

مقوق مدنی (۳):

قواعد عمومی معاملات

۱- درس مدنی (۳) دوره کارشناسی، یکی از مهمترین درسهایی است که در دوره کارشناسی مقوق تدریس می‌شود این درس پایه و مبنای مدنی را تشکیل می‌دهد چرا که قواعد عمومی قراردادها در این مبمٹ مورد مطالعه قرار می‌گیرد. لذا طبیعی است که این مبمٹ مورد توجه اساتید و دانشجویان مقوق قرار گیرد و به همین جهت است که در طرامی سوالات کنکور کارشناسی ارشد نیز بیشترین تعداد سوالات به این قسمت تعلق گیرد.

ما در این بخش درصدد آن نیستیم که تمام نظرات و تمام زوایای قانون مدنی را جمع به قواعد عمومی قراردادها و سقوط تعهدات را بررسی کنیم زیرا که این نه امری ممکن است که در این مجال اندک مورد بررسی قرار گیرد و نه ضروری زیرا که ما در تدوین این جزوه در مقام اجمال و مختصرگویی هستیم و می‌فواهیم که پکیده نظرات مختلف و همچنین لیست زوایای مختلف قانون مدنی را گردآوریم تا مفید برای شرکت کنندگان در آزمون کارشناسی ارشد باشد.

در تدوین این بخش، پیش فرض ما این است که استفاده کنندگان دوره کارشناسی مقوق را گذرانده اند لذا از طرح مسائل ابتدائی در می‌گذریم و مسائل را بصورت عمقی بررسی می‌کنیم در تدوین این بخش، کتابهای قواعد عمومی قراردادهای دکتر کاتوزیان و جلد اول از دوره شش جلدی دکتر سید مسن امامی و برفی جزوات اساتید مختلف مورد توجه قرار گرفته است. امید است که به هدف فود نائل شویم (انشاء الله)

۲- در ابتدای مبمٹ باید به تعریف اصطلاحات اساسی که در طول مبمٹ اشاره فواهیم کرد،

بپردازیم

الف) عمل مقوقی: عمل مقوقی عملی است که از شخص سر می‌زند و این عمل آثار مقوقی به بار

می‌آورد. همچنین این اعمال منشأ ارادی و آثار مقوقی‌اش هم منطبق بر همین منشأ ارادی است. (ب) واقعه مقوقی: گاهی واقعه‌ای اتفاق می‌افتد که اثر مقوقی دارد ولی منشأ ارادی ندارد مثل مرگ و یا گاهی ممکن است منشأ ارادی داشته باشد ولی آثارش منطبق بر آن منشأ ارادی تنظیم نمی‌شود مثل غصب پس برای اینکه عمل مقوقی به وجود آید لازم‌اش فقط این نیست که موجد آن قصد باشد بلکه اثر مقوقی دلفواه هم بر آن باید باز بشود.

پس در قراردادها ۲ ویژگی مهم وجود دارد

۱- موجد آن اراده و قصد طرفین باشد.

۲- آثار آن منطبق بر قصد طرفین باشد یعنی آثاری را ایجاد کند که طرفین قصد داشتند آن آثار مقوقی را ایجاد کند.

البته اعمال مقوقی منمصر بر عقود نیست، بلکه عقود و قراردادها مصداق اصلی اعمال مقوقی هستند، با این حال ما ایقاعات را داریم که در آنها دو فاکتور ۱) قصد ایجاد کننده و ۲) انطباق آثار بر اراده وجود دارد ولی این قصد یکجانبه است مثل ابرا و طلاق که اینها هم اعمال مقوقی هستند.

ماده ۱۸۳ ق. م عقد را چنین تعریف کرده است (عقد عبارتست از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد).

این ماده به نظر بسیاری از حقوقدانان نمی‌تواند در مقوق ما معنی و تعریف اصلی عقد باشد. چراکه تعریف مذکور در ماده ۱۸۳ ق. م، [تعریف به اثر] است. یعنی عقد را با توجه به اثری که او را و بالذات ایجاد می‌کند تعریف می‌کند لذا معنی ماده ۱۸۳ می‌شود [عقد یعنی تعهد] ولی در مقوق ما بعضی عقود وجود دارند که اثر اولیه آنها ایجاد تعهد نیست مثلاً در عقد بیع م ۳۳۸ می‌گوید (بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم) یعنی اثر اولیه بیع، ایجاد تملیک است نه ایجاد تعهد برای بایع، مبنی بر تسلیم مبیع و ایجاد تعهد برای مشتری بر تسلیم ثمن.

یا در عقد ودیعه، من مالی را به شما می‌دهم تا آن را به امانت نگه دارید در اینجا عقد ودیعه، ابتدائاً ایجاد یک نوع اذن در نگهداری می‌کند.

و این اثر اولیه‌اش است. و بعد از آن تعهداتی هم در پی دارد لذا به عقیده بسیاری از حقوقدانان عقد در مقوق ما گاه تملیکی و گاه عهدی است پس می‌توان گفت (عقد عبارتست از نتیجه همکاری و تلاقی مذاقل ۲ اراده انشایی جدی برای ایجاد یک رابطه مقوقی) معامله: کلمه‌ای است عربی به معنی عمل متقابل یعنی طرفینی، اما به معنی فاص یعنی عملی که با قصد انشاء انجام

می‌گیرد، یعنی عقد؛ البته در بمتهای مقوقی گاهاً معامله را به معنی ایقاع هم به کار گرفته اند هرچند معنی دقیق آن عقد است.

در عرف، معامله معمولاً به عقودی اطلاق می‌شود که جنبه مالی آنها قوی‌تر باشد. مثلاً برای نکاح اصطلاح معامله را به کار نمی‌برند و عقد نکاح گفته می‌شود در مقابل به عقد بیع، معامله بیع نیز گفته می‌شود.

قرارداد. معادلی است برای عقد و معامله؛ در قانون مدنی کلمه قرارداد کمتر استعمال شده است. ولی در یک جا مشخصاً استفاده شده که در اصطلاح مقوقی بیشتر به عقود غیر معین اطلاق می‌شود. که ماده ۱۰ ق. م. اعلام می‌کند: [قراردادهای] فصوصی که بین اشخاص منعقد می‌شود اگر خلاف صریح قانون نباشد نافذ است.

تعهد: به معنای عهده دار شدن و پذیرش عهد یعنی [دین و مسئولیت و ذمه] آمده است. البته در فارسی تعهد و الزام (امترادف می‌گیرند ولی در واقع تعهد مترادف التزام است نه الزام).

۳- عقود با اینکه ماهیت مشخصی دارند ولی اشکال متنوعی دارند و به اعتبارات مختلف، عقود، تقسیمات متفاوتی دارند؛ مثلاً عقود براساس اثری که ایجاد می‌کنند به عقود تملیکی و عهدی تقسیم می‌شوند یا براساس الزامی که از آنها ناشی می‌گردد به عقود لازم و جایز تقسیم می‌شوند. برای تقسیم بندی فایده‌ای که مترتباً می‌شود این است که هر دسته امکان فاصی پیدا می‌کنند عقود تقسیم بندی دیگری هم دارند مثلاً:

- | | | |
|--|---|-----|
| <p>(۱) عقود معاوضی: عقدی است که دارای دو عوض هست و آن دو باهم معاوضه می‌شوند مثل بیع</p> | } | ۱- |
| <p>(۲) عقود غیرمعاوضی: عقدی است که دو عوض در آن مقابل هم قرار نمی‌گیرند مثل</p> | | همه |

- | | | |
|--|---|----|
| <p>(۱) عقد فیاری: عقدی است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد برخی عقیده دارند که عقد فیاری یکی از شافه‌های عقد لازم است که این نظر مشهور است ولی عده‌ای معتقدند که اگر در عقد جایز برای شفص ثالثی فیاری فسخ عقد وجود داشته باشد، عقد تبدیل به عقد فیاری می‌شود.</p> | } | ۲- |
|--|---|----|

۲) عقد غیر فیاری: عقدی است که در آن برای هیچ کس اختیار فسخ معامله نباشد

یعنی

طرفین شرط نکرده باشند که یکی از آنها یا ثالثی حق فسخ معامله را داشته باشد

لازم به

ذکر است که وجود فیارات قانونی مثل فیار مجلس، فیار عیب و.... باعث نمی‌شود

عقد به

عقد فیاری تبدیل شود.

۱) عقد معین: عقود معین عقودی هستند که در قانون بطور خاص نام برده

شده اند و امکام و آثار آنها در قانون بیان شده است مثل عقل بیع، هبه،

مزارعه و بیمه

۲) عقود شبه معین، عقودی هستند که در قانون نام برده شده اند ولی امکام

و آثار آنها مفصلاً ذکر نشده است مثل نامزدی [شایان ذکر است که دکتر

شهیدی نامزدی را وعده می‌دانند نه عقد]

۳) عقود نامعین: عقودی هستند که نه نام آنها در قانون ذکر شده و نه امکام

و آثار خاص آنها بیان گردیده است که این عقود از لحاظ نفوذ حقوقی در

سیستم ما هستند به ماده ۱۰ قانون مدنی هستند مثلاً کسی قرار داد می‌بندد که

خانه ای

را برایش بسازد و نقشه و مصالح و کارگر را نیز خود استفاده کند (قرارداد

پیمانکاری)

۳ -

۱) عقد لازم: عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته

باشد مگر در موارد معینه [م ۱۸۵ ق. م] منظور از (مگر در موارد معینه وجود یکی

از اختیارات در عقد است اعم از قانونی و قراردادی، انفساخ و تفاسخ مشمول مکم

افیر ماده نمی‌شوند زیرا که، انفساخ، انملال قهری است در مالیکه در فسخ نیاز

قسمت

۱۴ -

به اعمال

انشایی داریم. و تفاسخ هم برهم زدن دو جانبه عقد است که در عقد لازم می‌توان

دوجانبه

آن را منحل کرد.

(۲) عقد جایز: عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتوانند هر وقتی بخواهد معامله را

فسخ

کنند.

نکته (۱) عقد جایز به طور کامل قابل تبدیل بر عقد لازم نیست هر چند که می‌توان به دو طریق مق فسخ را در آن از بین برد (۱): عقد جایز را در ضمن عقد لازمی بصورت شرط ضمن عقد بی‌اوریم و یا (۲) ضمن قرارداد جداگانه‌ای طرفین مق فسخ عقد را از خود سلب کنند (البته بنابه نظر برفی، می‌توان در ضمن خود عقد جایز، بصورت شرط نتیجه این مق را اسقاط کرد.)

اما با این حال با فوت یا مجر یکی از طرفین عقد جایز به هم می‌فورد و از این لحاظ نمی‌توان آن را تبدیل به عقد لازم کرد.

نکته (۲) در مورد اینکه آیا می‌توان عقد لازم را تبدیل به عقد جایز کرد باید گفت که این امکان به طور کامل وجود ندارد ولی می‌توان در ضمن عقد لازم شرط کرد که با فوت و مجر یکی از طرفین به هم بفورد که این شرط فاسخ است و مثل عقد جایز این امکان انملاال وارد در ماهیت و ذات عقد نمی‌شود بلکه بهره امری تبعی و فرعی دارد و فقط شرط ضمن عقد است.

