

مجموعه شب آزمون

حقوق مدنی	۲
آیین دادرسی مدنی	۲۱۸
حقوق تجارت	۳۷۳
حقوق جزای عمومی و اختصاصی	۵۲۱
آیین دادرسی کیفری	۶۷۹
اصول فقه	۷۸۵
متون فقه (مرکز وکلا)	۹۰۶
متون فقه (کانون وکلا)	۹۸۹
حقوق ثبت	۱۰۵۵
حقوق اساسی	۱۱۴۲
قوانین خاص و آرا وحدت رویه	۱۲۰۴

بسمه تعالی

حقوق مدنی

تابستان ۱۴۰۵

فصل اول – اموال و مالکیت

مال به هر آنچه قابل تملک و مبادله باشد گفته می‌شود و ملاک مال بودن شخصی است یعنی ممکن است برای فردی مالیت داشته باشد اما برای دیگری خیر (مثال معروف / عکس یادگاری).

تفاوت مال و دارایی: مال، فقط بخش مثبت دارایی را شامل می‌شود، مانند داشتن؛ طلا، خانه یا ماشین، اما دارایی، شامل یک بخش منفی نیز بوده که شامل دیون و بدهی‌های هر فرد می‌باشد.

طبق ماده ۱۱ قانون مدنی به دو قسم منقول و غیرمنقول تقسیم می‌شود.

• **مال غیرمنقول:** مال غیرمنقول آن است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود، اعم از این که استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان، به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود. (ماده ۱۲)

منظور این است که حمل و نقل آن، توأم با تلف یا کمبود آن باشد، یا مالی که حمل و نقل آن، بدون خرابی مال ممکن نبوده یا اینکه اصلاً قابل جابجایی نباشد.

□ اقسام اموال غیرمنقول:

۱- **ذاتی:** وضعیت ثابت تعدادی از اموال به صورتی است که در ذات خود، بدون اعمال دخالت انسانی، قابلیت جابه‌جایی ندارند؛ برای مثال، می‌توانیم به کوه، زمین یا معدن اشاره کنیم که غیرمنقول هستند. به همین دلیل، این نوع اموال را غیرمنقول ذاتی نامیده‌اند. (ابتدائاً و ذاتاً غیر منقول هستند)

۲- **اقتسابی:** غیرمنقول به دست انسان / ذاتاً و ابتدائاً منقول بوده‌اند اما ویژگی غیرمنقول بودن را به واسطه انسان یا به صورت مصنوعی کسب کرده‌اند، پس با اموال غیرمنقول ذاتی تفاوت دارند. برای مثال، آجر یا لوله‌های منصوب در یک ساختمان، تا زمانی در ردیف انواع اموال غیرمنقول قرار می‌گیرند که در ساختمان منصوب هستند. اما همین که از ساختمان جدا شدند، به صفت ذاتی خود بازگردانده می‌شوند و جزو اموال منقول به حساب می‌آیند.

۳- **حکمی:** غیر منقول حکمی در مقابل غیر منقول ذاتی قرار دارد و به اموالی گفته می‌شود که ذاتاً و ابتدائاً منقول هستند اما به موجب قانون یا به اعتبار ارتباطی که با مال غیرمنقول پیدا می‌کنند غیرمنقول محسوب می‌شوند. این اموال از حیث:

- ۱- صلاحیت محاکم
- ۲- توقیف اموال

مانند اموال غیر منقول هستند و از سایر جهات مانند قواعد مربوط بر ارث احکام منقول بر آن‌ها جاری است.

طبق ماده ۱۷ قانون مدنی این اموال در صورتی در حکم غیر منقول هستند که در حیطه اموال و تجهیزات کشاورزی باشند و به سایر اموال از جمله ادوات صنعتی و تجاری قابل سرایت نیستند. (تفسیر مضیق)

☞ شرایط لازم برای در حکم غیر منقول بودن: (اعمال ماده ۱۷)

۱- باید ذاتاً منقول باشد.

۲- باید توسط مالک به عمل زراعت یا آبیاری اختصاص داده شده باشد.

۳- این اموال برای کشاورزی ضرورت داشته باشند.

۴- مالک آلات و ادوات و زمین یک شخص باشد.

نکته ۱: اگر در عقدی مانند مزارعه، عامل (کسی که زراعت می‌کند) تراکتور خودش را برای زراعت استفاده کند و به آن اختصاص دهد به دلیل اینکه مالکیت زمین و تراکتور مربوط به دو شخص می‌باشد تراکتور از هر جهت مال منقول محسوب می‌شود.

نکته ۲: اگر تراکتور یا چرخ آبیاری جدا از زمین فروخته شود مال منقول هستند و موضوع عقد بیع قرار خواهند رفت.

- چنانچه مالک آلات و ادوات کشاورزی خود را به دیگران اجاره دهد غیرمنقول حکمی تلقی نمی‌شود یا اگر زمینی را اجاره کند و از آلات و ادوات خود استفاده کند باز هم غیرمنقول حکمی تلقی نمی‌شود یا اگر از تراکتور برای حمل بار استفاده می‌کند در این صورت تراکتور غیرمنقول حکمی تلقی نمی‌شود.

نکته ۳: توقیف در مال غیر منقول موجب توقیف منافع آن نمی‌شود.

۴- تبعی: یکی دیگر از انواع اموال غیرمنقول است که قابل مشاهده نیست. اموال غیرمنقول تبعی دو مورد را در برمی گیرد:

الف- حقوق

ب- دعاوی

بر این اساس، می توان گفت که اگر موضوع حق مال غیرمنقول باشد، خود موضوع نیز غیرمنقول محسوب می شود؛ و بالعکس یعنی موضوع حق مال منقول نیز، موجب تبدیل خود موضوع به منقول می گردد.

ماده ۱۸ قانون مدنی: حق انتفاع از اشیای غیرمنقوله مثل حق عمری و سکنی و همچنین حق ارتفاع نسبت به ملک غیر از قبیل حق العبور و حق المجری و دعاوی راجعه به اموال غیرمنقوله از قبیل تقاضای خلعید و امثال آن تابع اموال غیرمنقول است.

بنابراین دعوایی که موضوع آن، غیرمنقول باشد؛ به تبع حق موردادعا، غیرمنقول محسوب می گردد، مانند دعاوی تصرف و خلعید، و رفع مزاحمت که به تبع ملک موضوع دعوا، غیرمنقول محسوب می گردند، لذا دعاوی تصرف، از قبیل خلعید غاصبانه و امانی از مال غیرمنقول، تصرف عدوانی، رفع مزاحمت، رفع ممانعت از حق، و الزام فروشنده به تسلیم زمین را، باید به تبع ملک موضوع دعوا، غیرمنقول محسوب نمود، همچنین دعاوی که موضوع آن ها، تملک مال غیرمنقول می باشد؛ نظیر دعاوی فسخ، بطلان و عدم نفوذ معاملات املاک و اراضی، به تبع ملک موضوع دعوا، غیرمنقول محسوب می گردند.

★ **سرقفلی، غیرمنقول تبعی محسوب می گردد.**

★ **حق تولیت، اصولاً در زمره حقوق غیرمنقول نیست؛ اما بنا بر حکم قانون گذار، در مواردی که مال موقوفه غیرمنقول می باشد؛ باید حق تولیت را نیز غیرمنقول دانست.**

★ **حق ارتفاق در ملک دیگری، تقاضای خلعید، حق تحجیر و حق وثیقه، مال محسوب نمی گردند؛ لیکن به تبع ملکی که به آن تعلق دارند؛ غیرمنقول محسوب می گردند. در مورد حق انتفاع بسته به موضوع حق می تواند بر مال منقول یا غیرمنقول باشد در مورد حق عینی تبعی نیز مانند حق انتفاع بسته به موضوع آن دارد.**

★ **اجرت المثل تصرف در اموال غیرمنقول و خسارت وارده بر اموال غیرمنقول یک حق غیرمنقول و از نوع تبعی است.**

★ **اجرت المسمای مال غیرمنقول، منقول حکمی است.**

☑ **تبدیل ماهیت اجرت المثل ایام تصرف از مال غیرمنقول به منقول در اثر توافق:** در حالت عادی، اجرت المثل ایام تصرف یک مال غیرمنقول مانند؛ خانه یا زمین در زمره اموال غیرمنقول تبعی محسوب می شود چراکه وابسته به مال غیرمنقول اصلی است و از حقوق عینی تبعی ناشی از تصرف در آن نشأت می گیرد. اما اگر بین مالک و غاصب توافقی صورت گیرد که بر اساس آن متصرف (غاصب) متعهد به پرداخت مبلغی به عنوان اجرت المثل شود این توافق تبدیل ماهیت طلب از حالت تبعی و غیرمنقول به طلب قراردادی و منقول (اجرت المسمی) می گردد.

★ **اجرت المسمای و اجرت المثل مال منقول، منقول حکمی است.**

★ **تعهد به انتقال مال غیرمنقول و تعهد به تسلیم مال غیرمنقول**

در قراردادهایی مانند بیع یا اجاره ملک، ممکن است دو نوع تعهد وجود داشته باشد؛

الف- تعهد به انتقال مال غیرمنقول:

این تعهد مستقیماً بر مال غیرمنقول تعلق دارد در نتیجه دعوای مربوط به این تعهد، دعوای غیرمنقول محسوب می شود. مانند دعوای الزام به تنظیم سند رسمی ملک.

ب- تعهد به تسلیم مال غیر منقول:

چون موضوع دعوا عین غیرمنقول است این دعوا نیز غیرمنقول محسوب می شود. مثل تحویل ملک اجاره ای

🔸 **دعاوی مربوط به مطالبه دین، منقول است، هرچند ناشی از مال غیرمنقول باشد مانند مطالبه اجاره بهای ملک و ثمن فروش مال غیرمنقول.**

بنابراین اگر دعوا مربوط باشد به؛

ثمن معامله ملک
اجاره‌بهای ملک
وجه التزام مربوط به تخلف از قرارداد فروش یا اجاره ملک

در این صورت اگرچه موضوع معامله مال غیرمنقول بوده اما چون آنچه مطالبه می‌شود وجه نقد یا دین است این تعهدات در حکم مال منقول محسوب می‌شوند.

جمع‌بندی: تعهد اصولاً منقول حکمی است زیرا مطابق ماده ۲۰ قانون مدنی کلیه تعهدات منقول هستند به‌جز؛

۱- تعهد به دادن اجرت‌المثل مال غیرمنقول
۲- تعهد به جبران خسارت مال غیرمنقول
۳- تعهد به تسلیم مال غیرمنقول
۴- تعهد به انتقال مال غیرمنقول

○ ثمرات درختان و املاک تا زمانی که درو یا چیده نشده باشند بنا بر نظر دکتر کاتوزیان غیرمنقول تبعی هستند.

مال پیشاپیش منقول: گاهی در عمل طرفین یک معامله، مالی را که در حال حاضر غیرمنقول است با این فرض که در آینده از حالت غیرمنقول بودن خارج می‌شود و به‌صورت مستقل قابل انتقال خواهد شد مورد معامله قرار می‌دهند در این موارد، هرچند مال در حال حاضر ماهیت غیرمنقول دارد اما چون اراده و تراضی طرفین بر انتقال آن در حالت منقول بودن تعلق گرفته، آن مال مشمول احکام مال منقول است. (مانند فروش میوه‌های درخت‌های باغی که هنوز چیده نشده است بنابراین اگر اختلافی با باغدار پیش آید دادگاه اقامتگاه خوانده صالح است نه دادگاه محل وجود باغ.)

□ اقسام اموال منقول:

۱- ذاتی: قابل جا به جایی از مکانی به مکان دیگرند بدون خرابی و آسیب. مانند خودرو، اسکناس، مصالح و ...

*طبق نظر دکتر کاتوزیان سهام بی‌نام شرکت، چک‌های تضمین شده، اسناد تجاری در وجه حامل جزء اشیای مادی منقول می‌باشند.

*طبق نظر دکتر صفایی سهام به‌طور کلی اعم از بانام و بی‌نام منقول تبعی / حکمی دانسته است.

۲- حکمی: منظور از اموال منقول حکمی (اموال در حکم منقول) اموالی هستند که جنبه مادی ندارند که به شرح ذیل می‌باشد:

الف- حقوق عینی منقول: هر حق عینی که موضوعش یک مال منقول باشد. (حق مالکیت/ انتفاع/ وثیقه)

ب- تمام دیون: اعم از اینکه ناشی از معامله یک مال منقول باشد یا غیرمنقول.

ج- اجرت المسمی: همیشه منقول حکمی است اعم از اینکه ناشی از اجاره مال منقول باشد یا غیر منقول.

د- اجرت‌المثل اموال منقول

ذ- خسارت وارده به اموال منقول.

ر- اجرت المسمی - اجرت‌المثل استفاده از عمل غیر.

ژ- حقوق فکری

ص- سهم الشرکه و سهام شرکت‌های تجاری

ض- دعاوی راجع به اموال منقول

□ آثار تقسیم‌بندی اموال به منقول یا غیرمنقول:

۱- تعیین دادگاه صالح: تشخیص منقول یا غیرمنقول بودن مال، مستقیماً در صلاحیت محلی دادگاه مؤثر است چراکه دعاوی راجع به اموال منقول در صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده است و دعاوی راجع به اموال و حقوق غیرمنقول در صلاحیت دادگاه محل وقوع ملک است. (ماده ۱۱-۱۳ قانون آ.د.م)

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به مؤسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

*مطابق رأی وحدت رویه شماره ۳۱-۱۳۶۳/۹/۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور:

قانون‌گذار بین دعوی مطالبه وجوه مربوط به غیرمنقول ناشی از عقود و قراردادها قائل به تفکیک شده و دعوی قسم اول را منوطاً از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول و دعوی قسم دوم یعنی مطالبه وجوه مربوط به غیرمنقول خارج از قرارداد را مفهوماً از دعوی راجع به غیر منقول دانسته است.

*حق کسب و پیشه و تجارت می‌توان گفت در شمار اموال غیرمنقول و به تعبیر دقیق‌تر در حکم غیرمنقول است.

اما به نظر می‌رسد که سرقفلی به مفهوم قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ که ناشی از قرارداد بین مالک و مستأجر یا قرارداد بین مستأجر اول و مستأجر بعدی است و موضوع آن مال منقول و معمولاً مبلغی وجه نقد است در حکم منقول به شمار می‌آید

۲- نحوه توقیف و بازداشت اموال: نحوه توقیف اموال غیرمنقول مانند زمین، خانه، مغازه، باغ اصولاً سندی و صرفاً از طریق دستور قضایی به اداره ثبت صورت می‌پذیرد. (ماده ۹۹ ق.ا.ا.م) بنابراین این توقیف ماهیتاً سندی و رسمی است و نیازی به تصرف فیزیکی ملک نیست؛ اما در توقیف اموال منقول مانند خودرو، لوازم منزل و... عموماً به صورت فیزیکی (عینی و اجرایی) توقیف می‌شوند. مگر آن مال دارای سند رسمی مالکیت باشد.

۳- عدم شمول معاملات اموال غیرمنقول در قلمرو حقوق تجارت: بر اساس ماده ۴ ق.ت. معاملات اموال غیرمنقول به هیچ وجه تجاری محسوب نمی‌شوند.

۴- لزوم اجازه دادستان برای فروش یا به رهن گذاشتن مال غیرمنقول توسط قیم: بر اساس ماده ۱۲۴۱ ق.م.قیم نمی‌تواند اموال مولی علیه را بفروشد، به رهن گذارد یا معامله‌ای کند که موجب انتقال عین یا منافع مال غیرمنقول گردد مگر با اجازه قبلی دادستان.

۵- تفاوت در هزینه دادرسی: هزینه دادرسی اموال منقول طبق ارزش خواسته در زمان تقدیم دادخواست تعیین می‌شود اما در دعوی غیرمنقول معمولاً معادل ارزش منطقه‌ای در نظر گرفته می‌شود.

طبق قاعده غلبه در موارد تردید اصل بر منقول بودن اموال می‌باشد

• از دیگر تقسیم‌بندی‌های اموال از جهت امکان بقا و استمرار و استفاده به دودسته تقسیم می‌شوند:

الف- اموال قابل بقا: اموالی هستند که با استفاده از بین نمی‌روند مانند خانه، کتاب و...

ب- اموال غیرقابل بقا: اموالی هستند که با یکبار استفاده از بین می‌روند یا تمام می‌شوند.

اهمیت این تقسیم‌بندی در پنج عقد؛

۱- عقد حبس / عقد موجد حق انتفاع: مال برای مدت معین در اختیار کسی گذاشته می‌شود بدون انتقال مالکیت و مال باید باقی بماند تا بازگردانده شود.

۲- عقد وقف: در وقف مال حبس و منافع آن تسبیل می‌شود، بقا و دوام عین مال شرط اصلی صحت وقف است.

۳- عقد اجاره: استفاده از منفعت مال در برابر اجرت.

۴- عقد عاریه: دادن مال به دیگری برای استفاده بدون اجرت.

۵- عقد مهیایات

دیده می‌شود زیرا در این پنج عقد، موضوع عقد باید از اموال قابل بقا باشد زیرا هدف عقد استفاده موقت از آن مال است.

• اقسام اموال از حیث برخورداری از مالک خاص:

- اموالی که مالک خاص ندارند که عبارت‌اند از؛

الف- اموال و مشترکات عمومی

*اموال عمومی با اموال دولتی دارای تفاوت هستند چراکه اموال دولتی ملک اختصاصی

دولت هستند و دولت به عنوان یک شخصیت حقوقی مالک آن‌ها می‌باشد و امکان انتقال آن‌ها وجود دارد اما در اموال عمومی چنین نیست زیرا این اموال مالک خاصی ندارند و برای استفاده تمام مردم و مصالح آن‌ها اختصاص داده شده است و دولت تنها از جهت ولایتی که بر تمام عموم دارد می‌تواند آن‌ها را اداره و حفاظت کند بنابراین اصولاً قابلیت توقیف و انتقال ندارند مگر اینکه قانون خاصی آن را اجازه داده باشد.

* اموال عمومی شهری مانند معابر، میدان‌ها، گورستان‌های عمومی، باغ‌های عمومی با وجود امکان صدور سند به نام شهرداری در مالکیت عمومی قرار دارند و شهرداری صرفاً مدیر و متولی آن‌هاست نه مالک اختصاصی. لذا اصولاً حق واگذاری، فروش یا استفاده تجاری از آن‌ها را ندارد، مگر با رعایت مقررات خاص. (ملک اختصاصی شهرداری نیستند.)

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و بازنشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

***نقل وانتقال اموال عمومی نیاز به قانون دارد فروش اموال عمومی ممنوع است و ضمانت اجرای آن، بطلان معامله است.

***مؤسسات عمومی غیردولتی مانند ساختمان‌ها، خودروها، کامپیوترها، تجهیزات شهرداری‌ها بنیاد مستضعفان، بنیاد شهید، بنیاد ۱۵ خرداد، جمعیت هلال احمر در شمار اموال عمومی تلقی نمی‌شوند.

***طرق، شوارع و کوچه‌هایی که آخر آن‌ها مسدود است توسط مالکین خانه‌های مجاور قابل تملک می‌باشد.

ب- مباحات

اموالی که در مالکیت شخص خاصی نیستند ولی اشخاص قادر به تملک یا انتفاع از آن‌ها مطابق مقرراتی می‌باشند مانند اراضی موات. (ماده ۲۷ ق.م.) اموال مباح را از طریق حیات می‌توان تملک نمود حیات مباحات یک عمل حقوقی بوده و در صورتی سبب تملک می‌شود که به قصد **تملک** باشد. ? سؤال: حیات چیست؟

✍ پاسخ: تصرف و وضعیت یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلاء. نحوه حیات با توجه به نوع مال متفاوت می‌باشد مثلاً حیات زمین موات از طریق احیای زمین انجام می‌شود از طریق زراعت، درختکاری و ... یا حیات دفینه به کشفان است و حیات حیوانات وحشی به رام کردن آن‌ها می‌باشد. نکته: انجام عملی که صرفاً مقدمه احیاء بوده، تا زمانی که منتهی به نتیجه نشود موجب تملک نخواهد بود اما برای شروع کننده به احیاء حق تقدم و اولویت در تملک ایجاد می‌شود که به آن حق تحجیر می‌گویند. مانند سنگ چینی اطراف زمین و یا حفر چاه به قصد احیاء زمین.

نکته ۱: در حقوق فعلی آب‌های مباح از اموال حقوق عمومی تلقی و در اختیار دولت می‌باشند و تملک آب با پروانه وزارت نیرو انجام می‌پذیرد.

نکته ۲: تمام اراضی بایر شهری که صاحب مشخصی نداشته باشد در اختیار ولی فقیه (ستاد اجرائی فرمان امام به نمایندگی از ولی فقیه) است و از طریق احیا به تملک خصوصی اشخاص در نمی‌آیند.

نکته ۳: کلیه منابع نفتی جز انفال و ثروت‌های عمومی است و اعمال حق مالکیت در این خصوص بر عهده وزارت نفت می‌باشد.

نکته ۴: با توجه به اصل ۴۵ قانون اساسی معادن در اختیار حکومت اسلامی است و حتی استخراج معادنی که در ملک اختصاصی شخصی واقع هستند نیازمند پروانه بهره‌برداری از وزارت صنعت، معدن و تجارت می‌باشد این پروانه به دارنده آن حق انتفاع از معدن را می‌دهد.

نکته ۵: دفینه در صورتی از اموال مباح است که عتیقه محسوب نشود.

نکته ۶: هر کس در زمینی واقع در بیابان یا منطقه خرابه و متروکه خالی از سکنه مالی پیدا کند اگر آن زمین مالک خاص داشته باشد مال در مالکیت مالک همان زمین است و اگر مالک خاص نداشته باشد یا مالک سابق از آن اعراض کرده باشد آن شخصی که مال را پیدا کرده می‌تواند آن را تملک کند.

ج- مجهول‌المالک

به اموالی که فاقد مالک خاص باشند؛ اموال مجهول‌المالک گویند.

هر چند اموال مجهول‌المالک را نباید در دسته اموالی که مالک خاص ندارند؛ به شمار آورد؛ لیکن این گونه اموال، در حکم اموال بلا مالک بوده و با اذن حاکم به مصرف فقرا می‌رسد.



ولی فقیه

* اموال مجهول‌المالک ثبوتاً مالک دارند ولی در مرحله اثبات مالک ندارند.

*** ملک مجهول‌المالک از دیدگاه ثبت اسناد و املاک: از دیدگاه قانون ثبتی، ملک مجهول‌المالک ملکی است که درباره آن تقاضایی ثبت نشده است. البته قابل ذکر است که افرادی که تقاضای ثبت آن را دارند می‌توانند در هر زمانی برای ثبت آن و دریافت سند مالکیت اقدام کنند. گفتنی است که در صورتی که مالک ظرف مدت ۲ سال برای ثبت ملک خود اقدام ننماید دیگر ملک مورد نظر در دفتر مجهول‌المالک ثبت نمی‌شود.

*** رابطه مجهول‌المالک ثبتی با مجهول‌المالک قانون مدنی عموم و خصوص من وجه است یعنی؛ این امکان وجود دارد که مالی از دیدگاه قانون مدنی مجهول‌المالک باشد اما از دیدگاه ثبتی مجهول‌المالک نباشد؛ به عنوان مثال می‌توان به مالی منقول اشاره نمود که قابل ثبت نبوده و مجهول‌المالک به حساب نمی‌آید. همچنین این امکان وجود دارد که مالی از دیدگاه ثبتی مجهول‌المالک باشد اما از دیدگاه قانون مدنی مجهول‌المالک نباشد؛ به عنوان مثال می‌توان به مالی غیر منقول اشاره کرد که مالک آن مشخص است اما ظرف مدت معین برای ثبت آن اقدام نکرده است.

*** لقطه (مال پیدا شده) و ضالّه (حیوان گم شده) از اقسام مجهول‌المالک می‌باشند با این تفاوت که احکام خاص دارند (ماده ۱۶۲ تا ۱۷۲ قانون مدنی).

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

-لقطه شرایطی دارد:

۱- سابقاً مالک داشته باشد.

۲- مالک، آن را گم کرده باشد. بنابراین مال مسروقه لقطه به شمار نمی‌آید.

۳- مال گم شده در تصرف کسی نباشد.

۴- مالک از آن مال اعراض نکرده باشد زیرا اگر اعراض کند آن مال «مباح» می‌شود. در صورت شک، اصل عدم اعراض است.

-حیوانات ضاله (ماده ۱۷۰ تا ۱۷۲ قانون مدنی).

ضاله: برخلاف لقطه، حیوان گم شده را نمی‌توان تملک نمود. بنابراین باید به مالک یا حاکم مسترد کرد و اگر مالک پیدا نشد حاکم آن را به مصرف فقراء می‌رساند.

شرایط حیوان ضاله:

۱- زنده باشد

۲- مالک داشته و علم به اعراض مالک نباشد.

۳- بدون تصرف باشد.

۴- در چراگاه یا نزدیک آب نباشد.

۵- متمکن از دفاع در برابر حیوانات درنده نباشد.

-به اعتقاد برخی از حقوقدانان منظور از حاکم در ماده فوق دادستان می‌باشد (دکتر کاتوزیان) و به اعتقاد برخی دیگر دادرش دادگاه عمومی است (دکتر صفایی)

باوجوداین طبق بخشنامه شماره ۹۰۰/۱۵۶۵۸/۱۰۰ مورخ ۲۷/۳/۱۳۹۲ رئیس قوه قضائیه اولاً اموال ذیل در اختیار ولی فقیه هستند؛

اموال مجهول المالك بلاصاحب ارث بلاوارث، کالاهای قاچاق بلاصاحب و صاحب متواری و اموال رسوب شده در مناطق آزاد و ویژه اقتصادی، اموال اعراضی رها شده اموال و املاک غائبین مفقودالاثار اموالی که بابت خمس و خروج از ذمه و اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی و دیگر قوانین در اختیار ولی فقیه است؛

ثانیاً تنها نهاد مأذون در مورد اموال فوق‌الذکر از قبل معظم له ستاد اجرایی فرمان امام (ره) می‌باشد؛ بنابراین در رویه کنونی، منظور از حاکم در ماده ۲۸ ولی فقیه و منظور از «مأذون از قبل او»، «ستاد اجرایی فرمان امام (ره)» است؛ قوانین جدید التصویب هم مؤید همین نظر است.

فصل دوم – حقوق

در حقوق مدنی، حق به معنی سلطه‌ای قانونی است که شخصی نسبت به مال، شخص دیگر، یا دستاورد فکری خود دارد.
حقوق به دودسته‌ی کلی تقسیم می‌شوند:

۱- حقوق مالی: قابل تقویم به پول، قابل اسقاط، اصولاً قابل انتقال و توقیف هستند.

* انتقال می‌تواند ارادی به واسطه یک عقد یا قهری به واسطه ارث باشد.

** توقیف به این معنا است که اگر شخصی حق مالی داشته باشد طلبکاران او می‌توانند برای وصول طلب، آن حق را توقیف کنند.

*** حق فسخ عقود مالی با آنکه یک حق مالی است اما قابل انتقال ارادی و توقیف نیستند.

**** حق شفعه حق مالیت است اما قابل انتقال ارادی و توقیف نیست.

البته دو مورد قبل قابل انتقال قهری می‌باشند.

***** مال مرهونه به صورت ارادی قابل نقل و انتقال نیست.

***** مال موقوفه به صورت ارادی و قهری قابل نقل و انتقال نیست.

***** حقوق ادبی و هنری قابل انتقال ارادی و قهری هستند اما مقید به زمان می‌باشند.

آن دسته از حقوق مالی قابل توقیف هستند که قابل انتقال باشند مانند حق مالکیت و حق انتفاع.

-انواع حقوق مالی:



الف- حق عینی: شخص، به طور مستقیم و بی واسطه، نسبت به چیزی پیدا می‌کند و می‌تواند از آن استفاده کند.

○ حق عینی اصلی: حقی است که به طور مستقیم و مستقل سلطه‌ی مالکانه نسبت به یک مال ایجاد می‌کند. مانند؛ حق مالکیت، انتفاع، ارتفاق، تحجیر، شفعه، وثیقه.

○ حق عینی تبعی: حقی است که برای تضمین یک دین به طلبکار داده می‌شود و وابسته به آن دین است یعنی بدون وجود دین این حق هم وجود نخواهد داشت به عبارتی تابع و فرع بر وجود یک تعهد یا دین است. مانند؛ حق رهن، وثیقه، شفعه.

* در حق عینی تبعی صاحب حق نمی‌تواند از منافع مال استفاده نماید.

ب- حق دینی: حقی است که به موجب آن، شخص (طلبکار) می‌تواند انجام دادن کاری، دادن مالی، یا خودداری از کاری را از شخص معین دیگر (بدهکار) مطالبه کند. این حق تنها در برابر اشخاص معین قابل اعمال است و برخلاف حق عینی بر مال معین سلطه نمی‌دهد بلکه بر شخص معین ایجاد الزام می‌نماید. صاحب حق دینی را دائن یا طلبکار یا بستانکار یا متعهدله گویند و کسی را که ملزم است مدیون یا بدهکار یا متعهد گویند. بنابراین، در حق دینی همیشه سه رکن وجود دارد: دائن، مدیون و دین.

○ حق تألیف نه عینی است نه دینی.

○ در صورت تردید میان عینی و دینی بودن یک حق، اصل بر دینی بودن آن است مگر اینکه عینی بودن آن ثابت شود.

ج- حق معنوی: حقوقی است که دارای ارزش اقتصادی و دادوستد می‌باشد ولی موضوع آن شیء مادی معینی نیست مانند حق اختراع، حق تألیف، حق تاجر نسبت به نام تجاری.

۲- حقوق غیرمالی: وابسته به شخصیت انسان، غیر قابل توقیف و اصولاً قابل انتقال و اسقاط نیستند.

* حضانت به طور محدود قابل انتقال است.

** برخی حقوق نه ارادی و نه قهرماً قابل انتقال نیستند مانند حق ولایت یا خیار شرط برای ثالث.

*** طلبکار صاحب حق غیرمالی نمی‌تواند، از بابت طلب خود، حقوق غیرمالی متعهد را توقیف نماید و یا در جریان دادرسی نسبت به آن حقوق، تقاضای تأمین خواسته نماید.

فصل سوم - مالکیت

حق مالکیت کامل ترین نوع حق عینی است که به موجب ماده ۳۰ ق.م. به مالک اجازه هرنوع تصرف و انتفاع از مالش را می دهد مگر در موارد استثنائی. (اصل تسلیط) از موارد ۳۰ تا ۳۹ قانون مدنی اصول مهمی چون آزادی تصرف مالک، مصونیت مالک، طرق تملک، حدود تصرف و... استنباط می شود.

☑ نکات

✓ مالکیت مطلق نیست بلکه محدود به قاعده لاضرر است. در مواردی که قاعده تسلیط با قاعده لاضرر تراحم نماینده، قاعده لاضرر حاکم است.

✓ مالکیت دائمی نیست و متضمن دو حکم است؛

الف- تا موضوع مالکیت از بین نرود مالکیت باقی می ماند.

ب- بقای مالکیت مستلزم بهره برداری از ملک نیست.

✓ مالکیت انحصاری نیست زیرا ذیل ماده ۳۱ اشاره نموده است که قانون می تواند انحصاری بودن مالکیت را بردارد. به عنوان مثال در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ عسر و حرج مستأجر، مالک را به تجدید اجاره مجبور می کند.

✓ در حقوق ایران سلب مالکیت ممنوع است اما در مواردی این سلب پیش بینی شده است مانند؛

- توسط دولت برای طرح های عمرانی.

- به دلیل عدم بهره برداری اراضی کشاورزی به مدت ۵ سال بدون عذر موجه. (به طور مجانی سلب مالکیت می شوند).

- به موجب حقوق اشخاص دیگر مانند اخذ به شفعه.

اقسام مالکیت

مالکیت اصلی	}
مالکیت تبعی	

• مالکیت تبعی (مواد ۳۲ تا ۳۴ ق.م.)

مالکیت تبعی به تبع از مالکیت اصلی می باشد. این نوع مالکیت، یکی از نتایج مطلق بودن مالکیت بوده و نشان دهنده این است که حق مالکیت مختص به خود مال نیست و شامل تمام توابع و متعلقات و منافع حاصل از آن نیز می شود. به عبارتی، حقوقی که مالک بر ثمره و متعلقات مال دارد از این نظر که به تبعیت از موضوع اصلی حق مالکیت به وجود آمده است را اصطلاحاً «مالکیت تبعی» می گویند.

* به موجب ماده ۳۳ قانون مدنی: «نما و محصولی که از زمین حاصل می شود مال مالک زمین است چه به خودی 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»

حالات مختلف این فرض به صورت زیر است:

• چنانچه مالک زمینی، بذر متعلق به غیر را غصب کند و در زمین خود بکارد، محصول متعلق به مالک بذر خواهد بود و مالک زمین یعنی غاصب بنابر قاعده اقدام، نمی تواند اجرت المثل زمین خود را از مالک محصول بگیرد.

• اگر مالک بذری، زمین دیگری را غصب کند و بذر خود را در آن بکارد، محصول از آن مالک بذر خواهد بود و غاصب باید اجرت المثل زمین را به مالک آن بدهد (الزرع للزارع لو كان غاصباً).

• در صورتی که فردی بذر یک نفر و زمین دیگری را غصب کند و بذر منصوبه را در زمین غصبی بکارد، محصول از آن مالک بذر بوده و مالک زمین مستحق اجرت المثل خواهد بود.

مالک زمین برای دریافت اجرت المثل می تواند به غاصب رجوع کند از باب غصب و یا به مالک بذر رجوع کند از باب استفاده بلاجهت یا همان دارا شدن بلاجهت.

** نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است (ماده ۳۴ قانون مدنی) اما در انتقال مالکیت تابع مادر نیست (ماده ۳۵۸ قانون مدنی).

{ماده ۳۴ ناظر به فرضی است که پدر و مادر یک حیوان از یک شخص نباشد اما طبق ماده ۳۵۸ حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی شود مگر اینکه تصریح شده باشد یا برحسب عرف از توابع مبیع باشد.}

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

*** کسی که مالک زمین باشد، مالک فضا و قرار آن تا حد متعارف نیز هست.

• **اماره تصرف:**

در اصطلاح، اماره عبارت است از هر چیزی که اولاً جنبه کاشفیت و حکایت از چیز دیگری را داشته باشد، اماره تصرف یکی از امارت قانونی است که قانونگذار آن را دلیل بر مالکیت می‌داند مگر خلاف آن ثابت شود.

ماده ۳۵ قانون مدنی: تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود.

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

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

* تصرف فقط در سه مورد اماره مالکیت است:

۱- تصرف در عین: یعنی کسی مالی را در اختیار دارد و به عنوان مالک از آن استفاده می‌کند.

۲- تصرف در منفعت: تصرف در منفعت دلیل مالکیت منفعت است

۳- تصرف در حق: تصرف در حق (مانند حق انتفاع) دلیل صاحب حق بودن است.

*** در تعارض تصرف فعلی و مالکیت سابق، مالکیت سابق مقدم است.

*** در تعارض ملکیت و وقفیت، ملکیت مقدم است به این دلیل که اصل بر عدم وقف می‌باشد و تصرف به عنوان وقفیت دلیل وقفیت نمی‌باشد.

*** در تعارض تصرف فعلی و ادعای وقفیت سابق تصرف فعلی مقدم است به این دلیل که وقفیت صرفاً یک ادعا می‌باشد.

*** در تعارض تصرف فعلی و وقفیت سابق، وقفیت سابق مقدم است زیرا مال موقوفه را نمی‌توان فروخت تا به تصرف کسی درآید.

*** در تعارض تصرف فعلی و مالکیت عمومی سابق، مالکیت عمومی سابق مقدم است.

*** با فعل انجام شدن تصرف نیز شرط نمی‌باشد و ممکن تصرفی با ترک فعل واقع شود.

*** تصرف دو یا چند نفر بر مالی به عنوان مالکیت حاکمی از مشترک بودن مالکیت متصرفین دارد و چنانچه سهم هر یک مشخص نباشد اصل تساوی برقرار خواهد شد.

*** تصرف داشتن قبض رسید جهیزیه از زوج، به تنهایی برای مطالبه جهیزیه کافی نمی‌باشد و زوجه علاوه بر اثبات این موضوع که این اشیاء وارد در زندگی مشترک شده است باید بقای آن و در تصرف زوج بودن آن را نیز ثابت نماید.

*** تصرفی که ثابت نشود سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نیست یعنی تصرف برای اینکه دلیل مالکیت باشد باید مشروع بوده و اصل بر تصرف مشروع بودن است.

- در تصرف بالفعل یا بالمباشرة بودن شرط نیست یعنی تصرف مستأجر در حکم تصرف موجر است و یا گاه شخص با ترک فعلی تصرف می‌نماید.

- در اموال غیرمنقول ثبت نشده می‌توان به اماره تصرف استناد کرد برخلاف اموال غیرمنقول ثبت شده.

• **حق انتفاع: (مواد ۴۰ تا ۹۲ ق.م.)**

حق انتفاع عبارت است از؛ حق استفاده از مالی که عین آن متعلق به دیگری است بدون تلف کردن آن.

منتفع باید؛ ← موجود باشد.

← معدوم به تبع موجود باشد.

* حمل موجود تلقی می‌شود و می‌توان به نفع او هبه، وقف، وصیت، حبس کرد و قبول با ولی، امین است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

*** چیزی که در حال حاضر وجود ندارد معدوم است اما به تبع یک مال یا حق موجود می‌تواند مورد تملک یا تعلق قرار گیرد. (به‌طور مثال الان بهزاد فرزند ندارد و نمی‌توان حق انتفاع را به فرزند او داد اما می‌توان حق انتفاع را ابتدائاً به خودش داد و بعد بگوییم بعد از خودت به فرزندت برسد).

*****وصیت و هبه** برخلاف وقف و حبس فقط به نفع موصی لهم موجود قابل برقراری است و به نفع معدوم به تبع موجود قابل برقراری نیست.

ویژگی‌های حق انتفاع:

الف- یک حق عینی است.

ب- قابل اسقاط است.

ج- قابل انتقال است مگر شخصیت منتفع علت عمده عقد باشد.

د- اصولاً حقی رایگان است معوض بودن آن فقط در عقد وقف موجب باطل شدن عقد می‌شود.

اقسام حق انتفاع؛

۱- عمری: واگذاری منافع برای مدت عمر مالک، منتفع یا شخص ثالث.

۲- رقی: واگذاری منافع برای مدت معین (مثلاً ۱۰ سال)

۳- حبس مطلق: مدت انتفاع در آن معین نشده و حق انتفاع به صورت مطلق است.

*** با حجر مالک یا منتفع زائل نمی‌شود.

*** مالک قبل از فوت حق رجوع دارد و می‌تواند آن را فسخ کند. (عقد جایز است).

*** حبس مجانی از جانب حابس لازم و از جانب منتفع جایز است زیرا برای منتفع صرفاً نافع می‌باشد.

**** در حبس اعم از عمری و غیره، قبض شرط صحت است.

۴- حبس مؤبد: مدت حق انتفاع معین می‌شود اما نامحدود و الی‌الابد.

حبس موبد مانند وقف می‌باشد و مادام که عین باقی است منافع از آن منتفع خواهد بود و بدین جهت نمی‌توان در آن شرط عوض نمود و یا حق فسخ قرار داد.

تفاوت حبس موبد با وقف:

الف- وقف برخلاف حبس موجب فک ملک است یعنی در حبس، حابس مالک ملک باقی می‌ماند ولی در وقف، مالک دیگر واقف نیست.

ب- اگر نسل منتفعین در حبس موبد منقرض شود مالک یا ورثه مال را پس می‌گیرد اما در وقف چنین نیست و طبق ماده ۸ اوقاف اقرب به غرض واقف می‌شود.

پ- حابس می‌تواند مال حبس شده را به دیگری انتقال دهد مگر شرط خلاف شده یا قائم به شخص باشد.

ت- اگر مال موقوفه در مصرف خاصی که واقف تعیین کرده قابل صرف نباشد برای نشر، تبلیغ کتب و معرف اسلامی و عمران موقوفات مصرف می‌شود اما در حبس چنین نیست و مال از حالت حبس خارج می‌شود.

ج- وقف دائمی است.

چ- در حبس اگر منتفعین مال از حق انتفاع خود اعراض کنند، این مال دوباره در اختیار مالک قرار می‌گیرد اما در وقف چنین نیست و مال از حالت موقوفه خارج نمی‌گردد.

د- وقف قابل اقاله نیست اما حبس توسط حابس و منتفع قابل اقاله است همچنین از جانب منتفع قابلیت اسقاط دارد.

۵- سکنتی: حق سکونت در منزل معین برای منتفع

☑ نکات

✓ اگر مالی که موضوع حق انتفاع است، بدون تعدی یا تفریط منتفع، تلف شود، مشارالیه مسئول آن نخواهد بود. (ید منتفع امانی است)

✓ اموالی که با یک‌بار مصرف از بین می‌روند را نمی‌توان موضوع حق انتفاع قرار داد و فقط می‌تواند موضوع تملیک یا اباحه واقع گردد.

✓ در موارد ذیل منتفع، ضامن تضررات مالک است:

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

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

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

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

✓ مخارج استفاده از مال در حق انتفاع با توجه به سکوت قانون‌گذار بر عهده منتفع است. اما در عقد اجاره بر عهده مالک است مگر شرط خلاف شده باشد و در عقد عاریه بر عهده مستعیر است.

✓ تعمیر مورد انتفاع، بر عهده مالک نیست؛ حتی اگر استیفای از مال مزبور، متوقف بر تعمیر آن باشد و به دلالت قاعده «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است»، منتفع می‌تواند جهت استیفای از مورد انتفاع، نسبت به تعمیر آن اقدام نماید و تعمیرات منتفع و مالک در مورد انتفاع، نباید به ضرر یکدیگر باشد.

✓ حق انتفاع در موارد ذیل زائل می‌شود؛

الف- انقضای مدت

ب- تلف مال

ج- اعراض

* رجوع مالک در حبس مطلق یا فوت منتفع در حبس مطلق از موارد از بین رفتن حق انتفاع می‌شود.

** انتقال عین از جانب مالک به منتفع از موارد از بین رفتن حق انتفاع می‌شود.

*** طرفین در عقد حبس می‌توانند شرط کنند که طرفین یا یکی از آن‌ها یا ثالثی بتواند در مدت معین عقد حبس را فسخ کند.

**** انقراض نسل در حبس مؤبد از دیگر موارد از بین رفتن حق انتفاع می‌شود.

✓ انتقال عین از طرف مالک به غیر، موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود، ولی اگر منتقل‌الیه، جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

* در صورت شک کنیم منتق الیه از حق انتفاع متعلق به دیگری علم داشته یا خیر! طبق اصل عدم علم، می‌گوییم مطلع نبوده و نهایتاً می‌تواند قرارداد را فسخ نماید مگر خلاف آن ثابت شود. مبنای این خیار، تخلف از شرط صفت ضمنی است.

• وقف: (مواد ۵۵ - ۹۱ ق.م)

وقف عبارت است از حبس عین و تسبیل منافع. یعنی مالی به گونه‌ای از مالکیت شخصی خارج می‌شود که دیگر قابلیت نقل و انتقال نداشته باشد ولی منافع آن در راه خدا یا به نفع افراد معین مصرف گردد.

مال موقوفه پس از تحقق وقف و پذیرش آن، دارای شخصیت حقوقی مستقل می‌شود به این معنا که؛ مال موقوفه دیگر نه به واقف تعلق دارد و نه به موقوف علیه بلکه خود مال موقوفه به عنوان یک شخص حقوقی مستقل شناخته می‌شود اعم از اینکه وقف عام باشد یا خاص.

← **ارکان وقف:** وقف دارای سه رکن اصلی؛

۱- **واقف:** شخصی که مال خود را وقف می‌کند باید اهلیت قانونی داشته باشد. (۵۷ ق.م)

* استمرار اهلیت او، از زمان ایجاب تا قبض موقوفه به موقوف علیهم، شرط نیست.

** وقف مال از سوی سفیه یا صغیر ممیز اصولاً باطل است و جز در موارد خاص قابل تنفیذ از سوی ولی یا قیم او نیست زیرا وقف به ضرر محجور است.

*** واقف نباید ورشکسته باشد.

۲- **مال موقوفه:** مالی که وقف می‌شود باید؛

عین باشد (نه منفعت و دین)

قابل بقا باشد.

قابل قبض باشد.

مملوک واقف باشد.

* سهام شرکت‌ها، در حکم عین بوده؛ و وقف آن‌ها صحیح است.

** واقف، باید مالک عین و منفعت مال باشد؛ اما وقف مورد اجاره، اشکالی ندارد.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

« وقف فضولی، قابل تنفیذ است.»

*** وقف مال مرهونه، صحیح نیست- غیر نافذ است.

۳- **موقوف علیه:** کسی است که منافع وقف به او می‌رسد ممکن است؛
شخص حقیقی، حقوقی یا برای جهت خاصی باشد.

← شرایط صحت وقف:

- وقف باید منجز باشد.

- مال موقوفه باید قابل قبض باشد. (وقف شیء غیرمادی باطل است)

- واقف باید اهلیت داشته باشد.

- قبض توسط موقوف علیه یا متولی شرط صحت است.

← سایر نکات وقف:

- شرط خیار با مقتضای ذات وقف که تسبیل منفعت و فک ملکیت است تعارض دارد و مبطل عقد می‌باشد مگر اینکه از اوضاع و احوال مستنبط شود که مقصود عاقد حبس بوده است نه عقد.

* اگر مالکیت محدود به مدت معینی باشد وقف چنین مالی اشکال ندارد و نباید با تعیین مدت وقف آن را خلط نمود*.

- وقف مالی که هنوز منافع آن به وجود نیامده، صحیح است نظیر وقف باغی که میوه‌های آن، مدتی دیگر به ثمر می‌رسد.

- قبل از اقباض عین موقوفه، واقف، می‌تواند از تصمیم خود رجوع نماید و مرگ واقف، پیش از تسلیم مال موقوفه، موجب بطلان وقف می‌گردد.

- فوت موقوف علیه پیش از قبض موجب بطلان عقد نیست و بازماندگان می‌توانند مال موقوفه را قبض نمایند.

- قبض یکی از موقوف علیه، فقط وقف را در مورد او جاری می‌سازد.

- در قبض، فوریت شرط نیست اما تا وقتی قبض نشده، وقف تحقق پیدا نکرده است و مال هنوز در ملک واقف است.

- وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض، لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف علیه کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیه نماید یا با آن‌ها شریک کند یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به‌عنوان تولیت دخالت کند. (شرطی مخالف نامشروع و باطل است اما به صحت عقد لطمه‌ای وارد نمی‌کند).

- واقف در هنگام ایجاد وقف، اختیار کامل دارد تا؛

الف- خود را به‌عنوان متولی تعیین کند.

یعنی می‌تواند اداره امور موقوفه را برای مادام‌العمر یا مدت معین بر عهده خود قرار دهد.

ب- فرد دیگری را به‌عنوان متولی معرفی کند.

واقف می‌تواند به‌جای خود شخص دیگری را به‌عنوان متولی منصوب کند که مستقلاً یا به همراه خود (مشترکاً) اداره موقوفه را بر عهده گیرند.

ج- چند متولی تعیین کند.

واقف می‌تواند چند نفر را به‌عنوان متولی تعیین کند و اختیار دارد که مشخص کند این افراد مستقلاً یا مجتمعاً عمل کنند.

د- شرط عزل یا نصب در آینده

واقف می‌تواند در متن وقف نامه شرط کند که خودش یا متولی منصوب او، حق عزل یا نصب متولی دیگر را داشته باشد.

- برای تحقق وقف، قبض مال موقوفه الزامی است اما اینکه چه کسی قبض کند بسته به نوع موقوف علیه متفاوت است؛

الف- محصور باشند: خود آن‌ها قبض می‌کند و قبض طبقه اولی کافی است.

ب- غیرمحصور باشند یا وقف بر مصالح عامه باشد: اگر متولی تعیین شده باشد قبض با اوست و الا حاکم قبض می‌کند.

- ولی و وصی محجورین، از جانب آن‌ها موقوفه را قبض می‌کنند و اگر خود واقف، تولیت را برای خود قرار داده باشد قبض خود او کفایت می‌کند.
در صورتی که محجور، فاقد ولی قهری یا وصی منصوب از سوی وی باشد، قیم محجورین، از جانب آن‌ها موقوفه را قبض می‌کند، و اگر خود واقف، تولیت را برای خود قرار داده باشد؛ قبض خود او کفایت می‌کند.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

-مدیر تصفیه یا اداره تصفیه امور ورشکسته، در صورتی حق قبض عین موقوفه را از طرف ورشکسته دارند که موقوفه‌ای، مالک منفعت موقوفه گردد تا بدین ترتیب طلبکاران بتوانند به بخشی از طلب خود، دست یابند، در صورتی که وقف، فقط موجب حق انتفاع باشد؛ تنها خود ورشکسته، می‌تواند از منافع آن بهره‌مند شده و غرامت بی‌نصیب خواهند ماند.

-مالی که منفعت آن، برای همیشه به دیگری تعلق دارد را نمی‌توان وقف نمود.

- وقفی که به علت اضرار دیان واقف، واقع شده باشد، منوط به اجازه دیان است. اگر واقف بتواند دیون خود را پرداخته و وقف، زبانی برای غرامت نداشته باشد، دیگر نمی‌توان نفوذ چنین وقفی را مورد تردید قرار داد.

وقف مستثنیات دین صحیح است ولو به انگیزه اضرار به طلبکاران.

چنانچه واقف تاجر باشد و تاریخ وقف بعد از تاریخ توقف باشد چنین وقفی منطبق با قانون تجارت (م ۴۲۳) **باطل است**.

-قبض عین موقوفه، طریقت دارد؛ نه موضوعیت! یعنی حتماً لازم نیست خود واقف، مال را به موقوفه علیه بدهد اگر موقوفه علیه شخصاً بتواند آن را تحویل بگیرد یا شخص ثالث با رضایت واقف مال را به موقوفه علیه تحویل دهد قبض محقق شده و عقد وقف کامل می‌گردد.

- هر چیزی که طبعاً یا برحسب عرف و عادت، جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می‌شود، داخل در وقف است مگر این که واقف، آن را استثنا کند. (در رابطه با توابع وقف، مواد ۳۵۶ تا ۳۵۹ قانون مدنی، باید رعایت گردد)

-**وقف بر معدوم صحیح نیست مگر به تبع موجود.** یعنی موقوفه علیه باید در زمان تحقق عقد وقف، موجود باشد.

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

منظور از بیان «معاً»، این است که موجود و معدوم، در عرض یکدیگر قرار گرفته باشند، نه در طول هم.

- **وقف بر مجهول صحیح نیست.**

وقف، عقدی معین بوده و شرایط صحت قراردادهای، باید در مورد آن رعایت گردد. وقف بر چند شخص به نحو مردد، وقف بر مجهول محسوب می‌گردد.

- **وقف بر نفس چیست؟**

یعنی واقف مالی را بر خودش وقف کند یا خود را جزء موقوفه‌ای قرار دهد. به عبارت دیگر؛ خود را منتفع بدانند. یا مخارج شخصی خود در حال حیات یا بعد از فوت را از محل منافع مال موقوفه تأمین کند.

التهایه وقف بر نفس **باطل است**.

-اگر واقف، مالی را به نفع خود و دیگری، به طوری که در عرض یکدیگر باشند؛ وقف نماید؛ عقد نسبت به نیمی از موقوفه که مورد انتفاع دیگری است صحیح بوده؛ ولی نسبت به واقف، باطل است.

-اگر وقف با شرط پرداخت دیون، واجبات مالی و هزینه زندگی واقف باشد؛ چنین وقفی باطل است.

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

- در وقف بر مصالح عامه، اگر خود واقف نیز مصداق موقوفه‌ای باشد، می‌تواند منتفع گردد.

در وقف بر مصالح و بریات عمومی، مانند مسجد، کاروانسرا، مسافرخانه و ...، اگر واقف، یکی از مصداق موقوفه‌ای باشد؛ می‌تواند از منافع موقوفه بهره‌مند گردد.

- کسی که واقف او را متولی قرار داده می‌تواند بدو تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی‌تواند رد نماید و اگر رد کرد مثل صورتی است که از اصل، متولی قرار داده نشده باشد.

