



واحد علوم و تحقیقات قم

جزوه درسی حقوق مدنی (۱) کارشناسی ارشد

مسئولیت قراردادادی

دکتر علیرضا انتظاری

تقریر و تدوین:

مهدی رضوانی

نیمسال اول ۹۲-۹۳

بسم الله الرحمن الرحيم

منابع درس

۱. منابع اصلی

۱. قواعد عمومی قراردادها: جلد ۳ (آثار قرارداد)، دکتر ناصر کاتوزیان، شرکت سهامی انتشار.
۲. آثار قراردادها و تعهدات: دکتر مهدی شهیدی، انتشارات مجد.

۲. منابع فرعی

۱. عقود معین: جلد ۱، دکتر ناصر کاتوزیان: شرکت سهامی انتشار.
۲. الزامات خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی: دکتر ناصر کاتوزیان، انتشارات دانشگاه تهران.
۳. تشکیل قراردادها و تعهدات: دکتر مهدی شهیدی، انتشارات مجد.
۴. اصول قراردادها و تعهدات: دکتر مهدی شهیدی، انتشارات مجد.
۵. فلسفه حقوق مدنی: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، انتشارات گنج دانش.
۶. کتاب المکاسب: آیت الله شیخ مرتضی انصاری با حواشی آیت الله سید محمدکاظم طباطبایی یزدی.
۷. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (کتاب التجارة): آیت الله محمدحسن نجفی.
۸. مصباح الفقاهه: آیت الله سید ابوالقاسم خویی.
۹. الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید: عبدالرزاق السنهوری.
۱۰. کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰ م).

11. **Treitel: The Law of Contract:** by G.H. Treitel.

12. **Cheshire and Fifoot's Law of Contract:** by Michael Furmston.

مباحث مقدماتی

۱. طرح مبحث

یکی از مباحث مهم آثار قراردادها، مسئولیت قراردادی یا مسئولیت ناشی از نقض قرارداد و یا به عبارت دیگر جبران‌های ناشی از نقض قرارداد^۱ است.

بحث مسئولیت قراردادی در نظام حقوقی ما دارای نواقص و ایرادهایی است و به همین جهت اختلافاتی در تفاسیر وجود دارد که ما در این درس به آن‌ها می‌پردازیم.

تعریف مسئولیت قراردادی: التزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف مقابل وارد می‌شود. این التزام از نقض قرارداد و عدم اجرای تعهد ناشی می‌شود.

در اثر به وجود آمدن این التزام، بحث طرق جبرانی مطرح می‌گردد؛ یعنی راه‌هایی که برای جبران خسارت وجود دارد که به دو دسته تقسیم می‌گردند:

۱. طرق جبرانی قضایی (که از طریق دادگاه صورت می‌پذیرد).

۲. طرق جبرانی غیرقضایی (که در اختیار خود متعهد له و مشروط له قرار دارد).

ما در مباحث این درس به طرق جبرانی غیرقضایی می‌پردازیم که عبارت‌اند از حق حبس، پیش‌بینی فسخ در صورت تخلف، پیش‌بینی انفساخ در صورت تخلف، تعذر ایفا و تعسر ایفا.

۲. صحت قرارداد، مبنای مسئولیت قراردادی

مسئولیت قراردادی مبتنی بر صحت قرارداد است؛ یعنی اثر بر صحت مترتب می‌شود و اگر معامله فاسد باشد هیچ اثری بر آن مترتب نیست (ماده ۳۶۵ ق.م.).

با این وجود، اگر در معامله فاسد عین تلف یا ناقص شود، کسی که مال را قبض کرده، ضامن عین و منافع است (ماده ۳۶۶ ق.م.). مبنای این ماده، مسئولیت قراردادی نیست، بلکه قاعده فقهی «ضمان ید»^۲ است.

1. Remedies for breach of contract.

۲. منظور از آن این است که بر اساس روایت معروف نبوی «علی الید ما أخذت حتی تؤذیه»، هر کس مال دیگری را بگیرد هر خسارتی به آن برسد، متوجه اوست تا زمانی که مال را به صاحبش برگرداند.

۳. تقصیر متعهد، شرط مسئولیت قراردادی

متعهد، تنها در صورتی که در عدم اجرای تعهد مقصر باشد، ملزم به جبران خسارت متعهد له است؛ به عبارت دیگر عدم اجرا باید منسوب به متعهد باشد و لذا اگر ثابت شود حوادث خارجی موجب عدم وفای به عهد شده، متعهد از الزام به جبران خسارت معاف می‌گردد (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.ا).
با این وجود تقصیر متعهد در تخلف از تعهد قراردادی، همواره مفروض است؛ یعنی بار دلیل بر دوش متعهد قرار دارد و او باید برای رهایی خود از مسئولیت، وجود مانع خارج از اراده خود را اثبات کند (ماده ۲۲۷ ق.م.ا).

۴. تعریف عقد

ماده ۱۸۳ ق.م.ا عقد را در معنای مصدری چنین تعریف می‌کند: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد».
برخی از اشکالاتی که بر تعریف عقد در این ماده وارد است:
✓ تعریف قانون مدنی اثر عقد را منحصر به ایجاد تعهد کرده و شامل عقود تملیکی که اثر مستقیم آن تملیک مال است نمی‌گردد و فقط عقود عهدی را شامل است.^۱
✓ تعریف قانون مدنی ماهیت عقود معوض را بیان نمی‌کند و شامل قراردادهایی که برای دو طرف ایجاد تعهد کند نمی‌گردد.
✓ تعریف قانون مدنی شامل قراردادهایی که یک یا دو طرف آن اشخاص حقوقی باشد نمی‌گردد.
تعریف نسبتاً جامع و مانعی که می‌توان برای عقد در معنای مصدری ارائه کرد، عبارت است از: «همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در جهت ایجاد ماهیت حقوقی».
همچنین عقد در معنای اسم مصدری را می‌توان چنین تعریف کرد: «ماهیت حقوقی که با همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در عالم اعتبار به وجود می‌آید».

۵. عقد معین و عقد نامعین

عقد از حیث دایره شمول و فراگیری آن دارای دو معنی اعم و اخص است. در معنی اعم، عقود معین و غیرمعین را دربر می‌گیرد، ولی در معنی اخص منحصرأ شامل عقود معین می‌شود.

۱. اکثر حقوقدانان بیع عین معین را تملیکی و بیع کلی را عهدی می‌دانند ولی در مورد بیع کلی در معین اختلاف وجود دارد.

۲. نقش تسلیم در عقود تکمیلی فقط ایفای تعهد و در عقود عهدی، تملیک و ایفای تعهد است.

عقد معین به عقدی گفته می‌شود که سابقه تاریخی دارد و قانون‌گذار آثار و احکامش را بیان کرده است (بیع، بیمه و...)، ولی عقد نامعین عقدی است که بر اساس نیازهای معاملاتی روز به وجود می‌آید و آثار و احکام آن‌ها در قانون بیان نشده است (قرارداد نقاشی، قرارداد چاپ و...). آثار و احکام عقود نامعین طبق قواعد عمومی معاملات است. در عقود معین نیز اگر قانون‌گذار حکمی را بیان نکرده باشد، ملاک قواعد عمومی معاملات است.

۶. عقد معلق و عقد منجز

عقد از جهت کیفیت انشاء به عقد معلق و منجز تقسیم می‌شود (ماده ۱۸۹ ق.م.ا). عقد منجز (قطعی) نیز به دو نوع مطلق (بدون شرط) و مشروط تقسیم می‌گردد. اقسام تعلیق و احکام آن به صورت ذیل است:

✓ تعلیق در انشاء (ایجاد عقد): باطل است؛ زیرا ایجاد عقد معلق شده و هنوز عقدی به وجود نیامده است؛ مثل اینکه فروشند چنین بگوید: «خانه‌ام را به شما می‌فروشم اگر شهرداری پروانه زمین مرا تا سه ماه آینده صادر کند».

✓ تعلیق در منشاء (تحقق عقد): صحیح است؛ مثل اینکه فروشند چنین بگوید: «خانه‌ام را به شما فروختم اگر شهرداری پروانه زمین مرا تا سه ماه آینده صادر کند».

✓ تعلیق در اثر عقد ایجاد شده: صحیح است؛ مثل وصیت تملیکی که ماهیت آن پس از ایجاب موصی و قبول موصی له محقق می‌شود، لیکن اثر آن که انتقال مالکیت است، معلق بر فوت موصی است (ماده ۸۲۷ ق.م.ا).

برای اینکه بفهمیم که ارده طرفین بر تعلیق در انشاء است یا منشاء، باید به قرائن و شواهد و به طور معمول الفاظ و کلماتی که آن‌ها به هنگام اظهار خواسته خود به کار می‌برند توجه کنیم. معمولاً در تعلیق در انشاء، صیغه مضارع و در تعلیق در منشاء، صیغه ماضی به کار می‌رود.

تفاوت عقد معلق با عقد مشروط این است که در عقد مشروط، عقد تابع شرط نیست و واقع می‌شود و شرط جنبه فرعی دارد؛ اما در عقد معلق، تحقق عقد منوط به معلق علیه است و اگر معلق علیه حاصل گردید، عقد واقع شده و اگر حاصل نشد، عقد برطرف می‌شود.

همچنین برای ارائه مفهوم تعلیق معمولاً از کلمه «اگر» و برای مفهوم شرط، از عبارت «به شرط اینکه» استفاده می‌شود.

۷. عقد لازم و عقد جایز

ماده ۱۸۴ ق.م.ا از چند جهت عقود را تقسیم کرده که از جهت دوام آن‌ها را به لازم و جایز تقسیم می‌کند.

به عبارت کلی، عقد لازم عقدی است که تنها در مرحله تشکیل نیازمند اراده طرفین است، ولی عقد جایز، هم در مرحله تشکیل و هم استمرار، نیازمند اراده دو طرف است.

ماده ۱۸۵ ق.م. عقد لازم را چنین تعریف می‌کند: «عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه».

مقصود از موارد معینه در این ماده، اختیارات، اقاله و قانون هستند که به ترتیب نسبت به آنها بحث فسخ، تفاسخ و انفساخ مطرح می‌گردد.

همچنین ماده ۱۸۶ ق.م. عقد جایز را چنین تعریف می‌کند: «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند».

فسخ و تفاسخ در عقد جایز بی معنی است؛ زیرا هر زمانی که طرفین بخواهند می‌توانند آن را به هم بزنند.

اگر بخواهیم عقد جایزی به صورت شرط در ضمن عقد لازم بیاید، باید آن را به صورت «شرط نتیجه»^۱ بیان کنیم. به عنوان مثال اگر در عقد نکاح، وکیل بودن زوجه از جانب زوج شرط شود این نوعی شرط نتیجه خواهد بود و چون اثر شرط نتیجه به مجرد عقد ظاهر می‌شود؛ تا زمانی که عقد اصلی باقی است شرط آن اثر خود را خواهد داشت. ولی اگر به صورت «شرط فعل»^۲ بیان شود، دیگر عقد جایز ضمن عقد لازم نیست و آثار آن را ندارد؛ زیرا نیاز به عقد جدیدی دارد.

۸. اصل یا قاعده لزوم

فرق اصل با قاعده: اصل مفید حکم ظاهری بوده ولی قاعده مفید حکم واقعی است.

عده‌ای می‌گویند اصل لزوم یک قاعده عمومی نبوده و انعطاف‌پذیر است و چون به عنوان یک اصل پذیرفته شده، به آن «اصالة اللزوم» می‌گوییم.

عده‌ای دیگر اصل لزوم را یکی از قواعد حقوقی می‌دانند که حکم لزوم را به عنوان حکم اصلی برای عقود مقرر کرده است. از نظر آنان مفاد اصل لزوم عقود، یک حکم ظاهری نظیر آنچه در اصول عملی انعکاس دارد نیست و این اصل منحصرأ برای رفع سرگردانی در موارد مشکوک، وضع نشده، بلکه حکمی است واقعی که از ضروریات زندگی معاملاتی ریشه گرفته و برای عقود ثابت شده است. به این جهت، ماده ۲۱۹ ق.م. در موقعیت وضع یک حکم واقعی قانونی، لزوم را به عقود نسبت داده است نه در مقام رفع تحیر و بلا تکلیفی.

۱. شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود (ماده ۲۳۴ ق.م.).

۲. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود (ماده ۲۳۴ ق.م.).

۹. تفاوت بین لزوم عقد و التزام به مفاد آن

از لحاظ نظری، بین لزوم عقد و التزام به مفاد آن تفاوت هست: لزوم عقد طرفین را از فسخ عقد باز می‌دارد و ملزم می‌کند تا آنچه را به وجود آورده‌اند نگاه دارند و پایبند به عهد باشند؛ اما التزام به مفاد عقد و رعایت احترام آن بدین معنی است که تا پیمانی هست از آن اطاعت شود، خواه آن پیمان لازم باشد یا جایز.

التزام به مفاد عقد، یک قاعده عمومی است که در تمام عقود جایز، لازم و خیار و وجود دارد؛ زیرا در عقود جایز و خیار هم تا زمانی که عقد پابرجاست، طرفین ملزم به مفاد آن هستند.

چند مثال:

در وکالت که عقدی جایز است موکل می‌تواند هر زمان وکیل را عزل کند؛ اما قبل از ابلاغ تصمیم باید دیونی را که وکیل به نام و حساب او تحویل گرفته پرداخت کند.

همچنین وکیل حق استعفا دارد؛ اما اگر در اجرای وکالت کوتاهی کند باید خسارت بدهد (ماده ۶۶۶ ق.م.).

در عقد ودیعه، امین حق دارد عقد را به هم بزند؛ اما موظف به نگهداری آن مال است.

۱۰. تفسیر ماده ۲۱۹ ق.م.

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

در اینکه آیا این ماده دلالت بر لزوم عقد دارد یا بر التزام به مفاد آن، دو نظریه وجود دارد:

نظریه اول: از این ماده اصل لزوم قراردادها استنباط می‌شود، به این دلیل که بخش دوم این ماده در مقام بیان یک استثناء است و این نشان می‌دهد که در بخش نخست از لزوم عقد سخن گفته شده است و کلمه «لازم الاتباع» نیز این مطلب را تأیید می‌کند.^۱

نظریه دوم: از این ماده اصل لزوم قراردادها استنباط نمی‌شود، به این دلیل که نمی‌توان جمله دوم را استثناء نسبت به جمله نخست تلقی کرد؛ چون معنی جمله در این صورت چنین می‌شود: (عقودی که طبق قانون واقع می‌شد لازم است مگر اینکه فسخ شود) و این معنی را نمی‌توان صحیح دانست؛ زیرا معنی جمله این می‌شود که عقد لازم، پس از فسخ دیگر عقد لازم نیست و ممکن است به ذهن برسد که در صورت فسخ عقد، جایز می‌شود، در حالی که عقد لازم پس از فسخ دیگر وجود حقوقی ندارد نه اینکه از لازم به جایز تغییر پیدا می‌کند.

۱. رک: دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۲۲۶، ش ۶۱۰.

بنابراین باید پذیرفت که جمله نخست ماده، همه عقود هم لازم و هم جایز را در بر می‌گیرد و منظور از «لازم الاتباع» بودن صرفاً عقود لازم اصلاحی نیست، بلکه منظور همه عقود از لازم و جایز است، یعنی همه عقود لازم الاتباع است و باید اجرا شود مگر اینکه به علت قانونی فسخ گردد. به این ترتیب فسخ عقود جایز نیز یکی از علل قانونی برای از بین رفتن خاصیت لازم الاتباع بودن عقد است.^۱

۱۱. تعریف تعهد

تعهد در معنی مصدری عبارت است از (بر عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد). برای مثال، تعهد در ماده ۲۲۱ ق.م. در این معنی به کار رفته است. تعهد در معنی اسم مصدری، عبارت است از (وظیفه حقوقی است که قانوناً بر عهده شخص متعهد ثابت می‌شود که اگر از انجام تعهد یا وظیفه خودداری کرد به تقاضای متعهد له ملزم به انجام آن خواهد شد). تعهد در مواد ۲۲۲ و ۲۲۶ ق.م. در این معنی به کار رفته است.

باید توجه داشت که آثار عقد محدود و منحصر به ایجاد تعهد نیست:

- ✓ عقد ممکن است باعث ایجاد توثیق شود (عقد رهن).
- ✓ عقد ممکن است باعث ایجاد اذن و اباحه کند (عقد وکالت، عقد عاریه).
- ✓ عقد ممکن است باعث انتقال ملکیت شود (عقد بیع عین معین).
- ✓ عقد ممکن است باعث ایجاد شخصیت حقوقی شود (عقد وقف).
- ✓ و...

به عبارت دیگر تعهد قراردادی در زمره آثار عقد است.

همچنین تعهد یا اثر مستقیم و اولیه عقد یا شرط است و یا به عنوان اثر ثانوی و فرعی عقد مطرح می‌شود.

۱۲. اثر آنی و مستمر عقد

عقد از حیث وابستگی و عدم وابستگی تحقق اجزای مورد آن به زمان، به عقد مستمر و عقد آنی تقسیم می‌شود.

عقد مستمر: عقدی است که اجزای مورد عقد در اجزای زمان تحقق پیدا می‌کند، مانند عقد اجاره اشیاء که اجزای منافع عین مستأجره در اجزای زمان محقق می‌گردد.

عقد آنی: عقدی است که تمام اجزای مورد آن در لحظات معین زمان تحقق دارد، مانند عقد بیع که دو مورد آن یعنی مبیع و ثمن، در زمان معین، شخصاً یا نوعاً محقق است.

۱. ر.ک: دکتر مهدی شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، صص ۲۷۱-۲۷۳، ش ۱۲۱.

برخی از تفاوت‌های بین آثار حقوقی عقد مستمر و آنی:

- ✓ در عقود مستمر، هر گاه عین مستأجره پس از تسلیم به مستأجر در اثنای جریان زمان مقرر از بین برود، عقد نسبت به زمان آینده منحل می‌شود؛ درحالی‌که در عقود آنی تلف شدن تمام یا قسمتی از مورد عقد پس از تشکیل آن، یا پس از تسلیم منتقل الیه، سبب انحلال عقد نمی‌شود.
- ✓ تغییر وضعیت روابط طرفین در صورت دگرگونی شرایط اجرای قرارداد، مربوط به عقود مستمر نه عقود آنی، مثلاً افزایش قیمت نیروی کار و لوازم مربوط به اجرای یک پروژه به وسیله پیمانکار، در صورتی که به هنگام تشکیل عقد قابل پیش‌بینی نبوده باشد، می‌تواند موجب سلب مسئولیت پیمانکار نسبت به تخلف از انجام تعهدات او باشد.