در مورد امکان برهم زدن هم باید گفت که نمی‌توان مثل عقد جایز شرط کنیم که ابرای همیشه طرفین مق فسخ معامله را داشته باشند [چراکه به موجب ماده ۴۰۱ ق.م «اگر برای فیار شرط، مدت معین نشده باشد هم شرط فیار و هم بیع باطل است» لذا فقط برای مدت معینی که عرفاً عقد را غرری نکند می‌توان برای طرفین عقد لازم، جعل فیار کرد.

(۱) عقد تشریفاتی: عقدی است که به غیر از قصد و رضای طرفین به انجام عملی

دیگر برای صحت نیاز داشته باشد، از جمله عقود تشریفاتی عقود عینی هستند، مثل

هبه و وقف که در آنها قبض از شرایط صحت است.

(۲) عقود غیر تشریفاتی: (رضائی) عقودی هستند که به غیر از قصد و رضای متعاملین به

امردیگری برای صحت نیاز ندارند. مثل بیع (البته در بیع املاک ثبت شده دکتر کاتوزیان

۵-

اعتقاد

دارند که عقد تشریفاتی است و تازمانی که انتقال در دفتر ثبت املاک به ثبت نرسد بیع

محقق

نمی‌شود ولی در مقابل دکنر شهیدی اعتقاد دارند که بیع املاک ثبت شده هم عقدی

رضائی

است.

و به محض ایجاب و قبول عقد محقق می‌شود. نظر سومی هم در این زمینه وجود دارد که

نظر

دکنر میرمسین عابدیان استاد دانشگاه شهید بهشتی است. ایشان عقیده دارند با ایجاب و قبول عقد محقق می‌شود ولی انتقال ملکیت متوقف بر تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر املاک است. بنابه نظر افیر در واقع بیع املاک ثبت شده (بیع معلق است، که معلق علیه آن، ثبت ملک در دفتر املاک است)

۱) عقد مشروط: عقدی است که در آن شرطی گنجانده شده باشد اعم از شرط فعل و یا صفت و یا نتیجه:
۲) عقد مطلق: عقدی است که هیچ شرطی در آن نباشد بلکه صرفاً توافق بر موضوع اصلی مورد عقد واقع شود. بدون هیچ شرطی.

۱) عقد عهدی: عقدی است که اثر اولیه و با لذات آن ایجاد تعهد باشد مثل عقد قولنامه (که شخص تعهد می‌کند، مالش را به دیگری بفروشد)
۲) عقد تملیکی: عقدی است که اثر اولیه و با لذات آن ایجاد ملکیت است مثل عقد بیع یا

اجاره

۱) عقد مال: عقدی است که برای تسلیم عوض یا معوض اجلی معین نشده باشد مثل بیع نقدی یا اینکه برای اجرای قرارداد یک زمانی مشخص نکنند.

۸- ۲) عقد مؤجل: عقدی است که برای تسلیم یکی از عوض یا معوض یا برای هردو آنها اجل معین شده باشد یا اینکه برای اجرای قرارداد زمانی فاص مشخص نمایند.

۱) عقود مغابنی (غیرمساممی): اصل و قاعده در عقود این است که مورد معامله معین باشد (غرضی نباشد) و عقود مغابنی عقود هستند که مورد معامله باید بطور کامل معین باشد.

۹- عقود به اعتبار درجه معین بودن و معلوم بودن مورد معامله تقسیم می‌شوند به:

۲) عقود مساممی: یکسری عقود پیش بینی شده است که مبنای آنها بر تسامع است به خاطر اینکه مردم شاید بخواهند در بعضی موارد با تسامع عقد لازمی را منعقد کنند مثل عقد جعاله یا عقد صلح: لذا عقد مساممی عقود هستند که بنای طرفین بر تسامع است و لزومی ندارد که تماماً مورد معامله بطور کامل معلوم باشد.

تذکره: واژه [معلوم بودن] در مقابل واژه [مجهول بودن] است و همین علم به مورد معامله است که در عقود مساممی مورد اغماض قرار می‌گیرد. ولی واژه [معین] بودن در مقابل [مردد بودن] قرار می‌گیرد و مردد بودن همیشه موجب بطلان عقد است چه عقد مساممی باشد یا مغابنی، در قسمت تعاریف چند نکته دیگر هست که باید ذکر گردد:

الف) انفساخ عقد: برهم خوردن قرارداد است قهراً و به حکم قانون مثل تلف مبیع قبل از قبض و یا انللال عقود جایز با موت یا مجر یکی از طرفین که این انللال به حکم قانون است و طرفین هیچ توافقی بر آن انللال نکرده اند.

ب) تفاسخ (اقاله): در این حالت هردو طرف اراده می‌کنند که عقد را برهم بزنند.

ج) فسخ: در فسخ هم مثل تفاسخ قرارداد بصورت ارادی از بین می‌رود ولی با اراده یک نفر، این فسخ ممکن است منشاء توافق و اراده داشته باشد مثلاً بایع و مشتری فی‌الفسخ برای یک طرف قرارداد باشند و ممکن است منشاء قانونی داشته باشد مثلاً قانون مقرر می‌دارد در صورتی که مبیع محیوب باشد. مشتری مق فسخ معامله را فواید داشت.

آخرین تقسیم بندی عقود، تقسیم آن به اعتبار این است که آیا اثر عقد به مضمض انعقاد به وجود می‌آید یا فیر؟ به این اعتبار عقد به عقد منجر و عقد معلق تقسیم می‌شود.

۱۰- }
(۱) عقد منجر (قطعی)
(۲) عقد معلق (امتمالی)

برای تحلیل این دو عقد باید یک مقدمه‌ای ذکر شود:

ما از جهت ذهنی و تحلیل عقلی، عقد را می‌توانیم به اجزائی تحلیل کنیم، عقد از یک نکته نظر به ۳ جزء تحلیل می‌شود (۱) انشاء عقد (۲) منشاء عقد (۳) اثر منشاء (۱) انشاء: یعنی ایجاد، مثل خلق کردن و (۲) منشاء: یعنی آنچه از انشاء نتیجه می‌شود مثل مخلوق (۳) اثر منشاء: یعنی آنچه که از اثرات منشاء هست. اولین مرحله در تشکیل عقد از نظر تحلیلی خود اراده کردن است، اراده کردن برای اینکه چیزی را ایجاد کنیم، مرحله دوم: این اراده که بصورت جدی صورت می‌گیرد یک موجود اعتباری را به وجود می‌آورد (منشاء) و در مرحله سوم: این موجود اعتباری آثاری را برجا می‌گذارد. مال عقد معلق عقدی است که تعلق می‌گیرد بر [امری]: و این [امر] (امعلق الیه یا (شرط تعلیق) می‌گویند.

نکته مهم در این بحث این است که وقتی می‌گوئیم عقد معلق منعقد شد، منظور چیست؟ یک فرض این است که انشاء را معلق کرده ایم، آیا قابل تصور است که خود انشاء را معلق کنیم، آیا قابل تصور است، که خود انشاء معلق شود؟ جواب منفی است زیرا اگر انشاء معلق شود، دیگر چیزی به وجود نمی‌آید.

در فرض دوم می‌توان تصور کرد که منشاء قابل تعلیق باشد؟ مشهور فقهای اما می‌معتقدند که چون رابطه بین انشاء و منشاء رابطه علت و معلولی است پس نمی‌توان انشاء را از منشاء جدا کرد لذا زمانی که نمی‌توان انشاء را معلق کرد به تبع نمی‌توان منشاء را نیز معلق کرد. ولی اکثر حقوقدانان معتقدند که در عالم اعتبار می‌توان انشاء و منشاء را ازهمدیگر جدا کرد و منشاء را معلق کرد درحالیکه انشاء مجزا واقع شده است مثلاً من می‌گویم [این زمین را به شما هبه کردم، اگر لیسانس بگیری و شما هم قبول کنید] در اینجا منشاء « یعنی تملک شما » معلق شده

است به لیسانس گرفتن.

برفی نیز با توجه به ظاهر ماده ۱۸۹ ق. م اعتقاد دارند که می‌توان انشاء را از منشاء و منشاء را از آثار آن جدا کرد و عقد معلق را عقدی می‌دانند که آثار آن معلق شده باشد نه منشاء آن. م ۱۸۹ ق. م «عقد منجر آن است که تأثیر آن برمسبب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق است.»

به هر حال در مقوق کنونی، عقد معلق، عقد صمیمی است که نفوذ مقوقی دارد ولی به هر حال عقد معلق نباید غرری باشد.

علاوه برشرایط اساسی صحت عقود (م ۱۹۰ ق. م) یک سری شرایط دیگری برای صحت عقد معلق وجود دارد:

۱) امری که عقد به آن معلق شده است نباید ممال باشد زیرا عقد را باطل می‌کند
۲) امری که عقد به آن معلق شده نباید مسلم باشد زیرا اگر مسلم باشد عقد منجر است مثلاً بگوئیم من این خانه را به شما فروختم به شرطی که فردا این موقع ظهر باشد.
پس امری که عقد به آن معلق شده است باید احتمالی باشد به شرطی که این احتمال غرری نباشد زیرا در صورت غرری بودن عقد از لحاظ تعلیق اشکال ندارد ولی از جهت غرر اشکال دارد.
نکته آخر در این بحث اینکه عقد معلق در حالتی که معلق است چه اثری دارد؟
(یعنی در زمانی که هنوز تکلیف شرط تعلیق مشخص نشده است.)

در این حالت عقد معلق یک عقد است و در مدی که عقد معلق اقتضاء می‌کند باید رعایت شود. برفی عقیده دارند که عقد معلق برای مثال بیع معلق برای مشتری ایجاد یک مق عینی بر مبیع می‌کند و بایع هم یک مق عینی بر مبیع دارد، لذا در مبیعی که به عقد معلق فروخته شده است دو مق عینی جمع می‌شوند و هر یک باید در تصرفات خود مق دیگری را رعایت کنند. از طرفی عقد بیع معلق هم به هر حال عقد بیع است لذا عقد لازمی است پس هیچ یک از طرفین نمی‌توانند بدون رضای دیگری آن را فسخ کنند.

مالا اگر معلق علیه ممقق شد، اثر عقد از چه زمانی حاصل می‌شود؟

چون در این مورد قانون ساکت است مقوق دانان اختلاف نظر دارند دکتر امامی معتقدند که با ومدت ملاک از عقد فضولی زمانی که معلق علیه ممقق شد، کاشف به عمل می‌آید که از زمان عقد، ملکیت به طرف عقد (مثلاً مشتری) منتقل شده است (نظر کاشفیت)

برفی دیگر که تقریباً نظر مشهور بین مقوقدانان است اعتقاد دارند که با توجه به تفسیر اراده

متعاملین نظر صمیم این است که ملکیت از زمان حدوث معلق علیه منتقل شده است (نظریه
قابلیت)

فصل دوم: شرایط اساسی معاملات

۳- شرایط اساسی صحت معاملات، یعنی مقدماتی که برای تشکیل هر قراردادی لازم است.

شرایط اساسی صحت معاملات در ماده ۱۹۰ ق.م.ا.م مورد ذکر شده است:

۱- قصد و رضا

۲- اهلیت طرفین

۳- موضوع معامله که باید معین باشد. ۴- مشروعیت جهت معامله

بنداول) یعنی قصد و رضا، در واقع ۲ (کن هستند یکی قصد و دیگری رضا، در اهلیت طرفین منظور

اهلیت استیفاء هست ولی گاه اهلیت تمتع هم مطرح می‌شود.