- در مواردی که واقف، معین ننموده باشد که متولیان متعدد، باید به طور استقلال یا اجتماع، موقوفه را اداره نمایند؛ باید قائل به اجتماع آنان شد.

-ممکن است واقف، علاوه بر متولی، یک یا چند شخص را، برای نظارت بر موقوفه تعیین نماید و متولی نمی‌تواند بدون اذن ناظر استصوابی، در رابطه با امور موقوفه، اتخاذ تصمیم نماید از طرف دیگر متولی، ملزم نیست که در رابطه با تصمیمات خود، موافقت ناظر اطلاعی را جلب نماید؛ اما ناظر اطلاعی، مکلف است در صورت مشاهده تخلف، مراتب را به اداره اوقاف یا دادگاه اعلام نماید. نظارتی که مطلق بوده و نوع آن معلوم نباشد، اطلاعی است.

- واقف یا حاکم نمی‌تواند 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 می‌کند.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

- اگر متولی، صلاحیت یا صفت مخصوص خود را از دست بدهد، منعزل خواهد شد، همچنین است حکم وکیل، وصی و قاضی. به عبارت دیگر تولیت شخصی که فاقد اوصاف مورد نظر واقف باشد، منتفی است.

مثال: اگر واقف، شرط نماید که تولیت موقوفه با دادستان باشد؛ متولی مزبور، به محض بازنشستگی، از تولیت منعزل خواهد شد.

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

به موقوفه‌ای که متولی آن، معلوم نباشد، «مجهول التولیه» گویند. در اوقاف خاصه مجهول التولیه، اداره موقوفه با موقوف علیهم می‌باشد.

- هرگاه 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 جمع‌آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی، عمل نماید. یعنی متولی، باید رعایت غبطه موقوفه را نموده و از تعدی و تفریط پرهیز نماید و برابر با غرض او (واقف) و مصلحت موقوف علیهم عمل نماید.

- متولی نمی‌تواند 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.

در تفویض تولیت به غیر، متولی از سمت خود کناره‌گیری می‌نماید؛ اما در توکیل تولیت، متولی در سمت خود باقی بوده و وکیل، با نظارت او وظایف خود را که در واقع بخشی از تکالیف متولی نیز هست؛ ایفا می‌نماید.

- جایز است واقف از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولی قرار دهد و اگر حق التولیه معین نشده باشد متولی مستحق اجرت‌المثل عمل است.

اگر واقف، متولی هم باشد، می‌تواند مقداری از عواید موقوفه را به عنوان اجرت خود تعیین نماید که این امر، وقف بر نفس محسوب نمی‌گردد.

اگر یکی از موقوف علیهم را به عنوان متولی تعیین نموده و سهمی از عواید موقوفه را برای وی قرار دهد که در این صورت متولی، استحقاق اجرت بیشتری را ندارد.

- پیش از تعیین حصه هر یک از موقوف علیهم، حق آن‌ها نسبت به موقوفه، طلب محسوب گردیده و پس از تعیین حصه مزبور، تبدیل به حق عینی می‌گردد؛ لذا اذن متولی در تصرف موقوفه، ضروری نیست، به عبارتی درآمد موقوفه، پیش از تقسیم توسط متولی، **مشاع** است و هیچ‌کدام از موقوف علیهم، بدون اذن دیگری، حق تصرف در آن را ندارند.

- هزینه‌های تعمیر و نگهداری موقوفه و مخارج مربوط به رعایت غبطه موقوف علیهم و افزایش عواید موقوفه، بر سایر هزینه‌های ملک مزبور **مقدم** است.

- واقف می‌تواند حصه هر یک از موقوف علیهم را به‌طور مساوی یا متفاوت تعیین نماید و تصمیم‌گیری در این باره را به متولی محول نماید که البته او نیز باید مقاصد واقف را در نظر بگیرد در صورت عدم تعیین اصل بر تساوی است مگر اینکه دلیلی بر ترتب ارائه گردد.

- اصل عدم جواز بیع موقوفه:

اصل بر عدم جواز بیع موقوفه می‌باشد بنابراین متولی، حق فروش موقوفه را ندارد؛ مگر در موارد خاص قانونی.

۱- اختلاف شدید بین موقوف علیهم: به اندازه‌ای بوده که احتمال خونریزی، وجود داشته باشد و ادامه وقف باعث فساد و خطر شود.

۲- خطر خرابی و نابودی مال موقوفه: درجایی که اگر مال موقوفه فروخته نشود، منفعت آن از بین می‌رود یا کلاً خراب می‌شود و قابل استفاده نیست. و یا تعمیر ممکن نبوده یا توجیه اقتصادی نداشته باشد.

۳- تبدیل به احسن: وقتی مال موقوفه را می‌توان به مال بهتری تبدیل کرد که بیشتر به نفع موقوف علیهم باشد فروش آن مانعی ندارد.

- حال اگر در شرایط خاص اجازه فروش مال موقوفه صادر شود باید بدل یا مال جایگزین به گونه‌ای باشد که؛

الف- بیشترین شباهت به مال اولیه را داشته باشد.

ب- نزدیک ترین کارکرد و فایده را نسبت به هدف اولیه واقف داشته باشد (اقرّب به غرض واقف)

• حق ارتفاق

حق ارتفاق عبارت است از حقی که برای یک شخص در ملک شخص دیگری وجود دارد. مثال‌های متعددی برای حق ارتفاق در قانون مدنی وجود دارد مانند حق عبور از ملک دیگری، حق مجری، حق ناودان و شبکه و در و

معمولاً حق ارتفاق، به موجب قرارداد به وجود می‌آید در طرفین قرارداد، اهلیت شرط است. حق ارتفاق، حق عینی به شمار می‌آید و عقد لازم است و از عقود تشریفاتی نبوده و ممکن است به صورت کتبی یا شفاهی، منعقد گردد.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

- عقد موجد حق ارتفاق، ممکن است مبتنی بر مسامحه یا مغاینه باشد.

- حق ارتفاق، ممکن است به صورت شرط ضمن عقد باشد.

ویژگی‌های حق ارتفاق:

الف- قائم به ملک است یعنی متصل به زمین است بنابراین فقط برای مالک زمین و به تبع زمین ایجاد می‌شود و جدای از زمین قابل انتقال نیست. (حق ارتفاق با تغییر مالکیت از بین نمی‌رود؛ زیرا به زمین و ملک وابسته است.)

ب- معمولاً در املاک مجاور ایجاد می‌شود. ج- دائمی است اگر چه می‌توان به موجب قرارداد مدت آن را محدود کرد.

د- در صورتی که برای صاحبین ملک مشاع ایجاد شده باشد پس از تقسیم ملک، هر یک جداگانه از این حق برخوردار خواهند بود.

- اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد ولی صاحب ملک اذن داده باشد که از ملک او عبور کنند، صاحب ملک هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او بشود به عبارت دیگر برخلاف حق، اذن، ایجاد التزام نمی‌نماید و به همین دلیل اعطا کننده اذن، در هر زمان، می‌تواند از تصمیم خود رجوع نماید.

(رجوع از اذن هر زمانی ممکن است مگر اینکه مانع قانونی وجود داشته باشد به طور مثال مالک زمین، نمی‌تواند از فرزندان میتی که در ملک او دفن شده است، بخواهد که با نبش قبر، پدر خود را از آن ملک خارج کنند، ولی اگر به هر دلیلی، متوفی، بیرون از قبر خود قرار گرفت، مالک، می‌تواند از دفن دوباره او خودداری کند)

- ماده ۱۰۰ قانون مدنی: اگر مجرای آب شخصی، در خانه دیگری باشد و در مجری خرابی به هم رسد به نحوی که عبور آب موجب خسارت خانه شود مالک خانه حق ندارد صاحب مجری را به تعمیر مجری اجبار کند بلکه خود او باید دفع ضرر از خود نماید چنانچه اگر خرابی مجری مانع عبور آب شود مالک خانه ملزم نیست که مجری را تعمیر کند بلکه صاحب حق باید خود رفع مانع کند در این صورت برای تعمیر مجری می‌تواند داخل خانه یا زمین شود ولیکن بدون ضرورت حق ورود ندارد مگر به اذن صاحب ملک.

* هزینه‌های لازم برای انتفاع به عهده صاحب حق ارتفاق است *

* هزینه‌های نگهداری از اصل مال به عهده مالک مال می‌باشد *

- هرگاه کسی، از آبی که ملک دیگری است؛ به نحوی از انحاء، حق استفاده داشته باشد؛ از قبیل دایر کردن آسیا و امثال آن، صاحب ملک نمی‌تواند مجری را تغییر دهد به نحوی که مانع از استفاده‌ی حق دیگری باشد، به این شرط که حق ارتفاق مزبور، به موجب قانون به وجود آمده باشد، به عبارت دیگر قاعده لازم، اجازه نمی‌دهد که با تغییر مجرا یا تعطیلی آسیا، به صاحب حق ارتفاق زیان وارد گردد.

- تصریح به شرط عدم انتقال حق ارتفاق ممکن است اما اثر آن اعراض و اسقاط این حق می‌باشد به معنی که نه تنها این حق به انتقال گیرنده زمین نمی‌رسد بلکه برای انتقال دهنده نیز باقی نمی‌ماند و از بین می‌رود.

- حق ارتفاق، قابل تقسیم و تجزیه نیست و بین مالکان ملک مشاعی و خریداران بعدی سهم هر یک از شرکا، به نحو اشاعه باقی می‌ماند. وجود حق ارتفاق، مانع تقسیم هیچ یک از دو ملکی که حق مذکور، به نفع یا ضرر آن، مستقر گردیده نخواهد بود.

- ماده ۱۲۰ قانون مدنی: اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سرتیری بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند مگر این که به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد.

چنانچه محرز گردد که عدول، به جهت رفع نیاز و دفع زیان نبوده و در واقع به قصد اضرار به شریک بوده است؛ نمی‌توان چنین رجوعی را معتبر دانست.

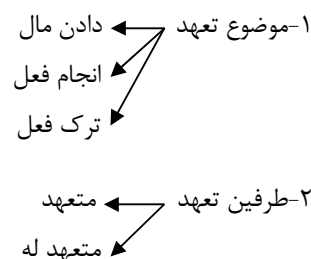
- هرگاه کسی به اذن صاحب دیوار، بر روی دیوار، سرتیری گذارده باشد و بعد آن را بردارد نمی‌تواند مجدداً بگذارد مگر به اذن جدید از صاحب دیوار (اذن، فقط برای یک بار اقدام مأذون اعتبار دارد؛ نه برای همیشه.)

فصل چهارم - قواعد عمومی و قراردادها

• تعهد

تعهد عبارت است از بر عهده گرفتن یک دین یا التزام قانونی برای انجام یا ترک کاری به نفع دیگری.

ارکان اصلی تعهد:



۳- رابطه حقوقی: تعهد بدون رابطه حقوقی معنا ندارد این رابطه ممکن است ناشی از قرارداد ارادی یا قانونی باشد.

انواع تعهد:

۱- حصول نتیجه

الف- تعهد به وسیله: تعهد به وسیله نوعی از تعهد است که در آن متعهد سعی و تلاش خود را می کند که به هدفش برسد حالا یا به هدف خود می رسد و یا نمی رسد.

ب- تعهد به نتیجه: تعهدی است که متعهد ملتزم به فراهم آوردن عمل و نتیجه معینی است. متعهد زمانی از تعهد و مسئولیت مبری می شود که آنچه را بر ذمه گرفته بی کم و کاست صورت دهد.

در این تعهد در صورت عدم حصول نتیجه متعهد مسئول است مگر اینکه قوه قاهره را ثابت نماید.

ج- تعهد به تضمین نتیجه: متعهد به موجب قانون ضامن حصول نتیجه است و در فرض عدم حاصل شدن نتیجه متعهد ضامن می باشد حتی در فرض حدوث قوه قاهره.

فایده این تقسیم بندی این می باشد بار اثبات دعوی را تغییر می دهد بدین نحو که در تعهد به وسیله متعهد مقصر نیست مگر در فرض اثبات آن توسط متعهد له اما در تعهد به نتیجه متعهد مسئول است مگر در فرض قوه قاهره.

در صورت تردید اصل بر تعهد به نتیجه بودن می باشد.

- تعهد به خودداری از انجام یک فعل یا تعهد به انتقال مال همواره تعهد به نتیجه محسوب می شود.

• ایقاع:

عمل حقوقی که با یک انشاء واقع می شود و اثر دلخواه را ایجاد می کند و نیاز به توافق ندارد مانند ابراء و طلاق.

اولین تقسیم بندی ایقاع بر دو قسم است:

- ایقاع یک طرفه: اثر ایقاع متوجه خود شخص است مثل احیاء اراضی موات + تحجیر + حیات مباحات + اعراض.

- ایقاع دوطرفه: یک طرف اراده می کند اما اثر آن به دو طرف می رسد مثل ابراء + فسخ + اخذ به شفعه + وصیت عهدی + طلاق.

دومین تقسیم بندی ایقاع:

- ایقاعات رضایی: به ایقاعی گفته می شود که صرفاً با اعمال اراده و با بیان قصد به هر شکلی، مانند اعمال اراده به صورت کتبی و شفاهی و بدون نیاز به تشریفات خاصی، انجام می شود. مانند فسخ که دارنده حق فسخ، بدون آن که تشریفات خاصی را انجام دهد، صرفاً با اعمال اراده، می تواند آن را اجرا کند.

- ایقاعات تشریفاتی: به ایقاعی گفته می شود که علاوه بر بیان قصد، برای آن که اثر آن، تحقق پیدا کند، نیازمند رعایت تشریفات خاصی نیز می باشد. مانند طلاق که به موجب ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی: «طلاق، باید به صیغه طلاق و حضور لاقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنود، واقع گردد» بنابراین، تحقق طلاق را می توان منوط به تشریفات خاص دانست.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به مؤسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

ماده ۱۸۳ قانون مدنی: عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.

عقد یک توافق دو یا چندجانبه است که طرفین با رضایت متقابل، بر ایجاد اثر حقوقی مانند ایجاد تعهد، انتقال مالکیت، دادن اذن یا تغییر وضعیت حقوقی توافق می‌کنند.

در نتیجه عقد یعنی تراضی دو یا چند اراده جهت ایجاد اثر حقوقی.

○ ایجاب و قبول:

الف- ایجاب؛ عبارت است از اظهار اراده یکی از طرفین معامله برای انعقاد عقد به گونه‌ای که اگر طرف مقابل آن را بپذیرد، عقد منعقد می‌شود.

هر پیشنهادی ایجاب نیست و باید توأمان این دو ویژگی را داشته باشد؛

← قاطع باشد: عدم توانایی رجوع از ایجاب پس از قبول طرف مقابل.

← کامل باشد: تمامی عناصر عقد در آن جای داده شده باشد.

ماهیت ایجاب: ایجاب صرفاً انشای یک اراده حقوقی است و هدف از ایجاب این است که در صورت پذیرش آن توسط طرف مقابل عقد به صورت کامل منعقد گردد.

موضوع	ایجاب	دعوت به معامله
ماهیت	انشای پیشنهاد قطعی معامله است	زمینه‌سازی و دعوت به مذاکره برای انجام معامله
اثر حقوقی	در صورت قبول، عقد منعقد می‌شود	در صورت قبول، عقدی شکل نمی‌گیرد و فقط مذاکره به نتیجه می‌رسد
مثال	فروشنده می‌گوید: این ماشین را ۱۰۰ میلیون به تو می‌فروشم.	اعلام قیمت در ویتترین مغازه

تفاوت ایجاب با دعوت به معامله:

 اعلان مالک در مزایده و حراج ایجاب محسوب می‌شود و بر طبق نظر اقوی بالاترین قیمت قبول محسوب می‌شود مگر اینکه اعلان کننده مزایده حق قبول یا رد را برای خودش محفوظ نگه داشته باشد که با این فرض دعوت به معامله محسوب می‌شود.

 در حقوق ایران طبق نظریه مؤخر دکتر کاتوزیان در مورد عقود مکاتبه‌ای نظریه اعلام قطعی قبول مورد پذیرش واقع شده است. نظریه اعلام قبول چنین است که برای وقوع معامله مکاتبه‌ای قبول حتماً باید ارسال شود چون ارسال کاشف از قبول قطعی می‌باشد حال اینکه اثر عقد از زمان ارسال نمی‌باشد بلکه اثر آن از زمان پذیرش قبول است.

 طبق قانون تجارت الکترونیک وارد شدن اطلاعات قبول به سیستم اطلاعاتی را ملاک وقوع عقد می‌باشد نظریه وصول قبول مورد پذیرش قرار دارد.

ایجاب متقابل و اثر آن بر تشکیل عقد:

اگر مخاطب ایجاب، مفاد آن را ولو به صورت جزئی تغییر دهد، دیگر قبول کننده آن ایجاب نیست بلکه، خود ایجاب جدیدی انشاء کرده است. در این حالت عقد هنوز منعقد نشده است و برای انعقاد نیاز به قبول این ایجاب جدید توسط ایجاب کننده اول (موجب اولیه) وجود دارد.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به مؤسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

✍ تجزیه ایجاب (تبعیض در قبول)

مطابق قواعد ایجاب غیر قابل تجزیه است یعنی؛ مخاطب ایجاب نمی تواند فقط بخشی از آن را بپذیرد و باقی را رد کند مگر در موارد استثنائی.

الف- عقود مجانی: در عقود مجانی تجزیه ایجاب جایز است مگر خلاف آن شرط شده باشد (مستند به ماده ۸۳۲ ق.م) در نتیجه در تمام عقود مجانی (وقف، هبه، صلح مجانی، حبس مجانی و...) با وحدت ملاک از ماده مذکور می توان ایجاب را تجزیه نمود.

ب- ایجاب کننده تجزیه را مجاز بداند: اگر صراحتاً یا ضمنی اجازه دهد که ایجاب تجزیه شود مخاطب می تواند بخشی را بپذیرد.

✍ زمان و مهلت قبول ایجاب:

الف- ایجاب محدود به زمان است: ایجاب یک عمل حقوقی است که تا مدت معقولی باقی می ماند اگر در این مدت قبولی حاصل نشود ایجاب از بین رفته و عقدی منعقد نمی گردد.

ب- ایجاب بدون مهلت و فوری: اگر موجب در ایجاب خود هیچ مهلتی برای قبول معین نکند در این صورت مهلت قبول عرفی و فوری خواهد بود یعنی مخاطب ایجاب باید در مهلتی که عرفاً برای پاسخ کافی است قبول خود را اعلام کند.

توالی عرفی ایجاب و قبول در سه عقد شرط نیست

← جعاله عام

← وکالت

← وصیت تملیکی

ج- ایجاب مدت دار: اگر موجب مهلت معینی برای قبول تعیین کند در این صورت قبول باید در همان مهلت انجام شود.

اگر قبول بعد از انقضای مهلت باشد ایجاب منقضی شده و پاسخ ارزشی ندارد. اگر مخاطب در روز آخر مهلت تعیین شده نامه قبولی را ارسال کند ولی نامه بعد از پایان مهلت به دست موجب برسد باز هم عقد منعقد می شود زیرا در زمان ارسال نامه ایجاب هنوز زنده و معتبر بوده است.

در حقوق ایران ملاک زمان قبول «انشاء قبول» توسط مخاطب است نه زمان وصول آن.

✍ زوال ایجاب:

علت زوال	توضیح
رجوع موجب از ایجاب	موجب قبل از قبول، ایجاب را پس گیرد.
رد ایجاب توسط مخاطب	مخاطب ایجاب را نمی پذیرد یا تغییر می دهد
نابودی موضوع ایجاب	موضوع ایجاب از بین می رود. (تلف مال)
فوت یا حجر طرفین	یکی از طرفین قبل از قبول فوت کند یا محجور شود.
پایان مهلت ایجاب	قبول بعد از مهلت انجام شود.

○ رجوع موجب از ایجاب: قبل از اعلام قبول موجب می تواند از ایجاب رجوع کند مگر در موارد ذیل؛

الف- ایجاب با سلب حق رجوع از ایجاب باشد.

ب- ایجاب با تعهد بر حفظ آن باشد.

ج- ایجاب مدت دار باشد.

چ- ایجاب ضمن عقد لازم.

د- اگر ضمن عقد جایزی ایجاب عقد دیگری را درج کنیم.

ذ- اگر قبلاً قولنامه ای منعقد شده باشد (تعهد بر انعقاد عقد لازم)

• قبول:

در لغت به معنای پذیرش و پذیرفتن است و در اصطلاح عبارت است از رضایت به ایجاب ابراز شده برای انعقاد قرارداد.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به مؤسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

• شرایط قبول:

۱- تعیین مهلت: در صورتی که ایجاب کننده برای اعلام قبولی از سوی طرف مقابل مهلتی معین نموده باشد، قبولی باید در همان زمان تعیین شده اعلام شود.

۲- عدم تعیین مدت: چنانچه برای اعلام قبولی مهلتی معین نشده باشد، ایجاب باید در زمانی اعلام شود که بتوان گفت بین ایجاب و قبول عرفاً ارتباطی برقرار است. در هر حال تعیین زمانی که قبولی می تواند اعلام شود، در هر مورد بر اساس شرایط و اوضاع و احوال معلوم می شود.

۳- مطلق بودن: علاوه بر این، قبول باید مطلق و بدون قید و شرط باشد یعنی قابل فقط باید مفاد ایجاب را قبول نماید و در صورت افزودن هر گونه قید و شرط به قبول، قبول او منجر به انعقاد قرارداد نمی شود بلکه خود ایجاب جدیدی است.

۴- مسبوق به رد نباشد: چنانچه قبل از قبول آن را رد کرده باشد پس از آن دیگر پذیرش او قبول محسوب نخواهد شد.

۵- به روشی که در ایجاب تعیین شده است قبول اظهار گردد.

۶- مطابقت: یک قرارداد در صورتی ایجاد می شود که مفاد ایجاب و قبول منطبق بر یکدیگر باشند. یعنی قابل همان چیزی را قبول کرده باشد که موجب آن را اراده نموده است. مثلاً چنانچه مالک یک ماشین، فروش ماشینش را پیشنهاد داده باشد اما طرف مقابل با قصد اجاره ماشین او، این ایجاب را قبول نموده باشد، قرارداد تشکیل نمی شود زیرا مفاد ایجاب و قبول با هم مطابقت ندارد.

نکات:

* رجوع از ایجاب ساده اصولاً ضمان آور نیست به این دلیل که در چنین ایجابی حق

رجوع وجود دارد مگر اینکه موجب قصد اضرار داشته و با همین قصد از ایجاب خود رجوع نماید که در اینجا مسئولیت مدنی در پی خواهد داشت.

** در ایجاب توأم با التزام نیز رجوع ضمان آور نیست چرا که رجوع از چنین ایجابی فاقد اثر است به این دلیل که اگر معامله دیگری پس از آن صورت بگیرد غیر قابل استناد می باشد و طرف ایجاب می تواند ابطال آن معامله را بخواهد.

• انعقاد عقد توسط نماینده و آثار آن: (ماده ۱۹۶ ق.م.)

ماده ۱۹۶ قانون مدنی: 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 معذک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.

* سه حالت مهم در معامله توسط نماینده:

۱- نماینده بودن را در زمان معامله تصریح کند:

- معامله برای اصیل واقع می شود.

- طرف مقابل فقط می تواند به اصیل مراجعه کند.

- نماینده مسئولیتی در قبال اجرای قرارداد ندارد مگر اینکه ضمانت اصیل را به عمل آورده باشد.

۲- نماینده بودن را تصریح نکند ولی بعداً معلوم شود برای دیگری بوده:

اصل بر این است که معامله برای نماینده بوده مگر خلاف آن ثابت شود و در این حالت اگر ثابت شد آثار به اصیل منتقل می شود.

۳- نماینده بودن را کتمان کند:

- طرف مقابل می تواند هم به اصیل و هم به نماینده مراجعه کند.

به اصیل از جهت اجرای تعهدات قراردادی
به نماینده از جهت کتمان و کالت

← مبنای مسئولیت متفاوت است.

- مسئولیت آن ها هم عرض است ولی تضامنی به معنای حقوقی نیست یعنی طرف مقابل نمی تواند الزاماً یکی را انتخاب کرده و کل تعهد را از او بخواهد.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

* شرایط انعقاد عقد توسط نماینده:

- ۱- لزوم داشتن شرایط متعاقدين: نماینده باید واجد تمام شرایط باشد که برای انعقاد قرارداد از سوی اصیل لازم است مثل؛ قصد، رضا، اهلیت و...
- ۲- لزوم داشتن اختیار: نماینده باید در حدود اختیارات اعطا شده از سوی اصیل عمل کند اگر از حدود اختیار تجاوز کند عقد فضولی محسوب شده و نیاز به تنفیذ اصیل دارد.
- ۳- انجام معامله با عنوان نمایندگی: نماینده باید معامله را با ذکر نمایندگی انجام دهد اگر نماینده بدون تصریح به سمت خود معامله انجام دهد فرض بر اصالت اوست.
- ۴- زوال نمایندگی پس از ایجاب: اگر نماینده پس از صدور ایجاب و پیش از قبولی طرف مقابل، فوت کند محجور یا عزل شود اصل نمایندگی از بین می‌رود اما چون ایجاب به نام و از جانب اصیل صادر شده ایجاب باقی و قابل قبول است زیرا اثر آن متعلق به اصیل است نه نماینده!
- ☆ در مواردی قصد انشاء وکیل سازنده عقد است بنابراین هر شخصی که قصد انشاء عقد را داشته باشد مورد معامله باید نزد او معلوم و معین باشد، مگر اینکه موضوع وکالت صرفاً ایجاب و قبول باشد و قصد وکیل سازنده عقد نباشد و فقط در امضاء قرارداد نقش داشته باشد که در اینجا اراده وکیل سازنده عقد نیست و چون اصیل خود عقد را ساخته معلوم و معین بودن یا نبودن آن در نزد وکیل اثری نخواهد داشت.

○ معامله با خود

معامله با خود در اصطلاح حقوقی به وضعیتی گفته می‌شود که یک شخص در یک معامله در هر دو سمت عقد (خریدار، فروشنده / ایجاب کننده و قابل) حضور داشته باشد این موضوع ممکن است به دو شکل اتفاق بیفتد؛

۱- نمایندگی از هر دو طرف:

در این حالت یک نفر از طرف هر دو شخص در معامله، به عنوان نماینده دارای اختیار است.

۲- نمایندگی از یک طرف، اصالت از طرف دیگر:

در این حالت، شخصی از جانب یک طرف معامله نمایندگی دارد ولی در طرف دیگر خود شخص است مثلاً اینکه وکیلی از طرف فروشنده وکالت دارد و خودش خریدار است. که حالات زیر برای آن متصور است؛

الف- ولی قهری با خود معامله کند؛

*قاعده کلی: معامله با خود باطل نیست، مگر اینکه خلاف مصلحت مولی علیه باشد.

**در صورت عدم مصلحت: معامله غیرنافذ است و مولی علیه می‌تواند پس از زوال حجر آن را رد کند.

***در صورت خیانت ولی قهری: طبق ماده ۱۱۸۴ ق.م.مکن است دادگاه وی را از سمت ولایت عزل کند و قیم تعیین کند سپس قیم جدید این معامله خلاف مصلحت را رد کند و صدور حکم بر بطلان آن را بخواهد.

ب- قیم با خود معامله کند؛

ماده ۱۲۴۰ ق.م. معاملات قیم با خود را باطل دانسته است.

استثناء: فقط در صورتی که به نفع مولی علیه باشد مانند اینکه قیم مال خود را به مولی علیه هبه کند و از طرف او قبول نماید.

ج- امین با خود معامله کند: طبق ماده ۱۱۹ ق.ا.ح اختیارات امین مانند قیم است.

ج- معامله وصی با خود:

اگر وصی منصوب از جانب ولی قهری با خود معامله کند قانون در این مورد سکوت کرده است اما نظر اقوی بر این است که؛

اگر ولی قهری قبلاً اجازه داده باشد صحیح است.

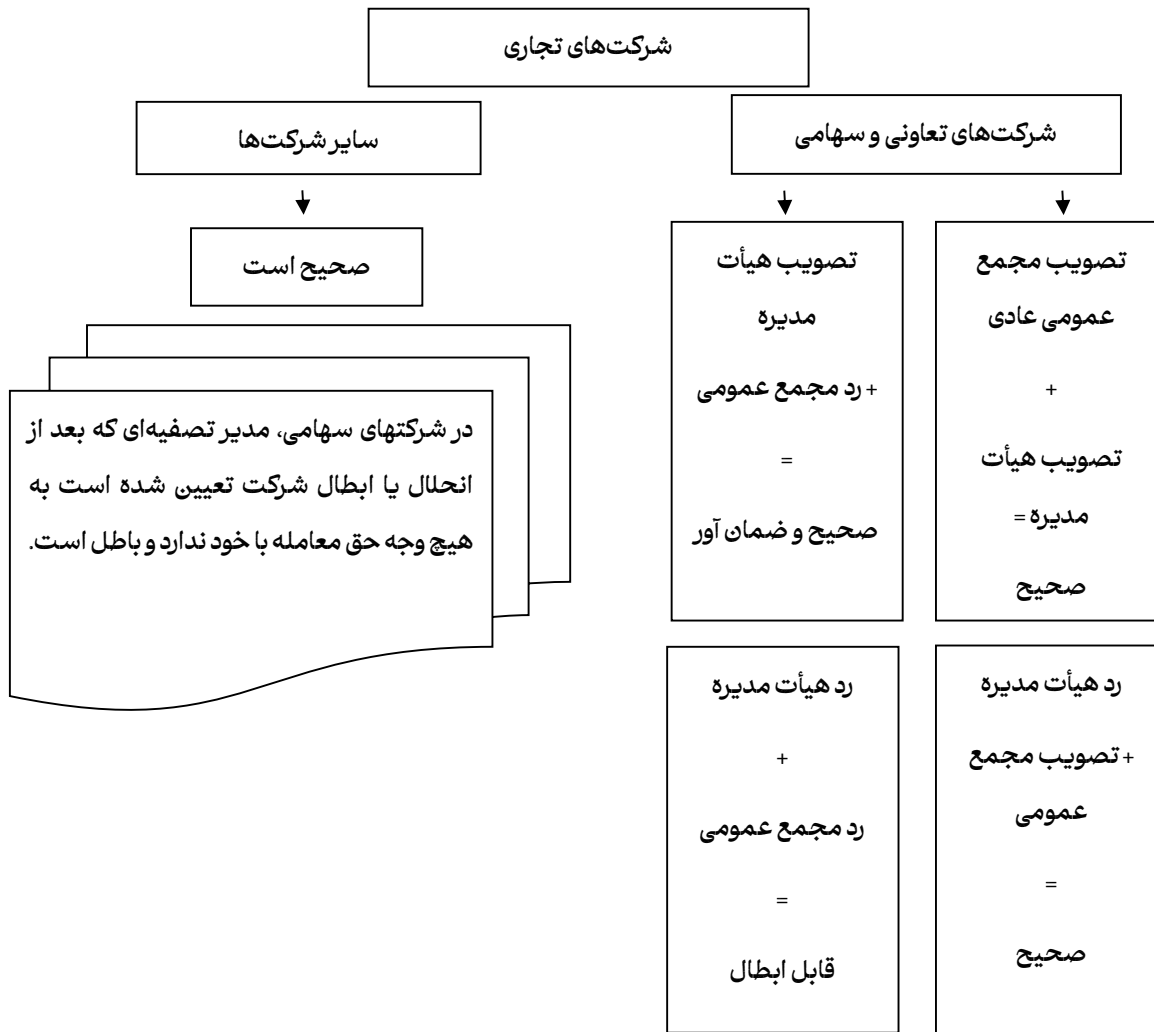
اگر منع کرده باشد باطل است.

در صورت سکوت ولی قهری معامله باطل و ممنوع است.

د- وکیل با خود معامله کند:

* در مورد عقد وکالت، معامله با خود را فقط باید محدود به مواردی دانست که موکل اجازه آن را صراحتاً به وکیل داده باشد. بنابراین درجایی که وکالت به صورت کلی و مطلق داده شده باشد، دلالت بر اداره اموال موکل دارد و به هیچ عنوان موضوع را نمی توان به اجازه معامله با خود تعمیم داد. نکته: اگر به نحو مطلق در مورد معامله با خود وکیل سؤال پرسیده شود اصل بر این است که معامله با خود وکیل باطل است. ** اگر موضوع معامله قیمت گذاری شده و دارای نرخ مشخص بازار و بورس است نیز صحیح می باشد و الا غیر نافذ و فصولی است.

ذ- معامله مدیران شرکتهای تجاری با خود:



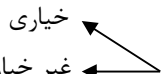
• اقسام عقود

ماده ۱۸۴ قانون مدنی: عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می شوند: لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق.

افزون بر موارد بیان شده در ماده مزبور عقود به اقسام مختلف؛ دو تعهدی و یک تعهدی، معوض و غیر معوض، تجاری و غیر تجاری، معین و نامعین، تملیکی و عهده، رضایی و تشریفاتی قابل تقسیم هستند.

○ عقد لازم:

عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه. (مانند خیار شرط، غبن، تخلف از شرط و...)

عقود لازم به دودسته  غیر خیاری تقسیم می‌شود.

*عقد خیاری عقد لازمی است که برای یکی یا هر دو طرف یا برای شخص ثالث حق فسخ (خیار) در آن شرط شده است.

**عقد غیر خیاری: عقد لازمی که در آن خیار شرط درج نشده است بنابراین اگر در عقدی سایر اختیارات برقرار باشد اما خیار شرط موجود نباشد آن را یک عقد غیر خیاری می‌گوییم.

▪ موارد انحلال عقد لازم:

۱- ارادی

فسخ به استناد اختیارات: خیار به معنی دادن اختیار به یکی از طرفین قرارداد برای فسخ قرارداد است. اختیارات دارای انواع مختلفی مانند خیار حیوان، خیار مجلس و ... هستند.

برای اعمال خیار در یکی از عقود، می‌توان به عقد بیع اشاره کرد، به موجب ماده ۴۵۷ قانون مدنی: «هر بیع، لازم است، مگر این که یکی از اختیارات در آن ثابت شود.»

اقاله یا تفاسخ: وقتی دو طرف قرارداد، با هم توافق کنند که عقد را فسخ کنند و هر دو به این کار راضی باشند، به این حالت اقاله عقد می‌گویند. به موجب ماده ۲۸۳ قانون مدنی: «بعد از معامله، طرفین می‌توانند به تراضی، آن را اقاله و تفاسخ کنند.»

۲- غیر ارادی

فوت یکی از طرفین (متعاقدين) که شخصیت او علت عمده عقد می‌باشد مانند عقد نکاح که در این صورت باعث منفسخ شدن عقد می‌گردد. ✓ قولنامه یک عقد عهده‌ای لازم است.

○ عقد جایز:

عقدی است که هر یک از طرفین هر زمان بخواهند می‌توانند آن را فسخ کنند.

عقودی که جایز هستند، در قانون مشخص شده‌اند که شامل؛

عقد عاریه، عقد ودیعه، عقد وکالت، عقد مضاربه، عقد شرکت و عقد جعاله، نامزدی، وصیت تملیکی می‌شود. (هبه و حبس مطلق به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان از موارد عقد جایز هستند)

تقسیم‌بندی عقد جایز:

الف- جایز حقی؛ طرفین معامله حق فسخ دارند. در این عقد جایز، طرفین می‌توانند حق فسخ را اسقاط نمایند مانند عقد وکالت که پس از اسقاط حق فسخ تبدیل به وکالت بلاعزل می‌شود.

ب- جایز حکمی؛ حق فسخ در آن به حکم شارع است. به این دلیل قابل اسقاط نمی‌باشد این عقد حتماً و در همه حال باید جایز باشد مانند: نامزدی، وصیت، وکالت دادگستری، قرارداد درمان بین پزشک و بیمار.

ج- جایز اذنی؛ در این نوع عقد جایز عقد با فوت و حجر منفسخ می‌شود که مصادیقی از آن به شرح ذیل است:

مضاربه	ودیعه
عاریه	شرکت
وکالت	

د- جایز غیر اذنی؛ اثر این عقود اذن نیست بلکه ایجاد حق است مانند: هبه، حبس مطلق، وصیت تملیکی.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به مؤسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

- | | | |
|--|---|-------------------------------|
| - منعقد شدن عقد در قالب عقد صلح
- انعقاد عقد جایز ضمن عقد لازم
- درج شرط عدم قابلیت فسخ ضمن عقد لازم
- درج شرط عدم قابلیت فسخ ضمن خود عقد جایز
- تعیین مدت برای عقد جایز در ضمن عقد لازم | } | غیر قابل فسخ کردن
عقد جایز |
|--|---|-------------------------------|

*صرف تعیین مدت برای عقد جایز به این معنا نیست که آن عقد جایز در آن مدت لازم و غیر قابل فسخ باشد بلکه تعیین مدت موجب می شود که بعد از انقضای مدت، عقد جایز مزبور خود به خود منفسخ و منحل گردد.

**وصیت و وعده نکاح (نامزدی) دو عقد جایزی هستند که حتی اگر به صورت شرط ضمن عقد لازم درج شوند باز هم قابل رجوع می باشند.

«گنجاندن وکالت در ضمن عقد لازم ماهیت آن را تغییر نمی دهد بلکه فقط عقد جایز از آن عقد لازم کسب لزوم می کند»

-وصیت تملیکی عقد جایز است که با قبض توسط موصی له لازم می شود.

-جعاله یک عقد جایز است که با انجام کار لازم می گردد، بنابراین جاعل نمی تواند پس از انجام کار و پیش از تحویل آن جعاله را فسخ نماید.

تفاوت عقد لازم و جایز

۱- اصل لازم بودن قرارداد: اگر طرفین قرارداد ندانند که عقد لازم است یا جایز، در این صورت اصل بر لازم بودن است.

۲- تأثیر فوت یا جنون یکی از طرفین:

وقتی یکی از دو طرف، در عقد جایز فوت کند یا دچار حجر مانند جنون بشود، عقد منعقد شده میان آنها، با فوت یا حجر یکی از طرفین، به صورت قهری منحل می شود. (اصولاً می توان شرط کرد که عقد جایز بعد از فوت هم باقی بماند و منفسخ نشود)

۳- حدود الزام:

در عقد لازم، امکان فسخ برای هیچ یک از طرفین وجود ندارد، اما در عقد جایز هر زمان که طرفین بخواهند، می توانند عقد را فسخ کنند. بنابراین طرفین می دانند اگر عقد، لازم است، حق فسخ آن را ندارند، مگر در موارد معینه.

با فرض جایز بودن عقد هبه این عقد برخلاف سایر عقود جایز، با فوت و جنون، سفه یکی از طرفین منفسخ نمی شود

○ عقود نیمه لازم - نیمه جایز

این عقود نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایز هستند مانند؛

۱- رهن: از جانب رهن لازم و از جانب مرتهن جایز است.

۲- کفالت: از جانب کفیل لازم و از جانب مکفول له (مدعی طلب) جایز است.

۳- ضمان ضم ذمه به ذمه: اگر عقد ضمانی منعقد شود که به موجب آن مضمون عنه (مدیون اصلی) بری الذمه نشود ذمه به ذمه می مضمون عنه ضمیمه شود چنین ضمانتی از جانب ضامن لازم و از جانب مضمون عنه جایز است.

۴- بیمه عمر: از جانب بیمه گر لازم و از جانب بیمه گذار جایز است.

۵- حبس مجانی: اگر انتفاع از مالی به صورت مجانی به شخصی داده شده باشد این عقد حبس، از جانب حابس لازم و از جانب منتفع جایز است.

۶- هبه: از جانب متهب لازم و از جانب واهب (هبه کننده) جایز است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

۷- قرار داد کار دائم: از جانب کارگر جایز و از جانب کارفرما لازم است.

نکته: جایز بودن این عقود فقط به معنای قابلیت فسخ آنهاست و به این معنا نیست که به واسطه فوت و حجر مرتهن- مکفول له- منتفع- مضمون له یا واهب منفسخ می شوند در نتیجه اگر شخصی که در این عقود، عقد نسبت به او جایز است فوت کند یا مجنون و سفیه شود عقد منفسخ نمی شود زیرا این عقود اذنی نیستند.

○ سایر عقود:

✓ عقد غیر معوض یا رایگان و مجانی: عقدی است که در آن شخصی مالی به دیگری می دهد بدون این که در مقابل آن مالی به دست آورد مانند عقد هبه، عاریه و ودیعه.

-درج شرط عوض در عقد مجانی اصولاً صحیح است زیرا تأثیری در ماهیت عقد مجانی نداشته و آن را به عقد معوض تبدیل نمی کند.

✓ عقد معوض: عقدی است که در آن یک طرف مالی را به دیگری می دهد تا مال دیگری را به دست آورد. به عنوان مثال فروشنده مبیع را می دهد تا ثمن بگیرد. موجد منافع عین مستأجره را به مستأجر می دهد تا اجاره بها را به دست آورد.

ویژگی های عقود معوض عبارتند از :

الف- حق حبس، عدم ضرورت قبض، عدم تأثیر شخصیت طرفین، خيار غبن.

ب- چنانچه در عقد معوض عوضین قبل از تسلیم تلف شوند معامله منفسخ می شود.

ج- عوضین در عقد معوض باید در هنگام عقد موجود باشند در غیر این صورت معامله باطل است.

د- در عقد معوض عوضین باید معلوم و معین باشند.

■ تفاوت های عقد معوض و عقد مجانی با شرط عوض:

۱- در عقد معوض ضمان درک راه دارد اما در عقد مجانی راه ندارد یعنی اگر در عقد معوض یکی از عوضین مستحق للغير باشد عقد باطل است اما اگر در عقد مجانی با شرط عوض اگر مورد شرط مستحق للغير باشد فقط شرط باطل است و عقد صحیح و قابل فسخ است.

۲- در عقد معوض باید تعادل اقتصادی بین عوضین وجود داشته و اگر این تعادل وجود نداشته باشد کسی که از این عدم تعادل متضرر می شود خيار غبن دارد در حالی که در عقد مجانی با شرط عوض تعادل اقتصادی بین عوضین شرط نیست و خيار غبن راه ندارد.

۳- حق حبس ویژه عقود معوض است و در عقود مجانی با شرط عوض حق حبس راه ندارد.

۴- ضمان معاوضی ویژه عقود معوض است و در عقد مجانی با شرط عوض راه ندارد.

۵- در عقد معوض علم تفصیلی شرط است ولی در عقد مجانی با شرط عوض اجمالی اصولاً کافی است.

عقد معوض ← شانس احتمالی، بختی
قطعی

- عقد قطعی به عقد معوضی می گویند که میزان و مقدار تعهدات دو طرف کاملاً مشخص است و طرفین از لحظه انعقاد عقد نسبت به حقوق و تعهدات خود آگاه اند.

-عقد شانس یا احتمالی عقدی معوض است که ممکن است عوضین آن کم و زیاد شود و عوضین آن قطعی نیست.

قمار و گرو بندی هر دو از عقود احتمالی و شانس هستند با این تفاوت که در قمار اراده طرفین در نتیجه دخالت ولی در گرو بندی اراده هیچ یک از طرفین در نتیجه دخالتی ندارد. عقد شانس در حقوق ایران اصولاً باطل است مگر در مواردی که قانون تصریح کرده است. مثل بیمه- جعاله

✓ عقد معین: عقدی که در قوانین موضوعه دارای احکام و آثار خاص است مانند عقد بیع.

✓ عقد نامعین (قرارداد خصوصی): عقد نامعین عقدی است که احکام و آثار آن در قانون بیان نشده است.

-قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است (ماده ۱۰ قانون مدنی).

* عقد قولنامه از جمله عقود نامعین به حساب می آید و مشمول حکم قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی قرار می گیرد.*

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

✓ عقد عهده: عقدی است که نتیجه مستقیم آن ایجاد تعهد یا انتقال آن و یا سقوط تعهد (حق دینی) است. عقود عهده مانند ضمان، حواله، كفالت، جعاله، مزارعه، مساقات.

* مقاطعه کاری (پیمانکاری) از عقود عهده به شمار می آید که به موجب آن، طرفین متعهد به انجام امور و پرداخت هزینه هایی خواهند شد.*

✓ عقد تملیکی: عقدی است که اثر مستقیم آن تملیک است. مثل بیع، اجاره، عمری، رقبی، سکنی، هبه، و وصیت.

«عقد تملیکی موجب حق عینی و عقد عهده موجب حق دینی است.»

✓ به عقودی که در آن ها التزام و تعهد وجود نداشته باشد اصطلاحاً عقود اذنی گفته می شود. در نتیجه تحقق یافتن و بقای آن ها منوط به اذن دادن یا برداشته شدن اذن توسط طرفین می باشد. از مصادیق این عقد مذکور می توان این موارد را نام برد: ودیعه-عاریه-وکالت-مضاربه

✓ عقد رضایی: یکی از انواع عقود می باشد که مطابق قانون مدنی، برای انعقاد آن، کافی است متعاقدين، یعنی طرفین عقد، راضی باشند. در این صورت، می توانیم بگوییم عقد، بین آن ها، واقع گردیده و نیاز به انجام تشریفات ویژه دیگری، نخواهد بود.

✓ عقد تشریفاتی: عقدی است که صرف اعلام رضایت متعاقدين بر عقد، کافی نبوده و انعقاد آن، نیاز به رعایت تشریفات مخصوص و مورد پیش بینی قانون گذار دارد.

مصادیق عقود تشریفاتی:

-عقد بیمه، اگر کتبی نباشد باطل است.

-عقد انتقال سهم الشرکه با مسئولیت محدود، اگر با سند رسمی نباشد باطل است.

-فروش اموال شخص محکوم علیه، اگر با مزایده نباشد باطل است.

-فروش اموال دولتی، اگر با مزایده نباشد باطل است.

-قرارداد پیش فروش ساختمان ها، اگر با سند رسمی نباشد باطل است.

-انتقال حق کسب و پیشه، اگر با سند رسمی نباشد باطل است.

✓ عقد عینی: نوعی عقد تشریفاتی است که وقوع آن، وابسته به این می باشد که موضوع تعهد، تسلیم شود؛ به عبارتی در آن، باید، قبض، صورت بگیرد. در عقد عینی، صرف رضایت متعاقدين، برای وقوع عقد، کافی نبوده و عقد، زمانی محقق خواهد شد که قبض، توسط طرف دیگر عقد صورت پذیرد و مال به تصرف او درآید.

برای مثال؛ در عقد وقف، به عنوان یک عقد عینی و تشریفاتی، تا زمانی که واقف (وقف دهنده) مال موقوفه (مالی که وقف شده است) را به تصرف ندهد، عقد وقف، ایجاد نمی شود. ولی هر وقت واقف، اقدام کند و مال موقوفه را تحویل دهد، عقد تحقق پیدا می کند و صحیح خواهد بود.

*در عقود عینی استمرار قبض لازم است جز در مورد عقد رهن.

**در عقود عینی اگر مال از قبل درید شخص بوده است تجدید قبض لازم نیست.

حبس	وقف	رهن	هبه	صدقه	هدیه	جایزه
-----	-----	-----	-----	------	------	-------

مصادیق عقود عینی:

در صورت تردید اصل بر رضایی بودن عقود می باشد

نکته: در حال حاضر طبق قانون احکام دائمی برنامه های توسعه و تعاون معامله اموال غیرمنقول عقد تشریفاتی محسوب نمی شود و وقوع معامله نیاز به سند رسمی ندارد.

-بیع صرف (مبیع و ثمن هر دو) طلا
نقره
طلا/نقره ← معاوضه طلا و نقره عقد رضایی است.

✓ عقد مغایه ای: غبن در لغت، به معنای زیان و ضرر در معاملات به کار می رود. با این توضیح، منظور از عقود مغایه یا قراردادهای مغایه ای، عقود است که در آن طرفین قرارداد، در تلاش برای دستیابی به حداکثر سود شخصی و جلب منفعت مالی بیشتر هستند. (علم تفصیلی به مورد معامله لازم آن است) به بیان دیگر در عقود مغایه، طرفین به طور ضمنی سعی می کنند سود خود را از راه بیشتر کردن زیان دیگری به دست آورند.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

✓ عقد مسامحه‌ای: مسامحه در لغت معنای سهل‌انگاری و آسان شمردن دارد. بنابراین منظور از عقد مسامحه‌ای، قراردادی است که در آن برخلاف عقد مغایبه، هیچ‌یک از طرفین قصد جلب حداکثر منافع مالی به نفع خود را ندارند و با نگاهی توأم با تسامح و تساهل، دست به انجام معامله می‌زنند. (در این عقود علم اجمالی کفایت می‌کند)

✓ عقد معلق و منجز:

➤ ۱- منجز: عقد منجز آن است که اثر آن برحسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود. یعنی اثر حقوقی عقد مثل تملیک مال، ایجاد تعهد فوراً و بی‌درنگ پس از انشاء عقد به وجود می‌آید و عقد مشروط و معلق به هیچ واقعه‌ای نیست.

➤ ۲- معلق: عقدی است که تأثیر آن موقوف به تحقق یک امر خارجی یا شرطی در آینده است. درواقع عقد انشاء شده ولی اثر حقوقی آن مانند انتقال ملک یا تعهد تا تحقق آن امر یا شرط معلق می‌ماند. در مورد عقد معلق دو مرحله‌ی متمایز وجود دارد:

۱- مرحله قبل از تحقق معلق علیه (شرط): عقد معلق در این مرحله تنها اثر تمهیدی دارد یعنی در حدود مقتضای خود، اثر حقوقی داشته و الزام‌آور است. اگرچه حقی مشروط به وجود آمده و قابل انتقال نیز می‌باشد و به‌طور یک‌جانبه قابل فسخ نیست ولی چون شرط آن محقق نشده است، متعهدله نمی‌تواند اجرای مفاد عقد را درخواست نماید.

۲- مرحله پس از تحقق شرط: پس از تحقق شرط، متعهدله می‌تواند مانند سایر عقود اجرای مفاد آن را مطالبه نماید.

- صور تعلیق:

الف- تعلیق در انشاء: باطل است.

یعنی خود ایجاد عقد منوط به تحقق شرط یا واقعه‌ای باشد در این حالت عقد اصلاً رخ نمی‌دهد مگر آنکه آن واقعه ایجاد شود. در حقوق ما تعلیق در انشاء باطل است چون انشاء باید قاطع و بی‌تردید باشد.

ب- تعلیق در منشاء: صحیح است.

یعنی خود عقد منعقد شده ولی آثار آن معلق به شرطی در آینده است مانند اینکه بگوییم این ملک را فروختم به شرط آنکه مجوز ساخت صادر شود.

☞ تفاوت بین عقد احتمالی و عقد معلق:

در عقد احتمالی شانس و احتمال در میزان عوضین اثر دارد یعنی اثر عقد منجزاً آمده و میزان عوضین ممکن است کم‌وزیاد شود ولی در عقد معلق تحقق اثر با شانس در ارتباط است نه میزان آن.

عقود معلق در ایران اصولاً صحیح می‌باشد ولی عقد احتمالی اصولاً باطل است جز در مورد عقد بیمه و شرط‌بندی (شمشیر زنی-تیر اندازی-سوارکاری).

✓ عقد مؤجل: عقدی است که منعقد شده و آثار آن جاری می‌شود اما اجرای تعهدات هر دو یا یکی از طرفین به آینده‌ای مشخص موکول شده است.

- اگر قبل از آن أجل، مال موضوع معامله تلف قهری شود معامله منفسخ خواهد شد.

- اگر بایع تا قبل از آن تاریخ مال را به شخص دیگری بفروشد با حصول آن تاریخ و ایجاد مالکیت برای مشتری اول می‌تواند معامله ثانوی را تنفیذ یا رد کند.

✓ عقد مشروط: عقد منعقد شده و آثار آن نیز جاری می‌شود ولی التزام به عقد منوط به امور دیگری است بنابراین اگر آن امور (شرط) حاصل نشود طرف معامله (مشروط له) می‌تواند قرار داد را فسخ کند.

کلیدواژه عقد معلق عبارت «اگر، منوط به» می‌باشد

- در عقد اگر معلق علیه وابسته به اراده متعهد باشد باطل است ولی می‌تواند به اراده متعهد له و شخص ثالث باشد.

