

الف) تعریف عقد:

1- م 183 ق.م.ع: عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و (در معنای مصدری) مورد قبول آنها باشد.

(2) ویژگی های تعریف مصدری عقد:

نخست. عقد اثر توافقی دو یا چند اراده است. دوم. اثرونتیجه ی توافقی ایجاد تعهد است.

✓ هرگاه اثر توافقی، تبدیل، سقوط یا انتقال تعهد یا آثار دیگری مانند ایجاد شخصیت حقوقی، انتقال و ایجاد ملکیت باشد عمل حقوقی عقد نیست.

(3) ایرادات تعریف مصدری عقد:

نخست- عقد و تعهد یکی پنداشته شده است در صورتی که عقد سبب تعهد است و تعهد اثر عقد.

دوم. به توافقی هایی که اثر آنها ایجاد تعهد است عقد گرفته شده است، در صورتی که ممکن است اثر مستقیم توافقی انتقال مالکیت باشد. مانند توافقی در عقد بیع، معاوضه، اجاره، قرض و هبه.

سوم. قانونگذار در این ماده عقود رایگان را تعریف کرده است در صورتی که عقود رایگان اهمیت بیشتری دارند. چهارم. از واژه ی نفر چنین به ذهن متبادر می شود که دو طرف عقد در اشخاص حقیقی منحصر است و اشخاص حقوقی نمی توانند دو طرف عقد باشند که بر مبنای م 588 (ق.ت) اشخاص حقوقی نیز می توانند قرار داد ببندند.

(4) تعریف مفعولی عقد:

✓ عقد ماهیت اعتباری یا اثر حقوقی است که در نتیجه ی توافقی اراده ی دو شخص ایجاد می شود.

(5) مقایسه دو تعریف فوق (تعریف مفعولی و مصدری): ✓ در تعریف مصدری هر توافقی عقد است ولی در معنای مفعولی عقد ماهیت اعتباری است که به توافقی دو یا چند نفر نیاز دارد.

(6) واژگان حقوقی مرتبط با عقد:

الف) توافقی و عقد: برای تشکیل هر عقدی توافقی دو یا چند شخص لازم است، در صورتی که هر توافقی عقد نیست مثلاً هرگاه دو طرف با هم برای رفتن به دانشگاه توافقی کننده عقدی تشکیل نشده است زیرا طرفین در اخبار به حق اشتراک نظر دارند نه در انشای آن.

ب) معامله و قرار داد:

✓ معامله و قرار داد مترادفند و در حقوق مدنی اغلب به جای عقد به کار می روند.

✓ معاملات جمع معامله است و به دو گروه مالی و غیر مالی تقسیم می شوند.

✓ کاربرد واژه ی معامله:

نخست- در معنای وسیع ← به عقود و ایقاعات و حتی اقرار، شهادت و قسم معامله گرفته می شود.

دوم- در معنای خاص ← به عقد یا قرار داد (مالی و غیر مالی) معامله گویند.

سوم- در معنای محدودتر ← فقط به عقود مالی معامله گفته می شود.

ب) مفهوم و منابع تعهد:

1. تعهد:

✓ به معنی بر عهده گرفتن و خود را مدیون کردن و به متعهد شدن یا بر عهده گرفتن فعل یا ترک عملی در برابر دیگری گفته می شود.

✓ کسی که انجام دادن فعل یا ترک فعلی را در برابر دیگری می پذیرد متعهد و ذی نفع تعهد را متعهد له و مورد تعهد (فعل) یا ترک فعل) را متعهد به گویند.

2. التزام:

✓ گاهی تعهد به معنای اسم مفعولی بکار می رود و مقصود از آن تکلیف یا وظیفه ای است که شخص بر عهده گرفته است یا به حکم قانون برای او ایجاد شده است که به آن التزام گویند.

✓ جنبه ی مثبت التزام التزام نام دارد و جمع آن الزامات است.

3. دین:

✓ هرگاه تکلیف قانونی یا قراردادی جنبه ی مالی نداشته باشد، آن را دین و متعهد را مدیون و طلبکار را دین می نامند.

✓ جنبه ی منفی آن را دین و جنبه ی مثبت آن را حق دینی گویند.

4. تکلیف:

✓ تعهدات غیر مالی تکلیف نامیده می شوند، مثل تکلیف پدر و مادر در حضانت فرزند.

5. منابع تعهد:

✓ منابع تعهد در برخی نوشته ها عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم و قانون یاد شده است ولی امروزه در اعمال حقوق و وقایع حقوق منحصر است.

✓ سبب تعهد یا امر ارادی است یا حکم قانون : امور اداری در عالم حقوق به امور انشایی و اخباری تقسیم می شوند و

امور انشایی به عقد و ایقاع قابل تقسیم است. عقد محصول همکاری دو انشاء و ایقاع محصول یک اراده و یک انشاء است.

✓ امور اخباری برای اثبات حق و دین بکار گرفته می شوند.

✓ اقرار، شهادت و قسم از نظر اثباتی در کنار اعمال حقوقی منبع اثباتی دین و تعهد بشمار می روند.

✓ قانون منبع مستقیم تعهد است و تعهد به حکم قانون ایجاد می شود.

6. امور حقوقی:**(الف) عمل حقوقی:**

نخست- تعریف عمل حقوقی مصدری: انشای یک ماهیت اعتباری است به اراده ی انسان که قانون برای آن آثار حقوقی

مقرر کرده است و به دو گروه عقد و ایقاع تقسیم می شود.

دوم- اقسام اعمال حقوقی: ✓ اعمال حقوقی که به انشاء نیاز دارند مانند عقد و ایقاع ✓ اعمالی که به اراده متکی اند

ولی اخبارند نه انشاء، مانند اقرار، ادعا، شهادت.

(ب) واقعه حقوقی: رویداد ارادی یا غیر ارادی مادی است که قانون برای آن اثر یا آثار حقوقی ثابت کرده بدون آنکه

شخص تحقق آثار آنرا خواسته باشد، مانند تولد- فوت ایجاد حریق و ...

✓ اقسام وقایع حقوقی:

نخست- ارادی: مانند اتلاف عمدی دوم. غیر ارادی، مانند تولد، مرگ، اتلاف غیر عمدی و تسبیب.

7. اقسام تعهد: الف- تعهدات ناشی از قرارداد ب- الزام قانونی که همان تعهد قانونی است.

8. ایقاع: ✓ در لغت: به معنی واقع ساختن و تحقق بخشیدن است.

✓ در اصطلاح حقوقی:

الف- در معنی مصدری به انشاء یک ماهیت حقوقی با یک اراده گفته می شود مانده طلاق که به اراده زوج متکی است.

ب- در معنی مفعولی: به ماهیت حقوقی ناشی از اراده یک طرف گفته می شود.

✓ عناصر و شرایط ایقاع:

الف عمل حقوقی ارادی است که با اراده انشایی یک طرف ایجاد می شود. و واقعه حقوقی نیست.

ب- انشاء است نه اخبار ج- انشاء اثر حقوقی با یک اراده است و به انشاء طرف دیگر نیاز ندارد.

✓ اقسام ایقاع:

الف- ایقاع معین (با نام) ← ایقاعی که در قانون نام معین و احکام ویژه ای دارد مانند طلاق.

ب- ایقاع نامعین (بی نام) ← ایقاعی که نام و احکام ویژه ای در قانون ندارد، مثل ایقاع های اذنی ولی طبق قواعد عمومی نافذ و معتبر است.

ج ایقاع شبهه معین یا نامعین: برخی از ایقاعات را از آن جهت که نام و نفوذ آن در قوانین آمده است ولی در قوانین

احکام روشنی ندارند به این نام می خوانند ← مثل اجازه و رد مالک در معامله فضولی.

✓ تقسیم ایقاع از جهت آثار حقوقی:

الف- ایقاع مملک: مانند احواء اراضی موات ب- ایقاع مسقط حق عینی: مانند اعراض از مالکیت عین

ج- ایقاع مسقط حق دینی، مانند ابراء د- ایقاع منحل کننده قرار داد: مانند فسخ- طلاق- بذل مدت

ه- ایقاع رجوعی مثل رجوع از طلاق ن- ایقاع اذنی مانند: اذن در ایقاع.

مبحث دوم: اقسام عقد:

گفتار اول) تقسیم عقود به اعتبار آثار آنها:

1) عقد جایز، لازم و خیاری

الف) عقد لازم: آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در مو ارد معین مانند عقد بیع و اجاره.

ب) عقد جایز: آن است که هر یک از طرفین هر وقت که بخواهد، عقد را فسخ کند. مانند عقد وکالت و ودیعه.

✓ عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز مانند عقد رهن که نسبت به مرتهن جایز است و نسبت به رهن لازم، و عقد ذمه و امان.

ج) عقد خیاری: آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد مثل م 188

نک: فایده تقسیم عقد لازم و جایز:

✓ در عقد لازم دو طرف قرار داد به آن پای بندند و هیچ یک به دلخواه نمی توانند آن را فسخ کند ولی طرف عقد جایز

هر وقت بخواهد می تواند آن را بهم زند.

✓ عقد جایز به مرگ، جنون، سفه یکی از دو طرف منسوخ می شود. ولی عقد لازم با هیچ یک از وقایع مذکور منحل نمی شود.

نک: اثر توافق دو طرف در لزوم و جواز عقد: ✓ هرگاه لزوم و جواز عقد حکم یا قاعده ای امر می باشد، دو طرف نمی توانند با تراضی آن را تغییر دهند ولی اگر حق باشد، امکان سلب و اسقاط حق به صورت جزئی وجود دارد.

2- عقد معلق و عقد منجز:

الف- عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق است.

ب- عقد معلق: عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد.

ج- تفکیک عقد معلق از عقد مشروط و مؤجل و احتمالی (شانسی)

نخست - عقد مشروط: عقد منجزی است که هیچ یک از انشاء یا منشاء آن به تحقق حادثه ای موقوف نشده است و شرط در عقد مشروط یک امر فرعی متصل به عقد است که در نتیجه ی عقد و به تبع آن حاصل می شود.

✓ تشخیص شرط و تعلیق به قصد دو طرف بستگی دارد - مفهوم تعلیق از کلمه اگر و مفهوم شرط از عبارت به شرط اینک و هرگاه هیچ واژه یا نشانی نبود، حمل بر معنی شرطی، مناسب تر است.

دوم - عقد مؤجل: با وقوع تراضی اصل حق و رابطه ی دینی ایجاد می شود ولی در این تا مدتی حق مطالبه ی دین را ندارد ولی در عقد معلق پیش از تحقق معلق علیه، اصل حق ایجاد نمی شود.

سوم- عقد احتمالی (شانسی): در این عقد معادله دو عوض به طور منجز است و فقط مقدار عوض را رویداد مورد توافق دو طرف تعیین خواهد کرد. - عقد شانسی در دسته عقود معوض قرار می گیرد در صورتی که عقد معوض و رایگان هر دو ممکن است معلق باشند.

✓ عقد احتمالی عقدی است که در آن مقدار دو عوض به امر نامعلومی در آینده موقوف می گردد و با عقد معلق تفاوت دارد.

✓ قمار و گروبندی در زمره ی عقود احتمالی و باطلند- مگر گروه بندی در موارد استثنائی مثل اسب سواری.

د- اقسام عقد معلق:

نخست - عقد معلق به اعتبار تعلیق در انشاء مانند تعلیق ضمان ← عقد باطل است و تشکیل نمی شود.

دوم- عقد معلق به اعتبار تعلیق در آثار عقد مانند تعلیق التزام به تادیه ← تعلق صحیح است و عقد تشکیل می شود.

سوم- عقد معلق به اعتبار تعلیق در منشاء: مثلاً مالک خانه ای با ایجاب منجز به مخاطب بگوید، خانه ام را به قیمت یک صد میلیون تومان به تو فروختم اگر تا یکسال اتومبیل معینی را برایم ازخارج وارد کنی و او بگوید قبول است ← عقد اختلافی است و صحت عقد قوی تر است.

ه- اعتبار عقد معلق در فقه و حقوق:

بیشتر فقیهان و حقوقدانان تعلیق در انشاء را حتی در امور اعتباری محال و باطل می دانند، زیرا عقل سلیم آن را محال می پندارد، ولی تعلیق در منشاء در قابل قبول و ساده انگاشته اند.

ن- دلایل صحت عقد معلق در حقوق ایران:

نخست- ظاهر این است که قانونگذار عقد معلق را یکی از اقسام عقد حقوقی شناخته است.

دوم اصل حکومت اراده برقرار دادها و آزادی آن در تشکیل هر نوع قرارداد، جز قراردادی که مخالف صریح قانون است اقتضا دارد که عقد معلق، صحیح باشد.

سوم- م 723 ق م: به طور صریح التزام معلق را در قالب شرط ضمن عقد صحیح و معتبر شناخته است.

چهارم- تصریح قانونگذار بر بطلان ضمان معلق و نکاح معلق نیز به لحاظ اهمیت این عقود در روابط اجتماعی قرینه ی دیگری، بر صحت عقود معلق است.

و- شرایط عقد معلق:

نخست- انشاء (ایجاب و قبول) بلید منجز باشد تا عقد (به مفهوم مصدری) تشکیل شود.

دوم- تعلیق منشأ یا اثر عقد به صورت واقعی باشد نه صهری

✓ تعلیق هنگامی واقعی است که شرط تعلیقی یا معلق علیه

اولاً یک حادثه خارجی باشد که تحقق آن معلوم نیست.

ثانیاً معلق علیه از شرایط صحت نباشد- زیرا تعلیق به شرایط صحت عقد، تأکیدی است بر اجرای قانون

ثالثاً، معلق علیه اجرای امری با انتخاب و اختیار متعهد نباشد و گرنه عقد باطل است.

سوم- عقد به شرط محال، غیر مقدور و نامشروع یا شروط باطل و مبطل معلق نشود و گرنه باطل است.

ی- اثر عقد معلق:

نخست. پیش از تحقق شرط: تعلیق در انشاء باطل است و تعلیق در منشأ صحیح

دوم. پس از تحقق شرط: هرگاه شرط تعلیقی یا معلق علیه محقق شود، عقد از حالت تعلیق در می آید و آثار حقوقی عقد به طور کامل جاری می شود.

3. عقد تملیکی و عهدی:

الف) عقد تملیکی: عهدی است که اثر اصلی و مستقیم آن انتقال مالکیت از یک طرف به طرف دیگر است مانند عقد بیع عین معین یا اجاره عین معین.

ب) عقد عهدی: عهدی است که اثر اصلی و بی واسطه ی آن ایجاد، انتقال یا سقوط تعهد است مانند عقد بیع کلی.

✓ ضابطه ی تشخیص: برای تشخیص عقد تملیکی از عقد عهدی، قصد دو طرف- ماهیت عقد و مورد معامله به ترتیب و با هم باید در نظر گرفته شود، اگر چه مورد توافق در عقد تملیکی عین معین است، دو طرف نسبت به عین معین عقد عهدی ببندند.

4. عقد مستمر و آنی (فوری):

✓ به اعتبار اجرای تعهدات ناشی از آن در زمان انعقاد یا در لحظه ی توافق و در طول مدت معین.

الف) عقد آنی: عهدی است که اثر آن اصولاً با انعقاد قرار داد یا در لحظه ی دلخواه دو طرف ایجاد می شود مانند عقد بیع که به مجرد وقوع آن مشتری مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن می گردد.

ب) عقد مستمر: عقدی است که اجزای مورد عقد به تدریج و به طور مستمر در طول زمان معین ایجاد می شود مانند عقد اجاره، بیمه و شرکت.

