

- ✓ برای میزان مهریه هیچ حداقل و حداکثری در قوانین بیان نشده است اما عرفاً مهریه باید مالی داشته باشد در مواردی که تلقی شود مهریه مالیت نداشته یا بسیار زیاد و نامتعارف است مهرالمثل جایگزین آن خواهد شد.
- ✓ با توجه به ماده ۳ قانون اجرای محکومیت‌های مالی درج مهریه بیش از ۱۱۰ سکه مجاز می‌باشد اما اگر بیش از میزان مذکور باشد زن می‌تواند بابت وصول ۱۱۰ سکه یا معادل قیمت آن درخواست توقیف اموال شوهر یا حبس او را بنماید و بابت مازاد بر آن حق حبس شوهر را ندارد.
- ✓ در مهریه‌هایی که وجه رایج کشور می‌باشند صرف نظر از زمان وقوع عقد به‌روزرسانی می‌شوند اما در مورد ارز خارجی چنین نیست.
- ✓ اگر مهریه عین معین باشد به‌محض انعقاد عقد زوجه مالک آن می‌شود.
- اما اگر کلی در معین یا فی الذمه باشد؛
- به‌محض انعقاد عقد زوجه می‌تواند آن را مطالبه نماید اما فعلاً مالک چیزی نمی‌باشد و بعد از تعیین مصداق فرد کلی توسط زوج، به مالکیت زوجه درخواهد آمد.
- ✓ چنانچه مهریه حال باشد فوراً باید تأدیه شود اما در بقیه موارد؛
- مؤجل: در این صورت مهر تا زمان اجل باید تأدیه شده باشد.
- عندالمطالبه باشد: هرگاه زوجه مطالبه کند باید تأدیه شود.
- عندالاستطاعه: در صورتی زوجه می‌تواند زوج را ملزم به تأدیه نماید که بتواند استطاعت و تمکن مالی زوج را بر پرداخت مهریه اثبات کند.
- * در مهریه عند الاستطاعه زن نمی‌تواند برای دریافت مهر از تمکین امتناع نماید و حق حبس ندارد و همچنین امکان جلب و زندانی زوج برای دریافت مهریه وجود ندارد*
- ✓ ضمان تلف و نقص مهریه قبل از تسلیم با زوج است حتی اگر بدون تقصیر، تلف، ناقص یا معیوب شده باشد.
- ✓ بعد از تسلیم مهر زوجه دیگر مسئولیتی نخواهد داشت مگر تلف، نقص یا عیب حادث شده ناشی از عیبی بوده باشد که قبل از قبض در مهریه موجود بوده است.
- ✓ در صورت معیوب بودن مهریه و جاهل بودن زوجه نسبت به آن؛
- زوجه می‌تواند بابت عیب، آرش بگیرد.
- می‌تواند قرارداد مهریه را فسخ که در نتیجه آن مهرالمثل جایگزین آن می‌شود.
- * اگر مال موضوع مهریه بعد از انعقاد عقد نکاح و تا قبل از زمان تسلیم به زوجه معیوب شده باشد دیگر زوجه در چنین فرضی حق فسخ نخواهد داشت و فقط می‌تواند آرش دریافت نماید*
- ✓ حق حبس یک حق یک‌طرفه و برای زوجه می‌باشد، زن تا قبل از دریافت تمام مهریه می‌تواند حق حبس خود را اعمال نماید و دریافت بخشی از مهریه مسقط حق حبس نخواهد بود.
- حق حبس در نکاح دائم و منقطع قابل اعمال است.
- زن در صورتی می‌تواند از حق حبس خود استفاده نماید که پیش از آن اقدام به تمکین نکرده باشد یعنی حتی اگر یک‌بار با رضایت تمکین نماید دیگر حق حبس نخواهد داشت.
- اعسار مرد مانع استفاده از حق حبس نمی‌باشد.
- استفاده زوجه از حق حبس، مانع دریافت نفقه نخواهد بود.
- باکره بودن یا نبودن زوجه در اعمال حق حبس مؤثر نخواهد بود.
- اگر زوجه با اکراه و اجبار تمکین خاص نماید حق حبس او زائل نمی‌شود.
- (اگر شوهر در اثر اکراه مهریه را پرداخت کند قابل استرداد نمی‌باشد)
- اگر در نکاح دائم مهر تعیین نشده باشد حق حبس نیز وجود ندارد چراکه حق حبس فرع بر وجود مهریه است.
- چنانچه زوجه برای مطالبه مهریه خود طرح دعوی نماید و از حق حبس خود نیز استفاده نماید اگر در حین دعوای مطروحه، با زوج گزارش اصلاحی تنظیم کنند و توافق نمایند که زوج همراه یک سکه پرداخت نماید در این حالت مهریه مؤجل شده و حق حبس زن ساقط می‌شود اما در حالتی که دادگاه مهریه را به دلیل اعسار زوج تقسیط می‌کند حق حبس زائل نمی‌شود.

✓ اگر در نکاح شرط شود که زن مستحق دریافت هیچ‌گونه مهریه‌ای نباشد در نکاح دائم این شرط باطل است اما مبطل عقد نمی‌باشد و زن اصولاً مستحق دریافت مهرالمثل می‌شود اما در نکاح موقت درج چنین شرطی باطل و مبطل عقد است.

● اقسام مهریه به شرح ذیل است؛

۱- **مهرالمسمی:** هرگاه در عقد نکاح مهر تعیین شده باشد مهرالمسمی نامیده می‌شود به عبارت دیگر؛ مال (اعم از عین، منفعت و...) معینی که به عنوان مهر با توافق زوجین یا شخصی که زوجین انتخاب کرده‌اند تعیین می‌شود.

✓ شرایط مهر المسمی؛

- مالیت داشته باشد

- قابل دادوستد باشد

- اگر عین معین است باید در زمان عقد موجود باشد و اگر معلوم شود در زمان عقد موجود نبوده مهر باطل است و مثل یا قیمت مهر المسمی داده می‌شود.

- چنانچه شخصی غیر از شوهر، متعهد به پرداخت مهریه گردد الزام شوهر به دادن مهریه از بین نمی‌رود و ثالث در حکم ضامن خواهد بود.

- اگر مهرالمسمی مجهول باشد یا فاقد مالیت باشد زن مستحق مهرالمثل است.

۲- **مهرالمثل:** در صورتی که میزان مهریه زن، در عقدنامه نکاح ذکر نشده باشد و طرفین هیچ توافقی بر این مبنا انجام نداده باشند و همچنین بین طرفین نزدیکی رخ داده باشد، برای زن، مهرالمثل تعیین می‌شود. ماده ۱۰۸۷ مهرالمثل را تعریف کرده است: «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا عدم مهر شرط شده باشد نکاح صحیح است و طرفین می‌توانند بعد از عقد مهر را به تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آن‌ها نزدیکی واقع شود زوج مستحق مهرالمثل خواهد بود.»

علاوه بر آن موارد دیگری نیز وجود دارد که زن مستحق دریافت مهرالمثل می‌شود این موارد عبارت‌اند از:

۱- در صورتی که عقد نکاح به درستی منعقد نشده باشد و یا شرایط لازم برای انعقاد را نداشته باشد و زن هم از این قضیه اطلاع نداشته باشد و با مرد، نزدیکی کند، مهرالمثل به او تعلق خواهد گرفت.

طبق ماده ۱۰۹۹: «در صورت جهل زن به فساد نکاح و وقوع نزدیکی زن مستحق مهرالمثل است.»

۲- مورد دومی که زن مهرالمثل دریافت می‌کند، این است که مهریه‌ای که در عقدنامه مشخص شده باشد، معلوم نباشد و یا ارزش مادی نداشته باشد که در ماده ۱۱۰۰ این نکته به روشنی بیان شده است: «در صورتی مهرالمسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد یا ملک غیر باشد در صورت اول و دوم زن مستحق مهرالمثل خواهد بود»

* برای تعیین مهرالمثل، وضعیت زن مورد توجه قرار می‌گیرد و با توجه به شأن زن و وضعیت خانوادگی، تحصیلات، موقعیت اجتماعی و... او مهرالمثل محاسبه می‌شود.

۳- **مهرالمتعه:** در ماده ۱۰۹۳ این نوع مهر تعریف شده است: «هرگاه مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و تعیین مهر زن خود را طلاق دهد، زن مستحق مهرالمتعه است» بنابراین در مورد اینکه مهرالمتعه به زن تعلق می‌گیرد یا خیر، دو شرط باید وجود داشته باشد:

اول اینکه مهریه در زمان نکاح مشخص نشده باشد و دومی اینکه پیش از اینکه زن و مرد باهم ارتباط زناشویی داشته باشند، طلاق بگیرند.

برای تعیین میزان مهرالمتعه، برخلاف مهرالمسمی، وضعیت اقتصادی مرد مورد توجه قرار می‌گیرد نه وضعیت زن.

✓ عدم تعیین مهر در عقد نکاح: هرگاه در نکاح دائم حرفی از مهر به میان نیامده باشد یا عدم مهر ضمن عقد نکاح شرط شده باشد این عمل را در فقه تفویض بضع و زن را مفوضه البضع می‌گویند.

تعیین مهر رکن و شرط اساسی ازدواج دائم نیست لذا چنین ازدواجی صحیح است و طرفین می‌توانند بعد از عقد به مهر تراضی کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر بین آن‌ها نزدیکی واقع شود زوج مستحق مهرالمثل خواهد بود.

* هرگاه قبل از تراضی زوجین بر مهر و قبل از نزدیکی طلاق واقع شود زن مستحق مهرالمتعه خواهد بود که با توجه به وضعیت مرد تعیین می‌شود.

✓ تفویض مهر به یکی از زوجین یا شخص ثالث:

- اگر اختیار تعیین مهر با زوج و یا شخص ثالث باشد هر قدر که بخواهند می‌توانند مهریه را تعیین کنند. (البته به دلیل حفظ مصلحت زوج نمی‌توانند کمتر از مهرالمثل تعیین 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

-اگر اختیار تعیین مهر با زوجه باشد نمی‌تواند بیش از مهرالمثل تعیین نماید.
و چنانچه بیش از مهرالمثل باشد عمل وی نسبت به زائد، غیر نافذ بوده و شوهر می‌تواند آن را تنفیذ یا رد نماید.

● در این موارد هیچ‌گونه مهری تأدیه نمی‌شود؛

۱- اگر در عقد نکاح مهر معین نشود یا عدم مهر شرط شده باشد یا مهریه فاقد مالیت باشد یا مهریه مجهول باشد و قبل از مباشرت بین زوجین یکی از آن‌ها فوت شود.

۲- اگر عقد نکاح باطل باشد و مباشرت بین زن و مرد رخ نداده باشد.

۳- اگر عقد نکاح باطل باشد و بین زن شوهر مباشرت رخ دهد اما زن به بطلان آگاه بوده باشد.

۴- اگر نکاح قبل از مباشرت به دلیلی از جانب مرد یا زن فسخ شود مگر اینکه علت فسخ نکاح قبل از مباشرت، عَنَن باشد نصف مهر به زن تعلق می‌گیرد.

● در موارد زیر نصف مهر المسمی تأدیه می‌شود؛

-ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی: هرگاه شوهر قبل از نزدیکی، زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند.

-ماده ۱۰۹۷ قانون مدنی: در نکاح منقطع هرگاه شوهر قبل از نزدیکی، تمام مدت نکاح را ببخشد باید نصف مهریه را بدهد.

-ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی: هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی به جهتی فسخ شود زن حق مهر ندارد، مگر در صورتی که موجب فسخ عَنَن باشد که در این صورت، با وجود فسخ نکاح، زن مستحق نصف مهر است.

-تأثیر طلاق در مهریه: چنانچه طلاق قبل از مباشرت صورت گیرد، زن مستحق دریافت نصف مهرالمسمی می‌باشد و اگر مهر المسمایی نباشد مستحق دریافت مهرالمتعه خواهد بود.

اگر طلاق بعد از مباشرت زن صورت گیرد زن مستحق دریافت تمام مهرالمسمی است و اگر مهرالمسمایی نباشد مستحق دریافت مهرالمثل است.

● فسخ نکاح

تفاوت‌های موجود بین فسخ نکاح و طلاق:

۱- طلاق منوط به تشریفات خاصی است، مثل اجرای صیغه مخصوص و حضور دو شاهد عادل (مرد). ولی فسخ نکاح تنها به اراده صاحب حق انجام می‌پذیرد (ماده ۱۱۳۲ قانون مدنی) و تنها کفایت به اطلاع طرف مقابل برسد.

۲- طلاق در صورتی درست است که شرایط خاصی در زن موجود باشد ولی رعایت این ترتیب در فسخ نکاح شرط نیست (ماده ۱۱۳۲ ق. م.). به‌عنوان مثال فسخ نکاح در دوران عادت زنانگی و نفاس زن ممکن است. درحالی‌که طلاق زن در این دوران درست نیست. (ماده ۱۱۴۰ ق. م.).

۳- پیش از وقوع طلاق باید از دادگاه حکم یا اذن گرفته شود، ولی فسخ نکاح نیاز به این اقدام ندارد و رسیدگی دادگاه محدود به احراز وجود حق فسخ است و تکلیفی در باب اصلاح زوجین و ارجاع به داوری ندارد.

۴- طلاق مخصوص نکاح دائم است ولی موارد فسخ نکاح در دائم و منقطع یکسان است (مواد ۱۱۵۲ و ۱۱۵۳ ق. م.).

۵- طلاق حق و اختیار مرد است، درحالی‌که فسخ نکاح ممکن است از جانب زن نیز واقع شود.

۶- در طلاق رجعی شوهر می‌تواند در زمان عده به همسر خود رجوع کند، اما در فسخ نکاح امکان رجوع وجود ندارد، و تشکیل دوباره خانواده جز با نکاح جدید ممکن نیست.

۷- در صورتی که مرد پیش از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهریه است (ماده ۱۰۹۲ ق. م.). ولی در فسخ نکاح زن حق مهریه ندارد، مگر در صورتی که موجب فسخ، عَنَن باشد که زن مستحق نصف مهریه است.

۸- اگر بین زوجین سه بار طلاق اتفاق بیفتد آن‌ها دیگر نمی‌توانند با یکدیگر ازدواج کنند مگر با آمدن محلل. اما فسخ هرچند بار که بین زن و مرد اتفاق افتد ایجاد حرمت نمی‌کند.

-عیوب مختص مرد در ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی برشمرده شده است و به‌موجب آن هرگاه مرد به دلیل عارضه‌ای ناتوان از انجام عمل زناشویی باشد قانون به زن حق می‌دهد که ازدواج را فسخ نماید.

-عیوب مختص زن در ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی برشمرده شده است و به موجب آن اگر این عیوب در هنگام عقد موجود باشد و مرد بدون آگاهی به آن‌ها با زن ازدواج کرده باشد. (مواد ۱۱۲۴ و ۱۱۲۶ ق. م.) قانون به مرد حق فسخ ازدواج را می‌دهد.

-جنون تنها مصداق عیوب مشترک در زوجین است که موجب حق فسخ می‌شود. بر طبق ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی، جنون هر یک از زوجین به شرط استقرار، اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد، برای طرف مقابل موجب حق فسخ ازدواج است.

قواعد فسخ نکاح:

- ۱- هم فسخ نکاح و هم طلاق موجب انحلال عقد نکاح شده و از نظر عده نگه داشتن زن تفاوتی با هم ندارند.
- ۲- خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ نکاح را دارد بعد از اطلاع یافتن از وجود علت فسخ، نکاح را فسخ نکند اختیار او از بین می‌رود؛ به شرط آنکه علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان فسخ نکاح لازم بوده به نظر عرف و عادت است (ماده ۱۱۳۱ ق. م.)
- ۳- حق فسخ نکاح قابل اسقاط است؛ یعنی افراد می‌توانند از این حق خود صرف‌نظر نمایند.
- ۴- حق فسخ ازدواج به وارث منتقل نمی‌شود (ماده ۴۴۸ ق. م.) چراکه در اثر موت، نکاح منحل می‌شود و دیگر موردی برای فسخ نکاح یا به ارث رسیدن حق فسخ باقی نمی‌ماند.
- ۵- فسخ عقد نیاز به رضایت طرفین ندارد و کسی که حق فسخ نکاح را دارد می‌تواند یک‌طرفه آن را انجام دهد.
- ۶- فسخ کننده باید بالغ، عاقل و رشید باشد.
- ۷- در مورد جنون، فسخ نکاح در مواردی امکان پذیر است که به هنگام ازدواج یکی از دو همسر از جنون دیگری آگاه نباشد. چون اگر با علم به جنون با او عقد کرده باشد اقدام به ضرر خود کرده است و باید تحمل کند؛ مانند موردی که با علم به حق فسخ و فوریت آن، از حق خود صرف نظر کرده است.
- ۸- اگر پس از ازدواج مرد دچار جنون شود زن حق فسخ پیدا می‌کند. (ماده ۱۱۲۵ ق. م.) لیکن اگر زن پس از ازدواج دچار جنون شود مرد نمی‌تواند نکاح را فسخ کند.
- ✓ تکلیف مهریه در فسخ نکاح: هرگاه فسخ ازدواج قبل از نزدیکی باشد زن حق مهر ندارد و استثناء عنین بودن مرد است که در این مورد زن مستحق نصف مهریه است.
- هرگاه فسخ بعد از نزدیکی باشد زن مستحق همه مهریه است.
- به نظر اکثر حقوقدانان در صورت فسخ به دلیل تدلیس زن در هیچ فرضی نزدیکی یا عدم نزدیکی مهریه تعلق نمی‌گیرد.
- ✓ شباهت فسخ ازدواج با طلاق:

فسخ ازدواج با طلاق شباهت‌هایی دارد. شباهت‌های فسخ ازدواج با طلاق را می‌توان این‌گونه مطرح کرد:

- ۱- بر اساس ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی، طلاق و فسخ نکاح هر دو جزء موارد انحلال نکاح هستند؛ اما نکته مهم در خصوص انحلال عقد این است که این انحلال به گذشته سرایت نمی‌کند؛ یعنی نکاح پیش از اعمال حق فسخ یا طلاق صحیح است، ولی از آن به بعد ازدواج منحل شده و فاقد اثر حقوقی و قانونی است (اثر آن‌ها ناظر به آینده است)
- ۲- یکی از شباهت‌های فسخ نکاح با طلاق این است که عده فسخ نکاح و عده طلاق با هم یکسان است.
- ۳- احکام مربوط به مهریه در هر دو نکاح یکسان است.

● استرداد مهریه

- ۱- اگر زن مهریه را گرفته باشد و قبل از مباشرت طلاق رخ دهد زن باید نصف مهریه دریافتی را بازپس دهد و اگر آن را تلف کرده باشد یا به هر ترتیبی تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت نصف مهریه را بازپس دهد.
- ۲- اگر زن مهریه را نگرفته باشد بلکه مرد از طریق ابراء بری الذمه شده باشد، یعنی زن مرد را از مهریه ابراء کرده باشد طبق نظر برخی از اساتید مانند دکتر کاتوزیان لازم نیست که در زمان طلاق چیزی به مرد بپردازد. چون در این حالت درواقع مرد چیزی نداده است که در زمان طلاق بتواند نصف آن را بازپس بگیرد؛ بلکه به دلیل ابراء از جانب زن بری شده است و در نتیجه دیگر نمی‌تواند در زمان طلاق چیزی بازپس بگیرد مگر آنکه ابراء معوض بوده باشد که در این صورت زن باید بعد از طلاق نصف مهر را به مرد بازپس بدهد.

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

۳- اگر زن مهریه را نگرفته باشد بلکه مرد از طریق بخشش طلب بری الذمه شده باشد، یعنی زن مهریه را به مرد بخشیده باشد زن باید نصف مهریه را در زمان طلاق بپردازد. تفاوت ابراء و بخشش طلب در آن است که در ابراء دین به صورت مستقیم با اراده طلبکار ساقط می شود؛ اما در بخشش طلب طلبکار، طلب خود را به بدهکار می بخشد و بدهکار دارنده طلب می شود و در نتیجه این امر مالکیت ما فی الذمه حاصل می شود و دین او ساقط می شود. در واقع بخشش طلب به منزله آن است که طلبکار طلبش را گرفته و بعداً با رضایت بدهکار به او داده است؛ بنابراین در زمان طلاق زن باید نصف مهریه را به مرد بازگرداند.

✓ افزایش قیمت مهریه: اگر طلاق قبل از مباشرت صورت گیرد و زن تمام مهر المسمی را قبلاً دریافت کرده باشد، اکنون باید نصف آن را بازگرداند. ۱- چنانچه افزایش قیمت ناشی از تورم باشد زن مستحق چیزی نیست برای مثال، مهریه زن بیست سکه بوده است که مرد در زمانی که هر سکه سه میلیون تومان می ارزیده است، مهریه را پرداخت کرده است. اگر قبل از مباشرت طلاق رخ دهد و در زمان طلاق هر سکه چهار میلیون تومان بیارزد، زن باید ده سکه را بازپس دهد و اینکه در حال حاضر سکه افزایش قیمت پیدا کرده است برای زن حق خاصی ایجاد نمی کند.

۲- اگر افزایش قیمت ناشی از کاری باشد که زن روی آن مال انجام داده است زن به اندازه افزایش قیمت مستحق است. البته باید توجه داشت که در این حالت زن به اندازه افزایش قیمت نسبت به عین مال با مرد شریک نمی شود؛ بلکه فقط باید معادل پولی افزایش قیمت حاصله در زمان استرداد نصف مهریه به او پرداخت شود. مثلاً فرض کنید که مهریه زمینی بوده است که شش دانگ آن به زن منتقل شده و به او تحویل داده شده است و آن زن با تسطیح آن زمین و تصفیه خاک آن زمین موجب شده که آن زمین صد میلیون تومان نسبت به قبل افزایش قیمت دهد. اگر قبل از مباشرت طلاق رخ دهد، سه دانگ مشاع زمین به مرد برمی گردد و آن مرد باید به همین نسبت سه دانگ از شش دانگ نیمه از افزایش قیمت زمین را به مبلغ پنجاه میلیون تومان به زن بپردازد.

۳- اگر افزایش قیمت ناشی از عین مالی باشد که روی آن مال نصب شده است: آن عین، متعلق به زن است و می تواند آن را بردارد. مثلاً فرض کنید که مهریه زمینی بوده است که شش دانگ آن به زن منتقل شده و به او تحویل داده شده است و آن زن آلاچیقی در آن زمین نصب کرده است. اگر قبل از مباشرت، طلاق رخ دهد، سه دانگ مشاع زمین به مرد بر می گردد و آن آلاچیق متعلق به زن است که هم زن می تواند آن را جمع کند و هم مرد به عنوان شریک مشاعی زمین می تواند تقاضای رفع تصرف زن از مال مشاع و جمع کردن آلاچیق را به عمل آورد.

✓ تکلیف منافع مهریه از زمان دادن مهریه به زن تا طلاق قبل از مباشرت: اگر طلاق قبل از مباشرت صورت گیرد و زن تمام مهر المسمی را قبلاً دریافت کرده باشد، اکنون باید نصف آن را بازگرداند. سؤال آن است که اگر در این مدت یعنی از زمانی که مرد مهریه را به زن داده تا زمانی که به دلیل طلاق قبل از مباشرت زن باید نصف آن را بازگرداند این نیمه مهریه دارای منفعی شده باشد، تکلیف این منافع چیست؟ در این خصوص باید توجه داشت که:

۱- منافع متصل: منافع متصل این نیمه مهریه با خود آن نیمه مهریه به مرد بازمی گردد. برای مثال اگر مهریه باغی باشد که شش دانگ آن به زن منتقل شده و به او تحویل داده شده است و درختان این باغ در فاصله تحویل به زن تا طلاق دارای رشد و نمو شده اند این رشد و نمو نوعی منفعت متصل است. اگر قبل از مباشرت طلاق رخ دهد سه دانگ مشاع باغ به مرد بر می گردد و آن مرد به همین نسبت سه دانگ از شش دانگ از رشد و نمو درختان منافع متصل نیز برخوردار می شود.

۲- منافع منفصل: منافع منفصل این نیمه مهریه متعلق به زن باقی می ماند. برای مثال، اگر مهریه باغی باشد که شش دانگ آن به زن منتقل شده و به او تحویل داده شده است و درختان این باغ در فاصله تحویل به زن تا طلاق دارای میوه شده باشند این میوه ها منفعت منفصل است. اگر قبل از مباشرت طلاق رخ دهد، سه دانگ مشاع باغ به مرد برمی گردد اما کل منافع منفصل قبلی مانند میوه ها برای زن باقی می ماند و از میوه هایی که قبل از طلاق ایجاد شده اند چیزی به مرد نمی رسد. همچنین اگر زن در فاصله تحویل باغ به او تا زمان طلاق در آن باغ سکونت کرده باشد یا هر استفاده دیگری برده باشد، بعد از طلاق لازم نیست بابت استفاده های قبلی اجرت المثلی به مرد بپردازد.

نکته

بر طبق ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی نفقه شامل همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن می شود مثل مسکن، پوشاک، غذا، اثاثیه منزل و هزینه های درمان و حتی خادم! البته در صورتی که زن عادت به داشتن خادم داشته باشد و یا به واسطه مریضی نیاز به آن داشته باشد. موارد ذکر شده در این ماده حصری نیست.

بر طبق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی هرگاه زن بدون مانع شروع از ادای وظایف امتناع کند در واقع تمکین نکند مستحق حق خود نخواهد بود.

تمکین بدین معنی است که زوجه می‌بایستی در منزل مشترک که شوهر اختیار کرده است سکنی گزیند و از شوهر در انجام وظایف خاص زناشویی اطاعت کند و در راستای اینکه قانون مدنی مقرر کرده ریاست خانواده از خصایص شوهر است، عمل نماید. به زنی که عمداً و بدون عذر قانونی و شرعی تمکین نکند ناشزه گفته می‌شود.

- بر طبق ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی در عقد دائم حقوق زوجه بر عهده شوهر است و بر طبق ماده ۱۱۱۳ همان قانون در ازدواج موقت زن حق نفقه ندارد مگر اینکه در ضمن عقد شرط شده باشد یا بنای طرفین در هنگام عقد این بوده که شوهر نفقه زن را بپردازد.

نکته: برخلاف استحقاق در استحقاق نفقه زن، تمکن مرد شرط نیست به عبارت دیگر چنین نیست که مرد در صورت توانایی مالی بایستی حق همسر خود را پرداخت کند و مرد فقیر نیز ملزم به پرداخت حقوق زوجه است حتی اگر زن تمکن داشته و یا شاغل باشد باز هم پرداخت نفقه بر عهده زوج می‌باشد.

✓ نفقه زن بعد از جدایی و طلاق:

۱- اگر طلاق زوجین رجعی باشد یعنی طلاق به درخواست مرد باشد؛ اولاً زوجین در ۳ ماه عده از هم ارث می‌برند و ثانیاً زن مستحق دریافت نفقه است.

۲- اما نفقه زن در طلاق بائن زن باید عده نگه دارد اما شوهر تکلیفی به پرداخت نفقه ایام عده ندارد.

نکته: اگر زن در هنگام طلاق باردار (حامله) باشد، فارغ از نوع طلاق نفقه تا پایان وضع حمل بر عهده زوج است.

- در صورت فوت شوهر، زن بایستی عده وفات نگه دارد که ۴ ماه و ده روز است.

ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی مقرر کرده که در ایام عده وفات، مخارج زندگی زوجه در صورت مطالبه او از اموال نزدیکان زوج که ملزم به پرداخت نفقه‌اند پرداخت شود.

نفقه گذشته و حال زوجه به عنوان یک دین مستقر قابل اسقاط می‌باشد، اما اسقاط نفقه آینده طبق نظر دکتر کاتوزیان و صفایی خلاف اخلاق حسنه است و اسقاط آن را نپذیرفته‌اند.

✓ در نکاح منقطع: ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی، در خصوص شرایط وجود نفقه عقد موقت، مقرر می‌دارد: «در عقد انقطاع، زن، حق نفقه ندارد؛ مگر اینکه شرط شده باشد یا آنکه عقد، مبنی بر آن، جاری شده باشد».

بر اساس این ماده از مواد قانون مدنی، شرط وجود نفقه صیغه و تعلق نفقه عقد موقت به زن، این است که زوجین، این امر را شرط کرده باشند یا قبل از عقد، بر آن توافق کرده و عقد، بر مبنای آن، منعقد شود.

✓ اجرت‌المثل ایام زوجیت: اجرت‌المثل به معنای پرداختن اجرت کارهایی است که زن در خانه شوهر انجام داده است. درحالی‌که موظف به انجام آن کارها نبوده است.

شرایط پرداخت اجرت‌المثل:

۱ - طلاق به درخواست زوجه نباشد.

۲ - طلاق به دلیل تخلف زن از وظایف زناشویی و سوء اخلاق او نباشد.

۳ - انجام کارهای منزل شرعاً به عهده زوجه نبوده باشد.

۴ - انجام کارها به دستور زوج یا با درخواست او باشد و زن برای انجام کارها قصد تبرع نداشته باشد؛ یعنی به خاطر رضای خدا کاری انجام نداده باشد.

✓ نحله: نحله به معنی بخشش و هدیه است که در زمانی که زوج خواهان طلاق باشد و زوجه مستحق اجرت‌المثل نباشد از باب کارهایی که در منزل شوهر انجام داده و کارها خارج از وظیفه قانونی وی بوده دادگاه مبلغی را به عنوان نحله مشخص می‌کند که زوج باید به زوجه پرداخت نماید.

✓ شباهت‌های نحله و اجرت‌المثل

۱- در هر دو طلاق باید به درخواست مرد صورت گرفته باشد.

۲- درخواست مرد برای طلاق نباید به دلیل تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار او باشد.

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- قبل از اجرای صیغه طلاق می‌توان نسبت به دریافت این حقوق اقدام کرد و لازم نیست که بعد از طلاق پرداخت شود.

- ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی: در روابط بین اقارب فقط اقارب نسبی در خط عمودی اعم از صعودی یا نزولی ملزم به انفاق یکدیگرند.

الزام به انفاق از قواعد آمره است و شرط خلاف آن باطل و نامشروع می‌باشد.

- به موجب ماده ۱۱۹۷ قانون مدنی کسی مستحق نفقه است که ندار بوده و نتواند به وسیله اشتغال به شغلی وسائل معیشت خود را فراهم سازد.

- صغیر یا ناقص الخلقه بودن یا مجنون بودن، شرط استحقاق نفقه نیست، بلکه فقر و عجز از کسب و کار، در هر وضعی که باشد، فرد را واجب النفقه می‌گرداند.

- ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی: کسی ملزم به انفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد یعنی بتواند نفقه بدهد بدون اینکه از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد. برای تشخیص تمکن باید کلیه تعهدات و وضع زندگانی شخصی او در جامعه در نظر گرفته شود.

- اگر شخصی مالی زائد بر مخارج خود و زوج‌اش داشته باشد اما در مقابل، دیون حالی داشته باشد این دیون مقدم بر نفقه اقارب به جز نفقه اولاد است و پس از پرداخت آن‌ها، اگر چیزی زاید آمد، صرف نفقه اقارب می‌شود.

- اگر چیزی که برای نفقه اقارب کنار گذاشته شده است، جز مستثنیات دین باشد بر دیون مقدم می‌شود و قابل توقیف از سوی طلبکاران نمی‌باشد.

- ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی: نفقه‌ی اولاد بر عهده‌ی پدر است پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق به عهده‌ی اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب. در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آن‌ها نفقه بر عهده‌ی مادر است. هرگاه مادر هم زنده و یا قادر به انفاق نباشد با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده‌ی اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب‌النفقه است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه‌ی اقربیت مساوی باشند نفقه را باید به حصه‌ی مساوی تأدیه کنند.

* اگر هم جد ادنی و هم جد اعلی زنده و قادر به دادن نفقه باشند نفقه بر عهده پدر پدر خواهد بود.*

- ماده ۱۲۰۰ قانون مدنی: نفقه‌ی ابوبین با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده‌ی اولاد و اولاد اولاد است.

اگر فرزندی در حالت تجرد، استطاعت پرداخت نفقه ابوبین را داشته باشد اما در صورت ازدواج تمکن خود را از دست بدهد ازدواج وی جایز است حتی اگر منجر به عدم پرداخت نفقه ابوبین گردد.

- ماده ۱۲۰۲ قانون مدنی: اگر اقارب واجب‌النفقه، متعدد باشند و منفق نتواند نفقه‌ی همه‌ی آن‌ها را بدهد اقارب در خط عمودی نزولی مقدم بر اقارب در خط عمودی صعودی خواهند بود.

* در صورت بودن زوجه و یک یا چند نفر واجب‌النفقه‌ی دیگر، زوجه مقدم بر سایرین خواهد بود.*

۱. نفقه زن حتی بر طلب دولت از باب مالیات و طلب سازمان تأمین اجتماعی مقدم خواهد بود.

۲. طلب زن از باب نفقه طلب ممتاز محسوب می‌شود و بر سایر دیون مقدم می‌باشد.

۳. دینی که وثیقه داشته باشد بر طلب زن از باب نفقه مقدم خواهد بود.

۴. نفقه گذشته و آینده زن قابل مطالبه است اما اقارب فقط نسبت به آینده حق مطالبه دارند.

۵. نفقه اقارب یک تکلیف دو جانبه و متقابل است اما زن در هیچ شرایطی ملزم به دادن نفقه به زوج نمی‌باشد.

از نظر لغوی طلاق به معنای رها شدن است. طلاق به انواع و اقسامی تقسیم می‌شود که هر کدام از آن‌ها شرایط خاصی دارند.

طلاق بر اساس امکان رجوع به دو نوع طلاق بائن و طلاق رجعی تقسیم می‌شود:

۱- طلاق رجعی: طلاقی است که مرد می‌تواند در طول مدت عده به زن رجوع کند و زندگی مشترکشان را از سر بگیرند. پس از اتمام عده، حق رجوع از بین می‌رود. اکثر طلاق‌هایی که ثبت می‌شود از نوع طلاق رجعی است مگر اینکه در قانون ذکر شده باشد که از نوع بائن است که در ادامه توضیح داده شده است.

۲- طلاق بائن: در این نوع طلاق مرد حق رجوع به زن را ندارد. طبق ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی در موارد زیر، طلاق از نوع بائن است:

طلاق که قبل از نزدیکی واقع شود.

طلاق یائسه.

طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد.

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

طلاق خلع و مبارات: یکی از انواع و اقسام طلاق بائن است و طلاقی است که طرفین به علت کراهتی که از هم دارند، از یکدیگر جدا می‌شوند. در این طلاق که زن مالی را به مرد می‌بخشد تا مرد را به طلاق راضی کند و تا زمانی که زن از این مال رجوع نکرده باشد، طلاق از نوع بائن محسوب می‌شود؛ زیرا زمانی که زن از بذل رجوع کند، مرد هم می‌تواند از طلاق رجوع کند.

☆ طلاق دختره صغیره بائن می‌باشد.

✓ انواع طلاق بر اساس درخواست کننده آن:

۱- طلاق از طرف مرد:

برای درخواست طلاق از طرف مرد، باید تشریفات طی شود که در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی نیز بر این نکته تأکید شده است: (مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید).

مرد برای اینکه همسرش را طلاق بدهد باید به دادگاه درخواست گواهی عدم امکان سازش بدهد و پس از آن در صورتی که به دادگاه ثابت کند که امکان ادامه زندگی مشترک برای او وجود ندارد، این گواهی به او اعطا می‌شود در این فاصله او باید در جلسات داورى شرکت کرده و همه حق و حقوق زن من جمله مهریه، نفقه نحله و از این قبیل را به او بپردازد.

۲- طلاق از طرف زن:

طلاق از طرف زن به دو طریق ممکن است، یکی اینکه وکالت در طلاق، یا در اصطلاح عرفی، حق طلاق داشته باشد و دیگری اینکه به استناد داشتن شرایط عسر و حرج یا شرایط دیگر، از دادگاه حکم طلاق بگیرد، علاوه بر این طلاق از طرف زن ناشزه نیز از می‌تواند از زیر مجموعه‌های هر یک از این دو نوع طلاق، محسوب گردد.

الف- طلاق با داشتن حق طلاق: مرد می‌تواند به همسر خود وکالت بدهد که از او طلاق بگیرد، هر چند داشتن این وکالت به این معنی نیست که زن هر زمان که بخواهد می‌تواند از شوهرش طلاق بگیرد، بلکه باید همچنان تشریفات طلاق را طی کند.

ب- طلاق با داشتن عسر و حرج یا شرایط دیگر: این شرایط عبارت است از؛ مرد نفقه‌اش را نپردازد، شوهر بیش از چهار سال غایب باشد و اینکه موارد عسر و حرج وجود داشته باشد و... (ماده ۱۳۰ ق.م).

۳- طلاق توافقی: در این نوع طلاق طرفین باهم توافق می‌کنند که از هم جدا شوند و به زندگی مشترک خود خاتمه بدهند؛ باین حال طرفین باید تشریفات را طی کنند و پس از آن می‌بایست از دادگاه، تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش کنند.

✓ شرایط اساسی طلاق:

۱- طلاق دهنده شوهر است که می‌تواند به زن یا شخص دیگری وکالت برای طلاق دهد. طلاق دهنده باید دارای اراده و اهلیت باشد.

* طلاق به نحو معلق باطل است *

۲- صغیر حتی با اجازه ولی یا قیم خود نمی‌تواند زن خویش را طلاق دهد.

۳- مجنون دائمی نمی‌تواند شخصاً زن خود را طلاق دهد و استثنائاً این امر به ولی یا قیم مجنون سپرده شده 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

۴- در صورتی که قیم بخواهد زن مولی علیه خود را طلاق دهد موافقت دادستان و تصویب دادگاه را لازم دارد اما درباره ولی قهری یا وصی نیازی به موافقت دادستان نیست هر چند که اجازه دادگاه لازم است.

۵- حجر سقیه محدود به امور مالی است و طلاق شامل این امور نمی شود و با رعایت مقررات می تواند زنش را طلاق دهد.

۶- ماده ۱۱۴۰ قانون مدنی: طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست مگر اینکه زن حامل باشد یا طلاق قبل از نزدیکی با زن واقع شود یا شوهر غایب باشد به طوری که اطلاع از عادت زنانگی بودن زن نتواند حاصل کند.

۷- ماده ۱۱۴۱ قانون مدنی: طلاق در طهر واقعه صحیح نیست مگر اینکه زن یائسه یا حامل باشد.

✓ احکام مشترک طلاق های خلع و مبارات

۱- مالی که زن برای طلاق به مرد می دهد فدیّه و عمل زن در دادن آن مال را «بذل» می گویند. با دادن فدیّه توسط زن به مرد مرد مکلف به طلاق دادن همسر خود نمی شود، بلکه مرد می تواند آن فدیّه را رد کند و به زندگی مشترک ادامه دهد.

زن می تواند تا قبل از اتمام مدت عده از فدیّه رجوع کند و آن را باز پس گیرد.

حق رجوع زن از فدیّه یک حق مالی است و در نتیجه قابل اسقاط است؛ یعنی ممکن است در ضمن طلاق یا به نحو دیگری زن حق رجوع از فدیّه را از خود اسقاط کند.

۲- اگر زن از فدیّه رجوع کند در این صورت طلاق رجعی می شود و مرد هم می تواند تا قبل از اتمام عده از طلاق رجوع کند.

رجوع زن به فدیّه منوط به آن است که مرد امکان اطلاع از رجوع زن و مهلت کافی برای رجوع از طلاق را داشته باشد. اگر این فدیّه باطل باشد طلاق باطل نیست، بلکه طلاق رجعی است.

- احکام انقضای مدت در نکاح منقطع احکام انقضای مدت از قرار زیر است:

نکاح موقت، مقید به زمان است؛ بنابراین بعد از انقضای مدت نکاح خودبه خود منحل شده و نیاز به اقدام خاصی نیست.

- در صورت انقضای مدت نکاح موقت در مدت عده آن نکاح مجدد بین همان مرد و زن مجاز است.

- انفساخ نکاح در مواردی نکاح خودبه خود منحل می شود؛ این موارد عبارتند از:

۱- اسلام آوردن زوجه اگر زن و مرد غیرمسلمانی با هم ازدواج کرده باشند و سپس زن اسلام آورد، نکاح آن ها منفسخ می شود زیرا امکان پذیر نیست که زن مسلمان در زوجیت مرد کافر باقی بماند.

۲- ارتداد زوج اگر زن و مرد مسلمان باشند و مرد مرتد شود در این صورت نکاح ایشان منفسخ می شود زیرا امکان پذیر نیست که زن مسلمان در زوجیت مرد کافر باشد.

۳- لعان یکی از مواردی که موجب انفساخ نکاح است، لعان است.

۴- تغییر جنسیت یکی از زوجین به یکی از دو صورت زیر است:

- گاه تغییر جنسیت به معنای واقعی کلمه صورت می گیرد؛ یعنی زن تبدیل به مرد می شود یا بالعکس در این صورت ازدواج منفسخ می شود زیرا شرط تشکیل نکاح و بقای آن مغایرت جنسیت زوجین است.

عده

به مدت زمانی که زن باید پس از جدایی یا فوت شوهر، برای ازدواج دوباره صبر کند، در اصطلاح فقهی و قانونی عده گفته می شود.

- عده در طلاق (عادی یا طلاق توافقی):

۱- زن آبستن: اگر زن پس از طلاق حامله باشد، طبق ماده ۱۱۵۳ قانون مدنی، باید تا زمان به دنیا آمدن فرزند برای ازدواج مجدد، صبر کند.

۲- زن غیرآبستن: در ماده ۱۱۵۱ قانون مدنی تصریح شده است که در زمان فسخ نکاح یا طلاق، مدت زمان عده سه طهر (یعنی اتمام سه دوره عادت ماهانه) است. اما اگر زن با اقتضای شرایط سنی عادت ماهانه نداشته باشد، این مدت به سه ماه تغییر می کند.

۳- زنی که عده ندارد: در ماده ۱۱۵۵ قانون مدنی آمده است که اگر زن یائسه باشد، یعنی با شرایط سنی امیدی به بارداری مجدد نداشته باشد یا بین او و شوهرش نزدیکی اتفاق نیفتاده باشد، در زمان فسخ نکاح و طلاق، عده ندارد. اما اگر در هر دو صورت شوهر فوت کرده باشد، باید عده وفات رعایت شود.

-عده وفات:

مدت زمانی است که زن باید پس از فوت شوهر خود برای ازدواج دوباره صبر کند. بر اساس ماده ۱۱۵۴ قانون مدنی، این عده در ازدواج دائم و موقت، چهار ماه و ده روز است. اما اگر زن حامله باشد، این مدت تا زمان وضع حمل ادامه دارد؛ به شرط اینکه فاصله بین فوت مرد و وضع حمل بیش از چهار ماه و ده روز باشد. در غیر این صورت مدت عده همان چهار ماه و ده روز خواهد بود.

-عده عقد موقت

در ازدواج موقت نیز اگر جدایی به صورت طلاق، بذل مدت یا پایان مدت ازدواج باشد، مدت عده بر اساس ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی، دو طهر است. اما اگر زن با اقتضای سنی عادت ماهانه نداشته باشد، این مدت به ۴۵ روز کاهش می یابد.

مانند موارد قبل اگر زن حامله باشد، مدت عده تا زمان وضع حمل خواهد بود و در صورت وفات شوهر، مدت عده تابع قانون عده وفات است.

• حضانت

طبق قانون برای حضانت تعریفی گفته نشده است. اما معنای لغوی این واژه به صورت مراقبت کردن و محافظت از فرزند است. بر اساس قانون حضانت فرزند با اولیای آن می باشد. زمانی که یکی از والدین (پدر یا مادر) فوت کند، این وظیفه بر عهده ولی در قید حیات است. هنگامی که پدر فوت کند سرپرستی به مادر داده می شود تا از فرزند خود نگهداری کند.

طبق ماده ۴۳ در قانون اگر پدر خانواده فوت کند، نگهداری بچه به مادرش داده می شود اگر دادگاه مادر را برای سرپرستی بچه رد صلاحیت کند حضانت بچه به شخص دیگری داده می شود.

✓ نکات:

-بر اساس ماده ۱۱۶۸ طبق قانون حضانت و حقوق فرزند بر عهده والدین می باشد.

-بر اساس ماده ۱۱۶۹ سرپرستی فرزند تا ۷ سالگی بر عهده مادر و بعد از آنکه آن تا رسیدن به سن بلوغ بر عهده پدر است.

-بر اساس ماده ۱۱۷۰ اگر در زمان سرپرستی فرزند بر عهده هر کدام از والدین باشد دچار جنون یا بیماری صعب العلاج شده باشد سرپرستی از او گرفته می شود.

-بر اساس ماده ۱۱۷۱ اگر یکی از والدین فوت کند سرپرستی به شخصی می رسد که زنده می باشد.

-بر اساس ماده ۱۱۷۲ هیچ کدام از ابوینی که دادگاه حق حضانت را به او داده نمی تواند از سرپرستی خودداری کند.

-بر اساس ماده ۱۱۷۹ والدین حق تنبیه فرزند خود را ندارند.

-بر اساس ماده ۱۱۹۹ نفقه بر عهده پدر و اجداد پدری است.

✎ اماره فراش

فراش در لغت به معنای بستر است و در اصطلاح کنایه از شوهر است. اماره فراش یا اماره ابوت در اصطلاح حقوقی عبارت است از اینکه طفلی که از یک زن و شوهر به دنیا آمده باشد فرزند شوهر فرض می شود و ملحق به اوست. در حقوق ایران، قاعده یا اماره فراش مبتنی بر ماده ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ قانون مدنی است و ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی نیز آن را صریحاً جزء امارات قانونی به شمار آورده است.

✎ تولد طفل در زمان زوجیت

قانون مدنی برای اجرای اماره فراش دو شرط را در نظر گرفته است که هر یک از آنها شرایط و احکام خاص خود را دارد.

یکی از موارد اجرای اماره فراش، حالتی است که طفل در زمان زوجیت زن و مرد

(قبل از انحلال نکاح) متولد شده باشد. مطابق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی، «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است؛ مشروط به اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». بر اساس این ماده، اجرای اماره فراش در صورتی امکان پذیر است که اولاً بین زوجین نزدیکی واقع شده باشد و ثانیاً از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد طفل کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.

✎ تولد طفل بعد از انحلال نکاح

در شرایطی که طفل بعد از انحلال نکاح زن و مرد متولد شود نیز می‌توان اماره فراش را جاری ساخت. تولد طفل بعد از انحلال نکاح شامل دو مورد است:

-مورد اول زمانی است که طفل قبل از ازدواج مجدد زن متولد می‌شود. در این خصوص ماده ۱۱۵۹ قانون مدنی تعیین تکلیف نموده است: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود، ملحق به شوهر است؛ مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد. مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد».

-مورد دوم زمانی است که طفل بعد از ازدواج مجدد زن متولد شود. بر اساس ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی، «در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن مجدداً شوهر کند و طفلی از او متولد گردد طفل به شوهری ملحق می‌شود که مطابق مواد قبل الحاق او به آن شوهر ممکن است در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل به هر دو شوهر ممکن باشد، طفل ملحق به شوهر دوم است؛ مگر آن که امارات قطعیه برخلاف آن دلالت کند».

● نفی ولد

یعنی ادعای مرد مبنی بر اینکه فرزندی که به نام او ثبت شده یا زن او زاییده فرزند او نیست.

۱- اقرار پدر به نسب، مانع نفی ولد است؛ یعنی هرگاه مرد صراحتاً یا ضمناً اقرار به انتساب طفل به خود کرده باشد دیگر حق طرح دعوی نفی ولد ندارد.

۲- صرف ادعا کافی نیست.

۳- مهلت طرح دعوی نفی ولد؛ باید در مدتی که عرفاً از تاریخ اطلاع شوهر از تولد طفل برای طرح دعوی کافی باشد اقامه گردد، در هر حال حداکثر مدت برای طرح دعوی، دو ماه از تاریخ اطلاع پدر از تولد طفل است.

اگر شوهر از تاریخ واقعی تولد فرزند مطلع نبوده و به او تاریخ اشتباه ارائه شده باشد، مهلت دوماهه از تاریخ کشف فریب آغاز خواهد شد، نه از تاریخ اعلام شده اولیه.

مقایسه تفصیلی نفی ولد و لعان

عنوان	نفی ولد	لعان
موضوع اصلی	صرفاً ادعای مرد به اینکه فرزند منتسب به او نیست.	ممکن است فقط با ادعای زنا باشد یا همراه با آن نفی ولد نیز صورت گیرد.
مبنای طرح دعوی	صرف نفی نسب کودک توسط مرد	اتهام زن به زنا یا نفی ولد ناشی از ادعای زنا
تشریفات	فاقد تشریفات خاص؛ باید از طریق ارائه دلایل و امارات، عدم انتساب فرزند اثبات شود.	دارای تشریفات خاص است.
نقش دادگاه	دادگاه باید عدم انتساب فرزند را احراز کند.	دادگاه صرفاً تشریفات لعان را اجرا می‌کند و به محض انجام لعان، نسب نفی می‌شود.
نتیجه نسبت به نکاح	باعث انحلال نکاح نمی‌شود.	موجب انحلال نکاح و حرمت ابدی بین زن و مرد می‌شود.
نتیجه نسبت به نسب	رابطه نسبی فرزند با پدر قطع می‌شود.	رابطه نسبی فرزند با پدر قطع می‌شود.
رجوع پذیری	غیرقابل رجوع	قابل رجوع است، اما فقط اثر رجوع، برقراری ارث بری بین پدر و فرزند است.
آثار رجوع	ندارد	فقط باعث بازگشت ارث بری بین پدر و فرزند می‌شود.
زمان طرح	در مهلت معقول پس از تولد و حداکثر تا دو ماه از تاریخ اطلاع از تولد فرزند	محدود به زمان مشخص نیست ولی در عمل پس از تولد یا اطلاع از زنا مطرح می‌شود.

● ولد الزنا:

-فرزند متولد از زنا به زانی یا زانیه ملحق نمی‌شود مگر در صورت اکراه.

-هیچ‌گونه توارث بین ولد زنا و پدر و مادر نامشروع و خویشاوندان آنها وجود ندارد؛

نه فرزند از آنها ارث می‌برد.

نه آنها از فرزند ارث می‌برند.

-ازدواج بعدی پدر و مادر تأثیری در مشروعیت بخشی به فرزند متولد از زنا ندارد. چنین ازدواجی رابطه توارث یا نسبی بین کودک و والدین ایجاد نمی‌کند.

-با وجود عدم انتساب نسب، پدر و مادر نامشروع موظف به انجام تعهداتی در قبال کودک هستند؛

حضانت

نفقه

ثبت اطلاعات در شناسنامه کودک

-ولد زنا هیچ‌گونه تکلیفی در قبال والدین نامشروع خود از جمله پرداخت نفقه پدر، مادر، اجداد یا جدات نامشروع خود ندارد.

-اگر زنا ناشی از اکراه باشد؛

چنانچه مرد زن را به زنا اکراه کرده باشد فرزند به زن (مکره) ملحق می‌شود ولی به مرد (مکره) ملحق نمی‌شود.

در این حالت بین طفل و مادر رابطه‌ی نسب و توارث ایجاد می‌شود اما بین طفل و مرد هیچ رابطه‌ای برقرار نمی‌گردد.

فصل نهم – عقود معین

• بیع (۳۳۸ تا ۳۹۵ ق.م):

بیع در لغت، به معنای خرید و فروش است و طبق ماده ۳۳۸ ق.م بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.

مبیع: مالی که فروخته می‌شود.

ثمن: عوضی که بابت مبیع پرداخت می‌شود.

برای تشخیص اینکه کدام یک مبیع و کدام یک ثمن است باید به قصد مشترک طرفین مراجعه شود. (اصل تفسیر قراردادها)

ویژگی‌های مبیع و ثمن:

عنوان	تفاوت‌ها
مبیع	حتماً باید عین باشد.
ثمن	می‌تواند عین، دین یا حق مالی باشد؛ محدودیتی مانند مبیع ندارد.

✓ نکته: در معاملات مربوط به حقوق مالی مانند سرقتی حق کسب، سهام شرکت، حق نام تجاری از تعبیر صلح یا عقود نامعین استفاده می‌شود.

○ مبیع و نحوه انتقال مالکیت:

مبیع ممکن است به سه صورت باشد:

۱- عین معین: شیئی است که ویژگی‌ها و مصداق آن از ابتدا کاملاً مشخص است. در این حالت مالکیت به محض انعقاد عقد به مشتری منتقل می‌شود.

۲- کلی در معین: مثل یک گوسفند از میان این ده گوسفند. در این حالت مالکیت پس از تعیین مصداق توسط بایع منتقل می‌شود، نه به محض عقد.

۳- کلی فی الذمه: مثل ۱ تن گندم بدون اینکه مکان یا مصداق خاصی از ابتدا تعیین شده باشد. در این حالت انتقال مالکیت نیز پس از تعیین مصداق و تسلیم آن به مشتری صورت می‌گیرد.

اثر اصلی عقد بیع ایجاد مالکیت بین طرفین است اما اثر مستقیم آن (یعنی انتقال فوری مالکیت) فقط در حالتی حاصل می‌شود که مبیع عین معین باشد.

سایر اوصاف عقد بیع:

توضیح	وصف
باعث انتقال مالکیت می‌شود.	عقد تملیکی
با صرف ایجاب و قبول محقق می‌شود و تشریفات یا عینی نیست.	عقد رضایی
در مقابل مبیع حتماً باید ثمن داده شود.	عقد معوض
بدون اذن یا تحقق خیارات، قابل فسخ نیست.	عقد لازم

- برای صحت بیع، طرفین باید به مقدار، جنس و وصف مبیع و ثمن علم تفصیلی داشته باشند.

- اگر تعیین مقدار ثمن به ثالثی واگذار شود:

ایراد در آن نیست اما انعقاد عقد منوط به تعیین نهایی ثمن توسط ثالث است.

- بیعی که ثمن آن صوری و بسیار ناچیز باشد بیع نیست و حسب مورد باطل، یا هبه، و یا صلح تلقی می‌شود.

- بیعانه ماهیتی دوگانه دارد و بسته به وقوع یا عدم وقوع عقد بیع آثار متفاوتی دارد؛

+ در صورت انعقاد عقد بیع: بیعانه به عنوان بخشی از ثمن معامله محسوب می‌شود.

+ در صورت عدم انعقاد عقد بیع: بیعانه وجه التزام ناشی از پشیمانی مشتری محسوب می‌شود.