در مورد معین بودن مورد معامله تقریباً همه متفق القول هستند که از شرایط اساسی صحت

معاملات هست هرچند که در تعریف [معین] اختلاف نظر است.

جهت یعنی انگیزه مشخص در قرارداد، مشروعیت جهت یعنی اینکه انگیزه‌ای که متعاملین

براساس آن وارد در معامله شده اند مشروع باشد.

شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م.ا.م باید در همه معاملات وجود داشته باشد. بمثلی که هست این

است که آیا این شرایط برای ایقاعات هم لازم است یا خیر؟

برخی عقیده دارند که این شرایط مخصوص عقود است. مگر در مواردی که مسلم باشد که برای

ایقاع هم لازم است مثل قصد پس طبق این نظر ایقاع برجهت نامشروع صمیم است.

برخی دیگر معتقدند که این شرایط در غیر عقود هم جاری است مگر در مواردی که مسلم شود در

غیر عقود جریان ندارد، مثلاً اهلیت یک طرف برای ایقاع لازم است.

نظر صمیم در این میان، باتوجه به فلسفه وضع قوانین که نظم اجتماعی را در برمی‌گیرد نظر دوم

است یعنی این شرایط، تمام اعمال مقوقی را در برمی‌گیرد نه فقط قراردادها و عقود را.

ق.م.ا.م در واد ۱۹۱ الی ۲۱۸ شرایط اساسی صحت معاملات را به طور تفصیلی مورد بررسی قرار داده

است. اولین ماده، ماده ۱۹۱ ق.م.ا.م است که موضوع اصلی آن پگونگی تأثیر قصد برتشکیل

قراردادهاست. این ماده اشعار می‌دارد: « عقد ممقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به

پیزی که دلالت بر قصد کند. »

این ماده بیان می‌دارد که برای ایجاد قرارداد باید قصد انشاء وجود داشته باشد لکن باتوجه به ظاهر

ماده ۱۹۱ ق.م.ا.م می‌توان گفت که بدون کاشف که همان ایجاب و قبول است عقد ممقق نمی‌شود،

لذا ایجاب و قبول عنصر عقدند. البته در تأثیر اراده ابراز شده در تشکیل عقد اختلاف نظر وجود دارد،

برخی اصل را اراده ظاهری می‌دانند و می‌گویند که هرچه طرفین اظهار کرده اند ملاک است. ولی عده

زیادی [که مقوق ایران هم از این نظر پیروی کرده است.] تشکیل دهنده واقعی عقد را اراده باطنی می‌دانند و اصالت را به اراده باطنی می‌دهند و اراده ظاهری را تا آن جایی دفیل می‌دانند که اراده باطنی را نشان دهد یعنی اصالتاً در ایجاد عقد تأثیر ندارد بلکه کاشف از اراده باطنی است.

۴- نوعاً شکل بیان اراده یا لفظ است یا کتابت است یا اشاره و یا عمل مشابه آن، مثل قبض و اقباض و بنابه نظر برفی گاه سکوت هم یکی از اشکال بیان اراده است.

در اشکال بیان اراده م ۱۹۳ اشعار می‌دارد «انشای معامله ممکن است بوسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده است. و در همین راستا م ۱۹۲ بیان می‌کند «در مواردی که برای طرفین تلفظ ممکن نباشد، اشاره‌ای که مبین قصد و رضا باشد کافی است.)

مفهوم مخالف ماده ۱۹۲ ق. م این است که اگر تلفظ ممکن باشد اشاره کافی نخواهد بود. که البته این ظهور را باید با توجه به ماده ۱۹۳ و قواعد کلی تفسیر کرد لذا برفی از مقوقدانان عقیده دارند که این ماده منصرف به عقد نکاح و عقد وقف است که باید با لفظ صورت گیرند.

۵- در قانون مدنی وقتی کلمه (قصد طرفین) ذکر می‌شود. دو قصد [ایجاب و قبول] را مدنظر دارد، برای اینکه ایجاب و قبول صمیم باشد باید دارای شرایطی باشند این شرایط عبارتند از:

الف) ایجاب و قبول باید (متوالی) باشند، یعنی در واقع ایجاب و قبولی می‌توانند عقد را بسازند که از نظر عرفی توالی و اتصال داشته باشند، پس اگر این توالی عرفی بین ایجاب و قبول وجود نداشته باشد، هرچند که قصد انشاء وجود داشته باشد و اراده ظاهری و باطنی برهم منطبق باشند باز عقد محقق نمی‌شود.

ب) شرط دوم: ایجاب و قبول باید باهم (توافق) داشته باشند: یعنی دو اراده جدی باید موافق هم باشند مثلاً اگر یکی از متعاملین اراده جدی برفروش خانه بکند و دیگری قصد انشاء جدی برهبه گرفتن خانه داشته باشد عقد محقق نمی‌شود این توافق اراده‌ها باید در موارد ذیل وجود داشته باشد:

(۱) نوع عقد: یعنی ماهیت عقد مورد انشاء، بین ایجاب و قبول یکسان باشد. مثلاً هر دو انشاء بیع کنند / اثر عدم توافق در نوع عقد، موجب بطلان است.

(۲) توافق در موضوع و مورد معامله: در خودموضوع معامله هم چیزهای مختلفی است که باید مورد توافق باشند مثلاً: در مصداق مورد معامله باید موافق باشند مثلاً اگر یکی قصد جدی برفروش ماشین ۲۰۶ فود بکند و دیگری قصد جدی برفریدماشین پیکان داشته باشد عقد صمیم نخواهد بود. و اثر آن بطلان عقداست.

طرفین باید در جنس و مقدار و وصف مورد معامله توافق داشته باشند اگر طرفین در جنس مورد عقد یا مقدار یا وصف، توافق نداشته باشند مثلاً اگر کسی قصد خرید طلا و دیگری قصد فروش مس را داشته باشد در اینجا عقد باطل خواهد بود.

اگر در وصف مورد معامله توافق وجود نداشته باشد عقد صمیع نخواهد بود بدین صورت که: اگر صفت مذکور از اوصاف اساسی باشد در این صورت ممکن است مثل جنس باشد و موجب بطلان عقد است.

اگر صفت مذکور از اوصاف اساسی نباشد در این صورت باید به صورتی این واقعه را جبران کرد مثل حق فسخ. (در مورد مقدار هم وضعیت به همین منوال است).

ایجاب و قبول در قراردادهایی که شفص طرفین مهم است، باید در مورد شفص طرفین هم توافق داشته باشند، در صورت عدم توافق مثلاً در نکاح عقد باطل خواهد بود.

۶- زمان وقوع عقد:

بعد از ایجاب و قبول عقد محقق می‌شود (منتها همیشه استنباط زمان انعقاد عقد ساده نیست چراکه عقد یا بین ماضرین منعقد می‌شود که زمان انعقاد قرارداد تقریباً روشن است. و یا بین غائبین منعقد می‌شود که در اینجا، این موضوع که عقد در چه زمانی منعقد می‌شود؟ جایی بمت و افتلاف نظر است:

در این زمینه چهار نظریه ارائه شده است:

۱- نظریه اعلام قبول

۲- نظریه ارسال قبول

۳- نظریه وصول قبول

۴- نظریه اطلاع از قبول

از بین نظرات بالا دکتر کاتوزیان و مرموم دکتر شهیدی و بسیاری از محققان نظریه ارسال قبول را پذیرفته اند زیرا که عقیده دارند نوشتن نامه قبولی همراه با ارسال آن مبین اراده جدی است برفی دیگر از محققان اعتقاد دارند که آنچه در حقوق ایران عقد را تشکیل می‌دهد اراده جدی (قصد انشاء) است لذا زمانی که قبول کننده اراده خود را اعلام می‌کند عقد محقق می‌شود هر چند ارسال قبولی اماره‌ای بربدی بودن اراده است ولی می‌توان فلاف آن را اثبات کرد و زمان اعلام اراده را زمان انعقاد عقد می‌دانند.

۷- قرارداد مبتنی بر قصد انشاء است و عقدی که فاقد قصد انشاء باشد از نظر حقوقی بی اعتبار است لذا یک سری معاملات تمت عنوان معاملات صوری یعنی معاملاتی که فقط صورت معامله را دارند و قصد واقعی و باطنی ندارند وجود دارند که باطل هستند.

این معاملات صوری به ۲ صورت قابل تصور هستند.

الف) اساساً هیچ قصدی وجود ندارد و هیچ اراده‌ای صورت نگرفته مثل اینکه کسی طلبکار دارد و برای اینکه اموال خود را از دست رس طلبکاران خارج کند آنها را به دیگری واگذار می‌کند.

ب) گاهی ممکن است اراده ظاهری اعلام شده و قصد باطنی هم وجود داشته باشد ولی اراده اعلام شده متناسب با اراده ظاهری نباشد. مثل اینکه کسی اراده هبه کرده باشد ولی در قالب بیع منعقد کرده اند، برای اینکه تنظیم سند رسمی بیع مالیات کمتری دارد.

برخی معتقدند معاملات صوری در هر دو حالت باطلند چون در حالت اول که قصد انشاء وجود ندارد و به تصریح م ۱۹۰ وجود قصد انشاء از شرایط اساسی صحت معاملات است و در حالت دوم چون متعاملین دارای یک اراده ظاهری هستند ولی اراده باطنی منطبق با آن وجود ندارد، لذا فاقد پشتوانه قصد انشاء است پس باطل است.

برخی دیگر معتقدند که معامله صوری قسم اول باطل است ولی در نوع دوم باید آثار و امکام همان عقدی را برطرفین باز کنیم که قصد باطنی بر انعقاد آن داشته اند.

تذکر (۱): معامله صوری در واقع مصداق مهمی از معاملات فاقد قصد است البته معاملات دیگری هم داریم که بفاطر فقدان قصد باطل هستند مثل معاملاتی که شفصی در حالت مستی انجام می‌دهد.

تذکر (۲): نکته آخر در معاملات فاقد قصد این که: معاملات فاقد قصد ۲ نوعند:

یا فقدان قصد ناشی از یک نقص ذاتی است مثل مجر، یا صغیر غیرممیز که این فقدان قصد به جهت فقدان اهلیت است لذا قانونگذار مدنی از آن در بخش اهلیت صمبت کرده است.
یا نقص، نقص عرضی است و فرض بر این است که اهلیت و سایر شرایط فرد درست است ولی به علتی عرضی قصد وجود ندارد مثل مستی فوآب، بیهوشی

۸- در بحث قراردادهای یک بمتی مطرح است و آن اینکه، رابطه بین قصد کننده [یعنی عاقد] با صامب معامله چیست؟ آیا همیشه قصد کننده صامب معامله است؟ یعنی معامله برای اوست و سود و زیانش برای اوست؟ در جواب به این پرسش باید ۲ حالت را از همدیگر جدا کرد که یکی اصل است و دیگری استثناء:

۱) کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شفص ممسوب

می شود. مگر اینکه در موقع عقد فلاف آن را تصریح کند؛ این اصلی رابطه بین عاقد است که در ماده ۱۹۶ ق. م ذکر شده است. زیرا که ما در حقوق قراردادهای و صامب معامله: ها یک اصلی داریم بنا بر (اصل نسبی بودن قراردادها): که به موجب آن هر قراردادی فقط نسبت به طرفین قرارداد اثر دارد نه نسبت به دیگران که این اصل یک اصل منطقی است چرا که قرارداد یک رابطه فصولی است و باید در همان رابطه هم اثر بگذارد.

