آید و حالا حالاها هم هست. خیار شرط هم متصل بود و هم منفصل که متصلش با عقد بود و منفصلش بعد از عقد.

۴. در این سه روز نه بایع تمام مبیع را داده باشد (حالا یا هیچی را ندهد یا بعضی را، مهم نیست) و نه مشتری تمام ثمن را داده باشد. پس اگر هر کدام تمام را بدهند دیگر خیار نیست.

با جمع شدن این چهار شرط بایع خیار دارد.

مثال: این میز را فروختم هزار تومان که شرط اول (مبیع عین معین باشد) هست و شرط دوم هم هست (مبیع و ثمن هر دو حال اند). شما می گوئید بروم پول را بیاورم، من هم می گویم من میز را نمی دهم (حق حبس) تا پول را بیاوری. یعنی حالا این میز تملیک شده و اما اگر رفتی و تا سه روز نیامدی که تو ضرری نکرده ای ولی میز تو دست من است و اگر تلف شود من مقصرم که قانون گفته تا سه روز است و بعد از سه روز من حق دارم بیع را فسخ کنم و بروم که این خیار به خاطر ضرر بایع است.

نکته: اگر مشتری ثمن را بدهد بایع دیگر خیار ندارد. یک سری چیزها وجود دارد که در حکم دادن ثمن است. (یعنی دادن ثمن نیست) که اگر اینها اتفاق بیفتد بایع خیار ندارد:

۱. **دادن ضامن:** که وقتی مشتری برای ثمن ضامن بدهد و بایع عقد ضامن را بپذیرد چون

ذمه ی بایع بری شده، بایع خیار تأخیر ثمن ندارد (پس ضامن دادن در حکم دادن ثمن است)

۲. اگر ثمن حواله بشود: مشتری به بایع می گوید برو ثمن را از فلانی بگیر یا بایع به مشتری می گوید پول را به جای اینکه به من بدهی به فلانی بده چون من به او بدهکارم. پس اگر ثمن توسط هر کدام از طرفین حواله شود، بایع خیار تأخیر ثمن ندارد.

۵. خیار رؤیت و تخلف وصف (مواد ۴۱۰ تا ۴۱۵):

خیار رؤیت را در بحث بیع از روی نمونه خوانده ایم. خیار رؤیت این است که یک نفر مالی را ندیده و به وصف خریده یا از روی نمونه خریده یا اینکه مال را قبلاً دیده و به اعتبار شناخت قبلی خریده و حالا می بیند فرق کرده است. این را خیار رؤیت گویند که یکی را ماده ی ۴۱۰ گفته و یکی را ماده ی ۴۱۳ که گفته مال را قبلاً دیده و به اعتماد رؤیت سابق معامله کند و بعد از رؤیت معلوم شود که مال مزبور اوصاف قبلاً را ندارد و خیار فسخ دارد.

ماده ۴۱۰- هر گاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد مختار می شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید.

ماده ۴۱۳- هر گاه یکی از متبایعین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رؤیت سابق معامله کند و بعد از رویت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت.

خیار رؤیت اختصاص به یک طرف ندارد. هر طرف که مال را ندیده باشد (حتی مال خودش)، خیار دارد که چهار حالت است:

۱. مشتری مبیع را ندیده
۲. بایع مبیع را ندیده
۳. بایع ثمن را ندیده
۴. مشتری ثمن را ندیده

مثال: شما یک باغی دارید در شهرستان. این باغ به تو ارث رسیده و تو اصلاً ندیده ای. من یک بار می روم آنجا باغ را می بینم که به تو دروغ می گویم و می گویم باغت داغان شده است و تو می گوئی چکار کنم و من می گویم می خرم به قیمت پائین. حال تو می روی و می بینی که خیلی هم خوب است، که به استناد خیار رؤیت حق فسخ داری. خیار رؤیت در عقد کلی نیست یعنی در

عین معین و کلی در معین راه دارد.

قاعده: در مواردی که در کلی خیار نیست (مثل خیار رؤیت)، به جایش الزام است آن وقت اگر الزام نشد خیار تعذر تسلیم است. یعنی در بیع کلی خیار رؤیت نیست و به جایش الزام است، خیار عیب نیست و به جایش الزام است و اگر الزام نشد خیار تعذر تسلیم. این قاعده فقط مخصوص این خیار نیست و به طور کلی وجود دارد.

نکته: خیار رؤیت با عقد به وجود می آید.

۶. خیار غبن (مواد ۴۱۶ تا ۴۲۱):

خیار غبن اختصاص به یک طرف ندارد، هر طرف که در معامله غبن فاحش داشته باشد خیار دارد (ماده ی ۴۱۶). یعنی اگر مشتری گران بخرد خیار دارد و اگر بایع ارزان بفروشد خیار دارد.

ماده ۴۱۶- هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند.

غبن فاحش غبنی است که عرفاً قابل مسامحه نباشد (ماده ۴۱۷).

ماده ۴۱۷- غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.

نکته: خیار غبن در کلی هم هست. خیار غبن با عقد به وجود می آید چون ملاک عدم تعادل دو عوض زمان عقد است زیرا قیمت ها همیشه بالا و پائین می شود.

نکته: خیار غبن مختص به جاهل است.

قاعده: اکثر خيارات (اکثر یعنی نه همه) مختص به جاهل است. عالم خیار ندارد به خاطر قاعده ی اقدام (خودت کردی که لعنت بر خودت باد). جاهل به چی؟ جاهل به قیمت عادلّه (ماده ۴۱۸).

ماده ۴۱۸- اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلّه بوده است خیار فسخ نخواهد داشت.

قاعده: اصل جهل است (یعنی اصل عدم علم است) پس مدعی کسی است که می گوید تو عالم بودی، بین غابن و مغبون چه کسی مدعی است؟ غابن، و باید ثابت کند.

نکته: طبق ماده ی ۴۱۹ برای تشخیص غبن فقط دو عوض را نبینیم (یعنی فقط دو عوض ملاک نیست) و باید تمام شرائط معامله را لحاظ کنیم اعم از شروط ضمن عقد.

ماده ۴۱۹- در تعیین مقدار غبن شرایط معامله نیز باید منظور گردد.

مثال: معامله ی نقد گرانتر است یا اقساط؟ اقساط. به فرض ماشین را الآن بخری ۵ میلیون ولی به اقساط بخری ۸ میلیون آیا می شود به اقساط بخری بگویی مغبون شدم؟ نه.

قاعده: «للعجل قسطٌ من الثمن» یعنی «عجل بخشی از ثمن در مقابلش است». ماشین چند میلیون بود؟ اول پنج میلیون بود که سه میلیون شد سود اقساط.

نکته: این نکته در خیار غبن است اما ما می خواهیم به عنوان یک قاعده بگوئیم. بعضی از خيارات مبنای منطقی ندارد مثل خیار مجلس و خیار حیوان. ولی اکثر خيارات مبنا دارد و مبنایش هم دفع ضرر است. مثل رؤیت، غبن، عیب، تخلف شرط و... حال منطق اقتضاء می کند اگر ضرر برود، خیار هم برود. چرا خیار داری چون ضرر کردم حالا ضررت را جبران کردم که باید خیار هم برود. دو تا ماده داریم که با هم تعارض دارند. ماده ۴۷۸ گفته ضرر برود خیار هم می رود و یکی دیگر می گوید ضرر برود خیار نمی رود (ماده ۴۲۱) که راه حل این است که ماده ی ۴۷۸ را چون منطقی است تفسیر موسع کنیم و یک قاعده در بیاوریم.

ماده ۴۲۱- اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی شود مگر اینکه مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی گردد.

ماده ۴۷۸- هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده مستأجر می تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر مؤجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد.

قاعده: قاعده اینست که ضرر برود خیار می رود بجز خیار غبن. قاعده این است که در همه ی خيارات اگر ضرر برود خیار می رود بجز خیار غبن که استثناء است.

۷. خیار عیب (مواد ۴۲۲ تا ۴۳۷):

خیار عیب اختصاص به یک طرف ندارد و هر طرف که کالای معیوب بگیرد خیار دارد (ماده ۴۳۷). اگر مبیع معیوب باشد مشتری خیار دارد و اگر ثمن معیوب باشد بایع خیار دارد.

ماده ۴۳۷- از حیث احکام عیب ثمن شخصی مثل مبیع شخصی است.

نکته: خیار عیب در کلی نیست (ماده ی ۴۳۷ و ۴۸۲). در کلی الزام هست.

ماده ۴۸۲- اگر مورد اجاره عین کلی باشد و فردی که مؤجر داده معیوب در آید مستأجر حق فسخ ندارد و می تواند مؤجر را مجبور به تبدیل آن نماید و اگر تبدیل آن ممکن نباشد حق فسخ خواهد داشت.

نکته: خیار عیب چه وقت به وجود می آید؟ با عقد یا بعد از عقد که دو حالت دارد:

حالت اول: اگر عیب زمان عقد باشد، خیار عیب با عقد است (ماده ی ۴۲۳).

حالت دوم: اگر عیب بعد از عقد به وجود بیاید، خیار بعد از عقد است (مواد ۴۲۵ و ۴۵۳).

ماده ۴۲۳- خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت می شود که عیب مخفی و موجود در حین عقد باشد.

ماده ۴۲۵- عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است.

ماده ۴۵۳- در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده بایع است.

نکته: خیار عیب مربوط به جاهل است. جاهل کسی است که عیب را ندیده حالا یا عیب مخفی بوده یا عیب آشکار است و مشتری اُسْکُل بوده و نفهمیده که ملاک شخصی است (ماده ی ۴۲۴).

ماده ۴۲۴- عیب وقتی مخفی محسوب است که مشتری در زمان بیع عالم بر آن نبوده است اعم از اینکه این عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً مستور بوده است یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری ملتفت آن نشده است.

خیار عیب تنها خیاری است که به صاحبش دو تا حق می دهد یا فسخ یا اَرش
(ماده ی ۴۲۲).

ماده ۴۲۲- اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ اَرش یا فسخ معامله.

اَرش ما به التفاوت مبیع سالم و معیوب است. یک فرمول دارد و یک ماده (ماده ۴۲۷).

ماده ۴۲۷- اگر در مورد ظهور عیب مشتری اختیار اَرش کند تفاوتی که باید به او داده شود به طریق ذیل معین می گردد:

قیمت حقیقی مبیع در حال بی عیبی و قیمت حقیقی آن در حال معیوبی به توسط اهل خبره معین شود. اگر قیمت آن در حال بی عیبی مساوی با قیمتی باشد که در زمان بیع بین طرفین مقرر شده است تفاوت بین این قیمت و قیمت مبیع در حال معیوبی مقدار اَرش خواهد بود. و اگر قیمت مبیع در حال معیوبی کمتر یا زیاده از ثمن معامله باشد نسبت بین قیمت مبیع در حال معیوبی و قیمت آن در حال بی عیبی معین شده و بایع باید از ثمن مقرر به همان نسبت نگاهداشته و بقیه را بعنوان اَرش به مشتری رد کند.

فرمول: یک ماشین را خریدی ۵ میلیون این ۵ میلیون ثمن است. حال ماشین خراب است و تو نمی خواهی فسخ کنی بلکه می خواهی اَرش بگیری. کارشناس را صدا می کنیم و به او می گوئیم این ماشین خراب است قیمت کن. نمی گوئیم چقدر خریدیم. می گوید ۴ میلیون. حال می گوئیم

قیمت سالم این ماشین چند است می گوید ۶ میلیون (قیمت خراب، قیمت سالم). حال عدد کوچک را صورت یک کسر قرار می دهیم و عدد بزرگ را مخرج قرار می دهیم (۴/۶) که اگر ساده کنیم می شود (۲/۳). دو سوم پنج میلیون که می شود قیمت ماشین. پس باید یک سوم آن را پس بگیریم و دو سوم را به بایع بدهیم.

نکته: در بعضی از موارد مشتری حق فسخ ندارد و فقط می تواند آرش بگیرد که عبارتند از:

۱. **مبیع دست مشتری تلف شود:** مبیع معیوب بوده که مشتری دو حق داشته یا فسخ یا آرش. حال مبیع دست مشتری تلف شد که فسخ از بین می رود و فقط آرش داریم. یعنی تلف مانع فسخ است. بر خلاف قاعده که می گوید تلف مانع فسخ نیست.
۲. **مشتری مبیع معیوب را به دیگری منتقل کند (انتقال ارادی):** که حق فسخ ندارد و فقط می تواند آرش بگیرد که این را **تلف حکمی** می گویند و ۱ و ۲ مثل هم هستند.
۳. **مبیع دست مشتری تغییر کرد:** مبیع گندم بود و تبدیل به آرد شد در این حالت هم مشتری حق فسخ ندارد و فقط می تواند آرش بگیرد.
۴. **در دست مشتری یک عیب دیگر در مبیع ایجاد شد:** دوباره مشتری حق فسخ ندارد و می تواند آرش بگیرد و اما دو استثناء دارد با حالی که عیب جدید بوجود آمده:
(الف) **عیب جدید ناشی از عیب قدیم باشد:** که مشتری حق فسخ هم دارد.
(ب) **عیب جدید در زمان خیار مختص مشتری رخ داده باشد:** (مجلس، حیوان و شرط) مبیع معیوب بوده مثلاً حیوان بوده یک عیبی داشته حالا دست مشتری یک عیب دیگر ایجاد می شود که عیب دوم حق فسخ مشتری را از بین نمی برد. در این دو مورد علاوه بر آرش مشتری حق فسخ هم دارد.
۷. **خیار تدلیس (مواد ۴۳۸ تا ۴۴۰):**

ماده ۴۳۸ - تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود.

تدلیس یعنی عملیاتی که باعث فریب بشود (تدلیس در لغت یعنی تاریکی). این عملیات فریبنده دو نوع است:

- الف) گاهی عیب کالا را می پوشاند
ب) گاهی کالا عیب ندارد و با عملیات یک وصفی در آن نشان داده می شود که کالا آن وصف را ندارد.
- خیار تدلیس اختصاص به یک طرف ندارد یعنی هر طرف تدلیس کند طرف دیگر خیار تدلیس دارد (ماده ۴۳۹).

ماده ۴۳۹ - اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری.

ولی اگر ثالث تدلیس کند کسی خیار ندارد. پس برای خیار تدلیس حتماً طرف عقد باید تدلیس کند.

آیا خیار تدلیس در کلی هست یا خیر؟

قبلاً گفتیم که خیار حیوان، تأخیر ثمن، خیار رؤیت و خیار عیب در کلی راه ندارد و استثنائی هم ندارد و به جایش الزام می باشد. اما خیار تدلیس علی الاصول (یعنی استثناء دارد) در کلی نیست یعنی به جایش علی الاصول الزام می باشد. پس خیار تدلیس استثنائاً در کلی راه دارد، هر گاه تدلیس در یک وصفی بشود که در هیچ مصداقی از کلی نباشد یعنی

وصفی را تدلیس کند که محال است. پس وقتی محال است الزام ممکن نیست و این مورد تنها موردی است که در کلی خیار تدلیس راه دارد.

مثال: فردی ماشینی را تدلیس کرده و می گوید ماشینی را به تو می فروشم (به صورت کلی) که ۵۰۰ کیلومتر در ساعت می رود. حال فرد مصداقی به فروشنده می دهد که واقعاً ۵۰۰ کیلومتر بر ساعت نمی رود. الزام هم ممکن نیست چون محال است پس خیار تدلیس در این حالت وجود دارد. در نتیجه علی الاصول خیار تدلیس در کلی نیست ولی استثنائاً اگر وصفی محال تدلیس شود در کلی هم راه دارد.

نکته: خیار تدلیس با عقد به وجود می آید نه بعد از عقد.

ماده ۴۴۰ - خیار تدلیس بعد از علم به آن فوری است.

۹. خیار تبعض صفقه (ماده ۴۴۱ تا ۴۴۳):

ماده ۴۴۱ - خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند.

صفقه یعنی معامله و عقد و معنای دیگر آن کالا است.

تبعض یعنی بعض بعض شدن، تکه تکه شدن. تبعض صفقه یعنی یک عقد دو تکه می شود و یک تکه از عقدی می پرد.

مثال: (الف) به (ب) دو ماشین را با یک عقد و در برابر یک ثمن می فروشد (خیار تبعض صفقه مربوط به یک عقد است یعنی حتماً در یک عقد باید باشد، هر گاه در عقدی چند کالا در برابر یک ثمن بود، یک عقد است. پس در تعداد عقد، تعداد ثمن مهم است). حال یکی از ماشین ها مال (الف) است و دیگری مال غیر می باشد و او هم (غیر) معامله را رد می کند. در این صورت معامله نسبت به قسمتی باطل و نسبت به قسمتی صحیح است. شخص (ب) می تواند ماشین (الف) را پس بدهد و از خیار تبعض صفقه استفاده کند. البته فرد می تواند از خیار تبعض صفقه هم استفاده نکند ولی پول قسمت باطل را بگیرد و این ربطی به خیار تبعض صفقه ندارد.

در خیار تبعض صفقه قسمتی از عقد که باطل است، قسمت صحیح را هم می توان فسخ کرد. پس فسخ در خیار تبعض صفقه نسبت به قسمت صحیح عقد است.

ماده ۴۴۱ (فوق الذکر) فقط یک مورد خیار تبعض صفقه را گفته که خیار تبعض صفقه سه مورد دیگر هم دارد و ماده قسمتی را گفته که قسمتی از عقد باطل است پس خیار تبعض صفقه در اصل چهار مورد است:

مورد اول (اگر قسمتی از عقد منفسخ بشود): باز هم خیار تبعض صفقه وجود دارد. پس هر گاه بخشی از عقد منفسخ بشود، فرد خیار تبعض صفقه دارد که در نقص مبیع قبل از قبض این مورد را خواندیم (ماده ی ۳۸۸).

ماده ۳۸۸ - اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.

مثال: شخص (الف) دو ماشین را طی یک عقد به شخص (ب) می فروشد که هر دو ماشین هم مال شخص (الف) است و عقد صحیح می باشد. حال قبل از تسلیم یکی از ماشین ها تلف می شود. این می شود نقص (نقص تلف جزء بود). حال عقد نسبت به قسمتی صحیح است و نسبت به قسمتی

منفسخ می شود نه باطل چون هر گاه عقدی از ابتدا صحیح نباشد می شود باطل ولی هر گاه عقد از ابتدا صحیح باشد و سپس از بین برود می شود منفسخ.

مورد دوم (اگر قسمتی از عقد فسخ شود): هر گاه یکی از طرفین قسمتی از عقد را فسخ کند با خیاری غیر از تبعض صفقه، طرف دیگر خیار تبعض صفقه دارد چون بخشی از عقد فسخ شده است. مثال: من یک فرش و یک گوسفند را با هم در یک عقد می فروشم. شما فردا گوسفند را با استفاده از خیار حیوان پس می دهی (یعنی بخشی از عقد را با توجه به خیار حیوان فسخ می کنی) حال من خیار تبعض صفقه دارم و می توانم فرش را هم از تو بگیرم. اما شما نمی توانستی فرش را پس بدهی چون خیاری نداشتی و فقط نسبت به حیوان خیار داشتی.

مورد سوم (اخذ به شفعه نسبت به بخشی از مبیع): به فرض دو نفر در یک مزرعه شریک هستند. یکی از این دو نفر سهمش را از این مزرعه با یک تراکتور در یک عقد می فروشد. شریک دیگر می آید با اخذ به شفعه مزرعه را از خریدار می گیرد و برای خریدار خیار تبعض صفقه به وجود می آید و می گوید تراکتور تنها به درد من نمی خورد و می تواند از خیار تبعض صفقه استفاده کند و عقد را بر هم زند.

نکات خیار تبعض صفقه:

نکته ۱: این خیار مختص به یک نفر نیست، هر طرف که عقد نسبت به او دو تکه شود خیار دارد.

نکته ۲: خیار تبعض صفقه در کلی هم هست.

نکته ۳: می خواهیم ببینیم خیار تبعض صفقه با عقد به وجود می آید یا بعد از عقد؟ خیار تبعض صفقه در مورد اول که قانون گفته بود، با عقد است چون گفته قسمتی از عقد باطل بوده و بطلان از اول عقد می باشد. ولی خیار تبعض صفقه در سه مورد دیگر بعد از عقد به وجود می آید چون بخشی از عقد فسخ یا انفساخ یا اخذ به شفعه می شود که این حالات بعد از عقد به وجود می آیند.

نکته ۴: خیار تبعض صفقه مختص به جاهل است. مثلاً در مثالی که من دو ماشین فروختم که یکی مال غیر است، اگر شما بدانید که یک ماشین مال دیگری است و یکی مال من است شما خیار تبعض صفقه نداری و فقط می توانی ثمن داده شده را نسبت به ماشین غیر پس بگیری. از این بحث می توان نتیجه گرفت که اگر خریدار جاهل باشد هم خیار تبعض صفقه دارد و هم می تواند عقد را نگه دارد و ثمن پرداختی را بگیرد. اما اگر خریدار عالم بود خیار تبعض صفقه ندارد و فقط می تواند ثمن را بگیرد.

نکته ۵: خیار تبعض صفقه معمولاً در جائی است که دو کالا وجود داشته باشد در یک عقد و در برابر یک ثمن. اما این خیار (تبعض صفقه) می تواند در یک کالا هم باشد. مثلاً من یک ماشین را به شما فروختم که سه دانگ ماشین مال من است و سه دانگ دیگرش مال دیگری (غیر) که این هم خیار تبعض صفقه می باشد. فقها به این خیار شرکت گویند.

فقها می گویند اگر دو کالا بود خیار تبعض صفقه داریم اما اگر یک کالا بود خیار شرکت به وجود می آید. اما قانون مدنی می گوید برای هر دو خیار تبعض صفقه وجود دارد.

۱۰. خیار تخلف شرط یا تخلف از شرط (ماده ۴۴۴ ق.م):

ماده ۴۴۴ - احکام خیار تخلف شرط به طوری است که در مواد ۲۳۴ الی ۲۴۵ ذکر شده است.

ماده ۲۳۴- شرط بر سه قسمت است :

۱- شرط صفت

۲- شرط نتیجه

۳- شرط فعل اثباتاً یا نفیاً

شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله.

شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود.

شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

ماده ۲۳۵- هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت.

این خیار اختصاص به یک طرف ندارد و هر طرف که از شرط تخلف کند طرف دیگر خیار دارد. به طور کلی مشروط له خیار دارد. ولی مهم نیست مشروط له چه کسی باشد (بایع باشد یا مشتری).

نکته: خیار تخلف از شرط سه مورد است:

۱. خیار تخلف از شرط صفت

۲. خیار تخلف از شرط نتیجه

۳. خیار تخلف از شرط فعل

خیار تخلف از شرط صفت در کلی نیست چون شرط صفت در کلی نیست. ولی خیار تخلف از شرط نتیجه و خیار تخلف از شرط فعل در کلی هست.

نکته: خیار تخلف از شرط صفت و خیار تخلف از شرط نتیجه با عقد به وجود می آید چون تا عقد منعقد شود، یا صفت هست و یا صفت نیست و تا عقد منعقد شود یا نتیجه هست یا نتیجه نیست. ولی خیار تخلف از شرط فعل بعد از عقد به وجود می آید چون باید ببینیم بعد از عقد طرف به شرط فعل عمل می کند یا نه! اگر عمل نکرد الزام و اگر الزام هم نشد فسخ.

۱۱. خیار تفلیس (ماده ۳۸۰ ق.م):

ماده ۳۸۰- در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می تواند از تسلیم آن امتناع کند.

برای پیدایش خیار تفلیس (تفلیس از افلاس می آید) سه تا شرط لازم است:

۱. یکی از دو عوض عین معین باشد و آن یکی کلی باشد. آیا خیار تفلیس در کلی هست؟ این

سؤال در مابقی خيارات مطرح است اما در مورد خیار تفلیس این سؤال منتفی است چون در تفلیس اصلاً یکی از دو عوض باید کلی باشد.

۲. آن طرفی که می خواهد کلی را بدهد (مصدق کلی) قبل از اینکه بدهد مفلس شود (بعد از عقد و قبل از تسلیم).

۳. عوضی که عین معین است موجود باشد، خواه تسلیم شده باشد یا نه.

با جمع شدن این سه شرط آن کسی که عین معین را تملیک کرده (که ممکن است تسلیم کرده باشد یا تسلیم نکرده باشد)، خیار تفلیس دارد و می تواند عقد را فسخ کند و عین معین را پس بگیرد (چون عین معین موجود است) که داخل گرما نشود.

مثال: این میز را فروختم ۱۰۰۰ تومان که شرط اول وجود دارد (میز عین معین و هزار تومان کلی می باشد) و تملیک صورت گرفت. حالا قبل از این که تو هزار تومان را بدهی مفلس می شوی. من

میز را بر می دارم و خداحافظ یعنی اگر تسلیم کرده باشم می گیرم و اگر تسلیم نکرده باشم، دیگر تسلیم نمی کنم.

ماده ۳۸۰ که راجع به خيار تفليس است هيچ اشاره ای به فسخ نکرده و بايد از آن استنباط کنیم. ماده گفته مشتری مفلّس بشود که ماده فرض کرده مبيع عين معين است و ثمن کلی است که معمولاً در تمام بيع ها همیشه همینطور است. چون پول کلی است. در قسمت آخر ماده گفته استرداد که بين حق و استرداد یک فسخ در تقدیر است.

نکته: با اینکه خيار تفليس در عقد بيع آمده ولی مختص بيع نیست و در همه ی عقود معوض اجراء می شود (معاوضه، اجاره و قرض).

نکته: خيار تفليس بعد از عقد به وجود می آید چون اگر در زمان عقد طرف مفلّس باشد، عقد باطل است.

۱۲. خيار تعذر تسليم (ماده زياد دارد اما دو ماده ی تابلو دارد ۴۸۸ و ۵۲۸ که در اجاره می خوانيم): خيار تعذر تسليم اختصاص به یک طرف ندارد.

ماده ۴۸۸- اگر شخص ثالثی بدون ادعاء حقی در عين مستأجره یا منافع آن مزاحم مستأجر گردد در صورتی که قبل از قبض باشد مستأجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننمود می تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت المثل به خود مزاحم رجوع کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود حق فسخ ندارد و فقط می تواند به مزاحم رجوع کند.

ماده ۵۲۸- اگر شخص ثالثی قبل از اینکه زمین مورد مزارعه تسليم عامل شود آن را غصب کند عامل مختار بر فسخ می شود ولی اگر غصب بعد از تسليم واقع شود حق فسخ ندارد.

فرمول: هر طرف که تسليم نسبت به او متعذر بشود، خيار دارد.

نکته: خيار تعذر تسليم در کلی هم هست و بيشتريش در کلی است. قاعده ی کلی اين بود، اول الزام و اگر نشد خيار تعذر تسليم اعمال می شود.

نکته: خيار تعذر تسليم بعد از عقد به وجود می آید چون اگر زمان عقد تسليم مقدور نباشد، عقد باطل است.

عقد معاوضه

مواد ۴۶۴ و ۴۶۵ قانون مدنی

بين بيع و معاوضه بيع شرط است که در اجاره خوانده می شود. عقد معاوضه خیلی شبیه بيع است (در حد المپیک!). از نظر تاريخی اول معاوضه بوده بعداً بيع آمده است. شخص گندم داشته و برنج می خواسته. بايد می گشت تا یک نفر را پیدا کند که برنج داشته باشد و گندم بخواهد تا با همدیگر معاوضه کنند. وقتی پول اختراع شد بيع هم آمد کنار معاوضه قرار گرفت که حالا هم معاوضه داریم و هم بيع.

فرق بيع و معاوضه:

که بر می گردد به قصد طرفين. هر گاه دو طرف دو تا مال را با هم مبادله کنند بدون هيچ امتیازی، یعنی هیچکدام بیانگر ارزش آن یکی نیست (نباید بگوئیم هیچکدام معادل آن یکی نیست) این را معاوضه گویند. ولی اگر یکی از دو مال (که معمولاً پول است، معمولاً، یعنی می تواند پول نباشد)، بیانگر ارزش و قیمت آن یکی باشد عقد را بيع گویند و آن مالی که بیانگر ارزش است، ثمن نام دارد.

مثال (برای معاوضه): من یک پراید دارم و شما یک آر دی دارید که هم قیمت اند. من می گویم آقا پراید را بر می داری آر دی را بدی؟ تو هم می گوئی باشد.

مثال (برای بیع): من یک پراید دارم شما می گوئید می فروشی؟ می گویم بله چند؟ تو می گوئی ۵ میلیون اما پول ندارم ولی یک آر دی دارم که کارشناس قیمتش را ۵ میلیون گذاشته بر می داری؟ می گویم آره که آر دی ثمن و پراید مبیع است. حال اگر در فرق بیع و معاوضه قصد طرفین احراز نشد که بیع است یا معاوضه، می رویم سراغ عرف، که عرف می گوید مبادله ی کالا با کالا معاوضه است و مبادله ی کالا با پول بیع است، مگر اینکه خلافش ثابت بشود.

اگر یک کالا بدهی و از آن طرف یک کالا بگیری با یک مقدار پول باز هم می شود بیع. نتیجه این که چون پول آمد می شود بیع.

سؤال: چرا باید بدانیم که بیع است یا معاوضه؟ چه فرقی با هم دارند؟ ماده ی ۴۶۵ گفته که در معاوضه احکام خاصه ی بیع جاری نیست.

ماده ۴۶۵- در معاوضه احکام خاصه بیع جاری نیست.

پنج تا حکم وجود دارد که فقط مختص به بیع است و فرق بیع و معاوضه همین پنج مورد است:

- (۱) خیار مجلس
- (۲) خیار حیوان
- (۳) خیار تأخیر ثمن
- (۴) حق شفعه
- (۵) ضامن معاوضی بعد از تسلیم، چون ضامن معاوضی قبل از تسلیم مربوط به بیع نیست و در تمام عقود معوض است.

عقد اجاره

مواد ۴۶۶ تا ۵۱۷

ماده ۴۶۶ اجاره را تعریف کرده ولی تعریفش به درد نمی خورد. گفته اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می شود که دو تا ایراد دارد:

۱. عوض را نگفته که خیلی بد است (اجاره مجانی نیست و معوض است)
۲. مدت را نگفته، اجاره معمولاً مدت دارد.

بعضی اجاره را این طور تعریف کرده اند: تملیک منفعت به عوض معلوم مثل بیع که تملیک عین بود به عوض معلوم.

ماده ۴۶۶- اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می شود اجاره دهنده را مؤجر و اجاره کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره گویند.

طبق ماده ی ۴۶۷ اجاره سه قسم است:

۱. اجاره ی اشیاء
۲. اجاره ی حیوان
۳. اجاره ی انسان یا اشخاص

ماده ۴۶۷- مورد اجاره ممکن است اشیاء یا حیوان یا انسان باشد.

از این سه قسم، اجاره ی اشیاء و حیوان عقد تملیکی اند و اجاره ی اشخاص عقد عهده ای است. با این حال اگر مطلق سؤال دادند اجاره عقدی تملیکی است چون اکثر اجاره ها تملیکی است اما اگر گفتند اجاره ی اشخاص، عهده ای است.

نکته: طبق ماده ی ۴۶۸ در اجاره ی اشیاء مدت باید مشخص باشد والا عقد باطل است. این ماده مبالغه کرده دو تا ماده هست یکی ماده ی ۵۰۷ در اجاره ی حیوان و دیگری ۵۱۴ در اجاره ی اشخاص که این دو ماده نشان می دهد که ماده ی ۴۶۸ مبالغه کرده یعنی در اجاره مدت به خودی خود مهم نیست. مدت راهی است برای تعیین میزان منفعت مورد اجاره. منفعت مورد اجاره چیست؟ منفعتی که باید میزان آن مشخص باشد.

اگر میزان منفعت از راه دیگری غیر از مدت (مثل مسافت) هم تعیین شود اجاره درست است. نتیجه اینکه مدت در اجاره موضوعیت ندارد طریقت دارد. موضوعیت چیزی است که خودش مهم است و طریقت چیزی است که به هدفتان برسید. مثلاً شما آژانس می گیرید که به مقصد برسید و مهم نیست ماشین مدل بالا باشد یا مدل پائین.

ماده ۴۶۸- در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است.
ماده ۵۰۷- در اجاره حیوان تعیین منفعت یا به تعیین مدت اجاره است یا به بیان مسافت و محلی که راکب یا محمول باید به آنجا حمل شود.
ماده ۵۱۴- خادم یا کارگر نمی تواند اجیر شود مگر برای مدت معینی یا برای انجام امر معینی.

نکته: ماده ۴۶۹ به ماده ۴۰۰ می خورد.

ماده ۴۶۹- مدت اجاره از روزی شروع می شود که بین طرفین مقرر شده و اگر در عقد اجاره ابتدای مدت ذکر نشده باشد از وقت عقد محسوب است.
ماده ۴۰۰- اگر ابتداء مدت خیار ذکر نشده باشد ابتداء آن از تاریخ عقد محسوب است والا تابع قرار داد متعاملین است.