پس در جایی که اثر عقد به طور آنی به وجود می‌آید مثل تملیک که به محض عقد بیع حاصل می‌شود، بحث نقض مطرح نمی‌شود؛ زیرا اجرا با خود عقد به وجود می‌آید و لذا آثار آنی عقد و شرط از شمول بحث خارج است.

۱۳. شرایط مورد معامله

مواد ۲۱۵ و ۲۱۶ ق.م. قسمتی از شرایط مورد معامله را بیان کرده است؛ ولی شرایط دیگری نیز موجود است که در برخی مواد مربوط به هر یک از عقود معین بیان شده است. بدین جهت این شرایط را با لحاظ مواد ۲۱۵ و ۲۱۶ و مواد دیگر بررسی می‌کنیم:

الف) مالیت داشتن

طبق ماده ۲۱۵ ق.م. مورد معامله باید مالیت داشته باشد؛ به عبارت دیگر، مورد معامله باید دارای ارزش اقتصادی و داد و ستد باشد.

معامله چیزی که مالیت ندارد، خواه به علت بی‌فایده بودن جنس آن مانند سوسک یا مگس، یا به دلیل حقارت آن مانند یک حبه برنج، یا به دلیل فراوانی آن مانند هوا، باطل است، هر چند ممکن است این اشیاء ملک و مورد تصرف شخص باشد.

باید دانست که مالیت یک مفهوم نسبی است و با شرایط و اوضاع خاص سنجیده می‌شود؛ بنابراین ممکن است شیئی در وضع معمولی، مورد نیاز هیچ کس از افراد جامعه نباشد، ولی در شرایط خاصی مورد نیاز یک یا چند فرد قرار گیرد که این شیء دارای مالیت خواهد بود. مثل هوا که برای غواص و فضانورد دارای ارزش است.

ب) منفعت عقلایی داشتن

شرط دیگر ذکر شده در ماده ۲۱۵ ق.م. این است که مورد معامله دارای منفعت عقلایی باشد به این معنی که عقلاً منفعت مورد معامله را تأیید نمایند. به عنوان مثال لاشه یک حیوان دارای منفعت عقلایی نیست.

تعیین ضابطه عقلایی بودن منفعت نیز نسبی بوده و تابع معیارها و ضوابط زمان و مکان است.

ج) منفعت مشروع داشتن

طبق ماده ۲۱۵ ق.م. مورد معامله باید دارای منفعت مشروع باشد. منفعت مشروع، در اصطلاح حقوقی، منفعتی است که قانون آن را منع نکرده باشد (ماده ۳۴۸ ق.م.). به عنوان مثال خرید و فروش اموال عمومی (مواد ۲۳ تا ۲۷ ق.م.)، مال وقف (ماده ۳۴۹ ق.م.)، مال مرهون، اسلحه و اشیاء عتیقه و نیز اسلحه طبق قانون ممنوع است. باید به این نکته نیز توجه داشت که مطابق اصل، هر عملی که قانوناً ممنوع نباشد، ارتکاب آن جایز است.

د) مقدور بودن تسلیم

صحت بیع مشروط است به قدرت واقعی بایع بر تسلیم مبیع و بر فرض که بایع هنگام معامله خود را قادر بر تسلیم مبیع بداند یا نشان دهد ولی در واقع عاجز باشد، مطابق ماده ۳۴۸ ق.م. بیع باطل است. باید به این نکته توجه داشت که قدرت بر تسلیم، موضوعیت ندارد بلکه طریقت دارد؛ یعنی از آن جهت لازم دانسته شده است که مورد معامله در اختیار منتقل الیه قرار گیرد. بدین جهت هر گاه ناقل، قادر بر تسلیم مورد معامله نباشد ولی منتقل الیه خود قادر بر تسلیم باشد، معامله صحیح خواهد بود (ماده ۳۴۸ ق.م.). مثلاً هر گاه شخصی اسب خود را که به جنگل گریخته بفروشد درحالی که خود قدرت تسلیم آن را به خریدار ندارد، ولی خود خریدار به علت در اختیار داشتن وسایل لازم، امکان پیدا کردن اسب و تصرف آن را دارد، این معامله به دلیل تحقق هدف اصلی معامله، صحیح خواهد بود.

ه) معین بودن

بند سوم ماده ۱۹۰ ق.م. معین بودن مورد معامله را یکی از شرایط صحت معامله معرفی کرده است. منظور از معین بودن مورد معامله، مردد نبودن آن بین دو یا چند چیز است. در صورتی که مورد معامله مردد باشد، معامله باطل است؛ مانند اینکه شخص یکی از دو قطعه فرش خود را به طور نامشخص بفروشد.

و) معلوم بودن

شرط درستی هر قرارداد این است که موضوع تعهدهای ناشی از آن معلوم باشد (ماده ۲۱۶ ق.م.ا). رفع جهالت از مال موضوع انتقال با معلوم شدن سه عامل انجام می‌پذیرد: مقدار، جنس و وصف (ماده ۳۴۲ ق.م.ا).

مقدار

تعیین مقدار از طریق وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت و یا مشاهده صورت می‌پذیرد که عرف بلد وسیله متناسب را مشخص می‌کند (ماده ۳۴۲ ق.م.ا). مقصود از «عرف بلد» در ماده ۳۴۲ ق.م.ا عرف محل وقوع عقد است، مگر اینکه خلاف آن تصریح شود یا از قرائن برآید که عرف شهر معینی مقصود طرفین بوده است (ملاک ماده ۹۶۸ ق.م.ا). همچنین گاهی مقدار با شرط کردن مشخص می‌شود که به آن مبیع به شرط گفته می‌شود و طبق ماده ۳۴۳ ق.م.ا بیع در چنین حالتی صحیح است، مانند فروش زمین به شرط اینکه هزار متر باشد.

جنس

«جنس» که به آن ماهیت و ذات نیز گفته می‌شود بر دو نوع است:

- ✓ **ماهیت طبیعی:** یعنی آن چیزی که مورد معامله از آن تشکیل یافته است.
- ✓ **ماهیت عرفی و حقوقی:** منظور از آن هویت عرفی است که شیء با آن معرفی می‌شود و تشکیل‌دهنده مبنای اصلی ارزش اقتصادی آن شیء است.

ماهیت عرفی در بیشتر موارد همان ماهیت طبیعی شیء است؛ اما در برخی موارد با آن دوگانگی پیدا می‌کند. مثلاً ماهیت طبیعی یک ظرف عتیقه برنجی با ماهیت عرفی آن کاملاً متفاوت است؛ ماهیت طبیعی آن، فراهم شده از مولکول‌های فلزی خاصی است، درحالی‌که ماهیت عرفی و حقوقی آن قدمت و عتیقه بودن آن است. در واقع همین عتیقه بودن مبنای ارزش اقتصادی آن است نه برنجی بودن که اگر ظرف مزبور عتیقه نمی‌بود ارزش آن بسیار کم و شاید کمتر از یک هزارم عتیقه بود. همچنین، اشتباه در عتیقه بودن آن ظرف، در حقیقت اشتباه در ماهیت عرفی و حقوقی و موجب بطلان عقد است (ماده ۳۵۳ ق.م.ا)، درحالی‌که اشتباه در ماهیت طبیعی یعنی برنجی بودن آن، خدشه‌ای بر صحت معامله وارد نمی‌سازد.

وصف

انواع وصف عبارت است از:

- ✓ **وصف جانشین ذات:** همان است که در مثال بالا ذکر شد و در آن، عتیقه بودن که در حقیقت وصف ماهیت طبیعی ظرف (برنجی بودن) است، جانشین آن ماهیت می شود و آن ماهیت جنبه وصفی به خود می گیرد و اشتباه در عتیقه بودن آن ظرف، موجب بطلان عقد می شود.
- ✓ **وصف مهم:** وصفی است که معمولاً در جلب تمایل اشخاص مؤثر است، هر چند ممکن است در ارزش مورد معامله اثری نداشته باشد، مانند رنگ اتومبیل. این وصف، همان شرط صفت است که در ماده ۲۳۵ ق.م. به آن اشاره شده و ضمانت اجرای تخلف از آن، ایجاد حق فسخ برای طرفی است که از آن زیان می برد.
- ✓ **وصف غیر مهم:** وصفی است که اشخاص نسبت به آن بی تفاوت هستند و این اوصاف اثری در جلب تمایل اشخاص ندارد و مجهول ماندن این دسته از اوصاف مورد معامله نزد طرفین عقد، هیچ خدشه ای بر صحت و اعتبار آن وارد نمی سازد (نه باطل و نه قابل فسخ می شود)، مانند وصف فرآورده بودن فلز به کار رفته در اتومبیل، از معدن معین.

۱۴. چگونگی رفع ابهام از مورد معامله

اگر مورد معامله عین معین یا کلی در معین باشد، ماهیت و مقدار و اوصاف مورد معامله معمولاً با مشاهده مشخص می گردد، اما در عین حال ممکن است رفع ابهام با توصیف نیز به عمل آید، مانند اینکه شخصی با ذکر همه اوصاف مهم اتومبیل معین خود هنگام فروش، از مورد معامله رفع ابهام کند. در صورتی که مورد معامله کلی باشد، بدیهی است که با مشاهده معلوم نمی تواند معلوم شود و باید با معرفی و توصیف معلوم شود (ماده ۳۵۱ ق.م.).

در پاره ای از موارد، در معامله کلی، برای احتراز از هر گونه اختلاف احتمالی درباره اوصاف مبیع، فروشنده با ارائه نمونه کالای خود از مبیع رفع ابهام می کند. در این صورت اگر در انجام معامله از روی نمونه، اوصاف مبیع در قرارداد ذکر نشود و بعد این اوصاف مورد اختلاف واقع شود، در اینجا ملاک، ماده ۲۷۹ ق.م. بوده و اصل بر آزادی متعهد در تعیین مصداق کلی است.

۱۵. شروط ضمن عقد و تخلف از آنها

شروط ضمن عقد به دو دسته شروط باطل و صحیح تقسیم می گردد که برای هر یک از اقسامی در قانون مدنی ذکر شده است.

شروط صحیح طبق ماده ۲۳۴ ق.م. به سه قسم شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل اثباتاً یا نفیاً تقسیم می گردد.

الف) شرط صفت

شرط صفت عبارت است شرط راجعه به کیفیت یا کمیت (مقدار) مورد معامله (ماده ۲۳۴ ق.م.ا). همچنین همان‌گونه که اشاره شد، ضمانت اجرای تخلف از شرط صفت (اعم از کیفی یا کمی)، ایجاد حق فسخ برای مشروط له است (ماده ۲۳۵ ق.م.ا). در اینجا چند مورد از موادی را که مقدار و شرط مقدار در آن ذکر شده است را بررسی می‌کنیم تا اختلافات آن‌ها روشن شود.

ماده ۳۵۵ ق.م

در ماده ۳۵۵، مبیع به شرط داشتن مقدار معین فروخته شده است و بنابراین اختیار فسخ قرارداد در نتیجه کم یا زیاد بودن آن، مستند به خیار تخلف از شرط یا وصف است. همچنین این ماده اطلاق داشته و اموال تجزیه‌پذیر و تجزیه‌ناپذیر از جهت عینی را در برمی‌گیرد؛ اما اجزای مبیع در مقابل اجزای ثمن قرار نگرفته است. در این ماده که مقدار، جنبه وصفی برای مورد معامله دارد و اجزای مبیع در برابر اجزای ثمن قرار نگرفته بلکه مجموع آن در برابر مجموع ثمن قرار می‌گیرد، تخلف از شرط صفت کمی یعنی کمتر بودن مبیع برای خریدار و بیشتر بودن آن برای بایع حق فسخ ایجاد می‌کند، بنابراین در صورت کمتر بودن مقدار، خریدار نمی‌تواند قسمتی از ثمن را در برابر مقداری کسری استرداد کند؛ زیرا چیزی از ثمن در برابر کسری قرار ندارد. همچنین نمی‌تواند بایع را مجبور کند مقدار کسری را به مبیع (مثلاً از زمین مجاور) بیفزاید، همچنان که بایع نیز نمی‌تواند در صورت بیشتر بودن مبیع، خریدار را مجبور به پرداخت قیمت اضافی کند.

ماده ۳۸۴ ق.م

در ماده ۳۸۴، مقدار مبیع معین است و شرطی در کار نیست. پس اگر در وقت تسلیم مطابق با مقدار اعلام شده درنیايد، خیار فسخ مشتری به دلیل تبعض صفقه است نه تخلف از شرط. همچنین این ماده نیز اطلاق داشته و اموال تجزیه‌پذیر و تجزیه‌ناپذیر از جهت عینی را در برمی‌گیرد؛ اما اجزای مبیع در مقابل اجزای ثمن قرار دارد. در این ماده که کمیت و مقدار جنبه اساسی دارد، با توجه به اینکه اجزای مبیع در مقابل اجزای ثمن قرار داشته و مقدار صرفاً جنبه وصفی ندارد، بلکه داخل در ذات مورد معامله است، هر گاه مورد معامله کمتر از مقدار مقرر بین طرفین باشد، عقد به عقود متعدد تجزیه شده، نسبت به میزان کسری باطل و نسبت به میزان موجود صحیح خواهد بود که در این صورت خریدار می‌تواند معامله را فسخ کند و یا آن را پذیرفته و فقط قسمتی از ثمن معامله را که در برابر مقدار واقعی مبیع قرار می‌گیرد، به بایع بدهد. ولی چنانچه مبیع بیشتر باشد، زیاده متعلق به بایع است و وی به صرف زیاده درآمدن مبیع حق فسخ ندارد.

ماده ۳۸۵ ق.م

در ماده ۳۸۵ نیز، مبیع به شرط داشتن مقدار معین فروخته شده و اختیار فسخ قرارداد در نتیجه کم یا زیاد بودن آن، مستند به خیار تخلف از شرط یا وصف است. در مورد این ماده که مبیع از جهت عین قابل تجزیه نیست، اما اجزای مبیع در مقابل اجزای ثمن قرار دارد، در صورتی که مورد معامله کمتر از میزان مشروط درآید، خریدار و در صورتی که مورد معامله بیشتر از میزان مشروط باشد بایع حق فسخ دارد.

ب) شرط نتیجه

بهترین تعریفی که می‌توان برای شرط نتیجه با توجه به مواد ۲۳۴ و ۲۳۶ ق.م. انجام داد، عبارت است از: «شرط نتیجه یعنی، نتیجه یکی از اعمال حقوقی (اعم از عقد و ایقاع) به صرف شرط کردن و بدون اینکه احتیاج به امر دیگری باشد، حاصل شود». شرط ذکر شده در ماده ۶۷۹ ق.م. از نوع شرط نتیجه است؛ زیرا اگر شرط فعل باشد، نیاز به عقد جدید دارد و دیگر مقصود این ماده حاصل نمی‌شود. در شرط نتیجه تخلف قابل تصور نیست؛ زیرا شرط به نفس اشتراط حاصل می‌شود، مانند خود عقود که در بیع عین معین به محض وقوع تملیک حاصل می‌شود یا به محض انعقاد عقد رهن، توثیق ایجاد می‌گردد و یا به محض انعقاد عقد وقف، شخصیت حقوقی ایجاد می‌شود. گاهی شرط نتیجه ممتنع می‌شود یعنی با مانع روبرو می‌شود که این مانع ممکن است عقلی باشد یا شرعی. مثلاً بایع بگوید: خانه‌ام را فروختم به شرطی که وکیل من باشی؛ حال اگر طرف معامله، شرایط وکالت را نداشته باشد، در اینجا شرط نتیجه ممتنع شده و باطل است و مشروط له می‌تواند معامله را فسخ کند (ماده ۲۴۰ ق.م.). گاهی نیز می‌توانیم شرط نتیجه را به شرط فعل تفسیر نماییم؛ مثل اینکه مرد به زن بگوید: خانه‌ام را فروختم به شرطی که مطلقه باشی. در اینجا طلاق با صرف اشتراط حاصل نمی‌شود و باید ببینیم که قصد طرفین چه بوده است. ممکن است قصد آنان، طلاق با رعایت شرایط آن باشد که در اینجا شرط، به شرط فعل تفسیر می‌گردد.

ج) شرط فعل

شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود (ماده ۲۳۴ ق.م.)؛ بنابراین شرط فعل به دو دسته شرط فعل مثبت و شرط فعل منفی تقسیم می‌گردد.

تخلف از شرط فعل مثبت

قاعده کلی در تخلف از شرط فعل و به طور کلی تعهدات قراردادی، طبق مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. است که نظر مشهور فقها بوده و قانون مدنی هم از این نظر مشهور پیروی کرده است. البته این سه ماده در طول یکدیگر هستند؛ یعنی ابتدا الزام یا اجرای اجباری (ماده ۲۳۷)، بعد اجرای جایگزینی (ماده ۲۳۸) و در آخر حق فسخ (ماده ۲۳۹) مطرح می‌گردد.

توجیهی که برای این قاعده ذکر شده این است که طرفین معامله می‌خواهند به توقعات قراردادی برسند؛ یعنی آنچه از قرارداد توقع می‌رود و تنها در صورتی این هدف تأمین می‌شود که قرارداد اجرا شود. لذا برای تأمین این هدف باید ابتدا متعهد را الزام نمود.

بر توجیه ذکر شده اشکالاتی وارد است. به عنوان نمونه گاهی از اول معلوم است که فرد نمی‌خواهد تعهد را انجام دهد. فرضاً در قراردادی ذکر شده که ساختمانی در مدت یک سال ساخته شود، ولی پس از گذشت ۹ ماه، هنوز گودبرداری هم انجام نشده است که در اینجا الزام فایده‌ای ندارد. یا اینکه گاهی مشروط له، خود یک راه مناسب دیگری را انتخاب می‌کند.

به دلیل اشکالات ذکر شده برخی از فقها و حقوقدانان قائل به این نظر هستند که موارد سه‌گانه در عرض هم هستند نه در طول هم و مشروط له می‌تواند از یکی از آن‌ها استفاده نماید.