✓ تفاوت‌های عقود مستمر و آنی:

نخست- در عقود فوری حق حبس وجود دارد. ولی حق حبس در عقود مستمر به طور کامل اجرا نمی شود.

دوم- در عقود مستمر بطلان عقد ناظر به آینده است، در صورتی که در عقود فوری بطلان عقد از زمان تشکیل آن است یا به تعبیر دقیق تر بطلان عقد، کاشف از آن است که عقدی تشکیل نشده است.

سوم- ممکن است تغییر اوضاع و احوال و وقوع حادثه غیر قابل پیش بینی و پیش گیری، عقود مستمر را بی فایده کند و مسأله تعدیل را پیش بیاورد. در صورتی که در عقود آنی مسأله مواجه شدن عقد با حوادث پیش بینی نشده مطرح نمی شود.

گفتار دوم: تقسیم عقود به اعتبار شرایط انعقاد آن:

1- عقد رضایی- تشریفاتی و عینی:

الف- عقدی که تشکیل آن فقط به دو انشاء نیاز دارد، عقد رضایی نامیده می شود. در واقع عقد رضایی همان عقد قصدی است که به تشریفات نیاز ندارد.

ب- عقد تشریفاتی عقدی است که علاوه بر قصد مشترک دو طرف و شرایط اساسی و اختصاصی به تشریفات نیاز دارد.

ج- عقد عینی به عقدی گفته می شود که با قصد مشترک دو طرف و تسلیم مورد معامله تشکیل می شود مانند عقد وقف.

✓ اصل، تشکیل عقد بوی مبنای توافق دو قصد است (اصل رضایی بودن معادله)

✓ استثناهای اصل و مصداقهای عقد تشریفاتی:

نخست- عقد انتقال حق کسب و پیشه و تجارت با سند رسمی.

دوم- عقد انتقال سهم الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود با سند رسمی است.

سوم- عقد بیمه نیز با تنظیم سند (نوشته) منعقد می شود.

2- عقد معین و نامعین:

الف- عقد معین (با نام) عقدی است که در قانون عنوان معین دارد و احکام، شرایط و آثار ویژه ای را قانونگذار برای آن تعیین کرده است مانند بیع- اجاره - صلح.

✓ بهتر است که این نوع عقد را عقد نمونه قانونی یا عقد الگودار نامید.

ب- عقد نامعین (بی نام): می توان عقدی را منعقد کرد که در قانون عنوان و شکل خاصی ندارد، احکام، شرایط و آثار

چنین عقدی تابع قوانین طرفین وقواعد عمومی قرار داده است. مانند قرارداد اقامت در هتل، این قرارداد را می توان قرارداد نمونه ی انتخابی دو طرف نامید.

✓ رابطه ی عقد بی نام و صلح: عقد صلح خود نوعی عقد معین است که باید به طور صریح یا ضمن انتخاب شود، در

صورتی که تشکیل قرار داد خصوصی به هیچ قالب خصوصی نیاز ندارد. قراردادهای خصوصی فقط درباره ی کسانی موثر است که در تراضی شرکت داشته اند ولی عقد صلح ممکن است درباره ی دیگران نیز موثر است.

3- عقد مختلط (مرکب):

✓ عقد (مرکب): عقدی است که از چند عقد تشکیل شده، عقد مرکب است. مانند قرارداد اقامت در مهمانسرا - اجاره اشخاص.

✓ ماهیت عقد مختلط و فایده تشخیص: ✓ نظر مشهور این است که هر یک از عقود معین تابع قواعد ویژه خود است.

گفتار سوم تقسیم عقود به اعتبار حکومت اراده ی دو طرف:

1- قراردادهای با گفتگوی آزاد و قراردادهای الحاقی:

الف. قراردادهایی که دو طرف نخست با گفتگوی آزاد درباره ی حقوق و تعهدات خویش به توافق می رسند آنگاه عقد بر اساس همان تراضی منعقد می سازند. و طرفین در شرایط تقریباً مساوی قرار دارند. ← قرارداد با گفتگوی آزاد است.

ب- قراردادهایی که طرف ایجاب با داشتن قدرت اقتصادی و در انحصار داشتن کالا و خدمات، شرایط و آثار قرار داد را از پیش تعیین می کند و طرف دیگر به دلیل نیاز مبرم به ناچار آن را می پذیرد، مثل قرارداد استفاده از آب، قراردادهای الحاقی هستند.

2- عقد فردی جمعی:

الف- عقد فردی: هر شخص با اراده ی خویش قرار داد می بندد و متعهد به امری می شود و اثر عقد نیز محدود به کسانی است که آن را منعقد می کنند- یعنی قراردادها اصولاً فردی اند.

ب- عقد جمعی: گاه حفظ نظم و منافع عمومی اقتضا دارد که قانونگذار اشخاصی را بدون رضای آنان به تعهدات و پیمانهایی که دیگران بسته اند پای بند کند، این گونه قراردادها را، که اشخاص بدون رضا و به حکم قانون به آثار پیمان دیگران پای بند می شوند، قرار دادهای جمعی گفته اند مانند پیمان دسته جمعی کار و قرارداد ارفاقی.

گفتار چهارم: تقسیم عقد به اعتبار موضوع و هدف اقتصادی آن ها:

1- عقد معوض و عقد غیر معوض:

الف- عقد معوض: عقدی است مرکب از دو مورد که هر دو مورد ممکن است مال یا تعهد یا یکی مال و دیگری تعهد باشد. مانند عقد بیع، اجاره- قرارداد کار.

ب- عقد غیر معوض: عقدی است که فقط یک مورد دارد و آن مورد، عوضی ندارد. مانند عقد هبه- عاریه- صلح بلاعوض.

✓ شرط عوض در عقد مجانی ماهیت آن را دگرگون نمی سازد و به عقد معوض تبدیل نمی کند زیرا شرط در عقد جنبه فرعی دارد.

✓ غیر مقدور، نامشروع و بی فایده بودن مورد شرط عوض، عقد را باطل نمی کند و فقط به بطلان شرط می انجامد. نک) فایده و اثر تقسیم:

نخست- در عقد معوض: هر یک از عوض و معوضی علت دیگری بشمار می رود و بطلان انتقال یک مورد به مورد دیگر نیز سرایت می کند.

دوم- از عقد رایگان به عنوان قرار داد تجارتي استفاده نمی شود بلکه فقط قرار دادهای معوض ممکن است عنوان قرارداد تجارتي داشته باشند.

سوم- خيار شرط و خيارات قانونی دیگر از ضمانت اجراهای قرار دادهای معوض محسوب می شوند و در عقد رایگان خيار راه ندارد.

2- عقد معاوضی و مشارکتی:

الف عقد معاوضی: عقدی است که دو طرف با هم تبادل ملکیت یا تعهد می کنند و هر یک از آنها به سود خود می اندیشد .
✓ در این قرار داد تسامح راه ندارد و غرر موجب بطلان آن می شود مانند بیع و اجاره .

ب- مشارکتی: در برابر عقود معاوضی، پاره ای از عقد و قرار دارند که بنای شرکت کنندگان در آنها تراضی و مشارکت است نه معاوضه مانند مضاربه- مزارعه- مساقات.

✓ در مشارکتها یکی از دو عوض احتمالی است و عقد در پاره ای از جهات بر مبنای مسامحه واقع می شود.

✓ برخلاف معاوضات که اغلب بین دو شخص منعقد می شود، در مشارکتها ممکن است عقد بین دو گروه بسته شود

✓ در عقود مشارکتی علم تفصیلی لازم نیست.

فصل دوم: تشکیل و اعتبار عقد و تعهد

مبحث یکم: تشکیل عقد و تعهد:

مقدمه: اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی از چهار اصل تشکیل می شود:

نخست. اشخاص در انعقاد قرارداد آزادند.

دوم. قرار دادها اصولاً بر پایه ی اراده ها (قصد دو طرف) تشکیل می شود و به تشریفات ویژه ای نیاز ندارد.

سوم. هر قراردادی بین دو طرف یا قائم مقام آنها الزام آور است.

چهارم. اصل، نسبی بودن قراردادهاست.

✓ محدودیتهای آزادی قراردادی:

1. قانون، مقصود از قانون، قانون امری است نه تکمیلی 2 نظم عمومی 3 اخلاق حسنه.

گفتار یکم: قصد و رضا:

بند اول: قصد:

الف) تعریف قصد و رضا:

1. در علم حقوق، قصد و رضا اعمال ارادیند.

2. قصد و رضا همان حرکت عملی است برای تحقق و منجز ساختن آنچه که از روی علم و ادراک تصمیم گرفته شده است.

3. قصد و رضا دو چهره ی بنیادی اراده در تشکیل ساختمان عقد بشمار می روند.

4. بدون قصد عقد باطل و بدون رضا عقد غیرنافذ می شود.

(ب) تاریخ تشکیل عقد:

✓ قانونگذار ایران منشأ تکوین عقد را اراده ی درونی می داند، لیکن برای حفظ نظم معاملاتی و تنظیم روابط قراردادی آن را از تاریخ ابزار موثر می داند.

✓ در حقوق ایران عقد با قصد انشای دو طرف (اراده درونی) و به شرط ابزار محقق می شود، خواه با قصد دو طرف منعقد شود یا با انشای یک شخص در موارد نمایندگی.

(ج) اعلام و بیان اراده:

1. مفهوم و لزوم اعلام اراده: مادام که ایجاب به طرف دیگر اعلام نشده و مخاطب ایجاب آن را قبول نکرده است، اصولاً ایجاب کننده به آن پای بند نیست، زیرا حقی برای طرف مقابل ایجاد نشده است، پس ایجاب کننده می تواند عدول کند. ✓ به نظر می رسد برای تشکیل عقد اعلان قبول کافی است و لازم نیست که مخاطب ایجاب، قبولی خود را به ایجاب کننده اعلام کند.

2. وسایل اعلام اراده: ✓ به طور متعارف، لفظ، اشاره و نوشته وسایل اعلام اراده اند.

3. اراده کننده: ✓ کسی که عقد را برای خود انشاء می کند- قائم مقام- حق بیگانه یا معامل فضولی.

4. اعلام صریح و ضمنی: ✓ معیار صریح بودن اراده این است که با وسایل متعارف و به منظور معامله کردن بیان شود. ✓ پاره ای از مصداقهای اعلام ضمنی اراده مثل نهادن کالا در ویترین با ذکر قیمت - یا ایستادن تاکسی در ایستگاه سوار کردن مسافر.

5. نقش سکوت در بیان اراده: ✓ سکوت به تنهایی ح اکی از اراده شخص نیست و از وضع شخص ساکت چیزی فهمیده نمی شود. و موارد استثنایی که سکوت در آنها علامت رضاست، سکوت محض نیست.

✓ سکوت نمی تواند بین اراده شخصی ساکت باشد و اعم از رضاست و بدون اماره و قرینه اعتباری ندارد.

(د) توافق دو اراده:

1. طرح تشکیل یک عقد: عقد = (ابواز قصد طرف دوم) قبول + ایجاب (اعلام قصد طرف نخست)

2. گفتگوهای مقدماتی و توافق پیش از عقد: (پیش قرار داد): ✓ با پیش قرار داد (قولنامه) فقط برای هر یک از دو طرف حقی ایجاد می شود که به موجب آن می تواند طرف مقابل را به اجرای تعهد خود اجبار کند. (اجرای قولنامه) ✓ توافق های پیش از عقد، گاه بصورت وعده و قرارداد (قولنامه) الزام آور در می آیند و ممکن است عقد اصلی بر مبنای توافق های مذکور منعقد شود.

✓ هر توافق پیش از عقد را نباید شرط بنایی عقد دانست، بلکه باید از سند عقد و اوضاع و احوال احراز شود که عقد بر مبنای آن منعقد شده است یا نه.

3. ایجاب: قصد انشای نخستین + وسیله ی اعلام = ایجاب

✓ پیشنهاد معامله در صورتی ایجاب است که کامل- مشخص- قاطع و خطاب به طرف معامله و به منظور اعلام به او باشد.

(نک) اقسام ایجاب: ایجاب ساده- ایجاب همراه با التزام- ایجاب مدت دار- ایجاب معلق، مشروط و ایجاب مخاطبان غایب

✓ -پاره ای از التزامها مانند التزام عرفی یا التزام ضمن عقد جایز، اعتبار التزام ضمن عقد لازم را ندارد- هرگاه التزام ضمن عقد لازم با اسقاط حق رجوع باشد از استحکام نسبی برخوردار است.

نک) زوال ایجاب در موارد زیر است: نخست- انقضای مدت ایجاب ← مثل خیار ما یفسد لیومه دوم- عدول ایجاب کننده از ایجاب ← مثل اینکه وسط راه پشیمان می شود. سوم- مرگ و حجر ایجاب کننده. چهارم. رد ایجاب بوسیله ی مخاطب. نک). مقایسه ی ایجاب و ایقاع:

عمل حقوقی است → عقد = قبول + ایجاب عمل حقوقی = ایقاع

4- قبول: قبول یکی از دو رکن عقد است و به پذیرش بی قید و شرط ایجاب قبول گفته می شود.

✓ از نظر تحلیلی ابراز انشای مخاطب ایجاب یا قصد انشای او با یک ابزار خارجی قبول نامیده می شود.

نک) شرایط قبول: نخست- قبولی باید ابراز شود. دوم- قبولی باید در مدت اعتبار ایجاب باشد وگرنه عقد منعقد نمی شود.

سوم- قبولی باید بی قید و شرط باشد. چهارم- قبولی مسبوق به رد نباشد. پنجم- قبولی با ایجاب مطابقت کند.

ه) شرایط:

1. مطابقت ایجاب و قبول و تشکیل عقد:

نخست- نوع عقد: مطابقت قبول با ایجاب در نوع عقد برای تشکیل آن لازم است وگرنه عقد منعقد نمی شود و دو طرف در ویژگی های عقد مثل منجز- معلق- مطلق- و مشروط بودن عقد باید با هم موافق باشند.

دوم- ماهیت مورد عقد: منظور از ماهیت مورد عقد ماهیت عرفی آن است نه ماهیت طبیعی آن

سوم- کمیت مورد عقد: از آنجا که ایجاب و قبول دورکن عقد تلقی می شود، عدم مطابقت آن دو حتی درباره ی کمیت مورد معامله نیز به بطلان عقد می انجامد.

چهارم- وصف اساسی مورد (کلی) عقد: عدم هماهنگی ایجاب و قبول در اینجا نیز مانع تشکیل عقد است.

و) زمان و مکان وقوع عقد:

1. اهمیت و آثار تعیین زمان و مکان تشکیل عقد:

✓ قانون حاکم بر عقد، قانونی است که در آن زمان معتبر و لازم الاجرا بوده است.

✓ آثار عقد از زمان تشکیل عقد بوجود می آید، مگر اینکه به امر دیگری موقوف شده باشد.

✓ فوت و حجر یک طرف پس از وقوع عقد، جز در عقود جایز، اثری ندارد. ولی مرگ هر یک از دو طرف پیش از تشکیل عقد مانع آن است.

✓ ایجاب کننده اصولاً پیش از تشکیل عقد حق رجوع دارد و بعد از آن اختیار رجوع و پشیمانی از او سلب می شود.

✓ دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلافات ناشی از قرار داد، دادگاهی است که عقد در آنجا تشکیل شده است. مگر اینکه

قرار داد درباره ی مال غیر منقول باشد که دادگاه صالح برای رسیدگی به آن، دادگاه محل وقوع مال غیر منقول است.

✓ تعهدات ناشی از عقود تابع محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.