- در عقد مشروط، مشروط علیه ملزم به انجام دادن شرط می‌باشد در حالیکه در عقد معلق طرف قرار داد الزامی به انجام دادن معلق علیه ندارد.

شرایط معلق علیه:

- ۱- احتمالی باشد.
- ۲- معلق علیه ناظر به آینده باشد.
- ۳- باید یک امر خارجی باشد.
- ۴- نیاز به تعیین مدت نیست.

موارد تعلیق بطلان:

- تعلیق در ضمان و نکاح ← عقد باطل است.
- تعلیق مهریه در نکاح منقطع ← مهر باطل است و نکاح صحیح
- تعلیق ایقاعات فوری ← ایقاع باطل است.
- تعلیق به شروط اختیاری متعهد ← عقد باطل است.
- تعلیق به شروط ممتنع الحصول ← عقد باطل است.
- تعلیق به شرط خلاف مقتضای ذات عقد ← عقد باطل است.
- تعلیق به شروط نامقدور و نامشروع عقد باطل است.
- تعلیق بطلان عقد ← شرط باطل است.
- تعلیق انفساخ عقد بدون قید مدت ← عقد باطل است.

☞ وصیت معلق محسوب می شود زیرا اثر آن زمانی پدید می آید که مرگ موصی اتفاق افتاده باشد. تفاوت وصیت با سایر عمل حقوقی معلق در این است که در وصیت تعلیق مقتضای ذات آن است در حالیکه در سایر عقود تعلیق جنبه عارضی دارد و عقد قابلیت انشاء به نحو منجز را نیز دارد همچنین در وصیت الزاماً باید ناظر به فوت موصی باشد در حالیکه در سایر عقود معلق می تواند معلق بر فوت معامل، متعامل، ثالث باشد.

☞ طبق قانون مدنی وقف معلق صحیح می باشد اما مشهور فقها آن را نادرست می دانند.

☞ ایقاعات نیز می توانند به صورت معلق انشاء شوند مگر طلاق و ایقاعات فوری (اخذ به شفعه، فسخ نکاح، فسخ ناشی از خیارات فوری) در ایقاع معلق آثار آن از زمان حصول معلق علیه جاری می شود نه از زمان انشای ایقاع.

آثار عقد چه انتقال عین چه انتقال منافع از زمان حصول معلق علیه جاری می شود. (نظریه نقل)

با توافق، طرفین می توانند اثر عقد را ناظر بر زمان روز اول انعقاد عقد کنند. (اثر قهقرایی)

- قبل از حادث شدن معلق علیه آثار حق اصلی جاری نمی شود اما در حدود خود آن اثر حقوقی بر آن بار می شود به این نحو که به صورت قهری و ارادی قابل انتقال است. بدین معنی که اگر شخصی در بیعی، مبیع را به صورت معلق خریداری نموده است به همان نحو معلق نیز می تواند آن را بفروشد.

- اگر قبل از حصول معلق علیه یکی از طرفین دین معلق را ایفا کند چون هنوز آثار عقد جاری نشده است پرداخت او ایفای ناروا محسوب خواهد شد و می تواند آن را پس بگیرد.

در بیع معلق تا قبل از حصول معلق علیه مالکیت مبیع متعلق به بایع است و او می تواند هرگونه تصرف مادی یا حقوقی در مبیع نماید البته با رعایت حقوق طرف مقابل.

- اگر بایع قبل از معلوم شدن تکلیف معلق علیه آن را بفروشد طبق نظر اقوی این بیع غیر نافذ است و یا با تنفیذ خریدار معلق یا با اطمینان او از عدم حصول معلق علیه نافذ می گردد.

- به محض انعقاد عقد معلق طرفین امکان اقاله آن را دارند هرچند که اثر اصلی عقد هنوز به تحقق نپیوسته است اما عقد محقق شده است.

■ شرط فاسخ یا تعلیق در انحلال عقد به انفساخی گفته می شود که توسط اراده طرفین باشد، که مشروط بر تراضی دو طرف درباره انفساخ احتمالی عقد در آینده است. شرط فاسخ معلق است و می تواند معلق به وقوع حادثه احتمالی در آینده باشد، مثلاً در قرارداد اجاره شرط شود اگر پسر مؤجر از سفر برگردد، قرارداد منفسخ شود، همچنین ممکن است معلق به رویدادی شود که در آینده رخ می دهد، مثل شرط انحلال قرارداد پس از مدت معین. به عبارت دیگر شرط فاسخ فرآیند مخالف عقد معلق است. در عقد معلق تحقق عقد منوط به تحقق شرطی می گردد، ولی در شرط فاسخ، انحلال

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

عقد منوط به تحقق آن شرط می‌باشد. در شرط فاسخ معلق علیه باید همان ویژگی‌های معلق علیه در عقد معلق را داشته باشد. در عقود گفته شده شرط فاسخ قابلیت راه‌یابی ندارد؛ وقف، نکاح، ضمان نقل ذمه، اقاله، قرارداد اجاره مشمول سال ۵۶.

در شرط فاسخ معلق علیه باید دارای مدت مشخص باشد در غیر این صورت باطل و مبطل خواهد بود

فصل پنجم - شرایط صحت عقد

با توجه به آثار حقوقی معاملات، قانون‌گذار، شرایطی را تحت عنوان شرایط صحت معامله، پیش‌بینی کرده است؛ ماده ۱۹۰ قانون مدنی: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

۱- قصد طرفین و رضای آن‌ها

۲- اهلیت طرفین

*اهلیت: یعنی، طرفین، عاقل، بالغ، مختار بوده و محجور یا همان صغیر، سفیه و مجنون، نباشند و از نظر قانونی، از اهلیت استیفاء، یعنی، امکان انجام معامله حقوقی برخوردار بوده و ممنوع معامله نباشند.

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد

۴- مشروعیت جهت معامله

اگر این شرایط، به‌طور کامل وجود نداشته باشند، قرارداد منعقد شده، باطل یا غیر نافذ، خواهد بود. در مقابل شرایط عمومی برای صحت معاملات شرایط اختصاصی وجود دارد که در برخی از قراردادها لازم هستند مانند؛

-قبض شرط صحت در عقود عینی می‌باشد.

-قابل زرع بودن زمین شرط صحت عقد مزارعه می‌باشد.

-قابلیت انتفاع از مال شرط صحت عقد اجاره اموال است.

-تعیین مدت شرط صحت در عقد اجاره اموال، مزارعه، مساقات و نکاح منقطع می‌باشد.

-عدم وجود موانع نکاح شرط صحت عقد نکاح می‌باشد.

مورد معامله علاوه بر معین بودن باید مالیت داشته و مقدور و مشروعیت نیز داشته باشد اما این موارد در ماده ۱۹۰ ق.م بیان نشده است.

- | | |
|---|----------------------------------|
| ۱-عقد باطل: عقدی که یکی از ۴ شرط صحت معاملات را ندارد و آن شرط آن قدر مهم است که قابل جبران نمی‌باشد مانند معاملات بدون قصد. | انواع معاملات به لحاظ ضمانت اجرا |
| ۲-باطل نسبی: عقد منعقد شده بین طرفین نسبت به یک‌طرف صحیح و نسبت به طرف دیگر باطل است. مانند معاملات مدیران با شرکت در صورتیکه توسط مجمع عمومی عادی رد شود نسبت به مدیران صحیح اما در برابر شرکت باطل است. | |
| ۳-غیرقابل استناد: عقدی که بین دو نفر منعقد می‌شود و مابین طرفین صحیح می‌باشد ولی در برابر اشخاص ثالث باطل است مانند معامله وارث بر ترکه پیش از ادای دیون متوفی. | |
| ۴- قابل فسخ: معامله صحیحی که ذی‌نفع می‌تواند آن را منحل نماید. | |

* قابل ابطال با قابل فسخ دارای تفاوت است؛ در قابل ابطال معامله تا پیش از ابطال صحیح می‌باشد و امکان صرف‌نظر از ابطال آن وجود دارد و در صورت ابطال اثر قهقرایی دارد یعنی از روز اول معامله بی‌اثر خواهد شد اما در معامله قابل فسخ اثر آن ناظر به آینده می‌باشد.

****عقد صحیح از نظر حقوقی باطل نمی‌شود اما ممکن است منحل شود.**

-تحلیل ماده ۱۹۰ و ۱۹۱ قانون مدنی:

ماده ۱۹۱ قانون مدنی بیان می‌دارد؛ عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.

ماده ۱۹۰ در مقام بیان شرایط صحت عقد است یعنی وقتی می‌خواهیم بگوییم یک عقد درست است باید تمام این شرایط را داشته باشد اما ماده ۱۹۱ در مقام بیان شرایط تحقق و ایجاد عقد است یعنی عقد از چه زمانی به وجود می‌آید. بنابراین قصد انشاء شرط تحقق عقد است ولی برای صحت آن نیازمند رضایت، اهلیت، موضوع معین و جهت مشروع نیز هستیم که در ماده ۱۹۰ بیان شده‌اند.

○ سکوت و قصد:

سکوت فاقد اثر حقوقی است و حتی در نکاح نیز دلالت بر قصد نمی‌کند و چه در عقود و چه ایقاعات اراده باید انشاء و اظهار شود و صرف نیت درونی برای انعقاد عقد کافی نیست.

در ایقاعات صرف اظهار اراده لازم و کافی است و لازم نیست که این اراده به اطلاع طرف مقابل برسد جز در خصوص فسخ و کالت توسط موکل که تا اراده موکل مبنی بر عزل وکیل به اطلاع وکیل نرسد این عزل مؤثر نیست و اقدامات وکیل صحیح است.

تنها در موارد استثنائی سکوت دلالت بر رضایت دارد که به شرح ذیل است:

الف- در شرکت‌های تضامنی، نسبی، مختلط غیر سهامی در صوت فوت یا محجوریت یکی از شرکا، بقای شرکت منوط به رضایت سایر شرکا و رضایت وراث یا قیم شریکی که فوت کرده یا محجور شده است. حال اگر سایر شرکا راضی به بقای شرکت باشند، وراث یا قیم آن شریکی که دچار فوت یا حجر شده است، باید ظرف یک ماه قصد خود را بر بقا یا انحلال شرکت بیان کنند و اگر در این ماه سکوت کنند، سکوت ایشان به منزله رضایت بر بقای شرکت است.

ب- رد ترکه باید در مدت یکماه از تاریخ اطلاع وراث به فوت مورث به عمل آید اگر در مدت نامبرده رد ترکه به عمل نیاید در حکم قبول و مشمول ماده ۲۴۸ خواهد بود سکوت در برابر ترکه به منزله قبول ترکه است.

ج- قیم باید ظرف ۳ روز از تاریخ ابلاغ رأی دادگاه با رعایت مسافت، عدم پذیرش سمت قیمومت را به دادستان اطلاع دهد. سکوت بعد از این سه روز به منزله رد قیمومت محسوب می‌شود.

د- اگر برات‌گیر از تاریخ ارائه برات تا ۲۴ ساعت سکوت کند این سکوت به منزله نکول برات است.

○ **عقد معاطاتی:** اگر ابراز قصد با اعمال و به صورت غیر صریح صورت گیرد این عقد، عقد معاطاتی نام دارد در حقوق ما عقود چه صریح باشند و چه معاطاتی صحیح هستند کلیه عقود ممکن است به صورت معاطاتی منعقد شوند به جز:

الف- وقف: بنابر نص قانون ایجاب آن الزاماً باید با الفاظ انشا شود. در وقف ایجاب حتماً باید انشا شود اما قبول معاطاتی آن بلامانع است.

ب- نکاح: حتماً باید با الفاظ انشا شود و فقط در صورتی که شخص نتواند از الفاظ استفاده کند اشاره کفایت می‌کند.

ج- در عقود تشریفاتی مانند عقدی که به موجب تنظیم سند رسمی منعقد می‌شوند به دلیل لزوم انشای ایجاب و قبول در چهارچوب تشریفات خاص، معاطات معنا ندارد.

○ مدت در عقود:

۱- عقدی که تعیین مدت در آن‌ها الزامی است و عدم تعیین مدت موجب بطلان عقد می‌شود. در این دسته عقود مدت، رکن اساسی عقد است مانند: نکاح منقطع، مزارعه، مساقات، اجاره اشیاء.

۲- عقدی که تعیین مدت در آن‌ها خلاف مقتضای ذات عقد بوده و در صورت تعیین، عقد باطل می‌شود مانند: نکاح دائم، وقف، بیع، ضمانت نقل ذمه، هبه، صلح مالکیت عین.

۳- عقدی که می‌توان در آن‌ها مدت تعیین کرد اما تعیین مدت تأثیری بر صحت عقد ندارد مانند: جعاله، وکالت، مشارکت، مضاربه، قرض، کفالت، ضمانت ضم ذمه، صلح منافع.

○ اشتباه و آثار آن در معاملات:

اشتباه می‌تواند در موارد خاصی موجب بطلان عقد شود بر اساس مواد قانونی و نظرات دکترین، هشت مورد از اشتباهاتی که منجر به بطلان عقد می‌شوند به شرح ذیل می‌باشند:

۱- اشتباه در نوع یا ماهیت عقد:

اگر طرفین در نوع عقد اشتباه کنند، عقد باطل می‌شود مثلاً یکی قصد بیع داشته باشد و دیگری اجاره. ماده ۱۹۴ قانون مدنی تصریح می‌کند که الفاظ و اعمال متعاملین باید به نحوی باشد که هریک همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشای آن را داشته است وگرنه معامله باطل خواهد بود.

۲- اشتباه در هویت موضوع معامله:

اگر طرفین در مورد موضوع معامله دچار اشتباه شوند مانند اینکه یکی قصد فروش کتاب و دیگری قصد خرید لباس داشته باشد به دلیل عدم توافق اراده عقد باطل است.

۳- اشتباه در وصف اساسی موضوع معامله:

اشتباه در اوصاف اساسی که مورد تراضی طرفین قرار گرفته باشد، موجب بطلان عقد است. مثلاً خرید طلا و نقره بدل به جای خرید طلا و نقره اصل. ماده ۲۰۰ قانون مدنی بیان می‌کند که اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد.

اصولاً وصف اساسی جنس مورد معامله می‌باشد

اشتباه در وصف اساسی مورد معامله اصولاً در مال معین قابل تحقق است چراکه در مال کلی شخص متعهد می‌شود مال مطابق اوصاف را تحویل دهد و در صورت تخلف عقد صحیح است اما متعهد له می‌تواند اول الزام او را به اجرای تعهد بخواهد و چنانچه وصف بیان شده در هیچ‌یک از مصادیق کلی وجود نداشته باشد در این حالت است که معامله باطل خواهد بود.

برای تعیین وصف اساسی معیار شخصی برقرار است به‌طور مثال برای الف برند هرمس بودن یک کیف وصف اساسی می‌باشد. در این حالت اشتباه باید در زمان شکل‌گیری و ایجاد قصد انشاء باشد چون اشتباه در بیان و ابراز مؤثر نمی‌باشد.

نکته: اگر بیعی مبنی بر عتیقه بودن مالی منعقد شود اما فروشنده در خصوص وصف عتیقه بودن شرط عدم مسئولیت نماید و چنانچه مورد معامله فاقد وصف مذکور باشد قرارداد صحیح و غیرقابل فسخ می‌باشد مگر اینکه فروشنده با علم به فقدان شرط یا همان وصف مذکور عدم مسئولیت خود را بیان داشته باشد که در این صورت از باب تدلیس می‌توان قرارداد را فسخ نمود.

۴- اشتباه در شخص طرف عقد (در عقودی که شخصیت طرف علت عمده عقد باشد)

اشتباه در شخص طرف عقد به معنای آن است که یکی از طرفین عقد، فرد مقابل را با شخص دیگری اشتباه بگیرد اصل بر این است که چنین اشتباهی تأثیری در صحت عقد ندارد مگر آنکه شخصیت طرف مقابل علت عمده برای انعقاد عقد باشد که اشتباه در شخص طرف مقابل موجب بطلان عقد می‌شود. مثلاً در عقودی مانند نکاح، عقود مجانی نظیر هبه، صدقه، صلح مجانی، عقود مبتنی بر مسامحه نظیر صلح محاباتی و ضمان، شرکت‌های اشخاص مانند شرکت تضامنی و نسبی یا قراردادهایی که با اشخاص متخصص یا هنری.

۵- اشتباه در وجود علت تعهد:

اگر تعهد بر اساس تصور نادرستی از وجود علت آن صورت گیرد، عقد باطل است. مثلاً کسی به تصور اینکه مسئول جبران خسارت است مبلغی را تعهد کند در حالیکه مسئولیتی ندارد.

۶- اشتباه حکمی اگر منتهی به اشتباه موضوعی شود:

یعنی شخصی احکام قانونی عقد را نداند و این جهل منتهی به اشتباه موضوعی شود. برای مثال فرض کنید که حق حبس مطلق زمینی را به شخصی داده باشیم و با این تلقی اشتباه که حبس مطلق، دائمی است و دیگر زمین از دسترس ما خارج شده آن زمین را به قیمت کمی بفروشیم.

۷- اشتباه در میزان:

شخصی به واسطه اشتباه در میزان، اقدامی انجام دهد که در این موارد، این اشتباه او موجب بطلان عمل حقوقی است. برای مثال اگر وارث با این تلقی که موصی به از ثلث ترکه کمتر است، موصی به را به نام موصی له سند بزند و بعد معلوم شود که او اشتباه کرده و ارزش موصی به از ثلث ترکه بیشتر است نمی‌توان انتقال سند توسط وارث مزبور را نوعی تنفیذ وصیت زائد بر ثلث تلقی کرد زیرا در اشتباه بوده و اراده‌ای بر تنفیذ وصیت نداشته است.

۸- اشتباه در اوصاف طرف قرارداد، اگر علت عمده عقد باشد:

شخص به تصور اینکه طرف مقابل هنرمند برجسته‌ای است، اثری را به او هدیه می‌دهد یا کاری را برای وی رایگان انجام می‌دهد اما بعداً معلوم می‌شود شخص هیچ شهرتی ندارد اگر شهرت علت اصلی عقد بوده باشد اشتباه در آن عقد را باطل می‌کند.

○ انواع اکراه و اثر آن بر عقد:

الف- اکراه مادی: اکراهی است که اراده و قصد را سلب می‌کند مانند گرفتن دست شخص و اجبار او به امضای سند.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

در این حالت چون قصد واقعی برای انشای عقد وجود ندارد عقد باطل است.

ب- اکره معنوی: ایجاد ترس یا تهدیدی است که شخص را وادار به انجام معامله‌ای برخلاف میل باطنی خود کند، در حالیکه قصد دارد اما رضایت ندارد. در این حالت عقد غیرنافذ است نه باطل!

ج- اکره مشروع: به وضعیتی گفته می‌شود که فرد با استفاده از ابزارهای قانونی و مشروع مثل مراجعه به دادگاه تهدیدی متعارف و مجاز علیه طرف مقابل اعمال می‌کند اما هدف او از این اقدام، استیفای یک حق قانونی است.

* اگر شخصی دیگری را تهدید کند که چنانچه پولی به او نپردازد اختلاس یا فرار مالیاتی طرف مقابل را گزارش خواهد کرد در اینجا با اینکه ابزار تهدید گزارش به مراجع ذیصلاح است اما هدف گرفتن پولی است که حق قانونی تهدید کننده نیست بنابراین این اکره نامشروع است.*

شرایط تحقق اکره

۱- انجام عمل تهدید کننده و اکره آمیز	}
۲- نامشروع بودن وسیله یا هدف اکره	
۳- رابطه سببیت و مؤثر بودن اکره	

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

مبنای وضع این ماده، قاعده غلبه است؛ بنابراین اگر تهدید نسبت به دوست یا نامزد، در شخص مکره مؤثر باشد؛ معامله وی با شخص اکره کننده، غیرنافذ است.

تا زمانی که عمل اکره کننده، تهدیدآمیز نباشد؛ نمی‌توان مدعی شد که خطری، متوجه مکره است. خطر مزبور، ممکن است به‌طور مستقیم، معطوف به جان، مال، یا عرض اکره شونده باشد، تهدید و خطر، ممکن است مستقیماً، یکی از بستگان مکره را محور هدف خود قرار دهد. البته تهدید نسبت به اموال بستگان مکره، در صورتی که به جان و آبروی آنان نیز لطمه وارد آورد؛ موجب عدم نفوذ معامله می‌گردد.

* هرگاه شخصی که تهدید شده است بداند که تهدیدکننده نمی‌تواند تهدید خود را به‌موقع اجرا گذارد یا خود شخص مزبور قادر باشد بر این که بدون مشقت، اکره را از خود دفع کند و معامله را واقع نسازد آن شخص، مکره محسوب نمی‌شود.

** مجرد خوف از کسی بدون آن که از طرف آن‌کس، تهدیدی شده باشد اکره محسوب نمی‌شود.

*** اضطراب به وضعیتی گفته می‌شود که شخص بدون تهدید مستقیم دیگران، به دلیل شرایط بیرونی و قهری برای حفظ جان یا مال یا دفع ضرر سنگین ناچار به انجام یک معامله یا رفتار می‌شود.

ماده ۲۰۹ قانون مدنی: امضای معامله بعد از رفع اکره موجب نفوذ معامله است.

☑ اگر وکیل تحت تأثیر اکره مالی را بفروشد معامله غیر نافذ است و توسط وکیل یا موکل قابل تنفیذ می‌باشد. (وکیل حق تنفیذ دارد چون از طرف موکل نیابت دارد و موکل چون معامله برای اوست نیز حق تنفیذ دارد). چنانچه موکل، وکیل را اکره به فروش کند بیع صحیح می‌باشد.

در صورت فوت مکره، اجازه یا رد معامله اکره‌ای با ورثه است اعم از اینکه عقد عهدی باشد یا تملیکی.

البته در برخی موارد تنفیذ یا رد قائم به شخص است و با فوت مکره معامله اکره‌ای باطل شده و حق تنفیذ یا رد، به وراثت او نمی‌رسد مانند نکاح و عده نکاح.

در مورد وصیت اختلاف وجود دارد و برخی معتقدند قائم به شخص است یعنی اگر شخصی تحت تأثیر اکره وصیت‌نامه‌ای بنویسد می‌تواند بعد از زوال اکره آن را تنفیذ یا رد کند اما اگر قبل از رد یا تنفیذ وصیت‌نامه شخص اصیل فوت کند این وصیت باطل می‌شود و حق تنفیذ یا رد به وراثت نمی‌رسد اما نظر دکتر کاتوزیان بر این است این حق به وراثت به ارث می‌رسد.

☐ انتقال حق تنفیذ یا رد به وراثت به جهت قائم‌مقامی نیست بلکه از باب مالکیت است بنابراین این حق فقط به همان وراثتی می‌رسد که مالک شده‌اند وقتی این حق به وراثت رسید ملزم به تنفیذ یا رد دسته‌جمعی نیستند بلکه برخی از ایشان می‌توانند معامله را نسبت به سهم خود تنفیذ و برخی دیگر معامله را نسبت به سهم خود رد کنند. (در حق شفعه چنین نیست چرا که در صورت انتقال به وراثت قابل تبعیض نمی‌باشد).

**** اگر در عقد بیعی فروشنده و خریدار تحت اکره ثالثی وادار به انعقاد بیع شوند عقد از هر دو طرف غیر نافذ محسوب می‌شود و نفوذ آن منوط به تنفیذ هر دو طرف است و رد عقد از سوی هر یک از طرفین عقد را باطل می‌کند.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

***** اگر مالی به طور اکرایی فروخته شود و شخص مکره آن معامله را رد کند بعد از رد معامله باطل می شود و تنفیذ مجدد امکان پذیر نیست. ممکن است این تنفیذ نوعی ایجاب جدید برای انعقاد معامله ای جدید باشد.

○ فرمول اکراه:

۱- وسیله اکراه مشروع + هدف نامشروع = اکراه

۲- وسیله نامشروع + هدف نامشروع = اکراه

- ایقاعات اکرایی در حقوق ما اصولاً غیر نافذ می باشند مگر موارد زیر که اگر اکرایی واقع شوند باطل هستند:

۱- طلاق

۲- تمامی ایقاعات فوری (فسخ به موجب خیار عیب- غبن- رویت- تخلف از وصف- تدلیس- اخذ به شفعه)

○ سوءاستفاده از اضطرار در قراردادهای نجات دریایی

ماده ۱۷۹ قانون دریایی: هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است به تقاضای هریک از طرفین به وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود.

اگر یک وسیله حمل دریایی مانند کشتی یا لنج، در حال غرق باشد و وسیله دریایی دیگری برای نجات آن کشتی، در این شرایط اضطراری، شروط ناعادلانه ای را به آن کشتی تحمیل کند، این اقدام نوعی سوءاستفاده از اضطرار است و دارای احکام زیر می باشد:

الف- این قرارداد در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده باشد.

ب- شرایط مندرج در قرارداد به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد.

ج- یکی از طرفین یعنی آن شخص مضطر تقاضای ابطال یا تغییر قرارداد را نماید.

• اهلیت:

اهلیت اشخاص حقیقی یعنی شایستگی و صلاحیت انجام اعمال حقوقی و دارا شدن حق

اهلیت تمتع: توانایی دارا شدن حق و تکلیف

اهلیت استیفا: توانایی اجرا حقوق دارا شده

- اهلیت در اشخاص حقوقی یعنی توانایی آن ها در انجام اعمال حقوقی در حدود موضوع و هدفی که در اساسنامه یا قانون برای آنان تعریف شده است.

○ اعمال حقوقی توسط افراد فاقد اهلیت (محجورین)

الف- صغیر غیر ممیز:

کلیه اعمال حقوقی انشا شده توسط صغیر غیر ممیز باطل است. بنابراین صغیر غیر ممیز به دلیل فقدان قصد انشا اهلیت استیفا ندارد و نمی تواند هیچ عمل حقوقی معتبری انجام دهد. این بطلان شامل همه اعمال حقوقی می شود چه عقود، چه ایقاعات، چه مالی یا غیرمالی، حتی آن دسته از اعمال که ظاهرشان به نفع صغیر است.

*عقود و ایقاعات: صغیر غیر ممیز نه می تواند طرف عقد باشد مانند بیع، اجاره و... نه می تواند ایقاعی را انشاء کند مانند ابراء، فسخ، طلاق و ...

**اعمال حقوقی مالی و غیرمالی: فرقی نمی کند که معامله یا ایقاع، مربوط به اموال باشد یا غیرمالی. حتی در اعمال غیرمالی نیز قصد لازم است که صغیر غیر ممیز فاقد آن است.

***اعمالی که به نفع صغیر است مانند قبول هبه بلاعوض. در ظاهر ممکن است تصور شود که اعمالی مثل قبول هبه یا وصیت تملیکی بلاعوض که صرفاً به نفع صغیر است باید صحیح باشد اما چون قبول چنین تملکاتی نیاز به قصد دارد بنابراین صغیر غیر ممیز نمی تواند قبول کند.

ب-صغیر ممیز:

منظور کودکی است که تمییز دارد اما هنوز بالغ نشده است.

انشای اعمال حقوقی صرفاً نافع توسط صغیر ممیز مانند قبول تملکات مجانی و بلاعوض

نافذ و صحیح است پس اگر شخصی مالی را به او هدیه کند علاوه بر اینکه ولی یا قیم او می‌توانند قبول کنند خودش نیز می‌تواند.

انشای اعمال حقوقی صرفاً مضر توسط او مانند هبه دادن یا وقف کردن باطل است ولو با اذن قیم یا ولی اما یک استثناء دارد مگر از جهت امور تربیتی و اخلاقی.

با توجه به ماده ۸۶ ق.ا.ح اعمال حقوقی معوض مالی که دو وجهی هستند و نفع و ضرر در آن متصور است غیر نافذ بوده و منوط به اذن ولی یا قیم می‌باشد.

انشای اعمال حقوقی غیر مالی توسط صغیر ممیز در برخی موارد مانند طلاق باطل است و مواردی مانند نکاح غیر نافذ است و نیاز به تنفیذ ولی یا قیم دارد.

ج-سفیه:

سفیه (غیر رشید) به معنای فردی است که قادر به اداره اموال خویش نیست و به عبارت دیگر صلاح خویش را تشخیص نمی‌دهد (عقل معالش ندارد) و دست به معاملات غیر عاقلانه می‌زند. سفیه از محجورین است ولی هرگاه باعث ضرر شود، ضامن است. تفاوت بین سفیه و مجنون در این است که مجنون اصولاً فاقد قوه ادراک و تعقل می‌باشد، در حالی که سفیه تا حدودی قوه درک و تشخیص دارد. در مورد سفیه تمامی موارد شبیه اعمال صغیر ممیز است جز؛

انشای اعمال حقوقی غیر مالی مانند نکاح و طلاق برای سفیه صحیح است اما قابل ذکر است نظر مشهور حقوق دانان مانند دکتر صفایی از آنجاکه در نکاح مهریه وجود دارد نکاح شخص سفیه اعم از دائم یا موقت غیر نافذ و نیازمند تنفیذ ولی یا قیم است اما نظر دکتر کاتوزیان بر این است که نکاح دائم سفیه صحیح و فقط قرارداد مهریه غیر نافذ و نیازمند تنفیذ ولی یا قیم است.

نکته ۱: انشاء هبه با شرط عوض توسط سفیه یا صغیر غیر ممیز غیر نافذ می‌باشد.

نکته ۲: به تنفیذ قبل از انجام معامله توسط صغیر غیر ممیز یا سفیه توسط ولی یا قیم اذن گفته می‌شود که قابل رجوع می‌باشد و تا زمانی که محجور معامله مأذون را انجام نداده است می‌تواند از اذن خود رجوع نمایند.

نکته ۳: به تنفیذ بعد از انجام معامله توسط سفیه یا صغیر غیر ممیز اجازه گفته می‌شود که قابل رجوع نمی‌باشد و بعد از اجازه معامله منعقد شده صحیح می‌شود و نمی‌توان مجدداً آن را باطل کرد.

د-اعمال حقوقی انشاء شده توسط مجنون ادواری؛

معاملات مجنون ادواری در حالت افاقه صحیح و نافذ است و در حالت جنون باطل است.

هنگام تردید در مجنون یا حالت افاقه بودن مقتضای اصل صحت بر این است که دلیل بر عهده‌ی مدعی جنون باشد (اصل بر صحت است)

نکته ۱: چنانچه برای مجنون ادواری حکم حجر صادر شده باشد اصل بر جنون او می‌باشد و افاقه او باید ثابت شود و اگر حکم حجر صادر نشده باشد اصل بر صحت است و جنون او باید ثابت شود. در حالت کلی اصل بر جنون است.

نکته ۲: کلیه اعمال حقوقی انشاء شده توسط مجنون دائمی به واسطه فقدان قصد باطل است.

حکم معامله	وضعیت معامله	وضعیت شخص
باطل	هر معامله‌ای	صغیر غیر ممیز
غیر نافذ	معامله مالی	صغیر ممیز بدون اجازه ولی
صحیح	معامله مالی	صغیر ممیز با اجازه ولی
غیر نافذ	معامله مالی	سفیه بدون اجازه ولی
صحیح	معامله مالی	سفیه با اجازه ولی
صحیح	غیر مالی	سفیه در امور غیر مالی

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

حکم معامله	وضعیت معامله	وضعیت شخص
باطل	هر معامله‌ای	مجنون دائمی
صحیح	هر معامله‌ای	مجنون ادواری در حال افاقه
باطل	هر معامله‌ای	مجنون ادواری در حال جنون

• مورد معامله

ماده ۲۱۴ قانون مدنی: مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند.

- به چیزی که به موجب تراضی طرفین، موضوع مبادله قرار گیرد؛ «مورد معامله» گویند.

- به مالی که بتواند از طریق یکی از وجوه ناقله، مورد معاوضه و انتقال قرار گیرد؛ «مال قابل مبادله» گویند.

چنانچه موضوع معامله مال باشد دارای اوصاف و شرایطی است و فقدان هر یک موجب بطلان معامله است این شرایط به شرح ذیل می‌باشد؛

مالیت داشته باشد. (وجود منفعت مزبور برای یکی از طرفین، کافی است - ملاک نوعی است)	معلوم و معین باشد. (مردد نباشد - فقط در جعاله مردد بودن پذیرفته شده است)
در زمان عقد موجود باشد.	ملک متعهد باشد.
قابل نقل و انتقال باشد.	مقدور یا مقدور التسلیم باشد.
مشروع باشد.	

☑ نکات

✓ ملاک معلوم و معین بودن زمان انعقاد عقد است نه در زمان اختلاف.

✓ فروش اعضاء بدن صحیح است.

✓ در نظام حقوقی ایران اصولاً ایده قابلیت ثبت ندارد اما مالیت داشته و معامله آن اصولاً معتبر است.

✓ به موجب رأی اصراری شماره ۵۸۹۲ مورخه ۱۳۳۸/۱۱/۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، بیع هر آنچه در عرف، قابلیت معامله نداشته؛ ولی از نظر طرفین، از مالیت، ارزش معنوی و عقلایی برخوردار است؛ صحیح می‌باشد.

✓ اگر متعهد عاقل یا رشید باشد اما تحت یک شرایط خاص معامله یا تعهدی نماید که عقلایی نباشد معامله باطل است.

✓ باید توجه داشت که اگر موضوع معامله عین معین یا کلی در معین باشد جنس، وصف و مقدار باید در معامله معلوم باشند اما نیاز به ذکر آنان نیست و در فرضی که موضوع معامله کلی فی الذمه باشد علاوه بر آنکه وصف، جنس و مقدار باید معلوم باشد بیان آن در معامله لازم است اما این امر قابل تصور است که می‌توان نمونه‌ای نشان داد و بر اساس آن توافق و معامله کرد.

- عین معین: قابل اشاره به این‌وآن باشد، اصطلاحاً وجود خارجی داشته باشد.

- کلی فی الذمه: صادق بر افراد عدیده باشد، مصادیق زیادی داشته باشد.

- کلی در معین: مقدار کلی به طور مشخص از مجموعه تجزیه پذیر (۱۰۰ کیلو از این ۱۰۰۰ کیلو برنج دم‌سیاه موجود در انبار)

{کلی در معین با مشاع متفاوت است، عین مشاع را معمولاً با کسر یا درصد نشان می‌دهند}

✍ درجه علم لازم برای انعقاد عقد؛ علم تفصیلی یا اجمالی است؟

اکثریت بر این باورند که در عقود معاوضی مانند بیع، اجاره و... باید طرفین علم تفصیلی به موضوع معامله داشته باشند یعنی مورد معامله به گونه‌ای معلوم باشد که مقدار، جنس، وصف همگی مشخص باشند تا از جهل طرفین جلوگیری شود و عقد غرری نباشد اما استثنائاتی نیز وجود دارد و در برخی موارد علم اجمالی را کافی دانسته‌اند مانند؛ جعاله، صلح، کفالت، ضمان، صلح و کلیه عقود مبتنی بر مسامحه مانند هبه، وصیت و ...

اما دیدگاه صحیح‌تر این است که نمی‌توان برای تمام عقود به صورت یکسان علم تفصیلی را شرط دانست بلکه باید هر عقد را با توجه به ماهیت، هدف، و مبتنی بودن آن بر مسامحه یا معاوضه درجه‌ای از علم که عرفاً جهل طرفین را مرتفع کند کافی دانست.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

جدول تحلیل معامله به شرط

نوع شرط	مثال	مبنای قانونی	اثر حقوقی
شرط جنس	خرید کالا به شرط طلا بودن ولی معلوم شود نقره است.	۳۵۳ ق.م	معامله باطل است.
شرط وصف	خرید طلا به شرط ۲۴ عیار بودن اما ۱۸ عیار باشد.	۲۳۵ - ۴۱۰ ق.م	معامله صحیح است ولی مشروط له حق فسخ دارد.
شرط مقدار	خرید به شرط ۵۰ گرم بودن اما ۴۴ گرم باشد	۳۸۴ - ۳۸۵ ق.م	معامله صحیح است اما معامله قابل فسخ است.

- ✓ وصف مرغوبیت می تواند مبهم باشد اما چنانچه معامله کلی باشد منتخب نباید عرفاً معیوب باشد.
- ✓ اختیار تعیین مورد معامله چنانچه به یکی از طرفین قرارداد یا ثالث داده شود موجب غرر و بطلان معامله است.
- ✓ معلوم و معین بودن اختصاص به مبیع ندارد و در ثمن نیز جاری و قابل اعمال است.
- ✓ در مواردی که ثمن معامله تعیین شده ولی طبق حادثی در میزان آن اختلاف باشد طبق اصل عدم زیاده معامله با کمترین ثمن صحیح خواهد بود.
- ✓ قابل تعیین بودن موضوع معامله یعنی موضوع فعلاً معین نیست ولی با معیارهایی مانند چالاکی بیشتر، وزن کمتر، می توان آن را بعداً مشخص کرد. در برخی عقود همین میزان کفایت می کند مانند صلح بر چالاکترین اسب مسابقه، که پس از مسابقه موضوع معامله مشخص می شود.
- ✓ اگر چند مال مختلف با یک ایجاب عرضه شود و به طرف مقابل حق انتخاب داده شود (مانند اینکه همه اشیاء ی مغازه به قیمت معین) معامله صحیح است. درواقع چند ایجاب جداگانه صورت گرفته و مخاطب هر کدام را که بپذیرد عقد نسبت به همان مال منعقد می شود.
- ✓ اگر چند مال مثلی با یک ایجاب معامله شود و به مخاطب حق انتخاب داده شود معامله به طریق اولی صحیح است. با انتخاب مخاطب موضوع معامله معین شده و عقد نسبت به همان مال منعقد می شود.
- ✓ موضوع معامله باید قابل تعیین باشد پس اگر شخصی به دیگری بیان دارد یکی از این دو مال را به تو N تومان فروختم (ایجاب مردد) دو فرض زیر متصور است؛

الف-ایجاب مردد است و قبول مطلق در نتیجه معامله باطل است.

ب-ایجاب مردد است و قبول معین (یعنی کالا شماره ۱ - یا کالا سمت راستی و...) در نتیجه معامله صحیح است.

- ✓ مفهوم ماده ۳۷۰ ق.م این است که قدرت بر تسلیم باید در زمان انعقاد عقد موجود باشد. شرط قدرت بر تسلیم یکی از شرایط مهم در صحت موضوع معامله است این شرط در حالت های مختلف به شکل های متفاوتی بررسی می شود، به صورت خلاصه و دقیق، زمان لازم برای تحقق قدرت بر تسلیم در معاملات، بسته به نوع عقد متفاوت است؛

نوع معامله	زمان لازم قدرت بر تسلیم	توضیح
معاملات قطعی	زمان انعقاد عقد	طرفی که باید مال را تسلیم کند، باید در همان لحظه انعقاد عقد قدرت بر تسلیم داشته باشد.
معاملات مؤجل	زمان فرا رسیدن اجل	قدرت بر تسلیم در زمان انجام تعهد لازم است.
معاملات معلق	زمان تحقق معلق علیه	چون عقد هنوز تحقق نیافته، قدرت بر تسلیم در زمان تحقق شرط لازم است.
معاملات غیرنافذ	زمان تنفیذ	عقد قبل از تنفیذ نافذ نیست، پس قدرت بر تسلیم نیز باید در زمان تنفیذ وجود داشته باشد.

- ملاک قدرت بر تسلیم نوعی است و آنچه اهمیت دارد قابلیت مال برای تسلیم است نه اینکه فروشنده (بایع) شخصاً توانایی تسلیم داشته باشد.
- در معاملات خیاری قدرت بر تسلیم باید در زمان انعقاد عقد وجود داشته باشد چراکه خیاری بودن معامله صرفاً به طرف مقابل حق فسخ می دهد اما مانعی برای انتقال مالکیت یا اجرای تعهدات قراردادی مانند تسلیم موضوع معامله نیست.
- اگر در زمان انعقاد عقد قدرت بر تسلیم وجود داشته باشد اما طرفین با این باور که قدرت بر تسلیم وجود ندارد وارد معامله شوند چنین معامله ای به دلیل فقدان قصد واقعی باطل است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

★ زوال قدرت بر تسلیم پس از انعقاد معامله:

اگر در حین انعقاد معامله قدرت بر تسلیم وجود داشته باشد اما بعد از عقد قدرت بر تسلیم از بین برود دو حالت متصور است؛

الف- زوال دائم: معامله منفسخ می‌شود اما در عقود عینی اگر زوال بعد از ایجاب و قبول و قبل از قبض و اقباض باشد عقد باطل است چون تا قبض انجام نشود عقد عینی محقق نمی‌شود.

ب- زوال موقت: اگر قدرت بر تسلیم به‌طور موقت از بین برود دو حالت زیر متصور است؛

۱- وحدت مطلوب: معامله منفسخ می‌شود.

۲- تعدد مطلوب: برای متعهد حق خیار فسخ به وجود می‌آید.

○ جهت معامله:

«جهت»، یعنی داعیه و انگیزه‌ای که سبب رضایت شخص، نسبت به انجام معامله می‌شود.

تصریح به جهت نامشروع، پس از انعقاد عقد، خللی به اعتبار آن وارد نمی‌سازد.

- انگیزه نامشروع زمانی سبب بطلان خواهد بود که اولاً جهت معامله باشد (انگیزه مستقیم انعقاد عقد) و ثانیاً وارد تراضی طرفین شده باشد و نسبت به آن آگاه باشند.

- صرف اطلاع از انگیزه نامشروع برای بطلان عقد کافی است ولو اینکه تصریح نشده باشد.

- شرط نامشروع اگر علت و جهت اصلی عقد باشد باطل و مبطل عقد خواهد بود.

- در ایقاعات نیز نامشروع بودن جهت موجب بطلان خواهد بود اما در ایقاعات دوطرفه مانند ابراء نامشروع بودن جهت در صورتی موجب بطلان است که طرف ایقاع از آن مطلع باشد.

○ معامله به قصد فرار از دین:

معامله‌ای که مدیون برای جلوگیری از وصول طلب طلبکاران، به‌طور صوری یا واقعی، اموال خود را به دیگران منتقل می‌کند تا طلبکاران نتوانند از محل آن‌ها طلب خود را

وصول کنند. این معاملات به دو شکل زیر قابل انعقادند؛

الف- صوری: کلیه عقود صوری به دلیل فقدان قصد باطل هستند.

ب- غیر صوری: معامله‌ای که مدیون برای فرار از پرداخت دیون خود با قصد واقعی انجام می‌دهد اگر انتقال در قالب معاملات مجانی باشد در برابر طلبکاران غیر نافذ است اما اگر معوض باشد طبق ماده ۲۱ ن.ا.م.م غیر قابل استناد در برابر طلبکاران است اما مشروط به شروط زیر:

۱- علم طرف معامله به قصد مدیون در فرار از دین.

۲- عدم کفایت سایر اموال برای استیفای طلب.

۳- برای دارا شدن جنبه کیفری باید انتقال بعد از صدور حکم قطعی محکومیت مدیون باشد.

★ نکته فوق مهم: بر اساس ماده ۲۱ قانون نحوه اجرا محکومیت‌های مالی؛ چنین قراردادهایی غیر قابل استناد اعلام نشده‌اند بلکه مقرر شده که اگر شرایط سه‌گانه (علم، عدم کفایت اموال، وقوع معامله پس از حکم قطعی) جمع باشد؛ عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال مثل یا قیمت مال موضوع معامله، از اموال منتقل الیه اخذ می‌شود و چنانچه منتقل الیه مال را به ثالثی منتقل کرده باشد سراغ ثالث نمی‌رویم بلکه مثل یا قیمت آن از اموال خود منتقل الیه برداشته می‌شود.

✳ حالات مختلف معاملات با قصد فرار از دین: در قوانین جانبی احکام خاصی مطرح است که به شرح ذیل می‌باشد؛

۱- وقف به قصد اضرار به دیان غیر نافذ است و نیازمند تنفیذ دیان می‌باشد.

۲- معامله تاجر به قصد اضرار به طلبکاران قبل از توقف با شرایطی قابل فسخ است.

۳- معاملاتی که تاجر ورشکسته به قصد اضرار به طلبکاران بعد از صدور حکم راجع به تصدیق قرار داد ارفاقی تا صدور حکم بطلان یا فسخ قرارداد ارفاقی منعقد نموده است، اگر به ضرر طلبکاران تمام شود باطل است.

۴- معامله مؤدیان مالیاتی که به قصد فرار از پرداخت مالیات، اقدام به نقل و انتقال اموال خود به همسر یا فرزندان خود می‌نمایند توسط سازمان امور مالیاتی کشور از طریق مراجع قضایی قابل ابطال است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

۵- اگر معامله معوض به قصد فرار از دین باشد و انتقال گیرنده آگاه به آن باشد معامله صحیح و غیرقابل فسخ، اما غیرقابل استناد است.

۶- معامله به قصد فرار از تأدیه دین گاه صحیح و قابل استناد است (معامله معوض به قصد فرار از دین که انتقال گیرنده از آن آگاه نبوده است) و گاه صحیح و غیرقابل استناد است (مانند مورد قبل).

* جمع بندی:

شرایط تحقق معامله به قصد فرار از دین به صورت ذیل است:

۱- انجام معامله (انجام یک عمل حقوقی از سوی مدیون): کلیه اعمال حقوقی «معوض، مجانی، عقد، ایقاع» که موجب گردد از دارای بدهکار کاسته شود. به طوری که با فروش مال فروشنده یا بدهکار از باقی دارایی اش نتواند طلب طلبکاران را بدهد یا تنگ دستی اش تشدید شود

۲- انگیزه فرار از دین باشد.

۳- موجب ضرر به طلبکاران باشد. (این شرط باید در زمان انعقاد عقد وجود داشته باشد)

هدف فروشنده یا معامله کننده از انعقاد قرارداد ضرر زدن به طلبکارانش باشد ممکن است طرف معامله از قصد فروشنده که فرار از دین است آگاه نباشد و یا از هدف فروشنده آگاه باشد که در این صورت نه تنها به قصد فرار از دین است بلکه معامله صوری است. معامله صوری اخص از معامله فرار از دین است.

۴- برای طرح دعوا طلبکاران باید ذی نفع باشند.

۵- دین باید مسلم و معلوم و حال باشد: منظور از اینکه دین معلوم و مسلم باشد یعنی اینکه وجود دین قطعی باشد و قطعیت آن یعنی مستند به سند لازم الاجرائی باشد یا به حکم دادگاه باشد.

۶- در صورت اثبات فراهم کردن مقدمات برای فرار از دین آتی و انجام معاملات به این منظور معامله فرار از دین محسوب خواهد شد.

۷- در معامله به انگیزه فرار از دین ملاک وجود دین واقعی در موقع انجام معامله است نه ثبوت آن در دادگاه.

* فروش مستثنیات دین ولو با انگیزه فرار از دین صحیح می باشد.

* * رد هبه، رد وصیت یا رد صلح مجانی برای فرار از دین صحیح است زیرا اموال هنوز وارد دارایی شخص نشده اند و رد آنها تصرف در اموال موجود برای فرار از دین محسوب نمی شود تا موجب بطلان یا غیر نافذ بودن شود.

* * * ابراء به قصد فرار از دین غیرنافذ است چون ایقاعی مجانی است و اگر با هدف فرار از دین باشد مشمول حکم معاملات غیرنافذ خواهد بود.

* * * * وصیت به قصد فرار از دین صحیح است چون آسیبی به حقوق طلبکاران نمی زند و ابتدا دیون متوفی از ترکه پرداخت می شود و فقط اگر مالی باقی بماند وصایا اجرا می شود.

فصل ششم- آثار معاملات

(مواد ۲۱۹ تا ۲۲۵ ق.م.)

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

می‌توان گفت که متن ماده ۲۱۹ قانون مدنی از سه قسمت تشکیل شده است:

قسمت اول: عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد؛

قسمت دوم: بین متعاملین و قائم مقام قانونی آن‌ها لازم‌الاتباع است؛

قسمت سوم: مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

قانون‌گذار شرایط صحت تمام عقود و قراردادها را در ماده ۱۹۰ قانون مدنی مشخص کرده است. تمام قراردادها در صورتی صحیح و معتبر هستند که مطابق با ماده ۱۹۰ قانون مدنی تنظیم شده باشند. قصد و رضای طرفین، اهلیت طرفین، معین بودن مورد معامله و مشروعیت جهت معامله از جمله شرایط اساسی صحت قراردادها هستند که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی مشخص شده‌اند. با توجه به قسمت اول ماده ۲۱۹ قانون مدنی می‌توان گفت، قراردادی بر اساس قاعده اصالت اللزوم، لازم‌الاجرا و غیرقابل انحلال است که مطابق با ماده ۱۹۰ قانون مدنی تنظیم شده باشد.

در خصوص شرح قسمت دوم آن باید بگوییم که منظور از متعاملین درواقع، همان دو طرفی هستند که مفاد قرارداد را می‌پذیرند. قائم مقام نیز از نظر لغوی نماینده یا جانشین معنا می‌شود. از نظر حقوق، قائم مقام به کسی می‌گویند که جانشین شخص دیگری باشد و از حقوق و تکالیف او برخوردار شود. می‌توان گفت که قائم مقام عام و قائم مقام خاص از مهم‌ترین انواع قائم مقام هستند.

قائم مقام عام به شخصی می‌گویند که تمام دارایی‌های شخص دیگر، به او منتقل شده است. برای مثال، تمام دارایی‌های متوفی، پس از فوت او به ورثه منتقل می‌شود. بنابراین می‌توان گفت که ورثه، قائم مقام عام متوفی هستند.

قائم مقام خاص نیز شخصی است که قسمت معینی از دارایی‌های شخص دیگری به او منتقل شود. در اصطلاح حقوق به قائم عام؛ منتقل البیه نیز گفته خواهد شد. برای مثال، خریدار خانه، قائم مقام خاص مالک آن است.

در شرح قسمت سوم ماده باید گفت که انحلال عقود لازم امکان پذیر نیست مگر در صورتی که قانون‌گذار اجازه بدهد. قانون‌گذار، انحلال عقود لازم را به واسطه فسخ قرارداد و اقاله آن‌ها امکان پذیر کرده است.

✓ هر عقد لازمی مانند اجاره و یا بیع با توافق طرفین اقاله شده و اثر آن از بین می‌رود. اقاله به این معناست که، دو طرف عقد با تراضی و توافق یکدیگر رضایت خود را برای بر هم زدن عقد اعلام کنند. فسخ عقد نیز به این معناست که، یکی از طرفین عقد به جهتی که قانون‌گذار مشخص کرده است، اختیار بر هم زدن قرارداد را داشته باشد.

✓ به اختیار فسخ معامله عقد لازم در اصطلاح حقوقی خیار گفته می‌شود.

✓ در مواردی که بین لازم و جایز بودن عقدی تردید وجود داشته باشد، باید اصل را بر لزوم آن دانست؛ چراکه جایز بودن عقد، امری استثنایی قلمداد می‌شود.

✓ اصل اجبارکننده در عقود، که بیان می‌کند، طرفین تا زمانی که عقد پابرجا است ملزم به ایفای تعهدات خود نسبت به طرف مقابل خواهند بود.

✓ اما نکته پایانی در مورد ماده ۲۱۹ قانون مدنی این است که؛ زمانی که در قدرت الزام آور بودن عقود تعارضی حاصل شود، به این ترتیب عمل خواهد شد که ابتدا قانون امری، سپس قرارداد، پس از آن عرف و در نهایت قوانین تکمیلی اجرا خواهد شد. برای مثال اگر بین عرف و قرارداد خصوصی ناشی از اراده طرفین تعارضی در قدرت الزام آور بودن آن حاصل شود، مفاد قرارداد حاکم خواهد بود.

✓ اصل لزوم در ایقاعات نیز جاری می‌شود.

ماده ۲۲۱ قانون مدنی: 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 یا تعهد، عرفاً به منزله تصریح باشد یا برحسب قانون، موجب ضمان باشد.

-مسئولیت قراردادی یعنی الزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه نقض تعهد قراردادی، به طرف دیگر وارد می‌شود؛ نقض تعهد قراردادی اعم است از عدم اجرای قرارداد با اجرای ناقص یا نادرست یا همراه با تأخیر.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

-التزام به جبران خسارت طلبکار قراردادی ضمان عارضی است که در اثر تقصیر و کوتاهی متعهد در وفای به عهد به وجود می‌آید و انتساب آن به قرارداد بدان جهت است که مبنای تقصیر، نقض قرارداد است، نه تکلیف عمومی مربوط به خودداری از اضرار به دیگری.