طبق ماده ی ۴۰۰ خیار شرط دو نوع بود متصل و منفصل. اگر از ابتدا را نمی گفتی می شد متصل. مدت اجاره مثل خیار شرط است یا متصل است و یا منفصل است. اگر هم ابتدای مدت اجاره را نگفتی متصل حساب می شود. امروز عقد اجاره را بستیم و می گوئیم از اول بهمن شروع بشود با این فرض که الان دهم دی باشد که اثرش بیست روز دیگر می آید یعنی عقد مؤجل است که می شود منفصل. امروز عقد را می بندیم که از امروز شروع بشود که می شود متصل.

ماده ی ۴۷۰ به ماده ی ۳۴۸ می خورد:

ماده ۴۷۰- در صحت اجاره قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط است.
ماده ۳۴۸- بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد.

ماده ی ۴۷۱ به ماده های ۴۶ و ۵۸ می خورد:

ماده ۴۷۱- برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقاء اصل آن ممکن باشد.
ماده ۴۶- حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقاء عین ممکن باشد اعم از اینکه مال مزبور منقول باشد یا غیر منقول و مشاع باشد یا مفروز.
ماده ۵۸- فقط وقف مالی جائز است که با بقاء عین بتوان از آن منتفع شد اعم از اینکه منقول باشد یا غیر منقول، مشاع باشد یا مفروز.

ماده ی ۴۷۲ به ماده ی ۳۴۲ می خورد که قبلاً خواندیم:

ماده ۴۷۲- عین مستأجره باید معین باشد و اجاره عین مجهول یا مردد باطل است.

ماده ۳۴۲- مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.

طبق ماده ی ۴۷۳ در اجاره مؤجر منفعت را تملیک می کند پس مؤجر باید مالک منفعت باشد و لازم نیست مالک عین باشد.

ماده ۴۷۳- لازم نیست که مؤجر مالک عین مستأجره باشد ولی باید مالک منافع آن باشد.

چند مورد که یک نفر مالک منفعت است و مالک عین نیست و می تواند اجاره بدهد:

(۱) اجاره: در اجاره مستأجر مالک منفعت است، مالک عین نیست و می تواند مال را

اجاره بدهد (ماده ی ۴۷۴).

ماده ۴۷۴- مستأجر می تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد.

(۲) صلح منافع: یک نفر منافع مالش را به دیگری صلح می کند که مهم نیست

معوض یا غیر معوض باشد. کسی که صلح می کند را مصالح و طرفش را متصالح

گویند. که متصالح مالک عین نیست و مالک منفعت است و می تواند مال را اجاره

دهد (ماده ی ۷۵۸ که در مبحث صلح خوانده می شود).

ماده ۷۵۸- صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.

(۳) هبه ی منفعت: یک نفر منافع مالش را به دیگری هبه می کند (آقا دو سال بشین

تو خانه ام، خداحافظ)، حالا متهم مالک منفعت است و مالک عین نیست و می

تواند مال را اجاره بدهد (ماده ی ۷۹۵).

ماده ۷۹۵- هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می کند تملیک کننده واهب طرف دیگر را متهم، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می گویند.

(۴) وصیت منفعت: یک نفر منافع مالش را برای مدتی به دیگری وصیت می کند.

موصی له الآن مالک منفعت است و مالک عین نیست و می تواند مال را اجاره

بدهد (مواد ۸۲۶ و ۸۴۶).

ماده ۸۲۶- وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند. وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می نماید. وصیت کننده موصی، کسی که وصیت تملیکی به نفع او شده است موصی له، مورد وصیت موصی به و کسی که به موجب وصیت عهدی ولی بر مورد ثلث یا بر صغیر قرار داده می شود وصی نامیده می شود.

ماده ۸۴۶- هرگاه موصی به منافع ملکی باشد دائماً یا در مدت معین به طریق ذیل از ثلث اخراج می شود:

بدواً عین ملک 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 دائمی ملک بوده و بدین جهت عین ملک قیمتی نداشته باشد قیمت ملک با ملاحظه منافع از ثلث محسوب می شود.

۵) یک نفر مالک مالی است می آید عین مالش را به دیگری منتقل می کند و منافع را برای مدتی برای خودش نگاه می دارد (که با حق انتفاع فرق دارد)، که می تواند مالش را اجاره بدهد. مثلاً پدری می خواهد مالش را به نام پسرش بکند ما می گوئیم این کار را نکن که فردا بیرونت بیندازد. راهش این است که پدر عین مال را به نام بچه اش بکند و منافع را تا زنده است برای خودش نگه دارد که تا زنده است می تواند از مال استفاده کند. هر کس مالک منافع باشد چه مالک عین باشد یا نه، می تواند اجاره بدهد.

در مورد مستأجر یک نکته هست. ماده ی ۴۷۴ گفته مستأجر می تواند عین مستأجره را اجاره بدهد مگر اینکه خلافش شرط شده باشد.

ماده ۴۷۴- مستأجر می تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد.

در اجاره دو نوع شرط ممکن است بشود که مستأجر مال را اجاره ندهد:

۱) به صورت شرط نتیجه

۲) به صورت شرط فعل

۱) به صورت شرط نتیجه: در اجاره یک شرط نتیجه می آید که به موجب آن حق اجاره دادن از مستأجر سلب می شود، یعنی مستأجر دیگر حق اجاره دادن ندارد. حال اگر مستأجر که حق ندارد بیاید اجاره بدهد (طبق ماده ی ۴۵۴ اجاره باطل است)، گفته اگر بر مشتری شرط کنیم که اجاره ندهد اگر اجاره بدهد باطل است که در اجاره هم همین است. اگر در اجاره به صورت شرط نتیجه حق اجاره دادن را از مستأجر بگیریم، اجاره دادن مستأجر باطل است.

ماده ۴۵۴- هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی شود مگر این که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.

۲) به صورت شرط فعل منفی: در اجاره مستأجر تعهد می کند (تعهد همیشه شرط فعل است) که به دیگری اجاره ندهد. حق اجاره دادن دارد ولی تعهد کرده اجاره ندهد. حالا مستأجر اجاره می دهد، اینجا سه نکته وجود دارد:

اولاً) اجاره ی دوم صحیح است.

ثانیاً) چون مستأجر اول از شرط فعلش تخلف کرده مؤجر حق دارد اجاره ی اول را فسخ کند.

ثالثاً) وقتی اجاره ی اول فسخ شد، اجاره ی دوم اصلاً به هم نمی خورد بلکه از تاریخ فسخ اجاره ی اول، مستأجر اول چون نمی تواند مال را به مؤجر پس بدهد به مؤجر

اجرت المثل می دهد. از تاریخ فسخ تا پایان اجاره که اجرت المثل اگر بیشتر از اجرت المسمی باشد به درک (قاعده ی اقدام، خودم کردم که لعنت بر خودم باد، چشمش کور دندش نرم باید بدهد).

خيار عيب در اجاره (مواد ۴۷۸ تا ۴۸۲):

نکته: خيار عيب در اجاره ارش ندارد. خيار عيب تنها خياری بود که دو حق می داد، يا فسخ يا ارش. در اجاره استثنائاً خيار عيب فقط حق فسخ می دهد.

ماده ۴۷۸- هرگاه معلوم شود عين مستأجره در حال اجاره معيوب بوده مستأجر می تواند اجاره را فسخ کند يا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر مؤجر رفع عيب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد.

ماده ی ۴۷۸ : طبق کلمه ی « تمام » اجرت معلوم می شود که در ماده آمده است. نکته: هر عیبی باعث فسخ اجاره نیست. عيب در اجاره با عيب در بيع تفاوت دارد. در بيع هر ایرادی عيب است ولو خیلی کوچک اما در اجاره عیبی باعث فسخ است که به منفعت صدمه بزند. ممکن است مال هزار تا عيب داشته باشد ولی به منافع ربطی نداشته باشد. آیا شما آژانس می گیرید ماشین را بررسی می کنید؟ چکار دارید فقط شما را به خانه برساند.

ماده ۴۷۹- عیبی که موجب فسخ اجاره می شود عیبی است که موجب نقصان منفعت يا صعوبت در انتفاع باشد.

صعوبت یعنی دشواری

ماده ۴۸۰- عیبی که بعد از عقد و قبل از قبض منفعت در عين مستأجره حادث شود موجب خيار است و اگر عيب در اثناء مدت اجاره حادث شود نسبت به بقیه مدت خيار ثابت است.

ماده ی ۴۸۰ دو تا فرض را گفته است و یک فرض را نگفته:
فرض اول: عين مستأجره قبل از تسليم معيوب بشود، یعنی عين مستأجره هنگام عقد سالم بوده و بعد از عقد و قبل از تسليم معيوب می شود که اینجا مستأجر حق فسخ دارد و ارش ندارد. این فرض به ماده ی ۴۲۵ می خورد.

ماده ۴۲۵- عیبی که بعد از بيع و قبل از قبض در مبيع حادث شود در حکم عيب سابق است.

فرض دوم: عين مستأجره سالم بوده و موقع تسليم هم سالم بوده اما در اثنای مدت (در طول مدت) معيوب می شود اینجا مستأجر نسبت به بقیه ی مدت خيار دارد چون تا آن موقع مال سالم بوده است.

مثال: خانه ای را اجاره می کنیم ماهی ۱۰۰ تومان. خانه سالم است، اما بعد از ۶ ماه معيوب می شود که در ۶ ماه اول مشکلی نبود اما به محض اینکه معيوب شد می توانی فسخ کنی، خداحافظ خداحافظ مشکلی هم پیش نمی آید.

فرض سوم: که ماده نگفته. علما می گویند فرض سوم که ماده ندارد مفهوم مخالف فرض دوم است و اشکالی ندارد که ماده ندارد. عين مستأجره از اول معيوب بوده و مستأجر اُسْکُل بوده و نفهمیده، ۶ ماه گذشته بعد فهمیده. مستأجر بعد از شش ماه که می رود حمام می بیند معيوب است که الآن فهمیده و مستأجر تمام اجاره را فسخ می کند.

خانه را اجاره کرده ماهی ۱۰۰ تومان ولی چون معیوب است ماهی ۷۰ تومان بیشتر نمی ارزد. حالا اگر بخواهد کل عقد را فسخ کند آن ۶ تا ۳۰ تومان اضافه را پس می گیرد (بدل منفعت اجرت المثل است).

سه تا ماده هست که به هم ربط دارند. مواد ۴۸۱ و ۴۸۳ بند ۱ و ۴۹۶ بند ۱:

ماده ۴۸۱- هر گاه عین مستأجره به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود اجاره باطل می شود.

ماده ۴۸۳- اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود و در صورت تلف بعضی آن مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره نماید.

ماده ۴۹۶- عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می شود و نسبت به تخلف از شرایطی که بین مؤجر و مستأجر مقرر است خيار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد.

از این سه ماده، ماده ی ۴۸۳ بند ۱ درست است. گفته اگر عین مستأجره در اثنای مدت تلف بشود، اجاره فسخ می شود. خانه ای را اجاره کرده بعد از ۶ ماه خراب شد. ماده ی ۴۹۶ خیلی چرته بند ۱ همین را گفته و بعد هم غلط گفته، گفته عین مستأجره تلف بشود اجاره باطل می شود. ماد ی ۴۸۱ هم غلط گفته، گفته اگر عین مستأجره به واسطه ی عیب از قابلیت انتفاع خارج بشود و نتوان رفع عیب کرد، اجاره باطل می شود. به نظر دکتر کاتوزیان در امتحان اگر عین ماده را دادند باید بزنیم باطل اما اگر مفهومی یا تحلیلی دادند باید منفسخ را بزنیم.

ماده ی ۴۸۲ ق.م به ماده ی ۴۳۷ می خورد. در کلی خيار عیب نیست اول الزام و اگر نشد خيار تعذر تسلیم. پس خيار این ماده تعذر تسلیم است.

ماده ۴۸۲- اگر مورد اجاره عین کلی باشد و فردی که مؤجر داده معیوب درآید مستأجر حق فسخ ندارد و می تواند مؤجر را مجبور به تبدیل آن نماید و اگر تبدیل آن ممکن نباشد حق فسخ خواهد داشت.

ماده ۴۳۷- از حیث احکام عیب ثمن شخصی مثل مبیع شخصی است.

خيار تبعض صفقه در اجاره:

مثال: من به شما دو تا ماشین اجاره می دهم در یک عقد. بعد از ۶ ماه (اجاره یکساله است) یکی از ماشین ها تلف می شود. (این نقص است و هر وقت نقص بود خيارش تبعض صفقه است ولی اگر عیب بود خيار عیب است). حال شما روی آن یکی ماشین خيار تبعض صفقه داری (اجاره نسبت به آن ماشین منفسخ می شود اما نسبت به آن یکی ماشین صحیح است). حال خيار تبعض صفقه پیش می آید یا می توانی ماشینی را که موجود است پس بدهی یا فسخ نکنی و از این به بعد اجاره یک ماشین را بدهی این را تقلیل نسبی مال الاجاره گویند. پس این مورد مربوط به خيار تبعض صفقه است (ماده ۴۸۳ بند ۲).

ماده ۴۸۳- اگر در مدت اجاره عین مستأجره بواسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود و در صورت تلف بعضی آن مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره نماید.

نکته: یک خیار در مبحث اجاره هست نمی دانیم اسمش چیه. مستأجر طبق ماده ی ۴۹۳ امین است یعنی مسئول نیست مگر اینکه تقصیر کند. حالا مستأجر تقصیر می کند مؤجر باید اول منعش کند اگر منع ممکن نشد مؤجر حق فسخ دارد و این حق فسخ نمی دانیم اسمش چیست که قانونگذار این مطلب را (منع. ..) دو بار به فاصله ی ۵ تا ماده گفته. یکی ۴۸۷ یکی ۴۹۲ این دو تا عین هم هستند در یکی گفته مستأجر تعدی یا تفریط کند و در یکی گفته بر خلاف چیزی که مؤجر گفته استفاده کند که همان تعدی و تفریط است.

ماده ۴۸۷- هر گاه مستأجر نسبت به عین مستأجره تعدی یا تفریط نماید و مؤجر قادر بر منع آن نباشد مؤجر حق فسخ دارد.

ماده ۴۹۲- اگر مستأجر عین مستأجره را در غیر موردی که در اجاره ذکر شده باشد یا از اوضاع و احوال استنباط می شود استعمال کند و منع آن ممکن نباشد مؤجر حق فسخ اجاره را خواهد داشت.

ماده ۴۹۳- مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود مسئول نخواهد بود ولی اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

قاعده: دکتر کاتوزیان گفته هر وقت یک خیاری دیدید و ندانستید اسمش چیست بگوئید خیار تخلف از شرط ضمنی. یعنی فرض کنید یک شرط ضمنی در عقد بوده و از آن شرط تخلف شده. در اجاره این شرط ضمنی هست که مستأجر تقصیر نکند حالا کرده که می شود خیار تخلف از شرط ضمنی. خیار تعذر تسلیم در اجاره:

ماده ۴۸۸- اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستأجره یا منافع آن مزاحم مستأجر گردد در صورتی که قبل از قبض باشد مستأجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننمود می تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت المثل به خود مزاحم رجوع کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود حق فسخ ندارد و فقط می تواند به مزاحم رجوع کند.

ماده ۴۸۸ که این هم خیار تعذر تسلیم است اتفاقاً در خیار تعذر تسلیم این ماده را گفتیم. ماده ۴۸۸ به ۵۲۸ می خورد.

ماده ۵۲۸- اگر شخص ثالثی قبل از اینکه زمین مورد مزارعه تسلیم عامل شود آن را غصب کند عامل مختار بر فسخ می شود ولی اگر غصب بعد از تسلیم واقع شود حق فسخ ندارد.

اجاره منعقد شد قبل از این که مؤجر عین مستأجره را تسلیم کند یک نفر می آید آن را غصب می کند و از مؤجر می گیرد نمی گذارد به مستأجر بدهد. حالا مستأجر دو راه دارد یا به استناد خیار تعذر تسلیم فسخ کند یا به جنگ با غاصب برود و بگوید غاصب برو بیرون و اجرت المثل من را هم بده.

اگر بعد از تسلیم عین مستأجره یک نفر آمد غصب کرد مستأجر دیگر خیار ندارد فقط یک راه دارد، برود به جنگ غاصب بگوید غاصب برو بیرون و اجرت المثل من را بده. پس بعد از تسلیم، دیگر خیار تعذر تسلیم وجود ندارد.

همه ی اینها در جایی است که شخصی که مزاحمت ایجاد کرده است غاصب است یعنی ادعای حقی ندارد. حال اگر شخصی که مزاحمت می کند مدعی حقی بود (عین یا منفعت) سراغ مستأجر نیاید برود دادگاه به طرفیت مؤجر و مستأجر اقامه دعوا کند و حقش را ثابت کند. ماده ی ۴۸۹ مختص کسی است که ادعای حقی دارد پس ماده ۴۸۸ مختص کسی است که ادعای حقی ندارد و غاصب است.

ماده ۴۸۹- اگر شخصی که مزاحمت می نماید مدعی حق نسبت به عین مستأجره یا منافع آن باشد مزاحم نمی تواند عین مزبور را از ید مستأجر انتزاع نماید مگر بعد از اثبات حق با طرفیت مالک و مستأجر هر دو.

ماده ۴۹۱- اگر منفعتی که در اجاره تعیین شده است به خصوصیت آن منظور نبوده مستأجر می تواند استفاده منفعتی کند که از حیث ضرر مساوی یا کمتر از منفعت معینه باشد.

منفعت در اجاره دو نوع است گاهی منفعت برای مؤجر خصوصیت دارد و گاهی منفعت خصوصیت ندارد برای کی؟ برای مؤجر. در حالت اول که خصوصیت دارد مستأجر نمی تواند منفعت را عوض کند، عوض کند می شود تقصیر ولی در حالت دوم که منفعت برای مؤجر خصوصیتی ندارد مستأجر می تواند عوضش کند به منفعتی که ضررش یا مساوی باشد یا کمتر باشد. مثال: من ماشینم را به شما اجاره می دهم که بروی کرج و برگردی که دو حالت است، یکی اینکه موقع کرج رفتن تو برای من (مؤجر) خصوصیت دارد یعنی راه کرج برای من خصوصیت دارد (راه کرج صاف و اتوبان است و ماشینم اذیت نمی شود) که تو نمی توانی جایی دیگر بروی. حالا همین کرج یک موقع برای من خصوصیت ندارد. اگر می گویم کرج منظورم این است که مسافت ۴۰ کیلومتر باشد. پس نمی توانی ۵۰ کیلومتر بروی و ۵۰ کیلومتر برگردی. اما ۳۰ کیلومتر را می توانی بروی و ۳۰ کیلومتر برگردی.

ماده ۴۹۴- عقد اجاره به محض انقضاء مدت بر طرف می شود و اگر پس از انقضاء آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد مؤجر برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود اگر چه مستأجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت المثل بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید.

عقد اجاره با انقضای مدت منفسخ می شود.

قاعده: عقود که مدت دارند مثل اجاره، با انقضای مدت منفسخ می شوند ولی قانون گفته برطرف می شوند.

وقتی مدت اجاره تمام شد دو حالت است:

۱. مؤجر سراغ مستأجر نمی رود.
۲. مؤجر سراغ مستأجر می رود.

قاعده: این قاعده از مصادیق یک قاعده ی کلی تر است. وقتی مدت اجاره تمام شد قاعده این است که مؤجر برود سراغ مستأجر بگوید بلند شو مال را به من بده.

حالت اول: مدت تمام شده و مؤجر نرفته سراغ مستأجر (اصلاً مؤجر نیست). حالا که مؤجر نرفته به طور ضمنی اذن داده که مستأجر بنشیند که رابطه ی آن ها می شود استیفاء (ماده ی ۳۳۷). یکی از مصادیق استیفاء اجاره است جائیکه مدت تمام شده و مؤجر سراغ مستأجر نرفته.

در این حالت اگر مستأجر استفاده نکند باید اجرت المثل را بدهد (از اجرت المثل می فهمیم که اجاره نیست) اگر استفاده نکند هیچ چیزی نباید بدهد و البته نباید اثاثی هم داخل آن داشته باشد.

ماده ۳۳۷- هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است.

حالت دوم: این است که مدت تمام شده و مؤجر سراغ مستأجر رفته و می گوید پاشو مستأجر می گوید نمی پاشم در این حالت مستأجر در حکم غاصب است و باید اجرت المثل بدهد، چه استفاده بکند و چه استفاده نکند. یک فرق دیگر بین دو حالت این است که در حالت اول ید مستأجر امانی است (که رابطه ی استیفاء است) ولی در حالت دوم ید مستأجر ضمانی است. در ماده ی ۴۹۴ چه در حالت اول (مستأجر اذن دارد) و چه در حالت دوم (مستأجر اذن ندارد) **اجرت المثل به نرخ روز است.**

در ماده ی ۴۹۴ برطرف یعنی منفسخ. ادامه ی ماده ی ۴۹۴ می شود ماده ی ۵۰۱ که به ماده ی ۴۹۴ ربط دارد.

ماده ۴۹۴- عقد اجاره به محض انقضاء مدت بر طرف می شود و اگر پس از انقضاء آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد مؤجر برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود اگر چه مستأجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت المثل بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید.

ماده ۵۰۱- اگر در عقد اجاره مدت بطور صریح ذکر نشده و مال الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد اجاره برای یکروز یا یکماه یا یکسال صحیح خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدتهای مزبوره در تصرف خود نگاه دارد و مؤجر هم تخلیه ید او را نخواهد مؤجر به موجب مواضع حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود.

این ماده یک اسم دارد که اسم جالبی است به نام اجاره ی از قرار (دکتر لنگرودی گفته) اجاره ی از قرار این است که یک اجاره داریم که مدتش معلوم نیست. ولی مال الاجاره از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ تعیین شده که هفته ای هم می شود تعیین کرد. پس مدت مشخص نیست و مال الاجاره از قرار است.

مثال: خانه ام را اجاره دادم ماهی ۱۰۰ تومان خداحافظ. خانه ام را دادم سالی یک میلیون خداحافظ، خانه ام را اجاره دادم روزی ۳۰۰۰ خداحافظ. **اجاره از قرار باطل نیست.**

در اجاره از قرار از نظر زمانی سه مرحله داریم. ماده ی ۵۰۱ از سه مرحله دو مرحله را گفته که ما هر سه را می گوئیم و هر مرحله ای یک حکم دارد.

مرحله ی اول: مدت اجاره همان حداقل مدتی است که مال الاجاره از قرار آن تعیین شده یعنی قدر متیقن. اگر گفته ماهی اینقدر یعنی منظورش یک ماه بوده و آنچه مستأجر در این مدت می دهد اجرت المسمی است.

هر وقت عقد باطل بود اجرت المثل و هر وقت صحیح بود، اجرت المسمی است.

مرحله ی دوم: مدت تمام شد یعنی یک روز تمام شد، یک ماه تمام شد یا یکسال تمام شد. مؤجر سراغ مستأجر نمی آید (شد حالت اول ۴۹۴) که یک فرقی دارد. پس اذن داده و رابطه شد استیفاء

حالا یک فرق کوچک با ماده ی ۴۹۴ دارد. فرقی این است که در این مرحله (مرحله ی دوم ۵۰۱) مستأجر باید اجرت المثل بدهد ولی استثنائاً به اندازه ی اجرت المسمی (قاعده این بود که اجرت المثل به نرخ روز باشد بجز این مورد). در امتحان چطور بفهمیم که ماده ی ۴۹۴ است یا ۵۰۱؟ اصل با ۴۹۴ است اگر راجع به ۵۰۱ بدهد به جوری می فهمانند اما اگر مطلق گفتند اصل ماده ی ۴۹۴ است.

ماده ۵۰۱- اگر در عقد اجاره مدت بطور صریح ذکر نشده و مال الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد اجاره برای یکروز یا یکماه یا یکسال صحیح خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدتهای مزبوره در تصرف خود نگاه دارد و مؤجر هم تخلیه ید او را نخواهد مؤجر به موجب مراضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود.

ماده ۴۹۴- عقد اجاره به محض انقضاء مدت بر طرف می شود و اگر پس از انقضاء آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد مؤجر برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود اگر چه مستأجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت المثل بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید.

در مرحله ی دوم ماده ی ۵۰۱ آنچه که مستأجر می دهد اجرت المثل است و احکامش هم اجرت المثل است فقط میزانش اجرت المسمی است (اجرت المسمی منقول بود و اجرت المثل غیر منقول).

مرحله ی سوم: مرحله ی سوم ماده ی ۵۰۱ دقیقاً حالت دوم ماده ی ۴۹۴ است. مؤجر تقاضای تخلیه می کند و مستأجر تخلیه نمی کند که مستأجر می شود در حکم غاصب و باید اجرت المثل بدهد به نرخ روز. چه استفاده کرده باشد و چه استفاده نکرده باشد.

مرحله ی اول اجرت المسمی، مرحله ی دوم اجرت المثل به اندازه ی اجرت المسمی و مرحله ی سوم اجرت المثل به نرخ روز. ماده ی ۵۰۱ به ماده ی ۵۱۵ می خورد:

ماده ۵۰۱- اگر در عقد اجاره مدت بطور صریح ذکر نشده و مال الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدت های مزبوره در تصرف خود نگاه دارد و مؤجر هم تخلیه ید او را نخواهد مؤجر به موجب مراضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود.

ماده ۵۱۵- اگر کسی بدون تعیین انتهاء مدت اجیر شود مدت اجاره محدود خواهد بود به مدتی که مزد از قرار آن معین شده است بنابراین اگر مزد اجیر از قرار روز یا هفته یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد مدت اجاره محدود به یک روز یا یک هفته یا یک ماه یا یک سال خواهد بود و پس از انقضاء مدت مزبور اجاره بر طرف می شود ولی اگر پس از انقضاء مدت اجیر به خدمت خود دوام دهد و مؤجر او را نگاه دارد اجیر نیز به مراضات حاصله به همانطوری که در زمان اجاره بین او و مؤجر مقرر بود مستحق اجرت خواهد شد.

ماده ۴۹۷- عقد اجاره بواسطه فوت مؤجر یا مستأجر باطل نمی شود ولیکن اگر مؤجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستأجره بوده است اجاره به فوت مؤجر باطل می شود اگر شرط مباشرت شده باشد به فوت مستأجر باطل می گردد.

اجاره عقدی است لازم به همین دلیل با فوت از بین نمی رود. این قاعده (که اجاره با فوت از بین نمی رود) دو استثناء دارد:

استثناء اول فوت مؤجر: هر گاه کسی به مدت عمرش مالک منافع باشد (مثل پدر در مثال گذشته) و آن مال را اجاره بدهد با فوت مؤجر منفسخ می شود. اگر کسی به مدت عمرش مالک منافع باشد (نه عمری) و مال را اجاره بدهد با فوت منتفع اجاره منفسخ می شود.

نکته: منتفع در حق انتفاع نمی تواند مال را اجاره بدهد چون مالک منافع نیست.

استثناء دوم فوت مستأجر: دو تا اصطلاح داریم که قانونگذار قاطی کرده اولی قید مباشرت و دومی شرط مباشرت.

تفاوت: قید جنبه ی اصلی دارد. اگر قید از بین برود مقید هم از بین می رود. اگر اجاره به قید مباشرت مستأجر باشد معنی آن این است که فقط، فقط و فقط مستأجر بنشیند مستأجر بمیرد اجاره منفسخ می شود. چون وقتی مستأجر نیست انتفاع هم نیست. ولی شرط مباشرت این است که مستأجر تعهد کند که خودش استفاده کند (شرط جنبه ی فرعی و قید جنبه ی اصلی دارد) اگر اجاره به شرط مباشرت مستأجر باشد و مستأجر بمیرد اجاره درست است ولی شرط ممتنع شده و مؤجر حق فسخ دارد طبق ماده ی ۲۴۰.

ماده ۲۴۰- اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروطه له باشد.

ماده ی ۴۹۷ سوتی داده و به جای قید گفته شرط:

ماده ۴۹۷- عقد اجاره بواسطه فوت مؤجر یا مستأجر باطل نمی شود ولیکن اگر مؤجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستأجره بوده است اجاره به فوت مؤجر باطل می شود اگر شرط مباشرت مستأجر شده باشد به فوت مستأجر باطل می گردد.

ماده ی ۴۹۸ به ماده ی ۵۳ می خورد:

ماده ۴۹۸- اگر عین مستأجره به دیگری منتقل شود اجاره به حال خود باقی است مگر اینکه مؤجر حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد.

ماده ۵۳- انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی شود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

مؤجر وسط های اجاره مال را می فروشد. چون مالک عین است می تواند بفروشد ولی اگر خریدار جاهل بود که اجاره ای هست، حق فسخ دارد.

مؤجر می تواند برای خودش در اجاره شرط بگذارد با توافق مستأجر و بدون مدت که اگر خواست مال را بفروشد اول اجاره را فسخ کند به مستأجر بگوید خوش آمدی و بعد بفروشد.

قاعده: در عقود که مدت دارند مثل اجاره و مثل مزارعه می توانیم خيار شرط بدون مدت

بگذاریم آن وقت می شود تا پایان عقد.

حق فسخ در ماده ی ۴۹۸ یعنی خیار شرط که مدت ندارد و درست است.

ماده ۴۹۹- هر گاه متولی با ملاحظه صرفه وقف مال موقوفه را اجاره دهد اجاره به فوت او باطل نمی گردد.

قاعده: هر گاه نماینده بعد از اینکه عقد را بست فوت کند به ذرک هیچ تأثیری ندارد چه عقد جایز باشد چه لازم تأثیری در عقد ندارد. مثلاً متولی مال را اجاره می دهد و می میرد. اگر خود مؤجر یا مستأجر بمیرند اجاره به هم نمی خورد پس به طریق اولی اگر نماینده بمیرد اجاره به هم نمی خورد.

ماده ۵۰۰- در بیع شرط مشتری می تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد بوسیله جعل خیار یا نحو آن حق بایع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد باطل خواهد بود.

این ماده راجع به بیع شرط است.

توضیح بیع شرط: یک بحث داریم به نام بیع شرط یا بیع خیار. مواد ۳۶۴ بند ۱ و ۴۵۸ تا ۴۶۳ و ۵۰۰ و ۸۱۴.

بیع شرط خیلی مفصل است. بیع شرط این است که یک نفر مالش را می فروشد و بایع برای خودش خیار شرط می گذارد و می گوید ای مشتری اگر تا ۶ ماه دیگر پول را به تو دادم مال را پس بده که هدفش بیع نیست و قرض است.

در قانون مدنی بیع شرط اثر بیع را دارد (باعث تملیک است، ماده ی ۴۵۹):

ماده ۴۵۹- در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می شود با قید خیار برای بایع بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد ولی نفعات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.

ولی قانون ثبت دید داره از بیع شرط سوء استفاده می شود که دو ماده دارد. مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت که خلاصه ی این دو ماده این است که بیع شرط تملیکی نیست و اثر رهن را دارد که فایده ی آن این است که اگر ۶ ماه بگذرد و طرف پول را ندهد دیگر نمی تواند خانه را بردارد. باید برود دادگاه و تقاضای فروش خانه را بدهد و دادگاه خانه را بفروشد و پول طرف را بدهد. که مشتری مانند مرتهن است که به بیع شرط معامله با حق استرداد هم می گویند.

حال ما می خواهیم بیع شرط را در قانون مدنی بخوانیم. اگر در کنکور سؤال دادند آیا در قانون مدنی بیع شرط تملیکی است؟ بله و اگر سؤال دادند آیا در قانون ثبت بیع شرط تملیکی است؟ نه! ولی اگر به صورت مطلق سؤال دادند تملیکی نیست.

ماده ۴۶۰- در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید.

حال ما می خواهیم بیع شرط را در قانون مدنی بخوانیم. در بیع شرط مشتری مالک مبیع می شود ولی مالکیتش محدود است چون بایع می خواهد در آن مدت مبیع را پس بگیرد. به همین دلیل ماده ی ۴۶۰ می گوید در بیع شرط مشتری نمی تواند تا موقعی که بایع خیار دارد مال را منتقل

کند چون اگر منتقل کند با خيار بايع منافات دارد پس ضمانت اجرای ماده ی ۴۶۰ عدم نفوذ است. این ماده زیرنویس هم ندارد. پس اگر مشتری در بيع شرط مال را منتقل کند معامله غير نافذ است.

ماده ی ۵۰۰ سه قسمت دارد که تکه تکه توضیح داده می شود.

ماده ۵۰۰- در بيع شرط مشتری می تواند مبيع را برای مدتی که بايع حق خيار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خيار بايع باشد بوسیله جعل خيار یا نحو آن حق بايع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدی که منافی با حق بايع باشد باطل خواهد بود.