2. راه کار مناسب برای تمیز زمان وقوع عقد که مکان وقوع عقد نیز تابعی از زمان وقوع عقد است.

✓ از نظر منطقی نظریه اعلان قبول (بر طبق این نظریه عقد با بیان و ابراز قبولی بسته می شود و آگاهی ایجاب کننده از

قبول مخاطب خود لازم نیست) مورد موافقت است ولی از نظر اثباتی در اغلب موارد نظریه ارسال (بر طبق این نظریه عقد در زمان ارسال نامه قبولی، منعقد می شود) مورد قبول است.

بند دوم: سلامت اراده (قصد و رضا) و عیوب آن:

الف) اشتباه:

1. **تعریف:** اشتباه را پندار نادرست از واقعیت یا خطا در شناخت و اعتقاد برخلاف واقع معرفی کرده اند.

✓ در حقوق قراردادهای اشتباه را یکی از عیوب اراده می دانند.

2. **شرایط تأثیر اشتباه:**

✓ اشتباهی موجب بطلان قرار داد است که به ایجاب یا قبول یا هر دو سرایت بکند و قید تراضی باشد.

✓- اشتباه عمدی باشد، مقصود از اشتباه عمده آن است که اگر اشتباه کننده حقیقت را بداند به انشای عقد راضی نشود.

3. **اثر حقوقی اشتباه:**

✓ پاره ای از اشتباهات قصد را زایل می کند و مانع تشکیل عقد می شود، در صورتی که ممکن است اشتباه فقط رضا را از بین ببرد- موضوع برخی از اشتباهات علت یا جهت تعهد یا شخص طرف یا مورد عقد است.

4. **اشتباه در قانون مدنی:**

✓ رضای حاصل در نتیجه ی اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست (م 199 ق م)

✓ فقط از اشتباه در خود موضوع معامله و شخصیت طرف در صورتی که علت عمدی عقد باشد به عنوان اشتباه موثر در عقد نام برده شده است. (م 200 و 201 ق م)

✓ اشتباه موثر در اراده، عقد را باطل می کند ولی قانونگذار اشتباه موثر در معامله را موجب عدم نفوذ آن داشته است.

5. **قلمرو اشتباهات موثر:**

نخست- اشتباه در مورد معامله: 1. اشتباه در خود موضوع معامله: این اشتباه در زمره ی اشتباهات موثر است و

موجب بطلان عقد می شود. 2. اشتباه در غیر خود موضوع معامله که اشتباه غیر موثر در اراده است.

دوم- اشتباه در شخص طرف 1. اشتباه در شخص طرف در صورتی که شخصیت او علت عمدی عقد است، اشتباه

موثر در اراده می باشد که عقد را باطل می کند. 2. اشتباه در شخص طرف در فرضی که شخصیت او علت عمدی

عقد نیست: اشتباه غیر موثر در اراده است.

ب- اکراه:

1. **مقدمه:** (سلامت رضا): ✓ رضا شرط صحت عقد نیست بلکه شرط نفوذ و تأثیر عقد است، بدون رضا نیز عقد تشکیل می شود ولی نافذ نیست و اثری ندارد.

2. **تعریف اکراه و اقسام آن:**

✓ اکراه عبارت از فشار مادی یا معنوی است بر شخص تا او را وادار به انجام عملی نماید.

✓ می توان اکراه یا (کره) را حالت (ترس و وحشت) ناشی از عمل تهدید آمیز دیگری در شخص مکره (اسم مفعول) دانست که اراده او را معیوب می کند.

نخست- اکراه تام (ملجی): هرگاه کسی در اثر تهدید دیگری قصد انشای خود را از دست بدهد و در آن حال عقدی را ایجاب یا قبول کند، عقد تشکیل نمی شود و باطل است.

دوم- اکراه ناقص (غیر ملجی): هرگاه اعمال اکراه آمیز، رضای طرف قرار داد را از بین ببرد آن را اکراه ناقص گویند.

سوم- اکراه مادی: با فعل مادی مانند ضرب و جرح محقق می شود.

چهارم- اکراه معنوی: هرگاه وسیله ی اکراه تهدید به اذیت- قتل، ضرب و جرح و ... باشد، اکراه معنوی است.

پنجم- اکراه ایجابی: مانند تهدید به انجام دادن کار زیانبار

ششم- اکراه با فعل سلب ی: مثلاً پزشکی، بیمار نیازمند به عمل جراحی را به خودداری از عمل در صورت عدم پرداخت اجرت سنگی تهدید کند.

3. مفهوم اضطرار و حکم معامله ی اضطراری:

✓ اضطرار در عقود حالتی است در طرف قرار داد که او را به ایجاب یا قبول ناپار می کند ولی این حالت در اثر تهدید مستقیم سنگین تهدید کند.

✓ در عقد اضطراری طرف معامله تحت فشار درونی، فاقد رضاست. و برای حمایت از مضطر این معامله صحیح است.

4. شرایط تحقق اکراه:

نخست- عمل تهدید آمیز: ✓ این عمل باید بوسیله ی دیگری باشد. ✓ غیر قانونی و نامشروع باشد. ✓ موضوع تهدید جان و مال و آبروی تهدید شونده یا خویشان نزدیک او باشد.

دوم- ایجاد خوف و وحشت در شخص مکره: ✓ مجرد خوف از کسی بدون آن که از طرف آن کس تهدیدی شده باشد، اکراه محسوب نمی شود.

سوم- برقراری رابطه سببیت:

✓ بین اعمال تهدید آمیز و خوف و وحشتی که در مکره ایجاد شده رابطه ی سببیت عرفی وجود داشته باشد. یعنی ثابت شود که خوف و وحشت در نتیجه ی تهدید بوده است.

✓ خوف و وحشت ایجاد شده به اندازه ای باشد که رضای شخص را از بین ببرد.

✓ طرف معامله در این شرایط (فقدان رضا یا رضای معیوب) برای رفع ضرر از خود معامله کند.

5. شرایط تأثیر اکراه: کیفیت برقراری رابطه ی سببیت:

✓ علاوه بر وجود شرایط عمل تهدید آمیز باید در نتیجه ی آن خوفی در مکره ایجاد شود و رضای او در نتیجه اکراه از بین برود.

✓ برای تشخیص برقراری این روابط و احراز تأثیر اکراه دو ضابطه وجود دارد.

نخست- ضابطه ی نوعی (مادی) 2. ضابطه شخصی.

✓ بر مبنای ضابطه ی نوعی ملاک تأثیر اکراه اراده شخص با شعور (یا متعارف) است، یعنی هرگاه تهدیدی به طور

متعارف در کسی تأثیر نکند، اکراه محقق نمی شود، اگر چه در شخص تهدید شده موثر باشد. ولی اگر ضابطه ی شخص

پذیرفته شود، اراده شخص تهدید شده و اثر تهدید در آن - مورد ارزیابی قارر می گیرد.

6. راهکار قانون مدنی: قانونگذار ایران در صدر ماده 202 ق م معیار نوعی را برگزیده است.

ولی به نظر می رسد که قانونگذار ایران هر دو معیار را پذیرفته است، در مرحله ی نخست برای سهولت کار دادرس معیار نوعی را معرفی می کند (از نظر اثباتی فرض بر این است که اگر اهرا شونده نیز یک فرد متعارف است) ولی از نظر ثبوتی هرگاه خلاف آن ثابت شود، باید معیار شخصی حاکم باشد.

7. موضوع تهدید: قانونگذار به ظاهر موضوع تهدید را جان یا مال یا آبروی خود شخص یا نفس یا جان یا آبروی اقدام نزدیک منحصر کرده است. ✓ در تشخیص نزدیکی اقدام نیز داوری با عرف است و قاعده ثابتی ندارد.

8. اثر حقوقی اهراه:

نخست- اهراه کامل (ملجی) ← زوال قصد ← عقد منعقد نمی شود ← عقد باطل است.

دوم- اهراه قاصر (غیر ملجی) ← زوال رضا ← عقد بدون رضا منعقد می شود و به تعبیر قانون نافذ نیست.

سوم- اهراه غیر موثر: تهدید در شخص تهدید شده اثر نمی کند و او می تواند به راحتی ایستادگی کند و عقد را منعقد نکند ← قصد و رضا از بین نمی رود و عقد صحیح است.

9. اختیارات مکوه (به فتح ر): ✓ عقد اهراهی مادام که اهراه زایل نشده است غیر نافذ است، پس از زمان کره، مکره می تواند:

نخست- عقد را اجازه نکند و رد کند ← در این صورت عقد باطل است.

دوم= عقد را تنفیذ کند یا اجازه دهد ← در صورت اجازه عقد کامل می شود و امضاء معامله بعد از رفع اهراه موجب نفوذ معامله است.

سوم- سکوت کند ← به نظر می رسد که بعد از زمان کره در عقد اهراهی اجازه و رد فوری نیست، مگر اینکه تاخیر مکره موجب تضرر طرف دیگر باشد که در این صورت او می تواند عقد اهراهی را فسخ کند.

✓ هرگاه مکره پیش از رد یا امضای عقد بمیرد و به موجب آن برای مکره حق مالی ایجاد شده باشد، آن حق، جز در صورت قید مباشرت مکره، به وارثان او منتقل می شود.

✓ حق رد و تنفیذ معامله ی اهراهی به وارثان منتقل می شود.

10. اثر اجازه ی مکره (به فتح ر): ✓ بر مبنای ماده 209 ق.م: امضای معامله بعد از رفع اهراه موجب نفوذ معامله است. ✓ اجازه ی مکره از روز تشکیل عقد (کاشفیت) عقد را معتبر می کند.

گفتار دوم: اهلیت و اختیار دو طرف:

مقدمه: مفهوم اهلیت:

✓ اهلیت به معنی عام عبارت است از صلاحیت قانونی شخص برای دارا شدن و اجر ای حق و تکلیف.

✓ اهلیت بر دو نوع است:

نخست- اهلیت تمتع یا تملک: (اهلیت دارا شدن حق و تکلیف): این اهلیت برای دارا بودن حقوق بازنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می شود.

دوم. اهلیت استیفا یا اهلیت تصرف: اهلیت اجرای حق و تکلیف.

نک: اهلیت استیفا همیشه با اهلیت تمتع همراه است زیرا تا زمانی که شخص اهلیت تمتع ندارد با اهلیت استیفا نیاز ندارد.

✓ اصل، بهره مندی اشخاص از حق تمتع است و اهلیت استیفا باید احراز و اثبات شود.

بند یکم: اهلیت:

الف) بلوغ:

1. مفهوم بلوغ: ✓ در لغت: به معنی رسیدن است. ✓ در اصطلاح فقه و حقوق: رسیدن به دورانی از تکامل طبیعی است که انسان توانایی تولید مثل را بدست می آورد. ✓ بلوغ یک امر طبیعی حادث است که با هر دلیلی قابل اثبات است و در صورت تردید باید وجود آن ثابت شود. ✓ از نظر قانون (تبصره 1 ماده 1310 ق م): سن بلوغ پسر پانزده سال تمام و دختر نه سال تمام قمری است.
- 2- اعتبار اعمال حقوق صغیر:

✓ صغیر غیر ممیز ← تشکیل هر نوع عقد، خواه ایجاب کند، خواه قبول ← عقد باطل و بلا اثر است و تشکیل نمی شود.
 ✓ صغیر ممیز، واجد درک و تمیز و اراده انشایی است: نخست- معادلات سودمند مانند قبول هبه ← عقد صحیح و معتبر است. دوم- معاملات زیانبار مانند هبه اموال به دیگران: عقد باطل است. سوم- معاملات دیگر ← غیر نافذ است.
 ✓ صغیری که وضع او مردد است و تمیزش احراز نشده است ← هر نوع عقد ← باطل است.

ب) عقل:

1. مفهوم: ✓ عقل را به نیروی اندیشه که انسان به کمک آن از معلومات خود به شناسایی مجهولات می رسد و خوب و بد اشیاء و اعمال خود و اشخاص را در سطح متعارف می شناسد و اراده او نسبت به کردار او حاکمیت دارد و ماهیت آن با تمیز یکی است.
- ✓ به گفته پاره ای از محققان، اهلیت استیفا از آثار عقل است.

2. جنون: ✓ از نظر حقوقی، فقدان درک و تمیز در انسان که مانع انتساب عمل به اراده ی وی می شود، جنون نام دارد خواه دایمی باشد خواه ادواری.
- ✓ هرگاه ثابت شود، کسی به هنگام ایجاب یا قبول فاقد درک و تمیز بوده است قرار داد باطل است.
- ✓ زوال خود آگاهی و شعور نیز به سبب هر بیماری و عارضه مانند مستی- بیهوشی- کهلوت - و ... در حکم جنون است و برای این بیماران حکم حجر صادر نمی شود.

3. بطان قرار دادهای مجنون: ✓ مجنون اهلیت معامله کردن ندارد و مجنون دایمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمی تواند هیچ تصرفی در اموال و حقوق مالی خود بنماید ولو با اجازه ی ولی یا قیم خود.
- ✓ هرگاه جنون کسی ثابت شده باشد و در افاقه او تردید شود، جنون سابق استصحاب می شود مگر خلاف آن ثابت شود.

ج) رشد:

1. مفهوم رشد: ✓ یعنی توانایی اداره امور مالی خود به شیوه ی خردمندان.
- ✓ از اطلاق مواد مربوط به شرایط اساسی صحت معامله، ضرورت رشد دو طرف برای هر معامله ای استنباط می شود.
2. عدم رشد و رشد اثبات نشده: ✓ هر کسی را که رشدش ثابت نشده است، نباید سفره پنداشت، اصطلاح غیر رشید گاه با واژه ی سفره مترادف به کار می رود.
- ✓ از نظر قانون: غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد.
- ✓ ولی عدم رشد ممکن است کودکی یا نقص شعور در انسان کبیر باشد.

3. اثبات رشد: ✓ رشد ممکن است با اماره قانونی یا اماره قضایی اثبات شود.

قانونگذار ایران 18 سالگی را اماره رشد در سابق قرار داده بود، ولی با تصویب ماده، 1210 ق م بلوغ، اماره رشد شد. ✓ سرانجام هیأت عمومی دیوان عالی کشور در سال 1364 بلوغ را اماره رشد ندانست و اثبات رشد را برای خروج از حجر ضروری شمرد ولی در عمل مردم، دفاتر اسناد رسمی، بانکها و سازمانهای دولتی برخلاف قانون 18 سالگی را اماره رشد می پندارند.

4. اماره رشد: ✓ بموجب م 1210 اصلاحی قانونی مدنی «صغیر به محض رسیدن به سن بلوغ اصولاً از حجر خارج می شود و دیگر نمی تواند او را محجور دانست مگر اینکه عدم رشد یا جنون وی در دادگاه ثابت شده باشد یعنی بلوغ اماره ی رشد است مگر خلاف آن ثابت شود.

✓ در فقه رشد یک مفهوم عرفی است و مفهوم شرعی خاصی ندارد.

5. اعتبار قراردادهای سفیه:

نخست سفیه یا غیر رشید در امور مالی: - ✓ معامله مالی غیر نافذ است ✓ معامله رایگان به سود سفیه - صحیح است. ✓ معامله غیر مالی - صحیح است.

دوم-- بالغی که رشدش احراز نشده است - در حکم غیر رشید است.

سوم- رشیدی است که زوال رشد او مورد تردید است - رشید محسوب می شود و اعمال حقوقی او صحیح است.

چهارم-- رشیدی که در امور غیر مالی ناتوان است - ✓ معاملات مالی - صحیح است. ✓ معاملات غیر مالی به ظاهر صحیح است.