بنابراین پرداخت بیعانه به طور ضمنی متضمن تعهد به انعقاد عقد از سوی مشتری 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

-وقتی عمده‌فروشی کالایی را به خرده‌فروش می‌دهد با این شرط که اگر خرده‌فروش نتواند بخشی از آن را بفروشد برگرداند، این رابطه نوعی بیع با شرط فاسخ است و به این معناست که:

عقد بیع از ابتدا نسبت به کل کالا منعقد می‌شود اما نسبت به بخشی که فروش نرفته در صورت تحقق شرط (عدم فروش) عقد منفسخ می‌گردد. در نتیجه نسبت به کالای فروش نرفته، مالکیت خرده‌فروش زائل و کالا به مالکیت عمده‌فروش برمی‌گردد.

○ تمییز بیع از سایر عقود

۱- تفاوت بیع با عقد قرض:

در عقد بیع عوض معلوم است و در زمان انعقاد عقد باید نسبت به ثمن تراضی شود، اما قرض، تملیک عین است و هر زمانی که قرض دهنده مراجعه کند باید مثل و بدل آنچه را که مُقترض گرفته است به وی بازگرداند.

همچنین بیع مبتنی بر مغاینه است در حالیکه قرض از عقود مسامحه‌ای می‌باشد.

۲- تفاوت بیع با اجاره اموال:

-اجاره اموال تملیک منفعت به عوض معلوم می‌باشد.

-اجاره باید دارای مدت معلوم باشد حال آنکه بیع مقید به زمان نمی‌باشد.

۳- تفاوت بیع با معاوضه:

اگر قصد طرفین بر این باشد که یکی از دو عوض مبیع و دیگری بهای آن باشد این قرارداد بیع است اما اگر بدون هیچ امتیازی عوضین را مبادله نمایند توافق آن‌ها معاوضه و تابع احکام آن می‌باشد.

۴- تفاوت بیع (مبايعه‌نامه) با قولنامه:

قولنامه همان‌طور که از نام آن بر می‌آید دارای مفهوم قول و تعهد است اما مبايعه‌نامه یعنی قرارداد بیع یا همان قرارداد خریدوفروش منعقد شده است.

با توجه به مورد بالا می‌توان گفت یکی از اصلی‌ترین تفاوت‌های قولنامه و مبايعه‌نامه در این است که قولنامه وعده قرارداد است و مانند یک پیش‌قرارداد عمل می‌کند اما مبايعه‌نامه یک تعهد واقعی است و قراردادی اصلی محسوب می‌شود.

در مبايعه‌نامه انتقال مالکیت رخ می‌دهد اما در قولنامه انتقال مالکیت در آینده رخ خواهد داد و فعلاً مالکیتی منتقل نخواهد شد.

*قولنامه مانند بیع لازم است و قابل فسخ نیست و در فرض فوت یا حجر هر یک از طرفین، به قوت خود باقی می‌ماند، در قولنامه به دلیل عهدی و الزام‌آور بودن چنانچه یکی از طرفین به تعهد خود عمل ننماید طرف دیگر می‌تواند الزام او را به انجام تعهد بخواهد.

۵- وعده یک‌طرفه بیع (اخذ بالسوم):

گاهی تنها یکی از دو طرف که معمولاً فروشنده است ملزم به بیع خواهد شد در این فرض فروشنده قیمت و شرایط معامله را تعیین (انشاء ایجاب فروش) و اراده خود را برای انتقال مبیع اعلام و وقوع و انتقال بیع را موکول به تمایل خریدار می‌کند.

به عبارت دیگر اخذ بالسوم به معنای این است که شخصی کالایی را از دیگری دریافت می‌کند تا پس از بررسی آن کالا آن را خریداری نماید به شخصی که کالا را گرفته است «آخذ بالسوم» و به آن کالای مزبور «مأخوذ بالسوم» می‌گوییم.

*تفاوت وعده دوطرفه بیع با اخذ بالسوم:

در وعده دوطرفه بیع هنوز قرارداد بیع منعقد نشده و طرفین متعهد هستند که در آینده بیع را منعقد کنند اما در اخذ بالسوم ایجاب بیع از جانب موجب بیان شده است و منتظر دریافت قبول هستیم و چنانچه همان ایجاب قبول شود عقد بیع منعقد خواهد شد.

در بیع دوطرفه لحظه وقوع عقد آینده‌ای است که مجدداً طرفین ایجاب و قبول را انشاء کنند اما در وعده یک‌طرفه بیع عقد از لحظه انشای قبولی توسط مخاطب ایجاب منعقد می‌شود.

وعده یک‌طرفه فقط برای موجب ایجاد تعهد می‌کند اما قولنامه یا وعده دوطرفه برای طرفین ایجاد تعهد می‌نماید.

*پیداخذ بالسوم ضمانتی است.

یعنی آخذ بالسوم تعهد دارد از کالا محافظت نماید و در صورت تلف مسئول است مگر اینکه قوه قاهره را ثابت نماید.

۶- بیع صرف:

بیعی است که مبیع و ثمن هر دو طلا یا نقره باشند (چه هردو طلا، چه هر دو نقره یا یکی طلا و دیگری نقره)

فروش طلا یا نقره به پول (دلار، ریال و...) بیع صرف محسوب نمی‌شود.

مسکوک یا غیرمسکوک بودن طلا و نقره تفاوتی در ماهیت بیع صرف ایجاد نمی‌کند.

شرط صحت بیع صرف:

قبض و اقباض هر دو عوض (مبیع و ثمن) در بیع صرف، برخلاف سایر عقود عینی، دو قبض شرط صحت عقد است.

طبق نظر فقها قبض باید در مجلس عقد انجام شود اما طبق نظر دکتر کاتوزیان لازم نیست در مجلس عقد باشد؛ بلکه کافی است بین ایجاب و قبول و قبض و اقباض، توالی عرفی برقرار باشد.

حق حبس از آثار عقد صحیح است و در بیع صرف قبل از قبض کامل، عقد منعقد نشده بنابراین حق حبس در آن متصور نیست.

اگر یکی از طرفین از دادن عوض خودداری کند، عقد اساساً منعقد نمی‌شود.

○ اختیار انعقاد معامله:

-تمایز میان اهلیت و اختیار:

اهلیت یعنی توانایی قانونی برای انجام معامله.

اختیار یعنی مجاز بودن از نظر قانونی و حقوقی برای ورود در معامله معین.

کسی ممکن است اهلیت داشته باشد اما در یک مورد خاص فاقد اختیار باشد.

-تأثیر فقدان اختیار بر معامله:

در برخی موارد، فقدان اختیار موجب بطلان معامله است در موارد دیگر، فقدان اختیار موجب عدم نفوذ معامله می‌شود، تا وقتی که تنفیذ صورت گیرد.

توضیح	علت	اثر معامله	نوع مال	مورد
جلوگیری از اضرار به طلبکاران	فقدان اختیار	باطل	اعم از منقول و غیرمنقول	معامله اشخاص ورشکسته
معامله‌کننده مالک، مأذون یا وکیل نیست.	فقدان اختیار	غیر نافذ	هر مال	معامله فضولی
متضمن تضییع حق ثالث است.	فقدان اختیار	باطل (طبق قانون)	معمولاً منقول	معامله مال توقیف شده
حق مرتهن باقی است و تقدم دارد بر خریدار	شرط مقدم بودن حق مرتهن	صحیح (نظر مشهور)	غیرمنقول	بیع مال مرهونه - غیرمنقول
منوط به تنفیذ مرتهن	احتمال تضییع حق مرتهن	غیر نافذ (نظر مشهور)	منقول	بیع مال مرهونه - منقول

☞ معامله معارض با قولنامه:

با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی هرگاه طرفین یا یک طرف متعهد به انعقاد عقد بیع شود به صورت ضمنی حق انتقال آن مال را از خود سلب کرده است پس حق انتقال به غیر را ندارند بنابراین در فرض انتقال به غیر در برابر ذینفع قولنامه قابل ابطال است.

☞ وکالت صوری و به قصد بیع، تابع احکام بیع است مشروط به اینکه اثبات شود. به عبارت دیگر در مقام اثبات، شخصی که مدعی وقوع بیع یا تعهد به بیع است باید دلیل ارائه نماید. (رای شماره ۲۲ شعبه ۵ دیوان عالی کشور)

سلب حق فروش دائم از خریدار، خلاف مقتضای عقد بیع است ولی اگر محدودیت متعارف باشد مانند اینکه تا ۵ سال حق فروش نداشته باشد صحیح است.

ماده ۳۳۹ قانون مدنی: پس از توافق بائع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد.

گاهی صرف ایجاب و قبول برای وقوع بیع کافی نیست و نیاز به قبض (بیع صرف) یا تشریفات خاص (مثل فروش اموال دولتی از طریق مزایده دارد). -معاطات معامله‌ای است که ایجاب و قبول آن لفظی نبوده و به داد ستد واقع می‌شود معاطات می‌تواند از جانب یک طرف یا طرفین باشد.

ماده ۳۴۰ قانون مدنی: در ایجاب و قبول، الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد.

ملاک صراحت الفاظ و عبارات در دلالت بر بیع، عرف می‌باشد. واژه صریح بیان شده در ماده مزبور به معنای لفظی بودن نمی‌باشد بلکه به معنای قاطع بودن خواهد بود.

-با توجه به رأی شماره ۷۹۸/۹ شعبه ۹ دیوان عالی کشور، اگر سند عادی دلالت بر وقوع بیع باشد اما در بالای سند واژه قولنامه درج شده باشد صرف استفاده از این واژه مانع بیع بودن آن نخواهد بود.

ماده ۳۴۱ قانون مدنی: بیع ممکن است مطلق باشد یا مشروط و نیز ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن، اجلی قرار داده شود.

○ بیع از لحاظ زمان تسلیم مورد معامله به ۴ قسم تقسیم می‌شود؛

نقد (ثمن و مبیع هر دو حال می‌باشند)

نسیه (مبیع حال و ثمن کلی و مدت‌دار است)

سلف یا سلف یا پیش‌فروش (ثمن معمولاً حال و مبیع کلی و مدت‌دار)

کالی به کالی (مبیع و ثمن هر دو کلی و هر دو عوض مدت‌دار)

با توجه به قسمت اخیر ماده ۳۴۱؛ می‌توان برای تسلیم مبیع و ثمن اجل تعیین شود و هر دو مؤجل باشد، اما این اجل باید معین باشد، چراکه مجهول ماندن آن موجب غرر و بطلان بیع می‌شود. پرداخت ثمن از آثار بیع صحیح می‌باشد نه شرط صحت بیع!

☆ بیع کالی به کالی برخلاف نظر مشهور با توجه به مواد ۱۰ و ۲۲۳ ق.م صحیح می‌باشد اما بیع دین به دین باطل است.

در بیع کالی به کالی، مبیع و ثمن کلی فی الذمه هستند نه معین! یعنی در زمان انعقاد عقد، عین مشخصی تسلیم نمی‌شود بلکه فروشنده و خریدار متعهد به تسلیم کالایی با اوصاف کلی هستند.

اما در بیع دین به دین هر دو طرف معامله دین هستند. یعنی مال مورد بیع و ثمن هر دو طلب (دین) هستند و هیچ‌کدام عین نیست. این بیع باطل است چراکه در زمان انعقاد عقد، هیچ‌گونه عین خارجی یا کلی در معین مبادله نمی‌شود، بلکه صرفاً دو دین مورد معامله قرار گرفته که مخالف ماهیت تملیکی عقد بیع است.

★ برخلاف بیع دین به دین که باطل است، صلح و معاوضه‌ی دین به دین باطل نیستند.

☆ در بیع سلم یا سلف الزامی به نقد بودن ثمن یا تسلیم آن در مجلس عقد نمی‌باشد.

☆ نحوه پرداخت اقساط در قرارداد پیش‌فروش ساختمان تابع توافق طرفین است ولی حداقل ۱۰٪ از بها هم‌زمان با تنظیم سند رسمی قابل وصول خواهد بود و خلاف آن قابل توافق نمی‌باشد.

○ اقسام بیع از حیث اعلام قیمت خرید:

۱-بیع مساومه: قیمتی که صرفاً با توافق بین فروشنده و خریدار تعیین می‌شود. (ترازی)

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-بیع مراحبه: فروشنده قیمت خرید کالا و هزینه‌های خود را به خریدار اعلام می‌کند و سپس با افزودن درصد یا مبلغی به‌عنوان سود، کالا را به او می‌فروشد.

۳-بیع مواضعه: فروشنده کالا را با کمتر از قیمت خرید خود می‌فروشد.

۴-بیع تولیت: فروشنده با اعلام بهای کالا خریداری شده به خریدار، آن را بر اساس قیمت تمام شده بفروشد منظور تمام هزینه‌هایی است که متقبل شده از جمله انبارداری، حمل و ...

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

-معامله‌ای که در آن مبیع مبهم یا مردد باشد اصولاً باطل است و غرری نامیده می‌شود.

-قسمت اول ماده ۳۴۲ بر همه اقسام بیع دلالت دارد اما تعیین مقدار صرفاً بر بیعی که مبیع آن معین است دلالت دارد و در کلی و کلی در معین صرفاً ذکر مقدار کافی است.

-در فرضی که تعیین مبیع به آینده موکول شود عقد بیع صحیح است مانند آنکه اسبی که در مسابقه برنده شود به فروش رسد.

-عرف بلد یعنی عرف محل انعقاد عقد.

-اگر مبیع به شرط داشتن جنس معین فروخته شود و خلافان درآید، معامله باطل است.

-اگر مبیع به شرط داشتن وصف معین فروخته شود خلاف آن درآید، مشروط له حق فسخ دارد.

-در فرضی که فروشنده، فروش دو مبیع با ارزش نابرابر را به خریدار پیشنهاد می‌دهد که بهای هر یک را معلوم کرده است و مشتری اختیار دارد هر کدام را که می‌خواهد انتخاب کند بیع نسبت به همان مبیع انتخاب شده منعقد خواهد شد.

-گاه مقدار مبیع در ابتدای انعقاد قرارداد معلوم نمی‌باشد؛ مانند فروش بنزین در جایگاه‌های سوخت که ارزش مبیع نسبت به هر لیتر آن مشخص است اما مقدار و مجموع ثمن از ابتدا مشخص نیست در این چنین مواردی اگر جهل به مقدار در حدی نباشد که معامله را به غرری تبدیل نماید معامله صحیح و معتبر خواهد بود.

ماده ۳۴۳ قانون مدنی: اگر مبیع به شرط مقدار معین فروخته شود، بیع واقع می‌شود اگرچه هنوز مبیع شمرده نشده یا کیل یا ذرع نشده باشد

خرید مبیع به شرط مقدار یا وصف معین یکی از راه‌های معلوم کردن مبیع می‌باشد.

به اعتقاد برخی ماده ۳۴۳ در مورد جنس مبیع قابل اجرا نمی‌باشد زیرا ضمانت اجرای تخلف از جنس، حق فسخ نیست بلکه بطلان عقد می‌باشد. اگر مبیع به شرط داشتن مقدار معین فروخته شود و خلاف آن درآید، مشروط له حق فسخ دارد.

ماده ۳۴۴ قانون مدنی: اگر در عقد بیع، شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت، موعدی معین نگشته باشد بیع، قطعی و ثمن، حال محسوب است مگر اینکه برحسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتي وجود شرط یا موعدی معهود باشد اگرچه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد.

منظور از بیع قطعی؛ بیعی است که در آن خیار شرط نباشد پس چنانچه در بیعی یکی از اقسام شرط (صفت، فعل، نتیجه) درج شده باشد، بیع مشروط نامیده می‌شود.

اگر نحوه اجرای تعهد مانند اینکه ثمن معامله چگونه پرداخت شود صحبتی به میان نیامده باشد بیع صحیح است و بایع می‌تواند ثمن را مطالبه نماید.

در بیع نسبه به‌ظاهر این‌گونه است که مهلت و اقساط به سود خریدار می‌باشد و هر موقع که بخواهد می‌تواند از آن صرف نظر کند و ثمن را نقداً بپردازد.

ماده ۳۴۵ قانون مدنی: هر یک از بایع و مشتری باید علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله، اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد

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

منظور از اهلیت قانونی در ماده مزبور بلوغ، عقل، رشد (اهلیت استیفا) می‌باشد و منظور از اهلیت تصرف، اختیار تصرف در موضوع تعهد می‌باشد. به‌طور مثال راهن و تاجر ورشکسته اهلیت قانونی انعقاد بیع را دارند ولی جواز تصرف ندارند و عملشان نافذ نیست. تنها در یک مورد جواز تصرف در آن اموال شرط نیست و آن هم وصیت تملیکی می‌باشد یعنی شخصی که ورشکسته شده یا راهن می‌تواند نسبت به اموالشان وصیت نمایند زیرا وصیت عقد تملیکی است که تا هنگامی که دیون شخص موصی پرداخت نشده است اجرا نخواهد شد.

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

-با توجه به قسمت اول ماده بیع مال موقوفه جز در مواردی که استثناء شده است یا بیع اموال عمومی، مواد مخدر، مبادله و خریدوفروش ارز خارج از سیستم بانکی ممنوع می‌باشد.

-در مواردی مانند انتقال حق کسب و پیشه، انتقال سهام در شرکت سهامی خاص، انتقال مورد معامله به‌موجب قانون یا قرارداد منوط به موافقت شخص ثالثی می‌باشد و بدون رضایت ثالث معامله معتبر نخواهد بود.

-قدرت بر تسلیم در همه عقود شرط صحت است ولی قانون فقط به سه مورد؛

۱- بیع ۲- اجاره ۳- وقف

اشاره کرده است. اصولاً قدرت بر تسلیم در زمان انعقاد عقد شرط صحت عقد است ولی استثنائاً اگر عقدی مؤجل باشد قدرت بر تسلیم در زمان انعقاد عقد شرط نیست بلکه در زمان اجل شرط صحت می‌باشد.

-قدرت بر تسلیم ممکن است در دو حالت وجود نداشته باشد؛

الف-در زمان انعقاد عقد وجود نداشته است: اگر در زمان انعقاد عقد قدرت بر تسلیم ممکن نباشد قرارداد باطل است و علم یا جهل بایع و مشتری تأثیری در حکم بطلان نخواهد داشت مگر؛

۱- بایع و مشتری در زمان انعقاد عقد جاهل بر عدم قدرت بر تسلیم باشند که در این فرض قرارداد باطل است.

۲- بایع و مشتری در زمان انعقاد عقد عالم به عدم قدرت بر تسلیم باشند که در این حالت نیز عقد باطل است اما سبب بطلان به دلیل فقدان قصد می‌باشد.

ب-بعد از انعقاد عقد و در هنگام تسلیم وجود نداشته باشد؛

در این فرض به دلیل زائل شدن قدرت بر تسلیم بعد از انعقاد عقد، قرارداد صحیح است اما دو حالت متصور است:

۱- قدرت بر تسلیم به‌طور دائم از بین رفته باشد مانند اینکه مبیع یا ثمن هر دو تلف شده باشند که قرارداد صحیح و منفسخ می‌شود.

۲- قدرت بر تسلیم موقتاً از بین رفته باشد ← وحدت مطلوب باشد: عقد منفسخ می‌شود

تعدد مطلوب باشد ← صبر کند تا قدرت بر تسلیم فراهم شود

فسخ با استناد تعذر تسلیم

-منظور از غیرمقدور بودن عمل مورد معامله که بطلان را در پی خواهد داشت این است که توسط هیچکس قابل انجام نباشد (مطلقاً)

اما در فرضی که به‌طور نسبی غیرمقدور باشد عقد صحیح است و متعهدله اولاً می‌تواند خسارت تأخیر مطالبه نماید دوماً تعهد را به خرج متعهد توسط خود یا دیگری اجرا نماید.

ماده ۳۵۰ قانون مدنی: مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به‌طور کلی از شیء متساوی الاجزا و همچنین ممکن است کلی فی‌الذمه باشد.

مبیع ممکن است شیئی متساوی الاجزا باشد مانند؛ خاک زمینی که تماماً رس می‌باشد که در این صورت فروش آن به‌صورت کلی در معین صحیح می‌باشد و در مقابل ممکن است مختلف الاجزا باشد مانند آنکه مقداری از خاک رس و مقداری شن و ماسه باشد که در این صورت فروش آن

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 صورت کلی در معین باطل است زیرا متفاوت بودن اجزا، عرفاً موجب جهل و غرر مشتری می شود چراکه وی نمی داند کدام به او تعلق خواهد گرفت.

-در مبيع کلی یا کلی در معین، قبض منوط به اجازه و تعیین مبيع از سوی فروشنده می باشد و در صورت امتناع وی، می توان از طریق دادگاه او را ملزم نمود.

در فرضی که معامله به صورت کلی در معین است و قسمتی از معامله تلف شود، تلف بر عهده فروشنده می باشد اما اگر به نحو مشاع باشد مانند فروش یک سوم یا ۱۰٪ از پنج تن آرد موجود در انبار، تلف به نسبت مالکیت فروشنده و خریدار بر عهده هر دو آن ها می باشد.

☑ در فروش به نحو کلی، مادامی که مبيع تعیین مصداق و تسلیم نشده است ضمان معاوضی می باشد اما در فرض فروش به نحو مشاع تسلیم مبيع موضوعیت نخواهد داشت و ضمان معاوضی پس از انعقاد عقد به خریدار منتقل می شود و تلف پس از آن به نسبت مالکیت هریک بر مبيع به عهده خریدار و سایر مالکین می باشد.

مثال: اگر شخصی یک چهارم از ده تن برنج انبار خود را بفروشد و بعداً کشف که پیش از معامله نیمی از برنج تلف شده بوده است خریدار نمی تواند مدعی مالکیت بر ۲/۵ تن برنج از ۵ تن برنج موجود در انبار باشد زیرا از عبارت یک چهارم این گونه برداشت می شود که مبيع به نحو مشاع خریداری شده است بنابراین در فرض مطرح شده مستند به ماده ۳۶۱ بیع جزئاً باطل است و خریدار می تواند تقلیل ثمن دهد یا با استناد به خيار تبعض صفقه (به شرط ناآگاه بودن به فقدان مبيع) بیع صحیح را نیز فسخ کرده و ثمن پرداختی را مسترد نماید.

ماده ۳۵۱ قانون مدنی: در صورتی که مبيع، کلی (یعنی صادق بر افراد عدیده) باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبيع ذکر شود.

-معلوم بودن مبيع از شرایط صحت بیع می باشد اما نحوه معلوم نمودن مبيع، با توجه به کلی یا معین بودن آن، متفاوت است، در عین معین، فرد مورد معامله باید معین باشد؛ اما در رابطه با بیع کلی، تعیین جنس، کیفیت و کمیت مبيع کفایت می نماید، البته **وصف مرغوبیت** آن، می تواند مبهم باشد؛ که در این صورت، انتخاب با متعهد است؛ به شرط آنکه انتخاب او معیوب نباشد.

-در بیع از روی نمونه نیازی به بیان جنس و وصف مبيع نمی باشد اما ذکر مقدار لازم است.

-در بیع کلی اگر چنانچه وصف مجهول باشد اما جنس و مقدار ذکر شده باشد بیع اصولاً باطل است اما پیش تر گفته شد وصف مرغوبیت می تواند مجهول باشد که تأثیری در صحت بیع ندارد و فقط کفایت عرفاً معیوب نباشد.

ماده ۳۵۲ قانون مدنی: بیع فضولی نافذ نیست مگر بعد از اجازه ی مالک به طوری که در معاملات فضولی مذکور است.

ماده ۳۵۳ قانون مدنی: هرگاه چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع، باطل است و اگر بعضی از آن، از غیر جنس باشد نسبت به آن بعض باطل است و نسبت به مابقی مشتری حق فسخ دارد.

۱- حق فسخ پیش بینی شده در ماده مزبور با استناد به خيار تبعض صفقه می باشد و در فرضی قابل اعمال است که؛

- مبيع قابل تجزیه باشد ← (اگر قابل تجزیه نباشد کل معامله باطل است)
- مبيع عین معین باشد ← (مبيع کلی باشد معامله صحیح و بایع را اول الزام به تسلیم مبيع مطابق جنس نماید اگر الزام ممکن نبود با استناد به خيار تعذر از تسلیم قابل فسخ است)

☑ **هرجا کلی بود اول از هرکاری بایع را الزام می کنیم.**

۲- در فرضی که اشتباه در خود موضوع معامله باشد با استناد به ماده فوق بطلان بیع را در پی خواهد داشت مانند اینکه انگشتری به عنوان نقره به فردی فروخته شود اما بعداً مشخص شود که پلاتین بوده است.

۳- در فرضی که وصف مهم دیگری به غیر از جنس مدنظر طرفین باشد مانند اینکه شخصی کیفی را به این دلیل که برند Fendi و ساخت ایتالیا می باشد خریداری نماید اما بعداً معلوم شود که کیف تولید انگلیس و اصل نیست در این صورت بیع به دلیل اشتباه خود موضوع معامله باطل است. در این مثال تولید ایتالیا بودن وصف جانشین ذات است.

ماده ۳۵۴ قانون مدنی: ممکن است بیع از روی نمونه به عمل آید. در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود والا مشتری اختیار فسخ خواهد داشت.

این ماده به فروش از روی نمونه اشاره دارد و در بیان عدم انطباق مبیع با نمونه منصرف به اوصاف مهم می باشد زیرا تخلف از وصف اساسی موجب بطلان معامله خواهد بود نه فسخ آن.

برای فروش از روی نمونه دو حالت متصور است؛

۱- مبیع عین معین و کلی در معین باشد: برای مثال نمونه ای نشان داده می شود و گفته می شود مبیع نیز کالایی مشابه همین است و همین اوصاف را دارا می باشد حال اگر

چنین نباشد و مبیع اوصاف را نداشته باشد مشروط له حق فسخ دارد.

۲- مبیع کلی فی الذمه باشد: برای مثال نمونه ای نشان داده می شود و بیان می شود که مصداق تحویلی نیز دارای همین اوصاف خواهد بود حال اگر چنین نباشد و از حیث جنس و سایر اوصاف مانند نمونه نباشد مشروط له (خریدار) می تواند مشروط علیه را به دادن مصداقی با اوصاف مقرر الزام می نماید.

- هرگاه بعض مبیع معین از روی نمونه فروخته شود و آن بعض مطابق نمونه نباشد مشتری می تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول نماید ولی حق تبعیض ندارد.

- خیاری که در این ماده اعمال می شود خیار تخلف از وصف می باشد.

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

اگر مشتری، زمینی را با قید مقدار معین خریداری نماید؛ و سپس معلوم گردد که مبیع، دارای مساحت کمتری بوده؛ در این صورت خریدار، از حق فسخ قرارداد برخوردار بوده؛ یا اینکه می تواند مبیع را با دریافت آرش کمبود از با یع قبول نماید، چرا که صفت مقدار، وصفی است جوهری که اشتباه در آن، موجب بطلان قرارداد نسبت به مقدار نقصان می گردد؛ که در نتیجه، با یع را ملزم به رد ثمن آن قسمت به خریدار می نماید.

○ اجزا و توابع مبیع:

هر چیزی که بر حسب عرف و عادت یا به موجب قرائن و اوضاع و احوال، جزء یا تابع مبیع محسوب شود، متعلق به مشتری است حتی اگر صراحتاً در عقد ذکر نشده باشد.

- تشخیص توابع مبیع با عرف می باشد و چنانچه عرف ساکت باشد اصل عدم دخول شیء متنازع فیه در مبیع می باشد.

- توابع مبیع همیشه مال نیست و ممکن است تعهد نیز باشد و همچنین این توابع گاهی ممکن است به ضرر خریدار باشد.

مثال: وحید و سبحان دو ملک مجاور دارند و با یکدیگر توافق می نمایند که بیش از سه طبقه روی این ملک ساخت و ساز ننمایند حال اگر وحید ملک خود را به الف بفروشد و او بی اطلاع از این توافق باشد و اقدام به ساخت بیش از سه طبقه نماید در این فرض او قائم مقام فروشنده محسوب شده و این تعهد را باید رعایت نماید اما در صورت جهل به این تعهد با استناد به خیار تخلف از وصف حق فسخ خواهد داشت.

ماده ۳۶۰ قانون مدنی: هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است استثنای آن از مبیع نیز جایز است.

{اگر آن چیزی که از مبیع استثناء می شود، مجهول باشد، به دلیل اینکه باعث جهل در مبیع نیز می شود، معامله را باطل می گرداند}

استثنا خط تلفن از ملک صحیح می باشد

- انتقال پارکینگ یا انباری به صورت مستقل و جدا از ساختمان اصولاً ممکن نیست مگر اینکه انتقال اعم از عین یا منافع به یکی دیگر از مالکین همان ساختمان باشد و انتقال به صورت مشاع نباشد.

- فروش سهم الارث آینده باطل است مگر عرفاً از آن رفع ابهام شده و انتقال صریحاً یا ضمناً معلق به تحقق مالکیت انتقال دهنده شده 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

ماده ۳۶۱ قانون مدنی: اگر در بیع عین معین، معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.

- اگر مال کلی آینده مورد بیع قرار گیرد به آن بیع سلم یا سلف گفته می‌شود که صحیح است.
- تحقق مالکیت در بیع مال آینده منوط به ایجاد مبیع است و خللی در آن نیست.
- پیش‌فروش آپارتمان از روی نقشه صحیح است، انتقال تدریجی مالکیت معلق بر ایجاد ساختمان است و پیش خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی مالک ملک پیش‌فروش شده می‌شود.
- از این ماده نیز این برداشت می‌شود که در بیع فضولی در فاصله‌ای که معامله منعقد شده تا تنفیذ از جانب مالک، اگر مورد معامله تلف شود بیع باطل است و قابلیت تنفیذ را ندارد.
- بیعی که صحیح واقع شود آثار زیر را به همراه دارد:
 - ۱- به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود.
 - ۲- عقد بیع، بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد.
 - ۳- عقد بیع، بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید.
 - ۴- عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند.
- با توجه به بند ۱ انتقال مالکیت مبیع به مشتری حالات زیر متصور است:
 - الف- اگر مبیع عین معین باشد: مالکیت آن از زمان انعقاد عقد (ایجاب و قبول) به مشتری منتقل می‌شود مگر؛
 - ۱- شرط تأخیر در انتقال مالکیت شده باشد. (مالکیت از زمان مشخص شده در آینده منتقل می‌شود).
 - ۲- شرط تقدیم در انتقال مالکیت (به موجب توافق، مالکیت از زمانی در گذشته منتقل می‌شود)
 - ۳- شرط تعلیق
 - ۴- بیع صرف (انتقال مالکیت از زمان قبض و اقباض مبیع و ثمن می‌باشد)
 - ۵- بیع شرط ملک (ماده ۳۴ ق. اصلاحی ثبت، ماهیت این بیع را در خصوص املاک از نقلی به رهنی تغییر داده است و بیع شرط در حقوق کنونی موجب انتقال مالکیت نیست).
 - ب- اگر مبیع کلی در معین یا کلی در فی الذمه باشد:
 - به این دلیل که مصداق واحدی ندارد و تعیین مصداق بر عهده بایع است مالکیت مبیع از زمانی که مصداق مبیع توسط بایع تعیین و مشخص می‌شود به مشتری منتقل می‌شود، هر چند که مصداق مزبور هنوز به مشتری تحویل داده نشده باشد.
 - تملیک فوری زمانی است که مبیع عین معین باشد و در صورت کلی بودن مبیع خریدار نسبت به فروشنده حق دینی دارد که پس از تعیین مصداق تبدیل به حق عینی می‌شود.
 - * تفاوت حق عینی با دینی در این است که در فرضی که مبیع عین معین باشد به خریدار حق می‌دهد تا به استناد حق عینی که بر مبیع دارد آن را از فروشنده ورشکسته مطالبه نماید و وارد غرما نمی‌شود اما اگر کلی باشد خریدار همانند سایر طلبکاران، چاره‌ای جز داخل شدن در غرما ندارد.
 - * تعیین مصداق بدون تسلیم نیز موجب انتقال مالکیت می‌باشد*

ماده ۳۶۳ قانون مدنی: در عقد بیع، وجود خيار فسخ برای متبایعین یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا ثمن، مانع انتقال نمی‌شود بنابراین اگر ثمن یا مبیع عین معین بوده و قبل از تسلیم آن، احد متعاملین مُفلس شود طرف دیگر، حق مطالبه آن عین را خواهد داشت.

- خيار فسخ بیان شده در این ماده اغلب خيار شرط می‌باشد.
- با عنایت به قسمت دوم ماده حالتی را بیان می‌کند که فروشنده بعد از بیع ورشکست شده باشد.
- در حالتی که فروشنده در حین معامله ورشکسته باشد معامله او با استناد به ماده ۴۱۸ ق. تجارت معتبر نمی‌باشد و اثری در انتقال مالکیت نخواهد داشت و همچنین مال در صورتی از دسترس طلبکاران خارج می‌شود که مبیع عین معین باشد تا به محض انعقاد عقد خریدار مالک آن 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

ماده ۳۶۴ قانون مدنی: در بیع خیاری، مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار و در بیعی که قبض، شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع.

خیاری بودن بیع، مانع از انتقال مالکیت هر یک از عوضین به طرف مقابل، نمی‌گردد، زیرا انتقال هر یک از عوضین به طرف مقابل در بیع، اثر اجتناب‌ناپذیر این عقد می‌باشد؛ بنابراین نمی‌توان خیاری یا نسبه بودن بیع را مانع از تحقق اثر مزبور دانست.

-بیع صرف، بیعی است که قبض، شرط صحت آن بوده و یکی از مبیع یا ثمن، طلا و دیگری، نقره یا هر دو طلا یا هر دو نقره است. یعنی در این بیع، عوضین (عوض و معوض) طلا و نقره هستند و باید مدنظر داشت که تفاوتی ندارد که کدام یک از عوضین (مبیع و ثمن) طلا باشد و کدام یک نقره و هم جنس بودن هر دو نیز، بلامانع است.

بیع صرف چون دو عوض دارد تقابض شرط صحت است

-در حقوق مدنی فقط بیع صرف بیعی عینی است اما مشهور فقها معتقدند با توجه به عبارت «مثل بیع صرف» در ماده ۳۶۴ بیانگر این است که بیع‌های دیگری‌ام داریم که قبض در آن شرط صحت باشد مانند؛ بیع سَلَم، که ثمن فی‌المجلس باید قبض شود.

-به موجب قانون ثبت، بیع خیاری ملک موجب انتقال مالکیت نمی‌باشد و خریدار طلبکار با وثیقه محسوب می‌گردد.

-صلح طلا و نقره نیاز به قبض ندارد.

ماده ۳۶۵ قانون مدنی: بیع فاسد اثری در تملک ندارد.

بیع فاسد، اثری در تملک نداشته؛ و همانند این است که از ابتدا عقدی منعقد نشده باشد؛ پس اگر کسی به موجب عقد فاسد، مالی را متصرف گردد؛ باید آن را به مالک رد نموده؛ و در صورت ناقص یا تلف شدن آن، ضامن عین و منافع است.

مثال: ب با الف یک معامله منعقد می‌کنند و الف در هنگام معامله مست است و ب مال را از او می‌گیرد، در اینجا قرارداد باطل است و مالی که ب گرفته مقبوض به عقد فاسد می‌باشد و شخص ب نسبت به عین و منافع آن مال مسئول است و فرقی نمی‌کند عالم یا جاهل به مستی بوده باشد.

{مهم این است که بیع، فاسد می‌باشد و شخص مالی را اخذ کرده و در حکم غاصب است و عالم یا جاهل بودنش تأثیری ندارد و ید ضمانی می‌باشد.}

☑ **مقبوض به عقد فاسد در حکم غاصب است.**

☞ ثبت ملک به اسم شخص در دفتر املاک، دلیل مالکیت قانونی شخص است اما خلاف این امر، قابل اثبات است یعنی چنانچه مدعی اثبات نماید تملک ملک از سوی شخص، بر مبنای بیع باطل بوده است اسناد مالکیت خریدار ابطال خواهد شد زیرا بیع باطل اثری در تملک ندارد. (رای اصراری ۱۶۵۳ دیوان عالی کشور)

ماده ۳۶۶ قانون مدنی: هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد کند و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.

با توجه به اینکه عقد فاسد، اثری در تملک ندارد؛ بایع و مشتری، در حکم غاصبی هستند که مال غیر را، در اختیار داشته؛ و قانون‌گذار، آنان را نسبت به تلف و نقص مال مزبور، ضامن می‌داند، و اگر غصب، در نتیجه فریب و غرور به وجود آمده باشد؛ مانند اینکه سارق، خودرو را به دیگری فروخته باشد؛ و مشتری، نسبت به مغضوب بودن مورد معامله، آگاه نبوده باشد؛ در این صورت در حکم غصب بوده؛ و غرور، او را از مسئولیت معاف نخواهد نمود.

-ضمان مشتری، در فرض معیوب شدن مال، یکی از آثار ضمان عین مبیع است، زیرا

خریدار، ضامن وصف صحت مال می‌باشد، حتی اگر وی، مرتکب هیچ‌گونه تقصیری نگردیده باشد.

در صورت تردید نسبت به عالم یا جاهل بودن متصرف، اصل بر جاهل بودن می‌باشد

○ بیع خیاری و بیع شرط:

بیع شرط (ماده ۴۵۸ ق.مدنی): عقدی است که در آن متعاملین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام ثمن را به مشتری پس دهد، اختیار فسخ بیع را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و همچنین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بایع قسمتی از ثمن را پس داد، اختیار فسخ بیع

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

را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد ولی هرگاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعض مشخص نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن.

-در بیع شرط به مجرد وقوع عقد، مبیع ملک مشتری می شود البته با وجود قید خیار برای بایع.

بیع شرط یک حق فسخ معلق می باشد

بیع شرط فقط مخصوص بایع است

ماده ۴۵۹ قانون مدنی: در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می شود با قید خیار برای بایع؛ بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید بیع، قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمائات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.

نکته: ماده ۴۵۹ ق.مدنی به موجب مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ثبت تخصیص یافته است. در ماده ۳۳ حق تقاضای ثبت با فروشنده است و در ماده ۳۴ وضع خریدار مانند طلبکار رهنی است با این تفاوت که تا زمان اجرای خیار مالک منافع است.

{پس طبق قانون ثبت بیع شرط مملک نیست و خریدار همچون طلبکار رهنی است یعنی خریدار در حکم مرتهن است و مال در وثیقه اوست ولی مالک آن نیست.}

✓ تفاوت بیع شرط با رهن: در رهن مرتهن نه مالک عین است نه مالک منفعت ولی در بیع شرط مرتهن مالک عین نیست ولی مالک منفعت می باشد یعنی تا زمانی که بایع خیار خود را اعمال نکند مشتری مالک منفعت می باشد.

✓ تفاوت بیع شرط با بیع خیاری: در بیع شرط، خیار شرط برای بایع است ولی در بیع خیاری، خیار شرط می تواند برای بایع یا مشتری یا ثالث باشد.

در بیع خیاری ابتدا حق فسخ اعمال می شود و بعد استرداد مبیع و ثمن صورت می گیرد ولی در بیع شرط ابتدا استرداد مبیع و ثمن صورت می گیرد و بعد از آن عقد فسخ می شود.

با توجه به نص ماده ۴۵۸ در بیع شرط حق فسخ معلق به استرداد ثمن شده است.

-در بیع شرط، مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی کند که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره (ماده ۴۶۰). اگر مشتری تصرفی که منافی خیار باشد انجام دهد غیر نافذ است و منوط به تنفیذ بایع است.

☑ اگر مشتری مال را به ودیعه بگذارد با حق بایع منافات ندارد و نافذ می باشد.

☞ نظریه ۷/۸۶۳۸-۱۳۸۱/۱۰/۲۸ قوه قضائیه: اگرچه طبق ماده ۴۵۹ ق.مدنی در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می شود و در مواد ۳۶۳ و ۳۶۴ همان قانون هم این موضوع تصریح شده اما مالکیت مشتری نسبت به مبیع متزلزل است. بنابراین در مدت خیار، مشتری نمی تواند آن را به دیگری منتقل نماید زیرا حق مشتری نسبت به مبیع مطلق نیست بلکه مقید به خیار است و در صورتی که مشتری مبیع را به دیگری منتقل کند این انتقال مانع از اعمال خیار به وسیله بایع نخواهد بود و در صورتی که بایع با اعمال خیار معامله را فسخ نماید وضعیت مبیع به حالت قبل از عقد برمی گردد. به عبارت دیگر، چنین انتقالی در حکم تلف مبیع نیست و اصل مبیع باید به بایع مسترد شود زیرا معامله دوم برخلاف نص ماده ۴۶۰ ق.مدنی است که نقل و انتقال مبیع را به لحاظ اینکه منافی خیار بایع است منع نموده است.

-اگر مشتری در زمان خیار از اخذ ثمن خودداری کند بایع می تواند با تسلیم ثمن به حاکم یا قائم مقام او معامله را فسخ کند. (ماده ۴۶۱ ق. مدنی) ممکن است خریدار، راضی به بازپس گرفتن ثمن نگردد؛ تا موعده خیار منقضی گردیده؛ و بیع قطعی شده؛ و در نتیجه مالکیت مشتری نسبت به مبیع مستقر شود، به همین دلیل قانون گذار، امکان رد ثمن را به حاکم یا قائم مقام او، پیش بینی نموده؛ و پس از طی این مرحله، فسخ عقد را میسر دانسته است.

{حکم ماده مزبور، نسبت به موردی که خریدار در دسترس نبوده؛ یا به دلیل منع شرعی، نظیر جنون و سفه، امکان رد ثمن به وی میسر نیست؛ قابل تسری می باشد}

ماده ۴۶۲ قانون مدنی: اگر مبیع به شرط، به واسطه فوت مشتری به ورثه او منتقل شود حق فسخ بیع در مقابل ورثه به همان ترتیبی که بوده است باقی خواهد بود.

-برابر با مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک کشور، اصولاً مشتری مالک مبیع نمی گردد؛ تا با فوت وی، مبیع به همراه حق فسخ، به ورثه او منتقل گردد؛ زیرا حق موجود برای دهنده پول، نسبت به استیفای مطالبات او، در مورد وثیقه مانند هر حق مالی دیگر، به ورثه او منتقل خواهد شد.

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

✓ اگر خریدار فوت نماید و بایع دارای حق خیار باشد؛ وی نمی‌تواند قائل به تبعیض گردیده؛ و نسبت به برخی ورثه مشتری، عقد را فسخ کرده؛ و نسبت به برخی دیگر، آن را نگاه دارد.

مثال: اگر شخصی خانه خود را، به بیع شرط فروخته؛ و قبل از انقضای مدت خیار، خریدار فوت نموده؛ و وراثت وی، منحصر به یک دختر و یک پسر باشند؛ در این صورت بایع نمی‌تواند بیع را نسبت به یکی از آنان فسخ نموده؛ و نسبت به دیگری نگاه دارد، بلکه یا باید عقد را به‌طور کلی فسخ نماید؛ یا اینکه با عدم فسخ آن در مدت خیار، موجب قطعی شدن معامله، استقرار مالکیت ورثه نسبت به آن ملک گردد.

ماده ۵۰۰ قانون مدنی: در بیع شرط، مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد باید به وسیله جعل خیار یا نحو آن، حق بایع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد باطل خواهد بود.
-منظور این ماده خیار شرط منفصل می‌باشد.

اگر در بیع شرط، خریدار، بدون اینکه رعایت مصلحت بایع را بنماید؛ مبیع را به‌طور مطلق، و بدون قید به اینکه موضوع یک بیع خیار است؛ اجاره دهد؛ در این صورت عقد اجاره مزبور، تا زمان اعمال خیار توسط فروشنده صحیح است.

چنانچه بایع، عقد را فسخ نکند؛ نسبت به زمان مازاد بر خیار، نیازی به تنفیذ مجدد مشتری نیست؛ زیرا او در زمان خیار نیز، مالک مبیع و منافع آن بوده؛ و با توجه به اختیارات ناشی از مالکیت، آن را اجاره داده است.

اگر فروشنده، خیار خود را اعمال نماید؛ در این صورت اجاره نسبت به زمان مازاد بر فسخ، غیرنافذ بوده؛ و اختیار تنفیذ یا رد آن با بایع است، درواقع هرچند در بیع شرط، مالکیت بایع نسبت به منافع زاید بر مدت خیار، فعلیت نداشته؛ اما بالقوه بوده؛ و رابطه وی نسبت به آن قطع نگردیده است و در صورت اعمال خیار خویش، او است که نسبت به تنفیذ یا رد اجاره فضولی، اظهارنظر خواهد نمود، و اجاره مبیع توسط خریدار در بیع شرط، نباید منافاتی با حقوق باיעی داشته باشد که برای وی، حق فسخ وجود دارد.

ممنوعیت خریدار از اجاره مبیع در بیع شرط، به میزان مدتی مازاد بر خیار، دلیل بر عدم مالکیت وی نسبت به مبیع نیست؛ بلکه چنین محدودیتی، جهت عدم اتخاذ تصمیمات منافی با حق خیار بایع می‌باشد، تا در صورت فسخ بیع توسط فروشنده، وی با مالی مسلوب المنفعه مواجه نگردد.

✎ در بیع شرطی که خریدار، دارای خیار است؛ فروشنده؛ ثمن عین معین را اجاره دهد؛ در این صورت باید عقد اجاره را، به نحوی منعقد نماید؛ که مغایرتی با حق خیار مشتری نداشته باشد.

○ تسلیم مبیع و ثمن:

تسلیم عبارت است از قراردادن مبیع در اختیار مشتری به‌گونه‌ای که بتواند تصرفات متعارف را در آن انجام دهد. متقابلاً تسلیم ثمن نیز به همین معنا از جانب مشتری نسبت به بایع انجام می‌گیرد.

-تسلیم در عقد بیع جز آثار عقد است به‌جز در بیع صرف که پیش‌تر گفته شد که تسلیم عوضین جز ارکان عقد می‌باشد.

-معیار تسلیم عرفی می‌باشد و زمانی تسلیم صدق پیدا می‌کند که شخص عرفاً بر مال مستولی شود و بتواند در آن هرگونه تصرفاتی را انجام دهد.

-تسلیم همیشه مستلزم تصرف مادی در مال نیست بلکه به معنای امکان تصرف در مال است.

-در کالاهای صنعتی که استفاده از آن‌ها دارای دستورالعمل خاصی است تسلیم وقتی محقق می‌شود که فروشنده علاوه بر تسلیم فیزیکی کالا دستورالعمل راه‌اندازی و استفاده از آن کالا را نیز به مشتری تحویل دهد.

-در صورتی که مبیع از پیش در تصرف مشتری باشد نیازی به تسلیم مجدد نیست و همان تصرف قبلی کفایت می‌کند.

-هزینه تسلیم و حمل مبیع بر عهده بایع است و هزینه تسلیم و پرداخت ثمن بر عهده مشتری می‌باشد مگر آنکه شرط خلاف شده باشد یا عرف محل برخلاف آن باشد.

-در صورت امتناع یکی از طرفین از تسلیم، طرف مقابل می‌تواند از دادگاه (حاکم) تقاضای الزام به تسلیم کند و اگر الزام ممکن نشد، طرف متضرر می‌تواند با استناد به خیار تأخیر تسلیم عقد را فسخ کند.

-در پیش‌فروش ساختمان، نحوه پرداخت اقساط تابع توافق طرفین است، اما طبق مقررات آمره قانون پیش‌فروش ساختمان، حداقل ده درصد از بها باید در زمان تنظیم سند رسمی پرداخت شود. این مقرر آمره بوده و توافق برخلاف آن مثلاً پرداخت کل ثمن در اقساط بعدی فاقد اعتبار قانونی است.

✎ مکان و زمان تسلیم:

-تعهدات ناشی از یک قرارداد در همانی مکانی که قرارداد منعقد شده است باید اجرا شود مگر عرف یا توافق طرفین چیز دیگری باشد.

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 معاملات غیرمنقول تسلیم باید در محل وقوع مال غیرمنقول صورت گیرد، مگر آنکه این مال غیرمنقول، محلی در بسته مانند خانه باشد که تسلیم آن می‌تواند در سایر مکان‌ها نیز با تحویل دادن کلید خانه صورت گیرد.

-عدم تعیین مدت، نشانه فوری بودن تسلیم میبع است مگر مقتضای عرف اعطای مهلت باشد.

قدرت بر تسلیم در زمان تسلیم شرط است نه زمان انعقاد عقد

تعیین مهلت مجهول مانند اینکه زمانی که پدرم فوت نماید بطلان را به دلیل غری بودن در پی خواهد داشت.

ماده ۳۷۱ قانون مدنی: در بیعی که موقوف به اجازه مالک است قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است.

در بیع فضولی، که موقوف به اجازه مالک است؛ قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است؛ زیرا پیش از تنفیذ، آن مال هنوز به تملک خریدار درنیامده است.

چنانچه در هنگام اجازه مالک قدرت بر تسلیم وجود نداشته باشد **بیع باطل** است.

-عبارت «که موقوف به اجازه مالک است»، را باید وصفی دانست که بیع را تخصیص داده است؛ {در بیع فضولی، که موقوف به اجازه مالک است؛ قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است، مگر اینکه بیع، از نوع نسبه یا سلف بوده؛ که در این صورت قدرت تسلیم، در زمان تأدیه میبع یا ثمن شرط است.}

-ماده ۳۷۱ ناظر بر فرضی است که برای تحویل میبع، موعدی وجود ندارد (م ۳۴۴) وگرنه در صورتیکه برای تسلیم، موعدی قرار داده شده باشد و تاریخ آن مؤخر بر تاریخ تنفیذ باشد قدرت بر تسلیم در تاریخ تحویل شرط است نه در زمان تنفیذ بیع، بنابراین تعارضی بین مواد ۳۷۰ و ۳۷۱ وجود نداشته و احکام آن‌ها قابل جمع می‌باشد.

-در بیع غیررشدید، قدرت تسلیم در زمان تنفیذ ولی شرط است.

ماده ۳۷۲ قانون مدنی: اگر نسبت به بعض میبع، بایع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعض دیگر نداشته باشد بیع نسبت به بعض که قدرت بر تسلیم داشته صحیح است و نسبت به بعض دیگر باطل است.

{مشتري در صورتی که بر ناتوانی فروشنده بر تسلیم میبع جاهل باشد می‌تواند بر مبنای خيار تبعض صفقه معامله را نسبت به بخش صحیح فسخ کند}

مثال: اگر تاجر ایرانی، ۲۰۰۰ تن شکر را از یک شرکت چینی خریداری نموده؛ و سپس به یک شرکت ایرانی فروخته باشد؛ و میبع به وسیله دو کشتی باری، برای خریدار دوم ارسال گردد؛ و در بین راه، یکی از کشتی‌ها به دست ناوگان جنگی بیفتد؛ و تسلیم نیمی از محصول خریداری شده؛ غیرمقدور گردد؛ در این صورت بیع، نسبت به بخشی از میبع، صحیح بوده؛ و نسبت به بخش دیگر باطل گردیده؛ و برای خریدار، خيار تبعض صفقه به وجود می‌آید.

✎ لزوم اذن برای قبض میبع و ثمن

ماده ۳۷۴ قانون مدنی: در حصول قبض، اذن بایع شرط نیست و مشتری می‌تواند میبع را بدون اذن قبض کند.

الف-در بیع عین معین، به محض انشای عقد، میبع به تملک خریدار درآمده؛ (قاعده تسلیط) و فروشنده ملزم به تسلیم آن به مشتری می‌گردد؛ لذا اگر تحویل مورد معامله به طرف مقابل، مؤجل نبوده؛ یا در صورت مؤجل بودن، مدت مزبور منقضی شده؛ و حق حبس بایع ساقط گردیده باشد؛ در این صورت خریدار می‌تواند بدون اذن فروشنده، میبع را قبض نماید؛ زیرا تصرف در مال خویش، نیازی به اذن دیگران ندارد.

ب-در صورت کلی فی الذمه بودن میبع، مشتری نمی‌تواند بدون اذن فروشنده، مورد معامله را قبض نماید مگر بعد از تعیین مصداق. اگر بایع، از تحویل میبع به وی خودداری نماید؛ جهت قبض آن توسط خریدار، اذن حاکم شرط است؛ زیرا حق مشتری، تا زمانی که توسط بایع یا خریدار تعیین نگردد؛ در چیزی متعین نیست.

مثال: اگر موضوع معامله، ۴ تن گندم از ۸۰ تن موجود در انبار باشد؛ تا وقتی که بایع، مصادیق میبع را مشخص ننموده است؛ تصرف خریدار در اموال مزبور بدون اذن وی، نوعی تصرف در مال غیر محسوب گردیده و صحیح نیست.

تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن

تغییر وضع حقوقی بایع از امین به غاصب

حق حبس برای خریدار

الزام به تسلیم و در صورت عدم امکان الزام

○ حق حبس:

شرایط ایجاد حق حبس:

عقد باید معوض باشد مثل بیع، اجاره، صلح معوض و ... در عقود ایگازن مثل هبه، وقف حق حبس معنا ندارد.

اگر هر دو تعهد ثمن و مبیع یا سایر عوضین حال باشند، حق حبس برای هر دو طرف ایجاد می‌شود.

حال است، حق حبس ندارد و باید اقدام کند.

۳- تفاوت زمان سررسید تعهدات:

اگر یکی از عوضین سر رسید دیرتری دارد، تنها طرفی که تعهد او دیرتر سر رسید می شود حق حبس دارد.

❖ حق حبس مختص بعم و مبيع معین نیست و در مورد مبيع کلی، در معین و کلی، فی الذمه نیز قابل اعمال است.

👉 موارد سقوط حق حبس:

۱- اسقاط ضمنی یا صریح در ضمن عقد:

ممکن است در قرارداد، شرطی درج شود که طرفین حق حبس را اسقاط کنند مانند شرط تحویل فوری یک طرف بدون انتظار طرف دیگر.

٢- اسقاط عملی:

اگر شخصی که حق حبس دارد با اراده خودش تعهدش را اجرا کند، دیگر نمی‌تواند به حق حبس استناد کند.

۳- تفاوت در حال و مؤجل بودن عوضین:

همان‌طور که گفته شد؛ اگر فقط یکی از تعهدات حال باشد، تنها طرفی که تعهدش سررسید دیرتر دارد می‌تواند به حق حبس استناد کند.

*حق حبس یک حق مالی است و به همین دلیل قابل اسقاط است. این اسقاط می‌تواند صریح یا درج شرط یا ضمنی (رفتار و اجرای تعهد) باشد.

👉 حق حبس در صورت عدم برابری سررسید تعهدات:

- اگر یکی از تعهدات موعد دیرتری دارد، فقطان طرف حق حبس دارد که موعد تعهدش دیرتر است. حتی اگر تعهد حال به سبب قوه قاهره به تعویق افتد، طرف دیگر

حق حبس دارد زیرا به هر ترتیب موعد تعهد او دیرتر از تعهد اول است.

اگر تعهدات هر دو طرف حال باشند و یا دارای اجل یکسان باشند و یکی از طرفین به علت عدم تمکن مالی تعهداتش تقسیط شود، تقسیط تعهدات یکی از طرفین حق حبس طرف دیگر را نمی‌گیرد زیرا تقسیط دین، آن دین را از اساس و به‌طور کلی مؤجل نمی‌کند و در نتیجه، حق حبس زائل و ساقط نمی‌شود.