اشکال دیگری که در اینجا مطرح می‌شود این است که قانون مدنی در بعضی از موارد مستقیماً حق فسخ را پیش‌بینی کرده است، مانند قسمت دوم ماده ۴۹۶ ق.م. در مورد اجاره که دقیقاً بحث شرط فعل است و به طور مستقیم حق فسخ را پیش‌بینی کرده است. همچنین مواد ۲۴۱، ۲۴۲، ۲۴۳ و ۳۷۹ ق.م. در مورد شرط فعل رهن یا ضامن دادن، نیز به همین صورت است. آیا این‌ها دو مبنا هستند و یا اینکه قاعده کلی در اینجا تخصیص خورده است؟

در پاسخ باید گفته شود که خیر قاعده و مبنا یکی است (الزام و نهایتاً فسخ)؛ زیرا قانون‌گذار نمی‌تواند دو مبنا داشته باشد؛ بنابراین در توجیه موارد ذکر شده می‌گوییم که تعذر اجبار، باعث ایجاد حق فسخ مستقیم می‌شود. مثلاً در مواد ۲۴۲ یا ۳۷۹ ق.م. که می‌گوید متعهد باید ضامن معرفی کند، در صورتی که معرفی نکرد، دادگاه نمی‌تواند کسی را ملزم به ضمانت از او نماید و در اینجا تعذر اجبار وجود دارد، پس تنها فسخ باقی می‌ماند. همچنین در بحث رهن مال، در صورتی که مال برای رهن، معین باشد، حکم به الزام و اجبار می‌شود؛ درحالی‌که اگر مال، نامعین باشد (مثل اینکه بایع بگوید ماشینم را به تو فروختم به شرطی که مالی را به رهن بدهی^۱)، دادگاه نمی‌تواند فرد را ملزم به رهن دادن مالی کند و به عبارت دیگر در اینجا بحث تعذر اجبار مطرح است و حق فسخ مستقیماً اعمال می‌شود. مواد ۴۷۶ یا ۴۹۶ ق.م. در مورد اجاره نیز به همین صورت است.

۱. در شرط لازم نیست که تمام شرایط مورد معامله وجود داشته باشد و در آن علم اجمالی کافی است.

تخلف از شرط فعل منفی

شرط فعل منفی بر خلاف شرط فعل مثبت، پس از انجام فعل به وسیله مشروط علیه، نمی‌تواند به حالتی تحول پیدا کند که شرط به طور کامل قابل اجرا باشد. لذا در صورت انجام آن توسط مشروط علیه، مشروط له می‌تواند به استناد خیار تخلف از شرط، معامله را فسخ کند.

در شرط فعل منفی ترک عمل مورد شرط قرار گرفته و این نشان می‌دهد که مشروط علیه، قادر به انجام عمل بوده و مشروط له ترکش را شرط کرده است. پس به عنوان نمونه معامله‌ای که بر خلاف شرط واقع شده صحیح است و مشروط له تنها می‌تواند معامله اول را فسخ کند.

۱۶. تفاوت مورد عقد با مورد تعهد

ظاهر در ماده ۲۱۴ ق.م. این است که بین مورد عقد (معامله) و مورد تعهد هیچ تفاوتی نیست ولی در واقع یکسان نیستند و بین آنها تفاوت وجود دارد.

موضوع معامله مجموعه عملیات و تحولات حقوقی است که برای وقوع آن‌ها تراضی صورت می‌پذیرد. برای مثال، در معاوضه، مبادله دو مال و در عقد بیع، تملیک مبیع در برابر ثمن و در اجاره، تملیک موقت منافع در برابر عوض معین (اجاره‌بها) است. همچنین ممکن است مورد معامله، بر عهده گرفتن دین دیگری یا ایجاد وثیقه برای پرداخت دین یا اعطای نیابت برای معامله یا ایجاد شرکت و مانند این‌ها باشد. ولی در نتیجه توافق درباره این گونه موضوع‌ها، برای دو طرف قرارداد یا یکی از آن‌ها، تعهداتی به وجود می‌آید که مورد آن‌ها ممکن است تسلیم مال یا انجام کار معین باشد.

به عنوان مثال، در عقد اجاره، تملیک منفعت در برابر عوض موضوع عقد است، لیکن در اثر آن تعهداتی جداگانه برای موجر (تسلیم مورد اجاره و تعمیر) و مستأجر (پرداخت اجاره‌بها و نگهداری از عین) به وجود می‌آید.

بنابراین می‌توان گفت که اثر عقد عبارت است از تعهدهایی که بین طرفین ایجاد می‌شود؛ درحالی‌که اثر تعهد ایجاد الزامی است که در مورد اجرای مفاد آن بر متعهد تحمیل می‌شود. لذا تعهدات قراردادی در زمره آثار عقد است؛ یعنی تعهد نیروی خودش را از عقد می‌گیرد و منشأ تعهد می‌تواند عقد باشد.

عقد مفهومی گسترده‌تر از سبب ایجاد تعهد دارد. تعهدهای قراردادی نیز همیشه موضوع قصد انشاء قرار نمی‌گیرند و گاه به حکم قانون و زیر عنوان تعبیر اراده و آثار قرارداد به طرفین تحمیل می‌شود؛ بنابراین، در بسیاری از موارد، آنچه موضوع توافق قرار می‌گیرد و دو طرف به خاطر آن پیمان می‌بندند، با تعهدهای ناشی از عقد یکی نیست، پس چگونه می‌توان ادعا کرد که موضوع عقد با مورد تعهد تفاوت ندارد؟

برای مثال عقد نکاح به منظور ایجاد زوجیت بوده و چهره مالی و معاوضه ندارد؛ لیکن موضوع تعهدهای ناشی از این عقد گاه دادن پول یا انجام کارهایی است که به طور مستقیم موضوع توافق طرفین واقع نشده است.

آثار عقد را به اعتبار اجرا، می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

۱. آثاری که بلافاصله و همراه با عقد به وجود می‌آیند و با نفوذ عقد ملازمه دارند، مثل تملیک عین معین و یا در عقود اذنی که به محض واقع شدن عقد، اذن و اباحه حاصل می‌شود.
 ۲. آثاری که بر عهده یکی از طرفین یا هر دو باقی می‌ماند، مثل بیع کلی.
- اجرای عقد در مورد دسته اول مفهومی ندارد؛ زیرا فرض بر این است که با خود عقد به وجود می‌آید و دیگر تعهدی برای اجرا شدن باقی نمی‌ماند؛ ولی نسبت به آثار دسته دوم، بعد از وقوع عقد، اجرای تعهد هم مطرح می‌شود.
- آثار گروه اول را می‌توان به شرط نتیجه و آثار گروه دوم را به شرط فعل تشبیه کرد. همچنین عقد گاهی ممکن است هر دو اثر را داشته باشد، مانند بیع عین معین که در آن تملیک با عقد حاصل می‌شود ولی تسلیم نیاز به اجرا توسط بایع دارد.

۱۷. گستره تعهدات قراردادی

برای اینکه بتوانیم قلمرو تعهدات قراردادی را مشخص کنیم، لازم است که به قصد و اراده مشترک طرفین رجوع کنیم (العقود تابعة للقصد) و این همان اصل حاکمیت اراده است که ماده ۱۰ ق.م. هم آن را بیان می‌نماید.

همچنین تعهدات قراردادی متعلق به اراده است؛ گاهی اراده واقعی طرفین و گاهی اراده ظاهری.

اراده واقعی هم یا صریح و یا ضمنی است.

بنابراین آنچه که متعلق اراده مفروض و ظاهری طرفین هست نیز داخل در تعهدات است، مگر اینکه بر خلاف آن تصریح شود. این اراده مفروض از عرف و قوانین تکمیلی معلوم می‌شود.

۱۸. عرف

عرف آن اراده ضمنی طرفین است که گاهی علم آن‌ها فرض می‌شود؛ یعنی فرض بر این است که طرفین در هنگام قرارداد عرف را پذیرفته‌اند (ماده ۲۲۵ ق.م.).

عرف یکی از وسایل تفسیر قرارداد است و در اصطلاح حقوقی، عبارت است از آنس ذهن جامعه یا یک گروه خاص به امری که مربوط به روابط حقوقی است. به عرف گاهی «سیره» نیز گفته می‌شود.

اعتبار عرف، اساساً ناشی از دلالت آن به طور غیرمستقیم بر قصد و اراده اشخاصی است که عقد را انشاء کرده‌اند؛ یعنی طرفین قرارداد، به هنگام تشکیل آن، روش معاملاتی مأنوس جامعه یا گروه خاص را به طور ضمنی در نظر دارند و اگر بخواهند آن روش را کنار بگذارند، باید در زمان انشاء قرارداد یا پیش از آن بر خلاف آن تصریح کنند. پس با سکوت طرفین و فرض آشنایی ایشان نسبت به روش مزبور، ظاهر این است که آن روش را در روابط حقوقی ناشی از قرارداد خود پذیرفته‌اند.

۱۹. قلمرو حاکمیت عرف

به طور کلی عرف، امور موضوعی قرارداد را که مبهم باشد روشن می‌کند و ابهام آن را برطرف می‌سازد. منظور از امور موضوعی در برابر امور حکمی، اموری است که تعیین آن ذاتاً در صلاحیت قانون‌گذار نیست، هر چند ممکن است در مواردی به جهت ارتباط آن با حکم قانونی و یا در مقام ارشاد آن را اعلام نماید. مثلاً در قانون، اکراه موجب عدم نفوذ معامله و اضطراب بی‌تأثیر در عقد اعلام شده و اکراه با ضوابط کلی مورد تعریف قرار گرفته است (مواد ۱۹۹، ۲۰۲ و ۲۰۶ ق.م.ا)؛ اما مصادیق و موارد اکراه و اضطراب و مرز بین آن دو در قانون تعیین نشده است و تشخیص این امور در حقیقت به عرف واگذار گردیده است. تأثیر عرف در امور موضوعی، در مواد مختلف قانون مدنی انعکاس یافته است که در اینجا به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم.

الف) حاکمیت عرف در شناسایی ماهیت عقد در اراده طرفین

عرف می‌تواند در مواردی وسیله تشخیص ماهیت عقد گردد. مثلاً ممکن است تردید شود که معامله مورد اراده طرفین عقد بیع بوده است یا عقد معاوضه. از آنجا که در معاوضه مبادله مال به مال است در (ماده ۴۶۴ ق.م.ا)؛ اما در بیع ما تملیک عین به عوض معلوم (ماده ۳۳۸ ق.م.ا) را داریم، پس ابتدا قصد طرفین را واکاوی می‌کنیم و اگر قصد مشترکی را پیدا نکردیم به سراغ عرف تجاری می‌رویم که می‌گوید معامله اگر کالا به کالا باشد معاوضه و اگر کالا به پول باشد بیع است.

ب) تأثیر عرف در تشخیص طرف اصیل قرارداد

ماده ۱۹۶ ق.م.ا مقرر می‌دارد: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد، خلاف آن را تصریح نماید یا بعد، خلاف آن ثابت شود...». مطابق این ماده، اصل این است که طرف معامله برای خود معامله می‌کند، مگر اینکه ثابت شود برای دیگری معامله کرده است. حال ممکن است در معامله‌ای بر اساس اوضاع و احوالی عرف، وقوع معامله را برای شخصی دیگر تشخیص دهد؛ مانند اینکه شخص معسری که وکیل شخص متمکنی در خرید خانه‌ای به مبلغ پانصد میلیون باشد، خانه‌ای را به همین مبلغ بخرد و در هنگام تشکیل عقد، وکالت خود را از موکل اعلام نکند که در این وضعیت به حکم عرف باید وقوع عقد را برای موکل محسوب داشت.

ج) تأثیر عرف در تعیین مورد عقد

عرف می‌تواند در تعیین مورد عقد نقش مؤثری داشته باشد. مثلاً در اجاره خانه‌ای مسکونی، عرف حکم می‌کند که منافع مورد عقد، سکنای خانه است، نه برقرار کردن کسب و کار در آن (ماده ۴۹۰ ق.م.ا).

د) تأثیر عرف در تعیین حدود تعهدات طرف قرارداد

در مواردی، بدون اینکه حدود تعهدات طرف قرارداد به هنگام عقد دقیقاً مشخص شود، عرف می‌تواند آن را تعیین کند. ماده ۲۲۰ ق.م. مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند». مثلاً فروشنده مصالح ساختمانی (نظیر آهن و آجر) نه تنها موظف به تسلیم آن به خریدار است، بلکه به حکم عرف متعهد است آن را به محل ساختمان خریدار نیز (هر چند با دریافت اجرت) حمل کند، مگر اینکه طرفین بر خلاف آن توافق کنند.

ه) تأثیر عرف در تعیین اجزاء و لوازم و توابع مورد معامله

عرف در موارد تردید، می‌تواند اجزاء و لوازم و توابع مورد معامله را مشخص کند. ماده ۲۲۵ ق.م. مقرر می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است». مثلاً در عقد بیع یک خانه، به حکم عرف، درها و پنجره‌های ساختمان و نیز زمین آن از اجزاء و آب و برق و اسناد مربوط به آن از لوازم و توابع خانه و داخل در بیع محسوب می‌شود، مگر اینکه طرفین بر خلاف آن توافق کنند.

همچنین ماده ۳۵۶ ق.م. در عقد بیع مقرر می‌دارد: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند».

و) نقش عرف در تعیین معانی و مفاهیم عبارات قرارداد

ماده ۲۲۴ ق.م. با جمله‌ای کوتاه در تأثیر عرف در تعیین معانی الفاظ عقود مقرر داشته است: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه».

برای مثال، امروزه متداول است کسی که وسایلی را از همسایه برای مراسم مهمانی و جشن به امانت می‌گیرد تا بعداً به او برگرداند می‌گوید: «وسایل را قرض گرفتم»، در اصطلاح عرف عام هم به این عمل، «قرض» می‌گویند؛ درحالی‌که این عمل در اصطلاح حقوقی، «عاریه» محسوب می‌شود نه «قرض». در اینجا، هرچند متعاملین، لفظ «قرض» را برای عمل خود به کار برده باشند، این لفظ که در کلام متعاقدين واقع شده، بر معنای عرفی آن حمل می‌شود نه بر معنای قانونی و حقوقی آن؛ زیرا معلوم است که قصد طرفین هرگز این نبوده که مالکیت این وسایل به همسایه منتقل شود و سپس او مثل آن را رد کند.

۲۰. ادعای جهل به عرف

منظور از عبارت قسمت آخر ماده ۳۵۶ ق.م. این است که ادعای جهل به عرف اصولاً مورد اعتنا نیست؛ زیرا به جهت حفظ نظام معاملاتی لازم است که آگاهی طرفین، مفروض دانسته شود و ادعای خلاف آن

پذیرفته نشود. در این خصوص عده‌ای معتقدند که این ماده فقط اختصاص به عقد بیع دارد و در جای دیگر جاری نمی‌گردد؛ اما باید گفت که توابع مبیع خصوصیتی ندارد و قانون‌گذار این مطلب را برای ایجاد ثبات و اطمینان در معاملات ذکر کرده است.

همچنین برخی می‌گویند قسمت آخر ماده ۳۵۶ از قاعده «العقود تابعة للقصد» تبعیت نکرده؛ زیرا با وجود جهل متعاملین بر عرف، جزء یا تابع عرفی مبیع داخل در بیع و متعلق به مشتری معرفی شده است؛ اما در پاسخ باید گفت که اتفاقاً از همین قاعده تبعیت کرده است؛ یعنی طرفین عرف را به طور کلی پذیرفته‌اند ولی نسبت به جزئیات آن جاهل‌اند.

حکم عرف همچون قاعده‌ای الزام‌آور بر قصد مشترک طرفین حکومت می‌کند و ادعای خلافش مسموع نیست؛ بنابراین می‌توان گفت که به دلیل نظم عمومی معاملاتی جامعه، نمی‌توان ادعای خلاف عرف را پذیرفت که از این امر گاهی به ابقاء عقد یا اداره عقد نیز تعبیر می‌کنند.

بنای عرف یا لوازم عرفی عقد، نوعی شرط ضمنی است که اعتبار خود را از تراضی طرفین می‌گیرد و مانند شرط صریح سبب ایجاد خیار فسخ می‌شود. اگر بر خلاف عرف شرط نشده باشد، این شرط ضمنی اجباری می‌شود؛ به عبارت دیگر، این نوع عادات قراردادی، همانند قوانین تکمیلی الزامی مشروط به وجود می‌آورند.

۲۱. قوانین تکمیلی

قوانین و مقررات تکمیلی نیز از وسایل و ابزارهای تفسیر قرارداد هستند. این مقررات برای پر کردن خلأ ناشی از سکوت طرفین قرارداد وضع گردیده است و مدار اصلی آن اراده مشترک طرفین است و به همین جهت طرفین می‌توانند بر خلاف آن توافق کنند. این در حالی است که قوانین امری بر خلاف قوانین تکمیلی، اساساً در جهت حفظ نظم عمومی معاملاتی وضع می‌گردد که نمی‌توان از آن منحرف شد و بر خلاف آن توافق کرد.

در بیان ارتباط مقررات تکمیلی با اراده مشترک طرفین چنین می‌توان گفت که با وجود این مقررات، زمانی که طرفین نسبت به حاکمیت آن سکوت می‌کنند، یعنی این مقررات را به طور ضمنی پذیرفته‌اند.

مثلاً ماده ۳۴۴ ق.م. که مقرر می‌دارد: «اگر در عقد بیع، شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت، موعدی معین نگشته باشد بیع، قطعی و ثمن، حال محسوب است مگر اینکه بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتي وجود شرط یا موعدی معهود باشد اگر چه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد»، از مقررات تکمیلی قانون محسوب می‌شود که برای تفسیر اراده مشترک طرف‌های قرارداد وضع شده است و ایشان می‌توانند بر خلاف آن توافق کنند.

همچنین مواد ۲۸۰، ۳۷۵، ۳۸۱، ۳۸۲ و ۴۸۶ نیز از قوانین تکمیلی هستند. اصولاً قانون مدنی بر خلاف قانون تجارت، تکمیلی است.

بعضی از حقوقدانان معتقدند که نقش قوانین تکمیلی تنها تفسیر اراده طرفین نیست و نقش مهم‌تر آن تکمیل قرارداد است. درست است که طرفین می‌توانند بر خلاف مفاد قوانین تکمیلی تراضی کنند، ولی در صورتی هم که به راه حل موجود در قانون توجه نداشته باشند و حتی ثابت شود که مخالف بوده‌اند، باز ناچار از اطاعت قانون هستند.^۱

در هر صورت نقش قانون تکمیلی، شبیه نقش عرف است و فرض می‌شود که اراده طرفین آن را پذیرفته است و آنچه متعلق اراده مفروض باشد، داخل در تعهدات است، مگر اینکه بر خلاف آن تصریح گردد.