(۲) استثناء «در صورتی که ثمن یا مئمن معامله عین معین باشد و این عین

هم

متعلق به غیر باشد، معامله برای صامب عین منعقد می شود. صرف نظر از اینکه عاقد چه کسی باشد»

۹- اصل نسبی بودن قراردادها که بالا ذکر شد دارای استثنائات پندی است که قانونگذاری مدنی ما آنها را پذیرفته است:

(الف) وکالت: قانونگذار در م ۱۹۸ قبول کرده است که معامله توسط وکیل انجام شود و وکیل قصدی را بکند که آثار آن متوجه موکل باشد، لذا قانونگذار قصد وکیل را قصد معتبری تلقی کرده است.

(ب) برفلاف مالت قبل که قبل از معامله وکیل ماذون از طرف صامب مورد معامله است، گاهی قصد کننده ماذون نیست، در حقوق ما آن را معامله فضولی می نامند که ق. م در م ۱۹۷ قصد فضول را قصد معتبری تلقی کرده هر چند آن را برای اكمال و اتمام عقد کافی نمی دانند.

(ج) در قسمت اخیر م ۱۹۶ ق. م اشعار می دارد (... معذالك ممكن است در ضمن معامله که شفص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شفص ثالث بنماید)

یعنی تعهد به نفع شفص ثالث هم یکی از استثنائات وارد بر اصل نسبی بودن قراردادها است.

۱۰- چرا در تعهد به نفع مشفص ثالث عدول از اصل نسبی بودن قراردادها ایراد ندارد؟

چون اگر تعهد به نفع شفص ثالث را تملیل کنیم متوجه می شویم که از یک طرف در تعهد به نفع شفص ثالث خود طرفین ضرر ناشی از آن را قبول کرده اند، مثلاً فرض کنید الف) فانه را به (ب) می فروشند و در ضمن قرارداد شرط می کنند که دوست الف) به مدت ۶ ماه در فانه سکونت کند. که در

اینجا ثالث فقط سود می‌برد.

البته برفی گفته اند در همه حالات تعهد به نفع شخص ثالث باید وی قبول کند، ولی ظاهراً ماده ۱۹۶ ق. م این نظر را تأیید نمی‌کند زیرا که در مقام بیان تعهد به نفع شخص ثالث ذکری از لزوم قبول ثالث نکرده است.

برفی دیگر معتقدند که قبول شخص ثالث لازم نیست، مگر اینکه مورد شرط به نفع شخص ثالث، تملیک مالی به او باشد که قبول او لازم است زیرا که قاعده [منع تملیک اجباری] ایجاد ملکیت برای شخص، بدون رضایت او را نهی می‌کند. که این نظر در بین حقوقدانان مشهور است. نکته دیگر اینکه، ممکن است تعهدی به ضرر شخص ثالث در قراردادی که بین دو طرف بسته می‌شود، شرط شود، در اینجا تکلیف این شرط چیست؟

برفی عقیده دارند که این شرط باطل است. زیرا اصل نسبی بودن قراردادها و ضرر شخص ثالث اقتضای بطلان آن شرط را دارد.

ولی عده‌ای دیگر که اکثریت هستند، اعتقاد دارند که شرط به ضرر شخص ثالث غیرنافذ است و اگر ثالث رد کند باطل می‌شود و اگر قبول کند شرط نافذ خواهد بود.

۱۱- در بحث قصد انشاء و رضا ۲ مطلب مهم وجود دارد که باید مورد توجه قرار گیرد.

الف) اشتباه: در مورد تأثیر اشتباه در سرنوشت عقد ۳ حالت را باید از هم جدا کرد

۱) اگر اشتباه در اوصاف اساسی رخ دهد نتیجه‌اش بطلان عقد است.

۲) اگر اشتباه در اوصاف اساسی نباشد ۲ حالت دارد:

الف) اگر این شرط غیراساسی در قرارداد شرط شده باشد یا عقد متبانیاً بر آن منعقد شده باشد،

کسی که زیان دیده مق فسخ دارد.

ب) اگر شرط غیراساسی در قرارداد ذکر نشده و در واقع هیچ توافقی بر آن صورت نگرفته باشد،

تأثیری در عقد ندارد، زیرا فرض ما این است که اشتباه اساسی نیست که قصد را منصرف کند و

توافقی هم بر روی آن صورت نگرفته که بفاطر ممایت از متضرر قائل بر مق فسخ باشیم.

ب:

ب) اکراه: اکراه از عیوب اراده است در مقوق ۲ نوع اکراه داریم:

۱) اکراه شدید (اجبار) (الجاء): در چنین مواردی اکراه شدید است و مقصود جایی است که شخص به

دلیل اکراه شدید فاقد اراده است که اصطلاحاً می‌گویند مسلوب الاراده شده است.

۲) اکراه غیرشدید: که مقصود اکراه متعارف است، که کسی مورد تهدید قرار می‌گیرد ولی مسلوب داده نمی‌شود و سود و زیان خود را می‌سنجد و سپس قرارداد منعقد می‌کند، در اینجا قصد وجود دارد ولی رضا وجود ندارد.

یکی از بحث‌هایی که مطرح شده است مربوط می‌شود به ملاک تأثیر اکراه از نظر مکر یعنی اگر بخواهیم بدانیم که اکراه مؤثر است یا نه، ملاک از نظر مکر چیست؟ آیا مکره با توجه به شرایط شخصی خود، مورد توجه قرار می‌گیرد یا با توجه به شرایط نوعی مد نظر قرار می‌گیرد؟

در ماده ۲۰۲ ق.م به این مسئله اشاره شده است «اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در شخص باشعوری بود و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد»

طبق این ماده اگر این عمل مؤثر در شخص باشعور «متعارف» باشد که عادتاً قابل تحمل هم نباشد اکراه محسوب می‌شود پس ملاک ماده ۲۰۲ در قسمت اول ملاک نوعی است؟
در ادامه م ۲۰۲ در مورد اعمال اکراه آمیز سن، شخصیت و افلاق و مرد و زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود»

با توجه به قسمت اخیر ماده، ملاک عوض شد، باید خود شخص را بررسی می‌کنیم مثل جنس و سن، لذا املاک شخصی است.

نکته) در اکراه وقوع تهدید شرط است نه اجرای آن:

نکته دوم) اکراه باید نامشروع باشد

۱۲- بمت دیگر در مورد قصد و رضا معاملات اضطراری است. وجه ممیز بین معامله اکراهی و اضطراری وجود تهدید است، لذا اگر شخصی بدون تهدید که عنصر مادی بمت اکراه است معامله‌ای انجام دهد این معامله نافذ خواهد بود

در معامله اضطراری: شخص در شرایط اوضاع و احوالی که شرایط نافواسته‌ای است قرار می‌گیرد. و این اوضاع و احوال شخص را ناچار می‌کند، معامله‌ای را انجام دهد. معامله اضطراری برخلاف معامله اکراهی صمیم و نافذ است.

فصل دوم: اهلیت:

اهلیت موضوع اصلی مقوق اشخاص است که در قسمت اول این تمقیق در بمت مدنی (۱) مورد بررسی قرار گرفت. در قسمت قراردادهای مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ ق.م به بمت اهلیت توجه کرده است ولی اکثر مقوقدانان قواعد لازم برای اهلیت در معاملات را خارج از این دو ماده و در قسمت اشخاص جست

و چو می‌کنند لذا ما نیز با توجه به اینکه در مدنی (۱) بحث اهلیت را مطرح کردیم، در اینجا از ذکر دوباره مطالب فووداری می‌کنیم.

فصل سوم: مورد معامله

۱۳) بند سوم از ماده ۱۹۰ ق. م. یکی از شرایط صحت معامله (امعین بودن موضوع آن ذکر کرده است، در این ماده صرفاً از معین بودن و یا معین نبودن مورد معامله صحبت کرده است. ولی در قراردادها باید توجه داشت که یکی از ارکان معاملات مورد آن است، و هرپیزی صلاحیت آن را ندارد که مورد معامله قرارگیرد. مورد معامله شرایطی دارد که اگر آن شرایط ایجاد شود میتواند درکنار ارکان دیگر صحت معاملات رکن دیگری را ذکر کرد.

ماده ۲۱۴ ق. م. مقرر می‌دارد که «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد به تسلیم و یا ایفای آن را می‌کنند.»

پس در درجه اول مورد معامله باید مال یا عمل باشد مقصود از مال، عین، منفعت و چیزهایی است که به عنوان شی در خارج وجود داشته باشد.

در درجه دوم: مال و عملی که گفته شد باید این قابلیت را داشته باشند که تسلیم شوند یا اجرا گردند. مثلاً یک بقالی تعهد می‌کند که نقشه ساختمانی ترسیم کند در مالیکه این تفصص را ندرد پس این تعهد نمی‌تواند مورد معامله قرارگیرد لذا معامله باطل است.

در درجه ثالث: طبق م. ۲۱۵ ق. م. «مورد معامله باید مالیت داشته باشد و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد» مورد معامله باید مالیت داشته باشد مالیت وصفی است که به موجب آن مال ارزش اقتصادی پیدا می‌کند، گاهی وجود کمیت خاصی سبب ایجاد مالیت می‌شود، مثلاً اگر گفته شود چند دانه گندم را فروختم در اینجا چند دانه گندم مال است ولی عرفاً مالیت ندارد، لذا نمی‌تواند در مورد معامله واقع شود.

و در درجه رابع) مورد معامله باید مشروعیت داشته باشد، یعنی قانونی باشد.

و منفعت عقلایی هم داشته باشد، گاهی ممکن است منفعتی عقلایی داشته باشد ولی منفعت مشروع ندارد مثل خرید و فروش مواد مخدر و یا اسلحه.

و آفراینکه: مورد معامله باید مبهم نباشد (م. ۲۱۶) ابهام در قرارداد درمدمتعارف ایرادی ندارد، زیرا که در هیچ قراردادی بطور کامل ابهام از کالا رفع نمی‌شود، اما اگر ابهام به درجه‌ای رسید که ممکن است قرارداد را دچار فطر کند معامله صحیح نخواهد بود که اصطلاحاً معامله غرری می‌شود.

نکته (۱) برای رفع غرراز معامله و معین بودن موضوع معامله ۳ چیز باید از جهل خارج شود: (۱)

(۲) اوصاف مورد معامله

جنس مورد معامله

(۳) مقدار مورد معامله:

نکته (۲) قاعده غرر دارای استثنائاتی است که در این موارد نیازی به علم تفصیلی نیست. این موارد عبارتند از:

الف) غرر و اصل قاعده آن ظاهراً برای عقود معاوضی است و در عقود غیرمعاوضی جریان ندارد.
ب) بعضی از عقود معاوضی هستند مثل صلح و جعاله که مبتنی بر مسامحه هستند و مخابنی نیستند، لذا قاعده غرر فقط در عقود مخابنی جاری است.
ج) گروه سوم که در آنها برفی معتقدند که علم اجمالی کافی است شروط ضمن عقداست که علم تفصیلی را لازم نمی‌دانند ولی بمتفاوتی است.