✍️ اقسام خسارت قراردادی:

۱- خسارت ناشی از عدم انجام تعهد: این نوع خسارت زمانی مطرح است که تعهد باید در زمان معین انجام می‌شده و انجام آن در آن زمان اهمیت اساسی داشته در این حالت رابطه بین تعهد و زمان وحدت مطلوب دارد یعنی بعدازآن دیگر قابلیت اجرا ندارد. (زمان قید تعهد است.)

۲- خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد: در این حالت، رابطه بین تعهد و زمان، تعدد مطلوب دارد، یعنی اگرچه تعهد باید در زمان مشخصی انجام می‌شده اما اجرای آن بعدازآن زمان هم ممکن است (زمان شرط تعهد است) و در صورت تأخیر متعهد له می‌تواند؛

-الزام به اجرای اصل تعهد + خسارت تأخیر در انجام تعهد را مطالبه نماید.

✍️ شروط مطالبه خسارت تأخیر یا عدم انجام تعهد عبارت است از:

الف) گذشتن موعد انجام تعهد و عدم اجرای تعهد توسط متعهد

ب) ورود ضرر به متعهدله

پ) قابلیت پیش‌بینی ضرر

ت) وجود رابطه سببیت بین تأخیر در انجام تعهد و یا عدم انجام تعهد و ورود ضرر

ث) لزوم جبران خسارت به حکم عرف قانون و یا عقد

* نکته مهم: خسارت عدم انجام تعهد با انجام اصل انجام تعهد قابل جمع نیست اما خسارت تأخیر در انجام تعهد با انجام اصل تعهد قابل جمع است.

** در فرضی که موعد اجرای تعهد هنوز فرا نرسیده است اما از شرایط امر به‌وضوح بر می‌آید که متعهد در زمان باقیمانده نیز قادر به ایفای تعهد نخواهد بود، در نظام حقوقی ایران برخلاف برخی نظام‌های خارجی، طرح دعوا پیش از فرا رسیدن موعد، فاقد جایگاه قانونی است. به بیان دیگر تا زمانی که موعد انجام تعهد سر نرسیده باشد حتی با احراز عدم توانایی آتی متعهد امکان اقامه دعوا علیه او وجود ندارد و دعوا زمانی قابلیت استماع خواهد داشت که متعهد در موعد مقرر از اجرای تعهد خود امتناع کرده یا عملاً آن را انجام نداده باشد.

*** الزام متعهد به انجام تعهد، در تعهدات حال یا مؤجل نیازمند مطالبه از سوی متعهدله نیست و متعهد باید رأساً در موعد مقرر یا بلافاصله آن را انجام دهد. مطالبه تنها در تعهدات عندالمطالبه موضوعیت دارد.

★ با توجه به ماده ۵۵ ق.آ.د.م در تعهدات ناظر به وجه رایج کشور، متعهد در صورتی ملزم به پرداخت خسارت قراردادی می‌شود که طلبکار انجام تعهد را از او مطالبه کرده باشد و شخص مدیون علیرغم برخورداری از تمکن مالی، از پرداخت امتناع کرده باشد.

- قاعده لزوم اثبات ورود ضرر با دو استثناء مواجه می‌باشد؛

۱- پیش‌بینی وجه التزام در قرارداد

۲- تعهدات پولی در صورت مطالبه دائن تمکن مدیون و تغییر فاحش شاخص قیمت

-به خسارت تعیین شده در قرارداد خواه به‌عنوان شرط یا قرارداد مستقل وجه التزام (شرط کیفری) می‌گویند؛ به عبارت دیگر وجه التزام تقویم و ارزیابی قراردادی میزان خسارت است.

فایده تعیین وجه التزام عدم توجه به میزان واقعی خسارت و عدم نیاز به اثبات وجود ضرر می‌باشد. در صورت تعیین وجه التزام صرف اثبات نقض تعهد برای مطالبه وجه التزام کافی است که می‌تواند به میزان کمتر یا بیشتر از خسارت واقعی باشد.

۱- محکوم‌علیه اعسار خویش از پرداخت محکوم به اثبات نماید.	} معافیت از پرداخت خسارت تأخیر
۲- شخص ورشکسته از تاریخ توقف، از پرداخت خسارت تأخیر معاف است.	
۳- تأخیر در پرداخت حقوق مستخدمین دولتی که دولت در مقام اجرای قوانین استخدامی مکلف به پرداخت آن است از خسارت تأخیر تأدیه تأمین معارف است.	

-در شرط وجود رابطه سببیت برای مطالبه خسارت اثبات رابطه سببیت میان فعل متعهد و عدم انجام تعهد و رابطه سببیت میان عدم انجام تعهد و ورود زیان، ضروری است.

در تعهدات به نتیجه رابطه سببیت اول مبتنی بر یک اماره قانونی است و متعهد برای شانه خالی کردن از بار مسئولیت باید خلاف آن را ثابت کند؛ یعنی به موجب قانون، هرگاه تعهد انجام نشود یا به تأخیر بیفتد تأخیر یا عدم انجام تعهد، منتسب به متعهد است، اما اثبات رابطه میان عدم انجام تعهد و یا تأخیر با ورود ضرر، بر عهده متعهدله است.

-در مواردی که موضوع تعهد منفی و ناظر به خودداری از انجام کاری است بار اثبات عدم انجام تعهد با متعهدله است؛ یعنی متعهدله باید نقض عهد را اثبات نماید.

- برای مطالبه خسارت اصولاً اثبات تقصیر متعهد لازم نیست مگر اینکه تعهد او به وسیله باشد.

- چنانچه اجرای عقد از آغاز ممتنع باشد یا در اثر قوه قاهره ناممکن گردد، متعهد از اجرای عقد معاف شده و ضمانی متوجه او نخواهد بود.

-در صورتی که متعهدین، متعدد باشند اصولاً تعهد به تعداد متعهدین تقسیم می شود و در صورتی که حدود تعهد هر متعهد مشخص نشده باشد تعهد به میزان مساوی میان متعهدین به موجب قانون (م ۲۴۹ ق.ت) با توافق مسئولیت متعهدین، تضامنی باشد (م ۴۰۳ ق.ت)

-اگر بخشی از موضوع تعهد اجرا شود درحالی که غیرقابل تجزیه باشد، طلبکار می تواند خسارت عدم انجام تعهد را از او بگیرد و اجرای بخشی از آن، چیزی از مسئولیت متعهد نمی کاهد، اما اگر تعهد قابل تجزیه باشد مسئولیت مدیون در قبال بخش اجرا شده، از بین می رود و فقط نسبت به بخش اجرا نشده مسئول باقی می ماند.

- اجرای نادرست قرارداد در حکم عدم اجرای قرارداد است؛ مگر اینکه عمل متعهد عرفاً قابل اصلاح باشد که در این صورت باید از مسئولیت متعهد کاست؛ منتهی اگر ظاهر اجرا درست باشد، بار اثبات عدم اجرای صحیح با متعهدله است.

-در اجرای ناقص یا نادرست قرارداد چون خواننده کاری انجام می دهد ممکن است این کار، هم نقض قرارداد محسوب شده و موجب مسئولیت قراردادی گردد و هم موجب ضمان قهری مانند راننده ای که با سرعت غیرمجاز و بی احتیاطی خود موجب تلف محموله و بار مشتری می گردد.

- پرداخت خسارت اصولاً رافع مسئولیت متعهد نسبت به اجرای اصل تعهد نیست. زیرا تخلف متعهد از موجبات انحلال عقد و سقوط تعهدات نیست بلکه وفای به عهد، موجب برائت ذمه متعهد است؛ البته استثنائاً درجایی که زمان، قید تعهد است (وحدت مطلوب)، عدم اجرای به موقع تعهد موجب سقوط تعهد و مسئولیت ناقض پرداخت خسارت عدم انجام تعهد است؛ زیرا اجرای با تأخیر تعهد دیگر مطلوبیتی برای متعهدله ندارد. اما اصل بر این است که زمان قید تعهد نبوده و تعهد از نوع تعدد مطلوب است؛ بنابراین اصولاً صرف انقضای مدت تعهد موجب سقوط تعهد نمی شود.

-خسارت تأخیر تأدیه، متفاوت از مورد فوق است و برای جبران ضرری است که از تأخیر مدیون حاصل شده است و به همین جهت مطالبه آن با درخواست اجرای اصل تعهد منافات ندارد.

-عدم النفع احتمالی و محتمل الحصول قابل مطالبه نیست ولی فوت منافع مسلم قابل مطالبه است (ماده ۱۴ ق.آ.د.ک) و به عبارت دیگر عدم نفع در صورتی قابل مطالبه است که فعل زیان دیده موجب محرومیت خواهان از نفعی شود که حسب جریان عادی امور و اوضاع و احوال، امید وصول به آن نفع متعارف باشد.

-تلف منفعت با تقویت منفعت عدم النفع متفاوت است؛ توضیح آنکه تلف منفعت ناظر به تلف منافع موجود بوده و همیشه قابل مطالبه است در حالیکه عدم النفع، ناظر به محرومیت از تحصیل منافع آینده است که ممکن است تحت شرایطی، قابل مطالبه باشد.

-شرط عدم مسئولیت در خصوص خسارات عمدی یا در حکم عمد تقصیر سنگین و عمده و یا خسارات بدنی مانند شرط عدم مسئولیت پزشک و معنوی نامشروع و باطل است.

- گاه قوانین خاص شرط عدم مسئولیت را منع یا محدود نموده اند؛ مانند شرط عدم مسئولیت عرضه کننده خودرو در برابر مصرف کننده ماده ۷ قانون حمایت از مصرف کنندگان خودرو (۱۳۸۶) یا شرط عدم مسئولیت یا تحدید مسئولیت متصدی حمل دریایی در فرض تقصیر بند ۸ م ۵۴ قانون دریایی که باطل است.

ماده ۲۲۲ قانون مدنی: در صورت عدم ایفای تعهد با رعایت ماده فوق، حاکم می تواند به کسی که تعهد به نفع او شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تأدیه مخارج آن محکوم نماید.

به موجب اصل اجباری بودن قرارداد (ماده ۲۱۹ قانون مدنی)، متعهد نمی تواند از انجام تعهد خودداری نماید. در صورت خودداری از انجام تعهد، مقامات صالحه به تقاضای متعهدله متعهد را به اجرای تعهد مجبور خواهند کرد.

متعهدله برای اجبار متعهد به انجام تعهد باید به دادگاه مراجعه کند. اجبار متعهد برحسب اینکه موضوع تعهد مال یا انجام کار یا خودداری از انجام کار باشد به شیوه های مختلف انجام می شود:

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

الف) اگر مورد تعهد انتقال یا تسلیم باشد:

دادگاه حکم به ایفاء تعهد خواهد کرد و در صورتی که مدیون حکم دادگاه را به میل و اختیار خود اجرا نکند، به وسیله مأمورین اجرا، اقدام به اجرای اجباری حکم خواهد شد و در اینجا، چند صورت پیش می آید:

۱- هرگاه مورد تعهد عین معین نباشد: چنانکه مورد تعهد وجه نقد باشد، دین متعهد از طریق توقیف اموال وی وصول خواهد شد.

۲- هرگاه مورد تعهد انتقال عین معینی باشد: چنانکه شخصی تعهد کرده باشد که مال معینی را در مدت معین به دیگری بفروشد، در این صورت، انتقال به حکم دادگاه انجام خواهد شد و اگر تنظیم سند رسمی لازم باشد، نماینده دادگاه سند را به جای متعهد ممتنع امضاء خواهد کرد و مال مورد انتقال به وسیله مأمورین اجرا (دادورزها) به تصرف منتقل الیه داده خواهد شد.

۳- هرگاه مورد تعهد تسلیم مال معینی باشد (نه انتقال): مأموری اجرا آن را به حکم دادگاه از تصرف متعهد ممتنع خارج و به تصرف متعهدله خواهند داد. مثلاً اگر بایع تعهد کرده باشد که مال فروخته شده را در تاریخ معین تسلیم نماید و از وفای به عهد خودداری کند، یا اگر ودیعه گیرنده باوجود مطالبه ودیعه دهنده، از تسلیم مال مورد ودیعه امتناع نماید، به حکم دادگاه مال مزبور از تصرف وی خارج و به متعهدله تسلیم خواهد شد.

ب) اگر مورد تعهد خودداری از انجام کاری باشد (ترک فعل):

در این مورد در خصوص نقض تعهد حکم خاصی وجود ندارد و در صورتیکه متعهد، تعهد خود را نقض نماید و فعل ممنوعه را انجام دهد با توجه به مسئولیت مدنی اگر فعل ممنوعه مادی باشد (تعهد به عدم بهره برداری) متعهد له به حکم دادگاه و خرج متعهد می تواند با رعایت مصالح و در صورت امکان وضع را به حالت سابق اعاده نماید و چنانچه امکان آن نباشد مستحق دریافت خسارت می باشد.

چنانچه تعهد مادی نبوده و حقوقی باشد مانند عدم فروش خودرو خریداری شده تا پایان اقساط آن، با توجه به قصد مشترک طرفین حسب مورد متعهد له می تواند خسارت دریافت کند یا اگر تعهد به عدم فروش متضمن اسقاط ضمنی حق فروش بوده باشد علاوه بر دریافت خسارت می تواند با استناد به فراز آخر ماده ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م تقاضای اعلام بطلان معامله را از دادگاه نماید.

○ قوه قاهره:

در تعهدات به نتیجه، اگر متعهد بتواند اثبات کند که عدم انجام تعهد ناشی از قوه قاهره بوده، از مسئولیت معاف می شود قوه قاهره حادثه ای است؛ خارجی، غیرقابل پیش بینی و غیرقابل دفع.

بیماری روانی نیز در برخی موارد قوه قاهره محسوب می شود. جنگ نیز ممکن است حادثه خارجی محسوب شده اما اگر جنگ در زمان انعقاد قرارداد در جریان باشد دیگر قوه قاهره محسوب نخواهد شد.

-تحریم زمانی قوه قاهره محسوب می شود که در زمان انعقاد قرارداد وجود نداشته، به طور متعارف قابل پیش بینی نباشد و همه جانبه بوده و امکان دور زدن آن وجود نداشته باشد.

ماده ۲۲۳ قانون مدنی: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود.»

اصل صحت قراردادهای، یعنی اینکه به مجرد انعقاد یک عقد، هم در مرحله اجرا، هم در زمینه قضات، باید اصل را بر صحت آن معامله قرار داد.

-اصل صحت در صورت تردید در موارد زیر اعمال خواهد شد؛

+ تردید در تعارض اراده ظاهری با اراده باطنی

+ اشتباه در شخصیت طرف معامله یا وصف ذاتی مورد معامله

+ اکراه

+ عدم مشروعیت جهت (جهت عقد مشروع است یا نامشروع)

+ مخالفت عقد با قانون

+ مقدور التسليم بودن مورد معامله

+ معلوم یا مجهول بودن مورد معامله

+ صوری بودن عقد (رأی ۱۴۶۲ دیوان عالی کشور)

*در این موارد به اصل صحت نمی توان استناد کرد؛

۱- شک در وقوع ظاهری عقد

۲- شک در نیابت داشتن و وکالت داشتن طرف معامله از جانب مالک مال

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

۳- شک در موجود بودن عین معین هنگام معامله

۴- شک در تشکیل ارکان عقد

*** اصل صحت در ایقاعات نیز جاری می‌شود. یعنی اگر یک ایقاعی واقع شده باشد و شک کنیم ایقاع صحیح است یا خیر اصل بر این است که این ایقاع صحیح است.

○ آثار معاملات نماینده: (ماده ۱۹۶ ق.م)

اصل کلی در حقوق مدنی این است که؛ اگر کسی به نمایندگی از دیگری معامله‌ای انجام دهد آثار و تعهدات ناشی از آن معامله متوجه اصیل است نه نماینده.

یعنی اصیل، شخصی است که مسئول اجرای تعهدات و بهره‌مند از حقوق ناشی از معامله خواهد بود و نه نماینده‌ای که صرفاً واسطه اقدام است.

اما طبق ماده ۱۹۶ و مفهوم قابل استنباط از آن؛ استثنائاتی وجود دارد که در آن‌ها ممکن است تعهدات ناشی از معامله متوجه نماینده خود گردد:

۱- اگر نماینده بدون اعلام نمایندگی اقدام به معامله کند یعنی اگر نماینده هنگام معامله نگفته باشد که از طرف دیگری معامله می‌کند در این حالت خود نماینده مسئول اجرای تعهدات می‌باشد مگر خلاف آن ثابت شود.

۲- اگر اصلاً نمایندگی وجود نداشته باشد یا نمایندگی خارج از حدود اختیارات باشد. مثلاً شخصی بدون داشتن وکالت‌نامه یا خارج از اختیارات مندرج در وکالت‌نامه معامله‌ای انجام دهد در این حالت معامله فضولی محسوب می‌شود و تا زمانی که اصیل تنفیذ نکند اعتباری ندارد.

۳- اگر نماینده به نحو تضامنی ضمانت تعهدات اصیل را نموده باشد در این صورت اصیل و وکیل دارای مسئولیت تضامنی خواهند بود مانند آنکه وکیل انجام تعهدات ناشی از قرارداد را بر عهده بگیرد.

○ استثنائات اصل نسبی بودن عقود:

اصل بر آن است که آثار قرارداد فقط میان طرفین آن مؤثر است به‌جز؛

۱- عقود جمعی: قراردادهایی توسط بخشی از اعضای یک گروه بسته می‌شوند اما به‌موجب قانون اثر آن بر کل اعضا جاری است اگر همه در انعقاد آن دخالت نداشته باشند مانند قراردادهای ارفاقی، کارگری و ...

۲- عقد فضولی: زمانی است که فردی بدون داشتن اختیار، برای دیگری معامله‌ای انجام می‌دهد اگر صاحب معامله آن را تنفیذ کند اثر عقد به او تسری می‌یابد هرچند در ابتدا جزء طرفین نبوده است.

۳- تعهد به نفع ثالث: طرفین یک قرارداد می‌توانند تعهدی به نفع شخص ثالثی ایجاد کنند در این صورت آن شخص ثالث می‌تواند از مفاد آن تعهدات بهره‌مند شود.

نکات:

- در همه قراردادها تعهد به نفع ثالث ممکن است مگر وقف. درج تعهد باطل است اما مبطل عقد نیست. البته درج تعهد به نفع ثالث بر عهده موقوف علیهم صحیح نیست اما بر عهده واقف صحیح است.

- در تعهد به نفع شخص ثالث، موجود بودن ثالث ذی‌نفع، در هنگام اجرای شرط کافی است.

- در تعهد به نفع شخص ثالث امکان تغییر ثالث حتی با تراضی طرفین وجود ندارد.

- تعهد به نفع شخص ثالث در برابر شخص ثالث، ایقاع با حق رد است. چراکه ایجاد تعهد نیاز به قبول شخص ثالث ندارد اما شخص ثالث بعد از ایجادان تعهد می‌تواند آن را از بین ببرد.

قبول شخص ثالث، شرط استقرار حق برای اوست، نه شرط ایجاد حق.

- چنانچه ثالث تعهد را رد نماید به‌منزله ابراء است؛ یعنی او با رد این تعهد، تعهدی را که به سود او ایجاد شده، ساقط می‌کند و دیگر نمی‌تواند آن را قبول کند.

- رد ثالث: اگر ثالث تعهدی را که به نفع او شده است رد نماید، متعهد باید تعهد را به سود طرف دیگر عقد اجرا کند. و اگر برای طرف دیگر قابل انجام نبود؛

۱- اگر به‌صورت شرط بوده باشد مشروط له حق فسخ دارد.

۲- اگر به‌صورت یکی از عوضین باشد قرار داد منفسخ می‌شود.

همچنین اگر ثالث فوت کند یا مشخص نشود باید شرط به نفع مشروط له اجرا شود و اگر مشروط له نیز فوت کرده باشد به وراث او می‌رسد.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

- اگر متعهد به تعهدش به نفع ثالث پایبند نباشد ثالث و متعهده بر اساس حکم ماده ۲۳۷ قانون مدنی، ماده ۲۳۸ قانون مدنی و ماده ۲۳۹ قانون مدنی می تواند از طریق دادگاه او را **ملزم** به انجام تعهد نماید. و در صورت عدم امکان الزام؛ **فقط متعهد له حق فسخ خواهد داشت.**

- تعهد به نفع ثالث مجانی است و در عقود مجانی شخصیت طرف علت عمده عقد است به همین دلیل تعهد به نفع ثالث، قائم به شخص است پس با فوت ثالث، تعهد به نفع ورثه او اجرا نمی شود بلکه به نفع مشروط له اجرا می شود مگر اینکه شرط شده باشد که در صورت فوت ثالث، تعهد به نفع ورثه او اجرا شود (ماده ۷۶۹ قانون مدنی).

- موجود بودن و تعیین شخص ثالث در زمان عقد شرط نیست بلکه هنگام اجرای تعهد کافی است.

- اگر شخص ثالث معین نباشد نباید آن را باطل دانست و باید شرط را به سود طرف مقابل اجرا کرد.

- اگر در ضمن عقد مغایره ای تعهد به نفع شخص ثالث گردد که معلوم نباشد باید ببینیم که این تعهد به نفع شخص ثالث که مجهول است به صورت شرط ضمن عقد بوده که در این حالت فقط شرط باطل است ولی اگر به صورت یکی از عوضین باشد عقد باطل است.

- تأثیر بطلان و انحلال قرارداد در تعهد به نفع شخص ثالث:

الف- بطلان: چنانچه قرارداد باطل باشد تعهد به نفع شخص ثالث نیز باطل است.

ب- اقاله: در این حالت اقاله در برابر ثالث غیر قابل استناد است، یعنی اقاله بین دو طرف صحیح است و در برابر ثالث و ذی نفع باطل است و با اقاله عقد تعهد به نفع شخص ثالث نیز از بین نمی رود و مشروط علیه باید تعهد خود را به سود ثالث ذی نفع انجام دهد و اجرت المثل را از مشروط له دریافت نماید.

ج- فسخ: اصولاً تعهد به نفع شخص ثالث نیز از بین می رود چرا که فسخ به حکم قانون ایجاد می شود مگر اینکه عقد با خيار شرط فسخ شده باشد. در صورت فسخ عقد دو حالت پیش می آید:

تعهد اجرا نشده باشد: تعهد از بین می رود.

- موضوع تعهد انجام کار باشد مشروط له باید اجرت المثل این کار را به مشروط علیه بپردازد.

- عین مال تلف شده باشد مشروط له باید بدل آن را بدهد.

- موضوع تعهد دادن مال باشد

عین مال موجود باشد ثالث باید آن را به مشروط علیه بازگرداند.

تعهد اجرا شده باشد

نکته: اگر عقد با خيار متصل به عقد فسخ شود تعهدی که به نفع شخص ثالث شده است نیز از بین می رود ولی اگر عقد با خيار منفصل فسخ شود در اینجا احکام اقاله جاری می شود.

د- انفساخ (انحلال قهری): در این حالت اگر عقد منفسخ شود تعهد به نفع شخص ثالث علی الاصول هم از بین می رود مگر اینکه عقد با شرط فاسخ منفسخ شود و به دلیل اینکه شرط فاسخ علت قانونی نمی باشد و طبق تراضی طرفین ایجاد می شود احکام اقاله در آن جاری خواهد بود.

☑ نکات

✓ چنانچه مشروط علیه در زمان اجرای تعهداتش عالم به باطل بودن تعهد بوده باشد نمی تواند اجرت المثل مطالبه نماید.

✓ چنانچه مشروط علیه در زمان اجرای تعهداتش جاهل به بودن تعهد بوده باشد می تواند اجرت المثل را مطالبه نماید.

✓ چنانچه در تعهد به نفع شخص ثالث متعهد، تعهد را انجام ندهد ضمانت اجراهایی در پی خواهد داشت از جمله؛

الف- حق حبس ب- الزام ج- حق فسخ (فقط برای مشروط له)

- در عقد وقف تعهد به نفع شخص ثالث اگر از سوی واقف علیه موقوف علیهم باشد باطل است اما اگر از سوی موقوف علیهم، علیه واقف باشد صحیح می باشد.

﴿ اثر قبول یا رد تملیک به نفع ثالث:

اگر شخصی در قراردادی مالی را به نفع شخص ثالثی تملیک کند این تملیک زمانی کامل می‌شود که ثالث آن را بپذیرد و تا زمانی که نپذیرفته است؛

-مالکیت ایجاد نشده و ایجاب ناقص است.

-طرفین قرارداد می‌توانند از ایجاب رجوع کنند.

اما پس از قبول او مالکیت برای ثالث ایجاد می‌شود و دیگر طرفین نمی‌توانند آن را لغو یا از آن رجوع نمایند. بنابراین تملیک به نفع ثالث یک ایجاب است که با قبول ثالث کامل می‌شود و اگر قبل از قبول ثالث او فوت کند یا ایجاب رد شود اثر حقوقی نخواهد داشت.

﴿ تفاوت تعهد بر عهده ثالث و تعهد به فعل ثالث:

-تعهد بر عهده ثالث: یعنی شخص به‌طور فضولی از جانب ثالثی تعهدی را بر عهده می‌گیرد؛ به عبارتی متعهد ادعا می‌کند که شخص ثالث کاری را انجام می‌دهد یا مالی را می‌دهد. این نوع تعهد چون بدون اذن و رضایت ثالث است غیرنافذ بوده و نیازمند تنفیذ ثالث است.

-تعهد به فعل ثالث: در اینجا شخص متعهد نمی‌گوید که ثالث حتماً کاری را انجام می‌دهد بلکه تعهد می‌کند خودش تلاش کند تا رضایت شخص ثالث را جلب کند تا آن کار را انجام دهد. مانند کفالت، ضمان از دین، الزام ایادی ماقبل غاصب برای بازگرداندن مال مغضوب در صورتیکه که مال نزد آخرین غاصب باشد.

فصل ششم- شروط ضمن عقد (مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ ق.م)

«شرط» به معنای تعهدی است که ضمن تعهد دیگر قرار داشته و به صورت تبعی درآمده و جزئی از عقد اصلی می گردد.

• اقسام شروط باطل:

۱- غیرمبطل:

شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:

شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد.

شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.

شرطی که نامشروع باشد.

*ملاک برای فهم شرط نامقدور نوعی است، چنانچه شرط برای مشروط علیه غیرمقدور اما برای ثالثی مقدور باشد دیگر باطل نیست مگر آنکه شرط قائم به شخص باشد.

**مخالفت با قوانین تکمیلی موجب نامشروع بودن شرط نیست.

***اگر شرط نامشروع جهت و علت اصلی عقد باشد باطل و مبطل است.

۲- مبطل:

هم خود باطل اند و هم عقد را باطل می کنند.

به لحاظ منطقی، شرط درواقع عقدی است که باید اصولاً تمام شرایط اساسی صحت معاملات را داشته باشد به همین دلیل به شروط فوق ذکر در ماده ۲۳۲ می توان شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین نشود را اضافه کرد.

اصولاً شرط به جهات «صحت- لزوم- بقاء» تابع عقد اصلی می باشد مگر در موارد خاص مانند شرط داوری در قراردادهای داوری تجاری بین الملل که بطلان عقد اصولاً به آن سرایت نمی کند.

در مورد شرط داوری در قراردادهای داخلی اراده طرفین مؤثر است و چنانچه طرفین به این امر تصریح کرده باشند یا عرف منصرف به آن باشد ملاک همان است حال چه بر استقلال شرط یا عدم آن دلالت کند همچنین در مورد سکوت طرفین یا عرف شرط را باید تابع عقد اصلی دانست.

- تا زمانی که عقد اصلی پابرجا است هیچ یک از طرفین حق فسخ شرط را ندارند، هرچند که عقد تبعی در حال عادی نیز جایز باشد به طور مثال در عقد وکالت که جایز است اگر به صورت شرط ضمن عقد مطرح شود تا هنگامی که عقد اصلی پابرجا باشد وکیل حق استعفا ندارد همچنین موکل نیز نمی تواند او را عزل نماید.

- در مورد باطل بودن شرط فعل زمانی محقق می شود که هیچ کس قادر به انجام آن نباشد مگر در مواردی که مباشرت متعهد، قید تعهد باشد، بنابراین اگر شخصی تعهد به ساخت گلخانه ای مدرن نماید که هیچ توان و تخصصی در این زمینه ندارد تعهد صحیحی می باشد به این دلیل که امکان انجام تعهد از سوی اشخاصی که در این زمینه متخصص هستند وجود دارد.

- در مورد تعهد به وسیله نیز به دست آوردن نتیجه ای که در توان متعهد باشد ضرورتی ندارد همین که از نظر عرف امکان دستیابی به آن وجود داشته باشد کفایت می کند.

- در مورد قید مباشرت طرف عقد قدرت او ملاک صحت شرط می باشد به این دلیل که اجرای شرط توسط دیگران مورد تراضی طرفین قرار نگرفته است.

- شرط غیرمقدور، شرطی است که انجام آن توسط مشروط علیه غیرممکن باشد، مقصود از غیرممکن نیز مواردی است که انجام آن ناممکن، ممتنع و ناشدنی باشد. (یعنی هیچ شخص متعارفی توان انجام آن را نداشته باشد) بر اساس ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرط غیرمقدور در عقد، موجب بطلان عقد نمی شود اما خود شرط، باطل است، شرط غیرمقدور منحصرأ در مورد شرط فعل ممکن می باشد.

- در مورد تعهدات پولی، ناتوانی موجب سقوط اصل تعهد نمی باشد و اعسار متعهد مانعی موقت جهت مطالبه طلب است و هنگامی که متعهد از تمکن مالی برخوردار شود طلب قابل وصول خواهد بود.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

- شروط نامشروع، بخش عمده قوانین و مقررات ما بر اساس آیات و احکام اسلامی شکل گرفته در نتیجه هر امری که خلاف شریعت اسلام باشد خلاف قانون نیز به حساب می آید. شروط نامشروع ضمن عقد شروط و تعهداتی هستند که خلاف قانون و شرع اسلامی شناخته می شوند. با توجه به بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی شروط نامشروع هر چه که باشد باطل به حساب می آیند. همچنین ماده ۲۱۷ قانون مدنی بیان می کند شروط نامشروعی که به عنوان هدف و انگیزه ای اصلی عقد در نظر گرفته می شوند، باطل و مبطل عقد خواهد بود. اگر شرط نامشروع موجب نامشروع شدن جهت عقد نیز گردد باطل و مبطل عقد خواهد بود.

-در مورد ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری در ضمن قرارداد اصلی بدون اینکه تشریفات مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ آیین دادرسی مدنی رعایت گردد موجب باطل شدن قرارداد اصلی نخواهد شد اما شرطی نامشروع و بی اعتبار است و با توجه به صلاحیت عام دادگاه طبق اصل ۳۴ قانون اساسی صالح رسیدگی به دعاوی می باشد.

○ ضمانت اجرای بطلان شروط ضمن عقد:

در صورتی که در قراردادی شرطی باطل اما غیر مبطل عقد درج شده باشد، آثار آن نسبت به مشروط له به شرح ذیل است؛

الف- اگر شرط بی فایده باشد (فاقد نفع عقلایی) صرفاً شرط باطل است و هیچ حقی برای فسخ عقد به مشروط نمی دهد.

ب- اگر شرط غیرمقدور و نامشروع باشد برای مشروط له حق فسخ قرارداد اصلی را ایجاد می کند.

ج- اگر شرطی به دلیل نامعین یا نامعلوم بودن (عدم رعایت شرایط صحت عقد) باطل باشد در این صورت با بطلان شرط، نفع مشروط له از بین می رود بنابراین برای او حق فسخ عقد اصلی ایجاد می شود.

* اگر شرطی از ابتدا نامقدور باشد؛ مشروط له فقط در صورتی حق فسخ دارد که در زمان انعقاد قرارداد، نسبت به نامقدور بودن شرط جاهل بوده باشد. (اصل بر جهل مشروط له است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود).

** اگر شرطی از ابتدا نامشروع باشد مشروط له فقط در صورتی حق فسخ دارد که جهل خود را ثابت نماید زیرا اصل بر علم اشخاص است بنابراین برای حق فسخ، مشروط له باید جاهل بودن خود را به قانون ثابت نماید.

مصادیق شرط نامشروع در قانون مدنی:

- ۱- شرط در نکاح منقطع: باطل است.
- ۲- شرط عدم توارث در نکاح دائم: باطل است.
- ۳- شرط برخلاف حق امری: باطل است.
- ۴- شرط اسقاط حق حضانت به طور کلی: باطل است.
- ۵- شرط اسقاط حق حضانت به طور جزئی: باطل است.
- ۶- شرط اسقاط خیار تدلیس: باطل است.
- ۷- شرط اسقاط خیار تعذر تسلیم: باطل است.
- ۸- شرط خیار تفلیس: باطل است.
- ۹- شرط اسقاط حق رجوع مرد در طلاق رجعی: باطل است.
- ۱۰- شرط اسقاط حق ولایت به صورت کلی و جزئی: باطل است.
- ۱۱- شرط اسقاط حق اقامه دعوا در مورد غیر جرائم: صحیح است.
- ۱۲- شرط اسقاط اختیارات به صورت کلی: باطل است.
- ۱۳- اسقاط حق شفعه به طور کلی: باطل است.
- ۱۴- شرط عدم نزدیکی در نکاح دائم: باطل است.
- ۱۵- شرط عدم نزدیکی در نکاح منقطع: صحیح است.
- ۱۶- شرط سقوط تکلیف زوج به پرداخت نفقه در نکاح دائم: باطل است. (ماده ۱۱۰۶)
- ۱۷- شرط انفاق توسط زوج در نکاح منقطع: صحیح است. (ماده ۱۱۱۳)
- ۱۸- شرط عدم مهر در نکاح دائم (ماده ۱۰۸)

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و بازنشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

۱۹- شرط عدم مهر در نکاح منقطع: باطل و مبطل است (ماده ۱۰۹۵)

۲۰- شرط بطلان عقد نکاح در صورت عدم تأدیه مهر در مدت معین: شرط باطل اما نکاح و مهر صحیح است. (ماده ۱۰۸۱)

○ شروط باطل و مبطل:

قانون مدنی در ماده ۲۳۳ شروطی را ذکر کرده است که نه تنها خود باطل هستند بلکه موجب بطلان عقد نیز می‌شوند.

۱- **شرط خلاف مقتضای عقد:** مقتضا به معنای اثر و مقتضی به معنای مؤثر است. مقتضا و آثار عقد را می‌توان به دودسته مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد تقسیم‌بندی کرد و از حکم ماده ۲۳۳ مستنبط می‌شود که منظور قانون‌گذار شرط خلاف مقتضای ذات عقد است نه شرط خلاف مقتضای اطلاق.

الف) مقتضای ذات عقد

مقصود اصلی و اساسی از انعقاد عقد مقتضای ذات عقد است و آن چنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی‌شود. مانند: مقتضای عقد بیع، که ملکیت مبیع برای مشتری و ملکیت ثمن برای بایع می‌باشد و مقتضای اجاره، ملکیت منافع عین مستأجره برای مستأجر و ملکیت اجرت المسمی برای مالک است، و مقتضای تعهد، مدیونیت متعهد به متعهدله و مقتضای هبه، ملکیت مال موهب برای متهب می‌باشد. پس اگر در بیع شرط شود که مبیع اصلاً به خریدار منتقل نگردد، یا در اجاره شرط شود که مستأجر حق استیفاء منفعت را نداشته باشد، این شرط برخلاف مقتضای عقد و باطل است.

- در صورتی که شرطی در عقد بشود که برخلاف مقتضای ذات آن عقد باشد، بین مفاد شرط و مفاد عقد تضاد حاصل می‌شود زیرا تحقق عقد موجب پیدایش مقتضای آن می‌گردد و تحقق شرط موجب عدم پیدایش آن مقتضا می‌شود و به علت تضاد بین آن دو خنثی شده و هر دو باطل می‌شوند. این است که نمی‌توان مانند موارد سه‌گانه (ماده ۲۳۲ قانون مدنی) شرط را باطل و عقد را صحیح دانست.

ب) مقتضای اطلاق عقد

مقتضای اطلاق عقد امری است فرعی، که هرگاه عقد به‌طور مطلق یعنی بدون قید و شرط واقع شود عقد اقتضاء آن امر را می‌نماید، مقتضای اطلاق عقد منظور مستقیم و اصلی متعاملین نمی‌باشد و بدین جهت آنان می‌توانند با درج شرط و قید در عقد اقتضای مزبور را تغییر دهند.

اگر شرط خلاف مقتضای ذات عقد نباشد، بلکه خلاف مقتضای اطلاق عقد باشد، فاسد و مفسد نیست. مقتضای اطلاق عقد چیزی است که اگر قرارداد به‌طور مطلق و بدون قید و شرط واقع شود آن را اقتضا می‌کند و معامله‌کننده بدان ملزم می‌گردد؛ لیکن طرفین اصولاً می‌توانند برخلاف آن توافق کنند.

مثلاً اطلاق عقد اقتضا می‌کند که تعهد در محل وقوع عقد اجرا شود (ماده ۲۸۰ قانون مدنی) یا ثمن حال باشد و بلافاصله پس از عقد پرداخت گردد (ماده ۳۴۴ قانون مدنی)؛ ولی مانعی نیست که طرفین خلاف آن را شرط کنند یعنی، به‌موجب شرط ضمن عقد، توافق نمایند که تعهد در محل دیگری اجرا یا ثمن پس از مدتی پرداخت گردد.

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

شرط مجهول در صورتی موجب بطلان عقد است که به عوضین خلل وارد نماید مانند اینکه خریدار، ملک معینی را به مبلغ پنج میلیون ریال بخرد و در قرارداد شرط نماید که فروشنده متعهد است تخفیفی به میزان درخواستی خریدار به وی اعطا کند که در این صورت چون میزان تخفیف مجهول است ثمن معامله نیز مجهول می‌گردد زیرا مشخص نیست چه میزانی باید از ثمن کسر گردد.

*** جهل به عوضین در عقود مسامحه‌ای فاقد اشکال است ***

در نتیجه؛ شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین شود عقدی را باطل می‌کند که معلوم بودن مورد معامله به‌صورت تفصیلی از شرایط صحت آن باشد و در عقود که بر مبنای مسامحه استوار است مانند صلح یا هبه خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند مگر آنکه موضوع عقد به‌واسطه جهل، اصلاً قابل تعیین نباشد.

★ اسقاط شرط مبطل، عقد باطل را احیاء نمی‌کند و طرفین باید مجدداً عقد را انشاء نمایند.

★ در مواردی شرطی که در ظاهر خلاف مقتضای عقد است الزاماً موجب بطلان عقد نیست بلکه ممکن است نشانه‌ای از قصد واقعی طرفین برای انعقاد عقدی مشروع و متفاوت با عقد ظاهری باشد و در اینجا اراده باطنی طرفین ملاک قرار می‌گیرد نه عقدی که در ظاهر منعقد شده!

○ اقسام شروط ضمن العقد:

۱- شرط صفت: شرط صفت به معنای تعهد یکی از طرفین به وجود صفت خاصی در معامله است.

الف- شرط صفت در مال کلی فی الذمه: اگر مصداق تحویلی فاقد اوصاف مقرر باشد؛ مشروط له می تواند الزام مشروط علیه را به تسلیم موردی مطابق اوصاف بخواهد. اگر الزام ممکن نباشد مشروط له حق فسخ دارد.

۲- شرط صفت در مال معین یا کلی در معین:

یعنی مورد معامله از ابتدا مشخص یا محدود به مصداق خاصی است اگر معلوم شود فاقد وصف مقرر است الزام به تسلیم مورد دیگر ممکن نیست و تنها حق فسخ برای مشروط له باقی می ماند.

☞ اقسام شرط صفت ناظر به مال معین و ضمانت اجرای آن:

۱- شرط ناظر بر وصف اساسی باشد:

به دلیل اشتباه در موضوع معامله عقد باطل است.

۲- شرط ناظر بر وصف معمولی باشد:

الف- کیفیت (مانند رنگ، مدل و...) مشروط له حق فسخ دارد.

ب- کمیت: بسته به اینکه مال کلی فی الذمه/ کلی در معین یا معین باشد ضمانت اجرا متفاوت است؛

۱- کلی فی الذمه /کلی در معین: چنانچه مقدار تسلیم شده کمتر از مقدار مقرر باشد الزام مشروط علیه به تحویل باقی مانده ممکن است.

۲- عین معین: چنانچه مقدار تسلیم شده کمتر از مقدار مقرر باشد؛

الف- در اموال تجزیه پذیر: معامله نسبت به نقیصه به علت فقدان موضوع باطل است اما برای باقی مانده مشروط له به استناد خيار تبعض صفقه می تواند قرارداد را فسخ یا ثمن را به نسبت مبيع تحویل داده شده کاهش دهد.

اگر موضوع معامله بیشتر از میزان تعیین شده درآید زیاده به نفع مشروط علیه مثلاً بایع برمی گردد.

ب- در اموال تجزیه ناپذیر: کمیت تعیینی وصف مبيع محسوب می شود و اگر کمتر از میزان مقرر باشد مشروط له فقط حق فسخ معامله را دارد. و چنانچه بیشتر از میزان مقرر باشد حق فسخ برای طرف مقابل است.

☆ حالت دیگری نیز متصور است که موضوع معامله یک مال تجزیه ناپذیر است اما طرفین توافق می کنند که جزء عوض در برابر جزء معوض قرار گیرد در نتیجه ضمانت اجرا به این نحو می باشد که؛

اگر موضع معامله کمتر از مقدار توافق شده باشد منتقل الیه می تواند فسخ کند یا ثمن را به تناسب کاهش دهد.

اگر موضع معامله بیشتر از مقدار توافق شده باشد بایع می تواند مبلغ مازاد را مطالبه کند و در صورت عدم پرداخت مشتری به استناد خيار تعذر تسلیم حق فسخ خواهد داشت.

☞ مطابق ماده ۱۴۹ قانون ثبت: نسبت به ملک که با مساحت معین و با سند رسمی مورد معامله قرار گرفته و بعداً معلوم شود اضافه مساحت دارد، ذی نفع می تواند قیمت اضافی را بر اساس ارزش مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه های قانونی معامله [قیمت روز معامله]، به صندوق ثبت، تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید. این ماده، مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ قانون مدنی را تخصیص زده است. بنابراین حق فسخ را از فروشنده گرفته و به ذی نفع [مشتری] این حق را داده است که با پرداخت اضافه قیمت بر اساس روز معامله تقاضای اصلاح سند خود را بنماید.

مابه‌التفاوت قابل پرداخت / استرداد	حق فسخ	وضعیت متراژ واقعی
پیش فروشنده مستحق دریافت مازاد قیمت به نرخ هر متر مندرج در قرارداد است.	هیچ کدام از طرفین	تا ۵٪ بیشتر از متراژ قراردادی
در صورت عدم فسخ، پیش فروشنده مستحق مازاد به نرخ قراردادی است.	پیش خریدار	بیش از ۵٪ بیشتر از مقدار قراردادی
پیش خریدار مستحق استرداد مازاد پرداختی بر اساس نرخ قرارداد است.	هیچ کدام از طرفین	تا ۵٪ کمتر از متراژ قراردادی
در صورت عدم فسخ، پیش خریدار مستحق استرداد مازاد بر مبنای قیمت روز بنا می‌باشد	پیش خریدار	بیش از ۵٪ کمتر از متراژ قراردادی

ماده ۷ پیش‌فروش ساختمان در خصوص اختلاف متراژ:

۲- شرط فعل: ماده ۲۳۷ قانون مدنی: هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً، کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید.

ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل: (به ترتیب طولی)

مرحله	ضمانت اجرا	نکات
۱	الزام مشروط علیه به انجام فعل شرط	نیاز به حکم دادگاه دارد.
۲	انجام شرط به خرج مشروط علیه	با اجازه دادگاه و در صورت عدم امکان الزام مستقیم، توسط مشروط له یا ثالث انجام می‌شود. (هزینه از اموال مشروط علیه وصول می‌شود).
۳	فسخ قرارداد توسط مشروط له	اگر دو ضمانت اجرا قبل ممکن یا مؤثر نبود در صورتی که موضوع شرط قائم به شخص باشد و الزام ممکن نباشد تنها راه فسخ نیاز به حکم دادگاه ندارد و صرف اعلام اراده مشروط له کافی است. دعوا مشروط له صرفاً برای تأیید فسخ است (جنبه اعلامی)

مواد مرتبط:

ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی: هرگاه محکوم به انجام عمل معینی باشد و محکوم‌علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل به‌توسط شخص دیگری ممکن باشد محکوم‌له می‌تواند تحت نظر دادورز (مأمور اجرا) آن عمل را وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل هزینه لازم را به‌وسیله قسمت اجرا از محکوم‌علیه مطالبه نماید. در هر یک از موارد مذکور دادگاه با تحقیقات لازم و در صورت ضرورت با جلب نظر کارشناس میزان هزینه را معین می‌نماید. وصول هزینه مذکور و حق الزحمه کارشناس از محکوم‌علیه به ترتیبی است که برای وصول محکوم به نقدی مقرر است.

تبصره - در صورتی که انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن نباشد مطابق ماده ۷۲۹ آیین دادرسی مدنی انجام خواهد شد.

ماده ۲۴۲ قانون مدنی: هرگاه 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 آرش عیب، و اگر بعد از آنکه مال را مشروط له به رهن گرفت آن مال تلف یا معیوب شود دیگر اختیار فسخ ندارد.

ماده ۲۳۹ قانون مدنی: هرگاه 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.

ردیف	مورد استثناء	توضیحات	حق فسخ ابتدایی
۱	تعهد به معرفی ضامن	مواد ۲۴۳ و ۳۷۹ ق.م: در صورت عدم معرفی ضامن مشروط له حق فسخ دارد.	بله
۲	تعهد به دادن رهن	اگر کسی تعهد کند مالی را به رهن بدهد اما امتناع ورزد مشروط له حق فسخ دارد.	بله
۳	تخلف از شروط عقد اجاره	اگر از شروط مقرر بین موجر و مستأجر تخلفی صورت گیرد قرارداد اجاره ابتدایه ساکن قابل فسخ است.	بله
۴	شرط فسخ قرارداد	اگر صریحاً در قرارداد ذکر شده باشد که در صورت تخلف طرف مقابل حق فسخ دارد نیاز به الزام نمی‌باشد.	بله
۵	قرارداد ارفاقی	در صورت نقض تعهدات توسط تاجر ورشکسته طلبکاران می‌توانند بدون الزام قرارداد را فسخ کنند ولی اگر قرارداد دارای ضامن باشد نوبت به فسخ نمی‌رسد.	در صورت نبود ضامن
۶	شرط فعل با موضوع انعقاد عقد نکاح	الزام به نکاح ممکن نیست.	بله

*طبق نظر دکتر کاتوزیان در تعهد به دادن رهن اگر نسبت به مال معین باشد؛ به دلیل اینکه امکان الزام از دادگاه وجود دارد ابتدائاً حق فسخ ایجاد نمی‌شود مگر تعهد به دادن رهن نسبت به مال غیر معین باشد که ابتدائاً حق فسخ ایجاد می‌نماید.

{ هرگاه در عقد شرط شده باشد که مشروط علیه مال معینی را رهن دهد (این گونه شرط در معاملات بسیار دیده می‌شود) و آن مال، قبل از رهن تلف یا معیوب شود، برای جلوگیری از توجه خسارت، مشروط له اختیار فسخ معامله اصلی را خواهد داشت و نمی‌تواند در مورد تلف مطالبه عوض نماید زیرا در عقد شرط شده بود است که مال معین را به رهن بدهد و مورد شرط آن مال معین بوده است و در اثر تلف، ایفاء شرط ممتنع می‌شود. همچنین که طلبکار نمی‌تواند در مورد معیوب شدن مورد شرط آرش بخواهد که به ضمیمه عین مال معیوب در رهن گذارده شود زیرا آنچه مورد شرط بوده رهن دادن عین مال است و آرش خارج از تعهد می‌باشد اگر بعد از آنکه مال را مشروط له به رهن گرفت آن مال تلف یا معیوب شود دیگر اختیار فسخ ندارد.

«منظور ماده از آرش، تفاوت بین صحیح و معیوب است»

**برای تعدی و تفریط مستأجر و تغییر شغل مورد توافق طرفین توسط مستأجر، ابتدایه ساکن ضمانت اجرای فسخ پیش‌بینی نشده است؛ بلکه موجر باید ابتدا منع مستأجر را بخواهد و اگر مؤثر نباشد در مرحله بعد می‌تواند قرارداد اجاره را فسخ کند. (۴۸۷ ق.م)

*** ماده ۲۴۰ قانون مدنی: 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 مشروط له باشد.

۱- شرط فعل منفی ماهیتی مستمر داشته باشد: ابتدا باید مشروط علیه را منع نمود اگر مؤثر نبود مشروط له می‌تواند قرارداد را فسخ کند. } ضمانت اجرا تخلف از
 ۲- شرط فعل ماهیت دفعتهاً واحده داشته باشد: چون تخلف به صورت کامل واقع شده و قابل منع یا برگشت نیست، مشروط له ابتدائاً حق فسخ قرارداد را دارد. } شرط فعل منفی

۳- شرط نتیجه:

شرطی است که به موجب آن طرفین در ضمن عقد توافق می‌کنند اثر یک عقد یا عمل حقوقی دیگر، به طور مستقیم و فوری با وقوع عقد اصلی محقق شود.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و بازنشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

موضوع شرط نتیجه همیشه یکی از موارد زیر است:

- ایجاد یک عقد جدید مثل بیع، اجاره، وکالت

- نتیجه یک عمل حقوقی مثل مالکیت که نتیجه هبه است

○ مواردی که نمی‌توان در آن‌ها شرط نتیجه درج کرد:

۱- اعمال مادی

۲- اعمال حقوقی عینی مثل هبه، رهن و... چون نیاز به قبض دارند با صرف تراضی (شرط نتیجه) واقع نمی‌شوند اما اگر قبض قبلاً انجام شده باشد می‌توان ایجاب و قبول را در قالب شرط نتیجه انشاء کرد.

۳- اعمال حقوقی تشریفاتی: نیاز به تشریفات قانونی دارند و اگر اعمال حقوقی و عینی به صورت شرط نتیجه درج شوند باطل هستند اما به عنوان شرط فعل صحیح می‌باشند. چنانچه مشروط لهی که به بطلان شرط جاهل باشد حق فسخ قرارداد را دارد اما اگر قرارداد را فسخ نکند آن عمل حقوقی تشریفاتی به عنوان یک شرط فعل بر عهده مشروط علیه باقی خواهد بود.

☑ نکات تکمیلی:

- اگر شرط صفت، فعل یا نتیجه، نامقدور باشد؛ در این صورت شرط مزبور، باطل است. اگر شرط باطل ولی غیر مبطل باشد، اصولاً مشروط له حق فسخ عقد را دارد مگر در این موارد؛

۱- مشروط له آگاه به بطلان معامله باشد.

۲- شرط باطل از مصادیق شرط بی‌فایده باشد زیرا مبنای اختیار، جلوگیری از ضرر ناروا به مشروط له است که در حالت اخیر چنین ضرری وجود ندارد.

۳- بطلان شرط مستند به مشروط له باشد.

- اثبات اینکه عدم اجرای تعهد مستند به متعهد نبوده مانع مطالبه خسارت می‌باشد اما اصولاً مانع فسخ قرارداد از سوی مشروط له نیست، مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد.

- پس از انعقاد معامله‌ای که در آن شرط فعل قرار داده شده است، برای مشروط له حقی ایجاد می‌شود که در اثر آن می‌تواند انجام شرط را از مشروط علیه بخواهد و می‌تواند از انجام آن صرف‌نظر کند یعنی حق خود را نسبت به شرط ساقط نماید.

- آنچه در شرط فعل اسقاط می‌شود حق مشروط له است که به تبع آن شرط نیز منتفی می‌شود، پس چنانچه تعهد حاصل از شرط فعل اجرا شده باشد دیگر موضوعی برای اسقاط وجود ندارد.

- وقتی مبیع عین معین است اسقاط شرط صفت هم ممکن نیست زیرا با نداشتن وصف مشروط، برای مشروط له اختیار فسخ ایجاد می‌شود و اسقاط شرط، اسقاط اختیار ناشی از تخلف از شرط تلقی خواهد شد.