بند دوم: نمایندگی و اختیار انشای معامله:

الف- تعریف و اقسام:

✓ نمایندگی رابطه ی حقوقی بین نماینده و اصیل است که بموجب آن نماینده می تواند به نام و حساب اصیل قراردادی شد که آثار آن به طور مستقیم دامنگیر اصیل شود.

1- نمایندگی قرار دادی: در نمایندگی ارادی و اذنی، این رابطه را شخص اصیل و نماینده در قالب قرارداد وکالت ایجاد می کنند.

2- نمایندگی قانونی: که به حکم مستقیم یا غیر مستقیم قانون برقرار می شود، مثلاً پدر یا جد پدری به حکم مستقیم قانون، نماینده ی مولی علیه خود است ولی نمایندگی امین غایب مفقود الاثر و قیم، به حکم غیر مستقیم قانون است زیرا باید از طرف دادگاه نصب و انتخاب شوند.

ب- ماهیت و شرایط نمایندگی:

✓ نماینده باید دارای اراده و قصد انشا باشد تا عقد را به نم ایندگی انشا کند. شرایط آن:

1- نماینده باید عقد را به نمایندگی انشاء کنید. 2 - عقد به قصد نمایندگی از طرف دیگری انشاء شود.

3- نماینده اختیار انشای عمل حقوقی از جانب دیگری را داشته باشد وگرنه عمل او نافذ نیست.

4- نماینده اهلیت لازم برای انشای عمل حقوقی را داشته باشد.

ج- ظهور اصیل بودن دو طرف عقد و اثبات نمایندگی

✓ به حکم ماده 196 ق.م: کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد، خلاف آن ثابت شود .

د- معامله به عین معین متعلق به غیر:

✓ م 197 ق.م « در صورتی که ثمن یا مئمن معامله ، عین متعلق به غیر باشد، آن معامله برای صاحب عین خواهد بود . بنابراین مالک می تواند معامله ای را که نسبت به مال او شده است رد یا اجازه کند .
ه = معامله با خود:

✓ مقصود از معامله با خود، معامله شخصی به نمایندگی از دیگری با خود یا معامله به نیابت از دو طرف معامله است .
✓ در نمایندگی های قانونی از یک طرف به طور کلی نماینده از معامله با خود منع شده است چنانکه ولی قهری نمی تواند برای مولی علیه خود معامله ی ضرری بکند .
✓ در نمایندگی های ارادی و اذنی نیز، نماینده، (وکیل) نمی تواند از اختیارات (صریح یا ضمنی) خود پا را فراتر بگذارد . مثلاً هرگاه وکالت برای ازدواج بطور مطلق داده شود، وکیل نمی تواند موکله را برای خود تزویج کند مگر اذن صریح داشته باشد.

ن- فایده و اهمیت نمایندگی:

1- استفاده از فرصت ها

2- استفاده از تخصص و حسن شهرت وکیل

3- ایجاد فرصت و امکان فعالیت برای محجوران و غایبان 4- ایجاد امکان فعالیت اقتصادی و حقوقی برای اشخاص حقوقی.

بند سوم: معامله ی فضولی:

الف- تعریف:

✓ معامله ی فضولی، معامله ی بیگانه برای دیگری و به مال غیر است .
✓ کسی که بدون سمت معامله می کند، فضول یا معامل فضولی، طرف او که برای خود انشاء می کند، اصیل و دیگری را که معامل فضولی برای او یا به مال او قرار داد می بندد به ترتیب غیر یا مالک گویند .

ب- اقسام و مصداق های مهم آن

1- اقسام:

نخست- معامله ی بیگانه برای دیگری و معام له به مال غیر: ✓ معامله برای دیگری ممکن است مالی باشد یا غیر مالی مانند نکاح فضولی.

نک : احکام معاملات فضولی در زمره ی قواعد عمومی است و شامل ایقاعات نیز می شود .

✓ معامله به مال غیر نیز بر دو قسم است : 1. معامله ای فضولی به نام و حساب مالک و بر ای او انجام می دهد .

2. معامله ای که فضول درباره ی عین خارجی دیگری انجام می دهد ← این معامله اعم از اینکه فضول عین خارجی را برای خود معامله کند یا برای مالک یا دیگری، برای مالک عین بسته می شود .

دوم- اقدام فضولی موجب و قابل و معامله فضولی در قالب معامله با خود: ✓ گر چه در معاملات فضولی اغلب، یکی طرف اصیل است و برای خود معامله می کند، ولی ممکن است هر دو طرف بدون داشتن سمت، معامله کنند، یعنی هر دو طرف به طور فضولی عقدی را انشاء کنند یا حتی یک نفر در قالب معامله با خود و بطور فضولی معامله کند.

2- مصداق ها:

نخست- معامله ی فضولی ممکن است عمدی باشد یا تملیکی؛ منجز باشد یا معلق

دوم معامله ی فضولی ممکن است به ضرر مالک یا به سود او تشکیل شود .

ج- شرایط تحقق عقد فضولی:

✓ برای تحقق معامله ی فضولی قصد فضولی و اصیل ضرورت دارد و بدون قصد دو طرف مذکور عقد فضولی محقق نمی شود.

✓ از آنجا که مالک در تشکیل قرار داد فضولی نقشی ندارد، حجر او حتی اگر از نوع جنون نیز باشد، مانع تشکیل قرار داد فضولی نخواهد شد. و برای فضول نیز دارا بودن تمیز و اراده ی انشایی کافی است و اهلیت کامل لازم نیست .

درد معامله توسط مالک:

1- رد صریح و رد ضمن:

✓رد صریح آن است که مالک عدم رضای خود را با لفظ یا نوشته یا هر عبارتی، که در نظر عرف برای رد صریح لازم است، بیان کند.

✓ رد ضمنی نیز مانند رد صریح موثر است و شکل خاصی ندارد ولی باید بصورت فعلی باشد که به مقصود مالک یا غیر در رد معامله ی فضولی دلالت کند .

2- ماهیت و اثر رد:

✓رد مالک مانند اجازه ی او عمل ارادی است .

✓ رد معامله ی فضولی حاصل می شود به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر عدم رضای به آن نماید ،با وجود این هرگاه مالک بدون توجه به معامله ی فضولی مورد معامله را تلف یا به دیگری منتقل کند، دیگر نمی تواند معامله را اجازه کند، و معامله ی فضولی نیز با تصرفات مذکور باطل است و اجازه ی بعد از آن تأثیری ندارد .

3- رابطه ی مالک با دو طرف قرار داد:

✓ هرگاه مالک معامله ی فضولی را رد کند، هر یک از معامل فضولی و اصیل که بر مورد معامله (ملک مالک) استیلا پیدا کرده باشد در برابر مالک ضامن (و در حکم غاصب است) و مسئولیت آنها تضامنی است و خریدار و فروشنده فضولی متصرف نسبت به تلف عین ضامن منافع زمان تصرف خود و ما بعد خود و ضامن عیب و نقص زمان تصرف خود است.

4- رابطه ی خریدار (اصیل) و فروشنده:

✓ اگر خریدار، ناآگاه و با حسن نیت و با اعتماد به ظاهر و تصرف مالکانه ی فروشنده فضولی فریب خورده باشد می تواند به استناد غرور کلیه خسارات وارد بر خویش را از مسبب آن (فضول) بخواهد.

✓ هرگاه در اثر رجوع مالک به خریدار عالم، به فضولی بودن معامله، زیانی برسد، خریدار حق رجوع به معامل فضولی ندارد. و فقط حق رجوع به ثمن را خواهد داشت .

ه- اجازه معامله ی فضولی توسط مالک:

✓ اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود، در این صورت معامله صحیح و نافذ می شود .

1 شرایط اجازه :

نخست- اجازه باید اعلام شود و سکوت مالک قبول نیست .

دوم- مالک یا غیر حسب مورد اهلیت استیفا یا اهلیت اجازه معامله فضولی را داشته باشد .

سوم- اجازه مسبوق به رد نباشد، و الا اثری ندارد .

چهارم- به عنوان مالک باشد . پنجم- به قصد اجازه باشد .

2- اثر اجازه: ✓ قانونگذار اجازه را نسبت به منافع مورد معامله و عوض آن از روز عقد موثر می داند .

3- موعده اجازه مالک: ✓ اجازه مالک موعده خاصی ندارد و او میتواند تا زمانی که عقد فضولی را رد نکرده است معامله را اجازه کند و در نتیجه اجازه مالک فوری نیست .

4- اجازه و رد وارثان مالک : ✓ بعد از مالک وارثان وی، قائم مقام او بشمار می آیند و می توانند معامله ی فضولی را اجازه یا رد کنند، مگر اینکه معامله ی فضولی عهدی به اعتبار شخصیت مورث تشکیل شده باشد که در این صورت با مرگ او اجازه و رد به وارثان منتقل نمی شود .

و- آثار عقد فضولی:

1- اثر عقد نسبت به مالک:

✓ عقد فضولی برای مالک تعهدی ایجاد نمی کند و چنان که گذشت، او می تواند هر وقت بخواهد معامله را رد یا اجازه کند .

✓ اگر چه اهلیت مالک به هنگام تشکیل قرار داد فضولی لازم نیست ولی باید به هنگام اجازه یا رد اهلیت استیفا داشته باشد .

✓ هرگاه مالک عقد فضولی را اجازه کند، به تعهدات ناشی از آن پای بند خواهد بود .

2- تعهد ناشی از عقد:

✓ اگر مالک معامله ی فضولی را اجازه کند طرف قرار داد (اصیل) نیز باید به قراردادی که بسته است پای بند باشد .

✓ نه تنها در فرضی که قصد او معامله با فصول است بلکه در صورتی که قصد اصیل و معامل فضولی ، تشکیل قرار داد برای مالک باشد نیز اختیاری در فسخ قرار داد ندارد .

گفتار سوم: مورد معامله:

الف- مفهوم و تفکیک بین مورد معامله و مورد تعهد

✓ مقصود از مورد معامله - مورد تعهد یا تملیک است که هر یک از دو طرف در برابر دیگری اجرای آن را بر عهده گرفته است .

✓ م 214 ق م (مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از م تعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می کند .

✓ مال ممکن است مورد تعهد یا تملیک قرار گرفته باشد و عمل نیز عمل مثبت یا خودداری از اجرای آن است .

ب- اقسام و شرایط مورد معامله:

1- اقسام آن : ✓ مال یا کلر است

2- شرایط آن مالیت منفعت عقلایی و مشروعیت داشتن - معلوم و مقدور بودن : وگرنه معامله باطل است .

گفتار چهارم: جهت معامله:

الف- مفهوم جهت معامله و اقسام آن:

✓ تملیک یا تعهد یک طرف د برابر تملیک یا تعهد طرف دیگر، جهت یا علت تعهد است. به علاوه هر یک از دو طرف انگیزه ی اصلی و شخصی دیگری نیز از عقود مذکور دارد. مثلاً خریدار می خواهد ببع را بخود و به دیگری هدیه کند یا آن را بفروشد یا استفاده دیگری بکند.

✓ انگیزه ی اصلی و شخصی را که در معامله نسبت به آن توافق شده است، جهت معامله و انگیزه شخصی هر فرد را که در معامله به آن تراضی نشده است جهت شخصی گویند.

ب- وضع معامله با جهت نامشروع:

✓ م 217 ق م: در معامله لازم نیست جهت آن تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد، باید م شروع باشد و الا معامله باطل است.

✓ هرگاه جهت معامله بطور ضمنی نامشروع باشد و در معامله به آن تصریح نشده باشد، معامله باطل نیست (یک نظر)
✓ هرگاه در نامشروع بودن جهت معامله تردید وجود داشته باشد، معامله باطل نیست: (نظر دیگر: این نظر صحیح است.)

گفتار پنجم: معامله به قصد فرار از دین:

الف- مفهوم آن:

✓ معامله به قصد فرار از دین معامله ای است که جهت آن نام شروع است و فرار از تأدیه دین انگیزه ی اصلی معامله است و دو طرف نیل به آن معامله می کنند.

✓ اگر چه معامله با جهت نامشروع باطل است ولی چون مقصود قانونگذار حمایت از طلبکار بوده است، معامله به قصد فرار از دین را باطل ندانسته و غیر نافذ معرفی کرده است.

ب- قلمرو، شرایط و ضمانت اجرا:

✓ معامله به قصد فرار از دین با معامله ی صوری متفاوت است.

✓ معامله ی صوری باطل است و تشکیل نمی شود، ولی به قصد فرار از دین از نظر فنی معامله ی تشکیل شده ای است که قانونگذار برای حمایت از طلبکار آن را در برابر او قابل استناد نمی شما رد.

✓ برای تحقق معامله، به جز لزوم تحقق و احراز آن، وجود طلب قطعی و قابل مطالبه ی پیش از وقوع معامله، زیانبار بودن آن به حال طلبکار و قصد فرار از دین ضروری است.

✓ قانونگذار در اصلاحات سال 1370 معامله ی صوری به قصد فرار از دین را باطل شمرده و برای پیشگیری از تحقق معامله، توقیف اموال بدهکار را تجویز کرده است.

ج- انواع جهت - معامله ی صوری و ضمانت اجراها:

1- معامله ی صوری ← باطل است. 2- معامله با جهت نامشروع ← باطل.

3- وقف به قصد فرار از دین ← غیر نافذ.

4- معامله بدهکاری که دین او مستند به سند لازم الاجرا یا حکم دادگاه است به قصد اضرار به طلبکار ← این معامله

غیر قابل استناد در برابر طلبکار است.

مبحث دوم: شروط ضمن عقد

گفتار یکم: مفهوم ماهیت و شرایط:

الف- مفهوم شرط:

✓ امری که تحقق یا نفوذ عمل یا واقعه‌ی حقوقی به آن وابسته است مانند قصد - رضا- مورد معامله- اهلیت دو طرف و مشروعیت جهت معامله که شرایط اساسی صحت معامله اند .

✓ توافق ضمن عقد اعم است از صریح یا ضمنی .

✓ توافق های ضمن عقد به دو نوعند :

1. برخی از توافق ها نمی توانند به عنوان تعهد و التزام مستقل باشند و باید تابع عقد دیگر قرار بگیرند .
2. پاره ای از توافق های ضمن عقد می توانند خود به عنوان قرار داد مستقل باشند و لازم نیست که ضمن عقد دیگری درباره ی آنها توافق صورت گیرد، ولی دو طرف، به دلایلی، اغلب ضمن عقد لازمی نسبت به آنها توافق می کنند؛ چنین توافق هایی را که جنبه ی تعهد نوعی در قرار داد اصلی دارند مشروط ضمن عقد نامند .

ب- رابطه ی شرط و عقد و آثار این رابطه:

✓ رابطه ی عقد و شرط رابطه ی اصل و فرع است و اعتبار شرط به اعتبار عقد بستگی دارد .

✓ نتایج رابطه ی فوق:

- 1- تازمانی که عقد منحل نشده است متعهد شرط به آن پای بند است و نمی تواند از اجرای آن سرباززند .
- 2- از بطلان عقد، بی اعتباری و بطلان شرط فهمیده می شود .
- 3- انحلال عقد با فسخ یا اقاله ، تعهد ناشی از شرط را اسقاط می کند مگر این که انحلال عقد تبعی (شرط) نیازمند اسباب یا تشریفات خاص باشد.

4- انحلال شرط سبب انحلال عقد نمی شود .

5- بطلان شرط همواره سبب بطلان عقد نمی شود .