۲۲. اصول عملی و اراده مفروض طرفین

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا اصول عملی نیز متعلق اراده مفروض طرفین قرارداد واقع می‌شود یا خیر؟

منظور از اصول عملی در اینجا، معنای عام آن است که شامل قواعد حقوقی، مثل قاعده صحت و نیز نهادهای علم اصول یعنی اصول حاکم در موارد تردید، برای رفع سرگردانی و بلا تکلیفی که در موارد ناپیدا بودن حکم یا موضوع قانونی مورد استناد قرار می‌گیرند، مانند استصحاب و اصل برائت و اصل عدم است. به عنوان نمونه، ماده ۳۵۹ ق.م. مقرر می‌دارد: «هر گاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد، آن شیء داخل در بیع نخواهد بود، مگر آن که تصریح شده باشد». در مورد دلیل حکم این ماده برخی به اصل عدم اشاره کرده‌اند. همچنین می‌توان به اصل استصحاب نیز اشاره نمود؛ زیرا یقین سابق این است که شیء داخل در ملکیت بایع بوده و حال در اینکه هنوز در ملکیت بایع باقی باشد شک ایجاد می‌شود که در اینجا بقای ملکیت، استصحاب می‌شود.

مسلم است که طرفین قرارداد در هنگام تشکیل آن به اصل عدم یا اصل استصحاب فکر نمی‌کرده‌اند؛ اما فرض بر این است که طرفین این اصول را پذیرفته‌اند و اگر این‌ها را نمی‌خواستند باید بر خلافشان تراضی می‌کردند؛ بنابراین اصول عملی (به معنای عام) نیز در تفسیر قرارداد مورد استفاده قرار می‌گیرند و داخل در تعهدات هستند.

۲۳. تعارض اراده ضمنی طرفین قرارداد با قوانین تکمیلی

در صورتی که دو طرف قرارداد اراده خود را بر خلاف قوانین تکمیلی به صراحت بیان کرده باشند، هیچ تردیدی در حکومت تراضی وجود ندارد. ولی آیا می‌توان گفت اراده ضمنی آنان نیز بر اجرای قوانین تکمیلی ترجیح دارد؟

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۴۸، ش ۵۲۴.

در پاسخ این سؤال می‌توان گفت، چون قصد مشترک طرفین قانون حاکم بر رابطه قراردادی است، همین که راه حلی را بتوان به اراده آنان منسوب کرد، خواه بیان آن صریح باشد یا از مفاد عقد استنباط شود، باید آن را محترم داشت؛ با وجود این، در پاره‌ای از قوانین تکمیلی تصریح می‌شود که مفاد آن باید رعایت شود، مگر اینکه طرفین به صراحت ترتیب دیگری را مقرر کرده باشند. چنان که ماده ۳۵۷ ق.م. مقرر می‌دارد: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود، مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد» و ماده ۳۵۹ اعلام می‌کند: «هر گاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد، آن شیء داخل در بیع نخواهد بود، مگر آنکه تصریح شده باشد».

بر همین مبنا، قوانین تکمیلی را به دو گروه تقسیم کرده‌اند: «تکمیلی محض» که جز با شرط صریح نقض نمی‌شود و «اختیاری» که با اراده ضمنی نیز می‌توان از اجرای آن پرهیز کرد (مانند ماده ۳۴۴ ق.م.).

۲۴. تعارض عرف با قوانین تکمیلی

در صورت تعارض عرف و قوانین تکمیلی، اگر عرف بعد از تصویب قانون پا گرفته باشد، حکم عرف را باید مقدم داشت؛ زیرا احتمال همگامی آن با «قصد مشترک» که قانون حاکم بر رابطه قراردادی فرض می‌شود بیشتر است. قانون مدنی در مواردی گوناگون همین قاعده را به کار برده است: چنانکه در ماده ۲۸۰ می‌خوانیم «انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید، مگر اینکه بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اتخاذ نماید» و در ماده ۳۴۴ آمده است: «اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع با تأدیة قیمت موعودی معین نگشته باشد، بیع قطعی و ثمن حال محسوب است، مگر اینکه بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتي وجود شرطی یا موعودی معهود باشد، اگرچه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد». همچنین است در مورد ماده ۴۸۶ نسبت به تعمیر عین مستأجره و هزینه‌های انتفاع.

برعکس، موردی که عرف پیش از تصویب قانون ایجاد شده است، قانون تکمیلی به ظاهر استناد به آن را منع می‌کند و تنها به تراضی دو طرف اجازه می‌دهد که برخلاف مفاد آن تصمیم بگیرد. با وجود این، هر گاه عرف به زندگی اجتماعی خود ادامه دهد و عادت بر این جاری شود که معامله‌کنندگان شیوه سنتی را ادامه دهند، موضوع تابع فرض نخست است، زیرا مانند این است که عرف جدیدی از نو پا گرفته باشد. وانگهی، اقبال مردم به عرف و سکوت در برابر آن، احتمال همگامی آن با «قصد مشترک» را فزونی می‌بخشد. اطلاق ماده ۲۸۰ ق.م. نیز همین تحلیل را تأیید می‌کند. ماده ۳۸۲ ق.م. نیز، پس از تعیین تعهد دو طرف نسبت به تأدیة محل و مخارج تسلیم در مواد ۳۷۵ و ۳۸۱، اعلام می‌کند «هر گاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم بر خلاف ترتیبی باشد که ذکر شده و یا در عقد بر خلاف آن شرط شده باشد، باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود...» این ترتیب در ماده ۶۷۶ ق.م. در مورد میزان حق الوکاله نیز به خوبی دیده می‌شود.

۲۵. قوانین امری

در تعهدات قراردادی گاهی قوانین امری نیز تعهداتی را تحمیل می‌کنند که بر خلاف آن‌ها نمی‌توان تراضی کرد و اگر بر خلاف آن‌ها تراضی شد، باطل است. مثلاً قانون‌گذار در مواردی به جهت رعایت مصلحت و نظم معاملاتی در قراردادهای خصوصی افراد دخالت می‌کند که در اینجا گفته می‌شود که این قوانین و مقررات، مانع آزادی و حاکمیت اراده هستند و آن‌ها را محدود می‌نمایند.

اما باید به این نکته توجه کرد که اصل حاکمیت اراده یا آزادی قراردادی، هدف حقوق قراردادها نیست، بلکه هدف از آن رسیدن به عدالت قراردادی است. برای رسیدن به عدالت قراردادی نیز از وسایلی استفاده می‌گردد، مانند اصل حاکمیت اراده که یک وسیله برای رسیدن به عدالت قراردادی است.

اگر بخواهیم این وسیله (اصل حاکمیت اراده) ما را به عدالت قراردادی برساند، مقدماتی لازم است. مثلاً قرارداد باید محصول تراضی واقعی و انتخاب آزاد طرفین باشد. در بعضی موارد مشاهده می‌شود که قرارداد محصول انتخاب آزاد طرفین نیست؛ خصوصاً در جایی که با پدیده انحصار مواجه هستیم که این پدیده، امروزه بیشتر در صنعت مطرح است و در اینجا حاکمیت اراده ما را به عدالت قراردادی نمی‌رساند. به همین جهت قانون‌گذار در جهت برقراری موازنه بین فروشنده و خریدار دخالت می‌نماید. این دخالت در موارد دیگری مانند روابط بین کارگر و کارفرما در قانون کار یا در روابط استیجاری و یا حقوق مصرف‌کننده نیز صورت می‌پذیرد.

۲۶. تفاوت‌های مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری

مسئولیت قراردادی و قهری در ماهیت خود تفاوتی ندارند. هر دو گونه، مسئولیت بوده و در آن‌ها خسارت ناشی از فعل زیان‌بار یا نقض تعهد و یا افعال دیگر باید جبران شود. به همین جهت منظور از عنوان «دو گونه مسئولیت» دو گونه بودن از حیث ماهیت منطقی نیست بلکه از جهت منشأ تحقق و به تبع آن در عوارض و احکام است. به همین دلیل ارکان مسئولیت قراردادی با مسئولیت قهری متفاوت است و شرایطشان یکی نیست.

در کشور ما از جهت قوانین و مقررات قانونی بین این دو مسئولیت تفاوت وجود دارد. در قانون مدنی، مواد ۲۲۱ و ۲۲۶ تا ۲۳۰ راجع به بحث مسئولیت قراردادی بوده و مواد ۳۲۸ تا ۳۳۵ مربوط به مسئولیت قهری هستند و قانون مسئولیت مدنی نیز به بحث مسئولیت قهری می‌پردازد.

برخی از مواردی که در مقام بیان تفاوت بین این دو گونه مسئولیت می‌توانیم ذکر نماییم:

الف) تفاوت در نقش و کارکرد

مسئولیت قراردادی وظیفه جبران زیان‌های متوقع را دارد درحالی که مسئولیت قهری صرفاً دارای نقش حمایت‌کنندگی است. منظور از «متوقع» در اینجا، آن چیزی است که از قرارداد توقع می‌رود و طرفین می-

خواهند از راه قرارداد به آن برسند. پس اگر نقضی حاصل شد یعنی به آن توقعات نرسیده‌اند و باید آن را جبران کرد. درحالی‌که در مسئولیت قهری از یک نقطه به همان نقطه می‌رسیم. مثلاً کسی که شیشه‌ای را می‌شکند باید شیشه دیگری را جایگزین آن نماید.

ب) تفاوت از جهت منشأ

منشأ مسئولیت قراردادی، تعهدات قراردادی خود شخص است؛ ولی مسئولیت قهری تخلف از تعهدات قانونی است. منظور از تعهدات قانونی در اینجا، معنای عام آن یعنی ناشی از جرم و شبه جرم مدنی بوده که یک عمل زیان‌آور عمدی یا غیرعمدی است.

همچنین مسئولیت قهری معمولاً در رابطه با تخلف از تعهدات منفی است، یعنی تعهد به ترک فعل یا عدم اضرار به دیگران؛ اما مسئولیت قراردادی معمولاً در مورد تخلف از تعهدات مثبت است.

امروزه این نظریه مورد انتقاد واقع شده است و بیشتر حقوقدانان به سمت وحدت و یگانگی متمایل گردیده و معتقدند که بین این دو مسئولیت تفاوت اساسی وجود ندارد. دلیل آن‌ها این است که می‌گویند مسئولیت قراردادی ناشی از نقض قرارداد است نه ناشی از وجود قرارداد. پس این مسئولیت نیز همانند مسئولیت قهری به حکم قانون ایجاد می‌شود و بین این دو تفاوتی نیست. حتی در قوانین بعضی از کشورها این دو مسئولیت یکی هستند.

با وجود اینکه مسئولیت قراردادی مبتنی بر اراده است؛ اما تحولاتی که در حقوق قراردادها به وجود آمده به گونه‌ای است که منشأ بعضی از تعهدات قراردادی غیرارادی شده‌اند و قانون نیز در مواردی تعهداتی را بر طرفین تحمیل می‌کند، مثل تعهدات موجر و مستأجر.

همچنین در مواردی ممکن است که قانون تعهدات مثبت بر اشخاص یا گروهی از اشخاص بار نماید، مثل اینکه مقامات دولتی متعهد هستند که برای جلوگیری از برخی حوادث طبیعی یا بعضی از امراض قابل پیش‌گیری تمهیداتی را انجام دهند و اگر این اقدامات را انجام ندهند موجب مسئولیت مدنی است. به عنوان نمونه شهرداری موظف است که جوی‌های آب را لایروبی نماید. اگر این کار را انجام نداد و سیل باعث آسیب به مغازه‌ها گردید، شهرداری مسئول است.

ج) تفاوت از جهت عوارض و احکام

بحث اصلی در اینجا پیرامون تقصیر و اثبات تقصیر است. تقصیر در اصطلاح حقوقی به معنای خروج از رفتار متعارف، نقض یک تعهد قانونی، عمل نامشروع یا قابل سرزنش و مانند این‌هاست.

در مسئولیت قراردادی اصولاً اثبات تقصیر لازم نیست؛ یعنی زیان دیده لازم نیست که تقصیر واردکننده زیان را اثبات کند و لذا در مسئولیت قراردادی می‌گوییم که فرض بر تقصیر است. در واقع این مسئولیت مبتنی بر مسئولیت محض^۱ است.

اما در مسئولیت قهری اصولاً اثبات تقصیر لازم است و لذا این مسئولیت مبتنی بر تقصیر است و زیان دیده باید تقصیر عامل زیان را اثبات کند.

۲۷. تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه

هر چند که در مسئولیت قراردادی اصولاً اثبات تقصیر لازم نیست، ولی در مواردی این مسئولیت مبتنی بر تقصیر است (اثبات تقصیر لازم است).

در صورتی که تعهد به وسیله^۲ باشد، اثبات تقصیر در آن لازم است، مانند تعهد وکیل یا امین؛ اما اگر تعهد به نتیجه باشد،^۳ چنانچه نتیجه حاصل نشود، فرض بر این است که تعهد انجام نگرفته است و لذا اثبات تقصیر لازم نیست (عدم حصول نتیجه کافی است)، مانند تعهد بایع بر اینکه مبیع را سالم به خریدار تسلیم کند.

در مسئولیت قهری نیز با وجود اینکه اصولاً اثبات تقصیر لازم است، ولی در این نوع مسئولیت هم در مواردی فرض تقصیر دیده می‌شود (اثبات تقصیر لازم نیست).

اگر تعهد به نتیجه باشد، اثبات تقصیر لازم نیست، مثل خسارات ناشی از اشیاء تحت حفاظت انسان که در آن شخص متعهد می‌شود که از این مال خسارتی به دیگران وارد نگردد. در کشورهای پیشرفته، مسئولیت آلوده‌کنندگان محیط زیست و مسئولیت تولیدکننده نسبت به خسارات ناشی از عیب تولید، از این

۱. مسئولیت انواع مختلفی دارد:

الف) مسئولیت محض: در این نوع مسئولیت فرض بر تقصیر است و زیان دیده نیاز به اثبات آن ندارد؛ اما عامل زیان می‌تواند از اسباب معافیت از مسئولیت استفاده کند، مانند مسئولیت متصدی حمل و نقل که در آن در صورتی که متصدی قوه قاهره را اثبات کرد، دیگر مسئول نیست.

ب) مسئولیت مطلق: در این نوع مسئولیت عامل زیان نمی‌تواند از اسباب معافیت از مسئولیت نیز استفاده کند، مانند غاصب که حتی در صورتی که وجود قوه قاهره را اثبات کند، نمی‌تواند از مسئولیت معاف گردد.

ج) مسئولیت مبتنی بر تقصیر: در این نوع مسئولیت، بار اثبات تقصیر بر عهده زیان دیده است و او از تمام دلایل و امارات می‌تواند برای اثبات تقصیر استفاده نماید. در واقع مسئولیت زیان‌زننده مشروط به اثبات تقصیر وی از ناحیه زیان دیده است. ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر است.

۲. تعهد به وسیله، تعهدی است که متعهد نسبت به مراقبت و احتیاط دارد؛ یعنی تعهد دارد که تلاش خود را به طور کامل انجام دهد و از هر وسیله‌ای برای مراقبت استفاده کند، بدون اینکه حصول نتیجه آن مورد تعهد باشد.

۳. تعهد به نتیجه، تعهدی است که متعهد نسبت به واقع شدن یک امر خاص می‌دهد، مانند تعهد بایع بر اینکه مبیع را سالم به خریدار تسلیم کند.

نوع مسئولیت است. در قوانین کشور ما نیز در بحث اتلاف، اثبات تقصیر لازم نیست و چه عمدی باشد و چه غیر عمدی، باید آن را جبران نمود.

اما در صورتی تعهد به وسیله باشد که معمولاً در تعهد قهری، بیشتر تعهد به وسیله است، اثبات تقصیر لازم است (مسئولیت قهری مبتنی بر تقصیر است).

۲۸. اختلاف بین مالک و امین در مورد اثبات تقصیر

گاهی ممکن است در موردی بین مالک و امین اختلاف به وجود آید، به این صورت که مالک مدعی تقصیر امین شود و بگوید که او مرتکب تعدی و تفریط گردیده است؛ در مقابل امین نیز می‌گوید که تعدی و تفریط انجام نداده است. در چنین حالتی اثبات تقصیر بر عهده چه کسی است؟ در اینجا باید بین انجام فعل و ترک فعل تفاوت گذاشت:

✓ اگر انجام فعل باشد، اثبات آن بر عهده امین خواهد بود؛ یعنی باید ثابت کند که این کار را انجام داده است تا مسئول شناخته نشود.

✓ ولی اگر ترک فعل باشد، مالک باید دلیل بیاورد که امین آن کار را انجام داده است؛ زیرا در اینجا اصل عدم جاری است و اگر چیزی طبق اصل عدم باشد وجود آن احتیاج به اثبات دارد (نافی را نفی کافی است).

گاهی امین شروع به تعدی و تفریط می‌نماید ولی بعد از آن پشیمان می‌شود، مثلاً مستعیر با ماشینی که برای مسافرت به تهران عاریه گرفته، به اصفهان می‌رود ولی در وسط راه پشیمان می‌شود. در اینجا ید مستعیر چگونه است؟

در این مورد طبق نظر مشهور، ید ضمانی است؛ زیرا به صرف خروج از مسیر تهران، اطمینان داریم که ید ضمانی شده و حالا که به مسیر تهران برگشته است، شک می‌کنیم که ید امانی است یا ضمانی، پس بقای ید ضمانی را استصحاب می‌کنیم.

نظر غیر مشهور که نظر آیت الله سید محمد کاظم یزدی و دکتر کاتوزیان نیز هست، این است که ید امانی است؛ به دلیل اینکه اذنی در سابق وجود داشته و هنوز هم وجود دارد، ولی مانع (تعدی و تفریط) ایجاد شده است. حال که مانع برطرف شده، اذن ادامه پیدا می‌کند.^۱

۲۹. امکان انتخاب یکی از دو مسئولیت

در مواردی مسئولیت هم ناشی از تخلف از تعهدات قراردادی و هم ناشی از تخلف از تعهدات قانونی است؛ مانند تعهد پزشک که از یک طرف مسئولیت قراردادی دارد و از طرف دیگر مسئولیت قهری.

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، صص ۵۵-۵۸، ش ۳۴.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا زیان‌دیده می‌تواند بین این دو مسئولیت، یکی را انتخاب کند؟ مثلاً کسی که باری را حمل می‌نماید، آن را تلف کند. آیا می‌تواند با استناد به قواعد اتلاف، خود را از اثبات تقصیر معاف کند؟ یعنی در حالی که مسئولیت قراردادی است، از مسئولیت قهری (اتلاف) استفاده نماید.