- شرط نتیجه قابل اسقاط نیست زیرا به محض انعقاد عقد شرط نیز محقق می‌شود و دیگر چیزی باقی نمی‌ماند تا ساقط شود ولی حق فسخ ناشی از بطلان شرط نتیجه، قابل اسقاط است.

- اسقاط شرط باطل به معنی اسقاط حق فسخ ناشی از بطلان شرط است. بنابراین اگر شرط باطل ساقط شود دیگر نمی‌توان آن را مستند اختیار فسخ قرار داد.

- در صورتی که شرط به نفع ثالث شده باشد، مشروط له نمی‌تواند ذمه مشروط علیه را بری کند زیرا اسقاط شرط، مغایر حق ثالث است.

- اسقاط حق حاصل از شرط ممکن است به لفظ باشد یا به فعل، یعنی عملی که دلالت بر اسقاط شرط نماید.

اسقاط حق حاصل از شرط فعل، ممکن است با لفظ باشد مانند اینکه بگوید حق شرط را ساقط کردم یا از آن صرف‌نظر کردم یا به فعل و عملی که دلالت بر اسقاط شرط نماید؛ مانند اینکه مشتری بر بایع شرط کند که خانه او را نقاشی بنماید و مشتری آن را خراب و تبدیل به باغ کند و یا آنکه مستأجر مغازه لوازم التحریر فروشی، بر مؤجر شرط کند که مغازه‌های اطراف را برای جلوگیری از رقابت به لوازم التحریر فروش دیگری ندهد و پس از چند ماه خود مستأجر مزبور مغازه خود را به پرده فروشی تبدیل نماید.

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

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

شرط ضمن عقد اصولاً تابع عقد است و استقلال ندارد (مگر اینکه طرفین برخلاف آن توافق کرده باشند) پس طبیعی است که با انحلال عقد اصلی، شرط نیز از بین برود، و اگر قبل از انحلال عقد، شرط فعلی که عمل مادی است انجام نشده باشد مشروط علیه بری الذمه می‌شود و چنانچه شرط به سود مشروط له انجام شده باشد، عمل کننده به شرط می‌تواند عوض آن را مطالبه کند. مثلاً اگر ضمن عقدی شرط شده باشد که خیاطی یک دست لباس برای دیگری بدوزد و بعد از انجام این کار عقد بهم بخورد، خیاط می‌تواند اجرت‌المثل عمل خود را از طرف دیگر بخواهد.

- هرگاه موضوع شرط فعل، عمل حقوقی (تعهد به اعطای وکالت یا رهن) باشد و قبل از اجرای شرط، عقد منحل شود مشروط علیه بری الذمه می‌شود؛ اما اگر شرط اجرا شده باشد اثر انحلال عقد بر شرط، بسته به اینکه موضوع شرط عمل حقوقی تبعی باشد یا مستقل متفاوت است.

مثال: اگر موضوع شرط عمل حقوقی تبعی باشد مانند اینکه خریدار ضمن عقد بیع متعهد می‌شود که بابت ثمن همان معامله رهن یا ضامن بدهد و پس از اجرای شرط، عقد منحل می‌شود آن عمل حقوقی نیز منحل می‌گردد زیرا با انحلال بیع، تعهد به پرداخت ثمن از بین می‌رود و با از بین رفتن تعهد، رهن بدون موضوع مانده و سالبه به انتفاء موضوع می‌گردد ولی اگر موضوع شرط فعل، عمل حقوقی مستقل باشد انحلال عقد به خودی خود موجب انحلال عمل حقوقی اجرا شده نخواهد بود.

- اگر شرط ضمن عقد، شرط نتیجه باشد با انحلال عقد، اثر ناشی از شرط نتیجه به حالت سابق اعاده می‌گردد به عنوان مثال بعد از فسخ بیعی که در آن ابراء ذمه خریدار از دینی که به فروشنده داشته، شرط شده، **ذمه خریدار مجدداً به آن دین مشغول می‌شود.**

- در حالتی که در قرار داد ابراء **ذمه شخص ثالثی** شرط شده باشد با انحلال قرارداد مجدداً ثالث مدیون مشروط علیه نمی‌گردد زیرا این امر مغایر حقوق شخص ثالث است بلکه مشروط له باید معادل آن را به مشروط علیه بپردازد.

- اگر ثابت شود که معامله اصلی باطل بوده است، شرط ضمن آن نیز بی‌اثر می‌شود، هر چند که به خودی خود تمام شرایط صحت معامله را نیز دارا باشد.

• عقود فضولی

عقدی است که توسط شخص ثالث منعقد می‌شود که نه مالک مال یا حق مورد معامله است و نه از طرف مالک، نمایندگی قانونی، قراردادی یا قضایی دارد. به عبارت دیگر شخص بدون داشتن اذن یا ولایت یا وکالت به نام یا به سود دیگری اقدام به انجام معامله می‌نماید. در این نوع عقد شخصی که بدون سمت اقدام به انجام معامله می‌کند فضول نامیده می‌شود.

شخصی که مال یا حق متعلق به او بوده ولی بدون اجازه‌اش معامله شده مالک یا غیر نامیده می‌شود و شخصی که با فضول طرف معامله قرار می‌گیرد اصیل یا متعامل فضولی نام دارد.

- معامله فضولی غیر نافذ است که علت این امر عدم رضایت مالک می‌باشد اما طبق قانون مدنی دلیل غیر نافذ بودن معامله فضولی **فقدان سمت** می‌باشد.

طبق ماده ۲۴۷ قانون مدنی «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 می‌شود.»

معامله فضولی از جانب اصیل که اراده‌اش کامل بوده، عقدی لازم است. وضعیت عدم نفوذ معامله، تا زمانی که اجازه یا رد صادر نشده است، باقی خواهد بود.

+ ایقاع فضولی نیز اصولاً غیر نافذ است مگر در موارد زیر که باطل می‌باشد؛

۱- طلاق - وصیت فضولی

۲- مواردی که اعمال حق فوری است مثل خیار تدلیس، غبن، تخلف از وصف یا اخذ به شفعه

۳- مواردی که مباشرت شخص شرط شده باشد مانند رجوع

✓ معاملات فضولی در یک استثناء نافذ هستند؛

ماده ۳۰۶ قانون مدنی: اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آن‌ها را بدون اجازه مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند باید حساب زمان تصدی خود را بدهد. در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور 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.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

شرایط صحت	۱-عدم توانایی مالک در اداره مال خود.
اداره فضولی	۲-اقدام فضول باید به قصد احسان باشد.
مال غیر	۳-وجود ضرورت فوری برای جلوگیری از ضرر مسلم به مالک.
	۴-عدم امکان کسب اذن از مالک یا نماینده او.

○ انتقال مالکیت و منافع در عقد فضولی:

در حقوق ایران در مورد عقود غیرنافذ مانند عقود فضولی، اگراهی و سایر موارد مشابه نظریه کشف حکمی پذیرفته شده است بر اساس این نظریه؛ مالکیت از زمان تنفیذ به متعامل فضولی منتقل می‌شود اما تا حد امکان آثار عقد از جمله منافع به زمان انعقاد عقد سرایت داده می‌شود بنابراین؛ منافع از روز تراضی و عین از روز تنفیذ منتقل می‌شود. (ماده ۲۵۸ و مفهوم آن)

در مقابل در عقود معلق، نظریه نقل پذیرفته شده است یعنی؛ کلیه آثار عقد اعم از انتقال عین و انتقال منافع، از روز تحقق معلق علیه ایجاد می‌شود نه قبل از آن.

مثال: در سال ۱۳۹۶ یک معامله فضولی معلق منعقد می‌شود و فضول بگوید؛ «ملک را فروختم اگر تا دو سال آینده قیمت یورو ۲۵٪ کاهش یابد» حال اگر در سال ۱۳۹۶ معلق علیه تحقق یابد و یک سال بعد مالک، این معامله را تنفیذ کند در این حالت؛ اصل مالکیت (عین) از تاریخ تنفیذ یعنی ۱۳۹۸ منتقل می‌شود اما منافع از زمان تحقق معلق علیه یعنی سال ۹۷ زیرا در معامله معلق اصولاً تا قبل از حصول معلق علیه اثری بر آن بار نیست.

تعهد به فعل ثالث عقد فضولی نیست. یعنی در حالتی که به‌طور مثال بنگاه معاملاتی در برابر خریدار تعهد می‌کند تا شرایطی فراهم کند که مالک، ملک خاصی را به وی بفروشد در این عقد برخلاف عقد فضولی، رابطه‌ای بین مالک و متعهد له ایجاد نمی‌شود مگر اینکه دلال اخیرالذکر، خود را مالک یا مأذون از قبل او معرفی کرده باشد و تعهد به فروش نماید در این صورت است که معامله فضولی و عهدهی خواهد بود.

☆ اگر فضول اجازه مالک را ضمن قرارداد تعهد کند این تعهد صحیح و آثار آن تابع قواعد عمومی حاکم بر قراردادها خواهد بود.

-کسی که مال غیر را با علم به اینکه مال غیر است به نحوی از انحاء عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند کلاه‌بردار محسوب و مطابق ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی محکوم می‌شود. همچنین است انتقال گیرنده که در حین معامله عالم به عدم مالکیت انتقال دهنده باشد.

اگر مالک از وقوع معامله مطلع شده و تا یک ماه پس از حصول اطلاع اظهاریه برای ابلاغ به انتقال گیرنده و مطلع کردن او از مالکیت خود به اداره ثبت‌اسناد یا دفتر بدایت یا صلحیه یا یکی از دوایر دیگر دولتی تسلیم ننماید معاون مجرم محسوب خواهد شد هر یک از دوایر و دفاتر فوق مکلفاند در مقابل اظهاریه مالک رسید داده آن را بدون فوت وقت به‌طرف برسانند.

-ماده ۱۱۷ قانون ثبت‌اسناد و املاک (اصلاحی ۰۷/۰۵/۱۳۱۲) - هر کس به‌موجب سند رسمی یا عادی نسبت به‌عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیرمنقول) حقی به شخص یا اشخاص داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت به‌موجب سند رسمی معامله یا تعهدی معارض با حق مزبور بنماید به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد.

-در خصوص عدم قابلیت تعارض معامله مال غیرمنقول به‌وسیله سند عادی با معامله همان مال با سند رسمی در صورت اجباری بودن ثبت‌اسناد نظر به اینکه شرط تحقق بزه مشمول ماده ۱۱۷ قانون ثبت‌اسناد و املاک قابلیت تعارض دو معامله یا تعهد نسبت به یک مال می‌باشد و در نقاطی که ثبت رسمی اسناد مربوط به عقود و معاملات اموال غیرمنقول به‌موجب بند اول ماده ۴۷ قانون مزبور اجباری باشد، سند عادی راجع به معامله آن اموال طبق ماده ۴۸ همان قانون در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نشده و قابلیت تعارض با سند رسمی نخواهد داشت، بنابراین چنانچه کسی در این قبیل نقاط با وجود اجباری بودن ثبت رسمی اسناد قبلاً معامله‌ای نسبت به مال غیرمنقول به‌وسیله سند عادی انجام دهد و سپس به‌موجب سند رسمی معامله‌ای معارض با معامله اول در مورد همان مال واقع سازد عمل او از مصادیق ماده ۱۱۷ قانون ثبت‌اسناد نخواهد بود بلکه ممکن است برفرض احراز سوءنیت با ماده کیفری دیگری قابل انطباق باشد.

-مورد معامله فضولی باید عین معین باشد و عین کلی نمی‌تواند مورد معامله فضولی واقع شود زیرا در مال کلی هنوز مصداق مشخص نشده است و اگر در معامله کلی شخص متعهد مصداقی تسلیم کند که برای خودش نیست الزام می‌شود تا موضوع مورد معامله را از مال خود تحویل دهد و اگر امتناع کند برای طرف مقابل حق فسخ به استناد خیار تعذر از تسلیم ایجاد می‌شود.

-برای تشکیل قرارداد فضولی اهلیت کامل معامل فضولی لازم نیست و عدم اهلیت او مانع تشکیل قرارداد فضولی نمی‌شود بلکه کافی است دارای قصد باشد.

-اگر فضول مجنون، صغیر غیر ممیز باشد معامله فضولی باطل است اما اگر فضول سفیه یا صغیر ممیز باشد معامله او غیر نافذ است و منوط به تنفیذ مالک می‌باشد نه نماینده محجور.

-اهلیت استیفا مالک به هنگام انعقاد قرارداد فضولی لازم نیست بلکه در زمان تنفیذ باید اهلیت داشته باشد.

○ تنفیذ معامله فضولی

صریح: شخص صراحتهً معامله را تنفیذ کند یعنی رضایت خود را به صورت صریح بیان کند

ضمنی: شخص صراحتهً معامله را تنفیذ نکند، اما عملی انجام دهد که حاکی از تنفیذ باشد مانند آن که مال را به متعامل فضولی تحویل دهد. یا ثمن معامله را مطالبه نماید.

فسخ معامله توسط مالک تنفیذ ضمنی محسوب می‌شود.

-چنانچه مالک بعد از انعقاد معامله فضولی به فضول وکالت در فروش مالش را بدهد این وکالت در فروش تنفیذ ضمنی محسوب نمی‌شود.

۱- اگر مالک در معامله فضولی ادعای غبن نماید به این معنا که فضول مبیع را ارزان تر از قیمت متعارف فروخته است این امر تنفیذ ضمنی محسوب می‌شود به این دلیل که عقدی که غیر نافذ است قابل فسخ نیست و برای اینکه معامله‌ای را بتوان فسخ کرد **الزاماً** باید صحیح باشد.

-اگر فضول در ضمن قرارداد فضولی شرط کرده باشد که اتومبیل خریدار متعلق به او باشد و مالک با اطلاع از این شرط معامله را تنفیذ کند مالکیت اتومبیل متعلق به فضول خواهد بود.

-معامله فضولی که در آن فضول شرطی را به نفع خریدار درج کرده باشد و مالک با علم به شرط فقط عقد را تنفیذ کرده باشد رد ضمنی و بطلان عقد و شرط می‌باشد و اگر با جهل به شرط فقط عقد را تنفیذ نماید عقد و شرط هر دو غیر نافذ می‌مانند.

○ رد معامله فضولی

صریح: شخص صراحتهً معامله را رد کند یعنی عدم رضایت خود را به صورت صریح بیان کند.

ضمنی: شخص صراحتهً معامله را رد نکند، اما عملی انجام دهد که حاکی از رد باشد مانند؛ انتقال مال به شخص دیگر با علم به معامله فضولی، انتقال مال به فضول با علم به معامله فضولی.

۱- اگر مالک با اطلاع یا بدون اطلاع از معامله فضولی مال را به خریدار فضولی انتقال دهد در هر صورت معامله فضولی باطل است، زیرا متعامل فضولی (خریدار) نمی‌تواند معامله قبلی را تنفیذ یا رد نماید و این موجب دور می‌شود.

۲- اگر مالک با علم به معامله فضولی مال مورد معامله را وصیت نماید رد ضمنی معامله فضولی محسوب می‌شود.

اگر بدون علم به معامله فضولی آن را وصیت نماید رد ضمنی محسوب نمی‌شود و حق تنفیذ یا رد فعلاً به موصی له منتقل نمی‌شود و همچنان برای مالک مال باقی می‌ماند.

- اگر مالک بدون اطلاع از معامله فضولی مال را به رهن بگذارد اقدام او نه رد و نه تنفیذ تلقی می‌شود بلکه معامله همچنان فضولی است اما در صورت تنفیذ، نیاز به دو

تنفیذ خواهد داشت تنفیذ مالک عین و تنفیذ مرتهن. اما در صورتیکه با اطلاع از معامله فضولی مال مزبور را به رهن بگذارد به منزله رد ضمنی تلقی خواهد شد.

📌 تصرفات مالک مال بر موضوع معامله فضولی:

۱- **تصرفات مادی** که باعث تلف مال شود به منزله رد معامله فضولی محسوب خواهد شد و بطلان آن را در بر خواهد داشت اعم از اطلاع یا عدم اطلاع مالک از معامله فضولی.

الف) معاملاتی که باعث انتقال عین مال می‌گردد (بیع، هبه، معاوضه و ...)

در صورت اطلاع مالک موجب رد ضمنی و بطلان معامله است، و در صورت عدم اطلاع با انتقال عین مال به شخص دیگر حق تنفیذ یا رد به منتقل الیه می‌رسد.

ب) معاملاتی که باعث انتقال عین مال نمی‌گردد بلکه منافع منتقل یا اذن در نفع آن ایجاد می‌شود (اجاره، عاریه و...) این معاملات نه تنفیذ و نه رد محسوب می‌شود همچنان به دلیل باقی بودن اصل عین در نزد مالک حق تنفیذ یا رد با مالک می‌باشد.

ج) معاملاتی که برای ثالث ایجاد حق وثیقه می‌نماید مانند (رهن) در صورت اطلاع مالک مال از معامله فضولی و بعد به وثیقه گذاردن آن رد ضمنی محسوب می‌شود، اما در صورت عدم اطلاع تنفیذ باید توسط مالک مال و دارنده حق وثیقه انجام شود.

(در صورت تمایل به رد، نیازی به رد از جانب دو نفر نمی‌باشد و رد یکی از ایشان کافی می‌باشد)

- سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد اجازه محسوب نمی‌شود.

- اجازه در صورتی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد و الا اثری ندارد.

در صورتی که مالک معامله فضولی را رد نماید و مجدداً اجازه دهد آن اجازه مؤثر نخواهد بود، زیرا رد، کلیه آثار قصدی را که قبلاً به وسیله فضول به عمل آمده محو می‌نماید و پس از آن چیزی باقی نمی‌ماند تا اجازه بتواند آن را تکمیل کند و اجازه هم به تنهایی ایجاد تملیک نمی‌کند.

- لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد. اگر تأخیر موجب ضرر طرف اصیل باشد مشارالیه می‌تواند معامله را بهم بزند.

{ رد مانند قبول لازم نیست فوری باشد و نیز لازم نیست که در زمان حیات مالک به عمل آید؛ بلکه بعد از فوت او نیز وراثت می‌توانند معامله را رد کنند }

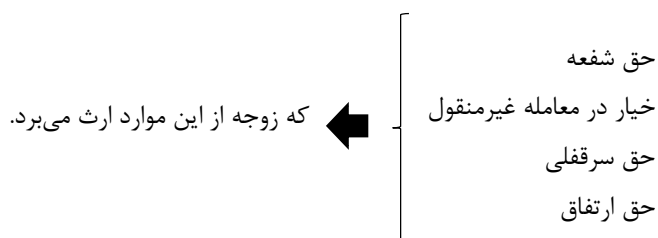
- تنفیذ یا رد معامله فضولی قابلیت تبعیض ندارد یعنی مالک نمی‌تواند بخشی از معامله را تنفیذ و بخشی را رد نماید.

ولی وقتی وراثت می‌خواهند معامله را تنفیذ کنند نیازی نیست که همه تنفیذ کنند هر کس به اندازه سهم الارث خود حق تنفیذ یا رد دارد و اگر برخی وراثت تنفیذ کنند و برخی رد کنند مالک با وراثتی که رد کردند شریک می‌شود.

- هرگاه اصیل از فضولی بودن معامله مطلع باشد حق فسخ معامله نسبت به بخش صحیح را نیز ندارد.

چنانچه از فضولی بودن معامله بی‌اطلاع باشد حق دارد معامله را نسبت به سهم اشخاصی که تنفیذ کرده‌اند نیز فسخ نماید (خیار تبعض صفقه).

*زوجه حق تنفیذ یا رد معامله که موضوعش مال غیرمنقول است را ندارد برخلاف:



ماده ۲۵۴ قانون مدنی: هرگاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد آن مال، به نحوی از انحاء به معامله‌کننده فضولی منتقل شود، صرف تملک موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود.

زیرا وی، به هنگام انشای معامله، مالک مال مزبور نبوده؛ و رضای غیرمالک، نمی‌تواند سبب نفوذ معامله گردد.

رضای مالک، در صورتی باعث نفوذ معامله می‌گردد که به‌عنوان مالک و برای اعطای نیابت باشد. به همین دلیل اگر شخصی، به تصور اینکه مالی، متعلق به او نیست؛ آن را انتقال دهد؛ و سپس متوجه گردد که شیء مزبور، متعلق به او بوده است؛ نفوذ معامله مزبور، بستگی به رضایت بعدی او دارد.

- اگر شخصی خانه پدر خود را، به نحو فضولی، به دیگری فروخته؛ و مالک منزل، پیش از تنفیذ یا رد قرارداد مزبور، فوت نماید؛ در این صورت معامله غیرنافذ بوده؛ و صحت یا بطلان آن بستگی به نظر وارث، یعنی همان فضول دارد.

ماده ۲۵۵ قانون مدنی: هرگاه 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 و الا معامله باطل خواهد بود.

برای این ماده ۳ حالت متصور است؛

۱- برخی اوقات معامله با قصد فضولی نیاز به تنفیذ یک شخص دارد مانند اینکه شخصی مال خود را اشتهاً به تصور اینکه مال غیر بوده فروخته و سپس وقتی متوجه می شود نیاز به تنفیذ خود او دارد.

۲- برخی اوقات معامله با قصد فضولی نیاز به دو تنفیذ دارد مثلاً قیم مال غیر منقول مولی علیه خود را به تصور اینکه مال غیر است به قصد معامله فضولی فروخته و سپس متوجه شده متعلق به مولی علیه او می باشد در این صورت این معامله **نیاز به تنفیذ قیم و دادستان دارد.**

۳- برخی اوقات نیاز به یک تنفیذ دارد ولی دو نفر اختیار تنفیذ این معامله را دارند. به عنوان مثال در صورتی که الف وکالت فروش مال خود را به ب داده باشد و ب بدون اطلاع از این وکالت مال را بفروشد معامله ب غیر نافذ است و نفوذ آن منوط به تنفیذ الف یا ب است.

- در صورتی که وکیل استعفا داده ولی موکل به اذن خود باقی باشد و وکیل به تصور اینکه پس از استعفا سمت نداشته و به قصد فضولی معامله کند این موضوع نیز یکی از مثال های ماده ۲۵۵ می باشد.

ماده ۲۵۶ قانون مدنی: هرگاه کسی مال خود و مال غیر را به یک عقدی منتقل کند یا انتقال مالی را برای خود و دیگری قبول کند معامله نسبت به خود او نافذ و نسبت به غیر، فضولی است.

- تبعیض در تنفیذ یا رد معامله فضولی **اصولاً ممنوع** است یعنی مالک اصولاً نمی تواند بخشی از معامله فضولی را رد و بخشی را تنفیذ کند ولی در کل باید بین دو مورد قائل به تفکیک شد؛

+ مبيع متعدد نبوده و ثمن به تناسب اجزای مبيع تجزیه نشده؛ مالک نمی تواند تبعیض کند و بخشی از معامله را تنفیذ نماید.

+ ثمن به تناسب اجزای مبيع تجزیه شده مانند اینکه فضول ۱ تن پرتغال موجود در انبار شخصی خود را ۱۰۰ میلیون از قرار کیلویی ۱۰ هزار تومان فروخته باشد که در اینجا مالک می تواند تبعیض کند و بخشی از معامله را تنفیذ کند و بخشی را رد کند.

اگر مالک معامله فضولی را تنفیذ نکند خریدار فضولی در برابر مالکید غاصبانه هست (علم و جهل متعامل فضولی تأثیری در مسئولیت او ندارد).

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

۱- متعامل (خریدار) فضولی عالم باشد:

می تواند فقط ثمن را از فضول پس بگیرد.

مراجعه خریدار فضولی به فضول

۲- متعامل (خریدار) فضولی جاهل باشد:

علاوه بر ثمن، خسارت را نیز می تواند از فضول مطالبه کند.

- اگر مبيع مستحق للغير باشد و مالک معامله را تنفیذ نکند خریدار می تواند ثمن پرداختی را با توجه به نرخ روز مبيع پس بگیرد به شرط آن که جاهل بوده باشد. (رای وحدت رویه)

- اگر مالک معامله فضولی را تنفیذ کند و فضول ثمن را گرفته باشد و مالک علاوه بر معامله فضولی اخذ ثمن را نیز تنفیذ کرده باشد باید فقط ثمن را از فضول مطالبه نماید.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

اما در حالتی که فضول ثمن را گرفته باشد و مالک فقط معامله را تنفیذ کرده باشد ثمن را می‌تواند از خریدار و فضول مطالبه نماید. (متعامل فضولی می‌تواند وجهی را که به فضول داده است از او پس بگیرد) اگر مالک معامله فضولی را تنفیذ کرده باشد و فضول ثمن را نگرفته باشد مالک فقط به خریدار می‌تواند رجوع کند.

- اگر مالک معامله را رد نماید و فضول مبیع را به اصیل تسلیم کرده باشد هر دو نفر نسبت به عین مال مسئولیت تضامنی دارند و نسبت به منافع مال هر یک ضامن منافع زمان تصرف خویش می‌باشند. و در حالتی که فضول و اصیل تصرفی بر مال نداشته‌اند در مورد عین مال مسئولیتی ندارند.

۱- اصیل نسبت به فضولی بودن جاهل باشد: حق دارد از فضول ثمن پرداختی و غرامات ناشی از بطلان معامله را مطالبه نماید
رابطه فضول با اصیل
۲- اصیل نسبت به فضولی بودن عالم باشد: تنها حق مطالبه ثمن پرداختی به فضول را دارد.

○ غراماتی که اصیل می‌تواند از فضول دریافت نماید شامل؛

۱- هزینه‌های متعارف صرف شده برای انجام معامله
۲- تفاوت بهای قیمت

- معاملات متعدد فضولی نسبت به یک مال اگر به صورت سلسله وار منعقد شود، اگر مالک یکی از معاملات را رد کند آن معامله و معاملات ما قبل باطل و بعدی‌ها همچنان غیر نافذ می‌باشند و اما اگر یکی را تنفیذ کند آن معامله و معاملات ما بعد صحیح و معاملات ما قبل باطل می‌شوند.

- اگر معاملات فضولی متعدد به صورت عرضی نسبت به یک مال منعقد شود اگر مالک یکی را تنفیذ کند و تنفیذ با علم به سایر معاملات باشد به معنای رد ضمنی آن‌هاست و اگر بدون علم باشد مالک جدید می‌تواند سایر معاملات را رد یا تنفیذ نماید.

و اگر مالک یکی را رد کند فقط همان معامله رد شده باطل می‌شود و مابقی غیر نافذ می‌مانند.

و در فرض آخر اگر مال غیر مورد معامله فضولی واقع شود و فضول عوض معینی دریافت نماید و آن عوض را نیز مورد معامله قرار دهد، اگر مالک یکی از این معاملات را تنفیذ نماید آن معامله و معاملات ما قبل صحیح و معاملات ما بعد هم چنان غیر نافذ باقی می‌ماند و اگر یکی از معاملات را رد نماید آن معامله و معاملات ما بعد باطل و معاملات ما قبل صحیح می‌شوند.

• سقوط تعهدات

تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می‌شود:

۱ - به وسیله وفای به عهد

۲ - به وسیله اقاله

۳ - به وسیله ابراء

۴ - به وسیله تبدیل تعهد

۵ - به وسیله تهاتر

۶ - به وسیله مالکیت مافی‌الذمه

☞ موارد دیگری مانند ممتنع شدن اجرای تعهد به صورت دائمی یا به صورت قوه قاهره، فوت، ناتوانی متعهد در اجرای تعهدات قائم به شخص یا اتمام مدت اجرای تعهد در فرضی که رابطه تعهد و زمان انجام تعهد به نحو مطلوب باشد از دیگر موجبات سقوط تعهدات تلقی می‌شود.

☞ طبق نظر دکتر کاتوزیان وفای به عهد (انجام دادن تعهدات) اصولاً عمل حقوقی نیست زیرا نه عقد است و نه ایقاع. یعنی علی‌الاصول یک واقعه حقوقی ارادی می‌باشد مگر؛

۱- تنها در یک مورد وفای به عهد عقد است و آن هم در قولنامه می‌باشد. قولنامه تعهد به انتقال است و از آنجاکه وفای به عهد در قولنامه انعقاد عقد بیع می‌باشد ماهیتاً وفای به تعهد ناشی از قولنامه (انعقاد بیع) است.

۲- وفای به عهد در مواردی یک واقعه حقوقی غیرارادی است مانند آنکه مال به صورت کلی در معین فروخته شود و بر اثر رویدادهایی مانند سیل به صورت قهری تعیین مصداق رخ دهد یعنی آن امر غیرارادی تمام موجودی انبار را از بین ببرد و فقط به اندازه فروخته شده باقی بماند.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

۳- اقاله، ابراء، تبدیل تعهد عمل حقوقی هستند و تهاتر و مالکیت ما فی الذمه واقعه حقوقی می باشد.

وفای به عهد اصولاً واقعه حقوقی است.

○ اصل عدم تبرع در قانون مدنی

طبق ماده ۲۶۵ در قانون مدنی « شخصی که یک مال به دیگری دهد، ظاهر در عدم تبرع می باشد. پس زمانی که کسی چیزی به دیگری بدهد، بدون اینکه مقروض آن باشد، می تواند استرداد کند».

-اماره عدم تبرع که بیانگر عدم تبرعی بودن پرداخت ها می باشد دارای سه نتیجه به شرح ذیل است:

الف) شخص پرداخت کننده اظهار دارد که دینی نداشته و پرداخت او ناشی از اشتباه بوده است و شخص دریافت کننده بیان دارد که طلبکار بوده است و این پرداختی که به او صورت گرفته است برای ایفا تعهد بوده اصل بر وجود دین است و شخصی که مدعی عدم دین می باشد باید ادعای خود را اثبات نماید.

ب) اگر یکی از طرفین بگوید که پرداخت مال بر مبنای عقدی از عقود مانند قرض، عاریه، ودیعه یا... بوده است ولی طرف مقابل ادعا کند پرداخت تبرعی بوده است اصل بر این است که این پرداخت از باب یکی از عقود مانند قرض و... بوده است و در نتیجه آنکه مدعی پرداخت تبرعی می باشد باید ادعایش را ثابت کند.

ج) اگر شخصی مالی را به دیگری بدهد و یکی از طرفین ادعا کند که مال برای پرداخت دین بوده است و طرف دیگر ادعا کند که برای پرداخت دین نبوده و از باب یکی از عقود مانند قرض و... بوده است اصل بر این است که این پرداخت برای ایفای دین بوده است.

 وجود چک، در دست دارنده اماره مدیون بودن صادر کننده چک می باشد و استرداد آن نیاز به اثبات براءت ذمه دارد، به عنوان مثال چنانچه بابت و دلیل صدور چک مشخص نباشد اصل بر بدهکاری صادر کننده است لیکن چنانچه در متن چک ذکر شده باشد «بابت تضمین حسن اجرای قرارداد» در این صورت صادر کننده بدهکار محسوب نمی شود و چنانچه خواهان همان طرف قرارداد پایه باشد باید اثبات نماید که خوانده مفاد قرارداد میان آن دو را نقض نموده است.

- در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی باشد اگر متعهد به میل خود آن را ايفاء نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود.

○ اقسام تعهدات:

تعهدات از حیث قابلیت مطالبه به سه دسته؛

۱- تعهدات حقوقی: در این تعهدات هم دین وجود دارد و هم الزام به اجرای دین. یعنی هم عنصر معنوی تعهد (دین) و هم عنصر اجرایی (الزام قانونی) وجود دارد. این نوع تعهد دارای اثر الزام آور و قابل مطالبه از طریق دادگاه است.

۲- تعهدات طبیعی: در این تعهدات فقط دین وجود دارد اما الزام قانونی به اجرای آن وجود ندارد یعنی شخص بدهکار از نظر وجدانی یا اخلاقی متعهد است ولی دائن حق اقامه دعوا ندارد. مثل؛

الف- دیونی که مشمول مرور زمان شده اند.

ب- نفقه ی گذشته ی اقارب (خط عمودی).

ج- پرداخت دین توسط شخص ثالث بدون اذن مدیون.

۳- تعهدات صرفاً اجرائی: در این نوع تعهدات دین وجود ندارد اما الزام به اجرای تعهد وجود دارد. مثل:

الف- ضَمَان ضَمِ ذِمَه به ذِمَه: دین همچنان بر عهده مضمون عنه (مدیون اصلی) باقی است و ضامن صرفاً التزام به پرداخت دارد.

اما در ضامن نقل ذمه دین به طور کامل از مضمون عنه به ضامن منتقل می شود.

ب- تعاقب ایادی غاصبان: شخصی که مال درید او تلف شده متعهد واقعی و دارای دین است. سایر غاصبان صرفاً التزام به پرداخت مثل یا قیمت دارند.

ج- صدور چک توسط نماینده: دین واقعی بر عهده صاحب حساب است و صادر کننده اما صادر کننده نسبت به مبلغ چک همراه با صاحب حساب مسئولیت تضامنی دارد.

تعهدات طبیعی به دودسته تقسیم می شوند:

← تعهدات ناقص

← تعهدات عقیم مانده

-تعهدات ناقص: تعهداتی که ابتدا حقوقی بوده‌اند یعنی قابل مطالبه بوده‌اند ولی بعداً تبدیل به تعهد طبیعی شده‌اند و در حال حاضر قابل مطالبه نمی‌باشند مانند دیون مشمول مرور زمان.

-تعهدات عقیم مانده: تعهداتی که هیچ‌گاه حقوقی نبوده‌اند و در مسیر حقوقی شدن عقیم مانده‌اند مانند عقد هبه قبل از قبض که واهب الزام به قبض ندارد ولی نسبت به متبهد یک دین طبیعی ایجاد شده، حال اگر این نوع از تعهد در اثر اشتباه پرداخت شود چون این دین هیچ‌وقت حقوقی نبوده مدیون می‌تواند این دین را استرداد کند.

{نظر دکتر کاتوزیان نفقه اقارب افقی یا صدقه را نیز در زمره تعهدات طبیعی عقیم مانده می‌داند. البته این دیدگاه مستند قانونی ندارد زیرا نفقه اقارب و صدقه اصولاً فاقد ماهیت دینی و الزام‌آور حقوقی هستند و نمی‌توان در زمره دین طبیعی قرارداد. تعهد اخلاقی هستند.}

☆ اگر دین طبیعی در اثر اگراه پرداخت شود قابل استرداد است.

ماده ۲۶۷ قانون مدنی: ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد ولیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد.

در حقوق ایران شخص ثالث که مدیون نیست می‌تواند دین شخص مدیون را پرداخت کند و چه از مدیون اذن داشته یا اذن نداشته باشد وفای به عهد توسط ثالث کاملاً صحیح است.

۱- اگر ثالثی که دین مدیون را پرداخت می‌کند از مدیون اذن پرداخت بگیرد این اذن اماره بر این است که ثالث قصد تبرع ندارد مگر اینکه خلافش ثابت شود.

۲- اگر ثالثی که دین مدیون را پرداخت می‌کند از مدیون اذن نگیرد فرض قانونی است که ثالث قصد تبرع دارد و خلاف آن قابل اثبات نیست یعنی اگر ثالث اذن نگیرد و دین دیگری را پرداخت کند حتی اگر ثابت کند قصد تبرع نداشته است باز هم نمی‌تواند برای استرداد دین پرداخت شده به مدیون اصلی رجوع کند.

۳- اگر مباشرت متعهد در انجام تعهد شرط باشد رضایت متعهدله برای وفای به عهد توسط ثالث نیاز است. و اگر بدون رضایت متعهدله این دین از جانب غیر مدیون پرداخت شود وفای به عهد محقق نمی‌شود. البته در فرضی که متعهد هم در انجام تعهد ذینفع است انجام تعهد توسط ثالث علاوه بر رضایت متعهدله نیاز به رضایت متعهد هم دارد.

⚠ استثنائی که به فرض پرداخت دین مدیون از جانب ثالث وارد است این است که اگر ثالث اذن در پرداخت نداشته باشد اگر به قصد اداره فضولی دین دیگری این کار را انجام داده باشد حق رجوع دارد.

اذن مدیون تأثیری در براءت ذمه او ندارد و در امکان رجوع ثالث مؤثر است

☆ اگر آذن محجور باشد نمی‌توان به او رجوع کرد چه پرداخت کننده عالم به حجر او بوده باشد چه جاهل. و اما اگر جاهل به حجر او بوده باشد می‌تواند مبلغ پرداختی را از گیرنده مسترد کند.

👉 مواردی که شخص ثالث از مدیون اذن نگرفته است اما حق رجوع دارد:

۱- در فرضی که پرداخت کننده به حکم قانون یا قرارداد، قائم مقام و جانشین طلبکار می‌شود می‌تواند به مدیون اصلی رجوع نماید ولو اذن در تأدیه نداشته باشد. مانند؛

الف- خریدار ملکی که مالیات پرداخت نشده مالک قبلی را به حکم قانون می‌پردازد.

ب- کسی که سفته‌ای را به بهای کمتر از مبلغ سفته و بدون اذن متعهد به خود منتقل می‌کند ولی می‌تواند برای دریافت تمام مبلغ به مدیون رجوع کند.

ج- هرگاه احدی از ورثه قبل از صدور اجرائیه دین مورث خود را پرداخت نماید پرداخت کننده به عنوان قائم مقام طلبکار می‌تواند علیه سایر وراث نسبت به سهم الارث آنان مبادرت به صدور اجرائیه نماید.

د- در جایی که مسئولین پرداخت متعدد هستند و یکی از مسئولین بدهی را می‌پردازد حق رجوع به سایرین را دارد تا دین بر عهده مدیون (مسئول نهایی) مستقر گردد.

۲- ماده ۲۶۷ و ۳۰۶ باهم تعارضی ندارند و شخص ثالثی که در مقام اداره امور دیگری با رعایت شرایط ماده ۳۰۶ ق.م دین بدهکار را پرداخت می‌نماید حق مطالبه آن را دارد ولو آنکه بدون اجازه مدیون تأدیه صورت گرفته باشد.

۳- ماده ۲۶۷ منصرف به موردی است که ثالث به میل و رضای خویش، دین دیگری را می‌پردازد. بنابراین اگر پرداخت دین از روی اجبار و برای دفع وضعیت اضطراری باشد پرداخت کننده حق رجوع به مدیون را خواهد داشت ولو اذن تأدیه نداشته باشد (رای اصراری ۷۸/۳/۴-۳)

۴- شخصی که بدون اذن دیگری دین او را ادا می‌کند اگر بخواهد حق رجوع به مدیون را به دست آورد می‌تواند با توافق متعهد له در برابر مبلغی که می‌پردازد طلب او را به خود منتقل کند و به‌عنوان طلبکار جدید به مدیون مراجعه نماید (خرید دین)

ماده ۲۶۹ قانون مدنی: وفای به عهد وقتی محقق می‌شود که متعهد چیزی را که می‌دهد مالک و یا مأذون از طرف مالک باشد و شخصاً هم اهلیت داشته باشد.

+ تأدیه‌کننده، اعم از اینکه شخص متعهد باشد یا دیگری، باید چیزی را که در مقام ادای دین می‌دهد مالک و یا مأذون از جانب مالک باشد و الا وفای به عهد محقق و تعهد ساقط نخواهد شد.

بنابراین اگر تأدیه‌کننده مالی را در مقام ادای دین بدهد که نه مالک آن باشد و نه از طرف مالک اذن در ادای آن داشته باشد، صاحب مال می‌تواند استرداد آن را مطالبه کند و نیز متعهد له می‌تواند از قبول آن خودداری نماید و تسلیم مال دیگری را که اشکال قانونی نداشته باشد، بخواهد.

تأدیه‌کننده باید اهلیت قانونی داشته باشد. این قاعده برای حمایت از محجورین و جلوگیری از تصرفات زیان‌آور آنان مقرر شده است. باوجوداین، هرگاه از عدم اهلیت پرداخت‌کننده ضرری به او نرسیده باشد، چنانکه صغیر مبلغی وجه نقد بدهکار بوده و آن را به بستانکار پرداخته باشد، یا مورد تعهد تسلیم عین معینی بوده و محجور بدون اذن ولی خود آن را تسلیم کرده باشد، نباید تأدیه را غیرنافذ و یا فاقد اعتبار دانست؛ به‌ویژه از آن‌رو که به نظر ما وفای به عهد یک عمل حقوقی نیست، بلکه واقعه حقوقی است و شرط اهلیت برای حفظ حقوق محجور و جلوگیری از زیان اوست و در مثال فوق زیان منتفی است.

در کلی فی الذمه اگر مدیون محجور باشد ایفای تعهد باید توسط ولی یا قیم صورت گیرد

ماده ۲۷۰ قانون مدنی: اگر متعهد در مقام وفاء به عهد مالی تأدیه نماید، دیگر نمی‌تواند به‌عنوان اینکه در حین تأدیه مالک آن مال نبوده استرداد آن را از متعهد له بخواهد، مگر اینکه ثابت کند که مال غیر و با مجوز قانونی درید او بوده، بدون اینکه اذن در تأدیه داشته باشد.

- اگر مورد وفای به عهد کلی بوده و متعهد مال غیر را ایفا کند وفای به عهد رخ نداده است زیرا مال غیر تأدیه شده است و در عین کلی برای اینکه وفای به عهد رخ دهد مدیون باید مالک چیزی باشد که در مقام وفای به عهد می‌دهد اگر مدیون مال غیر را در مقام وفای به عهد بدهد اصولاً نمی‌تواند مال را داده پس بگیرد چراکه مالک آن مال نیست تا بتواند پس بگیرد مگر با جمع این سه شرط؛

۱- ثابت شود مال ایفا شده مال غیر است چون اگر مال خود متعهد باشد وفای به عهد رخ داده است.

۲- ثابت شود مدیون غاصب نیست یعنی مال به‌طور قانونی درید او بوده است.

۳- ثابت شود مدیون از سوی مالک اذن در تأدیه نداشته است.

+ اگر مال غیر در مقام وفای به عهد تأدیه شود و مالک آن مال بخواهد آن را پس بگیرد صرفاً کافی است که مالک بودن خود را ثابت کند.

○ لزوم تأدیه به شخص ثالث: دین باید به شخص دائن یا به کسی که از طرف او وکالت دارد تأدیه گردد یا به کسی که قانوناً حق قبض را دارد.

+ تأدیه در وجه نمایندگان قراردادی، قانونی و قضایی طلبکار نیز معتبر می‌باشد.

+ قیم یا ولی محجور در شمار نمایندگان قانونی و حاکم در صورت امتناع طلبکار از قبول تأدیه، نماینده قضایی طلبکار محسوب می‌شوند.

+ پرداخت به خویشاوندان نزدیک طلبکار، موجب برادرت ذمه بدهکار نیست مگر در خصوص پرداخت نصفه مزد کارگری که به سبب شکایت کارفرما بازداشت شده است در این فرض استثنائاً خانواده طلبکار در دریافت نصف مزد وی قانوناً حق قبض دارند.

+ طلبکاران دائن در زمره کسانی که قانوناً حق قبض دارند محسوب نمی‌شوند.

+ در صورتیکه بستانکار فوت کند و بدهکار بدهی را به ورثه مندرج در تصدیق انحصار وراثت پرداخت نماید در مقابل هر مدعی وراثت بری الذمه محسوب می‌شوند و مدعی تنها می‌تواند به اشخاصی که طلب متوفی را من غیر حق دریافت نموده‌اند مراجعه نماید.

+ واریز به حساب بانکی بستانکار، اصولاً به‌منزله ایفای دین و رافع مسئولیت بدهکار است.

○ تأدیه به اشخاص غیر صالح: تأدیه به غیر اشخاص مذکور در ماده فوق (۲۷۱) وقتی صحیح است که دائن راضی شود.

تأدیه به این اشخاص ایفای ناروا محسوب می‌شود و در صورت رضایت طلبکار یا نماینده او تبدیل به وفای به عهد روا و صحیح می‌شود.

- مادامی که طلبکار به چنین پرداختی رضایت نداده است مال ایفا شده به ایفا کننده تعلق دارد و وی می‌تواند آن را از گیرنده مسترد نماید. همچنین اشخاص ثالث که از ایفا کننده طلبکار هستند می‌توانند این مال را در نزد گیرنده به‌عنوان مال بدهکار، توقیف نمایند.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

-چنانچه اشخاص فاقد سمت، موضوع تعهد را به طلبکار تحویل دهد وفای به عهد از تاریخ تسلیم مال به طلبکار محقق می‌شود اما چنانچه طلبکار به تأدیه صورت گرفته در وجه شخص بدون سمت رضایت دهد، بر اساس نظریه نمایندگی، تاریخ تأدیه زمان تحویل مال به شخص فاقد سمت خواهد بود نه تاریخ اعلام رضایت.

ماده ۲۷۳ قانون مدنی: اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند، متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می‌شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.

اگر طلبکار از قبول طلب امتناع نماید ← پرداخت باید به حاکم یا قائم مقام باشد
(در طول پرداخت به طلبکار می‌باشد)

اگر مال در معرض تلف باشد متعهد می‌تواند با نظارت دادستان آن را بفروشد و ثمن را به حاکم تحویل دهد.

(۱) ماده ۶ قانون مؤجر و مستأجر سال ۵۶: حاکم «اداره ثبت» در عرض طلبکار (مؤجر) برای پرداخت مال الاجاره می‌باشد.

(۲) ضمانت تجاری: اگر مضمون له امتناع نماید ضامن خود به خود بری می‌شود.

(۳) کفالت: کفیل در صورت امتناع مکفول له به دو صورت بری می‌شود:

الف-شهادت شهود

ب-احضار مکفول له نزد حاکم

ماده ۲۷۴ قانون مدنی: اگر متعهدله اهلیت قبض نداشته باشد تأدیه در وجه او معتبر نخواهد بود.

+ تأدیه دین به شخص متعهدله باعث سقوط تعهد و برائت ذمه است، مشروط بر اینکه متعهدله اهلیت قبض داشته باشد. قبض مورد تعهد مانند تأدیه آن، یک نوع تصرف در مال است و از این رو اهلیت دریافت کننده برای حفظ حقوق و جلوگیری از زیان دیدن او لازم است.

بنابراین اگر بستانکار صغیر باشد، دین را باید به ولی یا قیم او پرداخت و تأدیه دین به خود صغیر نافذ نخواهد بود؛ مگر اینکه ثابت شود که محجور مورد تأدیه را به ولی یا قیم خود داده و از عدم اهلیت زبانی ندیده است. البته تأدیه به صغیر ممیز یا غیر رشید که مأذون در قبض باشد نیز معتبر است.

جهت تحقق وفای به عهد اصولاً اهلیت متعهد له شرط نیست مگر در جایی که موضوع تعهد، تسلیم مال (اعم از کلی یا معین) یا انشاء عقد باشد.

-اگر مال تأدیه شده نزد محجور تلف شود و محجور صغیر غیر ممیز و مجنون باشد مال از کیسه تأدیه کننده رفته است و سبب اقوی از مباشر محسوب می‌شود. ولی اگر محجور سفیه یا صغیر ممیز باشد تلف بر عهده محجور است و با دین ایفا کننده تهاثر می‌شود.

ماده ۲۷۵ قانون مدنی: متعهدله را نمی‌توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آنچه که موضوع تعهد است قبول نماید اگرچه آن شیء قیمتاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد.

۱-اگر شخصی یک دین کلی فی الذمه داشته باشد و سپس با تراضی با متعهد له یک دین کلی فی الذمه جدیدی را ایجاد کنند ماهیت عمل واقع شده تبدیل تعهد است یعنی تعهد سابقه از بین می‌رود و تعهد جدید جایگزین می‌شود.

۲-اگر شخصی یک دین کلی فی الذمه داشته باشد و به جای آن مال دیگری را به طلبکار بدهد بدون اینکه سابقاً تراضی کرده باشند و طلبکار بپذیرد این امر وفای به عهد غیر جنس دین و تابع ماده ۱۰ می‌باشد.

۳-اگر شخصی تعهد به تسلیم یک عین معین داشته باشد و به جای آن با توافق عین معین دیگری را به متعهد بدهد تراضی آن‌ها تابع احکام معاوضه است.

*** مدیون نمی‌تواند مالی را که از طرف حاکم ممنوع از تصرف در آن شده است در مقام وفاء به عهده تأدیه نماید.***

اگر مدیون مال توقیف شده را تأدیه کند صحت این تأدیه منوط به تنفیذ ذی نفع توقیف می‌باشد.

○ تبعیض در موضوع تعهد:

متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

+ این حکم اعم از این است که چند تن مسئول پرداخت تمام یک دین باشند (مسئولیت تضامنی) یا تمام دین بر عهده یک تن باشد.

+ قاعده عدم امکان تجزیه طلب و پرداخت جزئی استثنائاتی دارد که به شرح ذیل است؛

۱- رضایت طلبکار: چون مبنای ممنوعیت تجزیه، حمایت از طلبکار است پس در صورت رضایت او مانعی وجود ندارد.

۲- تهاتر: منع تجزیه طلب جایی است که پرداخت ارادی باشد و در تهاتر اجرا نمی‌شود. بنابراین دین کمتر با دین بیشتر تهاتر می‌شود.

۳- فوت مدیون و تعدد ورثه: در صورتی که وراث متعدد باشند فوت مدیون موجب تجزیه طلب می‌گردد زیرا هر ورثه با پرداخت دین متوفی به نسبت سهم الارث خود بری الذمه می‌گردد.

۴- تقسیط طلب توسط دادرس.

۵- پرداخت جزئی ورثه از وجه برات و سفته: اگر مبلغی از وجه برات و سفته پرداخت شود به همان اندازه موجب برائت ذمه متعهد می‌شود.

۶- تقسیم دارایی شرکت به شرکا پیش از پرداخت بدهی مالیاتی.

☞ مهلت عادلانه:

- دادن مهلت عادلانه منوط به اثبات اعسار نیست.

- دادن مهلت عادلانه دین را مؤجل نمی‌کند زیرا مهلتی است که مدیون در آن مهلت به هیچ وجه الزامی به پرداخت دین ندارد ولی اگر در مهلت عادلانه مالی به دست آورد می‌توان از وی مطالبه شود.

- رأی دادگاه در مورد مهلت عادلانه تأسیسی است.

- دادن مهلت عادلانه حق حبس طرف مقابل را ساقط نمی‌کند.

- دادن مهلت عادلانه حق مطالبه‌ی وجه التزام را از طرف مقابل ساقط نمی‌کند.

- دادن مهلت عادلانه خسارت عدم انجام تعهد را ساقط نمی‌کند.

- دادن مهلت عادلانه خسارت تأخیر در انجام تعهد را ساقط نمی‌کند.

- **دادن مهلت عادلانه خسارت تأخیر تأدیه در تعهدات پولی را در دوران مهلت عادلانه ساقط می‌کند (رای وحدت رویه).**

ماده ۲۷۸ قانون مدنی: اگر موضوع تعهد عین معینی باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد می‌شود اگرچه کسر و نقصان داشته باشد مشروط بر اینکه 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 اگرچه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

+ در موردی که کسی مال متعلق به دیگری را به طور امانت در دست دارد، خواه آنکه مال مزبور را برای استفاده خود در تصرف داشته باشد، مانند عاریه و حق انتفاع و یا آنکه به نفع مالک، مانند ودیعه و امثال آن، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که در حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد می‌گردد اگرچه در مدتی که نزد متعهد بوده است در آن کسر و نقصان حاصل شده باشد زیرا مورد تعهد مال معینی است که ملک متعهدله می‌باشد و با کسر و نقصان مالکیت او زائل نمی‌شود و چون تعهد به تسلیم آن بوده تسلیم گردیده است.

تعهد امین به حفاظت از مال تعهد به وسیله می‌باشد

ماده ۲۷۹ قانون مدنی: 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 نمی‌تواند بدهد.

+ در صورتی که موضوع تعهد کلی باشد، متعهد ملزم نیست فردی را تسلیم کند که از افراد اعلی و یا ممتاز باشد. همچنان که نمی‌تواند فردی را که ناقص و یا معیوب باشد، در مقام ایفاء تعهد به متعهدله بدهد. بنابراین، با تسلیم فرد معمولی و متعارف که سالم و بدون عیب و نقص باشد، تعهد او ساقط می‌گردد.