در دوران اجرای حق حبس به وسیله فروشنده، هزینه نگهداری مبیع بر عهده خریدار است.

-منافع مبیع اعم از منفصل یا متصل متعلق به خریدار است. در فرضی که مبیع کلی است هزینه نگهداری و تحصیل منفعت پیش از تعیین مصداق متصور نیست.

-حق حبس اختصاص به عقد بیع ندارد اما در عقود مجانی قابل اعمال نمی باشد هرچند که با شرط عوض باشند. حق حبس در برخی عقود خاص؛

توضیح	قابلیت اعمال حق حبس	عقد
اصل محل اعمال حق حبس.	دارد	بیع
قبل از قبض، بیع تحقق نمی یابد.	ندارد	بیع صرف
عقد مجانی است مگر شرط خلاف.	ندارد	ودیعه با شرط عوض
اصل آن مجانی است مگر شرط خلاف.	ندارد	وکالت
چون پرداخت اولیه شرط شروع کار است.	ندارد برای کارفرما	پیمانکاری
تعهدات باید قانوناً مقدم انجام شود.	ندارد برای عامل، دلال، مقرض	جعاله، دلالی، قرض
ماده ۱۳۴ ق.ا.ا.م فقط اجرای احکام حق حبس دارد.	ندارد برای خریدار	مزایده اموال محکوم علیه

-در ودیعه با شرط عوض حق حبس راه ندارد زیرا عقدی مجانی است و آن شرط عوض به طور کلی، ماهیت آن را تبدیل به یک عقد معوض نمی کند. برای مثال، مستودع نمی تواند از پس دادن مال به مودع امتناع کند تا ابتدا دستمزدی را که به عنوان شرط عوض در عقد ودیعه تعیین شده است دریافت کند. البته می توان در این خصوص شرط خلاف کرد.

-در وکالت برای وکیل حق حبس وجود ندارد، زیرا نفس وکالت و اعطای نیابت، مجانی است و اجرتی که به وکیل داده می شود اجرت انجام موضوع وکالت است و وکیل تا موضوع وکالت را انجام ندهد مستحق دریافت دستمزد نیست. البته شرط خلاف امکان پذیر است.

-در بیع صرف حق حبس راه ندارد زیرا حق حبس از آثار بیع است و در بیع صرف تا قبل از قبض عوضین، بیعی منعقد نشده است؛ بنابراین حق حبس منتفی است. البته در بیع صرف اگر هر یک از طرفین از تسلیم عوض خودداری کند نمی توان او را الزام نمود و در این صورت بیعی منعقد نمی شود.

- در مواردی که انجام تعهدات یکی از طرفین عرفاً مقدمه لازم برای انجام تعهدات طرف دیگر است در این صورت شخصی که تعهدات او جنبه مقدماتی دارد حق حبس ندارد. برای مثال در عقد پیمانکاری، کارفرما باید بخشی از مبلغ پیمان را در همان ابتدای کار به پیمان کار بپردازد تا پیمان کار بتواند با آن مبلغ مواد و مصالح و تجهیزات لازم برای اجرای پروژه را تهیه کند و اصطلاحاً کارگاه محل اجرای پروژه را تجهیز نماید. بنابراین کارفرما برای پرداخت این مبلغ حق حبس ندارد و نمی تواند از دادن آن امتناع کند و دادن آن را موکول به زمانی کند که پروژه اجرا و تمام شده است زیرا تا این مبلغ به پیمان کار داده نشود او نمی تواند مصالح خریداری کند و کار را آغاز کند.

-در مواردی که قانوناً باید تعهدات یکی از طرفین زودتر انجام شود و قانون حق حبس را ساقط کرده است حق حبس راه ندارد؛ مانند:

✓ در جعاله تا عامل کار موضوع جعاله را انجام نداده باشد مستحق دریافت جعاله نیست؛ بنابراین در جعاله، عامل حق حبس ندارد.

✓ در دلالی تا دلال تعهد خود را اجرا نکند و واسطه انعقاد معامله نشود، مستحق دریافت اجرت نیست.

✓ در عقد قرض با توجه به تعریف این عقد ذاتاً تعهد یکی از طرفین (تعهد مقرض) باید قبل از تعهد طرف دیگر (تعهد مقترض) انجام شود زیرا تا مقرض (قرض دهنده)، مال مورد قرض را به مقترض (قرض گیرنده) تحویل ندهد نمی تواند مثل آن را مطالبه کند. بنابراین برای مقرض حق حبس راه ندارد و فقط مقترض حق حبس دارد. البته شرط خلاف امکان پذیر است.

✓ در خرید اموال شخص محکوم علیه که توسط اجرای احکام به مزایده گذاشته می شود اجرای احکام دارای حق حبس است اما خریدار دارای حق حبس نیست، زیرا طبق ماده ۱۳۴ ق.ا.ا.م تسلیم مال به خریدار فقط بعد از پرداخت تمام ثمن امکان پذیر است. در این خصوص شرط خلاف امکان پذیر نیست.

-اگر ثمن نقد به تأخیر افتد تا موعد تسلیم مبیع فرا رسد، خریدار نمی تواند تسلیم ثمن را موکول به قبض مبیع کند زیرا بنا به تراضی طرفین، تأدیه ثمن باید مقدم بر تسلیم مبیع باشد.

-در قراردادهای پیش فروش ساختمان، در صورتی که عملیات ساختمانی متناسب با مفاد قرارداد پیشرفت نداشته باشد، پیش خریدار می تواند پرداخت اقساط را منوط به ارائه تأییدیه مهندس ناظر مبنی بر تحقق پیشرفت از سوی پیش فروشنده نماید.

- اگر بایع قبل از اخذ ثمن، مبیع را به میل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت مگر به موجب فسخ در مورد خیار.

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

چنانچه بایع قبل از اخذ ثمن، مبیع را به میل خود تسلیم مشتری نماید؛ حق استرداد آن را نخواهد داشت؛ زیرا وفای به عهد، منجر به سقوط تعهد خواهد شد. اگر تسلیم ناشی از اکراه یا اشتباه باشد حق حبس از بین نخواهد رفت. در صورت اقاله، در مقام بازگرداندن دو عوض، حق حبس از بین نمی‌رود زیرا اقاله نیز خود نوعی عقد است ولی فسخ بیع، باعث انحلال و سقوط حق حبس است.

☞ مخارج نگهداری از مال در مدت اعمال حق حبس در مورد هریک از عوضین بر عهده مالک آن (مالک بعد از عقد) است. اگر مبیع عین معین باشد و بایع برای اعمال حق حبس آن را به مشتری تحویل ندهد هزینه‌های نگهداری از آن بر عهده مالک (مشتری) است در کلی در معین یا کلی فی الذمه باشد بعد از تعیین مصداق نیز چنین است.

ماده ۳۷۹ قانون مدنی: اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن، ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند بایع حق فسخ خواهد داشت و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع، ضامن بدهد و عمل به شرط نکند مشتری حق فسخ دارد. -هرگاه در عقد، شرط شده باشد که مشروط علیه، مال معین را رهن دهد؛ و آن مال، تلف یا معیوب شود؛ مشروط له، حق فسخ معامله را دارد، زیرا ضمانت اجرای تعذر، فسخ است.

درواقع اگر موضوع رهن، عین معین باشد؛ در صورت تلف آن، نمی‌توان مشروط علیه را، ملزم نمود تا مال دیگری را، به رهن دهد؛ و در این صورت چاره‌ای جز اعمال حق فسخ باقی نمی‌ماند، مگر اینکه تلف یا عیب، پس از قبض عین مرهونه، حادث شده باشد که در این صورت، چون مشروط علیه، به تکلیف خود عمل نموده؛ دیگر اعمال خیار فسخ، معنایی نخواهد داشت. *دادن رهن برای تأدیه ثمن مؤجل، صحیح است.*

ماده ۳۸۰ قانون مدنی: در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند.

مفلس شخصی است که اموالش کفاف دیون او را نمی‌دهد و به حکم دادگاه از مداخله در اموالش منع شده است. برخلاف ورشکستگی، اعسار مانع تصرف معسر در اموال خود نیست؛ بنابراین چنانچه مشتری ورشکسته شود و عین مبیع موجود باشد فروشنده می‌تواند معامله را فسخ کند (ماده ۵۲۰ ق.ت) خواه مبیع تسلیم شده باشد یا نشده باشد. باوجوداین، به اعتقاد دکتر کاتوزیان اگر مبیع تسلیم نشده باشد اعسار هم موجب حق فسخ است؛ با این استدلال که قسمت اخیر ماده ۳۸۰ که مقرر داشته است اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد، فروشنده می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند چهره خاصی از حق حبس است و منظور از امتناع، «حق فسخ» معامله است زیرا عدم تسلیم از سوی خریدار ارادی نبوده و فروشنده را نمی‌توان برای مدت نامعلومی بلامتکلیف گذاشت. ✍ شرایط تحقق خیار تفلیس از قرار ذیل است:

الف) صدور حکم ورشکستگی خریدار بعد از انعقاد قرارداد: خیار تفلیس ناظر به فرضی است که مشتری بعد از انعقاد عقد ورشکسته شود وگرنه ورشکسته بودن در حین انعقاد عقد، موجب بی‌اعتباری عقد است زیرا ورشکسته از مداخله در امور مالی خود ممنوع است.

ب) موجود بودن مبیع: خیار تفلیس ناظر به موردی است که مبیع به مشتری تسلیم نشده و یا اگر تسلیم شده هنوز عین آن نزد مشتری باقی است خواه مبیع عین معین باشد یا کلی، بنابراین اگر مبیع تلف شده یا مشتری قبل از صدور حکم ورشکستگی آن را به دیگری انتقال داده باشد خیار تفلیس وجود ندارد.

پ) کلی بودن ثمن: ماده ۳۸۰ ناظر به مورد غالب است که ثمن پول و در نتیجه مال کلی است وگرنه چنانچه ثمن عین معین باشد به مجرد وقوع عقد، فروشنده مالک ثمن می‌گردد و به واسطه حق عینی که بر ثمن معین پیدا می‌کند می‌تواند آن را مطالبه نماید و نیازی به خیار تفلیس نیست. **ت) عدم تأدیه ثمن:** در صورت پرداخت ثمن از سوی مشتری قبل از توقف (بند ۲ م ۴۲۳ ق.ت) یا از سوی ثالث ضرری متوجه فروشنده نخواهد شد تا وی برای دفع آن نیاز به خیار تفلیس داشته باشد؛ همچنین است موردی که مدیر تصفیه برای رعایت غبطه طلبکاران «مانند موردی که قیمت مبیع افزایش یافته»، برای جلوگیری از فسخ معامله ثمن را پرداخت نماید مستنبط از ماده ۵۳۴ ق.ت.

-خیار تفلیس به عقد بیع اختصاص نداشته و در سایر عقود معوض، نظیر قرض هم راه دارد باوجوداین در برخی موارد بر این قاعده عمومی محدودیت‌هایی وارد شده است؛ چنانکه در صلح تأمینی، خیار تفلیس راه ندارد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد و یا اعمال خیار تفلیس در عقد اجاره طبق ماده ۵۱۲ قانون تجارت منوط به عدم تودیع تأمین کافی از سوی مستأجر شده 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

- ماده ۳۸۱ قانون مدنی: مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت حمل آن به محل تسلیم، اجرت شمردن و وزن کردن و غیره به عهده بایع است، مخارج تسلیم ثمن بر عهده مشتری است.

هزینه‌های ادای دین بر عهده مدیون است؛ زیرا مخارج مزبور، جهت حفظ منافع وی به عمل می‌آید و نباید بر دوش دیگران گذارده شود، مگر اینکه طرفین، پیش از عقد یا بعد از آن، به نحو دیگری توافق نمایند.

ممکن است طرفین، توافق نمایند که هزینه‌های اجرای تعهد، به اشتراک هردوی آن‌ها تأدیه گردد؛ ولی اگر در این باره، توافقی بین آنان صورت نپذیرفته باشد؛ در این صورت مدیون باید مخارج مزبور را تأمین کند؛ زیرا اوست که باید موضوع دین را به طلبکار تسلیم نماید، و تحویل موضوع تعهد به متعهدله، از وظایف متعهد به شمار آمده و طرف مقابل، تکلیفی ندارد تا برای وصول طلب خود، هزینه‌هایی را به دوش بکشد؛ لذا مدیون، مکلف به تأدیه هرگونه مخارج، جهت برائت ذمه خود است.

قاعده مندرج در این ماده، از جمله قواعد تکمیلی بوده؛ و توافق خلاف آن امکان پذیر است.

ماده ۳۸۳ قانون مدنی: تسلیم باید شامل آن چیزی هم باشد که از اجزا و توابع مبیع شمرده می‌شود. (اشانتیون از توابع مبیع نیست و نوعی تملیک رایگان است.)

ماده ۳۸۴ قانون مدنی: هرگاه در حال معامله، مبیع از حیث مقدار، معین بوده و در وقت تسلیم، کمتر از آن مقدار درآید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع، زیاده از مقدار معین باشد، زیاده مال بایع است.

هرگاه از قرائن چنین برآید که شرط به سود هر دو طرف بوده و هر دو به مقدار ثابت مبیع، نظر داشته‌اند فروشنده نیز مانند خریدار می‌تواند به دلیل تخلف از وصف، عقد را فسخ کند.

- اگر مبیع قطعه معینی زمین باشد و مساحت آن کمتر از میزان اعلام شده باشد خریدار نمی‌تواند از دادگاه بخواهد تا فروشنده را ملزم به انتقال زمین متصل بدان به میزان کمبود مبیع نماید. یعنی خریدار نمی‌تواند درخواست کند تا کمبود مبیع از سایر اموال فروشنده تأمین شود.

- در خصوص کم‌وزیاد بودن مساحت ملک با ابعاد معین از آنجاکه ثمن به تناسب مقدار مبیع تعیین شده خریدار می‌تواند به نسبت کسری از ثمن معامله بکاهد و یا در صورت اضافه مساحت قیمت مازاد را بپردازد و برخلاف مصادیق ماده ۳۸۴ نمی‌توان گفت که زیاده مال بایع است زیرا زمین بر اساس ابعاد معین فروخته شده و از دایره تراضی خارج نبوده است؛

به عنوان مثال اگر خانه‌ای از قرار متری ده میلیون تومان با ابعاد معین فروخته شود و پس از معامله کشف شود که خانه ۱۵۰ متر بوده است نه ۱۴۰ متر فروشنده نمی‌تواند مدعی شود که ده متر اضافه متعلق به اوست زیرا آنچه مورد معامله قرار گرفته است یک باب خانه است نه ۱۴۰ متر از آن؛ حکم ماده ۱۴۹ قانون ثبت هم مؤید همین نظر است طبق این ماده ذینفع می‌تواند قیمت اضافی را بر اساس ارزش مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی معامله به صندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید.

✓ اگر گندم موجود در انباری به شرط اینکه صد کیلو باشد فروخته شود و بعد در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار درآید عقد صحیح و قابل فسخ است.

-خیار مشتری در این ماده **خیار تبعض صفقه** است.

📖 از مجموع مقررات قانون مدنی و ثبت در خصوص تخلف از مقدار، سه فرض قابل استنباط است؛

الف- مبیع غیر قابل تجزیه و مقدار، وصف مبیع است (یعنی مقدار جنبه فرعی دارد)؛

مانند زمین‌های کم‌بهای واقع در روستاها که از قرار متری فروخته نمی‌شوند و یا فرش (موضوع مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ قانون مدنی) در فرض اخیر، متضرر به استناد خیار تخلف از شرط صفت یا خیار تخلف از وصف حق فسخ دارد.

ب- مبیع قابل تجزیه و مقدار جزء مبیع است (یعنی مقدار جنبه اصلی دارد و به تناسب تغییر مقدار قیمت هم به همان نسبت تغییر می‌کند مانند میوه موضوع ماده ۳۸۴ قانون مدنی) در فرض اخیر اگر مبیع بیشتر باشد زیاده متعلق به بایع است و اگر کمتر باشد، مشتری دو اختیار دارد فسخ به استناد تبعض صفقه یا تقلیل ثمن.

پ- مبيع غيرقابل تجزيه و مقدار معيار محاسبه ثمن است:

مانند آپارتمان‌های واقع در شهر که از قرار متری X ریال فروخته می‌شوند ولی قابل تجزیه نیستند (موضوع ماده ۱۴۹ الحاقی مصوب ۱۸/۱۰/۵۷ قانون ثبت) همچنین است در فروش گوسفند بر مبنای کیلوگرم یا گردن‌بند طلا بر مبنای گرم در فرض اخیر اصولاً هیچ‌یک از طرفین حق فسخ ندارند زیرا مبيع بر اساس ابعاد و مشاهده خریداری شده است که تخلفی از آن صورت نگرفته است و صرفاً اشتباه در محاسبه است؛ مگر اینکه صریحاً یا ضمناً شرط مقدار شده باشد که مشروط له حق فسخ هم دارد.

✓ ماده ۷ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ جهت حمایت از پیش‌خريدار در خصوص تخلف از مقدار احکام ویژه‌ای وضع نموده است که مقررات عام قانون مدنی و ثبت را تخصیص زده است؛ به‌موجب ماده ذکر شده در صورتی که اختلاف متراژ مندرج در قرارداد با صورت‌مجلس تفکیکی تا ۵ درصد باشد هیچ‌یک از طرفین حق فسخ ندارند و در صورتی که اختلاف بیش از ۵٪ باشد فقط پیش‌خريدار حق فسخ دارد خواه متراژ واقعی ملک کمتر باشد یا بیشتر.

در صورتی که بنا اضافه یا کسری متراژ داشته باشد و پیش‌خريدار حق فسخ نداشته یا نخواهد از حق فسخ خویش استفاده نماید مابه‌التفاوت بر مبنای قیمت مندرج در قرارداد محاسبه خواهد شد مگر اینکه بنا کسری متراژ داشته و این کسری بیش از ۵٪ باشد که در این صورت خريدار مستحق ارزش کسری بنا بر مبنای قیمت روز آن است؛ مثال:

اگر در قراردادی، پیش‌فروشنده متعهد به ساخت و تحویل ملک گردد و در زمان انعقاد هنوز ملک ساخته شده‌ای وجود ندارد متراژ ملک ۲۰۰ متر و از قرار متری ۵ میلیون ذکر گردد و در زمان تحویل ملک ۱۹۰ متر یا ۲۱۰ متر باشد هیچ‌یک از طرفین حق فسخ ندارند زیرا اختلاف متراژ بیش از ۵ نیست و مابه‌التفاوت اعم از کسری یا اضافه بر مبنای متری ۵ میلیون محاسبه می‌گردد اما اگر در مسئله اخیر ملک در زمان تحویل کمتر از ۱۹۰ متر باشد، پیش‌خريدار می‌تواند قرارداد را فسخ کرده یا کسری متراژ را به نرخ روز مطالبه نماید؛ همچنین اگر متراژ واقعی ملک بیش از ۲۱۰ متر باشد پیش‌خريدار حق فسخ دارد اما چنانچه قرارداد را فسخ نکند پیش‌فروشنده می‌تواند ارزش اضافه متراژ را بر اساس مبلغ قرارداد متری ۵ میلیون مطالبه نماید.

ماده ۳۸۶ قانون مدنی: اگر در مورد دو ماده قبل معامله فسخ شود بايک بايد علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است بدهد.

فسخ وسیله‌ای برای جبران بخشی از خسارت است و فسخ عقد، مانع مطالبه خسارت نبوده و با آن قابل جمع است.

لزوم جبران خسارت ناظر به تقصیر فروشنده است، در نتیجه در فرضی که فروشنده از مقدار حقیقی کالا بی‌اطلاع بوده و مرتکب تقصیری هم نشده باشد جاری نمی‌شود مانند ماده ۳۵۵ که برای رفع جهل، مبيع به شرط مقدار معین فروخته می‌شود.

✦ ضمان معاوضی:

به معنای بازگشت یا سقوط تعهد متقابل در اثر تلف یا از بین رفتن عوض قبل از قبض است. به عبارت دیگر، اگر یکی از عوضین قبل از اینکه به طرف مقابل تسلیم شود، بدون تقصیر یا تعدی از جانب متعهد تلف شود، تعهد طرف مقابل نیز از بین می‌رود.

{طبق نظر دکتر کاتوزیان ضمان معاوضی اصل و قاعده می‌باشد و شامل همه عقود معوض می‌شود در نتیجه در عقد بیع علاوه بر تلف مبيع قبل از قبض، شامل تلف ثمن قبل از قبض هم می‌شود.}

-در مفهوم مخالف می‌توان این‌گونه برداشت کرد که پس از تسلیم، تمام آثار بیع متوجه خريدار است و هیچ مسئولیتی متوجه فروشنده نمی‌باشد.

-در معنای اصطلاحی ضمان معاوضی یعنی تحمل خطر تلف مال.

با توجه به قانون کالایی که فروخته می‌شود باید فوراً تسلیم شود زیرا اگر تسلیم نشود حتی اگر در اثر قوه قاهره و بدون تقصیر بايک تلف شود، بايک مسئول این تلف است. اثر تسلیم در عقود معوض، انتقال ضمان معاوضی (دفع خطر تلف) می‌باشد.

✧ **ضمان معاوضی قبل از تسلیم:** (در فرض عدم تقصیر بايک)

۱-تلف (از بین رفتن مال توسط حوادث قهری)

اگر مبيع قبل از تسلیم تلف شود عقد منفسخ می‌شود.

۲-نقص

اگر مبيع قبل از تسلیم ناقص شود مشتری با استفاده از خيار تبعض صفقه می‌تواند عقد را فسخ نماید و ثمن را مسترد 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 مبیع قبل از تسلیم معیوب شود مشتری خیار عیب دارد.

۴-اتلاف (از بین رفتن مال توسط اشخاص)

اصولاً قبل از تسلیم اگر کالا مورد اتلاف قرار بگیرد ضمان معاوضی راه ندارد.

☞ قبل از تسلیم سه شخص می‌توانند باعث تلف مبیع شوند؛

الف-اتلاف توسط بایع: اتلاف یعنی ضرر زدن به‌طور مستقیم؛

اتلاف با تقصیر } فسخ با خیار تعذر از تسلیم
مطالبه مثل یا قیمت مال (روز اجرا)

اتلاف بدون تقصیر ← اتلاف در حکم تلف است و عقد منفسخ می‌شود.

ب-اتلاف توسط مشتری: اگر مشتری مبیع را اتلاف کند در حکم قبض آن است چون لازمه اتلاف تسلط بر مال است مگر؛ مشتری مغرور (فریب‌خورده) باشد و در اثر این فریب کالا تلف شده باشد که در این حالت بایع از باب غرور ضامن است و چون غرور از موجبات ضمان قهری است که در نتیجه آن مثل یا قیمت مال داده می‌شود بایع در این فرض نیز مثل یا قیمت مال تلف شده را به مشتری پرداخت می‌کند.

ج-اتلاف توسط شخص ثالث: دو حالت متصور است؛

۱- شناسایی ثالث ← مشتری به ثالث رجوع و مثل یا قیمت مال را از آن دریافت می‌کند.

۲- عدم شناسایی ثالث ← اتلاف در حکم تلف است و عقد منفسخ می‌شود و بایع باید ثمن قراردادی را به مشتری بدهد.

۳- ضمان معاوضی قبل از تسلیم، ویژه عین معین است اما در کلی و کلی فی‌الذمه بعد از تعیین مصداق نیز راه دارد.

✓ اگر خریدار مبیع را به فروشنده اجاره یا عاریه دهد، اجاره یا عاریه در حکم قبض مبیع توسط خریدار است و تلف مبیع پس از آن بیع را منفسخ نمی‌کند.

✓ این ماده در خصوص منافع جاری نخواهد شد و اختصاص به تلف مبیع دارد.

✓ تلف مبیع بعد از تعیین مصداق ولی قبل از قبض موجب انفساخ عقد است.

✓ اگر بایع به استناد حق حبس از تسلیم مبیع خودداری کند و در این فاصله مبیع تلف شود، آثار حقوقی به شرح زیر است؛

تلف همچنان در حکم تلف قبل از قبض است زیرا مشتری هنوز مبیع را قبض نکرده است. در نتیجه عقد منفسخ می‌شود و بایع حق مطالبه ثمن را ندارد.

*حق حبس بایع را در برابر تلف مبیع قبل از قبض، بری‌الذمه نمی‌کند، زیرا در زمان تلف، مبیع درید بایع بوده و مشتری آن را قبض نکرده است.

✓ اگر بایع برای تسلیم مبیع اقدام کند اما مشتری از قبض آن خودداری نماید و در این فاصله مال تلف شود، معامله منفسخ می‌شود و تلف بر عهده بایع است مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم مراجعه کرده باشد.

✓ اگر مشتری پس از انعقاد بیع، مبیع را به‌صورت ودیعه، عاریه، اجاره یا امانت و... درید بایع باقی بگذارد این وضعیت در حکم قبض است و اگر مال در این مدت تلف شود، تلف از مال مشتری است چون ید بایع در این حالت، ید امانی است؛ در نتیجه بایع نه‌تنها ملزم به رد مثل نیست بلکه مسئول تلف نیز نیست مگر در صورت تقصیر یا تعدی.

✓ اگر ید بایع کفایت امانی است به هر دلیلی تبدیل به ید ضمانی شود در صورت تلف مبیع حتی به واسطه قوه قاهره نیز؛

-بایع ضامن تلف مبیع خواهد بود.

-معامله منفسخ نمی‌شود.

-ضمان معاوضی جاری نمی‌شود.

مشتری می‌تواند؛ بدل مال را از بایع مطالبه نماید یا بر اساس خیار تعذر تسلیم معامله را فسخ 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

مواردی که موجب تبدیلید امانی به ضمانی می‌شود؛

۱-بایع بدون داشتن حق حبس از تسلیم مبیع به مشتری امتناع کند.

۲-بایع نسبت به مبیع تعدی و تفریط نماید.

۳-بایع تصرف غاصبانه یا برخلاف قرارداد در مبیع داشته باشد.

*می‌توان شرط خلاف ضمان معاوضی را در قرارداد درج کرد زیرا قواعد مربوط به ضمان معاوضی تکمیلی می‌باشد.

✓ تلف منافع قبل از قبض:

الف-پیش از فرا رسیدن موعد تحویل: ید بایع امانی است و تلف منافع موجب انفساخ عقد نمی‌شود و بایع مسئول نیست مگر اینکه مشتری تقصیر بایع را ثابت کند.

ب-موعد تحویل رسیده ولی مشتری تقاضای تحویل نکرده است: همچنانید بایع امانی است و بایع مسئولیتی ندارد.

ج-موعد تحویل رسیده و مشتری درخواست تحویل کرده، اما بایع بدون حق حبس از تحویل امتناع کرده است در این حالتید بایع ضمانی می‌شود و مسئول تلف یا نقص منافع خواهد بود.

✓ در صورت ایجاد عیب در مبیع قبل از تسلیم، قرارداد بر مبنای خیار عیب قابل فسخ است.

✓ اقاله یک عقد تراضی شده برای انحلال قرارداد است، به محض تحقق اقاله، طرفین موظف به بازگرداندن عوضین (مبیع و ثمن) هستند. اگر یکی از عوضین قبل از بازگرداندن تلف شود، اقاله منفسخ نمی‌شود.

دارنده مال تلف شده موظف به پرداخت مثل یا قیمت آن به طرف مقابل است مگر اینکه بتواند ثابت کند تلف ناشی از قوه قاهره بوده که در این صورت از ضمان معاف می‌شود.

نتیجه: در انحلال عقد (اقاله، فسخ، انفساخ) ضمان معاوضی جاری نمی‌شود، بلکه قاعده ضمانید (ضمان ناشی از تلف مال درید غیر) اعمال می‌شود. بنابراین مسئولیت جبران مال تلف شده فقط در صورتی ساقط است که تلف بدون تعدی و تفریط و ناشی از قوه قاهره باشد.

جدول ضمان در انحلال عقد

نکته	تکلیف کسی که مال نزد او تلف شده	وضعیت مال در زمان انحلال	زمان تلف	مثال	نوع انحلال
اقاله صحیح است، تعهد استرداد باقی است.	حسن باید مثل یا قیمت کالا را بدهد مگر قوه قاهره	کالا تلف شده	قبل از اقاله	کالا قبل از اقاله نزد حسن تلف می‌شود.	اقاله
زمان اقاله، تعهد به استرداد شکل گرفته است.	حسن ضامن است مگر قوه قاهره	کالا موجود بوده	بعد از اقاله	کالا بعد از اقاله و قبل از استرداد نزد حسن تلف می‌شود.	اقاله
تعهد استرداد با انفساخ فعال شده است.	حسن ضامن مثل یا قیمت است مگر قوه قاهره	کالا موجود بوده	بعد از انفساخ	کالا بعد از انفساخ نزد حسن تلف می‌شود.	انفساخ
مثل مورد قبل	حسن ضامن مثل یا قیمت است مگر قوه قاهره	کالا موجود بوده	بعد از فسخ	کالا بعد از فسخ و قبل از استرداد نزد حسن تلف می‌شود	فسخ

☞ قاعده تلف پیش از قبض مختص مبیع نیست و اگر ثمن نیز عین معین باشد و قبل از تحویل به بایع تلف شود، عقد منفسخ می‌شود و مشتری نمی‌تواند مبیع را مطالبه کند.

در مورد ثمن کلی در معین و کلی فی الذمه، اگر تعیین مصداق شده باشد و قبل از قبض تلف شود، بازهم عقد منفسخ است.

این قاعده یک قاعده عمومی عقود معوض است و در سایر عقود مانند؛ اجاره، صلح معوض، مساقات، مزارعه و قرض قابل اعمال است.

-در عقود مستمر اگر موضوع عقد بعد از تسلیم تلف شود، موجب انفساخ عقد می‌شود. مانند اینکه در عقد اجاره، تلف کل یا بخشی از مورد اجاره موجب انفساخ اجاره می‌شود.

-در عقود مجانی مثل هبه، وقف، رهن، وصیت تملیکی اگر موضوع عقد پیش از قبض تلف شود، عقد باطل است چون قبض شرط صحت عقد است و هنوز عقد کامل نشده است زیرا عوضی دریافت نشده، که ضمان معاوضی معنا داشته باشد.

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

جمع بندی: قاعده تلف قبل از قبض، نه تنها به بیع محدود نیست، بلکه هم در مبیع و ثمن و سایر عقود معوض کاربرد دارد.

تلف موضوع اصلی در عقود مجانی با شرط عوض:

۱- اگر موضوع اصلی عقد معین باشد و قبل از تسلیم تلف شود، عقد منفسخ می شود.

۲- اگر عقد عینی باشد مثل هبه، وقف و... تلف موضوع قبل از قبض، عقد باطل است چون قبض شرط صحت این عقود است.

تلف شرط عوض در عقود مجانی:

-حالت اول) شرط عوض مالی باشد: اگر شرط عوض مالی قبلاً تسلیم شده باشد در صورت انفساخ یا بطلان، باید بازگردانده شود و اگر تلف شده باشد مثل یا قیمت آن پرداخت می گردد.

حالت دوم) شرط عوض عملی باشد: اگر عمل انجام شده باشد مثلاً تعمیر یا آموزشی انجام شده باشد طرف مقابل باید اجرت المثل آن عمل را بپردازد.

تلف شرط عوض قبل از تسلیم: اگر مال موضوع شرط عوض قبل از تسلیم تلف شود، عقد منفسخ نمی شود، چون شرط عوض، جنبه فرعی دارد. اما مشروط له می تواند با استناد به خیار تعدر شرط، عقد را فسخ کند.

ضمان معاوضی بعد از تسلیم:

اصولاً تلف، نقص و عیب مبیع بعد از قبض به عهده مشتری می باشد ولی استثنائاً قانون گذار در سه مورد حتی بعد از قبض، تلف و نقص و عیب مبیع را بر عهده بایع گذاشته است.

ماده ۴۵۳ ق.مدنی می گوید: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده بایع است.»

برای اینکه تلف، نقص و عیب مبیع بعد از قبض بر عهده بایع باشد باید دو شرط ذیل موجود باشد:

شرط اول: یکی از سه خیار مجلس، حیوان یا شرط وجود داشته باشد.

شرط دوم: این اختیارات مختص مشتری باشد.

شرط اول: دلیل اینکه قانون گذار این حکم را محدود به این سه خیار کرده است این است که این سه خیار دارای یک وجه اشتراک می باشند که در اختیارات دیگر وجود ندارد. این وجه اشتراک عبارت است از اینکه هر سه خیار دارای زمان مشخصی می باشند یعنی انتهای مدتشان (انقضای خیار) مشخص است

انتهای خیار مجلس: تا زمان جدا شدن بایع و مشتری در مجلس عقد.

انتهای خیار حیوان: تا ۳ روز

انتهای خیار شرط: مدت خیار توسط طرفین یا ذی الخیار مشخص می شود.

شرط دوم: این سه خیار باید مختص مشتری باشد.

✓ خیار مجلس هنگامی مختص مشتری می شود که بایع به هنگام عقد خیارش را ساقط کرده باشد.

✓ خیار حیوان در صورتی مختص مشتری می شود که فقط مبیع حیوان باشد.

✓ خیار شرط در صورتی مختص مشتری است که از ابتدا فقط برای مشتری شرط شده باشد. اگر خیار شرط هم زمان برای مشتری و شخص ثالث شرط شده باشد در این صورت ضمان معاوضی بعد از تسلیم با خود مشتری است {

☑ به عقیده دکتر کاتوزیان ملاک اختصاصی بودن خیار زمان عقد است ولی ظاهر ماده ۴۵۳ نشان می دهد که ملاک زمان تلف می باشد.

با جمع این دو شرط، تلف و نقص و عیب مبیع بعد از قبض بر عهده بایع است یعنی اگر مبیع تلف شود بیع منفسخ می شود و بایع باید ثمن را پس بدهد و اگر مبیع ناقص شود مشتری خیار تبعض صفقه دارد و در صورتی که مبیع معیوب شود مشتری به استناد خیار عیب می تواند عقد را فسخ کند یا آرش بگیرد.

*در ضمان معاوضی قبل از تسلیم نیاز نیست مبیع الزاماً در زمان عقد، عین معین باشد زیرا ممکن است در زمان ایجاب و قبول کلی فی الذمه باشد و بعد از تعیین مصداق تلف شود در نتیجه در اینجا ملاک عین معین بودن زمان تلف می 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

در ضمان معاوضی بعد از تسلیم ملاک عین معین بودن **زمان عقد** است در نتیجه در کلی در معین و در کلی فی الذمه حتی بعد از تعیین مصداق قابل راهیابی نیست. **(فقط ویژه بیع و برای مبیع است)***

✦ ضمان درک

ضمان درک، نوعی ضمان معاوضی است نه بدلی! بدین معنا که در صورت مستحق للغیر درآمدن مبیع، فروشنده باید همان مالی را که به عنوان ثمن دریافت کرده برگرداند، نه بدل آن.

تنها در حالتی جاری است که مبیع عین معین یا کلی در معین باشد و در مورد مبیع کلی فی الذمه جاری نیست چون در این حالت با بیع می تواند مبیع را از مصادیق دیگر کلی تسلیم کند و الزام به تسلیم مصداق دیگر ممکن است.

قاعده ضمان درک فقط مختص مبیع نیست و در مورد ثمن معین یا کلی در معین نیز جاری است.

در نتیجه ضمان درک یعنی؛ مسئولیت هر یک از بایع و مشتری نسبت به مستحق للغیر درآمدن مبیع و ثمن است.

- ضمان درک از آثار عقد باطل است برای مثال؛ اگر بیع فضولی واقع شود و مالک عقد را رد کند یا اینکه معلوم شود مبیع اصلاً ملک فروشنده نبوده است در این صورت خریدار مستحق است همان عوض را بازستاند.

- ضمان درک مختص عقد بیع نیست و در تمام عقود معوض قابل تسری است.

در نتیجه برای اینکه شخصی ضامن درک شود سه شرط لازم است:

- ۱- انعقاد معامله فضولی
- ۲- عوض معامله توسط فضول اخذ شده باشد
- ۳- مالک عقد را رد نماید.

* ضمان معاوضی ویژه عقد فضولی، معوض و باطل است.*

- مشتری زمانی ضامن درک است که ← ثمن پول نباشد و عین معین باشد

↓
مستحق للغیر باشد

(با جمع این دو شرط ضامن ثمن است و باید مبیع را پس دهد)

- ضمان درک در عقود مجانی با شرط عوض:

الف) در صورت مستحق للغیر بودن موضوع اصلی قرارداد:

اگر مال مورد عقد مجانی با شرط عوض معین یا کلی در معین بوده و مستحق للغیر درآید و مالک تنفیذ نکند: معامله باطل است.

اگر عوض مالی پرداخت شده باشد، باید مسترد شود.

اگر تلف شده باشد باید بدل آن (مثل / قیمت) بازگردانده شود.

اگر عملی انجام شده باشد، باید اجرت المثل آن پرداخت شود.

ب) در صورت مستحق للغیر درآمدن شرط عوض:

اگر موضوع شرط عوض مستحق للغیر درآید و مالک آن را تنفیذ نکند:

معامله اصلی باطل نمی شود.

زیرا شرط عوض، جنبه فرعی و تبعی دارد نه بنیادین.

در این حالت ضمان درک مطرح نیست.

مشروط له می تواند بر مبنای اختیار تخلف شرط معامله را فسخ کند.

مثال تطبیقی: فرض کنید آقای الف یک تابلو نقاشی ارزشمند را به خانم ب هبه می کند، به شرط آنکه خانم ب نیز ساعت مچی خاصی را به آقای الف بدهد ساعت مچی داده می شود اما بعداً مشخص می شود که آن ساعت متعلق به شخص ثالث مثلاً آقای ج است که انتقال را تنفیذ نمی کند.

عقد اصلی در اینجا هبه است اما در آن شرط عوضی آمده که عقد را از نظر حقوقی از سایر عقود مجانی متمایز می‌کند. چون ساعت مچی متعلق به غیر بوده و مالک اصلی آن را تنفیذ نمی‌کند شرط عوض محقق نشده است. طبق قواعد اگر تابلو نقاشی که موضوع عقد است مستحق للغير درمی‌آید عقد باطل می‌شد اما چون شرط عوض مستحق للغير درآمده هبه به قوت خود باقی است و در اینجا آقای الف می‌تواند با استناد به اختیار تخلف از شرط عقد را فسخ کند.

نتیجه: در عقود مجانی با شرط عوض، قاعده ضمان درک فقط زمانی جاری است که موضوع اصلی عقد مستحق للغير درآید و اگر شرط عوض مستحق للغير باشد قاعده ضمان درک جاری نمی‌شود.

-در فرضی که موضوع اصلی معامله عین معین باشد ضمان درک ویژه عین معین است و منفعت را شامل نمی‌شود مثلاً اگر در عقد بیع معلوم شود که مبیع برای مدتی در اجاره شخص دیگر قرار دارد (مستحق للغير بودن منفعت) بایع ضامن درک منفعت نیست چون موضوع معامله عین معین بوده که برای غیر نمی‌باشد و در این حالت اگر مشتری عالم به اجاره باشد که حقی نخواهد داشت اما در فرض ناآگاهی می‌تواند عقد را فسخ کند.

اما در فرضی که منفعت به عنوان موضوع اصلی مورد معامله واقع می‌شود، ضمان درک برای منفعت قابل اعمال است به طور مثال اگر وحید مغازه متعلق به برادر خود را اجاره بدهد منفعت را انتقال داده است که مستحق للغير بوده که در این حالت باید اجاره‌بهایی را که از مستأجر دریافت نموده است مسترد کند.

-شرط برخلاف ضمان درک (شرط عدم مسئولیت در قبال مستحق للغير درآمدن مبیع) مخالف مقتضای ذات بیع یا قانون آمره نیست و صحیح می‌باشد.

مگر آنکه فروشنده از عدم مالکیت خودآگاه باشد که در این صورت شرط سلب یا کاهش مسئولیت فروشنده باطل است.

اگر شرط مستقل از عقد باشد و طرفین آن را تابع و فرع عقد قرار نداده باشند بطلان عقد موجب بطلان شرط نیست مانند تعیین وجه التزام در فرض مستحق للغير درآمدن مبیع یا شرط سقوط ضمان درک.

■ ضمان درک ویژه عین معین و کلی در معین است و در کلی فی الذمه حتی بعد از تعیین مصداق قابل اعمال نمی‌باشد.

{برای تحقق ضمان درک شرط این بود که معامله فضولی باشد و در کلی فی الذمه معامله فضولی رخ نخواهد داد اگرچه بعد از تعیین مصداق مبیع مستحق للغير درآید نوعی عدم وفای به عهد است و باید بایع الزام شود تا از مال خود وفای به عهد را انجام دهد و در صورت امتناع مشتری با استناد به اختیار تعذر از تسلیم حق فسخ خواهد داشت}

ماده ۳۹۱ قانون مدنی: در صورت مستحق للغير برآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید.

-بایع فضولی در هر حال ثمن را باید مسترد کند چه اصیل جاهل باشد چه عالم.

-ضمان درک مختص تمام عقود معوض است.

-علم و جهل فروشنده تأثیری در حکم ماده ۳۹۱ نخواهد داشت.

-غراماتی که در ماده ۳۹ بیان شده است شامل کاهش ارزش ثمن نیز می‌شود یعنی وقتی بایع ملزم به جبران خسارت می‌شود هم خسارت معامله و هم کاهش ارزش ثمن را باید جبران کند.

-اگر خریدار عالم به مستحق للغير بودن مال باشد فقط می‌تواند ثمن معامله را پس بگیرد اما در فرض جاهل بودن می‌تواند علاوه بر ثمن خسارت‌های وارده را مطالبه نماید.

-اگر مبیع به طور جزئی متعلق به غیر باشد می‌توان معامله را نسبت به بخش هم با استناد به اختیار تبعض صفقه فسخ کرد.

ماده ۳۹۲ قانون مدنی: در مورد ماده قبل، بایع باید از عهده تمام ثمنی که اخذ نموده است نسبت به کل یا بعض، برآید اگرچه بعد از عقد بیع به علتی از علل در، مبیع، کسر قیمتی حاصل شده باشد.

-این ماده ناظر به روابط طرفین معامله می‌باشد و الا در مورد فروشنده و خریدار متصرف، از باب غصب، متضامناً در برابر مالک مبیع مسئول هستند.

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

-چنانچه خریداری جاهل باشد، در برابر فروشنده مسئولیتی در خصوص عیب یا تلف مبیع ندارد.

اگر مالک به خریدار جاهل مراجعه کند وی نیز می‌تواند مبلغ اخیر، علاوه بر ثمن پرداختی از فروشنده مطالبه کند اگرچه مبیع نزد وی تلف شده باشد زیرا ضمان غرور اقوی از ضمان تلف است.

-چنانچه خریدار عالم باشد و مبیع در دست وی معیوب یا تلف شود و مالک به فروشنده رجوع کند، فروشنده فصول می‌تواند با استناد به ماده ۳۱۸ به خریدار مراجعه کند. بنابراین فروشنده در این فرض می‌تواند میزان مبلغ پرداختی به مالک را از ثمن معامله کسر کند.

ماده ۳۹۳ قانون مدنی: راجع به زیادتی که از عمل مشتری در مبیع حاصل شده باشد مقررات ماده ۳۱۴ مجری خواهد بود

-خریدار غاصب از بابت کاری که انجام داده است نمی‌تواند مطالبه اجرت نماید.

اگر افزایش قیمت که حاصل شده است جدای از مبیع باشد (مانند دوربین مداربسته نصب شده بر روی یک ساختمان) به وی تعلق می‌گیرد.

اگر خریدار جاهل باشد می‌تواند از باب غرور برای جبران خسارت خویش به شخص غار (فریب‌دهنده) مراجعه کند.

☞ مشتری باید ثمن را در موعد و در محل و بر طبق شرایطی که در عقد بیع، مقرر شده است تأدیه نماید. در فرض سکوت در رابطه با موعد تأدیه ثمن، خریدار باید ثمن را نقداً بپردازد.

-طبق ماده ۲ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۵۱: تعهد پرداخت هرگونه دین و یا بدهی فقط به پول رایج کشور انجام‌پذیر است، مگر آنکه با رعایت مقررات ارزی کشور ترتیب دیگری بین بدهکار و بستانکار داده شده باشد.

در نتیجه در معاملات داخلی پرداخت ثمن باید به ریال باشد، اگرچه ثمن معامله در قرارداد می‌تواند دلار، یورو و... باشد و اشکالی در آن نیست ولی خریدار متعهد شود که در زمان پرداخت معادل ریالی آن را بپردازد زیرا در معاملات داخلی پرداخت اجباراً ریالی می‌باشد.

طرفین می‌توانند ارزش مبیع را به دلار یا یورو و... محاسبه کنند اما الزاماً پرداخت و دریافت باید با ریال باشد

☑ استفاده از رمز ارز مانند بیت کوین جهت پرداخت ثمن معامله داخلی ممنوع است ولی استفاده از آن جهت تأمین ارز واردات با رعایت مقررات بانک مرکزی مجاز می‌باشد.

ماده ۳۹۵ قانون مدنی: اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر تأدیه نکند بایع حق خواهد داشت که بر طبق مقررات راجع به خیار تأخیر ثمن، معامله را فسخ یا از حاکم اجبار مشتری را به تأدیه ثمن بخواهد.

-با توجه به قانون پیش‌فروش ساختمان در صورت عدم پرداخت اقساط قرارداد پیش‌فروش، پیش فروشنده تحت شرایطی می‌تواند قرارداد را فسخ کند.

-فروشنده می‌تواند بر خریدار شرط کند در صورت عدم پرداخت یکی از اقساط ثمن، وی حق فسخ داشته باشد (خیار تخلف از شرط فعل) و یا شرط کند که در صورت عدم پرداخت یکی از اقساط ثمن، بیع منفسخ گردد. (شرط فاسخ)

تفاوت این دو شرط در این است که در تخلف از شرط فعل حق فسخ در اختیار فروشنده است و نیاز به اراده او دارد اما در شرط فاسخ بیع بدون نیاز به اراده از تاریخ تحقق شرط خودبه‌خود منحل می‌شود.

• **خیارات:**

خیار، اختیار قانونی یا قراردادی یکی از طرفین یا در موارد استثنائی شخص ثالث، برای فسخ قرارداد است.

خیارات تنها در عقود لازم قابل اعمال هستند، در عقود جایز چون طرفین هر زمان می‌توانند عقد را برهم بزنند نیاز به خیار نیست جز در برخی موارد خاص، که خیار شرط می‌تواند ممکن است در عقود جایز درج و معتبر باشد.

هدف خیارات جبران خسارات یا پیشگیری از ورود ضرر به طرفین قرارداد است که با مبنا قاعده لاضرر در فقه تطابق دارد غیر از خیار شرط، مجلس، حیوان.

ماده ۳۹۶ قانون مدنی: خیار از قرار ذیل‌اند:

- خیار مجلس
- خیار حیوان
- خیار شرط
- خیار تأخیر ثمن
- خیار رؤیت و تخلف وصف
- خیار غبن
- خیار عیب
- خیار تدلیس
- خیار تبعض صفقه
- خیار تخلف شرط.

*اثر مهم حق خیار را می‌توان **انحلال عقود لازم** دانست.

-ماده ۴۵۶ قانون مدنی: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است»

خیار باید با ماهیت عقد سازگار باشد مانند اینکه خیار غبن مربوط به عقود معوض است و خیار شرط که در همه عقود راه ندارد؛ ازجمله در عقود «نکاح، ضمان، وقف، خیار شرط به سود مؤجر در قانون روابط مؤجر و مستأجر سال ۵۶، صدقه»

ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است مشروط بر این که مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد.»

▪ خیار شرط با بقیه خیارها متفاوت است:

۱- خیار شرط ناشی از عقد است یعنی به اراده طرفین وابسته است اما بقیه خیارها چنین نیست و به حکم قانون است.

خیار شرط منشأ قراردادی دارد و بقیه خیارها منشأ قانونی دارند.

۲- خیار شرط تنها خیار است که به ثالث نیز می‌تواند مربوط باشد اما مابقی خیارها مربوط به طرفین عقد می‌باشد.

▪ تقسیم خیارها از نظر مدت:

۱- خیارها مدت‌دار سه تا هستند؛ الف- مجلس

ب- شرط

ج- حیوان

-خیار مجلس تا زمان جدائی اعتبار دارد.

-خیار حیوان تا ۳ روز و خیار شرط تا سررسید مدت شرط شده قابل استفاده می‌باشند.

۲- خیارهای فوری



اصل این است که خیار فوری نیست در نتیجه خیارهای فوری استثناء هستند و نیاز به تصریح دارند.

خيار رویت و تخلف از وصف ← بعد از رویت فوری است.

خيار غبن
خيار عیب
خيار تدلیس

بعد از علم به آن فوری است.

۳-خيارات غير فوری: خيار تأخير ثمن، خيار تبعض صفقه، خيار تخلف شرط، خيار تفليس، خيار تعذر تسليم.

☞ مقایسه خيار با حق شفعه: هر دو حق مالی‌اند و حق شفعه حق عینی است اما خيار نه حق عینی و نه دینی است.

حق شفعه و خيار قابل انتقال ارادی نیستند. هر دو به صورت قهری قابلیت انتقال دارند (به ارث می‌رسند). شباهت دیگر این است که قابلیت اسقاط دارند.

🔗 ماده ۴۴۵ قانون مدنی: هر یک از خيارات بعد از فوت منتقل به وراث می‌شود مگر؛

خيار شرط اگر به قيد مباشرت باشد؛

خيار شرطی که به سود شخص ثالث باشد؛

خير مجلس که اصولاً به ارث نمی‌رسد مگر در صورت حضور همه وراث در مجلس.

نکته: اگر خيار به ارث برسد وراث باید دسته‌جمعی آن را فسخ کنند که به این حالت ایقاع جمعی می‌گویند. اما در مورد حق شفعه چنین نیست اگر بعضی از وراث تمایل به اخذ شفعه نداشته باشند اشکالی نخواهد داشت و در صورت تمایل برخی از وراث به اخذ شفعه باید کل مال را از طرف مقابل بگیرند یعنی نمی‌توانند قائل به تبعیض شوند.

ماده ۸۱۵ قانون مدنی: حق شفعه را نمی‌توان فقط نسبت به یک قسمت از مبيع اجرا نمود صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبيع اجرا نماید.

▪ اسقاط کافه خيارات:

می‌توان در عقد شرط کرد که همه خيارات ساقط بشوند (قبل از ایجاد) مگر؛

۱-خيار تدلیس
۲-خيار تفليس
۳-خيار تعذر تسليم

با نظم عمومی در ارتباط هستند.

{اگر شخص با علم به وجود این خيارات بازهم آنان را ساقط کند طبق قاعده اقدام عمل نموده است}

☑ خيار شرط در بيع شرط برای بايع جزء مقتضای ذات بيع شرط است و قابل اسقاط نمی‌باشد.

• اقسام خيارات

۱-خيار مجلس:

خيار مجلس به این معنا است که هریک از متعاقدين، تا زمانی که در مجلس عقد حضور داشته باشند، می‌توانند بدون رضایت طرف دیگر، قرارداد را فسخ نمایند، درواقع اختیار فسخ بيع توسط هر یک از طرفین را، از زمان انعقاد عقد تا لحظه جدایی آنان از یکدیگر، خيار مجلس نامند.

-جدایی در صورتی موجب زوال خيار است که اختیاری باشد بنابراین جدایی ناشی از اکراه یا زلزله موجب سقوط خيار نیست.

-خيار مجلس در عقد کلی نیز قابل اعمال است.

-خيار مجلس در معامله با خود و قراردادهایی که از طریق مکاتبه، تلفن، رایانامه منعقد می‌شوند راه ندارد.

-در بيع صرف خيار مجلس وجود ندارد.

مسقطات خيار مجلس:

الف) فوت یکی از طرفین

ب) افتراق: برهم خوردن مجلس

ج) اسقاط خيار فسخ

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

د) تصرف طرفین در موضوع معامله که بیانگر امضای معامله و اسقاط ضمنی خیار مجلس باشد.

۲-خیار حیوان:

به موجب ماده ۳۹۸ ق.م.ا.گ.ر مبیع حیوان زنده (اعم از اهلی یا غیر اهلی) باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد. از ظاهر ماده برداشت می شود که این خیار مختص مشتری می باشد اما چنین نیست، اگر ثمن معامله نیز حیوان باشد این خیار قابل اعمال خواهد بود.

-خیار حیوان مختص عین معین است و در کلی چه قبل چه بعد از تعیین مصداق راه ندارد.

-اگر جزء مشاعی از حیوان را مورد معامله قرار دهیم باز هم خیار حیوان قابل اعمال است.

-طبق ماده ۴۴۳ ق.آ.د.م اعمال خیار حیوان ۷۲ ساعت از تاریخ انعقاد عقد بیع می باشد. (مهلت خیار حیوان از لحظه عقد به مدت سه روز می باشد) -اگر فروشنده، حیوان را تسلیم کند و حیوان بدون دخالت عامل انسانی، در مدت خیار تلف شود بیع منفسخ شده و فروشنده باید ثمن را مسترد کند.

۳-خیار شرط:

بر خلاف سایر خیارات که ناشی از قانون اند، این خیار ناشی از قرارداد است و تنها خیاری است که از توافق طرفین حاصل می شود.

در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد. خیار شرط را، می توان به عنوان تنها خیاری محسوب نمود که به موجب آن، ثالث نیز می تواند از حق فسخ بهره مند گردد.

-خیار شرط برای طرفین عقد: پس از فوت صاحب خیار، خیار به وراث او منتقل می شود. مگر اینکه شرط خلاف آن آمده باشد.

-خیار شرط برای شخص ثالث: پس از فوت شخص ثالث، خیار به وراث او منتقل نمی شود و ساقط می گردد مگر اینکه شرط خلاف وجود داشته باشد.

-فوت یکی از طرفین باعث ساقط شدن خیار شرط برای شخص ثالث نمی شود.

-خیار شرط مختص عقد بیع نیست و در سایر عقود نیز راه دارد مگر نکاح، وقف، ضمان نقل ذمه.

-خیار شرط در عقد کلی ام راه دارد.

-خیار شرط با شرط خیار یکی است.

-خیار شرط به دو نوع متصل و منفصل تقسیم می شود؛

مهلت خیار شرط، ممکن است متصل به قرارداد بوده؛ و بدین ترتیب از لحظه وقوع عقد آغاز گردیده؛ و تا زمان معینی معتبر باشد، از طرفی نیز ممکن است مدت این خیار، منفصل بوده؛ و چندی پس از وقوع عقد، شروع گردد.

مطابق ماده ۴۰۰ قانون مدنی: «اگر ابتدای مدت خیار ذکر نشده باشد ابتدای آن از تاریخ عقد محسوب است والا تابع قرارداد متعاملین است.»