۱۳- مورد معامله اگر عین باشد به سه صورت قابل وجود است.

الف) عین معین: مالی است که یک مصداق بیشتر ندارد. مثلاً می‌گویند همین اتومبیلی که شما می‌بینید من به شما می‌فروشم در این حالت، مال معین است، در این صورت وجود مال معین در زمان انعقاد قرارداد لازم است و اگر در آن زمان موجود نباشد قرارداد باطل است.
گاهی عین معین قابل تبعیز و تجزیه است، مثل ۱۰۰ کیلوبرنج، در اینجا در صورت تلف به میزان باقی مانده عقد صحیح و برای قسمتی از مال که نابود شده عقد باطل است که اصطلاحاً این قاعده را انمالات عقد به عقود متعدد نامند.

ب) کلی در معین: کلی یعنی مفهومی که صادق بر افراد زیادی است. مثلاً گفته می‌شود که ۱۰۰ کیلوگندم به شما فروختم ولی اگر بگوییم یک تن گندم در انبار موجود است از آن ۱۰۰ کیلو به شما فروختم می‌شود بیع عین کلی در معین. در زمان انعقاد عقد کلی در معین باید حداقل یک فرد از افراد آن موجود باشد.

ج) کلی یا کلی فی الذمه: در این حالت عین کلی در ذمه شخص است و لزومی ندارد که در انبار یا بیرون موجود باشد و ممکن است کلی مافی الذمه وجود نداشته باشد مثل معامله سلم و سلف. در کلی مافی الذمه، وجود بالفعل مورد معامله در هنگام انعقاد عقد شرط نیست ولی وجود و تحقق آن در موعد اجرای قرارداد شرط است. پس اگر معلوم شود که در موعد قرارداد عقلاً یا عرفاً مورد معامله موجود نخواهد بود، معامله باطل خواهد بود.

۱۴- فصل چهارم: جهت معامله

درم ۱۹۰ یکی از شرایط صحت عقود و اعمال مقوقی مشروعیت جهت است. جهت: یعنی انگیزه شفصی و خاص در هر معامله کننده که مستقیماً ممرک شفص برای انعقاد قرارداد باشد.

درمقوق قراردادها برفی موارد هستند که وجود آنها [یعنی موجود بودنشان] از شرایط صحت است مثل قصد و رضا اما موارد دیگری هستند که عموماً وجود دارند ولی مشروعیت آنها برای صحت معامله شرط است مثل جهت معامله:

جهت معامله و انگیزه آن، اگر مشروع باشد، قرارداد از این لحاظ اشکالی ندارد و در غیر این صورت قرارداد مشکل پیدا می‌کند، ولی باید توجه داشت که به صرف نامشروع بودن جهت معامله، آن معامله باطل نمی‌شود چراکه ما وجود انگیزه و یا تصریح به جهت معامله را لازم نمی‌دانیم و فرض می‌شود که معاملات جهت دارند، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد. واین تصریح در عقد یعنی توافق طرفین به آن جهت نامشروع مال این توافق چه صریح باشد یا ضمنی، پس اگر معلوم شد که جهت نامشروع وارد توافق نشده است، باعث بطلان معامله نمی‌شود البته در اینکه منظور از تصریح در عقد چیست؟ نظرات دیگری هم وجود دارد.

نکته) بمئی که از فروع [جهت در معامله است] مسئله «معامله به قصد فرار از دین است» مقصود از این معامله، معامله‌ای است که کسی به انگیزه پرداخت نکردن دین طلبکارها روی اموال خود انجام می‌دهد. باتوجه به وضعیت غیرمشفص قانون مدنی دراین موارد مقوقدانان معاملات به قصد فرار از دین را اگر صوری باشد به علت فقدان قصد باطل می‌دانند و اگر صوری نباشد آن را غیر نافذ می‌دانند که نیاز به تنفیذ طلبکاران است.

۱۵- اصل لزوم در قراردادها:

طبق ماده ۲۱۹ ق.م.م «عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ گردد.»

در این ماده اصل لزوم قراردادها ذکر شده است. اصل لزوم جزء اصول مهم قراردادی است، (اصل لزوم در واقع امر دو معنی رامی رساند:

الف) لزوم عقد در برابر قابلیت فسخ آن «یعنی عقد لازم است» (لزوم بیرونی)

ب) لزوم عقد به معنی الزام و استمکام و ثبات درونی (لزوم درونی) یعنی عقود واقع شده بین افراد لازم الاجرا هستند تا زمانی که منحل نشده اند که (قاعده لزوم) هم گفته می‌شود.

این ماده شامل هر دو معنی می‌شود. ولی با توجه به ذیل ماده که گفته است «... مگر به رضای طرفین اقاله یا به علل قانونی فسخ گردد.» برفی عقیده دارند که این ماده در مقام بیان لزوم در مقابل جواز بوده است (یعنی معنی اول) پس طبق این ماده فرض براین است که پس از انعقاد قرارداد، قرارداد لازم است.

۱۶- قاعده فسارت:

مایک قاعده کلی فسارت داریم که در قرارداد و غیر قرارداد جاری می‌شود. که ممکن است در قرار داد یا مسئولیت مدنی، اشکال مختلفی به خود گیرد ولی به هر حال قاعده کلی این است که اگر ما بخواهیم فسارتی را بگیریم باید چند مقدمه را اثبات کنیم:

الف) وجود تعهد: یعنی تا وقتی که تعهدی را امر از نکتیم گرفتن فسارت بی معنی است. این تعهد منشأش ممکن است قرارداد باشد یا یک امر و تکلیف عمومی.

ب) نقض تعهد: یعنی باید آن تعهد انجام نشود. لذا اگر کسی تفللی نکند، گرفتن فسارت طبق قواعد کلی معنا ندارد.

ج) وجود و ورود ضرر: یعنی آنچه عرفاً ضرر محسوب می‌شود باید به شخص وارد شود، لذا اگر نقص تعهدی صورت گیرد ولی ضرری وارد نشود، فسارت گرفته نمی‌شود.

د) وجود رابطه سببیت بین عدم ایفای تعهد و ورود ضرر: یعنی سبب ورود ضرر روزیان باید عدم ایفای تعهد، توسط متعهد باشد نه امر دیگری، اگر تعهد غیر قراردادی باشد، جبران فسارت به بمت مسئولیت مدنی کشیده می‌شود [که در بمت مدنی (۱۴) ذکر خواهد شد] و در آنجا قاعده عمومی این است که تمام این شرایط باید به اثبات برسد.

ولی در قرارداد ۲ حالت وجود دارد:

(۱) طرفین فسارت و ضرر را پیش بینی کرده اند.

(۲) طرفین فسارت و ضرر را پیش بینی نکرده اند.

اگر در قرارداد این پیش بینی صورت نگرفته باشد و یکی از طرفین نقض تعهد نماید، در این صورت زیان دیده باید چهار شرط بالا را اثبات کند تا بتواند فسارت بگیرد ولی اگر در قرارداد ضرر پیش بینی شده باشد، ۲ شرط از چهار شرط بالا مفروض است و فقط باید دو شرط یعنی [۱] وجود تعهد ۲) نقض تعهد را ثابت کند یعنی در این حالت به محض اینکه زیان دیده ثابت کرد طرف دیگر از تعهد موجود سرپیچی کرده است مستحق دریافت فسارت خواهد بود.

۱۷- یکی از مواردی که می‌توان نقض تعهد را امر از کرد. عدم انجام تعهد در موعد فاص اجرای

قرارداد است. موعد اجرای قرارداد در موارد مختلف فرق می‌کند.

مثلاً در بعضی از قراردادها، انجام تعهد در موعد خاصی بسیار مهم است به نحوی که اگر زمان خاص برای ایفای تعهد از بین برود کل مطلوبیت قرارداد از بین خواهد رفت. مثلاً اگر شش‌ماهه قرارداد تمویل یکصد کیلو شیرینی برای مراسم عروسی در روز معینی را با یک قنادی منعقد کند و قناد در روز معین نتواند آن شیرینی‌ها را تمویل دهد، در این صورت انجام تعهد در روز دیگر بی‌معنی خواهد بود؛ این قراردادها از نوع [قراردادهایی هستند که موضوع معامله و زمان مقرر و مدت مطلوب را تشکیل می‌دهند

گاهی زمان خیلی مهم نیست. یعنی می‌توان در زمان ثانی و ثالثی نیز قرارداد را اجرا کرد. مثل اینکه کسی قراردادی با پیمانکاری بسته که فانه‌اش را تعمیر کند، اگر در مدت مقرر قرارداد انجام نشود، در مدت دیگری می‌توان قرارداد را اجرا کرد. (تعدد مطلوب)

در قرارداد نوع اول، « و مدت مطلوب »، اگر موضوع قرارداد در موعد و زمان مقرر اجرا نشود قرارداد به هم می‌خورد و اصل قرارداد منتفی می‌شود و طبیعتاً طبق قاعده کلی اگر عدم انجام تعهد به خاطر فورس‌ماژور نباشد می‌توان فسخات عدم انجام تعهد گرفت (یعنی فسخات عدم انجام کل قرارداد) اگر فسخات پیش‌بینی شده باشد، در این صورت همان فسخات پرداخت می‌شود و در غیر این صورت باید مقدار فسخات در دادگاه تعیین شود.

اگر قرارداد از نوع دوم باشد، « تعدد مطلوب »، در صورت عدم انجام تعهد قراردادی باز اصل لزوم و ثبات قرارداد است و قرارداد بهم نمی‌خورد مگر متعهد در انجام تعهد تأخیر کند، متعهد می‌تواند متعهد را به انجام تعهد الزام کند و از باب تأخیر در اجرای تعهد می‌تواند فسخات بگیرد.

فصل پنجم: شروط ضمن عقد

۱۸- یکی از مباحث مهم در حقوق قراردادهای بویژه در حقوق مدنی ما بحث شروط ضمن عقد است. اصطلاح شروط ضمن عقد در مقابل شرط ابتدائی تأسیس شده است.

شروط ابتدائی: اصطلاحی فقهی است که فقها هر تعهد یا قراردادی که جزء عقود معین موجود در زمان پیامبر نبود و بصورت شرط ضمن عقد هم نمی‌آمد، «شروط ابتدائی» می‌نامند، البته بنابه نظر اکثر حقوقدانان با تقنین ماده ۱۰ قانون مدنی شروط ابتدائی نفوذ حقوقی پیدا کردند.

شروط ضمن عقد: یعنی تعهدی فرعی که در ضمن عقد ذکر می‌شود.

۱۹- شروط ضمن عقد از ۲ جهت تقسیم بندی می‌شوند:

الف) از نظر ماهوی: به شروط صمیع و شروط باطل و شروط باطل و مبطل تقسیم می‌شوند.

ب) از جهت شکلی، به شروط صفت، فعل و نتیجه تقسیم می‌شوند.

۲۰- تقسیم بندی شروط از نظر ماهوی:

شروط ضمن عقد دو دسته هستند:

۱- شروطی که صمیع اند.

۲- شروطی که باطلند.