مثال دیگری که می‌توان ذکر کرد، وجه التزام (ماده ۲۳۰ ق.م.) بابت نقض قرارداد است (خواه خسارت وارد شود، خواه خسارت وارد نشود). حال اگر وجه التزام تعیین شد، آیا زیان‌دیده می‌تواند برای جبران بقیه خسارات به مسئولیت قهری متوسل شود؟

عده‌ای قائل به جایز نبودن انتخاب هستند که نظر مشهور نیز همین بوده و از جمله دلایل آن‌ها این است که:

اولاً: اراده قانون‌گذار این بوده است که این دو مسئولیت جدا باشند.
ثانیاً: یک شخص نمی‌تواند هم طرف قرارداد و هم شخص ثالث باشد (مسئولیت قراردادی برای طرف قرارداد و مسئولیت قهری برای خارج از قرارداد است).

ثالثاً: شخص با انعقاد قرارداد، انتخاب خودش را برای یک بار انجام داده است؛ یعنی خواهان مسئولیت قراردادی شده و دیگر نمی‌تواند از مسئولیت قهری استفاده کند.

اما عده‌ای نیز قائل به جایز بودن انتخاب هستند و دلیل آن‌ها این است که بین نهادهای حقوقی سلسله مراتب وجود دارد. همان طور که قانون و نظم عمومی بالاتر از قرارداد است، مسئولیت قهری هم بالاتر از مسئولیت قراردادی است. پس نمی‌توانیم اشخاص را از مراجعه به قواعد قهری منع نماییم. لذا عدالت ایجاب می‌کند که شخص بتواند از کلیه ابزار و وسایلی که قانون در اختیارش قرار داده بهره‌مند شود.

بعضی از حقوق‌دانان می‌گویند: «زیان‌دیده در انتخاب هر یک از دو مبنا آزاد است، مشروط بر اینکه قرارداد بیهوده نشود و مفاد تراضی از اثر نیفتد؛ زیرا دادن چنین اختیاری به زیان‌دیده، تعادل بین دو عوض و نظمی را که طرفین هنگام امضای پیمان، بین تعهدات خود در نظر داشته‌اند بر هم می‌زند».^۱

اشکالی که به این گفته وارد می‌شود این است که مسلماً انتخاب بین دو مسئولیت، تعادل قراردادی را بر هم می‌زند؛ زیرا زیان‌دیده تنها به نفع خود نگاه می‌کند و مسئولیت مورد نظر خود را انتخاب می‌نماید.

۳۰. لزوم جبران خسارت در فقه و قانون

در فقه، فقها به لزوم جبران خسارت ناشی از نقض تعهد تصریح نکرده‌اند؛ به عبارت دیگر مسئولیت قراردادی در فقه عنوان خاصی ندارد و تنها مسئولیت قهری مطرح شده است. پس فقها چگونه مسئولیت قراردادی را توجیه می‌کنند؟

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی، ص ۱۹، ش ۷.

قاعده لا ضرر از جهتی، جنبه عمومی دارد و در هر مسئله‌ای می‌توان به این قاعده استناد کرد. این در صورتی است که امکان داشته باشد با قاعده لا ضرر اثبات حکم نمود؛ یعنی به این مطلب قائل بود که قاعده لا ضرر از یک طرف رفع حکم و از طرف دیگر وضع حکم می‌کند.

این مطلب مورد اختلاف است و بعضی می‌گویند که قاعده لا ضرر فقط رفع حکم می‌کند (حکم تکلیفی)، مانند اینکه حکم تکلیفی ضرر وارد کردن حرمت است؛ اما بعضی می‌گویند علاوه بر رفع حکم، وضع حکم هم می‌کند (هم حکم تکلیفی و هم حکم وضعی)، مثل اینکه در وارد کردن ضرر، علاوه بر انجام شدن فعل حرام، باید جبران هم صورت پذیرد.

نتیجه اینکه اگر بتوان از قاعده لا ضرر این مطلب را استفاده کرد که وضع حکم هم می‌کند، در موارد زیادی می‌شود به آن استناد نمود (از جمله در مسئولیت قراردادی).

در قانون مدنی، اصل لزوم جبران خسارت از ماده ۲۲۱ استنباط می‌شود. همچنین مواد ۱ و ۲ ق.م.م. بر ضرورت جبران خسارت تاکید می‌کنند.

ماده ۲۲۱ ق.م. شرایط مسئولیت قراردادی را بیان می‌کند: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد».

برخی از حقوقدانان معتقدند که حکم این ماده زائد است.^۱ ولی باید گفت که این حکم زائد نیست؛ زیرا در فقه مسئولیت قراردادی عنوان خاصی ندارد و فقیه مسئولیت قراردادی را بر اساس شروط تحمیل می‌کند (آن را در قالب شروط می‌آورد). قانون‌گذار هم خواسته است که این مسئولیت را بر اساس اراده طرفین قرار دهد، پس آن را بر اساس قواعد شروط حل کرده است.

ما سه نوع شرط داریم که در این ماده آمده است:

۱. شرط صریح: «... جبران خسارت تصریح شده ...».
۲. شرط ضمنی: «... عرفاً به منزله تصریح باشد ...».
۳. شرط قانونی: «... برحسب قانون موجب ضمان باشد».

پس مسئولیت قراردادی بر اساس این سه شرط توجیه می‌شود و هیچ حکم زائدی وجود ندارد و قانون آن را بر اساس فقه بیان کرده است.

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، صص ۱۳۲-۱۳۳، ش ۷۷۶.

طرق جبرانی غیرقضایی

۱. طرح مبحث

همان طور که گفتیم، طرق جبران مسئولیت‌های قراردادی به دو دسته قضایی و غیرقضایی تقسیم می‌شوند.

طرق جبران غیرقضایی یعنی راه‌های جبرانی که به نوعی کمک به خود محسوب می‌شوند.^۱ این طرق، روش‌هایی هستند که در اختیار متعهد له قرار دارد و در صورت نقض قرارداد می‌تواند از آن‌ها استفاده کند؛ بنابراین فلسفه این طرق عدم ضرورت مراجعه به مراجع حل اختلاف است. از مزایای آن می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۱. سرعت در جبران مسئولیت قراردادی.

۲. کم هزینه بودن.

۳. عبور از موانعی که در طرق قضایی در خصوص حقوق شکلی و ماهوی وجود دارد.

یکی از این راه‌ها حق حبس است. دیگری پیش‌بینی حق فسخ در صورت تخلف و دیگر مورد آن پیش‌بینی انفساخ قرارداد در صورت تخلف است. آخرین مورد آن نیز بحث تعذر ایفاء و تعسر ایفاء است.

۲. مفهوم و مبنای حق حبس در معاملات

حق حبس اختیاری است که برای هر یک از طرفین قرارداد به وجود آمده و بر اساس آن حق دارند که اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد دیگری کنند. مثلاً در بیع خریدار می‌تواند پرداخت ثمن را منوط به دریافت مبیع کرده و فروشنده نیز می‌تواند تحویل مبیع را به پرداخت ثمن منوط نماید. اعمال این حق را که بدون فسخ قرارداد اجرای تعهد را به حال تعلیق در می‌آورد، در اصطلاح «حق حبس» می‌نامند. در آثار فقهی گاهی از حق حبس به حق امتناع تعبیر شده و یا از واژه احتباس استفاده گردیده است. قانون مدنی نیز در ماده ۳۷۷ به حق حبس اشاره نموده است. همچنین این حق را در پاره‌ای از مقررات قانون تجارت نیز می‌توان یافت (مواد ۳۷۱، ۳۹۰ و ۵۳۳ ق.ت.).

1. self-help remedies.

ذکر این نکته ضروری است که این حق، اختصاصی به فقه و حقوق ایران نداشته و در بیشتر نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته شده است و حتی در معاهدات و کنوانسیون‌های مختلف نیز بدان اشاره شده است. به عنوان مثال، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (مصوب ۱۹۸۰) در ماده ۵۸ خود اعلام می‌دارد که فروشنده مجاز است که تحویل کالا یا اسناد مربوطه را به خریدار، منوط به دریافت ثمن نماید.

از آنجا که ماده ۳۷۷ ق.م. در بحث بیع مطرح شده، اختلاف نظرهایی را به وجود آورده است.

✓ بعضی معتقدند که حق حبس فقط مربوط به عقد بیع بوده و یک حکم استثنایی است و حکم استثنایی را باید مضیق تفسیر نموده و به قدر متیقن اکتفا کرد.

✓ بعضی می‌گویند که حق حبس اختصاصی به بیع ندارد و در همه عقود معوض جاری می‌شود.

✓ حتی بعضی نیز گفته‌اند که حق حبس هم در عقود معوض و هم در عقود غیرمعوض جاری می‌گردد، مثلاً در عقد ودیعه که غیرمعوض است، امین می‌تواند برای دریافت مخارجی که بابت نگه‌داری مال ودعی کرده است، مورد ودیعه را حبس کند.

پس به خاطر مختلف بودن نظرات باید به مبنای حق حبس مراجعه نمود.

با مراجعه به نظریات فقها برمی‌آید که مبنای حق حبس اراده مشترک طرفین است؛ زیرا وقتی که طرفین معامله در مورد زمان مبادله دو عوض، قرار خاصی نمی‌گذارند، ظاهر در این است که می‌خواهند دو عوض در یک زمان مورد مبادله قرار بگیرند. این توافق ضمنی ناشی از معنای معاوضه در دیدگاه عرف است؛ یعنی همان‌گونه که ملکیت در یک زمان برای طرفین به وجود می‌آید، تسلیم عوضین نیز باید همزمان انجام شود. لذا می‌گوییم که مبنا، اراده مشترک طرفین است.

به عبارت دیگر اراده نوعی قابل انتساب به طرفین، این است که عوض و معوض، در برابر هم، هم‌تراز هم و علت تعهد هم باشند؛ یعنی هر یک از دو مورد عقد در عوض مورد دیگر قرار می‌گیرد و رابطه این دو با عقد یکسان بوده و هیچ‌کدام بر دیگری ترجیح ندارد. به همین جهت هیچ‌کدام از طرفین نمی‌تواند با خودداری از ایفاء تعهد خود، الزام دیگری را به انجام تعهد درخواست کند، مثلاً بایع نمی‌تواند مبیع را نگه دارد و الزام خریدار را به پرداخت ثمن مطالبه کند.

بر اساس مبنایی که ذکر شد (اراده نوعی طرفین بر تقابل دو عوض)، می‌توان گفت که حق حبس اختصاص به عقد بیع ندارد و در همه عقود معوض جاری می‌شود، چون ریشه‌اش اراده مفروض است. در قانون مدنی علاوه بر ماده ۳۷۷، در ماده ۱۰۸۵ نیز به حق حبس استناد شده است. با این وجود، حق حبس در ماده ۱۰۸۵، مربوط به بحث نکاح بوده و به معنای حق حبس در معاملات نیست؛ زیرا نکاح، معاوضه تلقی نمی‌شود و این ماده، یک حکم حمایتی از جانب قانون‌گذار است، لذا آثار و احکام حق حبس در معاملات را ندارد.

در عقد اجاره اشخاص هم ممکن است حق حبس به وجود آید. اختلاف شده است که آیا اجیر با تمام شدن عمل مورد تعهد می‌تواند اجرت را بگیرد یا باید کالایی را که کار بر روی آن انجام شده است را

تحويل دهد و سپس اجرت بگیرد. میرزای قمی در کتاب «جامع الشتات»، حق حبس در اجاره را پذیرفته و می‌گوید: «... واجب نیست تسلیم اجرت مادامی که عین موجه را موجه تسلیم نکند و همچنین واجب نیست تسلیم عین موجه تا اجرت را نگیرد و ظاهر این است که هر یک از آنها می‌توانند منع از تسلیم کنند تا آن دیگری تسلیم کند...»^۱.

۳. قلمرو حق حبس

با توجه به مطالب گفته شده، می‌توان گفت که حق حبس تنها در عقود معوض جاری می‌شود و اختصاص به تعهدات اصلی و متقابل دارد. بر این اساس می‌توان قلمرو حق حبس را تعیین کرد؛ یعنی این حق در کجا جاری شده و در کجا جاری نمی‌گردد.

الف) حق حبس در شروط

شرط فرع بر عقد بوده و تعهد اصلی نیست، پس حق حبس در آن راه ندارد، مگر در موارد خاص. به عنوان نمونه، در جایی که در برابر شرط، عوضی قرار گرفته باشد، مثلاً در ضمن قرارداد فروش ۱۰۰ هکتار زمین شرط شود که خریدار خانه‌اش را به مبلغ ۱۰۰ میلیون به فروشنده بفروشد که این خانه در برابر ۱۰۰ میلیون قرار گرفته است و در اینجا هر یک از طرفین می‌توانند از حق حبس استفاده نمایند. ولی در اکثر موارد وقتی که شرط در ضمن عقد می‌آید، در برابر آن عوضی قرار ندارد و لذا به طور کلی می‌توان گفت که حق حبس در شروط راه ندارد. به وسیله شرط، تنها می‌توان نوعی حق امتناع ایجاد کرد که اگر یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکرد، معامله به استناد خيار تخلف از شرط، قابل فسخ باشد.

ب) حق حبس در عقود مجانی یا غیرمعوض

قلمرو حق حبس در عقود معوض است و در عقود مجانی راه ندارد؛ زیرا دو تعهد در مقابل یکدیگر قرار نگرفته‌اند و مبنا در حق حبس تقابل و در برابر هم قرار گرفتن دو عوض است.

ج) حق حبس در عقد غیرمعوض با شرط عوض

حق حبس در این عقد نیز راه ندارد؛ زیرا شرط عوض جنبه فرعی دارد و عقد غیرمعوض را به معوض تبدیل نمی‌کند.

تفاوت‌های بین عقد معوض و عقد غیرمعوض با شرط عوض

بین این دو تفاوت‌های مختلفی وجود دارد:

۱. میرزا ابوالقاسم قمی، جامع الشتات، ج ۳، ص ۴۷۶، س ۲۴۳.

۱. طبق ماده ۲۱۵ ق.م. مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد؛ بنابراین چنانچه در عقد معوض، مورد معامله مالیت یا منفعت عقلایی و مشروع نداشته نباشد، عقد باطل است؛ ولی در عقد غیرمعوض با شرط عوض اگر مورد شرط بدون فایده و منفعت و نامشروع باشد، عقد صحیح بوده و شرط باطل است. مشروط له نیز در صورتی حق فسخ دارد که عالم به شرط نبوده نباشد و اگر عالم بود حق فسخ هم ندارد.
 ۲. همچنین طبق ماده ۲۱۶ ق.م. مورد معامله نباید مبهم نباشد، مگر در مواردی که علم اجمالی کافی است (مواردی که قانون بدان تصریح کرده باشد). پس اصل بر علم تفصیلی است و مورد معامله باید تفصیلاً معلوم باشد؛ اما در عقد غیرمعوض با شرط عوض، اگر مورد شرط تفصیلاً معلوم نباشد نه عقد باطل است و نه شرط و هر دو صحیح هستند؛ زیرا مورد شرط از ارکان عقد نبوده و فرعی است، پس لازم نیست که تفصیلاً معلوم باشد.
 ۳. تفاوت دیگر این است که در عقد معوض، اگر معلوم شود که مورد معامله قبل از عقد موجود نبوده یا بعد از عقد و قبل از تسلیم تلف شده، معامله منحل می‌گردد (در مورد اول معامله باطل و در مورد دوم منفسخ است)؛ اما در عقد غیرمعوض با شرط عوض، اگر معلوم شود که مورد شرط موجود نبوده یا قبل از تسلیم تلف شده، عقد صحیح است و فقط شرط باطل بوده و مشروط له حق فسخ دارد (ماده ۲۴۰ ق.م.).
 ۴. تفاوت دیگری که وجود دارد این است که در عقد معوض، حق حبس راه دارد؛ اما در عقد غیرمعوض با شرط عوض، حق حبس راه ندارد. به همین جهت در عقد غیرمعوض با شرط عوض هر یک از طرفین باید به تعهد خود عمل کند و در غیر این صورت، الزام او درخواست می‌شود؛ اما در عقد معوض می‌توان از حق حبس استفاده کرد.
- بنابراین در عقد معوض هر دو تعهد علت هم هستند و بین آنها توازن و تقابل است؛ در حالی که در عقد غیرمعوض با شرط عوض، لازم نیست که بین آنها توازن و تقابل باشد، مثلاً در صلح محاباتی یکی از تعهدات یک شیء ناچیز است و لذا این تعادل و تقابل وجود ندارد.

(د) حق حبس در عقد شبه معوض (عقد ناقص)

حق حبس در عقد شبه معوض نیز راه ندارد، مانند عقد قرض که شباهت به عقود معوض دارد، ولی عقد معوض نیست؛ زیرا دو مال با هم مبادله نمی‌شوند، بلکه مثل آن باید پس داده شود (ماده ۶۴۸ ق.م.). در واقع در قرض یک مال دست به دست می‌شود.

مدت در عقد قرض

در اینکه آیا عقد قرض، لازم است یا جایز، اختلاف وجود دارد. ماده ۶۵۱ ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر برای ادای قرض به وجه ملزومی اجلی معین شده باشد، مقرض نمی‌تواند قبل از انقضای مدت، طلب خود را مطالبه کند».

وجه ملزم در ماده ۶۵۱ در بحث مدت است. مدت در ضمن عقد قرض، لازم الوفا است یا خیر؟ مثلاً شخصی که مقداری پول را به مدت شش ماه به دیگری قرض می‌دهد، آیا می‌تواند قبل از شش ماه آن را پس بگیرد؟

طبق ماده ۶۵۱، مدت در ضمن عقد قرض، لازم الوفا نیست، پس مقرض می‌تواند قبل از مدت آن را پس بگیرد؛ اما در صورتی که این مدت، ضمن عقد لازم دیگری شرط شود، مثلاً ضمن عقد بیع گفته شود که مورد قرض تا شش ماه پس داده نشود، در اینجا مدت لازم الوفا می‌گردد.

به همین جهت برخی می‌گویند که عقد قرض جایز است؛ زیرا اگر قائل شویم که عقد قرض لازم است، پس مدت آن هم لازم می‌شود (مدت از اصل عقد تبعیت می‌کند). همچنین اگر گفتیم که قرض جایز است، پس مدت آن هم جایز می‌گردد.

بعضی دیگر می‌گویند که عقد قرض لازم بوده و مدت آن استثناست. ولی نظر مشهور در فقه جایز بودن عقد قرض است و قانون مدنی نیز در ماده ۶۵۱ از همین نظر مشهور پیروی کرده است.