☆ معلوم نبودن مدت خیار، به دلیل فقدان یکی از شرایط اساسی صحت قراردادها، باعث بطلان شرط خیار می گردد.

به موجب ماده ۴۰۱ قانون مدنی: «اگر برای خیار شرط، مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است.»

-در عقود مبتنی بر معاوضه، که در آنها تعادل عوضین شرط نیست، نظیر صلح محاباتی، یا بیمه عمر، به نظر می رسد که شرط خیار دائمی صحیح باشد؛ زیرا در این قبیل قراردادها، علم تفصیلی به عوضین شرط نبوده؛ و به دلالت اصل حاکمیت اراده، چنین شرطی خلاف مقتضای ذات عقد نیست.

❧ عقد ضمان نقل ذمه ممکن است با درج خیار شرط غیرنافذ باشد چراکه؛ ضامن و مضمون له طرفین عقد هستند و رضایت مضمون عنه برای انتقال دین لازم نیست.

اما اگر در ضمان شرط شود که مضمون عنه بتواند عقد را فسخ کند، این شرط با حقوق او تعارض دارد و درج چنین شرطی غیرنافذ و منوط به تنفیذ مضمون عنه است.

اگر مضمون عنه شرط خیار را رد کند، عقد ضمان باطل نمی شود و فقط شرط خیار باطل می گردد. مشروط له می تواند به دلیل ابطال شرط، عقد ضمان را فسخ کند.

درج خیار شرط برای خود مضمون عنه به عنوان شخص ثالث صحیح است زیرا با حقوق او تعارض ندارد.

*در ضمان ضم ذمه به ذمه درج خیار شرط صحیح است چون ضمه بدهکار اصلی همچنان باقی است و ضامن در کنار او 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

مثال: رضا در برابر آرش (طلبکار) از کامران (بدهکار) ضمانت می‌کند و در قرارداد ضمان شرط می‌شود که کامران بتواند تا دو ماه آینده قرارداد ضمان را فسخ کند. این شرط که به مضمون عنه (کامران) به‌عنوان شخص ثالث، حق اختیار می‌دهد صحیح و معتبر است، زیرا با حقوق او تعارضی ندارد و هدف آن حفظ منافع کسی است که در نتیجه ضمان از ذمه‌اش رفع دین شده.

وضعیت درج‌خيار شرط	نوع
باطل و مبطل عقد است.	وقف
باطل است ولی عقد نکاح صحیح است.	نکاح
منوط به تنفیذ مضمون عنه است.	نقل ذمه (مثل ضمان یا حواله)
برای موجر یا شخص ثالث باطل ولی عقد صحیح است.	اجاره ۱۳۵۶
مجاز برای هر دو طرف.	اجاره ۱۳۷۶
راه ندارد.	صدقه
راه ندارد.	اقاله
راه ندارد.	ایقاعات

🔸 شرط مؤامره: یکی از اقسام خيار شرط است که در آن، شرط می‌شود فسخ عقد منوط به مشورت با شخص ثالثی باشد که در عقد معین شده است. اگر شخص ثالث با فسخ مخالفت کند، مشروط له حق فسخ ندارد.

۴-خيار تأخیر ثمن:

ماده ۴۰۲ قانون مدنی: هرگاه مبیع، عین خارجی یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین، اجلی معین نشده باشد اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد، بایع، مختار در فسخ معامله می‌شود.

-این خيار فقط مختص بایع می‌باشد و طرف دیگر معامله به هیچ وجه از این خيار برخوردار نمی‌باشد.

-اعمال خيار تأخیر ثمن، در فرض مؤجل بودن ثمن و مبیع، صحیح نیست.

-خيار تأخیر ثمن، از جمله خیاراتی است که سبب ایجاد آن، پس از انعقاد بیع به وجود می‌آید.

شرایط ایجاد خيار تأخیر ثمن:

- ۱- مبیع کلی نباشد. (عین معین یا کلی در معین)
- ۲- مبیع و ثمن هر دو حال باشند. (شامل مؤجل در یک تاریخ هم نمی‌شود)
- ۳- سه روز از تاریخ بیع بگذرد.
- ۴- در این سه روز نه بایع تمام مبیع را داده باشد و نه مشتری تمام ثمن را.

ماده ۴۰۳ قانون مدنی: اگر بایع به نحوی از انحاء مطالبه ثمن نماید و به قرائن معلوم گردد که مقصود، التزام به بیع بوده است خيار او ساقط خواهد شد.

-صرف مطالبه ثمن مسقط خيار تأخیر ثمن نمی‌باشد زیرا باید به قرائن معلوم شود که منظور بایع الزام به بیع بوده است.

-مطالبه بعد از سه روز ملاک است زیرا قبل از سه روز که اساساً خيار تأخیر ثمنی وجود نداشته است.

-خيار تأخیر ثمن فوری نیست (محدود به مهلت عرفی است)

-تمامی خيارات برای جاهلین می‌باشند به جز؛ خيار حیوان، شرط، مجلس.

-اگر مشتری ثمن را حاضر کرد که بدهد و بایع از اخذ آن امتناع نمود خيار فسخ نخواهد داشت.

-ماده ۴۰۷ قانون مدنی: تسلیم بعض ثمن یا دادن آن به کسی که حق قبض ندارد خيار بایع را ساقط نمی‌کند.

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

موارد سقوط خیار تأخیر ثمن:

۱- اسقاط صریح یا ضمنی خیار از سوی بایع: اگر بایع به نحوی رفتار کند که دلالت بر التزام عقد داشته باشد، خیار او ساقط می‌شود. (ملاک: قرائن و قصد بایع)

۲- تسلیم تمام مبیع به مشتری: چه قبل از پایان سه روز و چه بعد از آن، موجب سقوط خیار می‌شود.

اما تسلیم جزئی مبیع کافی نیست و مسقط خیار تأخیر ثمن نمی‌باشد.

۳- پرداخت کامل ثمن به بایع: چه پیش از انقضای سه روز، چه پس از آن (تا زمانی که بایع هنوز عقد را فسخ نکرده) موجب سقوط خیار می‌شود.

اگر بایع پیش از پرداخت، عقد را فسخ کرده باشد پرداخت بعدی اثری ندارد (ایفا ناروا)

۴- ضمانت از سوی شخص ثالث (نقل ذمه)

اگر مشتری برای پرداخت ثمن، شخص ثالثی را به عنوان ضامن به نحو نقل ذمه معرفی کند و بایع نیز قبول کند در حکم پرداخت ثمن است و در نتیجه خیار تأخیر ثمن ساقط می‌شود.

ضمان ضم ذمه به ذمه در حکم وثیقه است و خیار فروشنده را ساقط نمی‌کند.

- صرف معرفی ضامن اثری نداشته و فروشنده الزام به قبول ضامن ندارد؛ البته اگر ثالث بخواهد ثمن را بپردازد و فروشنده از قبول آن امتناع کند، خیار تأخیر ساقط می‌شود.

۵- حواله دادن ثمن از سوی بایع:

بایع، مشتری را به ثالثی حواله می‌دهد که ثمن را به او بپردازد، پس از قبول حواله ذمه مشتری بری می‌شود و خیار بایع ساقط می‌گردد.

پس از تحقق حواله (قبول فروشنده و رضایت محال الیه) طلب فروشنده از بابت ثمن به محال الیه منتقل شده و در حکم قبض ثمن است.

- فرق اساسی حواله با برات در این است که در حواله (محیل، مدیون) بعد از تحقق حواله بری می‌شوند و دین بر عهده محال الیه می‌آید. در حالیکه در صدور برات با تحقق برات صادرکننده بری نمی‌شود و جزء مسئولین سند تجاری قرار می‌گیرد.

اگر مشتری برات صادر کند چون با صدور برات بری نشده بنابراین خیار تأخیر ثمن ساقط نمی‌شود.

۶- تبدیل تعهد:

اگر طرفین توافق کنند که تعهد مشتری به پرداخت ثمن به تعهد دیگری تبدیل شود، در حکم پرداخت و موجب سقوط خیار است.

- دادن چک، سفته یا سایر اسناد تجاری به خودی خود پرداخت ثمن محسوب نمی‌شود و ملاک وصول سند تجاری است بنابراین خیار تأخیر ثمن تا قبل از وصول سند ساقط نمی‌شود.

- ماده ۴۰۹ قانون مدنی: هرگاه مبیع از چیزهایی باشد که در کمتر از سه روز، فاسد یا کم‌قیمت می‌شود ابتدای خیار از زمانی است که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت می‌گردد.

۵- خیار رؤیت و تخلف از وصف:

ماده ۴۱۰ قانون مدنی: هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد، بعد از

دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید.

ماده ۴۱۳ قانون مدنی: هرگاه یکی از متبایعین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رؤیت سابق، معامله کند و بعد از رؤیت معلوم شود که مال مزبور، اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت.

- در عقد بیع نیازی نیست مشتری همه مبیع را دیده باشد ممکن است بخشی از آن را دیده باشد و آن بخشی را که ندیده است مطابق وصف نباشد در اینجا برای خریدار خیار تبعض صفقه وجود ندارد بلکه خیار تخلف از وصف ایجاد می‌شود که می‌تواند یا همه عقد را فسخ کند یا همه عقد را همان‌طوری که هست قبول کند و نمی‌تواند فسخ را نسبت به بخشی از عقد اعمال کند.

در خیار تخلف از وصف مشتری نمی‌تواند بایع را ملزم کند که وصف موردنظر را ایجاد کند و همچنین نمی‌تواند از میزان ثمن بکاهد زیرا تمام مبیع در مقابل تمام ثمن قرار گرفته است، البته می‌توان در قرارداد این شرط را کرد که در صورت تخلف از وصف، بایع تفاوت قیمت را بپردازد که در این صورت مشتری مخیر است بین اینکه عقد را فسخ کند یا قیمت را مطالبه نماید.

-خیار رویت اختصاص به یک طرف ندارد هر طرف که مال را ندیده باشد (حتی مال خودش) خیار خواهد داشت که چهار حالت متصور است:

الف-مشتري مبيع را ندیده

ب-بايع مبيع را ندیده: يعنى فروشنده، مالی را که می‌فروشد ندیده است مثلاً وکیل یا وارثی است که مال را بدون مشاهده می‌فروشد.

ج-بايع ثمن را ندیده

د-مشتري ثمن را ندیده

ملاک تحقق خیار رویت: ندیدن مال در هنگام عقد + تخلف از اوصاف موردنظر است.

اگر طرفی مال را دیده باشد، دیگر خیار رویت ندارد مگر اینکه مال، خلاف وصف صریح ضمنی بین شده در عقد باشد در این صورت خیار تخلف از وصف مطرح می‌شود.

آیا جبران وصف توسط طرف مقابل، موجب سقوط خیار می‌شود؟ پاسخ کلی خیر است زیرا خیار رویت و تخلف از وصف با تحقق شرایط، برای صاحب خیار ایجاد شده و جبران بعدی تأثیری در سقوط آن ندارد. اما باید دو حالت را تفکیک کرد؛

۱-مال کلی فی الذمه باشد: خیار رویت و تخلف از وصف اصلاً ایجاد نمی‌شود چون در مال کلی متعهد مکلف به تسلیم مصداق می‌شود و خریدار می‌تواند الزام فروشنده را به تحویل مصداق واجد اوصاف بخواهد.

-خیار رویت در عقد کلی قابل استفاده نمی‌باشد. اگر در بیع کلی یک مصداقی معیوب بود یا وصف موردتوافق را نداشت بايع الزام می‌شود و اگر نتوانست مبیعی مطابق وصف شرط شده بیاورد به استناد خیار تعذر تسلیم معامله قابل فسخ است.

۲-مال معین: اصلاح یا اضافه کردن وصف به این مال، امکان پذیر نیست. چون مال معین قابلیت تغییر جوهری ندارد و تغییر آن یعنی تغییر موضوع معامله.

-احکام خیار رویت و تخلف از وصف:

الف-اختصاص به مشتري ندارد.

ب-مخصوص به عقد بیع نیست.

ج-رویت اعم از مشاهده با چشم یا بوییدن و... است.

د-فوری است.

ذ-در صورت تخلف از وصف اساسی و رکن معامله عقد باطل است.

س-مختص عین معین و کلی در معین است.

۶-خیار غبن:

ماده ۴۱۶ قانون مدنی: هریک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند.

-گفتنی است چنانچه بايع، به ارزش واقعی مبيع آگاه بوده؛ ولی بنا بر ملاحظاتى به نفع خریدار، کالای خود را، به قیمتی پایین‌تر بفروشد؛ دیگر نمی‌تواند با استناد به خیار غبن فاحش، معامله را فسخ نماید؛ زیرا خود او، قاصد در تسامح و چشم‌پوشی، نسبت به بخشی از حق خویش بوده است، همچنین هیچ‌یک از طرفین، در عقد معاوضه‌ای که بهای واقعی عوضین، کمتر درخور توجه آنان بوده؛ و درواقع عقد را به‌منظور رسیدن به فواید دیگری منعقد نموده‌اند؛ و منافع حاصل از قرارداد را، بر ارزش مال خود مقدم دانسته‌اند؛ به بهانه وجود خیار غبن فاحش، حق بر هم زدن معامله را ندارند.

-غبن فاحش، غبنی است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.

-خیار غبن در کلی قابل اعمال است.

-خیار غبن مختص به جاهل است.

-در عقود مجانی ولو با شرط عوض راه ندارد.

-ماده ۴۱۸ قانون مدنی: اگر مغبون در حین معامله، عالم به قیمت عادلانه بوده خیار فسخ نخواهد داشت.

-در تعیین مقدار غبن، شرایط معامله نیز باید منظور گردد.

نقش شرایط معامله را در ارزیابی عوضین، نباید نادیده گرفت، بدین ترتیب از نظر عرف، اختلاف قیمتی که منجر به ایجاد غبن فاحش می‌گردد؛ در بیع نقد و نسیه یکسان نیست لذا شرایط خارجی و شواهد و قرائنی که در انعقاد عقد، مؤثر بوده؛ در تشخیص عرفی غبن، دارای اهمیت است. اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی‌شود مگر اینکه مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی گردد. ماده ۴۷۸ قانون مدنی: «هرگاه معلوم شود عین مستاجر در حال اجاره معیوب بوده مستاجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر موجد رفع عیب کند به نحوی که به مستاجر ضرری نرسد مستاجر حق فسخ ندارد.»

قاعده این است که ضرر از بین برود خیار نیز از بین می‌رود به‌جز خیار غبن.

نکته: اگر کسی دارای خیار باشد، اما پس از آگاهی از سبب خیار، در اعمال حق فسخ تعلل کند و فسخ را با تأخیر انجام دهد، حق فسخ او ساقط می‌شود؛ چون اختیارات مزبور از نوع اختیارات فوریه هستند و باید بلافاصله پس از علم اعمال شوند. جهل به قانون عذر محسوب نمی‌شود و فقط ادعای جهل نسبت به فوریت اعمال حق فسخ در نکاح پذیرفته شده است.

۷-خیار عیب:

اگر موضوع معامله دارای عیب عرفی باشد (نه صرفاً سلیقه‌ای و شخصی)، برای طرف جاهل له عیب، خیار ایجاد می‌شود.

عیب یعنی؛ آنچه موجب نقص در منفعت، کم شدن انتفاع یا صعوبت (دشواری) در بهره‌برداری از مال شود.

خیار عیب تنها خیاری است که مرکب از دو حق است؛

+ فسخ معامله

+ اخذ آرش (مابه‌التفاوت قیمت سالم و معیوب)

ولی در همه عقود این دو حق توأمان وجود ندارد.

استثناء در اعمال آرش:

(الف) اجاره: در صورت معیوب بودن عین مستاجر، مستاجر فقط حق فسخ دارد نه آرش!

(ب) نکاح: عیب زوجه یا زوج فقط موجب فسخ نکاح است نه گرفتن آرش.

(ج) تقسیم تراخی: اگر یکی از شرکا بعد از تقسیم متوجه شود سهمش معیوب بوده و جهل به عیب داشته، فقط حق فسخ تقسیم دارد، نه آرش!

*اگر عیب آن‌قدر شدید باشد که منفعت عقلایی مال را از بین ببرد، دیگر موضوع معامله مالیت ندارد و عقد باطل است نه قابل فسخ.

*قلمرو خیار عیب مختص عقود معوض تملیکی است و در عقود عهده‌ای راه ندارد زیرا در این عقود اول الزام به انجام کامل تعهد و در صورت عدم امکان فسخ مدنظر است.

-خیار عیب اختصاص به یک طرف ندارد و هر طرف که کالای معیوب را بگیرد خیار دارد، اگر مبیع معیوب باشد مشتری خیار دارد و همچنین است در مورد ثمن.

-خیار عیب اصولاً هم‌زمان با عقد ایجاد می‌شود زیرا عیب باید در زمان ایجاب و قبول موجود باشد در نتیجه اصولاً خیاری متصل است اما در دو حالت خیار عیب بعد از عقد به وجود می‌آید:

۱-مبیع بعد از عقد و قبل از تسلیم معیوب شود.

۲-مبیع بعد از عقد بعد از تسلیم در زمان خیار مختص مشتری معیوب شود.

-خیار عیب در کلی فی الذمه راه ندارد. در کلی در معین نیز، اگر تمام مصادیق ممکن معیوب باشند، خیار عیب ایجاد می‌شود.

ماده ۴۲۳ قانون مدنی: خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت می‌شود که عیب، مخفی و موجود در حین عقد باشد.

{برای اینکه عیب موجب خیار عیب (فسخ یا آرش) شود، باید یکی از شرایط زیر وجود داشته باشد:

۱-عیب در زمان عقد موجود باشد.

۲-عیب پس از عقد ولی قبل از قبض ایجاد شده باشد.

بنابراین اگر مال در فاصله‌ی میان عقد قبض معیوب شود، مشتری حق فسخ دارد.

۳- عیب پس از قبض حادث شود اما ناشی از عیب قبلی باشد؛ این مورد استثنائی است و اگر عیب کوچکی در زمان قبض وجود داشته و به تدریج توسعه یافته و باعث تلف یا عیب بزرگ‌تری شده باشد، یا عیب مخفی اولیه باعث ایجاد عیب بعدی شود، در این حالت، خیار عیب به قوت خود باقی است.

در عقد اجاره اگر عیب درائانای مدت اجاره در عین مستأجره حادث شود، مستأجر حق فسخ دارد، حتی اگر عیب بعد از قبض باشد. این مورد استثنائی صریح قانون است.

در عقود مستمر چون تعهدات در طول زمان استمرار دارند، عیب حادث بعد از قبض نیز می‌تواند موجب حق فسخ باشد.

-اگر عیب ظاهر باشد و مشتری متوجه آن نشود بازهم عیب مخفی محسوب می‌شود.

-مشتری مدعی خیار عیب علاوه بر ضرورت اثبات وجود عیب، باید حین العقد بودن آن را نیز ثابت نماید.

-اصل بر جهل بر عیب است ولی بین خریدار حرفه‌ای و غیرحرفه‌ای باید قائل به تفکیک شد.

☞ نحوه محاسبه آرش:

ماده ۴۲۷ قانون مدنی: اگر در مورد ظهور عیب، مشتری اختیار آرش کند تفاوتی که باید به او داده شود به طریق ذیل معین می‌گردد:

۱- تعیین قیمت مال سالم و معیوب

۲- محاسبه نسبت بین دو قیمت

۳- اعمال این نسبت بر قیمت معامله شده

۴- تفاوت قیمت پرداخت شده و ارزش واقعی معیوب

توضیح: قیمت حقیقی مبیع در حال بی‌عیبی و قیمت حقیقی آن در حال معیوبی به توسط اهل خبره معین می‌شود. اگر قیمت آن در حال بی‌عیبی مساوی با قیمتی باشد که در زمان بیع بین طرفین مقرر شده است تفاوت بین این قیمت و قیمت مبیع در حال معیوبی، مقدار آرش خواهد بود. و اگر قیمت مبیع در حال بی‌عیبی کمتر یا زیاده‌تر از ثمن معامله باشد نسبت بین قیمت مبیع در حال معیوبی و قیمت آن در حال بی‌عیبی معین شده و بایع باید از ثمن مقرر به همان نسبت نگاه داشته و بقیه را به‌عنوان آرش به مشتری رد کند.

ماده ۴۲۹ قانون مدنی: در موارد ذیل مشتری نمی‌تواند بیع را فسخ کند و فقط می‌تواند آرش بگیرد:

۱- در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن به غیر؛

۲- در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود اعم از این که تغییر به فعل مشتری باشد یا نه؛

۳- در صورتی که بعد از قبض مبیع، عیب دیگری در آن حادث شود مگر این که در زمان خیار مختص به مشتری حادث شده باشد که در این صورت مانع از فسخ و رد نیست.

▪ در برخی موارد حق فسخ زائل شده و تنها حق گرفتن آرش وجود دارد؛

الف- مبیع دست مشتری تلف شود: تلف مانع فسخ است.

ب- منتقل کردن مبیع به غیر: شامل انتقال قهری نمی‌شود انتقال باید ارادی باشد.

شخصی که مال معیوب را خریده است دو حالت دارد:

۱- عالم به عیب بوده است؛ اگر خریدار به علم به عیب مبیع را انتقال دهد این انتقال اسقاط ضمنی خیار عیب است و هر دو حق فسخ و آرش را از بین می‌برد.

۲- جاهل به عیب بوده است: چنانچه با جهل به عیب مبیع را انتقال دهد فقط حق آرش خواهد داشت.

در این فرض اگر منتقل الیه عقد را فسخ کند و مبیع معیوب را به خریدار اول بازگرداند حق فسخ خریدار نیز برمی‌گردد.

ج-مبیع دست مشتری تغییر کند: اگر تبدیل با علم به عیب بوده است اسقاط ضمنی خیار کرده است اما اگر جاهل باشد فقط می‌تواند آرش بگیرد و اگر امکان بازگرداندن مبیع به حالت اولیه فراهم شد حق فسخ نیز برمی‌گردد.

د-در دست مشتری عیب جدید در مبیع ایجاد شود: می‌تواند آرش بگیرد اما دو استثناء دارد؛

۱-عیب جدید ناشی از عیب قدیم باشد که در این فرض مشتری حق فسخ دارد.

۲-عیب جدید در زمان خیار مختص مشتری حادث شود در این فرض نیز حق فسخ خواهد داشت.

📖 تبعیض در اجرای خیار عیب:

در اجرای خیار عیب، بسته به اینکه مبیع واحد باشد یا متعدد و اینکه قیمت اجزای مبیع مشخص باشد یا نه، وضعی جواز تبعیض در فسخ معامله متفاوت است:

الف-اگر مبیع واحد باشد: اگر بخشی از مبیع معیوب باشد، مشتری فقط حق دارد معامله را نسبت به کل مبیع فسخ کند.

تبعیض در فسخ جایز نیست.

ب-اگر مبیع متعدد باشد و برخی از آن‌ها معیوب باشند:

حالت اول) قیمت اجزاء به صورت جداگانه تعیین نشده است؛

فسخ تبعیضی جایز نیست مگر اینکه فروشنده (بایع) به تبعیض رضایت دهد، در غیر این صورت مشتری باید یا تمام مبیع را فسخ کند یا اصلاً فسخ نکند.

حالت دوم) قیمت اجزاء به صورت جداگانه تعیین شده است؛

تبعیض در فسخ جایز است، مشتری می‌تواند فقط نسبت به بخش معیوب فسخ کند و سایر اقلام را نگه دارد.

ج-بایع یک نفر و مشتریان متعدد:

تبعیض در فسخ جایز نیست.

همه مشتریان باید باهم فسخ کنند یا باهم معامله را نگه دارند.

اگر فسخ نکنند، هر مشتری می‌تواند نسبت به سهم خود، مطالبه آرش کند.

د-بایع چند نفر و مشتری یک نفر:

تبعیض در فسخ جایز است.

خریدار می‌تواند معامله را نسبت به برخی از بایعان فسخ کند و نسبت به برخی دیگر آرش بگیرد یا عقد را نگه دارد.

ذ-بایع چند نفر و مشتریان متعدد:

همه مشتریان می‌توانند سهم یکی از بایعان را فسخ کرده و سهم بایع دیگر را نگه دارند. اما در مورد یک بایع، تجزیه بین مشتریان ممکن نیست؛ یعنی نمی‌توان یک مشتری فسخ کند و بقیه فسخ نکنند. (فسخ نسبت به یک بایع باید به صورت جمعی، از سوی تمام مشتریان باشد.)

📖 شرط تبری از عیوب:

این شرط یعنی من کالایی را به تو می‌فروشم و در قرارداد ذکر می‌شود که بایع هیچ‌گونه مسئولیتی راجع به عیوب کالا ندارد در این فرض اگر کالا معیوب باشد خریدار نه حق فسخ و نه مطالبه آرش دارد همچنین حق مطالبه خسارت ناشی از عیب کالا را نیز نخواهد داشت.

☑️ شرط تبری ضمان معاوضی را ساقط نمی‌کند بنابراین اگر کالا پیش از تسلیم تلف شود، تلف بر عهده فروشنده است هرچند که تلف ناشی از عیب باشد.

📖 موارد سقوط حق فسخ ناشی از خیار عیب

در این موارد خریدار فقط حق دریافت آرش دارد و حق فسخ معامله ساقط می‌شود:

۱-تلف شدن مبیع معیوب در دست مشتری: اعم از اینکه ناشی از قوه قاهره، فعل شخص ثالث یا فعل مشتری باشد؛

الف-اگر تلف ناشی از قوه قاهره یا فعل ثالث باشد: فقط حق فسخ ساقط می‌شود، حق آرش باقی می‌ماند.

ب-اگر تلف ناشی از فعل مشتری باشد: اگر مشتری به عیب آگاه نبوده؛ فقط حق فسخ ساقط می‌شود و اگر مشتری به عیب آگاه بوده اصولاً کل خیار عیب ساقط می‌شود مگر اینکه ثابت شود قصد صرف نظر کلی از خیار نداشته که در این صورت حق آرش باقی می‌ماند.

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- انتقال مبيع معيوب به غير توسط مشتري (انتقال ارادی): اگر با علم به عيب منتقل کند، خيار عيب به کل ساقط می شود و اگر بدون علم به عيب منتقل کند فقط حق فسخ ساقط می شود و حق آرش باقی می ماند.

اگر مال بدون علم به عيب منتقل و سپس به مشتري بازگردد؛ حق فسخ دوباره احيا می شود.

اگر انتقال قهري باشد؛ خيار به وراث منتقل می شود و هر دو حق فسخ و آرش باقی می ماند.

۳- تغيير در مبيع (تغيير ماهيت يا وضعیت کالا): اگر تغيير ناشی از فعل مشتري باشد، اگر مشتري جاهل به عيب باشد فقط حق فسخ ساقط می شود و اگر مشتري عالم به عيب باشد اصولاً هر دو حق ساقط می شود مگر آنکه ثابت شود قصد صرف نظر کلی نداشته که در این صورت حق آرش باقی می ماند.

۴- حدوث عيب جديد در مبيع پس از عقد: اصولاً مانع فسخ به استناد عيب سابق می شود، مگر در دو حالت؛

حالت اول) عيب جديد ناشی از عيب سابق باشد که مانع فسخ نیست.

حالت دوم) عيب جديد در دوران اعمال خيار مختص مشتري (مجلس، حيوان، شرط) حادث شده باشد بازهم مانع فسخ نیست.

۸- خيار تدليس:

ماده ۴۳۸ قانون مدنی: تدليس عبارت است از عملياتی که موجب فريب طرف معامله شود.

-موضوع تدليس بايد عين باشد؛ و مغبون کردن مشتري جهت اخذ ثمن کلی، تدليس محسوب نمی گردد.

-تدليس عملياتی است که باعث فريب بشود که ممکن است عيب کالا پوشانده شود يا با عملياتی یک وصفی نشان داده شود که کالا آن وصف را ندارد.

-خيار تدليس اختصاص به یک طرف معامله ندارد.

-اگر ثالثی تدليس کند کسی خيار نخواهد داشت بلکه برای تدليس حتماً اين عمل بايد توسط طرفين عقد داده باشد.

-خيار تدليس استثنائاً در یک مورد در کلی راه دارد آن هم در موردی که تدليس در یک وصفی شود که در هيچ مصداقی از کلی نباشد، يعنی وصفی را تدليس کند که محال است.

-خيار تدليس با عقد به وجود می آید، درواقع تدليس فريبی است که قبل از انجام معامله به کار می رود تا رغبته به معامله ايجاد نمايد اگر فريب پس از عقد باشد سبب خيار تدليس نمی شود.

۹- خيار تبعض صفقه:

ماده ۴۴۱ قانون مدنی: خيار تبعض صفقه وقتی حاصل می شود که عقد بيع نسبت به بعض مبيع به جهتی از جهات باطل باشد در این صورت مشتري حق خواهد داشت بيع را فسخ نمايد يا به نسبت قسمتی که بيع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بيع باطل بوده است ثمن را استرداد کند.

-تبعض يعنی بعضی بعض شدن، تکه تکه شدن، تبعض صفقه يعنی یک عقد دو تیکه می شود.

-طبق قانون مدنی خيار تبعض صفقه زمانی ايجاد می شود که معامله نسبت به بخشی از عقد باطل باشد ولی نظر حقوقدانان در موارد زیر خيار تبعض صفقه ايجاد می شود؛

الف-بخشی از عقد منفسخ شود.

ب-بخشی از عقد فسخ شود.

ج-بخشی از عقد اخذ به شفعه شود.

-خيار تبعض صفقه در کلی راه دارد.

-اگر خيار تبعض صفقه به علت بطلان بخشی از عقد ايجاد شده باشد خيار متصل است اما اگر دليل ايجاد خيار تبعض صفقه بعض، انفساخ بعض، اخذ به شفعه باشد خيار منفصل است.

-ماده ۴۴۳ قانون مدنی: تبعض صفقه وقتی موجب خيار است که مشتري در حین معامله عالم به آن نباشد ولی در هر حال ثمن تقسيط می شود.



يعنی خريدار چه عالم باشد چه جاهل می تواند پول قسمت باطل را بگيرد.

کليه حقوق مادی و معنوی اين اثر متعلق به موسسه وکیل شو می باشد و هيچ شخصی حق چاپ و نشر تمام يا بخشی از اين 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

☑ اقاله بخشی از عقد موجب خیار تبعض صفقه نمی‌شود.

-اگر خود شخص سبب انحلال را ایجاد کند دیگر نمی‌تواند به خیار تبعض صفقه استناد کند.

۱۰-خیار تخلف شرط یا تخلف از شرط:

ماده ۴۴۴ قانون مدنی: احکام خیار تخلف شرط به‌طوری است که در مواد ۲۳۴ الی ۲۴۵ ذکر شده است.

اگر شرط فعل، در عقدی شرط شده باشد برای اینکه بتوان از خیار تخلف از شرط استفاده کرد حتماً ابتدا باید مشروط علیه را الزام کنیم.

خیار تخلف از شرط فعل خیار منفصل است اما خیار تخلف از شرط صفت و نتیجه متصل به عقد است.

-خیار تخلف از شرط صفت در عقد کلی راه ندارد.

۱۱-خیار تفلیس:

ماده ۳۸۰ قانون مدنی: در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند.

-مُفْلَس: یعنی ورشکسته

برای ایجاد خیار تفلیس سه شرط لازم است؛

۱- یکی از دو عوضین عین معین و دیگری کلی باشد (ملاک عین معین بودن زمان فسخ است)

۲- کسی که می‌خواهد مصداق کلی را بدهد باید ورشکسته شود. (بعد از عقد و قبل از تسلیم)

۳- عین معین موجود باشد (خواه تسلیم شده باشد یا نه)

با جمع شدن این سه شرط کسی که عین معین را تملیک کرده خیار تفلیس دارد و می‌تواند عقد را فسخ کند و عین معین را پس بگیرد (عین معین موجود است) و داخل غرما نمی‌شود.

-خیار تفلیس مختص عقد بیع نیست و در همه عقود معوض اجراء می‌شود.

نکته: خیار تفلیس بعد از عقد به وجود می‌آید چون اگر در زمان عقد طرف مفلس باشد عقد باطل است.

۱۲-خیار تعذر تسلیم:

ماده ۴۸۸ قانون مدنی: اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستأجره یا منافع آن، مزاحم مستأجر گردد در صورتی که قبل از قبض باشد مستأجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننمود می‌تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت‌المثل به خود مزاحم رجوع کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزاحم رجوع کند.

ماده ۵۲۸ قانون مدنی: اگر شخص ثالثی قبل از اینکه زمین مورد مزارعه تسلیم عامل شود آن را غصب کند، عامل مختار بر فسخ می‌شود ولی اگر غصب بعد از تسلیم واقع شود حق فسخ ندارد.

-هر طرف که تسلیم نسبت به او متعذر بشود خیار دارد.

-خیار تعذر تسلیم بعد از عقد به وجود می‌آید چون اگر در زمان عقد تسلیم مقدور نباشد عقد باطل است.

• فسخ

ماده ۴۴۹ قانون مدنی: فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود.

-اعلام اراده باید سالم باشد و اعلام به اکراه مؤثر نیست.

-اراده طرف عقد برای فسخ باید اعلام شود اما ابلاغ به طرف دیگر ضروری نیست.

-از فسخ نمی‌توان رجوع کرد.

-خیار فسخ اصولاً واحد و غیرقابل تفکیک است و تبعیض در آن راه ندارد.

-تاریخ تحقق فسخ، زمان اعمال خیار از سوی صاحب خیار است نه از تاریخ صدور رأی دادگاه. زیرا رأی دادگاه جنبه اعلامی دارد و در صورت وقوع اختلاف بین طرفین، مدعی باید ابتدا حق خیار خود را اعمال نموده سپس از دادگاه تقاضای تأیید فسخ صورت گرفته را بنماید.

در قراردادهای اجاره سال ۵۶ استثنائاً مستأجر یا مؤجر متقاضی فسخ قرارداد، باید صدور حکم به فسخ اجاره را از دادگاه درخواست 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

-چنانچه فسخ بیع پس از تنظیم سند رسمی به نام خریدار باشد در فرضی که مستند فسخ خیار شرط باشد، سردفتر اسناد رسمی مستند به بند الف ماده ۴۴ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی، نسبت به تنظیم سند فسخ اقدام و به امضا فسخ کننده می‌رساند و سند فسخ را به اداره ثبت محل ارسال می‌نماید.

اما اگر مستند فسخ سایر خیارها باشد پس از صدور حکم دادگاه مبنی بر تأیید تحقق فسخ صورت گرفته از سوی ذوالخیار همین ترتیبات پیش گفته شده اجرا خواهد شد و نیازی به طرح دعوی الزام به تنظیم سند رسمی از سوی فروشنده علیه خریدار نمی‌باشد. احکام پیش گفته شده در خصوص رجوع از هبه نیز قابل اجرا می‌باشد.

-پس از تحقق فسخ خریدار باید مبیع را در اولین فرصت ممکن به فروشنده مسترد کند.

ماده ۴۵۰ قانون مدنی: تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای به معامله باشد امضای فعلی است، مثل آن که مشتری که خیار دارد با علم به خیار، مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد.

تصرفاتی که موجب سقوط حق فسخ می‌گردد؛ اولاً باید نوعاً کاشف از رضای به معامله باشد، مانند فروش مبیع یا تغییر وضعیت آن توسط خریدار، آوردن گندم، یا برش پارچه جهت دوختن لباس، و تصرفاتی را که نوعاً کاشف از رضایت به عقد نباشد؛ نمی‌تواند موجب زوال حق فسخ گردد، نظیر شستشوی اتومبیل، یا تعویض روغن آن، و دیگر اینکه، صاحب خیار، باید با علم به وجود حق خیار برای وی، در مورد معامله، تصرفی نماید که مسقط حق فسخ باشد و جهل وی به وجود خیار را، باید مانع زوال حق فسخ او دانست.

اگر مشتری خودرو را، با علم به وجود خیار فسخ برای خود، جهت تعمیرات به صافکاری بسپارد؛ در این صورت عمل مزبور، دلالت بر رضای به معامله و زوال حق فسخ دارد

-اگر کسی خانه خود را صلح خیاری کند و در مدت خیار آن را به دیگری منتقل کند این اقدام حاکی از فسخ عملی و منطبق با مواد ۴۴۹ و ۴۵۱ ق.م.ا.ست.

-تصرف صاحب خیار در مالی که به موجب عقد به دیگری منتقل کرده است فسخ محسوب می‌شود و تصرف او در مالی که به موجب عقد به دست آورده است تحت شرایط ماده ۴۵۰ اسقاط خیار محسوب می‌شود.

ماده ۴۵۲ قانون مدنی: اگر متعاملین هر دو خیار داشته باشند و یکی از آنها امضا کند و دیگری فسخ نماید معامله منفسخ می‌شود.

ماده ۴۵۳ قانون مدنی: در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین، تلف یا ناقص شود بر عهده مشتری است و اگر خیار، مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهده بایع است.

-تعهد بایع به بازگرداندن ثمن، ناظر به بهای قراردادی است نه بهای واقعی مبیع؛ و در صورتی است که تلف ناشی از حادثه خارجی باشد.

-حکم ماده ۴۵۳ مختص عقد بیع، مشتری و مبیع عین معین می‌باشد زیرا ضمان تلف یا نقص مبیع پس از تسلیم در زمان خیار مشتری، امری استثنائی است که باید به صورت محدود تفسیر شود. بنابراین؛ اگر پس از ایجاد خیار تأخیر ثمن برای فروشنده مبیع تلف شود بیع منفسخ می‌شود. و دیگر جایی برای اعمال خیار تأخیر باقی نمی‌ماند و تلف بر عهده فروشنده است.

-اگر طرفین خیار داشته باشند و بایع، مبیع را به مشتری تسلیم کند ضمان معاوضی به مشتری منتقل می‌شود و تلف از کیسه خریدار می‌باشد ولو پس از تسلیم مبیع و پیش از تلف، فروشنده خیار خود را ساقط کرده باشد.

-اگر مبیع پس از تسلیم و در مدت خیار فروشنده تلف شود، تلف موجب زوال خیار فروشنده نمی‌باشد؛ و در صورت اعمال خیار فروشنده باید ثمن را مسترد کرده و خریدار نیز ضامن بدل مبیع (برحسب مورد مثل، یا قیمت روز مبیع) است.

ماده ۴۵۴ قانون مدنی: هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.

-حکم این ماده ناظر به انحلال عقد است و علاوه بر فسخ، شامل تفاسخ و انفساخ هم می‌شود. لیکن در فرض بطلان جاری نیست.

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

- علت عدم بطلان اجاره این است که اولاً در زمان انعقاد اجاره، مشتری (موجر) مالک مبیع بوده است و در صورت عدم شرط خلاف، مشتری حق هرگونه دخل و تصرف در مبیع را دارد ثانیاً اثر انحلال ناظر به آینده است و تأثیری در معاملات پیشین ندارد بنابراین؛

عقد اجاره خصوصی نداشته و هیچیک از معاملات پیشین مشتری (اعم از بیع و صلح و ...) باطل نمی‌شود. با توجه به اینکه انحلال، بیع اجاره پیشین را منحل نمی‌کند پس مستأجر همچنان باید اجاره‌بها را به مشتری (موجر) پرداخت نماید نه به بایع اما از آنجاکه با انحلال بیع، مشتری باید مبیع را مسترد نماید و در فرض مطروحه به دلیل اجاره دادن مبیع از سوی مستأجر، عین تا پایان مدت اجاره مسلوب المنافع است فلذا علاوه بر رد عین مشتری باید بابت مدت‌زمان باقی مانده از اجاره، مابه‌التفاوت مبیع همراه منفعت با مبیع مسلوب المنافع (آرش) را به بایع بپردازد.

- اگر الف ملک خویش را در تیرماه به ب بفروشد و به همین ملک را در مردادماه به ج بفروشد و سپس معامله الف و ب در شهریورماه منحل شود انحلال معامله اول اصولاً تأثیری در معامله دوم ندارد مگر اینکه صریحاً یا ضمناً شرط خلاف شده باشد بنابراین الف نمی‌تواند عین مال را از ج مطالبه کند ولی می‌تواند قیمت روز ملک را از ب مطالبه کننده در صورت امتناع ب و صدور حکم دادگاه به پرداخت قیمت ملک قیمت زمان اجرای حکم ملاک است.

- ماده ۵۰۰ ق.م. در خصوص خيار شرط صدر ماده فوق‌الذکر را تخصیص زده است؛ به عبارت دیگر در عقد خیاری عدم تصرفات ناقله بر مشتری ضمناً شرط شده است.

- طبق رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ مورخ ۴/۳/۱۴۰۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، اگر در ضمن عقد بیع بر خریدار شرط شده باشد که در صورت عدم پرداخت اقساط ثمن در مواعد تعیین شده فروشنده حق فسخ و استرداد مبیع را دارد با تحقق شرط و اعمال حق فسخ عین مبیع باید به فروشنده مسترد شود ولو خریدار قبل از اعمال فسخ مبیع را به ثالث فروخته باشد و ثالث نیز از وجود شرط بی‌خبر باشد؛ در جمع میان نص ماده ۴۵۴ و اصول حقوقی (مبنی بر استقبالی بودن اثر فسخ) و رأی وحدت رویه اخیر باید گفت برابر رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ درج شرط خيار تخلف از شرط و استرداد مبیع به‌طور ضمنی حق خریدار در تصرف منافی با خيار را سلب نموده است و قرارداد را مشمول قسمت اخیر ماده ۴۵۴ قرار می‌دهد.

- به لحاظ اصول حقوقی واژه «باطل» در انتهای ماده باید غیر نافذ باشد و با رضایت مشروط له عمل حقوقی ممنوعه نافذ گردد.

ماده ۴۵۵ قانون مدنی: اگر پس از عقد بیع، مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.

- اگر خریدار، در مدت خيار، مبیع را به رهن دهد؛ و سپس فروشنده، مبادرت به فسخ بیع نماید؛ در این صورت خللی به اعتبار رهن مزبور وارد نخواهد شد؛ زیرا فسخ قرارداد، نافی حق ثالث نیست، ولی با توجه به اینکه رهن مبیع، باعث تنزل ارزش آن گردیده و نوعی نقص در مال محسوب می‌گردد؛ پس مشتری، یا باید این تفاوت قیمت را به بایع پرداخت نماید؛ یا اینکه موجبات فک رهن از عین مرهونه را فراهم کند

• **عقد معاوضه:**

ماده ۴۶۴ قانون مدنی: معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین، مبیع و دیگری ثمن باشد.

- عقد معاوضه خیلی شبیه به بیع است، در عقد بیع ثمن می‌تواند همه چیز باشد و اگر کالا باشد بیع شبیه به معاوضه می‌شود.

- معیار تفکیک معاوضه با بیع قصد است.

- عرف مبادله کالا با کالا را معاوضه و مبادله کالا با پول را بیع می‌داند.

- قبلاً گفته شد که احکام خاص بیع در معاوضه راه ندارد که عبارت‌اند از؛

- ۱- خيار مجلس ۲- خيار حیوان ۳- خيار تأخیر ثمن ۴- ضمان معاوضی بعد از تسلیم در زمان خيار مختص مشتری ۵- حق شفعه

* خيار غبن در معاوضه قابل اعمال است.*

- مورد معاوضه ممکن است عین یا منفعت باشد.

- برخلاف بیع، در آن حق شفعه راه ندارد.

- عقد معاوضه به دلیل اینکه عقد معوض است در آن حق حبس راه دارد.

• عقد اجاره:

ماده ۴۶۶ قانون مدنی: اجاره عقدی است که به موجب آن، مستأجر، مالک منافع عین مستأجره می‌شود، اجاره‌دهنده را موجر و اجاره‌کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره گویند.

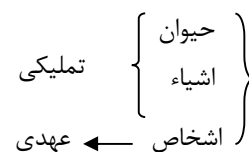
این تعریف خالی از اشکال نیست و دو ایراد دارد؛

۱- اجاره مجانی نیست و معوض است.

۲- اجاره معمولاً مدت‌دار است.

- به تعریف برخی، اجاره تملیک منفعت به عوض معلوم است.

طبق ماده ۴۶۷ اجاره سه قسم است:



ویژگی	توضیح
لازم بودن	عقدی لازم است و هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند یک‌طرفه آن را فسخ کنند مگر در موارد استثنائی مثل اختیارات یا شروط فسخ.
عدم انحلال با فوت	فوت یکی از طرفین به‌طور کل باعث انحلال عقد اجاره نمی‌شود.
نوع عقد	در اجاره اشیاء: عقد تملیکی - اجاره اشخاص: عقد عهده اگر به نحو مطلق سؤال پرسیده شد اجاره عقدی تملیکی است.
معوض بودن	اجاره همیشه معوض است.
رضایی بودن	عقدی رضایی است و صرف توافق طرفین کافی است مگر در موارد خاص.
مستمر بودن	عقدی مدت‌دار و مستمر است و باید در آن مدت معین باشد و الا باطل است.
موضوع عقد	باید مربوط به مالی قابل بقاء باشد تا بتوان منافع آن را تملیک کرد.
اهلیت طرفین	هر دو طرف باید اهلیت داشته باشند.

- در اجاره چون موضوع منفعت است کسی که اجاره می‌دهد باید مالک منفعت باشد.

طبق قانون مدنی در عقد اجاره شخصیت مستأجر شرط نیست و مستأجر می‌تواند مورد اجاره را اجاره دهد.

- در اجاره اشیا مدت باید تعیین شود و الا اجاره باطل است.

📖 اجاره به شرط تملیک:

اجاره به شرط تملیک قراردادی است که در آن مالی ابتدا به‌عنوان اجاره در اختیار مستأجر قرار می‌گیرد، اما با شرطی معین مقرر می‌شود که در پایان مدت اجاره و با تحقق شرایط خاص، مالکیت مال به مستأجر منتقل می‌گردد.

حالت اول اجاره به شرط تملیک) قرارداد اجاره‌ای است با یک شرط نتیجه مبنی بر انتقال مالکیت به مستأجر.

تملیک مشروط به پرداخت تمام اقساط اجاره‌بها و انجام تعهدات مستأجر است؛ یعنی تملیک در پایان مدت و پس از تحقق شرایط محقق می‌شود نه در ابتدای قرارداد.

در صورت انحلال قرارداد پیش از پایان مدت، انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد.

حالت دوم) قرارداد اجاره‌ای است همراه با یک وعده بیع در آینده.

مستأجر در پایان مدت اختیار دارد که مال را بخرد یا نخرد.

در این حالت بیع هنوز واقع نشده و تنها یک تعهد اخلاقی یا حقوقی برای فروشنده در صورت اراده مستأجر ایجاد شده است.

با پرداخت قیمت در پایان مدت، قرارداد بیع جداگانه‌ای باید 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

- طبق ماده ۵۱۴ خادم یا کارگر نمی‌تواند اجیر شود مگر برای مدت معینی یا برای انجام امر معینی.
- مدت اجاره از روزی شروع می‌شود که بین طرفین مقرر شده و اگر در عقد اجاره ابتدای مدت ذکر نشده باشد از وقت عقد محسوب است.
- در عقد اجاره اگر اجرت تعیین نشود اصولاً باطل است مگر اجاره املاک برای مصارف تجاری و کسب و پیشه در قالب قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ که میزان اجاره‌بها توسط دادگاه به نرخ عادلانه تعیین می‌شود.
- مورد اجاره حتماً باید معین باشد حتی در اجاره اشخاص هم همین است و باید منفعت را معین کنیم.
- *اگر موجر و مستأجر نسبت به میزان اجاره‌بها باهم اختلاف کنند، چنانچه از ادله و شواهد به نتیجه نرسیم، طبق اصل عدم زیاده قول مستأجر حاکم است.*
- در اجاره اشخاص، وقتی موضوع عقد ساخت یک کالا است با صرف تمام شدن فرآیند ساخت، موضوع تعهد انجام نشده بلکه تحویل آن نیز لازم است.
- تعهد اجیر برای انجام تعهدات موضوع اجاره اشخاص، از حیث دریافت دستمزد تعهد به نتیجه است یعنی تا قبل از اتمام موضوع اجاره اشخاص و تحویل کالا تعهد او خاتمه نیافته و استحقاق دریافت اجرت را ندارد.
- اگر موضوع اجاره اشخاص نامشروع باشد، عقد اجاره باطل است حتی اگر اجیر موضوع نامشروع را انجام داده باشد و حق مطالبه اجرت ندارد.
- اما اگر قرارداد اجاره به دلیل فقدان اهلیت اجیر، باطل باشد و درعین حال اجیر موضوع قرارداد را انجام داده باشد اجرت المسمی قابل پرداخت نیست اما مستحق دریافت اجرت‌المثل می‌باشد و مبنای آن قاعده استیفاء از عمل غیر می‌باشد.
- 📌 ضمان اجیر در اجاره اشخاص در فرض تلف یا نقص مال:
- فرض اول) تلف کالا قبل از تحویل:
- اگر مال یا کالایی به اجیر تحویل داده نشده باشد، طبیعتاً اجیر هیچ مسئولیتی در قبال تلف آن ندارد.
- فرض دوم) تلف کالا درید اجیر:
- الف-تلف کالا بدون تقصیر اجیر: ید اجیر امانی است و درنتیجه ضامن تلف یا نقص مال نیست، مگر اینکه تعدی یا تفریط او ثابت شود.
- ب-تلف کالا با تقصیر اجیر: ید اجیر از امانی به ضمانی تبدیل می‌شود و مستأجر دو اختیار دارد؛
- ۱-فسخ عقد اجاره: در این حالت، اجیر استحقاق اجرت ندارد.
- مستأجر می‌تواند از اجیر مثل یا قیمت مال تلف شده را نیز مطالبه کند.
- ۲-عدم فسخ عقد اجاره:
- قرارداد پابرجا می‌ماند و مستأجر باید اجرت اجیر را بپردازد اما می‌تواند از باب مسئولیت مدنی، مثل یا قیمت مال تلف شده را از اجیر مطالبه کند.
- مورد معامله علاوه بر اینکه باید معین باشد، باید معلوم هم باشد و مدت باید به نحوی تعیین شود که احتمال کم یا زیاد در آن نرود. به همین دلیل اجاره به مدت عمر مؤجر یا مستأجر باطل است.
- اجاره مال کلی و کلی در معین نیز صحیح است و مؤجر متعهد به تعیین مصداق می‌باشد.
- با استفاده از این سه حالت می‌توان مورد اجاره را معلوم کرد؛
- ۱- با تعیین مدت
- ۲- با تعیین مسافت
- ۳-انجام دادن کار معین
- اگر طرفین اقرار کنند که ما اجاره‌بها را معین کرده‌ایم اما در میزان آن اختلاف باشد آن شخصی که مدعی میزان کمتری است مقدم می‌باشد.
- اجاره‌بها نباید مردد باشد و باید معلوم باشد.
- اگر مؤجر به مدت عمر خود مالک منافع باشد با فوتش عقد اجاره بهم می‌خورد.
- مستأجر می‌تواند مورد اجاره را مجدداً اجاره دهد یا حق انتفاع خود را واگذار نماید یا عین مستأجره را عاریه دهد. ولی صاحب حق انتفاع یا مأذون در انتفاع نمی‌تواند زیرا مالک آن منافع نیستند و چنین اجاره‌ای فضولی محسوب می‌شود.

-موقوف علیه نمی‌تواند مال موقوفه را برای بیش از مدت حیات خود به دیگری واگذار نماید زیرا او فقط در طول زندگی خود حق انتفاع از مال موقوفه را دارد.

اما متولی مال موقوفه می‌تواند نسبت به بیش از مدت حیات خود، مال موقوفه را اجاره دهد زیرا متولی نه به‌عنوان موقوف علیه، بلکه به‌عنوان کسی که دارای سمت تصدی و اداره است مال موقوفه را اجاره می‌دهد به همین دلیل اجاره به فوت او منفسخ نمی‌شود.

-ماده ۴۷۴ قانون مدنی: مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد -انتقال منفعت با انتقال اجاره متفاوت است:

۱- در موردی که مستأجر تمام یا بخشی از عین را اجاره می‌دهد در واقع منفعت ملکی خویش را واگذار می‌کند و رابطه قراردادی میان او و مستأجر دوم برقرار می‌شود و موجر در این قرارداد دخالت ندارد و به رابطه او با مستأجر نخست صدمه نمی‌خورد قرارداد اخیر مستند به ماده ۴۷۴ اصولاً نیازی به رضایت موجر ندارد.

۲- در انتقال اجاره به دیگری مستأجر جدید جانشین مستأجر قبلی می‌شود و با مالک ارتباط پیدا می‌کند؛ قرارداد اخیر از شمول ماده ۴۷۴ خارج بوده و مستلزم رضایت موجر است.

-اگر در قرارداد اجاره ذکر شود که مستأجر حق انتقال منافع مورد اجاره به دیگری را ندارد؛ در صورت تخلف مستأجر از شرط اخیر، اجاره منعقد بین مستأجر اول و دوم بی‌اعتبار است ولی اگر در قرارداد اجاره شرط شود که مستأجر متعهد می‌شود که عین مستأجره را به شخص دیگری اجاره ندهد تخلف از شرط اخیر عقد اجاره دوم را بی‌اعتبار نمی‌کند و صرفاً موجر (مشروط له) حق فسخ اجاره اول را دارد؛ علت تفاوت ضمانت اجرای دو شرط اخیر این است که شرط اول (یعنی شرط سلب حق انتقال) از مصادیق شرط نتیجه و شرط دوم (یعنی التزام به عدم انتقال) از مصادیق شرط فعل است.

-شرط مباشرت مستأجر در انتفاع از عین مستأجره ملازمه‌ای با سلب حق انتقال عین مستأجره از وی ندارد؛ به‌عنوان مثال اگر در قرارداد صرفاً شرط مباشرت مستأجر در انتفاع شود، مستأجر می‌تواند منافع را به دیگری واگذار کند ولی خود از آن استفاده نماید (مانند آنکه بر مبنای قرارداد شراکت میان مستأجر اول و دوم مقرر شود که ملک در تصرف مستأجر اول باشد)؛ در مقابل اگر صرفاً شرط سلب حق انتقال شود ولی شرط مباشرت مستأجر نشود، در این صورت مستأجر می‌تواند بدون واگذاری مالکیت منافع نماینده‌ای تعیین تا بر عین مستأجره مستولی شود.

-ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ در مورد اجاره محل کسب اصل را بر عدم حق انتقال به غیر قرار داده است اما قانون سال ۷۶ با قانون مدنی همسو است و اصل مذکور را احیا نموده است.