قسمت اول: بيع شرطی واقع شده که خيار بايع منفصل است. مثلاً بايع مال را فروخته و از یک ماه دیگر خيار شرط دارد (به چه مدت مهم نیست) پس بيع شرطی منعقد شده است.

قسمت دوم: مشتری می خواهد بیشتر از یک ماه اجاره بدهد که قانون گفته اشکال ندارد ولی به مشتری یک توصیه می کند. قانون گفته مشتری اگر می خواهی بیشتر از یک ماه اجاره بدهی حق بايع را حفظ کن. مشتری می گوید چطور حق بايع را حفظ کنم که قانون برای مشتری یک مثال می زند و حقوقدانان هم یک مثال زدند.

اولین راهی که مشتری می تواند حق بايع را حفظ کند این است که وقتی که اجاره می دهد یک خيار شرط در اجاره بگذارد که اگر بايع خواست بيع را فسخ کند اول مشتری اجاره را فسخ کند بعد بايع بيع را فسخ کند. یعنی مشتری که باید یک ماه اجاره می داد به مدت یک سال اجاره می دهد و بعد برای خودش خيار شرط می گذارد حال بايع بعد از یک ماه حق فسخ دارد ولی مستأجر داخل آن است. بايع به مشتری می گوید تو که خيار شرط داری اجاره را فسخ کن تا مشتری برود و بعد من هم بيع را فسخ می کنم. مشتری می تواند در اجاره برای بايع خيار شرط بگذارد. پس مشتری می تواند بیش از یک ماه اجاره بدهد ولی حق بايع را حفظ کند.

راه دوم: که حقوقدانان گفته اند مثالش هم شرط فاسخ است که خواندیم.

مثال: مشتری اجاره می دهد یک ساله (که می توانست یک ماهه اجاره بدهد) بعد این شرط را می گذارد می گوید مستأجر هر وقت بايع بيع را فسخ کرد بلافاصله اجاره خودبخود منفسخ بشود. در

خيار یک نفر باید فسخ کند ولی در شرط فاسخ خودبخود منفسخ می شود.

قسمت سوم: مشتری یک سال اجاره می دهد حق بايع را حفظ نمی کند و می گوید گور بابای بايع خداحافظ. در این حالت هر وقت بايع بيع را فسخ کند از آن تاریخ به بعد اجاره می شود غير نافذ (فضولی). یک عقدی صحیح است بعد از مدتی می شود غير نافذ که این تنها موردی است که عقد دو ماه صحیح است و بعد می شود غير نافذ چون تا بايع فسخ نکند منافع مال مشتری است وقتی بايع فسخ کرد می شود غير نافذ چون بايع می شود مالک منافع که قانون سوتی داده و گفته باطل که تنها توجیه قانون این است که فرض کرده بايع رد می کند و اجازه نمی دهد.

اجاره ی اشخاص و مقایسه ی آن با جُعالة:

اجاره ی اشخاص خیلی شبیه جُعالة است. این دو تا چهار شباهت دارند و چهار تفاوت: **شباهت ها:**

۱. **هر دو عقد می باشند:** اجاره ی اشخاص عقد است و جُعالة هم عقد است. در عقد بودن جُعالة به شدت بین فقها و حقوقدانان اختلاف است. بعضی گفته اند جُعالة عقد است چه عام و چه خاص و بعضی می گویند جُعالة ایقاع است چه عام و چه خاص و بعضی ها می گویند جُعالة ی عام ایقاع است و جُعالة ی خاص عقد، اما اگر در امتحان آمد عقد است.

۲. **هر دو عقد عهدي هستند.**

۳. هر دو عقد معوض اند.

۴. در هر دو یک طرف کار می کند و طرف دیگر اجرت آن را می دهد: در اجاره ی اشخاص آنکه کار می کند اسمش اجیر است و آنکه اجرت می دهد، هم می گویند مستأجر است (ماده ی ۵۱۲) و هم می گویند مؤجر (ماده ی ۵۱۵).

ماده ۵۱۲- در اجاره اشخاص کسی که اجاره می کند مستأجر و کسی که مورد اجاره واقع می شود اجیر و مال الاجاره اجرت نامیده می شود.

ماده ۵۱۵- اگر کسی بدون تعیین انتهاء مدت اجیر شود مدت اجاره محدود خواهد بود به مدتی که مزد از قرار آن معین شده است بنابراین اگر مزد اجیر از قرار روز یا هفته یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد مدت اجاره محدود به یک روز یا یک هفته یا یک ماه یا یک سال خواهد بود و پس از انقضاء مدت مزبور اجاره بر طرف می شود ولی اگر پس از انقضاء مدت اجیر به خدمت خود دوام دهد و مؤجر او را نگاه دارد اجیر نیز به مراضات حاصله به همانطوری که در زمان اجاره بین او و مؤجر مقرر بود مستحق اجرت خواهد شد.

در جعاله آنکه کار می کند عامل و آنکه اجرت می دهد جاعل است. در جعاله یا می گویند جُعَل یا می گویند حق الجُعاله. تفاوت ها:

۱. در اجاره ی اشخاص آنکه کار می کند (اجیر) همیشه مشخص است یا حسن است یا حسین ولی در جعاله عامل (آنکه کار می کند) یک وقت مشخص است (به آن جعاله خاص می گویند) و یک وقت نامشخص است (جعاله عام).

مثال: حسن این کار را بکن اینقدر به تو می دهم که می شود جعاله ی خاص یا بچه ها ماشین من گم شده هر کس پیدا کرد ۱۰۰ تومان بهش می دهم که می شود جعاله ی عام. ماده ی ۵۶۱ گفته جعاله عبارت است از که نگفته عقدی است چون در آن اختلاف است. معین جعاله ی خاص و نامعین جعاله ی عام.

ماده ۵۶۱- جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین.

۲. در اجاره ی اشخاص عقد از اول لازم است زیرا اجاره عقدی است لازم در تمام انواع آن (چه اجاره ی اشخاص و چه حیوان و ..) که ماده هم ندارد و از یک سری مواد استنباط می شود ولی جعاله طبق ماده ی ۵۶۵ اول جایز است (وقتی منعقد می شود) و عمل که انجام شد می شود لازم.

ماده ۵۶۵- جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هر یک از طرفین می توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.

۳. در اجاره ی اشخاص به محض عقد هر دو تعهد ایجاد می شود. اجیر باید کار کند و مستأجر باید اجرت بدهد. پس طرفین حق حبس دارند. در اجاره ی اشخاص هر دو حال باشند هر دو حق حبس دارند ولی در جعاله طبق ماده ی ۵۶۷ اول باید عامل انجام بدهد و بعداً جاعل جُعَل را بدهد. تا عامل انجام ندهد مستحق جعل نیست پس عامل حق حبس ندارد.

ماده ۵۶۷- عامل وقتی مستحق جعل می گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد.

۴. در اجاره ی اشخاص عقد مبتنی بر مغاینه است پس علم تفصیلی لازم است ولی جعاله مبتنی بر مسامحه است پس علم اجمالی کافی است. حتی موردش هم می تواند مردد باشد مواد ۵۶۳ و ۵۶۴.

ماده ۵۶۳- در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هر کس گم شده او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن مال او خواهد بود جعاله صحیح است.

ماده ۵۶۴- در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.

نکته: در جعاله عمل دو نوع است (عملی که قرار است انجام شود) یا ساده (بسیط) است یا مرکب است.

اول ساده: مثلاً مورد جعاله پیدا کردن ماشین است که ساده است و اجزاء ندارد دیگر نمی توان نصفش را پیدا کرد و نصف دیگرش را نه. پس در صورتی که عمل ساده است اگر قبل از انجام عمل (جعاله جایز است) عامل فسخ کند، هیچ چیزی به او نمی دهند. ولی اگر جاعل فسخ کند طبق ماده ی ۵۶۵ باید یک اجرت المثلی به او بدهند (جعل اجرت المسمی است)، چون یک سری کارها کرده و جاعل فسخ کرده پس باید به او اجرت المثل بدهد. بعد از عمل هم که قابل فسخ نیست.

ماده ۵۶۵- جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هر یک از طرفین می توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.

دوم مرکب: حالت دوم عمل مرکب است، یعنی عمل دارای چند جزء است که هر کدام به تنهایی به درد جاعل می خورد. قانون گفته هر کدام مقصود بالاصاله است (ماده ۵۶۶) یعنی هر کدام به تنهایی به درد می خورد. مثلاً سه تا اتاق داریم و به حسن می گوئیم این سه تا اتاق را نقاشی کن ۳۰ تومان به تو می دهم. حسن اتاق اول را نقاشی می کند در این صورت اگر یک جزء انجام شد و بعد جعاله فسخ شد (از سوی هر کدام باشد فرقی ندارد) طبق ماده ی ۵۶۶ عامل اجرت المسمی آن جزء را می گیرد و بقیه هم هیچ دیگر. چون حسن اتاق اول را رنگ کرد پس جعاله دیگر نسبت به این اتاق لازم است و قابل فسخ نیست اما نسبت به آن دو اتاق جعاله جایز است پس می توان فسخ کرد.

ماده ۵۶۶- هر گاه در جعاله عمل دارای اجزاء متعدد بوده و هر یک از اجزاء مقصود بالاصاله جاعل بوده باشد و جعاله فسخ گردد عامل از اجرت المسمی به نسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود اعم از اینکه فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل.

بحث شرکت

مواد ۵۷۱ تا ۵۸۲

از مضاربه، مزارعه و مساقات سؤال نمی دهند اما خوانده شود. مبحث شرکت مهم است.

نکته: تعهد متصدی حمل و نقل، تعهد به وسیله است چون امین است (ماده ۵۱۶ ق.م) اما در قانون تجارت تعهد متصدی حمل و نقل تعهد به نتیجه است (ماده ی ۳۸۶ ق.ت):

ماده ۵۱۶- تعهدات متصدیان حمل و نقل اعم از اینکه از راه خشکی یا آب یا هوا باشد برای حفاظت و نگاهداری اشیائی که به آنها سپرده می شود همان است که برای امانت داران مقرر است بنابراین در صورت تفریط یا تعدی مسئول تلف یا ضایع شدن اشیائی خواهند بود که برای حمل به آنها داده می شود و این مسئولیت از تاریخ تحویل اشیاء به آنان خواهد بود.

ماده ۳۸۶ ق.ت- اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره یا مستند به تقصیر ارسال کننده یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنها داده اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی توانست از آن جلوگیری نماید. قرارداد طرفین می تواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیاده تر از قیمت کامل مال التجاره معین نماید.

واژه ی شرکت در قانون مدنی (به قانون تجارت کاری نداریم) دو تا معنی دارد یک معنی آن یعنی اشاعه و یک معنی آن عقد شرکت است. ابتدا این دو را تعریف می کنیم:

۱. اشاعه یعنی جمع شدن چند تا حق در یک جا (قانون اجتماع حقوق). اشاعه فقط در مالکیت نیست در تمام حقوق می شود. مثلاً دو نفر مالک یک خانه اند می شود اشاعه و دو نفر در یک ملک حق انتفاع دارند که باز می شود اشاعه، سه نفر حق ارتفاق دارند که می شود اشاعه، پنج نفر حق تحجیر دارند و ده نفر حق شفعه دارند (داریم حقوق عینی را می شماریم) بیست نفر حق عینی تبعی دارند که می گویند در حقوق دینی هم هست مثل اینکه سه نفر از یک نفر طلب دارند.

۲. شرکت عقدی است که بین شرکای مال بسته می شود و شرکاء به همدیگر اذن می دهند در اداره ی مال و تقسیم سود و زیان. پس برای انعقاد عقد شرکت باید اول مال مشاعی وجود داشته باشد. دو نفر یک تاکسی دارند که با هم قرار می گذارند یکی با تاکسی کار کند و یک مقدار این بردارد و یک مقدار آن یکی.

ماده ی ۵۷۱ تا ۵۸۸ :

در ماده ی ۵۷۱ مالکین یعنی صاحبان حق:

ماده ۵۷۱- شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد بنحو اشاعه.

نکات ماده ی ۵۷۲:

ماده ۵۷۲- شرکت اختیاری است یا قهری.

اولاً شرکت در این ماده یعنی اشاعه ثانیاً ماده یک چیزی کم دارد یعنی در تقدیر است اول ماده باید می گفت اسباب یعنی سببی که اشاعه را به وجود آورد اختیاری است یا قهری. ماده ۵۷۳ اسباب اختیاری را شمرده و ماده ۵۷۴ اسباب قهری را شمرده است.

ماده ۵۷۳- شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می شود یا در نتیجه عمل شرکاء از قبیل مزج اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازاء عمل چند نفر و نحو اینها.

ماده ۵۷۴- شرکت قهری اجتماع حقوق مالکین است که در نتیجه امتزاج یا ارث حاصل می شود.

ماده ۵۷۳ در مورد اسباب اختیاری اشاعه: شرکت یعنی اشاعه و شرکت اختیاری یعنی آنکه سببش اختیاری (ارادی) است.

اولین سبب اختیاری اشاعه عقد است و گفته عقدی از عقود یعنی مهم نیست چه عقدی. اکثر عقود در قانون مدنی می توانند باعث اشاعه بشوند. بیع می تواند سبب اشاعه بشود، اجاره، قرض، مزارعه و مساقات همینطور.

مزج اختیاری یعنی مخلوط کردن با اراده (tomix). اگر بعضی چیزها را با هم مخلوط کنی عرفاً می شوند یک چیز (برنج با برنج، گندم با گندم). ولی بعضی چیزها با هم مخلوط نمی شوند مثل میز با میز پس مزج اختیاری یعنی مخلوط کردن. چند تا کارگر برای شما کار می کنند به همه ی آن ها یک فرش می دهید فرض می شود مشاع (و نحو اینها) که قانونگذار سه تا سبب را گفت و دیگر یادش نیامد و گفته نکند باز هم باشد و من ندونم؟! که ایقاع جمعی می تواند سبب اشاعه بشود. دو نفر مالی را حیات می کنند از دریا یک ماهی می گیرند، دو نفر زمینی را احیاء می کنند.

ماده ۵۷۴ اسباب قهری: اسباب قهری اشاعه دو تا چیز است امتزاج و ارث.

امتزاج یعنی مخلوط شدن بدون اراده. مثلاً دزدی گندم چند نفر را می دزدد و یک جا جمع می کند که خود مالک ها اراده ندارند یا بار گندم چند نفر را با هم مخلوط می کند.

دومین سبب ارث است که هر کس بمیرد اموالش به ورثه می رسد به طور مشاع.

ماده ی ۵۷۶: که اولین ماده ای است که به طور ضمنی عقد شرکت را گفته (شرکت عقدی است اذنی) – ماده ی ۵۷۷

ماده ۵۷۶- طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرر بین شرکاء خواهد بود.

ماده ۵۷۷- شریکی که در ضمن عقد به اداره کردن اموال مشترک مأذون شده است می تواند هر عملی را که لازمه اداره کردن است انجام دهد و به هیچ وجه مسئول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود مگر در صورت تفریط یا تعدی.

در قانون مدنی ۵ تا عقد اذنی داریم (مزارعه و مساقات عقد عهدی هستند ولی مضاربه عقد اذنی است):

۱. مضاربه ۲. شرکت ۳. ودیعه ۴. عاریه ۵. وکالت

عقود اذنی همه جایز هستند چون اذن قابل رجوع است و همه با فوت و حجر به هم می خورند که قانونگذار سوتی داده (ماده ی ۹۵۴ ق.م):

ماده ۹۵۴- کلیه عقود جائزه به موت احد طرفین منفسخ می شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است.

عقد جائز اعم است از عقد اذنی. همه ی عقود اذنی جائز اند ولی همه ی عقود جائز اذنی نیستند (عموم و خصوص مطلق). جعاله و هبه و نامزدی «عهدی» و حبس مطلق که همه ی این عقود جائز هستند و اذنی نیستند و چند بار سؤال بوده که عقود اذنی با فوت و حجر به هم می خورند.

خلاصه ی ماده ی ۵۷۸:

شرکت عقدی است جایز مگر اینکه عقد شرکت برود ضمن عقد لازم (یعنی شرط بشود) که در این صورت تا موقعی که اشاعه باقی است حق فسخ شرکت را ندارند.

ماده ۵۷۸- شرکاء همه وقت می توانند از اذن خود رجوع کنند مگر اینکه اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در اینصورت مادام که شرکت باقی است حق رجوع ندارند.

ماده ی ۵۷۹ و ۵۸۰ و ۵۷۵ را بعداً می خوانیم.

مواد ۵۸۱ و ۵۸۲ و ۵۸۳ و ۴۷۵:

سه قاعده در شرکت:

قاعده ی اول: هر یک از شرکاء می تواند بدون رضایت دیگران در سهم خودش تصرف حقوقی بکند (تصرف حقوقی = عمل حقوقی) و (تصرف مادی = عمل مادی). طبق ماده ی ۵۸۳ هر شریک می تواند بفروشد، اجاره قرار بدهد، معاوضه کند و مهر قرار بدهد.

ماده ۵۸۳- هر یک از شرکاء می تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.

قاعده ی دوم: تصرف حقوقی شریک در سهم دیگران بدون اذن آن ها فضولی است و غیر نافذ می باشد (ماده ی ۵۸۱). من سه دانگ دارم و تو سه دانگ، اگر سه دانگ تو را بفروشم فضولی است.

ماده ۵۸۱- تصرفات هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.

قاعده ی سوم: شریک بدون اذن شریکش تصرف مادی نمی تواند بکند (ماده ی ۵۸۲). در تصرف حقوقی ۱. سهم خود و ۲. سهم دیگران اما در تصرف مادی سهم خود و دیگری ندارد. این تابلو اگر بین ما مشاع باشد هر نقطه ای دست بگذاریم سهم هر دوی ماست یعنی در عالم ماده مشخص نیست. پس اگر بدون اذن تصرف مادی بکند، ضامن است.

ماده ۵۸۲- شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است.

مواد ۵۸۴ و ۵۸۵ را نمی خوانیم.

ماده ۵۸۶- اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد هر یک از شرکاء هر وقت بخواهد می تواند رجوع کند.

قاعده ی اول: هر گاه در عقد جائز (شرکت هم عقد جائز است)، مدت بگذاریم عقد جائز در آن مدت لازم نمی شود و عقد جائز همچنان جائز است. تنها فایده ی مدت این است که اگر مدت تمام بشود عقد به هم می خورد (ماده ی ۵۵۲) که برای دو عقد جائز است. مثلاً من به تو وکالت می دهم به مدت یک سال خداحافظ. که هر کدام می توانند بر هم بزنند.

ماده ۵۵۲- هرگاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی شود لیکن پس از انقضاء مدت مضارب نمی تواند معامله بکند مگر با اجازه جدید مالک.

قاعده ی دوم: اگر یک عقد جائزی داشته باشیم و بعدش عقد لازمی ببندیم و در عقد لازم برای عقد جائز مدت بگذاریم، عقد جائز لازم می شود چون که مدتش رفته توی عقد لازم (مفهوم ماده ی ۵۸۶).

ماده ۵۸۶- اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد هر یک از شرکاء هر وقت بخواهد می تواند رجوع کند.

مثال: من به شما وکالت می دهم بدون مدت، فردا من و تو یک عقد لازم می بندیم مثل نکاح، ضمن عقد لازم یاد وکالت می افیم و می گوئیم راستی وکالت دیروز یک سال باشد چون این مدت

(یک سال) ضمن عقد لازم آمده وکالت ما می شود یک سال و توی این یک سال هم حق بر هم زدن نداریم.

پس اگر مدت عقد جایز توی خودش (عقد جایز) بیاید عقد را لازم نمی کند اما اگر مدت عقد جایز ضمن عقد لازم باشد، عقد جایز لازم می شود.

ماده ۵۸۷- شرکت به یکی از طرق ذیل مرتفع می شود:

۱- در صورت تقسیم.

۲- در صورت تلف شدن تمام مال شرکت.

شرکت در این ماده یعنی اشاعه. مال تقسیم شود، اشاعه از بین می رود.

نکته: در ماده ی ۵۸۷ شرکت می تواند به معنی عقد شرکت هم باشد. تقسیم و تلف ابتدا اشاعه را از بین می برند و سپس عقد شرکت را از بین می برند. اشاعه که از بین برود عقد شرکت هم از بین می رود و عقد شرکت می شود سالبه به انتفاع موضوع.

ماده ی ۵۸۸:

در موارد ذیل عقد شرکت منحل می شود:

۱. مدت عقد تمام شود یا از آن رجوع شود.

۲. در صورت فوت و محجور شدن یک طرف.

شرکت عقدی است اذنی نتیجه اینکه اولاً جائز است و دوماً با فوت و حجر از بین می رود.

ماده ۵۸۸- در موارد ذیل شرکاء مأذون در تصرف اموال مشترکه نمی باشند:

۱- در صورت انقضاء مدت مأذونیت یا رجوع از آن در صورت امکان رجوع.

۲- در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء.

ماده ی ۵۷۵: طبق این ماده هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در سود و زیان سهیم اند.

ماده ۵۷۵- هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشد مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد.

مثال: من و تو یک تاکسی داریم هر یک سه دانگ و آن را اجاره داده ایم که وقتی سهم نصف است، سود و زیان هم نصف است مگر اینکه مثلاً یکی از آن ها با آن کار کند که می تواند آن که کار می کند سود بیشتری ببرد. نکته ی ماده این است که اشکال ندارد شرط کنیم که یکی از شرکاء بدون عمل سود بیشتری ببرد. این شرط طبق ماده ی ۱۰ و ماده ی ۵۲۰ درست است. هر چند در ماده ی ۵۷۵ نیامده و گفته در مقابل عملی سود بیشتری ببریم.

ماده ۱۰- قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

ماده ۵۲۰- در مزارعه جائز است شرط شود که یکی از دو طرف علاوه بر حصه از حاصل مال دیگری نیز به طرف مقابل بدهد.

مثال: من و تو شریک هستیم شما می گوئید چون من خوشگل ترم من ۷۰٪ و تو ۳۰٪ که من می گویم اشکالی ندارد.

ماده ی ۵۲۰ در عقد مزارعه است (یکی زمین می دهد که طرف زراعت کند و محصول را نصف کند) که در این ماده گفته می شود که یکی بدون عمل سهم بیشتری بگیرد که وقتی در مزارعه می شود در شرکت هم می شود.

مواد ۵۷۹ و ۵۸۰ (مفصل و مهم):

که فقط مال شرکت نیست و همه جا به درد می خورد. فرض مسئله این است که چند نفر قرار است کاری را انجام دهند مثلاً چند تا وکیل، چند تا وصی، چند تا متولی، چند تا شریک یا چند تا قیّم که چهار حالت است:

۱. اجتماع

۲. استقلال

۳. ترتیب

۴. اطلاق

۱. اجتماع:

اجتماع یعنی چند نفر باید با هم انجام بدهند و اگر یکی از آن ها نباشند کار بقیه صحیح نیست (یعنی غیر نافذ است نه باطل).

مثال: شما یک خانه داری که می خواهی بفروشی سه تا وکیل می گیری که خانه را بفروشند و می گوئی به طور اجتماع. حال دو تا از آن ها می فروشند که این معامله غیر نافذ است که باید وکیل سوم تنفیذ کند یا موکل. **وکیل سوم نمی تواند رد کند و فقط می تواند بگوید که موافق نیستم.**

۲. استقلال:

یعنی هر کدام به تنهایی می توانند آن کار را انجام بدهند در استقلال هر کس زودتر انجام داد کار تمام است و کار بعدی ها درست نیست (که می تواند باطل باشد یا غیر نافذ).

مثال: شما خانه ای داری که سه تا وکیل گرفته ای تا بفروشند به استقلال. اولی فروخت به حسن که کار تمام شد حال دومی اگر بفروشد مال حسن را فروخته (فضولی).

مثال: خانمی سه تا وکیل می گیرد که خانم را به عقد یک نفر در بیاورند به طور استقلال. حال وکیل اول خانم را به عقد یک نفر در آورد که شخص دوم اگر خانم را به عقد. ...

نکته ۱: اگر آن چند نفر همزمان انجام بدهند همه باطل اند (اذا تعارضاً، تساقطاً).

نکته ۲: اگر در استقلال همگی معامله کنند و تاریخ ها مشخص نباشد باز هم همه باطل هستند مثل همزمان بودن. شما سه تا وکیل گرفتی خانه را بفروشند و هر سه هم می فروشند اما معلوم نیست چه کسی اول فروخته است.

نکته ۳: در استقلال اگر دو نفر باشند و هر دو معامله کنند و تاریخ یکی معلوم و تاریخ دیگری مجهول باشد، معامله ی معلوم درست است طبق اصل **تأخر حادث** (ماده ۸۷۴).

اصل تأخر حادث گفته اگر دو حادثه داشته باشیم و تاریخ یکی معلوم و دیگری مجهول، اصل تأخر حادث می گوید آنکه مجهول است را بینداز بعد از معلوم.

ماده ۸۷۴ - 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.

۳. ترتیب:

یعنی چند نفر به ترتیب سمت پیدا می کنند. شما سه تا وکیل می گیرید که خانه تان را بفروشند. می گوئی اول حسن بفروشد، اگر حسن نبود بعد حسین ولی باید بگوئی حسن نبود یعنی چه؟ در ایران نبود یا در تهران نبود؟ اگر حسن باشد بقیه سمتی ندارند و **مانند فضول اند** (ماده ی ۸۵۵).

ماده ۸۵۵- موصی می تواند چند نفر را به نحو ترتیب وصی معین کند به این طریق که اگر اولی فوت کرد دومی وصی باشد و اگر دومی فوت کرد سومی باشد و هکذا.

۴. اطلاق:

اطلاق یعنی سکوت. اطلاق یعنی یارو هیچ چیزی نگفته نه گفته اجماع، نه گفته استقلال و ...
مثال: شما سه تا وکیل گرفتی که خانه ات را بفروشند. می گوئی حسن، حسین، تقی، خانه ی مرا بفروشید خداحافظ که اطلاق به اجتماع بر می گردد یعنی اصل بر اجتماع است و علتش هم اصل عدم زیاده است. چون در استقلال قدرت زیاد است یعنی هر کدام تمام قدرت را دارد اما در اجتماع هر کدام یک سوم قدرت را دارند (مواد ۶۶۹ در وکالت و ۸۵۴ در وصایت).

ماده ۶۶۹- هر گاه برای انجام امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد هیچ یک از آنها نمی تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید مگر اینکه هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد در اینصورت هر کدام می تواند به تنهایی آن امر را بجا آورد.

ماده ۸۵۴- موصی می تواند یک یا چند نفر وصی معین نماید. در صورت تعدد اوصیاء باید مجتمعاً عمل به وصیت کنند مگر در صورت تصریح به استقلال هر یک.

نکته: در حالت اجتماع (فقط حالت اجتماع) اگر چند تا وکیل باشند و یکی از آن ها فوت کند وکالت بقیه هم منحل می شود (ماده ی ۶۷۰). ماده گفته باطل می شود که باید می گفت منفسخ می شود. ولی اگر چند تا متولی باشند در حالت اجتماع و یکی از آن ها بمیرد تولیت بقیه از بین نمی رود و حاکم ضمّ امین می کند که کامل بشوند (ماده ۷۷ به ماده ی ۶۷۰ می خورد).

ماده ۷۷- هرگاه واقف برای دو نفر یا بیشتر بطور استقلال تولیت قرار داده باشد هر یک از آنها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلاً تصرف می کنند و اگر به نحو اجتماع قرار داده باشد تصرف هر یک بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها حاکم شخصی را ضمیمه آنکه باقیمانده است می نماید که مجتمعاً تصرف کنند.

ماده ۶۷۰- در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می شود.

در وصایت اگر چند تا وصی باشند به طور اجتماع و یکی از آن ها بمیرد، قانون ساکت است که حقوقدان ها گفته اند برو سراغ تولیت چون در وصایت وقتی یکی از اوصیاء می میرد دیگر موصی وجود ندارد که تصمیم بگیرد اما در وکالت موکل هست پس بهتر است که بقیه وجود داشته باشند و حاکم ضمّ امین کند (ماده ۶۱).

ماده ۶۱- وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید یا با آنها شریک کند یا گر در ضمن عقد متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند.

تقسیم

مواد ۵۸۹ تا ۶۰۶

تقسیم یعنی تبدیل شدن مال مشاع به مال مفروز. تقسیم در واقع تمیز حق است یعنی حق هر شریک مشخص می شود که کجاست. در مال مشاع حق هر شریک همه جا هست و هیچ جا هم نیست. تو هر جا دست بگذاری مال تو هست و چون مال شریکت هم هست مال تو نیست. تقسیم فقط هم تمیز حق صرف نیست و مبادله هم در آن صورت می گیرد (مبادله ی حق مشاع با حق مفروز). هر شریک حق مشاع خود را از دست می دهد و حق مفروز به دست می آورد، این را تقسیم گویند. پس هم تمیز حق است و هم مبادله است. در تست اگر مجبور شدیم بین تمیز حق و مبادله یکی را بنیم، تمیز حق را می زنیم ولی اگر در یک گزینه هر دو بود، هر دو را می زنیم.

انواع تقسیم:

۱. تقسیم به تراضی

۲. تقسیم به اجبار

۱. تقسیم به تراضی:

یعنی شرکاء با هم توافق می کنند که تقسیم کنند (ماده ی ۵۹۱ و ۵۹۲).

ماده ۵۹۱- هر گاه تمام شرکاء به تقسیم مال مشترک راضی باشند تقسیم به نحوی که شرکاء تراضی نمایند به عمل می آید و در صورت عدم توافق بین شرکاء حاکم اجبار به تقسیم می کند مشروط بر اینکه تقسیم مشتمل بر ضرر نباشد که در اینصورت اجبار جائز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد.

ماده ۵۹۲- هر گاه تقسیم برای بعضی از شرکاء مضر و برای بعض دیگر بی ضرر باشد در صورتی که تقاضا از طرف متضرر باشد طرف دیگر اجبار می شود و اگر بر عکس تقاضا از طرف غیر متضرر بشود شریک متضرر اجبار بر تقسیم نمی شود.

تقسیم به تراضی در دو مورد ممنوع است (امکان ندارد):

مورد اول: جایی که مال از مالیت بیفتد (ماده ی ۵۹۵). یک فرش را نمی توان تقسیم کرد حتی به تراضی.

ماده ۵۹۵- هر گاه تقسیم متضمن افتادن تمام مال مشترک یا حصه یک یا چند نفر از شرکاء از مالیت باشد تقسیم ممنوع است اگر چه شرکاء تراضی نمایند.

مورد دوم: جایی که بین شرکاء غایب یا محجور باشد (سؤال کانون امسال) که در این مورد هم تقسیم به تراضی ممکن نیست، حتی با نماینده های غایب و محجور نمی توان تراضی کرد بلکه تقسیم باید در دادگاه با حضور نماینده غایب یا محجور صورت بگیرد (ماده ۱۳ قانون امور حسبی).

۲. تقسیم به اجبار:

اگر شرکاء تراضی نکنند یکی از آن ها می تواند برود دادگاه تقاضای تقسیم بکند (ماده ی ۵۸۹).

ماده ۵۸۹- هر شریک المال می تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکاء به وجه ملزومی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند.

نکته: شریکی که می خواهد تقاضای تقسیم بکند باید دعوا را به طرفیت تمام شرکاء اقامه کند که بیشتر مال وراث است. مثلاً ده تا وارث هستند که دو گروه می شوند که یکی از آن ها می رود و دادخواست را علیه آن هائی می دهد که با او مخالف هستند با حالی که باید علیه همه ی وراث دادخواست بدهد.

نکته: اگر شرکاء بیش از دو نفر باشند دادگاه می تواند سهم بعضی ها را جدا کند و سهم بقیه را بگذارد باشد. شرکاء ده نفر هستند و یک نفر با بقیه دعوا دارد که می رود دادگاه و تقاضای تقسیم می کند. دادگاه سهم او را جدا می کند و بقیه ی زمین در حالت اشاعه بین بقیه می ماند (ماده ی ۵۹۰).

ماده ۵۹۰- در صورتی که شرکاء بیش از دو نفر باشند ممکن است تقسیم فقط به نسبت سهم یک یا چند نفر از آنها به عمل آید و سهام دیگران به اشاعه باقی بماند.

نکته: شریکی که تقاضای تقسیم می کند ممکن است از تقسیم ضرر کند یا نه دیگران متضرر بشوند حال اگر متضرر برود و تقاضای تقسیم بکند دادگاه بقیه را مجبور می کند ولی اگر غیر متضرر تقاضای تقسیم بکند دادگاه متضرر را اجبار نمی کند (ماده ۵۹۲ فوق الذکر).
ضرر این است که اگر مال تقسیم بشود سهم یکی از شرکاء و یا بعضی از آن ها افت قیت پیدا می کند (ماده ۵۹۳).