ج- شرایط صحت شرط:

✓ شرایط صحت شروط، فقط در سه شرط م قدور بودن، فایده داشتن و مشروع بودن منحصر نیست و شرایط مندرج در

م 190 ق م ناظر به تمام قرار دادهاست و شرط ضمن عقد هیچ امتیازی که مجوز این استثنا باشد، ندارد .

گفتار دوم: اقسام شروط:

بند یکم: شروط باطل:

الف- شرط های باطلی که مفسد عقد نیستند

1. شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد .
2. شرطی که در آن نفع و فایده نباشد .
3. شرطی که نامشروع باشد .

✓ شروط باطل در سه شرط مذکور محدود نیست، بلکه مالیت نداشتن مورد شرط، مجهول بودن و نامشروع بودن جهت شرط نیز از موارد بطلان شرط است .

✓ اثر بطلان شرط ← اصولاً شرط باطل ، عقد را باطل نمی کند، ولی هرگاه مشروط له از بطلان شرط ناآگاه باشد، حق فسخ عقد را دارد.

ب- شروط باطل و مبطل عقد:

1- شرط خلاف مقتضای عقد:

✓ مقصود از مقتضا: امری است که عقد برای پیدایش آن منعقد می گردد و می توان آن را مقصود اصلی و اساسی عقد دانست.

✓ مثلاً ملکیت مبیع برای مشتری و ملکیت ثمن برای با بیع در عقد بیع یا ملکیت منافع عین مستأجره برای مس تاجر و ملکیت مال الاجاره برای موجود در عقد اجاره مقصود اصلی است و مقتضای ذات این دو عقد به شمار می رود .

✓ گر چه شرط خلاف مقتضای ذات عقد باطل و مبطل عقد است ولی گاه ممکن است دو طرف ماهیت عمل حقوقی شروع دیگری را قصد کرده باشند .

2- شرط مجهولی که ، موجب جهل به یکی از دو عوض می شود .

✓ در بطلان شرط مجهولی که موجب جهل به یکی از دو عوض می شود تردیدی وجود ندارد .

✓ در مواردی که عقد بر مبنای مسامحه است، مانند بیمه عمر یا صلحی که برای پایان دادن به دعاوی احتمالی منعقد می گردد، شرط مجهول هر چند مربوط به موضوع اصلی باشد، عقد را باطل نمی کند، مگر اینکه جهل به شرط اجرای تعهدات را برای دو طرف غیر ممکن سازد .

نک: شرط خلاف مقتضای ذات عقد به ط و ر مستقیم و به دلیل مغایرت با مقتضای ذات عقد آن را باطل می کند ولی شرط مجهول به دلیل سرایت به یکی از دو عوض و مجهول کردن به طور غیر مستقیم مانع تشکیل عقد و موجب بطلان آن می شود.

بند دوم: شروط صحیح:

الف- شرط صفت:

1- تعریف- ضمانت اجرا و ماهیت :

✓ قانون گنار، شرط مربوط به کمیت یا کیفیت مورد معامله را شرط صفت نامیده است .

✓ وضع شرط صفت در عین معین با تحقق عقد، خود به خود وفا می شود یا معطل می ماند و در صورت معطل ماندن و احراز تخلف از شرط صفت، مشروط له حق فسخ دارد .

✓ وضع شرط صفت در عین کلی و تخلف از شرط در آن حق فسخ نیست زیرا شرط صفت در عین کلی به شرط فعل بازگشت دارد و از نظر ماهوی نوعی شرط فعل است، بنابراین هرگاه کلی موضوع تعهد بر طبق وصف مقرر و مشروط نباشد مشروط له، متعهد شرط را به تسلیم مصداق و اجرا شرط الزام می کند و به حق فسخ نیاز ندارد .

2- امکان اسقاط شرط صفت:

✓ شرط صفت در عین معین قابل اسقاط نیست زیرا شرط با عقد محقق می شود و قابل اسقاط نیست .

✓ شرط صفت در عین کلی به شرط فعل است یعنی وصف توافقی شده قید فعل مشروط است که بر عهده ی مشروط علیه قرار می گیرد. به همین اعتبار مشروط له می تواند آن را ساقط کند .

ب- شرط نتیجه:**1- تعریف و شرایط:**

✓ م 234 ق م: شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود .

✓ از نظر ترکیبی می توان گفت که «شرط نتیجه آن است که تحقق نتیجه و اثر یک عمل حقوقی (عقد یا ایقاع) ضمن عقدی در عالم خارج شرط شود، بدون اینکه برای تشکیل آن عمل حقوقی انشای جدیدی به کار رود.
✓ شرایط آن:

نخست- باید نتیجه ی یک عمل حقوقی ضمن عقدی در عالم خارج شرط شود .

دوم- فقط نتیجه ای که حصول آن به سبب خاصی نیاز ندارد با شرط نتیجه حاصل شود .

سوم- مفاد شرط ناظر به تحقق نتیجه ی یک عمل حقوقی به محض تشکیل عقد باشد نه ایجاد تعهد برای انجام دادن سبب آن نتیجه در آینده (شرط فعل).

چهارم- عقد پایه که نتیجه ی یک عمل حقوقی ضمن آن به صورت شرط نتیجه قرار داده می شود . عقد صحیحی باشد.

2- اثر و احکام:

✓ شرط نتیجه قابل اسقاط نیست، زیرا مقصود دو طرف و تراضی آنان در شرط نتیجه، ایجاد اثر و نتیجه ی عمل حقوقی بدون نیاز به انشای مستقل آن عمل حقوقی است .

✓ با فسخ یا اقاله عقد، شرط نتیجه باطل نمی شود زیرا نتیجه ای که حاصل شده است با فسخ یا اقاله که اثر هر دو ناظر به آینده است از بین نمی رود.

ج- شرط فعل:**1- تعریف و اقسام:**

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

✓ بر مبنای تعریف فوق شرط فعل ممکن است اجرای عمل حقوقی یا عمل مادی (شرط فعل مثبت) یا خودداری از عمل حقوقی یا مادی (شرط فعل منفی) باشد.

2- اجرای شرط و ضمانت اجراها:

✓ هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً، کسی که ملزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد . و در صورت تخلف، طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط را بنماید . در صورتی که

دادگاه ادعای مشروط له را درست تشخیص دهد، مشروط علیه (متعهد شرط) را به اجرای شرط محکوم می کند .

✓- ممکن است مشروط علیه شرط را به میل خود اجرا نکند و دستور دادگاه را زیر پا بگذارد در این صورت بصورت ذیل عمل خواهد شد:

نخست- اگر تعهد شرطی مالی، و مباشرت مشروط علیه در اجرای آن شرط نشد ه باشد مانند بیشتر تعهدات مالی، دادگاه وسیله ی اجرای شرط را به خرج مستلزم فراهم می کند .

دوم- هرگاه در تعهدات مالی مباشرت مشروط علیه در اجرا شرط شده باشد ولی او با میل خود تعهد را اجرا نکند،

دادگاه نمی تواند به زور و اجبار بندی متوسل شود، ناگزیر باید از جریمه مالی برای اجبار مشروط علیه استفاده کند .

ولی استفاده از راهکار اجبار مالی در مطالبه ی پول ممنوع است .
سوم- هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمال نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت .

3- شرط دادن ضامن یا رهن :

✓ هرگاه مورد رهن عین معین و در ملک مشروط علیه باشد دادگاه با استفاده از اختیار قانونی که دارد و به نمایندگی از او مال مذکور را به رهن طلبکار می دهد و اسناد لازم را امضاء می کند ولی هر گاه مورد رهن کلی باشد، در صورت عدم امکان اجبار، مشروط له حق فسخ دارد .

✓ در صورتی که شرط فعل؛ تعهد یک طرف به دادن ضامن باشد، بر اساس قواعد کلی، مشروط علیه اجبار می شود و دادگاه به هزینه او رضای شخص معتبری را برای ضامن شدن تحصیل می کند ولی اگر کسی راضی ن شود یا مدیون به تأمین هزینه قادر نبود، مشروط له حق فسخ دارد .

4- اسقاط شرط و اسقاط حق فسخ :

✓ م 244 ق م: طرف معامله که شرط به نفع او شده است، می تواند از عمل به آن شرط صرفنظر کند در این صورت مثل آن است که این شرط در معامله قید نشده است .

✓ اسقاط شرط را نباید به اسقاط حق حاصل از شرط (حق فسخ) اشتباه کرد- حق حاصل از شرط، یعنی حق فسخی که در اثر تخلف شرط برای مشروط له ایجاد می شود، نیز قابل اسقاط است و مشروط له می تواند آن را اسقاط نماید .

5- فسخ و اقاله معامله :

✓ در صورتی که معامله به واسطه ی اقاله یا فسخ به هم بخ ورد، شرطی که در ضمن آن شده است، باطل می شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می تواند عوض آن را از مشروط له بگیرد .
بطان شرط ناشی از تبعیت شرط از عقد است و حق مشروط له به سبب وجود عقد به وجود می آید . بنابراین با فقدان عقد، سببی برای نفع مشروط له وجود ندارد .

فعل سوم: اثر عقد و تعهد:

مبحث یکم: اثر قرار داد نسبت به اشخاص:

گفتار یکم: اثر عقد نسبت به دو طرف و قائم مقام آنها :

الف- اصل لزوم:

✓ م 219 ق م: عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به صورت قانونی فسخ شود .

✓ م 10 ق م: قرار دادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

✓ مستفاد از دو ماده فوق :

1 اثر عقد الزام آور بودن آن بین دو طرف قرار داد است.

VARAMIN-TPNU-AC.VCP.IR

دانشگاه پیام نور مرکز ورامین - رشته حقوق

Varamin_news@live.com

2. علاوه بر قراردادهای لازم قرار دادهای جایز نیز الزام آورند .

3. قرار داد اصولاً بین دو طرف و قائم مقام قانونی آنها اجباری و لازم الاتباع است .

ب- اصل نسبی بودن قرار داد:

✓ منظور از اصل نسبی بودن قرار داد، چنان که از ظاهر قانون بر می آید، این است که حاکمیت قرار داد درباره ی طرفین و قائم مقام آنهاست و اشخاص ثالث قرار نمی گیرند .

ج- طرف قرار داد:

✓ در اصطلاح حقوقی «طرف» به کسی اطلاق می شود که قرار داد برای او بسته می شود، خواه خود او به طور مستقیم و بدون واسطه در انعقاد آن شرکت کند، خواه نماینده اراد ی یا قانونی برای او قرار داد ببندد .

د- قائم مقام عام در قرار داد:

✓ کسی است که به سبب انتقال تمام دارایی شخص طرف معامله با او در کلیه حقوق و تکالیف ، جانشین طرف می شود و عبارت است از :

1- وارث: با مرگ شخص دارایی و ماترک او که شامل اموال و حقوق مالی است به ورثه منتقل می گردد .

نک: قائم مقامی ورثه منوط به چند شرط است :

نخست- قبول ترکه دوم- وابسته نبودن حقوق و تکالیف به شخصیت متوفی . سوم- جایز نبودن قرار داد .

2- موصی له: هر کس می تواند با وصیت تمکیلی تا ثلث اموال خویش را برای بعد از مرگ به دیگری (موصی له) واگذار کند .

✓ موصی له جانشین موصی در حقوق و تعهدات او نمی شود .

3- بستانکار عادی: چون قراردادهای بدهکار به طور مستقیم و تعهداتی برای بستانکاران عادی ایجاد نمی کند نمی توان آنان را قائم مقام تلقی کرد .

ه- قائم مقام خاص:

قائم مقام خاص کسی است که مال یا حق معینی به او منتقل می گردد، این مال ممکن است عین یا دین باشد در این

صورت، انتقال گیرنده در حقوق و تعهدات راجع به مال جانشین انتقال دهنده می شود .

نک: در مورد انتقال تعهدات شخصی، اصل بر عدم انتقال است، هر چن د که تعهد، ارتباطی با مال مورد انتقال داشته باشد .

نک: هر جا که حق اصلی انتقال می یابد، حقوق تبعی و فرعی مانند ارتفاق که با آن وابستگی نزدیک دارند و بدون آن قابل

استفاده نیستند نیز انتقال می یابند و در این باره انتقال گیرنده قائم مقام انتقال دهنده محسوب می شود .

گفتار دوم: آثار قرار داد نسبت به اشخاص ثالث:

مقدمه: مفهوم شخص ثالث: شخص ثالث کسی است که به اصالت یا نمایندگی در قرار داد شرکت ندارد و قائم مقام عام یا خاص هیچ یک از دو طرف نیز نمی باشد.

✓ در موارد تقلب در قرار داد، مفهوم شخص ثالث شامل کلیه کسانی می شود که به اصالت یا نمایندگی در بستن قرارداد شرکت نداشته اند.

بند اول: تعهد به نفع شخص ثالث:

✓ این تعهد فقط در صورتی امکان پذیر است که طرف قرار داد ضمن معامله ای که برای خود می کند به سود دیگری نیز تعهد بکند.

✓ قانونگذار تعهد به نفع شخص ثالث را در قالب قرار داد پذیرفته است.

الف- شرایط صحت تعهد به نفع شخص ثالث:

1- شرایط عمومی (ماده 190 ق م)

2- شرایط اختصاصی: قصد مشترک دو طرف برای ایجاد تعهد به نفع شخص ثالث

ب- ماهیت حقوق تعهد به نفع شخص ثالث: ✓ نظرات:

1- نظریه پیشنهاد یا قرارداد جدید: مطابق این نظر، نخست به موجب قراردادی که بین دو طرف بسته می شود، حقی برای احد طرفین ایجاد می شود آنگاه او حق را به ثالث پیشنهاد می کند که در صورت قبول وی تعهد ایجاد می شود.

نک: این نظر با واقع منطبق نیست به ویژه با مقررات بیمه سازگاری ندارد.

2- نظریه قبول قرار داد فضولی: به موجب این نظر، یک طرف به عنوان نماینده فضولی و از طرف ثالث قرار داد می بندد که در صورت تنفیذ او قرار داد معتبر، و در صورت رد باطل می شود.

نک(امتیاز این نظریه بر قبلی این است که چون در اینجا قرار داد بسته شده است پس از مرگ طرفین نیز ثالث می تواند آن را تنفیذ و قبول کند.

3- نظریه حواله: بر مبنای این نظریه، نخست یک طرف حق را، با قرار داد، به دست می آورد و آنگاه آن را به ثالث حواله می کند. این نظر نیز رد است.

4- نظریه ایقاع یا اعلام اراده یک طرفه: این نظر نیز رد است.

5- نظریه ایجاد حق به طور مستقیم به سود ثالث: مطابق این نظر طرفین می توانند برای خود قرار داد ببندند و به طور مستقیم برای شخص ثالث حق ایجاد کنند: این نظر بهتر است.

ج- آثار تعهد به نفع شخص ثالث:

1- رابطه ی دو طرف قرار داد:

در اصل با تشکیل قرار داد، رابطه ی حقوقی بین دو طرف ایجاد می شود و عمل حقوقی مورد بحث یا تعهد به نفع شخص ثالث نیز پایه ی قرار دادی دارد. و دو طرف می توانند قرار داد را فسخ یا اقاله یا آن را ادامه دهند. ولی قاعده این است که اقاله ی دو طرف در حق ثالث تأثیری ندارد.

2- رابطه ی متعهد و شخص ثالث: با این که بین متعهد و شخص ثالث هیچ قراردادی منعقد نمی شود ولی، اثر مستقیم تعهد ایجاد حق برای شخص ثالث است. (طرف ثالث ذینفع)

3- رابطه ی مشروط له و شخص ثالث: این دو، رابطه ی قرار دادی با هم ندارند و مشروط له هیچ تعهدی در برابر شخص ثالث بر عهده نمی گیرد، بنابراین شخص ثالث نمی تواند اجرای تعهد را از او بخواهد.