- در صورتی که مستأجر در اجاره مشمول قانون سال ۵۶ حق انتقال منافع را نداشته باشد. می‌تواند طبق ماده ۱۹ همین قانون از دادگاه تقاضای تجویز انتقال منافع نماید؛ در صورتی که موجر حاضر به پرداخت حق کسب و پیشه مستأجر نباشد یا علی‌رغم اعلام آمادگی ظرف سه ماه اقدامی نکند دادگاه به مستأجر شش ماه فرصت می‌دهد تا منافع ملک را به هر شخصی که می‌خواهد به‌موجب سند رسمی انتقال دهد وگرنه این اختیار زائل شده و فرآیند دادرسی باید مجدداً طی شود؛ گفتنی است اولاً مفهوم انتقال دادن منافع در قانون سال ۵۶ انتقال اجاره به مستأجر جدید است لذا رابطه موجر با مستأجر اول قطع شده و مستأجر جدید به‌عنوان قائم مقام و جانشین مستأجر اول با موجر رابطه استیجاری مستقیم پیدا می‌کند، ثانیاً جانشین شدن اراده دادگاه به جای موجر در فرض اخیر جنبه استثنایی دارد لذا در اجاره‌های خارج از سال ۵۶ دادگاه چنین صلاحیتی ندارد و همچنین است در خصوص درخواست تغییر شغل که منحصرأً محتاج جلب رضایت موجر است؛ ثالثاً حق اعطایی به مستأجر در این ماده از قواعد آمره بوده و شرط اسقاط حق اخیر از مستأجر باطل است.

-اگر مستأجر اول حق اجاره دادن مورد اجاره به دیگری را داشته باشد، فسخ اجاره اول، ملازمه‌ای با انفساخ اجاره دوم ندارد.

-اگر مستأجر از اجاره دادن عین مستأجره منع شده باشد عاریه دادن آن بلامانع است مگر آنکه مباشرت مستأجر شرط شده باشد.

- اگر مستأجر محل کسب دو نفر باشد و یکی از آن‌ها مورد اجاره خود را بدون حق واگذاری به مستأجر دیگر منتقل نماید مورد از مصادیق انتقال به غیر نبوده و صحیح است، همچنین اگر مستأجر فوت کند و برخی از وراثت، عین مستأجره را به وراثت دیگر منتقل نمایند چنین انتقالی انتقال به غیر محسوب نشده و نیازمند گرفتن اجازه مالک نیست.

-اگر شرکت دارای شخصیت حقوقی مستقل فاقد حق اجاره دادن مورد اجاره باشد نمی‌تواند آن را به شخصی اجاره دهد ولو انتقال گیرنده مدیر شرکت باشد.

-ماده ۴۷۴ در خصوص امکان انعقاد اجاره از سوی مستأجر از مصادیق قانون تکمیلی است و در صورتی که عرف محل خلاف این قاعده باشد عرف مقدم 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

- اگر قرارداد اجاره تابع قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ یا قانون مدنی باشد و حق اجاره دادن مجدد از مستأجر سلب نشده باشد مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به ثالث اجاره دهد و تسلیم عین مستأجره به ثالث نیازی به اخذ اجازه از موجر اول ندارد زیرا اذن در شیء «انعقاد اجاره مجدد» اذن در لوازم آن «تسلیم عین مستأجره به ثالث» نیز هست.

- از ماده ۴۷۴ چنین استنباط می‌شود که از نظر قانون‌گذار اصولاً شخصیت مستأجر اهمیتی در انعقاد عقد ندارد؛ به همین دلیل وی می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که اشتباه در شخصیت مستأجر نیز موجب بطلان عقد اجاره نیست، باوجوداین چنانچه در اجاره‌نامه یا عرف محل خلاف این امر مقرر شده باشد (که غالباً هم این‌گونه است) اشتباه در شخصیت مستأجر ممکن است حسب مورد موجب بطلان اجاره یا دست‌کم ایجاد حق فسخ برای موجر گردد.

- در فرضی که مستأجر حق انتقال منافع به دیگری را ندارد ولی باوجوداین، مبادرت به انعقاد عقد اجاره با ثالث می‌نماید عمل وی مصداق جرم انتقال مال غیر محسوب نمی‌شود زیرا مستأجر مالک منفعت بوده است اما اگر پس از انقضای مدت در اماکنی که مشمول قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ نیست مبادرت به انعقاد عقد اجاره نماید با فرض احراز سوءنیت مصداق جرم انتقال مال غیر است زیرا پس از اتمام مدت عقد اجاره دیگر مستأجر مالکیتی بر منافع عین مستأجره ندارد.

▪ اجاره مال مشاع:

جایز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک.

در صورتی که مستأجر از مشاع بودن عین مستأجره بی‌اطلاع باشد، حق فسخ دارد.

- در صورتیکه شریک اذن ندهد و منفعت در اختیار مستأجر قرار نگیرد، اجاره نسبت به مدتی که منفعت تسلیم نشده باطل است و در مورد بقیه مدت، مستأجر می‌تواند به استناد خیار تعذر تسلیم، قرارداد را فسخ کند.

- چنانچه مؤجر بدون اذن شریک خود، مال را به تصرف مستأجر بدهد، مستأجر غاصب تلقی شده و شریک می‌تواند از دادگاه خلعی مستأجر و اجرت‌المثل ایام تصرف حصه خویش را تقاضا کند.

- با توجه به ماده ۴۷۵ تصرف حقوقی در مال مشاع صحیح است اما تصرف مادی نیاز به اذن سایر شرکا دارد.

- اگر یکی از شرکاء، حصه خویش را اجاره دهد ولی سایر شرکا، حاضر به تسلیم عین مستأجره نشوند، مؤجر یا مستأجر نمی‌توانند سایر شرکا را به تسلیم اجبار کرده و یا سایر شرکا را به تقسیم منافع بر اساس زمان یا اجزاء مجبور نمایند مگر اینکه تقسیم عین ممکن نباشد که با ملاک ماده ۵۹۴، دادگاه می‌تواند سایر شرکاء را به تقسیم منافع به اعتبار زمان یا اجزاء الزام نماید.

- مؤجر باید عین مستأجر را در حالتی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفاده مطلوبه از آن را بکند.

تکلیف مؤجر باتسلیم عین و فراهم آوردن وسایل و ملزومات انتفاع پایان می‌پردازد و پس‌از آن، رفع مزاحمت اشخاص ثالث با مستأجر است.

☞ خیار عیب در عقد اجاره

ماده ۴۷۸ قانون مدنی: هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده، مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد.

خیار عیب در عقد اجاره با خیار عیب در بیع متفاوت است؛

۱- مستأجر حق مطالبه آرش ندارد.

۲- عیبی موجب حق فسخ است که مؤثر در انتفاع باشد.

۳- حدوث عیب بعد از عقد هم به مستأجر حق فسخ می‌دهد.

- اگر مال الاجاره عین معین و معیوب باشد مؤجر هم خیار عیب دارد ولی آرش ندارد.

عیبی موجب فسخ اجاره می‌شود که موجب نقصان منفعت و صعوبت در انتفاع باشد

- عقد اجاره به اعتبار مدت آن، به عقود متعدد قابل تجزیه است بنابراین اگر عقد اجاره یک‌ساله باشد و سبب فسخ چهار ماه پس از عقد حادث شود، عقد نسبت به چهار ماه اول باقی مانده و نسبت به مابقی قابل فسخ است.

- اعمال حق فسخ در عقد اجاره، عقد را از زمان ایجاد سبب فسخ، منحل می‌کند نه از زمان اعمال خیار. این حکم استثنائی است بر اصل استقبالی بودن اثر فسخ که به موجب آن اصولاً اثر فسخ ناظر به آینده است.

ماده ۴۷۸ قانون مدنی: هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده، مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد.

-منظور از باطل، انفساخ است، زیرا اثر انحلال عقد ناظر به آینده است.

-ناتوانی مستأجر در انتفاع از مورد اجاره، مجوز فسخ عقد نیست ولی اگر مانع خارجی باشد مانند ممنوع شدن شغلی که مستأجر به آن اشتغال داشته است اجاره منفسخ می‌شود.

-در صورتی که مقصود اساسی از عقد اجاره، ناممکن گردد می‌توان قائل به انفساخ شد. چراکه عین مستأجره باید تا آخر مدت اجاره قابلیت انتفاع داشته باشد و چنانچه در حین اجاره این قابلیت را از دست دهد از آن به بعد اجاره منفسخ می‌شود.

-در شرایطی که مانند شیوع یک بیماری مثل کرونا، به موجب دستور مقامات صالحه، فعالیت برخی از مشاغل به مدت یک ماه ممنوع شده و در نتیجه این ممنوعیت، انتفاع مورد توافق از عین مستأجره غیرممکن گردد اولاً مستأجر تکلیفی به پرداخت اجاره‌بهای مدت تعطیلی ندارد زیرا منافعی به وی تحویل نشده است که عوض آن را بپردازد و تلف منفعت از کیسه‌ی موجر می‌رود.

ثانیاً از آنجایی که مانع دائمی نیست عقد اجاره کلاً منفسخ نمی‌شود و قابلیت این را دارد که اگر مانع پیش از اتمام مدت اجاره برطرف شود، روابط قراردادی طرفین ادامه پیدا کند البته در دوران ممنوعیت، مستأجر به استناد خيار تعذر تسلیم می‌تواند عقد اجاره را نسبت به آینده فسخ کند.

-ماده ۴۸۲ قانون مدنی: اگر مورد اجاره عین کلی باشد و فردی که موجر داده معیوب درآید مستأجر حق فسخ ندارد و می‌تواند موجر را مجبور به تبدیل آن نماید و اگر تبدیل آن ممکن نباشد حق فسخ خواهد داشت.

-ماده ۴۸۳ قانون مدنی: اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود و در صورت تلف بعضی آن مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره نماید.

+ در صورتیکه عیب در بعضی از عین مستأجره موجب عدم قابلیت و یا صعوبت انتفاع از آن بعضی گردد از قبیل مرطوب بودن بعضی از اتاق‌های خانه اجاره داده شده به‌طوریکه در آن‌ها سکونت نتوان کرد، مستأجر می‌تواند تقلیل نسبی مال الاجاره را بخواهد و یا اجاره را فسخ کند زیرا عدم قابلیت و یا صعوبت انتفاع از بعضی مورد اجاره، مانند تلف بعضی از آن می‌باشد که مورد حکم ماده ۴۸۳ قانون مدنی است.

+ تلف اجاره در صورتی موجب انفساخ است که عین مستأجره عین معین باشد اما در عین کلی، چون آنچه تسلیم شده است مصداقی از کلی است مستأجر می‌تواند فرد دیگری از آن کلی را درخواست کند.

-اگر در مدت اجاره در عین مستأجره تعمیراتی لازم آید که تأخیر در آن موجب ضرر موجر باشد، مستأجر نمی‌تواند مانع تعمیرات مزبوره گردد، اگرچه در مدت تمام یا قسمتی از زمان تعمیر نتواند از عین مستأجره کلاً یا بعضاً استفاده نماید؛ در این صورت، حق فسخ اجاره را خواهد داشت.

-تعمیرات و کلیه مخارجی که در عین مستأجره برای امکان انتفاع از آن لازم است به عهده مالک است مگر آنکه شرط خلاف شده یا عرف بلد برخلاف آن جاری باشد و همچنین است آلات و ادواتی که برای امکان انتفاع از عین مستأجره لازم می‌باشد.

+هزینه‌های لازم برای نگهداری عین و مخارج مربوط به انتفاع، همه بر عهده مؤجر است در حالیکه در حق انتفاع مخارج مربوط به انتفاع بر عهده منتفع خواهد بود.

+هرگاه مستأجر نسبت به عین مستأجره تعدی یا تفریط نماید و مؤجر قادر بر منع آن نباشد مؤجر حق فسخ دارد.

اثبات تعدی و تفریط مستأجر بر عهده مؤجر است ولی پس از اثبات امانی مستأجر به ید ضمانی تبدیل می‌شود.

ماده ۴۸۸ قانون مدنی: اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستأجره یا منافع آن مزاحم مستأجر گردد، در صورتی که قبل از قبض باشد، مستأجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننمود می‌تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت‌المثل به خود مزاحم رجوع کند، و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود، حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزاحم رجوع کند.

منظور از مزاحمت مذکور در ماده بالا به قرینه مطالبه اجرت‌المثل، غصب عین مستأجره به وسیله شخص ثالث یا جلوگیری او از استفاده مستأجر می‌باشد. زیرا در این دو صورت است که مستأجر مستحق اجرت‌المثل می‌شود و می‌تواند آن را از مزاحم بخواهد و ضمان معاوضی قبل از قبض عین مستأجره مانع از مسئولیت مزاحم نمی‌باشد زیرا مزاحم، منافع ملکی مستأجر را استیفاء نموده و یا سبب تلف آن شده 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

-مزامحت پیش از قبض در حکم عیب پیش از قبض و موجب خیار عیب است؛ مگر اینکه مزامحت به کلی مانع تسلیم عین به مستأجر باشد که در این صورت منشأ حق فسخ خیار تعدر از تسلیم می‌باشد.

-به صرف تصرف مؤجر در عین مستأجره برای مستأجر حق فسخ ایجاد نمی‌شود. بلکه در ابتدا باید منع تصرف مؤجر را بخواهد همچنین می‌تواند اجرت‌المثل مطالبه نماید.

-با توجه به نص ماده ۴۸۸ مستأجر در خصوص مزامحت اشخاص ثالث پس از قبض، حق فسخ اجاره و رجوع به مؤجر را ندارد.

-غاصب باید اجرت‌المثل ملکی که غصب شده است را به مستأجر بدهد زیرا اوست که مالک منفعت می‌باشد و مؤجر از این جهت حقی بر غاصب ندارد.

-اگر مؤجر ملکی را به عنوان ملک دارای پروانه اداری اجاره دهد و پس از تسلیم عین مستأجره، شهرداری مانع انتفاع مستأجر گردد، مستأجر حق فسخ عقد اجاره را دارد.

▪ تکالیف مستأجر:

-مستأجر باید در استعمال عین مستأجره به نحو متعارف رفتار کند و تعدی و تفریط ننماید.

۱-طبق قانون مدنی اگر مستأجر، تعدی و تفریط نمود مؤجر در ابتدا می‌تواند منع مستأجر را بخواهد و چنانچه منع مؤثر نبود عقد اجاره را فسخ نماید.

-اما طبق قانون روابط مؤجر و مستأجر سال ۵۶، اگر مستأجر تعدی و تفریط نماید لازم نیست که مؤجر ابتدائاً مستأجر را منع نماید بلکه به طور مستقیم حق فسخ عقد اجاره را دارد بدون آنکه به مستأجر مبلغی تحت عنوان حق کسب و پیشه تعلق بگیرد.

۲-مستأجر باید برای همان مصرفی که عین مستأجره را به منظور آن اجاره کرده است استفاده نماید و در صورت عدم تعیین در آنچه که از اوضاع و احوال استنباط می‌شود استفاده کند در این خصوص؛

+ طبق قانون مدنی اگر منفعتی که در اجاره تعیین شده است، بالخصوص آن منظور نبوده باشد، مستأجر می‌تواند از منفعتی که از حیث ضرر مساوی یا کمتر از منفعت معینه باشد استفاده کند، اگر مستأجر خلاف آن عمل نماید مؤجر در ابتدا باید منع مستأجر را بخواهد اگر مؤثر نبود می‌تواند قرارداد را مؤجر فسخ نماید.

+ اما طبق قانون روابط مؤجر و مستأجر سال ۵۶، مستأجر در صورتی می‌تواند تغییر شغل دهد که شغل جدید عرفاً مشابه شغل سابق باشد اگرچه ضرر آن کمتر یا بیشتر از شغل سابق باشد و اگر تغییر شغل انجام دهد و از عین مستأجره در مصرفی غیر از آنچه در عقد اجاره بیان شده استفاده کند، لازم نیست که ابتدائاً منع او را درخواست نمود بلکه مؤجر مستقیماً حق فسخ و تقاضای تخلیه عین مستأجره را دارد.

همچنین نیازی به پرداخت مبلغی تحت عنوان حق کسب و پیشه نمی‌باشد.

▪ مستأجر باید مال الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر شده است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعد نقداً بپردازد؛

-طبق قانون مدنی اگر مستأجر مال الاجاره را در مواعدی که مقرر شده است نپردازد مؤجر می‌تواند بر مبنای تخلف مستأجر از شروط ضمن عقد به طور مستقیم قرارداد را فسخ نماید و تقاضای تخلیه مستأجر را به عمل آورد.

اما طبق قانون مؤجر و مستأجر سال ۵۶، مستأجر باید در پایان هر ماه ظرف ده روز، اجرت المسمی یا اجرت‌المثل را به مؤجر یا نماینده او یا صندوق ثبت بپردازد.

در فرضی که مستأجر مال الاجاره را نپردازد مؤجر می‌تواند درخواست تخلیه بنماید بدون نیاز به پرداخت مبلغی به عنوان حق کسب و پیشه.

-اگر مال الاجاره عین معین باشد برای مثال، درازای اجاره یک ساله منزلی، مالکیت خودرویی از جانب مستأجر به مؤجر منتقل شود. در این فرض مال الاجاره به مجرد وقوع عقد اجاره به مؤجر منتقل می‌شود ولی مالکیت مؤجر نسبت به آن متزلزل است به این صورت که اگر بعد از گذشت مدتی از عقد اجاره، عقد منحل شود به نسبت مدت زمان باقی مانده از عقد اجاره مالکیت مؤجر بر مال الاجاره زائل می‌شود و مالکیت بخش مشاعی از عین مال الاجاره به مالک سابق باز می‌گردد.

▪ انحلال اجاره:

الف-فسخ: اجاره یک عقد لازم است و قطعاً فسخی که در آن است به موجب خیار می‌باشد.

-خیار عیب در عقد اجاره دارای ویژگی‌هایی به شرح زیر است:

۱-خیار عیب در عقد اجاره فقط حق فسخ می‌دهد.

۲-خیار عیب در عقد اجاره اثرش به گذشته برمی‌گردد. (ویژگی همه خیارات در عقد اجاره)

اجاره تنها عقدی است که اثر فسخ در آن به گذشته سرایت می‌کند در این حالت چنانچه عقد اجاره‌ای فسخ شود اجاره از روز اول فسخ می‌شود و مستأجر هر چه اجاره‌بها داده است را پس می‌گیرد و به جای مدتی که از عین مستأجره استفاده کرده است اجرت‌المثل پرداخت می‌نماید.

۳-عیبی در اجاره حق فسخ می‌دهد که موجب نقصان منفعت یا صعوبت در انتفاع باشد.

در خصوص مال‌الاجاره عین معین نیز چنین است در صورت معیوب بودن موجر هم خیار عیب دارد ولی آرش ندارد.

■ مواردی که به مستأجر امکان فسخ می‌دهد؛

۱-خیار تعذر تسلیم: در صورت امتناع مؤجر از تسلیم عین مستأجره به درخواست مستأجر اول مؤجر را الزام می‌کنیم و در صورت مؤثر نبودن مستأجر به استناد خیار تعذر از تسلیم حق فسخ خواهد داشت.

۲-خیار عیب: در صورت معیوب بودن عین مستأجره، مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که هست قبول نماید اگر مؤجر رفع عیب بنماید به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد دیگر مستأجر حق فسخ نخواهد داشت.

۳-خیار تبعض صفقه: در فرض تلف بعض از عین مستأجره، اجاره نسبت به بخش تلف شده منفسخ می‌شود و مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه موضوع آن فسخ کند یا تقلیل نسبی مال‌الاجاره را مطالبه نماید.

۴-مزاحمت شخص ثالث قبل از قبض عین مستأجره

۵-خیار تخلف از شرط: در صورت تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر بوده است ابتدا به ساکن برای مستأجر حق فسخ ایجاد می‌شود.

■ فسخ اجاره از طرف مؤجر:

۱-تعدی و تفریط مستأجر نسبت به عین مستأجره: ابتدا منع مستأجر و در صورت مؤثر نبودن، موجر حق فسخ دارد (طبق قانون مدنی) اما طبق قانون موجر و مستأجر از همان ابتدا مؤجر حق فسخ خواهد داشت.

۲-استعمال عین مستأجره در غیر از موردی که برای آن اجاره شده است:

طبق قانون مدنی ابتدا منع سپس فسخ از جانب مؤجر اما طبق قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ ابتدائاً فسخ.

۳-در صورت تخلف از شرایطی که فی مابین موجر و مستأجر است: ابتدا به ساکن به مؤجر حق فسخ خواهد داد.

📄 خیار شرط در عقد اجاره: طبق قانون مؤجر و مستأجر سال ۵۶ برای مؤجر و ثالث خیار شرط نداریم.

در عقد اجاره می‌توان خیار شرط قرارداد که فاقد مدت باشد و مدت آن مدت اجاره می‌باشد.

ب-انفساخ: اگر در اجاره مدت تعیین شود و با پایان مدت اجاره برطرف می‌شود و به معنای انفساخ اجاره می‌باشد.

{هر عقدی که دارای مدت است به محض انقضای مدت منفسخ می‌شود}

در عقد اجاره با پایان مدت اجاره دو حالت متصور است؛

۱-مؤجر به سراغ مستأجر برود: اگر پس از مطالبه عین مستأجره توسط مؤجر، مستأجر عین مستأجره را تخلیه نکند و تحویل ندهد در حکم غاصب

است و باید اجرت‌المثل به نرخ روز بدهد و ید او نسبت به مال ضمانی است.

ید مستأجر فقط نسبت به عین ضمانی می‌شود

۲-مؤجر به سراغ مستأجر نمی‌رود: از این حالت چنین برداشت می‌شود که مؤجر به مستأجر اذن ضمنی داده است که مستأجر به تصرفات خود ادامه

دهد و رابطه از اجاره به استیفا تبدیل می‌شود اگر مستأجر از عین مستأجره استفاده نماید باید اجرت‌المثل به نرخ روز بدهد و در صورت عدم استفاده

نیاز به پرداخت چیزی نیست و ید مستأجر امانی است چون فرض بر اذن ضمنی از سوی مؤجر می‌باشد.

ماده ۵۰۱ قانون مدنی: اگر در عقد اجاره مدت به طور صریح ذکر نشده و مال‌الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد، اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدت‌های مزبوره در تصرف خود نگاه دارد و موجر هم تخلیه ید او را نخواهد، موجر به موجب مُراضات حاصله، برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف، مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود.

در اجاره از قرار نیز دو حالت متصور است؛

۱-موجر به سراغ مستأجر برود: که مانند حالت قبل است که توضیح داده شد.

۲-موجر به سراغ مستأجر نرود: اذن ضمنی داده است که مستأجر به تصرفاتش ادامه دهد و در صورت استفاده مستأجر باید اجرت‌المثل به نرخ اجرت‌المسمی بدهد.

☑ در این دو فرض اجاره به نرخ اجرت‌المسمی می‌باشد:

۱-در خصوص اجاره از قرار ماده ۵۰۱

۲-ترازی طرفین که اگر نوبت به پرداخت اجرت‌المثل رسید بر اساس نرخ اجرت‌المسمی باشد.

هرگاه متولی با ملاحظه صرفه وقف مال موقوفه را اجاره دهد، اجاره به فوت او باطل نمی‌گردد.

-اگر متولی وقف، موقوف علیهم باشد چون به مقداری که خودشان صاحب حق هستند می‌توانند در موقوفه دخل و تصرف نمایند بنابراین اجاره با فوت آنان منحل می‌شود.

-اگر متولی شخص ثالث باشد با فوت او اجاره منحل نمی‌شود.

در نتیجه متولی می‌تواند موقوف علیهم، واقف، ثالث باشد و اگر متولی واقف یا ثالث باشد با فوت او اجاره منحل نمی‌شود.

-موقوف علیهم شخصاً نمی‌تواند موقوفه را اجاره دهند در فرض این ماده به‌عنوان متولی امکان اجاره موقوفه را دارند.

■ اقساط مال‌الاجاره که به علت نرسیدن موعد پرداخت آن بر ذمه مستأجر مستقر نشده است به موت او حال نمی‌شود.

اگر در قرارداد اجاره قید شده باشد که مستأجر تمام مال‌الاجاره را در پایان مدت اجاره پرداخت کند و پس از گذشت ۵ ماه مستأجر فوت نماید فقط اجاره‌بهای ۵ ماهی که مستأجر از عین مستأجره استفاده کرده است حال می‌شود و اجاره ۷ ماه باقی مانده همچنان مؤجل می‌ماند.

☑ دیون ورشکسته با رعایت تخفیفات مقتضیه حال می‌شود مگر اینکه دین ورشکسته ناشی از اجاره باشد که با وحدت ملاک از این ماده حتی با تخفیفات مقتضیه هم حال نمی‌شود.

■ ماده ۵۱۶ مسئولیت متصدی حمل‌ونقل: تعهدات متصدیان حمل‌ونقل اعم از اینکه از راه خشکی یا آب یا هوا باشد برای حفاظت و نگهداری اشیائی که به آن‌ها سپرده می‌شود همان است که برای امانت‌داران مقرر است بنابراین در صورت تفریط یا تعدی مسئول تلف یا ضایع شدن اشیائی خواهند بود که برای حمل به آن‌ها داده می‌شود و این مسئولیت از تاریخ تحویل اشیاء به آنان خواهد بود.

- متصدی حمل‌ونقل در قانون مدنی دارای دو تعهد است:

الف-تعهد اقدام به حمل که تعهد به نتیجه محسوب می‌شود؛ بنابراین در صورتی که متصدی تأخیر نماید مسئول است مگر اینکه قوه قاهره را اثبات نماید.

ب- تعهد به حفاظت و نگهداری از کالای معین که تعهد به وسیله محسوب می‌شود و مسئول تلف یا نقص یا عیب کالا نیست مگر اینکه تقصیر وی اثبات شود اما مفاد تعهد متصدی حمل‌ونقل در تجارت، تعهد به «سالم» رساندن کالا به مقصد است؛ بنابراین اگر کالا دیر به مقصد برسد یا معیوب و ناقص به مقصد برسد متصدی حمل‌ونقل مسئول است مگر اینکه قوه قاهره را اثبات کند.

ماده ۳۸۶ علاوه بر حمل کالا در حمل مسافر نیز اجرا می‌شود و متصدی مسئول خسارات ناشی از فوت یا صدمات بدنی است، با توجه به مؤخر بودن قانون تجارت، «مسئولیت متصدی حمل‌ونقل» تابع ماده ۳۸۶ قانون تجارت است اما اشخاصی که مبادرت به حمل‌ونقل بار یا مسافر می‌نمایند ولی تاجر محسوب نمی‌شوند همچنان تابع قاعده عام قانون مدنی مبنی بر تعهد به وسیله بودن مسئولیت اجیر هستند؛ تفاوت تعهد متصدی حمل در قانون تجارت (تعهد به نتیجه) و قانون مدنی (تعهد به وسیله) ناشی از آن است که قانون‌گذار از بنگاه و موسسه حمل‌ونقل به‌عنوان شخص حرفه‌ای و تاجر انتظار بیشتری دارد.

-مبنای مسئولیت متصدی در قانون مدنی «تقصیر» و در قانون تجارت فرض مسئولیت (مسئولیت بدون تقصیر) است، اما قانون دریایی مبنای سومی را اختیار نموده است که آن «اماره تقصیر» است.

توضیح آنکه مطابق قسمت اخیر بند ۱ از ماده ۵۵ قانون دریایی «...هرگاه فقدان و یا خسارات وارده در نتیجه عدم قابلیت دریانوردی باشد متصدی باربری و یا اشخاص دیگری که به استناد این ماده ادعای معافیت از مسئولیت می‌نمایند ملزم‌اند که اعمال سعی و مراقبت را از ناحیه خود ثابت کند؛ بنابراین برخلاف قانون تجارت در قانون دریایی رهایی از مسئولیت مستلزم اثبات قوه قاهره نیست، بلکه اثبات عدم تقصیر کافی است؛ البته

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

قانون دریایی در خسارات بدنی قائل به تفکیک شده است؛ به این معنا که اگر فوت یا صدمات بدنی ناشی از تصادم یا به گل نشستن یا انفجار یا حریق یا غرق شدن کشتی باشد اماره بر این است که حادثه بر اثر تقصیر و یا غفلت متصدی حمل و یا مأموران مجاز او اتفاق افتاده است مگر آنکه خلاف آن اثبات گردد (اماره تقصیر) (بند ۲ م ۱۱۳ قانون دریایی)؛ لیکن در سایر موارد اصل بر عدم تقصیر است و مدعی باید تقصیر متصدی یا مأموران مجاز او را اثبات کند.

- با توجه به پذیرش کنوانسیون ورشو در نظام حقوقی ایران اعم از پروازهای داخلی و خارجی متصدی حمل هوایی مسئول خسارات وارده است مگر اینکه قوه قاهره را اثبات نماید؛ بنابراین مبنای آن تفاوتی با قانون تجارت (م ۳۸۶) ندارد.

- در مواردی که قرارداد حمل رایگان است موضوع از شمول قرارداد اجاره قانون مدنی و همچنین قانون تجارت خارج است و مطابق قاعده کلی حمل کننده (امین)، مسئول تلف یا نقص نیست مگر تقصیر وی اثبات شود.

- به اعتقاد برخی حقوقدانان ماده ۳۸۶ ق.ت که متضمن تعهد ضمنی متصدی به سالم رساندن محموله است و از آن به «تعهد ایمنی» تعبیر شده است را می‌توان با توجه به قصد مشترک طرفین و مصالح اجتماعی به سایر قراردادها نیز تسری دارد؛ به عنوان مثال چنانچه سنگی قیمتی به اجیر صنعتگر یا هنرمند داده شود تا با آن انگشتر بسازد اما در حین انجام عملیات تراشکاری، سنگ ضایع شود، اجیر مسئول است مگر حادثه خارجی را اثبات نماید؛ همچنین تعهد مربی شنا به حفظ جان شاگردانی که به او سپرده‌اند تعهد به نتیجه است.

• عقد مزارعه

ماده ۵۱۸ قانون مدنی: مزارعه عقدی است که به موجب آن احد طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می‌دهد که آن را زراعت کرده و حاصل را تقسیم کنند.

- مزارعه عقدی است مدت‌دار (مقید به زمان).

- عقدی لازم است و در طول مدت مزارعه هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند بدون آنکه یکی از خيارات ایجاد شده باشد مزارعه را فسخ کند.

مطابق با سایر عقود لازم با توافق طرفین قابل اقاله است.

- مزارعه در شمار عقود مشارکتی قرار می‌گیرد زیرا سهم هر یک از طرفین باید حصه مشاعی از محصول زمین باشد نه میزانی مقطوع و مشخص.

- مزارعه عقدی لازم، معوض، رضایی، مشارکتی است.

- مالیات زمین بر عهده مالک است نه عامل مگر شرط خلاف آن شده باشد.

- طرفین عقد مزارعه ← مزارع: شخصی که زمین را برای کشت و کار در اختیار می‌گذارد.

↙ عامل / زارع: کسی که اقدام به زراعت می‌کند.

- مزارعه عقد مالی است پس نیاز به اهلیت هر دو طرف برای انعقاد عقد دارد.

- ممکن است بذر و کارگران و وسایل کشاورزی توسط هر یک از مزارع یا عامل تأمین شود در این خصوص باید توجه داشت که؛ این موضوع تابع تراضی طرفین است و در صورت سکوت اصل بر آن است که توسط عامل فراهم گردد.

- در مزارعه لازم نیست که مزارع مالک زمین باشد اما لازم است که مالک منافع آن باشد یا نسبت به آن دارای حق انتفاع باشد.

{مستعیر که زمینی را به عاریه گرفته است می‌تواند برای مزارعه به دیگران بدهد}

☞ طبق نظر دکتر کاتوزیان شخصی که حق تحجیر نسبت به زمینی پیدا کرده است می‌تواند زمین را به مزارعه دهد.

- در عقد مزارعه سهم هر یک از مزارع و عامل از محصول زمین باید به نحو اشاعه، یعنی به صورت کسری یا درصدی از محصول تعیین شود در غیر این صورت رابطه طرفین تابع عقد مزارعه نمی‌باشد بلکه ممکن است مصداق اجاره یا جعاله قرار گیرد یعنی اگر سهم مزارع مقطوع باشد اجاره زمین است و اگر سهم عامل مقطوع باشد تابع جعاله یا اجاره اشخاص است.

+ علاوه بر حصه مشاع می‌توان مبلغ مقطوع یا مال دیگری نیز مقرر شود که به عنوان مال اضافی و تبعی یکی از طرفین به دیگری بدهد.

در این حالت به صحت عقد مزارعه خللی وارد نمی‌شود و شرط و عقد مزارعه صحیح می‌باشد به مانند اینکه سهم مزارع یک‌چهارم گندم به علاوه یک تن گندم دیگر باشد.

▪ اگر شرط شود که تمام ثمره متعلق به مزارع یا عامل باشد مزارعه باطل خواهد بود و دیگر رابطه طرفین تابع مزارعه نمی‌باشد اما اصل توافق طرفین صحیح و لازم الاتباع است فقط تابع احکام مزارعه نیست و طرف دیگر مستحق اجرت‌المثل می‌باشد.

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

-طبق نظر قانون‌گذار نوع زرع در مزارعه باید تعیین شود اما سپس بیان کرده است اگر عقد مزارعه برای مطلق زراعت باشد صحیح است.

-در مناطقی که نوع زرع تابع عرف بلد می‌باشد مانند کشت چای در لاهیجان نوعی توافق ضمنی بر زرع متعارف در آن منطقه است.

-مزارعه عقدی مستمر و مقید به زمان است.

❖ در فرض انقضای مدت و عدم حصول ثمره؛

الف-مزارع می‌تواند زراعت را معدوم کرده و اجرت‌المثل زمین خود را برای ایامی که تاکنون عامل در آن تصرف داشته دریافت نماید.

ب-زمین را تا حصول محصول درید عامل بگذارد تا بعد از برداشت محصول، به همان ترتیبی که در عقد بیان شده است بین طرفین تقسیم و حصه هرکس دریافت شود و مزارع اجرت‌المثل زمین را برای مدت مازاد از عامل دریافت نماید.

-عقد مزارعه در موارد زیر منفسخ می‌شود:

۱-اگر درائنان مدت مزارعه زمین از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع آن ممکن نباشد.

۲-فوت عامل اصولاً موجب انفساخ عقد مزارعه نیست مگر به قید مباشرت.

۳-فوت مزارع اصولاً موجب انفساخ عقد نیست اما اگر مزارع به مدت عمر خود مالک منافع باشد یا فقط در طول عمر حق انتفاع داشته باشد با فوت وی مزارعه منفسخ می‌شود.

○ فسخ مزارعه

الف-فسخ از جانب مزارع؛

۱-ترک عمل توسط عامل، اگر عامل درائنان مزارعه کار را رها کند و کسی نباشد که به جای او عمل را انجام دهد مزارع می‌تواند ابتدا عامل را از طریق دادگاه الزام کند چنانچه الزام مؤثر نبود تعهدات حاصل از مزارعه را به خرج عامل توسط ثالث انجام دهد و درنهایت اگر اقدامات قبل مؤثر نبود حق فسخ خواهد داشت.

۲-در صورت مغبون شدن مزارع در خصوص انعقاد قرارداد خیار غبن برای او ایجاد می‌شود.

اگر مزارع بعد از انعقاد قرارداد متوجه شود که زرع کشت شده برای او سود چندانی ندارد یا... نمی‌تواند قرارداد را فسخ کند.

ب-فسخ از جانب عامل؛

۱-مغبون شدن عامل در خصوص انعقاد عقد مزارعه.

۲-اگر زمین برای زرع محتاج اموری باشد مانند حفر چاه و عامل در حین عقد به این امر جاهل بوده باشد می‌تواند قرارداد را فسخ کند.

■ ۳-اگر شخص ثالثی قبل از تسلیم زمین به عامل، آن را غصب کند عامل می‌تواند مزارعه را فسخ کند یا آنکه مزارعه را باقی گذارد و برای رفع مزاحمت به ثالث رجوع کند.

البته اگر غصب بعد از تسلیم زمین باشد عامل حق فسخ ندارد و فقط حق رجوع به ثالث و رفع مزاحمت و مطالبه خسارت از ثالث مزاحم را دارد.

۱-اگر شرط شده باشد که تمام ثمره متعلق به یکی از طرفین باشد.

۲-اگر زرع معینی شرط شده باشد و عامل غیر آن زرع کند.

۳-اگر زمین برای مزارعه داده شده باشد حتی با انجام اصلاحات برای آن نوع کشاورزی مناسب نباشد.

■ تکلیف ثمرات حاصله از زراعت در صورت فسخ انفساخ یا اقاله مزارعه:

در صورت انحلال مزارعه چه این انحلال ناشی از فسخ باشد یا انفساخ به نحو زیر عمل می‌شود:

۱-اگر مزارعه بعد از ظهور ثمره منحل شود هر یک از مزارع و عامل به نسبت همان حصه مقرر در عقد مزارعه، از محصول سهم می‌برند ولی از تاریخ انحلال مزارعه تا برداشت محصول، عامل موظف است اجرت‌المثل زمین مزارع را نسبت به آینده بپردازد و مزارع نیز ملزم است اجرت‌المثل عمل عامل را نسبت به آینده بپردازد.

۲-اگر مزارعه قبل از ظهور ثمره منحل شود تمام محصولی که در آینده به دست خواهد آمد متعلق به مالک بذر است و طرف دیگر مستحق اجرت‌المثل زمین یا عمل انجام شده خواهد بود؛ بنابراین؛

اگر بذر متعلق به مزارع بوده باشد تمام محصول متعلق به مزارع است و باید اجرت‌المثل اعمال عامل را بدهد.

اگر بذر متعلق به عامل بوده باشد تمام محصول متعلق به عامل است و باید اجرت‌المثل استفاده‌ای را که از زمین مزارع برده است بدهد.

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

▪ تکلیف ثمرات حاصله از زراعت در صورت بطلان مزارعه: در این صورت باید توجه داشت که:

۱- به دلیل بطلان مزارعه تمام محصول از آن مالک بذر است، چه عامل باشد یا مزارع. ۲- در این خصوص تفاوتی ندارد که بطلان قبل از ظهور ثمره کشف شود یا بعد از ظهور ثمره.

۳- طرف دیگر حسب مورد مستحق دریافت اجرت المثل زمین یا کاری است که انجام داده است.

۴- در صورت اختلاف اصل بر این است که عامل مالک بذر است مگر اینکه خلاف آن اثبات شود.

▪ انتقال مزارعه توسط عامل:

-عامل می‌تواند برای انجام فعالیت‌های کشاورزی موضوع عقد مزارعه اجیر بگیرد و نیاز به اخذ رضایت مزارع نیست.

-عامل می‌تواند با شخص دیگری در مزارعه شریک شود و نیاز به اخذ رضایت مزارع نیست.

-انتقال عقد مزارعه به غیر یا به عبارت دیگر واگذاری معامله یعنی اینکه عامل همان قرارداد فی مابین خود و مالک را به دیگری منتقل کند و مالک را ناخواسته طرف حساب دیگری قرار دهد (انتقال جایگاه قراردادی) نیاز به رضایت مزارع دارد. به عبارت دیگر این اقدام ممکن نیست مگر با رضایت مزارع.

-تسلیم زمین مورد مزارعه به غیر یعنی اینکه عامل نسبت به همان زمین با دیگران قرارداد مزارعه منعقد کند نیاز به رضایت مزارع دارد.

• عقد مساقات

مساقات در لغت به معنای «آبیاری، آبدهی و غرس نهال» بوده و در اصطلاح، به معنای کشت کردن زمین به شراکت می‌باشد.

بر اساس قانون مدنی، مساقات به معامله‌ای گفته می‌شود که بین صاحب درخت و عامل، در مقابل سهم مشخصی از ثمره، واقع می‌شود.

ویژگی‌های اوصاف مساقات:

-عقدی مقید به زمان و موقت است.

-عقدی لازم و رضایی و معوض است.

-حصه هر یک از طرفین به صورت مشاع تعیین می‌شود بنابراین در شمار عقود مشارکتی است.

-سایر اوصاف عقد مساقات نیز اصولاً مانند مزارعه است مگر؛

الف-در صورت انفساخ، فسخ، تفاسخ، بطلان تکلیف ثمره به این نحو است:

۱-چه ثمره قابل چیده شدن باشد و چه نباشد، تمام ثمره باغ متعلق به مالک باغ است در حالیکه در مزارع چنین نیست و حسب ظاهر شدن یا نشدن ثمره پاسخ متفاوت بود.

۲-عامل مستحق اجرت المثل است.

ب-انتقال مساقات توسط عامل:

۱-شریک گرفتن عامل در مزارعه نیاز به اذن مالک ندارد اما در مساقات شریک گرفتن عامل منوط به اذن مالک است.

۲-عامل نمی‌تواند نسبت به باغ مورد مساقات با دیگران شراکت کند یا زمین یا قرارداد را به دیگران واگذار کند و فقط می‌تواند برای مساقات اجیر بگیرد.

☞ قرارداد مغارسه: قراردادی است که به منظور کشت اشجار غیر مثمر یا نگهداری از اشجار غیر مثمر بین مالک زمین یا درختان با کارگر بسته می‌شود تا آن‌ها آبیاری شوند و درنهایت، حصه مشاعی از چوب آن درختان به عامل تعلق می‌گیرد.

-اگر دستمزد عامل حصه مشاع نباشد، و مبلغی مشخص و منجز باشد تابع مغارسه نخواهد بود و احکام اجاره یا جعاله در آن مجری خواهد شد.

-مشهور فقها نظر به بطلان مغارسه دارند اما طبق ماده ۱۰ ق.م.چنین قراردادی صحیح است.

-تفاوت مغارسه و مساقات در این است که موضوع مساقات نگهداری از درختان مثمر است درحالی‌که موضوع مغارسه کاشت درختان غیرمثمر یا نگهداری از درختان غیر مثمر است.

ماده ۵۴۶ قانون مدنی: مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید این که طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه، مالک و عامل، مضارب نامیده می شود.

مضاربه عقدی اذنی است و ماهیتاً اذن در تجارت است تا سود حاصل از این تجارت و سرمایه گذاری به نسبت حصه معینی که در قرارداد تعیین شده است بین ایشان تقسیم گردد. (منظور از تجارت یعنی اعمال تجاری ذاتی مصرح در ماده ۲ قانون تجارت (نظر دکتر کاتوزیان))
- مضاربه شبیه حق العمل کاری است ولی نتیجه معامله مربوط به حق العمل کار نمی شود و از سود پولی نصیب او نخواهد شد ولی مضارب سود معامله را می برد.

✓ ویژگی های مضاربه:

- اهلیت دو طرف جهت انعقاد معامله لازم است.

- مضاربه عقدی جایز است و امکان فسخ توسط طرفین در آن میسر است.

- مضاربه عقدی اذنی است و با موت و جنون منفسخ می شود.

- مضاربه عقدی معوض و مشارکتی است.

- مضاربه مقید به زمان نمی باشد.

- سرمایه در مضاربه مطابق با ماده ۵۴۷ باید وجه نقد باشد.

- مالک و مضارب در برابر طلبکاران مسئولیت تضامنی دارند درواقع یک نوع شرکت عملی است.

- دین در ذمه، منافع و کالا (مثل جواهرات) مشمول عنوان وجه نقد نمی شوند.

ارز وجه رایج نیست ولی وجه نقد است

- حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد.

- تعیین سهم مالک به صورت مقطوع و مشخص سبب ربوی شدن معامله و بطلان آن می شود.

- در عقد مضاربه طرفین نسبت به سود توافق می کنند و سود به نسبت مقرر در قرارداد فی مابین آنها تقسیم می شود اما ضررها تقسیم نمی شوند، ضررها تماماً متوجه مالک است مگر اینکه تقصیر مضارب اثبات شود.

- مضاربه از حیث مدت به مطلق و موقت تقسیم می شود؛

مضاربه مطلق: هر زمان بسته به نظر طرفین قابل فسخ است.

مضاربه موقت: صرف تعیین مدت موجب لازم شدن عقد مضاربه نمی شود و هریک از طرفین هر زمان که بخواهند می توانند عقد را فسخ کنند، اما بعد از انقضای آن مدت مضاربه خودبه خود منفسخ می شود مگر آنکه طرفین آن را تمدید نمایند.

■ تکالیف مضارب:

۱- اگر در مضاربه تجارت خاصی شرط شده است عامل باید به همان تجارت مبادرت ورزد در غیر این صورت مضاربه باطل است.

۲- اگر در مضاربه، تجارت خاصی شرط نشده باشد، عامل می تواند هر تجارتی را که صلاح بداند انجام دهد اما باید عرف را رعایت کند.

✓ ۳- مضارب نمی تواند نسبت به همان سرمایه با شخص دیگری عقد مضاربه منعقد کند یا سرمایه را به هر نحو به شخص دیگری واگذار کند مگر با اذن مالک.

✳ ۴- در مزارعه، مساقات، مضاربه عامل حق واگذاری به غیر را ندارد مگر اینکه شرط خلاف آن شده باشد اما در اجاره، مستأجر حق واگذاری منافع به غیر را دارد مگر اینکه شرط خلاف آن شده باشد.

۴- در صورت اجیر گرفتن توسط مضارب برای انجام امور تجاری دستمزد ایشان جزء مخارج تجارت بوده و از سود حاصله کسر خواهد شد.

چنانچه اعمالی که عرفاً نیاز به اجیر دارد توسط خود مضارب انجام شود مستحق دریافت اجرت و دستمزد نمی باشد.

- ید مضارب امانی است مگر در صورتی که تقصیر، یا تعدی و تفریط او ثابت شود.

☑ در مضاربه نمی‌توان علیه مضارب شرط ضمان کرد و اگر چنین شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و خسارات حاصله متوجه مالک نباشد مضاربه باطل است.

-گفتیم که در مضاربه نمی‌توان شرط ضمان کرد اما می‌توان چنین شرط کرد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت وارده مجاناً به مالک تملیک کند. این شرط همان نتیجه نهایی شدن شرط ضمان است که ممنوع است ولی ظاهر آن متفاوت است.

ماده ۵۵۱ قانون مدنی: عقد مضاربه به یکی از علل ذیل منفسخ می‌شود:

۱- در صورت موت یا جنون یا سفه احد طرفین؛

۲- در صورت مفلس شدن مالک؛

۳- در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ریج؛

۴- در صورت عدم امکان تجارتي که منظور طرفین بوده.

-در حقوق مدنی ورشکستگی از اسباب حجر نیست جز در بند ۲ م ۵۵۱، یعنی مفلس شدن مالک در مضاربه از اسباب حجر است و باعث منفسخ شدن عقد می‌شود.

-تمام سرمایه باید تلف شود تا مضاربه منفسخ گردد نه قسمتی از آن.

-ورشکستگی عامل موجب انفساخ مضاربه نیست زیرا ورشکسته، در امور مالی خودش نمی‌تواند دخالت کند در حالیکه مضارب در اموال متعلق به مالک دخالت می‌کند نه خودش. اگر مالک ورشکست شود مضاربه منفسخ می‌شود و عامل برای سهم خود از سود، حق تقدم دارد زیرا مالک سود است و وارد غرما نمی‌شود چراکه به محض ایجاد سود، مالک آن شده است.

• شرکت

معانی مختلف شرکت؛

۱- عقد شرکت: توافق دو یا چند نفر به جهت مشاع شدن اموال مابینشان. (شریک شدن اشخاص در اموالشان)

۲- شرکت ادنی: اذن دادن برای اداره اموال مشاع.

۳- شرکت به معنای اعم: اجتماع حقوق اشخاص متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه که ممکن است اختیاری (ارادی) یا قهری (اجباری) باشد.

اشاعه (شرکت مدنی) برخلاف شرکت تجاری دارای شخصیت حقوقی مستقل نمی‌باشد و دارایی مستقل نیز ندارد.

اشاعه ممکن است اختیاری یا اجباری باشد. در اشاعه اختیاری دو یا چند نفر به نحو ارادی باهم شریک می‌شوند که مصادیق آن عبارت است از؛ قبول مالی واحد درازای چند دین؛ مانند اینکه چند طلبکار بابت طلب های متعدد که از یک بدهکار دارند مالی واحد را بپذیرند.

-مَزَج اختیاری: طرفین با اراده خود اموالشان را باهم مخلوط کنند

-ایقاع جمعی: دو یا چند نفر مشترکاً اقدام به احیای زمین موات یا حیات مباحات نمایند.

-عقد شرکت: عقدی است که به موجب آن دو یا چند نفر به منظوری مانند تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان حقوق خود را در میان بگذارند تا به جای آن حق مشاعی در این مجموعه برایشان ایجاد شود.

اما در اشاعه اجباری به‌طور غیرارادی دو یا چند نفر باهم شریک شده مانند شخصی فوت کند و اموال او قهراً ایجاد شراکت برای وراث نماید یا امتزاج اجباری که به موجب آن اموال اشخاص به‌طور غیرارادی یا بر اثر اشتباه با یکدیگر مخلوط شود.

-موضوع اشاعه می‌تواند از حقوق عینی، مالکیت فکری و مالکیت عین و... باشد.

ماده ۵۷۵ قانون مدنی: هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشد مگر این که برای یک یا چند نفر از

آن‌ها در مقابل عملی، سهم زیادتری منظور شده باشد.

(شرکت نسبی نزدیک‌ترین شرکت تجاری به شرکت مدنی می‌باشد)

-شرکا همه‌وقت می‌توانند از اذن خود رجوع کنند مگر اینکه اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت مادامی‌که شرکت باقی است حق رجوع ندارند.

-اگر اداره کردن شرکت به عهده شرکا متعدد باشد به نحوی که هر یک به‌طور استقلال مأذون در اقدام باشد هر یک از آن‌ها می‌توانند منفرداً به اعمالی که برای اداره کردن لازم است اقدام کنند.

- اگر بین شرکا مقرر شده باشد که یکی از مدیران نمی‌تواند بدون دیگری اقدام کند مدیری که به تنهایی اقدام کرده باشد در صورت عدم امضاء شرکا دیگر، در مقابل شرکا، ضامن خواهد بود اگرچه برای مأذونین دیگر امکان فعلی برای مداخله در امر اداره کردن، موجود نبوده باشد. با استنباط از مفهوم مخالف صدر ماده، در صورت تعدد مدیران، ممکن است نحوه اقدام آنان، به نحو اجتماع باشد. در فرض اجتماع مدیران شرکت، با توجه به اینکه جمیع آنها، اذن در اداره شرکت پیدا می‌کنند؛ اقدام یکی از آنها به تنهایی تأثیری ندارد، و اگر یکی از مدیران، از حدود اختیارات خود تعرض نماید؛ در صورتی‌که آن تصرف مادی باشد؛ برابر با مفاد این ماده و ماده ۵۸۲ همین قانون، مسئول جبران خسارات وارد شده خواهد بود. در موارد تعدد مدیران شرکت، فرض بر این است که نظر و تصمیم مشترک مدیران، جهت اداره شرکت لازم می‌باشد، پس اگر مدیری به تنهایی اقدام نماید؛ در صورت عدم تنفیذ سایر مدیران، ضامن خواهد بود.

☞ معاملاتی را که شریک، بدون رعایت مفاد این ماده و کسب اذن از سایر شرکا انجام می‌دهد؛ فضولی است. ممکن است در غیاب شرکا، و عدم امکان کسب اذن از آنان، حکم ماده ۳۰۶ قانون مدنی، پیرامون اداره فضولی مال غیر، بتواند مخصص حکم این ماده باشد.

در این ماده، معیار اصلی، جهت فضولی محسوب شدن معاملات هر یک از مدیران شرکت، تصرف بدون اذن یا خارج از حدود اذن است؛ بنابراین اگر انتقال حصه هر یک از شرکا، منوط به اذن سایرین شده باشد؛ در این صورت اگر مدیر شرکت، بدون کسب نظر شرکا، سهم خود را به دیگری واگذار نماید؛ چنین معامله‌ای نیز فضولی محسوب می‌گردد.

اگر مدیر شرکت، خارج از حدود اذن، با شخص ثالث، مبادرت به انعقاد معامله‌ای نماید؛ در این صورت طرف معامله، فقط حق مراجعه به مدیر را داشته؛ و سایر شرکا در مقابل وی مسئولیتی ندارند

-اگر یکی از مدیران، از حدود اختیارات خود تعرض نماید؛ در صورتی‌که آن تصرف مادی (اعم از سهم خود یا سایرین) باشد؛ برابر با مفاد این ماده و ماده ۵۸۰ قانون مدنی، مسئول جبران خسارات وارد شده خواهد بود.

همچنین هیچ‌کدام از شرکا، نمی‌تواند بدون اذن شریک دیگر، طلب مشاع را وصول نماید، چراکه چنین تصرفی، ممنوع و غیرمجاز خواهد بود. علاوه بر این اگر اذن به تصرف شریک در مال مشاع، مقید به نحوه و طریقه خاصی باشد؛ و شخص مأذون در تصرف، از این محدوده تجاوز نماید؛ در این صورت ضامن است.

-ماده ۵۸۳ قانون مدنی: هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند. انتقال مالکیت، مستلزم تصرف در حقوق سایر شرکا نیست، در این صورت اگر شرکا، به تسلیم مبیع رضایت ندهند؛ نمی‌توان عقد را به دلیل عدم امکان تسلیم، باطل دانست؛ زیرا هم بایع و هم مشتری، می‌توانند با برهم زدن شرکت و تقسیم مال مشترک، مبیع را تصرف نمایند، درواقع انتقال مالکیت حصه مشاع، نیازی به اذن شریک دیگر ندارد، اما تسلیم آن به خریدار، منوط به رضایت سایر شرکا است.

-ماده ۵۸۴ قانون مدنی: شریکی که مال‌الشراکه درید اوست، در حکم امین است و ضامن تلف و نقص آن نمی‌شود مگر در صورت تفریط یا تعدی.

-ماده ۵۸۵ قانون مدنی: شریک غیرمأذون در مقابل اشخاصی که با آن‌ها معامله کرده مسئول بوده و طلبکاران فقط حق رجوع به او دارند.

اشخاصی که با شریک غیرمأذون، مبادرت به انعقاد قرارداد نموده‌اند؛ فقط در صورتی حق مراجعه به سایر شرکا را ندارند؛ که آنان معامله مزبور را تنفیذ نموده باشند؛ وگرنه هر شریکی که بعداً اجازه خود را، نسبت به معامله شریک غیرمأذون اعلام نماید؛ در برابر طرف مقابل آن شریک مسئول می‌باشد.

گفتنی است اگر موضوع فعالیت شرکت مدنی، اعمال تجاری باشد؛ در این صورت تخلفات شرکا، مشمول مقررات شرکت‌های تضامنی است، پس ماده ۲۲۰ قانون تجارت را، باید مخصص این ماده دانست.

ماده ۵۸۶ قانون مدنی: اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی، مدت معین نشده باشد هر یک از شرکا هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند.

با استناد به مفهوم مخالف این ماده، چنانچه شرکا ضمن عقدی لازم، برای شرکت مدت تعیین نموده باشند؛ تا انقضای موعده معهود، نمی‌توانند از شرکت رجوع نموده؛ و بدین ترتیب آن را منحل نمایند، البته بنا به نظر برخی از حقوقدانان، شرط مدت در شرکت‌هایی که به موجب عقد، به وجود آمده‌اند؛ باطل بوده؛ و الزام‌آور نیست؛ زیرا با تقسیم مال الشرکه بین شرکا، می‌توان عقد شرکت را منحل نمود.