ماده ۵۹۳- ضرری که مانع از تقسیم می شود عبارت است از نقصان فاحش قیمت به مقداری که عادتاً قابل مسامحه نباشد.

مثلاً یک زمین ۱۰۰۰ متری هست که اگر این زمین را بفروشیم (کلاً) متری یک میلیون می خرند. حال یکی از شرکاء سهمش یک صدم است که می شود ده متر و نمی توان با آن کاری کرد. اگر زمین را کلاً بفروشند ده میلیون گیر او می آید حال اگر ده متر را جدا کنند متری ۱۰۰ هزار از او می خرند که یک میلیون گیر او می آید. اگر خود متضرر تقاضای تقسیم کند که بقیه اجبار می شوند اما اگر کسی غیر از متضرر تقاضای تقسیم بکند دادگاه متضرر را اجبار نمی کند.
نکته: اگر اموال مشترک زیاد باشد فقط ممکن است بعضی ها به اجبار تقسیم بشود. مثلاً وراث زمین دارند، باغ دارند، ماشین دارند که یکی تقسیم زمین را می خواهد و در این صورت دادگاه نمی تواند باغ و ماشین را هم تقسیم کند (ماده ی ۵۹۶).

ماده ۵۹۶- در صورتی که اموال مشترک متعدد باشد قسمت اجباری در بعضی از آنها ملازم با تقسیم باقی اموال نیست.

ماده ۵۹۷- تقسیم ملک از وقف جایز است ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست.

نکته: ماده ی ۵۹۷ گفته تقسیم ملک از وقف اشکال ندارد و می شود. یک زمین است که سه دانگ آن ملک است و سه دانگ آن وقف است که می توان تقسیم کرد ولی تقسیم مال موقوف بین موقوف علیهم نمی شود چون آن ها مالک نیستند که بخواهند تقسیم کنند. موقوف علیهم حق انتفاع دارند که در مهایات می خوانیم.
ترتیب تقسیم:

ماده ۵۹۸- ترتیب تقسیم آن است که اگر مال مشترک مثلی باشد به نسبت سهام شرکاء افزاز می شود و اگر قیمتی باشد بر حسب قیمت تعدیل می شود و بعد از افزاز یا تعدیل در صورت عدم تراضی بین شرکاء حصص آنها به قرعه معین می گردد.

۱- **تقسیم به اجبار:** که توسط دادگاه صورت می گیرد و چهار راه دارد که این چهار راه در طول یکدیگرند یعنی دادگاه اول باید برود سراغ راه اول بعد دوم، بعد سوم و بعد هم چهارم:

راه اول «افراز»: که با افراز قانون ثبت فرق دارد. افراز جائی است که مال مشاع تجزیه پذیر باشد در نتیجه به همه ی شرکاء می رسد و مال مشاع را هم لازم نیست قیمت کنی.

مثال: ۱۰۰ کیلو برنج هست که بین دو نفر می خواهیم تقسیم کنیم که می شود ۵۰ کیلو برای یکی و ۵۰ کیلو برای دیگری که فقط از راه افراز می شود.

راه دوم «تعدیل»: تعدیل جائی است که افراز ممکن نیست چون در طول همدیگر هستند. در تعدیل اول قیمت می کنیم و بعد بر حسب قیمت تقسیم می کنیم. این را تعدیل گویند.

مثال: یک ماشین است (این ها معمولاً مال وراث هستند) یک فرش و یخچال هست که افراز نمی شود. چون هیچکدام تجزیه پذیر نیستند، اول توسط کارشناس قیمت می کنیم. ماشین ۵ میلیون، فرش ۴ میلیون و یخچال یک میلیون که می توان دو تا ۵ میلیون در آورد ۵ میلیون ماشین و فرش و یخچال هم ۵ میلیون. دادگاه می گوید یکی ماشین را بردارد و یکی فرش و یخچال را و اگر توافق نکردند دادگاه قرعه می زند (القرعه لكل امر مشکل)، در قانون مدنی فقط افراز و تعدیل آمده است.

راه سوم «رد یا تقسیم به رد»: رد جائی است که تعدیل هم نمی شود یعنی نه افراز می شود و نه تعدیل. رد این است که به یکی کم می دهیم و به دیگری زیاد می دهیم و آنکه زیاد برده مابه التفاوت را به آنکه کم برده می دهد.

مثال: یک ماشین و یک فرش که افراز نمی شود (تا دیدیم مالی افراز نمی شود باید توسط کارشناس قیمت کنیم). ماشین ۵ میلیون و فرش هم ۴ میلیون و تعدیل هم نمی شوند. چون دو تا ۵ میلیون در نمی آید. ماشین را به یکی می دهیم و فرش را به دیگری و کسی که ماشین را برده ۵۰۰ هزار تومان به دیگری می دهد چون ۵ میلیون و چهار میلیون می شود ۹ میلیون که تقسیم بر دو می شود ۴/۵ میلیون. اگر هر دو بگویند ماشین را می خواهیم، قرعه می زنیم. حال اگر هیچکدام حاضر نبودند ماشین را بردارند و ۵۰۰ تومان بدهند می رویم سراغ **راه چهارم یعنی فروش** که ماشین و فرش را می فروشند و بین آن ها تقسیم می کنند. اگر مال مشاع فقط یک ماشین بود آیا رد امکان دارد؟ بله، یک ماشین است و افراز نمی شود و تعدیل هم نمی شود حال قیمت می کنیم ۵ تومان یکی می گوید من ماشین را می گیرم و ۲/۵ میلیون به دیگری می دهم و اگر باز هم هیچکدام نخواهند ماشین را بردارند و ۲/۵ میلیون بدهند می رویم سراغ فروش ولی اگر هر دو حاضر شدند ماشین را بردارند و ۲/۵ میلیون بدهند می رویم سراغ قرعه.

افراز و تعدیل ماده ی ۵۹۸، رد و فروش در قانون مدنی نیامده اما در قانون امور حسبی است. مواد ۳۱۶ و ۳۱۷.

ماده ۵۹۸- ترتیب تقسیم آن است که اگر مال مشترک مثلی باشد به نسبت سهام شرکاء افراز می شود و اگر قیمتی باشد بر حسب قیمت تعدیل می شود و بعد از افراز یا تعدیل در صورت عدم تراضی بین شرکاء حصص آنها به قرعه معین می گردد.

در ماده ی ۵۹۸ ملاک در افراز تجزیه پذیر بودن است، نه مثلی بودن. مثلی در این ماده یعنی تجزیه پذیر.

مهائات

مهائات در قانون نیست و در زیرنویس ها هم نیست، در کتابهای حقوقی است. مهائات از ریشه ی هیأت می آید. مهائات یعنی تقسیم منافع بین شرکاء خواه شرکاء مالک عین باشند یا نه فقط مالک منفعت باشند یا حق انتفاع داشته باشند. گاهی شرکاء مالک عین هم هستند و نمی خواهند عین را تقسیم کنند گاهی هم مالک عین نیستند و مالک منافع اند که می توانند منافع را بین خود تقسیم کنند.

مهائات یا بر حسب زمان است و یا بر حسب مکان است (اجزاء).

مثال بر حسب زمان: یک ماشین است و بین دو نفر مشترک است خوب چطور منافع را تقسیم کنند؟ یک روز دست تو و یک روز دست من. این را مهائات بر حسب زمان گویند که به زبان انگلیسی به آن (Time sharing) گفته می شود.

مثال بر حسب مکان: یک ساختمان است که بین دو نفر مشترک است و چهار تا اتاق دارد می گویند حیف است بفروشیم منافع این دو اتاق مال من و منافع این دو اتاق مال تو. **مهائات عقد** است یعنی با هم توافق می کنند که منافع را با هم تقسیم کنند حال اکثراً می گویند مهائات لازم است اتفاقاً یک ماده در قانون مدنی داریم (ماده ی ۵۹۹) که از این ماده استنباط می شود که مهائات لازم است (با توجه به قیاس) **مهائات یک نوع تقسیم است و هر تقسیمی لازم است** پس مهائات هم لازم است.

ماده ۵۹۹- تقسیم بعد از آنکه صحیحاً واقع شد لازم است و هیچیک از شرکاء نمی تواند بدون رضای دیگران از آن رجوع کند.

امانت

مواد ۶۰۷ تا ۶۴۷ قانون مدنی مربوط به ودیعه و عاریه است اما ما تمام نکات امانت را می گوئیم. امانت دو نوع تقسیم بندی دارد.

تقسیم بندی اول امانت:

۱. امانت مالکانه (قراردادی)

۲. امانت قانونی (شرعی)

امانت مالکانه یا قراردادی: این است که مالک خودش مالش را داده به امین یعنی اراده ی مالک هست. تمام عقودی که در آن ها امانت هست، امانتش مالکانه است. عقود از نظر امانت دو دسته اند یک سری عقود در آن ها امانت هست که به آن ها عقود امانی گفته می شود مانند اجاره، ودیعه، رهن، مضاربه و مزارعه که فهرست کامل آن ها در کتاب تست آمده و یک سری عقود داریم که امانت در آن ها نیست و به آن ها عقود غیر امانی گویند مانند بیع، معاوضه، قرض و هبه. آن عقودی که در آن ها امانت هست امانتش مالکانه است چون اراده ی مالک هست.

امانت قانونی یا شرعی: جائی است که اراده ی مالک نیست و یک نفر به حکم قانون امین شده مثل ولی و قیم و کسی که مالی را پیدا می کند. پس تفاوت عمده ی امانت مالکانه و امانت شرعی این است که در امانت مالکانه اراده ی مالک هست اما در امانت شرعی (قانونی) اراده ی مالک نیست. در امانت مالکانه مالک باید برود سراغ امین و مالش را بگیرد. مثلاً در اجاره مؤجر می رفت سراغ مستأجر چون امانت مالکانه است، پس مالک باید برود سراغ امین مالش را بگیرد و اگر نرود لابد رضایت داده که مال دست یارو بماند اما در امانت قانونی بر عکس است یعنی امین باید بیايد مال را به مالک بدهد و اگر نیاید تقصیر کرده است.

نکته: در امانت مالکانه تصریح قانون لازم نیست یعنی لازم نیست قانون بگوید تو امانی و همین که اراده ی مالک باشد یارو می شود امان (اراده ی مالک کافی است). خوشبختانه قانون اکثر موارد امانت مالکانه را گفته ولی بعضی جاها هم نگفته (مثل استیفاء از مال دیگری). در استیفاء اراده ی مالک هست می گوید تو از مال من استفاده کن و بعد اجرت المثل را بده که اینجا هم طرف امان هست چون اراده ی مالک هست ولی قانون نگفته است.

تقسیم بندی دوم امانت:

۱. امانت اولی (امانت اولاً و بالذات)

۲. امانت ثانوی (امانت ثانیاً و بالعرض)

جوهر (ذات) امانت حفظ مال است، هر وقت می گویم طرف امان است یعنی باید مال را حفظ کند. بعضی وقت ها امان مال را می گیرد که فقط حفظ کند و کاری دیگر نباید بکند که این را امانت اولاً و بالذات گویند. مثل عقد ودیعه در ماده ی ۶۰۷ که یک نفر مالش را به دیگری می دهد که مجانی نگه دارد و بعد هم پس بدهد مثلاً شما می روید مسافرت و اموال قیمتی تان را به همسایه می دهی که برای تان نگه دارد.

ماده ۶۰۷- ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاهدارد. ودیعه گذار مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امان می گویند.

بعضی وقت ها امان مال را می گیرد اما نه برای حفظ بلکه برای یک کار دیگر ولی باید حفظ هم بکند که این را امانت ثانوی و بالعرض گویند. مثل اجاره که مستأجر مال را می گیرد که استفاده کند ولی در درجه ی دوم هم باید حفظ کند. هر گاه حفظ در درجه ی اول بود امانت اولاً و بالذات است و هر گاه حفظ در درجه ی دوم بود امانت ثانوی و بالعرض است. بجز ودیعه که امانت بالذات است، در سایر عقود امانی امانت ثانوی و بالعرض است.

مسئولیت امان:

امین مسئول نیست مگر اینکه تقصیر کند، چون تعهدش تعهد به وسیله است. تقصیر یا تعدی است یا تفریط است و از این دو حال خارج نیست. اگر تقصیر فعل باشد می شود تعدی و اگر ترک فعل باشد می شود تفریط (مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳).

ماده ۹۵۱- تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری.
ماده ۹۵۲- تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.
ماده ۹۵۳- تقصیر اعم است از تفریط و تعدی.

گفته با ماشین من ۱۰۰ تا بیشتر نرو، یارو رفته که می شود تقصیر. تقصیر یا عمدی است یا غیر عمد. مثلاً عمداً ۱۲۰ تا رفت (عمدی)، با موبایل صحبت می کرد حواسش پرت شده و ۱۲۰ تا رفت (غیر عمدی). در مسئولیت امان فرقی ندارد که تقصیر عمدی باشد یا غیر عمدی. امان تقصیر می کند که سه حالت پیش می آید:

حالت اول: تقصیر امان موجب خسارت شد، یعنی بین تقصیر و خسارت رابطه ی سببیت یا علیت است که اینجا امان مسئول است چون تقصیر باعث خسارت شده (همیشه تقصیر باعث خسارت نیست).

مثال: گوسفندی را به امانت گرفته و به آن غذا نمی دهد (تفریط) تا بمیرد که اینجا تقصیر باعث خسارت شد و امین مسئول است.

حالت دوم: امین تقصیر می کند اما با تقصیر باعث خسارت نشده در دوران تقصیر قوه ی قاهره می آید و باعث خسارت می شود که باز هم امین مسئول است چون در دوران تقصیر یدش ضمانی است. امین یدش امانی است که در دوران تقصیر می شود ضمانی و مانند غاصب می شود و اگر تقصیر هم باعث خسارت نشود امین مسئول است.

مثال: گوسفند را به امانت گرفته و دو روز به او غذا نمی دهد که با دو روز غذا نخوردن نمی میرد اما در این دو روز زلزله می آید و گوسفند تلف می شود که امین مسئول است.

حالت سوم: امین تقصیر می کند در دوران تقصیر هیچ اتفاقی نمی افتد و بعد دست از تقصیر می کشد و دوباره مثل امین رفتار می کند و بعد قوه ی قاهره می آید که امین مسئول نیست چون با تقصیر یدش می شود ضمانی و اگر دست از تقصیر بکشد دوباره یدش می شود ید امانی.

مثال: به گوسفند دو روز غذا نمی دهد و بعد دوباره غذا می دهد. ۱۰ سال بعد زلزله می آید و گوسفند تلف می شود که امین مسئول نیست.

دو نکته راجع به امین مسئول:

نکته ۱: می توان بر امین شرط ضمان کرد یعنی می توان شرط کرد که امین حتی بدون تقصیر ضامن باشد (امین تو ضامنی حتی اگر تقصیر نکنی، که امین هم قبول می کند). قانون مدنی در عاریه شرط ضمان را پذیرفته (ماده ی ۶۴۲).

ماده ۶۴۲- اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود اگر چه مربوط به عمل او نباشد.

این ماده را عاریه مضمونه گویند، یعنی عاریه ای که در آن شرط ضمان شده که این حکم فقط مختص عاریه نیست و در تمام عقود امانی می شود شرط ضمان کرد. یک عاریه داریم که بدون شرط ید مستعیر ید ضمانی است عاریه ی طلا و نقره (ماده ی ۶۴۴). این هم مضمونه است ولی بدون شرط. ماده ی ۶۴۴ قانون تکمیلی است و می توان بر خلاف آن شرط کرد یعنی می توانیم شرط کنیم که ید مستعیر امانی باشد.

ماده ۶۴۴- در عاریه طلا و نقره اعم از مسکوک و غیر مسکوک مستعیر ضامن است هر چند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد.

قانون مدنی در یک مورد شرط ضمان را نپذیرفته و آن هم در مضاربه است (ماده ی ۵۵۸).

ماده ۵۵۸- اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.

در مضاربه قانون گفته اگر شرط ضمان کنی عقد باطل است اما در عاریه گفته درست است. اما دکتر کاتوزیان گفته در مضاربه هم شرط ضمان درست است. در امتحان اگر سؤال دادند طبق قانون شرط ضمان در مضاربه اشکال دارد؟ بله اشکال دارد اما اگر به طور کلی دادند نه!

نکته ۲: بر عکس نکته ی اول می توان شرط کرد که امین تقصیر هم کرد ضامن نباشد که یک نوع شرط عدم مسئولیت است (در وجه التزام خواندیم) البته به شرط اینکه تقصیر عمدی، خسارات بدنی و لطمه به حیثیت و شرافت نباشد.

مقایسه ی ودیعه و عاریه (که خیلی شبیه هم هستند):

۱. هر دو عقد اذنی هستند اما فرق آن ها این است که در ودیعه اذن می دهیم برای نگهداری (ماده ۶۰۷) و در عاریه اذن می دهیم برای انتفاع (ماده ۶۳۵).

ماده ۶۰۷- ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاهدارد. ودیعه گذار مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین می گویند.

ماده ۶۳۵- عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند.

۲. هر دو عقد امانی هستند.

۳. هر دو عقد مجانی هستند.

۴. هر دو عقد جایز هستند.

۵. هر دو با فوت و حجر به هم می خورند.

۶. با اینکه هر دو مجانی هستند و به سود یک طرف اند اما اهلیت شرط است برای هر دو طرف که باید اهلیت کامل داشته باشند.

۷. هر دو عقد رضائی هستند، با ایجاب و قبول واقع می شوند و نیازی به قبض ندارند.

۸. در ودیعه نوع مال مهم نیست مصرف شدنی باشد یا مصرف نشدنی اما در عاریه مال باید مصرف نشدنی باشد (ماده ۶۳۷).

ماده ۶۳۷- هر چیزی که بتوان به ابقاء اصلش از آن منتفع شد می تواند موضوع عقد عاریه گردد. منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلانی باشد.

اخذ به السوم:

اخذ به السوم این است که یک نفر مالی را می گیرد که معاینه کند، اگر خوب باشد می خرم و اگر بد بود نمی خرم. کسی که مال را گرفته **آخذ بالسوم** و به مال **مأخوذ بالسوم** گویند.

ید آخذ بالسوم امانی است یا نه؟ عده ای می گویند امانی است چون اذن مالک هست و یک عده هم می گویند یدش ضمانی است چون اصل ید ضمانی است ولی نظر درست نظر سوم است. دکتر کاتوزیان گفته نه یدش امانی است و نه ضمانی و گفته آخذ بالسوم تعهدش تعهد به نتیجه است یا باید مال را پس بدهد یا بخرد و برود. حال اگر در تعهد به نتیجه خسارت بزند مسئول است مگر اینکه قوه ی قاهره را ثابت کند. پس اگر مال از دست آخذ بالسوم بیفتد و تلف شود مسئول است چون یدش امانی نیست ولی می تواند قوه ی قاهره را هم ثابت کند، اگر یدش ضمانی بود نمی توانست قوه ی قاهره را ثابت کند.

نظر سوم این است که تعهد آخذ بالسوم تعهد به نتیجه است یعنی مسئول است مگر اینکه

قوه ی قاهره را ثابت کند که این نظر با ید امانی فرق دارد چون در ید امانی تعهد به

وسیله است (تفاوت تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه مطالعه گردد).

همچنین این نظر با ید ضمانی هم فرق دارد چون در ید ضمانی نمی توان قوه ی قاهره را ثابت کرد اما در تعهد به نتیجه می شود قوه ی قاهره را ثابت کرد.

عقد قرض

مواد ۶۴۸ تا ۶۵۲

طبق ماده ی ۶۴۸ قرض عقدی است که یک نفر مالش را به دیگری تملیک می کند که آن دیگری مثلش را بعداً پس بدهد.

از این ماده و از این تعریف خصوصياتی برای قرض پیدا می شود که در واقع مباحث قرض را ضمن این خصوصيات می خوانیم.

ماده ۶۴۸- قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل قیمت يومالرد را بدهد.

خصوصيات قرض:

۱. قرض عقدی است تملیکی. در ماده ی ۶۴۸ کلمه ی تملیک آمده (قرض موجب تملیک است). مقرض مال را به مقترض تملیک می کند این تملیکی بود. مهمترین فرق قرض با عاریه این است که در قرض طرف مالک می شود و در عاریه طرف مالک نمی شود. چون عاریه عقدی است اذنی و قرض عقدی است تملیکی. در عاریه طرف (مستعیر) عین مال را پس می دهد ولی در قرض مثل مال را پس می دهد، یعنی در قرض مالک می شود و بعداً مثلش را پس می دهد اما در عاریه مالک مال نمی شود و عین آن را پس می دهد.

۲. مال موضوع قرض باید مثلی باشد. تنها عقدی که در قانون مال موضوع آن باید مثلی باشد، عقد قرض است. مثلی بودن در زمان عقد معتبر است. اگر کسی یک مال قیمی به دیگری تملیک کند که آن دیگری بعداً قیمتش را بدهد این قرض نیست و می تواند بیع باشد. اگر هنگام عقد قرض مال مثلی بود ولی بعداً مثل آن مال نیست دیگر هنگام پس دادن قیمی شده قانون گفته مقترض قیمت زمان اداء را بدهد درست مانند غصب (ماده ۶۴۸ فوق الذکر).

مثال: کسی پیکان صفر را به شما قرض داده و شما می شوید مالک. بعداً تو یک پیکان صفر برای طرف می گیری و اگر پیکان صفر دیگر نبود قیمت زمان اداء را می دهی. اگر مال قرض مثلی باشد و بعداً مثلش باشد ولی مالیت نداشته باشد (ماده ۳۱۲) در قرض ماده ندارد و در غصب ماده دارد (مثال سکه ی پهلوی) که آخرین قیمت را می دهد.

نکته: در قرض مال باید مثلی باشد، خواه مصرف شدنی باشد و خواه مصرف نشدنی. خوراکی را می شود قرض داد مثلاً همسایه از همسایه اش تخم مرغ قرض می گیرد بعداً می خرد و به یارو می دهد. شیر، نان و کتاب نو را می شود قرض داد که تو مالک می شوی و بعداً یک کتاب نو می خری و به من می دهی.

ولی در عاریه مال باید مصرف نشدنی باشد چه مثلی باشد و چه قیمی. من یک کتاب نو دارم، آیا می توانم عاریه بدهم؟ بله. که طرف استفاده می کند و بعد از استفاده پس می دهد که ایرادی ندارد کهنه هم بشود. من یک ماشین کهنه دارم، آیا می توانم عاریه بدهم؟ بله طرف استفاده می کند و کارش را انجام می دهد و بعداً پس می دهد.

۳. خصوصیت اول و دوم اختلافی نبود و قانون گفته اما در خصوصیت های بعدی اختلاف هست.

آیا قرض معوض است؟ در قرض مقترض مثل مال را پس می دهد یعنی مال را می گیرد و مثلش را بعداً پس می دهد و بنابراین قرض مجانی نیست.

سؤال: آیا قرض معوض است؟ بعضی گفته اند معوض است چون مال را مقرض می دهد این یک عوض بعداً مثل آن را می گیرد که این هم می شود یک عوض. این نظر غلط نیست اما یک نکته ی ظریف دارد می گویند آقا قرض مثل بیع معوض نیست در بیع که معوض است مبادله صورت می گیرد بین مبیع و ثمن مبیع را می دهی و ثمن را می گیری که این مبادله می تواند همزمان باشد. اما در قرض مسخره است که مقرض مال را بدهد و همان موقع مثلش را بگیرد مگر مقرض احمق است؟ اگر مثل را داشت چرا قرض گرفت؟ فلسفه ی قرض این است که مقرض مال را بگیرد نیازش رفع شود و بعداً مثل آن را بدهد. پس در قرض آن مبادله صورت نمی گیرد بنابراین پیشنهاد شده می گویند قرض شبه معوض است یا معوض ناقص است چون با عقود معوض دیگر یک فرق دارد. البته فکر نکنید تعهد مقرض همیشه مؤجل است یعنی مقرض مال را می گیرد و باید توی اجلی پس بدهد، نه! این بعداً در قرض (طرف مالی را می گیرد که بعداً بدهد) الزاماً اجل نیست.

مثال: یک نفر از دیگری پول قرض می گیرد مثلاً یک میلیون می گیرد خداحافظ! حال تعهد مقرض چیست؟ حال است و هر وقت مقرض خواست مطالبه می کند ولی مقرض نیز می داند که فوری نمی تواند مطالبه کند. ولی می تواند تعهد مقرض مؤجل باشد.

۴. آیا قرض رضائی است؟ یک عده می گویند قرض رضائی است و با ایجاب و قبول واقع می شود و یک عده می گویند قرض عینی است و با قبض واقع می شود. در قانون مدنی یک ماده داریم که مفهوم مخالفش طوری است که هر دو نظر را تأیید می کند یعنی از مفهوم مخالف این ماده هم بر می آید که قرض رضائی است و هم بر می آید که عینی است که به نظر دکتر شهبازی عینی بودن کمی قوی تر است ماده ی مورد اشاره ماده ی ۶۴۹ است.

ماده ۶۴۹- اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقرض است.

مفهوم مخالف این ماده آن است که اگر مال موضوع قرض پیش از تسلیم تلف یا ناقص بشود از مال مقرض است (فرض این است که عین معین است). آنهایی که می گویند قرض عینی است می گویند دلیل ما همین مفهوم مخالف این ماده است. چون قبل از تسلیم مقرض مالک است پس تلف هم به عهده ی اوست (تلف هر مال به عهده ی مالک است) و با تسلیم، تملیک صورت می گیرد و بنابراین قرض عینی است.

ولی آنهایی که می گویند قرض رضائی است (در امتحان قرض رضائی است) می گویند آقا قبل از تسلیم مقرض مالک است چون تملیک صورت گرفته است ولی دلیل اینکه تلف از مال مقرض است به خاطر ضمان معاوضی است. می گویند در بیع (جائیکه اختلاف نیست) قبل از تسلیم مشتری مالک است ولی تلف به عهده ی بایع است که به خاطر ضمان معاوضی است. اگر ضمان معاوضی را در قرض نپذیریم قرض می شود عینی ولی اگر ضمان معاوضی را در قرض بپذیریم می شود رضائی.

۵. آیا قرض عقد لازم است؟ یک عده گفته اند قرض جایز است چون مقرض هر زمان می تواند مثل را بخواهد و مقرض هم هر زمان می تواند مثل را بدهد پس قرض جایز است البته اگر تعهد حلال باشد. این استدلال خیلی مسخره است. اینکه مقرض می تواند مثل را بخواهد فسخ عقد نیست اجرای عقد است (تا بگوئیم قرض جایز است).

سؤال: آیا مقرض می تواند عین را بخواهد؟ نه! اگر مقرض عین را بخواهد می شود فسخ که نمی تواند و فقط می تواند مثل را بخواهد مقرض هم می تواند مثل را بدهد که این هم باز اجرای عقد است، پس این استدلال رد می شود.

متأسفانه یک ماده داریم که از این ماده بر می آید که قرض جایز است. عقودی که جایز اند مثل مضاربه، ودیعه و .. قانون وقتی می خواهد بگوید یک شرط ضمن این ها بیاوریم می گوید شرط را به وجه ملزم (ضمن عقد لازم) بیاوریم. برای اینکه اگر شرط را ضمن عقد جایز بیاوریم و عقد جایز به هم بخورد شرط هم باطل می شود (پس اگر شرط را ضمن عقد جایز بیاوری فایده ندارد و شرط را باید ضمن عقد لازم آورد به وجه ملزم و به طور لزوم). هر جا قانون این اصطلاحات را به کار می برد لابد عقد جایز است. اما متأسفانه قانون در قرض گفته به وجه ملزم. لابد قرض جایز است دیگر. که گفته آقا اگر می خواهی اجل بگذاری برای تعهد مقرض به وجه ملزم بگذار (یعنی اجل را در ضمن عقد لازم بیاور). اگر قرض لازم بود نیازی به گفتن «وجه ملزم» نبود پس وقتی گفته وجه ملزم لابد قرض جایز است. اما قرض لازم است. اگر در امتحان آمد، قرض لازم است هم نسبت به مقرض و هم نسبت به مقرض. مطالبه ی مثل و دادن مثل هم فسخ نیست (ماده ی ۶۵۱).

ماده ۶۵۱- اگر برای اداء قرض به وجه ملزمی اجلی معین شده باشد مقرض نمی تواند قبل از انقضاء مدت طلب خود را مطالبه کند.

ماده ی ۶۵۲ به ماده ۲۷۷ می خورد:

ماده ۶۵۲- در موقع مطالبه حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقرض مهلت یا اقساطی قرار می دهد.

ماده ۲۷۷- متعهد نمی تواند متعده را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادله یا قرار اقساط قرار دهد.

مواد ۶۵۳ و ۶۵۴ و ۶۵۵ نیز گفته شد:

ماده ۶۵۳- حذف گردید. ۶۱/۱۰/۸

ماده ۶۵۴- قمار و گروپندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاریست.

ماده ۶۵۵- در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیرزنی گروپندی جایز و مفاد ماده قبل در مورد آنها رعایت نمی شود.

عقد وکالت

مواد ۶۵۶ تا ۶۸۳

ماده ۶۵۶- وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می نماید.

طبق ماده ی ۶۵۶ وکالت عقدی است که یک طرف، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خودش می کند. این امری عمل حقوقی است. موضوع وکالت برای اعمال حقوقی است یعنی یا عقد و یا ایقاع. من وکالت می دهم خانه ام را بفروشی یا اجاره دهی. موضوع وکالت نمی تواند عمل مادی باشد مثل تعمیر ماشین. پس اگر کسی به دیگری بگوید برایم عمل مادی انجام بده این

وکالت نیست. مثل اینکه بگوید بار مرا ببر، برایم نقاشی بکش. اگر این عقد معوض بود یعنی گفته عمل مادی انجام بده معوض، می شود اجاره ی اشخاص یا جعاله است و اگر مجانی باشد یعنی یک نفر عمل مادی انجام بدهد مجانی، می شود ماده ی ۱۰ قانون مدنی که عقد است و می شود من تعهد می کنم برایت نقاشی بکشم به طور مجانی و اگر نکردم می توانی مرا ملزم کنی.

برای بعضی از اعمال حقوقی نمی توان وکالت داد:

۱. وصیت عمل حقوقی است ولی چون قائم به شخص است (هر کسی باید خودش وصیت کند) نمی شود به دیگری وکالت داد.

۲. یک سری عمل حقوقی داریم که مهم هم نیستند که در آن ها عمل مادی خیلی پر رنگ است (رکن آن است) مثل احیاء اراضی موات، حیات مباحات و تحجیر، این اعمال حقوقی نیز قابل توکیل نیستند.

مثال: می شود بروی بالای زمین موات و بگوئی تو مال من شو؟ نه! باید بیل را برداری احیاء کنی، آیا می شود بگوئی ماهی تو مال منی؟ که نمی شود باید قلاب را برداری و ماهی را بگیری که این سه مورد هم قابل توکیل نیست. برای حیات مباحات نمی شود وکیل گرفت اما اجیر می شود گرفت.

نکته: وکالت عقد است. ماده ی ۶۵۶ گفته « وکالت عقدی است»، پس وکالت عقد است ولی ماده ی ۶۵۷ گفته وکالت قبول می خواهد که هر عقدی ایجاب و قبول می خواهد و ماده اضافه است و اصلاً نیازی به گفتن ندارد.

ماده ۶۵۷- تحقق وکالت منوط به قبول وکیل است.

ماده ی ۶۰۷ و بعدش ۶۰۸ نیز مانند این مورد است:

ماده ۶۰۷- ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد برای آن که آن را مجاناً نگاهدارد. ودیعه گذار مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین می گویند.

ماده ۶۰۸- در ودیعه قبول امین لازم است اگر چه به فعل باشد.

ماده ی ۶۵۸ هم گفته وکالت ایجاباً و قبولاً که نیازی به این ها نیست:

ماده ۶۵۸- وکالت ایجاباً و قبولاً به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند واقع می شود.

وکالت عقد اذنی است، ودیعه و عاریه هم همچنین.

نکته: سه تا ماده داریم که باید پشت سر هم می آمد اما نیامده (مواد ۶۵۹، ۶۷۷ و ۶۷۶).

ماده ۶۵۹- وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت.

ماده ۶۷۷- اگر در وکالت مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد محمول بر این است که با اجرت باشد.

ماده ۶۷۶- حق الوکاله وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرار داد نباشد تابع عرف و عادت است اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است.

ماده ۸۴- جائز است واقف از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولی قرار دهد و اگر حق التولیه معین نشده باشد متولی مستحق اجرت المثل عمل است.