بند دوم: قرار داد جمعی:

(الف) قرار داد جمعی کاز عبارت است از پیمان کتبی که به منظور تعیین شرایط کار بین یک یا چند (شورا یا انجمن صنفی و یا نماینده قانونی کارگران) از یک طرف و یک یا چند کارفرما را از سوی دیگر بسته می شود.

نک: قرار داد جمعی کار به کار اشخاص ثالث نیز اثر می گذارد.

(ب) قرار داد جمعی مالکان آپارتمانهای یک ساختمان م 6 قانون تملک آپارتمانها آن را پیش بینی کرده است.

نک: در صورتی که تعداد مالکان از سه نفر تجاوز کند مجمع عمومی مالکان تشکیل می شود.

(ج) قرارداد ارفاقی: که بین تاجر ورشکسته از یک طرف و اکثریت طلبکارهای وی از طرف دیگر به منظور توقف جریان تصفیه و تعیین ترتیب پرداخت دیون بسته می شود. این قرار داد نوعی قرار داد جمعی است.

نک: شرکت کنندگان در قرار داد ارفاقی بر دیگران در استیفای باقیمانده ی طلبشان از دارایی تاجر مقدم هستند، و بدین سان مورد دیگری بر استثنای اصل نسبی بودن قرار دادهاست.

بند سوم: تعهد به ضرر شخص ثالث:

از قواعد عمومی و اصول کلی بر می آید که قرار داد انتقال مال غیر باطل نیست و غیر نافذ است و با تنفیذ مالک نافذ می شود همچنین تعهد به ضرر شخص ثالث نیز فضولی بشمار می رود.

بند چهارم: انتقال قرار داد: برای یکی از مفاهیم زیر است:

(الف) انتقال رابطه ی قراردادی یا خروج یک طرف از رابطه ی قراردادی و قرار گرفتن شخص دیگر به جای او

نک: اصولاً در حقوق ایران، خروج یک طرف از رابطه ی قرار دادی، بدون انحلال (فسخ- تفاسخ یا انفساخ) قرار داد امکان ندارد ولی به نظر می رسد با اندکی مسامحه و با استفاده از شرط جایگزینی (یک طرف) یا به تراضی دو طرف و قبول ثالث بتوان او را جایگزین یک طرف قرار داد کرد.

(ب) انتقال حق (عینی یا دینی) ناشی از قرار داد:

باید توجه داشت با انتقال حق یا تعهد ناشی از قرار داد، خود قرار داد منتقل نمی شود.

مبحث دوم: اثر قرار داد از لحاظ موضوع:

گفتار یکم: تعیین مفاد قرار داد:

الف- لزوم تفسیر: تا زمانی که دو طرف در مفاد قرار داد و دایره ی شمول آن اختلاف پیدا نکرده اند، تفسیر قرار داد لازم نیست. ولی با پیدایش اختلاف هر قرار دادی، هر چند دقیق و فنی باشد، نیاز به تفسیر دارد.

ب- اصل صحت: م 222 ق م: هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود. نک: این اصل در صورتی قابل اجراست که قرار داد، واقع شده باشد و مقصود از وقوع قرار داد، تشکیل صورت عرفی آن است.

نک: هرگاه در مخالفت عقد با قانون تردید شود، اصل صحت آن است.

نک: هرگاه عقد، مخالف قانون باشد و تردید شود که قانون مخالف، امری است یا تکمیلی، باید قانون را تکمیل و عقد را صحیح دانست.

نک: اصل، عدم صوری یا نامشروع بودن عقد به ظاهر تشکیل شده است و مدعی صوری یا نامشروع بودن باید دلیل بیاورد.

نک: از اصل صحت در معاملات، اصل صحت ایقاعات، ج ز با تصریح قانونگذار، استنباط نشده است و این اصل در حوزه قراردادهای قابل اجراست و اصل صحت در ایقاعات جایی ندارد.

گفتار دوم: لوازم قانونی و عرفی قرار داد:

الف- قانون تفسیری یا تکمیلی:

✓ م 220 ق م: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای آن چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایج هم که بموجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند. این قوانین را از آن جهت که مکمل و جایگزین اراده های دو طرف قرار دارند، قوانین تکمیلی - تعویض یا تفسیری نامیده اند.

ب- عرف و عادت:

✓ م 225 ق م: متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به مقوله ی ذکر در عقد است. بنابراین عرف و عادت نیز برای طرفین الزام آور است.

گفتار سوم: تعدیل قرار داد:

الف تعدیل قراردادی: دو طرف حق دارند در پناه حاکمیت اراده و به دلخواه شروطی را برقرار داد خود بیفزایند یا با تراضی بعدی آن را اصلاح یا در شرایط آن تجدید نظر کنند. این نوع تعدیل اگر با قواعد امری مغایرت نداشته باشد معتبر است. ب- تعدیل قانونی: گاهی تعدیل قرار داد به موجب قانون خاصی پیش بینی می شود که می توان آن را تعدیل قانونی نامید.

مثلاً به حکم ماده 277 ق م «... حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد»

فصل چهارم: ایفای تعهد و مسئولیت ناشی از عدم یا تأخیر در اجرای آن

مبحث یکم: ایفای تعهد:

گفتار یکم: قواعد عمومی ایفای تعهد:

الف- مفهوم ماهیت حقوقی آن:

به ایفای تعهد یا اجرای آن در قانون وفای به عهد گفته شده است و ایفاء به اجرای تعهد به دادن مال مضمون تعریف شده است.

نک: اصطلاح وفای به عهد عام است و شامل پرداخت پول، تسلیم مال و انجام دادن کار یا خودداری از آن و انتقال مال می شود.

نک: در حقوق ایران ایفای تعهد در زمره اعمال حقوقی قرار نمی گیرد زیرا ایفای دین از جانب غیر مدیون نیز جایز است .
ب- پرداخت کننده:

1- مدیون و غیر مدیون:

در اصل مدیون باید تعهدی را که بر عهده دارد ایفا کند ولی بموجب م 267 ق م، ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است مگر در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد . که در این صورت ایفای دین به وسیله ی دیگری ممکن نیست مگر با رضایت متعهد له

2- شرایط پرداخت کننده :

نخست- مالک بودن یا داشتن اذن در تأدیه از طرف مالک

دوم- اهلیت تصرف ایفاء کننده (م 269 ق م)

نک: شرایط فوق در مورد تسلیم مال تملیک شد محلی برای اجرای ندارد .

نک: هرگاه ایفای تعهد موجب نقل ملکیت یا حق عینی دیگر نباشد، اهلیت تأدیه کننده موردی ندارد .

3- رابطه ی پرداخت کننده و مدیون : کسی که دین دیگری را اداء کند اگر با اذن باشد، حق مراجعه ی به او را دارد و الا حق رجوع ندارد.

4- امکان استرداد مورد تأدیه از متعهد له :

نخست- تأدیه مال در مقام وفای به عهد : م 270 ق م: اگر متعهد در مقام وفای به ع ه د مالی تأدیه نماید دیگر نمی تواند به عنوان اینکه در حین تأدیه مالک آن نبوده استرداد آن را از متعهد له ب خواهد، مگر اینکه ثابت کند که مال غیر و با مجوز قانونی در ید او بوده بدون اینکه اذن در تأدیه داشته باشد .

دوم- تأدیه در غیر مقام وفای به عهد : م 265 ق م: هر کس مالی به دیگری بدهد، ظاهر در عدم تبرع است، بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، بدون آنکه مقروض آن چیز باشد، می تواند استرداد کند .

ج- گیرنده:

1- لزوم پرداخت دین به طلبکار یا نماینده او :

✓ م 271 ق م: دین باید به شخص داین یا به کسی که از طرف او وکالت دارد، تأدیه گردد یا به کسی که قانوناً حق قبض دارد.

2- لزوم اهلیت گیرنده:

✓ م 274 ق م: اگر متعهد له اهلیت قبض نداشته باشد، تأدیه در وجه او معتبر نخواهد بود .

✓ مقصود از اهلیت قبض، اهلیت استیفا یا اهلیت تصرف است .

3- تأدیه به اشخاص دیگر: (ایفای ناروا)

✓ تأدیه به بیگانه وفای به عهد محسوب نمی شود و آن در صورتی است که گیرنده، طلبکار یا نماینده و قائم مقام او نباشد.

✓ تأدیه به طلبکاری که م حچور است معتبر نیست و ایفای ناروا تلقی می شود .

د- موضوع وفای به عهد:

1- شرایط عمومی آن :

نخست- لزوم یگانگی موضوع تأدیه و تعهد در کیفیت مورد تأدیه و کمیت آن .

دوم :ممنوع نبودن تأدیه به حکم قانون.

2- تسلیم مال:

نخست- عین معین: اگر موضوع تعهد عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب

برائت متعهد می شود، اگر چه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر اینکه کسر و نقصان از تعهدی یا تفریط متعهد

ناشی نشده باشد. مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است .

دوم- عین کلی: هرگاه موضوع وفای به عهد پرداخت عین کلی باشد، متعهد باید مصداق متعارفی را انتخاب و به

متعهدله تسلیم کند.

ه -نکات مهم:

1-تفویض اختیار ایفای تعهد به تعهد، در صورتی که به زمان و عرف خ اصی منصرف نباشند، معامله را غر ری و باطل می کند.

2- زمان ایفای تعهد اصولاً به نفع مدیون است و او می تواند پیش از موعد وفای به عهد کند .

3-قانونگذار ایران در پاره ای از موارد به طور صریح به دادگاه اختیار تعدیل زمان اجرای تعهد را داده است .

4- مخارج و هزینه های وفای به عهد بر عهده ی مدیون است مگر شرط خلاف شده باشد .

5- تسلیم و قبض ثمن و ثمن از آثار عقد صحیح است و عدم قدرت بر تسلیم موجب بطلان قرار داد می شود .

6- تسلیم بیع باید به صورت ی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند و این تسلیم همواره با قبض مشتری ملازمه ندارد، چ

ممکن است بایع مبیع را تسلیم کند ولی مشتری آن را عملاً تصرف نکرده باشد .

7- هرگاه موضوع تسلیم عین معین باشد، فروشنده باید منافع آن را نیز به خریدار تسلیم کند، زیرا مطابق قاعده ی تبعیت

منافع از ملکیت عین، منافع مال از آن مالک آن است .

8- هرگاه ثمن معامله ای نقد حال باشد ولی برای تسلیم مبیع که کسی در ذمه است موعد تعیین شده باشد، بیع سلف یا

سلم است.

9- هرگاه مبیع معامله نقد و حال باشد و برای تسلیم ثمن معامله که کلی در ذمه است موعد تعیین شد باشد مبیع نسبه

است.

10- بیع کالی به کالی: بیعی است که مبیع و ثمن در آن هر دو موجد و هر دو کلی باشند که در این صورت آن را نوعی

بیع دین به دین تلقی می کنند، و آن بیع باطل است . ولی هرگاه بیع یا ثمن یا هر دو عین معین باشد و برای تسلیم مهلتی

معین گردد، بیع باطل نیست.

مبحث دوم: عهد شکنی و مسئولیت ناشی از آن:

گفتار یکم: اجبار عهد شکن به ایفاء:

بند یکم: حدود اختیارات متعهد له برای اجبار تعهد:

الف- اجبار متعهد به وسیله ی اجرای ثبت و اجرای دادگاه

متعهد له در هر مورد که سند لازم الاجرا اعم از سند رسمی یا سن عادی لازم الاجرا (چک) در اختیار داشته باشد می تواند بدون رجوع به دادگاه، به طور مستقیم از طریق اجرای ثبت و در صورت داشتن حکم قابل اجرا از طریق اجرای احکام دادگاه متعهد را به اجرای تعهد اجبار کند.

ب- اجبار بوسیله ی دادگاه: هرگاه سند تعهد، سند رسمی و اجرای آن به احراز شرطی موقوف شده باشد، یا سند عادی باشد، متعهد له ناگزیر است بر ای اجبار متعهد به اجرای تعهد به دادگاه برود.

بند دوم: شیوه های اجبار:

الف- اقدامات تأمینی و احتیاطی پیش از صدور حکم توقیف اموال بدهکار

ب- حکم به پرداخت وجه التزام

ج- دخالت مستقیم مقام صالح در اجرای تعهد

د- توقیف متعهد و جریمه مالی او یا وجه التزام برای تأخیر در اجرای تعهد.
نکات مهم:

1. جبران ویژه ی خسارات ناشی از تأخیر تأدیه پول: « قواعد آن ←

نخست- اجرای اجباری قرار داد امکان پذیر است و بدهکار ممنوع به تأدیه ی بدهی اجبار می شود.

دوم- دین پولی، چیزی جز دین مربوط به ارزش نیست.

سوم- طبق مقررات پیشین نرخ خسارت تأخیر تأدیه پول 12 درصد در سال تعیین شده بود که این شیوه با مخالفت

شورای نگهبان و حذف مقررات مربوط به نرخ 12 درصدی خسارت تأخیر تأدیه منسوخ شد.

چهارم- در شرایط کنونی: مطالبه ی مبلغی اضافی بر مبلغ دین به عنوان خسارت تأخیر تأدیه پول مشمول ممنوعیت

نظر شورای نگهبان است.

پنجم- مطالبه ی مبلغ دین پولی به نرخ روز و با شرایط ویژه ای امکان پذیر است.

گفتار سوم: دخالت سبب خارجی و تغییر اوضاع و احوال در انجام تعهد:

نک: شرایط معاف شدن متعهد: برای اینکه متعهد بتو اند از دادن خسارت به متعهد له معاف شود باید شرایط سه گانه را داشته باشد:

1. خارجی بودن علت 2. ممکن نبودن پیش بینی علت خارجی 3. غیر مقدور بودن پیش گیری از حادثه و دفع آن

نک: آیا تغییر اوضاع و احوال در قرار داد و تعهد تأثیر می گذارد؟ «امکان تعدیل قضایی»

✓ در فقه اسلامی نه تنها شرط مقدور و منحنی معتبر و الزام آور است بلکه شرط بنایی یا تبانی نیز الزام آور است، زیرا جزء قرار داد محسوب می شود و بدون اجرای شرط، التزام به معنا عقد امکان پذیر نیست، بنابراین می توان گفت دو طرف قرار داد به طور ضمنی تعدیل را پذیرفته اند.

✓ گر چه تعدیل قضایی با دخالت دادرس اجرا می شود ولی، در واقع، بازگشت آن از حیث مبنا، به تعدیل قرار دادی است و ریشه در توافق طرفین دارد.

✓ با وجود این پذیرفتن تعدیل قضایی در نظام حقوقی ایران مشکل است، چون احراز شرط ضمنی برای دادرس امری مشکل است.

فصل پنجم: انحلال قرار دادها و سقوط تعهدات:

مبحث یکم: انحلال قرار دادها:

مقدمه: مفهوم انحلال:

✓ انحلال وصف عقد صحیح است و با بطلان تفاوت دارد.

✓ اسباب انحلال قرار داد گوناگون و متفاوت است، در بعضی موارد قرار داد با تراضی دو طرف اقاله می شود (تفاسخ) و در بعضی موارد عقد ب حکم قانون منحل (منفسخ می شود، مثلاً عقود لازم با تلف مورد معامله پیش از قبض منحل می گردند. و در بعضی موارد عقد بوسیله ی فسخ یک طرف معامله منحل می شود.

گفتار یکم: اقاله:

بند یکم: مفهوم، ماهیت و قلمرو:

الف-تعریف و ماهیت حقوق:

✓ مقصود قانونگذار از «اقاله تراضی دو طرف عقد لازم برای انحلال آن یا بر هم زدن عقد لازم با توافق طرفین است.»
 ✓ اقاله برای بر هم زدن عقد لازم بکار می رود و در عقد جایز راه ندارد و اقاله عقد جدید نیست. و این توافق برای انشای یک ماهیت حقوقی نیست بلکه برای انحلال و بر هم زدن و زوال آثار آن در آینده است.
 ب- مبنا و قلمرو آن:

✓ اقاله یا تفاسخ با توافق و همکاری دو اراده محقق می شود و تراضی دو طرف مبناى اعتبار آن است.

✓ اقاله در رابطه ی بین دو طرف اثر دارد و به حقوق اشخاص ثالث آسیب نمی زند، چنانکه ضامن و مضمون له نمی توانند عقد ضامن را اقاله کنند و دین را دوباره بر ذمه ی مضمون عنه بری شده برگردانند.

✓ مرزهای استفاده از اقاله را حکومت اراده تعیین می کند ولی رعایت نظم عمومی و ممنوعیت تجاوز به حقوق دیگران دو عامل محدود کننده ی آن است.

بند دوم: شرایط صحت اقاله و موضوع آن:

الف) شرایط صحت:

1. اهلیت تصرف و اختیار طرفین اقاله کننده پس اقاله ی از روی اکراه و همچنین اقاله ی صغیر ممیز و سفیه نیز باطل است.

2- تراضی دو طرف معامله برای اقاله نیاز به هیچ تشریفاتى ندارد و اقاله به هر لفظ یا عملی واقع می شود که دلالت بر به هم زدن معامله کند.

3. تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست : در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است، مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می شود.

(ب) موضوع اقاله:

✓ موضوع آن انحلال عقد یا زدودن آثار آن یا هر دو است ولی اقاله عقد از بین نمی برد، بلکه آن را از تاریخ اقاله منحل می کند.

✓ دو طرف معامله می توانند به تأثیر اقاله در گذشته حتی از تاریخ عقد تراضی و تصریح کند.

✓ موضوع اقاله ممکن است تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن و در این صورت باید مقداری که اقاله می شود معلوم و معین باشد، زیرا معلوم بودن تمام معامله از مقدار اقاله شده ابهام را برطرف نمی کند.

بند سوم- آثار اقاله: الف) انحلال عقد:

اقاله، عقد را از تاریخ اقاله منحل می کند و به گذشته سرایت نمی کند.

(ب) زوال آثار عقد:

✓ اقاله آثار عقد تملیکی و عهده را از بین می برد.

1. نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می شود مال کسی است که بواسطه ی عقد مالک شده است ولی نمائات متصله مال کسی است که در نتیجه ی اقاله مالک می شود .

2. اگر مالک بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازدیاد قیمت آن شود، در حین اقاله به مقدار قیمتی که به سبب عمل او زیاد شده است، مستحق خواهد بود.

3. پس از اقاله و در صورت عدم مطالبه مالک جدید، بد هر یک از دو طرف معامله نسبت به مورد معامله امانی است.

4. اثر اقاله در عقد عهده پیش از اجرای تعهد، سقوط تعهد است ولی اقاله تعهد اجرا شده را باطل نمی کند، زیرا با ایفای تعهد زمینه ی اثرگذاری اقاله از بین می رود و تعهدی برای از بین بردن به وسیله ی اقاله باقی نمی ماند.

گفتار دوم: انحلال قرار داد با دخالت یک اراده ، فسخ:

مقدمه : حق فسخ یا خیار ممکن است به حکم قانون و برای حمایت از یک طرف، بر مبنای لاضرر، ایجاد شود، یا با تراضی دو طرف و شرط ضمن عقد به صورت خیار شرط یا خیار تخلف شرط پدید آید.

بند اول:خیارات:

الف) مبنای ماهیت خیارات:

✓ مبنای خیار گاه تراضی دو طرف و ایجاد حق فسخ برای مشروط له است ← خیار شرط و خیار تخلف شرط.

✓ در پاره ای از موارد خیار به حکم قانون و برای جبران ضرر ناروایی است که در نتیجه ی موازنه ی به هم خورده و

تحمیلی عقد به یک طرف قرار داد، پدید می آید، مثل خیار عیب- خیار تدلیس و خیار غبن.

✓ خیارات در زمره ی حقوق قرار می گیرند و پس از مرگ صاحب خیار به ارث می رسند.

✓ طبق حق بودن خيار اقتضا دارد که صاحب حق (دارنده خيار) بتواند آن را پس از ایجاد اسقاط کند.

(ب) ایجاد، اعتبار و آثار وجودخيار:

✓ اصولاً، خيارات با عقد و در زمان تشکیل آن ایجاد می شوند ولی پاره ای از خيارات مانند خيار تاخير ثمن و خيار تدليس، پس از عقد بوجود می آیند.

✓ خيارات حق دایمی هستند و پس از انقضای مدتی از بین می روند، دارنده خيار می تواند در مدت اعتبار خيار از آن بهره مند شود و عقد را فسخ کند و گرنه با سپری شدن مدت اعتبار خيار- خيار ساقط می شود.

✓ خيارات به دو گروه فوری و غیر فوری تقسیم می شوند : قانونگذار فوری بودن اجرای برخی از خيارات را تصریح کرده است.

✓ اصولاً، وجود خيار در عقد مانع انتقال ملکیت مورد معامله نمی شود، مگر اینکه دو طرف در این باره محدودیتی ایجاد کنند. یا قانونگذار عقد را مملک نشناسد.

✓ وجود خيار مانع نفوذ تصرف مالک نیست، مگر آنکه خلاف آن شرط شده باشد.

(ج) ویژگی های خيار:

1. خيار فسخ، در اصل یک حق مالی است و ویژگی های حق مالی از جمله قابلیت نقل و انتقال و اسقاط را دارد.

2. خيار حق بسیط و غیر قابل تجزیه است . از آنجا که خيار حق مالی غیر قابل تجزیه است و ارثان نمی توانند به نسبت سهم الارث خود از آن بهره مند شوند و ناگزیرند یا همگی با هم از خيار استفاده کنند و عقد را فسخ نمایند یا خيار را سقط کند.

3. خيار حق موجد است. 4. خيار با اراده ی دارنده ی آن قابل اجراست و ایقاع است.

5. خيار فسخ ویژه ی عقد نافذ است و هیچ وقت بطلان عقد و خيار فسخ با هم جمع نمی شوند.

(د) اسقاط خيار و شرایط اسقاط :

1. دارنده خيار می تواند آن را پس از ایجاد، به طور صریح یا ضمنی اسقاط کند به علاوه سقوط تمام یا بعضی از خيارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود.

2. هرگاه مبنای خيار لاضرر باشد، تدارک آن وجود خيار را بیهوده می کند ولی در مواردی که خيار وسیله ی جبران ضرر نیست و مبنای دیگری دارد، بقای خيار ترجیح دارد، اسقاط خيار نیز ایقاع است و اسقاط کننده باید اهلیت و اختیار قانونی داشته باشد.

بند دوم: اقسام خيار:

الف) خيار شرط:

1. مفهوم خيار شرط و قلمرو آن:

✓ اختیار فسخ عقد را که به موجب ضمن عقد برای یکی از دو طرف یا هر دو یا ثالث قرار داده می شود- خيار شرط گویند.

✓ خيار شرط از خيارات مشترک است و به عقد بیع اختصاص ندارد.

✓ خيار شرطی که برای شخص ثالث قرار داده می شود، به وارثان او منتقل نخواهد شد.

✓ خیار شرط در عقودی راه که قابل اقاله اند، بنابراین در نکاح- خلع و وقف خیار شرط راه ندارد.

2. خیار شرط در بیع شرط و معامله با حق استرداد:

✓ خیار شرط در بیع شرط و معامله با حق استرداد وضع خاصی دارد که به ترتیب ذیل است:

نخست- خیار شرط در بیع شرط برای با بیع قرار داده می شود.

ب) در معامله با حق استرداد که نوعی بیع شرط است نیز خیار شرط وجود دارد، لیکن معامله با حق استرداد از جهتی مانند است زیرا شامل هر معامله تملیکی مانند صلح می شود. ولی از جهت دیگر نسبت به بیع شرط خاص تر است زیرا مخصوص املاک است.

3. شرایط صحت خیار شرط: لزوم تعیین مدت:

✓ شرایط صحت شروط (مقدور بودن - فایده داشتن و مشروع بودن) باید در خیار شرط موجود باشد.

✓ اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد، هم خیار شرط و هم بیع باطل است.

✓ لازم نیست ابتدای خیار از تاریخ تشکیل عقد باشد و تابع قرار داد متعاملین است.

✓ مدت خیار شرط ممکن است کوتاه یا طولانی باشد ولی شرط خیار دایمی باطل و مبطل است ، زیرا اگر چه، شرط خیار دایمی، شرط مجهول نیست و عقد را نیز مبهم و عذری نمی کند، ولی شرط خلاف عنصر لزوم عقد است.

4. تفکیک خیار شرط از خیار تخلف شرط:

✓ خیار شرط در نتیجه ی تراضی مستقیم دو طرف ایجاد می شود، یعنی اختیار فسخ محصول تراضی است و دارنده خیار بدون نیاز به اثبات تخلف طرف دیگر یا هر گونه رویدادی می تواند از آن بهره مند شود.

✓ خیار تخلف شرط در نتیجه تخلف از تراضی و زیر پا گذاشتن تعهد ناشی از شرط یا ممتنع شدن شرط بوجود می آید .
ب) خیار رویت و تخلف از وصف:

1. مفهوم و مبنا:

✓ از آنجا که رویت وسیله ی بارز، شایع و هم آگاه شدن است و اغلب طرف قرار داد با استفاده از این ابزار بنیادی به

اوصاف مورد معامله آگاه می شود و این آگاهی امکان تراضی صریح یا ضمنی ولو بر مبنای رویت سابق، بین دو طرف را فراهم می کند، حق فسخ ناشی از تخلف از تراضی مذکور خیار رویت نامیده میشود.

✓ رویت، موضوعیت ندارد و راه آگاه شدن و وسیله ی تحصیل علم است.

✓ خیار رویت و تخلف از وصف نوعی خیار تخلف از شرط است . و شروطی که از آن تخلف می شود، گاه صریح، گاه ضمنی و گاهی بنایی است.

2. شرایط و اوصاف خیار:

نخست- شرایط معامله: اولاً- معامله باطل نباشد و به طور صریح منعقد شده باشد- در معامله باطل خیار راه ندارد. ثانیاً:

در بیع کلی خیار رویت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرره ی بین طرفین باشد

نک) کلی در معین را نیز در حکم عین معین دانسته اند.

دوم- شرایط تراضی:

اولاً- برای ایجاد خیار باید یکی از دو طرف یا هر دو مورد معامله را در گذشته دیده باشد یا هرگاه طرف معامله آن را

ندیده باشد، به وصف بخرد.

ثانیاً- درباره ی اوصاف غیر اساسی بر مبنای رویت سابق یا وصف مورد نظر تراضی شود وگینه بر مبنای اعتقاد شخصی یک طرف بر وصفی و تخلف از آن خیار فسخ پدید نمی آید.

ثالثاً- بعد از رویت، اوصاف پیشین در مورد معامله (عین معین یا در حکم آن) نباشد.

سوم- وصف خیار رویت:

✓ خیار رویت تمام اوصاف عمومی خیارها را دارد، مثلاً قابل اسقاط است و به ارث می رسد.

✓ این خیار برای کسی ایجاد می شود که ندیده و به اعتماد رویت سابق یا به وصف معامله می کند.

✓ این خیار بعد از رویت فوری است و این فوریت نیز عرفی است.

3. محدود شدن اجرای حق : هرگاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعضی دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده

باشد و آن بعضی مطابق وصف یا نمونه نباشد می تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول کند ، زیرا اگر مشتری بخواهد از حق خود استفاده کند و بخشی از مبیع را که از روی وصف خریده است فسخ نماید به ضرر باید تمام می شود.

(ج) خیار غبن:

1. تعریف ، شرایط و قلمرو:

✓ در اصطلاح حقوقی «به هم خوردن تعادل ارزش دو عوض به ضرر طرف ناآگاه را غبن گویند.

✓ غبن در صورتی ایجاد می شود که :

اولاً- تعادل و موازنه ی ارزش دو عوض به هم بخورد و ناپرابری فاحش بین دو عوض ایجاد شود . «در تعیین مقدار غبن شرایط معامله نیز باید منظور گردد»

ثانیاً- به هم خوردن تعادل و موازنه ارزش دو عوض هنگام تشکیل قرار داد شرط غبن است.

ثالثاً- (زیان دیده) مغبون به ارزش واقعی مورد ناآگاه باشد وگرنه خیار ندارد.

✓ این خیار در قلمرو عقود معوض و مغاینه ای محقق می شود و در عقود رایگان و مبتنی بر مسامحه راه ندارد.

✓ این خیار به عقود تملیکی محدود نمی شود- در قراردادهای عهده ی نیز ممکن است.

2. ویژگی ها و احکام خیار غبن:

اولاً- خیار غبن بعد از علم به غبن فوری است و این فوریت عرفی است.

ثانیاً- برخلاف خیار عیب- جبران ضرر مغبون پیش از اعمال خیار، خیار غبن را ساقط نمی کند.

ثالثاً- در تحقق غبن، فریب و خدعه شرط نیست، بلکه به هم خوردن موازنه ارزشهای دو عوض شرط است.

رابعاً- در نظر قانونگذار ایران، تحلیل خیار غبن بر مبنای قاعده لاضرر است.

خامساً- اثر غبن این است که برای مغبون حق فسخ ایجاد می کند- اعمال خیار ایقاع است و قرارداد با اعلام اراده مغبون فسخ می شود.

نک: خیار غبن بصورت صریح و ضمنی قابل اسقاط است.

(د) خیار عیب:

1. مفهوم و مبنای عیب:

✓ تغییر ماهیت و وضعیت متعارف شی که در کاهش ارزش آن موثر باشد عیب است. ولی این تغییر باید در اوصاف فرعی باشد نه اوصاف اساسی- زیرا تخلف از وصف اساسی به بطلان عقد می انجامد.

2. شرایط عیب:

نخست- مخفی بودن عیب: «عیب وقتی مخفی محسوب است که مشتری در زمان بیع عالم به آن نبوده است اعم از اینکه این عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً مستور بوده است یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری ملتفت آن نشده است.

✓ هرگاه در درباره ی علم و جهل و مشتری به عیب اختلاف شود- اصل عدم علم است، مگر خلاف آن ثابت شود.

دوم- موجود بودن عیب در حین عقد: عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است.

✓ اگر عیب حادث بعد از قبض در نتیجه ی عیب قدیم باشد مشتری حق دارد آن را رد کند- وجود سبب عیب در زمان عقد کافی است.

3. قلمرو و شرایط خیار عیب: این خیار در زمره ی اختیارات مشترک است و به عقد بیع محدود نمی شود.

✓ این خیار نیز مانند دیگر اختیارات به عقود نافذ اختصاص دارد و در عقود باطل راه ندارد.

✓ این خیار در عقود معوض مانند عقد بیع محقق می شود و در قرار دادهای رایگان یا مبتنی بر مسامحه راه ندارد.

✓ این خیار در قراردادهای معوضی ایجاد می شود که موضوع آن عین معین است.