ماده ۵۸۸ قانون مدنی: در موارد ذیل، شرکا، مأذون در تصرف اموال مشترکه نمی‌باشند:

۱- در صورت انقضای مدت مأذونیت یا رجوع از آن در صورت امکان رجوع.

۲- در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکا.

- اثر شرکت، اعطای اذن و نیابت به مدیران مال مشاع است؛ این عقد نیز، مانند وکالت و سایر قراردادهای جایز، با فوت یا حجر هر یک از شرکا منحل می‌گردد.

- رجوع هر یک از شرکا یا فوت و حجر هر یک از آنان، قرارداد اداره مال مشاع را منفسخ نموده؛ اما منجر به ازاله اشاعه نمی‌گردد، هرچند تا وقوع توافق جدید، شرکا نمی‌توانند در مال مشترک تصرف نمایند.

- در صورتیکه پس از انعقاد عقد شرکت اذنی، یکی از شرکا سهم خویش را به ثالث واگذار نماید منتقل الیه در قرارداد اخیر، قائم مقام انتقال‌دهنده نمی‌شود زیرا چنین شرکتی ماهیتاً اذنی و وابسته به شخص اذن است و در نتیجه اذن از بین رفته و تصرف مادی در مال مشاع منوط به رضایت همه شرکاء است.

بند دوم ناظر به تصرفات مادی است چراکه پس از فوت یکی از شرکاء مال متعلق به ورثه بوده و تصرف مادی در مال مشترک مستلزم رضایت همه شرکا از جمله وراث متوفی است اما اگر موضوع اذن، اعطای نیابت در تصرفات حقوقی باشد با فوت یکی از شرکا صرفاً اذن شریک متوفی قطع می‌گردد و مأذون بودن شریک نسبت به سایر شرکا به نسبت سهم الشرکه خودشان به قوت خویش باقی است مگر اینکه مأذون بودن برای فروش کل مال باشد نه سهم هر یک از شرکا که در این صورت نیز اذن منحل می‌شود.

- خاتمه اشاعه به طرق ذیل است؛

الف- تقسیم مال مشاع

ب- تلف شدن مال مشاع

ج- اقاله عقد شرکت توسط طرفین یا طرف‌های آن

▪ تقسیم مال مشاع:

هر شریک هر وقت که بخواهد می‌تواند تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید مگر آنکه خلاف آن مقرر شده باشد.

تقسیم مال مشاع یک معامله بین شرکا نیست بلکه نوعی تمیز حق هریک از مالکین مشاع از سهم سایرین است.

- تقسیم سهم برخی از شرکا: تقسیم سهم بعضی از شرکا ملازمه با تقسیم سهم همه شرکا ندارد. در نتیجه تقسیم همیشه مستلزم خارج شدن کلی مال از حالت اشاعه نیست بلکه ممکن است فقط بخشی از مال و سهم یکی یا برخی از حالت اشاعه خارج شود.

- تقسیم برخی از اموال مشاع: اگر اموال مشترک متعدد باشد، قسمت اجباری در بعضی از آنها ملازم با تقسیم باقی اموال ندارد و ممکن است بقیه اموال در حالت اشاعه باقی بماند.

ماده ۵۹۷ قانون مدنی: تقسیم ملک از وقف جایز است ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف‌علیهم جایز نیست.

اگر بخش مشاعی از یک مال، موقوفه باشد و هر یک از مالکین مشاع بخواهند سهم خود را از مال موقوفه جدا نمایند، می‌توانند تقاضای تقسیم مال را بنمایند.

در این حالت اگر مال قابل افراز نباشد تقسیم از طریق فروش به عمل می‌آید و بخش حاصل از فروش همچنان وقف است.

(بعد از فروش، سهم وقف از ثمن آن مال به اقرب به غرض واقف می‌رسد)

- افراز وقف اصولاً صحیح است مگر آنکه واقف خلاف آن مقرر کرده باشد.

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

-تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست زیرا ایشان مالک مال موقوفه نیستند که بتوان مال را بینشان تقسیم کرد، آنچه بین موقوف علیهم تقسیم می‌شود منافع حاصله از آن مال است.

▪ تقسیم اموال محجور و غایب:

تقسیم طبق ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی انجام خواهد شد.

تقسیم خارج از دادگاه در این خصوص ممنوع است و تقسیم باید در دادگاه باشد یعنی شرکا نمی‌توانند صرفاً با تراضی این مال را تقسیم کنند.

برای تقسیم در دادگاه باید نمایندگان محجور یا غایب، مانند ولی یا قیم شخص محجور یا امین شخص غایب مفقودالاثر به دادگاه دعوت شوند.

▪ افراز اختیاری (تراضی): هرگاه تمام شرکا به تقسیم مال مشاع راضی باشند و شیوه تقسیم را هم بین خودشان توافق کرده باشند، تقسیم به نحوی که شرکا تراضی نموده‌اند انجام می‌شود.

▪ افراز اجباری (به دستور دادگاه): اگر بین شرکا توافق حاصل نشود حاکم، (دادگاه و در مواردی اداره ثبت) به درخواست بعضی از شرکا اجبار به تقسیم می‌کند البته؛

-اگر تقسیم برای بعضی از شرکا مضر و برای برخی بی‌ضرر باشد اگر تقاضا از طرف شخص متضرر باشد طرف دیگر اجبار می‌شود.

-اما اگر تقاضا از طرف شخص غیر متضرر باشد شریکی که از تقسیم به او ضرر می‌رسد اجبار بر تقسیم نخواهد شد.

-در تقسیم خیارات راه ندارد و قابل رجوع نمی‌باشد. (تقسیم لازم است)

-مشابه خیار عیب در تقسیم قابل اعمال است بدین نحو که اگر بعد از تقسیم یکی از شرکا متوجه شود که در سهم او عیبی است و در زمان عقد جاهل به عیب بوده است این شریک می‌تواند به خاطر عیب تقسیم را به هم بزند.

-تقسیم به تراضی قابل اقاله است اما تقسیم به اجبار خیر.

-اگر مشخص شود که تقسیم به غلط انجام شده است باطل خواهد شد و حالت اشاعه باز می‌گردد.

- اگر در تقسیم مال مشاع بعد از تقسیم متوجه شویم که حق شخص ثالثی وارد تقسیم شده است با دو حالت مواجهیم؛

۱- اگر بعد از خارج کردن سهم ثالث تناسب سهم الشرکه ها برهم بخورد تقسیم باطل است.

۲- اگر بعد از خارج کردن سهم ثالث تناسب سهم الشرکه ها برهم نخورد و تناسب سهم الشرکه ها باقی بماند تقسیم صحیح است. به عبارت دیگر در این حالت سهم ثالث در همه سهم الشرکه ها به یک نسبت بوده است و با کسر ثالث از سهم شرکا تناسب میان سهم ایشان برهم نخورده است. برای مثال اگر دو نفر در زمینی بالمناصفه شریک باشند و تقسیم صورت گیرد و اشتباهاً زمین همسایه نیز در تقسیم وارد شود و در سهم یکی از شرکا بیفتد، این تقسیم باطل است. زیرا بعد از کسر زمین همسایه از سهم آن شریکی که کل زمین در سهم او افتاده، تناسب بخش‌های متعلق به شرکا برهم می‌خورد؛ اما اگر زمین همسایه به صورت مساوی در هر دو قسمت وارد شده باشد به نحوی که با کسر زمین همسایه از سهم شرکا، تناسب تقسیم برهم نخورد تقسیم صحیح است.

-ممنوعیت‌های تقسیم اختیاری:

۱- اگر تقسیم متضمن از مالیت افتادن تمام مال مشترک یا حصه یک یا چند نفر از شرکا باشد تقسیم ممنوع است اگرچه شرکا تراضی نمایند.

۲- تقسیم به موجب قوانین ممنوع باشد.

-ممنوعیت‌های تقسیم اجباری:

۱- اگر تقسیم متضمن از مالیت افتادن تمام مال مشترک یا حصه یک یا چند نفر از شرکا باشد تقسیم ممنوع است اگرچه شرکا تراضی نمایند.

۲- تقسیم به موجب مقررات ممنوع باشد.

۳- اگر شرکا به وجه ملزومی ملتزم به عدم تقسیم شده باشند (درج شدن عقد شرکت ضمن عقد لازم)

۴- اگر تقسیم موجب ضرر برای برخی از شرکا باشد و آنکه تقاضای تقسیم از دادگاه را کرده است جز شرکا متضرر نباشد.

▪ انواع تقسیم مال مشاع

- ۱- تقسیم به افراز
- ۲- تقسیم به تعدیل
- ۳- تقسیم به رد

-تقسیم به افراز:

افراز یعنی جدا کردن سهم مشاع شرکا از یکدیگر. افراز به دو نوع افراز به تراضی و افراز اجباری تقسیم می‌شود. هر یک از مالکان ملک مشاعی می‌توانند با درخواست از سایر مالکین و با توافق آنها ملک را از طریق مراجعه به اداره ثبت افراز کنند. (افراز به تراضی) و اگر میان شرکا توافق حاصل نشد می‌توانند از طریق دادگاه اقدام و تقاضای تقسیم به افراز نمایند به عبارتی طرح دعوی افراز اقامه کنند. (افراز اجباری)

{اگر ملک مشاع دارای سابقه ثبتی در دفتر املاک اداره ثبت باشد و جریان ثبتی آن طی شده باشد مرجع رسیدگی کننده دادگاه است ولی اگر ملک مزبور دارای سابقه ثبتی در اداره ثبت نباشد و به عبارتی تکلیف مالکیت ملک معلوم نشده باشد درخواست افراز از اداره ثبت محل وقوع ملک به عمل می‌آید.}

-تقسیم به تعدیل:

تقسیم به تعدیل در صورتی اعمال می‌شود که مال مشاعی از نظر اجزاء ارزش واحد و یکسانی نداشته باشد، در این حالت تقسیم سهم‌ها با توجه به ارزش و قیمت ملک ممکن است از لحاظ مساحت با یکدیگر متفاوت باشند. به عنوان مثال زمینی که ۳۰۰ متر مساحت دارد و بین سه نفر به نسبت مساوی مشترک است ولی از نظر موقعیت طوری واقع شده که قسمتی که به شریکی می‌رسد از ارزش مالی بیشتری برخوردار باشد مثلاً قسمت جدادهای که رو به یک مرکز تجاری است این قسمت مسلماً ارزش و قیمت بیشتری دارد در چنین مواردی تقسیم به تعدیل انجام می‌شود مثلاً ملک جدادهای رو به مرکز تجاری به ۷۰ متر تقسیم می‌شود و بقیه مساحت بین دو شریک دیگر تقسیم می‌گردد در چنین حالتی ملک ۷۰ متری به دلیل داشتن قیمت بالا از لحاظ متراژ کمتر و دو ملک دیگر از لحاظ متراژ بالاتر و از لحاظ قیمت مساوی ملک ۷۰ متری هستند و به این صورت تقسیم بین سه شریک به تعدیل انجام می‌گیرد.

-تقسیم به رد:

در صورتی که تقسیم مال مشاع به افراز ممکن نباشد تقسیم به تعدیل می‌شود و در صورتی که امکان تقسیم به تعدیل هم وجود نداشته باشد نوبت به تقسیم به رد می‌رسد. در تقسیم به رد وجه یا مالی خارج از ملک به بعضی از سهم‌ها اضافه می‌شود تا تعادل میان سهم‌ها حاصل شود شریکی که سهام کمتری به او می‌رسد با دریافت وجه یا مال اضافی از نظر ارزشی سهمی معادل سهام سایر شرکا دریافت می‌کند پس در تقسیم به رد ممکن است حتی شریکی از عین مال سهمی نبرد یا سهمی کمتر از سایر شرکا دریافت کند. به عنوان مثال ملکی که ۳۰۰ متر مساحت دارد و بین سه نفر مشترک است طوری واقع شده باشد که امکان تقسیم به دو قسمت وجود داشته باشد در این صورت دو شریک مالک نصف ملک می‌شود و در عوض قیمت سهم شریک سوم را با پرداخت مبلغ سهمش به او جبران می‌کنند.

-در موارد زیر تقسیم مال مشاع ممنوع است:

۱- اگر تقسیم متضمن افتادن تمام مال مشترک یا حصه یک یا چند نفر از مالیت باشد حتی با تراضی تقسیم ممنوع است.

۲- تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیه ممنوع است.

۳- در صورتی که منع قانونی یا قراردادی در خصوص عدم تقسیم وجود داشته باشد.

۴- در صورتی که سند معارض نسبت به یک موضوع وجود داشته باشد تا رفع تعارض تقسیم ممنوع است.

■ تقسیم مال غیرمنقول:

۱- افراز اموال منقولی که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته است در صلاحیت اداره ثبت است مگر در موارد ذیل که در صلاحیت دادگاه می‌باشد:

{اگر بین شرکا شخص غایب و محجوری باشد

{اگر در بین شرکا در خصوص مالکیت اختلاف باشد

{اگر افراز از باب تقسیم ترکه باشد

۲- افراز اموال غیرمنقولی که جریان ثبتی آنان خاتمه نیافته است در صلاحیت دادگاه می‌باشد.

۳- اگر افراز مال ممکن نباشد، فروش اموال غیرمنقول، چه جریان ثبتی آن خاتمه یافته باشد و چه خاتمه نیافته باشد در صلاحیت دادگاه است.

ماده ۶۰۶ قانون مدنی: هرگاه ترکه میت قبل از اداء دیون تقسیم شود یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است طلبکار باید به هر یک از وراثت به نسبت سهم او رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از وراثت، معسر شده باشد طلبکار می تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراثت دیگر رجوع کند.

مسئولیت وارثین در فرض تقسیم ترکه قبل از ادای دیون در مقابل طلبکاران، مسئولیت نسبی است. یعنی هر وارثی به نسبت سهم الارث خود مسئول پرداخت دیون است؛ به عنوان مثال چنانچه ارثیه الف و ب هر کدام ۲۰٪ و ارثیه ج ۶۰٪ باشد هر یک به همین میزان مسئول پرداخت بدهی می باشند و چنانچه در مثال مذکور، الف معسر گردد، مسئولیت ب ۲۵٪ و مسئولیت ج ۷۵٪ خواهد بود، به عبارت دیگر چون سهم ج، سه برابر سهم ب است در به دوش گرفتن سهم شریک معسر هم باید همین تناسب رعایت شود، بدیهی است در صورت اثبات عدم کفایت ترکه مسئولیت ورثه در هر حال از سقف ترکه بیشتر نخواهد بود.

ماده ۶۰۶ ناظر به فرضی است که ترکه بدون قید و شرط قبول شده و عدم کفایت ترکه نیز اثبات نشده باشد (مواد ۲۴۸ و ۲۵۵ ق.ا.ج) توضیح آنکه وراثت مسئول بدهی های متوفی نیستند و بدهی متوفی باید از محل ترکه وصول شود (ماده ۲۲۶ ق.ا.ج)؛ اما در صورتی که ورثه ظرف یک ماه از تاریخ آگاهی به فوت مورث ترکه را رد نکنند یا ترکه را مطابق تحریر ترکه به صورت مشروط قبول نکنند، سکوت آنها به منزله قبولی مطلق ترکه بوده و پذیرش بی قید و شرط ترکه، اماره کفایت آن برای پرداخت بدهی ها است ماده ۲۴۸ ق.ا.ج.

بنابراین ورثه به نسبت سهم الارث خود مسئول پرداخت بدهی های متوفی هستند مگر اینکه اثبات کنند که ترکه کفایت بدهی را نمی دهد که در این صورت صرفاً تا همان میزان سهمشان از ترکه مسئول هستند (مسئولیت محدود)

- تقسیم ترکه قبل از ادای دیون متوفی صحیح است و فقط وراثتی که تقسیم کرده اند را مسئول پرداخت دیون متوفی می کنند.

• جعالة:

ماده ۵۶۱ قانون مدنی: جعالة عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف، معین باشد یا غیر معین.

- جعالة ایقاع است، پس اجاره خدمات و دلالتی را نمی توان در قالب جعالة گنجانید.

- جعالة از عقود جایز است، با این معنی که هر کدام از طرفین در هر زمان که بخواهد می تواند عقد منعقد شده مابین خود را فسخ کند حتی اگر طرف مقابل راضی نباشد.

فقط تا وقتی که عمل مورد نظر توسط عامل انجام نشده و یا موضوع جعالة تسلیم نشده طرفین می توانند عقد را فسخ کنند، ولی بعد از آن این امکان را ندارند.

- در عقد جعالة اگر یکی از طرفین فوت کند این عقد منحل می شود. حال در صورتی که مطلوب عقد به دست نیامده باشد، یعنی همان امری که بر مبنای آن عقد را منعقد کرده اند، عامل استحقاق دریافت اجرت را ندارد اما چنانچه کاری که عامل انجام داده به طور مستقل مطلوب باشد، مستحق دریافت اجرت مطابق آن قسمت است.

- شباهت های عقد جعالة با اجاره اشخاص:

۱- هم جعالة و هم اجاره اشخاص هر دو عقد هستند.

۲- هر دوی عقد جعالة و عقد اجاره اشخاص از عقود عهدی هستند.

۳- هر دو عقد از نوع معوض هستند.

۴- در هر دو عقد جعالة و اجاره اشخاص یکی از طرفین کاری را انجام می دهد و طرف دیگر در مقابل دستمزد می دهد. در جعالة کسی که کار می کند عامل و کسی که اجرت می دهد، جاعل، و در اجاره اشخاص هم طرفی که کار می کند اجیر و طرفی که اجرت می دهد مستأجر نام دارد.

- تفاوت عقد جعالة با اجاره اشخاص:

- در عقد جعالة نیازی نیست که نحوه ای انجام دادن کار و یا مقدار اجرت معلوم باشد.

در صورتی که در عقد اجاره لازم است که علم تفصیلی وجود داشته باشد یعنی هم نحوه ای انجام دادن کار و هم میزان اجرت به صورت دقیق مشخص باشد.

۲- در عقد جعالة عامل از حق حبس برخوردار نیست به عبارت دیگر نمی تواند مال موضوع جعالة را نگه دارد و از جاعل بخواهد اجرت را بدهد تا او مال را بدهد. زیرا زمانی عامل استحقاق دریافت اجرت را دارد که موضوع جعالة را کامل انجام داده باشد. باین حال در عقد اجاره اجیر می تواند کار را تا زمانی که دستمزد نگرفته است انجام ندهد.

۳- عقد جعالة از عقود جایز است یعنی هر یک از طرفین می تواند هر زمان خواست عقد را فسخ کند ولی عقد اجاره لازم است. و اشخاص تنها وقتی که یکی از خيارات وجود داشته باشد می توانند عقد را فسخ کنند.

☞ در جعالة اهلیت هر دو طرف لازم است، اما اگر اشخاص مجبور به دستور دیگری کاری را انجام دهند اجرت المثل می گیرند.

☞ اگر جاعل مجبور باشد عامل مستحق اجرت نیست اما بهتر است قائل به تفکیک شد؛ در فرضی که عامل به حجر جاعل علم داشته باشد مستحق اجرت المثل نیست ولی اگر جاهل باشد اجرت المثل از اموال مجبور داده می شود.

- ماده ۵۶۳ قانون مدنی: در جعالة، معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات، لازم نیست؛ بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هر کس گمشده او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن، مال او خواهد بود جعالة صحیح است.

- ماده ۵۶۶ قانون مدنی: هرگاه در جعالة، عمل دارای اجزای متعدد بوده و هر یک از اجزاء مقصود بالاصالة جاعل بوده باشد و جعالة فسخ گردد عامل از اجرت المسمی به نسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود اعم از اینکه فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل.

- ماده ۵۶۸ قانون مدنی: اگر عاملین متعدد، به شرکت هم عمل را انجام دهند هر یک به نسبت مقدار عمل خود مستحق جعل می گردد.

مفاد این ماده، مطابق اصل است؛ لذا هیچ یک از عاملین متعدد، دارای حق تضامنی نبوده؛ و مستحق جعل کامل نیست، مگر اینکه بین آنان توافقی صورت پذیرفته باشد، در غیر این صورت اصل بر تساوی در تقسیم بوده؛ و هر یک از آنان به نحو مساوی سهم می برد.

- ماده ۵۶۹ قانون مدنی: مالی که جعالة برای آن واقع شده است از وقتی که به دست عامل می رسد تا به جاعل رد کند در دست او امانت است.

اگر عامل مجبور بوده؛ و جاعل مال خود را، با علم به حجر وی، در اختیار او قرار داده باشد؛ در صورت تلف مال، عامل مسئول نخواهد بود؛ زیرا در فرض مزبور، جاعل، سبب اقوی از مباشر بوده؛ که به زیان خویش عمل نموده؛ و به همین دلیل، نمی تواند از طرف مقابل خویش، مطالبه خسارت نماید، اما در صورتی که جاعل، نسبت به حجر عامل ناآگاه بوده؛ و مال خود را به او سپرده؛ و وی نیز آن را تلف نماید؛ در این صورت طبیعی است که مباشر، نزدیک تر و اقوی از سبب محسوب گردیده؛ به دلالت عرف، باید او را ضامن دانست.

- ماده ۵۷۰ قانون مدنی: جعالة بر عمل نامشروع یا بر عمل غیر عقلایی باطل است.

• ودیعه

ماده ۶۰۷ قانون مدنی: ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد برای آن که آن را مجاناً نگاه دارد. ودیعه گذار مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین می گویند

از جمله شروط عقد ودیعه که یک قرارداد معین بوده، آن است که نگه دارنده مال، آن را رایگان نگه دارد. اگر بابت نگهداری مال، پولی دریافت شود، عقد دیگر، ودیعه نیست.

- ودیعه ماهیتاً اذن در حفاظت است و اثر اصلی و قصد طرفین اذن در حفاظت است.

- ودیعه عقدی است رضایی، اذنی، عهدی، مجانی، مبتنی بر مسامحه و جایز.

- طرفین عقد ودیعه، عبارتاند از:

۱- مودع: در عقد ودیعه، به کسی که مالش را به دیگری می دهد تا به طور رایگان، نگهدار آن باشد، مودع یا ودیعه گذار می گویند.

۲- مستودع یا امین: در عقد ودیعه، به کسی که مال دیگری را برای نگهداری رایگان، می پذیرد، مستودع، امین یا ودیعه گیر می گویند.

- ودیعه عقدی معین، جایز، عهدی، مجانی است که می تواند به صورت شفاهی یا کتبی منعقد شود.

- در قرارداد ودیعه، قبول امین شرط است، حتی اگر این قبول، با فعل نشان داده شود و لفظاً بیان نگردد.

- صندوق امانات بانک مخلوطی از اجاره و ودیعه است.

- تعهد مستودع به حفاظت از مال مورد ودیعه تعهد به وسیله است و ید او امانی است و هر بلایی سر مال بیاید مسئول نیست مگر در فرض تقصیر.

- رابطه کسی که قبل از ورود به کلانتری تلفن همراه خود را تحویل دژبان می دهد و در مقابل رسید دریافت می کند تابع عقد ودیعه 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

✓ به این ۴ نکته دقت فرمایید:

- ۱- امین تعهد به حفاظت از مال دارد و این تعهد به وسیله است.
- ۲- تعهد به رد مال در ودیعه تعهد به نتیجه است تو در هر صورت باید مال را پس بدهی.
- ۳- تعهد به رعایت شیوه‌هایی که از سوی مالک مقرر شده است تعهد به نتیجه می‌باشد.
- ۴- طبق نظر دکتر کاتوزیان در یک مورد تعهد به حفاظت تعهد به نتیجه است اگر ودیعه با شرط عوض باشد اینجا تعهد به حفاظت تعهد به نتیجه است زیرا از عقد ودیعه سودی می‌بری.
- امین نمی‌تواند مال مورد امانت را به دیگری بسپارد مگر در فرض ضرورت برای نگهداری مال.
- منافع دوره ودیعه اعم از متصل یا منفصل از آن مودع است.
- امین باید مال مورد ودیعه را در همان حالتی که آن مال در موقع پس دادن دارد، باز پس دهد و اگر مرتکب تقصیر نشده باشد نسبت به نواقصی که در آن مال ایجاد شده ضامن نیست مگر آنکه علیه او شرط ضمان شده باشد زیرا ید او امانی است.
- در صورت امتناع امین از پس دادن مالید او ضمانی می‌شود و از تاریخ امتناع احکام امین دیگر بر او مترتب نخواهد شد و ضامن تلف، نقص و هر حادثه‌ای است که در مال مورد امانت ایجاد شود اگرچه مستند به فعل او نباشد.
- اگر مال مورد ودیعه مستحق للغير باشد باید امین آن را به مالک حقیقی رد کند و اگر مالک معلوم نباشد تابع احکام اموال مجهول‌المالک است.
- (در اختیار حاکم، ولی فقیه و ستاد اجرائی فرامین امام به نمایندگی از ولی فقیه قرار دهد)
- ماده ۶۲۸ قانون مدنی: اگر در احوال شخص امانت‌گذار تغییری حاصل گردد مثلاً اگر امانت‌گذار محجور شود عقد ودیعه منفسخ و ودیعه را نمی‌توان مسترد نمود مگر به کسی که حق اداره کردن اموال محجور را دارد.
- ماده ۶۲۴ قانون مدنی: امین باید مال ودیعه را فقط به کسی که آن را از او دریافت کرده است یا قائم‌مقام قانونی او یا به کسی که مأذون در اخذ می‌باشد مسترد دارد و اگر به واسطه ضرورتی بخواهد آن را رد کند و به کسی که حق اخذ دارد دسترسی نداشته باشد باید به حاکم رد نماید.
- در این موارد مستودع نسبت به خسارات وارده بر مال مسئول است؛
- ۱- در صورت اثبات تعدی و تفریط او.
- ۲- برای امین شرط ضمان شده باشد.
- ۳- امین مال مورد ودیعه را به نحو که مالک مقرر کرده است حفظ نکند.
- ۴- مال مورد ودیعه در پاکت و جعبه سربسته بوده و بدون اقتضاء و نیاز، امین آن را بازنماید.
- ۵- اگر بدون اجازه مودع، امین غیر از حفاظت، تصرفی در مال مورد ودیعه کند یا به نحوی از انحاء از آن استفاده نماید.
- ۶- هرگاه مستودع از بازگرداندن مال امتناع نماید.
- ۷- به واسطه عمل مستقیم وی مال مورد ودیعه تلف شود یا خسارتی به آن وارد شود.
- مسئولیت‌های مودع:
- ۱- پرداخت مخارجی که امین برای حفظ مال مورد ودیعه کرده است.
- ۲- اگر رد مال مستلزم مخارجی باشد تأمین آن مخارج بر عهده مودع است.
- (بازگرداندن مال تکلیف مستودع است اما هزینه آن بر عهده مودع است)
- فوت و حجر طرفین در ودیعه:
- الف- فوت مودع: در این فرض ودیعه منفسخ می‌شود و مستودع باید مال را به وراثت او بازگرداند در غیر این صورتید او ضمانی خواهد شد، اگر وراثت متعدد باشند و راجع به اینکه مال به کدامشان تسلیم شود توافق حاصل نشود مستودع مال را به حاکم می‌دهد.
- ب- فرضی که مال نزد شخصی حقوقی دولتی، عمومی یا خصوصی باشد رد مال به ورثه یا موصی له منوط به پرداخت مالیات بر ارث مربوط به آن مال است، اگر شخص حقوقی به دلیل آنچه بیان شد از پس دادن مال امتناع نماید ید او همچنان امانی است زیرا امتناع او مستند به قانون می‌باشد {
- ب- حجر مودع: ودیعه منفسخ می‌شود و مستودع بلافاصله مال را به قیم مودع بازمی‌گرداند.
- ج- فوت مستودع: ودیعه منفسخ می‌شود و وراثت مستودع باید مال مودع را باز پس دهند؛

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 وراثت مال را بازنگردانند و خسارتی به مال وارد شود مسئول و ضامن هستند.

-اگر وراثت مال را مورد اتلاف قرار دهند ضامن هستند و باید مثل یا قیمت آن را بدهند هرچند نسبت به ودیعه بودن آن مال عالم نباشند.

د- حجر مستودع: قیم مستودع باید مال را به مودع پس دهد.

انحلال عقد ودیعه

۱-فسخ توسط مودع یا مستودع	{
۲-فوت یا حجر هریک از طرفین	
۳-تلف مال مورد ودیعه	
۴-طبق نظر برخی نویسندگان ورشکستگی مودع	

-اگر مودع مال را به شخص ثالث منتقل کرده باشد امین باید مال را به مالک جدید بدهد.

✓ اگر مالک مال محجور بوده و ولی یا قیم او مال را به امانت گذاشته باشند و از مالک رفع حجر به عمل آید، صرف رفع حجر موجب خاتمه ودیعه نیست اما هر زمان که ودیعه به دلیلی خاتمه یابد، مستودع باید مال را به خود مالک بازگرداند.

✓ اگر مالک محجور بوده و قیم او مال را به امانت گذارد و قبل از رفع حجر از مالک سمت قیم به واسطه حجر، فوت، عزل خاتمه یابد موجب خاتمه ودیعه نمی شود اما هر زمان که ودیعه به دلیلی خاتمه یابد مستودع باید مال را قیم جدید بازگرداند. (همچنین است در مورد ولی قهری)

✓ اگر مشخص شود که شخصی که مال را به ودیعه گذاشته است مالک آن مال نیست؛

الف-اگر مأذون از جانب مالک باشد مال به خود ودیعه گذار بازگردانده می شود

ب-اگر مأذون نباشد مستودع باید مال را به مالک اصلی آن بازگرداند.

☞ اگر شخصی قهراً مال را از مستودع بگیرد و قیمت یا مال دیگری به جای آن به او بدهد، امین باید آنچه را که دریافت کرده است به مودع بدهد ولی مودع مجبور به قبول نیست و حق دارد مستقیماً به ثالث رجوع کرده و اصل مالش را بخواهد.

• عاریه

بر اساس این ماده ۶۳۵ «عاریه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین به طرف دیگر اجازه می دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه دهنده را مُعیر و عاریه گیرنده را مُستَعیر گویند» بنابراین با توجه به این ماده عاریه قراردادی است که با توجه به آن معیر به مستعیر اجازه می دهد که از مال او به طور رایگان استفاده کند.

-هر چیزی که با بقای اصل مال بتوان از آن منتفع شد را می توان موضوع عقد عاریه قرار داد، بنابراین؛ مالی که به عاریه داده می شود نباید با استفاده تمام شود و باید در دسته اموال قابل بقا باشد. عاریه دهنده باید مالک منفعت مالی باشد که عاریه می دهد.

-ویژگی های عقد عاریه از قرار زیر است:

۱ -عقد عاریه یک عقد معین است.

۲ -عقد عاریه یک عقد جایز است.

-شرایط معیر:

معیر علاوه بر اینکه باید عاقل، بالغ و رشید باشد باید مالک منفعت مال مورد عاریه هم باشد پس لزومی ندارد که حتماً معیر مالک عین مال مورد عاریه باشد.

پس مالکیت عین شرط نیست.

-شرایط مستعیر:

مستعیر هم مانند معیر باید اهلیت انتفاع داشته باشد و لزوماً باید معین باشد. بنابراین اگر هر یک از طرفین اهلیت نداشته باشند عاریه باطل است.

-شرایط مال مورد عاریه

منفعت مورد عاریه باید معلوم و معین باشد اگر مال مورد عاریه از اموالی باشد که منفعت منحصری دارد علم اجمالی به آن کافی است و نیازی به تصریح ندارد مانند لباسی که برای پوشیدن است اما اگر مالی باشد که قابلیت های متعددی برای استفاده داشته باشد باید نوع منفعت آن تعیین شود مثلاً زمینی که مورد عاریه است باید نوع انتفاع از آن تعیین شود چون استفاده های زیادی می توان از زمین کرد.

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

منفعت مورد عاریه باید مشروع و عقلایی باشد در صورتی که معیر یا مستعیر مالی را به منظور انجام عملی غیرقانونی و غیرشرعی و یا غیر عقلایی عاریه بدهند یا بگیرد عاریه باطل است.

منفعت مورد عاریه باید با توجه به نوع استفاده‌ای که از آن می‌شود قابل بقا باشد به عنوان مثال نمی‌توان غذای را برای خوردن عاریه داد ولی می‌توان برای نمایش دادن در ویتترین مغازه‌ای به منظور تبلیغ، عاریه داد.

-مستأجر می‌تواند مورد اجاره را به عاریه دهد، مگر اینکه این حق از او سلب شده باشد.

-مستعیر نمی‌تواند مورد عاریه را به دیگری عاریه دهد، زیرا هیچ حقی بر آن ندارد تا به دیگری واگذار کند،

-اگر مستعیر از مال مورد عاریه استفاده متعارفی کند که منجر به تلف شود ضامن است.

-عاریه عقدی جایز است و به موت هر یک از طرفین منفسخ می‌شود.

-ماده ۶۳۹ قانون مدنی: هرگاه مال عاریه دارای عیوبی باشد که برای مستعیر تولید خسارتی کند معیر مسئول خسارت وارده نخواهد بود مگر اینکه عرفاً مسبب محسوب شود. همین حکم در مورد مودع و موجر و امثال آن‌ها نیز جاری می‌باشد.

مطابق این ماده، چنانچه زیانی به مستعیر به جهت عین مستعاره وارد شود، اصل، عدم مسئولیت معیر است؛ یعنی اگر خسارت ناشی از تقصیر و سببیت معیر باشد، ضامن است وگرنه مسئول نیست.

برای احراز مسئولیت معیر باید ثابت شود که ضرر وارد شده به مستعیر، در نتیجه تقصیر وی بوده و صرف وجود رابطه قراردادی، مسئولیت معیر را احراز نمی‌کند،

وظیفه اثبات مسئولیت معیر نیز بر عهده مستعیر است. البته شرط تبری معیر از عیوب و عدم مسئولیت او صحیح است.

معیر لازم نیست عیوب ظاهری را به مستعیر بگوید، چنانچه زیانی هم حاصل شد، مسئول نخواهد بود، اگر عیبی را معیر بداند ولی مستعیر آن را نداند، باز هم لزومی برای بیان آن وجود ندارد، حتی اگر موجب ضرر شود، مگر در صورتی که معیر در نظر عرف، مسبب زیان باشد.

ماده ۶۴۰ قانون مدنی: مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد مگر در صورت تفریط یا تعدی.

ماده ۶۴۱ قانون مدنی: مستعیر مسئول منقصت ناشی از استعمال مال عاریه نیست مگر اینکه در غیر مورد اذن، استعمال نموده باشد و اگر عاریه مطلق بوده برخلاف متعارف استفاده کرده باشد.

ماده ۶۴۲ قانون مدنی: اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد مسئول هر کس رو نقصانی خواهد بود اگر چه مربوط به عمل او نباشد.

مقصود از شرط ضمان در این ماده، هم تلف و هم نقصان و هم عیب است، برخی معتقدند از وحدت ملاک این ماده نیز می‌توان چنین برداشت کرد که شرط ضمان در سایر عقود مثل اجاره، ودیعه و امثالهم مجاز است، بنابراین حتی اگر مستعیر تعدی و تفریط هم نکرد، باز هم ضامن خواهد بود.

ماده ۶۴۴ قانون مدنی: در عاریه طلبا و نقره اعم از مسکوک و غیرمسکوک مستعیر ضامن است هر چند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد.

حکم این ماده، برخلاف قواعد امانات است، پس نمی‌توان این حکم را در سایر امانات تسری داد، حتی در امانت سایر فلزهای گران بها.

-در ودیعه هزینه رد مال با مالک است ولی در عاریه چون مستعیر مجانی از مال استفاده می‌کند هزینه رد مال با مستعیر است.

ماده ۶۴۷ قانون مدنی: مستعیر نمی‌تواند مال عاریه را به هیچ نحوی به تصرف غیر دهد مگر به اذن معیر.

اگر مستعیر، عین مستعاره را به عاریه گذاشت، متعدی شمرده شده و مسئول هرگونه نقص یا تلفی خواهد بود، همچنین گیرنده عاریه دوم با مستعیر در برابر مالک مسئول است (صرف نظر از علم و جهل به موضوع غاصب محسوب می‌شود و با مستعیر اول در برابر مالک مسئولیت تضامنی دارد). البته چنانچه مستعیر، مال مستعاره را در خطر ببینید و در آن حال به معیر دسترسی نداشته باشد و برای دوری از خطر، ناچار شود که آن را به شخص ثالثی بسپارد، ضامن نخواهد بود.

• عقد قرض:

عقد قرض، عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین مُقرض یا قرض دهنده، مالی از اموال مثلی را به طرف دیگر مُقترض تملیک می‌کند تا او در زمان مطالبه، مثل همان مال و در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم الرد را بازگرداند.

○ اوصاف عقد قرض:

۱- عقد تملیکی: قرض از جمله عقود تملیکی است. به این معنا که مال مورد قرض، در زمان عقد، به مالکیت مقترض درمی‌آید و تصرفات او در آن تصرفات مالکانه خواهد بود؛ بنابراین، اگر مال تلف یا ناقص شود مسئولیت آن با مقترض است؛ خواه تلف ناشی از قوه قاهره باشد خواه تقصیر خود او یا دیگری.

۲- عقد رضایی: برای انعقاد عقد قرض، صرف ایجاب و قبول کافی است و نیاز به تشریفات خاصی ندارد.

۳- عقد لازم: قرض عقدی لازم است و مقرض نمی‌تواند پس از انعقاد عقد، از آن پشیمان شده و مال خود را مطالبه کند حتی اگر هنوز مال موضوع قرض نزد مقترض موجود باشد.

۴- عقد معوض به معنا خاص: قرض عقدی معوض است بدین معنا که مقرض چیزی می‌دهد و در مقابل، مثل یا قیمت آن را دریافت می‌کند. اما معوض بودن در قرض به معنا سودآوری نیست و اگر شرطی شود که مقرض بیش از مال مورد قرض یا عمل اضافی انجام دهد، قرض ربوی و باطل خواهد بود.

۵- عقد دو تعهدی: در عقد قرض، ابتدا مقرض تعهد می‌کند مال را بدهد، سپس مقترض متعهد به بازگرداندن مثل یا قیمت آن می‌شود. بنابراین تنها مقترض حق حبس دارد و مقرض به دلیل تقدم تعهدش حق حبس ندارد.

۶- اهلیت طرفین: اهلیت قانونی هر دو طرف برای تصرف در اموال و انشاء عقد الزامی است زیرا هر دو طرف تصرف مالی می‌کنند.
نکات:

- تنها عقدی که موضوعش نمی‌تواند مال قیمی باشد عقد قرض می‌باشد بلکه حتماً موضوع آن باید مال مثلی باشد و بنابراین تنها عقدی است که موضوع آن فقط مال منقول می‌باشد.

{طبق نظر دکتر کاتوزیان منفعت نمی‌تواند موضوع عقد قرض باشد و موضوع عقد قرض الزاماً باید عین معین باشد}

- اگر قرض گیرنده تعهد کند در برابر مال مثلی، بهای آن را بپردازد، موضوع تابع عقد قرض نخواهد بود و مشمول ماده ۱۰ ق.م می‌باشد.

- در عقد قرض می‌توان برای مقرض، خیار شرط در نظر گرفت، فایده این خیار آن است که مقرض در مدتی که برای خیار مقرر شده، می‌تواند عقد قرض را فسخ کند و مال موضوع قرض را عیناً از مقترض مطالبه کند.

ماده ۶۴۹ قانون مدنی: اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم، تلف یا ناقص شود از مال مقترض است.

به موجب این ماده، انتقال ضمان، از زمان قبض مورد قرض صورت می‌پذیرد؛ لذا اگر مال مزبور، پیش از تسلیم به مقترض تلف گردد؛ در این صورت تلف، بر عهده مقرض است.

قاعده تلف مبیع پیش از قبض، در قرض نیز جاری است؛ لذا اگر موضوع قرارداد، به طور ارادی تلف گردد؛ جبران خسارت مطرح می‌گردد نه انفساخ عقد، در نقص مال پیش از قبض نیز، نسبت به میزان ناقص شده؛ آثار تلف قبل از قبض جاری است. با استناد به مفهوم مخالف این ماده، تلف مبیع پیش از قبض، بر عهده مقرض است.

ماده ۶۵۰ قانون مدنی: مقترض باید مثل مالی را که قرض کرده است رد کند اگر چه قیمتاً ترقی یا تنزل کرده باشد.

اصولاً رد مال تابع قواعد غصب است و در این فرض هم اگر مثل موجود باشد و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن پرداخت شود.
{اگر شرط شود که وام‌گیرنده، پول قرض گرفته شده را به جنس دیگری بدهد مانند دلار در برابر یورو الزام‌آور است اما دیگر مصداق قرض نخواهد بود.}

ماده ۶۵۱ قانون مدنی: اگر برای ادای قرض به وجه ملزومی اجلی معین شده باشد مقرض نمی‌تواند قبل از انقضای مدت، طلب خود را مطالبه 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 به وجه ملزم در عقد قرض مدت قرار دهیم طبق قواعد عمومی با فوت و ورشکستگی مدیون این مدت حال می‌شود.

-در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساطی قرار می‌دهد. (ماده ۶۵۲ ق.م.)

طبق ماده ۲۷۷ در قواعد عمومی قراردادهای برای دادن مهلت عادلانه فقط وضعیت مدیون ملاک است.

در نتیجه طبق قواعد عمومی قراردادهای برای دادن مهلت عادلانه فقط وضعیت مدیون ملاک است اما در عقد قرض علاوه بر وضعیت مدیون اوضاع و احوال هم می‌تواند ملاک باشد.

✍ احکام حقوقی مربوط به قمار و گرویندی

ماده ۶۵۴ قانون مدنی: قمار و گرویندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است.

بنابراین، اگر یکی از طرفین برنده شود، نمی‌تواند از طریق دادگاه مطالبه‌ای مبلغ برد خود را بنماید. همچنین بازنده نیز نمی‌تواند صرفاً به بطلان قمار استناد کند تا مبلغی را که هنوز نپرداخته را پرداخت نکند. استثناء:

باین حال، اگر بازنده قمار، مبلغی را پرداخت کرده باشد می‌تواند بر مبنای استیفای بلاجهت یا با استناد به قاعده حرمت اکل مال به باطل، مطالبه استرداد آن مبلغ را از طریق دادگاه مطرح کند.

-در مسابقاتی نظیر دوانیدن حیوانات سواری و تیراندازی و شمشیرزنی، گرویندی جایز است و حکم ماده‌ی ۶۵۴ (بطلان قمار و عدم استماع دعاوی) در مورد این نوع مسابقات اجرا نمی‌شود.

بنابراین، دعاوی ناشی از گرویندی در این مسابقات مسموع است، به‌ویژه اگر از پیش، وجهی به‌عنوان جایزه تعیین شده باشد.

حکم استثنایی ماده ۶۵۵، مختص شرکت‌کنندگان در مسابقه است و تماشاچیان یا اشخاصی که صرفاً در بیرون مسابقه شرط‌بندی می‌کنند، شامل این حکم نمی‌شوند.

همچنین اگر یکی از شرکت‌کنندگان از اجرای مسابقه خودداری کند، این عمل در حکم باخت تلقی شده و اگر وجهی شرط شده باشد، باید به طرف مقابل پرداخت شود. الزام شخص به اجرای مسابقه ممکن نیست.

• وکالت:

عقد وکالت به‌موجب ماده ۶۵۶ قانون مدنی، عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌کند.

وکالت نوعی نمایندگی حقوقی و اعتباری است، نه در امور صرفاً مادی. موضوع وکالت ممکن است شامل؛ انشای اعمال حقوقی مانند بیع، اجاره، نکاح و طلاق و یا اجرای آثار اعمال حقوقی مانند تحویل مبیع، پرداخت ثمن و... باشد.

○ اوصاف عقد وکالت:

-اذنی بودن

-عهدی بودن

-رضایی بودن

-جایز بودن: اصولاً هر یک از طرفین هر زمان که بخواهند می‌توانند آن را فسخ کنند مگر؛ وکالت بلاعزل باشد، یا شرط ضمن عقد لازم شده باشد که حق فسخ از یکی از طرفین سلب گردیده باشد.

در دادگاه کیفری یک، وکالت تعیینی پس از تشکیل جلسه دادرسی قابل عزل نیست.

-برخلاف سایر عقود که بین ایجاب و قبول باید توالی عرفی وجود داشته باشد، در وکالت این شرط لازم نیست.

حتی اگر وکیل از ایجاب مطلع نباشد و بعداً وکالت را قبول کند، عقد صحیح است.

-در برخی عقود تجاری نظیر؛ دلالی، حق العمل کاری، قرارداد حمل و نقل در موارد سکوت قانون تابع احکام وکالت هستند.

-اگر کسی دیگری را مأمور فروش در مالی کند و به او اختیار دهد که به هر مبلغ و هر شخص که می‌خواهد بفروشد اما مبلغ ثابتی را به آن بپردازد رابطه طرفین تابع عقد وکالت نخواهد بود.

- اگر شخصی دیگری را مأمور در انجام عمل «مادی» کند در صورتی که عقد معوض باشد اجاره اشخاص یا جعله است و اگر مجانی باشد مشمول ماده ۱۰ ق.م خواهد بود.
- طبق ماده ۶۵۷ تحقق وکالت، منوط به قبول وکیل است.
- اقدام وکیل بدون اعلام قبولی، قبول ضمنی محسوب می شود مشروط بر اینکه از وکالت آگاه باشد.
- ماهیت وکالت مخلوطی از عقد و ایقاع است و مادامی که معلوم شود موکل به اذن خود باقی است وکیل می تواند در مورد وکالت اقدام نماید.
- اگر وکیل استعفا دهد اما موکل همچنان بر اذن خود باقی باشد وکیل می تواند دوباره به وکالت رجوع کند و مورد وکالت را انجام دهد.
- طرفین در عقد وکالت باید دارای اهلیت باشند.
- ورشکستگی وکیل مانع از عقد وکالت نمی باشد و شخص ورشکسته حتی در امور مالی می تواند از دیگران وکالت بگیرد اما نمی تواند در امور مالی به دیگران وکالت بدهد.
- *ورشکستگی موکل مانع از اعمال عقد وکالت در امور مالی می باشد مگر اعطای وکالت در امور غیرمالی.*
- سفیه یا صغیر ممیز می توانند بابت قبول تملکات مجانی و بلاعوض به دیگران وکالت دهند یا از دیگران وکالت بگیرند.
- *سفیه می تواند در امور غیرمالی وکالت دیگران را بپذیرد یا به دیگری اعطای وکالت نماید.*
- با توجه به ماده ق.م ۶۵۹ وکالت ممکن است مجانی یا با اجرت باشد.
- نفس وکالت عقدی مجانی است اما انجام وکالت توسط وکیل می تواند معوض یا مجانی باشد. در موارد سکوت اصل بر معوض بودن وکالت است و موکل ملزم به تأدیه اجرت المثل به وکیل می شود.
- ۱-در قرارداد اجرت المسمی تعیین شده است
۲-اجرت وکیل طبق عرف و عادت معین باشد (اجرت المسمایی که صراحتاً در قرارداد نیامده است، توافق ضمنی)
۳-عدم تعیین اجرت المسمی و نبود عرف و عادت، وکیل مستحق اجرت المثل می باشد.
- قرارداد وکالتاً ذاتاً مقید به زمان نمی باشد اما می توان آن را مدت دار منعقد نمود.
- و تعیین مدت موجب لازم شدن آن نمی شود بلکه درج مدت باعث منفسخ شدن عقد به صورت خودبه خود بعد از پایان مدت تعیین شده می شود.
- اگر مدت به وجه ملزومی تعیین شود و قصد مشترک طرفین آن باشد که قرارداد وکالت در آن مدت قابل فسخ نباشد، در این صورت قرارداد وکالت در آن مدت لازم بوده و قابل فسخ نیست.
- امور قابل وکالت:
- وکالت در انجام امور حقوقی، به طور ضمنی شامل اقدامات مادی لازم برای تحققان نیز می شود. یعنی اگر تحقق یک عمل حقوقی وابسته به اقدام مادی خاصی باشد، وکالت در آن عمل حقوقی، اجازه آن اقدامات مادی را نیز در برمی گیرد.
- حیازت مباحات، احیای اراضی موات، تحجیر و صید اگرچه عمل حقوقی هستند اما بخش اعظمی از این اعمال از فعل مادی تشکیل شده است بنابراین قابل وکالت نیستند.
- نسبت به اموری که هنوز به دست نیامده است می توان وکالت داد.
- در اموری که قائم به شخص هستند مانند اقرار قاطع دعوی، سوگند، لعان و... امکان اعطای وکالت نمی باشد.
- *اقرار مقدماتی قابل توکیل است*
- تعارضات معاملات وکیل و موکل
- الف-تقدم و تأخر معاملات معلوم باشد: همان معامله ای که تاریخ آن مقدم است صحیح است و به اجرا درمی آید.
- ب-همزمان باشند: قاعده تساقط رخ می دهد.
- ج-تقدم و تأخر مشخص نباشد: هر دو معامله باهم تعارض کرده و تساقط رخ می دهد.

د-تقدم و تأخر مجهول باشد: یعنی تاریخ یک معامله معلوم و تاریخ معامله دیگر مجهول باشد در این صورت معامله‌ای که تاریخ آن مجهول است طبق اصل تأخر حادث، مؤخر فرض می‌شود و بنابراین همان معامله‌ای صحیح است و اجرا می‌شود که تاریخ آن معلوم است زیرا معامله معلوم التاريخ مقدم تلقی می‌شود.

-اقسام وکالت:

-وکالت خاص: وکالت بر امر خاصی داده شود مانند اجاره منزل مسکونی.

-وکالت مطلق: مقید به انجام امر خاصی نیست بلکه برای تمام امور انشاء شده است.

اگر وکالت مطلق باشد: چون صراحت لازم درباره افراد و مصادیق عام ندارد قانون‌گذار آن را به اداره کردن اموال محدود می‌کند.

در وکالت مطلق برای فروش درجایی که اراده وکیل در شرایط عقد مؤثر نیست و بهای کالا معین است معامله با خود وکیل نافذ است.

■ تعهدات وکیل

۱-وکالت برای وکیل نه ایجاد حق و نه ایجاد تعهد برای انجام موضوع معامله را می‌کند بلکه صرفاً به او اذن و اختیار می‌دهد.

۲-در صورت انجام موضوع وکالت توسط وکیل موارد زیر باید رعایت شود؛

الف-به اختیارات مصرحه توسط موکل پایبند باشد.

ب-رعایت آنچه برحسب عرف و عادت در اختیار اوست.

ج-رعایت مصلحت و غبطه موکل.

-اگر وکیل خارج از حدود اختیارات خود عمل نماید اقداماتش فضولی است و اگر موکل تنفیذ نکند آن معامله باطل و وکیل باید از عهده خسارات وارده برطرف مقابل برآید.

۳-ید وکیل امانی است مگر در فرض تقصیر.

۴-وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات و ارکان آن عقد است مگر در فرض تصریح به عدم وکالت در آن مورد.

وکیل در بیع، وکیل در قبض ثمن و تحویل مبیع نمی‌باشد مگر قرینه‌ای قطعی بر آن دلالت کند.

وکیل در وقف، وکیل در قبض و قباض است زیرا قبض و قباض مال موقوفه جنبه پیشین دارند و جز آثار عقد نیستند (از ارکان وقف است)

*وکیل در محاکمه وکیل در قبض حق نیست (اجرای حکم نیست).

و وکیل در اخذ حق (دریافت طلب از مدیون) نیز وکیل در مرافعه (اقامه دعوی) نیست.

☞ در این موارد وکیل مسئول تعهدات ناشی از قرارداد است؛

-کتمان سمت خود در هنگام انعقاد قرارداد، در این فرض وکیل و موکل هم‌زمان مسئول هستند.

-در زمان انعقاد عقد در مورد تعهدات ناشی از آن، موکل خود را تضمین کرده باشد.

-خارج از حدود اختیاراتش عمل کرده باشد (اقدام فضولی و در صورت عدم تنفیذ موکل، مسئول است).

■ تعهدات موکل:

۱-انجام تعهداتی که وکیل در حدود اختیار خود بر عهده موکل قرارداده است.

۲-در صورت تنفیذ اقدامات خارج از وظایف وکیل، موکل مسئول انجام آن تعهدات خواهد بود.

۳-تأدیه تمام مخارجی که وکیل برای انجام مورد وکالت هزینه کرده است.

۴-پرداخت حق‌الوکاله وکیل.

-اگر وکیل مصلحت و غبطه موکل را رعایت نکند اقداماتش غیر نافذ خواهد بود.

چنانچه وکیل مرتکب هیچ تقصیری نشده باشد و اقدامات او همگی با لحاظ مصلحت موکل انجام شده اما به دلیلی مانند نوسانات بازار معاملات به ضرر موکل تمام شود این معاملات نافذ می‌باشند.

▪ زوال وکالت

الف- عزل وکیل توسط موکل

{اموری که وکیل بعد از عزل و تا قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود انجام می‌دهد، نسبت به موکل نافذ است. منظور از رسیدن خبر عزل آن است که وکیل به هر ترتیبی از عزل خود مطلع شود؛ چه موکل به او خبر داده باشد و چه خود وکیل به هر ترتیبی مانند خبررسانی کارمندان موکل از عزل مطلع شود.}

عزل وکیل تنها ایقاعی است که به جهت اثر آن باید به اطلاع طرف مقابل برسد.

-رسیدن نامه عزل به اقامتگاه وکیل نشانگر این است که عزل خود باخبر شده مگر خلاف آن ثابت شود.

ب- استعفا وکیل از وکالت:

{مادامی که موکل به اذن خود باقی باشد وکیل می‌تواند رجوع کرده و مورد وکالت را انجام دهد.}

-در استعفا صرف اعلام اراده کافی است و نیاز به اطلاع‌رسانی نمی‌باشد.

-در یک مورد قانون‌گذار سمت وکیل مستعفی را به‌طور محدود به قوت خود باقی دانسته است آن‌هم در موردی که وکیل حق اعتراض به رأی داشته و بعد از صدور رأی یا در موقع ابلاغ استعفا داده است و از رویت رأی امتناع نماید، در این صورت دادگاه رأی را به موکل ابلاغ می‌کند اما چون آغاز مهلت تجدیدنظر از روز ابلاغ به وکیل و استنکاف اوست دادخواست تجدیدنظر یا فرجام این وکیل مستعفی پذیرفته می‌شود.