طبق ماده ی ۶۵۹ وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت. یعنی وکیل می تواند اجرت بگیرد یا نگیرد. ماده ی ۶۷۷ که باید بعد از آن ماده می آمد گفته اگر در وکالت مجانی یا با اجرت بودن

معلوم نباشد، اصل بر این است که با اجرت است (با توجه به اصل عدم تبرع) که باید بعد از ماده ۶۵۹ می آمد و ماده ی ۶۷۶ مراحل اجرت را گفته (ماده ی ۶۷۶ به ماده ی ۸۴ می خورد).

اهلیت در وکالت:

که بحث جالبی است. اهلیت در وکالت تابع موضوع وکالت است که یک عمل حقوقی است.
فرمول: هر کس اهلیت هر کاری را دارد، در آن کار می تواند وکالت بدهد یا وکالت بگیرد (و اگر اهلیت کاری را نداشته باشد نمی تواند در آن کار وکالت بدهد یا وکالت بگیرد).

۱. مجنون و صغیر غیر ممیز در هیچ کاری نه می توانند وکالت بدهند و نه وکالت بگیرند چون خودشان نمی توانند هیچ کاری بکنند.

۲. صغیر ممیز فقط در تملکات بلاعوض می تواند وکالت بدهد یا وکالت بگیرد. چون خودش می توانست تملکات بلاعوض بکند.

۳. سفیه در امور غیر مالی و هم در تملکات بلاعوض (کارهایی که خود می تواند انجام بدهد) می تواند هم وکالت بدهد و هم وکالت بگیرد.

۴. ورشکسته: موکل که می خواهد وکالت بدهد هم باید اهلیت داشته باشد و هم اختیار یعنی مالش توقیف نشده باشد و ورشکسته هم نباشد، ولی برای وکیل، داشتن اهلیت کافی است و وکیل اختیار نمی خواهد چون که در اموال خودش تصرف نمی کند.

ورشکسته سه نکته دارد:

۱. ورشکسته چون اهلیت دارد در تمام امور می تواند وکیل بشود زیرا ورشکسته « اختیار ندارد » و وکیل هم اختیار نمی خواهد.

۲. ورشکسته چون اختیار ندارد در امور مالی خود نمی تواند وکالت بدهد زیرا موکل اهلیت می خواهد و اختیار که ورشکسته اهلیت دارد و اختیار ندارد.

۳. امور غیر مالی اختیار نمی خواهد (اختیار یعنی جواز تصرف در مال) ورشکسته می تواند در امور غیر مالی وکالت بدهد مثلاً وکیل بگیرد که برای او زن بگیرد (ماده ی ۶۶۲).

ماده ۶۶۲- وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد.

چند تا ماده هست که به هم ربط دارند که عبارتند از مواد ۶۶۳ و ۶۶۷ و ۶۷۴ بند ۲ و ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴:

ماده ۶۶۳- وکیل نمی تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد.
ماده ۶۶۷- وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار اوست تجاوز نکند.
ماده ۶۷۴- موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است، انجام دهد. در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام داده شده است موکل هیچگونه تعهد نخواهد داشت مگر اینکه اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.
ماده ۱۰۷۳- اگر وکیل از آنچه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود (بحث وکالت در نکاح).
ماده ۱۰۷۴- حکم ماده فوق در موردی نیز جاری است که وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد.

همه ی این مواد می خواهند بگویند وکیل باید مصلحت موکل را رعایت کند، غبطه ی موکل را رعایت کند و از حدود وکالت خارج نشود و اگر رعایت نکند عملش فضولی است (باطل نیست). وکیل در حدود وکالت، وکیل است و خارج از آن فضول است.

ماده ی ۶۶۴ (ماده ی مربوط به آئین دادرسی مدنی): ماده ی آئین دادرسی مدنی من به تو وکالت می دهم برو طلبم را از حسن بگیر (وکیل در اخذ حق) که حسن طلب من را نمی دهد. در اینجا تو نمی توانی بروی دادگاه و از طریق قانونی طلب من را بگیری باید من بگویم. وکیل در دادگاه هم وکیل در قبض حق نیست.

ماده ۶۶۴- وکیل در محاکمه وکیل در قبض حق نیست مگر اینکه قرائن دلالت بر آن نماید و همچنین وکیل در اخذ حق وکیل در مرافعه نخواهد بود.

ماده ی ۶۶۵ استثناء ماده ی ۶۷۱ است:

ماده ۶۶۵- وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست مگر اینکه قرینه قطعی دلالت بر آن کند.

ماده ۶۷۱- وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست مگر اینکه تصریح به عدم وکالت باشد.

ماده ی ۶۶۵ به ماده ی ۲۶۰ می خورد:

ماده ۶۶۵- وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست مگر اینکه قرینه قطعی دلالت بر آن کند.

ماده ۲۶۰- در صورتی که معامل فضولی عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد و مالک با اجازه معامله قبض عوض را نیز اجازه کند دیگر حق رجوع به طرف دیگر نخواهد داشت.

وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست. این حکم استثناء ماده ی ۶۷۱ است و ربط دارد به ماده ی ۲۶۰. در معامله ی فضولی فضول نمی تواند ثمن را بگیرد حتی با تنفیذ مالک، به خاطر این ماده چون فضول با تنفیذ می شود وکیل، وکیل نمی تواند ثمن را بگیرد پس فضول هم نمی تواند ثمن را بگیرد.

نکته: ماده ی ۶۶۵ یک استثناء دارد. گفته مگر اینکه قرینه ی قطعی باشد مثلاً یک نفر فرش خود را به دیگری می دهد و می گوید برو در بازار بفروش. حال اگر وکیل فرش را بفروشد پول را نمی گیرد؟ می گیرد. پس اینجا وکالت در بیع، وکالت در قبض ثمن است و در اینجا قرینه ی قطعی وجود دارد.

از ماده ی ۶۶۶ بر می آید که وکیل امین است که از آخر ماده ی ۸۲ این نکته بر می آید.

ماده ۶۶۶- هرگاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب می گردد مسئول خواهد بود.

ماده ۸۲- هر گاه واقف برای اداره کردن موقوفه ترتیب خاصی معین کرده باشد متولی باید به همان ترتیب رفتار کند و اگر ترتیبی قرار نداده باشد متولی باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید.

ماده ی ۶۶۷ را خواندیم و ماده ی ۶۶۸ چیزی ندارد. ماده ی ۶۶۹ را هم خواندیم و ماده ی ۶۷۰ را هم خواندیم.

طبق ماده ی ۶۷۱ هر کاری یک سری مقدمات دارد و یک سری لوازم.

ماده ۶۷۱- وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست مگر اینکه تصریح به عدم وکالت باشد.

فرق این دو آن است که مقدمات قبل از عمل است و لوازم بعد از عمل. مثلاً می خواهیم برویم دفترخانه یک سند تنظیم کنیم و قبلش یک سری کارها باید بکنیم (ثبت و شهرداری و ..) و بعدش هم باید یک سری کارها بکنی. وکالت در هر امری به طور اتوماتیک وکالت در مقدماتش هست و وکالت در لوازمش هم هست.

ماده ی ۶۷۲ در مورد توکیل و تفویض است.

ماده ۶۷۲- وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد.

در وکالت دو اصطلاح داریم یکی توکیل و دیگری تفویض.

توکیل: در توکیل وکیل یک وکیل دیگر می گیرد و خودش هم هست که می شوند دو تا وکیل. اما وکیل دوم را وکیل اول گرفته و نه موکل. اصل این است که وکیل حق توکیل ندارد مگر به او حق توکیل داده باشند.

تفویض: در قانون نیست اما در عمل داریم. تفویض این است که وکیل اول تمام اختیارات خود را به وکیل دوم می دهد و می رود خداحافظ که در تفویض وکیل اول نیست.

انتقال قرارداد:

در عقود است که مستمر هستند مثل اجاره، مزارعه، مساقات و مضاربه یعنی طرفین تا مدتی با هم کار دارند. بیع آنی است ولی در اجاره یک سال با هم کار داریم. انتقال قرارداد مختص این عقود است که شبیه تفویض است. در این عقود یک چیزی هم داریم شبیه توکیل. انتقال قرارداد می شود شبیه تفویض و چیزی هم داریم شبیه توکیل.

اجاره: در اجاره مستأجر می تواند طبق ماده ی ۴۷۴ مال را اجاره بدهد که این شبیه توکیل است چون خودش هست. در تفویض یارو می رود و در توکیل یارو می ماند.

ماده ۴۷۴- مستأجر می تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد.

یک موقع مستأجر خسته می شود و می گوید من دیگر نمی خواهم بمانم یعنی مستأجر بودنش را به یکی دیگر می دهد و می رود که این را انتقال قرارداد می گویند که مثل تفویض است که در قانون مدنی نیست ولی در قانون روابط مؤجر و مستأجر ۵۶ در ماده ی ۱۹ هست که باید از مؤجر اذن بگیرد. یعنی در انتقال قرارداد رضایت طرف (مؤجر) شرط است.

مزارعه: یک موقع عامل با یکی دیگر مزارعه می بندد و خودش هم هست که شبیه توکیل است که به آن مزارعه ی فرعی می گویند یعنی عامل زمین را از یکی گرفته و می دهد دست یکی دیگر که خودش هم هست. و یک موقع عامل کل قرارداد را به یکی دیگر می دهد خداحافظ که به این انتقال قرارداد گفته می شود (ماده ی ۵۴۱) که شبیه تفویض است.

ماده ۵۴۱- عامل می تواند برای زراعت اجیر بگیرد یا با دیگری شریک شود ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین به دیگری رضای مزارع لازم است.

در مساقات هم همین است (ماده ی ۵۴۵):

ماده ۵۴۵- مقررات راجعه به مزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است در مورد عقد مساقات نیز مرعی خواهد بود مگر اینکه عامل نمی تواند بدون اجازه مالک معامله را به دیگری واگذار یا با دیگری شرکت نماید.

در مضاربه هم همین است ماده ۵۵۴:

ماده ۵۵۴- مضارب نمی تواند نسبت به همان سرمایه با دیگری مضاربه کند یا آن را به غیر واگذار نماید مگر با اجازه مالک.

نکته: اگر وکیل حق توکیل نداشته باشد و برود یک وکیل بگیرد، این را توکیل فضولی گویند. حال هم وکیل و هم شخص ثالث به طور تضامنی در مقابل موکل مسئول هستند ولی متأسفانه ماده ی ۶۷۳ نگفته مسئولیت تضامنی است و طوری گفته که انگار هر کدام نسبت به تقصیر خودشان مسئولند در حالی که مسئولیت آن ها در مقابل موکل تضامنی است. مثل معامله ی فضولی که فضول و اصیل به طور تضامنی در مقابل مالک مسئولند که اینجا هم همان است. وکیل فضول است و شخص ثالث اصیل که به طور تضامنی در مقابل مالک مسئولند. ماده ی ۶۷۳ و ۶۷۴ و ۶۷۵ و ۶۷۶ را گفتیم:

ماده ۶۷۳- اگر وکیل که وکالت در توکیل نداشته انجام امری را که در آن وکالت دارد به شخص ثالثی واگذار کند هر یک از وکیل و شخص ثالث در مقابل موکل نسبت به خساراتی که مسبب محسوب می شود مسئول خواهد بود.

ماده ۶۷۴- موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است، انجام دهد. در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام داده شده است موکل هیچ گونه تعهد نخواهد داشت مگر اینکه اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.

ماده ۶۷۵- موکل باید تمام مخارجی را که وکیل برای انجام وکالت خود نموده است و همچنین اجرت وکیل را بدهد مگر اینکه در عقد وکالت طور دیگر مقرر شده باشد.

ماده ۶۷۶- حق الوکاله وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرار داد نباشد تابع عرف و عادت است اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است.

ماده ی ۶۷۸، طرق انحلال وکالت:

ماده ۶۷۸- وکالت به طریق ذیل مرتفع می شود:

۱- به عزل موکل

۲- به استعفای موکل

۳- به موت یا به جنون وکیل یا موکل

این ماده سه طریق برای انحلال وکالت گفته:

۱. عزل از سوی موکل: عزل یعنی فسخ. قانونگذار به فسخ موکل گفته عزل.

۲. استعفای وکیل: که دوباره یعنی فسخ. وکالت جایز است چون اذنی است. هم موکل می تواند فسخ کند و هم وکیل. حالا قانون به فسخ موکل گفته عزل و به فسخ وکیل گفته استعفاء. وکالت عقدی اذنی است و با موت به هم می خورد و با جنون هم به هم می خورد این ماده سَفَه را نگفته زیرا سَفَه نکته داشته و آن را در ماده ی دیگری گفته است.
نکته سَفَه (سفیه شدن):

وکالت علی الاصول با سَفَه (سفیه شدن) از بین می رود مگر در دو مورد:

۱. وکالت در امور غیر مالی

۲. وکالت در تملکات بلاعوض

که سفیه می توانست قبلاً در این ها وکالت بدهد پس اگر بعداً هم سفیه بشود باز هم می تواند وکالت بدهد یا وکالت بگیرد.

وکالت با موت از بین می رود استثناء ندارد با جنون هم همینطور. وکالت با سَفَه (سفیه شدن) از بین می رود اما دو استثناء دارد:

ماده ی سَفَه ماده ی ۶۸۲ است که ایراداتی دارد که در قانون مدنی در نظم تصحیح شده است.

ماده ۶۸۲- محجوریت موکل موجب بطلان وکالت می شود مگر در اموری که حجر مانع از توکیل در آنها نمی باشد و همچنین است محجوریت وکیل مگر در اموری که حجر مانع از اقدام در آن نباشد.

ماده ی ۶۷۲ یک طرف را گفته و یک طرف را نگفته پس وکیل هم هر وقت بخواهد استعفاء بدهد که یک طرف را گفته که در قانون مدنی در نظم تصحیح شده است.

ماده ۶۷۲- وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد.

عنوان ماده ی ۶۸۰ وکالت ظاهری است.

ماده ۶۸۰- تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است.

موکل وکیل را عزل می کند و وکالت به هم می خورد اما وکیل خبر ندارد. تا وقتی که خبر به وکیل نرسیده کارهای وکیل درست است چون او وکیل ظاهری است یعنی واقعاً وکیل نیست چون ظاهراً وکیل است به خاطر حفظ حقوق اشخاص ثالث که از عزل خبر ندارند. این ماده ناقص است و وکالت ظاهری دو مورد دیگر هم دارد:

۱. موکل فوت می کند و وکیل خبر ندارد.

۲. موکل محجور می شود (مجنون یا سفیه می شود).

پس فوت و حجر هم هست و فقط عزل نیست.

ماده ی ۶۸۱ بر عکس ماده ی ۶۸۰ است. وکیل استعفاء می دهد و موکل خبر ندارد حال هر کاری وکیل بکند درست است. مثلاً وکیل آدم خوبی است و استعفاء می دهد اما می بیند اگر این کار را انجام بدهد به نفع موکل است و انجام می دهد چون موکل خبر ندارد و بر اذن خود باقی است.

ماده ۶۸۱- بعد از اینکه وکیل استعفا داد مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است می تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند.

ماده ۶۸۲- محجوریت موکل موجب بطلان وکالت می شود مگر در اموری که حجر مانع از توکیل در آنها نمی باشد و همچنین است محجوریت وکیل مگر در اموری که حجر مانع از اقدام در آن نباشد.

ماده ی ۶۸۳ که عنوان آن از بین رفتن موضوع وکالت است و این ماده مکمل ماده ی ۶۷۸ است. از بین رفتن موضوع وکالت دو نوع است (با از بین رفتن موضوع وکالت، وکالت از بین می رود).

ماده ۶۸۳- هر گاه متعلق وکالت از بین برود یا موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا بطور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد بجا آورده مثل اینکه مالی را که برای فروش آن وکالت داده بود خود بفروشد وکالت منفسخ می شود.

ماده ۶۷۸- وکالت به طریق ذیل مرتفع می شود:

۱- به عزل موکل

۲- به استعفای موکل

۳- به موت یا به جنون وکیل یا موکل

از بین رفتن موضوع وکالت دو نوع است:

۱. از بین رفتن مادی: هر گاه مال موضوع وکالت از بین برود وکالت منفسخ می شود که این را از بین رفتن مادی گویند. مثلاً من ماشینم را به تو دادم بفروشی اما ماشین آتش گرفت که وکالت منفسخ می شود.

۲. از بین رفتن حقوقی: از بین رفتن حقوقی موضوع وکالت سه نوع است:

الف) وکیل موضوع را انجام بدهد: موضوع به طور حقوقی از بین می رود مثلاً من وکالت دادم که ماشینم را بفروشی و تو هم فروختی. خداحافظ - خداحافظ.

ب) موکل قبل از وکیل موضوع را انجام بدهد:

قاعده: موکل می تواند قبل از وکیل، موضوع را خودش انجام بدهد مگر اینکه این حق از او سلب شده باشد که اگر انجام بدهد باطل است. پس علی الاصول می تواند قبل از وکیل موضوع را انجام بدهد که استثناء دارد. مثلاً من ماشینم را دادم که تو بفروشی اما خودم زودتر فروختم.

ج) موکل قبل از وکیل یک کاری می کند که با موضوع وکالت منافات دارد در مورد دوم موکل همان موضوع وکالت را انجام می داد.

قاعده: موکل می تواند عملی انجام بدهد که با موضوع وکالت منافات داشته باشد مگر اینکه این حق از او سلب شده باشد که اگر انجام بدهد باطل است. مثلاً ماشینم را دادم بفروشی حالا خودم ماشین را به یکی هبه می کنم که این هبه منافی با بیع است و موضوع وکالت از بین می رود.

عقد ضمان

مواد ۶۸۴ تا ۷۲۳

عقد ضمان بین ضامن و طلبکار بسته می شود و بدهکار دخالتی ندارد. در ماده ی ۶۸۵ رضاء یعنی اراده. در ضمان مدیون شخص ثالث است.

ماده ۶۸۵- در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست.

دو نوع ضمان داریم:

۱. ضمان نقل ذمه

۲. ضمان ضمّ ذمه

در ضمان نقل ذمه مدیون بری می شود و دینش می آید گردن ضامن و ضامن مدیون می شود (ضامن می آید و مدیون می رود) اما در ضمان ضمّ ذمه مدیون می ماند و ضامن هم می آید در کنار او قرار می گیرد یعنی طلبکار دو نفر را دارد، هم ضامن و هم بدهکار.

ضمان ضمّ ذمه دو نوع است:

۱. عرضی

۲. طولی

ضمان عرضی (تضامنی): این است که ضامن و بدهکار در عرض همدیگر هستند و تقدم و تأخر ندارند و طلبکار می تواند به هر کدام مراجعه کند.

ضمان طولی (وثیقه ای): این است که اول بدهکار و بعد ضامن.

این شد سه نوع ضمان: ۱. ضمان نقل ذمه ۲. ضمان عرضی ۳. ضمان طولی

قانون مدنی صریحاً نقل ذمه را پذیرفته در مواد ۶۸۴ و ۶۹۸ ولی ضمان طولی را عرف بازار و تجارت ما پذیرفته است.

ماده ۶۸۴- عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند.

ماده ۶۹۸- بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.

کسی وام می گیرد و تو ضامنی که اول سراغ وام گیرنده می روند و اگر نشد سراغ ضامن می روند که قانون با عرف تضاد دارد چکار کنیم؟ برای این که عرف را اجراء کنیم، چون عرف بهتر از قانون است، می گوئیم قانون تکمیلی است و عرف بر قانون مقدم است. دکتر کاتوزیان گفته تکمیلی است با این وجود در نوشته های حقوقی و در امتحان هر جا ضمان دیدیم یعنی نقل ذمه مگر اینکه بگوید ضمّ ذمه است.

نکات عقد ضمان:

نکته ۱: ضمان عقدی عهده ای است، چه نقل ذمه و چه ضمّ ذمه. چرا عهده ای است؟ چون اثرش تعهد است. متعهد چه کسی است؟ ضامن.

نکته ۲: ضمان نقل ذمه عقدی است معوض و ضمان ضمّ ذمه عقدی است مجانی. بیع معوض است و هبه مجانی.

در ضمان نقل ذمه ضامن می آید (این یک عوض) تعهد می کند و بدهکار هم می رود ولی در ضمان ضمّ ذمه فقط ضامن می آید و طلبکار به کسی نمی گوید برو. حال از این که ضمان نقل ذمه عقدی است معوض و ضمان ضمّ ذمه عقدی است مجانی یک نتیجه می گیریم:

نتیجه: در ضمان نقل ذمه طلبکار باید اهلیت کامل داشته باشد چون که در عقود معوض طرفین باید اهلیت کامل داشته باشند ولی در ضمان ضمّ ذمه چون مجانی است و به سود طلبکار است طلبکار می تواند صغیر ممیز یا سفیه باشد.

قاعده: در عقود مجانی معمولاً (نه همیشه) آنکه عقد به نفعش است می تواند صغیر ممیز یا سفیه باشد یعنی می تواند اهلیت کامل نداشته باشد. ضمان نقل ذمه عقدی است معوض و طلبکار بدهکار را از دست می دهد که باید حواسش جمع باشد چون اگر ضامن هم نباشد که دیگر بدبخت شدی ولی در ضمان ضمّ ذمه اگر ضامن هم نباشد بدهکار هست. قانون در ماده ی ۶۸۶ فقط اهلیت ضامن را گفته و اهلیت طلبکار را نگفته که در نقل ذمه لازم بود و در ضمّ ذمه لازم نبود.

نکته: ورشکسته می تواند ضامن ضمّ ذمه مجانی قبول کند.

ماده ۶۸۶- ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد.

ماده ی ۶۸۷ به مواد ۶۸۵ و ۲۹۱ می خورد:

ماده ۶۸۷- ضامن شدن از محجور و میت صحیح است.

ماده ۶۸۵- در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست.

ماده ۲۹۱- ابراء ذمه میت از دین صحیح است.

طبق ماده ی ۶۸۷ ضامن شدن از محجور و میت درست است. چرا از محجور درست است؟ چون اراده ی مدیون در ضمان دخالت ندارد پس مدیون می تواند محجور باشد.

ضامن شدن از میت هم درست است چون ترکه شخصیت حقوقی دارد پس ضامن شدن از میت یعنی ضامن شدن از ترکه مثل مابرای ممیت که می شد ابرای ترکه.

ماده ۶۸۸- ممکن است از ضامن ضمانت کرد.

دو اصطلاح داریم که دکتر کاتوزیان یکی را نگفته. یکی **ترامی** و دیگری **دور**. هم ترامی و هم دور مختص نقل ذمه است. من به شما بدهکارم که حسن ضامن من می شود و من بری می شوم و حسن مدیون می شود. حالا حسین ضامن حسن می شود حسن بری می شود و حسین مدیون می شود. تقی ضامن حسین می شود همینطور برو جلو که این را ترامی گویند که شبیه تسلسل است. ادامه ی ترامی ماده ی ۷۲۲ است.

ماده ۷۲۲- ضامن حق رجوع به مدیون اصلی ندارد و باید به مضمون عنه خود رجوع کند و به همین طریق هر ضامنی به مضمون عنه خود رجوع می کند تا به مدیون اصلی برسد.

دور: من به شما بدهکارم، حسن ضامن من شد من بری شدم و حسن مدیون شد. حالا من ضامن حسن می شوم و دوباره حسن بری می شود.

فرق دور و ترامی: که شبیه همدیگر هستند و فرقیان این است که در ترامی یک نفر دیگر ضامن ضامن می شود اما در دور خود مدیون اصلی ضامن ضامن می شود.

ماده ۶۸۹- هر گاه چند نفر ضامن شخصی شوند ضمانت هر کدام که مضمون له قبول کند صحیح است.

این ماده دو فرض دارد، یک فرض ساده را گفته و یک فرض پیچیده را نگفته است:

فرض اول: که ماده گفته چند نفر می روند نزد طلبکار و می گویند طلبکار ما حاضرم ضامن بشویم که طلبکار یکی را قبول می کند. انگار چند تا ایجاب آمده و طلبکار یکی را قبول کرد و عقد

با او منعقد می شود. فرقی ندارد که ضمان نقل ذمه باشد یا ضمّ ذمه. فرض کن چند نفر آمده اند خواستگاری و یکی را قبول می کنی و از خواب می پری.

فرض دوم: که ماده نگفته است. چند نفر می روند پیش طلبکار می گویند طلبکار ما حاضریم ضامن بشویم و طلبکار هم همه را می پذیرد که اینجا دو حالت دارد:

۱. نقل ذمه

۲. ضمّ ذمه

۱. **ضمان نقل ضمه است:** در اینجا دین از مدیون منتقل می شود به همه ی ضامن ها و بین ضامن ها پخش می شود یا مساوی یا متفاوت که این را می گویند ضمان به طور تسهیم. اگر سه تا ضامن هستند به طور یک سوم پس مدیون بری می شود و دین بین ضامن ها پخش می شود. حال طلبکار به هر ضامنی به اندازه ی خودش می تواند رجوع کند (ماده ی ۷۲۱).

ماده ۷۲۱- هر گاه اشخاص متعدد از یک شخص و برای یک قرض به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند مضمون له به هر یک از آنها فقط به قدر سهم او حق رجوع دارد و اگر یکی از ضامنین تمام قرض را تأدیه نماید به هر یک از ضامنین دیگر که إذن تأدیه داده باشد می تواند به قدر سهم او رجوع کند.

۲. **ضمان ضمّ ذمه:** چند نفر می روند نزد طلبکار و می گویند ما حاضریم ضامن ضمّ ذمه بشویم که طلبکار هم همه را می پذیرد. بدهکار بری نمی شود و تمام ضامن ها مسئول هستند هر کدام کل دین را یعنی طلبکار می تواند از هر ضامنی کل طلب را بگیرد، یک چیزی مثل تعاقب ایادی در غصب که ماده هم ندارد.

ماده ۶۹۰- در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار باشد لیکن اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد می تواند عقد ضمان را فسخ کند ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملّی شود مضمون له خیاری نخواهد داشت.

در ضمان شرط نیست که ضامن مال دار باشد (شرط صحت نیست). یعنی اگر ضامن فقیر هم بود، معسر بود یا ندار بود، ضمان درست است. اگر ضامن ندار بود و طلبکار هم جاهل بود (اکثر خیارات مختص جاهل بود) هنگام عقد (چون این خیار هنگام عقد به وجود می آید) طلبکار حق فسخ دارد. ضامن را فسخ می کند و دوباره دین به عهده ی بدهکار بر می گردد.

نکته: چون این حق فسخ اسم ندارد به آن خیار تخلف از شرط ضمنی می گوئیم ولی اگر ضامن مالدار باشد و بعداً ندار بشود مضمون له حق فسخ ندارد.

ماده ۶۹۱- ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است.

ما دو نوع دین داریم:

۱. دینی که فوری به وجود می آید.

۲. دینی که طول می کشد تا به وجود آید.

یک دین داریم در دو مرحله به وجود می آید. اول سبب آن به وجود می آید و بعد یک چیز دیگر هم (شرط) به وجود می آید و سپس دین به وجود می آید. ضمان از دینی که فقط سببش به وجود آمده درست است. موضوع ضمان دین است آیا دین باید حتماً موجود باشد؟ نه! سببش بود کافی است ولو اینکه هنوز دین به وجود نیامده باشد دو مثال مهم:

مثال ۱: در نکاح، شوهر مدیون نفقه است. حالا این دین (دین مربوط به نفقه) با عقد نکاح به وجود نمی آید. نکاح می شود سبب دین و تمکین هم می خواهد تا دین ایجاد شود، نکاح می شود سبب و تمکین هم می شود شرط و بعد دین به وجود می آید. همین که نکاح منعقد شد می شود از شوهر ضمانت کرد پیش از تمکین زیرا سبب دین به وجود آمده است. ضمان از دینی که سببش به وجود آمده درست است.

مثال ۲: در جعالة با عقد، جاعل مدیون جعل نمی شود باید عامل عمل را انجام دهد (ماده ی ۵۶۷) حالا قبل از انجام عمل می شود از جاعل ضمانت کرد (هنوز جاعل مدیون جعل نشده ولی سببش ایجاد شده) - «سؤال کانون وکلا».

ماده ۵۶۷- عامل وقتی مستحق جعل می گردد که متعلق جعالة را تسلیم کرده یا انجام داده باشد.

طبق مفهوم مخالف ماده ی ۶۹۱ ضمان دینی که سببش ایجاد شده صحیح است.
نکته: گفتیم موضوع ضمان دین است این دین باید کلی باشد به خاطر اینکه بتواند به عهده ی ضامن برود (به ضامن منتقل شود) بنابراین از عین معین نمی شود ضمانت کرد و فقط از دین کلی می شود ضمانت کرد.

یک اصطلاح داریم به نام عین مضمونه (اعیان مضمونه): عین مضمونه عینی است که دست یک شخص است و ید آن شخص نسبت به آن عین ضمانتی است و باید آن را به مالک پس بدهد. مثال واضح این مورد غصب است. مال مغضوب عین مضمونه است، ایفای ناروا و مقبوض به عقد فاسد نیز می تواند باشد (یعنی جائی که از امین مطالبه می کند و پس نمی دهد). از هر دینی که کلی باشد و قائم به شخص نباشد می شود ضمانت کرد.

مثال: مال مغضوب دست غاصب است (مال مغضوب می شود عین مضمونه) که عین مضمونه یک نوع عین معین است). حال یک نفر ضامن غاصب می شود که همین مال (عین معین) را به مالک پس بدهد. که این ضمان نیست. مال دست غاصب است، ضامن چطور می تواند آن مال را پس بدهد اگر کلی بود می شد. این ضمان نیست و می شود تعهد به فعل ثالث یعنی من به تو می گویم می روم مال را از غاصب می گیرم و به تو می دهم.

ضمان از اعیان مضمونه چون عین معین است ضمان نیست و نوعی تعهد به فعل ثالث است چون موضوع ضمان باید دین کلی باشد و قائم به شخص هم نباشد. مثلاً من قرار است این درس را برای شما تدریس کنم حال یکی بیاید ضامن من بشود که این درس را بدهد که نمی شود.

چند تا ماده هست که به هم ربط دارند: ماده ی ۶۹۲ و ۶۹۳، ۷۰۲ و ۷۰۳ و ۷۰۴ و ۷۱۵ و ۷۱۶:

ماده ۶۹۲- در دین حال ممکن است ضامن برای تأدیه آن اجلی معین کند و همچنین می تواند در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنماید.
ماده ۶۹۳- مضمون له می تواند در عقد ضمان از ضامن مطالبه رهن کند اگر چه دین اصلی رهنی نباشد.
ماده ۷۰۲- هر گاه ضمان مدت داشته باشد مضمون له نمی تواند قبل از انقضاء مدت مطالبه طلب خود را از ضامن کند اگر چه دین حال باشد.
ماده ۷۰۳- در ضمان حال مضمون له حق مطالبه طلب خود را دارد اگر چه دین مؤجل باشد.

ماده ۷۰۴- ضمان مطلق محمول به حال است مگر آنکه به قرائن معلوم شود که موجد بوده است.
ماده ۷۱۵- هرگاه دین مدت داشته و ضامن قبل از موعد آن را بدهد مادام که دین حال نشده است نمی تواند از مدیون مطالبه کند.
ماده ۷۱۶- در صورتی که دین حال باشد هر وقت ضامن ادا کند می تواند رجوع به مضمون عنه نماید هر چند ضمان مدت داشته و موعد آن نرسیده باشد مگر آنکه مضمون عنه إذن به ضمان موجد داده باشد.

خلاصه ی مواد: ضمان عقدی است تبعی که تابع دین است. ضمان تابع وجود دین است نه تابع شرایط دین و نه تابع اوصاف دین. الزاماً تابع شرایط دین نیست و الزاماً تابع اوصاف دین نیست، دین حال است. ضمان می تواند موجد باشد که نیازی نیست ضمان هم حال باشد. بر عکس دین موجد است که ضمان می تواند حال باشد. دین وثیقه دارد ضمان می تواند وثیقه نداشته باشد. بر عکس دین وثیقه ندارد ضمان می تواند وثیقه داشته باشد. ضمان الزاماً تابع همه ی شرائط دین نیست و ضمان می تواند خصوصیات خود را داشته باشد.

ماده ی ۶۹۴ و ۶۹۵:

این مواد می گویند که ضمان مبتنی بر مسامحه است پس علم اجمالی کافی است.

ماده ۶۹۴- علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می نماید شرط نیست بنابراین اگر کسی ضامن دین شخص بشود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است ضمان صحیح است لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.
ماده ۶۹۵- معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون له یا مضمون عنه لازم نیست.
ماده ۶۹۶- هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگر چه شرط فسخی در آن موجود باشد.

دو نوع دین داریم که یکی را دین مستقر و دیگری را دین متزلزل گویند.