ه) حق حبس در صورت اراده واقعی طرفین بر عدم وجود آن

در صورتی که اراده واقعی طرفین بر عدم وجود حق حبس باشد، حق حبس راه ندارد؛ زیرا اصل بر اراده واقعی است و اگر اراده واقعی وجود داشته باشد نوبت به اراده ظاهری نمی‌رسد. اراده واقعی هم یا صریح است و یا ضمنی که در خصوص حق حبس، هر دو نوع را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

اراده صریح (مؤجل بودن مبیع و ثمن)

یکی از شرایط حق حبس که در ماده ۳۷۷ ق.م. آمده، این است که مبیع و ثمن حال باشند و در صورتی که یکی از این دو مؤجل (مدت‌دار) باشد، حق حبس منتفی است. مثلاً هر گاه برای تسلیم مبیع اجلی معین شده باشد، خریدار نمی‌تواند پرداخت ثمن را که حال است موکول به تسلیم مبیع کند؛ همان طور که اگر برای تأدیه ثمن مهلتی تعیین شده باشد، بایع نمی‌تواند از تسلیم مبیع تا دریافت ثمن خودداری کند.

به همین جهت گفته می‌شود که در واقع طرفین معامله با تعیین مدت می‌خواهند که اجرای تعهد یکی بر دیگری مقدم باشد و حق حبسی وجود نداشته باشد که این اراده صریح است.

وجود اجل (مدت) در صورتی مانع از ایجاد حق حبس می‌شود که دو شرط موجود باشد:

۱. مدت از روی اختیار و اراده باشد؛ مانند اینکه خود طرفین در ضمن قرارداد بگویند که ثمن الآن پرداخت شده و مبيع شش ماه بعد تسلیم گردد. ولی اگر مدت ارادی نباشد، حق حبس از بین نمی‌رود. مثلاً هر گاه دادگاه مطابق ماده ۲۷۷ ق.م. با لحاظ وضعیت مدیون، به او مهلت دهد یا دین او را تقسیط کند، حق حبس در این صورت منتفی نیست.
۲. باعث تقدم یکی از دو تعهد در اجرا باشد. در اینجا دو فرض پیش می‌آید:

✓ گاهی می‌شود که هر دو عوض مدت‌دار هستند، ولی مدتشان یکی است. مثلاً اتومبیلی به مبلغ سی میلیون فروخته شود و مقرر گردد که مبيع و ثمن شش ماه دیگر تسلیم شوند. در این صورت حق حبس ساقط نمی‌شود؛ زیرا هیچ یک از دو تعهد بر دیگری مقدم نشده است.

✓ گاهی می‌شود که هر دو عوض مدت‌دار هستند، ولی مدتشان متفاوت است. مثلاً در ضمن معامله مقرر می‌شود که مبيع سه ماه و ثمن شش ماه دیگر تسلیم گردند. در اینجا حق حبس راه ندارد؛ زیرا یکی از دو تعهد بر دیگری مقدم شده است.

اراده ضمنی (تسلیم شدن یکی از عوضین)

یکی دیگر از شرایط حق حبس این است که هیچ کدام از طرفین، مورد معامله را به دیگری تسلیم نکرده باشد. لذا تسلیم اختیاری مبيع یا ثمن، دلالت ضمنی بر اسقاط حق حبس دارد؛ یعنی طرفین بدین وسیله (تسلیم) می‌خواهند حق حبس را ساقط کنند.

حق حبس وقتی که ساقط شود، دیگر قابل اعاده نیست؛ زیرا اعاده نیاز به سبب دارد و در اینجا سببی وجود ندارد. به همین جهت ماده ۳۷۸ ق.م. می‌گوید: «اگر بایع قبل از اخذ ثمن، مبيع را به میل خود تسلیم مشتری نماید، حق استرداد آن را نخواهد داشت، مگر به موجب فسخ در مورد خیار».

بحثی که در مورد این ماده مطرح می‌شود این است که آیا فقط فرض علم را شامل می‌شود یا اینکه فرض جهل و اشتباه را نیز در برمی‌گیرد؟ مثلاً اگر طرف معامله که جاهل به حق حبس بوده، مورد تعهد را تسلیم نماید و بعد بفهمد که حق حبس داشته است، آیا می‌تواند مال را پس بگیرد یا خیر؟ در اینجا اختلاف نظر وجود دارد:

- ✓ بعضی گفته‌اند که این ماده اطلاق دارد و تمام موارد علم و جهل و اشتباه را شامل می‌شود.^۱
- ✓ بعضی دیگر می‌گویند که این ماده تنها شامل علم است و جهل و اشتباه را شامل نمی‌شود. مثل اینکه خریدار، چکی را برای پرداخت ثمن به فروشنده بدهد و فروشنده نیز به تصور اینکه مبلغ

۱. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۵۹.

آن چک وصول می‌شود مبیع را تسلیم کند و بعد متوجه شود که چک از ابتدا محل نداشته است، چنین اجرایی حق حبس را از بین نمی‌برد.^۱

در هر صورت، در اینجا گفته می‌شود که اماره، علم به قانون است، پس خلافش قابل اثبات نیست. طرف معامله باید علم به حق حبس داشته باشد و اگر بگوید که جهل داشتم، دادگاه آن را نمی‌پذیرد. با این وجود، اماره علم به قانون، فروض مختلفی دارد که باید آن‌ها در نظر داشت و همه جا آن را به کار نبرد:

اولاً: باید ببینیم که جاهل قاصر و جاهل مقصر چه کسی است. «جاهل قاصر» کسی است که در تحصیل علم کوتاهی نکرده است؛ یعنی در شرایطی بوده که امکان دسترسی به حکم برای او وجود نداشته است. «جاهل مقصر» کسی است که در تحصیل علم کوتاهی کرده است؛ یعنی، امکان آموختن و یاد گرفتن احکام را داشته، ولی آن‌ها را یاد نگرفته است. جاهل قاصر مورد عقاب قرار نمی‌گیرد، ولی جاهل مقصر سزاوار آن است.

ثانیاً: باید ببینیم که آیا حکم تکلیفی است یا وضعی؟ منظور از حکم تکلیفی همان احکام خمس است که ما در این بحث از آن‌ها تنها با وجوب و حرمت سر و کار داریم و جهل به قانون تنها در مورد احکام تکلیفی مطرح می‌شود، نه احکام وضعی.

و) حق حبس در موانع خاص قانونی

از موارد دیگری که حق حبس که در آن راه ندارد، موانع خاص قانونی است. گاهی در قوانین خاص، اجرای یکی از دو تعهد متقابل، بر دیگری مقدم داشته شده است، لذا این حکم خاص بر قاعده «امکان حبس تعهد» حکومت پیدا می‌کند و مانع از ایجاد این حق می‌گردد.

برای مثال قانون مدنی در ماده ۵۶۷ می‌گوید: «عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد»؛ بنابراین، اگر کسی برای یافتن اتومبیل گمشده خود با دیگری پیمان ببندد، عامل نمی‌تواند تسلیم اتومبیل یافته شده را منوط به دریافت دستمزد کند. به بیان دیگر، تعهد جاعل معلق به انجام کار و به دست آمدن نتیجه مورد نظر است و عامل باید کار را انجام داده باشد تا اجرت به او تعلق بگیرد؛ پس حق حبس در آن راه ندارد.

ز) حق حبس در صورت معلق بودن طلب

از موارد دیگری که حق حبس در آن راه ندارد این است که طلب معلق باشد؛ بنابراین، طلب باید منجز و قابل مطالبه باشد و در اصطلاح گفته می‌شود که دو دینی در برابر هم قرار می‌گیرند و به طلبکار حق حبس می‌دهند که قابل مطالبه باشند. پس بر مبنای حق معلق نمی‌توان به حق حبس استناد کرد.

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۹۸، ش ۷۵۱.

به عنوان مثال طبق ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲، موجر باید به تعهد خود در تسلیم عین وفا کند؛ زیرا مستأجر در پایان هر ماه باید اجاره گذشته را بپردازد، مگر اینکه تراضی بر موعد دیگر باشد؛ ولی در قانون مدنی، اجاره بها، اگر موعدی نداشته باشد، به نقد پرداخته می شود و موجر می تواند اجاره بهای تمام مدت اجاره را از او بگیرد (بند ۳ ماده ۴۹۰).

دلیل تفاوت حکم در این دو قانون این است که:

قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲، عقد اجاره را عهدي می داند نه تمليكي، لذا می گوید که مستأجر در پایان هر ماه باید اجاره گذشته را بپردازد. این نظر مبتنی بر این است که مورد اجاره، ذرات منفعت است که به تدریج حاصل شده و دفعی الوصول نیست. در اینجا حق مستأجر، منجز و حق موجر، معلق است؛ یعنی تا یک ماه اجاره تمام نشود موجر صاحب مال الاجاره نمی شود، پس حق حبس ایجاد نمی گردد.

ولی قانون مدنی، اجاره را تمليكي می داند. در این قانون، عقد اجاره، تمليک موقت منافع است و وقتی که منفعت تمليک شد، مستأجر هم باید مال الاجاره را تأدیه کند. لذا اگر موعد خاصی گذاشته نشده باشد، باید بلافاصله مال الاجاره را بپردازد. پس مستأجر می تواند پرداخت آن را موکول به تسلیم مورد اجاره کند و موجر نیز حق دارد در تسلیم عین از حق حبس استفاده کند.

ح) حق حبس در صورت وجود حکم عرف

یکی از موارد دیگری که حق حبس در آن راه ندارد، حکم عرف است. گاهی به حکم عرف، تعهد یکی مقدم بر تعهد دیگری می شود. در اینجا می گوئیم که حکم عرف، حاکم بر قانون است؛ زیرا سکوت طرفین در برابر این حکم به منزله پذیرش آن است و اگر نمی خواستند، بر خلافش شرط می کردند. مثلاً عرف بر این است که هنگام سوار شدن به تاکسی، کرایه را آخر می پردازند، در صورتی که علی الاصول باید آن اول پرداخت نمایند. در اینجا عرف مقدم بر پرداخت است، پس حق حبس راه ندارد.

ط) حق حبس در مقام فسخ قرارداد

از موارد دیگری که حق حبس در آن راه ندارد، این است که در مقام فسخ قرارداد، حق حبس ساقط می گردد. به این صورت که وقتی که قرارداد فسخ می شود باید عوضین به دو طرف آن برگردد و در مقام بازگشت دو عوض هیچ کدام از طرفین حق حبس ندارند؛ زیرا در اینجا دیگر قراردادی وجود ندارد. پس اگر یکی از طرفین از برگرداندن مال خودداری کند او را به بازگشت مال الزام می نمایند.

قسمت اخیر ماده ۳۷۸ ق.م. نیز به همین مطلب اشاره داشته و بیان می دارد که اگر معامله با استفاده از حق خيار، فسخ شود، حق حبس ساقط می گردد.

۴. آثار و احکام حق حبس

الف) تلف مبیع در مدت حبس

آیا استفاده از حق حبس موجب تحقق ضمان هست یا خیر؟ مثلاً بایع از حق حبس استفاده می‌کند در مدت حبس حابس، مبیع تلف شود آیا بایع ضامن است یا خیر؟ در حکم غاصب است یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا قاعده تلف مبیع، در خصوص تلف مبیع در مدت حبس صادق است یا خیر؟ اگر بگوییم صدق می‌کند بیع منفسخ می‌شود اما اگر بگوییم صدق نمی‌کند فروشنده باید بدل آن را بدهد.

توضیح قاعده تلف مبیع

ماده ۳۸۷ ق.م. چنین مقرر می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت، تلف از مال مشتری خواهد بود». تلف مبیع قبل از قبض، چند صورت می‌تواند داشته باشد:

۱. **تلف مبیع به وسیله بایع:** اگر تلف در اثر تقصیر بایع باشد، قرارداد صحیح است و مشتری از باب اتلاف و تسبیب می‌تواند مثل یا قیمت آن را بگیرد، پس در اینجا تلف مبیع صدق نمی‌کند. در اینکه آیا حق فسخ برای خریدار به وجود می‌آید یا خیر؟ اگر فائل به حق فسخ باشیم به استناد خیار تخلف از شرط ضمنی می‌توانیم عقد را فسخ کنیم. شرط ضمنی این است که بایع مبیع را سالم به مشتری تحویل دهد.

۲. **تلف مبیع به وسیله مشتری:** اگر تلف در اثر تقصیر مشتری باشد، قرارداد صحیح است؛ زیرا در اینجا قاعده اقدام^۱ صدق می‌کند.

گاهی اوقات مشتری بر اثر اشتباه مال خود را تلف می‌کند (فکر می‌کرده که مال دیگری را تلف می‌کند، در حالی که مال خودش بوده)، که در اینجا نیز قاعده اقدام صدق می‌کند و در حکم قبض است؛ اما اگر در اثر فریب شخص دیگری مثل بایع مال خود را تلف کند، می‌گوییم که سبب اقوی از مباشر است و بایع مقصر است.

۳. **تلف مبیع به وسیله شخص ثالث:** اگر تلف در اثر تقصیر شخص ثالث باشد، در این حالت شخص ثالث یا معین است یا نامعین. اگر ثالث معین باشد به شخص ثالث رجوع می‌شود و اگر شخص ثالث نامعین باشد، در حکم تلف مبیع است، یعنی بیع منفسخ می‌شود. شرایط تلف مبیع قبل از قبض عبارت‌اند از:

۱. مفاد این قاعده فقهی این است که هر کس به ضرر خود نسبت به مال خود اقدامی کند، در مورد اقدام وی کسی به نفع او مسئولیت مدنی ندارد.

۱. مبيع عين معين باشد.
۲. تلف، قبل از تسليم اتفاق افتد؛ اما در جایی، حتی اگر بعد از تسليم اتفاق بیفتد، باز هم قاعده صدق می‌کند و آن جایی است که تلف در زمان خیارات مختص به مشتری باشد که آن خیارات عبارت‌اند از: الف) خیار شرط. ب) خیار حیوان. ج) خیار مجلس.

حکم تلف مبيع در مدت حبس

حال در صورت حبس مبيع به وسیله بايع، این سؤال مطرح می‌شود که هر گاه مبيع در دوران استفاده از حق حبس نزد بايع تلف یا ناقص و معیوب شود آیا خسارت ناشی از این حوادث به بايع وارد می‌شود و بيع به حکم ماده ۳۸۷ منفسخ یا طبق مواد ۳۸۸ و ۴۲۵، قابل فسخ به وسیله مشتری می‌گردد یا خیر. هر چند قانون مدنی نسبت به این مسئله مانند بسیاری از مسائل مربوط به موارد قانونی ساکت است، اما این سکوت مانع استنباط حکم به کمک قواعد و اصول حقوقی نیست. در این خصوص به نظر می‌رسد که عقد به سبب تلف مبيع در دوران اعمال حق حبس منفسخ نمی‌شود و حدوث عیب و نقص در این مدت، برای مشتری حق فسخ ایجاد نمی‌کند؛ زیرا از یک طرف، فرض این است که خودداری بايع از تسليم مبيع به خریدار به استناد حق قانونی حبس، انجام شده است و بايع در اصل آماده تسليم مبيع بوده است و به این جهت ملاک استثنای مندرج در ذیل ماده ۳۸۷ که آمادگی بايع برای تسليم مبيع باشد و مسئولیت بايع را نسبت به خسارات مبيع متفی می‌سازد، در مورد بحث که تسليم به استناد حق حبس صورت نمی‌گیرد، نیز موجود است. افزون بر آن، ماده ۳۸۷ ق.م. ظهور در این دارد که خودداری از تسليم مبيع بدون حق صورت گیرد و از طرف دیگر در صورت تردید در شمول حکم ماده ۳۸۷ و مقررات مذکور دیگر، نسبت به مورد بحث، تلف و نقص و عیب مبيع در دوران اعمال حق حبس به علت مخالف با قاعده بودن احکام مذکور به نظر ما، اصل، عدم ثبوت حکم مذکور است.^۱

ب) هزینه نگهداری مورد حبس

وقتی که حابس مال را در حبس خود نگه می‌دارد، ممکن است هزینه‌هایی برای او داشته باشد، مثل هزینه انبارداری، نگهداری و آیا این هزینه‌ها بر عهده فروشنده یا حابس است که مبيع را حبس کرده و یا اینکه بر عهده خریدار است؟

۱. دکتر مهدی شهیدی، آثار قراردادها و تعهدات، صص ۱۷۲ و ۱۷۳.

قانون مدنی در اینجا حکم صریحی ندارد، ولی با توجه به اینکه هر مالکی باید هزینه نگهداری مال خود را پرداخت کند (من له الغنم فعلیه الغرم)^۱، هزینه نگهداری از مال حبس شده بر عهده مالک آن مال پس از عقد است، یعنی خریدار.

همچنین می‌توان از ملاک ماده ۱۰۵ ق.م. نیز استفاده نموده و گفت از آنجا که خریدار به محض انعقاد عقد مالک مبیع می‌شود و مالکیتش در اینجا مطلق است، پس هزینه‌ها نیز بر عهده خود اوست. از طرف دیگر فروشنده یا حابس به حکم قانون مال را در تصرف خود نگه داشته؛ بنابراین هزینه‌ها بر عهده مالک بوده که در اینجا خریدار است.

ج) حق حبس در برابر طلبکاران و قائم مقام خاص و وراث

از دیگر آثار و احکام آن می‌توان به حق حبس در برابر طلبکاران، قائم مقام خاص^۲ و وراث اشاره کرد. حق حبس قابلیت استناد در برابر طلبکاران، قائم مقام خاص و وراث را دارد؛ یعنی به عنوان مثال، طلبکاران طرف مقابل که این حق در برابرشان مورد استناد قرار گرفته، نمی‌توانند مال حبس شده را توقیف کنند؛ به عبارت دیگر مال حبس شده قابل توقیف نیست.

۵. شیوه اجرای حق حبس

فرض کنیم فروشنده‌ای از دادگاه اجبار خریدار به پرداخت ثمن را درخواست می‌کند. خریدار در دفاع خود اظهار می‌دارد که چون مبیع به او تسلیم نشده است و فروشنده از وفای به عهد امتناع دارد، او نیز از حق حبس ثمن استفاده می‌کند و خواهان نمی‌تواند اجبار او را از دادگاه بخواهد و دعوا با وضع کنونی باید رد شود.

در این صورت باید وظیفه دادگاه را مورد بررسی قرارداد:

✓ به نظر برخی از فقها، در صورت خودداری طرفین از تسلیم موضوع تعهد خویش، هر دو طرف الزام به تسلیم موردی می‌شوند که در عقد به طرف دیگر انتقال داده و تعهد به تسلیم آن به او کرده‌اند.