ج- فوت یا جنون وکیل یا موکل:

به‌محض فوت موکل و حتی قبل از رسیدن خبر به وکیل او منعزل خواهد شد (همچنین است در مورد سفه یا جنون)

{حتی درج وکالت ضمن عقد لازم و غیرقابل فسخ شدن آن، بازهم تأثیری در این امر ندارد و به‌محض فوت یا حجر موکل، عقد وکالت منفسخ می‌شود.}

د- سفیه شدن وکیل یا موکل در اموری که سفه مانع از وکالت است.

(امور مالی معوض یا امور مالی که به ضرر موکل باشد)

خ- مالی بودن موضوع وکالت و ورشکستگی موکل:

ورشکستگی وکیل مانع از وکالت نیست زیرا شخص ورشکسته در امور مالی خود نمی‌تواند دخل و تصرفی بکند.

اگر موضوع وکالت غیرمالی باشد ورشکستگی وکیل یا موکل تأثیری بر آن نخواهد داشت.

چ- از بین رفتن موضوع وکالت

ع- انجام موضوع وکالت یا عملی که منافی وکالت است توسط خود موکل.

غ- انقضای مدت:

در فرض تعیین مدت پس از پایان یافتن مدت وکالت منحل خواهد شد.

ف- ممنوعیت وکیل از وکالت:

مانند تعلیق یا انفصال دائمی و...

☞ شرط بقای وکالت در فرض فوت موکل صحیح است.

اگر شرط کنیم با فوت موکل، وکالت همچنان باقی بماند این شرط وصایت عهدی است و ماهیت وکالت را دیگر نخواهد داشت.

☞ وکالت بلاعزل: در این فرض موکل حق فسخ خود را ساقط کرده است.

در این حالت موکل حق فسخ ندارد اما می‌تواند خود موضوع وکالت را انجام دهد یا عملی مغایر با آن.

همچنین می‌تواند بابت همان موضوع به دیگری نیز وکالت دهد.

☞ اسقاط حق موکل در عزل وکیل:

۱- شرط کردن عقد وکالت به‌صورت شرط نتیجه: برای مثال در عقد نکاح شرط شود که زوجه از جانب زوج وکیل در طلاق باشد؛ در این صورت با تحقق عقد نکاح شرط وکالت نیز محقق می‌شود و زوجه، وکیل در طلاق است و زوج حق عزل وکیل را ندارد و عزل وی اثری ندارد در این خصوص

باید توجه داشت که در صورت درج عقد وکالت ضمن عقد جایز دیگری تا زمانی که عقد اصلی باقی است وکالت قابل فسخ نیست و برای انحلال وکالت موکل باید عقد اصلی را فسخ کند که به تبع آن وکالت هم منحل می‌شود.

در صورت شرط کردن عقد وکالت به صورت شرط فعل به این معنا که شخصی متعهد شود که به دیگران وکالت دهد و سپس این وکالت را منعقد کند این وکالت قابل عزل است. عقد جایز در صورتی که در قالب شرط نتیجه درج شود قابل فسخ نیست اما اگر در قالب شرط فعل درج شود، قابل فسخ است.

۲- شرط عدم عزل وکیل به صورت شرط نتیجه: بدین معنا که در عقد دیگری بر موکل شرط شود که وی حق عزل وکیل را ندارد به عبارت دیگر حق عزل وکیل به موجب شرط شدن در ضمن عقد دیگری از موکل سلب شود که در این صورت عزل وکیل ممکن نیست در این خصوص باید توجه داشت که درج شرط عدم عزل به عنوان یک شرط نتیجه ضمن عقد جایز نیز معتبر و الزام‌آور است و تا زمانی که آن عقد جایز باقی است این شرط نتیجه نیز باقی است.

اگر شرط عدم عزل وکیل به صورت شرط فعل منفی باشد بدین صورت که موکل در ضمن عقد دیگری متعهد شود که وکیل را عزل نکند؛ به عبارت دیگر ضمن عقد لازمی بر موکل شرط می‌شود که از عزل وکیل خودداری کند؛ در این صورت اگر موکل برخلاف شرط عمل کرده و وکیل را عزل کند چنین عزلی صحیح است ولی نوعی تخلف از شرط فعل محسوب می‌شود و وکیل می‌تواند طبق ماده ۲۳۹ ق.م، عقد مشروط را فسخ کند و از مشروط علیه (موکل) مطالبه خسارت نماید.

۳- شرط عدم عزل وکیل به صورت شرط نتیجه ضمن خود عقد وکالت با توجه به اراده طرفین این روش نیز موجب غیرقابل فسخ شدن وکالت است.

○ ممکن است شخصی در خصوص موضوعی هم‌زمان به دو یا چند شخص وکالت دهد؛

۱- اگر نسبت به وکلای متعدد قید بالاجتماع شده باشد هر تصمیمی باید به اتفاق آرای همه وکلا اتخاذ شود و اگر بدون نظر موافق سایرین کاری انجام دهد اقدام او فضولی و منوط به تنفیذ سایر وکلا یا خود موکل است.

۲- اگر نسبت به وکلای متعدد قید بالاستقلال باشد هر یک از وکلا رأساً هر تصمیمی را که بخواهد اجرا خواهد کرد. حال اگر تصمیمات متفاوت باشد؛

الف- اگر قابل جمع باشند همه آنها مورد عمل قرار می‌گیرد.

ب- اگر قابل جمع نباشند تصمیم که زودتر اتخاذ شده است اجرا خواهد شد.

ج- اگر تقدم و تأخر معلوم نباشد تساقط رخ می‌دهد.

د- اگر تقدم و تأخر مجهول باشد ولی تاریخ یکی از آنها مشخص باشد همان تصمیم که تاریخ آن معلوم است انجام خواهد شد.

۳- اگر برای وکلا قید به ترتیب باشد، با انقضای دوره وکالت هر وکیل دوره وکالت شخص بعدی آغاز خواهد شد.

۴- در فرض سکوت اصل به اجتماع است مگر قرائنی باشد که نشان‌دهنده قصد موکل به استقلال عمل کردن هر وکیل بوده باشد.

☞ در فرض تعدد وکلا در صورت حادث شدن حجر یا فوت یکی از وکلا؛

۱- وکالت به استقلال باشد خللی به کار سایرین وارد نخواهد شد.

۲- وکالت به اجتماع باشد وکالت سایرین طبق ماده ۶۷۰ باطل می‌شود.

- وکیل در امری نمی‌تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد، مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد.

{وکیلی که حق توکیل دارد نمی‌تواند بیش از اختیارات خود به دیگری وکالت دهد}

▪ صورت‌های مختلف توکیل و تفویض وکالت:

۱- وکیل اول، وکالت خود را به وکیل دوم تفویض کند:

در این حالت وکیل اول با تفویض وکالت خود، خود را از دایره وکالت برکنار کرده است. بنابراین وکالت وکیل اول قبلاً به موجب تفویض وکالت زائل شده و رویدادهایی نظیر فوت یا حجر او تأثیری در وکالت وکیل دوم ندارد.

۲- وکیل اول با استفاده از حق توکیل وکیل دیگری برای موکل نصب کند:

در این حالت وکیل اول با اختیاری که موکل به وی داده اقدام به نصب وکیل دومی برای وی می‌کند. در این صورت وکالت وکیل اول همچنان به قوت خود باقی است و وکیل دوم نیز به عنوان وکیل دیگر موکل انجام وظیفه می‌کند. بنابراین وکیل دوم وکیل موکل اصلی است و وکیل اولین وکیل نیست و تغییر وضعیت وکیل اول، مانند فوت یا حجر یا عزل او تأثیری در وکالت وکیل دوم 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

۳- وکیل اول با استفاده از حق توکیل برای تمام یا برخی از اختیارات خود وکیل گرفته است:

در این حالت وکیل اول برای خود وکیل می‌گیرد. در این صورت وکیل دوم به‌عنوان وکیل موکل اصلی انجام‌وظیفه نمی‌کند بلکه به‌عنوان وکیل وکیل اول و تحت نظارت او انجام وظیفه می‌کند. «به عبارت دیگر، وکیل اول موکل وکیل دوم است»؛ بنابراین، تغییر وضعیت وکیل اول مانند فوت حجر یا عزل او موجب زوال وکالت وکیل دوم نیز می‌شود.

❖ خسارات ناشی از اقدامات وکیل دوم: اگر وکیل اول در امری به شخص دیگری وکالت دهد و وکیل دوم خسارتی به بار آورد برای جبران خسارت با دو حالت مواجهیم؛

۱- اگر وکیلی که وکالت در توکیل نداشته انجام آن امر را به شخص ثالثی واگذار کند، هر یک از وکیل و شخص ثالث در مقابل موکل نسبت به خسارات وارده مسئولیت هم‌زمان دارند.

۲- اما اگر وکیلی که حق توکیل دارد در آن خصوص به دیگری وکالت دهد و به واسطه تقصیر وکیل دوم خسارتی به موکل وارد شود در این صورت وکیل اول مسئولیتی ندارد و وکیل دوم مسئول جبران خسارات وارده است.

آثار فوت یا حجر یکی از وکلای متعدد وکلا

اثر فوت، حجر یکی از وکلا	نوع وکالت
به سایر وکلا خللی وارد نمی‌شود.	بالاستقلال
وکالت سایرین نیز باطل می‌شود.	بالاجتماع

حالت‌های توکیل

اثر	شرح	صورت توکیل
وکیل اول کنار می‌رود، فوت یا عزل او اثری بر وکیل دوم ندارد.	وکیل اول، کل وکالت را به وکیل دوم تفویض می‌کند.	تفویض کامل وکالت
هر دو وکیل هم‌زمان باقی‌اند، فوت یا عزل وکیل اول اثری بر وکیل دوم ندارد.	وکیل اول، از جانب موکل، شخص دیگری را نیز وکیل می‌کند.	نصب وکیل دیگر برای موکل
وکیل دوم نماینده، وکیل اول است؛ با فوت یا عزل وکیل اول، وکالت وکیل دوم نیز منحل می‌شود.	وکیل اول برای برخی وظایف، وکیل می‌گیرد.	توکیل برای بخشی از اختیارات

■ معامله وکیل با خود:

۱- اگر در وکالت طرف قرارداد تعیین شده باشد مانند آنکه احمد به سعید وکالت داده باشد تا سعید خانه احمد را به حسین بفروشد؛ در این حالت وکیل نمی‌تواند خود طرف معامله قرار گیرد و اگر قرار گرفت معامله او فصولی است.

۲- اگر در وکالت به وکیل اذن در معامله با خود داده شده باشد مانند آنکه احمد به سعید وکالت داده باشد تا خانه احمد را به هر شخصی که بخواهد حتی خودش بفروشد؛ وکیل می‌تواند خود، طرف معامله قرار گیرد.

۳- اگر وکالت به صورت مطلق باشد؛ یعنی نه شخص خاصی به عنوان طرف قرارداد تعیین شده باشد و نه به وکیل اذن در معامله با خودش داده شده باشد؛ مانند آنکه احمد به سعید وکالت داده باشد تا سعید خانه احمد را بفروشد و در خصوص طرف معامله حرفی نگفته باشد؛ در این خصوص باید بین دو مورد قائل به تفاوت بود:

۱- اگر موضوع وکالت مظنه بورسی و بازاری داشته باشد وکیل می‌تواند خود طرف معامله قرار گیرد.

۲- اگر موضوع وکالت مظنه بورسی و بازاری نداشته باشد وکیل نمی‌تواند خود طرف معامله قرار گیرد.

● ضمان عقدی

ماده ۶۸۴ قانون مدنی: عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.

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

-ضمان عقدی است که بین ضامن و طلبکار منعقد می‌شود تا دین دیگری را بر عهده بگیرد.

-ضمان عقدی لازم، عهدی، معوض، رضایی، مسامحه‌ای، تبعی است.

-مقتضای ذات عقد ضمان "تعهد به تأدیه دین: و مقتضای اطلاق آن "انتقال دین" است.

-موضوع ضمان ممکن است عین یا منفعت یا انجام کار باشد مشروط بر اینکه قید مباشرت مدیون در آن نباشد.

-ضمان نقل ذمه به ذمه: فرد ضامن با انعقاد عقد ضمان دین را بر ذمه‌ی خود انتقال داده و به‌این ترتیب مضمون عنه یا مدیون اصلی بری می‌شود. مهم‌ترین اثر عقد ضمان نقل ذمه به ذمه این است که مدیون بری شده و دیگر تعهدی به پرداخت دین یا انجام تعهد در برابر طلبکار یا مضمون له را ندارد.

-ضمان ضم ذمه به ذمه: در ضمانت از نوع ضم ذمه به ذمه دین منتقل نمی‌شود بلکه ی ذمه‌ی ضامن بر ذمه‌ی مدیون ضمیمه می‌شود.

ضمانت از نوع ضم ذمه به ذمه خود به دودسته تقسیم می‌شود:

۱-ضمانت تضامنی (عرضی): در این نوع ضمانت، تعهد ضامن و مضمون عنه در عرض یکدیگر قرار دارد؛ به این معنا که طلبکار یا مضمون له می‌تواند به مضمون عنه به‌عنوان مدیون اصلی و یا به ضامن به‌عنوان مسئول پرداخت دین، برای تمام یا بخشی از دین مراجعه کند. به‌عبارت دیگر در این حالت مسئولیت هر دو یعنی هم مدیون و هم ضامن تضامنی بوده و لذا ضمانت نیز از نوع تضامنی است. ضمانت وثیقه‌ای (طولی): در این حالت تعهد ضامن به پرداخت دین مدیون، به‌عنوان وثیقه‌ی دین به‌حساب می‌آید. به‌بیان دیگر در این نوع ضمانت مضمون له باید در ابتدا به مضمون عنه یا مدیون اصلی مراجعه کند و چنانچه او دین را پرداخت ننمود این امکان را دارد که به شخص ضامن که مدیون تبعی است رجوع کند.

در صورت عدم تصریح به نوع ضمان، اصل بر ضمان نقل ذمه به ذمه می‌باشد

در صورت تصریح به ضمان ضم ذمه به ذمه اما بیان نکردن نوع آن اصل بر ضمان تضامنی می‌باشد.

-مطابق با ماده ۶۸۵ قانون مدنی در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست.

زیرا مضمون عنه شخص ثالث است.

-ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد اعم از ضمان در نقل ذمه به ذمه یا ضمان ضم ذمه به ذمه.

-ضمانت محجورین باطل است.

✓ ورشکسته می‌تواند ضامن شود ولی، تا زمانی که دیونش را نداده حق عمل به تعهدات ناشی از ضمانت را ندارد.

✓ ضامن شدن از محجور و میت صحیح است.

ضمانت از میت صحیح است و درواقع ضمانت از وراثت تلقی می‌شود اما طبق نظر دکتر کاتوزیان این را ضمانت از شخصیت حقوقی ترکه می‌داند.

ماده ۶۸۸ قانون مدنی: ممکن است از ضامن ضمانت کرد.

(تسلسل در ضمان)

ترامی یا تسلسل در لغت به معنی امتداد داشتن و پی‌درپی آمدن است.

و در ضمان به این معنا است که شخصی از ضامن، ضمانت کند و دیگری از ضامن دوم و همین‌طور به ترتیب...ضمانت‌ها ادامه یابد.

-در صورتیکه ضمان بدون قید و شرط باشد و اثر انتقال دین باشد، با نخستین ضمان، مضمون عنه بری می‌شود و دین بر عهده آخرین ضامن قرار می‌گیرد. پس مضمون له تنها حق رجوع به او را دارد.

ضامن پرداخت کننده نیز تنها می‌تواند به مضمون عنه خود، رجوع کند و ارتباطی با مضمون عنه اصلی ندارد.

-درجایی که تسلسل در ضمان به نحو ضم ذمه به ذمه است مضمون له می‌تواند به مدیون اصلی و همه ضامن‌ها مراجعه کند با این تفاوت که؛

۱-اگر ضمان عرضی باشد نیازی به رعایت ترتیب و تقدم ندارد.

۲- اگر ضمان از نوع وثیقه‌ای باشد مضمون له می‌تواند اصولاً به مدیون اصلی مراجعه کند اما شرط مراجعه به سایرین، اثبات مراجعه به ید ماقبل است. در نتیجه مضمون له در صورتی می‌تواند به ضامن آخر مراجعه کند که به مدیون اصلی و سایر ضامن‌ها مراجعه کرده باشد و طلب او پرداخت نشده باشد.

- اگر ضامنین به نحو تسلسل و به قید تضامن از هم ضمانت کرده باشند در این صورت هر ضامن با مضمون عنه خویش مسئولیت تضامنی دارد. مثال:

ب از الف ضمانت کند و ج از ب، د از ج، در این صورت الف، ب، ج، د هر چهار نفر متضامناً در مقابل مضمون له مسئول هستند. در فرض اینکه معلوم شود امضای ج جعلی بوده است و ضمانتی انجام نداده است در این صورت ج مسئولیت نداشته و د به تبعیت از آن نیز مسئول نخواهد بود. اما مسئولیت الف و ب همچنان پابرجا است.

اگر ضمانت‌ها به نحو تسلسل نباشد و همگی در یک‌زمان یا در زمان‌های مختلف مستقلاً یا به نحو تضامنی از یک نفر (الف) ضمانت کنند در فرض جعلی بودن امضای یک نفر در ضمانت فقط موجب زوال مسئولیت همان شخص است و نسبت به سایرین اثری ندارد.

- دور در ضمان، به معنای ضمانت مضمون عنه از ضامن است که در ضمان نقلی اثر آن برائت ضامن و مشغول شدن ذمه مضمون عنه است.

{به نظر برخی، دور در ضمان ضم ذمه به ذمه نیز صحیح است}

ماده ۶۸۹ قانون مدنی: هرگاه چند نفر ضامن شخصی شوند ضمانت هر کدام که مضمون له قبول کند صحیح است.

هر زمان چند نفر مستقلاً پیشنهاد ضمانت به بستانکار را بدهند، در این صورت با قبول

ضمانت هریک، دین تماماً به او منتقل شده و پیشنهاد سایر ضمانت‌ها بدون موضوع

می‌ماند.

اگر ضمانت هر سه را هم‌زمان به صورت نقل قبول کند ضامن به نحو تسهیم است یعنی هرکس به سهم خود دین را می‌پردازد و اگر راجع به میزان سهم هر یک سکوت شود اصل بر تساوی است.

ماده ۶۹۰ قانون مدنی: در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار باشد لیکن اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد می‌تواند عقد ضمان را فسخ کند ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملیء شود مضمون له خیاری نخواهد داشت.

در ضمان شرط است که ضامن مالدار باشد، مالدار بودن ضامن شرط صحت عقد نیست در فرضی که پس از عقد متوجه شویم ضامن مالدار نیست عقد باطل نمی‌شود بلکه امکان فسخ آن ایجاد می‌شود.

- در فرض جهل به اعسار ضامن، حق فسخ به خاطر تخلف از شرط ضمنی ملیء بودن (توانگر) ایجاد می‌شود.

- اگر ضامنی که معسر است پیش از اعمال خیار فسخ، تمکن مالی کسب کند خیار ساقط خواهد شد.

- در صورتی که وام‌گیرنده ورشکست شود، بانک معطی تسهیلات می‌تواند به ضامن وی جهت استرداد اصل وام مراجعه کند اما حق مطالبه خسارت تأخیر و جریمه را ندارد؛ زیرا ورشکسته طبق رأی وحدت رویه شماره ۱۵۵ از تاریخ توقف، از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه معاف است و به تبع آن نیز ضامن هم بیش از مدیون مسئولیتی نخواهد داشت مگر خود ضامن تعهد اضافی نموده باشد.

- ضمان از دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است.

- ضمانت از دین مؤجل صحیح است.

- ضمان از دین آینده (دینی که هنوز ایجاد نشده است) صحیح نیست اما التزام به تأدیه دین احتمالی آینده صحیح است.

- در دین حال ممکن است ضامن برای تأدیه آن اجلی معین کند و همچنین می‌تواند در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنماید.

- مضمون له می‌تواند در عقد ضمان از ضامن مطالبه رهن کند اگرچه دین اصلی رهنی نباشد.

با ضمانت تضمینات سابق زایل می‌شود مگر آنکه ضامن، ضم ذمه به ذمه باشد.

در صورتیکه ضامن رهن دهد، سپس مال مرهونه تلف شود ضمان صحیح است و مضمون له حق فسخ نخواهد داشت.

- در عقد ضمانت اگر دین اصلی دارای ضمانت باشد، با انعقاد ضمانت وثیقه از بین می‌رود.

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

-ماده ۶۹۶ قانون مدنی: هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگرچه شرط فسخی در آن موجود باشد.

از دین متزلزل می‌توان ضمانت نمود.

■ ضمان عهده

ماده ۶۹۷ قانون مدنی: ضمان عهده از مشتری یا بائع نسبت به درگ مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير درآمدن آن جایز است.

ضمان عهده: ضامن ضامن درک.

ضمان عهده به معنی تضامن در رد اعیان است، مثلاً اگر مبیع مستحق للغير درآمد، بائع باید ثمن را به مشتری برگرداند و اگر ثمن مستحق للغير درآمد، مشتری مبیع را به بائع برگرداند.

-ضمان عهده مصداقی از ضمان قراردادی است و عمل حقوقی محسوب می‌شود.

-در صورتی که بعضی از مبیع مستحق للغير درآمد و نسبت به مبیع خیار تبعض صفقه برای انحلال تمام بیع ایجاد شود، طبق نظر مشهور تعهد ضامن در ضمان عهده، محدود به بخش باطل است.

-ضمان عهده از بائع، پیش از قبض ثمن هم صحیح است.

-ضمان عهده اختصاص به عقد بیع نداشته و در سایر عقود نیز متصور است.

-ضمان عهده مختص بطلان عقد در نتیجه مستحق للغير درآمدن نمی‌باشد و در هر فرض و صورتی که عقد باطل باشد، مضمون له می‌تواند به ضامن مراجعه کند مگر اینکه در قرارداد مسئولیت ضامن محدود به فرض مستحق للغير درآمدن شده باشد.

-ماده ۶۹۸ قانون مدنی: بعد از اینکه ضمان به‌طور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود.

ماده ۶۹۹ قانون مدنی: تعلیق در ضمان مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.

تعلیق در ضمان

- ۱-نقل ذمه: انتقال دین به ذمه را معلق به یک حادثه می‌کند (این نوع تعلیق باطل است)
- ۲-تعلیق در التزام به تأدیه ضمان نقل ذمه: دین به‌طور منجز به ضامن منتقل می‌شود و ضامن تأدیه دین را معلق به تحقق شرطی می‌کند که صحیح است.
- ۳-ضم ذمه: ضامن التزام به تأدیه دارد، ضمانت واقع می‌شود ولی فعلاً اثر آن ایجاد نشود و التزام معلق به وقوع حادثه‌ای شود.

-ماده ۷۰۰ قانون مدنی: تعلیق ضمان به شرایط صحت آن مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مضمون‌عنه مدیون باشد، من ضامنم، موجب بطلان آن نمی‌شود.

-ماده ۷۰۱ قانون مدنی: ضمان، عقدی است لازم و ضامن یا مضمون‌له نمی‌توانند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به‌طوری که در ۶۹۰ مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون‌له یا در صورت تخلف از مقررات عقد.

{ذکر شروط در عقد ضمان، صحیح است هر چند که تخلف از آن شروط، موجب پیدایش خیار تخلف شرط باشد، اما وجود پاره‌ای از خیارها مانند غبن و تبعض صفقه، در ضمان منتفی است و با طبع آن سازگاری ندارد}

ماده ۷۰۲ قانون مدنی: هرگاه ضمان مدت داشته باشد مضمون‌له نمی‌تواند قبل از انقضای مدت، مطالبه طلب خود را از ضامن کند اگر چه دین، حال باشد.

مطابق این ماده در صورتی که ضمان مدت داشته باشد مضمون له نمی‌تواند طلب خود را قبل از موعد مقرر مطالبه نماید، حتی اگر زمان تأدیه دین اصلی گذشته باشد یا دین اصلی موعد نداشته باشد، زیرا دین ضامن در برابر مضمون له تابع عقد ضمان است و چنانچه دین اصلی، حال و ضمان

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

مؤجل باشد مضمون له حق مراجعه به ضامن را ندارد، زیرا دین ضامن، مؤجل است؛ و بالعکس در صورتی که دین اصلی، مؤجل و ضمان، حال باشد، مضمون له حق رجوع به ضامن را دارد، زیرا دین ضامن حال است.

ماده ۷۰۳ قانون مدنی: در ضمان حال، مضمون له حق مطالبه طلب خود را دارد اگر چه دین، مؤجل باشد.

مطابق این ماده و مواد ۴۰۵ و ۴۰۶ قانون تجارت در ضمان حال، ضامن ملزم به تأدیه دین بوده، حتی اگر دین منشأ، مؤجل باشد. اما ضامن تنها پس از فرارسیدن اجل دین، حق رجوع به مدیون را دارد، مگر اینکه مدیون اذن در پرداخت داده باشد.

ضمان مطلق، محمول به حال است مگر آن که به قرائن معلوم شود که مؤجل بوده است.

-ماده ۷۰۵ قانون مدنی: ضمان مؤجل به فوت ضامن، حال می شود.

مطابق اصل کلی حال شدن دیون شخص متوفی، با فوت ضامن در ضمان مؤجل، ضمان حال شده و دین از ترکه وی اخذ می شود، ورثه میت نیز می توانند آنچه را که پرداخت شده از مدیون مطالبه نمایند.

ماده ۷۰۷ قانون مدنی: اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی شود مگر این که مقصود، ابراء از اصل دین باشد.

-ماده ۷۰۸ قانون مدنی: کسی که ضامن درک مبیع است در صورت فسخ بیع به سبب اقاله یا خیار از ضمان بری می شود.

حکم مقرر در این ماده، نتیجه تبعی بودن تعهد حاصل از عقد ضمان است، مطابق آن در صورتی که تعهد اصلی به سبب اقاله یا فسخ از بین برود، تعهد تبعی هم از بین خواهد رفت.

ماده ۷۰۹ قانون مدنی: ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر بعد از ادای دین ولی می تواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی برائت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند.

رجوع ضامن به مضمون عنه سه شرط دارد؛

۱- اذن مضمون عنه در ضمانت: برای اینکه ضامن به مضمون عنه رجوع کند نیاز به اذن در پرداخت نیست مگر اینکه تصریح شود بنابراین اگر ضامن از مضمون عنه اذن در ضمانت نگرفته باشد اما اذن در پرداخت داشته باشد حق رجوع به او را ندارد.

۲- پرداخت دین: برای اینکه ضامن بتواند به مضمون عنه رجوع کند باید دین را به مضمون له پرداخت کرده باشد البته بعضی از اعمال حقوقی در حکم پرداخت هستند مانند؛ حواله (تحقق حواله در حکم پرداخت می باشد) - هبه طلب به مدیون نیز در حکم پرداخت می باشد - تهاتر بین ضامن و مضمون له نیز در حکم پرداخت می باشد.

اگر طلبکار ذمه ضامن را ابرا کند این ابرا در حکم پرداخت نیست و ضامن نمی تواند به مضمون عنه رجوع کند چرا که ملاک رجوع ضامن به مضمون عنه تحمل غرامت است نه تحصیل برائت.

۳- عدم قصد تبرع

ماده ۷۱۱ قانون مدنی: اگر ضامن دین را تأدیه کند و مضمون عنه آن را ثانیاً بپردازد ضامن حق رجوع به مضمون له نخواهد داشت و باید به مضمون عنه مراجعه کند و مضمون عنه می تواند از مضمون له آنچه را که گرفته است مسترد دارد.

-انعقاد عقد حواله اعم از اینکه ضامن محیل باشد یا محال علیه در حکم پرداخت دین توسط ضامن است در نتیجه وی می تواند به مضمون عنه رجوع کند.

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 فرضی که ضامن دیه را تأدیه نماید ادای دین کرده است و اگر مضمون عنه ثانیاً دین را بپردازد در این حالت ایفا ناروا رخ داده است زیرا دیگر مدیون نبوده و پول را به کسی داده که دیگر طلبکار نبوده است در این فرض ضامن نمی‌تواند به مضمون له رجوع کند زیرا او مدیون بوده و دین خود را ادا کرده است و مضمون عنه از باب ایفاء ناورا می‌تواند به مضمون له رجوع کند.

ماده ۷۱۳ قانون مدنی: اگر ضامن به مضمون له کمتر از دین داده باشد زیاده بر آنچه داده نمی‌تواند از مدیون مطالبه کند اگر چه دین را صلح به کمتر کرده باشد.

ماده ۷۱۴ قانون مدنی: اگر ضامن زیادتر از دین به دائن بدهد حق رجوع به زیاده ندارد مگر در صورتی که به اذن مضمون عنه داده باشد.

این حکم در مواردی که دین مؤجل باشد ولی ضمانت به صورت حال انجام شده باشد، جاری است. همچنین اگر هر دو مدت دار باشد ولی مدت اجل ضمان، از مدت پرداخت دین کمتر باشد نیز این حکم جاری می‌شود و ضامن نمی‌تواند مادام که دین حال نشده باشد از مدیون مطالبه‌ای کند، البته اگر مضمون عنه صراحتهً اذن به تأدیه زودتر با ضمان با اجل کمتر را داده باشد، ضامن می‌تواند قبل از فرا رسیدن موعد به مضمون عنه مراجعه نماید. در موردی که دین مؤجل باشد و ضامن نیز پرداخت دین را به همان اجل، ضمانت کند، ولی قبل از رسیدن موعد فوت کند و در نتیجه از ترکه او استیفای دین شود، باز هم ورثه حق رجوع به مضمون عنه را تا زمانی که موعد فرا نرسیده، ندارند.

ماده ۷۱۵ قانون مدنی: هرگاه دین مدت داشته و ضامن قبل از موعد آن را بدهد مادام که دین حال نشده است نمی‌تواند از مدیون مطالبه کند.

ماده ۷۱۶ قانون مدنی: در صورتی که دین حال باشد هر وقت ضامن ادا کند می‌تواند رجوع به مضمون عنه نماید هر چند ضمان، مدت داشته و موعد آن نرسیده باشد مگر آن که مضمون عنه اذن به ضمان مؤجل داده باشد.

در مواردی که دین حال است، ضامن می‌تواند آن را به طور مؤجل یا حال بر عهده گیرد، موعد تعیینی تنها در روابط ضامن و طلبکار مؤثر است، وگرنه در رابطه ضامن و بدهکار، در هر زمان که پرداخت شود، ضامن حق رجوع به مضمون عنه را دارد، اما در فرضی که مدیون کسی را مأذون و مأور کرد که دین مؤجل را فوراً بپردازد، باید شخصاً نیز از عهده خسارت وارده برآید و بر روی همین اصل است که حقوقدانان می‌گویند: «اذن مضمون عنه، موجب رجوع ضامن است بر طبق آنچه که بدان مأذون بوده.»

ماده ۷۱۸ قانون مدنی: هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند ضامن و مضمون عنه هر دو بری می‌شوند.

ماده ۷۱۹ قانون مدنی: هرگاه مضمون له ضامن را ابراء یا دیگری مجاناً دین را بدهد ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد.

اگر مضمون له طلب خود از ضامن را به او هبه کند ضامن حق رجوع دارد، ولی اگر طلبکار ضامن را ابراء کند چون خسارتی به ضامن وارد نشده و چیزی از دارایی او کم نشده حق رجوع به مضمون عنه را ندارد در حالیکه اگر طلبکار طلبش را به ضامن هبه کند طلب وارد دارایی ضامن می‌شود و چون مالکیت ما فی الذمه رخ می‌دهد ضامن حق رجوع به مضمون عنه را پیدا می‌کند.

* ضامنی که به قصد تبرع، ضمانت کرده باشد حق رجوع به مضمون عنه ندارد.*

-هرگاه اشخاص متعدد از یک شخص برای یک قرض به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند مضمون له به هر یک از آنها فقط به قدر سهم او حق رجوع دارد و اگر یکی از ضامنین تمام قرض را تأدیه نماید به هر یک از ضامنین دیگر که اذن تأدیه داده باشد می‌تواند به قدر سهم او رجوع کند. در ضمان به نحو تسهیم اگر یکی از ضامن‌ها بخواهد سهم همه را بدهد و سپس به آنها رجوع کند حتماً باید مأذون از جانب آنها باشد.

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

ماده ۷۲۲ قانون مدنی: ضامن ضامن حق رجوع به مدیون اصلی ندارد و باید به مضمون عنه خود رجوع کند و به همین طریق هر ضامنی به مضمون عنه خود رجوع می‌کند تا به مدیون اصلی برسد.

مطابق این ماده، ضمانت از ضامن نیز صحیح است، و هرگاه ضامن مقید به نقل ذمه باشد، پرداخت کننده حق رجوع به مدیون اصلی را ندارد و هر ضامن به مضمون عنه خود رجوع می‌کند تا سرانجام به مدیون اصلی برسد، بر این اساس ضامن دوم فقط با ضامن اول رابطه دارد، نه با بدهکار اصلی، چراکه با وقوع ضمان دوم، ضامن اول بری می‌شود.

چنانچه ضمانت‌ها به قید تضامن باشد، ذمه هر ضامن بر شمار ضامنان افزوده شده و ضمیمه آن‌ها می‌شود، پس مضمون له می‌تواند به مضمون عنه یا تمام ضامنان رجوع کند، مگر اینکه ضامنان وثیقه دین باشند که در این صورت ابتدا به مضمون عنه اصلی رجوع می‌شود، چنانچه طلبکار مضمون عنه را ابراء کند همه ضامنان نیز بری خواهد شد، زیرا ذمه ضامنان فرع بر دین مضمون عنه است.

ماده ۷۲۳ قانون مدنی: ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود. در این صورت تعلیق به التزام، مبطل نیست مثل این که کسی التزام خود را به دین مدیون معلق به عدم تأدیه او نماید.

این ماده فرضی را پیش‌بینی می‌کند که دین بر ذمه مدیون اصلی باقی می‌ماند و منتقل نمی‌شود و شخصی ملتزم به اداء آن دین می‌گردد مانند اینکه شخص بگوید اگر مدیون بدهی خویش را نپرداخت من متعهد می‌شوم که آن را بپردازم. این التزام ضمان نقلی نیست بلکه ماهیتاً با ضمان وثیقه‌ای قابل تطبیق است.

• حواله

ماده ۷۲۴ قانون مدنی: حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد. مدیون را محیل، طلبکار را محتال، شخص ثالث را محال علیه می‌گویند.

واژه عربی حواله، از ریشه حول، به معنای تغییر یافتن، جابه‌جا شدن و دگرگونی است.

حواله بسیار شبیه عقد ضمانت است اما فرق آن در این است که ضمانت با دو اراده منعقد می‌شود ولی حواله با سه اراده محقق خواهد شد. در تجارت برات شبیه به حواله می‌باشد، در برات مدیون بودن صادر کننده شرط نیست ولی در حواله مدیون بودن محیل به محتال شرط صحت است.

همچنین در حواله دین از ذمه مدیون به ذمه محال علیه می‌رود و محیل بری می‌شود ولی در برات صادر کننده همچنان مسئول و متعهد است.

-اوصاف عقد حواله؛

۱-عقدی لازم است

۲-عقدی رضایی است

۳-تنها عقدی است که نیاز به سه اراده دارد (یک ایجاب و دو قبول دارد)

۴-اهلیت هر سه نفر محیل، محتال، محال علیه برای انعقاد عقد لازم است.

۵-عقدی معوض، عهدی است.

۶-برای صحت حواله کافی است سبب و مقتضی دین محیل به محتال موجود باشد.

۷-تکالیف غیرمالی مانند حضانت، ولایت قهری و... نمی‌توانند موضوع حواله قرار گیرند.

۸-مال موضوع حواله لازم نیست صرفاً پول باشد حواله را می‌توان برای پرداخت دیون پولی و هم سایر دیون صادر کرد.

۹-مال مورد تعهد موضوع حواله باید کلی فی الذمه باشد، چراکه اگر کلی در معین یا عین معین باشد آن مال معین متعلق به محیل است و در نتیجه تعهد قابل انتقال بر ذمه شخص ثالث نیست.

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

۱۰- در حواله ممکن است بر اساس توافق بین محیل، محتال، محال علیه جنس دین را تغییر دهند، به عبارت دیگر، حواله به غیر جنس دین هم صحیح است و در این حالت همراه با حواله، نوعی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع تعهد نیز رخ می دهد.

۱۱- حواله و ضمانت، رهن، کفالت از عقود تبعی هستند و برای تحقق این عقود الزاماً باید دینی موجود باشد و در عقود تبعی اگر مشخص شود که از ابتدا دینی وجود نداشته است و این عقود منعقد شده اند این عقود باطل هستند اما در فرضی که دین وجود داشته و عقد ضمانت و حواله رخ دهد و بعداً دین از بین برود حواله منفسخ می شود.

- رابطه بین محیل و محتال: مدیون بودن محیل به محتال شرط صحت است و اگر محیل به محتال مدیون نبود و حواله داد می تواند حسب مورد تابع هبه، وکالت در وصول طلب، یا قرض باشد.

- رابطه بین محیل و محال علیه: معمولاً محال علیه به محیل مدیون است به همین دلیل است که محال علیه حواله را قبول می کند، که با این کار طلب محیل را پرداخت نماید ولی مدیون بودن محال علیه به محیل شرط صحت حواله نیست.

■ اقسام حواله

۱- حواله کامل: در فرضی که محال علیه مدیون محیل باشد، حواله از نوع کامل است.

(در این فرض علم تفصیلی به میزان دین لازم است)

۲- حواله ناقص (حواله بر بریء): در فرضی که محال علیه مدیون محیل نباشد حواله از نوع ناقص است. چنین حواله ای تابع احکام ضمان است و محال علیه حکم ضامن را دارد و می تواند بعد از پرداخت به مدیون (محیل) رجوع کند.

(در این فرض علم اجمالی کفایت می کند)

■ انحلال عقد حواله:

۱- معسر بودن محال علیه: اعسار یعنی داشتن ناتوانی مالی از پرداخت بدهی.

حال زمانی که محیل دین خود را به شخص ثالثی که همان محال علیه است انتقال می دهد، باید این شخص توانایی مالی برای پرداخت این دین را داشته باشد. چنانچه محال علیه فاقد این توان باشد، یعنی به عبارت دیگر قدرت پرداخت کردن دین حواله داده شده را نداشته باشد در عالم حقوقی معسر شناخته می شود.

اگر محتال یا همان طلبکار از معسر بودن محال علیه آگاهی و اطلاعی نداشته باشد این امکان را دارد که با استناد به همین امر عقد حواله را فسخ کند.

۲- خیار تخلف از شرط: در صورتی که در ضمن عقد حواله، یکی از طرفین با رضایت طرف دیگر به نفع خود شرطی گذاشته باشد، طرف دیگر مسئولیت دارد آن شرط را انجام دهد، حال اگر از انجام دادن آن تخلف کرد برای مشروط له خیار تخلف از شرط ایجاد می شود و او می تواند عقد حواله را با همین خیار فسخ کند.

۳- اقاله اگر هر سه طرف عقد که با رضای خود عقد حواله را شکل دادند توافق کنند که عقد حواله را منحل کنند، اقاله روی داده است.

۴- شرط فاسخ: در ضمان نقل ذمه شرط فاسخ راه نداشت، زیرا شرط فاسخ موجب بازگرداندن دینی بر ذمه مدیونی می شود که در تشکیل عقد ضمان و در توافق بر این شرط فاسخ، حضور نداشته است. اما در حواله شرط فاسخ راه دارد زیرا حواله عقدی سه اراده ای است و اراده مدیون در تشکیل عقد حواله مؤثر است و در نتیجه شرط فاسخ با رضایت و اراده خود مدیون در حواله درج شده است و باعث بازگشت دین بر ذمه او می شود.

- دور در حواله صحیح است یعنی محال علیه می تواند دین را حواله بر محیل دهد. در این صورت، دین به جای خود باز می گردد و نتیجه آن از بین رفتن تضمینات دین و گاه ایجاد مهلت برای مدیون است.

● کفالت

ماده ۷۳۴ قانون مدنی: کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می کند. متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول له می گویند

«کفالت»، عقدی است که به موجب آن کفیل تعهد می کند که مکفول را در وقت و زمان معینی مقابل مکفول له حاضر نماید.

-کفالت موجب انتقال دین نیست و کفیل فقط تعهد به احضار دارد و کفیل دین را بر عهده نمی‌گیرد، اگر نتوانست بدهکار را حاضر کند باید دین او را بپردازد که این نتیجه مستقیم عقد کفالت نیست نتیجه تخلف از تعهد ناشی از کفالت است.
اوصاف عقد کفالت:

- ۱-عقدی عهدی، رضایی، بلاعوض و مجانی، مبتنی بر مسامحه است.
 - ۲-فقط به رضایت کفیل و مکفول له منعقد می‌شود.
 - ۳-کفالت تنها عقدی است که ماهیت آن و درواقع ذات عقد تعهد به فعل ثالث است.
 - ۴-از جانب کفیل عقدی لازم و از جانب مکفول له عقدی جایز است.
 - ۵-نیازی به اطلاع کفیل از میزان دین نیست.
 - ۶-کفالت یک عقد مستمر است و باید در طول زمان اجرا شود.
 - ۷-عقدی تبعی است و با سقوط دین کفالت موضوع خود را از دست می‌دهد و منفسخ می‌شود.
 - ۸-تکالیف غیرمالی برخلاف ضمان و حواله می‌توانند موضوع کفالت باشند.
 - ۹-کفالت فقط برای دیون موجود قابل انعقاد است نه دیونی که هنوز موجود نشده‌اند و صرفاً سبب آنها ایجاد شده است.
 - ۱۰-در انعقاد عقد کفالت فقط اهلیت کفیل لازم است.
- {اگر مکفول صغیر ممیز یا سفیه باشد علاوه بر ولی یا قیم، خود شخص مکفول له می‌تواند کفالت را قبول کند زیرا کفالت تماماً به نفع اوست و او به واسطه کفالت چیزی را از دست نمی‌دهد.}
- ۱۱-تعهد کفیل به حاضر کردن مکفول تعهد به نتیجه است یعنی او باید در هر صورت مکفول را در مکان و زمان مقرر حاضر کند و اگر به هر دلیل نتواند یا نخواهد باید از عهده تعهدات مالی موضوع کفالت برآید مگر اثبات کند عدم حضور ناشی از قوه قاهره بوده است.
 - ۱۲-در عقد کفالت می‌توان وجه التزام تعیین نمود.
- ماده ۷۳۷ قانون مدنی: کفالت ممکن است مطلق باشد یا موقت و در صورت موقت بودن باید مدت آن معلوم باشد.
به‌طور کلی کفالت از حیث زمان تعهد کفیل به سه قسم است:
- الف) کفالت مطلق: چنانچه در عقد کفالت، زمان ایفاء تعهد کفیل مطرح نباشد و به‌طور اطلاق گفته شود که من کفیل فلان هستم، آن را کفالت مطلق می‌نامند. کفالت مطلق مانند کفالت حال است و هر زمان که مکفول له بخواهد، کفیل وظیفه دارد مکفول را حاضر نماید.
- ب) کفالت موقت: کفالت موقت به گونه‌ای است که متعهد در مدت معین، هر وقت مکفول له بخواهد، مکفول را حاضر نماید، در کفالت موقت نیز ممکن است موعد احضار در اختیار مکفول له باشد یا در عقد تعیین شود، در این نوع کفالت باید آغاز و انجام موعد تعهد معین باشد، در صورت مشخص نبودن آغاز آن، تاریخ عقد، آغاز تعهد محسوب می‌شود.
- ج) کفالت مؤجل: در کفالت مؤجل، کفیل متعهد می‌شود که در رأس اجل معینی، مکفول را حاضر نماید. (مانند احضار در اولین جلسه دادرسی).
- ماده ۷۳۸ قانون مدنی: ممکن است شخص دیگری کفیل کفیل شود. (ترامی)
- شخص ثالث می‌تواند کفیل کفیل شود از این ماده نتیجه می‌گیریم ترامی در کفالت صحیح است ولیکن کفالت مکفول از کفیل بی فایده است زیرا در کفالت انتقال دین رخ نمی‌دهد پس در نتیجه دور در کفالت باطل است.

ماده ۷۳۹ قانون مدنی: در کفالت مطلق، مکفول له هر وقت بخواهد می‌تواند احضار مکفول را تقاضا کند ولی در کفالت موقت قبل از رسیدن موعد، حق مطالبه ندارد.

در کفالت مطلق، کفیل هر زمان که مکفول له اراده نماید باید مکفول عنه را حاضر نماید.
برخلاف این حکم در کفالت مؤجل، پیش از فرا رسیدن موعد، مکفول له حق مطالبه نداشته و برای جلوگیری از ابهام و ضرر برای کفیل، قانون‌گذار تعیین اجل را ضروری دانسته است، باین‌وجود چنانچه موعد احضار در آینده قابل تعیین باشد مانند جلسه دادرسی یا روز اجرای حکم، کفالت صحیح است، زیرا این امر به‌منزله موردی است که موعد احضار با اراده مکفول له تعیین می‌شود.

بنابراین در کفالت مؤجل، کفیل موظف است مکفول عنه را در سررسید اجل حاضر نماید. تعهد کفیل می‌تواند برای یک مرتبه احضار یا به تکرار و به اندازه لزوم باشد و در صورت تردید، با یکبار احضار، تعهد انجام شده است.

-بری شدن ذمه کفیل:

۱- اگر کفیل، مکفول را در موعدی که مکفول له خواسته حاضر کند.

۲- اگر مکفول شخصاً حاضر شود.

۳- در صورت بری الذمه شدن مکفول در برابر مکفول له.

۴- اگر مکفول له، کفیل را از تعهدی که بر احضار کفیل دارد ابراء کند.

۵- در صورتی که حق مکفول له به طور ارادی به نحوی از انحاء به دیگری منتقل شود. (اگر طلبکار طلبی را که از مکفول دارد به شخص دیگری واگذار کند کفیل در برابر شخص ثالثی که اخیراً طلب به او واگذار شده است مسئولیتی نخواهد داشت)

۶- فوت مکفول له؛

الف- اگر مکفول فوت کند، کفیل تعهدی برای احضار وراثت مکفول ندارد.

ب- اگر قبل از فوت مکفول، تعهدات مالی برعهده کفیل قرار گرفته باشد فوت مکفول تأثیری در این تعهدات مالی ندارد.

ج- حجر مکفول از موجبات انقضا و انحلال کفالت نیست.

۷- فوت یا جنون کفیل؛

الف- اگر قبل از فوت کفیل، تعهدات مالی مکفول بر عهده او قرار گرفته باشد این تعهدات به وراثت کفیل می‌رسد و فوت او مؤثر نخواهد بود.

ب- اگر قبل از جنون کفیل، تعهدات مالی مکفول بر عهده او قرار گرفته باشد، این تعهدات به قوت خود باقی می‌ماند و قیم باید از اموال شخص مجنون این دیون را بپردازد.

ج- سفیه شدن کفیل تأثیری در تعهدات او نخواهد داشت.

ماده ۷۴۷ قانون مدنی: هرگاه کفیل مکفول خود را مطابق شرایط مقرر حاضر کند و مکفول له از قبول آن امتناع نماید کفیل می‌تواند احضار مکفول و امتناع مکفول له را با شهادت معتبر نزد حاکم یا احضار نزد حاکم اثبات نماید.

شهادت در این ماده موضوعیت ندارد یعنی اگر خود مکفول له نزد حاکم اقرار کند که کفیل، مکفول را حاضر کرد ولیکن خودش قبول نکرده باز هم کفیل بری می‌شود.

ماده ۷۴۹ قانون مدنی: هرگاه یک نفر در مقابل چند نفر، از شخصی کفالت نماید به تسلیم او به یکی از آنها در مقابل دیگران بری نمی‌شود.

-کفالت برای چند نفر، به منزله چند کفالت است و مانند آن است که برای هر یک جداگانه عقدی واقع شده باشد. با تعدد مکفول له، کفیل باید مدیون را نزد همگی آنها حاضر گرداند تا بری شود. (همچنین است در فرض تعدد مکفول و وحدت کفیل و مکفول له).

-در فرض تعدد کفیل و وحدت مکفول و مکفول له اگر چند نفر مشترکاً تعهد کرده باشند که مکفول را در برابر مکفول له حاضر نمایند، با یکبار حضور مکفول، همه کفیلان بری می‌شوند زیرا غرض از کفالت حاصل و تعهد اجرا شده است. اما در فرضی که هر کفیل مستقلاً تعهد به احضار کرده باشد گویی چند عقد کفالت منعقد شده است و در فرضی که احضار مجدد مکفول برای مکفول له سودمند باشد می‌تواند احضار را از سایرین بخواهد.

-ماده ۷۵۰ قانون مدنی: در صورتی که شخصی کفیل کفیل باشد و دیگری کفیل او و هکذا، هر کفیل باید مکفول خود را حاضر کند و هر کدام از آنها که مکفول اصلی را حاضر کرد او و سایرین بری می‌شوند و هر کدام که به یکی از جهات مزبور در ماده ۷۴۶ بری شد کفیل‌های ما بعد او هم بری می‌شوند.

-هرگاه کفالت به اذن مکفول بوده و کفیل با عدم تمکن از احضار حقی را که به عهده او است ادا نماید یا به اذن او ادای حق کند می‌تواند به مکفول رجوع کرده آنچه را که داده اخذ کند و اگر هیچ‌یک به اذن مکفول نباشد حق رجوع نخواهد داشت.

در کفالت برای رجوع کفیل به مکفول اذن در پرداخت نیاز نیست و اذن در کفالت کفایت می‌کند ولی اگر اذن در کفالت نگرفته باشند ولی اذن در پرداخت گرفته باشد حق رجوع به مکفول را دارد.

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

ولی در ضمانت اگر ضامن اذن در ضمانت نگرفته بود و اذن در پرداخت داشت این اذن حق رجوع به مضمون عنه را ایجاد نمی‌کند.

-در ضمانت اگر ضامن معسر باشد (زمان انعقاد عقد) و مضمون له به این امر جاهل باشد حق فسخ دارد ولی چون در کفالت انتقال دین رخ نمی‌دهد اگر مکفول له جاهل به اعسار کفیل باشد حق فسخ ندارد.

• صلح

مطابق با ماده ۷۵۲ قانون مدنی: صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود یا جلوگیری از تنازع احتمالی، در مورد معامله و غیر آن واقع شود.

صلح در قالب دو عقد کلی به کار می‌رود؛

۱- صلح دعوی: برای پایان دادن به اختلافات واقعی یا فرضی.

۲- صلح در مقام معامله: جایگزین سایر عقود مانند بیع، اجاره، عاریه و... می‌شود.

عنوان	توضیح
عقد لازم	صلح حتی اگر در مقام عقد جایز واقع شود، لازم است.
معوض یا بلاعوض	صلح می‌تواند معوض یا رایگان باشد.
اهلیت طرفین	طرفین باید اهلیت معامله و تصرف داشته باشند.
نیاز به قبض ندارد.	برخلاف هبه، قبض شرط صحت صلح نیست.
صلح محاباتی	صلح معوض با عوض بسیار ناچیز.
قاطع دعوی باطله نیست.	صلح بر اساس معامله باطل نیز باطل است.
اثر مستقل از احکام عقد جایگزین	صلح به جای معامله واقع شده، نتیجه آن را دارد ولی احکام خاص آن را ندارد. (مثلاً صلح بجای بیع اما بدون احکام خيارات خاص بیع)

ماده ۷۶۶ قانون مدنی: اگر طرفین به‌طور کلی تمام دعاوی واقعی و فرضیه خود را به صلح خاتمه داده باشند، کلیه دعاوی داخل در صلح محسوب است، اگرچه منشاء دعوی در حین صلح معلوم نباشد، مگر اینکه صلح به‌حسب قرائن شامل آن نگردد.

-عقد صلح همچون قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی با دایره بسیار وسیع موردقبول قرار گرفته است تا جایی که برخی اساتید حقوق، آن را یک عقد بی‌نام تلقی نموده و معتقدند عقد صلح از قواعد محدود عقود معینه تبعیت نمی‌کند و قواعد مشترک عقود در مورد عقد صلح با توجه به بحث آزادی اراده‌ها باید به مقدار فراوانی تعدیل شوند.

-صلح، خواه در مقام معامله باشد یا در مقام رفع تنازع، مانند سایر عقود معین باید دارای شرایط اساسی صحت معامله مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی باشد.

-منظور از اهلیت معامله، عقل و بلوغ و اختیار و قصد باشد و منظور از اهلیت تصرف، اختیار تصرف در مورد صلح است که شخص مرتهن و ورشکسته فاقد آن اختیار می‌باشند.

- مطابق ماده ۷۵۸ قانون مدنی، صلح در مقام معاملات هرچند نتیجه معامله را که بجای آن واقع شده است را می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.

-مطابق ماده ۴۵۶، احکام خاصه بیع، خيارات مختصه (خيار مجلس، خيار حيوان، خيار تأخير ثمن) و انفساخ در مورد تلف مبیع قبل از قبض در آن موجود نمی‌گردد، زیرا آنها از احکام خاصه بیع می‌باشد.

-عقد صلح دارای دو طرف است: مُصالح و مُتصالح.

-مطابق ماده ۷۶۳، صلح به اکراه نافذ نیست.

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

-شخص باید مالک مالی باشد که صلح می‌کند؛ بنابراین صلح اموال بدون صاحب و همینطور صلح اموال دولتی امکان پذیر نمی‌باشد.

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

- مطابق ماده ۷۶۰، عقد صلح لازم است اگرچه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و برهم نمی خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله. مثلاً چنانچه انتفاع از ملکی به کسی داده شود، اگرچه به وسیله عقد عاریه داده می شود، جائز می بود و هریک از طرفین می توانست آن را برهم زند اما در قالب عقد صلح، لازم می گردد و هیچ یک از طرفین نمی تواند آن را برهم زند مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله.

- صلح می تواند معوض یا بلاعوض واقع شود. مطابق ماده ۷۵۷ صلح بلاعوض نیز جایز است.

-مورد صلح باید معین باشد؛ زیرا معین بودن از شرایط اساسی صحت معاملات است.

* صلح محاباتی صلحی معوض است که عوض در آن ناچیز باشد. مثلاً کسی مال خود را در مقابل یک شاخه نبات به دیگری صلح می کند*

-ماده ۷۶۵ قانون مدنی اذعان می دارد: صلح دعوی ناشی از معامله باطله، باطل است ولی صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است: صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله، باطل است. هرگاه معلوم شود معامله ای که صلح بر مبنای آن واقع شده است، باطل بوده، صلح نیز باطل است.

-موارد فسخ عقد صلح:

۱-فسخ به خیار

در صلح مانند سایر عقود لازمه دیگر، خیاراتی غیر از خیارات مختص بیع، قابل اعمال است. قانون گذار در ماده ۷۶۴ در فصل صلح، فقط به خیار تدلیس اشاره کرده است: تدلیس در صلح موجب خیار فسخ است و الا ممکن است هریک از خیارات مشترک مانند خیار عیب، خیار تبعض صفقه، خیار غبن، خیار شرط و ... را با کلیه احکام و آثار خیارات را داشته باشد.