با توجه به اینکه اصل در شروط ضمن عقد، صحت آنهاست، لذا شروط باطل تصریح شده اند:

الف) شروطی که فوئدشان باطل هستند ولی موجب بطلان عقد نمی‌شوند که این شروط در ماده

۲۳۲ ق. م ذکر شده اند که عبارتند از:

a) شروط غیر مقدور: شرطی که بصورت متعارف قابل انجام نیست. مثلاً در ضمن عقد بیعی شرط

شود: مشتری که اصلاً سواد ندارد کتاب فیزیک برای بایع بنویسد این شرط غیر مقدور است.

b) شرطی که در آن نفع و فایده عقلانی نباشد: منفعت عقلایی، یعنی نفعی که نوع انسانهای عاقل

بر آن صمه بگذارند.

c) شروط نامشروع: شرط مخالف بانظم عمومی، افلاق مسنه و مسلمات شرعی و دینی باطل است

«الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً»

ب) شروطی که هم فوئدشان باطل هستند و هم موجب بطلان عقد می‌شوند (شروط فاسد مفسد)

a) یکی از شروطی که هم باطل است و هم مبطل عقد است، شرطی مجهولی است که جهل به آن

موجب جهل به عوضین شود. منظور از عوضین ممکن است یک طرف عوضین باشد یا هر دو طرف

عوضین، مثلاً در ضمن بیع ۱۰۰ کیلو گندم شرط کنیم مقداری از آن را در مدود ۱۰ تا ۲۰ کیلو به امد بدهیم که این شرط موجب غرر فواهد بود، لذا موجب جهل به یکی از عوضین می‌شود که هم باطل است و هم مبطل

(b) شرط خلاف مقتضای عقد:

مقتضای عقد: پیزی است که بعد از عقد، نتیجه و اثر عقد است مثلاً تملیک در بیع البته هیچ گاه در عقد مستقیماً مقتضای عقد نفی نمی‌شود بلکه آثاری از عقد نفی می‌شود که نفی این آثار مستلزم نفی مقتضای عقد است.

در معنای عام این آثار بسیار متعددند یک سری از آثار بسیار به عقد نزدیک است، یعنی نمی‌توان تصور کرد که عقدی ممقق شود بدون آن که، این آثار را نداشته باشد. (یعنی اینها مقتضای ذات عقدند)

اما یک سری از آثار هستند که عقد بدون آنها هم اثر خود را دارد یعنی درواقع این آثار مقتضای ذات عقد نیستند بلکه مقتضای اطلاق عقدند (مثل امکان اجاره دادن ملک مورد بیع)

منظور از مقتضای عقد در ۲۳۳ ق. ه مقتضای ذات عقد است که ملاک و معیار اینکه آیا نفی اثری از عقد، نفی مقتضای ذات عقد است یا نه؟ بستگی به نظر عرف دارد.

۲۱- تقسیم بندی شروط از نظر شکلی:

شروط از نظر شکلی به سه دسته تقسیم می‌شوند (صرف نظر از اینکه صمیع باشند یا باطل)
الف) شرط صفت: شرط صفت عبارت است از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله (ه ۲۳۴ بند اول)

معمولاً صفت مربوط به کیفیت مورد معامله می‌شود ولی در ماده کمیت را نیز ذکر کرده است.

کیفیت: یعنی مسائلی مثل رنگ، بو، سافت کارخانه مفصوص

کمیت: درمورد معامله ذکر کمیت از باب توصیف نیست، بلکه مقدار مورد معامله باید مشخص شود تا از آن رفع غرر گردد. همانطور که جنس و نوع معامله باید ذکر گردد. اما گاهی کمیت برای طرفین مطلوب اصلی نیست لذا می‌توانند بصورت شرط ضمن عقد بیاورند (ه ۳۵۵ ق. ه) که در این صورت به شکل شرط صفت فواهد بود.

کمیت مورد معامله اگر جنبه وصفی پیدا کند، ارزش و مورد معامله بر روی آن کمیت توزیع نمی‌شود ولی اگر کمیت، مقدار مورد معامله را مشخص نماید، ثمن معامله بر آن توزیع فواهد شد.

ب) شرط نتیجه: شرط نتیجه آن است که تمقق امری در خارج شرط شود:

تمقق یعنی وجود چیزی، نه ایجادکردن آن، یعنی ضمن عقدی بودن امری در خارج شرط شود. البته باید توجه داشت که مقصود از [امری] مذکور در م ۲۳۴ هر امری نیست، زیرا انسان قدرت برهر امری ندارد ولی امور اعتباری در اختیار انسان است و انسان می‌تواند که موجودی از موجودات اعتباری را بصورت شرط نتیجه به وجود آورد.

پس شرط نتیجه: یعنی نتیجه یک عمل مقوقی. (مثلاً بصورت شرط نتیجه در عقد بیعی مشتری وکیل بایع در طلاق زنش باشد.)

نکته) اگر مورد شرط نتیجه، از اعمال مقوقی باشد که نیاز به تشریفات خاصی دارد، آن نتیجه به ممض اشتراط حاصل نمی‌شود مثل اینکه در ضمن عقد اجاره بین یک زن و مرد، شرط شود که زن زوجه مرد باشد، زیرا که برای انعقاد نکاح لفظ خاصی لازم است.

در این حالت برفی اعتقاد دارند که این شرط نتیجه باطل است و عده‌ای عقیده دارند که تبدیل به شرط فعل می‌شود و گروه سومی اعتقاد دارند که این شرط نتیجه بصورت معلق تمقق پیدا می‌کند و با انجام تشریفات اثر خود را بر جای می‌گذارد. (که از بین نظرات، نظر سوم مقبولیت بیشتری دارد و با مبانی مقوقی شرط نتیجه نیز سازگارتر است).

ج) شرط فعل:

شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بریکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. (بند ۳ م ۲۳۴ ق. م)

شرط فعل، اعم از شرط فعل مادی و یا مقوقی است مثلاً شرط کنند که یکی از طرفین دیواری برای دیگری بسازد (شرط فعل مادی) یا اینکه فانه‌اش را بفروشد (شرط فعل مقوقی) شرط فعل ممکن است ایجابی یا سلبی باشد.

نکته) یک بحث مهم که در تملیل شروط باید مدنظر قرار داد این است که: هر شرطی داری سه رکن است:

۱) مشروطه له ۲) مشروط علیه ۳) مشروط به (مورد شرط)

هم شرط نتیجه و هم شرط فعل و هم شرط صفت باید دارای این سه رکن باشند و اگر ما بتوانیم در تملیل شروط ضمن عقد این سه رکن را شناسایی کنیم، درک امکان آن شروط بسیار راحت خواهد بود. شرط فعل یک تعهد است، یعنی مشروط علیه فعلی برعهده‌اش است. لذا در درجه اول مشروط علیه الزام دارد به وفای به شرط و اگر آن را انجام نداد، در وهله اول باید او را الزام کرد، اگر امتناع کرد ممکن است در مواردی دادگاه شرط فعل را توسط دیگری انجام دهد و هزینه را برعهده مشروط علیه

قراردهد. و در آخر اگر این مکان هم وجود نداشت، مشروط له مق فسخ معامله را فواید داشت. گاهی ممکن است شرطی که در قرارداد درج شده، ممتنع می‌شود، یعنی فواید انجام شرط ممتنع می‌شود نه اینکه شفص امتناع کند، یعنی ما در زمان اشتراط نمی‌دانستیم ممتنع می‌شود ولی بعد عامل ممتنع بودن به وجود می‌آید در اینجا ممکن است تصور شود چون فوایدش ممتنع شده لذا مشروط له مق فسخ نفواید داشت. اما ق. م در ماده ۲۴۰ مق فسخ برای مشروط له قائل شده است. زیرا مق فسخ برای ایجاد تعادل قراردادی نقش ایفا می‌کند.

البته در یک حالت مق فسخ نیز وجود ندارد. و آن زمانی است که معلوم گردد مشروط له در ایجاد ممتنع شدن نقش داشته است. (قاعده اقدام)

۲۲- از شروط سه گانه فوق، آیا می‌شود همه آنها را اسقاط کرد؟

الف) شرط فعل (اتا زمانی که اجرائشده است می‌توان اسقاط کرد و بعد از اجرا اسقاط شرط معنی ندارد.

ب) شرط صفت، قابل اسقاط نیست، زیرا که این شرط به وجود صفتی بروی عین معینی تعلق می‌گیرد و این صفت دو حالت بیشتر ندارد، چرا که یا صفت موصوف در عین معین هست یا نه و در هر دو حالت اسقاط شرط معنی ندارد زیرا دیگر بعد از زمان انعقاد عقد شرطی وجود ندارد.

ج) شرط نتیجه نیز قابل اسقاط نیست زیرا که به محض اشتراط به وجود می‌آید و بعد از به وجود آمدن نتیجه یک عمل مقوقی، دیگر شرطی وجود ندارد بلکه نتیجه یک عمل مقوقی وجود دارد. نکته) در دو حالت اخیر (شرط صفت و نتیجه) اگر آن شرط وجود نداشته باشد یا به محض اشتراط حاصل نشود، برای مشروط له مق فسخ به وجود می‌آید، که می‌تواند این مق فسخ را ساقط کند ولی آشکار است که اسقاط شرط با اسقاط مق فسخ حاصل از عدم تمقق آن تفاوت وجود دارد.

۲۳- اگر شرط باطل شود چه تأثیری بر عقد دارد و بالعکس اگر عقد باطل شود چه تأثیری بر شرط می‌گذارد؟

الف) اگر شرط باطل شود، علی الاصول افلالی در صحت عقد ایجاد نمی‌کند زیرا مشروط جنبه تبعی نسبت به عقد دارد و نهایتاً در بعضی موارد بطلان شرط باعث می‌شود که مشروط له مق فسخ داشته باشد.

ب) ولی اگر عقد از بین برود: در ماده ۲۴۶ ق. م آمده که «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ بهم بفرود. شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود...» در اینجا فقط اقاله و فسخ رایج کرده ولی علی الاصول بطلان و انفساخ هم چنین است.

a) اگر عقد به واسطه اقاله فسخ و انفساخ بهم بفوردد، یعنی عقد از اول صمیع بوده است ولی به هر دلیل عقد بهم می‌فوردد، اگر شرط اجرا نشده باشد در این صورت شرط به هم می‌فوردد و باطل نمی‌شود بلکه منفسخ می‌شود زیرا عقد و شرط از اول صمیع بوده اند»

b) اگر عقد باطل شود، یعنی از اول باطل بوده باشد، شرطی هم که در ضمن آن عقد درج شده بود باطل می‌شود/ زیرا شرط انشایی است، ضمن انشاء دیگر، لذا اگر انشاء اصلی باطل بوده باشد تابع آن نیز باطل خواهد بود.

پ) مال اگر شرط اجرا شده باشد، مثلاً شرط فعلی باشد که متعهد آن را انجام داده است. و بعد عقد اصلی فسخ یا اقاله گردد، کسی که از شرط سود برده و اصطلاحاً استیفاء کرده است باید عوض آن را بپردازد.

نکته) شروط به دودسته تقسیم می‌شوند (۱) شروط وابسته (۲) شروط غیر وابسته (مستقل) باید توجه داشت که آنچه از امکام شروط تا به حال بحث شد راجع به شروط وابسته است، یعنی شرطی که مستقلاً یک عمل مقوقی نیستند، بلکه وابسته اند.

ولی ممکن است عقدی در ضمن عقد دیگری ذکر شود، مثلاً اجاره‌ای بصورت شرط ضمن عقد درج شود در اینجا باید امکام اجاره رعایت شود.