✓ برخی از فقها خودداری طرفین را از تسلیم مورد تملیک و تعهد خویش به طرف، گناه دانسته‌اند.

۱. یعنی: آن که منافع را می‌برد، زیان را هم باید تحمل کند.

۲. شخصی که مالی به هر نسبت به او انتقال یافته، قائم مقام ناقل نسبت به حقوق و تعهدات وابسته به آن مال است، و چون قائم مقامی مزبور ارتباط به مال خاص و معین دارد، به منتقل الیه مال مزبور، قائم مقام خاص گفته می‌شود.

- ✓ بعضی دیگر، بر این عقیده‌اند که ابتدا فروشنده و سپس خریدار اجبار می‌شود از آن جهت که ثمن تابع مبیع است و با تسلیم مبیع، عقد بیع استقرار پیدا می‌کند؛ چه اینکه اگر مبیع پیش از تسلیم تلف شود، بیع منفسخ می‌گردد.
- ✓ مطابق نظر دیگر که به فقه شافعی نیز نسبت داده شده است، هیچ یک از طرفین اجبار به تسلیم نمی‌شود ولی جلوی نزاع ایشان گرفته می‌شود، زیرا لزوم تسلیم نسبت به هر یک از دو طرف مشروط به خودداری نکردن طرف دیگر از تسلیم مورد تعهد خویش است. پس اگر هر دو طرف از تسلیم خودداری کنند، تکلیف هر یک نسبت به تسلیم مورد تعهد خود به دیگری، منتفی خواهد شد.^۱

۶. انحلال قرارداد

- از دیگر طرق غیرقضایی جبران خسارت می‌توان انحلال قرارداد به واسطه شرط در قرارداد را مطرح کرد که این انحلال خود مصداق‌هایی دارد:
- ✓ پیش‌بینی حق فسخ در قرارداد: طرفین حق فسخ را در صورت عدم انجام تعهد، به عنوان شرط پیش‌بینی کنند.
 - ✓ پیش‌بینی انفساخ در قرارداد: به عنوان مثال اگر چک برگشت خورد، قرارداد خودبه‌خود منفسخ باشد.
- به عبارت دیگر انحلال قرارداد به اعتبار اراده طرفین چند حالت دارد:
- ✓ انحلال به تراضی (اقاله یا تفاسخ).
 - ✓ انحلال به اراده یک طرف (فسخ).
 - ✓ انحلال قهری (انفساخ).

۷. انحلال به تراضی (اقاله)

- انحلال به تراضی یعنی همان طور که طرفین به اراده خود عقد را به وجود آورده‌اند، با اراده خود نیز آن عقد را از بین می‌برند که اصطلاحاً به آن اقاله یا تفاسخ گفته می‌شود. تفاسخ از باب تفاعل بوده و طرفینی است. اقاله در ماده ۲۸۳ ق.م. ذکر شده و ماده ۲۶۴ ق.م. نیز آن را از اسباب سقوط تعهدات شمرده است. حال این سؤال مطرح می‌گردد که اقاله عقد است یا خیر؟ اگر عقد است، پس آیا اقاله را می‌شود اقاله کرد؟
- در پاسخ باید گفته شود که اقاله قابل اقاله نیست و چیزی که قابل اقاله نباشد، عقد نیست.

۱. رک: دکتر مهدی شهیدی، آثار قراردادها و تعهدات، صص ۱۷۳-۱۷۵.

بعضی از اساتید معتقدند که اقاله عقد است و عدم قابلیت اقاله را استثنا می‌دانند.^۱ به هر حال نظر مشهور این است که اقاله عقد نیست. اقاله فقط توافق است و برای انعقاد عقد، غیر از توافق، نیاز به ارکان دیگری نیز وجود دارد.

سؤال دیگری که مطرح می‌گردد این است که آیا اقاله را می‌شود کم یا زیاد کرد؟ مثلاً شخصی یک کیلو طلا را به قیمت معین می‌خرد، به این شرط که بعد از یک هفته عقد را اقاله کنند. اگر قیمت طلا افزایش یابد، فروشنده طلا مابه التفاوت دهد و اگر قیمت کاهش یابد، خریدار مابه التفاوت دهد. این عقد چه وضعیتی دارد؟ بر فرض صحت قرارداد شرط چه وضعیتی دارد؟ (شرط اقاله کم و زیاد) در اینجا باید گفت که عقد باطل است. طلا مال قیمی است و فقط به صورت عین معین قابل خرید و فروش است، ولی در سؤال مذکور، مورد معامله، کلی به نظر می‌رسد. اما اگر بگوییم طلا شمش بوده و شمش هم مال مثلی است، قرارداد در اینجا نیز باطل است؛ زیرا معامله کالی به کالی^۲ می‌شود.

۸. انحلال به اراده یک طرف (فسخ)

انحلال ارادی با اراده یک نفر به وجود می‌آید که در قانون به آن ایقاع می‌گویند؛ مانند فسخ، ابراء، اعراض و...

فرق تعهد یک طرفه با ایقاع در این است که ایقاع به اعمالی گفته می‌شود که در قانون به آن‌ها تصریح شده، در حالی که تعهد یک طرفه عام است.

در انحلال عقد به وسیله اراده یک طرف نیاز به تراضی نیست و فسخ، اختیاری است که طرف عقد لازم در مورد برهم زدن عقد پیدا می‌کند و به آن «خیار» می‌گویند. ماده ۴۴۹ ق.م. نیز به این حق اشاره دارد. فرضاً طرفین در قرارداد چنین شرطی را قرار دهند که اگر فروشنده تخلف کرد، مشتری قرارداد را فسخ کند و یا اگر اقساط ثمن به موقع توسط مشتری پرداخت نشد، فروشنده قرارداد را فسخ نماید. ماهیت این نوع شرط چیست و کدام وصف حقوقی را پیدا می‌کند؟ باید دانست مادامی که وصف حقوقی مشخص نشود، نمی‌توان آثار و احکام شرطی را بر آن مترتب نمود. در پاسخ باید گفت که بعضاً در دادگاه‌ها این شرط را نمی‌پذیرند و آن را باطل می‌دانند، اما این شرط صحیح است، ولی بحث خاصی که مطرح می‌شود این است که این شرط چه نوع شرطی است؟ آیا شرط خیار تأخیر ثمن است یا شرط فعل یا شرط تخلف از شرط.

۱. رک: دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، صص ۲۰ و ۲۱، ش ۸۷۴.

۲. بیع کالی به کالی در فقه به معامله‌ای اطلاق می‌شود که ثمن و مبیع، هر دو کلی، مؤخر و موجل هستند.

ممکن است گفته شود که شبیه خیار تأخیر ثمن است، اما باید گفت که با توجه به شرایطی که در رابطه با خیار تأخیر ثمن در مواد ۴۰۲ تا ۴۰۹ ق.م. وجود دارد (البته خود ماده ۴۰۹ خیار مایفسد لیوم را مطرح می‌کند)، این شرط، شرط خیار تأخیر ثمن نیست.

از جمله شرایط خیار تأخیر ثمن این است که مدت شروع حق فسخ بعد از گذشت ۳ روز از انعقاد عقد است که مختص به بیع است. هرچند این خیار فوری نبوده، اما بی‌نهایت نیز نیست. بعضی گفته‌اند: یک روز و بعضی دیگر قائل به مدت عرفی هستند.

شرط دیگر این خیار این است که اجل یا مدت برای تأدیه ثمن وجود نداشته باشد و اگر مدت یا اجل وجود داشته باشد، این خیار موضوعیت ندارد. در فرض ما اصولاً مدت تعیین شده (قرار اقساط)، پس خیار تأخیر ثمن نیست.

همچنین در سؤال فرض بر این است که بایع مبیع را تحویل داده و تسلیم کرده در حالی که در خیار تأخیر ثمن، مبیع تسلیم نشده و اگر مبیع تسلیم شود، دیگر خیار به وجود نمی‌آید، پس خیار تأخیر ثمن نیست.

حال آیا شرط فسخ مذکور می‌تواند خیار شرط موضوع مواد ۳۹۹ تا ۴۰۱ ق.م. باشد؟ باید گفت که در خیار شرط مدت باید معین باشد و اگر مدت معین نباشد، شرط باطل و مبطل عقد است. دلیل بطلان آن هم غری بودن معامله است.

فلسفه اصلی خیار شرط این است که طرفین می‌خواهند عقد متزلزل باشد و در مدت معین تصمیم‌گیری کنند؛ بنابراین آن‌ها می‌خواهند در استحکام عقد خلل ایجاد کنند، اما در خیار فسخ در مثال مذکور، فلسفه این خیار با خیار شرط متفاوت است. فلسفه خیار فسخ در مثال مذکور، استحکام عقد است؛ یعنی ما این خیار را در جهت تأکید بر لزوم وفای به عهد در عقد آوردیم و یک نوع تهدید است که طرف معامله تخلف نکند.

حال آیا در مدت خیار می‌توان مبیع را فروخت؟ به عبارت دیگر آیا وقتی بیع متزلزل است، تصرفات ناقل ممکن است یا خیر؟

در ماده ۴۶۰ ق.م. بدین سؤال پاسخ گفته شده که «در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافعی خیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید». هر چند که این ماده مربوط به بیع شرط است، اما مخصوص به آن نبوده و قابلیت تعمیم دارد. (فرق خیار شرط با بیع شرط در این است که خیار شرط به نحو شرط نتیجه بوده، ولی بیع شرط به نحو شرط فعل است و بعد از رد ثمن در بیع شرط، خیار به وجود می‌آید).

ممکن است گفته شود که شرط مذکور، شرط فعل است؛ زیرا شرط شده که اقساط در مورد معین پرداخت شود و اگر پرداخت نشد، تخلف از شرط فعل است. در این صورت ابتدا الزام و بعد اجبار به وسیله دیگر و نهایتاً حق فسخ وجود دارد.

به عنوان مثال شخصی اتومبیلی را می‌خرد به شرطی که فک پلاک شود؛ اما طرف مقابل از فک پلاک خودداری می‌کند. در اینجا طبق ماده ۲۳۷ ق.م. باید الزام به فک پلاک نمود و اگر نشد اجرای جایگزینی (ماده ۲۳۸ ق.م.) و اگر باز هم نشد حق فسخ به وجود می‌آید (ماده ۲۳۹ ق.م.).

اما در موضوع و فرض ما، حق فسخ، مستقیماً به فروشنده یا خریدار داده شده که این امر با توافق طرفین به وجود آمده است. در واقع این اختیار داده شده که می‌توانند الزام یا اجبار و یا فسخ کنند. از این امر می‌توان نتیجه گرفت که این پیش‌بینی حق فسخ می‌تواند از مصادیق شرط فعل باشد که تخلف از آن سبب ایجاد خیار می‌شود؛ اما طرفین توافق کرده‌اند که توقف خیار مبتنی بر تعذر اجبار نباشد، یعنی اینکه آن‌ها بر خلاف قانون مدنی که مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ را در طول هم قرار داده، شرط کرده‌اند. از این رهگذر می‌توان فهمید که مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ از قواعد امری نبوده و تکمیلی است.

از طرف دیگر با توجه به اصل صحت اگر شک کنیم که آیا شرط صحیح است یا خیر، این شرط را به معنایی حمل می‌نمایم که هم عقد و هم شرط نفوذ حقوقی داشته باشند؛ زیرا تا جایی که ممکن است باید در جهت استحکام قراردادها قدم برداشت.

سؤال دیگری که مطرح می‌شود این است که آیا فسخ یک عمل قضایی است یا خیر؟ فسخ یک عمل ارادی، ایقاعی، غیرقضایی است؛ یعنی شخص ابتدا باید خود، حق فسخ را اعمال کند و سپس صحت آن را از دادگاه درخواست کند. دادگاه اعلام می‌کند که آیا حق فسخ وجود دارد یا خیر. در نتیجه، فسخ از زمان اعمال حق واقع می‌شود، نه از زمان اعلام آن. منافع و نمائات نیز از زمان اعمال حق فسخ به فسخ‌کننده می‌رسد.

فسخ فقط در عقد لازم وجود دارد و چون مخالف اصل است، باید دلیل داشته باشد؛ بر خلاف انفساخ که هم در عقد جایز و هم در عقد لازم است.

آیا فسخ‌کننده لازم است فسخ را اطلاع دهد؟

در اصل لازم نیست؛ اما از جهت مسئولیت خارج از قرارداد لازم می‌گردد، چون ممکن است در صورت عدم اطلاع به طرف مقابل زیان وارد آید.

۹. انحلال قهری (انفساخ)

انفساخ عبارت است از انحلال قهری عقد به واسطه وقوع واقعه‌ای در آینده به گونه‌ای که آن واقعه به حکم قانون یا قرارداد موجب انحلال قهری شود.

انحلال قهری خود به خود انجام می‌شود. البته ممکن است که سببش اراده باشد، اما خودش ارادی نیست. مثل تلف مبیع قبل از قبض یا تلف عین مستأجره در اجاره و یا جایی که مباشرت فرد در اجاره شرط شده و وی فوت می‌کند.

در انفساخ بدون اینکه به یک عمل حقوقی اضافی نیاز باشد، قرارداد خود به خود از بین می‌رود و برای یکی از طرفین یا دادگاه حق انتخاب وجود ندارد.

انفساخ عقد را با توجه به نقشی که اراده در ایجاد سبب آن دارد، به سه گروه می‌توان تقسیم کرد:

۱. انفساخ با اراده صریح طرفین؛ یعنی اینکه طرفین در ضمن قرارداد تصریح می‌کنند که اگر مثلاً تا مدت معین در پرداخت ثمن تأخیر شد، قرارداد منفسخ شود و وقتی که این تأخیر اتفاق افتاد، قرارداد منفسخ می‌شود.

۲. انفساخی که ناشی از حکم قانون‌گذار است، ولی از تحلیل حکم چنین برمی‌آید که قانون در واقع اراده مفروض و ضمنی طرفین را به اجرا درمی‌آورد، یعنی حکم می‌کند که طرفین این‌گونه اراده کرده‌اند. مثل قاعده تلف مبیع قبل از قبض (ماده ۳۸۷ ق.م.ا)، که قانون‌گذار حکم انفساخ را در صورت حاصل شدن شرایط، برای آن وضع نموده است.

۳. انفساخی که در نتیجه حکم قانون‌گذار صورت می‌پذیرد، ولی در آن، قانون اراده طرفین را اجرا نمی‌کند، بلکه اراده خودش را به اجرا درمی‌آورد. مثل اینکه قانون در مورد عقد جایز می‌گوید که با فوت منفسخ می‌شود (ماده ۹۵۴ ق.م.ا).

پس به عبارت دیگر سه نوع انفساخ وجود دارد:

- ✓ انفساخ با شرط صریح.
- ✓ انفساخ با شرط ضمنی که قانون‌گذار آن را به اجرا درمی‌آورد.
- ✓ انفساخ با شرط قانونی.

۱۰. انفساخ با شرط صریح

در اینجا طرفین خودشان سبب انفساخ را ایجاد کرده‌اند، هر چند که منحل شدن خودبه‌خود صورت می‌گیرد.

بحث از تعلیق، گاهی در مرحله تشکیل عقد مطرح می‌گردد، اما در اینجا بحث مربوط به تعلیق در انحلال عقد است که در آن انحلال عقد معلق می‌شود نه تشکیل آن.

تعلیق در انحلال را به شرط فاسخ تعبیر می‌کنند. شرط فاسخ یعنی توافق و تراضی طرفین در خصوص انفساخ عقد در آینده که بدین وسیله تعهدات ناشی از عقد را محدود به زمان معین و یا عدم وقوع شرایط خاص می‌نمایند. مثلاً فروشنده شرط می‌کند که اگر خریدار، ثمن را در مدت معینی پرداخت نکرد، بیع منفسخ باشد.

شرط فاسخ ممکن است انحلال قرارداد را منوط به وقوع حادثه احتمالی در آینده کند. مثل اینکه در عقد اجاره موجر شرط کند که من خانه را به شما اجاره می‌دهم که اگر فرزندم از مسافرت برگشت، عقد منحل باشد و یا به شرط اینکه فرزندم از مسافرت برنگردد.

گاهی انفساخ را منوط به وقوع واقعه‌ای می‌کنند که حتماً اتفاق می‌افتد؛ مانند شرط انحلال قرارداد بعد از مدت معین. مثلاً شخصی برای کمک به برادر ناتوان خود، خانه‌اش را به نفع او حبس مطلق می‌کند و شرط می‌کند که قرارداد بعد از پنج سال منفسخ شود.

گاهی انفساخ، منوط به عدم انجام تعهد، انجام کار ارادی و یا منوط به ارتکاب تقصیر است. مثلاً شخصی خانه‌ای را اجاره می‌دهد به این شرط که به محض اینکه کار خلاف انجام شد، قرارداد منحل باشد.

۱۱. تحلیل شرط فاسخ در ضمن قرارداد

الف) تفاوت شرط فاسخ با خيار شرط

خيار شرط از خيارات قراردادی است که طبق ماده ۳۹۹ ق.م. برای یکی از طرفین یا هر دو طرف و یا شخص ثالث، حق فسخ قرار داده می‌شود و مدت آن هم معین است. خيار شرط، حق فسخ ایجاد می‌کند و در آن، حق در اختیار صاحب آن است و می‌تواند آن را اعمال نموده و یا اعمال نکند؛ اما شرط فاسخ خود به خود انجام می‌شود، هر چند که سببش ارادی باشد. به تعبیر دیگر از جهت اعمال حق، شرط فاسخ، شرط نتیجه است؛ اما در خيار شرط، شرط فعل وجود دارد. در خيار شرط نیاز به یک عمل حقوقی و اضافی است؛ ولی شرط فاسخ خود به خود انجام می‌شود و به محض وقوع واقعه، شرط محقق می‌شود.

ب) تفاوت شرط فاسخ و بيع شرط

ماده ۵۰۰ ق.م. بیان می‌دارد: «در بيع شرط، مشتری می‌تواند مبيع را برای مدتی که بايع حق خيار ندارد اجاره دهد؛ و اگر اجاره منافی با خيار بايع باشد، باید به وسیله جعل خيار یا نحو آن حق بايع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدی که منافی با حق بايع باشد باطل خواهد بود». در بيع شرط، خيار بعد از رد ثمن به وجود می‌آید. مثلاً شخصی مال خود را می‌فروشد و در آن شرط می‌کند که اگر در مدت یک سال بتواند ثمن را بازگرداند، عقد را فسخ کند و مبيع را پس بگیرد. بنابراین از جهت ایجاد خيار، شرط فاسخ به صورت شرط نتیجه و بيع شرط به صورت شرط فعل است، یعنی باید ثمن رد شود تا خيار به وجود آید.