ماده ۷۶۱ مستثنی از قاعده فوق است و قانون گذار، صلحی که در مورد تنازع یا مبتنی بر تسامح باشد، قاطع بین طرفین است و هیچ یک نمی تواند آن را فسخ کند اگرچه به ادعای غبن باشد مگر در مورد تخلف شرط یا اشتراط خیار.

۲-اقاله

تمامی احکام و آثار مذکور در مورد اقاله در اقاله صلح نیز اعمال می شود. عقد صلح یکی از اقسام معاملات است و طرفین می توانند طبق مقررات مربوط به اقاله آن را به تراضی، تفاسخ کنند.

▪ تفاوت صلح و هبه

۱ -عقد صلح عقد لازم است و قابل بهم زدن نمی باشد اما عقد هبه عقدی جایز است و قابل رجوع می باشد مگر در موارد ذکر شده در ماده ۸۰۳ قانون مدنی.

۲ -عقد صلح یک عقد معوض است اما بلاعوض هم می توان آن را منعقد کرد. هبه یک عقد مجانی است اما می توان آن را با شرط عوض تنظیم نمود.

۳ -هبه زمانی صحیح است که متب (کسی که مال به او هبه شده) مال هبه شده را قبض کند اما در صلح این امر شرط صحت آن عقد نخواهد بود.

۴ -عقد صلح می تواند جای دیگر عقود همچون اجاره، بیع و عاریه جاری شود اما عقد هبه مشمول قواعد مخصوص به خود خواهد بود.

۵- طرفین صلح باید دارای اهلیت در معامله و تصرف باشند اما در هبه، فقط واهب باید دارای اهلیت در معامله و تصرف باشد.

• رهن

عقد رهن قراردادی است که به موجب آن مدیون، مالی را به عنوان وثیقه دین خود به دائن می دهد، تا اگر بدهی پرداخت نشد، طلبکار بتواند از محل آن مال طلبش را وصول کند.

به پیمان بین طلبکار و بدهکار، قرارداد رهن؛ به بدهکار که مال را به رهن داده، رهن و به طلبکار که مالی را به رهن گرفته، مرتهن و به مالی که به وثیقه داده شده است، مال مرهونه یا رهینه می گویند.

-عقد رهن عقدی عینی است و تحقق آن نیاز به قبض مال مرهونه دارد.

-عقد رهن عقدی لازم است (نسبت به رهن لازم و نسبت به مرتهن جایز)

-مال مرهونه باید قابل نقل و انتقال قانونی و دارای ارزش اقتصادی باشد.

-مرتهن حق فروش ندارد، بلکه باید از طریق مراجع قانونی طلب خود را وصول کند.

-رهن نمی تواند بدون اجازه مرتهن، در مال مرهونه تصرفات ناقله داشته باشد.

اقسام وثیقه ← **شخصی:** ذمه شخصی به ذمه بدهکار اصلی ضمیمه می‌شود و به آن وسیله آن را تضمین می‌کند و ممکن است ناشی از عقد ضمان، حواله، کفالت باشد.

عینی: در آن طلبکار بر مال معینی از اموال بدهکار حق عینی می‌یابد مانند حق حاصل از عقد رهن برای مرتهن.

-اهلیت؛

-در فرضی که راهن سفیه یا صغیر ممیز باشد، رهن غیر نافذ و محتاج تنفیذ نماینده محجور است اگر نماینده قیم باشد و مرهونه مال غیرمنقول، صحت رهن منوط به رعایت غبطه محجور و اذن دادستان است.

-اگر راهن متوقف یا ورشکسته باشد در حالتی که رهن به ضرر طلبکاران باشد رهن باطل است.

-اگر مرتهن صغیر ممیز و سفیه باشد، قبض مرهونه تعهد به نگهداری را به همراه دارد لذا قبض باید توسط نماینده آن‌ها صورت بگیرد به این دلیل که آنها اهلیت قبض ندارند.

-ماده ۷۷۲ قانون مدنی: مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

قبض عین مرهونه، هم شرط صحت فعلی بوده؛ و هم شرط لزوم رهن از طرف راهن، و نامقدور بودن تسلیم، باید مطلق باشد؛ تا بتوان حکم به بطلان معامله نمود؛ درواقع تا معلوم نگردد که همگان، نمی‌توانند از عهده تسلیم آن مال برآیند؛ اعتبار عقد به خطر نمی‌افتد.

اگرچه قبض در رهن شرط صحت است اما استمرار قبض لازم نیست یعنی مرتهن می‌تواند بعد از قبض مال مرهونه را به تصرف راهن بازگرداند. (معیار قبض عرف است)

-رهن کشتی با سند رسمی صورت می‌گیرد و قبض در آن شرط صحت نمی‌باشد. (عقد تشریفاتی)

-در بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد قبض شرط صحت نیست.

-مرتهن می‌تواند به جهت قبض مرهونه به دیگری وکالت دهد یا اینکه دو طرف عقد تراضی نمایند که عین مرهونه را به قبض شخص ثالثی دهند. در این فرض شخص ثالث امین و نماینده هر دو طرف است.

-در رهن موقت اگر مدت قبل از رسیدن موعد دین منقضی شود، چنین رهنی بی‌فایده و باطل است ولی اگر تاریخ انقضاء بعد از موعد دین باشد رهن صحیح است زیرا دائمی بودن رهن، شرط صحت آن نیست و همین‌که امکان استیفاء طلب برای مرتهن فراهم شود کفایت می‌کند.

-اگر ممنوعیت نقل و انتقال مالی موقت باشد رهن آن اصولاً صحیح است.

-اگر راهن، مال مرهونه را دوباره نزد مرتهن یا شخص ثالث به رهن دهد این را رهن مکرر می‌نامند و صحیح می‌باشد.

-لازم نیست که مال مرهونه حتماً ملک راهن باشد، بلکه می‌توان مال غیر را (به اذن او) رهن قرار داد که به آن رهن مستعار گفته می‌شود.

طبق ماده ۸۹ ق.دریایی فرمانده کشتی می‌تواند کشتی یا بار کشتی یا کرایه آن را به رهن دهد در حالیکه مالک آن‌ها نمی‌باشد.

-در فرضی که مدیون مال دیگری را به رهن می‌گذارد و دین خود را ایفا نمی‌کند و در نتیجه مرتهن با رجوع به حاکم و نهایتاً فروش مال مرهونه که متعلق به ثالث است طلب خود را استیفاء می‌کند، آن شخص ثالث می‌تواند برای جبران خسارتی که به واسطه فروش مالش برای او ایجاد شده است

به **مدیونی** که برای تضمین دیون او مال را به رهن گذاشته بود رجوع کند البته مهم این است که ترهین آن مال با اذن یا درخواست مدیون یا نماینده او بوده باشد.

اگر حاصل فروش مال مرهونه برای طلب کافی نباشد مرتهن برای مازاد آن می‌تواند به مدیون رجوع کند.

-اگر برای رهن گذاشتن مالی را عاریه کند و آن را در رهن قرار دهد، فسخ یا انفساخ عاریه باعث منحل شدن رهن نمی‌شود.

-مال که باگذشت زمان فاسد می‌شود را نمی‌توان رهن قرار داد.

رهن گذاشتن مستثنیات دین صحیح است

-مال مشاع قابلیت به رهن گذاشتن دارد اما اگر قبض مال مستلزم تصرف مادی و مغایر حقوق شریک راهن باشد غیرنافذ است و محتاج اذن شریک خواهد بود.

- مال مرهون باید عین معین باشد و رهن **دین، منفعت، عین کلی باطل** است. رهنه باید معین بوده؛ و نمی‌توان یکی از دو یا چند مال را به رهن داد.

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

{رهن اموالی غیرمادی مانند سرقفلی، حق تألیف، مطالبات و ... باطل است}

رهن کلی در معین، اسناد دارای ارزش اعتباری مانند اسکناس، سهام بی نام شرکت ها، اوراق مشارکت اعم از بانام و بی نام صحیح است.

{طبق ماده ۹ قانون معادن پروانه بهره برداری از ذخایر معدنی قابلیت وثیقه گذاشتن دارد و مؤسسات مالی مانند بانک ها موظف به پذیرش این ها به عنوان وثیقه هستند}.

-مالکیت مرهونه در مدت رهن از آن رهن است. مرتهن مالک مال نمی شود و نسبت به عین مرهونه فقط یک حق عینی (حق وثیقه) پیدا می کند که به موجب آن مال مرهونه در وثیقه و گرو او قرار می گیرد و می تواند طلب خود را از مال مرهونه برداشت کند.

در مدتی که مال مرهونه در رهن مرتهن است منافع آن متعلق به وی نمی باشد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد که به چنین رهنی تصرف گفته می شود.

-اگر شخصی مال مرهونه را تلف کند باید بدل آن (مثل در اموال مثلی و قیمت در اموال قیمی) را بدهد و بدل (مثل یا قیمت) خودبه خود رهن خواهد بود. در این فرض اگر مال مرهونه یک مال قیمی باشد باید قیمت آن داده شود و در این صورت، پول به عنوان مال مرهونه واقع می شود بنابراین رهن بدلی پول، کاملاً متداول است.

-اگر در قراردادی بر شخصی شرط شده باشد که مالی را به رهن بسپارد و او امتناع نماید؛

الف-اگر مال، معین و مشخص باشد (نسبت به یک مال معین انشا شده باشد) مشروط له می تواند از دادگاه، الزام رهن را بخواهد و در صورت استنکاف رهن، دادگاه از جانب او مال را در رهن مشروط له قرار می دهد و سند رهنی را تنظیم می کند در نهایت اگر این اقدامات مؤثر نباشد مانند اینکه مال تلف شده باشد مشروط له می تواند قرارداد را فسخ کند.

ب-اگر مال، مشخص و معین نباشد و شرط به صورت مطلق انشاء شده باشد، یعنی مشروط علیه متعهد شده باشد که مال را در رهن طرف مقابل گذارد، بدون آنکه مشخص باشد که کدام مال را در رهن گذارد در صورت امتناع مشروط علیه از انجام این شرط مشروط له مستقیماً دارای حق فسخ می شود.

■ تجزیه رهن

حق وثیقه ناشی از عقد رهن، تجزیه ناپذیر است، یعنی با پرداخت بخشی از دین، مال مرهونه جزئاً از قید وثیقه آزاد نمی شود چراکه تمام مال مرهون وثیقه هر جزئی از دین است، مگر اینکه طرفین خلاف این ویژگی توافق کنند.

طرفین عقد رهن می توانند خلاف این حکم توافق کنند که با پرداخت قسمتی از دین یا سقوط بخشی از آن در ابراء یا سایر اسباب سقوط تعهد هر مقدار از دین ایفا شود، به همان نسبت نیز رهن آزاد شود و این شرط صحیح است.

■ تعدد در رهن

ماده ۷۷۶ قانون مدنی: ممکن است یک نفر مالی را در مقابل دو یا چند دین که به دو یا چند نفر دارد رهن بدهد در این صورت مرتهنین باید به تراضی معین کنند که رهن در تصرف چه کسی باشد و همچنین ممکن است دو نفر یک مال را به یک نفر در مقابل طلبی که از آن ها دارد رهن بدهند.

تعدد رهن به حالت های زیر ممکن است؛

۱-تعدد عرضی رهن: در این فرض مال همزمان به وثیقه دو یا چند طلبکار داده شده است. (اولویت و تقدم یا تأخری فی مابین آنها نیست) در این حالت وثیقه فروخته می شود و بین طلبکاران به نسبت طلب آنها تقسیم می شود. در این فرض طلبکاران باید توافق کنند تا زمانی که طلب وصول نشده، وثیقه در تصرف چه شخصی باشد و اگر توافق حاصل نشد حاکم تعیین تکلیف می نماید.

۲-تعدد طولی رهن: در این فرض مال در زمان های مختلف به وثیقه چند طلبکار داده شده است. به عنوان مثال طلبکار اول در تاریخ ۱۵ فروردین و طلبکار دوم در تاریخ ۲۵ اردیبهشت آن را به وثیقه گرفته است، در این حالت وثیقه فروخته می شود و نخست به طلبکار اول پرداخت می شود و اگر مازاد داشت به طلبکار دوم پرداخت می شود. در این حالت تسلیم مادی وثیقه به طلبکار دوم باید با اجازه طلبکار اول باشد زیرا ممکن است طلبکار دوم را از بین ببرد.

-تعدد راهنین: هرگاه دو یا چند نفر به طور مشاع مال مورد رهن باشند و در برابر دیون متعددی که به دیگری دارند آن را وثیقه قرار بدهند، (اصل بر این است که آن مال در برابر تمام طلبها در رهن نیست) ظاهراً سهم هر مدیون از مال مشاع، رهن دین اوست و با پرداخت آن آزاد و از رهن خارج می شود مگر شرط خلاف شده 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

-تعدد دیون: در این فرض مال هم‌زمان در وثیقه دو یا چند طلب است، پرداخت یکی از طلب‌ها باعث از بین رفتن رهن نمی‌شود و مال رهنی تا تسویه کامل در رهن باقی می‌ماند مگر اینکه برخلاف آن توافق شود.

▪ استیفای طلب از مال مرهونه توسط مرتهن:

۱- رهن همراه با وکالت در فروش: در این حالت مرتهن وکیل راهن در فروش مال مرهونه شده است، پس چنانچه طلب از جانب راهن تأدیه نشود مرتهن می‌تواند با وکالتی که دارد مال مرهونه را به فروش رساند و استیفای طلب نماید.
البته این نکات حائز اهمیت است که؛

الف- در صورت فوت راهن یا مرتهن وکالت در فروش از بین می‌رود و به وراث نمی‌رسد
اما از جهت مرتهن می‌توان شرط کرد که در صورت فوت او وکالت برای وراث باقی بماند.

ب- مستند به ماده ۳۴ قانون ثبت برای فروش مال مرهونه در هر صورت باید به حاکم رجوع کرد حتی اگر رهن با شرط وکالت در فروش باشد البته اگر وکالت در فروش بعد از عقد رهن ایجاد شده باشد صحیح و مؤثر است.

۲- رهن همراه با شرط عدم فروش: بدین معنی که شرط شده باشد در صورت عدم تأدیه طلب از جانب مدیون مرتهن به هیچ‌وجه حتی با رجوع به حاکم حق فروش نداشته باشد که این شرط باطل است.
مشهور فقها این شرط را باطل و مبطل عقد می‌دانند اما طبق نظر دکتر کاتوزیان فقط شرط باطل است.

البته می‌توان شرط عدم فروش با قید مدت باشد مثلاً تا سه سال حق فروش نداشته باشد.

۳- رهن مطلق: مال به نحو مطلق به طلبکار داده می‌شود بدون هیچ قید و شرطی که در این حالت در صورت عدم تأدیه طلب مرتهن می‌تواند برای فروش و استیفای طلب خود به حاکم (دادگاه، بعضاً اداره ثبت) رجوع کند.

۴- رهن همراه با شرط تملیک قهری مال: مال مرهونه در صورت عدم تأدیه طلب، خودبه‌خود بدون نیاز به مراجعه حاکم یا بدون نیاز به فروش به ملکیت مرتهن درآید. چنین شرطی باطل و مبطل رهن است اما طبق نظر دکتر کاتوزیان فقط شرط باطل است و تراضی طرفین به کلی باطل نیست و نوعی تبدیل تعهد معلق محسوب می‌شود.

- راهن می‌تواند در رهن تصرفاتی بنماید که برای رهن نافع باشد و منافی با حقوق مرتهن نیز نباشد بدون اینکه از جانب مرتهن امکان منع او باشد. در صورت منع از جانب مرتهن اجازه با حاکم است.

در ماده ۷۹۳ قانون مدنی بیان شده است که راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن.

این چنین می‌توان نتیجه‌گیری کرد که تصرف حقوقی که منافی حق مرتهن نباشد صحیح است ولی تصرفات مادی در صورتی مجاز است که علاوه بر اینکه منافی حق مرتهن نباشد برای رهن نیز نافع باشد.

اگر تصرفات حقوقی از نوع هبه یا وقف مال مرهونه باشد غیر نافذ است و منوط به تنفیذ مرتهن می‌باشد.

فروش اموال مرهونه منقول منافی حق مرتهن است و نیاز به اذن مرتهن دارد و بدون اذن او غیر نافذ است اما فروش اموال غیر منقول منافی حق مرتهن نیست زیرا حق مرتهن در سند رسمی درج شده است و در هر صورت بر خریدار بعدی مقدم است.

همچنین اجاره دادن مال مرهونه خلاف حقوق مرتهن نمی‌باشد زیرا مرتهن دارای حق عینی تبعی می‌باشد و حق او بر مستأجر مقدم است مگر اجاره تابع سال ۵۶ باشد زیرا که مرتهن نمی‌تواند تقاضای تخلیه نماید و به مستأجر حق کسب و پیشه تعلق می‌گیرد.

- اعمالی که با حقوق مرتهن منافاتی ندارند:

۱- اجاره دادن مال مرهون به شخصی غیر از مرتهن

۲- ودیعه گذاشتن مال مرهون نزد غیر

۳- عاریه دادن مال مرهونه غیر

۴- وصیت تملیکی نسبت به مال مرهون

۵- وصیت عهدی نسبت به مال مرهون

۶- رهن مکرر مال مرهون

۷- مزارعه نسبت به مال مرهون

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

۸- مسابقات نسبت به مال مرهون

۹- انتقال مالکیت منفعت مال مرهون به غیر با عقد صلح

۱۰- واگذاری حق انتفاع از مال مرهون به غیر با انعقاد عقد حبس

■ تلف مال مرهونه

اگر تلف قبل از قبض و اقباض باشد، با توجه به عینی بودن عقد رهن، ایجاب و قبول زائل می‌شود اگر تلف بعد از قبض و اقباض باشد؛

-در فرضی که تلف ناشی از قوه قاهره باشد عقد رهن منفسخ می‌شود.

-اگر تلف ناشی از فعل اشخاص باشد (ثالث، راهن، مرتهن): هرکس که مال را تلف کند باید بدل مال مرهونه حسب مورد مثل یا قیمتی بودن آن را بپردازد.

بدل نیز خودبه‌خود رهن است و به آن رهن قهری (بدلی) گفته می‌شود.

{اگر مرتهن وکالت در فروش داشته باشد وکالت در فروش او شامل بدل مال مرهونه نمی‌شود مگر خلاف آن شرط شده باشد}

-تبدیل مال مرهونه:

ماده ۷۸۴ قانون مدنی: تبدیل رهن به مال دیگر به تراضی طرفین جایز است.

شرایط آن:

۱- توافق طرفین لازم است.

۲- فک رهن نسبت به مال مرهونه سابق و ایجاد حق رهن نسبت به مال مرهونه جدید

۳- در رهن مستعار، در فرضی که مال بعدی نیز متعلق به همان ثالث باشد، رضایت ثالث برای تبدیل رهن لازم است.

اما اگر مال بعدی متعلق به راهن یا ثالث دیگر باشد رضایت ثالث قبلی که رهن از مال او بوده است لازم نیست.

■ زوال رهن

۱- رهن عقدی نیمه لازم-جایز است یعنی از جانب مرتهن جایز و از جانب راهن لازم است بنابراین؛ در صورت فسخ رهن از جانب مرتهن یا به عبارت دیگر اعراض مرتهن از حقوق رهنی خود، عقد رهن منحل می‌شود.

۲- اگر رهن مقید به زمان باشد بعد از انقضای مدت رهن منحل می‌شود.

۳- در عقد رهن می‌توان خيار شرط درج کرد.

۴- وقتی مدیون در برابر مرتهن (دائن) بری الذمه شود عقد رهن منفسخ می‌شود. برای مثال، دائن طلبی را که از مدیون دارد به او ببخشد.

۵- عقد از هیچ طرف اذنی نیست؛ پس موت جنون یا سفه هیچ یک از طرفین موجب انحلال آن نمی‌شود.

۶- اگر مالکیت مال مرهونه به خود مرتهن منتقل شود مثلاً راهن آن را به مرتهن بفروشد یا هبه کند رهن منفسخ می‌شود زیرا مالکیت برترین حق عینی است و با ایجاد مالکیت نسبت به یک مال سایر حقوق عینی شخص نسبت به آن مال مستهلک می‌شود.

{تصرفات مرتهن در مال مرهونه بعد از زوال رهن، اگر مال مرهونه درید مرتهن باشد با مطالبه راهن، مرتهن باید مال را به او بازگرداند و اگر بازنگرداند، عمل او نوعی اثباتید بر مال غیر بدون مجوز قانونی است و ید او ضمانی و غاصبانه است.}

● عقد هبه

طبق ماده ۷۹۵ هبه عقدی است که یک نفر مالش را مجانی به دیگری تملیک می‌کند.

ارکان عقد هبه عبارت است از:

۱- واهب؛ شخصی است که مالی را به‌طور رایگان به شخصی می‌بخشد.

۲- متَّهب؛ عبارت است از کسی که به‌موجب عقد هبه مالی را به دست می‌آورد (هبه نسبت به او لازم است).

۳- عین موهوبه؛ عبارت است از مالی که به‌موجب عقد هبه به مالکیت دیگری درمی‌آید.

موضوع هبه: عین، منفعت، حقی عینی آن‌هم فقط مالکیت، طلب، می‌توانند موضوع هبه باشند.

ماده ۷۹۸- هبه واقع نمی‌شود مگر با قبول و قبض متَّهب اعم از اینکه مباشر قبض خود متَّهب باشد یا وکیل او و قبض بدون اذن واهب اثری ندارد.

-واهب باید برای معامله و تصرف در مال خود اهلیت داشته باشد.

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 هبه به صغیر یا مجنون یا سفیه قبض ولی معتبر است.

*در هبه اگر قبل از قبض متهب سفیه بشود ایجاب و قبول از بین نمی‌رود (فقط در هبه) و قبض توسط نماینده انجام می‌شود.

ماده ۸۰۰- در صورتی که عین موهوبه درید متهب باشد محتاج به قبض نیست.

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

ماده ۸۰۲- اگر قبل از قبض، واهب یا متهب فوت کند هبه باطل می‌شود.

ماده ۸۰۳- بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند مگر در موارد ذیل:

۱- در صورتی که متهب پدر یا مادر و یا اولاد واهب باشد. { * هبه بین زن و شوهر یا بین خواهر و برادر قابل رجوع است * }

۲- در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد.

۳- در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود خواه قهراً مثل اینکه متهب به واسطه فلس مجبور شود، خواه اختیاراً مثل اینکه عین موهوبه به رهن داده شود.

۴- در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود.

- در هبه با شرط عوض، اگر واهب شرط را گرفته باشد (انجام شرط توسط متهب) واهب حق رجوع ندارد.

- در صورت فوت واهب، وراث او حق رجوع ندارند. اگر متهب فوت کند و واهب زنده باشد باز هم حق رجوع وجود ندارد زیرا رجوع قائم به شخص است.

نکته: حجر مانع از رجوع نیست. چنانچه متهب مجبور شود واهب می‌تواند رجوع کند.

در فرضی که واهب مجبور شود حق رجوع از بین نمی‌رود اما نماینده او نیز نمی‌تواند رجوع کند.

- اگر دائن طلب خود را به مدیون ببخشد دیگر حق رجوع نخواهد داشت.

- صدقه نوعی هبه است ولی نسبت به واهب لازم است و امکان رجوع از آن نیست.

- ماده ۸۰۴- در صورت رجوع واهب نمآت عین موهوبه اگر متصل باشد مال واهب و اگر منفصل باشد مال متهب خواهد بود.

(در فرض رجوع منافع متصل مربوط به واهب است و منافع منفصل برای متهب)

- اختیار غبن در هبه راه ندارد زیرا این خیار برای عقود معوض مبتنی بر مغایه است.

- در عقد هبه خیار شرط برای واهب، متهب یا شخص ثالث امکان پذیر است جز در صدقه که درج این خیار برای واهب ممکن نیست.

- برای واهب می‌توان شرط خیار درج کرد و فایده آن در این است که در مواردی که واهب به دلیل یکی از استثنائات نمی‌تواند از هبه رجوع کند در صورت درج خیار شرط می‌تواند هبه را فسخ کند.

- درج خیار شرط برای واهب یا هر شخص دیگر باعث به ارث رسیدن این خیار می‌شود.

• عقد استصناع

عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین عقد متعهد می‌شود تا در مقابل مبلغی معین، اموال منقول یا نامنقول معینی، بسازد (از جمله تولید، تبدیل، تغییر). این عقد می‌تواند شامل اموال مادی یا غیرمادی (مانند طرحی صنعتی یا اختراع)، شود که با مشخصات مورد تقاضا و تعهد به تحویل در دوره‌های زمانی معین به طرف دیگر همراه است.

اوصاف عقد استصناع:

ویژگی‌های این عقد در دستورالعمل اجرایی عقود سه‌گانه استصناع، مرابحه و خرید دین، مصوب شورای پول و اعتبار مورخ ۱۳۹۰ است که در ذیل به آن می‌پردازیم:

۱- این عقد در قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ آمده است؛ لذا عقدی معین است.

۲- اثر اصلی این عقد ایجاد تعهد است بنابراین عقدی عهدی است.

۳- موضوع این عقد تعهد به ساخت کالایی در آینده است که در زمان حال موجود نیست.

۴- برای اینکه این عقد غرری نشود باید مورد استصناع از لحاظ نوع، وصف و اندازه مشخص 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 باز نشر آن بدون ذکر منبع موجب پیگرد قانونی است و خلاف شرع و اخلاق می‌باشد

۵- تعیین مدت در این عقد از ارکان اصلی به حساب می‌آید و اگر مشخص نشود عقد باطل است.

۶- طرف دیگر عقد که سفارش یک کالا را داده است هنگام تحویل کالا مالک آن می‌شود و قبل از آن تنها در حکم یک طلبکار است

۷- در عقد استصناع حق حبس وجود ندارد زیرا عقدی مؤجل است و کالایی در زمان حال موجود نیست بلکه باید در آینده ایجاد شود.

انحلال عقد استصناع:

عقد استصناع عقدی لازم است. (اصل لزوم قراردادها ماده ۲۱۹ ق.م.) در صورتی که صانع (کسی که تعهد به ساخت و تولید داده است) دچار فوت، جنون یا سفه شود باید قواعد اجاره اشخاص در قانون مدنی را بر این عقد حاکم نمود یعنی اگر انجام عمل قائم به عمل شخص باشد، به واسطه فوت، جنون و سفه صانع، قرارداد باطل می‌شود. اگر شخص دیگری بتواند عمل را به اتمام برساند عقد باقی می‌ماند و تعهد به وراثت می‌رسد و آنها مکلف به اتمام عمل هستند و باید شخصی را برای این کار برگزینند زیرا این عقد، اذنی نیست. همچنین اگر صانع شخصی حقوقی (مثلاً یک شرکت ساختمانی) باشد در صورت انحلال، تا زمانی که تصفیه خاتمه نیافته است، عقد به قوت خود باقی است زیرا شخصیت حقوقی شرکت تا خاتمه عملیات تصفیه پابرجاست.

همه اختیارات به‌جز خیاراتی که مختص عقد بیع است (حیوان، مجلس، تأخیر ثمن) در این عقد راه دارد.

• شفعه

حق شفعه به معنای این است که اگر دو نفر در مال غیرمنقولی (مالی است که نمی‌توان آن را از محلی به محل دیگر منتقل کرد مانند: زمین، ساختمان و هر چیزی دیگری که به زمین وصل شده است) شریک باشند و یکی از طرفین بخواهد سهم خود را بفروشد شریک دیگر بر سایر متقاضیان تقدم دارد به این حق تقدم شریک حق شفعه می‌گویند.

برای تحقق حق شفعه چند مورد باید وجود داشته باشد:

۱- **دو شخص** در یک ملک شریک باشند. (نه تعداد بیشتر یعنی اگر سه نفر یا بیشتر در ملکی شریک باشد هیچ یک دارای حق شفعه نیستند) (مهم دو نفر بودن تعداد شرکا در زمان فروش مال است)

۲ - ملک قابل تقسیم باشد.

۳ - یکی از شرکا با عقد بیع سهم خود را منتقل کرده باشد یعنی عقد از نوع هبه یا اجاره و غیره نباشد.

{اگر بیع به واسطه مزایده یا حراج باشد بازهم حق شفعه ایجاد می‌شود. در بیع فضولی و اکراهی تا قبل از تنفیذ مالک موجب ایجاد شدن حق شفعه نمی‌شود.}

۴ - واگذاری یا انتقال ممکن است کلی یا جزی باشد که تفاوتی ایجاد نمی‌کند.

در صورت وجود موارد فوق حق شفعه برای شفیع محقق می‌گردد و برای اخذ به شفعه می‌تواند اقدامات مقتضی را انجام دهد.

اخذ به شفعه: ایقاعی است که یکی از اسباب تملک اموال است به این معنی که شخصی که حق شفعه دارد این حق را اعمال کند.

-اگر شریک در یک قرارداد بیع هم‌زمان سهم خود را به چند نفر واگذار کند؛

الف- اگر در یک قرارداد هم‌زمان تمام یا بخشی از سهم خود را با ثمن جداگانه منتقل کند شفیع می‌تواند نسبت به حصه هر یک از مشتریان یا هر چند نفر از آنها که بخواهد حق شفعه خود را اعمال کند.

ب- اگر شریک در یک قرارداد بیع هم‌زمان تمام یا بخشی از سهم خود را با یک ثمن به چند نفر واگذار کند شفیع فقط می‌تواند نسبت به سهم همه ایشان اخذ به شفعه نماید در این فرض تبعیض ممکن نیست.

*برای ایجاد شدن حق شفعه لازم نیست که با عقد بیع تمام حصه شریک به دیگری فروخته شود بلکه اگر بخشی از آن مورد معامله قرار گیرد بازهم حق شفعه ایجاد می‌شود.

-در بیع شرط که معامله‌ای وثیقه‌ای است و تملیکی نمی‌باشد طبق مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت حق شفعه راه ندارد.

-در عقود معلق تا قبل از حصول معلق علیه اثری بر عقد مترتب نمی‌شود لذا تا قبل از حصول معلق علیه اخذ به شفعه ممکن نیست.

-اگر نسبت به یک مال بیع‌های متعدد به نحو طولی انجام شود شفیع هر کدام را که بخواهد می‌تواند تملک کند در این صورت معامله‌های قبل از آن به اعتبار خویش باقی می‌ماند و معامله‌های بعدی باطل می‌شود.

-در چه اموالی حق شفعه ایجاد می‌شود؟

۱- اموال غیرمنقول ذاتی

(در غیرمنقول حکمی و غیرمنقول تبعی حق شفعه راه ندارد).

۲- بنا و درخت مشروط بر اینکه با زمینی که مشترک در بین طرفین هست فروخته شوند.

۳- اگر ملک دو نفر در ممر یا مجرا مشترک باشد و یکی از آنها ملک خود را با حق ممر یا مجرا بفروشد دیگری حق شفعه دارد اگرچه در خود ملک مشاعاً شریک نباشند.

۴- حق شفعه با جمع سایر شرایط در آپارتمان هم قابل اعمال است.

☑ نکته: حق شفعه در بیع به فرضی واقع می‌شود که سهم مشاع کلاً یا جزئاً مبیع و مورد معامله واقع شود پس اگر سهم مشاع به‌عنوان ثمن معامله باشد حق شفعه ایجاد نخواهد شد.

-حق شفعه دارای اوصاف ذیل است:

۱- شفعه حق مالی است زیرا وسیله تملک و تحصیل مال است و به این اعتبار باید آن را حق مالی شمرد.

۲- شفعه حق عینی است زیرا حق تملک مستقیم به شریک می‌دهد و نیازی به الزام خریدار به انتقال ندارد.

۳- حق شفعه به ارث انتقال می‌یابد. ماده ۸۲۳ ق.مدنی حق شفعه را قابل وراثت می‌داند (انتقال قهری).

۴- حق شفعه قابل انتقال به دیگران نیست. حق شفعه وسیله رفع ضرر از شریک است و بر همین مبنا باید مورد استفاده قرار گیرد.

۵- حق شفعه قابل اسقاط است. شفعه در زمره حقوق مالی شریک است و در امکان اسقاط آن نباید تردید کرد (طبق نظر دکتر کاتوزیان اسقاط حق شفعه قبل از آنکه شریک دیگر سهم خود را بفروشد ممکن است، به عبارت دیگر اسقاط حق شفعه آتی ممکن است)

۶- اخذ به شفعه عمل حقوقی است زیرا ارادی است و با تملک سهم فروخته شده در برابر تسلیم ثمن انجام می‌شود و ماهیت آن ایقاع است.

۷- حق شفعه حقی فوری است و از زمان اطلاع شفیع از معامله باید در یک فوریت عرفی اعمال شود.

۸- طلبکاران شفیع نمی‌توانند حق شفعه او را توقیف کنند. اما در فرضی که شفیع اخذ به شفعه نمود آن حصه مبیعی را که اکنون به مالکیت او درآمده قابل توقیف است.

۹- اگر بعد از معامله و قبل از اخذ به شفعه، شفیع سهم خود را به شخص دیگری انتقال دهد، این امر موجب سقوط حق شفعه است، خواه شفیع به وجود حق شفعه آگاه باشد یا جاهل. (حق شفعه به خریدار جدید منتقل نمی‌شود).

☞ اعمال حق شفعه در صورت وقفی بودن بخشی از ملک:

۱- اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد و شریک دیگر حصه خود را بفروشد متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارند.

۲- اما اگر حصه موقوفه به فروش رسد شریک دیگر حق شفعه دارد.

-تسلیم مال موضوع حق شفعه به این نحو است که اگر مشتری مبیع را تحویل گرفته باشد تحویل دادن آن به شفیع بر عهده او می‌باشد.

شفیع در صورتی می‌تواند تحویل آن را بخواهد که اولاً اراده خود را بر اخذ به شفعه اعلام کرده باشد ثانیاً معادل ثمن را به مشتری داده باشد. (شفیع برای گرفتن حصه مبیع حق حبس ندارد) و در فرضی که مبیع به مشتری تحویل نشده است شفیع باید الزام به تحویل را از بایع بخواهد.

ماده ۸۱۷ قانون مدنی: در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می‌کند مشتری ضامن درک است نه بایع لیکن اگر در موقع

اخذ به شفعه مورد شفعه هنوز به تصرف مشتری داده نشده باشد شفیع حق رجوع به مشتری نخواهد داشت.

اگر ملکی بین دو نفر مشاع باشد و ثالثی سهم یکی از دو شریک را به دیگری بفروشد معامله فضولی است و اگر شریک دیگر به سراغ مشتری رفته و معادل ثمن را به او پرداخت کند و اخذ به شفعه نماید و مالک حصه مشاع، بیع فضولی را تنفیذ نکند سهم فروخته شده در مالکیت آن شخص باقی می‌ماند لذا اخذ به شفعه باطل است و شریکی که ثمن را به مشتری پرداخته است می‌تواند به او رجوع کند.

-اگر مال موضوع شفعه دچار تلف یا نقص شود قضیه چگونه است؟

حالت اول: تلف یا نقص قبل از اخذ به شفعه باشد؛ در این حالت مشتری مسئولیتی ندارد حتی اگر تلف یا نقص در اثر عمل خود مشتری باشد (ید مالکانه)

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

حالت دوم: تلف یا نقص بعد از اخذ به شفعه و قبل از تسلیم مال؛ در این فرض مشتری امانی است و مسئول نیست مگر در حالت تعدی یا تفریط. حالت سوم: تلف یا نقص بعد از اخذ به شفعه و مطالبه مال؛ در این صورت مشتری باید مال را تحویل دهد و از لحظه‌ای که تحویل ندهد یا غاصبانه خواهد بود و مسئول هرگونه تلف یا نقصی است حتی در فرض قوه قاهره.

-در خصوص معیوب بودن مبیع حالات زیر متصور است:

۱- مبیع در زمان انعقاد عقد معیوب بوده است؛ اگر مشتری و شفیع هر دو عالم به عیب بوده‌اند خیار عیب نخواهند داشت. اگر مشتری عالم به عیب باشد اما شفیع جاهل به آن فقط شفیع خیار عیب خواهد داشت و می‌تواند اخذ به شفعه را فسخ کند (نه فسخ بیع یا دریافت آرش) در فرضی که مشتری جاهل به عیب است اما شفیع عالم به عیب باشد، مشتری حق فسخ نخواهد داشت اما می‌تواند از فروشنده آرش بگیرد و همچنین شفیع حق فسخ اخذ به شفعه را نخواهد داشت زیرا به عیب عالم بوده است در این فرض اگر مشتری از فروشنده آرش دریافت کرد شفیع نیز می‌تواند همان مبلغ آرش را از مشتری بگیرد زیرا مشتری مستحق همان ثمنی است که فقط پرداخت نموده است. در نهایت اگر هر دو جاهل به عیب بوده‌اند شفیع می‌تواند اخذ به شفعه را فسخ کند یا از خریدار آرش بگیرد و اگر اخذ به شفعه را فسخ کرد خریدار می‌تواند بیع را فسخ کند یا از بایع آرش بگیرد.

اگر شفیع اخذ به شفعه را فسخ نکند به دلیل عدم بازگشت مالکیت مبیع به مشتری او فقط می‌تواند از فروشنده آرش دریافت نماید.

۲- اگر عیب بعد قبض مشتری و قبل از اخذ به شفعه حادث شود بایع مسئولیتی در برابر خریدار و او نیز مسئولیتی در مقابل شفیع نخواهد داشت. -منافع منفصل در مالکیت مشتری باقی می‌ماند و اگر منافع متصل باشد با عین مال به شفیع می‌رسد.

-افزایش قیمت مال در فرضی که ناشی از اضافه کردن عینی به آن مال باشد، عین متعلق به مشتری است اما اگر به واسطه کارهایی باشد که مشتری نسبت به مال انجام داده است مستحق دریافت اجرت‌المثل است.

اگر افزایش قیمت ناشی از تورم باشد مشتری مستحق چیزی نمی‌باشد

-ماده ۸۱۲ قانون مدنی: اگر مبیع، متعدد بوده و بعض آن قابل شفعه و بعض دیگر قابل شفعه نباشد حق شفعه را می‌توان نسبت به بعضی که قابل شفعه است به قدر حصه آن بعض از ثمن اجرا نمود.

ممکن است در یک عقد بیع، دو مالی که نسبت به آنها، حق شفعه جاری است؛ مورد معامله قرار گیرند؛ نظیر زمین و موتورسیکلت، در این صورت شفیع، فقط می‌تواند نسبت به زمین مزبور، شفعه را اعمال نماید [چون موتورسیکلت قابل تقسیم نیست] و باید حصه مشاع را، به تناسب کل مبیع محاسبه نموده؛ و به خریدار پرداخت نماید، و در صورت حصول شرایط مندرج در این ماده، شریک باید جزئی از ثمن را، در مقابل جزئی از مبیعی که موضوع حق شفعه است؛ به مشتری پرداخت نماید (البته مشتری می‌تواند نسبت به بخش دیگر که قابل اخذ به شفعه نبوده با استفاده از خیار تبعض صفقه معامله را فسخ نماید).

-ماده ۸۱۵ قانون مدنی: حق شفعه را نمی‌توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود. صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید.

اگر چند مبیع که همگی قابل اخذ به شفعه هستند به موجب یک قرارداد فروخته شود اگر ثمن هر کدام جداگانه باشد شفیع می‌تواند قائل به تبعیض شود اما اگر به موجب یک ثمن باشند امکان تبعیض وجود ندارد.

-بعد از موت شفیع، حق شفعه به وراث او منتقل می‌شود. حال وراث دقیقاً همان اقداماتی را می‌تواند دنبال کند که شفیع قادر بود. لازم به ذکر است که اگر در بین وراث برخی از وراثین حق شفعه خود را اسقاط کنند، سایر وراثین نمی‌توانند این حق را بر سهم خود اجرا کنند. این قانون طبق ماده ۸۲۴ قانون مدنی بیان شده است. یا باید نسبت به تمام مبیع اقدامات مربوط اجرا شود یا صرف نظر به طور کل صورت گیرد.

-ماده ۸۱۶ قانون مدنی: اخذ به شفعه، هر معامله‌ای را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می‌نماید.

-حق شفعه و فسخ قرارداد:

الف- قبل از فسخ معامله اخذ به شفعه رخ دهد؛ حق فسخ به قوت خود باقی است و شخصی که به هر دلیل دارای حق فسخ است می‌تواند حق خود را اعمال کند.

مگر در خیار عیب و تفلیس، در این دو خیار زمانی دارنده آن می‌تواند قرارداد را فسخ کند که هنوز عین مال در مالکیت او موجود است در غیر این صورت حق فسخ نخواهد داشت.

ب- فسخ بعد از اخذ به شفعه خللی به اخذ به شفعه وارد نمی‌کند.

ج- اگر بعد از اخذ به شفعه شخصی که حق فسخ دارد قرارداد را فسخ کند به جای مالی که مورد اخذ به شفعه واقع شده است باید قیمت آن در زمان فسخ تأدیه شود.

د- فسخ قبل از اخذ به شفعه رخ دهد اگر فسخ به دلیل خيارات متصل به عقد باشد حق شفعه ساقط می‌شود.
اما اگر دلیل فسخ خيارات منفصل از عقد بوده است فسخ معامله موجب ساقط شدن حق اخذ به شفعه نمی‌شود.
- حق شفعه و اقاله قرارداد:

الف- اگر اقاله بعد از اخذ به شفعه باشد؛

- اقاله همچنان ممکن است زیرا قبلاً بیان شد تلف عوضین مانع از اقاله نیست و در این فرض اخذ به شفعه در حکم تلف مبیع می‌باشد.

- اقاله بعد از اخذ به شفعه خللی به آن وارد نمی‌کند.

- در اقاله بعد از اخذ به شفعه باید قیمت زمان اقاله تأدیه شود.

- اگر اقاله پیش از اخذ به شفعه باشد: به نظر دکتر کاتوزیان اقاله صورت گرفته در فاصله بیع تا اخذ به شفعه در برابر شفیع غیرقابل استناد است و شفیع همچنان می‌تواند با اخذ به شفعه حصه را تملک نماید.

- حق شفعه و انفساخ قرارداد:

۱- اگر ابتدا اخذ به شفعه واقع شود سپس معامله منفسخ شود، اخذ به شفعه از بین نمی‌رود و باید قیمت زمان انفساخ تأدیه شود.

۲- اگر ابتدا معامله منفسخ شود سپس اخذ به شفعه واقع گردد، چنین اخذ به شفعه ای ممکن نیست و باطل است.

• وصیت

وصیت را می‌توان از اعمال حقوقی رایگان و مجانی دانست چراکه عقود معوضی مانند اجاره و بیع نمی‌توانند موضوع وصیت قرار بگیرند.

وصیت به‌خودی‌خود ذاتاً نه عقد است و نه ایقاع.

وصیت می‌تواند تملیکی و یا عهدی باشد عقد وصیت ذاتاً معلق به فوت موصی می‌باشد و در قالب عقود رضایی با ایجاب و قبول و به‌صورت مسامحی و بلاعوض است. وصیت نیز مانند سایر عقود نیازمند شرایط اهلیت طرفین است و موصی‌له باید در تمام مراحل اهلیت داشته باشد، اهلیت برای موصی‌له هم در زمان انشاء عقد وصیت هم در زمان قبول وصیت و هم در زمان فوت موصی ضروری می‌باشد.

در خصوص موصی‌به نیز معلوم و عین بودن و موجود بودن عین و یا منافع و یا حتی قابلیت وجود، هم کفایت می‌کند موصی‌به باید مشروع و قابل انتقال باشد.

- در وصیت به ابراء موصی می‌تواند تا قبل از فوتش، طلبش را طلبش کند، اما بعد از فوت او وراث نمی‌توانند آن طلب را مطالبه کنند.

اگرچه ابراء قابل رجوع نیست اما وصیت به ابراء تا قبل از فوت از جانب طلبکار (موصی) قابل رجوع است.

- اگر طلبی که موصی آن را برای بعد از فوتش ابراء کرده است بیش از ثلث ترکه باشد نسبت به مازاد بر ثلث غیر نافذ است و از جانب وراث قابل رد است.

- وصیت به بخشش طلب: به این معنا که طلبکار، طلب خود را برای بعد از فوتش به مدیون ببخشد بخشش طلب عقد است و نیاز به قبول مدیون دارد بنابراین وصیت به بخشش طلب نیز یک عقد است)

- وصیت به وقف: به این معنا که شخصی اموال خود را برای بعد از فوتش وقف کند. وصیت به وقف یک عقد عینی است که حسب مورد نیاز به قبول از جانب موقوف علیهم (در وقف خاص) یا حاکم (در وقف عام) دارد.

- طبق ماده ۸۲۵ وصیت بر دو قسم است:

۱- وصیت تملیکی: وصیت تملیکی مطابق ماده ۸۲۶ قانون مدنی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجانی تملیک کند. از این‌رو یک فرد می‌تواند برای بعد از فوت خود، تا حدودی تکلیف اموال خود را مشخص کند. در این نوع وصیت، به کسی که وصیتی می‌کند موصی، کسی که وصیت تملیکی به نفع او شده است موصی‌له و به مورد وصیت موصی‌به گفته می‌شود.

○ قبول یا رد وصیت تملیکی به شرح زیر است؛

الف- قبول وصیت قبل از فوت موصی: این قبول زود هنگام نسبت به اراده موصی مؤثر نیست و موصی می‌تواند همچنان از وصیت خود رجوع کند، حتی در صورتی که موصی‌له، موصی‌به را قبض کرده باشد.

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 موصی‌له قبل از فوت موصی وصیت را قبول کرده باشد بعد از فوت، نیازی به قبول مجدد نمی‌باشد و در فرض اینکه سکوت کرده باشد قبول او استصحاب می‌شود.

اگر موصی‌له قبل از فوت موصی وصیت را قبول کرده باشد، بعد از فوت موصی می‌تواند آن را رد کند، زیرا طبق ماده ۸۳۰ ق.م.نسبت به موصی‌له، قبول یا رد وصیت بعد از فوت موصی معتبر است.

ب-رد وصیت قبل از فوت موصی: اگر شخصی وصیت کند و درحالی‌که هنوز فوت نکرده است، موصی‌له این وصیت را رد کند؛

-اگر موصی‌له قبل از فوت موصی، وصیت را رد کرده باشد، وصیت باطل نمی‌شود و موصی‌له می‌تواند بعد از فوت وصی، وصیت را قبول کند، بنابراین رد استصحاب نمی‌شود.

ج-قبول وصیت بعد از فوت موصی: اگر موصی فوت کرده و موصی‌له وصیت را قبول کند موصی‌به، به ملکیت او درمی‌آید حتی اگر هنوز آن را قبض نکرده باشد.

-اگر موصی‌له فوت کرده باشد و موصی‌له قبول وصیت کرده باشد پیش از قبض می‌تواند از قبول رجوع کند. (تا قبل از تسلیم موصی‌به وصیت جایز و قابل فسخ است)

-در صورت قبول و قبض موصی‌به را قبض کرده باشد دیگر امکان رجوع وجود ندارد.

د-رد وصیت بعد از فوت موصی: وصیت باطل و قابل قبول مجدد نمی‌باشد.

☞ ورثه موصی نمی‌توانند تا زمانی که موصی‌له رد یا قبول خود را بیان کند در موصی‌به تصرف کنند.

اگر تأخیر اعلام از جانب موصی‌له موجب ضرر برای ورثه باشد می‌توانند از دادگاه بخواهند تا موصی را الزام نماید تا تصمیم خود را اعلام دارد.

در وصیت توالی عرفی بین ایجاب و قبول لازم نیست.

۲-وصیت عهدی: وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور نماید. مانند اینکه متوفی یک نفر را انتخاب کرده باشد تا دیون و بدهی‌های او را بعد از فوتش بپردازد. یا اینکه به موجب وصیت عهدی شخصی را برای اداره امور مربوط به فرزند صغیر تعیین نموده باشد که به این فرد وصی می‌گویند.

وصیت عهدی مطابق ماده ۸۳۴ قانون مدنی جزء ایقاعات است. به این معنا که در وصیت عهدی قبول شرط نیست؛ لیکن وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد، بعد از آن حق رد ندارد، گرچه جاهل بر وصایت بوده باشد. به عبارت دیگر، بعد از فوت موصی، وصی نمی‌تواند وصیت عهدی را رد نماید؛ هرچند که از مفاد وصیت آگاه نباشد.

-قبول قسمتی از وصیت

همچنین قبول وصیت ممکن است ناظر به قسمتی از مورد وصیت باشد نه تمام آن. ماده ۸۳۲ قانون مدنی در این باره مقرر داشته است:

«موصی‌له می‌تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصی‌به قبول کند در آن صورت وصیت نسبت به قسمتی که قبول شده صحیح و نسبت به قسمت دیگر باطل می‌شود». قانون‌گذار در این ماده به صراحت تبعیض در قبول وصیت را پذیرفته است و فرض می‌کند این تبعیض با مفاد ایجاب و قبول هم تعارضی ندارد؛ اما اگر از مفاد وصیت استنباط شود که مقصود موصی، وصیت به تمام مال بوده و رضایت به چنین تبعیضی نداشته است مفاد ماده ۸۳۲ قابل اجرا نیست. در این حالت باید پذیرفت که رد قسمتی از وصیت سبب بطلان تمام وصیت خواهد بود.

-در وصیت بر غیر محصور یا وصیت برای فقرا یا امور عام‌المنفعه قبول شرط نیست.

{وقف بر غیر محصور اگر در قالب وصیت قرار بگیرد تحقق وصیت منوط به قبول حاکم و قبض آن طبق مواد ۵۶ و ۶۲ قانون مدنی است.}

ماده ۸۳۱ قانون مدنی: اگر موصی‌له صغیر یا مجنون باشد رد یا قبول وصیت با ولی خواهد بود.

وجود موصی‌له در حین وصیت، شرط است؛ حتی اگر محجور باشد، اما همان‌طور که صغیر، حق انعقاد قرارداد ندارد؛ نمی‌تواند وصیت را نیز قبول کند.

در وصیت تملیکی به نفع صغیر، در صورت حیات ولی قهری او، موصی نمی‌تواند شخص دیگری را، متولی اداره موصی‌به قرار دهد و در صورتی‌که وصیت به نفع صغیر، از نوع عهدی باشد؛ یعنی موصی، شخصی را وصی قرار دهد تا مالی را، بعد از بلوغ به تملیک او درآورد؛ یا در زمان طفولیت، با رعایت مصلحت برای او هزینه نماید؛ دیگر ولی طفل، اختیاری نخواهد داشت.

-ماده ۸۳۵ قانون مدنی: موصی باید نسبت به مورد وصیت، جایزالتصرف باشد.

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 وصیت اختیار لازم نیست و فقط اهلیت کفایت می‌کند.

-ورشکسته می‌تواند وصیت کند چون وصیت او ضرری به طلبکارها نمی‌رساند.

-وصیت محجورین باطل است. (نماینده محجور نمی‌تواند برای او وصیت نماید زیرا وصیت قائم به شخص می‌باشد)

-اگر موصی بعد از وصیت محجور شود (سفیه یا مجنون) وصیت صحیح می‌باشد.

(اهلیت موصی در زمان انشاء وصیت کافی می‌باشد)

-موصی می‌تواند برای انشاء وصیت به دیگری وکالت دهد و با قائم به شخص بودن آن تعارض ندارد زیرا منظور از قائم به شخص بودن آن است که

اراده موصی در انشای وصیت و تحقق آن لازم است.

-وصیت حتی اگر با انگیزه اضرار به دیان باشد صحیح است زیرا پرداخت دین مقدم بر وصیت است.

-اشتباه موصی در شخصیت موصی له موجب بطلان وصیت است.

ماده ۸۳۶ قانون مدنی: هرگاه کسی به قصد خودکشی خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگر از این قبیل که موجب هلاکت است مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید آن وصیت در صورت هلاکت باطل است و هرگاه اتفاقاً منتهی به موت نشد وصیت نافذ خواهد بود.

خودکشی الزاماً نشانه حجر نیست و حکم به بطلان وصیت، نوعی کیفر مدنی است (نظر دکتر کاتوزیان) اما نظر دکتر صفایی بر این است که مبنای بطلان در این ماده فقدان اهلیت است.

-اگر شخصی ابتدا وصیت کند سپس خودکشی نماید، وصیت صحیح است حتی اگر هنگام انشاء قصد خودکشی داشته است.

-اگر شخص خودکشی کند اما بنا به هر دلیلی نمیرد یا به دلیلی جز خودکشی فوت شود وصیت او صحیح است.

- ماده ۸۳۷ قانون مدنی: اگر کسی به موجب وصیت، یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند وصیت مزبور نافذ نیست.

- ماده ۸۳۸ قانون مدنی: موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند.

- ماده ۸۳۹ قانون مدنی: اگر موصی ثانیاً وصیتی برخلاف وصیت اول نماید وصیت دوم صحیح است.

-تصرفات اداری موصی در مال خود مانند اجاره دادن یا رهن دلالیت بر رجوع از وصیت ندارد.

-در صورتی که تقدم و تأخر دو وصیتنامه احراز نشود و اجرای هر دو ممکن باشد باید هر دو اجرا شود و اگر چنانچه اجرا وصیت‌ها از ثلث تجاوز کند

باید از هر دو به نسبت کسر کرد و اگر اجرای هر دو ممکن نباشد هر دو وصیت را باطل دانست.

-پاره کردن وصیتنامه خود نوشت یا سری، نشانه رجوع است ولی در مورد وصیتنامه رسمی، باقی ماندن وصیتنامه در دفتر اسناد رسمی اماره بقاء

وصیتنامه است مگر خلاف آن اثبات شود.

■ شکل تنظیم وصیت:

۱ در قانون امور حسبی برای تنظیم وصیتنامه سه شیوه خود نوشت، رسمی و سری پیش‌بینی شده است. بنابراین در قانون امور حسبی تنظیم وصیت به صورت شفاهی پذیرفته نشده است و بنابر ماده ۲۹۱ ق.ا.ج.ا اگر وصیتنامه‌ای بدون تشریفات مقرر در آن قانون و خارج از اشکال مندرج در قانون منعقد شده باشد، در مراجع رسمی پذیرفته نیست مگر آنکه وراثت به صحت وصیت اقرار کنند.

-شرایط تنظیم وصیتنامه خود نوشت عبارت است از:

۱-نوشته شدن تمام وصیت به خط موصی؛

۲-داشتن تاریخ روز ماه و سال به خط موصی؛

۳-امضای وصیتنامه

۴-وصیتنامه خود نوشت سند «عادی» محسوب می‌شود.

-برای اشخاص بی‌سواد امکان تنظیم وصیتنامه خودنوشت و سری وجود ندارد (ماده ۲۸۰ ق.ا.ج) و آنها چاره‌ای جز تنظیم وصیتنامه رسمی ندارند.

-در خصوص وصیتنامه سری موارد زیر قابل توجه 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