و در مورد بطلان یا انفساخ یا فسخ یا اقاله عقد اصلی در اینکه آیا عقد دیگری که بصورت شرط در ضمن آن می‌آید باطل می‌شود یا نه؟ اختلاف نظر وجود دارد، و آنچه مسلم است این است که اگر بطلان عقد اصلی به خاطر عللی از قبیل، نامعین بودن مورد معامله باشد، نمی‌توان به راحتی مکم برانممال عقدی کرد که بصورت شرط، در ضمن آن آمده است.

فصل ششم: معاملات فضولی

۱۴- معامله فضولی: معامله به مال غیراست بدون سمت

چند نکته راجع به معاملات فضولی است که ابتدائاً باید ذکر گردند.

(۱) معامله فضولی شامل کلیه عقود است چه عقودی که تصریح به امکان انعقاد آنها به نموی فضولی شده باشد یا نشده باشد، چراکه قانون مدنی امکان معاملات فضولی را در بمت قواعد عمومی اعمال مقوقی آورده است.

(۲) بعضی معتقدند که امکان فضولی شامل ایقاعات نمی‌شود و فقط مکم فضولی برای معاملات است. مثلاً اگر کسی فضولتاً دین دیگری را ابرا کند به عقیده این عده باطل است زیرا اقتضای قاعده کلی بطلان است.

ولی همان طور که در ذیل ماده ۱۹۰ در شرایط اساسی اعمال مقوقی بمت شد شرایط مذکور در آن ماده شامل تمام اعمال مقوقی است نه فقط معاملات یا عقود، لذا ابرا فضولی هم غیرنافذ است.

(۳) برفی عقیده دارند که تعهد فضولی باطل است و معامله فضولی فقط در معامله به عین معین یا کلی در معین مصداق دارد. لذا اگر کسی فضولتاً برعهده دیگری تعهد نماید طبق ماده ۱۹۷ ق. م اصل براین است که خود متعهد شده است و اگر مورد تعهد طوری باشد که فقط شخص که فضولتاً تعهد برزده او شده قادر به انجام او باشد (مثلاً من فضولتاً تعهدکنم که استاد فرشپیان یک تابلوی نقاشی برای ثالثی فلق کند) در این صورت تعهد را باطل می‌دانند.

ولی باید اذعان کرد که اگر معامله به عین معین به نمو فضولی قابل تصور باشد باید بتوان تعهد فضولی برزده دیگری را نیز تصور کرد چرا که ذمه ارزش مالی دارد پس تعهد فضولی هم باید غیر نافذ باشد.

(۴) مصداق اصلی معامله فضولی زمانی است که شخص به مال غیر و بناه غیر معامله می‌کند مثلاً علی مال برادرش را برای برادرش می‌فروشد ولی مواععی هست که شخص مال دیگری را برای خودش می‌فروشد مثلاً سارقی مال دزدی را برای خودش می‌فروشد آیا در اینجامعامله فضولی است یا باطل خواهد بود؟

برفی عقیده دارند که چون در اینجا جهت معامله صمیم نیست لذا معامله باطل است ولی نظر قوی‌تر این است که این مورد هم مشمول عنوان معامله فضولی خواهد بود.

و این نظر را نظر مشهور فقهای امامیه تأیید می‌کنند.

(۵) اگر مالکی، دیگری را نهی کرده باشد که به مال او معامله نکند، آیا در اینجا معامله فضولی

فواهد بود یا باطل؟ نظر مشهور این است که در اینجا هم معامله فضولی فواهد بود.

۲۵- امکان اجازه یا رد

اجازه یا رد نهادهای فاضی هستند که فقط در مورد معامله فضولی یا مواردی که شبیه آن است در حقوق ایران مطرح است.

از نظر ماهیت حقوقی اجازه اعلام است و انشاء نیست یعنی چیزی ایجاد نمی‌شود. زیر آنچه باید، ایجاد شده است و اجازه فقط اعلام یک امری است درونی که نیاز به قول و فعل دارد تا مبین باشد. به عکس، رد از نظر ماهیت حقوقی، دارای ماهیتی انشایی است زیرا برای ایجاد یا از بین بردن عمل حقوقی باید دارای اراده انشایی باشیم، پس برای از بین بردن ماهیتی که قبل ایجاد شده (یعنی معامله فضولی) نیازمند اراده انشایی هستیم.

این اجازه و رد باید در مد عرفی مبین باشد لذا سکوت مالک هرچند که باطناً راضی باشد را موجب نفوذ معامله نمی‌دانند.

۲۶- اجازه یا رد در معامله فضولی فوری نیست و اگر تأخیر در اجازه یا رد منجر به ضرر طرف مقابل باشد، او مق فسخ معامله را فواهد داشت. همچنین اجازه زمانی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد.

۲۷ - مسئله دیگر در بحث معاملات فضولی موضوع انتقال اجازه با رد است. یعنی این موضوع مطرح می‌شود که اجازه یا رد مق مالک مین العقد است یا مالک مین الاجاره آنچه مسلم است این است که طبق م ۲۵۳ ق. م مق اجازه و یا رد بعد از فوت مالک قبل از اینکه اجازه یا رد خود را اعلام کند با وراثت است. اما در چگونگی به ارث رسیدن اجازه یا رد اختلاف است:

الف) عدهای اعتقاد دارند که مق اجازه و رد مق مستقلی است مثل مق شفعه که هرکدام از ورثه به میزان به سهم الارث خود آن را به ارث می‌برند، طبق این نظر زن از مق اجازه و یا ردی که نسبت به یک مال غیر منقول است ارث می‌برد و می‌تواند آن را اجازه دهد و یا رد کند.

ب) عده دیگری معتقدند که مق اجازه یا رد یک مق تبعی است. یعنی تابع مالی است که معامله فضولی بر روی آن واقع شده است، به عبارت دیگر هرکس مالک مال مورد معامله فضولی شد، مالک مق اجازه و یا رد نیز می‌شود، طبق این نظر زن از مق اجازه و یا ردی که نسبت به مال غیر منقول است ارث نمی‌برد و یا مق اجازه و ردی که برای (میوه) وجود دارد مفتص به پسر بزرگ متوفی است.

از بین دو نظر فوق نظر مشهور این است که مق اجازه ورد، مق مستقلی نیست بلکه تابع ملک است و هرکسی که به واسطه ارث مالک ملکی می‌شود، مالک مق اجازه و رد آن نیز فواهد شد.

بحث دوم این است که آیا می‌توان مق اجاره و یا رد را بصورت ارادی انتقال داد؟

۱) از آنچه در بالا گفته شد مبنی بر اینکه حق اجازه یا رد حق مستقلی نیست نتیجه می شود که نمی توان آن را مستقلاً به دیگری انتقال داد.

۲) اگر مالی که مورد معامله فضولی قرار گرفته و مالک اصلی می خواهد این مال را به دیگری منتقل کند، در این مورد نظر مشهور این است که حق اجازه یا رد به تبع مال به مالک جدید منتقل می شود.

در این مسئله نظر دیگری هم وجود دارد که معتقدند، با انتقال مال توسط مالک به دیگری، معاملات فضولی قبلی باطل می شود، زیرا که مالک با انتقال ثانوی مال به طور ضمنی اراده خود بر رد معامله فضولی را اعلام کرده است. ولی این نظر را مفهوم ماده ۲۵۴ قانون مدنی رد می کند، زیرا طبق این ماده «هرگاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد آن، مال به نمودی از انما به معامله کننده فضولی منتقل شود، صرف تملک موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود»

نتیجه: صرف انجام معامله ای، روی مالی که قبلاً بطور فضولی مورد معامله قرار گرفته موجب [رد] معامله سابقه نخواهد بود مگر آنکه دلیلی داشته باشیم که این معامله ثانوی [رد] را نشان دهد.

۲۷- معاملات فضولی متعدد:

معاملات فضولی گاهی ممکن است در عرض هم باشند مثلاً الف) مالی را فضولتاً به (ب) بفروشد و سپس الف) همان مال را به (ج) بفروشد و یا ممکن است معاملات فضولی طولی باشد، یعنی، الف) مالی را فضولتاً به (ب) و (ب) آن مال را به (ج) و (ج) به (د) والی آفر.

در معاملات فضولی متعدد منعقد شده بر روی یک مال، مالک نسبت به همه اینها حق اجازه و یا رد دارد، اگر هر کدام را رد کرد تأثیری بر معاملات دیگر ندارد ولی اگر یکی را تنفیذ کرد جای افتلاف است که آیا بقیه معاملات فضولی باقی می مانند یا باطل می شوند؟ و آیا تنفیذ یکی به منزله رد دیگری است؟ طبق قواعد کلی تکلیف معاملات فضولی دیگر با مالک جدید است.

در معاملات فضولی طولی: م ۲۵۷ اشعار می دارد: «اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده است قبل از اینکه مالک معامله فضولی را اجازه یا رد کند، مورد معامله دیگر نیز واقع شود، مالک می تواند هر یک از معاملات را که بخواهد اجازه کند، در این صورت هر یک را اجازه کرد، معاملات بعد از آن نافذ و سابق بر آن باطل خواهد بود»

البته باید توجه داشت که فرض این ماده زمانی است که مورد معامله فضولی [مؤمن] عین معین است. اگر ثمن معامله عین مورد معامله فضولی باشد، در این صورت تنفیذ یکی از معاملات

موجب می‌شود که معاملات قبلی صمیع و معاملات بعدی باطل فواید بود.

۲۸- بحث مهمی که در معاملات فضولی و معاملات اکراهی مطرح می‌شود این است که تأثیر اجازه از چه زمانی است؟ در این مورد ۲ نظر ارائه شده است:

۱- نظریه ناقلیت: یعنی اجازه از زمانی که به عقد ملحق می‌شود اثر می‌گذارد و عقد فضولی یا اکراهی قبل از لموق اجازه هیچ اثری ندارد.

۲- نظریه کاشفیت: یعنی اجازه که به عقد ملحق می‌شود، اثرش را از زمان انعقاد عقد می‌گذارد و عقد از اول صمیع می‌شود.

نظریه کاشفیت هم به دو دسته تقسیم می‌شود:

الف) نظریه کشف حقیقی: یعنی اینکه مالکیت عین و منفعت هر دو از زمان انعقاد عقد منتقل می‌شود.

ب) نظریه کشف محمی: یعنی مالکیت عین از زمان اجازه و مالکیت منافع از زمان انعقاد عقد به منتقل الیه، منتقل می‌شود.

نظریه قانون مدنی: در مورد اینکه قانون مدنی از کدام یک از اینها تبعیت کرده است.

بین موقوفدانان اختلاف نظر وجود دارد. البته اتفاق نظر هست که از نظریه کاشفیت تبعیت شده

است ولی اختلاف در این است که کشف مورد نظر قانونگذار کشف حقیقی است یا کشف محمی؟ بر فی با توجه ماده ۲۵۸ قانون مدنی اعتقاد دارند که قانونگذار نظریه کاشفیت محمی را قبول کرده است (که این نظر طرفداران زیادی در بین اساتید دانشگاهها دارد)

اما بر فی با توجه به مفهوم ماده ۲۵۷ ق.م. که در صورت اجازه مالک (در معاملات متعدد) معاملات بعدی را که قبل از اجازه واقع شده، نافذ می‌داند معتقدند که این ماده کشف در عین را پذیرفته است و ماده ۲۵۸، کشف در منفعت را، لذا از جمع این دو ماده به کشف حقیقی می‌رسیم، به نظر می‌رسد که نظر دوم اولی‌تر است و بر فی از بزرگان از جمله دکتر درودیان این نظر را پذیرفته اند.