4. ایجاد خیار و شرایط تحقق آن:

✓ وجود عیب در مبیع سبب تحقق خیار برای مشتری ناآگاه است- تاریخ ایجاد خیار نیز تاریخ تشکیل قرار داد است و ظهور عیب در آن نقشی ندارد.

✓ شرط خیار برای مشتری آگاه به عیب نیز صحیح است ولی ماهیت حقوقی آن خیار شرط است نه خیار عیب.

✓ بقای عیب تا زمان فسخ ضروری است و زوال عیب پیش از اعمال خیار سبب سقوط آن است.

5. تبری از عیب: ✓ اگر بلیع از عیوب مبیع تبری کرده باشد به این که عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد، مشتری در صورت ظهور عیب حق رجوع به بایع نخواهد داشت.

✓ تبری از عیوب آشکار و پنهان موجود یا عیوب حادث نفوذ و معتبر است و به توافق دو طرف بستگی دارد.

6. اجرای خیار (فسخ قرار داد یا اخذ ارش) و مهلت آن:

✓ دارنده خیار حق دارد عقد را فسخ کند یا از طرف دیگر ارش بگیرد.

✓ خیار عیب بعد از علم به آن فوری است.

7. ارش و شیوه ی تعیین آن:

✓ مقصود از ارش تفاوت بین صحیح و معیوب مبیع است که هرگاه مشتری ناآگاه بیع را فسخ نکند می تواند از بایع بگیرد.

✓ قیمت حقیقی بیع در حال بی عیبی و قیمت حقیقی آن در حال معیوبی به توسط اهل خیره معین می شود.

✓ در ارزیابی مبیع سالم و معیوب، قیمت زمان عقد در نظر گرفته می شود.

8. آیا امکان اخذ ارزش در دیگر عقود معاوضی وجود دارد؟ برخی از استادان با طرف تنوری موازنه و با استناد به اصل بقاء عقود، (لزوم نگهداری) موازنه ارزش عوضین که در موضع تراضی، طرفین به آن گردن نهاده اند و لاضرر، ارزش مدنی را مطابق قاعده، معرفی و مختص خیار عیب ندانسته اند، این نظر با قواعد و اصول حقوقی سازگارتر است.

9. سقوط حق فسخ و بقای حق ارزش گرفتن:

- ✓ در صورت تلف شدن مبیع ترد مشتری یا منتقل کردن آن به غیر.
- ✓ در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود.
- ✓ در صورتی که بعد از قبض مبیع عیب دیگری در آن حادث شود.
- ✓ انتقال قهری مبیع معیوب به وارثان خریدار مانع از رد نیست.
- ✓ شرط سقوط حق فسخ ورد مبیع ضمن عقد و اسقاط آن بعد از عقد نیز از موارد سقوط حق فسخ و بقای حق ارزش گرفتن است.

ه) خیار تدلیس:

1. تعریف و شرایط تدلیس: تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف بشود.

✓ تدلیس به سه رکن محقق می شود: نخست- وقوع عملیات دوم- فریب طرف معامله سوم- برقراری رابطه ی سببیت بین عملیات مذکور و فریب طرف معامله. چهارم- عمدی بودن کار فریبکارانه. پنجم- قابل انتساب بودن کار فریبنده به طرف قرار داد. ششم- نامتعارف بودن آن.

✓ تدلیس هنگامی که ایجاد می شود که تدلیس برای تشکیل عقد صورت گرفته باشد نه برای اجرای عقد.

2. تدلیس با گفتار- ترک تکلیف و سکوت:

✓ تدلیس با گفتار و سکوت دست کم درباره عیب پنهان مبیع پذیرفته شده است، زیرا گفتار نیز نوعی از عملیات است، به علاوه سکوت درباره ی عیب مخفی و حتی عیب آشکار در مواردی که تکلیفی برای فروشنده، حتی تکلیف فرعی، موجود باشد- اخفا و عمل (ترک) فریبنده است و مقصود قانونگذار نیز عملیات مثبت و منفی است.

3. قلمرو تدلیس:

✓ خیار تدلیس از خیارات مشترک است و به عقد بیع محدود نمی شود.

✓ ضمانت اجرای تدلیس خیار فسخی است که برای طرف فریب خورده ایجاد می شود.

✓ هرگاه تدلیس در انگیزه ی اصلی یا علت عمده عقد باشد سبب بطلان عقد است نه خیار فسخ.

✓ خیار تدلیس بعد از علم به آن فوری است و این فوری بودن عرفی است.

و) خیار تبعض صفاقه :

1. تعریف و شرایط:

✓ در اصطلاح حقوقی حق فسخ ناشی از تجزیه و پاره پاره شدن معامله را خیار تبعض صفاقه گویند و طرفی که معامله به ضرر او تجزیه شده است، خیار فسخ دارد.

✓ این خیار هم در عین معین و هم در عین کلی راه دارد، زیرا قلمرو خیار تمام موارد بطلان، فسخ و انفساخ بخشی از قرار داد است.

✓ هرگاه بخشی از مبیع قبل از قبض تلف شود، عقدنسبت به آن بخش منفسخ و برای خریدار خیار تبعیض منفقّه ایجاد می شود.

✓ دارنده خیار حق دارد بخش صحیح و باقی مانده ی عقد را فسخ کند یا به نسبت قسمتی که عقد واقع شده است قبول کند و نسبت به بخش دیگر موضوع معامله را استرداد نماید.

ی) خیار تعذر تسلیم، تعذر اجرای تعهد و شرط:

1. تعریف:

✓ مقصود از خیار تعذر خیاری است که در اثر ناتوانی طاری (و از بین رفتن قدرت تسلیم یا قدرت اجرای تعهد و شرط) یک طرف برای طرف دیگر عقدا ایجاد می شود.

✓ این خیار را لازمه ی عدالت معاوضی یا موازنه تسلیم در برابر تسلیم شمرده اند. زیرا در عقود معاوضی جمع شدن عوض و معوض در یک جا ممنوع و برخلاف عدالت معاوضی و موازنه تسلیم در تسلیم است.

2. قلمرو و شرایط: ✓ خیار تعذر تسلیم در حوزه ی عقود معاوضی و با شرایط ذیل است:

نخست- عقد معاوضی به طور صحیح منعقد شده باشد، زیرا خیار در حوزه عقد صحیح ایجاد می شود.

دوم- تعذر در مرحله ی تسلیم و اجرای تعهد باشد- تعذر در مرحله ی ایجاد عقد موجب بطلان عقد است.

سوم- تعذر تسلیم یا اجرای تعهد موقت باشد نه دائمی و احتمال اجرای آن برود وگرنه عقد منفسخ می شود.

3. امکان اسقاط خیار تعذر تسلیم:

✓ این خیار نیز مانند دیگر اختیارات، پس از ایجاد اسقاط است و صاحب خیار می تواند آن را به طور صریح یا ضمنی اسقاط کند.

✓ اسقاط خیار پیش از ایجاد آن به جمع شدن عوض و معوض در یک جا می انجامد و برخلاف نظم عمومی اقتصادی است.

ن) خیار تفلیس:

1. تعریف و شرایط:

✓ در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد، می تواند از تسلیم آن امتناع کند.

✓ خیار تفلیس نوعی خیار تعذر تسلیم، یا دست کم مبنای آن تعذر تسلیم است- بنابراین برای تحقق آن باید عقد صحیحی منعقد شده باشد و دیگر احکام آن نیز مانند خیار تأخیر است.

گفتار سوم: انحلال قرار داد بدون دخالت اراده، انحلال قهری یا انفساخ:

بند یکم: اتمساخت عقد لازم به حکم قانون:

✓ تلف موضوع تملیک در عقود معاوضی ← تلف موضوع تملیک در عقود معاوضی سبب انحلال (انفساخ) عقد می شود چنانکه تلف مبیع قبل از قبض در عقد بیع و (... تلف موضوع قرض پیش از تسلیم، سبب انفساخ عقد است.

بند دوم: اسباب انفساخ عقد جایز: (مرگ و حجر یکی از دو طرف عقد جایز)

✓ به حکم ماده ی 954 ق م «کلیه عقود جایز ، به موت احد طرفین منفسخ می شود و همچنین به سفته در مواردی که رشد معتبر است»

✓ کودکی یکی از دو طرف در هیچ فرضی مستند انفساخ عقد قرار نمی گیرد زیرا اصولاً کودک نمی تواند معامله کند.

✓ در ایقاع جایزی چون طلاق رجعی مرگ زوج یا زوجه طلاق را منحل نمی کند.

بند سوم: انفساخ عقد به سبب تراضی دو طرف قرار داد، تعلیق در انحلال عقد:

✓ شرط فاسخ:

الف- مفهوم، فایده و قلمرو آن:

✓ شرط انفساخ احتمال عقد در آینده را شرط فاسخ گویند : مثلاً موجر با مستأجر شرط می کند که در صورت ازدواج فرزندش عقد اجاره منحل شود.

✓ شرط فاسخ، برخلاف خیار فسخ ویژه ی عقود لازم نیست و در عقود جایز نیز راه دارد.

✓ شرط فاسخ در قراردادی راه دارد که با فسخ یا اقاله قابل انحلال باشد.

ب اثر شرط نسبت به آینده و گذشته: (شرط فاسخ و شرط فاسخ قهقرایی)

✓ به طور معمول اثر شرط ناظر به آینده است و در گذشته راه ندارد.

✓ شرط فاسخ قهقرایی زمانی محقق می شود که دو طرف نسبت به تأثیر قهقرایی شرط ضمن عقد تصریح کنند و انفساخ آن را در زمان گذشته بپذیرند.

✓ شرط انحلال عقد از روز تشکیل عقد، شرط خلاف مقتضای ذات عقد است و در دسته ی شروط فاسخ قرار نمی گیرد .

مبحث دوم: سقوط تعهدات:

گفتار یکم: ابراء :

✓ ابراء عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرفنظر نماید.

✓ ابراء به تعهدات ناشی از قرارداد اختصاص ندارد. و دین ناشی از ضمان قهری نیز قابل ابراء است.

✓ ابراء ایقاع یا عمل حقوقی متکی به یک اراده است و برای تحقق آن جز اهلیت و اراده ی داین به رضای مدیون نیاز نیست.

✓ ابراء، ایقاع رضایی است و با هر یک از دلایل ها قابل اثبات است.

✓ ابراء فضولی در صورتی که برای داین انشاء شود نافذ نیست و باتنفیذ او معتبر می شود.

✓ ابراء مشروط؛ در صورتی که عوض به طور مستقیم در برابر ابراء قرار نگیرد و آن را به تبدیل تعهد تغییر ندهد صحیح است.

✓ ابراء معلق نیز امکان پذیر است.

✓ اثر اصلی ابراء سقوط حق دینی (طلب) و برانت ذمه مدیون است و ابراء نوعی تأدیه یا در حکم پرداخت نیست.

گفتار دوم: تبدیل تعهد :

بند یکم - تعریف- ماهیت و موارد تبدیل تعهد:

الف- تعریف و ماهیت:

✓ توافق متعهد و متعهدله بر جایگزینی تعهد پیشین با تعهد جدید را تبدیل تعهد گویند.

✓ سبب این تبدیل قراردادی است که باید آن را قرارداد تبدیل متعهد نامید.

ب- تفکیک:

1- تبدیل تعهد و انتقال طلب:

✓ در تبدیل تعهد، متعهد و متعهد له باید قصد و رضا و اهلیت داشته باشند و عمل انجام شده در آن جایگزینی دو تعهد است و وجود شخص ثالث لازم نیست.

✓ در انتقال طلب: اراده، اهلیت و قبول متعهد لازم نیست و انتقال طلب فقط با قصد متعهد له اجرا می شود و قصد و رضا و اهلیت او لازم است و طلب به ثالث انتقال داده می شود.

2- تفکیک تعهد و انتقال دین:

✓ در تبدیل تعهد، تعهد پیشین ساقط و تعهد جدید جایگزین آن می شود، در صورتی که در انتقال دین، هیچ تعهد یا دینی ساقط نمی شود، و دین چنان که هست از ذمه مدیون به ذمه ثالثی منتقل می شود، هرگاه ثالث آن را بپذیرد ، ذمه مدیون اصلی بوی می شود.

ج- موارد تبدیل تعهد :

تعهد پیشین ممکن است با تغییر دست کم یکی از ارکان چهار گونه تعهد : موضوع- منشأ یا سبب- متعهد یا متعهد له به تعهد جدید تبدیل می شود.

بند دوم: شرایط تبدیل تعهد:

الف- شرایط عمومی: اهلیت- قصد و رضا - مشروعیت (م 190 ق م).

ب- شرایط اختصاصی:

1. وجود تعهد نافذ و معتبر پیشین
2. ایجاد تعهد پیشین
3. تفاوت دو تعهد در یکی از ارکان چهار گانه تعهد.
4. قصد و ایجاد رابطه.

گفتار سوم تهاتر:**الف- مفهوم و ماهیت:**

✓ تهاتر قهری است و بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند حاصل می شود.

✓ قانونگذار ایران برطرف شدن یا حذف دودین متقابل را تا اندازه ای که با هم معادلند تهاتر نامیده است.

ب- فایده تهاتر:

1. پیش گیری از پرداخت های مکرر
2. پیش گیری از صرف وقت برای ایفای تعهد
3. صرفه جویی در هزینه های ایفای متعهد دو طرف
4. پیش گیری از خطرات احتمالی مانند سرقت
5. تضمین وصول طلب هر یک از دو طلبکار.

ج- قلمرو تهاتر:

✓ قلمرو تهاتر گسترده و عامل است، هر جا که دو دین در برابر هم قرار می گیرند به طور قهری حذف می شوند و اختلاف سبب دیون مانع تهاتر نمی شود.

✓ در پاره ای از قوانین دیون ذیل تهاتر ناپذیر شناخته شده اند.

1- تهاتر حداقل مزد کارگر در برابر دیون او به کارفرما.

2- دین دولت به اشخاص در برابر طلب دولت

3- دین ورشکسته به یکی از غرماء در برابر طلب او.

د- شرایط مثبت تهاتر:

1. بدهکار و طلبکار شدن دو شخص در برابر هم. 2. یکی بودن جنس دو دین

3. کلی بودن دودین 4. یکی بودن زمان و مکان مطالبه ی دو دین

و- شرایط منفی تهاتر:

1. توقیف (بازداشت) نبودن یکی از دو دین 2. غیر قابل توقیف نبودن حق دینی

نک: اهلیت شرط تهاتر نیست و اختلاف کمیت دو دین مانع تهاتر نیست.

نک: هرگاه تهاتر به اعلام اراده ی یک طرف و رأی دادگاه به صحت آن واقع می شود که حکم دادگاه در این باره جنبه ی اعلامی دارد نه تأسیسی- در این فرض استناد به تهاتر به عنوان یک وسیله ی دفاعی است و نیاز به دادخواست متقابل و هزینه دادرسی ندارد.

گفتار چهارم: مالکیت مافی الذمه:

✓ جمع شدن دو عنوان طلبکار و بدهکار و نسبت به یک تعهد در شخص را مالکیت مافی الذمه گویند در این صورت اجرای تعهد ناممکن و بیهوده می شود.

✓ مالکیت مافی الذمه منشأ قهری یا ارادی و گاه هم منشأ قهری و هم منشأ ارادی دارد.

✓ فوت ممکن است منشأ قهری مالکیت مافی الذمه گردد. در پاره ای از موارد ممکن است عقد سبب یا منشأ یکی شدن دو عنوان طلبکار و بدهکار بشود.

VARAMIN-TPNU-AC.VCP.IR

دانشگاه پیام نور مرکز ورامین - رشته حقوق

Varamin_news@live.com