✍ در صورتی که مهریه ۱۵۰ سکه بهار آزادی به نحو کلی فی الذمه باشد بدون تصریح به نوع قدیم یا جدید، مستنبط از ماده ۲۷۹ این است که زوجه نمی‌تواند زوج را به تسلیم نوعی که گران‌تر است اجبار نماید (نظریه مشورتی)

✍ در صورت امتناع متعهد از اجرای حکم دادگاه در خصوص ایفاء تعهد کلی، دادگاه می‌تواند به محکومله اذن دهد تا تعهد را به هزینه محکوم علیه اجرا نماید یا بدون اجرای تعهد هزینه‌های آن را دریافت کند.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

✍️ **مخارج انجام تعهد:** مخارج هر انجام تعهدی بر عهده متعهد است مگر آنکه خلاف آن بین طرفین مقرر شود یا آنکه قانون خلاف آن را مقرر کرده باشد.

قاعده فوق استثنائاتی بدین شرح دارد:

- استرداد مال توسط مستودع در عقد ودیعه اگرچه جز تعهدات مستودع است اما در قانون هزینه استرداد مال بر عهده مستودع دانسته نشده بلکه بر عهده مودع است.

- اگرچه پس دادن موضوع وکالت بر عهده وکیل است اما هزینه‌های آن بر عهده موکل می‌باشد.

○ محل انجام تعهد:

ماده ۲۸۰ قانون مدنی: انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید مگر اینکه بین متعاملین قرارداد خصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضا نماید.

- در تعیین مکان اجرای تعهد ابتدا تراضی طرفین سپس عرف و پس از آن، محل انعقاد قرار داد ملاک عمل خواهد بود (م ۳۷۵ ق.م).

- تعهد در مواردی که موضوع آن انتقال یا تسلیم عین غیرمنقول است باید در محل وقوع مال انجام شود.

- در تعهدات پولی در صورت عدم ذکر نوع پول در قرارداد تعهد باید به پولی پرداخت شود که در محل تأدیه رواج قانونی و اجباری دارد.

- از ملاک ماده ۲۸۰ قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که در تعهدات غیر قراردادی، تعهد اصولاً باید در محل ایجاد آن محل وقوع خسارت اجرا شود؛ باوجوداین در دعوی غصب به اعتقاد برخی مالک می‌تواند تحویل مثل را در محل غصب یا محل تلف یا محل دادگاه صالح بخواهد خواه قیمت‌ها برابر یا متفاوت باشد ولی خواستن در محل‌های دیگر امکان ندارد.

- تعهد باید در زمان مقرر اجرا شود لیکن اجرای پیش از موعد در صورتی که متضمن ضرری برای متعهدله نباشد اشکالی ندارد و حسن نیت اقتضا دارد که متعهدله از قبول آن امتناع نکند مانند ایفای پیش از موعد تعهدات پولی.

- در برخی از تعهدات طرفین مقید به زمان هستند و اجرای پیش از موعد نقض تعهد محسوب می‌شود مانند حرکت پیش از موعد متصدی در قرارداد حمل هوایی مسافر.

- محل اجرای تعهد را می‌توان به اراده یکی از طرفین واگذار کرد البته این امر در صورتی مجاز است که نسبت به قرارداد خاصی عرف این امر را شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین می‌شود، تشخیص ندهد.

- می‌توان محل اجرای تعهد را به اراده شخص ثالث نیز واگذار کرد.

○ قاعده ملازمه: طبق ماده ۲۸۱ قانون مدنی مخارج تأدیه به عهده مدیون است مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.

+ به موجب این ماده، نسبت به هزینه ایفای تعهد، سه مورد را باید از هم جدا کرد:

۱- هرگاه متعاملین هنگام عقد نسبت به طرفی که باید هزینه انجام تعهد را تأمین کند توافق کرده باشند، طرف مزبور باید از عهده آن برآید (مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی)

۲- اگر صریحاً توافقی وجود نداشته است، ممکن است به حکم عرف و عادت، تأدیه کننده هزینه مزبور مشخص گردد (مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی).

مثلاً: مطابق عرف امروز، در صورتی که مورد تعهد ایجاد بنا و ساختمان باشد، هزینه ایاب و ذهاب مهندس و بنا و کارگران ساختمان به عهده خود ایشان است و در صورتی که مورد تعهد تعمیر اتومبیل یا ماشین آلات کارخانه باشد، هزینه مربوط تهیه لوازم‌یدکی که به جای لوازم فرسوده به کار می‌رود به عهده متعهدله می‌باشد.

۳- اگر طرفین صریحاً یا ضمناً در این مورد توافق نکرده باشند و عرف خاصی نیز موجود نباشد، هزینه انجام تعهد به عهده مدیون خواهد بود. این حکم با قاعده کلی که به موجب آن شخصی که ملتزم به انجام عملی می‌شود نسبت به تهیه مقدمات و لوازم آن نیز ملتزم خواهد بود، منطبق است.

*** اگر کسی به یک نفر دیون متعدده داشته باشد، تشخیص اینکه تأدیه از بابت کدام دین است با مدیون می‌باشد.***

طبق ماده ۲۸۲ قانون مدنی اگر شخصی دیون متعدد داشته باشد تشخیص اینکه تأدیه برای کدام دین است با مدیون می‌باشد پس نکته مهمی که از این ماده استنباط می‌شود این است که این اختیار مدیون در فرضی است که این دیون از یک جنس باشند و میزان آن‌ها هم کاملاً برابر باشد.

باید توجه داشت پرداخت نباید موجب تجزیه دین گردد؛ به این معنا که اگر بدهکار دارای دو دین دومیلیونی و چهارمیلیونی باشد نمی‌تواند مبلغ دو میلیون پرداخت و آن را بابت دین چهارمیلیونی قلمداد کند زیرا پرداخت جزئی اصولاً ممنوع است مگر اینکه طلبکار با آن موافقت نماید.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

-زمان اعمال این اختیار در حین تأدیه دین است، پس اگر هنگام تأدیه مدیون سکوت کند درواقع به متعهدله وکالت داده تا از جانب او دین را انتخاب کند.

-ممتاز بودن و با وثیقه بودن دین ارتباطی به اعمال این ماده ندارد و مدیون می‌تواند پرداختش را بابت هر دینی که می‌خواهد لحاظ کند.

-اگر شخصی به اسباب مختلف به دیگری مبالغ دو میلیون ریال، سه میلیون ریال، و پنج میلیون ریال بدهکار باشد و یک میلیون ریال تأدیه نموده باشد به مبلغ دویست، سیصد، پانصد هزار ریال از دیون وی نسبت به مدیون به ترتیب فوق برائت حاصل می‌شود. چراکه هرگاه ندانیم قصد بدهکار در این فرض کدام بوده است باید اصل نسبیت را رعایت کنیم.

• اقاله:

اقاله نوعی عقد است که با رضایت و توافق، قصد و انشای طرفین محقق می‌شود و موضوع آن توافق برای از بین رفتن عقد نخست است. و به صراحت در ماده ۲۶۴ از علل سقوط تعهدات و آثار آن است.

اهلیت داشتن طرفین قرارداد و اعلام اراده خود، مبنی بر فسخ، ازجمله شرایط اقاله، هستند.

-اسباب انحلال عقد که شامل اقاله، فسخ، انفساخ است در اقاله راه ندارند یعنی اقاله، اقاله نمی‌شود.

-اقاله ویژه عقود است و ایقاعات را نمی‌توان اقاله کرد.

-اگر یکی از طرفین عقد فوت کنند و وراثت برای اقاله نزد طرف دیگر معامله بروند این موضوع ماهیتاً اقاله نیست بلکه یک عقد جدید می‌باشد چراکه در اقاله فقط طرفین منعقد کننده عقد می‌توانند آن را اقاله کنند و اقاله توسط قائم مقام آن‌ها ممکن نیست ولی اقاله توسط نماینده با مانعی مواجه نیست بنابراین وکیل، قیم، می‌توانند عقد را اقاله کنند.

-اقاله به ایقاع مأذون واقع نمی‌شود یعنی اقاله از طریق معامله با خود واقع نمی‌شود.

به این دلیل که اقاله یک امر استثنائی است و در آن تعدد مادی طرفین شرط است و تعدد اعتباری کافی نیست. بنابراین یک شخص به نمایندگی از دو طرف یا اصالتاً از طرف خود و به نمایندگی با طرف دیگر نمی‌تواند اقاله را با خودش انجام دهد.

-اسباب انحلال وقف و نکاح حصری بوده و اقاله آن‌ها به دلیل مخالفت بانظم عمومی باطل است اقاله ضمان (نقل ذمه به ذمه) نیز به دلیل مغایرت با حقوق مضمون عنه، غیر نافذ و منوط به تنفیذ مضمون عنه است.

-درج شرط در اقاله ایرادی ندارد مگر اینکه شرط دو عوض اصلی را تغییر دهد.

-اقاله اصولاً عقد رضایی است و اراده طرفین به هر نحوی که ابراز شود برای تحقق آن کفایت می‌کند. فقط یک اقاله تشریفاتی وجود دارد آن‌هم اقاله قرارداد داوری ماده ۴۸۳.د.م که کتبی بودن آن جز ارکان اقاله است.

-در اقاله حق شفعه ایجاد نمی‌شود یعنی اگر محمد و احمد در یک زمین شریک باشند و احمد سهم خود را به رضا بفروشد، در این بیع برای شریک دیگر حق شفعه ایجاد می‌شود اما اگر معامله بین احمد و رضا بعداً اقاله شود و سهمی که رضا خریده به احمد بازگردد در اقاله معامله مجدداً برای شریک دیگر (محمد) حق شفعه جدیدی ایجاد نمی‌شود.

-اقاله معاطاتی نیز معتبر است.

-موضوع اقاله ممکن است تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن.

اقاله نسبت به قسمتی از مورد معامله صحیح است؛ خواه مشاع باشد و خواه مفروز، در این صورت، صرف مشخص بودن موضوع معامله، کافی نبوده؛ و مقداری که مورد اقاله واقع می‌گردد؛ باید معلوم و معین گردد و الا باطل است.

-بیعی که کلی فی الذمه است اگر اقاله شود خریدار باید همان فرد کلی که فروشنده به او تسلیم کرده است و نزد او موجود است را به فروشنده برگرداند و نمی‌تواند فرد دیگری که مثل آن است به او بدهد. البته توافق خلاف این حکم اشکالی ندارد.

-اگر فروشنده یک‌تن برنج را به‌صورت کلی بفروشد و سپس طرفین موضوع تعهد را با دو تن گندم عوض کنند و پس از تحویل گندم‌ها عقد بیع را اقاله کنند خریدار باید یک‌تن برنج به فروشنده مسترد دارد زیرا موضوع اقاله عقد بیع بوده است که در آن مبیع برنج می‌باشد.

- تلف یکی از عوضین، مانع اقاله نیست، در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است، مثل آن در صورت مثلی بودن، و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می‌شود، ملاک محاسبه قیمت، زمان اقاله است نه وقت وقوع بیع، همان‌گونه که در مورد مطالبه مال مغضوب از غاصب، رفتار می‌شود.

- تلف یکی از عوضین اصولاً مانع فسخ نیست مگر در خیار عیب (بند ۱ ماده ۴۲۹) و تفلیس (ماده ۳۸۰) بنابراین اگر مبیع در نزد مغبون تلف شود مانع از اعمال خیار غبن نخواهد بود اما تلف مبیع استثنائاً مانع اعمال خیار عیب و تفلیس است و خریدار در فرض عیب تنها می‌تواند آرش بگیرد و در فرض تفلیس چاره‌ای جز قرار گرفتن در صف طلبکاران ندارد. (تلف هر دو عوض هم مانع اقاله نیست)

- انتقال مال به ثالث، مانع اقاله نیست و به هنگام تفاسخ، بدل آن مال، لحاظ می‌گردد، درواقع انتقال موضوع معامله به غیر، مانع اقاله نبوده و در حکم تلف حکمی است.

اگر پس از اقاله، مبیع نزد خریدار، و ثمن نزد بایع تلف گردد؛ ید اشخاص مزبور امانی بوده؛ و به‌جز موارد تعدی و تفریط، ضامن نمی‌باشند.

-در صورت اقاله معامله، پس از انجام تعهد از سوی متعهد به جای دستمزد قراردادی اجرت‌المثل به وی پرداخت می‌شود.

-اگر شخصی که باید عین مال به‌واسطه اقاله به او بازگردد، از تلف عین مطلع نباشد، طبق نظر دکتر کاتوزیان اقاله او صحیح است و به دلیل جهل او باید قیمت تأدیه (یوم الاداء) به او بازگردانده شود نه قیمت روز اقاله.

اقاله و تلف یا انتقال مورد معامله + اعمال حق حبس:

فرض کنید امیر خودروی سمند خود را با اتومبیل دنا متعلق به محمد در قالب عقد بیع معاوضه می‌کنند سپس محمد خودروی سمند را به شخص ثالثی منتقل می‌کند، مدتی بعد امیر و محمد تصمیم به اقاله معامله می‌گیرند در زمان اقاله خودروی سمند دیگر نزد محمد نیست بنابراین باید قیمت یوم الاقاله آن که ۵۰ میلیون تومان است را به امیر پرداخت کند.

امیر فعلاً خودرو دنا را به محمد باز نمی‌گرداند و محمد هم از پرداخت ۵۰ میلیون خودداری می‌کند در اینجا امتناع محمد از پرداخت مشروع به حق حبس است و درنتیجه این امتناع قانونی است و نمی‌توان بابت آن خسارت تأخیر تأدیه مطالبه کرد.

جمع‌بندی: در اقاله‌ای که یکی از عوضین نزد طرف مقابل موجود نیست و باید بدل آن پرداخت شود، حق حبس همچنان محفوظ است. بنابراین اگر یکی از طرفین از بازگرداندن عوض خود امتناع کند، طرف دیگر هم می‌تواند از ایفای تعهد خود خودداری کند بدون اینکه مسئول خسارت تأخیر تأدیه شود.

طرفین اقاله

نکته حقوقی	امکان اقاله	توضیحات	وضعیت
اقاله به ارث نمی‌رسد. اقاله فقط بین طرفین اصلی قرارداد ممکن است.	×	مثلاً خریدار بعدی یا وارث یکی از طرفین.	وراث یا منتقل الیه
نماینده صریحاً اختیار اقاله داشته باشد.	✓	نماینده از طرف یکی از طرفین عقد.	وکیل یا نماینده قانونی
اقاله با خود صحیح نیست.	×	یک نفر از هر دوطرف عقد وکالت داشته باشد.	اقاله با خود
رضایت هر سه نفر لازم است.	✓	حواله سه طرف است؛ محیل، محتال، محال‌علیه.	اقاله حواله
تنها با موافقت تمام شرکا	با رضایت همگی	شرکت ممکن است چند طرف داشته باشد.	اقاله شرکت

توضیحات	مالکیت منفعت	نوع منفعت
چون متصل به عین شده‌اند، تابع عین هستند و به مالک جدید تعلق دارند.	مالک بعد از اقاله	منافع متصل (مثل رشد درخت، چاقی حیوان)
چون قابل تفکیک از عین هستند متعلق به مالک پیش از اقاله می‌باشند.	مالک قبل از اقاله	منافع منفصل (مثل اجاره، میوه چیده شده)
با توافق طرفین، اقاله می‌تواند اثر قهقراایی داشته باشد.	مالک بعد از اقاله	منافع منفصل توافق شده جهت انتقال
پس از اقاله مالک جدید (یعنی مالک پیش از عقد) صاحب همه منافع خواهد بود.	مالک بعد از اقاله	منافع پس از اقاله اعم از منفصل یا متصل
چون به عین تعلق دارد تابعان است و به مالک بعد از اقاله می‌رسد.	مالک بعد از اقاله	ارزش افزوده ناشی از تورم یا بهبود کالا

این قواعد در فسخ و انفساخ نیز جاری است.

در فاصله بین انعقاد قرارداد و اقاله، منافع منفصل متعلق به مالک قبل از اقاله است. یعنی اگر در این مدتی به طور مثال میوه‌ای به وجود آمده است به خریدار اولیه تعلق دارند و حتی اگر از آن‌ها استفاده کرده باشد نیازی به جبران نیست یعنی لازم نیست اجرت‌المثل بپردازد زیرا او مالک منافع منفصله آن دوره بوده است. این قاعده در موارد فسخ، انفساخ، بیع شرط، اخذ به شفعه، رجوع از هبه نیز جاری است.

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.

افزایش قیمت ناشی از تورم قابل مطالبه نیست البته توافق خلاف آن معتبر است.

اگر تصرفات صورت گرفته از سوی مالک، موجب تغییر عرفی ماهیت مورد معامله شود عرفاً در حکم تلف است و پس از اقاله مالک باید بدل (مثل یا قیمت) آن را بدهد.

اگر افزایش قیمت ناشی از افزودن یک عین باشد آن عین متعلق به مالک قبل از اقاله است.

اگر افزایش قیمت ناشی از اختلاط دو مال باشد به نسبت ارزش آن ۲ مال بعد از اقاله حالت اشاعه ایجاد می‌شود.

افزایش قیمت ناشی از عمل مالک قبل از اقاله باشد به اندازه افزایش قیمت مستحق دریافت پول است.

• ابراء و احکام آن

ابراء به معنای اسقاط حق دینی است و در برابر اعراض که اسقاط حق دینی است قرارداد.

ابراء ماهیتاً ایقاع می‌باشد و تنها به اراده طلبکار بستگی دارد.

اراده و اهلیت بدهکار در آن شرط نیست.

ابراء ذمه میت صحیح می‌باشد و حتی حیات مدیون در ابراء شرط نمی‌باشد.

ابراء مستقیماً و همیشه سبب سقوط تعهد می‌شود در حالیکه اعراض به طور غیرمستقیم و گاهی سبب سقوط تعهد می‌شود.

مثال: اعراض مالک از مال مورد ودیعه ابتدا حق مالک را نسبت به آن مال زایل می‌کند و سپس سبب سقوط تعهد مستودع به تسلیم مال به مودع می‌شود.

اشتباه در شخصیت مدیون در ابراء موجب بطلان ابراء است.

در ابراء علم اجمالی به دین کافی می‌باشد و هرگاه طلبکار در مقدار واقعی دین دچار اشتباه شود دین تا مقداری که طلبکار تصور آن را می‌کرده است صحیح و مازاد بر آن باطل و دین باقی است.

-در ابراء شخصیت و شخص بدهکار علت عمده‌ی ابراء می‌باشد و در صورتی که طلبکار در شخص یا شخصیت دچار اشتباه شود ابراء صحیح نیست و دین همچنان باقی است.

-در ابراء از دیون متعدد طلبکار باید دین موردنظر تعیین شود در غیر این صورت ابراء باطل است.

-**ابراء معلق صحیح است و پس از تحقق معلق علیه بدهکار ابراء خواهد شد.**

-استرداد دادخواست، ابراء محسوب نمی‌شود چنانچه خواهان به‌طور کلی از دعوا صرف‌نظر کند در واقع اسقاط حق رجوع کرده است.

-**نفقه زوجة نسبت به گذشته قابل ابراء است** اما ابراء نفقه آینده زوجة به جهت اینکه خلاف اخلاق حسنه می‌باشد را باطل می‌دانند.

-نفقه اقارب نسبت به گذشته قابل ابراء است و نفقه آینده قابل ابراء نمی‌باشد.

-ابراء بعد از انشاء از جانب طلبکار قابل رجوع نمی‌باشد بنابراین یک ایقاع لازم و غیرقابل رجوع است مگر؛

در وصیت به ابراء که طلبکار تا قبل از فوت حق رجوع از ابراء را دارد.

-ابراء از جانب مدیون قابل رد نمی‌باشد بنابراین یک ایقاع قابل رد می‌باشد حتی اگر وصیت به ابراء باشد.

-بخشش طلب به مدیون از اقسام هبه است نه ابراء و اثر آن جا به جایی حق است، نه اسقاط آن.

-تفکیک بخشش طلب (هبه) از ابراء متضمن چند فایده است؛

الف) تحقق بخشش طلب، منوط به قبول مدیون است؛ زیرا بخشش طلب، عقد و ابراء، ایقاع است.

ب) در فرضی که چند نفر مسئولیت تضامنی دارند اگر طلبکار یکی از مسئولان را ابراء کند نه تنها حق رجوع به دیگران را از دست می‌دهد بلکه مسئول ابراء شده نیز امکان رجوع به دیگران را پیدا نمی‌کند اما اگر در همین فرض طلبکار حق خود را به یکی از مسئولان به‌جز مسئول نهایی ببخشد او می‌تواند به قائم‌مقامی طلبکار به سایر مسئولین رجوع نماید.

پ) ابراء، همیشه و مستقیماً سبب سقوط تعهد است در حالیکه بخشش طلب ممکن است به‌صورت غیرمستقیم از طریق مالکیت ما فی الذمه، موجب سقوط تعهد گردد؛ توضیح آنکه اگر بخشش به مدیون مسئول نهایی صورت گیرد مانند صادر کننده چک، دو وصف بدهکار و طلبکار در یک شخص جمع می‌شود و موجب سقوط تعهد است؛ اما اگر بخشش طلب به ملتزم به تأدیه مسئول پرداخت مانند ظهرنویس چک صورت گیرد، دین ساقط نمی‌شود و منتقل الیه (ظهرنویس) می‌تواند به مدیون صادر کننده چک مراجعه کند.

-ابراء قابل رجوع نیست اما بخشش طلب ممکن است قابل رجوع باشد؛ توضیح آنکه اگر بخشش طلب به مدیون صورت گیرد طلب به‌واسطه مالکیت ما فی الذمه ساقط می‌شود و به دلیل زوال موهوبه رجوع ممکن نیست (صدر ماده ۸۰۳ و م ۸۰۶ ق.م) لیکن اگر بخشش طلب به ملتزم به تأدیه صورت گیرد طبق قاعده مندرج در ماده ۸۰۳ ق.م چنین هبه‌ای اصولاً قابل رجوع است.

-ابراء عمل حقوقی غیر معوض است باوجود این شرط عوض در ابراء صحیح است.

-درجایی که ضمان نقلی است ابراء ذمه مضمون عنه از سوی طلبکار اصولاً اثری ندارد زیرا مضمون عنه قبلاً به‌موجب عقد ضمان بری الذمه شده و ابراء فاقد موضوع است (۷۰۷ ق.م)؛ اما اگر طلبکار ذمه ضامن را بری کند دیگر حق رجوع به ضامن را نداشته و از آنجایی که ضامن وجهی را نپرداخته است وی نیز حق مراجعه به مضمون عنه را ندارد. به همین دلیل است که ماده ۷۱۸ مقرر می‌دارد که اگر مضمون له ضامن را ابراء کند ضامن و مضمون عنه هر دو بری می‌شوند.

-درجایی که مسئولیت با ضمان از نوع ضمی است و طلبکار مضمون عنه (مدیون اصلی) را ابراء می‌کند، ضامن هم به‌تبع وی بری می‌شود زیرا فرع تابع اصل است؛ همچنین هرگاه طلبکار ضامن (ملتزم به تأدیه) را ابراء کند اگر ضمان از نوع عرضی باشد (تضامنی به معنای خاص) مانند ابراء ظهرنویس سند تجاری یا یکی از غاصبان (۳۲۱ ق.م) اصولاً سایر متعهدین هم بری می‌شوند مگر آنکه اثبات شود مقصود از ابراء صرفاً اسقاط حق رجوع و اقامه دعوی علیه آن مسئول بوده است؛ اما اگر ضمان از نوع طولی و وثیقه‌ای باشد، ابراء ضامن اصولاً موجب برائت ذمه مضمون عنه نمی‌شود چنانکه اسقاط حق رهن از سوی مرتهن (طلبکار) به‌منزله اسقاط اصل طلب نیست مگر اثبات شود که قصد طلبکار اسقاط اصل دین بوده است مانند اینکه طلبکار اصل سند طلب را پاره کند.

-در صورتی که طلبکار ذمه مدیون را ابراء کند تضمینات دین اعم از شخصی یا عینی ساقط می‌شود.

-ابراء اصولاً به‌منزله پرداخت نیست بلکه سبب سقوط دین پرداخت نشده است (مستنبط از ماده ۷۱۹ ق.م) به عبارت دیگر در فرآیند پرداخت اصولاً مالی از مالکیت بدهکار خارج و داخل در مالکیت طلبکار می‌شود در حالیکه در ابراء مالی انتقال نمی‌گیرد؛ باوجوداین، به اعتقاد برخی در فرضی که

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

فروشنده یا موجر ذمه خریدار یا مستأجر را از پرداخت ثمن یا مال الاجاره ابراء کرده باشند و سپس عقد اقاله یا فسخ گردد ابراء در حکم پرداخت بوده و خریدار می‌تواند کل ثمن معامله و مستأجر می‌تواند اجاره‌بهای روزهای باقی مانده، یعنی فاصله زمانی انحلال اجاره تا زمان اتمام مدت اجاره را به ترتیب از فروشنده و موجر مطالبه کنند.

-ماده ۲۹۰ قانون مدنی: ابراء وقتی موجب سقوط تعهد می‌شود که متعهدله برای ابراء اهلیت داشته باشد.

• تبدیل تعهد

تبدیل تعهد در موارد زیر حاصل می‌شود؛

۱- وقتی که متعهد و متعهد له به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود.

۲- وقتی شخص ثالث با رضایت متعهد له قبول کند که دین متعهد را ادا نماید.

۳- وقتی که متعهد له ما فی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید.

-ماهیت تبدیل تعهد قراردادی و غیرقابل برگشت (لازم) است.

-در تبدیل تعهد به معنا خاص، تعهد سابق کاملاً از بین می‌رود و تعهد جدید جایگزین آن می‌شود لذا کلیه آثار آن از بین می‌رود.

-شرایط اختصاصی تبدیل تعهد؛

۱- وجود تعهد صحیح قبلی

۲- ایجاد تعهد صحیح جدید

۳- تفاوت دو تعهد در یکی از ارکان

* اگر تعهدی به هر علتی باطل باشد تبدیل تعهد صورت نمی‌گیرد برای تبدیل تعهد باید یک تعهد صحیح وجود داشته باشد.

-چنانچه تعهد اصلی معلق به تحقق شرطی شده باشد پس از تبدیل تعهد نیز همچنان تعهد معلق باقی خواهد ماند مگر در صورت شرط خلاف.

-صرف تغییر (به‌ویژه تغییر قهری) موضوع تعهد را نمی‌توان از مصادیق تبدیل تعهد و موجب سقوط تضامین دانست. مانند اینکه مال مورد تعهد تلف شده و متعهد ملزم به تسلیم مثل یا قیمت آن شود یا مال مورد قرض در بازار یافت نشده و مقتضی ملزم به رد قیمت به جای مثل شود.

-تبدیل تعهد نیاز به توافق طرفین دارد و در صورت تردید اصل عدم وقوع تبدیل تعهد است.

-در تعهدات پولی چنانچه چک پرداخت شود و طرف مقابل نیز بپذیرد صرف پذیرش چک، دلیل بر تبدیل تعهد دین نخواهد بود، زیرا چک وسیله پرداخت دین است و تبدیل تعهد باید مقصود باشد. یعنی تبدیل تعهد محتاج قصد انشاء است و اصولاً قصد مشترک طرفین از صدور و پذیرش سند تجاری از بین بردن تعهد پایه و جایگزینی تعهد تجاری نیست بنابراین متعهد له برای وصول طلبش دو راه دارد؛

۱- تعهد اصلی و پایه

۲- تعهد ناشی از سند تجاری

البته در شرایط عادی، پذیرش چک از سوی طلبکار به این معنا است که جهت وصول طلب ابتدا طلبکار باید به بانک مراجعه کرده و در صورت عدم امکان وصول وجه چک، می‌تواند بر مبنای چک یا تعهد پایه بنا به انتخاب خودش، اقدام نماید؛ حتی در فرضی که طبق قرارداد پایه سررسید تعهد ۱۵ آبان است ولی طلبکار چک به تاریخ ۲۰ آبان را می‌پذیرد پذیرش چک به منزله تغییر زمان تعهد و اعطای مهلت ۵ روزه به بدهکار است باوجوداین پذیرش چک تبدیل تعهد محسوب نمی‌شود و موجب سقوط تعهد پایه و تضمینات دین پایه نمی‌شود؛ همچنین در فرضی که قرارداد پایه علیه خریدار شرط شده است که اگر هر یک از اقساط مبلغ قرارداد پرداخت نشود کلیه اقساط ثمن معامله حال شده و یکجا قابل مطالبه است.

طلبکار می‌تواند در صورت برگشت خوردن اولین وجه چک با توجه به نرسیدن اجل مندرج بر روی باقی چک ها و عدم امکان برگشت زدن آنها منتظر سررسید چک های مؤجل بعدی نماند و کل طلب حال شده خویش را بر مبنای قرارداد پایه مطالبه نماید.

ماده ۲۹۳ قانون مدنی: در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند.

-اگر تعهد سابق، متضمن وجود حق حبس یا حق فسخ برای متعهدله بوده؛ و تبدیل به تعهد دیگری گردد؛ در این صورت تعهد جدید، از مزایای تعهد سابق برخوردار نخواهد بود.

- اگر تعهد پیشین، دارای وثیقه عینی نظیر رهن، یا وثیقه دینی نظیر ضامن، یا حق تقدم بوده باشد؛ با تبدیل آن به تعهد جدید، هیچ کدام از موارد مذکور، اعتبار خود را حفظ نخواهد نمود، چراکه در تبدیل تعهد، عوارض تعهد سابق از بین رفته؛ و به عبارتی تبدیل تعهد، قاطع مرور زمان تعهد پیشین است.

به نظر برخی حقوقدانان، تبدیل تعهد، موجب سقوط حق فسخ، و شروط ضمن تعهد پیشین می گردد و برخی دیگر، در این باره، قائل به نظری مخالف هستند.

• تهاتر

ماده ۲۹۴ قانون مدنی: وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند بین دیون آنها به یکدیگر به طریقی که در مواد ذیل مقرر است تهاتر حاصل می شود.

به تساقط دو طلب از دو دائن، «تهاتر» گویند، درواقع به تساقط دو دین، یا مجموع دیونی که دو شخص از یکدیگر دارند؛ تا میزان کمترین آن دو، تهاتر گویند.

- رکن اصلی تهاتر، تقابل است.

دو شخص در مقابل یکدیگر در آن واحد مدیون شوند، به عبارت دیگر هر کدام در همان حال که از دیگری طلبکار است مدیون او نیز بشود، بنابراین اگر شخصی به شرکتی که دارای شخصیت حقوقی است بدهکار باشد و از یکی از شریکان شرکت طلبکار باشد، تهاتر رخ نمی دهد؛ همچنین اگر شخصی به مجبور بدهکار باشد بدهی او با طلبش از نماینده مجبور تهاتر نمی شود.

✎ شروط تحقق تهاتر

۱- وحدت موضوع: موضوع هر دو دین باید کلی فی الذمه باشد اگر یکی از دو دین، عین معین و دیگری کلی فی الذمه باشد تهاتر حاصل نمی شود.

- هر دو دین باید مال مثلی باشند و همچنین باید حقوقی باشند.

- دین حقوقی با دین طبیعی تهاتر نمی شود.

* دین طبیعی با طبیعی تهاتر نمی گردد *

- برای محقق شدن وحدت جنس اوصاف نیز باید یکی باشد.

- و مهم تر از همه دو دین باید موجود باشند دین منجز با دین معلق تهاتر نمی گردد.

اگر دینی موجود باشد و دین دیگر فقط سببش موجود باشد بین این دو تهاتری رخ نخواهد داد.

- بین تعهد حال و تعهدی که در پرداخت آن مهلت عادلانه داده شده است تهاتر رخ خواهد داد.

۲- وحدت زمان: برای اینکه تهاتر رخ دهد دو دین باید هر دو حال یا هر دو مؤجل در یک تاریخ باشند.

۳- وحدت مکان تأدیه دو دین: در تهاتر دو چیز شرط نیست؛

الف- وحدت میزان

ب- وحدت منشاء

☞ در موارد زیر تهاتر رخ نخواهد داد:

۱- نفقه

۲- ماده ۲۹۹ قانون مدنی: در مقابل حقوق ثابته 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 دائن خود طلبکار گردد دیگر نمی تواند به استناد تهاتر از تأدیه مال توقیف شده امتناع کند.

۳- ماده ۴۴ قانون کار: چنانچه کارگر به کارفرمای خود مدیون باشد در قبال این دیون وی، تنها می تواند مازاد بر حداقل مزد را به موجب حکم دادگاه برداشت نمود. در هر حال این مبلغ نباید از یک چهارم کل مزد کارگر بیشتر باشد.

۴- طلب دولت با بدهی هایی که شخص به دولت دارد تهاتر نمی شود زیرا نظم عمومی بودجه را بر هم می زنند.

۵- در دوران تصفیه تهاتر دیون و مطالبات ورشکسته ممنوع است مگر در قراردادهایی که مدیر تصفیه بعد از ورشکستگی منعقد می کند شخصی طلبکار شود طلب او با دینی که به ورشکسته دارد تهاتر می شود.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

الف-تهاتر قهری

ماده ۲۹۵ قانون مدنی در تعریف تهاتر قهری مقرر داشته: «تهاتر قهری است و بدون اینکه طرفین تراضی نمایند حاصل می‌شود.»
با توجه به ماده فوق، تهاتر قهری تهاتری است که، اراده دو طرف تعهد اثری در آن ندارد و تهاتر بدون دخالت آن‌ها واقع شده و موجب سقوط دو دین و دو تعهد در مقابل یکدیگر می‌شود.

ب-تهاتر قراردادی

گفتیم برای اینکه تهاتر قهری بین دو تعهد از جمله تعهدات طرفین در سند تعهد به انتقال انجام گیرد، لازم است که دو دین از یک جنس باشند. به علاوه زمان و مکان پرداخت دو تعهد نیز باید مانند هم باشد. حال اگر یکی از این شرایط تهاتر قهری وجود نداشته باشد، دو طرف تعهد می‌توانند درباره سقوط تعهد به واسطه تهاتر توافق کنند، مانند زمانی که دو تعهد از نظر جنس با هم متفاوت است، دو طرف با توافق قراردادی می‌توانند تعهد خود را در برابر دیگری ساقط کنند که به چنین تهاتری، تهاتر قراردادی گفته می‌شود.

ج-تهاتر قضائی: تهاتر قضایی، تهاتری است که زمانی صورت می‌گیرد که دادگاه پس از رسیدگی به پرونده دو تعهد یا دو دین در مقابل یکدیگر، شرایط تهاتر میان آن دو را احراز کرده و حکم بر تهاتر صادر نماید.

• مالکیت ما فی الذمه

ماده ۳۰۰ قانون مدنی: اگر مدیون، مالک ما فی الذمه خود گردد ذمه او بری می‌شود، مثل اینکه اگر کسی به مورث خود مدیون باشد پس از فوت مورث، دین او به نسبت سهم الارث ساقط می‌شود.

* به جمع رابطه مثبت و منفی تعهد در یک شخص، «مالکیت ما فی الذمه» گویند*

مالکیت ما فی الذمه، ممکن است ناشی از عقد، ایقاع، یا واقعه حقوقی باشد.

✓ عقود که منجر به حصول مالکیت ما فی الذمه می‌گردند عبارت‌اند از:

حواله، هبه دین به مدیون، و بیع دین به مدیون

✓ ایقاعاتی که منجر به حصول مالکیت ما فی الذمه می‌گردند؛ عبارت‌اند از:

طلاق پیش از دخول، نسبت به بازگشت مالکیت نیمی از مهر به شوهر، و ابراء،

✓ ارث، یکی از وقایع حقوقی است که در صورت مدیون بودن بدهکار به دائن، باعث تحقق مالکیت ما فی الذمه می‌گردد.

تا وقتی که تکلیف بدهی‌ها و وصیت‌های میت، معلوم نگردیده باشد؛ مالکیت ما فی الذمه به وجود نیامده؛ و وارثی که مدیون مورث خود بوده؛ نمی‌تواند در این زمینه ادعایی داشته باشد.

-مالکیت ما فی الذمه، به دو طریق به وجود می‌آید:

۱-تملیک طلب: هبه دین به مدیون، بیع دین به مدیون، ابراء

۲-تملک طلب: طلاق پیش از دخول، که باعث بازگشت مالکیت نیمی از مهر به شوهر می‌گردد

نکات:

-مالکیت ما فی الذمه، در رابطه با بدهی موصی‌له به موصی نیز، قابل تحقق است.

-مالکیت ما فی الذمه، در مواردی که غاصب، به‌عین مغصوبه خسارت وارد می‌نماید و سپس مالک حقوق خود را به او منتقل می‌کند نیز، مصداق دارد.

-بدهی مورث به وارث، موجب تحقق مالکیت ما فی الذمه نمی‌گردد.

-مالکیت ما فی الذمه، در رابطه با وارثی که ترکه را رد نموده؛ قابل تحقق نیست.

فصل هفتم – الزامات خارج از قرارداد

مسئولیت مدنی یعنی؛ هرگاه شخص با نقض یک تعهد یا تکلیف قانونی یا عرفی، موجب ورود ضرر به دیگری شود، مسئول جبران آن ضرر است. انواع مسئولیت مدنی به شرح ذیل است؛

الف- مسئولیت قراردادی: ناشی از نقض تعهدات ناشی از قرارداد.

ب- مسئولیت غیر قراردادی: ناشی از نقض تعهدات قانونی یا عرفی.

الزامات خارج از قرارداد طبق قانون مدنی شامل موارد زیر است:

۱- ایفای ناروا

۲- اداره فضولی مال غیر

۳- اتلاف

۴- تسبیب

۵- استیفا

۶- دارا شدن بلاجهت

۷- غصب و آنچه در حکم غصب است.

• اوصاف الزامات خارج از قرارداد:

الف- در زمره وقایع حقوقی اند یعنی آثار آنها ناشی از اراده اشخاص نیست اما تشکیل آنها ممکن است ارادی یا غیرارادی باشد مانند؛ غصب ارادی یا اتلاف عمدی.

ب- از نظر منشأ ممکن است مشروع یا نامشروع باشند؛ مشروع مانند استیفا مال که شبه عقد نام دارد و نامشروع مانند غصب، اتلاف که شبه جرم نام دارند.

ج- الزامات دارای جنبه مثبت و منفی هستند. جنبه منفی یعنی برطرف کردن منبع و علت ورود ضرر، مثل جلوگیری از ادامه‌ی اتلاف یا رفع علت ضرر.

جنبه مثبت مثل جبران خسارت وارده، پرداخت اجرت‌المثل در استیفا، پرداخت مثل یا قیمت در تلف و ...

• مبانی نظری مسئولیت مدنی:

۱- نظریه تقصیر:

الف- تقصیر شخصی: مبانی مسئولیت وجود رفتار قابل سرزنش فردی با در نظر گرفتن شرایط شخصی او. معیار تشخیص آن بررسی وضعیت خاص فرد و امکان ملامت‌پذیری رفتار او با در نظر گرفتن شرایط او می‌باشد.

مثال: اگر فردی با سرعت غیرمجاز رانندگی کند تا فرد بیماری را فوراً به بیمارستان برساند در این وضعیت با توجه به شرایط خاص، رفتار او تقصیر آمیز نیست.

ب- تقصیر نوعی: مبانی مسئولیت سنجش رفتار با معیار انسان متعارف و معقول است که آیا رفتار فرد متجاوز از رفتار یک انسان معقول بوده است؟

۲- نظریه خطر: نظریه‌ای است که بر جبران خسارت بدون نیاز به اثبات تقصیر استوار است.

الف- خطر مطلق: صرف ایجاد خسارت، بدون توجه به تقصیر ایجاد مسئولیت می‌کند.

ب- خطر در برابر نفع: مسئولیت وقتی محقق می‌شود که عامل زیان، نفعی از فعالیت خود برده باشد. (حتی بدون تقصیر هم مسئول جبران خسارت است).

۳- نظریه مختلط: ترکیبی از نظریه تقصیر و نظریه خطر است و اصل کلی در آن مسئولیت بر پایه تقصیر است.

۴- نظریه تضمین حق: بر اساس این نظریه؛

- صرف ورود خسارت، مسئولیت ایجاد می‌شود.

- نیازی به اثبات تقصیر یا ایجاد محیط خطر نیست.

- حتی اگر خسارت منتسب به کسی نباشد جبران آن واجب است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و بازنشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

نظریه تضمین حق مبتنی بر عدالت توزیعی است و هدف آن جبران خسارت زیان دیده نه تنبیه عامل زیان است. نقش بیمه در این نظریه پررنگ می‌شود.

• تأثیر تقصیر در مسئولیت مدنی:

۱- مسئولیت مبتنی بر تقصیر: اصل در مسئولیت مدنی این است که بار اثبات تقصیر بر عهده زیان دیده است و فقط در صورت احراز تقصیر، مسئولیت ایجاد می‌شود. مانند ماده ۱ ق.م.م: هر کس بدون مجوز قانونی، به عمد یا در نتیجه بی احتیاطی به حیثیت، جان، مال یا آزادی یا حقوق دیگران لطمه وارد کند مسئول جبران خسارت است.

۲- مسئولیت مبتنی بر اماره تقصیر: قانون‌گذار تقصیر را مفروض می‌داند و بار اثبات عدم تقصیر بر عهده شخص زیان رسان است. تنها با اثبات انجام همه احتیاطات لازم می‌توان رفع مسئولیت کرد.

مانند ماده ۱۲ ق.م.م: در خصوص مسئولیت کارفرما نسبت به اعمال کارگر، کارفرما مسئول است مگر ثابت کند که همه مراقبت‌های لازم را انجام داده و حتی با مراقبت هم خسارت اجتناب‌ناپذیر بوده است.

۳- مسئولیت نوعی: نیاز به اثبات تقصیر یا فرض تقصیر نیست و شخص زیان رسان مسئول است مگر ثابت کند خسارت ناشی از قوه قاهره بوده است مانند ماده ۳۸۶ ق.ت: در مورد مسئولیت متصدی حمل و نقل نسبت به تلف یا آسیب کالا.

۴- مسئولیت مطلق: شخص زیان رسان در هر حال مسئول جبران خسارت است حتی اگر خسارت ناشی از قوه قاهره باشد مانند ماده ۳۱۵ ق.م: غاصب مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان غصب در مال مغضوب حاصل شده ولو ناشی از حوادث خارجی باشد.

• مسئولیت مدنی در متون فقهی:

۱- قاعده اتلاف: «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»، اگر کسی مال غیر را از بین ببرد یا مصرف کند یا از آن استفاده کند و از صاحب مال اجازه نداشته باشد، ضامن است.

مسئولیت بر تلف مستقیم مبتنی است و اثبات تقصیر یا سوءنیت شرط نیست.

۲- قاعده تسبیب: ورود خسارت غیرمستقیم یا با واسطه نیز موجب ضمان است.

هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن برآید. به عبارت دیگر کسی که سبب ایجاد تلف یا نقص نسبت به جان یا مال دیگری شود به نحوی که اتلاف، عرفاً مستند به او باشد؛ ضامن است.

۳- قاعده لاضرر: لاضرر و لاضرار فی الاسلام، هیچکس حق ندارد به دیگری زیان وارد کند و اگر چنین شد باید جبران نماید.

۴- قاعده اقدام: اگر کسی خودش به اقدام ضرر آفرین دست بزند دیگر نمی‌تواند از دیگری خسارت بخواهد.

۵- قاعده غرور: اگر شخصی با فریب یا تلقین خلاف واقع باعث شود دیگری به خودش یا ثالثی ضرر بزند، فریب‌دهنده مسئول است.

شخص فریب‌خورده را مغرور و شخص فریب‌دهنده را غار می‌گویند.

تفاوت آن با غصب در این است که در غصب علم یا جهل به غصبی بودن مال تأثیری ندارد و هردو ضامن‌اند.

۶- قاعده ملازمه بین خسارت و فایده: اگر شخصی از عملی یا کالایی منتفع شود ولی باعث ورود خسارت به دیگری شود موظف به جبران خسارت است.

جمع‌بندی

مثال	مسئولیت	موضوع	قاعده
آتش زدن پارچه	مطلق حتی بدون تقصیر	تلف مستقیم مال غیر	اتلاف
حفر چاله در راه	با رابطه سببیت عرفی	ورود خسارت غیرمستقیم	تسبیب
ورود هر نوع ضرر ناروا	پشتوانه قواعد دیگر	نفی ضرر ناروا	لاضرر
شرکت بدون لباس مخصوص در مسابقه موتورسواری	رفع مسئولیت از دیگران	اقدام آگاهانه به خطر	اقدام
دستور تخریب توسط غیر مالک	فریب‌دهنده ضامن است	فریب موجب ضرر	غرور
آلودگی ناشی از کارخانه	نفع برنده ضامن است.	نفع موجب خسارت	ملازمه نفع و ضرر

• عوامل منتفی کننده مسئولیت مدنی:

- ۱- قوه قاهره: رویدادی خارجی، عادتاً غیرقابل پیش‌بینی و اجتناب‌ناپذیر.
 - ۲- فعل شخص ثالث: اگر فعل شخص ثالث تمام شرایط قوه قاهره را داشته باشد می‌تواند رافع مسئولیت باشد.
 - ۳- دفاع مشروع: دفاع از مال، جان، عرض، آبرو یا آزادی در برابر خطر بالفعل و غیرقابل دفع. (دفاع از حد متعارف نباید فراتر باشد).
 - ۴- مجوز قانونی: هرگاه شخصی در اجرای قانون دستوری را انجام دهد مسئولیتی ندارد. (مرتکب تقصیر نشود)
 - ۵- دستور مقام صالح: اگر کارمند به دستور مقام قانونی عمل کند، در صورت احراز شرایط زیر، مسئولیتی ندارد؛
+ دستور مرتبط با وظایف اداری باشد.
+ دستور الزام‌آور باشد.
+ تخلف قانونی بودن آن به آمر تذکر داده شود ولی وی بر انجام آن اصرار ورزد.
 - ۶- قاعده غرور / فریب: اگر شخصی دیگری را فریب دهد و فریب‌خورده سبب ورود خسارت شود مسئولیتی متوجه او نیست. قاعده غرور در غصب کاربرد ندارد چراکه شخص غاصب اعم از اینکه عالم یا جاهل به مغصوبه بودن مال باشد مسئول است.
 - ۷- اکراه: تهدیدی که قصد و اراده شخص را مخدوش کند اما نه به‌طور کامل.
 - ۸- اجبار: فشار شدید و بیرونی که شخص را مسلوب الاراده کند. (شدیدتر از اکراه)
 - ۹- اجرای حق: اگر کسی حق قانونی خود را اجرا کند و خسارت متعارف وارد شود مسئول نیست.
 - ۱۰- رضایت زیان دیده: اصولاً رافع مسئولیت هست، مگر در خسارات بدنی، عمدی یا در حکم عمد.
 - ۱۱- احسان: شخص در حال کمک‌رسانی یا انجام کار خیرخواهانه اگر موجب خسارت شود مسئول نیست مشروط به اینکه به انگیزه کمک باشد، حفظ جان، مال، ناموس یا عرض در میان باشد و اقدامات ایمنی رعایت شده باشد و برای همان شخصی باشد که به او کمک شده است.
- 📖 اضطرار در مسئولیت مدنی:
- در برخی نظریات به‌عنوان عامل منتفی کننده مسئولیت مدنی پذیرفته شده است اما تأثیر آن بستگی به نوع ضرر و رابطه میان زیان زنده و زیان دیده دارد. اقسام مهم آن:
- الف- اضرار به غیر برای دفع ضرر از خود: شخصی برای نجات خود به دیگری ضرر می‌زند که مسئول هست و باید جبران خسارت نماید. مانند برای خاموش کردن آتش منزل خود دیوار خانه همسایه را خراب کند.
 - ب- اضرار به غیر برای دفع ضرر از همان شخص: مسئولیتی نیست، چون اقدام در جهت نفع خود او انجام شده است و مشمول قاعده احسان می‌گردد.
 - ج- اضرار به غیر برای دفع ضرر از ثالث: مسئول است ولی می‌تواند مخارج خود را از فردی که به نفع او عمل کرده بر مبنای اداره فضولی مال غیر دریافت کند.
 - د- اضرار به خود برای دفع ضرر از غیر: می‌تواند هزینه‌های خود را بر مبنای اداره فضولی مال غیر دریافت نماید.

مثال	شرط / شرایط	توضیح	عامل منتفی کننده
زلزله، سیل	خارج از اراده، اجتناب‌ناپذیر	حادثه غیرقابل پیش‌بینی، خارج از کنترل انسان	قوه قاهره
خرابکاری شخص ثالث	قطع رابطه سببیت بین فعل متهم و ضرر	فعل شخص ثالث با شرایط قوه قاهره	فعل شخص ثالث
دفاع از خود	تناسب میان دفاع و خطر	دفاع متناسب از جان، مال، آبرو در برابر خطر	دفاع مشروع
قطع درخت طبق حکم قانون (ماده ۱۳۱ ق.م.)	انجام طبق قانون و بدون خطا	اقدام بر اساس امر یا مجوز قانون	مجوز قانونی
اجرای دستور مافوق در وظیفه اداری	آمر قانوناً صالح باشد و تخلف دستور گزارش شود	دستور قانونی به کارمند مرتبط با وظایف شغلی	دستور مقام صالح
فریب کارگر برای خرابکاری خانه‌ای که مالک آن نیست	قطع رابطه سببیت بین مباشر و خسارت	فریب دیگری و ایجاد خسارت به جای مباشر	فریب / غرور
تهدید به ضرب و شتم برای اجبار به اقدام خاص	مؤثر در مسئولیت‌های مبتنی بر تقصیر	تهدید غیرقابل تحمل که قصد و اراده را مختل کند.	اکراه
اجبار به شکستن شیشه خانه‌ای با زور	رافع مسئولیت مدنی	فشار بیرونی شدید که فرد را مسلوب الاراده کند.	اجبار
استفاده متعارف مالک از ملک خود	خسارت متعارف و عدم تجاوز به حق	اجرای حق قانونی با وارد کردن خسارت متعارف	اجرای حق
رضایت بعد از خسارت، صرف نظر از مطالبه خسارت	قبل از خسارت: معمولاً رافع مسئولیت نیست.	رضایت قبل یا بعد از ورود خسارت	رضایت زیان دیده
کمک پزشکی برای نجات بیمار	انگیزه خیرخواهی، رعایت ایمنی، حفظ جان یا مال	عمل خیرخواهانه با رعایت شرایط	احسان

• ایفای ناروا:

ماده ۳۰۱ قانون مدنی: کسی که عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند. در تعریف ایفای ناروا باید گفت که؛ شخصی که مدیون نیست به اشتباه مالی را به شخصی که طلبکار نیست پرداخت کند در این حالت گیرنده بدون وجود قرارداد، تعهد به استرداد مال دارد.

ایفای روا: یعنی شخص مدیون دین خود را ادا نماید (وفای به عهد).

👉 در ایفای ناروا دو نفر دخیل در ماجرا هستند؛

الف-دهنده ی مال:

۱- اشتباهاً فک کرده مدیون است درحالی که مدیون نیست.

۲- اجباراً با علم به عدم بدهکاری مالی را می‌دهد.

ب-گیرنده مال:

۱- عالم به عدم استحقاق خود است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

۲- جاهل به عدم استحقاق است.

با توجه به ماده ۳۰۳ قانون مدنی: 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.

در اینجا گیرنده مانند غاصب است و ید او **ضمنانی** می باشد که **مطلقاً مسئول خواهد بود** و اثبات قوه قاهره نیز مؤثر نخواهد بود، مگر طبق ماده ۳۰۵ که از نظر مخارج حفظ مال، بین گیرنده عامل و جاهل قائل به تفاوت شده است.

ماده ۳۰۵ قانون مدنی: در مورد مواد فوق صاحب مال باید از عهده مخارج لازمه که برای نگهداری آن شده است برآید مگر در صورت علم متصرف به عدم استحقاق خود.

✍ اگر شخصی دین مؤجل خود را با تصور حال بودنش پرداخت کند ایفای ناروا محقق نشده است به این دلیل که در ایفای ناروا شخصی که مدیون نیست دین را به کسی می پردازد که طلبکار نیست.

اما در این فرض طبق قاعده فقهی «اجل حق تسلط و انتفاع از دین را ساقط می کند» بنابراین اگر طلبکار در دوران اجل برحسب اتفاق یا اشتباه به موضوع طلب دسترسی پیدا کند **مشروط** بر درخواست بدهکار باید دین را مسترد نماید.