دین متزلزل: دینی است که ناشی از یک عقد باشد (دین می تواند ناشی از عقد نباشد) و آن عقد قابل فسخ است یعنی هر آن ممکن است عقد فسخ بشود و دین از بین برود. ما یک بیعی داریم که تو به من مدیون هستی حال من خیار دارم اگر ببع را فسخ کنم دین تو از بین می رود. ماده ی ۶۹۶ گفته از دین متزلزل هم می شود ضمانت کرد لازم نیست دین مستقر باشد. فوqش دین از بین برود، ضمان هم از بین می رود. چون ضمان تبعی بود که ضمان از دین متزلزل درست است. اگر دین از بین رفت، ضمان هم از بین می رود که بعداً این را می خوانیم. من مالی به شما فروختم و شما بابت ثمن به من بدهکار شدی، حالا من هم خیار دارم که دین متزلزل است.

ماده ی ۶۹۶ دو تا سوتی دارد:

۱. شرط فسخ (که شرط فسخ نداریم) و منظور ماده حق فسخ است.

۲. دین را فسخ نمی کنند و یک سبب در تقدیر است.

ماده ی ۶۹۶ به ۷۵۵ می خورد که ماده ی ۷۵۵ این دو ایراد را ندارد.

ماده ۷۷۵- برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.
--

ماده ۶۹۷- ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن آن جایز است.

وقتی عقد باطل است، طرفین باید عوضین را پس بدهند (ماده ی ۳۶۶):

ماده ۳۶۶- هر گاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.

حالا یکی از طرفین در عقد از طرف مقابل ضامن می خواهد می گوید طرف مقابل یک ضامن بده (هنگام انعقاد). برای اینکه اگر معلوم شد عقد ما باطل است من عوضی را که به تو دادم از ضامن بگیرم چون من به تو اطمینان ندارم، این را **ضمان عهده** گویند (که برای هر دو طرف فرقی ندارد). مثال: من کنار ماشین ایستاده ام شما می گوئید ماشین مال کیه من می گویم مال من است، شما می گوئید من می خواهم این ماشین را بخرم ولی مطمئن نیستم (که این ماشین واقعاً مال شماست) حال تو یک ضامن به من بده که اگر ماشین مال تو نبود من پولی را که به تو دادم از ضامن بگیرم، این را ضمان عهده گویند.

ماده ی ۶۹۷ ضمان عهده را فقط در این یک مورد (معامله ی فضولی) گفته ولی ضمان عهده خیلی وسیع است، هر جا که عقد باطل باشد نه فقط به دلیل فضولی بودن به هر دلیلی که عقد باطل باشد می شود ضامن عهده گرفت. بگو فلانی یک ضامن عهده بده خداحافظ. همین که بگوئی یک ضامن عهده بده دیگر به هر دلیلی که عقد باطل باشد پولی را که به طرف دادی می روی از ضامن می گیری.

نکته: اگر ضامن عهده بگیری به طور مطلق فقط شامل بطلان می شود و شامل انحلال نمی شود.

مثال: من و تو یک عقدی بستیم نمی دانیم باطل است یا صحیح. من ضامن عهده می گیرم به طور مطلق. فردا معلوم می شود عقد ما صحیح است و باطل نیست. پس فردا من و تو عقد را اقاله می کنیم (که این انحلال است) حالا آیا من می توانم عوض را از ضامن عهده بگیرم؟ خیر. چون انحلال است (ضمان عهده به طور مطلق فقط مختص بطلان است) و اگر بخواهیم شامل انحلال هم بشود باید تصریح کنیم. اگر هیچ چیزی نگوئیم فقط شامل بطلان است که باید بگوئیم ضامن عهده بده هم برای بطلان و هم برای انحلال (مواد ۶۹۷ و ۷۰۸).

ماده ۷۰۸- کسی که ضامن درک مبیع است در صورت فسخ بیع به سبب اقاله یا خیار از ضمان بری می شود.

تعلیق در ضمان (مواد ۶۹۹، ۷۰۰ و ۷۲۳):

تعلیق در ضمان دو قسم است:

۱. تعلیق در ضمان نقل ذمه

۲. تعلیق در ضمان ضم ذمه

۱. **تعلیق در ضمان نقل ذمه:** طبق ماده ی ۶۹۹ بند ۱ تعلیق در ضمان نقل ذمه باطل است. تعلیق در بیع، اجاره و دیگر عقود درست است اما در قانون گفته تعلیق در ضمان نقل ذمه باطل است (ضمان نقل ذمه معلق باطل است).

ماده ۶۹۹- تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.

چند مثال:

مثال: یک نفر به شما بدهکار است من می گویم طلبکار اگر وامم جور شد من ضامن بدهکار می شوم (یعنی صبر کن اگر وامم جور شد دین بیاید گردن من) که این باطل است و ضامن نمی تواند انتقال دین را معلق کند.

مثال قانون: ضامن می رود پیش طلبکار می گوید طلبکار برو پیش بدهکار اگر نداد من ضامنم که این هم باطل است چون انتقال دین را معلق کرده به ندادن بدهکار (ماده ی ۶۹۹). طبق ماده ی ۷۰۰ تعلیق ضمان نقل ذمه بر شرائط صحتش درست است زیرا تعلیق نیست (یعنی معلق علیه جزء شرائط صحت ضمان باشد). چون وقتی تعلیق به ضمان است که شرطی که به آن تعلیق شده خارجی باشد.

آیا ماده ی ۷۰۰ استثناء است؟ خیر.

ماده ۷۰۰- تعلیق ضمان به شرط صحت آن مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد من ضامنم موجب بطلان آن نمی شود.

دو اصطلاح: از نظر اصولی رابطه ی این دو ماده تخصیص نیست و تخصّص است یعنی استثنای آن ماده نیست (خروج موضوعی است).

مثال: یکی از شرائط صحت ضمان وجود دین است (یعنی اول باید کسی مدیون باشد تا دیگری بتواند از او ضمانت کند). حال ضامن به طلبکار می گوید اگر فلانی مدیون باشد من ضامنم که دو حالت است یا مدیون هست و ضمان هم هست یا مدیون نیست و ضامن نیست که تکلیف روشن است و ضمان درست است. پس:

در دو عقد ضمان و نکاح تعلیق به شرائط صحت باطل نیست.

طبق بند ۲ ماده ی ۶۹۹ در ضمان نقل ذمه ضامن می تواند بعد از انتقال دین التزام خود را به تأدیه معلق کند که این اشکال ندارد. ضمان معلق باطل است پس ضمان (ضمان نقل ذمه) باید منجز باشد. ضامن به طلبکار می گوید من ضامن هستم، که معلق نیست طلبکار هم قبول می کند پس ضمان منعقد شد و دین منتقل شد به ضامن. حال ضامن به طلبکار می گوید به من یک فرصت بده من فعلاً دینم را نمی دهم که یک شرط است و طلبکار هم باید قبول کند. برو سراغ بدهکار (بدهکاری که بری شده) شاید داد اگر نداد من دین را می دهم که بدهکاری که بری شده هم می تواند ندهد چون بری شده با ضمانت.

۲. تعلیق در ضمان ضمّ ذمه: تعلیق در ضمان ضمّ ذمه، همان ضمان ضمّ ذمه ی طولی است. ضمان ضمّ ذمه دو نوع است:

۱. طولی

۲. عرضی

که عرضی منجز است و طولی معلق است. اثر حقوقی ضمان ضمّ ذمه انتقال دین نیست. هر عقدی اثر حقوقی دارد که انتقال دین اثر حقوقی ضمان نقل ذمه است. **اثر حقوقی ضمان ضمّ ذمه التزام ضامن است** (غاصب آخر مدیون بود و غاصب های قبلی فقط التزام داشتند که در ضمان ضمّ ذمه هم همین است). فرق آن دو این است که در ضمان یک دین است و یک مدیون (یعنی ضامن) اگر التزام فوری (با عقد) بیاید می شود عرضی که در عرضی می شود مستقیم از ضامن گرفت چون التزام به وجود آمده اما در ضمان طولی التزام ضامن معلق است و ضامن می تواند

بگوید اول برو سراغ بدهکار و اگر بدهکار نداد من ملتزم هستم بدهم. پس تعليق در ضمان ضمّ ذمه ایرادی ندارد.

ماده ۷۲۳- ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون معلق به عدم تأدیه او نماید.

این ماده ضمان ضمّ ذمه را گفته است.

ماده ۷۰۱- ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی توانند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد.

ماده ۶۹۰- در ضمان شرط نیست که ضامن مال دار باشد لیکن اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد می تواند عقد ضمان را فسخ کند ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملّی شود مضمون له خیاری نخواهد داشت.

لزوم عقد ضمان (ضمان لازم است یا جائز؟):

۱. ضمان نقل ذمه: این ضمان (نقل ذمه) عقدی است لازم هم نسبت به ضامن و هم نسبت به طلبکار.

ماده ی ۷۰۱ سه استثناء دارد یعنی در سه مورد عقد ضمان نقل ذمه قابل فسخ است:

الف) اعسار ضامن: ضامن مال نداشت و طلبکار هم جاهل بود (۶۹۰).

ب) بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون به (سبب دین): همان دین متزلزل که اگر دین از بین برود ضمان هم از بین می رود.

ج) خيار تخلف از شرط:

یک سری عقود در موارد خاص فسخ می شوند، ضمان جز در این سه مورد قابل فسخ نیست. نکته ۱: ضمان نقل ذمه قابل اقاله نیست. یعنی ضامن و طلبکار نمی توانند توافق کنند عقد ضمانت را بر هم بزنند چون به ضرر بدهکار می شود. با ضمان بدهکار بری شده که دوباره نمی شود او را مدیون کرد. پس اقاله ی ضمان نقل ذمه باطل نیست اما غیر نافذ است چون که بدهکار می تواند موافقت کند.

نکته ۲: خيار شرط در ضمان نقل ذمه راه ندارد (مانند اقاله) چون دوباره به ضرر بدهکار است.

نکته ۳: شرط فاسخ در ضمان نقل ذمه راه ندارد چون به ضرر بدهکار است.

۲. ضمان ضمّ ذمه: در قانون نیست.

نکته ۱: ضمان ضمّ ذمه نسبت به ضامن لازم است و نسبت به طلبکار جائز است مانند رهن و کفالت.

نکته ۲: ضمان ضمّ ذمه قابل اقاله است (توسط دو طرف) چون به ضرر کسی نیست. مدیون بری نشده حال چه ضامن باشد چه نباشد به مدیون کاری ندارد.

نکته ۳: خيار شرط در ضمان ضمّ ذمه اشکالی ندارد.

نکته ۴: شرط فاسخ در ضمان ضمّ ذمه اشکالی ندارد.

ماده ۷۰۷- اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی شود مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد.

این ماده غلط است هم با نقل ذمه غلط است و هم با ضمّ ذمه. البته منظور ماده نقل ذمه بوده اما با هر دو غلط است. بر اثر ضمان (نقل ذمه) مدیون بری می شود.

سؤال: آیا می شود مدیون را بعد از ضمان ابراء کرد؟ خیر چون مدیون بری شده و ابراء کسی که بری شده تحصیل حاصل است. اگر در ضمان ضمّ ذمه مدیون را ابراء کنیم ضامن هم بری می شود پس منظور ماده نقل ذمه است نه ضمّ ذمه و طبق ماده ی ۷۱۸ ماده ی ۷۰۷ غلط است:

ماده ۷۱۸- هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند ضامن و مضمون عنه هر دو بری می شوند.

ماده ی ۷۰۸ به ماده ی ۶۹۷ می خورد:

ماده ۷۰۸- کسی که ضامن درک مبیع است در صورت فسخ بیع به سبب اقاله یا خیار از ضمان بری می شود.

ماده ۶۹۷- ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن آن جایز است.

در ماده ی ۷۰۸ گفته ضامن درک مبیع که باید می گفت ضامن عهده.

ماده ۷۰۹- ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر بعد از اداء دین ولی می تواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی برائت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند.

ضامن وقتی می تواند به مدیون رجوع کند که دین را داده باشد این ماده ناقص است. رجوع ضامن به مدیون دو تا شرط دیگر هم دارد که ماده یکی را گفته و یکی دیگر این است که ضامن اذن داشته باشد. اگر ضامن اذن در پرداخت از مدیون نداشته باشد حق رجوع ندارد. در ضمان در مورد اذن چیزی نگفته و باید از ماده ی ۲۶۷ استنباط کنیم که ضامن هم مثل ثالث است (ثالث اگر بدون اذن پرداخت از مدیون، دین مدیون را پرداخت می کرد حق رجوع به مدیون را نداشت) که ضامن هم همین است.

ماده ۲۶۷- ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جائز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

شرط سوم این است که ضامن قصد تبرع نداشته باشد (ماده ی ۷۲۰).

ماده ۷۲۰- ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده باشد حق رجوع به مضمون عنه ندارد.

ماده ۷۰۹- ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر بعد از اداء دین ولی می تواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی برائت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند.

طبق ماده ی ۷۰۹ ضامن وقتی حق رجوع دارد که دین را داده باشد که یک استثناء دارد. یک مورد هست که ضامن دین را نداده و حق رجوع دارد. ماده ی ۷۰۹ گفته مدیون به ضامن می گوید بیا ضامن من شو ضامن می گوید من پول ندارم چطور دین را بدهم مدیون می گوید نمی گذارم تو دین را بدهی ضامن من شو. من تا هفته ای دیگر یا پول را به تو می دهم یا خودم دین را می دهم یعنی نمی گذارم تو مدیون بمانی که تو دین را بدهی. می گوید تو ضامن من شو من بری بشوم تا

بروم دنبال پول و تا یک هفته اول را به تو می رسانم. حال یک هفته گذشت و ضامن هنوز دین را نداده ضامن می تواند به مدیون رجوع کند.

نکته: ضامن دین را بدهد حق رجوع دارد حال یک چیزهائی هست در حکم دادن دین است که اگر آن کارها هم اتفاق بیفتد ضامن حق رجوع دارد مثل اینکه:

ضامن حواله بدهد یا طلبکار حواله بدهد. حواله منعقد بشود ضامن ذمه اش بری می شود یعنی انگار دین را داده پس حق رجوع دارد.

تهاتر: دین ضامن تهاتر می شود یعنی ضامن از طلبکار طلبکار می شود و دینش با تهاتر از بین می رود و حق رجوع دارد.

مالکیت ما فی الذمه: طلبکار می میرد و ضامن وارث اوست یا طلبکار طلب را به بدهکار منتقل می کند که مالکیت رخ می دهد و ضامن حق رجوع دارد.

ماده ی ۷۱۰ حواله را گفته، ماده ی ۷۱۲ مالکیت ما فی الذمه را گفته و تهاتر را هم قانون نگفته است.

ماده ۷۱۰- اگر ضامن با رضایت مضمون له حواله کند به کسی که دین را بدهد و آن شخص قبول نماید مثل آن است که دین را ادا کرده است و حق رجوع به مضمون عنه دارد و همچنین است حواله مضمون له به عهده ضامن.
--

ماده ۷۱۲- هرگاه مضمون له فوت شود و ضامن وارث او باشد حق رجوع به مضمون عنه دارد.

ماده ی ۷۱۱:

ضامن رفت مثل آدم دین را داد و همه چیز تمام شد حال مضمون عنه دوباره رفت دین را داد (ایفای ناروا). ضامن حق رجوع به مضمون عنه را دارد چون دین را داده ربطی به ضامن ندارد که مضمون عنه دوباره دین را داده است.

ماده ۷۱۱- اگر ضامن دین را تأدیه کند و مضمون عنه آن را ثانیاً بپردازد ضامن حق رجوع به مضمون له نخواهد داشت و باید به مضمون عنه مراجعه کند و مضمون عنه می تواند از مضمون له آنچه را که گرفته است مسترد دارد.
--

ماده ۷۱۳- اگر ضامن به مضمون له کمتر از دین داده باشد زیاده بر آنچه داده نمی تواند از مدیون مطالبه کند اگر چه دین را صلح به کمتر کرده باشد.
--

ضامن نمی تواند از ضمان سود ببرد (ضمان مغاینه نیست، مسامحه است) اگر ضامن کمتر به طلبکار بدهد حق رجوع به بیشتر را ندارد. مثلاً دین ده میلیون بوده و ضامن نه میلیون داده و مضمون له هم قبول کرده است، ضامن نمی تواند برود ده میلیون را بگیرد. مدیون می گوید طلبکار، ضامن چقدر داده؟ همان را می دهد. اگر طلبکار ضامن را ابراء کرد چون ضامن چیزی نداده حق رجوع ندارد.

ماده ۷۱۸- هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند ضامن و مضمون عنه هر دو بری می شوند.

گفته اگر طلبکار ضامن را ابراء کند دو نفر بری می شوند، هم ضامن و هم مضمون عنه. وقتی طلبکار ضامن را ابراء می کند ضامن در مقابل طلبکار بری می شود و مضمون عنه در مقابل ضامن بری می شود چون دیگر ضامن حق رجوع ندارد.

طبق ماده ی ۷۱۹ اگر ضامن هیچ ندهد حق رجوع ندارد اما اگر چیزی بدهد حق رجوع دارد.

ماده ۷۱۹- هرگاه مضمون له ضامن را ابراء یا دیگری مجاناً دین را بدهد ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد.

نکته: طبق ماده ی ۷۱۴ اگر ضامن بیشتر از دین بدهد حق رجوع ندارد مگر اینکه بدهکار گفته باشد بیشتر بدهد.

ماده ۷۱۴- اگر ضامن زیادتز از دین به داین بدهد حق رجوع به زیاده ندارد مگر در صورتی که به اذن مضمون عنه داده باشد.

ماده ی ۷۱۷ هم دوباره تکرار ماده ی ۲۶۷ است.

ماده ۷۱۷- هرگاه مضمون عنه دین را ادا کند ضامن بری می شود هر چند ضامن به مضمون عنه اذن در ادا نداده باشد.

ماده ۲۶۷- ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جائز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

بعد از ضمان (نقل ذمه) ضامن بدهکار است و مضمون عنه شخص ثالث است که می تواند دین را بدهد.

عقد حواله

مواد ۷۲۴ تا ۷۳۳

حواله برادر کوچک ضمان است. حواله شبیه ضمان است با این تفاوت که اراده ی مدیون هم هست. در ضمان اراده ی مدیون نبود ولی در حواله اراده ی مدیون هم هست.
حواله تنها عقدی است که حتماً سه اراده می خواهد:

۱. مدیون اول (محیل)

۲. مدیون دوم (محال علیه)

۳. طلبکار (محتال یا محال له)

مثال: من به تو بدهکار هستم و می گویم برو از حسن بگیر، این شد حواله که در اینجا ابتکار با محیل است. من (محیل)، حسن (محال علیه) و تو (محتال).

ماده ی ۷۲۴ به جای دین گفته طلب در حواله دین محیل منتقل می شود به محال علیه. در حواله دو رابطه را باید جدا کرد:

۱. رابطه ی محیل و محتال (من و تو)

۲. رابطه ی محیل با محتال علیه (رابطه ی من و حسن)

رابطه ی محیل و محتال: برای صحت حواله محیل باید به محتال بدهکار باشد. حواله هم مثل ضمان عقدی است تبعی.

اگر محیل به محتال بدهکار نباشد قانون گفته حواله نیست و باطل هم نیست یک چیز دیگر است (ماده ی ۷۲۶).

ماده ۷۲۶- اگر در مورد حواله محیل مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود.

مثال: من به تو بدهکار نیستم و به تو می گویم برو از حسن یک میلیون بگیر که می تواند هبه، قرض، وکالت و .. باشد. هر چه هست حواله نیست.

رابطه ی محیل با محال علیه: در رابطه ی محیل و محال علیه دو حالت داریم:

۱. محیل از محال علیه طلب دارد و به این دلیل حواله می دهد. اگر محیل از محال علیه طلب داشته باشد، این را حواله ی کامل گویند یا حواله بر مدیون (محال علیه).
۲. گاهی محیل از محال علیه طلب ندارد. اگر محیل از محال علیه طلب نداشته باشد این را حواله بر بری گویند.

مثال: من به تو یک میلیون بدهکار هستم و از حسن هم یک میلیون طلبکار هستم می گویم برو از حسن بگیر (حالت اول) حسن هم می تواند قبول نکند و بگوید فقط بدهی را به دست خودش می دهم چون حواله عقد است و می تواند قبول کند یا قبول نکند.

مثال: من از حسن طلب ندارم حسن دوست من است و گفته هر وقت طلبکار داشتی طلبکار هایت را بفرست نزد من. حالا من به تو یک میلیون بدهکار هستم و می گویم برو از حسن بگیر.

در حواله بر بری محال علیه مثل ضامن است وقتی دین را داد حق رجوع دارد. (محال علیه در حکم ضامن است). ماده ی ۷۲۷ و ۷۳۱ و مواد ۷۲۸ و ۷۲۹ به ماده ی ۶۹۰ می خورد.

ماده ۷۲۷- برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه مدیون به محیل باشد در این صورت محال علیه پس از قبولی در حکم ضامن است.

ماده ۷۳۱- در صورتی که محال علیه مدیون محیل نبوده بعد از اداء وجه حواله می تواند به همان مقداری که پرداخته است رجوع به محیل نماید.

ماده ۷۲۸- در صحت حواله ملائت محال علیه شرط نیست.

ماده ۷۲۹- هرگاه در وقت حواله محال علیه معسر بوده و محتال جاهل به اعسار او باشد محتال می تواند حواله را فسخ و به محیل رجوع کند.

ماده ۶۹۰- در ضمان شرط نیست که ضامن مال دار باشد لیکن اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد می تواند عقد ضمان را فسخ کند ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملئی شود مضمون له خیاری نخواهد داشت.

ماده ی ۷۳۰ به ماده ی ۶۹۸ می خورد:

ماده ۷۳۰- پس از تحقق حواله ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه محال علیه مشغول می شود.

ماده ۶۹۸- بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.

اثر حواله مثل ضمان انتقال دین است. دین از محیل به محال علیه منتقل می شود (ماده ی ۷۳۰) این قانون تکمیلی است و خلاف آن می شود شرط کرد (که محیل بری نشود و محال علیه به او اضافه بشود) مثل ضمان ضم ذمه.
ماده ی ۷۳۲ به ماده ی ۷۰۱ می خورد:

ماده ۷۳۲- حواله عقدی است لازم و هیچ یک از محیل و محتال و محال علیه نمی تواند آن را فسخ کند مگر در مورد ماده ۷۲۹ و یا در صورتی که خیار فسخ شرط شده باشد.

ماده ۷۰۱- ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی توانند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد.

حواله عقدی است لازم از هر سه طرف (اطراف حواله). حواله قابل اقاله است با سه اراده پس به کسی ضرر نمی خورد و اگر هم ضرر بخورد (قاعده ی اقدام). خیار شرط در حواله راه دارد با سه اراده و شرط فاسخ هم در حواله راه دارد با سه اراده و چون همه با سه اراده است به کسی ضرر نمی رسد.

ماده ی ۷۳۳:

چهار تا عقد تبعی هستند:

۱. ضمان

۲. حواله

۳. کفالت

۴. رهن

که تابع دین اند. از تبعی بودن این عقود دو نتیجه گرفته می شود که ماده ی ۷۳۳ گفته است.

ماده ۷۳۳- اگر در بیع یا بیع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد حواله باطل می شود و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد ولی اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود حواله باطل نبوده لیکن محال علیه بری و بایع یا مشتری می تواند به یکدیگر رجوع کند. مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود.

نتیجه ی اول: اگر بعد از این عقود (چهار عقد) معلوم بشود اصلاً دینی نبوده عقد باطل است. چون این عقود تابع دین هستند و اگر دینی نباشد عقد باطل است.

نتیجه ی دوم: اگر دین موجود بوده و بعداً از بین برود این عقود منفسخ می شوند. اگر از اول دینی نبوده این عقود باطل هستند اما اگر دینی بوده بعداً از بین برود، این عقود منفسخ می شوند.

عقد صلح

۱. **صلح در مورد دعوا:** که بیشتر به آئین دادرسی می خورد. صلح در مورد دعوا یا این است که دعوائی به صلح ختم می شود و یا این است که از دعوای آینده جلوگیری می شود (مواد ۷۵۲ و ۷۶۶).

ماده ۷۵۲- صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.

ماده ۷۶۶- اگر طرفین بطور کلی تمام دعاوی واقعی و فرضیه خود را به صلح خاتمه داده باشند کلیه دعاوی داخل در صلح محسوب است اگر چه منشاء دعوی در حین صلح معلوم نباشد مگر اینکه صلح به حسب قرائن شامل آن نگردد.

نکته: صلح در مورد دعوا عقدی است معوض زیرا طرفین از ادعاهای خود (حق اقامه دعوا) می گذرند. در هر دعوائی هر دو طرف ادعا دارند این می گوید من این را می خواهم و آن یکی می گوید من این را می خواهم پس هر وقت صلح کنند هر دو از ادعای خود می گذرند پس در مورد دعوا عقد است و عقدی است معوض.

نکته: صلح در مورد دعوا توسط منکر هم می شود یعنی کسی که دعوا را منکر است می تواند تقاضای صلح بکند و تقاضای صلح اقرار محسوب نمی شود (ماده ۷۵۵).

ماده ۷۵۵- صلح با انکار دعوی نیز جایز است بنابراین درخواست صلح اقرار محسوب نمی شود.

مثال (برای ماده ی ۷۵۵): یک نفر علیه دیگری اقامه ی دعوا کرده و می گوید از تو یک میلیون طلب دارم، خوانده منکر است حال وسط دادگاه منکر به مدعی می گوید می آئی صلح کنیم؟ وقتی منکر به مدعی می گوید می آئی صلح کنیم، یه جورائی می شود اقرار محسوب شود چون ممکن است چیزی باشد، که قانون گفته نه! اقرار محسوب نیست شاید طرف نخواستہ مأمور و اخطار برود در خانه اش یا نمی خواهد پایش به دادگاه کشیده شود.

نکته: برای صلح طبق ماده ی ۷۵۳ طرفین باید اهلیت و اختیار داشته باشند. ماده ی ۷۵۳ به ماده ی ۳۴۵ می خورد:

ماده ۷۵۳- برای صحت صلح طرفین باید اهلیت معامله و تصرف در مورد صلح داشته باشند.
--

ماده ۳۴۵- هر یک از بایع و مشتری باید علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد.
--

نکته: طبق ماده ی ۷۵۴ هر صلحی درست است جز صلح بر امر غیر مشروع. ماده ی ۷۵۴ به ماده ی ۱۰ می خورد (اصل آزادی قراردادها) ولی ماده ی ۷۵۴ یک ماده ی فقهی است. قانون در ماده ی ۱۰ قانون امری است نه تکمیلی (سؤال کنکور).

ماده ۷۵۴- هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد.

ماده ۱۰- قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

حقوقدانان هر جا کم می آورند ماده ی ۱۰ و فقها هر جا کم می آورند عقد صلح (سید العقود) را بنا می کنند.

۲. صلح در مورد معاملات: که نام دیگر آن صلح در مقام معامله یا صلح بدوی و ابتدائی است. صلح در مورد معامله عقدی است که به جای بعضی از اعمال حقوقی می آید و اثر همان عمل حقوقی را دارد ولی احکام خاص آن را ندارد. بیع اثرش تملیک است و یک سری احکام خاص دارد حال دو نفر بیع را می خواهند و تملیک را هم می خواهند ولی آن پنج تا حکم مخصوص بیع را نمی خواهند که راهش این است که به جای بیع صلح ببندند. یعنی بگویند صلح که همان احکام بیع را دارد ولی پنج تا حکم خاص بیع را ندارد. صلح به جای همه ی عقود نمی آید. به جا بیع، معاوضه، اجاره، هبه، عاریه و ابراء می آید که اثر همان عقد (عقدی که به جای آن آمده) را دارد ولی احکام خاص آن عقد را ندارد. صلح عقد جایز را لازم می کند.

ماده ی ۷۵۸، ۷۵۹ و ۷۶۰:

صلح در مورد معامله ممکن است معوض باشد یا مجانی، صلح در مورد دعوا معوض بود. بیع معوض بود، صلح به جای بیع بیاید معوض است. هبه مجانی است، صلح به جای هبه بیاید مجانی است. پس صلح در مورد دعوا همیشه معوض است ولی صلح در مورد معامله بستگی دارد به عقدی که به جای آن می آید.

ماده ی ۷۵۷: در این ماده جایز یعنی مجاز (صحیح) نه در مقابل لازم. صلح بلاعوض عقد لازم است (سؤال قانون).

ماده ۷۵۷- صلح بلاعوض نیز جائز (مجاز، صحیح) است.

ماده ی ۷۶۰ گفته صلح عقد لازم است که در مورد صلح در مورد معاملات است. این ماده با فسخ به
خیار (خیار مطلق است یعنی به هر خیار) و به اقاله نیز به هم می خورد.

ماده ۷۶۰- صلح عقد لازم است اگر چه در مقام عقود جائزه واقع شده باشد و بر هم
نمی خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله.

ماده ی ۷۶۱ صلح در مورد دعوا را می گوید که قاطع در این ماده یعنی لازم. در این دو ماده که
صلح در مورد دعوا به دو نوع به هم می خورد:

۱. خیار شرط

۲. خیار تخلف از شرط

صلح در مورد دعوا با دیگر خیارها به هم نمی خورد و با اقاله نیز به هم نمی خورد.

ماده ۷۶۱- صلحی که در مورد تنازع یا مبنی به تسامح باشد قاطع بین طرفین است و هیچ
یک نمی تواند آن را فسخ کند اگر چه به ادعاء غبن باشد مگر در صورت تخلف شرط یا
اشتراط خیار.

ماده ۷۶۲: در مورد اشتباه است. در صلح معمولاً و نه همیشه شخصیت طرف مهم است. آدم با هر
کسی صلح نمی کند پس اگر در شخص طرف اشتباه شود صلح باطل است. در خود موضوع معامله
هم اشتباه شود، باز صلح باطل است. ماده ی ۷۶۳ و ۷۶۴ را خواندیم.

ماده ۷۶۲- اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل
است.

ماده ی ۷۶۵:

بند ۱: صلح دعوی مبتنی بر معامله ی باطله باطل است.

یک معامله ای باطل است و طرفین فکر می کنند صحیح است دارند تعهدات خود را اجرا می کنند
حالا دعواشان می شود. دعوا را صلح می کنند (صلح باطل است). مبتنی همان مبنا است و وقتی
مبنا باطل است تمام کارهای بعدی باطل است. معامله باطل است، دعوا باطل است و صلح هم
باطل است. بند ۱ ماده ی ۷۶۵ از مصادیق ماده ی ۷۶۷ است که عام تر است. یکی از مواردی که
موضوع صلح باطل است همان معامله ی باطل است.

ماده ۷۶۵- صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است ولی صلح دعوی ناشی از بطلان
معامله صحیح است.

ماده ۷۶۷- اگر بعد از صلح معلوم گردد که موضوع صلح منتفی بوده است صلح باطل
است.

بند ۲: صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است.

معامله ای باطل است و طرفین می دانند باطل است (که باید عوضین را پس بدهند). حال می
خواهند عوضین را پس بدهند که دعواشان می شود آقا کم دادی که دعوا را صلح می کنند و اینجا
صلح صحیح است. مبتنی باطل و ناشی از صحیح.

مقدمه: راجع به وثیقه:

وثیقه یعنی تضمین، وثیقه چیزی است که طلب را تضمین می کند.

وثیقه دو نوع است:

۱. وثیقه ی شخصی

۲. وثیقه ی عینی

در وثیقه ی شخصی یک شخص طلب را تضمین می کند سه عقد ضمان، حواله و كفالت وثیقه ی شخصی ایجاد می کنند (یعنی یک شخص طلب را تضمین می کند) که این شخص می تواند ضامن، محال علیه و .. باشد.

وثیقه ی عینی یعنی اینکه یک مال طلب را تضمین می کند. وثیقه ی عینی همان حق عینی تبعی است. وثیقه ی عینی سه نوع است:

۱. قراردادی

۲. قضائی

۳. قانونی

عقد رهن می شود وثیقه ی عینی قراردادی.

عقد رهن:

نکته: رهن طبق ماده ی ۷۷۲ عقدی است عینی (قبض در عقود عینی شرط صحت است). ۵ تا عقد عینی داریم که رهن با چهار تای دیگر فرق دارد. در رهن قبض بدهی کافی است می توانی مال را پس بگیری و لازم نیست دست طرف بماند. یعنی مدیون باید مال را به طلبکار بدهد همین که مال را داد عقد واقع شده و الزامی نیست که مال دست طلبکار بماند. طلبکار می تواند مال را پس بدهد بدون اینکه رهن به هم بخورد بگوید مال دست خودت باشد ولی در وثیقه ی من باشد.

ماده ۷۷۲- مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

نتیجه: در رهن استمرار قبض شرط صحت نیست (ماده ی ۷۷۲).

نکته: طبق ماده ی ۷۷۳ مالی می تواند به رهن داده شود که قابل نقل و انتقال باشد چون هدف از رهن این است که اگر راهن دین خود را نداد مرتهن از محل فروش مال طلب خود را بردارد، پس مال باید قابل فروش باشد. مال موقوفه را نمی توان به رهن داد چون که قابل فروش نیست.

ماده ۷۷۳- هر مالی که قابل نقل و انتقال قانونی نیست نمی تواند مورد رهن واقع شود.

نکته (ماده ۷۷۴): مال مرهون (به رهن داده شده) باید عین معین باشد. دلیلش احتمالاً این است که عین معین در خارج موجود است و قابل قبض است (رهن قبض می خواهد).

ماده ۷۷۴- مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.

حقوقدانان یک نتیجه گرفته اند، می گویند حالا که اینطور شد کلی در معین هم در خارج موجود است (۱۰۰ کیلو از این ۱۰۰۰ کیلو) و قابل قبض است. پس اگر کل ۱۰۰۰ کیلو را قبض بدهی ۱۰۰ کیلوی داخل آن را هم قبض داده ای. بنابراین مال مرهون می تواند کلی در معین هم باشد و عین معین هم باشد. ولی رهن کلی باطل است و کلی قابل قبض نیست. رهن دین باطل است و

رهن منفعت هم باطل است چون منفعت ثابت نیست و یک جا نمی ماند و در می رود. مال مرهون را مرتهن نگاه می دارد برای استیفای طلبش. منفعت روز به روز ایجاد می شود و از بین می رود. یک خانه هست کلیدش را به تو می دهم، آیا می توانی منفعت یک سال آینده را نگاه داری؟ خیر. ماده ی ۷۷۵ را خواندیم که به ماده ی ۶۹۶ می خورد:

ماده ۷۷۵- برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.

ماده ۶۹۶- هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگر چه شرط فسخی در آن موجود باشد.

ماده ی ۷۷۶ به ماده ی ۵۷۱ می خورد:

ماده ۷۷۶- ممکن است یک نفر مالی را در مقابل دو یا چند دین که به دو یا چند نفر دارد رهن بدهد در این صورت مرتهنین باید به تراضی معین کنند که رهن در تصرف چه کسی باشد و همچنین ممکن است دو نفر یک مال را به یک نفر در مقابل طلبی که از آنها دارد رهن بدهند.

ماده ۵۷۱- شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه.

اشاعه فقط در مالکیت نیست و در تمام حقوق متصور است. ماده ی ۷۷۶ اشاره دارد به اشاعه در حق عینی تبعی (رهن حق عینی تبعی است). چند نفر از یک نفر طلب دارند آن یک نفر یک مال به همه ی طلبکارها می دهد به عنوان وثیقه. حالا طلبکارها بر روی این مال به طور مشاع حق عینی تبعی دارند.

ماده ۷۷۷ (مهم):

وکالت عقدی است اذنی که با فوت به هم می خورد یک وکالت هست که می شود شرط کرد که با فوت وکیل به هم نخورد و اگر شرط نکنیم باز هم با فوت وکیل به هم می خورد. این وکالت در رهن است. اگر راهن دین خود را ندهد مرتهن باید برای گرفتن حق خود از مال مرهونه از دادگاه تقاضای فروش کند راهن می خواهد به مرتهن یک حال اساسی بدهد می گوید مرتهن بیا به تو وکالت می دهم اگر من دینم را ندادم خودت مال را بفروش و طلبت را بردار که دیگر برای فروش دادگاه نیروی (مالک راهن است). حالا در این وکالت شرط می شود اگر مرتهن مرد، وکالت به ورثه ی مرتهن برسد یعنی ورثه هم دادگاه نروند و خود با همان وکالت مال را بفروشند و طلب را بردارند. این تنها موردی است که می توان در وکالت شرط کرد که مرتهن برای فروش مال مرهونه و استیفای طلب خود به دادگاه مراجعه نکند. این وکالت لازم نیست ضمن عقد رهن باشد و می تواند جدا باشد.

ماده ۷۷۷- در ضمن عقد رهن یا به موجب عقد علیحده ممکن است راهن مرتهن را وکیل کند که اگر در موعد مقرر راهن قرض خود را اداء ننموده مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفاء کند و نیز ممکن است قرار دهد وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد و بالأخره ممکن است که وکالت به شخص ثالث داده شود.

ماده ی ۷۷۸ مهم و مجمل و با سؤال است.

در این ماده یک چیز کم است (در تقدیر است) در عقد رهن شرط شده مرتهن حق تقاضای فروش نداشته باشد. اگر رهن دینش را نداد مرتهن باید به دادگاه برود و تقاضای فروش کند و اگر این حق از او گرفته شد این شرط باطل است ولی مبطل نیست (اختلافی است) چون نامشروع است. اما نظری که باید در امتحان انتخاب کنیم این است - «مرتهن حق فروش ندارد چون مالک نیست».

ماده ۷۷۸- اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد باطل است.

ماده ۷۷۹- هر گاه مرتهن برای فروش عین مرهونه وکالت نداشته باشد و رهن هم برای فروش آن و اداء دین حاضر نگردد مرتهن به حاکم رجوع می نماید تا اجبار به بیع یا اداء دین به نحو دیگر بکند.

اگر رهن دینش را ندهد مرتهن می رود از دادگاه تقاضای فروش مال مرهونه را می دهد (فرض این است که وکالت در فروش ندارد) دادگاه مال را می فروشد. وقتی دادگاه مال را فروخت بقیه ی طلبکارهای رهن هم برای گرفتن طلب خود می ریزند. مال مرتهن چون وثیقه دارد بر سایر طلبکاران مقدم است (کسی که وثیقه دارد طلبکار با وثیقه و کسی که وثیقه ندارد طلبکار عادی نام دارد). اگر حاصل فروش برای طلب مرتهن کافی نبود آن را می گیرد و بقیه ی طلبش می شود طلب بدون وثیقه یا طلب عادی. مثلاً طلب مرتهن یک میلیون است مال را ۸۰۰ هزار تومان فروختند که ۸۰۰ هزار تومان را می گیرد و بابت ۲۰۰ هزار تومان می شود طلبکار عادی (مواد ۷۷۹، ۷۸۰، ۷۸۱ و ۷۸۲).

ماده ۷۸۰- برای استیفاء طلب خود از قیمت رهن مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت.

ماده ۷۸۱- اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود مازاد مال مالک آن است و اگر بر عکس حاصل فروش کمتر باشد مرتهن باید برای نقیصه به رهن رجوع کند.

ماده ۷۸۲- در مورد قسمت اخیر ماده قبل اگر رهن مفلس شده باشد مرتهن با غرماء شریک می شود.

نکته: رهن تجزیه ناپذیر است. یعنی اگر رهن بخشی از دین خود را بدهد و مرتهن هم قبول کند (ماده ی ۲۷۷، قاعده این است که مدیون نمی تواند بخشی از دینش را بدهد مگر با رضایت طلبکار)، حال رهن بخشی از دین را داده و مرتهن هم گرفته (پس نتیجه می گیریم که مرتهن هم راضی است).

ماده ۲۷۷- متعهد نمی تواند متعده را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط قرار دهد.

حال رهن رویش زیاد است و می گوید مرتهن حالا که بخشی از دین را دادم و تو قبول کردی بخشی از مال را آزاد کن، که نمی شود. پس تا آخرین بخش از دین را ندهد نمی تواند مال را آزاد کند و در نتیجه رهن تجزیه ناپذیر است. اگر رهن بخشی از دین را بدهد و مرتهن قبول کند رهن نمی تواند بخشی از مال را آزاد کند مگر با رضایت مرتهن (ماده ی ۷۸۳).

ماده ۷۸۳- اگر راهن مقداری از دین را ادا کند حق ندارد مقداری از رهن را مطالبه نماید و مرتهن می تواند تمام آن را تا تأدیه کامل دین نگاهدارد مگر اینکه بین راهن و مرتهن ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

ماده ی ۷۸۴: می گوید اصلاً می شود مال رهن را عوض کرد (به تراضی). تبدیل مال رهن به تراضی امکان دارد، پس با تراضی می شود بخشی از مال را آزاد کرد یا مال را عوض کرد. پس تراضی در همه حال امکان دارد.

ماده ۷۸۴- تبدیل رهن به مال دیگر به تراضی طرفین جائز است.

ماده ی ۷۸۵ به ماده ی ۳۵۶ می خورد. توابع مبیع (هر چیزی که تابع مبیع است) در رهن هم هست:

ماده ۷۸۵- هر چیزی که در عقد بیع بدون قید صریح به عنوان متعلقات جزو مبیع محسوب می شود در رهن نیز داخل خواهد بود.

ماده ۳۵۶- هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند.

ماده ی ۷۸۶:

این ماده یک مطلب ساده را خیلی بد گفته. مال مرهون متعلق به راهن است، منافع آن هم متعلق به راهن است، چه منفاه متصل چه منفصل، چون عین آن متعلق به راهن است. نکته ی ماده این است که منافع منفصل جزء رهن نیست و منافع متصل جزء رهن است چون نمی شود آن را جدا کرد.

مثال: شما یک گوسفند را رهن می دهید حال اگر این گوسفند بچه دار بشود بچه جزء رهن نیست ولی گوسفند چاق شود جزء رهن است. قانون گفته منافع متصل جزء رهن است اما منافع منفصل مال راهن است که آدم فکر می کند منافع متصل مال راهن نیست ولی منافع متصل هم مال راهن است.

ماده ۷۸۶- ثمره رهن و زیادتی که ممکن است در آن حاصل شود در صورتی که متصل باشد جزء رهن خواهد بود و در صورتی که منفصل باشد متعلق به راهن است مگر اینکه ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

منافع مال راهن است پس مرتهن نمی تواند از منافع استفاده کند (مرتهن طبق ماده ی ۷۸۹ امین است و فقط باید مال را حفظ کند « امانت مالکانه »). مرتهن (امین) نمی تواند از مال استفاده کند مگر به اذن راهن. به این رهن که مرتهن می تواند از منافع استفاده کند می گویند (رهن تصرف) - « مهم. راهن (مدیون) مالی ندارد که رهن بدهد از یک نفر یک مال می گیرد (عاریه) و به رهن می دهد (البته به اذن معیر) به این رهن رهن مستعار یا رهن مال غیر گویند. یعنی من خودم مالی ندارم از یک نفر مالی عاریه می گیرم رهن می دهم. مال مرهون متعلق به راهن است ولی چون مرتهن روی مال حق عینی دارد روی مال راهن یک سری تصرفات نمی تواند بکند (مواد ۷۹۳ و ۷۹۴).

ماده ۷۹۳- رهن نمی تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به إذن مرتهن.

ماده ۷۹۴- رهن می تواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری که برای رهن نافع باشد و منافی حقوق مرتهن هم نباشد به عمل آورد بدون اینکه مرتهن بتواند او را منع کند، در صورت منع اجازه با حاکم است.

مال، مال رهن است و منافع آن مال هم مال رهن است ولی رهن آزاد نیست هر کاری بکند به خاطر اینکه مرتهن حق عینی تبعی دارد حال بحث اصلی اینجاست آیا رهن که مالک است می تواند مال را بفروشد؟ قانون ساکت است. آیا فروش عین مرهونه توسط رهن منافی حق مرتهن است؟ که دو نظر هست:

نظر مشهور می گوید بله فروش عین مرهونه توسط رهن که مالک است منافی حق مرتهن است و غیرنافذ است. ولی دکتر کاتوزیان گفته اشکال ندارد. (با وجود این در کتاب دکتر یعنی این نظر خودش است) رهن مال را بفروشد حق عینی مرتهن از بین نمی رود. حق عینی روی مال است و مال هر جا برود حق عینی هم با آن می رود. دکتر کاتوزیان می گوید آقا مرتهن نگران نیست. حق مرتهن روی مال است و برای او فرقی ندارد مالک مال چه کسی است پس فروش با حق مرتهن منافات ندارد. پس **نظر مشهور گفته غیر نافذ است و دکتر گفته صحیح است**. یک رأی وحدت رویه داریم سال ۷۶ (در کتاب تست آمده) که این رأی نظر مشهور را تأیید می کند ولی با این حال دکتر کاتوزیان می گوید برو بابا صحیح است. حال ما با هیچکدام کاری نداریم در کنکور دو نوع در مورد این بحث سؤال می دهند اگر مطلق سؤال دادند (آیا مال مرهون را می شود فروخت؟ بله) آیا با حق مرتهن منافات ندارد؟ نه نمی شود، اما اگر گفتند مطابق رویه ی قضائی آیا مال مرهون را می شود فروخت؟ نه که غیر نافذ است (نظر مشهور برای حفظ حقوق مردم بهتر است).

عقد هبه

مواد ۷۹۵ تا ۸۰۷

طبق ماده ی ۷۹۵ هبه عقدی است که یک نفر مالش را مجانی به دیگری تملیک می کند (کادو، بخشش) پس هبه عقدی است تملیکی و عقدی است مجانی که طبق ماده واضح است.

ماده ۷۹۵- هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می کند تملیک کننده واهب طرف دیگر را متهب، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می گویند.

نکته ۱: ماده گفته موضوع هبه مال است حال چه مالی موضوع هبه است؟

۱. عین می تواند موضوع هبه قرار گیرد. یک نفر خانه اش را هبه می کند، ماشینش را هبه می کند.

۲. منفعت می تواند موضوع هبه قرار گیرد. یک نفر منفعت دو سال منافع خانه اش را هبه می کند که باید حتماً مدت بگذارد (هبه ی منفعت حتماً باید مدت داشته باشد).

۳. حق عینی به جز مالکیت نمی تواند موضوع هبه باشد مثلاً حق انتفاع و حق ارتفاق و حق تحجیر، این حق ها قابل انتقال است اما نه با هبه. پس حقوق عینی نمی تواند موضوع هبه باشد چون تملیک بر این ها اطلاق نمی شود. مالکیت یا مال عین است یا منفعت.

۴. هبه ی طلب: طلب حق دینی است. آیا هبه ی طلب امکان دارد یا نه؟ که حق عینی نیست و حق مالکیت هم نیست پس امکان ندارد ولی قانون هبه ی طلب به مدیون را پذیرفته که با ابراء فرق دارد (ماده ی ۸۰۶).

ماده ۸۰۶- هرگاه داین طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد.

طلبکار می تواند طلبش را به مدیون ببخشد و بعد مالکیت ما فی الذمه رخ می دهد. حال ما نتیجه می گیریم که هبه ی طلب به غیر مدیون هم امکان دارد پس هبه ی طلب امکان دارد. ماده ی ۷۹۶ تکراری است و به مواد ۷۵۳ و ۳۴۵ می خورد:

ماده ۷۹۶- واهب باید برای معامله و تصرف در مال خود اهلیت داشته باشد.

ماده ۷۵۳- برای صحت صلح طرفین باید اهلیت معامله و تصرف در مورد صلح داشته باشند.

ماده ۳۴۵- هر یک از بایع و مشتری باید علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد.

اهلیت و اختیار که در صلح گفته شد: قانون گفته واهب باید برای معامله و تصرف اهلیت داشته باشد که باید می گفت باید برای معامله اهلیت و برای تصرف اختیار داشته باشد. ماده ی ۷۹۷ چیزی ندارد:

ماده ۷۹۷- واهب باید مالک مالی باشد که هبه می کند.

ماده ۷۹۸- هبه واقع نمی شود مگر با قبول و قبض متهب اعم از اینکه مباشر قبض خود متهب باشد یا وکیل او و قبض بدون اذن واهب اثری ندارد.

هبه طبق این ماده عقد عینی است چون قبض هم می خواهد.

نکته جالب: در عقود عینی (عقد) که قبض شرط صحت است چهار تا اراده می خواهیم:

۱. ایجاب

۲. قبول

۳. اراده به اقباض

۴. اراده به قبض

مثال: من می خواهم این میز را به تو هبه کنم می گویم هبه کردم (ایجاب) و تو می گوئی قبول (قبول). سؤال می توانی بیائی میز را برداری؟ خیر من باید میز را اقباض کنم (تسلیم کنم) حال می خواهم به زور بهت بدم؟ خیر تو هم باید با طیب خاطر قبول کنی و خودت هم مال را قبض کنی. پس قبض در عقود عینی با قبض در عقود رضائی فرق دارد. قبض در عقود عینی جزء ارکان عقد است. چون شرط صحت است و اراده می خواهد (دو اراده، هم اراده به قبض و هم اراده به اقباض). ماده سه اراده را گفته، قانونگذار فرض کرده متهب وقتی قبول کرده و به سودش هم هست پس قبول کرده پس اراده ی متهب در ماده مفروض است.

نکته: این نکته در وقف قبلاً خوانده شد. در عقود عینی قبل از قبض ایجاب و قبول داریم. این ایجاب و قبول اولاً قابل رجوع است از هر دو طرف (یعنی چیزهائی که قبلاً در وقف گفتم فقط مختص وقف نیست و مربوط به تمام عقود است، پس با فوت از بین می رود و با حجر هم از بین می رود).

نکته ریز: در هبه اگر قبل از قبض متهب سفیه بشود این ایجاب و قبول از بین نمی رود (فقط در هبه) به خاطر اینکه سفیه همان اول هم می توانست هبه را قبول کند حالا هم که بعداً سفیه شده اشکال ندارد که نماینده اش قبض می کند.

دکتر کاتوزیان در زیرنویس ماده ی ۸۰۲ به جای سفیه شدن گفته حجر که یک بار هم سؤال بوده. در ماده ی ۶۸۲ حجر هم به این معنا (سفیه) بود شاید دکتر هم از این ماده تبعیت کرده است.

ماده ۸۰۲- اگر قبل از قبض واهب یا متهب فوت کند هبه باطل می شود.
ماده ۶۸۲- محجوریت موکل موجب بطلان وکالت می شود مگر در اموری که حجر مانع از توکیل در آنها نمی باشد و همچنین است محجوریت وکیل مگر در اموری که حجر مانع از اقدام در آن نباشد.

هبه عقد مجانی است پس:

صغیر ممیز و سفیه می توانند هبه را قبول کنند ولی نمی توانند قبض کنند. قبض با نماینده ی آن هاست (ماده ی ۷۹۹).

ماده ۷۹۹- در هبه به صغیر یا مجنون یا سفیه قبض ولی معتبر است.

مجنون و صغیر غیر ممیز اصلاً قبول هم نمی توانند بکنند. هم قبول و هم قبض با نماینده ی آن هاست. پس نتیجه می شود که قبض در هبه همیشه با نماینده ی آن هاست (مجنون و صغیر غیر ممیز) چه خود محجور قبول کند و چه نماینده ی آن ها. ماده ی ۷۹۹ همه ی محجورین را شمرده است.

ماده ی ۸۰۰:

مال موهوب قبلاً دست متهب بوده که در بیع هم خواندیم ولی با بیع فرق دارد. مال موهوب قبلاً دست متهب بوده قانون می گوید قبض دیگر لازم نیست. ماده ی ۸۰۰ به ماده ی ۳۷۳ می خورد:

ماده ۸۰۰- در صورتی که عین موهوبه در ید متهب باشد محتاج به قبض نیست.
ماده ۳۷۳- اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست و همچنین است در ثمن.

این ماده (ماده ی ۸۰۰) اشکال دارد در هبه وقتی مال قبلاً دست متهب است دو حالت دارد:

۱. واهب می داند که مال دست متهب است و با علم به این امر هبه می کند.
۲. واهب نمی داند که مال دست متهب است و فکر می کرده مال دست خودش است. حال در هبه مگر قبض اراده ی واهب را نمی خواهد؟ چرا. پس واهب اگر بداند مالش دست متهب است و آن را هبه کند به طور ضمنی اراده ی اقباض را هم داده من می دانم مالم دست توست و می گویم مالم را به تو هبه کردم خداحافظ.

ولی اگر واهب نداند مالش دست متهب است هبه با ایجاب و قبول واقع نمی شود و ماده شامل این نمی شود. واهب فکر می کند مال دست خودش است ایجاب را می گوید و متهب هم قبول می کند. در ذهن واهب این می گذرد که بگذار یک روز فکر کنم که مال را به قبض بدهم یا نه که اینجا هبه با ایجاب و قبول واقع نمی شود و ماده ی ۸۰۰ شامل این مورد نمی شود. ماده فرض کرده هر مالکی می داند مالش کجاست بنابراین در ماده علم واهب در تقدیر است. اگر واهب نداند مالش دست متهب است هبه با ایجاب و قبول واقع نمی شود و باید واهب مطلع بشود و اگر قبول کرد آن وقت هبه واقع می شود.

ماده ۸۰۱- هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب می تواند شرط کند که متهب مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد.
--

هبه عقد مجانی است ولی می شود در آن شرط عوض کرد اما یک نکته دارد. این ماده را که می خوانیم به ذهن متبادر می شود که شرط عوض همیشه مجانی است. ولی نه، الزامی ندارد شرط عوض مجانی باشد (غالباً مجانی است) که می تواند شرط عوض معوض هم باشد.

مثال ۱: من مالی به تو می بخشم به شرط اینکه ماشینت را به من بفروشی ماده گفته به شرط اینکه ماشینت را به من هبه کنی که شرط معوض است.

مثال ۲: من مالی را به تو می بخشم به شرط اینکه یک عملی را برای من در مقابل اجرت انجام دهی.

یک جراح خیلی معروف حاضر نیست همه کسی را جراحی کند اما تو می روی به او می گوئی آقای دکتر من ماشینم را به تو می بخشم حال تو مرا عمل کن و تمام اجرت را نیز پرداخت می کنم.

نکته (لزوم و جواز هبه): هبه نسبت به متهب (کسی که مال را گرفته) لازم است. ماده هم ندارد (اصل لزوم) و متهب نمی تواند مال را پس بدهد (هیچ احمقی هم این کار را نمی کند).

ماده ۸۰۳ - بعد از قبض نیز واهب می تواند به ابقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند مگر در موارد ذیل:

- ۱- در صورتی که متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد.
- ۲- در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد.
- ۳- در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود خواه قهراً مثل اینکه متهب به واسطه فلس محجور شود خواه اختیاراً مثل اینکه عین موهوبه به رهن داده شود.

طبق ماده ی ۸۰۳ هبه علی الاصول نسبت به واهب جایز است یعنی واهب می تواند رجوع کند (البته در فرهنگ ما زشت است که کسی مالی به دیگری هبه کند مثلاً کادوئی بدهی و بعداً بروی پس بگیری). قانون ۸ تا استثناء گفته که هبه نسبت به واهب لازم است که بعضی ها تکرار بعضی های دیگر است. ماده ی ۸۰۳ پنج تا را گفته، ماده ی ۸۰۵ یکی را گفته و ماده ی ۸۰۶ و ۸۰۷ هم هر کدام یکی را گفته اند.

۱. مال موهوب دست متهب تلف بشود (هبه دیگر قابل رجوع نیست، صدر ماده ی ۸۰۳).
نکته: یکی از فرق های رجوع و فسخ این است که فسخ قائم به مال نیست. اگر مال از بین هم برود فسخ امکان دارد. ولی رجوع قائم به مال است و باید مال باشد تا رجوع انجام شود.
۲. اگر متهب پدر، مادر به بالا و اولاد به پائین باشد (به کسانی که باید نفقه می دادی اگر مالی هبه کنی قابل رجوع نیست). هبه بین زن و شوهر قابل رجوع است. طبق قاعده بین برادر و خواهر هم قابل رجوع است.

۳. در هبه با شرط عوض، اگر واهب شرط را گرفته باشد (متهب شرط را انجام داده باشد) واهب حق رجوع ندارد.

۴. اگر مال از ملکیت متهب خارج بشود یا متعلق حق غیر واقع بشود (مورد ۱ طلب واقعی بود و مورد ۴ طلب حکمی است) یا متهب مال را بفروشد. خانم می آید می گوید شوهرم برای من طلا خریده می خواهد رجوع کند که وکلا می گویند برو بفروش که دیگر نمی تواند رجوع کند یا رهن بگذارد که دیگر نمی تواند رجوع کند.

۵. مال موهوب تغییر کند. گندم بوده شده آرد یعنی عرفاً دیگر آن مال نباشد. این پنج مورد ماده ی ۸۰۳ است:

۶. واهب یا متهب فوت کند. یکی دیگر از فرق های رجوع و فسخ این است که رجوع قائم به شخص است (مورد «۱» قائم به مال بود). باید واهب زنده باشد تا رجوع کند. اگر واهب بمیرد وراثت حق رجوع ندارند. اگر متهب بمیرد با اینکه واهب زنده است حق رجوع ندارد، رجوع قائم به شخص است (هم واهب و هم متهب).

ماده ۸۰۵ - بعد از فوت واهب یا متهب رجوع ممکن نیست.

نکته: فوت مانع رجوع است نه حجر.

نکته: حجر (محجور شدن) مانع رجوع نیست. اگر متهب محجور شود واهب می تواند رجوع کند. اگر واهب محجور بشود حق رجوع هست (از بین نمی رود) ولی نماینده اش نمی تواند رجوع کند چون رجوع قائم به شخص است، صبر می کنند از حجر خارج بشود و تصمیم بگیرد. ۷. طبق ماده ی ۸۰۶ هبه ی طلب به مدیون نسبت به واهب لازم است. می گویند این شماره ی ۷ از مصادیق مورد ۱ است. در هبه ی طلب به مدیون طلب از بین می رود (مالکیت ما فی الذمه) پس علت شماره ی ۷ شماره ی ۱ است. اگر مال از بین برود، هبه قابل رجوع نیست.

ماده ۸۰۶ - هرگاه داین طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد.

۸. صدقه (ماده ی ۸۰۷): صدقه یک نوع هبه است ولی نسبت به واهب لازم است. دو تا توجیه برای لازم بودن صدقه شده: الف) می گویند صدقه تعهد طبیعی است و اگر مدیون اجراء می کرد دیگر نمی توانست رجوع کند. ب) توجیه دوم مال فقهاست. اگر واهب عوض را می گرفت (شرط انجام می شد) هبه لازم می شد. می گویند در صدقه تو وقتی صدقه می دهی همان موقع خداوند عوضش را به تو می دهد پس قابل رجوع نیست.

ماده ۸۰۷ - اگر کسی مالی را به عنوان صدقه به دیگری بدهد حق رجوع ندارد.

ماده ی ۸۰۴ به ماده ی ۲۸۷ و ۴۵۹ و ۸۱۹ می خورد:

ماده ۸۰۴ - در صورت رجوع واهب نمآت عین موهوبه اگر متصل باشد مال واهب و اگر منفصل باشد مال متهب خواهد بود.

ماده ۲۸۷ - نمآت و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می شود مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است ولی نمآت متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می شود.

ماده ۴۵۹ - در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می شود با قید خیار برای بایع بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل ننماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.

ماده ۸۱۹ - نمآتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.

وقتی واهب رجوع کرد منافع منفصل مال متهب است و منافع متصل مال واهب است.

شفعه

مواد ۸۰۸ تا ۸۲۴

برای پیدایش حق شفعه ۵ شرط لازم است که ماده ی ۸۰۸ آن ها را گفته است:

ماده ۸۰۸- هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالث منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می گویند.

۱. مال غیر منقول: شفعه فقط در مال غیر منقول است و در مال منقول نیست. مال غیر منقول ۴ نوع است می خواهیم ببینیم شفعه در کدام هاست؟ حق شفعه در غیر منقول ذاتی (زمین) هست، در بنا و درخت (غیر منقول به واسطه ی عمل انسان) هنگامی هست که با زمین فروخته شود. اگر بنا و درخت بدون زمین فروخته شود طبق ماده ی ۸۰۹ حق شفعه نیست. حق شفعه در غیر منقول حکمی (آلات و ادوات کشاورزی) نیست و در غیر منقول تبعی هم نیست.

ماده ۸۰۹- هرگاه بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود.

۲. قابل تقسیم: حق شفعه فقط در مال غیر منقول قابل تقسیم هست. منظور از قابل تقسیم یعنی قابل افراز که در وضع کنونی ما افراز با ثبت است. اگر بخواهیم بدانیم حق شفعه هست یا نه باید برویم اداره ی ثبت اگر قابل افراز بود حق شفعه هست و اگر قابل افراز نبود حق شفعه نیست. در یک آپارتمان حق شفعه نیست چون آپارتمان قابل تقسیم نیست.

۳. مال مشاع باشد: در حق شفعه باید مال مشاع باشد مهم نیست به چه نسبتی و به چه مقدار. این شرط سوم یک استثناء دارد (ماده ی ۸۱۰).

ماده ۸۱۰- اگر ملک دو نفر در ممر یا مجری مشترک باشد و یکی از آنها ملک خود را با حق ممر یا مجری بفروشد دیگری حق شفعه دارد اگر چه در خود ملک مشاعاً شریک نباشد ولی اگر ملک را بدون ممر یا مجری بفروشد دیگری حق شفعه ندارد.

دو تا ملک هست که مفروز هستند (هر کدام مال یک نفرند) این دو ملک در ممر (راه عبور) یا مجرا (مجرای آب) مشترک هستند. حال اگر یکی از دو مالک ملک خود را با ممر یا مجرا بفروشد مالک دیگر با اینکه در خود ملک شریک نیست، حق شفعه دارد. مثلاً دو آپارتمان در دو طبقه که هر کدام مال یک نفرند که در راه عبور مشترک هستند و در لوله های آب هم شریکند حال اگر یکی از این دو ملک خود را با ممر یا مجرا بفروشد، دیگری حق شفعه دارد.

۴. شرکاء دو نفر باشند: یعنی مال مشاع بین دو نفر باشد، ملاک دو نفر بودن (مرگ). وقتی بیع واقع می شود حق شفعه به وجود می آید. یک ثانیه قبل از بیع شرکاء را بشمار اگر دو نفر بودند حق شفعه هست ولی اگر دو نفر نباشند حق شفعه نیست پس اگر بیشتر هم باشند حق شفعه نیست.

۵. فروش به ثالث: یکی از دو نفر می فروشد یعنی (سهمش بشود مبیع و خودش بشود بایع). حق شفعه فقط در بیع است و لا غیر.

ماده ی ۸۰۹ و ۸۱۰ گفته شد.

ماده ۸۱۱- اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارد.

یک زمین است که سه دانگ آن وقف است و سه دانگ آن طلق است. حالا قانون گفته اگر مالک طلق بفروشد وقف حق شفعه ندارد، ولی برعکس آن را هم قبول نداریم. اگر وقف بفروشد طلق حق شفعه دارد. حق شفعه فقط مال شخص طبیعی نیست و مال شخص حقوقی هم هست. بنابراین طلاق بفروشد وقف حق شفعه ندارد ولی وقف بفروشد طلق حق شفعه دارد.

ماده ۸۱۲- اگر مبیع متعدد بوده و بعض آن قابل شفعه و بعض دیگر قابل شفعه نباشد حق شفعه را می توان نسبت به بعضی که قابل شفعه است به قدر حصه آن بعض از ثمن اجرا نمود.

مبیع متعدد است ولی بیع و ثمن یک دانه است. بعضی از مبیع قابل شفعه است و بعضی از مبیع قابل شفعه نیست که شفیع می رود آن بعضی را که قابل شفعه است، می گیرد.

مثال: من و تو در یک زمین شریکیم و در یک ماشین هم شریکیم. زمین قابل شفعه هست چون غیر منقول است اما ماشین قابل شفعه نیست چون منقول است.

حالا تو سهم خودت را با ماشین در یک عقد می فروشی که من فقط می توانم حق شفعه را فقط نسبت به زمین اعمال کنم.

ماده ۸۱۳ اضافه است: شرط پنجم بیع است. بیع باید صحیح باشد که معلوم است اگر بیع فاسد باشد بیع نیست و در آن هم حق شفعه نیست.

ماده ۸۱۳- در بیع فاسد حق شفعه نیست.

ماده ی ۸۱۴ با ماده ی ۸۱۶ گفته می شود.

طبق ماده ی ۸۱۵ شفیع نمی تواند بخشی از سهم خود را بگیرد، یا همه اش یا هیچ.

ماده ۸۱۵- حق شفعه را نمی توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید.

مثلاً من و تو با هم شریکیم سه دانگ سه دانگ. تو سه دانگ خود را به حسن فروختی و من به حسن می گویم حسن من پول سه دانگ را ندارم این پول را بگیر تو دو دانگ را به من بده که نمی شود چون معوض است. اخذ به شفعه ایقاعی است معوض. در امور معوض تبعیض امکان ندارد ولی در امور غیر معوض تبعیض ممکن است. مثلاً من دو تا مال برای تو وصیت می کنم (وصیت مجانی است) بعد هم می میرم. تو یکی را قبول می کنی که اشکال ندارد (ماده ی ۸۳۲).

ماده ۸۳۲- موصی له می تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصی به قبول کند در این صورت وصیت نسبت به قسمتی که قبول شده صحیح و نسبت به قسمت دیگر باطل می شود.

ماده ی ۸۱۶ سه نکته دارد:

ماده ۸۱۶- 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.

نکته ۱: دو نفر شریکند یکی می فروشد و دیگری حق شفعه دارد حالا قبل از اینکه شفیع اخذ به شفعه بکند دوباره خریدار به یکی فروخت یا هبه کرد که همینطور چند دست گشت حالا تمام این انتقالات صحیح است. چون خریدار اول مالک بوده که منتقل کرده ولی در مقابل شفیع قابل استناد نیست. مانند معامله به قصد فرار از دین که بین دو نفر صحیح است و در مقابل طلبکار قابل استناد نیست. یعنی شفیع می رود سراغ خریدار اول (که سراغ خریدار آخر هم می تواند برود) پول را می

دهد و سهم را می گیرد خداحافظ. تمام انتقالات بعدی هم از همان لحظه به هم می خورد که قانون گفته باطل می شود که غلط است که فایده ی آن در منافع است. شفیع سراغ خریدار می رود نه کسی که هبه یا صلح کرده اگر سراغ خریدار آخر برود یعنی تمام معاملات قبلی صحیح است و به هم نمی خورد.

نکته ۲: دو نفر شریکند یکی فروخت شریک دیگر حق شفعه دارد حالا قبل از اینکه شفیع اخذ به شفعه کند بیع اقاله می شود که **اقاله هم در مقابل شفیع قابل استناد نیست** شفیع دوباره می رود سراغ خریدار پول را می دهد و سهم را می گیرد.

نکته ۳: دو نفر شریکند یکی فروخت حال قبل از اینکه شفیع اخذ به شفعه کند بیع با خیار فسخ شد که در اینجا دو حالت دارد:

حالت اول: اگر بیع با خیار با عقد (خیاری که با عقد ایجاد می شود) فسخ شود (مثل خیار مجلس) حق شفعه از بین می رود (تنها چیزی که حق شفعه را از بین می برد همین است). من و تو شریک هستیم تو فروختی به حسن و من حق شفعه دارم حال بیع تو با حسن به وسیله ی خیار با عقد فسخ شد که دوباره تو بر می گردی و می شوی شریک من که دیگر من حق شفعه ندارم.

حالت دوم: اگر بیع با خیار بعد از عقد (مثل خیار تأخیر ثمن) فسخ بشود، حق شفعه از بین نمی رود چون حق شفعه با عقد است و خیار بعد از عقد است. چیز بعدی نمی تواند چیز قبلی را از بین ببرد. این فسخ (فسخ با خیار بعد از عقد) در مقابل شفیع غیر قابل استناد است.

ماده ۸۱۷- در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می کند مشتری ضامن درک است نه بایع لیکن اگر در موقع اخذ به شفعه مورد شفعه هنوز به تصرف مشتری داده نشده باشد شفیع حق رجوع به مشتری نخواهد داشت.

این ماده دو تا بند دارد که ربطی به هم ندارند و ما هم آن ها را جدا می خوانیم.
بند اول ماده ی ۸۱۷ (ضمان درک در شفعه): تا گفتند ضمان درک یاد معامله ی فضولی بیافتید.

مثال: من و تو شریک هستیم فضول می آید سهم تو (تو رفته ای خارج) را به حسن می فروشد و پولش را هم می گیرد. من خیال می کنم حق شفعه دارم (که ندارم چون معامله فضولی است). می روم پیش حسن پول را می دهم به حسن و سهم را می گیرم حالا تو بر می گردی و بیع فضولی را رد می کنی و می نشینی توی ملکت حالا من به چه کسی پول دادم؟ به حسن که باید پول را از حسن بگیرم، حسن به چه کسی پول داد؟ به فضول، حسن باید پول را از فضول بگیرد من نمی توانم به فضول مراجعه کنم (بند ۱ ماده ی ۸۱۷ با بند ۲ ماده ی ۸۲۰ با همدیگر هستند).

ماده ۸۲۰- هر گاه معلوم شود که مبیع حین البیع معیوب بوده و مشتری ارش گرفته است شفیع در موقع اخذ به شفعه مقدار ارش را از ثمن کسر می گذارد. حقوق مشتری در مقابل بایع راجع به درک مبیع همان است که در ضمن عقد بیع مذکور شده است.

بند دوم ماده ی ۸۱۷ (تسلیم مبیع):

مثال: دو نفر شریک اند یکی فروخت ولی مبیع را تسلیم نکرد به خریدار. شریک دیگر حق شفعه دارد شفیع می رود پیش خریدار پول را به خریدار می دهد ولی مال دست خریدار نیست (تحويل نگرفته) حال شفیع باید برود سراغ شریک قبلی (نمی تواند حسن را مجبور کند که ملک را بگیرد و به من بدهد).

ماده ۸۱۸- مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلفی 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.

اسم این ماده را دکتر شهبازی گفته (مراحل زندگی خریدار در حق شفعه) من و تو شریک هستیم تو فروختی به حسن حالا حسن سه مرحله دارد:

مرحله ی اول قبل از اخذ به شفعه « مالک ».

مرحله ی دوم بعد از اخذ به شفعه و قبل از مطالبه « اسمش می شود امین »، یعنی می گویم حسن مال دستت باشد می گیرم.

مرحله ی سوم بعد از اخذ به شفعه و مطالبه و امتناع خریدار « اسمش می شود در حکم غاصب ».

در مرحله ی اول خریدار مسئول نیست (مالک)، مالک مسئول مال خودش نیست. در مرحله ی دوم تقصیر بکند مسئول است و تقصیر نکند مسئول نیست. در مرحله ی سوم مطلقاً مسئول نیست. ماده ی ۸۱۸ خیلی بد گفته است.

وصیت

مواد ۸۲۵ تا ۸۶۰

قانون مدنی وصیت را تعریف نکرده و فقط آمده تقسیم کرده است. حقوقدانان وصیت را تعریف کرده اند. بهترین تعریف حقوقدانان از وصیت:

وصیت یک عمل حقوقی است که اثرش معلق به فوت است (پس واقعه ی حقوقی نیست). وصیت یک عمل حقوقی مستقل نیست بلکه وصیت همان اعمال حقوقی زمان حیات است که معلق شده به فوت.

مثال « هبه »: من زنده و تو هم زنده مالم را به تو می بخشم (می شود هبه) حالا وقتی که من مردم مالم را به تو می بخشم که همان هبه است که معلق شده به فوت.

ماده ۸۲۵- وصیت بر دو قسم است: تملیکی و عهدی.

اقسام وصیت: ماده ی ۸۲۵ گفته وصیت دو قسم است تملیکی و عهدی. وصیت اقسام دیگری هم دارد که گفته می شوند:

۱. وصیت تملیکی: بند ۱ ماده ی ۸۲۶ وصیت تملیکی را تعریف کرده که آدم یاد هبه می افتد (مواد ۸۲۶ و ۷۹۵).

ماده ۸۲۶- وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند. وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می نماید. وصیت کننده موصی، کسی که وصیت تملیکی به نفع او شده است موصی له، مورد وصیت موصی به و کسی که به موجب وصیت عهدی ولی بر مورد ثلث یا بر صغیر قرار داده می شود وصی نامیده می شود.

ماده ۷۹۵- هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می کند تملیک کننده واهب طرف دیگر را متهب، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می گویند.

وصیت تملیکی همان هبه است ولی معلق به فوت. در هبه دو طرف زنده اند ولی وصیت تملیکی این است که من مُردم این مال را مال تو. طبق ماده ی ۸۲۷ وصیت تملیکی قبول می خواهد پس عقد است. هبه عقد است در قالب وصیت هم بیاید عقد است.

ماده ۸۲۷- تملیک به موجب وصیت محقق نمی شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی.

۲. وصیت عهدی: قبلاً در ایقاعات دو طرفه خواندیم.

وصیت عهدی در بند ۲ ماده ی ۸۲۶ تعریف شده که آدم یاد وکالت می افتد. من زنده، تو زنده. من وقت ندارم خانه ام را بفروشم تو کارهای من را انجام می دهی؟ «وکالت. من مُردم تو کارهایم را انجام بده» وصایت.

ماده ۸۲۶- وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند. وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می نماید. وصیت کننده موصی، کسی که وصیت تملیکی به نفع او شده است موصی له، مورد وصیت موصی به و کسی که به موجب وصیت عهدی ولی بر مورد ثلث یا بر صغیر قرار داده می شود وصی نامیده می شود.

وصیت عهدی همان وکالت است که معلق به فوت است. طبق ماده ی ۸۳۴ وصیت عهدی قبول نمی خواهد پس ایقاع است.

ماده ۸۳۴- 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 نکرد بعد از آن حق رد ندارد اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد.

تنها جائی که ماهیت عقد عوض می شود وکالت است که در وصیت می آید می شود ایقاع. یک وصیت داریم که علما گیر کرده اند تملیکی است یا عهدی (وصیت بر غیرمحصور یا جهات). وصیت می کنم بر فقرا، ساختن مسجد و... ماده ی ۸۲۸ گفته این وصیت قبول نمی خواهد.

ماده ۸۲۸- هرگاه موصی له غیر محصور باشد مثل اینکه وصیت برای فقرا یا امور عام المنفعه شود قبول شرط نیست.

پس می شود وصیت عهدی که اختلافی است.

۳. وصیت به ابراء که در قانون نیست: طلبکار وصیت می کند می گوید من مُردم بدهکار بری بشود. وصیت به ابراء همان ابراء معلق به فوت است. من زنده تو زنده تو را ابراء می کنم (ابراء). من مُردم تو بری بشو (وصیت به ابراء)، وصیت به ابراء قبول نمی خواهد. ابراء ایقاع است و وصیت به ابراء هم ایقاع است.

ابراء با هبه ی طلب به مدیون فرق دارد. ابراء ایقاع است اما هبه ی طلب به مدیون عقد است. حالا ببرش توی وصیت، وصیت به ابراء با وصیت طلب به مدیون فرق دارد.

مثال برای وصیت طلب به مدیون: من از تو طلب دارم. می گویم من مُردم طلبم برسد به بدهکار که این ابراء نیست و یک نوع وصیت تملیکی است. باید حسن هم قبول کند تا مالکیت ما فی الذمه رخ بدهد. وصیت به ابراء قبول نمی خواهد (ایقاع است). وصیت طلب به مدیون قبول می خواهد (عقد است).

۴. وصیت به وقف:

یک نفر وصیت می کند می گوید من مُردم ثلث مالَم وقف بشود. وصیت به وقف عقد است چون وقف عقد است. **وصیت به وقف همان وقف است معلق به فوت.** چون وقف عقد است وصیت به وقف هم عقد است اما در وصیت به وقف خاص موقوف علیهم قبول می کند و در وصیت به وقف عام حاکم. پس وصیت به وقف عقد است چه وصیت به وقف عام و چه وصیت به وقف خاص.

فقط اینها را می شود معلق به فوت کرد. هبه، وکالت، ابراء، وقف و عقود معوض را نمی شود معلق به فوت کرد زیرا غرری می شود.

قبول و رد وصیت:

قبول و رد مختص وصیت تملیکی است (قبول و رد در وصیت تملیکی مطرح است). طبق مواد ۸۲۹ و ۸۳۰ قبول و رد وصیت باید بعد از فوت موصی باشد.

ماده ۸۲۹- قبول موصی له قبل از فوت موصی موثر نیست و موصی می تواند از وصیت خود رجوع کند حتی در صورتی که موصی له موصی به را قبض کرده باشد.

ماده ۸۳۰- نسبت به موصی له رد یا قبول وصیت بعد از فوت موصی معتبر است بنابراین اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیت را رد کرده باشد بعد از فوت می تواند آن را قبول کند و اگر بعد از فوت آن را قبول و موصی به را قبض کرد دیگر نمی تواند آن را رد کند لیکن اگر قبل از فوت قبول کرده باشد بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست.

موصی مرد حالا اگر موصی له (کسی که وصیت به نفعش است) قبول کند عقد منعقد می شود و اگر موصی له رد کند عقد منعقد نمی شود. پس قبول بعد از فوت موصی است. رد چه وقتی است؟ بعد از فوت موصی.

اگر موصی له در زمان حیات موصی قبول یا رد کند فایده ندارد فقط قبولش استصحاب می شود یعنی اگر قبل از فوت موصی قبول کند بعد از فوت دیگر نیازی نیست قبول کند. رد استصحاب هم نمی شود.

نکته: موصی مرد و موصی له قبول کرد و عقد منعقد شد و تملیک واقع شد. حالا این عقد نسبت به موصی له جایز است (موصی که فوت کرد) اگر موصی له (موصی به مال) قبض کند عقد لازم می شود. قبل از قبض عقد جایز است با قبض عقد لازم می شود پس قبض در وصیت تملیکی شرط لزوم است و قبض در عقود عینی شرط صحت است.

نکته: موصی مرد چه کسی باید قبول و رد کند؟ موصی له. حال موصی له هم مُرد که وصیت باطل می شود و حق قبول یا رد به ورثه ی موصی له نمی رسد چون وصیت تملیکی مجانی است و قائم به شخص است اگر موصی له قبل از قبول و رد بمیرد وصیت باطل است. اگر قبول کند و بمیرد مالک شده و وصیت می رسد به ورثه.

نکته: موصی مرد و موصی له بعد از ۶ ماه قبول کرد که از زمان قبول مالک می شود (ماده ی ۸۲۷) یعنی قبول ناقل است و کاشف نیست. همه جا باید بگوئیم ناقل مگر اینکه قانون گفته باشد کاشف (ناقل یعنی از همان موقع که می آید مالک می شود).

ماده ۸۲۷- تملیک به موجب وصیت محقق نمی شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی.

ماده ی ۸۳۱: (سوتی داده)

وصیت تملیکی مجانی است (همان هبه است) پس صغیر ممیز و سفیه می توانند قبول کنند ولی صغیر غیر ممیز و مجنون نمی توانند قبول کنند.

ماده ۸۳۱- اگر موصی له صغیر یا مجنون باشد رد یا قبول وصیت با ولی خواهد بود.

ماده ی ۸۳۲ را در بحث شفعه خواندیم.

ماده ۸۳۳- ورثه موصی نمی تواند در موصی به تصرف کند مادام که موصی له رد یا قبول خود را به آنها اعلام نکرده است. اگر تأخیر این اعلام موجب تضرر ورثه باشد حاکم موصی له را مجبور می کند که تصمیم خود را معین نماید.

یک نفر می میرد اول دیونش را می دهند بعد وصیت ها را می دهند بعد هر چه ماند بین ورثه تقسیم می کنند (ماده ی ۸۶۹ و ۸۷۰).

ماده ۸۶۹- حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق می گیرد و باید قبل از تقسیم آن اداء شود از قرار ذیل است:

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

۲- دیون و واجبات مالی متوفی.

۳- وصایای میت تا ثلث ترکه بدون اجازه ورثه و زیاده بر ثلث با اجازه آنها.

ماده ۸۷۰- حقوق مزبوره در ماده قبل باید به ترتیبی که در ماده مزبوره مقرر است تأدیه شود و مابقی اگر باشد بین وراثت تقسیم گردد.

موصی مرد. موصی له نه قبول می کند و نه رد که ورثه علف می شوند برای اینکه ورثه می خواهند تقسیم کنند. حال ورثه می توانند بروند دادگاه که قاضی باید موصی له را مجبور کند. یک راه اجبارش این است که قاضی به موصی له می گوید یک هفته فرصت داری اگر در این یک هفته قبول نکردی و یک هفته گذشت به منزله ی رد است.

ماده ی ۸۳۴ گفته شد.

ماده ۸۳۵- موصی باید نسبت به مورد وصیت جائز التصرف باشد.

در عقود هم اهلیت می خواهیم و هم اختیار ولی در وصیت اختیار نمی خواهیم فقط اهلیت می خواهیم. اولین کسی که اختیار ندارد ورشکسته است. ورشکسته می تواند به راحتی وصیت کند چون وصیتش ضرری به طلبکارها نمی رساند اگر مُرد دیون را می دهند اگر چیزی ماند وصیت را می دهند که ضرری به طلبکارها نمی رسد. پس در وصیت اهلیت کافی است.

مثال: یک نفر خانه اش توقیف شده (اختیار ندارد) همان خانه را وصیت می کند.

نکته: موصی باید اهلیت داشته باشد وصیت محجورین همه اش باطل است. وصیت تملیکی عقدی است مجانی و از سوی محجورین باطل است. نماینده محجور نمی تواند برای او وصیت کند چون وصیت قائم به شخص است.

نکته: اگر موصی بعد از وصیت محجور شد (سفیه یا مجنون)، چون نمی شود صغیر بشود وصیت درست است.

ماده ۸۳۶- هر گاه کسی به قصد خود کشی خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگر از این قبیل که موجب هلاکت است مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید آن وصیت در صورت هلاکت باطل است و هرگاه اتفاقاً منتهی به موت نشد وصیت نافذ خواهد بود.

یک نفر خودکشی می کند بعد وصیت می کند، اگر به همان خودکشی بمیرد وصیت باطل است. علما بحث کردند که چرا وصیت باطل است یک عده گفتند با خودکشی دیگر عقل ندارد (پس قصد ندارد) پس وصیت باطل است. که درست نیست چون اگر غیر صحیح است، اگر عقل ندارد باید وصیت باطل باشد چه بمیرد و چه نمیرد. یک نفر وصیت می کند بعد خودکشی می کند (برعکس) چه بمیرد و چه نمیرد وصیت درست است.

ماده ۸۳۷- اگر کسی به موجب وصیت یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند وصیت مزبور نافذ نیست.

قواعد ارث امری است یعنی قانون مشخص کرده چه کسی چقدر ارث ببرد، نمی شود از وراثت کم کرد و نمی شود به وراثت اضافه کرد. اگر کسی به موجب وصیت از وراثت کم کند یا اضافه کند وصیت در این قسمت باطل است.

رجوع از وصیت:

وصیت طبق ماده ی ۸۳۸ قابل رجوع است. موصی هر زمان می تواند رجوع کند. رجوع از وصیت جزء ذات وصیت است. نمی شود کاری کرد که موصی نتواند رجوع کند موصی تحت هر شرایطی می تواند رجوع کند. اگر موصی ضمن عقد لازم وصیت کند باز هم قابل رجوع است. اگر موصی حق رجوع خود را ساقط کند باز هم ساقط نمی شود و باز هم حق رجوع دارد.

ماده ۸۳۸- موصی می تواند از وصیت خود رجوع کند.

یک عمل دیگر هم هست که اینطور است، نامزدی، که ذاتاً قابل رجوع است (ماده ی ۱۰۳۵) و از این جهت این دو مانند همدیگر هستند.

ماده ۱۰۳۵- وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی کند اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخت شده باشد بنابراین هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید.

نکته: رجوع از وصیت دو نوع است صریح و ضمنی. صریح با لفظ است و ضمنی با فعل است.

رجوع صریح: یعنی موصی بگوید از وصیتم رجوع کردم.

رجوع ضمنی: این است که موصی یک کاری بکند که با وصیت تعارض داشته باشد می شود رجوع. یا یک وصیت دیگری بکند خلاف آن وصیت یا مالی را که وصیت کرده بفروشد. ماده ی ۸۳۹ ناقص است. رجوع ضمنی فقط وصیت نیست، هر فعلی است که با وصیت منافات داشته باشد.

ماده ۸۳۹- اگر موصی ثانیاً وصیتی بر خلاف وصیت اول نماید وصیت دوم صحیح است.

نکته خیلی جالب: در رجوع ضمنی علم موصی به وصیت شرط نیست. موصی یک وصیتی کرده و بعد یادش رفته می رود و مال را می فروشد که اگر یادش بود مال را نمی فروخت که این رجوع می شود. در رجوع ضمنی چه بداند که وصیت کرده و چه نداند اگر کاری بکند که با وصیت تعارض داشته باشد، رجوع ضمنی محسوب می شود.

وصیت فضولی:

دو اصطلاح داریم:

۱. وصیت برای غیر

۲. وصیت برای خود

(توضیحات ماده ی ۱۹۷ را قبل از وصیت فضولی بخوانید)

توضیحات ماده ی ۱۹۷ از همین جزوه :

ماده ۱۹۷ راجع به معامله ی فضولی است

ماده ۱۹۷- در صورتی که ثمن یا مئمن معامله عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود.

معامله ی فضولی دو قسم است:

۱. معامله برای غیر (مالک)

۲. معامله برای خود (فضول)

۱. **معامله برای غیر (مالک):** این است که فضول سوء نیت ندارد، معامله را برای مالک واقع می کند و می خواهد عوضی را هم که می گیرد به مالک بدهد مثلاً شما می خواهید ماشینتان را بفروشید که مشتری پیدا نمی کنید که من بدون اذن شما ماشینتان را می فروشم. این معامله فضولی است (سوء نیت ندارم) که یا تو معامله را تنفیذ می کنی یا رد می کنی.

۲. **معامله برای خود (فضول):** مثل اینکه فضول روی مال غیر معامله می کند برای خودش که هم می تواند سوء نیت داشته باشد و هم می تواند سوء نیت نداشته باشد. مثلاً دزد مال غیر را برای خودش فروخته که سوء نیت دارد. و مثال دیگر کسی که اشتباه می کند و به اشتباه مال غیر را برای خودش می فروشد و فکر می کند مال خودش است. بعضی گفته اند معامله برای خود باطل است و برای غیر، غیر نافذ است. اما ماده ی ۱۹۷ این نظر را رد کرده یعنی خواسته است بگوید که معامله برای خود هم غیر نافذ است یعنی چه برای خود و چه برای غیر، غیر نافذ است.

وصیت برای غیر، غیر نافذ است و وصیت برای خود باطل است.

مثال ۱، **وصیت برای غیر:** فضول وصیت می کند می گوید اتومبیل حسن بعد از مرگ حسن برسد به حسین که این وصیت برای غیر، غیر نافذ است که در وصیت ماده ندارد.

مثال ۲، **وصیت برای خود:** فضول وصیت می کند می گوید اتومبیل حسن بعد از مرگ من بشود مال حسین که این باطل است. حسن هم تنفیذ کند باطل است (ماده ی ۸۴۱).

ماده ۸۴۱- موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است.

وصیت زاید بر ثلث:

طبق ماده ی ۸۴۳ وصیت تا ثلث درست است و زیادت از ثلث غیر نافذ است. ملاک ثلث زمان فوت است نه زمان وصیت (ماده ی ۸۴۵). یعنی ثلث دارائی خالص پس از کسر دیون.

ماده ۸۴۳- وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر به اجازه وراثت و اگر بعض از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است.

ماده ۸۴۵- میزان ثلث به اعتبار دارائی موصی در حین وفات معین می شود نه به اعتبار دارائی او در حین وصیت.

مثال: یک نفر مُرد دیونش را دادیم ۹۰ میلیون خالص مانده که همه اش پول نیست. فرش، ماشین، طلا و... ۳۰ میلیون می تواند وصیت کند. حال چه کسی باید وصیت زاید بر ثلث را تنفیذ یا رد کند؟ ورثه بعد از فوت موصی یا تنفیذ می کنند یا رد می کنند. قبل از فوت موصی تنفیذ یا رد ورثه اثری ندارد فقط تنفیذ استصحاب می شود.

نکته: موصی به یک مال معینی است مانند ماشین و خانه. اول توسط کارشناس آن را قیمت می کنیم (تقویم)، اگر تا ثلث بود می دهیم به موصی له و اگر بیشتر از ثلث بود اضافه اش مال ورثه است.

مثال: طرف که مرد ۹۰ میلیون مانده بود یک ماشین جزء آن ۹۰ میلیون است. حالا موصی این ماشین را برای موصی له وصیت کرده که کارشناس را صدا می زنیم می گوئیم کارشناس ماشین را قیمت کن می گوید ۶۰ میلیون که ۳۰ میلیونش می شود نصفش یعنی سه دانگ (۱۵ میلیون) مال موصی له و سه دانگ این ماشین مال ورثه است (ماده ۸۴۴).

ماده ۸۴۴- هر گاه موصی به مال معینی باشد آن مال تقویم می شود اگر قیمت آن بیش از ثلث ترکه باشد مازاد مال ورثه است مگر اینکه اجازه از ثلث کند.

فرض دوم، موصی به منفعت است، مال معین نیست: می خواهیم بینیم اندازه ی ثلث است یا بیشتر.

مثال: چقدر گذاشته؟ ۹۰ میلیون که توی این ۹۰ میلیون یک ماشین است حال موصی گفته من مُردم منافع ۵ سال این ماشین مال حسن (من مردم ۵ سال ماشین را بدهید دست حسن) بعد از ۵ سال ماشین را بگیرد. حال آیا منافع این ۵ سال بیشتر از ثلث است یا کمتر. قانون یک فرمول گفته: کارشناس بیا این ماشین را قیمت کن میگه ۶۰ میلیون، می گوئیم کارشناس این ماشین منهای ۵ سال منفعت چند؟ اگر بخواهی ماشین را بخری و ببری ۶۰ میلیون باید بدهی حال اگر بخواهی ماشین را بخری و ۵ سال دیگر ببری حاضری چقدر بدهی؟ می گوید ۳۰ میلیون. رقم اول ۶۰ میلیون و رقم دوم ۳۰ میلیون که کم می کنیم می شود ۳۰ میلیون. این ۳۰ میلیون می شود قیمت ۵ سال منفعت که می دهیم به حسن.

پس از کارشناس دو سؤال می پرسم:

۱. قیمت کل ماشین ۲. قیمت ماشین منهای منافع ۵ سال

این دو تا را از هم کم می کنیم می شود قیمت ۵ سال منفعت.

فرض سوم، موصی به کلی است: وصیت تملیکی مجانی است (مبتنی بر مسامحه است) و علم اجمالی کافی است. موصی به کلی است و قانون می گوید تعیین مصداق با ورثه است. موصی به اگر کلی باشد طبق ماده ی ۸۴۷ تعیین مصداق با ورثه است. در ماده ی ۸۴۷ باید ماده ی ۲۷۹ را لحاظ کنیم که باید یک فرد متوسط بدهند (ماده ی ۸۴۷).

ماده ۸۴۷- اگر موصی به کلی باشد تعیین فرد با ورثه است مگر اینکه در وصیت طور دیگر مقرر شده باشد.

ماده ۲۷۹- اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی تواند بدهد.

موصی گفته وقتی من مُردم یک پراید بدهید به حسن که اشکالی ندارد. مشخص نکرده و چون علم اجمالی کافی است، یک پراید ۵ میلیونی متوسط می دهیم.

فرض چهارم، موصی به جزء مشاع باشد: موصی گفته وقتی من مُردم یک سوم اموالم برای حسن. کمتر از یک سوم می شود و بیشتر از یک سوم نمی شود. یعنی حسن با ورثه شریک می شود که ۹۰ میلیون مانده بود هر چه داخل این ۹۰ میلیون بود یک سوم آن مال حسن است (ماده ۸۴۸ ی).

ماده ۸۴۸- اگر موصی به جزء مشاع ترکه باشد مثل ربع یا ثلث موصی له با ورثه در همان مقدار از ترکه مشاعاً شریک خواهد بود.

نکته: موصی چند تا وصیت کرده که جمع آن ها (جمع وصایا) بیشتر از ثلث است که دو حالت دارد:

۱. به ترتیب وصیت کرده

۲. یک باره وصیت کرده

حالت اول: که به ترتیب است انجام می دهیم تا ثلث. جایی که رسید به ثلث دیگر انجام نمی دهیم. در حالت دوم که یکدفعه است به همه می دهیم و از همه هم کم می کنیم.

مثال: موصی ۹۰ میلیون داشت تا ۳۰ میلیون می توانست وصیت کند حال گفته اول ده میلیون بدهید به حسن (می دهیم) سپس ۲۰ میلیون بدهید به حسین (می دهیم) که ثلث پر شد. سپس ده میلیون بدهید به تقی (نمی دهیم).

حالت دوم: گفته ۱۰ میلیون حسن ۲۰ میلیون حسین و ۱۰ میلیون تقی و ۲۰ میلیون اکبر. یکدفعه کل وصیت ۶۰ میلیون شد، ثلث ۳۰ میلیون بود که از همه کم می کنیم به نسبت. جمع وصایا شد ۶۰ میلیون، در حالیکه ثلث ۳۰ میلیون بود که وصیت دو برابر ثلث است و اگر هر کدام را نصف کنیم درست است.

ماده ی ۸۵۰، به ماده ی ۹۵۶ می خورد:

ماده ۸۵۰- موصی له باید موجود باشد و بتواند مالک چیزی بشود که برای او وصیت شده است.

ماده ۹۵۶- اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می شود.

گفته هر کس زنده به دنیا بیاید می تواند صاحب حق بشود پس هر که موجود باشد صاحب حق می شود. شاید از فقه گرفته باشند، در فقه برده موجود هست ولی نمی تواند مالک بشود.
ماده ی ۸۵۱ به ماده ی ۹۵۷ می خورد:

ماده ۸۵۱- وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود.

ماده ۹۵۷- حمل از حقوق مدنی متمتع می گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود.

وصیت برای حمل درست است ولی باید زنده به دنیا بیاید و نماینده اش هم قبول کند. حمل نماینده دارد که یا ولی است (پدر و جد پدری) یا وصی است یا امین (ماده ی ۱۰۳ قانون امور

حسبی).

ماده ی ۸۵۲ استثناء ماده ی ۸۵۱ است:

ماده ۸۵۱- وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود.

ماده ۸۵۲- اگر حمل در نتیجه جرمی سقط شود موصی به، به ورثه او می رسد مگر اینکه جرم مانع ارث باشد.

یک نفر حمل را سقط می کند با این خیال که وصیت باطل بشود و حمل مرده به دنیا می آید. قانون گفته موصی به را به وراثت حمل بدهید انگار حمل به دنیا آمده و مالک شده موصی به را به ورثه اش می دهیم.

ماده ی ۸۵۳ به ماده ی ۱۵۳ می خورد:

ماده ۸۵۳- اگر موصی لهم متعدد و محصور باشند موصی به بین آنها بالسویه تقسیم می شود مگر اینکه موصی طور دیگر مقرر داشته باشد.

ماده ۱۵۳- هرگاه نهری مشترک مابین جماعتی باشد و در مقدار نصیب هر یک از آنها اختلاف شود حکم به تساوی نصیب آنها می شود مگر اینکه دلیلی بر زیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد.

ماده ی ۸۵۴ به ماده ی ۶۶۹ می خورد (اصل بر اجتماع است):

ماده ۸۵۴- موصی می تواند یک یا چند نفر وصی معین نماید در صورت تعدد اوصیاء باید مجتمعاً عمل به وصیت کنند مگر در صورت تصریح به استقلال هر یک.

ماده ۶۶۹- هر گاه برای انجام امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد هیچ یک از آنها نمی تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید مگر اینکه هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد در اینصورت هر کدام می تواند به تنهایی آن امر را بجا آورد.

ماده ی ۸۵۵ را گفتیم -» ترتیب.

ماده ی ۸۵۶:

موصی یک نفر صغیر را با یک نفر کبیر وصی قرار می دهد می شود صغیر - کبیر. حالا اگر موصی بمیرد چه کسی انجام می دهد؟ کبیر به تنهایی انجام می دهد تا صغیر بالغ شود و رشید بشود بعد با هم انجام می دهند که یک استثناء است. یعنی مجنون را با یک عاقل نمی شود وصی قرار داد و سفیه هم با رشید نمی شود. چون بر طبق روند عادی امور صغیر بالأخره کبیر می شود ولی ممکن است مجنون عاقل نشود. این ماده فقط مال صغیر و کبیر است.

ماده ۸۵۶- صغیر را می توان به اتفاق یک نفر کبیر وصی قرار داد. در این صورت اجراء وصایا با کبیر خواهد بود تا موقع بلوغ و رشد صغیر.

ماده ی ۸۵۷ به ماده ی ۷۸ می خورد:

ماده ۸۵۷- موصی می تواند یک نفر را برای نظارت در عملیات وصی معین نماید. حدود اختیارات ناظر به طریقی خواهد بود که موصی مقرر داشته است یا از قرائن معلوم شود.

ماده ۷۸- واقف می تواند بر متولی ناظر قرار دهد که اعمال متولی به تصویب یا اطلاع او باشد.

ماده ی ۸۵۸ هم امانت مالکانه است که گفته شد.

ماده ی ۸۵۹:

اگر وصی وصایت را انجام ندهد (وصایت ایقاع است) اول ضامن است بعد هم منعزل است. خود به خود عزل می شود ولی اول خسارت را می گیرند بعد حاکم امینی را نصب می کند.

ماده ۸۵۹- وصی باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند و الا ضامن و منعزل است.

ماده ی ۸۶۰: وصی را برای دو کار می گیرند:

۱. اداره ی ثلث مالش

۲. اداره ی محجورینی که تحت ولایتش هست

ماده ۸۶۰- غیر از پدر و جد پدری کس دیگر حق ندارد بر صغیر وصی معین کند.

طبق ماده ی ۸۶۰ برای اداره ی محجورین فقط دو نفر می توانند وصی بگیرند:

۱. پدر

۲. جد پدری

ولی برای اداره ی ثلث هر کسی می تواند وصی بگیرد.