۲۹- در معاملات فضولی بمئی مطرح شده است و آن اینکه اگر معامله فضولی انجام شد و رد شد، صرف نظر از صحت و بطلان، کسی که متصرف مال غیر بوده است مسئولیتش از نظر مدنی چیست؟

مال اگر تصرفات متعدد باشد تکلیف متصرفین چیست؟

در این مورد ما ۲ رابطه داریم:

الف) رابطه بین مالک و متصرفین: قاعده کلی این است که مالک می‌تواند به هریک از متصرفین برای عین رجوع کند، یعنی مسئولیت تضامنی است و برای منفعت هم به هر متصرف نسبت به منافع خود او و ایادی مابعد رجوع فواید کرد.

ب) در رابطه بین خود متصرفین مسئولیت نسبی است و مسئولیت نهایی برعهده کسی است که مال در دست او تلف شده است (در مورد عین) و در مورد منفعت هرکس به اندازه زمان متصرف خود ضامن است.

فصل هفتم: در سقوط تعهد است:

۱- تعهدات که به موجب عقود یا ضمان قهری به وجود می‌آید، به طرق مختلفی ساقط می‌شوند که در این فصل این طرق را بررسی خواهیم کرد:

۲- وفای به عهد: هرگاه کسی تعهدی را برعهده می‌گیرد باید انجام دهد، انجام تعهد و وفای به عهد، عمل مقوقی نیست بلکه یک رویدادی است که اثر خود را برجای می‌گذارد لذا علی الاصول نیاز به قصد انشاء ندارد، مگر اینکه وفای به عهد سبب تملیک یا انتقال مقی به متعهد له شود که در این صورت عمل مقوقی یک طرفه است و نیاز به قصد انشاء دارد. در وفای به عهد علی القاعده نیازی نیست که خود شفخص مدیون ایفای دین کند بلکه وفای به عهد از جانب غیر مدیون هم جایز است» (م ۲۶۷) ولی اگر شفخصی دین دیگری را ایفاء کرد، نمی‌تواند به مدیون مراجعه کند مگر اینکه از جانب او اذن داشته باشد یا شرایط ماده ۳۰۶ ق. م. ماکم باشد. هرگاه متعهد مال را در مقام ایفای تعهد خود بدهد باید مالک آن یا مأذون از طرف مالک باشد. و شفخص هم اهلیت داشته باشد (م ۲۶۹) البته این شرط مربوط به تعهداتی است که مورد آن کلی باشد و ایفاء، سبب تملیک متعهد له و یا انتقال مقی را به او شود. لذا اگر مالی که متعهد برای ایفای دین خود می‌دهد ملک خود متعهد له باشد این شرط منتفی است مثل تسلیم مبیع به مشتری توسط بائع پس از انعقاد عقد بیع.

۳- بوسيله اقاله می‌توان تعهد را ساقط کرد اقاله سبب انملال عقد می‌شود و به تبع این اثر اصلی [یعنی انملال عقد] بعضاً موجب سقوط تعهد هم می‌شود دکتور کاتوزیان عقیده دارند، اقاله زمانی به عنوان وسیله سقوط تعهد است که تعهد سبب دین باشد نه خود آن.

در مورد اینکه آیا اقاله عقد است یا غیر اختلاف نظر وجود دارد:

در فقه نظر مشهور این است که اقاله عقد نیست لذا مثلاً در اقاله بیع، خیار تأمیر ثمن وجود ندارد. برخی از محققان از جمله دکتور درودیان اقاله را نیز عقد می‌دانند. ولی به هر حال محققان اعتقاد

دارند که اقاله معامله جدید نیست. لذا به تراضی طرفین قابل اقاله مجدد نیست و فیار عیب و شرط در آن راه ندارد. در مورد برفی از عقود هم گفته شده است که اقاله راه ندارد. از جمله وقف، نکاح و ضمان. چند نکته کلیدی در مورد اقاله وجود دارد که بعضاً مورد سوال واقع می‌شود.

الف) طبق م ۲۸۳ ق. م «بعد از معامله [طرفین] می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفسخ کنند» لذا برفی از حقوقدانان اعتقاد دارند که چون قانونگذار در ماده ۲۸۳ در مقام بیان افرادی بوده است که می‌توانند عقد را اقاله کنند و فقط طرفین عقد را ذکر کرده است، لذا وارث و قائم مقام متعاملین نمی‌توانند عقد را اقاله کنند و در توجیه این نظر گفته اند که اقاله مکم است نه مق، لذا به وارث منتقل نمی‌شود

ب) تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست [م ۲۸۶] فواید این تلف موقی باشد مثل فواید شدن میوه‌ای که فروخته شده بود یا تلف مکمی باشد مثلاً انتقال مبیع به ثالث در هر دو حالت بعد از اقاله بدل داده می‌شود [این مکم در مورد فسخ، در صورت تلف مورد معامله هم جاری است].

ج) نمائات و منافع منفصله از زمان عقد تا زمان اقاله مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است که این قسمت از ماده ۲۸۷ موافق قاعده است زیرا که با عقد مال به ملکیت منتقل الیه درمی‌آید و منافع هم به طبع مال او فواید بود ولی در قسمت دوم ماده مقرر می‌دارد (... ولی نمات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود) مکم این قسمت از ماده خلاف قاعده است. زیرا با اقاله هر یک از طرفین، مالک آن چیزی می‌شوند که قبل از عقد مالک بوده اند، در مالیکه نمات متصله که در ملکیت فریدار یا فروشنده تولید می‌شود بیشتر از آن چیزی است که قبل از عقد طرف دیگر مالک بوده است

۴- ابراء:

ابراء عمل حقوقی تبعی است و اعتبار آن منوط به این است که قبلاً دینی وجود داشته باشد، ابراء جزء ایقاعات هست یعنی به اراده یک نفر واقع می‌شود ابراء عبارتست از اینکه دائن از مق خود به اختیار صرف نظر کند (م ۲۸۹) که اسقاط مق دینی است.

موضوع ابراء کلی است لذا در صورتی که کسی تعهد به تسلیم دینی را داشته باشد نمی‌تواند ذمه او را ابراء کرد، البته موضوع ابراء باید موجود باشد و ابراء مالک واجب باطل است، در مورد اینکه آیا اگر سبب دین وجود داشته باشد می‌توان آن دین را ابراء کرد یا نه اختلاف نظر است: دکتر شهیدی اعتقاد دارند که اگر سبب دین وجود داشته باشد نمی‌توان آن را ابراء کرد ولی دکتر کاتوزیان اعتقاد دارند که

ابراء دینی که سبب آن ایجاد شده صمیم است.

چند نکته در مورد ابراء وجود دارد که بین اساتید بزرگ حقوق دکتر شهیدی و دکتر کاتوزیان ممل
اختلاف است.

۱- ابراء معلق باطل است ← ۱- ابراء معلق صمیع است
 ۲- ابراء مشروط باطل است ← ۲- ابراء مشروط صمیع است
 ۳- شرط عوض در ایقاع باطل و مبطل است ← ۳- شرط عوض در ابراء باعث معوض شدن آن و بطلان ابراء نمی‌شود.

۵- تبدیل تعهد: یکی از طرق سقوط تعهد است که ماهیت قراردادی دارد و عقد معوض است که موضوع این عقد (سقوط تعهد سابق در برابر پیدایش تعهد جدید) است.
 در تبدیل تعهد متمماً باید اراده طرفین دخالته داشته باشد پس اگر ماده‌ای قهری مثل نایاب شدن کالایی موجب شود که موضوع تعهد به بدل آن تخییر پیدا کند این تبدیل تعهد نیست.
 تبدیل تعهد به سه شکل می‌تواند تمقق پیدا کند.

الف) تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع تعهد: و آن وقتی است که متعهد و متعهد له به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند (بند ۱ م ۲۹۲ ق.م)

ب) تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد: و آن زمانی است که شخص ثالثی با رضایت متعهد له قبول کند که دین متعهد را اداء نماید (بند ۲ م ۲۹۲) این نوع تبدیل تعهد شبیه عقد ضمان است ولی با آن فرق می‌کند، چراکه شرایطی که برای ضمان لازم است در اینجا شرط نیست و ثانیاً در عقد ضمان همان دین که برعهده متعهد بود عیناً برعهده ضامن منتقل می‌شود. ولی در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد، تعهد اصلی ساقط می‌شود و تعهد جدیدی برعهده ثالث قرار می‌گیرد.

ج) تبدیل تعهد به اعتبار متعهدله: که در آن متعهدله مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل می‌کند (بند ۳ م ۲۹۲) این قسمت از ماده ۲۹۲ ق.م قسم سوم از تبدیل تعهد را طوری تعریف کرده است که با تعریف (انتقال طلب) یکی می‌شود ولی باید توجه داشت که انتقال طلب با تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد له متفاوت است. چرا که در انتقال طلب همان طلبی که متعهد له دارد عیناً به دیگری منتقل می‌شود، در مالکیه در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد له، تعهدی که متعهدله دارد ساقط می‌شود و تعهد جدیدی با همان اوصاف به نفع ثالث ایجاد می‌شود.

از طرفی هم در ضمان و هم در انتقال طلب علی‌الاصول تضمینات تعهد برجای خود باقی است ولی در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق برتعهد لایق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین آن را صراحتاً شرط کرده باشند (م ۲۹۳)

۵- تهاتر: وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند بین دیون آنها با یکدیگر در صورتی که شرایط ذیل موجود باشد تهاتر حاصل می‌شود.

الف) باید موضوع دو دین از یک جنس باشد.

ب) باید زمان و مکان تأدیه دودین یکی باشد.

اما اتماد سبب یا اتماد ارزش و مبلغ دودین از شروط تهاتر نیست، بلکه دودین تا اندازه‌ای که با هم معامله نمایند بطور تهاتر برطرف شده و طرفین به مقدار آن در مقابل یکدیگر بری می‌شوند.

نکته: تهاتر قهری است لذا نیازی به توافق طرفین ندارد.

برای اینکه دو دین باهم تهاتر شوند برقی سه شرط دیگر هم افزوده اند.

الف) دودین باید کلی باشند

ب) دودین نباید متعلق مق دیگری باشند.

ج) دودین باید محقق و ثابت باشند

۶- مالکیت مافی الذمه:

مالکیت مافی الذمه نیز یکی از اسباب سقوط تعهد است. و آن زمانی اتفاق می‌افتد که مدیون مالک مافی الذمه خود گردد، مثل اینکه اگر کسی به مورث خود مدیون باشد، پس از فوت مورث دین او نسبت به سهم الارث (یعنی زمانی که ترکه بعد از افراج وصیت و دیون تبدیل به ارث شد) ساقط می‌شود.

علت سقوط تعهد در مالکیت مافی الذمه این است که یکی از ارکان بقای تعهد که تعدد طرفین است از بین می‌رود و وصف دائن و مدیون در یک نفر جمع می‌شود لذا تعهد ساقط می‌گردد.