ماده ۳۰۴ قانون مدنی: اگر کسی که چیزی را من غیر حق دریافت کرده است خود را محق می دانسته لیکن درواقع محق نبوده و آن چیز را فروخته باشد، معامله، فضولی و تابع احکام مربوطه به آن خواهد بود.

در این فرض چه در حالت عالم بودن چه جاهل بودن در معامله تأثیری نخواهد داشت و در هر صورت معامله فضولی است.

-ضمان و مسئولیت کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است به این نحو است که ضامن عین و منافع آن می باشد.

• اداره فضولی مال غیر (ماده ۳۰۶ ق.م)

یعنی اقدام شخصی (غیر مالک) در اداره امور مالی دیگری (مالک) بدون اذن قبلی و بدون رابطه وکالت یا نیابت، به قصد حفظ منافع او.

-شرایط مطالبه مخارج در اداره فضولی:

الف-مال باید متعلق به کسی باشد که در حال حاضر نتواند دران تصرف کند اعم از اینکه شخص، محجور، غایب یا به هر دلیل دیگری فاقد امکان تصرف مستقیم باشد. ((ملاک عدم توانایی مالک در اداره مال است تفاوتی ندارد که شخص مالک حقیقی است یا حقوقی))

ب-تصرف باید بدون اذن مالک یا مأذون از قبل او باشد.

ج-تصرف باید فوری و ضروری باشد. در اینجا صرف مفید بودن کافی نیست و باید اثبات شود که اگر شخص اقدام نمی کرد یا تأخیر می کرد خسارت فوری و حتمی برای مالک پیش می آمد.

د-گرفتن اذن ناممکن یا موجب تفویت مصلحت باشد.

ذ-مدیر فضولی باید قصد احسان داشته باشد نه سودجویی.

ر-احسان باید از شخص دارای اراده صادر شود. صغیر ممیز یا سفیه می تواند مدیر فضولی باشند اما اگر شخص مسلوب الاراده مثل مجنون یا صغیر غیرممیز باشد، اداره فضولی تحقق پیدا نمی کند.

س-اداره فضولی می تواند شامل اعمال مادی یا حقوقی باشد مثلاً تعمیر ماشین شخص دیگر (عمل مادی) یا عقد اجاره به نفع او (عمل حقوقی)

ش-اداره فضولی نسبت به جسم انسان نیز ممکن است.

ک-اگر مالک یا نماینده او صراحتاً نهی کرده باشد حتی اگر همه شرایط فوق جمع باشد اقدام مدیر فضولی فاقد مشروعیت است و عمل او غاصبانه با ید ضمانی است و مستحق مطالبه هزینه نخواهد بود.

گ-اداره فضولی در اموال مشاع نیز ممکن است یعنی اگر یکی از شرکا بدون اذن دیگران و باوجود شرایط فوق اقدامی در مال مشاع انجام دهد می تواند به نسبت سهم سایر شرکا از آنان مطالبه مخارج کند.

☆ در اداره فضولی مال غیر باید اعمال فضولی انجام شده موردپذیرش صاحب مال نباشد اگر اعمال انجام شده توسط صاحب مال تنفیذ گردد رابطه قراردادی است و دیگر از موجبات ضمان قهری محسوب نمی شود و ماهیتاً عقد وکالت می باشد.

☆ اداره فضولی مال غیر عمل حقوقی نیست تا اشتباه در شخصیت حتی اگر علت عمده عقد باشد موجب بطلان آن شود.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و بازنشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

☆ اگر اه در تحقق اداره فضولی مال غیر مؤثر نیست چون اگر اه موجب زائل شدن قصد نمی شود و تنها رضا را معیوب می کند بنابراین مدیر می تواند به مالک رجوع و هزینه ها را از مالک مطالبه کند.

• تعهدات مدیر فضولی

الف- تعهد در برابر مالک ← دادن حساب زمان تصدی

پرهیز از تعدی و تفریط

(ید مدیر فضولی امانی است یعنی در اولین فرصت باید مال را به مالکش مسترد کند)

☑ مدیر فضولی طبق نظر دکتر کاتوزیان ملزم نیست کاری را که شروع کرده است به پایان برساند اگر کار نصفه انجام شده باشد و سودی به مالک رسانده باشد بتوان اجرت المثل عمل را گرفت ولی در هر صورت ملزم به اتمام کار نیست و برای مدیر تعهد به اتمام کار وجود ندارد اما اگر در جریان اداره فضولی مال غیر مدیر فضولی بر مالی از اموال مالک دسترسی پیدا کند نمی تواند مال را رها کند.

مثال: اگر الف باغی داشته باشد و در سفر باشد و ب می بیند که میوه باغ او رسیده است و میوه ها را بچیند تا برای فروش به بازار ببرد، در این حالت ب نمی تواند میوه ها را رها کند چون بر میوه های باغ الف تسلط پیدا کرده است پس یا باید اموال را به دست مالک برساند یا تحویل حاکم دهد.

ب- تعهدات مدیر فضولی در برابر ثالث:

اگر مدیر فضولی برای اداره با اشخاص ثالث قراردادی را منعقد کند؛

حالت اول: در این فرض مدیر فضولی قرارداد با ثالث را به نام خود منعقد کرده است که در این حالت خود مدیر در برابر ثالث مسئول است.

حالت دوم: در این فرض مدیر نامی از خود به میان نمی آورد و تصریح می کند که قرارداد برای شخص دیگری می باشد در این حالت مدیر فضولی هیچ مسئولیتی در پرداخت هزینه ها در برابر ثالث ندارد و صاحب مال مسئول است چرا که با مجوز ماده ۳۰۶ این قرارداد را منعقد کرده است ولی در هر دو حالت حتی اگر قرار داد به نام خود مدیر فضولی نباشد در برابر ثالث مسئول است.

- تعهدات مالک در برابر مدیر فضولی:

۱- دادن هزینه های لازم و ضروری برای اداره به مدیر فضولی
۲- پرداخت اجرت مدیر فضولی (اوضاع و احوال نماینگر این باشد که قصد تبرع نداشته است)

✓ اگر در اداره فضولی، ضرری به مالک برساند اصولاً مسئول نیست مگر تقصیر کرده باشد.

✓ اگر در جریان اداره ضرری به خود مدیر برسد این ضرر قابل مطالبه است.

✓ بین مدیر حرفه ای و غیر حرفه ای که عمل اداره را به عنوان حرفه خود انجام نمی دهد باید

قائل به تفکیک شد و اصل بر این است که نمی توان اجرت المثل گرفت اما در صورت حرفه ای

بودن می توان اجرت المثل را دریافت کرد.

✓ تصرفات مدیر در موارد زیر تابع غصب است؛

۱- اگر مالک یا نماینده مالک وی را از اداره منع کرده باشند.

۲- اگر تحصیل اذن مالک مقدور بوده باشد.

۳- اگر تأخیر موجب ضرر مالک نباشد.

۴- اگر مدیر پس از اقدام به اداره در اسرع وقت ممکن، اقدام خود را به اطلاع مالک نرسانده باشد.

• اثر اشتباه در اداره فضولی

الف- اشتباه در مالک بودن: اگر شخص گمان کند خودش مالک است و مالی را اداره کند اساساً نیت اداره مال غیر ندارد پس اداره فضولی محقق نمی شود و مستحق دریافت مخارج نیست.

ب- اشتباه در هویت مالک: اگر فضول بداند مال برای دیگری است ولی در تشخیص صاحب آن اشتباه کند، این اشتباه مانع تحقق اداره فضولی نیست.

ج-در موردی که شخصی به اشتباه گمان می کند نماینده مالک است و بر اساس این تصور اقدام به اداره مال غیر می کند، اشتباه وی مانع تحقق اداره فضولی نیست، زیرا وی درواقع به حساب غیر و در جهت مصالح او اقدام کرده است در این صورت در صورت احراز شرایط، اداره فضولی محقق است و اداره کننده مستحق دریافت مخارج ضروری و مفید خواهد بود.

• **غصب:** (مواد ۳۰۸ تا ۳۲۷ ق.م)

طبق ماده ۳۰۸ غصب عبارت است از؛ **استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان.**

اثباتید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.

غصب کننده را «غاصب»، مال غصب شده را «مغضوب» و مالک آن را «مغضوب منه» می نامند.

توضیح	تعریف	رکن
نیاز به تصرف فیزیکی یا اعتباری دارد.	تسلط عملی بر مال یا حق	استیلا
ممکن است عین، منفعت یا حق خاصی باشد.	مال یا حقی که متعلق به دیگری است.	حق غیر
بدون اجازه مالک یا تجویز قانون	تصرف بدون اذن یا مجوز	عدوان

نکات:

*اگر کسی فقط ممناعت از حق کند غاصب نیست ولی ضامن است از باب اتلاف یا تسبیب. مثال: اگر کسی با ارعاب و تهدید یا با بستن راه مانع تصرفات مالک در ملک خود گردد بی آنکه ملک را از تصرف او خارج کند، عمل او غصب نامیده نمی شود.

***استقلال در استیلاء شرط نیست.

***حق غیر: غصب مختص اشیاء نیست و حقوق را نیز می توان غصب کرد.

****عدوان: علم و عمد، غاصب عالم باشد و بداند که حق این کار را ندارد.

*****در تصرف عدوانی، که در آ.د.م مطرح است واژه ی «عدوان» به معنای بدون حق بودن است ولی عدوان در غصب به معنای علم بی حقی می باشد بنابراین ممکن است کسی متصرف عدوانی باشد اما غاصب نباشد.

• **در حکم غصب:**

غصب حکمی، مواردی است که ظاهر قضیه غصب نیست، اما قانون آن را در حکم غصب تلقی می کند؛ یعنی غاصب تلقی می شود و ضامن است بالاینکه تصرف او در ابتدا ممکن است مشروع و یا به ظاهر قانونی باشد.

الف-ادامه تصرف بدون مجوز پس از اذن اولیه:

تصرف ابتدا با اذن مالک بوده ولی با سلب رضایت ادامه یافته است مثل؛

_ ودیعه یا عاریه: مستودع یا مستعیر پس از مطالبه مال توسط مالک از رد آن امتناع می کند.

-اجاره: مستأجر پس از پایان مدت اجاره و مطالبه مالک از تخلیه امتناع می کند.

***پس از مطالبه:** ادامه تصرف در حکم غصب است و مستأجر یا مستعیر یا امین چنانچه امتناع کند و یا منکر آن گردد از تاریخ امتناع یا انکار در حکم غاصب است.*

ب-ایفای ناروا: دریافت کننده مال در حکم غاصب است اعم از اینکه عالم یا جاهل به عدم استحقاق خود باشد.

ج-تصرف ناشی از معامله فضولی: متعامل فضولی، چه عالم چه جاهل به فضولی بودن معامله باشد در حکم غاصب است و در صورت رد معامله توسط مالک، در برابر مالک مال، تمام ضمانت های غاصب را خواهد داشت.

د- مقبوض به عقد فاسد: شخصی که با عقد باطل مال را قبض کرده است. مثلاً ب از الف مالی را می خرد ولی الف در هنگام انعقاد قرارداد مست بوده است قرارداد در این فرض باطل است و هیچ گونه مجوز قانونی برای تصرف وجود ندارد بنابراین متصرف در حکم غاصب است و ید ب در این حالت ضمانتی می باشد چه عالم به بطلان معامله باشد چه جاهل.

★ مسئولیت تلف مال مقبوض به عقد فاسد توسط خریدار فاقد اهلیت

الف- خریدار مجنون یا صغیر غیر ممیز است: معامله به دلیل فقدان اهلیت باطل است و چنانچه مال توسط فروشنده به خریدار تسلیم شده باشد، تصرف خریدار مقبوض به عقد فاسد است. اگر کسی عمداً یا سهواً مال خود را به یک مجنون یا صغیر غیر ممیز بسپارد و آن مال تلف شود تلف از مال محجور نیست و برای دریافت خسارت به شخصی نمی تواند رجوع کند. (م ۱۲۱۵ ق.م)

ب- خریدار سفیه است: معامله همچنان باطل است و چنانچه مال به خریدار تسلیم و درید او تلف شده باشد چون سفیه درک و تمیز و اهلیت تملک دارد تصرف او در حکم غصب است لذا خریدار سفیه ضامن تلف مال است و باید مثل یا قیمت را به فروشنده بپردازد.

• مسئولیت های غاصب:

غاصب اعم از اینکه عالم یا جاهل باشد مسئولیت کامل دارد.

۱- تکلیف به رد عین مال: تا زمانی که مال باقی باشد؛ غاصب باید همان مال مغضوب را با همان وضعیتی که دارد به مالک تحویل دهد حتی اگر معیوب و ناقص شده باشد.

۲- تلف مال مغضوب: اگر مال تلف شده باشد چنانچه مثلی باشد مثل آن و اگر قیمی باشد باید قیمت را بپردازد.

۳- تعذر موقتی در رد عین (بدل حیلوله): اگر عین مال تلف نشده ولی امکان تحویل آن موقتاً منتفی باشد غاصب باید تا زمان رفع مانع به مالک بدل حیلوله بپردازد.

۴- منافع مال مغضوب: غاصب مسئول همه منافع است چه استفاده کرده باشد و چه نکرده باشد (مستوفات و غیرمستوفات) غاصب باید بدل (اجرت المثل) منافع را بپردازد.

۵- خسارات وارده به مال مغضوبه: غاصب ضامن کلیه خسارات است لو فرض که مقصر نباشد و خسارت ناشی از قوه قاهره یا فعل ثالث باشد.

• تلف شدن عین مغضوبه:

نکته	حکم حقوقی	وضعیت مال و محل
اگر غاصب مثل بپردازد مالک مکلف به پذیرش است و نمی تواند اجبار به قیمت کند.	غاصب مختار بین پرداخت مثل یا قیمت است.	مال در محل غصب قیمی، در محل تلف مثلی است
فقط با رضایت مالک می تواند قیمت بدهد.	غاصب ملزم به رد مثل است	مال در محل غصب مثلی و در محل تلف قیمی است
اصل حاکم در ضمان مثل	غاصب نمی تواند مالک را به قبول قیمت مجبور کند. (مگر تراضی)	هرموردی که غاصب ملزم به دادن مثل است
اصل حاکم در ضمان قیمت	غاصب می تواند مالک را به قبول مثل اجبار کند.	هر موردی که غاصب ملزم به دادن قیمت است
در آزمون ها با توجه به نظرها پاسخ داده شود.	دکتر صفایی: قیمت زمان تلف ملاک است. دکتر کاتوزیان: قیمت زمان تأدیه ملاک است.	مال قیمی در زمان تلف دچار نوسان قیمت شده است
اگر قیمت محل غصب بیشتر بود، تفاوت را می توان از باب تسبیب گرفت.	قیمت محل تلف ملاک است.	مال قمی باشد و قیمت آن در محل غصب و تلف متفاوت باشد
قاعده بدل تعذر مثل	باید قیمت یوم الاداء پرداخت شود	مال در زمان تلف مثلی بوده، اما اکنون مثل آن پیدا نمی شود
می توان تفاوت قیمت یا سایر ضررها را از باب تسبیب مطالبه کرد.	باید آخرین قیمت پیش از بی مالیتی پرداخت شود	مال مثلی تلف شده ولی اکنون بی مالیت شده است

- اگر مال ناقص یا معیوب شده باشد غاصب مکلف به جبران خسارت می‌باشد.
- اگر بهای مال افزایش پیدا کرده باشد و این افزایش در اثر عمل غاصب باشد، غاصب حق مطالبه قیمت زیاده را نخواهد داشت مگر اینکه آن زیاده عین باشد که در این صورت عین زاید متعلق به خود غاصب می‌باشد.
- اگر مال مغضوبه در زمین یا بنا به کار رفته باشد مالک می‌تواند عین آن را از غاصب بخواهد و در این صورت غاصب مکلف به کندن یا جدا ساختن مال از زمین یا بنا و تسلیم آن به مالک است. استثناء:

۱- زمانی که رد عین مستلزم ضرر جانی به غاصب یا ضرر مالی و جانی به شخص ثالث باشد که در این حالت باید مثل یا قیمت را داد.

۲- مواردی که رد مال مستلزم تلف می‌باشد.

۳- در فرضی که غاصب با هنر و صنعت خود مال را تغییر می‌دهد به نحوی که عرف آن را یک مال دیگر می‌پندارد.

۴- ماده واحده راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۷

در دعاوی راجع به رفع تجاوز و قلع ابنیه و مستحدثات غیرمجاز در املاک مجاور هرگاه محرز شود که طرف دعوی یا ایادی قبلی او قصد تجاوز نداشته و در اثر اشتباه در محاسبه ابعاد یا تشخیص موقع طبیعی ملک یا پیاده کردن نقشه ثبتی یا به علل دیگری که ایجاد کننده بناء یا مستحدثات از آن بی‌اطلاع بوده تجاوز واقع شده و میزان ضرر مالک هم با مقایسه با خساراتی که از خلعید و قلع بناء و مستحدثات و متوجه طرف می‌شود به نظر دادگاه نسبتاً جزئی باشد.

در صورتی که طرف دعوی قیمت اراضی مورد تجاوز را طبق نظر کارشناس منتخب دادگاه تودیع نماید دادگاه حکم به پرداخت قیمت اراضی و کلیه خسارات وارده و اصلاح اسناد مالکیت طرفین دعوی می‌دهد در غیر این صورت حکم به خلعید و قلع بناء و مستحدثات غیرمجاز داده خواهد شد.

تبصره ۱- منظور از قیمت اراضی در این ماده بالاترین قیمت آن از تاریخ تجاوز تا تاریخ صدور حکم خواهد بود.

تبصره ۲- در صورتی که تجاوز به اراضی مجاور موجب کسر قیمت باقیمانده آن نیز بشود در احتساب ضرر مالک اراضی، منظور خواهد شد.

تبصره ۳- مقررات این قانون نسبت به دعاوی مطروحه‌ای که تا تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون به حکم قطعی منتهی نشده لازم‌الرعايه است و هرگاه حکم قطعی صادر شده و اجرا نشده باشد ذینفع می‌تواند با استناد به این قانون ظرف دو ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون تقاضای اعاده دادرسی نماید.

(این ماده با شرایط خاص پرداخت قیمت کارشناسی ملک به جای رد عین را پیش‌بینی کرده)

شرایط لازم:

- متصرف باید حسن نیت داشته باشد.
- باید در ملک غیر بنا یا مستحدثاتی ایجاد شده باشد.
- ضرر مالک در مقابل ضرر ناشی از خلعید و قلع و قمع بنا نسبتاً جزئی باشد.
- متصرف باید قیمت زمین مورد تصرف را طبق نظر کارشناس تودیع نماید.

- در قانون مدنی مثل بر قیمت مقدم است ولی طبق قانون مسئولیت مدنی تخصیص خورده است زیرا در این قانون کیفیت جبران خسارت کاملاً در اختیار دادگاه است.

- اگر مالی در محل غصب مثلی بوده و در محل تلف قیمی باشد باید مثل مال داده شود زیرا ملاک محل غصب می‌باشد.

در غصب اگر قیمتی که قانون اعلام می‌کند خسارت مالک را جبران نکند مالک می‌تواند اضافه خسارت خود را دریافت نماید اما نه از باب غصب بلکه از باب تسبیب. پس اگر با گرفتن آخرین قیمت خسارت مالک جبران نشود اضافه خسارت را از باب تسبیب دریافت می‌نماید.

بدل حیلوله:

ماهیت بدل حیلوله غرامت است و مالی است که شبیه مال مغضوبه می‌باشد.

در این صورت دریافت‌کننده مالک بدل می‌شود (مالکیت متزلزل) و در فرض قابلیت رد عین، مالک می‌تواند بدل را پس دهد و عین مال خود را دریافت نماید. به عبارت دیگر تملیک بدل به صاحب مال مغضوبه همراه با یک شرط ضمنی (شرط فاسخ) است که به غاصب این حق را می‌دهد که در صورت رد عین، بدل آن را پس بگیرد و به مالک این اختیار را می‌دهد که عین مال خود را در این فرض مطالبه نماید و بدل را به غاصب بازگرداند.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

به عقیده دکتر کاتوزیان زمان اعمال شرط فاسخ رفع تعذر از رد عین می‌باشد.

-وقتی از مال مغضوبه رفع تعذر شود، غاصب حق حبس نخواهند داشت، اما مالک حق حبس دارد و می‌تواند از پس دادن بدل حیلولة امتناع نموده تا ابتدا اصل مالش را دریافت نماید.

-چنانچه غاصب اصل مال را بازگرداند و مالک از بازگرداندن بدل خودداری نماید او ضمانی خواهد شد.

-اگر بدل حیلولة منافع مال مغضوب را به‌طور کامل پوشش دهد، مالک دیگر حق مطالبه اجرت‌المثل منافع را ندارد اما اگر نتواند همه منافع متعارف را جبران کند مالک می‌تواند مابه‌التفاوت منافع را از غاصب مطالبه کند.

-از نظر علما بدل حیلولة نوعی خسارت عدم انجام تعهد می‌باشد. (ماده ۷۹۱ بدل را به‌عنوان مثل یا قیمت به‌کاربرده است).

• مسئولیت غاصب نسبت به منافع مال مغضوب

تقسیم کلی منافع:

الف-منافع مستوفات: منفعی که غاصب عملاً از آن‌ها بهره‌برداری کرده است. غاصب در هر حال نسبت به منافع مستوفات ضامن است و باید اجرت‌المثل آن را بپردازد.

ب-منافع غیرمستوفات: منفعی که غاصب استفاده‌ای از آن‌ها نکرده اما در زمان غصب او تلف شده است.

حالت‌های مختلف در منافع غیرمستوفات؛

۱-مال تنها یک منفعت داشته باشد: غاصب باید بدل همان منفعت را به مالک تأدیه نماید.

۲-اگر چند منفعت داشته باشد:

الف) فقط یکی از آن‌ها متعارف باشد، غاصب فقط ضامن همان منفعت متعارف است.

ب) همه‌ی منافع متعارف باشند، اگر منافع قابل جمع باشند غاصب ضامن اجرت‌المثل مجموع منافع است و اگر منافع قابل جمع نباشند غاصب باید بدل بیشترین منفعت را بپردازد.

• تعاقب ایادی غاصبان:

زمانی است که مال مغضوب، به نحو سلسله وار از یک غاصب به دیگری منتقل می‌شود

اعم از انتقال قهری یا ارادی، بیع، هبه و ... هر یک از ایادی بعدی در حکم غاصب قرار

گرفته و عالم یا جاهل بودن آنان مؤثر نیست.

• مسئولیت تضامنی غاصبان:

الف) اگر مال تلف شده باشد؛

و مالک برای استرداد مثل یا قیمت مال به یکی از غاصبان رجوع کند؛ مسئولیت غاصبان تضامنی است و مالک می‌تواند به هر یک رجوع نماید و در این حالت جمع دریافتی مالک نباید از مثل یا قیمت مال بیشتر باشد.

ب) بدل منافع مستوفات و غیرمستوفات؛

هر غاصب مسئول منافع زمان تصرف خود می‌باشد و نکته مهم آن است که نسبت به منافع ایادی بعدی نیز مسئولیت تضامنی دارند. در نتیجه مالک می‌تواند برای دریافت بدل منافع کل دوره تصرفات، به هر یک از غاصبان مراجعه کرده و همه منافع (شامل ایام تصرف غاصبان بعدی) را از او مطالبه کند؛ اگر مالک این کار را کرد مثلاً از غاصب اول بدل منافع خود و غاصبان دوم و سوم و چهارم را گرفت، غاصب اول نمی‌تواند مجموع منافع پرداخت شده را از غاصب دوم مطالبه کند بلکه باید برای بدل منافع ایام تصرف هر غاصب بعدی جداگانه به همان غاصب رجوع کند.

امکان انتخاب مرجع برای مطالبه بدل منافع، فقط برای مالک در نظر گرفته شده است و این حق انتخاب برای غاصبان در رجوع به یکدیگر وجود ندارد.

• مسئولیت غاصب نسبت به عین، مثل یا قیمت:

■ بقای مال مغضوب:

آخرین غاصب که مال درید اوست، مسئول نهایی رد عین مال است و تا زمانی که عین به مالک برگشته، مالک می‌تواند به هر یک از غاصبان سابق رجوع کرده و الزامشان کند مال را از غاصب نهایی گرفته و به او بازگردانند. اگر چنین نکنند مالک می‌تواند از آن‌ها بدل حیلولة مطالبه نماید.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

در فرضی که مال درید غاصب آخر موجود است او متعهد به رد عین می‌باشد اما سایر غاصبین تضمین‌کننده فعل ثالث هستند.

■ تلف مال مغضوب:

غاصبی که مال درید او تلف شده مسئول نهایی پرداخت مثل یا قیمت است و اگر مالک به غاصب نهایی رجوع کند حق رجوع به دیگری را ندارد اما چنانچه به غاصبان ماقبل مراجعه نماید و خسارت بگیرد، غاصب پرداخت کننده می‌تواند به ایادی بعد از خود رجوع کند تا بار مسئولیت به غاصب نهایی برسد.

علم و جهل غاصبین در رجوع مالک برای استرداد مال خود یا مثل و قیمت آن هیچ تأثیری ندارد و مشخص شدن مسئول نهایی در رابطه و رجوع غاصبین به یکدیگر اثرگذار است.

☑ قاعده غرور

اگر شخصی عملی انجام دهد که این عمل جهل یا فریب خوردن دیگری را در پی داشته باشد و به همین جهت دچار ضرر و زیانی گردد، طبق این قاعده شخص عامل (شخص اول) ضامن شخص فریب خورده است و باید خسارت او را بپردازد. به موجب این قاعده فریب‌دهنده را غار و فریب‌خورده را مغرور می‌نامند.

در تحقق ضمان غرور، علم و جهل غار شرط نیست اما **مغرور حتماً باید جاهل باشد**.

پس اگر غاصب جاهل، مال مغضوب را به غاصب جاهل دیگری بدهد باز هم غاصب اول غار محسوب می‌شود.

- غار نمی‌تواند به مغرور خود رجوع نماید حتی اگر مال مغضوبه در دست مغرور تلف شده باشد.

- هر مغرور تنها می‌تواند به غار خود رجوع نماید.

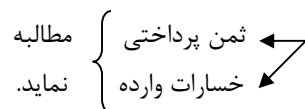
- غاصب عالم نمی‌تواند به غاصب جاهل ما بعد خود مراجعه کند.

☞ رابطه غاصب، مشتری و مالک در صورت فروش مال مغضوب:

حالت اول) تحویل مال صورت نگرفته: اگر غاصب مال را فروخته ولی هنوز تحویل نداده به دلیل اینکه مشتری هنوزید غاصبانه پیدا نکرده در نتیجه مالک فقط حق رجوع به غاصب را دارد. تصرف و استیلاء بر مال مغضوب شرط تحقق غصب است و صرف بیع مال مغضوبه، خریدار را در حکم غاصب قرار نمی‌دهد.

حالت دوم) تحویل مال به مشتری انجام شده: اگر غاصب مال را تحویل مشتری دهد، مشتری نیز ید غاصبانه پیدا کرده است در این صورت؛ مالک می‌تواند برای استرداد عین، مثل یا قیمت مال و منافع، به هریک از غاصب یا مشتری رجوع کند زیرا خریدار در برابر مالک در حکم غاصب است چه عالم باشد و چه جاهل.

☞ رابطه بین مشتری و غاصب

حالت اول) اگر مشتری جاهل به غصب باشد: در صورت رجوع مالک، مشتری می‌تواند به غاصب رجوع کند و 

حالت دوم) مشتری عالم به غصب باشد: در صورت رجوع مالک، مشتری فقط می‌تواند از غاصب ثمن پرداختی را مطالبه کند و سایر خسارات قابل مطالبه نیست.

حالت سوم) مشتری جاهل به غصب است و مالک به غاصب مراجعه می‌کند، غاصب مسئول پرداخت ثمن و خسارات به مالک است و غاصب به علت غرور نمی‌تواند برای دریافت بدل منافع یا خسارات به مشتری رجوع نماید.

حالت چهارم) مشتری عالم به غصب است و مالک به غاصب رجوع می‌کند، غاصب می‌تواند بابت خسارات مازاد بر ثمن دریافتی به مشتری مراجعه کند.

جمع بندی

مسئول نهایی	حق رجوع مشتری	حق رجوع غاصبان قبلی	حق رجوع مالک	وضعیت ایادی
کسی که مال نزد او تلف شده		هر غاصب به ید ما بعد خود رجوع کند	به هر غاصب می تواند رجوع کند.	غصب از غاصب
کسی که مال نزد او تلف شده	مشتری عالم فقط می تواند ثمن را از غاصب بگیرد.	غاصب می تواند به مشتری عالم بابت خسارت رجوع کند	مالک می تواند به مشتری یا غاصب رجوع کند.	مشتری عالم به غاصب
نهایتاً مسئولیت بر غاصب فریب دهنده مستقر می شود.	مشتری جاهل می تواند بابت ثمن و کلیه خسارات به غاصب یدماقبل رجوع کند.	غاصب نمی تواند به مشتری رجوع کند.	مالک می تواند به مشتری یا غاصب رجوع کند.	مشتری جاهل به غصب

☆ مسئولیت غاصبین در تعاقب ایادی محدود به چیزی که غصب کرده اند می باشد.

-هرگاه مال مغضوب در زمان تصرف یکی از غاصبان نقص و عیبی پیدا کند سپس به دست دیگران برسد و تلف شود غاصبان بعدی تنها ضامن مثل یا قیمت مال ناقصی هستند که غصب کرده اند و تفاوت قیمت بر عهده کسانی است که مال سالم را در دست داشته اند.

-هرگاه در تعاقب ایادی یکی از غصبها توسط اشخاص متعددی انجام شود این اشخاص مسئولیت تضامنی ندارند و به صورت نسبی مسئول هستند.

✍ ابراء ذمه غاصبان

اگر ما با غاصبان متعدد مواجه باشیم و مالک، یکی از آنان را بری الذمه کند این ابراء ذمه ممکن است صور زیر را داشته باشد؛

۱. ابراء یکی از غاصبین نسبت به عین مثل یا قیمت:

موجب براءة ذمه کلیه غاصبان نسبت به عین، مثل یا قیمت می شود چون مسئولیت ایشان نسبت به عین تضامنی است و ابراء یکی از مدیونین تضامنی موجب براءة ذمه همگان می شود. (ماده ۳۲۱ ق.م). پس اگر مالک، ذمه یکی از غاصبین را نسبت به عین یا مثل یا قیمت ابراء کند همه غاصبان ابراء می شوند، مگر آنکه با دلایل و قرائن معلوم شود که منظور او ابراء شخص مزبور نبوده است بلکه منظور او فقط آن بوده است. که امکان رجوع به آن غاصب مزبور را سلب کند.

۲. ابراء یکی از غاصبان نسبت به منافع عین:

موجب براءة ذمه او و ایادی ما بعد نسبت به منافع می شود. چون هر غاصب با ایادی ما

بعد خود نسبت به منافع مسئولیت تضامنی دارد و ابراء یکی از مدیونین تضامنی موجب براءة ذمه همگان می شود (ماده ۳۲۲ ق.م) پس اگر چهار نفر متعاقباً مالی را غصب کنند و مالک غاصب دوم را نسبت به منافع عین ابراء کند، غاصب دوم و غاصبان سوم و چهارم بابت منافع بری می شوند؛ اما مسئولیت غاصب اول بابت منافع زمان تصرفش باقی است.

۳. ابراء یکی از غاصبان نسبت به منافع زمان تصرف:

فقط غاصب مزبور نسبت به منافع زمان تصرف بری الذمه می شود و این امر موجب براءة ذمه سایرین نمی شود. (ماده ۳۲۲ ق.م) پس اگر چهار نفر متعاقباً، مالی را غصب کنند و مالک غاصب دوم را نسبت به منافع زمان تصرفش ابراء کند، فقط غاصب دوم نسبت به منافع زمان تصرفش بری می شود؛ اما مسئولیت غاصبان اول، سوم و چهارم بابت منافع زمان تصرفشان باقی است.

✍ **اسقاط حق رجوع** اگر مالک حق رجوع خود را نسبت به یکی از غاصبین اسقاط کند، این امر مانع از رجوع به سایرین نمی شود. به عبارت دیگر تعهد سایر مدیونین به قوت خود باقی می ماند و این اسقاط حق فقط باعث طبعی شدن تعهد آن غاصب مزبور می شود. یعنی حتی آن غاصب مزبور و صرفاً امکان طرح نیز بری نمی شود، بلکه تعهد آن غاصب مزبور نیز باقی است و به قوت خود دعوی علیه او منتفی شده است.

✍ **بخشش حق** به یکی از غاصبین اگر مالک حق خود را به یکی از غاصبین ببخشد، این بخشش حق به یکی از غاصبین موجب می شود که آن غاصب مزبور، به واسطه مالکیت ما فی الذمه بری شود و قائم مقام مالک شود. اما سایر غاصبان همچنان مسئول اند ولی نه در برابر مالک بلکه فقط در برابر همان غاصبی که اکنون حق به او بخشیده شده مسئول اند.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می باشد

★ در غصب مشارکتی (تعدد عرضی)، غاصبان مسئولیت تضامنی ندارند؛ بلکه طبق رأی وحدت رویه ۷۹۹ دیوان عالی کشور هر غاصب فقط به اندازه سهم خود در برابر مالک مسئول است و مالک نمی‌تواند تمام خسارت را از یکی از آنان مطالبه کند.

• اتلاف و تسبیب

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.

✓ اتلاف: وارد کردن ضرر به صورت مستقیم به غیر.

✓ تسبیب: زمینه‌چینی (غیرمستقیم) برای وارد کردن ضرر به غیر که منتهی به ورود ضرر شود.

• تفاوت‌های اتلاف و تسبیب؛

-در اتلاف ضرر به صورت مستقیم است.

-در اتلاف تقصیر شرط نیست.

-اتلاف با فعل رخ می‌دهد ولی تسبیب اعم از فعل یا ترک فعل می‌باشد.

-موضوع اتلاف فقط خسارت مالی است اما تسبیب اعم از مالی، بدنی و معنوی می‌باشد.

مبنای اتلاف نظریه خطر است و مبنای تسبیب نظریه تقصیر است

• دخالت قوه قاهره یا شخص ثالث در ورود خسارت در اتلاف و تسبیب:

۱- اگر خسارت ناشی از قوه قاهره یک واقعه غیرارادی غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل دفع باشد شخصی مسئول نیست.

۲- اگر خسارت ناشی از قوه قاهره و ناشی از فعل شخص زیان رسان باشد، جبران تمام خسارت بر عهده مقصر است زیرا در صورت عدم ارتکاب تقصیر توسط او صرف قوه قاهره به ورود خسارت منتهی نمی‌شود؛ مانند آنکه راننده کامیونی با سرعت غیرمجاز حرکت کند و جاده نیز به دلیل تگرگ یکباره لغزنده شود و به دلیل سرعت غیرمجاز، خودرو بر روی تگرگ بلغزد و بار داخل آن آسیب ببیند.

۳- اگر خسارت هم ناشی از فعل ثالث و هم ناشی از فعل شخص زیان رسان باشد، هر یک به اندازه درجه تأثیری که در ورود خسارت داشته‌اند مسئول‌اند؛ مانند آنکه راننده‌ای با سرعت غیرمجاز حرکت کند و جاده نیز به دلیل ریختن گازوئیل توسط شخصی در سطح جاده لغزنده شده باشد و در نتیجه به دلیل سرعت غیرمجاز خودرو بر روی گازوئیل بلغزد در این حالت هر یک به نسبت درجه تأثیری که در ورود خسارت داشته‌اند، مسئول‌اند.

۴- اگر خسارت ناشی از فعل زیان دیده باشد بنابر قاعده اقدام، شخصی مسئول جبران خسارت نیست و خسارت به خود او منتسب است؛ مانند آنکه شخصی به قصد خودکشی خود را در مقابل قطار بیندازد.

۵- اگر خسارت هم ناشی از فعل شخص زیان رسان و هم ناشی از فعل زیان دیده باشد، شخص زیان رسان به اندازه درجه تأثیری که در ورود خسارت داشته است مسئول است و بنابر قاعده اقدام بخش دیگری از خسارت که منتسب به خود شخص زیان دیده است جبران نمی‌شود. برای مثال اگر شخصی در محلی از خیابان که توقف ممنوع است توقف کند و راننده دیگری به دلیل سرعت غیرمجاز نتواند خودروی خود را کنترل کند و در نتیجه با خودرویی که توقف کرده، برخورد کند و خسارتی به بار آورد در این صورت خسارتی که به خودروی متوقف وارد شده باید به نسبت درجه تأثیر تقسیم شود. بخشی از خسارت باید توسط شخصی که با سرعت غیرمجاز حرکت کرده جبران شود و بخش دیگری از خسارت منتسب به همان شخصی است که توقف غیرمجاز کرده است و در نتیجه طبق قاعده اقدام جبران نمی‌شود.

• تقصیر

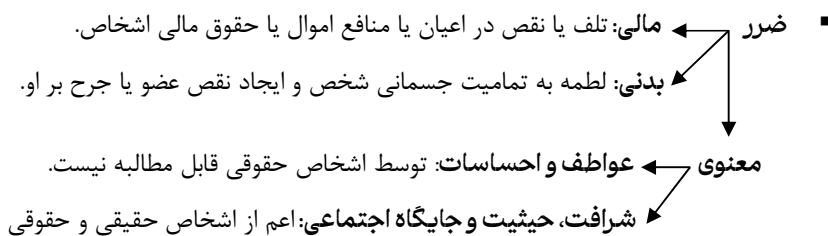
طبق نظریه جدید، تقصیر (نوعی) به مفهوم تجاوز از رفتار انسان معقول و متعارف می‌باشد. تقصیر ممکن است به دو شکل تعدی و تفریط باشد.

-تعدی: شخص کاری را که نباید انجام می‌داده است را انجام داده (ماده ۹۵۱ ق.م.)

-تفریط: شخص کاری را که باید انجام می‌داده است را انجام نداده (ماده ۹۵۲ ق.م.)

-تقصیر ممکن است عمد یا در حکم عمد (برای اضرار به غیر عمد ندارد اما عملش ظن قوی برای اضرار به غیر وجود داشته است)، قصور (سهو، تقصیر ناچیز) باشد.

- ۱- مسئولیت‌های مبتنی بر تقصیر: تقصیر باید ثابت شود
- ۲- مسئولیت‌های مبتنی بر عدم تقصیر: فعل زیان‌بار باید اثبات شود. مانند (اتلاف و خسارت ناشی از حوادث رانندگی)
- ۳- اماره تقصیر: مبنا نظریه تقصیر است اما نیاز به اثبات نیست مانند؛ مسئولیت کارفرمایان بابت خسارات ناشی از اعمال کارگر.



-ضرر برای اینکه قابل مطالبه باشد باید دارای شرایطی باشد:

- ۱- مسلم باشد و احتمالی نباشد.
- ۲- ضرر مستقیم باشد.
- ۳- ضرر جبران نشده باشد.
- ۴- ضرر نامشروع باشد (ضرر ناشی از دفاع مشروع نباشد)
- ۵- ضرر ناشی از اقدام زیان دیده نباشد.
- ۶- ضرر شخصی باشد (به صورت خاص متوجه شخص زیان دیده باشد تا توسط او و قائم مقامش قابل مطالبه باشد)
- ۷- قابل پیش‌بینی باشد.

👉 در حقوق ما اصولاً ضرر آینده که هنوز به فعلیت نرسیده است قابل مطالبه نیست مگر؛

-مواد ۵ و ۶ ق.م.ج (جبران ضرر به صورت پرداخت مستمری)

-مالک اختراع، طرح صنعتی می‌تواند علیه شخصی که عمل او عادتاً موجب ضرر به حقوق وی در آینده می‌شود طرح دعوی نماید.

👉 سؤال: آیا عدم النفع قابل مطالبه است یا خیر؟

تلف منفعت موجود با تقویت منفعت (عدم النفع) متفاوت است. تلف منفعت ناظر به تلف منافع موجود مانند میوه‌های یک باغ است و همیشه قابل مطالبه است؛ اما عدم النفع، ناظر به محرومیت از تحصیل منافع در آینده است که با شرایطی قابل مطالبه است.

-در تقویت منفعت (عدم النفع) با دو حالت مواجهیم؛

اگر نفعی که از ما سلب شده است یک امر صرفاً احتمالی باشد یا به عبارت دیگر، یک نفع محتمل الحصول باشد نمی‌توان جبران آن را مطالبه کرد. اما اگر نفعی باشد که طبق جریان عادی امور علی‌القاعده برای ما حاصل می‌شده است یا اصطلاحاً نفعی مسلم الحصول باشد قابل مطالبه است. (تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م و تبصره ۲ ماده ۱۴ ق.آ.د.ک)

مثال: اگر شخصی به خودروی تاکسی خسارتی وارد کند و آن تاکسی به مدت یک ماه در تعمیرگاه معطل شود درآمد متعارف و متوسطی که خودرو در این یک ماه می‌توانست داشته باشد و به واسطه معطل ماندن خودرو در تعمیرگاه از آن سلب شده است، به عنوان نفعی مسلم الحصول قابل مطالبه است؛ اما نمی‌تواند ادعا کند که در این یک ماه ممکن بود توریستی خارجی درخواست خودرو کند و بر نتیجه سود قابل توجهی عایدش شود، زیرا این نفع، نفعی محتمل الحصول است.

رابطه سببیت: باید بین فعل زیان‌بار و ضرر وارده رابطه سببیت وجود داشته باشد. احراز این رابطه سببیت به عنوان یک امر قضائی و حکمی بر عهده دادگاه است و اثبات این رابطه برای دادگاه بر عهده زیان دیده است. مگر آنکه از قرائن موجود این رابطه سببیت روشن باشد.

تعدد اسباب: منظور از تعدد اسباب آن است که چندین سبب در وقوع زبانی تأثیرگذار باشند و مجموع تأثیر این اسباب متعدد به ورود زیان منتهی شود. تعدد اسباب ممکن است به دو حالت طولی یا عرضی باشد. که به شرح زیر است:

۱-تعدد اسباب طولی: در این شکل از تعدد اسباب متعدد زنجیره وار (سلسله وار)، یکی بعد از دیگری قرار گرفته‌اند و نهایتاً به ورود ضرر منتهی می‌شوند. برای مثال، صاحب یک دامداری از کشاورزی علوفه می‌خرد که علوفه مزبور به دلیل کم‌دقتی کشاورز آلوده به علف‌های سمی بوده است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

علوفه مزبور در آزمایشگاه دامداری به دلیل بی‌دقتی مسئول آزمایشگاه مورد آزمایش‌های دقیق و لازم قرار نمی‌گیرد. سپس علوفه مسموم را به تعدادی از گاوها می‌دهند و آن گاوها مسموم می‌شوند. بر اثر کم‌دقتی کارگر دامداری گاوهای بیمار با دیگر گاوها تماس پیدا می‌کنند و این بیماری به سایر گاوها سرایت می‌کند و همه گاوها مریض می‌شوند. صاحب گاوداری با شرکت محصولات لبنیات قرارداد مربوط به فروش شیر بسته است. این تعهد به دلیل بیماری گاوها اجرا نمی‌شود و در نتیجه صاحب گاوداری نمی‌تواند شیر مورد نیاز را به شرکت لبنیات برساند. آن شرکت نمی‌تواند پنیر لازم را تولید و به فروش رساند و در نتیجه به آن‌ها خسارت وارد می‌شود. سؤالی که در اینجا مطرح است این است که آیا تمام این خسارات دور و نزدیک را باید از شخصی که علوفه سمی فروخته است مطالبه کرد؟

در صورت تعدد طولی اسباب در مورد اینکه مسئولیت را بر دوش کدام یک از اسباب متعدد قرار دهیم چند نظریه به شرح زیر وجود دارد:

۱- نظریه برابری اسباب:

مسئولیت باید به تساوی بین تمام اسباب دور و نزدیک تقسیم شود طبق این نظریه در مثال فوق، کشاورزی که علوفه سمی داده است و مسئول آزمایشگاه دامداری که علوفه‌ها را آزمایش نکرده است و کارگر دامداری که دام‌های بیمار را با بقیه دام‌ها مخلوط کرده است، همگی به همان اندازه مسئول‌اند.

۲- نظریه سبب نزدیک یا بی‌واسطه:

طبق این نظریه، آخرین سببی که به وقوع ضرر منجر شده است، مسئول جبران خسارت است. این سبب همان سببی است که بین آن و ورود خسارت سبب با دیگری واسطه نشده است. طبق این نظریه در مثال فوق فقط کارگر دامداری که دام‌های بیمار را با بقیه دام‌ها مخلوط کرده است، مسئول تمام خسارات است.

۳- نظریه سبب مقدم در تأثیر:

طبق این نظریه، سببی مسئول است که زودتر به ورود اعمال خسارت‌بار منجر شده است. طبق این نظریه در مثال فوق کشاورزی که علوفه سمی داده است مسئول تمام خسارات است.

۴- سبب متعارف و اصلی:

طبق این نظریه سببی مسئول جبران خسارت است که خسارت عرفاً مستند به آن باشد. طبق این نظریه در مثال فوق خسارات بر عهده شخصی است که طبق نظر کارشناس سبب متعارف است.

*در حقوق ما بنا بر نص قانون نظریه سبب مقدم در تأثیر پذیرفته شده است *

۲- تعدد اسباب عرضی:

حالتی است که چند نفر دست‌به‌دست هم می‌دهند و باعث خسارت به یک نفر می‌شوند، مثال: چند نفر مشترکاً گودالی حفر می‌کنند و اموال شخصی را در درون آن مدفون می‌کنند.

شیوه مطالبه خسارت در تعدد عرضی طبق نظر دکتر کاتوزیان که البته خلاف نص قانون مجازات اسلامی فعلی است، مسئولین متعدد در برابر زیان دیده دارای مسئولیت تضامنی هستند به این نحو که زیان دیده می‌تواند حسب میل خود به هر یک از ایشان یا به همه ایشان رجوع و از آن‌ها تمام خسارت وارده را مطالبه کند. آنگاه مسئولین در رابطه فی‌مابین خود خسارت را بنابر یکی از نظریات فوق به‌صورت تساوی یا به نسبت درجه تأثیر یا به نسبت درجه تقصیر تقسیم می‌کنند.

اما بنابر مواد ۵۲۶ و ۵۳۳ ق.م.ا زیان دیده فقط می‌تواند به هر یک از مسئولین به‌صورت جداگانه رجوع کند و جبران همان قسمتی از زیان را که بر عهده اوست از او درخواست کند؛ یعنی زیان دیده باید خودش به هر یک از اشخاص زیان رسان به‌صورت جداگانه و نسبت به درجه تأثیر رجوع کند و نمی‌تواند کل خسارت را از یکی از ایشان مطالبه کند.

✍ انتقال حق مطالبه خسارت به وراث:

اگر شخص زیان دیده قبل از آنکه خسارت وارده به خود را دریافت کند فوت کند آیا وراث می‌توانند آن مبلغ را مطالبه کنند در این خصوص با حالات زیر مواجهیم؛

۱- حق مطالبه خسارات بدنی به وراث می‌رسد مگر آنکه خسارت دیده قبل از فوت، خسارات را ابراء کرده باشد؛ بنابراین اگر به بدن شخصی آسیب وارد شده باشد و او قبل از دریافت دیه یا آرش فوت کند، وراث او می‌توانند دیه یا آرش مزبور را از زیان رسان مطالبه کنند.

۲- حق مطالبه خسارات مالی به وراثت می‌رسد مگر آنکه خسارت دیده قبل از فوت خسارات را ابراء کرده باشد؛ بنابراین اگر به شخصی خسارت مالی وارد شود و او فوت کند، وراثت او می‌تواند این خسارت را از زیان رسان مطالبه کنند.

۳- خسارات معنوی طبق نظر اقوی لطمه به عواطف و احساسات به ارث نمی‌رسد و توسط وراثت قابل مطالبه نیست، اما لطمه به حیثیت و شخصیت به ارث می‌رسد و توسط وراثت، قابل مطالبه است.

ماده ۳۳۳ قانون مدنی: صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه مسئول خساراتی است که از خراب شدن آن وارد می‌شود، مشروط بر اینکه خرابی در نتیجه عیبی حاصل گردد که مالک مطلع بر آن بوده یا از عدم مواظبت او تولید شده است.

+ چنانکه از مفاد بالا معلوم می‌شود مالکیت دیوار یا عمارت یا کارخانه به تنهایی کافی برای مسئولیت خساراتی که به وسیله آن ملک به غیر وارد می‌شود نیست، بلکه باید مالک آگاه از خرابی باشد و در تعمیر آن اهمال ننماید.

ماده ۳۳۵ قانون مدنی: در صورت تصادم بین دو کشتی یا دو قطار راه‌آهن 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.

در قوانین ایران اصل بر «مسئولیت مبتنی بر تقصیر» است اما تقصیر مبنای منحصر مسئولیت نیست و مسئولیت بدون تقصیر نیز در برخی مواد پیش‌بینی شده است. اما در تعارض مسئولیت نوعی با مسئولیت مبتنی بر تقصیر مسئولیت ناشی از تقصیر، مقدم است.

• قانون خاص (قانون بیمه اجباری شخص ثالث)

- تکلیف دارنده وسیله نقلیه طبق قانون بیمه اجباری بیمه نمودن وسایل نقلیه در قبال خسارت بدنی به میزان حداقل دیه یک مرد مسلمان در ماه حرام و مالی (حداقل ۲/۵ درصد تعهدات بدنی) است که در اثر حوادث وسیله نقلیه مذکور به اشخاص ثالث وارد می‌شود؛ همچنین اخذ بیمه حوادث برای پوشش خسارت‌های بدنی وارد شده به راننده مسبب حادثه به میزان حداقل دیه یک مرد مسلمان در ماه غیر حرام می‌باشد؛ لیکن تحصیل بیمه مازاد بر این اختیاری است (مواد ۳ و ۸ ق. بیمه اجباری)

- مسئولیت دارنده وسیله نقلیه در تحصیل بیمه‌نامه مانع از مسئولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی‌باشد؛ به‌عنوان مثال ممکن است خسارت ناشی از نقص فنی خودرو بوده و مسئولیت آن بر عهده عرضه کننده خودرو باشد در هر حال خسارت وارده از محل بیمه‌نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می‌گردد (تبصره ۲ ماده ۱ قانون بیمه اجباری) بنابراین در عمل رجوع به اشخاص اخیرالذکر، زمانی موضوعیت پیدا می‌کند که بیمه خسارات وارده را پوشش ندهد.

- طبق تبصره ۱ ماده ۲ قانون بیمه اجباری «دارنده» از نظر این قانون اعم از مالک و یا متصرف وسیله نقلیه است و هر کدام که بیمه‌نامه موضوع این ماده را تحصیل کند تکلیف از دیگری ساقط می‌شود؛ به اعتقاد برخی اگر مالک سلطه معنوی بر خودرو دارد خود او دارنده محسوب می‌شود و اگر سلطه معنوی او به دیگری منتقل شده باشد مانند اینکه خودرو به واسطه عقد اجاره در تصرف مستأجر باشد، مالک دیگر دارنده محسوب نمی‌شود (صفایی (۴۹)، ص ۲۴۹)

- طبق بندت ماده ۱ قانون بیمه اجباری، منظور از شخص ثالث هر شخصی است که به سبب حوادث وسیله نقلیه موضوع این قانون دچار خسارت بدنی و یا مالی شود، به‌استثنای راننده مسبب حادثه؛ بنابراین اولاً از این مقرر چنین استنباط می‌شود که حتی بیمه‌گذار هم ثالث محسوب می‌شود؛ ثانیاً در صورتی که دو وسیله با هم تصادم کنند و تصادم منتسب به هر دو باشد، رانندگان دو وسیله نسبت به یکدیگر ثالث محسوب می‌شوند و می‌توانند بخشی از خسارات وارده به خود را از بیمه‌گر طرف مقابل مطالبه نمایند (ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی بیمه). ثالثاً چنانچه فردی که راننده وسیله نقلیه بوده در زمان وقوع حوادث موضوع این آیین‌نامه، خارج از وسیله نقلیه بوده و دچار صدمات بدنی شود در حکم شخص ثالث بوده و خسارت وارده حسب مورد از محل بیمه شخص ثالث یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود و در غیر این صورت خسارت از محل بیمه‌نامه حوادث راننده جبران خواهد شد.