ج) تفاوت شرط فاسخ با شروط تعلیقی

در شرط فاسخ، عقد منجزاً واقع می‌گردد و تعهدات ناشی از عقد نیز به وجود می‌آید. وقتی که این شرط تحقق پیدا کرد، وضعیت را بر هم زده و تعهدات نسبت به آینده بی‌اثر می‌شود (اثر قهقرايي ندارد)؛ اما شرط تعلیقی این‌گونه نبوده و اثر عقد منوط به تحقق حادثه خارجی است، یعنی اگر آن حادثه رخ نداد، تعهدی هم به وجود نمی‌آید.

مثال اول: شخصی اسبی را خریداری کرده و شرط کند که این اسب را خریدم مشروط بر اینکه در مسابقه برنده شود.

مثال دوم: خریدار اسب را بخرد و شرط نماید که اگر اسب برنده نشود، قرارداد منحل باشد. مثال اول شرط تعلیق است و این اسب بعد از برنده شدن انتقال پیدا می‌کند و باید حادثه خارجی اتفاق بیفتد؛ اما در مثال دوم، از زمان انعقاد عقد، اسب منتقل می‌شود، چون عقد منجزاً منعقد شده است. تفاوت دیگر در این است که اگر شرطی که عقد، معلق بر آن شده، باطل باشد، عقد را نیز باطل می‌کند، زیرا اثر عقد منوط به امر محال است (چه عقلی و چه شرعی)؛ اما در شرط فاسخ، اگر شرط باطل باشد، عقد را باطل نمی‌کند، مگر اینکه با مقتضای عقد منافات داشته باشد. مثلاً در عقد نکاح شرط شود که عدم پرداخت نفقه برای مدت بیش از سه ماه، باعث انفساخ عقد شود که در اینجا شرط باطل است، زیرا موارد فسخ نکاح احصا شده و شرط خارج از آن باطل است، اما نکاح صحیح است.

تفاوت دیگر در این است که در شرط تعلیقی اگر آن حادثه واقع نشود یا محال باشد، اثرش از ابتدای عقد است و تمام تعهدات احتمالی را از زمان توافق از بین می‌برد و عقد برطرف می‌شود؛ اما در شرط فاسخ، چون ناظر به آینده است، در تعهدات قبلی اثر نمی‌کند. به عنوان مثال، شخصی با یک کارفرما قرارداد می‌بندد و در ضمن قرارداد شرط می‌کند که استخدامش در جای دیگر باعث انفساخ قرارداد است. حال اگر وی در جای دیگری استخدام شد، کارفرما نمی‌تواند مزدش را پرداخت نکند. البته می‌تواند از بابت خسارات وارده، مطالبه خسارت کند.

د) وضعیت حقوقی شرط فاسخ

از آنجا که بعضی از دادگاه‌ها این شرط را نمی‌پذیرند و در قانون مدنی و فقه نیز چنین عنوانی وجود ندارد، لذا تردید واقع می‌شود که حکم این مسئله را از کجا باید پیدا نمود؟ حکم این مسئله را باید از فروعاتی مثل بیع شرط و خيار شرط به دست آورد. در صورتی که به تردیدهایی که وارد شده، پاسخ داده شود، می‌توان گفت که این شرط صحیح است. یکی از اشکالات این است که شرط فاسخ، یک شرط معلق بوده و همان طور که تنجیز از شرایط صحت عقد است، از شرایط صحت شرط نیز هست و لذا اگر شرط معلق باشد، هم شرط و هم عقد باطل است. در پاسخ به این اشکال باید گفت که دلیلی برای اشتراط تنجیزی که شرط باید منجز باشد، وجود ندارد. بر فرض اینکه عقد معلق را باطل بدانیم، ولی شرط معلق باطل نیست. در قانون مدنی، اکثر شروط معلق است. از طرف دیگر عقد معلق کلاً باطل نبوده و فقط تعلیق در انشاء باطل است و تعلیق در منشاء و اثر باطل نیستند.

اشکال دیگر این است که شرط بخشی از مورد معامله است. به تعبیر دیگر شرط رکن است و ثمن در برابر شرط هم قرار می‌گیرد، لذا اگر شرط معلق باشد، باعث معلق شدن عقد هم می‌شود. در واقع فرض می‌کنیم که عقد دو رکن دارد: یکی مورد معامله و دیگری شرط. اگر یک جزء معلق باشد باعث معلق شدن جزء دیگر شده و در نتیجه هر دو باطل می‌گردند (شرط و عقد).

در پاسخ باید گفت که در خصوص ارتباط بین عقد و شرط دو نظریه وجود دارد: نظر اول می‌گوید که (للشرط قسط من الثمن)؛ یعنی بخشی از ثمن در برابر شرط قرار می‌گیرد. بر طبق نظر دوم، رابطه عقد و شرط، رابطه اصل و فرع است. عقد اصل بوده و شرط فرع است و شرط تابع عقد خواهد بود. از اینجا بحث تابعیت مطرح می‌گردد؛ یعنی اگر عقد لازم بود، شرط هم لازم است و اگر عقد جایز بود، شرط هم جایز خواهد بود.

نظر مشهور، نظر دوم است که قانون مدنی نیز مطابق این نظر است؛ اما این تابعیت یک حق مسلم و غیر قابل تردید نیست، بلکه در برخی از موارد، شرط تابع عقد نبوده و یک موجود مستقل است.

به عنوان مثال، در ضمن عقد اجاره، شرط شود که بعد از انقضای مدت، اگر مستأجر به تصرف خود ادامه داد، اجرت‌المثل به اندازه اجرت‌المسمی باشد. اگر در اینجا بحث تابعیت مطرح باشد، هنگامی که عقد اجاره تمام شد، شرط هم تمام می‌شود؛ اما در این مورد عملاً به شرط عمل می‌شود و شبیه به ماده ۵۰۱ ق.م. است. توجیه مطلب هم این است که شرط در اینجا مستقل است.

در پاسخ به این سؤال که آیا شرط لازم در ضمن عقد جایز ممکن است یا خیر؟ اگر قائل به تابعیت باشیم، پاسخ منفی است، چون عقد جایز و شرط لازم بوده و با هم در تعارض هستند؛ اما این تعارض با توجیهی که ذکر شد، قابل حل است. مثلاً در ضمن عقد جایز وکالت، شرط لازم عدم عزل صورت پذیرد. توجیه مطلب این است که این شرط، شرط مستقل است. ممکن است کسی بگوید که این امر، خلاف مقتضای ذات عقد است؛ اما در پاسخ باید گفت که این خلاف مقتضای اطلاق عقد است.

یکی از اشکالات دیگر این است که ایجاد اثر قانونی باید متوقف بر یک سبب شرعی یا قانونی بوده باشد و در مورد این شرط هم باید همین‌طور باشد.

در پاسخ باید گفت که انفساخ در اینجا بدون سبب نبوده و سبب این امر، اراده طرفین است. با توجه به اصل صحت و اصل حاکمیت اراده، در صحت این شرط، شک و تردیدی وجود ندارد.

ه) میزان نفوذ شرط فاسخ

در این باره یک معیار کلی وجود دارد: (در هر عقدی که با توافق طرفین، انحلال آن ممکن باشد، شرط فاسخ هم در آن راه دارد). پس اگر انحلال عقد با اراده ممکن نباشد، شرط فاسخ نیز راهی در آن ندارد. مثلاً نمی‌توان وقف و یا نکاح را با تراضی منحل نمود؛ زیرا با نظم عمومی تعارض پیدا می‌کند.

همچنین در عقد ضمان مطلق نیز شرط فاسخ راه ندارد. عقد ضمان بین مضمون له و شخص ثالث یا ضامن منعقد می‌شود. در ضمان مطلق، نقل ذمه ایجاد شده و ذمه مضمون عنه به ضامن منتقل می‌گردد. در این صورت، ضامن و مضمون له دیگر نمی‌توانند آن را بر هم بزنند؛ زیرا ذمه مضمون عنه دوباره مشغول می‌شود.

اما در صورتی که ضمان مشروط بوده و مسئولیت تضامنی باشد، ضم ذمه به ذمه وجود دارد که در اینجا می‌توان عقد را اقاله نمود و آن را بر هم زد، پس شرط فاسخ نیز در آن راه دارد.

شرط فاسخ، بر خلاف خیار شرط، علاوه بر عقد لازم، در عقد جایز نیز راه دارد. مثلاً در وکالت شرط می‌شود که تجاوز وکیل از اذن موکل سبب انفساخ عقد است. در نتیجه، به محض این واقعه که وکیل از حدود اذن خارج شود، وکالتش تمام شده و هر کاری که انجام دهد، فضولی می‌گردد.

قابل اسقاط بودن قبل از وقوع واقعه: قبل از اینکه واقعه اتفاق بیفتد، مشروط له می‌تواند از شرط صرف‌نظر کند؛ زیرا مشروط له، هر موقع که بخواهد می‌تواند از شرط صرف‌نظر نماید.

قابل اسقاط بودن بعد از وقوع واقعه: مثلاً در ضمن قرارداد، شرط شود که اگر در موعد معین، چک پرداخت نشد، عقد منفسخ شود. حال موعد معین فرا رسید، ولی چک پرداخت نشده و عقد منفسخ شد. بعد از این واقعه، اعمالی صورت گرفته و اقوالی گفته شده‌اند، مثل اینکه خریداری که چک او پرداخت نشده، مبلغ چک را به فروشنده داده و او هم می‌گیرد. بحث در این است که این افعال و اقوال چه نقشی را ایفا می‌کنند؟ آیا دلیل بر اسقاط است یا خیر؟ در این مورد، سه نظر بیان شده است:

۱. هیچ اثری بر این افعال و اقوال، مترتب نیست. بر طبق شرط، وقتی که واقعه اتفاق افتاد، عقد منحل شده و اعمال بعدی اثری ندارند؛ به عبارت دیگر، وقتی که چیزی معدوم شد، نمی‌توان آن را زنده نمود. نظر مشهور نیز همین است.

۲. این افعال و اقوال بعدی طرفین، نشان‌دهنده این است که آن‌ها می‌خواسته‌اند که عقد جدیدی را به وجود بیاورند. این اراده قابل انتساب به طرفین بوده، هر چند که فرضی است؛ یعنی فرض بر این است که آن‌ها می‌خواهند عقد جدیدی را به وجود آورند. در پاسخ به این نظر باید گفت که انعقاد عقد جدید، وقتی قابل انتساب به طرفین است که مقصود طرفین باشد (العقود تابعة للقصود). طرفین در اینجا قصد عقد جدیدی را نکرده‌اند؛ زیرا اگر عقد جدیدی باشد، با آثار و احکام خود است، نه با آثار و احکام عقد قبلی.

۳. این مطلب که فروشنده پول را گرفته، کاشف از این است که مشروط له (فروشنده)، از این شرط، قبل از وقوع واقعه منصرف شده است؛ یعنی با این التزام، می‌خواسته که عقد قبلی پابرجا باشد، چون اصل بر استحکام قراردادها است.

۱۲. آثار انحلال با فسخ و یا انفساخ

انحلال با فسخ و یا انفساخ، دو اثر دارد:

الف) قطع رابطه حقوقی بین طرفین.

ب) زوال آثار رابطه حقوقی سابق.

الف) قطع رابطه حقوقی بین طرفین.

قطع رابطه حقوقی بین طرفین از زمان انحلال صورت می‌پذیرد؛ زیرا اثر انحلال نسبت به آینده بوده و در مورد گذشته اثری ندارد. این امر، دو اثر عملی ایجاد می‌کند:

✓ اعمال حقوقی بین عقد تا انحلال.

✓ وضعیت نمائات و منافع.

اعمال حقوقی بین عقد تا انحلال

در خصوص اعمال حقوقی بین عقد تا انحلال دو وضعیت وجود دارد:

۱. زمانی که هیچ منعی وجود ندارد (نه صریح و نه ضمنی): طبق اصل تسلیط، اگر منعی نباشد، این اعمال صحیح است، مانند اجاره مبیع توسط خریدار.

قانون مدنی در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ به این امر اشاره می‌کند و از این دو ماده یک قاعده به دست می‌آید. طبق این قاعده، تصرف طرفی که در اثر عقد مالک شده، در موضوع تملیک نافذ است و فسخ بعدی در آن اثری ندارد، مگر اینکه بر خلاف آن تراضی شده باشد. با وجود اینکه این دو ماده در مورد اجاره است ولی از ملاک آن‌ها می‌توان نافذ بودن تصرفات دیگری مانند بیع را نیز نتیجه گرفت.

۲. زمانی که منعی وجود داشته باشد (منع صریح یا ضمنی): در این صورت، اعمال حقوقی که انجام می‌شود، صحیح و معتبر نیست که این مطلب نیز از مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م. استفاده می‌شود.

همچنین خود این منع نیز ممکن است در قالب شرط نتیجه و یا شرط فعل منفی باشد. مثلاً شخص، حق تصرفات را از خودش سلب می‌نماید و یا اینکه متعهد می‌شود که حق تصرفات را از خود سلب کند. نتیجه این دو یکی است، اما در قالب‌های متفاوت.

با وجود مواد ۴۵۴ و ۴۵۵، ماده ۴۶۰ ق.م. نیز در بحث بیع شرط وجود دارد که حکم آن اختصاص به بیع شرط نداشته و در اختیار شرط هم جاری می‌گردد. از طرف دیگر ماده ۵۰۰ ق.م. نیز بیان می‌کند که اجاره، منافعی با حق بایع است.

در ظاهر، بین مواد ۴۶۰ و ۵۰۰ با دو ماده ۴۵۴ و ۴۵۵ تعارض وجود دارد؛ اما باید گفت که این‌گونه نیست. در اختیار شرط و بیع شرط، طرفین تراضی می‌نمایند که خریدار، ملک را آماده پس دادن به فروشنده

نگه دارد. لازمه این تراضی این است که از تصرفات منافی با اعمال خیار پرهیز شود؛ بنابراین خیار شرط و بیع شرط از مواردی اند که به طور ضمنی، عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری شرط شده است. مثلاً فروشنده خانه‌اش را بفروشد به این شرط که تا سه ماه حق فسخ داشته باشد. در اینجا خریدار نمی‌تواند این خانه را در مدت سه ماه منتقل کند. خود این خیار شرط، دارای شرط ضمنی‌ای است که می‌گوید خریدار تصرفی نکند تا وضعیت مشخص شود.

البته برای مشتری این راه وجود دارد که مثلاً خانه را اجاره دهد به این شرط که اگر بایع فسخ کرد، او نیز عقد اجاره را فسخ نماید.

وضعیت نمائات و منافع

نمائات و منافع طبیعی به دو نوع متصل و منفصل تقسیم می‌شوند. مثلاً در صورتی که حیوان چاق شود، منفعت متصل است؛ اما اگر درخت میوه دهد، این منفعت منفصل است. نمائات متصل به واسطه انحلال، به مالک تعلق می‌گیرند؛ اما نمائات منفصل برای خریدار هستند، چون در ملک وی ایجاد شده‌اند (مستفاد از ماده ۲۸۷ ق.م.).

زیادت حاصله به واسطه عمل مشتری نیز بر دو گونه است: یکی غیرمستقل و دیگری مستقل.

زیادت غیرمستقل دو حالت دارد:

۱. به صورت اثر محض: مثل آموزش سگ (کلب مُعَلِّم). آیا بعد از فسخ و یا انفساخ، به آن هزینه تعلق می‌گیرد؟ در اینجا مشتری مستحق دریافت مابه‌التفاوت خواهد بود (مستفاد از ماده ۲۸۸ ق.م.) و کارشناس در مورد میزان آن اعلام نظر می‌کند.

۲. به صورت افزودن عین: در این حالت، مشتری چیزی را به عین اضافه کرده است، مثل اضافه نمودن در و پنجره به ساختمان. در اینجا اگر شیء افزوده‌شده، قابل جدا شدن باشد، آن را جدا کرده و به او می‌دهند؛ ولی اگر قابل جدا شدن نباشد، آن را قیمت‌گذاری کرده و قیمت آن را به مشتری می‌دهند.

زیادت مستقل، مثل اینکه مشتری، بنایی را در زمین احداث کند که در اینجا دو حالت وجود دارد:

۱. در حالت وجود داشتن منع: در این صورت مشتری اجبار به تخریب و قلع و قمع می‌شود.

۲. در حالت عدم وجود منع (صریح یا ضمنی): در این صورت می‌توان از ملاک مواد ۵۰۳ و ۵۰۴ ق.م. استفاده نمود. ماده ۵۰۳ در رابطه با احداث بنا بدون اذن است؛ اما ماده ۵۰۴ در مورد احداث بنا با وجود اذن است. در اولی می‌توان آن را قلع و قمع نمود؛ اما در مورد دوم، نمی‌توان آن را قلع و قمع نمود، چون اذنی که موجد داده بر این است که بنا همچنان باقی بماند.

ماده ۵۴۰ ق.م. نیز بیان می‌دارد: «هر گاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را با اخذ اجرت‌المثل ابقا نماید». بحث در این است که بین مواد ۵۰۴ و ۵۴۰ چه تفاوتی وجود دارد؟ چرا بر اساس ماده ۵۴۰ می‌توان ازاله کرد، ولی در ماده ۵۰۴ نمی‌توان ازاله و

قلع و قمع نمود؟ چرا در مورد مذکور، از ماده ۵۰۴ وحدت ملاک گرفته شده، ولی از ماده ۵۴۰ وحدت ملاک گرفته نمی‌شود؟

دلیل این امر این است که در ماده ۵۰۴ اذن بر بقاء وجود دارد؛ اما در ماده ۵۴۰، زرع به طور اتفاقی کشت نشده و بنا بر بقاء بعد از پایان مدت عقد نبوده است.

ب) زوال آثار رابطه حقوقی سابق

وقتی که فسخ و انفساخ صورت گرفت، اعاده وضع به حال سابق اتفاق می‌افتد. حال اگر یکی از عوضین تلف شده باید بدل آن را بدهند. در مورد بدل، این سؤال وجود دارد که قیمت چه زمانی باید داده شود؟ زمان تلف؟ زمان رد؟ زمان انحلال؟ روزی که باید ادا شود؟ در این مورد اختلاف نظر وجود دارد و بیشتر نظریه زمان انحلال مطرح است؛ زیرا در زمان تلف چیزی بر ذمه نبوده و در زمان انحلال است که ذمه مشغول می‌گردد.