- به‌موجب ماده ۳ قانون بیمه اجباری دارنده وسیله نقلیه مکلف است برای پوشش خسارت‌های بدنی وارد شده به راننده مسبب حادثه حداقل به میزان دیه یک مرد مسلمان در ماه غیر حرام، بیمه حوادث اخذ کند؛ بنابراین راننده مسبب حادثه نیز تحت پوشش بیمه قرار گرفته است؛ شایان ذکر است پوشش بیمه اخیر دارای چند ویژگی خاص

است. اول اینکه اگر راننده مسبب حادثه در ماه حرام فوت کند بیمه معادل دیه ماه غیر حرام را به ورثه وی پرداخت می‌کند.

دوم اینکه چون خسارت پرداختی از سوی بیمه‌گر عنوان دیه نداشته و به‌عنوان بیمه حوادث پرداخت می‌شود لذا اولاً جزو ترکه نبوده و از سوی طلبکاران راننده متوفی قابل توقیف نیست ثانیاً به‌صورت مساوی میان ذکور و اناث تقسیم می‌شود نه بر اساس قواعد ارث (نظریه مشورتی) حکم اخیر در هر موردی که بیمه مبلغی مازاد بر دیه به‌عنوان بیمه حوادث پرداخت می‌کند نیز اجرا می‌گردد.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

سوم اینکه اگر راننده مقصر حادثه فاقد گواهینامه باشد تکلیفی جهت پرداخت وجه به وراثت متوفی ندارد (رای وحدت رویه ۸۰۶ - ۱۳۹۹/۱۱/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور) بدیهی است فقدان تعهد بیمه در فرض اخیر صرفاً ناظر به بیمه راننده مسبب حادثه بوده و قابل تسری به بیمه شخص ثالث نیست.

-مطابق تبصره ۳ و ۴ ماده ۸ قانون بیمه اجباری خسارت مالی ناشی از حوادث رانندگی، صرفاً تا میزان خسارت متناظر وارده به گران‌ترین خودرو متعارف یعنی خودرویی که قیمت آن کمتر از ۵۰ درصد سقف تعهدات بدنی است از بیمه‌گر و یا مقصر حادثه قابل جبران خواهد بود؛ بنابراین حداکثر مسئولیت مالی زیان زننده و بیمه‌گر در قبال خودروی زیان دیده کمتر از نصف دیه کامل در ماه حرام است؛ به‌عنوان مثال اگر دیه کامل در ماه حرام، ۹۰۰ میلیون تومان باشد و خودروی زیان دیده به ارزش ۴۵۰ میلیون تومان به‌کلی تلف شود، بیمه‌گر به میزان تعهد مقرر در بیمه‌نامه (حداقل ۲/۵٪ تعهدات بدنی یعنی ۲۲/۵ میلیون تومان) مسئول است و زیان دیده می‌تواند مازاد آن را چنانچه تحت پوشش بیمه نبوده باشد از اموال زیان زننده جبران نماید و زیان زننده مکلف به جبران خسارت است چراکه خودرو زیان دیده متعارف محسوب می‌شود اما چنانچه در همین فرض، ارزش خودرو ۹۰۰ میلیون تومان باشد زیان زننده حداکثر تا ۴۵۰ میلیون تومان مسئول بوده و بیش از آن مسئولیتی ندارد و زیان مالک خودرو، جبران نشده باقی می‌ماند. همین حکم در فرض ورود خسارت جزئی هم صادق است؛ به‌عنوان مثال، اگر خودروی ۹۰۰ میلیون تومانی ۲۰٪ خسارت ببیند (۱۸۰ میلیون تومان) حداکثر تا ۱۰٪ آن تا (۹۰ میلیون تومان) قابل مطالبه از زیان زننده خواهد بود و مابقی جبران نشده باقی می‌ماند؛ مفهوم واژه «متناظر» در تبصره ۳ ماده ۸ قانون بیمه اجباری مؤید استنباط اخیر است.

-چنانچه راکب دوچرخه بر اثر تقصیر باعث صدمه بدنی شود باید دیه یا آرش بپردازد؛ اما به واسطه اینکه دوچرخه وسیله نقلیه موتوری محسوب نمی‌شود مشمول قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵ نیست.

- در تصادم دو خودرو چند فرض متصور است؛

الف-یکی عامد و دیگری غیر عامد باشد خواه مقصر باشد یا نباشد عامد مسئول است (م ۵۳۷ ق.م.ا) بنابراین اگر الف با خودرو خویش وارد خیابان ورود ممنوع شود و شخص ب عمداً خودرو خود را به وی بزند شخص ب مسئول است مشروط بر اینکه عمدی بودن عمل به اثبات شود.

ب-یکی مقصر و دیگری بی‌تقصیر باشد مقصر مسئول است (م ۳۳۵ ق.م.م ۵۳۷ ق.م.ا).

پ-تصادم به هر دو نسبت داده شود «خواه هر دو مقصر باشند و یا هیچ‌کدام مقصر نباشند» بر اساس قاعده اتلاف، ضمان بر هر دو تحمیل شده و راننده هر خودرو، مسئول «نصف» تمام خسارت طرف مقابل (اعم از مالی و بدنی) است (م ۵۲۸ ق.م.ا)

ت-تصادم به یکی از طرفین یا ثالث (اعم از حقیقی یا حقوقی) منتسب باشد آن شخص ضامن است (م ۵۰۵ ق.م.ا)

ث-تصادم به هیچ‌کدام از طرفین نسبت داده نشود ناشی از قوه قاهره هیچ‌یک از طرفین مسئول نیستند (م ۵۳۰ ق.م.ا)

- اگرچه قوه قاهره رافع مسئولیت راننده وسیله نقلیه است ولی زیان دیده می‌تواند جبران خسارت خود را از بیمه‌گر مطالبه نماید زیرا طبق بند ب ماده ۱ قانون بیمه اجباری (۱۳۹۵) مفهوم حادثه شامل سانحه بر اثر حوادث غیرمترقبه نیز می‌شود و همچنین طبق ماده ۱۷ همین قانون برخلاف قانون سال ۱۳۴۷ قوه قاهره از تعهدات بیمه‌گر استثناء نشده است؛ همچنین در فرضی که حادثه صد درصد ناشی از تقصیر عابر پیاده زیان دیده می‌باشد اگرچه راننده مسئولیتی ندارد اما از مسئولیت شرکت بیمه در جبران خسارت نمی‌کاهد و بیمه‌گر در حدود بیمه‌نامه مکلف به جبران خسارت عابر است.

- چنانچه خسارت ناشی از تصادم وسیله نقلیه ناشی از عواملی نظیر نقص راه، عیب ذاتی وسیله نقلیه و ... باشد، بیمه‌گر یا صندوق پس از پرداخت خسارت به زیان دیده می‌تواند به مسببان حادثه مربوطه به نسبت درجه تقصیر که درصد آن در حکم دادگاه مشخص می‌شود مراجعه کند.

-در موارد زیر بیمه‌گر مکلف است بدون هیچ شرط و اخذ تضمینی، خسارت زیان دیده را پرداخت کند لیکن پس از آن می‌تواند برای استرداد تمام یا قسمتی از وجوه پرداخت شده به مسبب حادثه مراجعه کند:

۱- عمد راننده در ایجاد حادثه

۲-رانندگی در حالت مستی یا استعمال مواد مخدر یا روان‌گردان مؤثر در وقوع حادثه

۳-در صورت فقدان گواهی‌نامه رانندگی متناسب با وسیله نقلیه

۴-در صورتی که راننده مسبب، وسیله نقلیه را سرقت کرده یا از مسروقه بودن آن آگاه باشد (م ۱۵ قانون بیمه اجباری؛ شایان ذکر است که موارد اخیر استثناء محسوب می‌شوند زیرا اصولاً بیمه‌گر حق مراجعه به راننده مسبب حادثه را برای بازپایست خسارت پرداختی ندارد).

-صرف نداشتن گواهینامه، موجب مسئول تلقی شدن راننده در تصادم نیست بلکه باید احراز شود که حادثه منتسب به وی است؛ اگرچه ممکن است فقدان گواهینامه قرینه عدم مهارت راننده تلقی شود (نظریه مشورتی) گفتنی است رانندگی پس از قبولی در امتحان رانندگی و پیش از صدور

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

گواهینامه و همچنین رانندگی با موتورسیکلت به استناد گواهینامه رانندگی خودرو و رانندگی در دوران توقیف گواهینامه به واسطه تخلف به منزله رانندگی بدون گواهینامه است.

-موارد مذکور در بند ۱۳ رافع مسئولیت بیمه گر در پرداخت خسارت وارده به ثالث نیست بیمه شخص ثالث ولی رافع مسئولیت بیمه گر در پرداخت خسارت وارده به راننده مسبب حادثه است بنابراین اگر راننده مسبب حادثه فاقد گواهینامه باشد و در حادثه فوت نماید. گفتنی است انقضای مدت اعتبار گواهینامه و عدم تمدید آن به منزله نداشتن گواهینامه نیست.

-در خصوص خسارات وارده بر سرنشینان داخل و خارج وسیله نقلیه مسبب حادثه، چند نکته قابل ذکر است اول اینکه تعهد ریالی بیمه گر در قبال زیان دیدگان «داخل» وسیله نقلیه مسبب حادثه برابر حاصل ضرب ظرفیت مجاز وسیله نقلیه در سقف تعهدات بیمه نامه است (م ۱۲) و در قبال زیان دیدگان «خارج» از وسیله نقلیه، ده برابر «سقف تعهدات بدنی بیمه نامه است» (تبصره م ۱۱۲ دوم اینکه تعداد جنین و اطفال زیر دو سال داخل وسیله نقلیه به ظرفیت مجاز خودرو، اضافه می شود) قسمت اخیرم (۱۲) سوم اینکه در صورت تجاوز تعداد آسیب دیدگان از سقف مقرر، خسارت میان زیان دیدگان تسهیم می شود؛ به عنوان مثال اگر ظرفیت مجاز خودرو، محدود به پنج نفر باشد و یک نفر مازاد بر تعهدات بیمه گر سرنشین وجود داشته باشد بیمه گر بابت خسارت وارده به هر سرنشین، پنج ششم پرداخت می کند تبصره م ۱۲؛ چهارم اینکه مابه التفاوت خسارت بدنی که مازاد بر تعهدات بیمه گر است از صندوق تأمین خسارات بدنی قابل مطالبه است؛ با این تفاوت که در خصوص آسیب دیدگان خارج از خودرو صندوق حق مراجعه به مسبب حادثه را ندارد بند ۲ تبصره ۱ ماده (۲۵) اما در صورتی که پرداخت خسارت به سبب خارج از ظرفیت بودن سرنشینان «داخل» وسیله نقلیه مسبب حادثه باشد صندوق می تواند پس از پرداخت خسارت به آسیب دیدگان به مسبب حادثه رجوع کند و وجوه پرداختی را باز یافت نماید بندت ماده (۲۵)

-بیمه گر یا صندوق تأمین خسارات بدنی حسب مورد مکلف اند خسارت بدنی تعلق گرفته به شخص ثالث را به «قیمت یوم الاداء» پرداخت نمایند؛ در صورتی که خسارت بدنی پرداختی از سوی بیمه گر، بیشتر از سقف تعهدات وی باشد می تواند بابت مابه التفاوت به صندوق مراجعه نماید مگر اینکه افزایش مبلغ قابل پرداخت بابت دیه منتسب به تأخیر بیمه گر باشد (ماده ۱۳).

-طبق ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری تعهدات بیمه گر بدون در نظر گرفتن جنسیت و دین اجرا می شود لذا در صورت فوت یک زن مسلمان و یا فوت یک غیرمسلمان ولو از اقلیت های شناخته شده در قانون اساسی نباشد، دیه کامل یک مرد مسلمان قابل مطالبه است که در این خصوص بیمه اجباری را به بیمه حوادث» تبدیل می کند تا بیمه مسئولیت زیرا در این موارد تعهد شرکت بیمه فرع بر مسئولیت بیمه گذار نیست؛ به عبارت دیگر تعهد اخیر تنها ناظر به شرکت بیمه و صندوق تأمین خسارات های بدنی بوده و تعهد مسبب حادثه به پرداخت دیه محدود به دیه مقرر در قانون مجازات اسلامی است؛ بنابراین اگر شرکت بیمه یا صندوق دیه کامل یک مرد مسلمان را به ورثه زن جان باخته حادثه پرداخت کند و سپس شرکت بیمه بخواهد طبق ماده ۱۵ قانون بیمه اجباری مستی راننده، فقدان گواهینامه و ... با صندوق وفق تکلیف مقرر در ماده ۲۵ به مسبب حادثه مراجعه کند وی فقط بابت نصف دیه مسئول است زیرا طبق قانون مجازات اسلامی دیه زن نصف دیه مرد می باشد.

-در صورتی که در یک حادثه مسئول آن به پرداخت بیش از یک دیه به هر یک از زیان دیدگان محکوم شود، بیمه گر موظف به پرداخت تمامی دیه های متعلقه خواهد بود (تبصره ماده ۹ قانون بیمه اجباری).

- نظر به اینکه پس از وقوع تصادف عرفاً خودروی با سابقه تصادف، ارزش کمتری پیدا می کند خسارت افت قیمت خودرو در اثر تصادف نیز قابل مطالبه است؛ اطلاق عبارت «خسارت مالی» در تبصره ۳ ماده ۸ قانون بیمه اجباری و همچنین مفهوم مخالف ماده ۱۷ همین قانون که جبران چنین خساراتی را از تعهدات بیمه گر مستثنی نکرده است موید امکان مراجعه به بیمه گر است (ماده ۲ قانون رسیدگی فوری به خسارات ناشیه از تصادفات رانندگی به وسیله نقلیه موتوری ۱۳/۹/۱۳۴۵ نظریه مشورتی (۶) ۹۹۳۴/۷ - ۸/۱۱/۱۳۸۱: ۳۹۲/۹۸/۷ - ۶/۵/۱۳۹۸)

-به منظور حمایت از زیان دیدگان حوادث رانندگی خسارت های بدنی وارد به اشخاص ثالث که به علت فقدان یا انقضای بیمه نامه بطلان قرارداد بیمه فرار کردن و یا شناخته نشدن مسئول حادثه و یا ورشکستگی بیمه گر قابل پرداخت نباشد یا به طور کلی خسارت های بدنی خارج از شرایط بیمه نامه به استثناء موارد مصرح در ماده (۱۷) توسط صندوق مستقلی به نام صندوق تأمین خسارت های بدنی پرداخت خواهد شد (م ۲۱ قانون بیمه اجباری)؛ صندوق هم می تواند پس از پرداخت اصولاً به مسبب حادثه رجوع کند (م ۲۵) مگر اینکه پرداخت بابت افزایش مبلغ ریالی دیه تا روز پرداخت بوده و یا ناشی از تعلیق یا لغو پروانه یا توقف و ورشکستگی بیمه گر بوده و یا بابت خسارت پرداختی به زیان دیدگان خارج از خودرو که مازاد سقف تعهدات بیمه گر بوده که در موارد اخیر صندوق، حق مراجعه به مسبب حادثه را ندارد.

• استیفاء

استیفاء در لغت به معنی تمام فرا گرفتن، تمام گرفتن حق یا مال خود از کسی گرفتن و در اصطلاح حقوقی و به‌ویژه در مباحث مربوط به منابع تعهد و ضمان قهری به معنی بهره‌مند شدن و انتفاع شخصی بدون انعقاد قرارداد و یا عقد از عمل دیگری (ماده ۳۳۶ قانون مدنی) و یا از مال دیگری با اذن صاحب آن (ماده ۳۳۷ قانون مدنی) می‌باشد و یا از اداره مال دیگری (ماده ۳۰۶ قانون مدنی)

و مربوط به جایی است که شخص با هزینه یا کار دیگری، بر دارایی خود می‌افزاید. استفاده از کار یا مال دیگری گاهی در قالب عقد اجاره است و گاهی خارج از آن که استیفاء نامیده می‌شود. -قانون مدنی ایران در ماده ۳۳۶ استیفاء از عمل غیر را این‌گونه بیان کرده است: «هرگاه کسی برحسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته است.»

مانند اینکه شخصی کارگری را که در خیابان آماده‌به‌کار بوده است را با اتومبیل خود سوار کند و به منزل خود ببرد و دستور اجرای عملی را به او بدهد، بدون اینکه با او قراردادی ببندد.

(باید اجرت از قبل تعیین نشده باشد اگر اجرت تعیین شده باشد قرارداد اجاره اشخاص منعقد شده است)

تبصره ماده مزبور - چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت‌المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید.

-ماده ۳۳۷ قانون مدنی شرایط تحقق از مال غیر را معین نموده و چنین بیان می‌دارد: «هرگاه کسی برحسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاءی منفعت کند، صاحب مال مستحق اجرت‌المثل خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است.» شرایط تحقق:

۱- استیفاء منفعت از مال دیگری.

۲- استیفاء برحسب اجازه صریح یا ضمنی باشد.

۳- اجرت از قبل تعیین نشده باشد.

* اگر معلوم شود مالک قصد تبرع داشته و اذن در انتفاع مجانی بوده صاحب مال مستحق اجرت‌المثل نخواهد بود*

• چهره‌های خاص مسئولیت مدنی (ق.م.م)

- مسئولیت ناشی از اعمال کارگران:

اگر کارگری در حین انجام وظایف کاری یا به مناسبت وظایف کاری به دیگران خسارتی وارد آورد اشخاص زیان دیده می‌توانند برای مطالبه خسارت به نحو زیر اقدام نمایند: (ماده ۱۲ ق.م.م، مصوب ۱۳۳۹)

۱- رجوع به کارگر شخص زیان دیده می‌تواند بر مبنای قواعد عام مسئولیت مدنی به کارگر مراجعه نماید که در این صورت باید اثبات نماید که کارگر مرتکب یکی از عناوین ضمان قهری، یعنی اتلاف یا تسبیب شده است.

۲- رجوع به کارفرما شخص زیان دیده می‌تواند بدون نیاز به اثبات تقصیر کارگر یا کارفرما به کارفرما مراجعه کرده و از کارفرما مطالبه خسارت نماید کارفرما مسئول جبران خسارت است مگر آنکه ثابت کند که تمام احتیاطات لازم را انجام داده است یا اگر احتیاطات لازم را نیز انجام می‌داد، باز هم خسارت به بار می‌آمد. به عبارت دیگر کارفرما مسئول جبران خسارت وارده از اقدامات کارگر هست مگر آنکه ثابت کند که تقصیری متوجه او نیست یعنی بی‌تقصیری خود را اثبات کند.

- قواعد مطالبه خسارت در فرض خسارت ناشی از اعمال کارگران

۱- کارگر و کارفرما مسئولیت عرضی و هم‌زمان دارند؛ یعنی زیان دیده می‌تواند به هر دو رجوع کند و مطالبه خسارت نماید؛ با این تفاوت که رجوع به کارگر نیازمند اثبات تقصیر اوست، اما رجوع به کارفرما نیازمند اثبات تقصیر شخصی نه کارگر و نه کارفرما نیست.

۲- کارگر به شرط اثبات تقصیرش مسئول است. اما کارفرما در صورت اثبات بی‌تقصیری‌اش از مسئولیت معاف می‌شود.

۳- کارفرما بعد از جبران خسارت می‌تواند برای بازپس گرفتن آنچه مجبور شده به زیان دیده بپردازد به کارگر رجوع کند، اما باید تقصیر کارگر را اثبات کند.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

۴- کارفرمایان مکلفاند تمام کارگران و کارکنان اداری خود را در مقابل خسارات وارد از ناحیه آنان به اشخاص ثالث بیمه نمایند. (ماده ۱۳ ق.م.)

۵- اگر چند نفر مجتمعاً به دیگران خسارتی وارد کنند مسئولیت ایشان در برابر زیان دیده به نحو تضامنی است. در این مورد میزان مسئولیت هر یک از آنان با توجه به نحوه مداخله هر یک از طرف دادگاه تعیین می‌شود. (ماده ۱۴ ق.م.م.) این مقرره استثنائی است بر آنچه که قبلاً در فرض تعدد مسئولین عرضی بیان شد که طبق ماده ۵۲۶ ق.م.ا هر یک از مسئولین به نسبت درجه تأثیر در برابر زیان دیده مسئول‌اند. اگر چند نفر به نحو عرضی به دیگری خسارتی وارد کنند، جبران خسارت به نسبت درجه تأثیر انجام می‌شود؛ اما اگر چند کارگر به‌طور عرضی به شخص دیگری خسارتی واردکننده، مسئولیت ایشان تضامنی است؛ یعنی شخص زیان دیده می‌تواند با اثبات تقصیر ایشان به نحو تضامنی به ایشان مراجعه کند و خسارت خود را مطالبه کند. البته در رابطه بین خود مسئولان میزان مسئولیت بر اساس میزان تأثیر عمل ایشان تعیین می‌شود.

■ مسئولیت ناشی از خسارات ناشی از اعمال دولت:

اگر به واسطه اعمال دولت یا کارمندان دولت خسارتی وارد شود جبران این خسارت به نحو زیر است: (ماده ۱۱ ق.م.م.)

۱- اگر خسارت ناشی از تصمیمات و مصوبات دولتی باشد:

* در اعمال حاکمیت؛ منظور از اعمال حاکمیت آن دسته از اعمال دولت و دستگاه‌های اجرائی است که به‌عنوان یک قدرت برتر انجام می‌دهد و آن اعمال اختصاص به دولت دارد و توسط سایر اشخاص قابل انجام نیست مانند اعلام جنگ و صلح، انعقاد معاهدات بین‌المللی، اخذ عوارض گمرکی و مالیات و... در خصوص خسارات ناشی از این اعمال، دولت مسئولیتی جهت جبران خسارت ندارد. برای مثال، اگر دولت تصمیم بگیرد و عوارض و مالیات را کم‌وزیاد کند و این افزایش عوارض و مالیات موجب ورشکستگی برخی از صادرکنندگان یا واردکنندگان شود، نمی‌تواند به دلیل این تصمیم حاکمیتی از دولت مطالبه خسارت داشته باشند.

* در اعمال تصدی؛ منظور از اعمال تصدی آن دسته از اعمال دولت و دستگاه‌های اجرائی است که نه به‌عنوان یک قدرت برتر بلکه به‌عنوان یک شخص حقوقی مانند سایر اشخاص حقوقی انجام می‌دهند و اختصاص به دولت ندارد و توسط سایر اشخاص نیز قابل انجام است. در خصوص خسارات ناشی از این اعمال دولت مسئول جبران خسارات است. برای مثال، اگر شهرداری در ساخت یک خیابان مصالح را به‌گونه‌ای در خیابان قرار دهد که خودروها با آن مصالح برخورد کنند و آسیب ببینند شهرداری ملزم به جبران خسارت است.

۲- اگر خسارت ناشی از اعمال کارمندان دولت باشد:

یعنی آنکه کارمندان دولت در انجام وظایف اداری مرتکب تخلف شوند و به دیگران خسارتی وارد کنند در این صورت خود کارمند مسئول جبران خسارت است و دولت در این خصوص مسئولیتی ندارد.

■ خسارات ناشی از قصور (اشتباه) و تقصیر قضات:

اگر بر اثر اشتباه یا تقصیر یک قاضی در رسیدگی قضائی یا در متفرعات آن مانند صدور نا به جای قرار بازداشت نقص تحقیقات نرسیدن به ادله طرفین و... به اشخاص خسارتی وارد شود آن خسارت به این نحو قابل جبران است:

۱- منظور از تقصیر تخلف سنگین و منظور از قصور اشتباه قابل‌اغماض است. (ماده ۳۰ قانون نظارت بر رفتار قضات)

۲- رسیدگی به دعوای مطالبه خسارات ناشی از قصور یا تقصیر، قاضی منوط به آن است که ابتدا قصور یا تقصیر قاضی در دادگاه عالی انتظامی قضات اثبات شود. (ماده ۳۰ قانون نظارت بر رفتار قضات)

۳- بعد از اثبات تقصیر یا قصور قاضی در دادگاه عالی انتظامی قضات در دادگاه عمومی برای محاسبه میزان خسارت و مطالبه خسارت علیه قاضی مزبور طرح دعوی می‌شود. این دعوی صرفاً در دادگاه عمومی تهران قابل طرح است.

۴- برای جبران خسارت با دو حالت مواجهیم:

• (اصل ۱۷۱ ق.)؛ اگر خسارت ناشی از تقصیر، قاضی یعنی تخلف سنگین او باشد، مانند صدور نا به جای قرار بازداشت متهم برای جرمی که اصلاً از مصادیق بازداشت موقت نیست و متهم نیز حاضر است و وثیقه مناسب بسپارد یا اخذ رشوه یا تبانی و... در این حالت جبران خسارت زیان دیده بر عهده قاضی است.

• اگر خسارت ناشی از قصور، قاضی یعنی اشتباه قابل‌اغماض او باشد. مانند آنکه قاضی در اثر بی‌دقتی امر قضائی را به کارشناس ارجاع دهد قاضی به دلیل تراکم کار و بدون آنکه سوءنیتی داشته باشد، تفسیر ناصحیحی از قانون ارائه دهد خسارت زیان دیده توسط دولت جبران می‌شود. البته چه در تقصیر و چه در قصور ابتدا باید تخلف قاضی در دادگاه عالی انتظامی قضات رسیدگی و اثبات شود.

۵- در موارد زیر اگر خسارت ناشی از تقصیر قاضی باشد خسارت زیان دیده توسط دولت و از محل صندوق خاصی جبران می‌شود اما دولت بعد از جبران خسارت می‌تواند به قاضی مقصر مراجعه کند:

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

• اگر متصرف منزل و مکان و یا اشیای مورد بازرسی از باز کردن محل‌ها و اشیای بسته امتناع کند. بازپرس می‌تواند دستور بازگشایی آن‌ها را بدهد اگر در اجرای این دستور خسارت مادی وارد شود و به‌موجب تصمیم قطعی قرار منع یا موقوفی تعقیب و یا حکم برائت صادر شود. همچنین مواردی که امتناع کننده شخص مجرم نباشد حتی اگر موضوع به صدور قرار مجرمیت یا محکومیت متهم منجر شود دولت مسئول جبران خسارت است مگر آنکه تقصیر بازپرس یا سایر مأموران محرز شود که در این صورت دولت جبران خسارت می‌کند و به بازپرس و یا مأموران مقصر مراجعه می‌نماید (ماده ۱۴۵ ق.آ.د.ک)

• اشخاصی که در جریان تحقیقات مقدماتی و دادرسی به هر علت بازداشت می‌شوند و از سوی مراجع قضائی، حکم برائت یا قرار منع تعقیب در مورد آنان صادر شود می‌توانند خسارت ایام بازداشت را از دولت مطالبه کنند اگر بازداشت بر اثر اعلام مغرضانه جرم شهادت کذب و یا تقصیر مقامات قضائی باشد دولت بعد از آنکه از محل صندوق خاصی که برای این منظور در وزارت دادگستری تشکیل شده جبران خسارت می‌کند می‌تواند به مسئول اصلی (حسب مورد اعلام کننده جرم شاهد دروغین یا قاضی مقصر مراجعه کند مواد ۲۵۵ و ۲۵۹ ق.آ.د.ک)

▪ خسارت ناشی از اعمال صغیر و مجنون اگر به واسطه اعمال صغیر یا مجنون خسارتی به بار آید به نحو زیر عمل می‌شود:

۱- اگر خسارت ناشی از تقصیر ولی یا سرپرست در نگهداری یا مواظبت از صغیر یا مجنون باشد. خسارت بر عهده ولی با سرپرست است اما اگر ولی با سرپرست تمکن مالی کافی برای جبران تمام خسارت را نداشته باشند بقیه خسارت و اموال خود صغیر یا مجنون استیفا می‌شود. (ماده ۷ ق.م.م) در این خصوص باید توجه داشت که:

👉 منظور از سرپرست ممکن است هر شخصی باشد که قانوناً یا بر حسب قرارداد، نگهداری از صغیر و مجنون با ایشان است مانند پدر، مادر، پرستار تیمارستان، مربی مهدکودک و

👉 بنابر نص قانون، جبران خسارت در این خصوص باید به‌گونه‌ای انجام شود، که موجب ایجاد عسر و حرج و تنگدستی شخصی که عهده‌دار جبران خسارت است نشود.

۲- اگر خسارت ناشی از تقصیر ولی یا سرپرست در نگهداری یا مواظبت از صغیر یا مجنون نباشد: خسارت بر عهده ولی یا سرپرست نیست و بر عهده خود صغیر یا مجنون است؛ یعنی از اموال ایشان استیفا می‌شود. (ماده ۱۲۱۶ ق.م)

▪ خسارت ناشی از اعمال سفیه:

اگر به واسطه اقدام سفیه خسارتی به بار آید: (ماده ۱۲۱۶ ق.م)

۱- خسارت ناشی از اعمال سفیه بر عهده خود اوست.

۲- برخلاف صغیر و مجنون قانون از تقصیر ولی یا سرپرست در نگهداری یا مواظبت سفیه سخن نگفته است.

▪ خسارات ناشی از نگهداری حیوانات:

در این خصوص باید توجه داشت که؛

۱- متصرف هر حیوانی که از احتمال حمله آن آگاه است باید آن را حفظ نماید و اگر در اثر تقصیر او حیوان مزبور به دیگری صدمه وارد سازد ضامن است؛ ولی اگر از احتمال حمله حیوان آگاه نبوده و عدم آگاهی ناشی از تقصیر او نباشد ضامن نیست. (ماده ۵۲۲ ق.ا.م)

۲- نگهداری هر حیوان خطرناک یا هر شیء خطرناکی که مالک توانایی نگهداری آن را ندارد، مانند شیر، ببر یا مارسمی، نوعی تقصیر محسوب می‌شود و در نتیجه شخص مسئول جبران تمام خساراتی است که آن حیوان به دیگران وارد می‌کند.

۳- هرگاه شخصی با اذن کسی که حق اذن دارد در منزل یا محلی که در تصرف اوست، وارد شود و از ناحیه حیوان یا شیئی که در آن مکان است خسارت ببیند اذن دهنده ضامن است؛ خواه آن شیء یا حیوان قبل از اذن در آن محل بوده یا بعداً در آن قرار گرفته باشد و خواه اذن دهنده نسبت به آسیب‌رسانی آن حیوان علم داشته باشد و خواه نداشته باشد. (ماده ۵۲۳ ق.ا.م)

▪ خسارات ناشی از اقدامات پزشکی:

اگر پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد با حالات زیر مواجهیم (مواد ۴۹۵ تا ۴۹۷ ق.م.ا)؛

۱- اگر پزشک اخذ برائت نکرده باشد ضامن دیه است مگر آنکه بی‌تقصیری خود را ثابت کند، یعنی ثابت کند که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی بوده است.

۲- اگر پزشک اخذ برائت کرده باشد مسئول نیست مگر آنکه زیان دیده تقصیر او را اثبات کند.

۳- اخذ برائت مسئولیت پزشک را به کلی منتفی نمی‌کند بلکه بار اثبات مسئولیت را جابه‌جا می‌کند. به عبارت دیگر در صورت اخذ برائت توسط پزشک اصل بر عدم مسئولیت او است، مگر آنکه تقصیر او اثبات شود.

۴- اخذ برائت به نحو زیر به عمل می‌آید:

✓ اخذ برائت باید از خود مریض انجام شود.

✓ اگر مریض صغیر یا مجنون باشد اخذ برائت از ولی پدر، جد پدری، وصی منصوب از جانب ایشان انجام می‌شود.

✓ اگر به دلایلی مانند بیهوشی اخذ برائت از مریض ممکن نباشد، اخذ برائت از ولی او انجام می‌شود. به نظر می‌رسد که حتی نسبت به اشخاص کبیر و رشید نیز در فرض بیهوشی اخذ برائت از پدر یا جد پدری کافی است.

✓ در موارد فقدان یا عدم دسترسی به ولی خاص برای اشخاص صغیر و مجنون و اشخاص بی‌هوش از ولی فقیه اخذ برائت می‌شود رئیس قوه قضائیه با استیذان از مقام معظم رهبری و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه نسبت به اعطای برائت به پزشکان اقدام می‌کند.

✓ در موارد ضروری و اورژانسی که اخذ برائت ممکن نیست و پزشک برای نجات مریض طبق مقررات اقدام به معالجه کند طبق قاعده احسان مسئولیتی ندارد. درواقع قانون‌گذار در این حالت شرط برائت را امضا نموده است.

۵- پزشک در معالجاتی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار یا مانند آن‌ها می‌دهد، در صورت تلف یا صدمه بدنی مسئول است اما با جمع تمام شرایط زیر پزشک نسبت به دستور اشتباه خود مسئول نیست و خسارت مستند به خود مریض یا پرستار است:

✓ آن مریض یا پرستار بداند که دستور اشتباه است.

✓ آن مریض یا پرستار بداند که دستور موجب صدمه و تلف می‌شود.

✓ با این وجود آن مریض یا پرستار به دستور پزشک عمل کند.

فصل هشتم - خواستگاری

ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی: هر زنی را که خالی از موانع نکاح باشد می‌توان خواستگاری نمود. در حقوق ایران خواستگاری، مقدمه ازدواج محسوب گردیده؛ و به همین دلیل به صورت رسمی، ثبت نمی‌گردد.

- شرایط و موانع خواستگاری، در نکاح دائم و موقت، یکسان است.

-خواستگاری از زنی که شوهر دارد یا در عده طلاق رجعی می‌باشد ممنوع است چه به صورت صریح باشد چه ضمنی.

-طبق نظر مشهور فقها خواستگاری از زنی که در عده طلاق بائن یا وفات به سر می‌برد بر تعریض و کنایه مجازه بوده اما خواستگاری صریح ممنوع می‌باشد.

-نامزدی با زنی که برای ازدواج موانع قانونی دارد نامشروع و باطل است.

-خواستگاری از زنی که برای ازدواج مانع قانونی دارد ضمانت اجرای حقوقی ندارد اما در صورت ضرر و تقصیر از جانب خواستگار می‌توان از باب مسئولیت مدنی از او مطالبه خسارت نمود.

• نامزدی

ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی: وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند اگرچه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخته شده باشد؛ بنابراین هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید. (وعده نکاح قائم به شخص است و با فوت هر طرف زائل می‌شود).

-نامزدی یک قرار داد جایز است که منعقد می‌شود و در آن دو طرف به یکدیگر تعهد به نکاح می‌دهند.

-نامزدی یک قرارداد جایز غیر اذنی می‌باشد و هر یک از طرفین در هر حال می‌توانند آن را فسخ کنند.

-تعهد به ازدواج الزام‌آور نیست.

-تعیین وجه التزام از بابت صرف بهم زدن نامزدی صحیح نیست زیرا نوعی اجبار غیرمستقیم محسوب می‌شود.

ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی: هر یک از نامزدها می‌تواند در صورت به هم خوردن وصلت منظور، هدایایی را که به طرف دیگر یا ابوبین او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می‌شود مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد.

-هدایای نامزدی نوعی هبه می‌باشد ولی با توجه به ماده مزبور دارای قواعدی مخصوصی است که آن را از هبه متمایز می‌کند.

-هدایای نامزدی نوعی هبه با شرط فاسخ می‌باشند یعنی در صورتی که نامزدی واقع نشود و بهم بخورد هبه نیز منفسخ می‌شود اما برای استرداد هدایا باید قائل به تفکیک شد:

الف-هدایایی که عین آن‌ها موجود است؛ در این فرض هدیه دهنده می‌تواند در صورت بر

هم خوردن نامزدی آن‌ها را که اعم از مصرف شدنی یا مصرف نشدنی هستند مسترد

کند.

ب-هدایایی که تلف شده است؛

۱-هدایای مصرف شدنی مانند عطر، به طور قطع بخشیده می‌شوند و در صورت موجود نبودن هدیه دهنده حق مطالبه قیمت را نخواهد داشت.

۲-اگر هدیه تلف شده مصرف نشدنی باشد می‌توان قیمت آن را مطالبه کرد.

{اثبات تقصیر در خصوص تلف هدایای دوران نامزدی که عادتاً نگه داشته می‌شوند با هدیه دهنده است چرا اصل بر عدم تقصیر است.}

-اگر برهم خوردن نامزدی به علت فوت یکی از طرفین باشد؛ اگر عین هدایا موجود باشد اعم از مصرف شدنی یا نشدنی می‌تواند آن‌ها را مسترد کند اما اگر عین هدایا تلف شده باشد لازم به پرداخت قیمت نیست.

-امکان استرداد هدایای اعطایی پیش از دوران نامزدی و یا هدایایی که به دیگر خویشان یا نزدیکان نامزدها و یا هدایای اعطایی از سوی ابوبین به نامزدها تابع قواعد عمومی هبه می‌باشد.

-عکس و نامه‌هایی که طرفین در دوران نامزدی به یکدیگر اعطا کرده‌اند در صورت بقاء قابل استرداد می‌باشد و در صورت تلف قابل مطالبه خسارت نیست مگر عرفاً دارای ارزش مالی باشد و اگر تلف ناشی از تقصیر هدیه گیرنده باشد خسارت قابل مطالبه است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

-شیربها هدیه‌ای است که پسر به مادر دختر می‌دهد بنابراین در صورت بر هم خوردن نامزدی مادر دختر باید شیربها را به پسر مسترد کند.

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی: عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی، به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.

+ این ازدواج منوط به رعایت مصلحت پسر یا دختر است و تشخیص مصلحت با دادگاه صلاحیت‌دار است. بنابراین صرف ادعای ولی به رعایت مصلحت کافی نیست و این امر نیاز به تصمیم قضایی دارد و ثبت ازدواج موکول به ارائه رأی دادگاه در این خصوص است.

+ چنانچه مردی بدون رعایت شرایط مقرر در ماده مزبور با دختری که به سن بلوغ نرسیده است ازدواج کند به حبس تعزیری درجه ۶ محکوم می‌گردد.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی: نکاح دختر باکره، اگرچه 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 می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد 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.

+ نکاح دختر بالغ باکره موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است. بنابراین اگر دختر باکره یکبار شوهر کرده و قبل از نزدیکی از او جدا شده باشد، برای ازدواج دوم نیاز به اذن ولی دارد.

اگر در اثر ورزش و پرش یا عمل جراحی و مانند آن‌ها بکارت دختر زایل شده باشد، وصف باکره از وی سلب نمی‌گردد و هرگاه زنی شوهر اختیار کرده باشد ولی به علت عدم مواقعه، یا حتی با مواقعه، بکارت وی زایل نشده باشد، در این موارد نیز دختر باکره به شمار می‌آید.

+ ازاله بکارت بر اثر **مواقعه** اعم از مشروع یا نامشروع، ولایت پدر و جد پدری را ساقط می‌کند.
(جماع کردن، آمیزش)

+ اگر دختر باکره‌ای بدون اذن ولی ازدواج نماید و بکارت خود را از دست دهد سپس با مرد دیگری ازدواج نماید ازدواج اول او نامعتبر اما دومی صحیح است.

+ اذن پدر و جد پدری پیش از وقوع نکاح قابل رجوع است.

+ اذن باید خاص باشد.

+ اذن ولی قائم به شخص است و قابل‌واگذاری نمی‌باشد.

+ اگر دختر باکره‌ای بدون اذن ولی ازدواج نماید عقد غیر نافذ است اما با تنفیذ پدر یا جد پدری نافذ خواهد شد و دیگر قابل رجوع نخواهد بود.

+ مرجع تشخیص موجه یا ناموجه بودن دلایل مخالفت پدر یا جد پدری برای نکاح دادگاه می‌باشد.

✓ در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آن‌ها نیز عادتاً غیرممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی می‌تواند اقدام به ازدواج نماید. [اصلاحی ۱۴/۸/۱۳۷۰]

تبصره - ثبت این ازدواج در دفترخانه منوط به احراز موارد فوق در دادگاه مدنی خاص می‌باشد.

-در صورت فقدان پدر یا جد پدری ازدواج دختر باکره نیاز به اخذ اجازه از شخص یا نهادی ندارد.

☞ **موانع نکاح**

نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است، اگرچه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد:

۱- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات، هرقدر که بالا برود.

۲- نکاح با اولاد، هرقدر که پایین برود.

۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آن‌ها تا هرقدر که پایین برود.

۴- نکاح با عمت و خالات خود و عمت و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات.

-نزدیکی به شبهه: رابطه‌ای نامشروع که به پندار زن یا مرد یا هر دوی آن‌ها مشروع است؛ یعنی زن و مرد به سبب جهل به قانون یا اشتباه در هویت طرف خود، رابطه نامشروعی دارند که به اعتقاد خودشان مشروع است.

+موانع نکاح اموری است که عدم آن‌ها در نکاح شرط است و وجود آن‌ها مانع صحت ازدواج می‌باشد. موانع نکاح را شرایط منفی نیز می‌توان نامید.

این مواع در حقوق ایران عبارت‌اند از:

۱- شوهر داشتن (مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی)

۲- داشتن چهار زن دائم

۳- عده زن (ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی)

۴- قرابت در حدود معین (ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی)

۵- مطلقه بودن به سه طلاق و نه طلاق (ماده ۱۰۵۷ قانون مدنی)

۶- کفر (ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی)

۷- لعان (ماده ۱۰۵۲ قانون مدنی)

۸- احرام (ماده ۱۰۵۳ قانون مدنی)

▪ قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح، در حکم قرابت نسبی است مشروط بر اینکه:

اولاً) شیر زن از حمل مشروع حاصل شده باشد.

ثانیاً) شیر مستقیماً از پستان مکیده شده باشد.

ثالثاً) طفل لااقل یک شبانه‌روز و یا ۱۵ دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد، بدون اینکه غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد.

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

خامساً) مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد.

بنابراین، اگر طفل در شبانه‌روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر بخورد، موجب حرمت نمی‌شود، اگرچه شوهر آن دو زن یکی باشد.

و همچنین، اگر یک زن، یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد که هر یک را از شیر متعلق به شوهر دیگر شیر داده باشد، آن پسر و یا آن دختر

برادر و خواهر رضاعی نبوده و ازدواج بین آن‌ها از این حیث ممنوع نمی‌باشد.

+محارم رضاعی:

الف- در مقام اعمال قاعده مندرج در ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی بر طبقات محارم نسبی، محارم رضاعی را بدین شرح می‌توان معین کرد:

- پدر و مادر و اجداد و جدات رضاعی، هر قدر که بالا برود.

- اولاد رضاعی هر قدر که پایین برود.

- برادر و خواهر رضاعی و اولاد آن‌ها، هر قدر که پایین برود.

- عمات و اعمام و احوال و خالات رضاعی خود و پدر و مادر و اجداد و جدات.

ب- تمام کسانی که به سبب خویشی نسبی با یکی از زنان یا شوهر، بر همسر او حرام هستند، به دلیل قرابت رضاعی نیز بر او حرام خواهند بود.

بنابراین، همان‌گونه که شخص با مادر زن خود نمی‌تواند نکاح کند، بر مادر رضاعی او نیز حرام است، و همچنین که شخص با عروس خود حق ازدواج

ندارد، زن سابق پسر رضاعی خود را نیز نمی‌تواند بگیرد. به همین ترتیب، مرد حق ندارد با دختر رضاعی زن یا همسر پدر رضاعی خود نکاح کند.

ج- قرابت رضاعی تنها بین زن و طفل به وجود نمی‌آید. اگر دو کودک، با رعایت شرایط ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی، از شیر یک زن بخورند، با هم خواهر

و برادر رضاعی می‌شوند و نمی‌توانند با هم ازدواج کنند.

د- همان‌گونه که شیر خوردن پیش از نکاح مانع از صحت آن می‌شود، بعد از وقوع نکاح نیز در آن مؤثر است و نکاح سابق را باطل می‌کند.

● نکاح بین اشخاص ذیل به واسطه مُصَاهَرِه ممنوع دایمی است:

۱- بین مرد و مادر و جدات زن او، از هر درجه که باشد، اعم از نسبی و رضاعی.

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

۳- بین مرد با انثا از اولاد زن، از هر درجه که باشد، ولو رضاعی، مشروط بر اینکه بین زن و شوهر زناشویی واقع شده باشد.

-چنانکه کسی زنی را بگیرد، نمی‌تواند مادام که در زوجیت او باقی است با خواهرش ازدواج نماید و هرگاه ازدواج کند آن ازدواج باطل است، زیرا عقد اول صحیحاً واقع شده است و چون جمع بین دو خواهر ممنوع می‌باشد عقد دوم منعقد نمی‌گردد. در این امر فرقی نمی‌نماید که هر دو عقد دائم باشند یا منقطع یا یکی دائم باشد و دیگری منقطع.

-هیچ کس نمی‌تواند دختر برادر زن و یا دختر خواهر زن خود را بگیرد، مگر با اجازه زن خود.

پس، نکاح در این مورد (دختر برادر زن و یا دختر خواهر زن) باطل نیست، ولی نفوذ آن منوط به رضای زوجه سابق است: بدین معنی که اگر او عقد را تنفیذ کند، از ابتدا اثر حقوقی دارد و اگر آن را رد کند باطل می‌شود.

-هرکس زن شوهردار را با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح و یا زنی را که در عده طلاق و یا در عده وفات است با علم به عده و حرمت نکاح برای خود عقد کند، عقد باطل و آن زن مطلقاً بر آن شخص حرام مؤبد می‌شود.

-تفریقی که با لعان حاصل می‌شود موجب حرمت ابدی است.

-عقد در حال احرام باطل است و با علم به حرمت موجب حرمت ابدی است.

-زنا با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعیه است موجب حرمت ابدی است.

-زنی که سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده بر آن مرد حرام می‌شود، مگر اینکه به عقد دائم به زوجیت مردی دیگری درآمده و پس از وقوع نزدیکی با او به واسطه طلاق یا فسخ یا فوت فراق حاصل شده باشد.

+منظور از کلمه متوالی آن است که بین سه دوران زوجیت که زن طلاق داده شده به مرد دیگری شوهر نکرده باشد و الا هرگاه زن مطلقه شوهر دیگری در بین سه طلاق بنماید، اگرچه نزدیکی هم واقع نشده باشد پس از آنکه نکاح مزبور منحل گردد، آن زن بر شوهر سابق خود حرام نمی‌شود و می‌تواند با او ازدواج نماید.

همچنین هرگاه شوهر در بین سه طلاق، او را به نکاح منقطع درآورد، آن زن بر شوهر طلاق دهنده حرام نمی‌شود.

-زن هر شخصی که به نه (۹) طلاق که شش‌تای آن عدی است مطلقه شده باشد بر آن شخص حرام مؤبد می‌شود.

-نکاح مسلم با غیرمسلم جایز نیست.

-ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجه، در مواردی هم که مانع قانونی ندارد، موکول به اجازه مخصوص از طرف دولت است.

✍ شرایط صحت نکاح

-نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید.

-در نکاح، شخصیت طرفین، علت عمده عقد است و اشتباه در شخصیت هر یک از زوجین، از مصادیق فقدان قصد و رضا می‌باشد.

-نکاح معاطاتی، صحیح نیست.

-قواعد نکاح اصولاً امری است مگر در موارد خاص مانند حق سکنی.

-لزومی ندارد که صیغه نکاح عربی و ماضی باشد هر لفظی که دلالت بر اراده نکاح کند معتبر می‌باشد.

-عدم ثبت ازدواج دائم، طلاق، فسخ نکاح، رجوع، انفساخ نکاح، اعلام بطلان نکاح و طلاق، موجب جزای نقدی یا حبس تعزیری درجه ۷ برای مرد است.

ثبت نکردن نکاح یا بذل مدت در ازدواج موقت فاقد وصف مجرمانه است.

-نکاح در حال مستی، باطل است.

-نکاح مجنون باطل بوده، و با اجازه ولی، تنفیذ نمی‌گردد.

-توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است.

-تعلیق در عقد، موجب بطلان است؛ مشروط بر آنکه، تعلیق ناظر به ایجاد رابطه زوجیت باشد؛ نه شرایط صحت نکاح.

مثال: اگر زنی شرط نماید که، ایجاد آثار نکاح او با شوهرش، معلق به اخذ مدرک کارشناسی ارشد یا کسب پست سازمانی در اداره گردد؛ چنین عقدی باطل است.

-شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صدق جایز است مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و بازنشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

- ✓ خیار شرط، در وقف و نکاح پذیرفته نیست، شرط خیار در نکاح، باطل بوده؛ ولی سبب بطلان عقد نمی‌گردد.
- ✓ شرط خیار نسبت به مهر در نکاح منقطع باطل است و به منزله شرط خیار در نکاح می‌باشد.
- ✓ در صورت فسخ مهر زن مستحق مهرالمثل خواهد بود، بدون اینکه نیازی به وقوع نزدیکی باشد زیرا مهرالمثل بدل مهرالمسمی فسخ شده است.

✓ هر یک از مرد و زن می‌تواند برای عقد نکاح وکالت به غیر دهد.

وکالت در نکاح ممکن است به صورت مقید، عام، مطلق یا با اذن صریح باشد. اگر زن به کسی وکالت دهد تا او را، به نکاح شخص معینی درآورد؛ چنین وکالتی مقید خواهد بود، و چنانچه وکیل، تخلف نموده؛ و زن را به برای شخص دیگری تزویج نماید؛ چنین عقدی غیرنافذ خواهد بود.

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، درواقع وکیل نمی‌تواند عملی را، که از حدود وکالت او خارج است؛ انجام دهد؛ و در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت، انجام داده شده است؛ موکل هیچ‌گونه تعهدی نخواهد داشت؛ مگر اینکه اعمال فصولی وکیل را، صراحتهاً یا ضمناً اجازه کند.

❖ نکاح منقطع

ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی: نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد.

«در صورت شک زوجین در دائمی یا منقطع بودن ازدواج، اصل بر دائمی بودن آن است.»

- چنانچه در متعه، مدت ذکر نگردیده؛ و منظور طرفین هم، نکاح دائم نباشد؛ چنین عقدی باطل است، درواقع چنانچه در متعه، مدت ذکر نگردیده؛ یا مدت نکاح منقطع، به طور کامل و دقیق، معین نباشد؛ و منظور طرفین هم، نکاح دائم نباشد؛ چنین عقدی باطل است، اما چنانچه نوع نکاح، مبهم باشد؛ عقد مزبور، حمل بر دائم می‌شود.

- عدم ذکر مهریه در متعه، موجب بطلان عقد می‌گردد و مهریه باید مالیت داشته باشد؛ اعم از اینکه عین، یا منفعت یا حق، یا عمل باشد؛ و معلوم بودن مهریه، به هر طریقی که رفع جهالت نماید؛ شرط است، مهریه، چه کم و چه زیاد باشد؛ با توافق طرفین تعیین می‌گردد.

در نکاح موقت، فوت شوهر پیش از مقاربت، سبب سقوط مهریه نمی‌گردد.

همچنین انقضای مدت پیش از مقاربت، موجب تنصیف مهریه نمی‌گردد.

- در نکاح منقطع اصولاً نفقه وجود ندارد و ارث بری زوجه در نکاح موقت مطلقاً وجود ندارد.

- عده زوجه منقطع حسب مورد، دو طهر یا ۴۵ روز است.

- ثبت نکردن ازدواج موقت برخلاف ازدواج دائم جرم نمی‌باشد مگر؛

باردار شدن زوجه

توافق طرفین

شرط ضمن عقد

❖ مهریه

مهریه از حقوق مالی زوجه است که بر اثر ازدواج مالک آن می‌شود و مرد ملزم به پرداخت آن به زوجه می‌شود و مواردی مانند نشوز، فساد اخلاقی، سوء معاشرت زن یا حتی ارتکاب زنا در استحقاق او نسبت به دریافت مهریه هیچ تأثیری ندارد.

✓ ویژگی های مهریه:

مالیت داشته باشد

قابل تملک باشد

معلوم باشد

- مهر ممکن است به صورت عین معین، کلی در معین، کلی فی الذمه یا حقوق مالی مانند حق انتفاع و اختراع، سرقفلی یا انجام یک کار معین باشد.

✓ مال موضوع مهریه باید در مالکیت خود زوج باشد چنانچه متعلق به اشخاص ثالث است رضایت ثالث برای قرار گرفتن مال به عنوان مهریه لازم است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به موسسه وکیل شو می‌باشد و هیچ شخصی حق چاپ و نشر تمام یا بخشی از این اثر را به هر نحوی بدون موافقت کتبی ناشر ندارد و باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد